

ÖFFENTLICHKEIT 2.0 ODER: HOFFEN, DASS KEINER ERSCHEINT? DER ÖFFENTLICHKEITS-GRUNDSATZ IN TEIL- UND VOLLVIRTUELLEN VERHANDLUNGEN

Franziska Neis / Christoph Resch

Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Saarbrücker Zentrum für Recht und Digitalisierung (ZRD Saar)
Universität des Saarlandes, Campus C 3.1, 66123 Saarbrücken, DE
franziska.neis@zrd-saar.de

Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Prozess- und Arbeitsrecht sowie Bürgerliches Recht
(Prof. Dr. Stephan Weth)
Universität des Saarlandes, Campus C 3.1, 66123 Saarbrücken, DE
christoph.resch@uni-saarland.de

Schlagworte: § 128a ZPO, Bild- und Tonübertragung, Videoverhandlung, virtueller Zivilprozess, E-Justice, Digitalisierung der Justiz, Prozessrecht, Verfahrensgrundsätze, Öffentlichkeit

Abstract: *Das deutsche Zivilprozessrecht sieht seit dem Jahr 2002 in § 128a ZPO die Möglichkeit einer Verhandlung und Vernehmung im Wege der Videokonferenz vor. In der Praxis wurde davon lange kaum Gebrauch gemacht. Dies änderte sich mit dem Ausbruch der Corona-Pandemie. Dabei ergaben sich Fragestellungen im Hinblick auf Verfahrensgrundsätze. Der vorliegende Beitrag beleuchtet Vorschläge zur Wahrung der Öffentlichkeit im Prozess, von der Saalöffentlichkeit über Livestreams ins Internet bis hin zu neuen Formen. Dabei werden auch die derzeit diskutierten vollvirtuellen Verhandlungen berücksichtigt.*

1. Einführung

„IT will be the foundation of the court system in the near future and now is the time that it should be seen to be receiving attention at the highest levels.“¹

So prognostizierte *Lord Woolf* in seinem 1996 erschienenen Abschlussbericht zur englischen Zivilprozessrechtsreform die künftig zu erwartenden Auswirkungen moderner, digitaler Informationstechnik auf gerichtliche Verfahren. Zur Informationstechnik, die im gerichtlichen Verfahren gewinnbringend eingesetzt werden kann, gehören insbesondere Videokonferenzsysteme. Die deutsche Zivilprozessordnung (ZPO) sieht die Möglichkeit der Nutzung solcher Systeme zur Verhandlung und Vernehmung im Wege der Bild- und Tonübertragung bereits seit dem Jahr 2002 in § 128a ZPO vor.² In der Praxis hat die Norm bislang gleichwohl ein Schattendasein geführt.³ Erst durch die anhaltende Corona-Pandemie wurde die digitale Aufrüstung der Gerichte forciert und verstärkt auf die Möglichkeit der Verhandlung per Videokonferenz zurückgegriffen,⁴

¹ *Lord Woolf* MR, Access to Justice: Final Report, London: HMSO, 1996, p. 293 (zitiert nach STADLER, Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik, ZZZ (115) 2002, S. 413ff.).

² § 128a ZPO wurde eingeführt durch das Zivilprozessreformgesetz, BGBl. I 2001/1887 und neu gefasst durch das Gesetz zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren, BGBl. I 2013/935.

³ DENNINGER, Der Online-Gerichtssaal in Zivil- und Arbeitsgerichtsbarkeit – URL auf der Gerichtshomepage statt Sitzungsaushang: Kommt nun die Online-Justiz?, BB 2020, S. 1464; REUSS, Die digitale Verhandlung im deutschen Zivilprozessrecht, JZ 2020, S. 1134; vgl. auch FRIES, Die vollvirtuelle Verhandlung – Quo vadis, § 128a ZPO ?, GVRZ 2020, S. 27: „Freilich tendierte die Bedeutung dieser Vorschrift bisher gegen Null“.

⁴ In einer Studie der Bucerus Law School gaben von 663 befragten Richterinnen und Richtern weniger als 10 Prozent an, bereits vor der Pandemie per Videokonferenz verhandelt zu haben; während der Pandemie stieg dieser Wert auf über 40 Prozent, vgl. dazu REBEHN, Umfrage zeigt: Akzeptanz für Online-Verfahren wächst, DRiZ 2021, S. 90.

vornehmlich um Infektionsrisiken zu minimieren und massenhaften Terminverschiebungen vorzubeugen⁵. Rechtliche und praktische Fragestellungen betreffend Videokonferenzen im Zivilprozess finden seitdem rege Beachtung in der wissenschaftlichen Diskussion.⁶ Zunehmend werden dabei auch Möglichkeiten der Weiterentwicklung des § 128a ZPO hin zu einer vollvirtuellen Verhandlung ohne physischen Gerichtssaal untersucht.⁷ Leitbild bei einer solchen Weiterentwicklung müssen dabei die Prozessmaximen sein. Sie definieren den verfahrensrechtlich zulässigen Rahmen des Einsatzes von Videokonferenzsystemen zur Durchführung teil- oder vollvirtueller Verhandlungen. Dieser Beitrag skizziert, welche Vorgaben der Öffentlichkeitsgrundsatz für den Einsatz von Videokonferenztechnik im Zivilverfahren⁸ aufstellt, wie diese Vorgaben umgesetzt werden können und welche Grenzen im Hinblick auf vollvirtuelle Verhandlungen bestehen. Er versteht sich insoweit als Bestandsaufnahme und Impuls zur weiteren Diskussion.

