

Virtuelle Verhandlungen in internationalen Zivilprozessen zwischen zeitgemäßer Rechtsschutzgewährung und möglichen Systembrüchen

Ass.-Prof. Dr. Florian Scholz-Berger*

A. Einleitung

Das Thema Videokonferenzen in Zivilprozessen fristete – zumindest in unseren Breiten¹ – lange Zeit eher ein Schattendasein:² Während es in der Schweiz gar keine einschlägigen Regelungen gab³ und in Österreich – außerhalb des praktisch nicht besonders relevanten europäischen Bagatellverfahrens –⁴ nur unter bestimmten Umständen die Vernehmung von Beweispersonen per Videokonferenz zulässig war,⁵ erlaubte § 128a der deut-

* Florian Scholz-Berger ist Assistenzprofessor (Tenure-Track-Professur für Internationale Streitbeilegung) am Institut für Zivilverfahrensrecht der Universität Wien.

1 Zur Situation in den USA, wo derartige Technologien bereits seit Ende des letzten Jahrtausends viel verbreiteter verwendet werden, vgl. etwa B. Glunz, Psychologische Aspekte beim gerichtlichen Einsatz von Videotechnik, Tübingen 2012, S. 11 ff.; F. Lederer, The Road to the Virtual Courtroom? A Consideration of Today's -and Tomorrow's - High-Technology Courtrooms, 50 South Carolina Law Review 1999, 799; für Australien A. Wallace, Virtual Justice in the Bush: The Use of Court Technology in Remote and Regional Australia, Journal of Law, Information and Science 2008, <<http://classic.austlii.edu.au/au/journals/JILawInfoSci/2008/2.html>> (15.12.2022).

2 Vgl. bereits A. Stadler, Der Zivilprozeß und neue Formen der Informationstechnik, ZZP III (2002), 413 (414).

3 Vgl. chBG 4A_180/2020 AJP 2021, 116 (Turtschi); U. Weber-Stecher, Gerichtsverhandlungen mittels Videokonferenz?, ZZZ 56/2021, 705 (706).

4 Vgl. Art. 8 Abs. 1 EuBagVO und dazu etwa T. Domej, in: R. Bork/H. Roth (Hrsg.), Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. XI, 23. Aufl., Tübingen 2021, Art. 8 EuGFVO Rn. 1 ff.

5 Vgl. dazu etwa P. Oberhammer/F. Scholz-Berger, Möglichkeiten und Grenzen der Videoeinvernahme nach § 277 ZPO, ecolex 2022, 285 (286 f.); M. Spitzer, in: M. Spitzer/A. Wilfinger (Hrsg.), Beweisrecht, Wien 2020, § 277 ZPO Rn. 3.

schen ZPO zwar schon länger den sehr weitgehenden Einsatz von Videotechnologie.⁶ Er befand sich aber im viel zitierten Dornröschenschlaf.⁷

Für diese Zurückhaltung mag es verschiedene Gründe gegeben haben. Neben der – wohl etwas übertriebenen – Angst vor einem „drohende[n] Ende unserer gewachsenen Prozesskultur“⁸ und fehlendem Geld für entsprechende technische Ausstattung, wird es auch eine Rolle gespielt haben, dass aufgrund eher überschaubarer geografischer Distanzen und guter Verkehrsanbindungen der sprichwörtliche Leidensdruck nicht so hoch war.

Aus allgemein bekannten Gründen hat sich die beschriebene Situation ab März 2020 schlagartig geändert.⁹ Neben den staatlichen Gerichten haben seither außerdem auch internationale Schiedsgerichte in einem vorher nie dagewesenen Ausmaß auf Videotechnologie zurückgegriffen.¹⁰

Auch wenn es da und dort wieder Bewegungen in die Gegenrichtung gibt,¹¹ wird sich diese Entwicklung aus mehreren Gründen nicht einfach

6 Die Bestimmung wurde in ihrer Urfassung zum 1.1.2002 eingeführt und seither mehrfach erweitert; vgl. etwa *J. Fritsche*, in: W. Krüger/T. Rauscher (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, Bd. I, 6. Aufl., München 2020, § 128a Rn. 1 f.

