

FESTSCHRIFT ELISABETH LOVREK



Elisabeth Gynel

Festschrift

ELISABETH LOVREK

Herausgegeben von

Dr. Andreas Konecny

Univ.-Prof. i.R. in Wien

Dr. Gottfried Musger

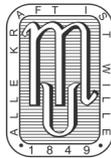
Senatspräsident des OGH

Dr. Matthias Neumayr

Vizepräsident des OGH i.R., Univ.-Prof. in Linz

Dr. Martin Spitzer

Univ.-Prof. in Wien



Wien 2024

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Sämtliche Angaben in diesem Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr; eine Haftung der Autorinnen und Autoren, der Herausgeber sowie des Verlages ist ausgeschlossen.

Zur besseren Lesbarkeit wird das generische Maskulinum verwendet.
Die verwendeten Personenbezeichnungen beziehen sich – sofern nicht anders kenntlich gemacht – auf alle Geschlechter.

ISBN 978-3-214-25217-5

© 2024 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien
Telefon: (01) 531 61-0
E-Mail: verlag@manz.at
www.manz.at
Bildnachweis: © Peter Berger
Satz: EXAKTA GmbH, Wien, www.exakta.at
Druck: FINIDR, s.r.o., Český Těšín

Vorwort

Elisabeth Lovrek hat in Rechtsprechung, Rechtswissenschaft, Justizverwaltung und Justizpolitik bleibende Spuren hinterlassen: Leitentscheidungen mit Wirkung weit über den Einzelfall hinaus, große Kommentierungen im Zivil- und Zivilverfahrensrecht, die Befriedung des Obersten Gerichtshofs nach stürmischen Zeiten, zuletzt das Brechen des politischen Widerstands gegen eine richterliche Mitwirkung bei der Besetzung der Leitungsfunktionen im Gerichtshof. Aber ein Aufzählen dieser Leistungen würde ihrer Person nicht gerecht. Denn dass ihr das alles gelungen ist, beruht auf den einzigartigen *Eigenschaften*, die sie auszeichnen.

Da ist zunächst ihre *innere Unabhängigkeit von Amt, Titeln und Würden*, die zu großer persönlicher Freiheit führt. *Elisabeth Lovrek* war und ist gerne Richterin, Honorarprofessorin, Universitätsratsvorsitzende und Präsidentin des Obersten Gerichtshofs, aber weder definiert sie sich dadurch noch wird sie in ihrem großen Freundeskreis dadurch definiert. Und das gilt auch für ihr berufliches Umfeld: Für ihre Kolleginnen und Kollegen beim Obersten Gerichtshof war und ist sie einfach „die Lisi“, der in vielfacher Hinsicht besondere Mensch, nicht die „Frau Präsidentin“.

Diese *innere Freiheit* macht *Elisabeth Lovrek* immun gegen jede Überhöhung ihres Amtes oder ihrer Person, sie ist auch der eigentliche Grund für ihre Gelassenheit und Souveränität beim Umgang mit den Herausforderungen des Gerichts- und Wissenschaftsbetriebs. Mit dieser inneren Freiheit ist eine Ausstrahlung verbunden, die auch andere erkennen lässt, dass es ihr immer um die Sache geht, nicht um eine persönliche oder politisch motivierte Agenda. Das macht sie glaubwürdig und damit erfolgreich beim Verfolgen ihrer Ziele. Diese Glaubwürdigkeit strahlt auch auf den Gerichtshof ab und stärkt dadurch dessen Akzeptanz im Gefüge des Rechtsstaats.

Innere Freiheit bedeutet aber nicht Desinteresse oder gar gelangweilte Distanz. Ganz im Gegenteil: *Elisabeth Lovrek* ist *euphorisch, engagiert und empathisch*. Diese Eigenschaften haben sie ihr ganzes Berufsleben begleitet: Als Richterin seit 1987, seit 2003 beim Obersten Gerichtshof, seit 2015 als Vizepräsidentin, zuletzt fünf Jahre lang als Präsidentin. Und seit 1998 als in Wissenschaft und Praxis hoch geschätzte Autorin und später auch als Universitätslehrerin im Zivil- und Zivilverfahrensrecht.

Elisabeth Lovrek ist *euphorisch*. Sie begeistert sich für neue Ideen und sieht vor allem deren Möglichkeiten, nicht die damit verbundenen Probleme. Manchmal sind Kolleginnen und Kollegen, die nicht sofort mitkönnen, ein notwendiges Korrektiv. Aber meistens überträgt sich *Elisabeth Lovreks* Begeisterung auf ihr Umfeld und es beginnt zu laufen. Sei es in der Rechtsprechung, wenn sie im verstärkten Senat in zunächst aussichtsloser Position einen Gegenentwurf formuliert und Mitglied um Mitglied dafür gewinnt. Oder in der Justizverwaltung, wenn sie die Umstellung auf den digitalen Akt zu ihrer Sache macht – wer ihr früher doch

etwas distanzierteres Verhältnis zur praktischen Nutzung der Informationstechnologie kennt, weiß, was das bedeutet. Ihre Euphorie bringt Dinge in Bewegung, die viele für unabänderlich gehalten haben.

Elisabeth Lovrek ist *engagiert*. Wenn sie etwas als richtig erkannt hat, will sie es umsetzen, und zwar rasch. *Winston Churchill* wird eine Formulierung zugeschrieben, die auch für sie passt: „Ich habe nie die Geduld verloren – weil ich sie nie gehabt habe.“ Kein Wunder daher, dass *Churchill* die historische Persönlichkeit ist, mit der sie am liebsten zu Abend essen würde. Mit langsamen Menschen kann sie nur schwer zusammenarbeiten, und wenn diese noch dazu bedeutungsschwanger die Stirn runzeln und staatstragend Bedenken anmelden, fällt ihre Bewertung bald eindeutig aus. Aber sie weiß auch, dass sowohl Rechtsprechung und Justizverwaltung als auch wissenschaftliche Arbeit das Bohren harter Bretter bedeuten, dass dafür ernsthafte Arbeit und ein langer Atem erforderlich sind. Dabei lässt sie sich nicht leicht entmutigen, weder von Widerständen im Gerichtsbetrieb noch von der *blank page* am Beginn einer großen Kommentierung.

Elisabeth Lovrek ist auch *empathisch*. Sie interessiert sich für die Motive der anderen, will wissen, wieso sie so und nicht anders denken und handeln, kann auch ihre Schwächen und Fehler akzeptieren – außer jemand beharrt darauf, in jeder Hinsicht alles richtig gemacht zu haben. Dann kann sie durchaus energisch werden. Aber sie vergisst auch schnell, und jeder hat die Chance eines Neuanfangs. Das alles ist bei ihr nicht angelerntes Managementwissen, sondern Ausdruck ihrer tiefen Überzeugung, dass man seinem Gegenüber gerecht werden muss. Der Mensch ist für sie immer Subjekt, nicht Objekt. Deshalb vertrauen ihr die Kolleginnen und Kollegen und die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in der Justizverwaltung, und dieses Vertrauen ist einer der ganz wesentlichen Gründe dafür, dass sie ihre oft euphorisch begonnenen und immer engagiert verfolgten Anliegen auch tatsächlich umsetzen kann.

Mit dem 65. Geburtstag am 31. 12. 2023 tritt *Elisabeth Lovrek* als Präsidentin des Obersten Gerichtshofs in den Ruhestand. Dass dieser Anlass bei einer Persönlichkeit wie ihr zwingend einer Festschrift bedarf, auch wenn sie selbst sich bestimmt nicht nach einer Festschrift sehnt, passt ins Bild. Herausgeber haben sich dafür schnell gefunden, die meiste Arbeit hatten aber andere: Wir danken *Dominik Schindl* für die Gesamtorganisation, die er mit *Valerie Doppelbauer*, *Anna-Maria Heil* und *Alexander Schneider* am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien übernommen hat. *Kathrin László* hat das Projekt bei Manz mit großer Sachkunde und ebensolcher Geduld betreut. Und die Autorinnen und Autoren haben es uns bei all dem besonders leicht gemacht: Bei einer Festschrift für *Elisabeth Lovrek* ist man gern dabei. Das zeigen die vielen Beiträge der ganz Arrivierten ebenso wie die zahlreichen Beiträge junger Kolleginnen und Kollegen. Sie zum Mitschreiben und Mitfeiern einzuladen, war uns besonders wichtig, denn dem Nachwuchs in Justiz und Wissenschaft hat immer *Elisabeth Lovreks* besonderes Augenmerk gegolten.

Sie wird ihrem Gerichtshof ohne jeden Zweifel fehlen, das Amt ihr aber wahrscheinlich nicht. Denn sie hat sich selbst nicht wichtiger genommen als das Amt und das Amt nicht wichtiger als es war. Der Rechtswissenschaft wird sie hoffentlich erhalten bleiben, wenngleich von ihr auch in Zukunft nicht zu erwarten ist, dass sie Entscheidungen des OGH genussvoll glossiert. Das entspräche nicht ihrem Selbstverständnis.

Langweilig wird ihr dennoch auch in Zukunft nicht werden, denn sie hat eine neue Aufgabe, der sie sich *euphorisch*, *engagiert* und *empathisch* zugewendet hat: dem Vorsitz im Universitätsrat der Universität Wien. Und mit ihrem Mann und den beiden Töchtern wird sie die kommenden Jahre genießen, auch im neuen Haus am Wolfgangsee. Wir wünschen ihr dafür viel Gesundheit und Freude – und dass sie bleibt, wie sie ist.

Wien, im Oktober 2023

*Andreas Konecny
Gottfried Musger
Matthias Neumayr
Martin Spitzer*

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
<i>Andrew Annerl</i> Rechtsmittel gegen zur Gänze bestätigende Beschlüsse	1
<i>Philipp Anzenberger</i> Optionsverträge und Optionsrechte in der Insolvenz Bisherige Erkenntnisse und offene Fragen	11
<i>Ludwig Bittner</i> Die pfandrechtl. gesicherte Finanzierung der Errichtung des Superädifikates – fast unmöglich?	21
<i>Birgit Blatt</i> Insolvenz- und Masseforderung: Zur Abgrenzung des Entstehens der Forderung	27
<i>Peter Bydlinski</i> Das Schicksal der Mietkaution bei Vermieterwechsel	39
<i>Peter Csoklich</i> Stifterrechte und Vermögensopfer	51
<i>Karl-Heinz Danzl</i> Vom „verstärkten Senat“ zum „Grundsatzsenat“ Fortentwicklung eines Instruments zur Vereinheitlichung der oberstgerichtlichen Rechtsprechung	65
<i>Dietmar Dokalik</i> Die Unabhängigkeit in der staatlichen Verwaltung	79
<i>Silvia Dullinger</i> Zahlungsinstrumente im digitalen Geschäftsverkehr	91
<i>Michael Enzinger</i> Bestellung und Abberufung des Stiftungsvorstandes	103

<i>Irene Faber</i> Zahlungsplan und nicht angemeldete Forderungen nach dem RIRUG Zur Restlaufzeit und zum dreijährigen „Mindestzeitraum“ gem § 197 Abs 1 IO	111
<i>Philipp Fidler</i> Risikoverteilung im Bestandverhältnis	119
<i>Constanze Fischer-Czermak und Sebastian Sieber</i> Unbrauchbarkeit und Zugrundegehen der Bestandsache Das Zusammenspiel der einschlägigen mietrechtlichen Normen	131
<i>Johannes W. Flume</i> Naturalrestitution und Wertersatz	145
<i>Robert Fucik</i> Justizpalast, Kilchberg und Freyung Dialoge höchster Gerichte in Familien- und Erbsachen	159
<i>Sieglinde Gahleitner</i> Aufgriffsobliegenheiten im Arbeitsrecht	179
<i>Anna Gamper</i> Die Mitwirkung der Judikative an der Bestellung von Höchststrichern.	197
<i>Thomas Garber</i> Interventionswirkung bei Nebenintervention und Streitverkündung und zu den Folgen einer Entscheidung des verstärkten Senats	217
<i>Andreas Geroldinger und Vanessa Kasper</i> „Modifikation“ einer rechtskräftigen Entscheidung durch Anerkenntnisurteil? Überlegungen aus Anlass von OGH 4 Ob 33/22i	229
<i>Edwin Gitschthaler und Herbert Painsi</i> Die Mietwohnung im Scheidungsfolgenvergleich Rechtlich Fundiertes anstelle von Beschwörungsformeln	243
<i>Christoph Gnant</i> Freiheit – Recht – Wissenschaft Karl von Stremayr als Präsident des Obersten Gerichts- und Cassationshofes zum 200. Geburtstag	259
<i>Christoph Grabenwarter und Beate Sündhofer</i> Das Zivilrecht in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes – am Beispiel des Familienrechts	271