2. Allgemeine Anmerkungen zu § 128a ZPO

§ 128a Abs. 1 S. 1 ZPO eröffnet Parteien, Bevollmächtigten und Beiständen die Möglichkeit, sich an einem anderen Ort aufzuhalten und dort Verfahrenshandlungen vorzunehmen. Die Verhandlung muss dabei in Bild und Ton zeitgleich in den Sitzungssaal und an den anderen Ort übertragen werden, wie § 128a Abs. 1 S. 2 ZPO bestimmt. § 128a Abs. 2 ZPO sieht diese Möglichkeit auch für die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen vor. Reine Telefonkonferenzen ohne Bildübertragung sind nicht zulässig.⁹ § 128a Abs. 3 ZPO bestimmt zudem, dass die Bild- und Tonübertragung nicht aufgezeichnet wird. § 128a ZPO modifiziert lediglich das Erfordernis persönlicher und gleichzeitiger Anwesenheit der Prozessbeteiligten und deren Vertreter beziehungsweise der Zeugen im Gerichtssaal, verlegt jedoch die Verhandlung nicht gänzlich in den virtuellen Raum. Terminsort ist weiterhin der Gerichtssaal im jeweiligen Gericht, § 219 ZPO erfährt insoweit keine Einschränkung.¹⁰ Das Gericht muss deshalb nach wie vor physisch im Gerichtssaal anwesend sein.

3. Die Bild- und Tonübertragung und der Grundsatz der Öffentlichkeit

Eine der größten Herausforderungen bei der Durchführung von Videokonferenzen im gerichtlichen Verfahren stellt die Herstellung von Öffentlichkeit im Sinne des § 169 Abs. 1 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) dar. Wie umstritten Reichweite und Bedeutung der Öffentlichkeit sind, hat zuletzt die Diskussion um § 114 Abs. 3 Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) und § 211 Abs. 3 Sozialgerichtsgesetz (SGG) im Zuge der Corona-Pandemie gezeigt.¹¹ Es steht der Öffentlichkeit de lege lata auch im Rahmen des § 128a ZPO frei, der Verhandlung im Sitzungssaal zu folgen. Auf welche Art und Weise die Öffentlichkeit im Gerichtssaal dann der Videoverhandlung und -ver-

⁵ MÜLLER/WINDAU, Pandemie als Digitalisierungsschub für die Justiz?, DRiZ 2021, S. 332 (S. 333).

⁶ Die Anzahl an Beiträgen zu diesem Thema ist seit Anfang des Jahres 2020 stark gestiegen, siehe etwa FRANCKEN/NATTER, Die arbeitsgerichtliche Videoverhandlung, NZA 2021, S. 153; FRIES, Die vollvirtuelle Verhandlung – Quo vadis, § 128a ZPO ?, GVRZ 2020, S. 27; GREGER, Möglichkeiten und Grenzen der Videokommunikation im zivil-, familien- und arbeitsgerichtlichen Verfahren, MDR 2020, S. 957; MANTZ/SPOENLE, Corona-Pandemie: Die Verhandlung per Videokonferenz nach § 128a ZPO als Alternative zur Präsenzverhandlung, MDR 2020, S. 637; MÜLLER/WINDAU, Pandemie als Digitalisierungsschub für die Justiz?, DRiZ 2021, S. 332; REUSS, Die digitale Verhandlung im deutschen Zivilprozessrecht, JZ 2020, S. 1135; WINDAU, Die Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung, NJW 2020, S. 2753.

⁷ Derartige Überlegungen finden sich bei FRIES, Die vollvirtuelle Verhandlung – Quo vadis, § 128a ZPO ?, GVRZ 2020, S. 27 und REUSS, Die digitale Verhandlung im deutschen Zivilprozessrecht, JZ 2020, S. 1135 (S. 1137ff.).

⁸ Zum Einsatz von Videotechnik im Strafverfahren vgl. KRÜGER/VOGELGESANG/LEICHT/ADAM, Strafjustiz und der Einsatz von Videotechnik in Corona-Zeiten. In: Schweighofer/Eder/Hanke/Kummer/Saarenpää (Hrsg.), Cybergovernance. Tagungsband des 24. Internationalen Rechtsinformatik Symposions IRIS 2021, Editions Weblaw, Wien 2021, S. 55.

⁹ WINDAU, Die Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung, NJW 2020, S. 2753 (S. 2754).

¹⁰ STADLER, in: Musielak/Voit (Hrsg.), ZPO Kommentar, 18. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München 2021, § 128a, Rn. 1.

¹¹ Referentenentwurf der Bundesregierung, COVID-19 ArbGG/SGG-AnpassungsG v. 09.04.2020 14:07 Uhr <https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetze/Referentenentwurf/ref-sozialschutz-paket2.pdf> (aufgerufen am 15.11.2021); Gesetz zu sozialen Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (Sozialschutz-Paket II), BGBl. I 2020/1055.

nehmung folgen kann, hängt derzeit vor allem von der technischen Ausstattung und dem Willen des Gerichts ab. Denn § 169 Abs. 1 S. 1 GVG regelt nur das grundsätzliche Erfordernis der Herstellung von Öffentlichkeit, nicht aber deren Modalitäten.¹² Für den Anwender ergeben sich aus diesem Status quo erhebliche Rechtsunsicherheiten. Es stellt sich die Frage, auf welche Weise die Öffentlichkeit im Rahmen des § 128a ZPO wirksam hergestellt werden kann. Dies gilt auch mit Blick auf eine vollvirtuelle Verhandlung, wie sie derzeit diskutiert wird.