7 Siehe statt vieler etwa *A. Stadler*, *Digitale Gerichtsverhandlung im Zivilprozess*, in: P. Reuß/B. Windau (Hrsg.), *Göttinger Kolloquien zur Digitalisierung des Zivilverfahrensrechts I*, Göttingen 2022, S. 3 (4).

8 *W. H. Rechberger*, *Die Anwendung moderner Informationstechnologien im österreichischen Zivilprozess*, in: R. Welser (Hrsg.), *Neuere Privatrechtsentwicklungen in Österreich und in der Türkei*, Wien 2013, S. 129 (138).

9 Vgl. für Deutschland *Stadler*, *Digitale Gerichtsverhandlungen im Zivilprozess* (Fn. 7), S. 3; für Österreich *C. Koller*, *Krise als Motor der Rechtsentwicklung im Zivilprozess- und Insolvenzrecht*, JbI 2020, 539 (540 ff.); für die Schweiz *D. Kettiger/A. Lienhard*, *Swiss Courts Facing the Challenges of COVID-19*, 12 *International Journal for Court Administration* 1,1 (5); vgl. zur weltweiten Situation etwa auch die Länderberichte in *B. Krans/A. Nylund* (Hrsg.), *Civil Courts Coping with COVID-19*, Den Haag 2021, für eine empirische Untersuchung zum Einsatz und zur Akzeptanz von Video-Konferenztechnologie unter deutschen Richtern seit Beginn der Pandemie siehe *T. Duhe/B. E. Weißenberger*, *Ein empirischer Blick auf die mündliche Verhandlung per Videokonferenz*, RDt 2022, 176.

10 Vgl. etwa *Weber-Stecher*, *Gerichtsverhandlungen* (Fn. 3), 705 (705); zur Zulässigkeit dieser Praxis – auch ohne Einverständnis der Parteien – aus Sicht des österreichischen Schiedsverfahrensrechts siehe OGH 18 ONc 3/20s EvBl 2021/19 (*Hausmaninger/Loksa*) = Nr 2021, 88 (*Förstel-Cherng/Tretthahn-Wolski*).

11 In Österreich ist etwa ein Anlauf zur Verstetigung der COVID-19-Regelungen in der ZPO Ende 2021 – zumindest vorerst – gescheitert (vgl. dazu etwa *P. Oberhammer*, *Ziviljustiz und Gesellschaft: Erwartungen und Orientierungen*, *ecolex* 2022, 952 [956]); auch in anderen Staaten ist die Zukunft der im Zuge von Maßnahmengesetzgebung geschaffenen Regelungen über Online- bzw. Videoverhandlungen unklar; vgl. etwa

ganz rückgängig machen lassen. Zum einen wurde, trotz nach wie vor vorhandener, kritischer Stimmen,¹² vielen Beteiligten vor Augen geführt, dass diese Technologie weniger schwerwiegende Nachteile hat als möglicherweise befürchtet.¹³ Zum anderen wurde wohl auch das Bewusstsein dafür geschärft, dass Videokonferenzen – gerade in grenzüberschreitenden Konstellationen – ein wichtiges Instrument zur Verbesserung des Zugangs zum Recht sein können.¹⁴ Schließlich wird es auch nach einer allfälligen Überwindung von COVID-bedingten Kontakt- und Reisebeschränkungen weiterhin Hindernisse für eine effektive Rechtsschutzgewährung geben, die durch den Einsatz von Videokonferenzen überwunden werden können und manchmal auch müssen. Dies gilt ganz besonders für Verfahren mit Auslandsbezug. Eine immer größer werdende Rolle spielt in diesem Zusammenhang natürlich auch das rasch steigende Bewusstsein dafür, dass klimaschädigende Reiseaktivitäten möglichst eingeschränkt werden sollten.¹⁵