<i>Georg Graf</i> Wie bringt man den OGH dazu, seine Rechtsprechung zu ändern? Und vor allem: Warum hat er sie nicht schon früher geändert?	281
<i>Irmgard Griss</i> Gerichtbarkeit und liberale Demokratie	291
<i>Peter Gruber</i> Mietrechtsgesetzgebung und Gleichheitsgrundsatz	295
<i>Maximilian Harnoncourt</i> Pflegevermächtnis und Schenkungsanrechnung	307
<i>Friedrich Harrer und Matthias Neumayr</i> Rechtsfortbildung contra legem	315
<i>Michael Holoubek</i> Szenarien grundrechtlicher Drittwirkung	329
<i>Christian Holzner</i> Ist § 568 ZPO nicht mehr zeitgemäß?	337
<i>Herbert Hopf</i> Transparenz beim Zugang zu Gerichtsentscheidungen Von der Geheimjustiz zum gläsernen Staat	345
<i>Clemens Jabloner</i> Drei Bemerkungen zum „Antikorruptionsvolksbegehren“	361
<i>Ida Kapetanovic</i> Versicherungsverträge im Restrukturierungsverfahren nach der ReO	369
<i>Ernst Karner</i> Zur deliktsrechtlichen Funktion der Beweislast aus rechtsvergleichender Perspektive	391
<i>Christoph Kietaiabl</i> Dauerhafte Karenzierung und Belegschaftszugehörigkeit	405
<i>Oliver Kleiß</i> Zeitenwende Gedanken zu einem modernen Justizmanagement	413
<i>Christian Koller</i> Historische Schlaglichter auf die Regelungen zur Nachtragsverteilung . . .	423
<i>Andreas Konecny</i> Sachverhaltsermittlung im Zivilprozess: Gerichtsbekanntheit und asymmetrische Parteibefugnisse	433

<i>Bernhard König</i> Zur (ausreichend bestimmten) Erklärung der Aufzahlungsbereitschaft bei der <i>laesio enormis</i> (§ 934 ABGB)	443
<i>Helmut Koziol</i> Die Haftung des Staates bei Schädigung durch den Beginn von Strafverfahren Eine Skizze	447
<i>Simon Laimer und Martin Weber</i> Grenzüberschreitende Ferienhausmiete mit Dienstleistungselementen . . .	457
<i>Katharina Lehmayr</i> Die Spuren von Elisabeth Lovrek im Justizmanagement	469
<i>Frederick Lendl</i> Iura novit curia – auch ausländisches Recht? Ein Rechtsgrundsatz auf dem Prüfstand der Internationalisierung	477
<i>Martin Lutschounig</i> Zur Entscheidung über Haftungsansprüche gegen den Insolvenzverwalter im Zivilprozess Ein Beitrag über die Beurteilung strittiger Rechte im Insolvenzverfahren . .	487
<i>Franz-Stefan Meissel</i> Späte Gerechtigkeit Zur Restitution zweier Waldmüller-Porträts an die Familie Felsövanyi	499
<i>Christoph Mondel</i> Die Direktzustellung zwischen Parteienvertretern im Verlassenschaftsverfahren	509
<i>Gottfried Musger</i> In jeder Lage des Verfahrens zu berücksichtigen . . . Die Rechtskraft im Revisionsverfahren.	521
<i>Gerhard Nograthnig</i> Verfehlen des für das Richteramt nötigen Mindestmaßes an Leistung Zum Verhältnis zwischen Personalsenat, Dienstgericht und Disziplinargericht	531
<i>Georg Nowotny</i> Grenzen der Kognitionspflicht und -befugnis des OGH in Zivilsachen Überlegungen zu zwei Fallkonstellationen	543
<i>Bettina Nunner-Krautgasser</i> Zur Rechtsstellung des Optionsberechtigten in Exekution und Insolvenz	553

<i>Felicitas Parapatits</i> Wertsicherung in Mietverträgen und Klauselkontrolle	567
<i>Stefan Perner</i> Versicherung in Krisenzeiten	579
<i>Herbert Pimmer</i> Berechtigte Strenge oder sinnentleerter Formalismus? Überlegungen zum Wiedereinsetzungsverfahren.....	591
<i>Renate Pletzer</i> Der OGH und der gemeinsame Irrtum Eine kritische Analyse höchstgerichtlicher Judikatur	601
<i>Michael Rami</i> Versuch der Straftat und obligatorische Milderung der Strafe.....	611
<i>Jürgen C. T. Rassi</i> Umfasst ein Aterpfandrecht stets auch die Hauptforderung? Eine Analyse eines Meinungsstreits	617
<i>Axel Reckenzaun</i> Aktuelle Fragen bei der Bestätigung von Sanierungsplan und Zahlungsplan	627
<i>Stephan Riel</i> Zum Verwertungsverbot des § 168 Abs 2 IO	635
<i>Olaf Riss</i> Sprungeintragung und gutgläubiger Erwerb Überlegungen zu Rechtsschein und Vertrauensschutz im Grundbuch aus Anlass von OGH 8 Ob 8/21s	649
<i>Hansjörg Sailer</i> Amtshaftung wegen unvertretbarer Rechtsanwendung	661
<i>Kurt Schmoller</i> Verhindern Beweisverwertungsverbote eine Entlastung des Beschuldigten?	673
<i>Thomas Schoditsch und Martin Stefula</i> Die aktenkundige Entwicklung im Pflegschaftsverfahren vor dem OGH Eine Ausnahme vom Neuerungsverbot	687
<i>Hubertus Schumacher</i> Die Durchsetzung stiftungsgerichtlicher Beschlüsse Ein Rechtsvergleich zwischen Österreich und Liechtenstein.....	695

<i>Michael Schwanda</i>	
Aktuelle Entwicklungen in der richterlichen Unabhängigkeit	
Die Schließung wichtiger Lücken im Besetzungsverfahren	703
<i>Gregor Sloboda</i>	
Subjektive Elemente bei der gemischten Schenkung	
Zivilprozessuale Überlegungen zur Frage, ob ein krasses Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung Schenkungsabsicht „indiziert“ . . .	715
<i>Martin Spitzer</i>	
Die Digitalisierung des Prozesses am Beispiel der Videoverhandlung	725
<i>Anna Sporrer</i>	
Justitia und ihre Vertreterinnen in der Wirklichkeit des Rechts	745
<i>Johannes Stabentheiner</i>	
Dekarbonisierung des Gebäudesektors:	
Das Gesetzesprojekt eines Erneuerbare-Wärme-Gesetzes und seine Implikationen auf das Wohnrecht	759
<i>Sieglinde Tarmann-Prentner</i>	
Die Servitut – vom Herrschen, Dienen und Zahlen	771
<i>Rudolf Thienel</i>	
Gerichtsorganisation und Gerichtsqualität im Lichte aktueller Rechtsprechung des EGMR und des EuGH.	
	777
<i>Chris Thomale</i>	
Lösungsklauseln als ausübungsabhängiger Rechtsmissbrauch	
Für eine Flexibilisierung des Unzulässigkeitsverdikts nach § 25b Abs 2 IO.	807
<i>Raphael Thunhart</i>	
Die Unschlüssigkeit der Klage	819
<i>Martin Trenker</i>	
Bekämpfung der Klagszurücknahme	829
<i>Manfred Vogel</i>	
Gerichtliche Entscheidung über die Taufe?	
Eine Fallstudie zu 4 Ob 235/18i	839
<i>Andreas Vonkilch</i>	
Versuch einer Entmystifizierung des „allgemeinen Lebensrisikos“ im Bestandrecht	
	849

<i>Nora Wallner-Friedl</i>	
Sichert die Anmerkung der Zusage der Einräumung von Wohnungseigentum den Erwerb in der Insolvenz? Offene Fragen des wohnungseigentumsrechtlichen Sonderinsolvenzrechts	861
<i>Stefan Weber</i>	
Hang all judges! The independence of the judiciary and its enemies	869
<i>Irene Welser</i>	
Schriftliche Aussagen und Zeugenbefragung im Kreuzverhör auch im österreichischen Zivilprozess? Zugleich ein Beitrag zu Do's und Dont's der Cross-Examination	885
<i>Rudolf Welser</i>	
Laesio enormis und Optionsvertrag Zeitpunkt des Wertvergleichs, Verjährung des Anfechtungsrechts.	903
<i>Christiane Wendehorst</i>	
Insolvenz dank Verbraucherrecht? Zu zivilrechtlichen Sanktionen im FAGG.	911
<i>Alexander Wilfinger</i>	
Datenschutzwidrig erlangte Beweismittel	931
<i>Maria Wittmann-Tiwald, Maria Posani und Ulrich Edelmann</i>	
Verhandlungsdokumentation im Zivilprozess Ein interdisziplinärer Beitrag zur <i>lex lata</i> und <i>de lege ferenda</i>	945
<i>Rupert Wolff</i>	
Die Bedeutung des Dialoges.	953
<i>Wigbert Zimmermann</i>	
§ 886 ABGB – Schriftform/Unterschriftlichkeit an der Schnittstelle zu den doppel funktionellen Parteiprozesshandlungen Das Recht im Wandel der Zeit	955
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren	965

Die Digitalisierung des Prozesses am Beispiel der Videoverhandlung

Martin Spitzer, Wien

*Lisi Lovrek wird von vielen bewundert und gemocht.
Diese seltene Kombination gründet auf einer ebenso
seltenen Kombination von Führungsstärke in ihrem Amt,
fachlicher Autorität in Rsp und Lehre und
persönlicher Liebenswürdigkeit im Übermaß.*

*Nicht nur, wem die Jubilarin freundschaftlich verbunden ist,
erweist sie diese Liebenswürdigkeit. Viele junge Angehörige
aus Justiz und Wissenschaft, aber auch Studierende,
deren Zivilrechts-Moot-Courts sie traditionell vorsitzt, können
stauend ein Lied davon singen, wie unpräntiös, zugewandt und
lustig eine waschechte Präsidentin sein kann.*

*Gerade ihre Liebenswürdigkeit macht es jedenfalls zum Privileg,
in einer Festschrift für sie nicht nur zu schreiben, sondern sie auch
herauszugeben, in der Gewissheit, dass die Mitwirkung
vieler junger Autorinnen und Autoren ihr Freude bereiten wird.
Und nur auf ihre Liebenswürdigkeit kann hoffen, wer, wie der Verfasser,
das – noch dazu als Herausgeber selbst gesetzte – Zeichenlimit
hoffnungslos überschritten hat, weil der Gesetzgeber
last minute eine Novelle vorgelegt hat.*

Alles Gute zum Geburtstag!

Übersicht:

- I. Einleitung
- II. Digitalisierung
 - A. Digitalisierung aus Perspektive der Technik
 - B. Digitalisierung aus Perspektive der Wirtschaftswissenschaften
 - C. Bedeutung der Digitalisierung für die Justiz
 - D. Schlussfolgerungen für den Prozess
- III. Videoverhandlung
 - A. Ausgangspunkt
 - B. Corona
 - C. Entwurf einer ZVN 2021
 - D. ZVN 2023
 - E. Perspektiven
- IV. Zusammenfassung

I. Einleitung

„Die Digitalisierung schreitet in allen Lebensbereichen unaufhaltsam voran.“

Diese und ähnliche, gleichermaßen bedeutungsvolle wie inhaltsleere Formeln sind aus Diskussionen über die Digitalisierung kaum wegzudenken. Alle Fraktionen können sich ihrer wahlweise als Menetekel oder Verheißung bedienen. Gleichzeitig werden der Digitalisierung mit *epitheta ornantia* von „unaufhaltsam“ bis „allumfassend“ Züge einer Urgewalt verliehen, unter einem „Megatrend“ macht man es dabei ohnehin nicht.