3.1. Der Grundsatz der Öffentlichkeit

Nach dem Grundsatz der Öffentlichkeit hat jeder, ohne Ansehen seiner Zugehörigkeit zu bestimmten Gruppen der Bevölkerung und ohne Ansehung bestimmter persönlicher Eigenschaften, die Möglichkeit, an den Verhandlungen der Gerichte als Zuhörer teilzunehmen.¹³ Der Öffentlichkeitsgrundsatz schließt auch mit ein, dass im Vorfeld der Verhandlung jedem die Möglichkeit geboten wird, sich in zumutbarer Weise Kenntnis von ihr zu verschaffen, was eine hinreichende Information über Ort und Zeit der Verhandlung miteinschließt.¹⁴ Der Öffentlichkeitsgrundsatz ist selbst nicht ausdrücklich im Grundgesetz verankert, er ist vielmehr Ausdruck des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips und erfüllt Kontroll- und Schutz- sowie Informations-, Transparenz- und Legitimationsfunktionen.¹⁵ Er ist zugleich Ausfluss des Rechts auf ein faires Verfahren, Art. 6 Abs. 1 S. 1, S. 2 Hs. 1 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK).¹⁶ Darüber hinaus wird ihm eine „individuell-symbolische Komponente“¹⁷ zugesprochen, die sich der Einleitungsformel „Im Namen des Volkes“ entnehmen lässt. Zwar kommt dem Öffentlichkeitsgrundsatz im Vergleich zum Straf- oder Arbeitsgerichtsprozess im Zivilverfahren vor den ordentlichen Gerichten eine geringere Bedeutung zu,¹⁸ seine Verletzung stellt aber dennoch einen absoluten Revisionsgrund dar, § 547 Nr. 5 ZPO.

3.2. Lösungsansätze

Es werden unterschiedliche Lösungsansätze dazu vertreten, wie sich dieser Verfahrensgrundsatz in (teil-)virtuellen Verfahren verwirklichen lässt. Den Vorschlägen liegt allgemein die Frage zu Grunde, wie viel beziehungsweise auf welche Weise Öffentlichkeit gewährleistet werden muss, um die Funktionen des Grundsatzes zur Geltung zu bringen.

3.2.1. Reine Tonübertragung in den Sitzungssaal

Die Übertragung ausschließlich des Tons für die Öffentlichkeit im Sitzungssaal ist die Lösung, die dem bisherigen Gesetzesstand wohl am nächsten kommt.¹⁹ Seit Inkrafttreten des EMöGG²⁰ kann die Übertragung des

¹² BVerfG 24. Januar 2001, 1 BvR 2623/95, BVerfGE 103, 44; BVerfG 14. März 2012, 2 BvR 2405/11, NJW 2012, 1863.

¹³ St. Rspr. BGH 06. Oktober 1976, 3 StR 291/76, BGHSt 27, 13; BGH 07. März 1979, 3 StR 39/79 (S), NJW 1979, 2622; BGH 30. März 2004, 4 StR 42/04, NStZ 2004, 510.

¹⁴ BVerfG 10. Oktober 2001, 2 BvR 1620/01, NJW 2002, 814; BGH 15. November 1983, 1 StR 553/83, NStZ 1984, 134; zum nicht immer notwendigen Aushang BVerfG 15. März 2012, 4 B 11.12 m.w.N.

¹⁵ BVerfG 24. Januar 2001, 1 BvR 2623/95, BVerfGE 103, 44; BVerfG 27. November 2007, 2 BvK 1/03, BVerfGE 119, 309; BVerfG 14. März 2012, 2 BvR 2405/11, NJW 2012, 1863 m.w.N.; BGH 23. Mai 1956, 6 StR 14/56, BGHSt 9, 280; EGMR 08. Dezember 1983, 3/1982/49/78, NJW 1986, 2177; EGMR 29. Oktober 1991, Nr. 22/1990/213/275, NJW 1992, 1813.

¹⁶ BVerfG 14. März 2012, 2 BvR 2405/11, NJW 2012, 1863.

¹⁷ KULHANEK, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO, C.H.BECK, München 2018, § 176 GVG, Rn. 31. PABST, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur ZPO, Bd. 3, 6. Aufl., C.H.BECK, München 2022, § 169 GVG Rn. 1, 3.

¹⁹ Für eine reine Tonübertragung FRITSCHKE, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur ZPO, Bd. 1, 6. Aufl., C.H.BECK, München 2020, § 128a, Rn. 4; GREGER, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmid, Köln 2022, § 128a, Rn. 6; IRSKENS, Videoverhandlungen in der Praxis – ein Erfahrungsbericht, BDVR-Rundschreiben 4/2020, S. 9 (S. 10); SCHULTZKY, Videokonferenzen im Zivilprozess, NJW 2003, S. 313 (S. 315); SCHUPP, Praktische Erwägungen zu Verhandlungen nach § 128a ZPO, DRiZ 2021, S. 66 und dort Fn. 2; STADLER, in: Musielak/Voit (Hrsg.), ZPO Kommentar, 18. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München 2021, § 128a, Rn. 2.

²⁰ Gesetz zur Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren und zur Verbesserung der Kommunikationshilfen für Menschen mit Sprach- und Hörbehinderung (Gesetz über die Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren – EMöGG), BGBl. I 2017/3546.