-
- J. Heck*, Die örtliche Einheit der mündlichen Verhandlung – grenzüberschreitende Verhandlungsteilnahme nach § 128a Abs.1 ZPO, ZIP 2022, 1529 (1535); *Ferrand*, in: Krans/Nylund (Fn. 9), S. 83 (91); *A. Uzelac*, Croatian Civil Justice v. Covid-19 – The Empire Strikes Back, in: B. Krans/A. Nylund (Hrsg.), Civil Courts Coping with COVID-19, Den Haag 2021, S. 47 (55). Grundsätzlich ist es natürlich zu begrüßen, wenn für eine Notlage entworfene Maßnahmenbestimmungen nicht einfach in den dauerhaften prozessualen Normenbestand überführt werden, vielmehr sollten entsprechende Vorschläge eingehend diskutiert werden (so bereits *F. Scholz-Berger/J. Schumann*, Die Videokonferenz als Krisenlösung für das Zivilverfahren, *ecolex* 2020, 469 [473]); auf der anderen Seite darf dieser Bedarf einer Diskussion und Evaluierung aber auch nicht als Vorwand dienen, sich aus sachfremden Motiven notwendigen Reformen gegenüber zu verschließen.
- 12 Vgl. etwa die Stellungnahmen des österreichischen Rechtsanwaltskammertags zum Ministerialentwurf einer Zivilverfahrens-Novelle 2021, 30/SN-138/ME sowie die Stellungnahme der Vereinigung der österreichischen Richter*innen zum nämlichen Entwurf, 43/SN-138/ME; alle Stellungnahmen sind abrufbar unter <https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/ME/ME_00138/index.shtml#tab-Stellungnahmen> (15.12.2022).
- 13 Vgl. etwa *Weber-Stecher*, Gerichtsverhandlungen (Fn. 3), 705 (706 f.); *M. Wittmann-Tiwald/J. Wannenmacher*, Videokonferenzen, Fast-Track-Prozesse und englischsprachige Verfahren undenkbar?, *ecolex* 2021, 178 (178); *Arbeitsgruppe „Modernisierung des Zivilprozesses“*, Diskussionspapier: Modernisierung des Zivilprozesses (2021), <<https://olgko.justiz.rlp.de/de/startseite/detail/news/News/detail/modernisierung-des-zivilprozesses-onlinetagung-der-praesidentinnen-und-praesidenten-der-oberlandesge/>> (15.12.2022).
- 14 Vgl. etwa OGH 18 ONc 3/20s EvBl 2021/19 (*Hausmaninger/Loksa*) = Nr 2021, 88 (*Förstel-Cherng/Tretthahn-Wolski*).
- 15 Vgl. den Impact-Assessment-Report zum Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Digitalisierung der justiziellen Zusammen-

Zugleich ist aber in grenzüberschreitenden Konstellationen der Einsatz von Videokonferenztechnologie besonders umstritten, weil immer wieder die Frage nach den Voraussetzungen für ihre völker- und gegebenenfalls unionsrechtliche Zulässigkeit aufgeworfen wird. Auf diesen Problemkomplex ist daher vorerst näher einzugehen (s. sogl. II.), bevor schließlich auf Potential und mögliches Risiko derartiger Technologie aus Sicht einer grundrechtskonformen und prozessmaximierungsgerechten Verfahrensdurchführung zurückzukommen ist (unten III).

B. Virtuelle Verhandlung sowie Beweisaufnahmen bei Videokonferenzen und die Staatensouveränität

I. Problemstellung und Stand der Diskussion

Im Grunde dreht sich die Diskussion um die Frage, ob eine Videozuschaltung von Personen, die sich außerhalb des Gerichtsstaats aufhalten, nur unter Einhaltung des Rechtshilfeweges – also in der Regel mit Zustimmung des Aufenthaltsstaats im Wege der sog. passiven Rechtshilfe – zulässig ist, oder ob es derartiger Voraussetzungen nicht bedarf. Diese Frage hat einen nicht zu unterschätzenden Einfluss auf die praktische Durchführbarkeit von Videokonferenzen und damit letztlich auch auf die Effektivität der Rechtsschutzgewährung,¹⁶ da der Rechtshilfeweg jedenfalls mit Aufwand und Verzögerungen und oftmals auch mit Unsicherheiten verbunden ist.¹⁷

