

§ 128a ZPO – eine Norm mit einer besonderen Geschichte

A) Ausgangsüberlegung

Die Digitalisierung hält seit vielen Jahren zunehmend Einzug in viele unserer Lebensbereiche. Dies ist auch im Bereich der Justiz erkennbar. Beispielsweise ist ab dem 01.01.2026 die elektronische Aktenführung bei neu angelegten Verfahren sowohl im Zivilprozess (§ 298a Abs. 1 ZPO) als auch im Strafprozess (§ 32 Abs. 1 StPO) und im Verwaltungsprozess (§ 55b Abs. 1a Satz 1 VwGO) vorgeschrieben.

Ein weiteres Ergebnis der zunehmenden Digitalisierung ist die gesetzliche Möglichkeit, Verfahrenshandlungen im Wege der Bild- und Tonübertragung durchzuführen und zu übertragen. Dies sieht § 128a ZPO für den Zivilprozess vor. Die Norm steht im dritten Abschnitt der ZPO – dieser trifft allgemeine Regelungen zum Verfahren. Aufgrund dessen ist § 128a ZPO eine für alle Verfahren der ZPO¹ und alle Instanzen geltende Norm.² Über Verweisungsnormen wie z.B. § 173 Satz 1 VwGO, § 202 SGG und § 155 Satz 1 FGO erlangte § 128a ZPO auch für andere Gerichtsbarkeiten Bedeutung.³ Seit 2013 finden sich in den Normen § 102a VwGO, § 110a SGG und § 91a FGO eigene Regelungen zum Einsatz von Videokonferenztechnik, in denen der Inhalt des § 128a ZPO weitestgehend wortgleich übernommen wurde.

Dennoch fristete die Norm des § 128a ZPO lange ein „Schattendasein“⁴. Köbler, der Präsident des Landgerichts Darmstadt, bezeichnete sie in Bezug auf ihre geringe Wirkungskraft bis vor wenigen Jahren als „schlummernde Vorschrift“⁵.

* Die Verfasserin studiert Rechtswissenschaften im siebten Semester an der Universität des Saarlandes. Zudem ist sie studentische Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Rechtsinformatik von Herrn Prof. Dr.-Ing. Christoph Sorge sowie am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, deutsches und europäisches Finanz- und Steuerrecht von Herrn Prof. Dr. Christoph Gröpl.

¹ Mantz/Spoenle, Corona-Pandemie: Die Verhandlung per Videokonferenz nach § 128a ZPO als Alternative zur Präsenzverhandlung, MDR 2020, 637 (638/639); Windau, Gerichtsverhandlung per Videokonferenz: Keine Angst vor § 128a ZPO, AnwBl 2021, 26 (26).

² Schultzky/Greger, in: Zöllner, ZPO, 33. Auflage, Köln 2020, Vor § 128 ZPO, Rn. 1.

³ Vgl. auch Prütting, § 128a ZPO, Rn. 1, in: Prütting/Gehrlein, Kommentar zur ZPO, 13. Auflage, Hürth 2021.

⁴ So Spoenle, Zur Aufzeichnung von Aussagen in der Videoverhandlung, RD 2021, 231 (231); ebenso Resch/Erden, Videoverhandlung im Biergarten? – Anforderungen an den „anderen Ort“ in § 128a Abs. 1 ZPO, jM 2022, 46 (46).

⁵ Köbler, § 128a ZPO – eine schlummernde Vorschrift wird entdeckt und hat sofort

Warum diese Beschreibung der Norm möglicherweise zutreffend ist oder war und welche außergewöhnliche und zugleich merkwürdige Geschichte § 128a ZPO bei genauer Betrachtung aufweist, soll in diesem Beitrag näher dargestellt werden.

B) Anmerkungen zu Inhalt und Struktur des § 128a ZPO

Zunächst wird § 128a ZPO in der aktuell geltenden Fassung (Februar 2022) vorgestellt:

- (1) ¹Das Gericht kann den Parteien, ihren Bevollmächtigten und Beiständen auf Antrag oder von Amts wegen gestatten, sich während einer mündlichen Verhandlung an einem anderen Ort aufzuhalten und dort Verfahrenshandlungen vorzunehmen. ²Die Verhandlung wird zeitgleich in Bild und Ton an diesen Ort und in das Sitzungszimmer übertragen.
- (2) ¹Das Gericht kann auf Antrag gestatten, dass sich ein Zeuge, ein Sachverständiger oder eine Partei während einer Vernehmung an einem anderen Ort aufhält. ²Die Vernehmung wird zeitgleich in Bild und Ton an diesen Ort und in das Sitzungszimmer übertragen. ³Ist Parteien, Bevollmächtigten und Beiständen nach Absatz 1 Satz 1 gestattet worden, sich an einem anderen Ort aufzuhalten, so wird die Vernehmung auch an diesen Ort übertragen.
- (3) ¹Die Übertragung wird nicht aufgezeichnet. ²Entscheidungen nach Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 Satz 1 sind unanfechtbar.

§ 128a ZPO regelt als Ausnahme zu § 128 Abs. 1 ZPO⁶ die Möglichkeit, die mündliche Verhandlung oder eine Beweisaufnahme als Videokonferenz durchzuführen.