Auch der österreichische Gesetzgeber kann sich diesem Megatrend nicht entziehen. Mit eben jener Feststellung vom unaufhaltsamen Voranschreiten in allen Lebensbereichen eröffnete der zwischenzeitig gescheiterte und rezent wiederbelebte¹⁾ Entwurf einer Zivilverfahrensnovelle 2021, der sich die Digitalisierung des Zivilprozesses vornahm,²⁾ und auch sonst fehlt es nicht an Digitalisierungsprosa.³⁾

Ein genauerer Blick auf „die Digitalisierung“ präsentiert freilich ein durchaus inhomogenes Bild, werden damit doch ganz verschiedene Phänomene gemeint: platform economy, die Cloud, Tokens, künstliche Intelligenz oder – unvermeidlich, um wenigstens eines greifbaren Beispiels willen – autonome Autos. Es könnte also der Eindruck entstehen, dass Digitalisierung eine Projektionsfläche und für jeden ein bisschen das ist, was er sich darunter vorstellt. Der Zivilprozess ist unter den Top 10 dieser Vorstellungen meistens eher nicht zu finden, doch nimmt die wissenschaftliche Beschäftigung auch hier Fahrt auf,⁴⁾ wenngleich *Eidenmüller/Wagner* die Erwartungen bremsen: *„it is unrealistic to expect the public court systems to become the pacesetters of digital progress in the legal market.“*⁵⁾

Der Fortschrittlichkeit der österreichischen Justiz ist freilich zu verdanken, dass vieles, was anderswo als modernes Digitalisierungsprojekt läuft, in Österreich teilweise seit Jahrzehnten Realität ist. Insb der ERV und die elektronischen Urkundensammlungen im Grund- und Firmenbuch sind international vorbildlich. Ist der österreichische Zivilprozess also womöglich schon digitalisiert? Ein Urteil darüber setzt Konsens über die Frage voraus, was diese Digitalisierung eigentlich ist.

1) Siehe dazu III.C. und D.

2) Erläuterungen zum Ministerialentwurf eines Bundesgesetzes, mit dem die Jurisdiktionsnorm, die Zivilprozessordnung, das Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz, das Gerichtsorganisationsgesetz, das Sachverständigen- und Dolmetschergesetz, das Gerichtsgebührengesetz, das Gerichtliche Einbringungsgesetz, das E-Commerce-Gesetz und das Strafvollzugsgesetz geändert werden (Zivilverfahrens-Novelle 2021 – ZVN 2021), abrufbar unter <https://www.bmj.gv.at/ministerium/gesetzesentwurfe/> (sämtliche Links zuletzt abgefragt am 23. 6. 2023).

3) Dem österreichischen Regierungsprogramm 2020–2024 ist etwa zu entnehmen: *„Der technologische Fortschritt wird immer rasanter und die digitale Vernetzung immer globaler. [...] Jede Österreicherin und jeder Österreicher soll die Vorteile der Digitalisierung in allen Lebensbereichen möglichst eigenverantwortlich, transparent und erfolgreich nutzen können“*.

4) Vgl *Susskind*, Online Courts And The Future Of Justice (2019); *Buschmann/Gläß/Gonska/Philipp/Zimmermann* (Hrsg), Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht (2018); rezent *Eidenmüller/Wagner*, Law by Algorithm (2021) 223 ff, denen es aber weniger um staatliche Verfahren geht; nach Drucklegung dieses Beitrages ist *Riehm/Dörr* (Hrsg), Digitalisierung und Zivilverfahren (2023) erschienen.

5) *Eidenmüller/Wagner*, Law by Algorithm 226.

II. Digitalisierung

A. Digitalisierung aus Perspektive der Technik

Unglücklicherweise ist das Phänomen der Digitalisierung trotz oder wegen seiner Allgegenwart erstaunlich konturlos. Zwar ist „digital“ das Antonym zu „analog“, aber digitalisiert ist offenbar nicht einfach synonym zu „nicht analog“.

„Nicht analog“ gibt es nämlich schon länger, und zwar seit Konrad Zuse im Jahr 1941 seine Z3 gebaut hat. Damals war von Digitalisierung aber noch nicht die Rede. Und auch um den breiten Einsatz von Computern dürfte es dabei nicht gehen. IBM ist mit Mainframes in den 60er-Jahren groß geworden, Apple wurde in den 70ern gegründet, Windows kommt aus den 80ern, das Internet und Mobiltelefone sind seit den 90ern Standard. So besehen waren eigentlich die 20 Jahre vor der Jahrtausendwende technisch aufregender als die 20 danach. Die Digitalisierung ist damit aber immer noch nicht recht identifiziert, das Phänomen lässt sich rein technisch offenbar nicht leicht eingrenzen.

B. Digitalisierung aus Perspektive der Wirtschaftswissenschaften

Intensiv damit befasst haben sich die Wirtschaftswissenschaften. Sie handeln die Digitalisierung nachvollziehbar anhand von Produktionsbedingungen ab. Dabei besteht im Wesentlichen Konsens über vier industrielle Revolutionen,⁶⁾ die in Ermangelung besserer Referenzpunkte auch hier den Bezugsrahmen bilden sollen.

- Galionsfigur der Industrie 1.0 ist James Watt. Hierher gehören die Dampfmaschine und die Spinning Jenny, es ging um die Mechanisierung von Produktionsvorgängen im frühen 19. Jahrhundert.
- Prototypisch für die nächste Stufe der Entwicklung, die Industrie 2.0, ist Henry Ford. Aus Dampf wurde Strom und aus der Mechanisierung das Fließband.
- Mit der Industrie 3.0 hält ab den 1970er-Jahren die Automatisierung Einzug. Der breitflächige Einsatz von Elektronik war der erste große Schritt vom Analogen ins Digitale, aber eher „EDV“ als das, was heute unter Digitalisierung verstanden wird.
- Erst mit der Industrie 4.0 bricht dann die 2. Phase der Elektronik an, die kein trennscharf fassbares Konzept mehr ist. Meist schwingen bei der Digitalisierung tektonische Verschiebungen der Gesellschaft mit, die je nach Fassung Utopie oder Dystopie sein sollen: So wird etwa Arbeit 4.0 – je nachdem, wen man fragt – entweder als Fluch oder Segen charakterisiert.⁷⁾ So genau weiß man das offenbar nicht. Immerhin: Stets ist klar, dass wir die Digitalisierung nicht hinter uns haben, sondern mittendrin sind; deswegen besteht

6) Vgl Skilton/Hoosepian, *The 4th Industrial Revolution* (2018) 4 ff.

7) Vgl Bruckner/Werther, *Fazit und Ausblick*, in Bruckner/Werther (Hrsg), *Arbeit 4.0 aktiv gestalten* (2018) 229 (230); Gebhardt/Grimm/Neugebauer, *Entwicklungen 4.0 – Ausblicke auf zukünftige Anforderungen an und Auswirkungen auf Arbeit und Ausbildung*, *Journal of Technical Education* 3/II (2015) 45; Schaff, *Arbeit 4.0: Risiken für die psychische Gesundheit*, in Hermeier/Heupel/Fichtner-Rosada (Hrsg), *Arbeitswelten der Zukunft* (2019) 303.

auch kaum Klarheit darüber, wohin sie (uns) führt oder führen soll; und irgendwie entsteht der Eindruck, der Einzelne ohnehin, aber auch die Gesellschaft insgesamt sei bei dem Ganzen eher Passagier als Pilot, womit sich zumindest der Kreis zum autonomen Fahrzeug schließt.

Dafür lassen sich verschiedene Gründe identifizieren: Im Fahrersitz sitzen die Kräfte des Marktes, die aus der Digitalisierung genauso Vorteil ziehen wie davor aus der Automatisierung und davor aus der Mechanisierung. Es geht um Kostenvorteile und höhere Deckungsbeiträge. Wer nicht mitdigitalisiert, hat am Markt keine Chance und ist morgen schon weg vom Fenster.

C. Bedeutung der Digitalisierung für die Justiz

Es ist indes zu bezweifeln, dass diese Unwiderstehlichkeit nahtlos auch die Justiz im Allgemeinen und den Zivilprozess im Besonderen erfasst. Wo der Wettbewerb nicht so ausgeprägt ist, ist nämlich auch die Digitalisierung nicht so unaufhaltsam: Bis Ende 2020 sollten etwa in Österreich 80 % der Stromzähler neue Smartmeter sein.⁸⁾ In Wien waren es zu diesem Zeitpunkt trotz bestehender öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen gerade einmal 8 %.⁹⁾ Netzbetreiber wie die Wiener Netze, zu deren Aufgaben die Umstellung der Stromzähler gehört, sind eben Monopolisten, die zeigen, dass Digitalisierungsschübe offenbar nicht überall unaufhaltsam sind.

Nicht nur der Innovationsdruck ist verschieden groß. Dasselbe gilt für den *return on investment* von Digitalisierungsmaßnahmen. Davon haben jene am meisten, die Massenprodukte für den alltäglichsten Alltag erzeugen oder dafür Massendienstleistungen erbringen. Jeder googelt, jeder bestellt online, jeder nutzt Social Media. Wie wirkmächtig ein digitales Konzept ist, hängt daher auch stark von seiner Verbreitung ab.¹⁰⁾ Hier sind spezielle wirtschaftliche Gesetze am Werk: Bei digitalen Gütern wird der Anbieter durch die *economies of scale*¹¹⁾ nämlich besonders stark begünstigt, weil die variablen Kosten für die Reproduktion und den Vertrieb solcher Güter typischerweise gegen null tendieren und vor allem die Fixkosten („First Copy Costs“) relevant sind.¹²⁾ Damit winkt eine massive Kostendegression bei zunehmenden Nutzerzahlen.

D. Schlussfolgerungen für den Prozess

Nimmt man beide Faktoren zusammen – Unentrinnbarkeit der Digitalisierung im Wettbewerb um Kostenvorteile einerseits, Rendite durch Massennutzung

8) § 83 Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz BGBl I 2010/110 idF BGBl I 2013/174 iVm IME-VO BGBl II 2012/138 idF BGBl II 2017/383. Die Vorgabe geht auf das Dritte EU-Binnenmarktpaket zurück.

9) orf.at, 8. 1. 2021, Smart-Meter-Einführung verzögert sich weiter, wien.orf.at/stories/3083912.

10) Gerade dabei zeigt sich, wie entscheidend die Massennutzung ist, weil sich hier sog Netzwerkeffekte auswirken: Je mehr Menschen eine digitale Leistung in Anspruch nehmen, desto wertvoller wird die Leistung für alle. WhatsApp war für die ersten Nutzer wenig interessant, weil der Pool von Kommunikationspartnern verschwindend gering war. Jede Social Media-Plattform lebt von diesem Network-Effekt.

11) Hall/Jones/Raffo/Anderton, Business Studies⁴ (2008) 524.

12) Dechant/Stelzer/Trost, Besonderheiten der Netzökonomie – Probleme und Lösungsansätze für die marktgerechte Bewertung von Geschäftsmodellen und Unternehmungen, der markt – International Journal of Marketing 43 (2004) 3 (5 f).

andererseits¹³⁾ –, zeigt sich, dass beides auf den Zivilprozess nicht annähernd im selben Maß zutrifft: Gerichte sind, was die Rahmenbedingungen und ihre Position am Markt anlangt, eher Wiener Netze als Google.