arbeit und des Zugangs zur Justiz in grenzüberschreitenden Zivil-, Handels- und Strafsachen und zur Änderung einiger Rechtsakte im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit SWD (2021) 392 fin., S. 33; weiters etwa *P. Leupold*, Öffentlichkeit im Zivilprozess – Verfahrensgrundsätze und Rechtsentwicklung im Lichte der Krise, JRP 2021, 339 (352); *B. Windau*, Grenzüberschreitende Verhandlung und Beweisaufnahme im Wege der Bild- und Tonübertragung, jM 2021, 178 (178).

16 Vgl. i.d.S. auch *W. Voß*, Grenzüberschreitende Videoverhandlungen jenseits des Rechtshilfewegs – Wunsch oder Wirklichkeit?, in: *P. Reuß/B. Windau* (Hrsg.), Göttinger Kolloquien zur Digitalisierung des Zivilverfahrensrechts I, Göttingen 2022, S. 43 (43).

17 Letzteres gilt insbesondere für „echte“ Videoverhandlungen i.S. der Zuschaltung von Parteien und Parteienvertretern zu anderen Zwecken als einer Einvernahme; diese würde mangels einschlägiger Regelungen wohl grundsätzlich im Bereich der außertraglichen (passiven) Rechtshilfe stattfinden (vgl. zur Frage der Anwendbarkeit der Europäischen Beweisaufnahmeverordnung [EuBewVO] etwa *von Hein*, in: *T. Rauscher* [Hrsg.], Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Bd. II, 5. Aufl., Köln 2022, Art. 20 EuBVO Rn. 34); für direkte Beweisbefragungen per Videokon-

Der diesbezügliche Meinungsstand in der Wissenschaft lässt sich im Wesentlichen in drei Lager einteilen: Die einen halten jede Zuschaltung von Parteien, Parteienvertretern oder Zeugen ohne Beschreitung des Rechtshilfeweges für völkerrechtlich unzulässig, weil sich das Prozessgericht zwar nicht in den Aufenthaltsstaat der Person begeben, sich sein hoheitliches Handeln aber (virtuell) dort auswirke.¹⁸ Die zweite Gruppe sieht derartige unzulässige Auswirkungen nur, aber immerhin, bei Beweisbefragungen per Videokonferenz und zwar aufgrund des mit dem Stellen von Fragen verbundenen hoheitlichen Informationsersuchen ins Ausland.¹⁹ Die dritte Gruppe sieht auch bei der Beweisaufnahme kein generelles Problem mit der Souveränität, wenn und weil die gerichtliche Amtshandlung ausschließlich im Forumsstaat stattfindet und es sich insofern um einen Beweistransfer handle, dessen Zulässigkeit sich nach der *lex fori processus* richte.²⁰

ferenz durch das Prozessgericht besteht innerhalb des europäischen Justizraumes aufgrund Art. 20 i.V.m. Art. 19 EuBVO ein relativ effizientes *Procedere*, das freilich aber auch einige Zeit in Anspruch nimmt und daher etwa für die „spontane“ Videoeinnahme eines kurzfristig an der Anreise verhinderten Zeugen nicht in Frage kommt; für die Videokonferenz-Zuschaltung zu einer durch das Rechtshilfegericht eines anderen Mitgliedstaates durchgeführten Video-Einnahme s. Art. 12 Abs. 4, 13 Abs. 4 und 14 Abs. 4 EuBVO; zur Videoeinnahme durch das Prozessgericht im Anwendungsbereich des HBÜ (Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- oder Handelssachen vom 18. März 1970) vgl. etwa BGH RdTW 2021, 430 (432 Rn. 23); A. R. Markus, Neue Entwicklungen bei der internationalen Rechtshilfe in Zivil- und Handelssachen, SZW 2002, 65 (79 ff.); Voß, Grenzüberschreitende Videoverhandlungen (Fn. 16), S. 43 (43).