Absatz 1 lockert somit das Erfordernis körperlicher Präsenz einer oder beider Parteien in einer mündlichen Verhandlung und hat damit Auswirkungen auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz.⁷ Im Ergebnis ermöglicht Abs. 1, dass das Gericht den Parteien, ihren Bevollmächtigten und Beiständen auf Antrag oder von Amts wegen gestatten kann, sich während der mündlichen Verhandlung an einem anderen Ort aufzuhalten und dort Verfahrenshandlungen vorzunehmen. Die Verhandlung wird dann

Reformbedarf, in: Elektronischer Rechtsverkehr, Nachholbedarf bei der Digitalisierung, hrsg. von Viefhues, Wolfram, 2021, S. 6; vgl. dazu auch die Formulierung „Schlafende Normen – und wie wir sie wecken“ in Schreiber, Die mündliche Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung, Betrifft Justiz Nr. 142, Juni 2020, S. 268.

⁶ Vgl. dazu Gerken, § 128a, Rn. 1, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl., Berlin 2013; Hk-ZPO/Wöstmann, hrsg. von Saenger, 8. Auflage, Baden-Baden 2019, § 128a ZPO, Rn. 1.

⁷ Greger, in: Zöller, ZPO, 33. Auflage, Köln 2020, § 128a ZPO, Rn. 1; Prütting (Fn. 3), § 128a ZPO, Rn. 3.

zeitgleich in Bild und Ton an diesen Ort und in das Sitzungszimmer übertragen.

Während Absatz 1 somit Regelungen zum Aufenthalt der Parteien und deren Bevollmächtigten bzw. Beiständen für den Prozessverlauf trifft, regelt Absatz 2 die Vernehmung im Wege der Bild- und Tonübertragung. Dieser Absatz gehört daher systematisch zum Recht der Beweisaufnahme.⁸ So sieht § 128a Abs. 2 ZPO vor, dass das Gericht Zeugen, Sachverständigen oder einer Partei auf Antrag gestatten kann, sich während der Vernehmung an einem anderen Ort aufzuhalten. Diese Vernehmung wird zeitgleich in Bild und Ton an diesen Ort und in das Sitzungszimmer übertragen. Gemäß § 128a Abs. 2 Satz 3 ZPO wird diese Vernehmung sogar an den Ort übertragen, an dem sich die Parteien, ihre Bevollmächtigten und Beistände aufhalten, wenn ihnen nach Abs. 1 Satz 1 gestattet wurde, die Verhandlung an einem anderen Ort zu verfolgen.

Wichtig ist jedoch, dass sich durch § 128a Abs. 1 und 2 ZPO nicht der Sitzungsort des Gerichts ändert; das Gericht hat weiterhin im Sitzungssaal anwesend zu sein.⁹

§ 128a Abs. 3 ZPO verbietet in Satz 1 die Aufzeichnung der Übertragung. In Satz 2 wird zudem festgelegt, dass die Entscheidungen des Gerichts nach Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 unanfechtbar sind.

C) Die Entwicklungsgeschichte des § 128a ZPO

I. Erstmalige Einführung

§ 128a ZPO wurde durch das Gesetz zur Reform des Zivilprozesses vom 27. Juli 2001 mit Wirkung zum 01. Januar 2002 eingeführt.¹⁰ Mit diesem Gesetz sollte „der Zivilprozess durch eine grundlegende Strukturreform bürgernäher, effizienter und transparenter“¹¹ gestaltet werden. Ziel der Einführung des § 128a ZPO war konkret, den Einsatz moderner Kommunikationstechniken zu ermöglichen und zu fördern.¹² Daneben sollte die Norm Prozessbeteiligten Reisekosten und Zeitaufwand ersparen

⁸ Greger (Fn. 7), § 128a ZPO, Rn. 1; Stadler, § 128a ZPO, Rn. 1, in: Musielak/Voit, ZPO Kommentar, 18. Auflage, München 2021.

⁹ Anders, in: Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle, ZPO, 79. Aufl., München 2021, § 128a, Rn. 1; Windau (Fn. 1), AnwBl 2021, 26 (26).

¹⁰ BGBl. 2001, I 1887; vgl. dazu auch Nissen, Die Online-Videokonferenz im Zivilprozess, Schriften zum Wirtschaftsrecht, Steuerrecht und Zivilprozessrecht, Band 13, Frankfurt am Main 2004, S. 26.

¹¹ BT-Drs.14/4722, S. 1.

¹² Leibold, § 128a, Rn. 1, in: Stein/Jonas, ZPO, Band 3, 22. Aufl., Tübingen 2005; Nissen (Fn. 10), S. 26; Stadler (Fn. 8), § 128a ZPO, Rn. 1.

sowie die Prozessökonomie verbessern. Insgesamt sollte mithilfe der Videokonferenztechnik eine Verfahrensbeschleunigung erreicht werden.¹³

1. Vergleich der Normfassungen

Bereits in der Fassung von 2001 war die heutige Struktur der Norm im Wesentlichen niedergelegt. So gestattete Absatz 1 die mündliche Verhandlung in physischer Abwesenheit einer oder beider Parteien. Absatz 2 ermöglichte die Beweisaufnahme durch Videokonferenzsysteme und Absatz 3 sah auch 2001 schon vor, dass die Übertragung nicht aufgezeichnet wird. Insoweit war der Aufbau der Normfassungen von 2001 und von heute identisch.