Tons gemäß § 169 Abs. 1 S. 3 GVG, § 17a Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG) in einen Arbeitsraum für Personen, die für Presse, Hörfunk, Fernsehen oder andere Medien berichten, zugelassen werden. Technisch ist dies bei Verfahren nach § 128a ZPO durch einen Lautsprecher im Gerichtssaal leicht zu realisieren. Es stellt sich jedoch die Frage, weshalb das Bild nicht auch übertragen werden sollte. Auch dies ist technisch einfach umzusetzen. Das Gesetz spricht ebenfalls von einer Bild- und Tonübertragung; eine dahingehende Einschränkung, dass dies nur für die Verfahrensbeteiligten, nicht aber für die Öffentlichkeit gelten soll, ist dem Wortlaut des § 128a ZPO nicht zu entnehmen, wengleich sich die zwei Komponenten Bild und Ton sprachlich trennen lassen. Auch im Vergleich mit der mündlichen Verhandlung nach § 128 Abs. 1 ZPO, bei welcher der Öffentlichkeit das Visuelle zugänglich ist, besteht kein Unterschied, aus dem sich ein anderer Maßstab für eine Verhandlung nach § 128a ZPO ergäbe. Bei einer Übertragung in den Sitzungssaal können die Persönlichkeitsrechte der Beteiligten jedenfalls kaum schwerer wiegen als im Rahmen des § 128 Abs. 1 ZPO. Eine Einschränkung der visuellen Übertragung und damit der Öffentlichkeit erscheint deshalb rechtfertigungsbedürftig. Zudem könnte man die Bildübertragung für eine wirksame Kontrolle durchaus als notwendig erachten.²¹

3.2.2. Bild- und Tonübertragung

Weiter greift deshalb der Vorschlag, die Verhandlungen in Bild und Ton in den Sitzungssaal zu übertragen.²² Auch diese Option lehnt sich an die bisherige Rechtslage an. Denn nach § 169 Abs. 3 S. 1 GVG kann beim Bundesgerichtshof zumindest die Entscheidungsverkündung in besonderen Fällen in Bild und Ton übertragen werden.²³ Eine solche „Public Viewing-Lösung“²⁴ für Videoverhandlungen könnte technisch durch einen zweiten Bildschirm oder eine Leinwand im Gerichtssaal vergleichsweise einfach umgesetzt werden.²⁵ In eine ähnliche Richtung geht auch der Vorschlag, Übertragungszimmer²⁶ an Gerichten, in Bürgerservicestellen oder an anderen geeigneten Orten einzurichten.²⁷ Dadurch würde eine Prozessbeobachtung, die der Saalöffentlichkeit im Rahmen des § 128 Abs. 1 ZPO entspricht, ermöglicht. Jedoch bleibt dieser Vorschlag hinter den technischen Möglichkeiten zurück. Auch rechtlich ist der Gesetzgeber nur befugt, nicht jedoch verpflichtet, die Öffentlichkeit auf die im Gerichtssaal Anwesenden zu begrenzen.²⁸ Zwar besteht das Erfordernis der Anwesenheit des Gerichts im Sitzungssaal bei § 128a ZPO gerade der Herstellung

²¹ Exemplarisch das Narbenbeispiel von BERNZEN, Im Gerichtssaal, aber auch am Bildschirm: Öffentlichkeit in Verhandlungen nach § 128a ZPO, 07.06.2020, www.zpoblog.de/?p=8504 (aufgerufen am 15.11.2021).

²² BERNZEN, Im Gerichtssaal, aber auch am Bildschirm: Öffentlichkeit in Verhandlungen nach § 128a ZPO, 07.06.2020, www.zpoblog.de/?p=8504 (aufgerufen am 15.11.2021); KULHANEK, Saalöffentlichkeit unter dem Infektionsschutzgesetz, NJW 2020, S. 1183 (S. 1183); SCHREIBER, Die mündliche Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung, Betrifft Justiz (142) 2020, S. 268 (S. 270); VON SELLE, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.) BeckOK ZPO, 42. Ed., C.H.BECK, München 2021, § 128a, Rn. 9.

²³ Eine analoge Anwendung auf Videoübertragungen scheidet aus, vgl. BERNZEN, Im Gerichtssaal, aber auch am Bildschirm: Öffentlichkeit in Verhandlungen nach § 128a ZPO, 07.06.2020, www.zpoblog.de/?p=8504 (aufgerufen am 15.11.2021).

²⁴ VOSS, Verbraucherfreundlich, verfahrensökonomisch, verfassungskonform?, VuR 2021, S. 243 (S. 249).

²⁵ IRSKENS, Die Videoverhandlung in der Praxis, Betrifft Justiz (142) 2020, S. 281 (S. 284); a.A. BERNZEN, Im Gerichtssaal, aber auch am Bildschirm: Öffentlichkeit in Verhandlungen nach § 128a ZPO, 07.06.2020, www.zpoblog.de/?p=8504 (aufgerufen am 15.11.2021).

²⁶ Oder Terminals, GUISE-RÜBE/KUHNKE-FRÖHLICH, Videoverhandlung als Regelfall, LTO v. 08.07.2021, https://www.lto.de/persistent/a_id/45411/ (aufgerufen am 15.11.2021).

²⁷ Arbeitsgruppe „Modernisierung des Zivilprozesses“ im Auftrag der Präsidentinnen und Präsidenten der Oberlandesgerichte, des Kammergerichts, des Bayerischen Obersten Landesgerichts und des Bundesgerichtshofs, Modernisierung des Zivilprozesses, Diskussionspapier, S. 47; MANTZ/SPOENLE, Corona-Pandemie: Die Verhandlung per Videokonferenz nach § 128a ZPO als Alternative zur Präsenzverhandlung, MDR 2020, S. 637 (S. 643).