- 18 Siehe etwa *Fritsche*, in: Krüger/Rauscher (Fn. 6), § 128a Rn. 3; C. Kern, in: R. Bork/H. Roth (Hrsg.), Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. II, 23. Aufl., Tübingen 2016, § 128a Rn. 39; Markus, Neue Entwicklungen (Fn. 17), 65 (77 f.); P. Reuß, Die digitale Verhandlung im deutschen Zivilprozessrecht, JZ 2020, 1135 (1136); H. Schultzy, Videokonferenzen im Zivilprozess, NJW 2003, 313 (314 f.); A. Stadler, in: H. J. Musielak/W. Voit (Hrsg.), Zivilprozessordnung, 19. Aufl., München 2022, § 128a ZPO Rn. 2, 8; Stadler, Digitale Gerichtsverhandlungen im Zivilprozess (Fn. 7), S. 3 (11 f.); D. von Selle, in: V. Vorwerk/C. Wolf (Hrsg.), BeckOK-ZPO, 47. Aufl., München 2022, § 128a ZPO Rn. 16; Voß, Grenzüberschreitende Videoverhandlungen (Fn. 16), S. 43 (44 ff.); BGH I StR 286–99 JZ 2000, 741 = NJW 1999, 3788.
- 19 Heck, Die örtliche Einheit (Fn. 11), 1529 (1530, 1534); Windau, Grenzüberschreitende Verhandlung und Beweisaufnahme (Fn. 15), 178 (180); M. Stürner, Chancen und Risiken einer virtuellen Verhandlung. Von den besonderen Schwierigkeiten der Verfahren mit Auslandsbezug – Und: Kommt das Wortprotokoll?, AnwBl Online 2021, 167 (168).
- 20 C. Berger, in: R. Bork/H. Roth (Hrsg.), Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. V, 23. Aufl., Tübingen 2015, § 363 Rn. 14; R. Geimer, Betrachtungen zur internationalen (aktiven und passiven) Rechtshilfe und zum grenzüberschreitenden Rechtsverkehr, in: J. Bernreuther/R. Freitag/S. Leible/H. Sippel/U. Wanitzek (Hrsg.),

Auch die internationale Praxis ist diesbezüglich nicht einheitlich. Sehr liberale Zugänge gibt es nicht nur in common-law-Jurisdiktionen, wie zB in Australien,²¹ dem Vereinigten Königreich,²² Südafrika²³ und den USA.²⁴ Auch in Kontinentaleuropa²⁵ haben Gerichte bis hinauf etwa zum deutschen BGH²⁶ sowie dem Bundespatentgericht²⁷ teilweise einen durchaus pragmatisch-liberalen Zugang zu dem Thema.²⁸ Freilich gibt es aber auch Gegenbeispiele, wie etwa eine vielzitierte, und wohl auch in der zivilprozess-

Festschrift für Ulrich Spellenberg, München 2010, S. 407 (426 f.); R. Geimer, in: R. Geimer (Hrsg.), Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl., Köln 2020, Rn. 436b, 2385a m.w.N.; A. Hemler, Virtuelle Verfahrensteilnahme aus dem Ausland und Souveränität des fremden Aufenthaltsstaats, RabelsZ 86 (2022), 905 (929 ff.); O. Knöfel, RIW 2011, 887 (887 ff.) (Entscheidungsanmerkung); O. Knöfel, Die Neufassung der Europäischen Beweisaufnahmeverordnung (EuBewVO), RIW 2021, 247 (249 ff.) m.w.N.; P. Gottwald, in: H. Nagel/P. Gottwald (Hrsg.), Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl., Köln 2020, Rn. 9.144 m.w.N.; U. A. Nissen, Die Online-Videokonferenz im Zivilprozess, München 2004, S. 133; A. Sengtschmid, Handbuch Internationale Rechtshilfe in Zivilverfahren, Wien 2009, S. 7 f.; A. Sengtschmid, in: H. W. Fasching/A. Konecny (Hrsg.), Zivilprozessgesetze, Bd. I, 3. Aufl., Wien 2013, § 38 JN Rn. 51, 62 f.