Natürlich gibt es einen gewissen Wettbewerb von Jurisdiktionen, aber der betrifft nur eine sehr kleine Anzahl typischerweise sehr großer Streitigkeiten. Führt dort der Weg nicht aus anderen Gründen ohnehin zum Schiedsgericht, stehen für die Parteien eher die Unabhängigkeit der Richter, die Verfahrensdauer und die Entscheidungsqualität im Vordergrund als ausgerechnet der justizielle Digitalisierungsgrad. Die Entscheidung für ein österreichisches Gericht fällt nicht aufgrund der digitalen Aktenführung, sondern weil gute Urteile nach effizienten Prozessen zu erwarten sind.

Der Zivilprozess ist – außer für die Justiz und Prozessualisten – außerdem gerade kein alltägliches Massenphänomen. Der Normalbürger kann seine Begegnungen mit dem Gericht in seinem ganzen Leben meist an den Fingern einer Hand abzählen, am öftesten an einem oder keinem Finger und darüber ist er auch noch froh. Für ihn wird der digitalisierte Zivilprozess daher meist keinen merklichen Vorteil bringen.

Die Urgewalt der Digitalisierung trifft den Zivilprozess dementsprechend nicht ganz so urgewaltig, was zur Frage führt, was Digitalisierung im Prozess denn nun bedeuten soll. Ein Beispiel für einen wohlthuend unaufgeregten Umgang damit bietet in Deutschland das Diskussionspapier, das die Präsidentinnen und Präsidenten der deutschen Oberlandesgerichte, des Kammergerichts, des Bayerischen Obersten Landesgerichts und des Bundesgerichtshofs 2021 vorgelegt haben.¹⁴⁾ Dort wird schlicht von der Modernisierung des Zivilprozesses gesprochen und die Digitalisierung damit auf etwas reduziert, was schon die letzten 150 Jahre eine Daueraufgabe der Prozessrechtswissenschaft, der Praxis und des Gesetzgebers war.

Für eine solche Modernisierung kann es intrinsische Motive geben wie bei der Zivilverfahrensnovelle 1983,¹⁵⁾ es kann aber natürlich auch extrinsische Anlässe geben, die von neuen rechtlichen Erfordernissen wie der Bewältigung von Massenverfahren bis hin zu veränderten technischen Rahmenbedingungen reichen können.¹⁶⁾

In all diesen Konstellationen erweist sich die Modernisierung aber nicht als unwiderstehliches Phänomen, sondern als der Gestaltung zugängliches und ihrer

13) Krit auch *Kodek*, *Modern Communications and Information Technology and the Taking of Evidence*, in *Kengyel/Nemessányi* (Hrsg), *Electronic Technology and Civil Procedure: New Paths to Justice from Around the World* (2012) 261 (277); *ders*, *Der Zivilprozeß und neue Formen der Informationstechnik*, ZZP 111 (2002) 445 (488).

14) Diskussionspapier „Modernisierung des Zivilprozesses“ der Arbeitsgruppe „Modernisierung des Zivilprozesses“ im Auftrag der Präsidentinnen und Präsidenten der Oberlandesgerichte, des Kammergerichts, des Bayerischen Obersten Landesgerichts und des Bundesgerichtshofs.

15) Vgl *Rechberger*, *Zur Entwicklung des Zivilverfahrensrechts in Österreich in den letzten 50 Jahren*, in *Sailer* (Hrsg), *Beschleunigung des Verfahrens und Schutz der Grundrechte* (2010) 54 (66 f).

16) Wobei *Kodek* in *Kengyel/Nemessányi* 261 (278) zu Recht darauf hinweist, dass Technologiesprünge bis jetzt noch nie im Vordergrund prozessualer Entwicklungen gestanden sind: „*On a very general level, the oral public trial we cherish today, is a result, at least in Europe, of the French Revolution and the subsequent nineteenth century debates, not of the invention of the typewriter, telephone or telegraph.*“

auch bedürftiges rechtspolitisches Anliegen. Mit anderen Worten: Bei der Modernisierung des Zivilprozesses sind wir nicht Passagier, sondern immer noch Pilot. Geht es um die Digitalisierung des Prozesses, steuern wir das Fahrzeug also genauso wie bei den Modernisierungsschritten der Vergangenheit und die Frage ist dieselbe wie bei jeder Reform des Prozessrechts: Lässt sich das vielzitierte „soziale Übel“ Zivilprozess¹⁷⁾ weniger übel machen?

Wenn gegenwärtig von der Digitalisierung des Zivilprozesses die Rede ist, wachsen die Bäume dabei nicht in den Himmel, weil damit bei genauerem Hinsehen meist eine ganz andere Digitalisierung gemeint ist als sonst. Artificial Intelligence, die Blockchain oder Deep Learning spielen (noch) keine Rolle, anschaulich zeigt das der Vorschlag des 2021 veröffentlichten deutschen Reformpapiers, aus Rücksicht auf die Anwaltschaft (!)¹⁸⁾ momentan noch (!!)

von einer Einschränkung der Telefaxnutzung (!!!) abzusehen. Es geht bei der gegenwärtigen Digitalisierungsdiskussion also eher noch nicht um die auch immer wieder beschworenen Robojudge,¹⁹⁾ der ohnehin noch die eine oder andere nicht nur technische, sondern auch (verfassungs-)rechtliche Hürde nehmen müsste,²⁰⁾ sondern vor allem einmal darum, den Nutzen „moderner“ Standardtechnologien bei Verwaltungsvorgängen und Abwicklungsfragen fruchtbar zu machen, und damit in Wirklichkeit um einen Aufholbedarf.²¹⁾ Das kann im Grundsatz nur gut sein. Je praktikabler, einfacher und schneller die Lösung ist, desto besser. *Rüßmann* vermutet, dass jedenfalls für solche Zwecke auch *Franz Klein* ein Freund des Einsatzes moderner Technologien gewesen wäre,²²⁾ und wahrscheinlich hat er damit recht.

Kristallisationspunkt der Digitalisierungsdiskussion wurde dann auch ein Institut, das mit eher biederer Technologie zusammenhängt: die Videoverhandlung.

III. Videoverhandlung

A. Ausgangspunkt

Zur Ausgangssituation und zur Bestandaufnahme der Digitalisierungsfreudigkeit ist vorweg daran zu erinnern, dass einzelne Beweisaufnahmen mittels Videokonferenz längst nichts Besonderes mehr sind.

-
- 17) *Rechberger*, Die Ideen Franz Kleins und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Europa, *Ritsumeikan Law Review* 2008, 101 (104).
 - 18) Vgl dazu mit Blick auf die Auswirkungen von GmS-OGB NJW 2000, 2340 *Bernhardt*, Schlüsselemente einer erfolgreichen Digitalisierung der Justiz, in *Buschmann/Gläßl/Gonska/Philipp/Zimmermann* (Hrsg), Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht (2018) 21 (21 f).
 - 19) Vgl ausf *Huber/Giesecke*, KI im Zivilprozess, in *Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter* (Hrsg), Künstliche Intelligenz und Robotik (2020) § 19 Rz 21 ff.
 - 20) Vgl jüngst *Kunesch*, GPT-3 als Richter? Künstliche Intelligenz und Art 6 EMRK, *Jahrbuch Öffentliches Recht* 2021, 305.
 - 21) Vgl zu anderen Fallgruppen *Spitzer*, Digitalisierung und Verfahrensmaximen, in *Althammer/Roth* (Hrsg), Prozessuales Denken und Künstliche Intelligenz, *Regensburger Forum für Prozessrecht III* (in Druck).
 - 22) *Rüßmann*, Herausforderung Informationsgesellschaft: Die Anwendung moderner Technologien im Zivilprozess und anderen Verfahren, in *XI. World Congress on Procedural Law, Procedural Law on the Threshold of a New Millennium* (2002) 205 (207).

court may allow a witness to give evidence through a video link or by other means.“³²⁾ Hier zeigt sich der „englische Pragmatismus“, den Rißmann schon konstatiert hat, als 1999 eine englische Richterin einen aufwändigen Prozess vom Spitalsbett aus über das Internet zu Ende brachte.³³⁾

Die Bewertung des *status quo* fällt nirgends besonders negativ aus, es entsteht auch nicht der Eindruck, dass die Dämme gebrochen wären und sich die Befürchtung von Rechberger, dass „Gerichtssäle in Diskotheken umgewandelt werden und Richtertalare nur noch in Museen besichtigt werden können“, schon verwirklicht hätte.³⁴⁾ Das bestätigt ein näherer Blick auf Deutschland und Österreich.

Deutschland geht über bloße Beweisaufnahmen schon lang hinaus, weil der durch das ZPO-Reformgesetz 2002 eingeführte § 128a dZPO ganze Videotagsatzungen zulässt. Seit 2013 bedarf es dazu nicht einmal mehr der Zustimmung der Parteien, das Gericht kann die Videoverhandlung seither nämlich von Amts wegen gestatten. Es verhandelt dabei selbst im Verhandlungssaal,³⁵⁾ die anderen Teilnehmer können aber zugeschaltet werden.³⁶⁾ Trotz dieser großzügigen Ermächtigung war der Videoverhandlung jedenfalls bis zur COVID-19-Pandemie nur bescheidener Erfolg beschieden. Und noch 2020 weist Rauscher anlässlich der Pandemie darauf hin, dass eine Videoverhandlung „derzeit wohl noch in vielen Gerichten mangels entsprechender Ausstattung des Gerichts keine Option darstellt“.³⁷⁾

In Österreich gab es kein Pendant zur so umfassenden Ermächtigung des § 128a dZPO, sodass ganze Videotagsatzungen traditionell nicht möglich waren. Aber auch einzelne Beweisaufnahmen mittels Videoeinnahme waren nur dann zulässig, wenn eine Einvernahme sonst im Rechtshilfeweg nötig gewesen wäre (§ 277 ZPO). Das ist allerdings nur unter engen Voraussetzungen der Fall, weil etwa die Einvernahme von Zeugen vor allem dann durch einen kommissarischen Richter stattfindet, wenn die Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht erheblichen Schwierigkeiten unterliegen würde oder wenn der Zeuge am Erscheinensgrundsatzes eine Priorität der jeweils unmittelbarsten Beweisaufnahme: persönliche Beweisaufnahme unter Anwesenden vor Videokonferenz vor ersuchtem Richter.³⁹⁾

Erwähnenswert ist, dass solche Videokonferenzen in Österreich nur von Gerichtsgebäude zu Gerichtsgebäude und mit technischer Ausrüstung des Gerichts in einem eigenen Justiz-Zoom-Kreis stattfinden konnten. Die einzuverneh-

32) UK Civil Procedure Rules 32.3.

33) Rißmann in XI. World Congress on Procedural Law 205 (206).

34) Rechberger, Die Anwendung moderner Informationstechnologien im österreichischen Zivilprozess, in Welsler (Hrsg), Neuere Privatrechtsentwicklungen in Österreich und in der Türkei (2013) 129 (139).

35) Damit ist ein Termin in allseitiger Videokonferenz, also auch mit Zuschaltung des Gerichts, *de lege lata* nicht möglich, Rauscher in MüKo ZPO I⁶ Beilage (2020) § 128a Rz 19.

36) Wer für eine digitale Teilnahme eingeplant war, darf trotzdem persönlich erscheinen, BT-Drs. 17/12418, 14; Fritsche in MüKo ZPO I⁶ § 128a Rz 5; es ist auch zulässig, dass von vornherein nur eine Partei digital zugeschaltet wird, Fritsche in MüKo ZPO I⁶ § 128a Rz 4.

37) Rauscher in MüKo ZPO I⁶ Beilage § 128a Rz 18.

38) Vgl näher bei Spitzer in Spitzer/Wilfing, Beweisrecht (2020) § 328 Rz 7 ff.