²⁸ BVerfG 24. Januar 2001, 1 BvR 2623/95, BVerfGE 103, 44.

der Saalöffentlichkeit wegen.²⁹ Eine Abkehr von der Saalöffentlichkeit würde aber noch keine Verletzung des Öffentlichkeitsprinzips begründen.³⁰

3.2.3. Zuganglink zur Videokonferenz

Mutiger erscheint der Gedanke, Zugangslinks zu den Videokonferenzen an die Öffentlichkeit auszugeben.³¹ Der Zuganglink könnte entweder auf der Website des Gerichts veröffentlicht³² oder nur nach vorheriger namentlicher Anmeldung ausgehändigt werden³³. Zwar wird bei der Saalöffentlichkeit im Regelfall keine Anmeldung gefordert, schon gar keine namentliche. Ein solches Erfordernis könnte sich jedoch aus einem erhöhten Missbrauchsrisiko ergeben.³⁴ Durch heimliche Mitschnitte könnte das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Beteiligten aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz (GG) verletzt werden.³⁵ Die Möglichkeit der Teilnahme per Link kann auch zu einer höheren Zahl an Zuschauern führen als in analoger Form.³⁶ Kritisiert wird, dass eine Übertragung per Livestream die bisherige Vorstellung von Öffentlichkeit lediglich vom Analogen ins Digitale übertragen würde.³⁷ Denn auch die Öffentlichkeit im Verfahren nach § 128 Abs. 1 ZPO ist keine ideale Öffentlichkeit, sondern weist Funktionsdefizite auf.³⁸ So hat das Publikum im Gerichtssaal keinen Anspruch darauf, Augenschein an der Richterbank zu nehmen.³⁹ Ebenso wenig hat es ein Recht darauf, dass der Richter lauter spricht.⁴⁰ Aufgrund der Bezugnahme auf Schriftsätze, in welche die Öffentlichkeit keinen Einblick hat, kann es dieser zudem erschwert sein, der Verhandlung zu folgen.⁴¹ Durch die Teilnahme der Öffentlichkeit an der Videokonferenz kann die akustische Verständlichkeit individuell verbessert werden, andere Einschränkungen der Kontrollfunktion werden jedoch nicht behoben.

3.2.4. Livestream

Denkbar ist auch eine Übertragung per Livestream⁴² ins Internet.⁴³ Eine solche ist de lege lata aufgrund von § 169 Abs. 1 S. 2 GVG unzulässig. Die Vorschrift müsste mithin geändert werden.⁴⁴ Jedoch wird diesem Vorschlag hierzulande mit erheblichen Bedenken, insbesondere aus datenschutzrechtlicher Perspektive, begegnet. Auch in diesem Zusammenhang wird das Risiko heimlicher Mitschnitte (vgl. unter 3.2.3.) vorgebracht.

²⁹ FRIES, Die vollvirtuelle Verhandlung – Quo vadis, § 128a ZPO ?, GVRZ 2020, S. 27, Rn. 1; REUSS, Die digitale Verhandlung im deutschen Zivilprozessrecht, JZ 2020, S. 1135 (S. 1136) m.w.N. dort in Fn. 22.

³⁰ ESCHENHAGEN, Öffentlichkeit in Online-Gerichtsverhandlungen, Verfassungsblog v. 26.04.2020, <https://verfassungsblog.de/oeffentlichkeit-in-online-gerichtsverhandlungen/> (aufgerufen am 15.11.2021).

³¹ Zur Handhabung in Australien PERRAM, Man darf das Perfekte nicht zum Feind des Guten machen, Betrifft Justiz (142) 2020, S. 279 (S. 279).

³² Sog. digitale Terminrolle, REUSS, Die digitale Verhandlung im deutschen Zivilprozessrecht, JZ 2020, S. 1135 (S. 1140).

³³ FRIES, Die vollvirtuelle Verhandlung – Quo vadis, § 128a ZPO ?, GVRZ 2020, S. 27, Rn. 24.

³⁴ Zur Zulässigkeit der Ausweispflicht BVerfG 14. März 2012, 2 BvR 2405/11, NJW 2012, 1863 m.w.N. zur EGMR-Rspr.; BGH 06. Oktober 1976, 3 StR 291/76, BGHSt 27, 13.

³⁵ Ablehnend REUSS, Die digitale Verhandlung im deutschen Zivilprozessrecht, JZ 2020, S. 1135 (S. 1139).

³⁶ FRIES, Die vollvirtuelle Verhandlung – Quo vadis, § 128a ZPO ?, GVRZ 2020, S. 27, Rn. 19.

³⁷ VOSS, Verbraucherfreundlich, verfahrensökonomisch, verfassungskonform?, VuR 2021, S. 243 (S. 249); a.A. DENNINGER, Der Online-Gerichtssaal in Zivil- und Arbeitsgerichtsbarkeit – URL auf der Gerichts-Homepage statt Sitzungsaushang: Kommt nun die Online-Justiz?, BB 2020, S. 1464 (S. 1467).

³⁸ VOSS, Verbraucherfreundlich, verfahrensökonomisch, verfassungskonform?, VuR 2021, S. 243 (S. 249).

³⁹ BGH 26. Juli 1990, 4 StR 301/90; BGH 10. Januar 2006, 1 StR 527/05, NJW 2006, 1220.

⁴⁰ PABST, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur ZPO, Bd. 3, 6. Aufl., C.H.BECK, München 2022, § 169 GVG Rn. 2.

⁴¹ PABST, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur ZPO, Bd. 3, 6. Aufl., C.H.BECK, München 2022, § 169 GVG, Rn. 1.

⁴² VOSS, Verbraucherfreundlich, verfahrensökonomisch, verfassungskonform?, VuR 2021, S. 243 (S. 249).