Allerdings war in der Fassung von 2001 in Absatz 1 und in Absatz 2 das Einverständnis der Parteien erforderlich. Sowohl die Durchführung der mündlichen Verhandlung als auch die Durchführung der Vernehmung mittels Videokonferenz waren also vom Einverständnis aller Parteien abhängig. Damit sollte dem Persönlichkeitsschutz der Parteien Rechnung getragen werden.¹⁴ Das Einverständnis konnte dabei ausdrücklich oder konkludent erklärt werden, allerdings durfte es vom Gericht nicht ohne Anhaltspunkte unterstellt werden.¹⁵

Hierin besteht ein zentraler Unterschied zu der heutigen Fassung, die das Einverständnis der Parteien nicht mehr erfordert.¹⁶

2. Praktische Bedeutung des § 128a ZPO

Angesichts der Vorteile, die die Norm schon seit zwei Jahrzehnten anbietet, wäre eine rege Nutzung durch die Gerichte an sich naheliegend. Eine Analyse zeigt jedoch diametral das Gegenteil: Die Bedeutung der Norm ging lange Zeit gegen null¹⁷, nur wenige Gerichte haben zunächst davon Gebrauch gemacht.¹⁸ Ein großes Problem war der Mangel an geeigneter technischer Ausstattung.¹⁹ An den deutschen Gerichten war eine fehlende oder unzulängliche Technikausrüstung der Regelfall.

¹³ BT-Drs. 17/12418, S. 14, 16; Fritsche, in: Münchener Kommentar, ZPO, Band 1, 6. Aufl., München 2020, § 128a ZPO, Rn. 1, 10; Greger (Fn. 7), § 128a ZPO, Rn. 1.

¹⁴ Nissen (Fn. 10), S. 39.

¹⁵ Schultzy, Videokonferenzen im Zivilprozess, NJW 2003, 313 (315).

¹⁶ Vgl. zum Wegfall der Notwendigkeit des Einverständnisses der Parteien auch Windau, Die Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung, Praxisorientierte Überlegungen zu Gegenwartsproblemen des Zivilprozessrechts, NJW 2020, 2753 (2753).

¹⁷ Vgl. dazu Fries, Die vollvirtuelle Verhandlung – Quo vadis, § 128a ZPO?, GVRZ 2/2020, 27 (27); so bereits auch Nissen (Fn. 10), S. 26.

¹⁸ Köbler (Fn. 5), S. 6; Spoenle (Fn. 4), RDt 2021, 231 (231).

¹⁹ Dazu und zum Folgenden Fries (Fn. 17), GVRZ 2/2020, 27 (27).

Gleiches galt für Justizbehörden und Anwaltskanzleien.²⁰ Zudem stellte es prozessual eine Hürde dar, dass alle Parteien anfangs ihr Einverständnis zur Nutzung von Videokonferenztechnik erklären mussten.²¹

§ 128a ZPO hat also – wie Prütting es treffend zusammenfasst – nur die rechtlichen, nicht aber die praktischen Voraussetzungen zur Nutzung von Videotechnik geschaffen.²²

3. Verbot der Aufzeichnung (§ 128a Abs. 3 Satz 1 ZPO)

§ 128a Abs. 3 Satz 1 ZPO verbietet explizit die Aufzeichnung der Videoübertragung.

Der Gesetzgeber schweigt zu seinen Intentionen, weshalb er dieses Verbot in § 128a Abs. 3 Satz 1 ZPO eingefügt hat.²³ Auch Ziel und Zweck des § 128a Abs. 3 Satz 1 ZPO machen nicht nachvollziehbar, weshalb Videoverhandlungen nach der ZPO nicht aufgezeichnet werden dürfen.²⁴ Auffällig erscheint dies besonders im Hinblick auf die Regelungen in der StPO. Die StPO ermöglicht in §§ 58a, 247a und 136 Abs. 4 StPO ebenfalls den Einsatz von Videokonferenzen bei der Beweisaufnahme von Zeugen und Beschuldigten. Jedoch normiert die StPO ausdrücklich, dass die Vernehmung eines Zeugen in Bild und Ton aufgenommen werden kann oder soll (§ 58a Abs. 1 Satz 1 und 2 StPO).²⁵ Mit dem Einführungszeitpunkt der jeweiligen Normen können die zuvor skizzierten Unterschiede nicht erklärt werden. Die die Aufzeichnung gestattende Norm in der StPO (§ 58a Abs. 1 StPO) wurde bereits 1998²⁶ und somit vor § 128a ZPO eingeführt. Die StPO war somit die erste aller Prozessordnungen, die eine solche Regelung vorsah.²⁷

²⁰ Vgl. dazu auch BT-Drs. 17/1224, S. 1.

²¹ Vgl. dazu Köbler (Fn. 5), S. 6.

²² Prütting (Fn. 3), § 128a ZPO, Rn. 1.

²³ Vgl. Spoenle (Fn. 4), RD i 2021, 231 (231).

²⁴ Vgl. dazu auch Spoenle (Fn. 4), RD i 2021, 231 (235).