39) Spitzer in Spitzer/Wilfing, Beweisrecht § 277 Rz 3; in diesem Sinne auch Stadler, Der Zivilprozeß und neue Formen der Informationstechnik, ZZP 111 (2002) 413 (441) mit Blick auf § 375 dZPO.

mende Person musste daher für ihre Videoeinnahme immer zu Gericht, wobei in Anbetracht der subsidiären Nutzung und der einheitlichen technischen Ausstattung besondere Schwierigkeiten nicht bekannt sind. Seit 2011 sind sämtliche Gerichte, Staatsanwaltschaften und Justizanstalten mit Videokonferenzanlagen ausgestattet. Im Jahr 2019 wurden rund 4.500 Videokonferenzen abgehalten, 11 % davon grenzüberschreitend.⁴⁰⁾

Die Schaffung dieses einheitlichen Standards schränkt notgedrungen die Flexibilität der Regelung ein, weil Einvernahmen in anderen Räumlichkeiten nicht vorgesehen sind. Dem steht aber der Vorteil gleichbleibender Qualität gegenüber, dessen Bedeutung kaum hoch genug eingeschätzt werden kann, wie eine Untersuchung zu Strafverfahren zeigt: „*When people heard witnesses present evidence in low-quality audio, they rated the witnesses as less credible, reliable, and trustworthy; had poorer memory for key facts presented by the witness; and weighted witness evidence less in final guilt judgments*“.⁴¹⁾

Glaubt man dieser Studie, kann die technische Qualität der Übertragung also auf die Würdigung des Gehörten abfärben, was keine *cura minor*, sondern eine wesentliche Frage der Beweisaufnahme im Distanzmodus wäre.

B. Corona

Mit Blick auf die jeweiligen Ausgangspunkte und den Umstand, dass eine schriftliche Verfahrensdurchführung wie nach § 128 Abs 2 dZPO in Österreich nicht vorgesehen ist,⁴²⁾ war Österreich – anders als Deutschland – prozessual noch nicht coronafit, sodass die Pandemie zur rechtlichen Zäsur für Videoverhandlungen wurde: Schon am 22. 3. 2020⁴³⁾ traten entsprechende Ermächtigungen eines COVID-19-Justizbegleitgesetzes in Kraft.⁴⁴⁾ Die eingeführten Regelungen waren zeitlich befristet, mit dem Entwurf einer ZVN 2021 sollte die Videoverhandlung erstmals ins Dauerrecht überführt werden. Weil dieser Versuch scheiterte, wurde die Corona-Videoverhandlung mit Bundesgesetzblatt vom 31. 12. 2021⁴⁵⁾ eilig bis Mitte 2022 und im Ergebnis bis Ende Juni 2023⁴⁶⁾ verlängert.⁴⁷⁾

40) IT-Anwendungen der österreichischen Justiz (Stand: August 2020), abrufbar unter www.justiz.gv.at/home/service/justiz-und-it.955.de.html.

41) *Bild/Redman/Newman/Muir/Tait/Schwarz*, Sound and credibility in the virtual court: Low audio quality leads to less favorable evaluations of witnesses and lower weighting of evidence, *Law and Human Behavior*, 45(5) (2021) 481.

42) *M. Huber*, Zwischenruf: Zivilverfahren in Zeiten der Covid-19-Pandemie, *JuS* 2020, 417 (419) empfahl einen Umstieg auf dieses Verfahren, mag es auch „*alles andere als beliebt sein*“.

43) Nach der Stammfassung des § 3 des 1. COVID-19-JuBG (BGBl I 2020/16) sollten Verhandlungen selbst unter Verwendung geeigneter technischer Kommunikationsmittel – dem weitgehenden Lockdown Rechnung tragend – nur im Ausnahmefall, nämlich nur zur Abwendung einer Gefahr für Leib und Leben, Sicherheit und Freiheit oder eines unwiederbringlichen Schadens und nach Abwägung gegenläufiger Allgemeininteressen stattfinden.

44) Einen Überblick gibt *Scholz-Berger*, Prozessmaximen und Verfahrensgrundrechte in Zeiten von COVID-19 – am Beispiel des Öffentlichkeitsgrundsatzes, *ZZPInt* 24 (2019) 43 (46 ff). Zu den späteren Novellen: BGBl I 2020/24 (4. COVID-19-Gesetz); BGBl I 2020/30 (8. COVID-19-Gesetz); BGBl I 2020/58; BGBl I 2020/156; BGBl I 2021/106; BGBl I 2021/246.

45) BGBl I 2021/246.

46) BGBl I 2022/224.

47) Für einen Überblick über die sonstigen Auswirkungen auf das Zivilverfahren s *Frauenberger-Pfeiler/Florian*, Zivilverfahrensrechtliche Aspekte der COVID-19-Gesetz-

Bis dahin erweiterte § 3 des 1. COVID-19-JuBG⁴⁸⁾ den Anwendungsbereich von Videokonferenzen gegenüber den bislang bestehenden Möglichkeiten also deutlich.⁴⁹⁾ Damit konnte nämlich nicht nur wie bisher eine konkrete Beweisaufnahme, sondern die gesamte Verhandlung durch Einsatz geeigneter technischer Kommunikationsmittel zur Wort- und Bildübertragung⁵⁰⁾ abgehalten werden. Auch eine Beschränkung auf den Justiz-Zoom-Kreis gab es nicht mehr, man sollte ja zu Hause bleiben.⁵¹⁾ Die Gerichte waren bei der Videoverhandlung nicht an die Voraussetzungen des § 277 ZPO gebunden⁵²⁾ und begannen bald, von dieser Möglichkeit sinnvoll Gebrauch zu machen.

Die Parteien konnten eine Videoverhandlung dabei nur anregen, aber nicht beantragen. Ob die Verhandlung oder die Beweisaufnahme im Gerichtssaal oder

gebung, JAP 2019/2020, 231; *Garber/Neumayr in Resch, Corona-HB*^{1.01} Kap 13 (Stand 15. 5. 2020, rdb.at); *Heinke, Auswirkungen von COVID-19 auf aktuelle Zivilverfahren*, CuRe 2020/26.

48) § 3 des 1. COVID-19-Justiz-Begleitgesetz idF BGBl I 2021/106.

(1) Das Gericht kann bis zum Ablauf des 31. Dezember 2021

1. mit Einverständnis der Parteien mündliche Verhandlungen und Anhörungen ohne persönliche Anwesenheit der Parteien oder ihrer Vertreter unter Verwendung geeigneter technischer Kommunikationsmittel zur Wort- und Bildübertragung durchführen sowie auf diese Weise auch ohne Vorliegen der Voraussetzungen des § 277 ZPO Beweise in der mündlichen Verhandlung oder außerhalb dieser aufnehmen und sonst der Verhandlung beizuziehende Personen teilnehmen lassen; das Einverständnis gilt als erteilt, soweit sich die Parteien nicht innerhalb einer vom Gericht festgesetzten angemessenen Frist dagegen aussprechen;
2. ohne Einverständnis der Parteien Anhörungen und mündliche Verhandlungen in Unterbringungs-, Heimaufenthalts- und Erwachsenenschutzsachen, die außerhalb der von der Justizverwaltung zur Verfügung gestellten Räumlichkeiten durchzuführen wären, unter Verwendung geeigneter technischer Kommunikationsmittel zur Wort- und Bildübertragung durchführen, auf diese Weise Beweise in der mündlichen Verhandlung oder außerhalb dieser aufnehmen und sonst der Anhörung bzw. Verhandlung beizuziehende Personen teilnehmen lassen, wenn andernfalls die Gesundheit einer am Verfahren beteiligten Person oder Dritter ernstlich gefährdet wäre.
[...]

(4) Tagsatzungen, Verhandlungen, Einvernehmungen, Gläubigerversammlungen und Gläubigerausschusssitzungen in Exekutions- und Insolvenzverfahren und solche, auf die die Verfahrensbestimmungen der EO und IO anzuwenden sind, können bis zum Ablauf des 31. Dezember 2021 unter Verwendung geeigneter technischer Kommunikationsmittel zur Wort- und Bildübertragung durchgeführt werden, wenn die zu vernehmenden oder teilnahmeberechtigten Personen nicht binnen einer Woche ab Zustellung der Ladung bescheinigen, dass sie nicht über die technischen Kommunikationsmittel zur Wort- und Bildübertragung verfügen. Eines Einverständnisses der Parteien bedarf es nicht. Abs. 2 letzter Satz ist nicht anzuwenden.

49) Vgl auch *Scholz-Berger, ZZPInt 24 (2019) 43 (71f)*.

50) Zur ursprünglich sehr weiten Fassung s *Scholz-Berger, ZZPInt 24 (2019) 43 (72)*.

51) § 3 des 1. COVID-19-JuBG war dabei sowohl auf Zivilprozesse als auch auf Außerstreitverfahren sowie auf Exekutions- und Insolvenzverfahren anwendbar, *Scholz-Berger/Schumann, Die Videokonferenz als Krisenlösung für das Zivilverfahren*, *ecolex 2020, 469 (470)*. Die Regelung erwartete eine Anwesenheit des Gerichts im Verhandlungssaal, *Scholz-Berger, ZZPInt 24 (2019) 43 (73 f)*.

52) Zu den technischen Mitteln s *Scholz-Berger/Schumann, ecolex 2020, 469 (473)*; traten während der Beweisaufnahme technische Störungen auf, sollte dies nicht zulasten der Verfahrensbeteiligten gehen, *IA 436/A 27. GP 4*.

mittels Videokonferenz stattfand, lag ausschließlich im Ermessen des Gerichts.⁵³⁾ Entschied es sich für die Anberaumung einer Videoverhandlung, setzte dies im Unterschied zu § 277 ZPO die Zustimmung der Parteien voraus,⁵⁴⁾ die allerdings als erteilt galt, soweit sich die Parteien nicht innerhalb einer vom Gericht festgesetzten Frist dagegen aussprachen.⁵⁵⁾

Auch ein abgestuftes Vorgehen war möglich. Jeder Verfahrensbeteiligte, Zeuge, Sachverständige oder Dolmetscher in einer Präsenzverhandlung konnte nämlich beantragen, wegen erhöhter Gesundheitsgefährdung mittels Videokonferenz am Verfahren teilzunehmen, vernommen zu werden, Gutachten zu erstatten oder Übersetzungsleistungen zu erbringen (§ 3 Abs 2 des 1. COVID-19-JuBG). Fehlten einer Partei oder einem Zeugen⁵⁶⁾ die dafür geeigneten technischen Kommunikationsmittel, konnte die unvertretene Partei die Vertagung der Verhandlung, die vertretene Partei und der Zeuge die vorläufige Abstandnahme von der Vernehmung⁵⁷⁾ beantragen. Das Gericht hatte diesbezüglich kein Ermessen.⁵⁸⁾

C. Entwurf einer ZVN 2021

Der Ministerialentwurf einer ZVN 2021 (MinE 2021) wollte diese Ermächtigung erstmals ins zivilprozessuale Dauerrecht überführen, sodass mündliche Verhandlungen auch weiterhin ohne persönliche Anwesenheit stattfinden können sollten, sofern die Parteien nicht widersprechen.⁵⁹⁾ Dem Vernehmen nach handelte es sich dabei nicht um eine Initiative der Justiz, was ein Grund dafür gewesen