- 21 Full Court of the Federal Court of Australia 19.8.2011, QUD 187/189 of 2011, *Matthew James Joyce v. Sunland Waterfront [BVI] Ltd* RIW 2011, 886 (Knöfel).
- 22 Englische Gerichte scheinen regelmäßig die Zulässigkeit von Video-Konferenzen ausschließlich aufgrund autonomen Rechts zu prüfen, ohne die Notwendigkeit eines Ersuchens auf passive Rechtshilfe in Betracht zu ziehen; *Roman Polanski v. Condé Nast Publications Ltd* [2005] All ER 945 = RIW 2006, 301 (Knöfel); *Eloise Mukami Kimathi & Ors. v. Foreign & Commonwealth Office* [2016] EWHC 600.
- 23 S etwa High Court of South Africa Kwazulu-Natal Local Division, Case Number A 105/2004, *Krivokapic v Transnet Ltd t/a Portnet* [2018] 4 All SA 251 [KZD] Rn. 32-38 m.w.N., wo die Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Einvernahme ausschließlich aufgrund des autonomen südafrikanischen Rechts geprüft wurde.
- 24 Für eine Übersicht zur dortigen Praxis vgl. etwa T. Einhorn/K. Siehr (Hrsg.) *Intercontinental Cooperation through Private International Law – Essays in Memory of Peter E. Nygh*, Berlin 2004, S. 69 (71 f.); Knöfel, Neufassung der EuBewVO (Fn. 20), 247 (249).
- 25 Zu den generell bestehenden Unterschieden im Souveränitätsverständnis zwischen kontinentaleuropäischen Staaten und insb. den USA vgl. etwa P. Schlosser, *Der Justizkonflikt zwischen den USA und Europa*, Berlin 1985, S. 11 ff.
- 26 Vgl. dazu insb. die Stellungnahme aus der Praxis des X. Zivilsenats von Richter des Bundesgericht *Dr. Hartmut Rensen* im Interview mit dem ZPO-Blog; wiedergegeben bei Windau Interview: Ein Jahr Videoverhandlungen am Bundesgerichtshof, ZPO-Blog vom 23.4.2021, <<https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/de/zpoblog/interview-videoverhandlungen-bgh-hartmut-ensen>> (15.12.2022).
- 27 Bundespatentgericht, 16.7.2002, 23 W [pat] 32/98 GRUR 2003, 176.
- 28 Vgl. aus jüngster Zeit etwa auch VG Freiburg NJW 2022, 1761 und dazu etwa M. Gercke, Videoverhandlung mit im Ausland aufhältigen Beteiligten, RDt 2022, 371.

sualen Praxis verbreitet beachtete,²⁹ Entscheidung des I. Strafsenates des BGH³⁰ oder ein obiter dictum des schweizerischen Bundesgerichts³¹.

Generell sind Regierungen, inklusive der jeweiligen Justizverwaltung, häufig um einiges weniger liberal als die beschriebenen Teile der gerichtlichen Praxis.³² Das trifft nicht nur auf Kontinentaleuropa,³³ sondern etwa auch auf Südafrika³⁴ und punktuell auf Australien³⁵ zu.

II. Rahmen der Diskussion

Aus der Gebietshoheit souveräner Staaten folgt, dass jeder Staat nur auf eigenem Territorium Hoheitsakte setzen darf, sofern nicht – etwa aufgrund

29 Vgl. Hemler, Virtuelle Verfahrensteilnahme (Fn. 20), 905 (908) m.w.N.

30 BGH NJW 1999, 3788 (3789).

31 chBG 4A_180/2020 AJP 2021, 116 (*Turtschi*) E. 3.5.; jüngst hat auch der österreichische OGH die Notwendigkeit eines Rechtshilfeersuchens – allerdings ohne Auseinandersetzung mit der Problematik und ohne weitere Begründung – bejaht (s. öOGH 3 Ob 150/22p)

32 Vgl. i.d.S. etwa auch O. Knöfel, Videokonferenztechnologie im grenzüberschreitenden Zivilprozess, RIW 7/2021, 1 (1) m.w.N.