²⁵ Seit 2019 schreibt sie die Aufzeichnung für bestimmte Fälle sogar zwingend vor (vgl. § 58a Abs. 1 Satz 3 StPO). Dies wurde durch das Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens vom 10.12.2019 eingeführt, BGBl. 2019, I 2121.

²⁶ Gesetz zum Schutz von Zeugen bei Vernehmungen im Strafverfahren und zur Verbesserung des Opferschutzes („Zeugenschutzgesetz“), 30. April 1998, BGBl. 1998, I 820.

²⁷ Vgl. dazu auch Nissen (Fn. 10), S. 24.

II. Änderung des § 128a ZPO durch das Gesetz zur Intensivierung des Einsatzes von Videotechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren

Mit dem Gesetz zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren vom 25. April 2013²⁸ erfuhr § 128a ZPO eine ins Gewicht fallende Änderung. Wie zuvor dargestellt hatte sich der Einsatz von Videokonferenzen in der gerichtlichen Praxis noch nicht entscheidend durchgesetzt.²⁹ Ziel dieses Änderungsgesetzes war es deshalb, die Möglichkeiten der Nutzung von Videokonferenztechnik in den Verfahrensordnungen zu erweitern.³⁰ Dies wurde nicht allein mit einer Änderung des § 128a ZPO umgesetzt. Vielmehr wurde auch § 185 Abs. 1a GVG durch dieses Änderungsgesetz eingeführt. Danach kann das Gericht gestatten, dass sich der Dolmetscher während der Verhandlung, Anhörung oder Vernehmung an einem anderen Ort aufhält. Mit diesen beiden Änderungen sollten die gerichtlichen Verfahrensordnungen umfassend auf die qualitativ hochwertigen technischen Möglichkeiten der Gegenwart ausgerichtet und gleichzeitig Weichen für die Zukunft gestellt werden.³¹ Der Bundesrat verstand diese Gesetzesänderung deshalb als „Serviceangebot im Sinne einer kundenorientierten Justiz“. Ähnlich äußerte sich der Bundestagsabgeordnete Jörg van Essen (MdB) in der dritten Lesung zu diesem Gesetz mit der Aussage, das Gesetz sei ein „weiterer Meilenstein in Richtung einer modernen und wirtschaftlichen Justiz“³².

1. Vergleich der Normfassungen

Mit dem Änderungsgesetz von 2013 blieb die schon seit 2002 vorhandene Struktur des § 128a ZPO weitgehend erhalten. Allerdings wurde eine zentrale Änderung vorgenommen: Das vorher notwendige Einverständnis der Parteien in Absatz 1 und 2 entfiel. Da sich die Anwendung der Videokonferenztechnik bis dahin kaum durchgesetzt hatte, wollte der Gesetzgeber damit ihre Anwendung erleichtern.³³ Das Gericht kann seither also die Nutzung von Videokonferenztechnik auch von Amts wegen anordnen und hat damit bedeutend mehr Spielraum bei der Anwendung von Videokonferenzen im Prozess gewonnen.

²⁸ BGBl. 2013, I 935.

²⁹ Vgl. dazu auch BT-Drs. 17/1224, S. 1.

³⁰ BT-Drs. 17/12418, S. 1.

³¹ Dazu und zum Folgenden BT-Drs. 17/1224, S. 2.

³² BT-Plenarprotokoll 17/222, S. 27661.

³³ *Fritsche* (Fn. 13), § 128a, Rn. 2.

2. Auswirkungen des neuen § 128a ZPO

Doch auch dieses Intensivierungsgesetz brachte nicht den erhofften Erfolg. Nach wie vor war das Prozessrecht der Prozesspraxis bei der Digitalisierung mündlicher Verhandlungen weit voraus.³⁴ Das zeigt sich deutlich daran, dass trotz der Vereinfachung der Anwendung von Bild-Ton-Übertragungen für die Gerichte selbst im Jahr 2020 noch 48,8 % der Anträge auf eine zivilrechtliche Verfahrensdurchführung mittels Bild-Ton-Übertragung in der ersten und zweiten Instanz abgelehnt wurden.³⁵ Der Hauptgrund für die Ablehnung war die fehlende technische Ausstattung.³⁶

Durch die Corona-Pandemie, die seit fast zwei Jahren unseren Alltag beherrscht, hat sich die zuvor skizzierte Ausgangslage jedoch drastisch geändert. In Zeiten von Kontaktbeschränkungen, Social Distancing und Lockdowns war die Nutzung von virtuellen Verhandlungen fast unumgänglich. Gerichte wurden so zu einem Umdenken gezwungen. Nachdem sie anfangs nur Eilfälle behandelten, war die Nutzung von Videokonferenzen die einzige Lösung, um wieder eine Art von Normalbetrieb zu erreichen.³⁷ Aufgrund dessen planen jetzt viele Bundesländer, die versäumte technische Ausstattung der Gerichte nachzuholen.³⁸ Auch einzelne Senate des BGH führen mittlerweile Bild-Ton-Übertragungen durch.