-
- 53) Bei seiner Ermessensausübung hatte das Gericht insb auf die zum jeweiligen Zeitpunkt vorherrschende Gefahrenlage sowie auf die verfügbaren Ressourcen Bedacht zu nehmen. Dabei war sowohl die Gefahrensituation im Gerichtssprengel selbst als auch am jeweiligen Wohnort der am Verfahren teilnehmenden Personen zu berücksichtigen. Daneben hatte der Richter auch die zB aufgrund des Alters besondere persönliche Gefährdung einzelner Verfahrensteilnehmer (einschließlich seiner eigenen) einzubeziehen, vgl *Scholz-Berger/Schumann*, *ecolx* 2020, 469 (471). Umgekehrt wurde zu bedenken gegeben, dass die rechtsstaatlichen Garantien eines regulären Beweisverfahrens bei einer Beweisaufnahme mittels Videokonferenz nicht in gleicher Weise gewährleistet werden könnten, sodass ohne entsprechende Gefahrensituation von der Anordnung von Videokonferenzen abzusehen sei, *Garber/Neumayr* in *Resch*, *Corona-HB*^{1.01} Kap 13 Rz 73/4.
- 54) In bestimmten Außerstreitverfahren war der Einsatz von Videokonferenzen auch gegen den Willen der Parteien zulässig (ua Unterbringungs- Heimaufenthalts- und Erwachsenenschutzsachen, § 3 Abs 1 Z 2 des 1. COVID-19-JuBG), *Garber/Neumayr* in *Resch*, *Corona-HB*^{1.01} Kap 13 Rz 73/6.
- 55) Wurde das Beweisverfahren trotz des Widerspruchs einer Partei mittels Videokonferenz durchgeführt, lag eine Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes und damit wie im Bereich des § 277 ZPO ein Verfahrensmangel vor. *Lutschoung*, COVID-19 und Tagsatzungen in Insolvenzverfahren, *ZIK* 2020/59; *Scholz-Berger/Schumann*, *ecolx* 2020, 469 (472).
- 56) Parteienvertreter, Sachverständige und Dolmetscher waren bewusst nicht erfasst, weil bei diesen Personen davon auszugehen ist, dass sie über die erforderliche Technik verfügen, *IA* 436/A 27. GP 4.
- 57) *IA* 436/A 27. GP 4.
- 58) Gegen stattgebende Entscheidungen war kein Rechtsmittel zulässig, dem Rekurs gegen abweisende Entscheidungen kam aufschiebende Wirkung zu.
- 59) Ministerialentwurf eines Bundesgesetzes, mit dem die Jurisdiktionsnorm, die Zivilprozessordnung, das Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz, das Gerichtsorganisationsgesetz, das Sachverständigen- und Dolmetschergesetz, das Gerichtsgebührengesetz, das Gerichtliche Einbringungsgesetz, das E-Commerce-Gesetz und das Strafvollzugsgesetz geändert werden (Zivilverfahrens-Novelle 2021 – ZVN 2021):

sein könnte, dass der Gesetzesvorschlag in weiterer Folge kontrovers diskutiert wurde.⁶⁰⁾

Zwar sollte die Videoverhandlung nach dem Konzept des MinE 2021 immer dann zulässig sein, wenn sich das Programm der Tagsatzung dafür eignet, eine Videokonferenz verfahrensökonomisch ist und die technischen Voraussetzungen vorhanden sind (§ 132a ZPO MinE 2021), was *prima facie* nach einer großzügigen Verlagerung von Verhandlungen ins Internet wirkt. In der Diskussion wurde aber bisweilen übersehen, dass Beweisaufnahmen – obwohl der Gesetzesentwurf das nicht explizit klarstellte – nach wie vor an der Subsidiaritätsregel des § 277 ZPO hängen und damit gerade nicht ohne weiteres in Videokonferenz zulässig sein sollten.⁶¹⁾

Die wesentlichsten Kritikpunkte richteten sich dennoch gegen Beweisaufnahmen und damit gegen eine *lex ferenda*, die so gar nicht geplant war. Sie zeigen freilich, wie sensibel das Thema ist, und lassen auf grundsätzliche Vorbehalte gegen ein Beweisverfahren in Videokonferenz schließen. Stoßrichtung der Kritik war dabei vor allem das Unmittelbarkeitsprinzip,⁶²⁾ wobei in der Diskussion um die österreichische *lex ferenda* der Hinweis auf die insofern ganz vergleichbare

§ 132a. (1) Das Gericht kann mit Einverständnis der Parteien mündliche Verhandlungen und Anhörungen ohne persönliche Anwesenheit der Parteien oder ihrer Vertreter unter Verwendung geeigneter technischer Kommunikationsmittel zur Wort- und Bildübertragung durchführen und sonst der Verhandlung beizuziehende Personen teilnehmen lassen, wenn sich das für diese Tagsatzung vorgesehene Programm dafür eignet, diese Vorgangsweise auch unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensökonomie tunlich ist und die technischen Voraussetzungen vorhanden sind, um die Tagsatzung verfahrenskonform abzuhalten. Das Einverständnis gilt als erteilt, soweit sich die Parteien nicht innerhalb einer vom Gericht festgesetzten angemessenen Frist dagegen aussprechen.

(2) Wird eine Tagsatzung unter Verwendung geeigneter technischer Kommunikationsmittel zur Wort- und Bildübertragung durchgeführt und wird die mündliche Verhandlung in dieser geschlossen, so gilt das bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vorzulegende Kostenverzeichnis als rechtzeitig vorgelegt, wenn es spätestens bis zum Ablauf des auf die mündliche Verhandlung folgenden Werktags im Elektronischen Rechtsverkehr oder mit E-Mail an die vom Entscheidungsorgan bekanntgegebene Adresse übersendet wird. Die Frist des § 54 Abs. 1a ZPO beginnt diesfalls mit der Zustellung des Kostenverzeichnisses durch das Gericht an den Gegner.

(3) Wollen die Parteien in einer Tagsatzung, die unter Verwendung geeigneter technischer Kommunikationsmittel zur Wort- und Bildübertragung durchgeführt wird, einen Vergleich schließen, so hat das Gericht entweder den Text des Vergleichs den Parteien auf dem Bildschirm sichtbar zu machen oder den Vergleichstext laut und deutlich vorzulesen beziehungsweise den auf einem Tonträger aufgenommenen Vergleichstext für alle deutlich hörbar abzuspielen. Jede Partei hat ihren Willen, diesen gerichtlichen Vergleich abzuschließen, klar und deutlich zum Ausdruck zu bringen. Gleiches gilt für den Abschluss eines prätorischen Vergleichs.

- 60) Zentral war eine vom Österreichischen Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) veranstaltete Podiumsdiskussion, an der der Verfasser gemeinsam mit der *Jubilarin*, der Vorsitzenden des ÖRAK-Arbeitskreises für IT und Digitalisierung RA Dr. Alma Steger und dem Vizepräsidenten des ÖRAK RA Hon.-Prof. Dr. Bernhard Fink teilgenommen hat. Im Gefolge dieser Veranstaltung und aufgrund des erstaunlichen medialen Echos wurden die Pläne des MinE 2021 vorerst verworfen.

61) Erl zum MinE 9.

62) Vgl aus der Diskussion vor Corona bereits *Kodek*, Einsatz neuer Formen der Informationstechnik im Beweisverfahren, in FS M. Schneider (2013) 331; *Rechberger* in *Fasching/Konecny III/1*³ (2017) § 277 ZPO Rz 2; *Stadler*, ZZZ 111 (2002) 413 (440 f.).

deutsche *lex lata* und damit den Umstand, dass der Untergang des prozessualen Abendlandes bei einer sinnvoll gehandhabten Videoverhandlung nicht unmittelbar bevorsteht, nicht viel gefruchtet hat. Geblieben ist die Vertagung des MinE 2021.

D. ZVN 2023

Kurz nach Ostern 2023 ist dann auch die Videoverhandlung wiederaufstanden. Das BMJ hat mit der ZVN 2023 einen weiteren Anlauf unternommen, der sich schon ausweislich seines Titels als Entwurf versteht, „mit dem die Zivilprozessordnung, das Außerstreitgesetz, das Unterbringungsgesetz, das Heimaufenthaltsgesetz, die Insolvenzordnung, die Exekutionsordnung und das Gerichtsorganisationsgesetz geändert werden“. Es geht also um die Einführung der Videoverhandlung quer über Verfahrensarten und Verfahrensgesetze.⁶³⁾

Da der *Jubilarin* zu einem modernen Thema kein gestriger Beitrag zugemutet werden soll, wurde der bereits fertig gestellte Beitrag um eine erste Vorstellung und Bewertung des neuen § 132a ZPO⁶⁴⁾ als *sedes materiae* der Videoverhandlung im streitigen Verfahren ergänzt.⁶⁵⁾

63) Die Regierungsvorlage 2093 BlgNR 27. GP und die Gesetz gewordene ZVN 2023 BGBl I 2023/77 sehen außer in den genannten Materien auch eine Änderung des Bundesverwaltungsgerichtsgesetzes vor, die aber weniger mit Videoverhandlungen als mit der Ermöglichung der Beratung und Abstimmung im Umlaufweg zu tun hat.

64) § 132a ZPO idF BGBl I 2021/77

(1) Das Gericht kann eine Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung ohne persönliche Anwesenheit von Parteien, ihren Vertretern und sonst der Verhandlung beizuziehenden Personen unter Verwendung geeigneter technischer Kommunikationsmittel zur Wort- und Bildübertragung durchführen sowie auf diese Weise auch ohne Vorliegen der Voraussetzungen des § 277 Gutachten von gerichtlich bestellten Sachverständigen mündlich erstatten lassen oder erörtern und die Parteien und informierte Personen (§ 258 Abs. 2) in der vorbereitenden Tagsatzung vernehmen. Voraussetzung ist, dass diese Vorgangsweise unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensökonomie tunlich ist, die technischen Voraussetzungen vorhanden sind, um die Tagsatzung verfahrenskonform abzuhalten, und nicht eine Partei innerhalb einer vom Gericht festgesetzten angemessenen Frist dem angekündigten Vorgehen widerspricht oder die ausdrückliche Zustimmung der Parteien dazu vorliegt. Die Parteien können eine solche Vorgangsweise bei Gericht lediglich anregen.

(2) Wird eine Tagsatzung nach Abs. 1 durchgeführt und die mündliche Verhandlung in dieser geschlossen, so gilt das bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vorzulegende Kostenverzeichnis als rechtzeitig vorgelegt, wenn es spätestens bis zum Ablauf des auf die mündliche Verhandlung folgenden Tages dem Gericht übermittelt wird; eine unvertretene Partei kann es überdies in der Tagsatzung mündlich zu Protokoll anbringen. Die Frist des § 54 Abs. 1a beginnt diesfalls mit der Zustellung des Kostenverzeichnisses durch das Gericht an den Gegner.

(3) Wollen die Parteien in einer Tagsatzung, die nach Abs. 1 durchgeführt wird, einen Vergleich schließen, so hat das Gericht entweder den Text des Vergleichs den Parteien auf dem Bildschirm sichtbar zu machen oder den Vergleichstext deutlich vorzulesen beziehungsweise den auf einem Tonträger aufgenommenen Vergleichstext für alle deutlich hörbar abzuspielen. Der Wille der nicht persönlich anwesenden Parteien, diesen gerichtlichen Vergleich abzuschließen, muss unter Bedachtnahme auf die technischen Gegebenheiten klar und deutlich zum Ausdruck kommen; § 209 Abs. 3 zweiter und dritter Satz ist nicht anzuwenden. Gleiches gilt für den Abschluss eines prätorischen Vergleichs.

65) Siehe zum Folgenden schon *Spitzer/Wilfinger*, ZVN 2023: Videoverhandlung im Zivilprozess, ÖJZ 2023, 606.

Unvermeidlich, aber dadurch nicht minder angebracht ist der Hinweis, dass eine Videokonferenz keinen so direkten Eindruck vom Gegenüber vermittelt wie eine persönliche Begegnung. Die freie Beweiswürdigung lebt aber natürlich gerade davon, einen umfassenden und eben unmittelbaren Eindruck auch nonverbaler Signale würdigen zu können. Das zeigt sich nicht erst bei feinsinnigen Überlegungen zu Mikroexpressionen,⁶⁶⁾ sondern ganz handfest: Es ist in Videokonferenzen nicht möglich, sich in die Augen zu schauen. Schaut man in die Kamera, schaut man den anderen nicht an, schaut man auf den Gesprächspartner, schaut man nicht in die Kamera. Das ist mittlerweile als ein Grund für ein Syndrom namens *Zoom Fatigue* anerkannt,⁶⁷⁾ sodass bei aller Begeisterung für digitale Verfahren auch die neuesten Erkenntnisse über Unzulänglichkeiten solcher Verfahren nicht übersehen werden dürfen.