⁴³ PASCHKE, Digitale Gerichtsöffentlichkeit und Determinierungsgesamtrechnung, MMR 2019, S. 563 (S. 565); REUSS, Die digitale Verhandlung im deutschen Zivilprozessrecht, JZ 2020, S. 1135 (S. 1140f.); Deutscher Bundestag, Drucksachen 19/32035, S. 3 Nr. 12; 19/19120, S. 2 Nr. 4, S. 3 Nr. 3; 19/30786, S. 1.

⁴⁴ Ablehnend die Arbeitsgruppe „Modernisierung des Zivilprozesses“ (Fn. 27), S. 69.

Zudem haben die Beteiligten keine Information darüber, wer der Videokonferenz folgt. Diese Aspekte müssten bei der Einführung von Livestreams untersucht und bedacht werden.

3.2.5. Ausschluss der Öffentlichkeit

Auch ein gänzlicher Ausschluss der visuellen und akustischen Öffentlichkeit ist denkbar.⁴⁵ Nicht anders geschieht es schließlich im schriftlichen Verfahren nach § 128 Abs. 2 ZPO. Aber auch im regulären Verfahren nach § 128 Abs. 1 ZPO wird die Öffentlichkeit nicht ausnahmslos gewährleistet.⁴⁶ Einschränkungen können sich bereits bisher neben rechtlichen auch aus tatsächlichen Gründen, etwa aufgrund von Kapazitätsgrenzen, ergeben.⁴⁷ Gesetzlich normierte Einschränkungen der Öffentlichkeit finden sich in §§ 170ff. GVG sowie in Art. 6 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 EMRK.⁴⁸ Mit einem Ausschluss der Öffentlichkeit würden Bedenken hinsichtlich der Privatsphäre der Beteiligten, einer möglichen Prangerwirkung sowie einer Veränderung des Verhaltens von Verfahrensbeteiligten⁴⁹ aus dem Weg geräumt. Freilich führte dies dazu, dass noch mehr Verfahren als bisher nichtöffentlich durchgeführt würden. Verfahren mit mündlicher Verhandlung nach § 128 Abs. 1 ZPO könnten dadurch zur Ausnahme werden. Folgt man dem Gedanken, dass die Öffentlichkeit in Zivilverfahren sowie so nur noch theoretisch Funktionsvoraussetzung ist,⁵⁰ könnte ein Ausschluss hinzunehmen sein, andernfalls kommt er aufgrund des Verlustes der Funktionen zumindest dauerhaft, das heißt jenseits von Ausnahmesituationen wie der Pandemie, nicht in Betracht.

3.2.6. Differenzierung nach Gerichten

Denkbar ist auch eine weitere Differenzierung nach Gerichten, wie sie im Grundsatz bereits in § 169 Abs. 3 GVG angelegt ist. So wird ein Livestream von Verhandlungen vor dem Bundesgerichtshof für geeignet gehalten, da dieser keine Tatsacheninstanz ist und die oben genannten Risiken daher erheblich minimiert seien.⁵¹ Es erscheint wenig plausibel, weshalb mit dieser Argumentation die Möglichkeit der Live-Übertragung – gegebenenfalls über die Entscheidungsverkündung hinaus – nicht auf alle Bundesgerichte ausgeweitet werden sollte.⁵²

3.2.7. Beschränkung auf Medienvertreter

Auch die Beschränkung des Zugangs für bestimmte Gruppen, regelmäßig Medienvertreter, wird diskutiert.⁵³ Für diese streitet jedenfalls auch ihre Presse- und Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG. Es stellt sich jedoch zum einen die Frage, wer als Medienvertreter gelten soll,⁵⁴ zum anderen die, ob eine reine Medien-

⁴⁵ Ausführlich zu einem möglichen Ausschluss der Öffentlichkeit Deutscher Bundestag – Wissenschaftliche Dienste, WD 6 – 3000 – 036/20; WD 7 – 3000 – 061/2, S. 21f.; ablehnend ESCHENHAGEN, Öffentlichkeit in Online-Gerichtsverhandlungen, Verfassungsblog v. 26.04.2020, <https://verfassungsblog.de/oeffentlichkeit-in-online-gerichtsverhandlungen/> (aufgerufen am 15.11.2021); PRÜTTING, Auf dem Weg von der mündlichen Verhandlung zur Videokonferenz, AnwBl 2013, S. 330 (S. 332); REUSS, Die digitale Verhandlung im deutschen Zivilprozessrecht, JZ 2020, S. 1135 (S. 1138); VOSS, Verbraucherfreundlich, verfahrensökonomisch, verfassungskonform?, VuR 2021, S. 243 (S. 248); PABST, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur ZPO, Bd. 3, 6. Aufl., C.H.BECK, München 2022, § 169 GVG, Rn. 26ff.

⁴⁶ BVerfG 24. Januar 2001, 1 BvR 2623/95, BVerfGE 103, 44; BVerfG 14. März 2012, 2 BvR 2405/11, NJW 2012, 1863.

⁴⁷ BGH 10. Juni 1966, 4 StR 72/66, BGHSt 21, 72; OLG Karlsruhe 31. Juli 1975, 3 Ss 175/74, NJW 1975, 2080.

⁴⁸ EGMR 02. Oktober 2018, 40575/10, 67474/10.

⁴⁹ BVerfG 24. Januar 2001, 1 BvR 2623/95, BVerfGE 103, 44.

⁵⁰ Vgl. zu diesem Gedanken PABST, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur ZPO, Bd. 3, 6. Aufl., C.H.BECK, München 2022, § 169 GVG, Rn. 1 m.w.N.