Umstritten ist in diesem Zusammenhang, ob sich aus § 128a ZPO ein Anspruch der Verfahrensbeteiligten auf die Ausstattung der Gerichte mit Videokonferenztechnik ableiten lässt. Früher wurde dazu überwiegend vertreten, dass sich aus dieser Norm kein Anspruch ergebe. Die Justiz könne nicht verpflichtet werden, eine entsprechende technische Ausstattung vorzuhalten. Vielmehr komme ihr ein Gestaltungsspielraum zu.³⁹

Jedoch halten viele Autoren insbesondere aktueller Beiträge diese Ansicht nicht mehr für überzeugend. So wird inzwischen vielfach vertreten, dass sich aus der Norm doch ein Anspruch jedenfalls auf eine Verfügbarkeit von Videokonferenztechnik ergibt.⁴⁰ Dies wird u.a. damit begründet, dass der Gesetzgeber mit dem Änderungsgesetz *expressis verbis* den Einsatz dieser Technik fördern wollte.⁴¹ Dies

³⁴ *Windau* (Fn. 1), AnwBl 2021, 26 (26).

³⁵ *Schlicht/Hautli*, Ablehnungen von Videoverhandlungen: Eine Analyse von 3.000 „Dieselverfahren“, <https://www.zpoblog.de/hautli-schlicht-ablehnung-videoverhandlungen-128a-zpo-dieselverfahren/>, zuletzt aufgerufen am 30.01.2022.

³⁶ *Schlicht/Hautli* (Fn. 35).

³⁷ Vgl. dazu *Klasen*, jurisPK-ERV, Band 2, 1. Aufl., Stand: 2021, § 128a ZPO, Rn. 13.

³⁸ Vgl. dazu und zum Folgenden *Windau* (Fn. 16), NJW 2020, 2753 (2753).

³⁹ *Greger* (Fn. 7), § 128a ZPO, Rn. 1; *Hk-ZPO/Wöstmann* (Fn. 6), § 128a ZPO, Rn. 1.

⁴⁰ *Klasen* (Fn. 37), § 128a, Rn. 7 ff.; *Windau* (Fn. 16), NJW 2020, 2753 (2755 ff.).

⁴¹ *Klasen* (Fn. 37), § 128a, Rn. 7.2.

setzt voraus, dass die Gerichte grundsätzlich über eine entsprechende technische Ausstattung verfügen.

Im Ergebnis hat erst die Corona-Pandemie § 128a ZPO aus seinem „Dornröschenschlaf“⁴² geweckt und dabei „die bisherige Dunkelnorm ins helle Licht gerückt“⁴³. Somit kann festgehalten werden, dass insbesondere die Pandemie zu einem Digitalisierungsschub in der Justiz geführt hat.⁴⁴

3. Besonderheiten des Artikel 9 des Gesetzes zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltlichen Verfahren

Ein Aspekt, der in der Historie des § 128a ZPO besonders auffällt, ist Art. 9 des Gesetzes zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltlichen Verfahren. Dieser am Ende des Gesetzes eingefügte Artikel enthält eine Verordnungsermächtigung, die nähere Umsetzungsbestimmungen beinhaltet. Diese Verordnungsermächtigung ermächtigt zu einem Moratorium⁴⁵, also zu einem gesetzlich normierten Aufschub. Sie besagt konkret, dass die Landesregierungen für ihren Bereich durch Rechtsverordnung regeln können, dass die Bestimmungen über Bild- und Tonübertragungen in gerichtlichen und staatsanwaltlichen Verfahren u.a. nach § 128a ZPO ganz oder teilweise bis längstens zum 31. Dezember 2017 keine Anwendung finden.

Diese Ermächtigung verwundert sowohl in konzeptioneller als auch in strategischer Hinsicht.

a) Sinn und Zweck der Verordnungsermächtigung

Hauptgrund für diese Verordnungsermächtigung war die finanzielle Belastung der Länder, die durch die Ausstattung der Gerichte mit entsprechenden technischen Geräten entstand.⁴⁶ Denn der Erwerb dieser Ausrüstung zur angemessenen Umsetzung des § 128a ZPO bürdete dem jeweiligen Land ins Gewicht fallende Kosten auf. Der Bundesrat schätzte im Jahr 2010 die Kosten pro Erwerb einer Videokonferenzanlage

⁴² Windau (Fn. 1), AnwBl 2021, 26 (26).

⁴³ So die entsprechende Formulierung von Windau (Fn. 16), NJW 2020, 2753 (2753).

⁴⁴ Dazu auch Müller/Windau, Pandemie als Digitalisierungsschub für die Justiz?, DRiZ 2021, 332.

⁴⁵ Schreiber (Fn. 5), Betrifft Justiz Nr. 142, Juni 2020, S. 269.