Die ZVN 2023 wählt wohl deshalb einen behutsamen Mittelweg: Sie stellt zunächst ins Ermessen des Gerichts, ob es überhaupt eine Videotagsatzung anberaumen will, was nur dann zulässig ist, wenn eine derartige Tagsatzung verfahrensökonomisch ist und „die technischen Voraussetzungen dazu vorhanden sind“ (§ 132a Abs 1 ZPO). Dabei sind ohne weiteres auch die Möglichkeiten der Beteiligten ins Kalkül zu ziehen, das gilt besonders, wenn eine Videotagsatzung auch bei unvertretenen Parteien zulässig sein soll (vgl aber § 460 Z 1a ZPO), was mE aber kein besonders dringliches Anliegen ist. Im Lichte dessen ist es auch konsequent, dass eine Videotagsatzung nicht gegen den Willen der Parteien stattfinden kann (§ 132a Abs 1 ZPO: Widerspruchsrecht bzw Zustimmungserfordernis).⁶⁸⁾ Klärungsbedürftig ist, welche Folge die Weigerung einer Partei nach sich zieht. Auch wenn die Materialien von Hybridtagsatzungen sprechen, bei denen nur manche Personen „zugeschaltet“ werden, stehen Videotagsatzungen insgesamt unter dem Vorbehalt des Parteiwillens. Es reicht daher die Weigerung einer Partei, um die ganze Videotagsatzung unzulässig zu machen.⁶⁹⁾

Anders als der Entwurf einer ZVN 2021 lässt der neue § 132a ZPO unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 277 ZPO auch bestimmte Beweisaufnahmen durch Videokonferenz zu.⁷⁰⁾ Dazu gehört einerseits die in den ministeriellen Arbeitsgruppen und Diskussionsrunden als typischerweise eher unproblematisch empfundene Gutachtenserstattung oder -erörterung durch Sachverständige. Andererseits sollen Parteien und informierte Personen (§ 258

66) Vgl etwa *Ekman/Friesen*, Constants across cultures in the face and emotion, *Journal of Personality and Social Psychology* 17 (1971) 124. *Rechberger*, Die Anwendung moderner Technologien im österreichischen Zivilprozess – ein Update, in FS Rießmann (2013) 733 (741) weist darauf hin, dass die Mimik durch große Bildschirme vielleicht sogar besonders gut beobachtet werden könne. Im Ergebnis ist die Frage auch dann, ob aus einer Situation, die nicht der alltäglichen entspricht, die richtigen Schlüsse gezogen werden. Es kann genauso zu Fehlschlüssen führen, zu wenig zu sehen, wie zu viel zu sehen.

67) Vgl *Riedl*, On the stress potential of videoconferencing: definition and root causes of Zoom fatigue, *Electronic Markets* 32 (2022) 153, abrufbar unter link.springer.com/content/pdf/10.1007/s12525-021-00501-3.pdf.

68) Der dRegE (dazu unten III.E.) sieht in § 128a Abs 5 ein Einspruchsrecht vor.

69) Beweiserhebungen nach § 277 ZPO sind vom Parteiwillen weiterhin nicht abhängig.

70) Der dRegE kennt nach § 284 ZPO bei Beweisaufnahmen keine Einschränkungen mehr.

Abs 2 ZPO) einvernommen werden dürfen, freilich nur in der vorbereitenden Tagsatzung (§ 258 Abs 1 Z 5 ZPO).⁷¹⁾

Die Einschränkung wirft Fragen auf: Warum soll die Zulässigkeit einer elektronischen Beweisaufnahme davon abhängen, ob sie in der vorbereitenden Tagsatzung stattfindet oder nicht? Müsste die Überlegung nicht eher sein, ob sich ein bestimmtes Beweismittel für die Videotagsatzung eignet oder eben nicht? Der Hintergrund für die Differenzierung dürfte im offenkundigen Bestreben liegen, die Tür zwar nicht allzu weit zu öffnen, aber die Rechtslage so zu gestalten, dass vorbereitende Tagsatzungen digital abgehalten werden können. Da § 258 ZPO die Einvernahme der Parteien aber explizit (soweit zweckmäßig) zum Inhalt vorbereitender Tagsatzungen erklärt und da das Anliegen der ZVN 2002, mit der die vorbereitende Tagsatzung eingeführt wurde, ebenso explizit die Aufwertung dieses Verfahrensabschnitts im Vergleich zur alten Beweisbeschluss-tagsatzung war,⁷²⁾ liefe ein Ausschluss der Parteienvernehmung diesem historischen Kernanliegen zuwider.

Dafür wird dann auch der Widerspruch zur einer späteren Einvernahme der Parteien in Kauf genommen, die nicht mehr ohne weiteres im Videoweg zulässig ist. Bei sinnvoller Handhabung der Videotagsatzung werden sich die daraus resultierenden Probleme zwar in Grenzen halten, ist doch primär an kurze Einvernahmen gedacht, um die Digitalisierung der vorbereitenden Tagsatzung nicht scheitern zu lassen. Dabei sollte es aber bleiben. Auch die vorbereitende Tagsatzung eignet sich mE nicht für längere und schwierigere Einvernahmen der Parteien per Videokonferenz, ebenso unglücklich wäre es, wenn eine Partei elektronisch, die andere – nach der vorbereitenden Tagsatzung – „live“ einvernommen würde.

Angesichts dessen wäre es überlegenswert, die Befragung der Parteien überhaupt auf das „Erstgespräch“ nach § 258 Abs 2 ZPO zu beschränken. Dazu passt einerseits, dass die Einvernahme der darin genannten informierten Vertreter – abseits § 277 ZPO – der einzige Fall zulässiger Video-Zeugeneinvernahmen ist. Andererseits wird diese Sicht durch die Lage im außerstreitigen Verfahren gestützt. Auch dort soll die Einvernahme der Partei zulässig sein, in Ermangelung einer vorbereitenden wird sie aber auf die erste Tagsatzung beschränkt (§ 31 Abs 6 AußStrG), was einen Hang ins Arbiträre hätte, wenn die Materialien das Anliegen nicht erklären würden: *„Zumal es im Verfahren außer Streitsachen jedoch keine ‚vorbereitende Tagsatzung‘ gibt, beschränkt der Entwurf die Möglichkeit der Parteienvernehmung auf die erste Tagsatzung der jeweiligen außerstreitigen Verhandlung. Denn auch diese erste Tagsatzung wird in der gerichtlichen Praxis regelmäßig genutzt, um Vergleichsmöglichkeiten auszuloten. Dazu kann es nützlich sein, auch bei Bedarf eine (erste) Parteienvernehmung durchzuführen.“*⁷³⁾

Insgesamt sollten die Erwartungen an digitale Beweisaufnahmen umso niedriger gehalten werden, als eine Videokonferenz nach § 132a ZPO nicht im kontrollierten Justizsetting des § 277 ZPO stattfindet. Für jede Verhandlung ist

71) Ein Sonderproblem sind informierte Vertreter, bei denen § 132a ZPO auch die Einvernahme ermöglichen will. Dabei handelt es sich aber um eine Einvernahme als Zeugen, die an sich ja nicht zulässig sein soll. Möglicherweise soll nur die Befragung im Rahmen des § 258 Abs 2 ZPO gemeint sein, dann könnte man aber auch die Einvernahme von Parteien darauf begrenzen.

72) Näher *Kodek in Fasching/Konecny III/1*³ § 258 ZPO Rz 2 ff.

73) ErläutRV 2093 BlgNR 27. GP 7.

dementsprechend eine eigene Videokonferenz-Umgebung einzurichten, in die sich die betreffenden Personen dann mit ihrem eigenen Equipment und ihrer Internetverbindung einwählen (§ 85b GOG), was zweifellos nicht die besten Voraussetzungen für gedeihliche Tagsatzungen sind. Wer die Praxis der Videoeinvernahme in Schiedsverfahren mit aller technischer Vorbereitung und Testläufen kennt, kann nur hoffen, dass die Parteien von Zivilprozessen ähnlich gut vorbereitet sein werden. Zu rechnen ist damit aber nicht, die sinnvolle Erweiterung der Erstreckungsmöglichkeit bei technischen Störungen (§ 134 Z 1 ZPO)⁷⁴⁾ sowie der realistische Hinweis der Materialien auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand⁷⁵⁾ deuten vielmehr in die entgegengesetzte Richtung.

In einem anderen Punkt besteht hingegen die Sorge, dass die Vorbereitung vielleicht zu gut und intensiv ausfallen könnte: Beim unkontrollierten Einwählen herrschen auch unkontrollierte Bedingungen. Man weiß schlicht nicht, ob jemand bei der Einvernahme unterstützt. In Corona-Videoverhandlungen konnte es schon passieren, dass sich der ebenfalls im Raum befindliche Ehegatte – durchaus wohlmeinend – in die Vernehmung eingeschaltet hat. Aber auch sinistere Varianten wären ohne weiteres vorstellbar, sodass entsprechende Kontrolle erforderlich ist.⁷⁶⁾ Diese Sorgen teilt das amerikanische Advisory Committee on Federal Rules of Civil Procedure: „Safeguards must be adopted [...] that protect against influence by persons present with the witness“.⁷⁷⁾ In Schiedsverfahren wurde es etwa Usus, im Vorhinein klar über die zulässigen Bedingungen zu informieren und während der Einvernahme nach anderen Personen im Raum zumindest zu fragen oder den Raum sogar durch einen Kameraschwenk präsentieren zu lassen.

Beide Aspekte – die fehlende Unmittelbarkeit der Sinneseindrücke gepaart mit der Sorge, Auskunftspersonen könnten womöglich bei einer Einvernahme über Videokonferenz unterstützt werden – wurden immer besonders prominent gegen die Videoverhandlung eingewendet. Insgesamt hat sich für Beweisaufnahmen ein erhebliches Misstrauen gegen eine Ausdehnung der bisher restriktiven Rechtslage gezeigt, und dieses Misstrauen ist im Grundsatz auch angebracht. Es empfiehlt sich, bei der praktischen Handhabung der neuen Rechtslage an die Mahnung von *Kodek* vor einem routinemäßigen Einsatz dieser Technik ohne Vorliegen triftiger Gründe zu denken.⁷⁸⁾ Es hängt vom konkreten Streit, von den Umständen der konkret einzuvernehmenden Person, von ihrer Bedeutung und von der Möglichkeit einer unmittelbaren Vernehmung ab, wie man zur Videoeinvernahme steht. Zu Recht besteht aber universelle Einigkeit darüber, dass wenn es „entscheidend auf die Glaubwürdigkeit der Beweisperson“ ankommt, „das Gericht auf einer Vernehmung im Gerichtssaal bestehen [sollte] – erfahrungsgemäß sagt sich die Unwahrheit leichter in eine Kamera“.⁷⁹⁾ Das gilt auch in Zukunft.

74) Während der verhandelten Partei grundsätzlich ein „nicht wieder gut zu machende[r] Schaden“ drohen muss, soll bei technischen Störungen vor einer Videoverhandlung schon ein „prozessuale[r] Nachteil“ die Erstreckung rechtfertigen; näher Erläuterung RV 2093 BlgNR 27. GP 5.

75) Erläuterung RV 2093 BlgNR 27. GP 4.

76) *Fritsche* in MüKo ZPO I⁶ § 128a Rz 14; *Huber/Giesecke* in *Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter* § 19 Rz 11.

77) Abrufbar unter www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_43.

78) *Kodek*, ZZP 111 (2002) 445 (482).

79) *Stadler* in *Musielak/Voit*, ZPO²⁰ (2023) § 128a Rz 7; s schon *dies*, ZZP 111 (2002) 413 (440).

Jedenfalls versucht § 132a ZPO den Spagat, das politisch Gewollte, das praktisch Hilfreiche und das prozessual Sinnvolle unter einen Hut zu bringen. Die neue Regel ist bei näherem Hinsehen also durchaus zurückhaltend. Ihre offene Textierung weckt vielleicht Bedenken, es erschiene aber ausgesprochen schwierig, dazu allzu starre Regeln vorzusehen, auch § 277 ZPO ist derzeit ja nicht viel deutlicher. Die bewusste Ausblendung kritischerer Verfahrensabschnitte zeigt jedenfalls, dass nicht alles, was technisch möglich ist, auch gleich rechtspolitisch gewollt werden muss, und erinnert als bewusste Entscheidung daran, dass der Gesetzgeber eben kein bloßer Passagier der Digitalisierung ist, sondern sie gestaltet.