⁵¹ BERNZEN, Im Gerichtssaal, aber auch am Bildschirm: Öffentlichkeit in Verhandlungen nach § 128a ZPO, 07.06.2020, www.zpoblog.de/?p=8504 (aufgerufen am 15.11.2021).

⁵² TRENTMANN, Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren, MMR 2018, S. 441 (S. 445).

⁵³ ESCHENHAGEN, Öffentlichkeit in Online-Gerichtsverhandlungen, Verfassungsblog v. 26.04.2020, <https://verfassungsblog.de/oeffentlichkeit-in-online-gerichtsverhandlungen/> (aufgerufen am 15.11.2021).

⁵⁴ FRIES, Die vollvirtuelle Verhandlung – Quo vadis, § 128a ZPO ?, GVRZ 2020, S. 27, Rn. 21.

öffentlichkeit⁵⁵ den Anforderungen an den Öffentlichkeitsgrundsatz genügt⁵⁶. Auch die Intermediärfunktion der Medien wird teilweise kritisch gesehen.⁵⁷ Diese Lösung liefe freilich der Konzeption des Öffentlichkeitsgrundsatzes (vgl. die Definition unter 3.1.) zuwider, wonach jedermann Zutritt gewährt werden muss.⁵⁸

3.2.8. Neue Formen von Öffentlichkeit

Darüber hinaus wird auch eine Kombination aus einzelnen Maßnahmen vorgeschlagen, die in ihrer Gesamtheit die Funktionen der Öffentlichkeit von Gerichtsverfahren verwirklichen könnten.⁵⁹ Denkbar ist die digitale Veröffentlichung aller Verfahrensergebnisse in Verbindung mit einer beschränkten Online-Akteneinsicht. Statt eines Livestreams könnte zudem ein (anonymisiertes) „Wortlaufprotokoll“ (sic)⁶⁰ auf der Gerichtswebseite einsehbar sein. Dabei könnte auch der Forderung nach einer umfassenden anonymisierten Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen Rechnung getragen werden.⁶¹ Für diese Lösung spricht vielleicht der Ausspruch des Bundesverfassungsgerichts, dass Prozesse in der, aber nicht für die Öffentlichkeit stattfinden.⁶² Ein Recht auf unmittelbare Wahrnehmbarkeit lässt sich dem Öffentlichkeitsgrundsatz nicht direkt entnehmen, solange die Informations- und Kontrollfunktion anderweitig gewährleistet werden können. Argumentieren lässt sich auch, dass der Staat nur die Pflicht hat, ein dem Informations- und Kommunikationsstand entsprechendes Angebot zu unterbreiten, um dadurch die Funktionen des Öffentlichkeitsgrundsatzes zu (re-) aktivieren.⁶³

4. Zwischenfazit

Solange der Gesetzgeber daran festhält, dass zumindest das Gericht im Sitzungssaal anwesend sein muss, lassen sich Vorschläge, die an die Saalöffentlichkeit anknüpfen, mit der entsprechenden Technik ohne größere Hürden umsetzen. Vorschläge, die sich von der Saalöffentlichkeit lösen, dürften mit Blick in die Zukunft für die Ausgestaltung einer virtuellen Öffentlichkeit zunehmend relevant werden. Dies hängt jedoch auch maßgeblich davon ab, ob vollvirtuelle Verhandlungen unter anderen verfahrensrechtlichen Gesichtspunkten überhaupt realisierbar sind.

5. Blick in die Zukunft: vollvirtuelle Verhandlung

Einer vollvirtuellen Verhandlung, bei der auch das Gericht und die Öffentlichkeit nur noch virtuell teilnehmen und kein physischer Gerichtssaal mehr benötigt wird, werden unter anderem Bedenken mit Blick auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz⁶⁴ entgegengebracht. In der Literatur wird etwa kritisiert, dass in einer räumlichen

⁵⁵ Zum Teil auch als mittelbare (in Abgrenzung zur unmittelbaren) Öffentlichkeit bezeichnet, BGH 08. Februar 1957, 1 StR 375/56, NJW 1957, 881.

⁵⁶ KULHANEK, Saalöffentlichkeit unter dem Infektionsschutzgesetz, NJW 2020, S. 1183 (S. 1186).

⁵⁷ BVerfG 24. Januar 2001, 1 BvR 2623/95, BVerfGE 103, 44; SCHLIESKY, Digitalisierung – Herausforderung für den demokratischen Verfassungsstaat, NVwZ 2019, S. 693 (S. 697).

⁵⁸ BVerfG 24. Januar 2001, 1 BvR 2623/95, BVerfGE 103, 44 (65); LÜCKEMANN, in: Zöller (Begr.), ZPO, 34. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmid, Köln 2022, § 169 GVG, Rn. 5 m.w.N.

⁵⁹ Zu den folgenden Vorschlägen Voss, Verbraucherfreundlich, verfahrensökonomisch, verfassungskonform?, VuR 2021, S. 243 (S. 249).

⁶⁰ Voss, Verbraucherfreundlich, verfahrensökonomisch, verfassungskonform?, VuR 2021, S. 243 (S. 249).

⁶¹ HAMANN, Der blinde Fleck der deutschen Rechtswissenschaft – Zur digitalen Verfügbarkeit instanzgerichtlicher Rechtsprechung, JZ 2021, S. 656; HEISE, Die praktisch uneingeschränkte Pflicht des Staates zur Veröffentlichung der Entscheidungen seiner (obersten) Gerichte, JZ 2021, S. 665; LUDYGA, Die Veröffentlichung und Anonymisierung von Gerichtsentscheidungen, ZUM 2021, S. 887; dieses Ziel wurde inzwischen verankert im Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, S. 106.