⁴⁶ Vgl. dazu auch BT-Drs. 17/1224, S. 2 f.; Fritsche (Fn. 13), § 128a, Fn. 9.

auf 5.000 € bis 12.000 €. ⁴⁷ Hinzuzurechnen seien die Kosten für die Bereitstellung von Leitungen und Anschlüssen. Nicht zu vernachlässigen seien zusätzlich die erhöhten Personalkosten, da für eine Bedienung und Wartung der Anlagen technisch geschultes Personal erforderlich sei. ⁴⁸ Diese Ausstattung der Gerichte setzte für jedes Bundesland nicht unerhebliche finanzielle Vorleistungen voraus, bevor sich Entlastungen innerhalb der Verfahren und der Kostenentwicklung zeigen konnten. Dies war der Grund, warum der Gesetzentwurf des Bundesrates ausdrücklich vorsah, die Umsetzung dieses Gesetzes an eine Verordnungsermächtigung für die Landesregierungen zu knüpfen. ⁴⁹

Jedoch wies der Bundestagsabgeordnete Dr. Patrick Sensburg (MdB) bereits in der dritten Lesung zu diesem Gesetz im Bundestag darauf hin, dass die Länder nicht alle Gerichte gleichzeitig mit der nötigen Technik ausstatten müssen. Vielmehr könne dies nach und nach für einzelne Gerichte geschehen. Der Einsatz von Videokonferenz sei nicht erst möglich, wenn alle Gerichtsbarkeiten des Landes ausgestattet sind. ⁵⁰

Daher kann der im Rahmen des Art. 9 betonte finanzielle Aspekt an sich nicht überzeugen.

Zudem kann das finanzielle Argument allein auch nicht rechtfertigen, dass dieses Moratorium dem Sinn und Zweck des Änderungsgesetzes zuwiderläuft, also einen systematischen Bruch enthält. ⁵¹ Denn die Regelung in Art. 9 widerspricht der vom Gesetzgeber selbst formulierten Einführungslogik: Von einem Gesetz, das ausdrücklich auf eine Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik abzielt, erwartet man eine möglichst schnelle und lückenlose Umsetzung. Hier wird allerdings genau das Gegenteil ermöglicht: Jedes Bundesland kann frei darüber entscheiden, ob es diese Technik vier Jahre lang, also bis längstens 2017, unangewendet lässt. Dies erscheint wenig überzeugend. Der Gesetzgeber hat sich mit diesem Gesetz zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltlichen Verfahren eindeutig für eine verstärkte Anwendung von Technik entschieden und klar seine Vorstellungen von einem modernen Zivilprozess zum Ausdruck gebracht. Damit ist nicht vereinbar, dass er dann die Umsetzung für vier Jahre zur freien Disposition der Länder stellt.

⁴⁷ Vgl. dazu und zum Folgenden BT-Drs. 17/1224, S. 3.

⁴⁸ Vgl. dazu auch BT-Drs. 18/11277, S. 17.

⁴⁹ Vgl. dazu BT-Drs. 17/1224, S. 3.

⁵⁰ BT-Plenarprotokoll 17/222, S. 27659.

⁵¹ Darauf weist auch die Beschlussempfehlung und der Bericht des Rechtsausschusses zu dem Gesetzentwurf hin und mahnt, keinen „Rückschritt“ zu machen, BT-Drs. 17/12418, S. 13.

Dabei erscheint vor allem problematisch, dass bei der Umsetzung der Videotechnik unterschiedliche Geschwindigkeiten in den einzelnen Ländern entstehen konnten. Nach Ablauf der Übergangsfrist aber war eine bundeseinheitlich gleiche Umsetzung angestrebt. Wenn manche Länder im Gegensatz zu anderen von dieser Verordnungsermächtigung Gebrauch machen und die Umsetzung des § 128a ZPO für vier Jahre aussetzen, ergibt sich zwangsläufig, dass nicht alle Bundesländer nach Ablauf der Übergangsfrist technisch sowie erfahrungsmäßig auf demselben Stand sein konnten. Zwar ist es ein Zeichen eines funktionierenden Föderalismus, wenn Bundesländer unterschiedliche gesetzliche Regelungen treffen können.⁵² Allerdings sollte dies nicht für eine Prozessnorm gelten, die nach allgemeiner Einschätzung einen „Meilenstein in Richtung einer modernen und wirtschaftlichen Justiz“ darstellen soll.⁵³

Die dogmatischen Brüche werden noch durch den Umstand vergrößert, dass der Gesetzgeber mit der Aufhebung des Einverständniserfordernisses seitens der Parteien eigentlich die Nutzung der Videokonferenztechnik für die Gerichte großflächig erleichtern wollte. Seit dem Änderungsgesetz von 2013 kann ein Gericht die Videokonferenz auf Antrag, aber auch von Amts wegen anordnen. Mit der Verordnungsermächtigung hingegen hat der Gesetzgeber die Nutzung von Videokonferenztechnik keinesfalls vereinfacht. Mit der Möglichkeit des Art. 9 des Änderungsgesetzes hat der Gesetzgeber einem vermehrten und erleichterten Einsatz dieser Technik, der erkennbar angestrebt war, vielmehr neue Hindernisse in den Weg gestellt.

Jedoch erlaubt das Moratorium aber auch eine – nicht unwichtige – Akzentsetzung. Ein derartiges Moratorium spricht im Ergebnis für einen Anspruch der Gerichte auf entsprechende Ausstattung nach dem Fristablauf. Sonst hätte es dieses Moratoriums nicht bedurft.

b) Umsetzung in den verschiedenen Bundesländern anhand von drei Beispielen

Diese zuvor beschriebene Verordnungsermächtigung ist in den Bundesländern unterschiedlich genutzt worden. Dies soll an drei Beispielen aufgezeigt werden:

Mecklenburg-Vorpommern hat von der Ermächtigung zu einem Moratorium aus Art. 9 umfassend Gebrauch gemacht.⁵⁴ Mit der Landesverordnung zur Umsetzung

⁵² Vgl. dazu *Groß*, Corona-Maßnahmen – Die Parlamente sind gefordert, in: Saarbrücker Zeitung, 21.10.2021.