E. Perspektiven

Rechtspolitisch wird die Frage jedoch nicht verhallen, ob man hier mutiger sein sollte. Am 24. 5. 2023 wurde in Deutschland ein Regierungsentwurf zu einem Gesetz zur Förderung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtsbarkeit und den Fachgerichtsbarkeiten vorgelegt,⁸⁰⁾ der deutlich weiter geht als sein österreichisches Pendant. Wäre ein größerer Schritt besser? Die Antwort darauf gibt nicht die möglicherweise vorhandene politische Lust auf Modernität, sondern kann nur aus dem Prozess selbst kommen.

Keine grundsätzliche Rolle muss dabei mE der Umstand spielen, dass eine virtuelle Beweisaufnahme für die Beteiligten vielleicht angenehmer ist. Das gilt ohne weiteres für die Parteien und deren Vertreter: Es ist immerhin ihr Rechtsstreit und die meisten Versuche, ihn gütlich aus der Welt zu schaffen, was kein unwesentlicher Teil des Prozesses ist, leben von sozialer Interaktion zwischen dem Gericht und den Parteien.⁸¹⁾

Aber auch bei Zeugen ist es nicht die Aufgabe des Prozesses, sich nahtlos und möglichst bequem in den Tagesablauf einpassen zu lassen. Zum amerikanischen Recht heißt es dementsprechend, „*transmission cannot be justified merely by showing that it is inconvenient for the witness to attend the trial*“.⁸²⁾ In dieselbe Kerbe schlägt das Monitum der *Jubilarin*, der Prozess sei eben keine Online-Yoga-Stunde.⁸³⁾ Die Bedeutung einer Aussage ist für den Normalbürger mit dem Charakter des Besonderen, des Offiziellen und des Formellen genauso eng verbunden wie mit dem Gepräge eines Gerichts.⁸⁴⁾ Moderne Gerichtsarchitektur speziell in Deutschland oder Österreich setzt zwar nicht mehr so augenfällig auf Architektur gewordene Macht, ist aber höchstens subtiler geworden und hat auf entsprechende Insignien keineswegs verzichtet.⁸⁵⁾ Staatswappen und Kreuze sind keine zufälligen Einrichtungsgegenstände, sie schaffen bewusst Atmosphäre, um die Bedeutung der Aussage, aber natürlich auch die einer Falschaussage zu vermitteln. So sieht es auch das Advisory Committee on Rules of Federal Civil Procedure: „*The*

80) Abrufbar unter <https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Video-konferenztechnik.html>.

81) *Rißmann* in XI. World Congress on Procedural Law 205 (207); *Kodek*, ZJP 111 (2002) 445 (482 f).

82) Federal Rules of Civil procedure 43(a), Advisory Committee's Note.

83) *Pflügl*, Gerichtsverfahren sind keine Online-Yogastunde, *Der Standard* 24. 11. 2021, 13.

84) Vgl *Rechberger* in *Welser* 129 (136).

85) Zuletzt *Kodek*, Justizgewährungsanspruch heute – was hat die ordentliche Gerichtsbarkeit zu leisten? *RZ* 2023, 7 (17 f).

very ceremony of trial and the presence of the factfinder may exert a powerful force for truth-telling."⁸⁶⁾

Aus diesem Grund wäre es auch kritisch zu sehen, wenn Richter Videoverhandlungen aus dem Homeoffice verrichten, wie das der deutsche RegE als „vollvirtuelle Verhandlung“ erlaubt (§ 16 dEGZPO). In Österreich ist das nicht vorgesehen und tatsächlich sollen die Parteien den Richter im Talar in entsprechenden Räumlichkeiten sehen, keine digitalen Strandhintergründe oder die unaufgeräumte Küche. Es ist daher erforderlich, dass sich Richter bei Videoverhandlungen im Gericht aufhalten,⁸⁷⁾ was die Materialien zu § 132a ZPO klarstellen.⁸⁸⁾

Jede Verlagerung der Verhandlung aus dem allgemein zugänglichen Gerichtssaal in den virtuellen Raum provoziert außerdem die Frage der Öffentlichkeit, die in den MinE 2021 und 2023 bemerkenswerterweise nicht explizit angesprochen wurde. Für die Volksöffentlichkeit kommen aber so verschiedene Modelle infrage, dass es nicht sachgerecht ist, wenn der Gesetzgeber in dieser rechtsstaatlichen Kernfrage die Wahl an die Vollziehung delegiert, weshalb die ErläutRV den Bezug nun eindeutig herstellen.⁸⁹⁾

Die zentrale Rolle der Volksöffentlichkeit im Zivilprozess kann man heute nur mehr Büchern entnehmen, aber kaum bei Gericht erleben. Erst ein Blick in die Rechtsgeschichte zeigt, wie schwer erkämpft und wie bedroht dieser Grundsatz die längste Zeit war, sodass es mehr als Nostalgie ist, beim Öffentlichkeitsgrundsatz auf Nummer sicher zu gehen.⁹⁰⁾

Nach dem österreichischen Konzept soll der Richter bei der Videoverhandlung im Verhandlungssaal sein⁹¹⁾ und die Sache dann wohl auch nach § 133 ZPO aufrufen. Für das Gericht ändert sich also am wenigsten, die Öffentlichkeit ist weiterhin sichergestellt.

Bei vollvirtuellen Verhandlungen wie im deutschen RegE würde die Sache kompliziert. Das deutsche Diskussionspapier und im Anschluss daran der RegE denken über eigens eingerichtete „Public-Viewing-Räume“ nach,⁹²⁾ in denen Verhandlungen stationär verfolgt werden können, natürlich bleiben auch Überlegungen zum Streaming nicht aus.⁹³⁾ Damit ist eine grundsätzliche Frage des Prozesses berührt, denn mit einem Blick auf die durchschnittlichen Besucherzahlen bei Zivilprozessen könnte in Zeiten knapper Budgets die Zurverfügungstellung öffentlicher Räume jedweder Größe als überschießend empfunden werden, während allgemeines Streaming billig, vordergründig modern und obendrein

86) Abrufbar unter law.cornell.edu/rules/frcp/rule_43.

87) Das deutsche Diskussionspapier dürfte hier großzügiger sein (Diskussionspapier 46), was auch die Idee der „Public Viewing Räume“ erklärt (Diskussionspapier 47), die sonst nicht erforderlich wären.

88) ErläutRV 2093 BlgNR 27. GP 2 f; näher *Koller*, Krise als Motor der Rechtsentwicklung im Zivilprozess- und Insolvenzrecht, JBl 2020, 539 (541 ff).

89) ErläutRV 2093 BlgNR 27. GP 2 f.

90) So überzeugend auch *Scholz-Berger*, ZZPInt 24 (2019) 43 (45 f).

91) *Koller*, JBl 2020, 539 (542); ErläutRV 2093 BlgNR 27. GP 2.

92) Diskussionspapier 47. Entwurf § 16 Abs 4 d EGZPO: „In öffentlichen Verhandlungen ist die Öffentlichkeit herzustellen, indem die vollvirtuelle Videoverhandlung in Bild- und Ton an einen öffentlich zugänglichen Raum im zuständigen Gericht übertragen wird.“

93) *Huber/Giesecke* in *Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter* § 19 Rz 14 ff.

noch transparent erscheint. Wäre es nicht erstrebenswert, den Prozess aus den Gerichtsgebäuden zu den Menschen zu bringen?

Dass derartige Forderungen ausbleiben, war wohl von Anfang an eine ausichtslose Hoffnung.⁹⁴⁾ Klar muss aber sein, dass eine allgemeine Übertragung von Zivilprozessen nichts Anderes wäre als Gerichtsfernsehen. Spätestens seit *Depp v. Heard* ist klar, dass es dafür auch in Österreich ein Publikum gäbe, wenn der Fall nur aufregend genug ist.⁹⁵⁾

Wer die spezielle Situation eines Gerichtsverfahrens nicht nur aus dem Fernsehen kennt, wird in die Forderung danach wohl nicht mit einstimmen. § 22 MedienG ist kurz und bündig:⁹⁶⁾ „Fernseh- und Hörfunkaufnahmen und -übertragungen [...] von Verhandlungen der Gerichte [...] sind unzulässig.“ Teleologisch geht es evident darum, dass ein gewöhnliches Gerichtsverfahren nicht zur Unterhaltung einer unbegrenzten Menge an Menschen gedacht ist. Die Persönlichkeitsrechte der Beteiligten würden arg strapaziert⁹⁷⁾ und es stellt sich die Frage: Wozu? Außerdem ist die Befürchtung nicht von der Hand zu weisen, dass das Prozessgeschehen sich dann mit einem Auge auf mögliches Publikum abspielt und der Prozess so denaturiert.⁹⁸⁾

Dass daher über den Kreis der Anwesenden hinaus Medien nur berichten, aber nicht übertragen sollen, ist eine Wertung, die durch die Digitalisierung nicht obsolet geworden ist. Gerichtsfernsehen gibt es in Deutschland und Österreich ja nicht deshalb nicht, weil das bisher technisch nicht möglich gewesen wäre, sondern als bewusste Wertentscheidung gegen ein solches Schauspiel. Neue technologische Übertragungsmöglichkeiten sind ohne eine prinzipielle Neuorientierung, deren Bedarf nicht zu sehen ist, für sich genommen kein Grund, das zu ändern. *Stürner* ist nichts hinzuzufügen: „Es besteht kein Grund, in einem etwas diffusen Drang zur Modernität vermeintlichen Erfordernissen einer Informationsgesellschaft gerecht werden zu wollen und dabei bewährte Grundpositionen aufzugeben.“⁹⁹⁾

IV. Zusammenfassung

Auch wenn die Digitalisierung sonst unaufhaltsam sein und alle Lebensbereiche erfassen mag, trifft das für den Zivilprozess in deutlich geringerem Ausmaß zu. Hier präsentiert sich die Digitalisierung nicht ganz so unwiderstehlich. Hier sind Gesetzgeber, Rechtswissenschaft und Praxis noch Pilot und nicht Passagier einer ungesteuerten Entwicklung.

Damit ist die Aufgabe, die Digitalisierung und den Prozess unter einen Hut zu bringen, kein Selbstzweck, sondern eine Aufgabe der Prozessualisten, die sich

94) *Martinetz*, Wer hat Angst vor Videoverhandlungen? Wiener Zeitung 31. 12. 2021, 13.

95) Der Standard, 20. 5. 2022, Sollen Gerichtsprozesse live übertragen werden? (<https://www.derstandard.at/story/2000135878153/sollen-gerichtsprozesse-live-uebertragen-werden>).

96) Vgl zu § 169 dGVG auch für die Fassung nach dem EMöGG *Magnus*, Bild- und Tonaufnahmen von Gerichtsverfahren im digitalen Zeitalter, in *Buschmann/Gläß/Gonska/Philipp/Zimmermann* (Hrsg), Digitalisierung der gerichtlichen Verfahren und das Prozessrecht (2018) 205 (208 ff).

97) Vgl auch *Stürner*, Gerichtsöffentlichkeit und Medienöffentlichkeit in der Informationsgesellschaft, JZ 2001, 699 (702).

98) *Kodek* in *Kengyel/Nemessányi* 261 (276).

99) *Stürner*, JZ 2001, 699 (703).

kaum von den Herausforderungen unterscheidet, die jede Prozessrechtsreform der letzten 150 Jahre mit sich gebracht hat.

Die Videoverhandlung ist der augenfälligste Diskussionsschauplatz. Die ZVN 2023 trägt dem politischen Wunsch Rechnung, diese Möglichkeit aus dem Coronarecht ins Dauerrecht zu überführen. Die zurückhaltende Öffnung solcher Verhandlungen auch für manche Beweisaufnahmen ist kein Sündenfall, sollte aber auch nicht Lust auf mehr machen.