⁶² BVerfG 24. Januar 2001, 1 BvR 2623/95, BVerfGE 103, 44.

⁶³ TRENTMANN, Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren, MMR 2018, S. 441 (S. 445).

⁶⁴ Der Grundsatz der Unmittelbarkeit findet Ausprägung in § 128 Abs. 1, § 309 und § 355 Abs. 1 ZPO und besagt, dass mündliche Verhandlung und Beweisaufnahme unmittelbar vor dem erkennenden Gericht stattfinden müssen, vgl. GREGER, in: Zöller (Begr.), ZPO, 34. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmid, Köln 2022, Vor § 128, Rn. 13.

Zersplitterung des Spruchkörpers ein erheblicher Eingriff in den Unmittelbarkeitsgrundsatz liege, für den in „normalen Zeiten auch die Prozessökonomie keinen hinreichenden Rechtfertigungsgrund“ darstelle.⁶⁵

Derartige Bedenken erweisen sich jedoch als unbegründet. Richtig ist zwar, dass dem Unmittelbarkeitsgrundsatz eine wichtige Funktion im Prozess zukommt. Eine Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung gemäß § 128a Abs. 1 ZPO steht zu ihm jedoch nicht zwangsläufig in Widerspruch. Die Erörterung des Sach- und Streitstands per Videokonferenz ermöglicht gerade den unmittelbaren Austausch von Rede und Gegenrede und gibt dem Gericht die direkte Möglichkeit zur Reaktion und Nachfrage.⁶⁶ Im Vergleich zum schriftlichen Verfahren gemäß § 128 Abs. 2 ZPO, welches in der gerichtlichen Praxis verbreitet ist, obwohl die Unmittelbarkeit dort schlicht nicht praktikabel ist,⁶⁷ bietet die Verhandlung per Videokonferenz damit eine höhere Richtigkeitsgewähr bei gleichzeitig niedrigschwelliger Zugänglichkeit⁶⁸.

Auch die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme wird durch eine Videokonferenz nicht beeinträchtigt. Die formelle Unmittelbarkeit, nach der die Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht stattfinden muss,⁶⁹ ist auch beim Einsatz von Videokonferenztechnik gewahrt. Eine materielle Unmittelbarkeit in dem Sinne, die Beweiswürdigung auf das unmittelbarste und sachnächste Beweismittel zu stützen, kennt die Zivilprozessordnung nicht.⁷⁰ Videokonferenztechnik bietet aber auch bei der Zeugenvernehmung Vorteile. So gebührt beispielsweise der Eidesleistung vor dem Prozessgericht per Videokonferenz aufgrund größerer Unmittelbarkeit der Vorzug vor der Eidesleistung vor einem kommissarischen Richter.⁷¹ Die Befürchtung, durch die Videokonferenz könnte ein Qualitätsverlust gegenüber einer persönlichen Befragung eintreten, vermag als Argument gegen die Einführung vollvirtueller Verhandlungen per se jedenfalls nicht zu überzeugen. Dass einige Verfahren mehr, andere weniger geeignet sind für vollvirtuelle Verhandlungen, liegt dabei in der Natur der Sache. Um welche es sich dabei handelt, müsste freilich noch im Diskurs mit Praxis erarbeitet werden.

6. Fazit und Ausblick

Dem Grundsatz der Öffentlichkeit kommt auch im Zivilverfahren eine herausragende Bedeutung zu. Die zunehmende Digitalisierung des Verfahrens vermag daran nichts zu ändern. Gleichzeitig sollten herkömmliche Vorstellungen der Öffentlichkeit die Weiterentwicklung des Zivilprozesses nicht ausbremsen. Ein teil- und vollvirtueller Zivilprozess steht vor der Herausforderung, die Persönlichkeitsrechte von Beteiligten mit den Funktionen des Öffentlichkeitsgrundsatzes in Einklang zu bringen. Statt eines Vergleichs neuer Möglichkeiten mit der bisherigen Saalöffentlichkeit bietet sich ein Abgleich mit den Funktionen der Öffentlichkeit von Gerichtsverfahren an. In der Diskussion um neue Formen der Öffentlichkeit sollte der Bewertungsmaßstab stets der Status quo sein, nicht eine idealtypische Vision vollumfänglicher Publizität.⁷²

⁶⁵ So FRANCKEN/NATTER, Die arbeitsgerichtliche Videoverhandlung, NZA 2021, S. 153 (S. 154).

⁶⁶ MÜLLER/WINDAU, Pandemie als Digitalisierungsschub für die Justiz?, DRiZ 2021, S. 332 (S. 334).

⁶⁷ STADLER, in: Musielak/Voit (Hrsg.), ZPO Kommentar, 18. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München 2021, § 128, Rn. 3.

⁶⁸ MÜLLER/WINDAU, Pandemie als Digitalisierungsschub für die Justiz?, DRiZ 2021, S. 332 (S. 334).

⁶⁹ MUSIELAK, in: Musielak/Voit (Hrsg.), ZPO Kommentar, 18. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München 2021, Einleitung Rn. 47.

⁷⁰ STADLER, Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik, ZZP (115) 2002, S. 413 (S. 440); SCHULTZKY, Videokonferenzen im Zivilprozess, NJW 2003, S. 313 (S. 314); dazu WETH, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, JuS 1991, S. 34 (S. 35) m.w.N.

⁷¹ SCHREIBER, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur ZPO, Bd. 2, 6. Aufl., C.H.BECK, München 2020, § 479, Rn. 2.

⁷² VOSS, Verbraucherfreundlich, verfahrensökonomisch, verfassungskonform?, VuR 2021, S. 243 (S. 249).