⁵³ Vgl. dazu Fn. 32.

⁵⁴ Landesverordnung zur Umsetzung des Gesetzes zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren (IntVidKTLVO) vom 09.11.2013, § 1, GVBl. M-V S. 641.

des Gesetzes zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren (IntVidKTLVO) hat sich dieses Bundesland entschieden, dass u.a. die Regelung des § 128a ZPO für die Gerichte und Staatsanwaltschaften des Landes Mecklenburg-Vorpommern bis zum 31. Dezember 2017 keine Anwendung findet.

Das **Saarland** hat zunächst ebenfalls eine vergleichbare Strategie verfolgt: Mit der Verordnung zur Zurückstellung des Inkrafttretens des Gesetzes zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren vom 19. September 2013 hat es die Möglichkeit genutzt, § 128a ZPO bis längstens 31. Dezember 2017 nicht anzuwenden.⁵⁵ Jedoch wurde im Saarland genau diese Verordnung zur Zurückstellung am 26. November 2014 wieder aufgehoben, und zwar mit der Verordnung zur Aufhebung der Verordnung zur Zurückstellung des Inkrafttretens des Gesetzes zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren.⁵⁶

Hessen hingegen hat von der Verordnungsermächtigung aus Art. 9 keinen Gebrauch gemacht. Die Idee des verstärkten Einsatzes von Videotechnik und auch das Gesetz zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren gehen vorrangig auch auf die Initiative dieses Bundeslandes zurück. Hessen war hierfür „Vorreiter und Impulsgeber bei der Entwicklung und Umsetzung innovativer Ansätze und Projekte“⁵⁷, wie der Hessische Staatsminister Hahn im Jahre 2014 betonte. Hessen sei „am Ball geblieben“ und habe sich den Anforderungen der Zeit gestellt, sagte er weiter.

So ging im Jahr 2007 der erste Gesetzesantrag zum Gesetz zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren vom Land Hessen aus.⁵⁸ Hier war man sich bereits im Jahr 2006 rechtspolitisch einig, dass der Videoeinsatz für Gerichtsverhandlungen sinnvoll und notwendig ist.⁵⁹ Dies beweist auch der Umstand, dass das Oberlandesgericht Frankfurt, die Landgerichte sowie die größeren Vollzugsanstalten schon im Jahr 2005/2006 mit Videotechnik ausgestattet wurden.⁶⁰ Zwar hatte man durchaus die hohen An-

⁵⁵ Amtsbl. d. Saarl. 2013, I S. 289.

⁵⁶ Amtsbl. d. Saarl. 2014, I S. 442.

⁵⁷ Dazu und zum Folgenden Justiz-Ministerial-Blatt für Hessen, 4028A vom 01. Januar 2014, S. 1, https://justizministerium.hessen.de/sites/justizministerium.hessen.de/files/2021-06/jmbl_2014_gesamt.pdf, zuletzt aufgerufen am 30.01.2022.

⁵⁸ BR-Drs. 643/07.

⁵⁹ <https://kanzleilife.de/gerichtsprozesse-mit-hilfe-von-videotechnik-fuehren/>, zuletzt aufgerufen am 30.01.2022.

⁶⁰ Vgl. dazu BR-Drs. 643/07 (Beschluss), S. 11; BR-Drs. 902/09.

schaffungskosten der notwendigen technischen Ausrüstung erkannt. Dieses Problem löste Hessen aber frühzeitig durch eine Aufstockung des Budgets.⁶¹

D) Fazit

Insgesamt kann also festgestellt werden, dass § 128a ZPO in vielerlei Hinsicht eine besondere Geschichte hat. Die fehlende großflächige Umsetzung einer so wichtigen und richtungsweisenden Norm über viele Jahre, sogar Jahrzehnte, beweist dies an erster Stelle. Auch auf inhaltlicher Ebene sind Auffälligkeiten zu finden: Der Regelungsgehalt der Norm steht in einem Ausnahmeverhältnis zu entsprechenden Normen in anderen Prozessordnungen. Während die StPO beispielsweise schon lange regelt, dass die Bild-Ton-Übertragung aufgezeichnet werden kann oder soll, hat sich der Gesetzgeber in der ZPO ausdrücklich gegen eine Aufzeichnung entschieden, und zwar ohne dass ein nachvollziehbarer Grund dafür auf Anhieb ersichtlich ist. Jedoch gibt es hier bereits Vorschläge zu einer Änderung des § 128a Abs. 3 Satz 1 ZPO. So hat Köbler, der Präsident des Landgerichts Darmstadt, einen vollständigen Vorschlag zu einer Neuformulierung des § 128a ZPO ausgearbeitet, in dem auch Absatz 3 einer Veränderung unterzogen wird.⁶² In diesem Zusammenhang schlägt er u. a. vor, die Aufzeichnung der Übertragung in das Ermessen des Gerichts zu stellen.

Der auffälligste und inhaltlich merkwürdigste Aspekt in der Historie des § 128a ZPO ist aber die Verordnungsermächtigung in Art. 9 des Gesetzes zur Intensivierung des Einsatzes von Videotechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren. Diese hatte es den Bundesländern gestattet, für vier Jahre keinen Gebrauch von dieser Norm zu machen, die ausdrücklich als fortschrittlich eingestuft wurde.

Trotz dieser ungewöhnlichen Geschichte hat sich § 128a ZPO – vor allem im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie – letztlich zu einem wahren „Wunderkasten“⁶³ entwickelt. § 128a ZPO erlaubt im Ergebnis die Durchführung von gerichtlichen Verhandlungen im Einklang mit dem Gebot des „Social Distancing“.

Daneben entfaltet § 128a ZPO aber auch Wirkung im Bereich des immer mehr an Bedeutung gewinnenden Umwelt- und Klimaschutzes.⁶⁴ Dadurch, dass Parteien,

⁶¹ <https://kanzleilife.de/gerichtsprozesse-mit-hilfe-von-videotechnik-fuehren/>, zuletzt aufgerufen am 30.01.2022.

⁶² Dazu und zum Folgenden Köbler, Die Videoverhandlung im Zivilprozess – Vorschlag einer Neuregelung, NJW 2021, 1072 (1074).

⁶³ Windau (Fn. 1), AnwBl 2021, 26 (26).

⁶⁴ Denninger, Der Online-Gerichtssaal in Zivil- und Arbeitsgerichtsbarkeit, BB 2020, 1464 (1466); Müller/Windau (Fn. 44), DRiZ 2021, 332 (333); Schmidt/Saam, Videokonferenzen im Zivilprozess, DRiZ 2020, 216 (217).

Parteivertreter, Zeugen, Sachverständige und Dolmetscher nicht mehr für einen Gerichtstermin verpflichtend anreisen müssen, entstehen einerseits ökonomische Vorteile in Form von eingesparten Reisekosten. Andererseits treten aber auch ökologische Vorteile durch weniger negative Umweltbelastungen ein. In diesem Sinne hat § 128a ZPO ein ausgeprägtes ökologisches Potential.⁶⁵

Gerade im Lichte der neueren Entscheidung des BVerfG vom 24. März 2021⁶⁶ kommt diesem Potential auch besondere Bedeutung zu. Das BVerfG stellte in seinem Beschluss ausdrücklich fest, dass der Staat durch Art. 20a GG zum Klimaschutz verpflichtet ist. Auch in der aktuellen politischen Diskussion wird dies vom Grundsatz her so gesehen. Die seit Dezember 2021 regierende Ampelkoalition hat derartige Pflichten bereits in ihren Koalitionsvertrag aufgenommen. Sie plant, einen möglichst großen Beitrag zum Klimaschutz zu leisten.⁶⁷ So will die Bundesregierung u.a. „die Potentiale der Digitalisierung für mehr Nachhaltigkeit nutzen“⁶⁸.

Diese Überlegungen rechtfertigen ein klares Ergebnis: Die seit 2002 geltende Norm des § 128a ZPO hat auch in der heutigen Zeit nichts an Aktualität verloren. Vielmehr gilt das Gegenteil: Es gibt derzeit wohl kaum eine ZPO-Norm, die so intensiv diskutiert wird und die so im wissenschaftlichen Fokus steht wie § 128a ZPO.⁶⁹ Dies zeigt, dass § 128a ZPO zugleich eine zukunftsfähige Norm ist. Dies wird auch in der politischen Diskussion so gesehen. In einem Interview mit der Deutschen Richterzeitung sagte der neue Bundesjustizminister Marco Buschmann (FDP), dass gemeinsam mit den Ländern und den Bundesgerichten an der Entwicklung eines bundeseinheitlichen Systems für Videoverhandlungen an den deutschen Gerichten gearbeitet wird.⁷⁰ Videoverhandlungen – so der Minister – sollten künftig zum gerichtlichen Alltag gehören.

Die Geschichte des § 128a ZPO ist also noch längst nicht beendet. Es beginnt gerade erst ein neues Kapitel.

⁶⁵ Vgl. dazu *Schmidt/Saam* (Fn. 64), DRiZ 2020, 216 (217); *Müller/Windau* (Fn. 44), DRiZ 2021, 332 (333).

⁶⁶ Dazu und zum Folgenden BVerfG, NJW 2021, 1723 (1723).

⁶⁷ Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, Mehr Fortschritt wagen, S. 127, https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf, zuletzt aufgerufen am 30.01.2022.

⁶⁸ Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, Mehr Fortschritt wagen (Fn. 67), S. 18.

⁶⁹ *Köbler* (Fn. 62), NJW 2021, 1072 (1072); *Resch/Erden* (Fn. 4), jM 2022, 46; *Schmidt/Saam* (Fn. 64), DRiZ 2020, 216 (217); *Müller/Windau* (Fn. 44), DRiZ 2021, 332 (333).

⁷⁰ Dazu und zum Folgenden *Rebehn/Schröter*, In Personal und Qualität der Rechtspflege investieren, DRiZ 2022, 54 (55).