33 Vgl. insb. für den Standpunkt der deutschen Regierung, Country Profile Federal Republic of Germany on the taking of evidence by video-link under the Hague Convention of 18 March 1970 on the taking of evidence abroad in civil or commercial matters (abrufbar unter <https://assets.hcch.net/docs/28e42717-7dc6-468e-a778-675d5302d82e.pdf>, zuletzt abgerufen am 15.12.2022) sowie die gemeinsame Stellungnahme von Bundesministerium der Justiz, Bundesamt für Justiz und Auswärtigem Amt, Grenzüberschreitendes Verhandeln in Zivil- oder Handelssachen während der pandemischen Lage, <<https://anwaltsblatt.anwaltverein.de/files/anwaltsblatt.de/zpo-blog/2022/stellungnahme-bmjv-bfj-aa.pdf>> (15.12.2022).

34 Country Profile South Africa on the taking of evidence by video-link under the Hague Convention of 18 March 1970 on the taking of evidence abroad in civil or commercial matters, S. 8, <<https://assets.hcch.net/docs/13dbc81b-6013-4039-9ce3-a81bc702c67a.pdf>> (15.12.2022).

35 Vgl. zum restriktiven Standpunkt der Regierungen einzelner Bundesstaaten das Country Profile Australia on the taking of evidence by video-link under the Hague Convention of 18 March 1970 on the taking of evidence abroad in civil or commercial matters, S. 3, <<https://assets.hcch.net/docs/b2c84104-3d35-4561-a8fa-df38c4d32abb.pdf>> (15.12.2022); ganz anders klingt hingegen eine Stellungnahme des (australischen) Attorney-General's Department on the Taking of Evidence in Australia for Foreign Court Proceedings (<<https://www.ag.gov.au/international-relations/publications/taking-evidence-australia-foreign-court-proceedings>> [15.12.2022]), wo es unter Punkt 4 heißt: „A foreign court can take evidence from a witness in Australia using video or audio link. Australia does not consider this to be an incursion on its territorial sovereignty.“

eines Staatsvertrages – ein entgegenstehender Erlaubnissatz besteht oder der betroffene Staat im Einzelfall ad hoc sein Einverständnis erklärt hat.³⁶ Dies bedeutet aber nach heutigem Verständnis nicht, dass Staaten auf ihrem Territorium gesetzte Akte nicht nach ihrem Recht extraterritoriale Wirkungen beimessen dürfen.³⁷ Sie dürfen, sofern ein ausreichendes Naheverhältnis besteht,³⁸ daher im Rahmen ihrer *jurisdiction to prescribe* auch (generelle und individuelle) Normen in Bezug auf Sachverhalte erlassen, die sich außerhalb ihres Territoriums zutragen und im Rahmen ihrer *jurisdiction to adjudicate* Gerichtsbarkeit in Bezug auf derartige Sachverhalte ausüben.³⁹ Die

36 StIGH, Entsch. v. 7.9.1927 - S.S. „Lotus“ (France v. Turkey), Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A - No. 10, S. 18 f.; A. Reinisch, Jurisdiction: Grenzen der Staatsgewalt und Verfahrensgerechtigkeit bei internationalen Prozessen, in: Vienna Law Inauguration Lectures (Hrsg.), Antrittsvorlesungen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien, Bd. III, Wien 2014, S. 97 (103); A. Reinisch/I. Seidl-Hohenveldern/W. Hummer/H. Köck, Die Staaten, in: A. Reinisch (Hrsg.), Handbuch des Völkerrechts, 6. Auflage, Wien 2021, S. 170; T. Stein/C. von Buttlar/M. Kotzur, Völkerrecht, 14. Aufl., München 2017, Rn. 537; W. Meng, Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht, Berlin 1994, S. 35, S. 500 f.

37 StIGH, Entsch. v. 7.9.1927 - S.S. „Lotus“ (France v. Turkey), Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A - No. 10, S. 18 f.; Reinisch, Jurisdiction (Fn. 36), S. 97 (113).

38 Vgl. dazu etwa J. Bertele, Souveränität und Verfahrensrecht, Tübingen 1998, S. 115 ff.; T. Domej, Internationale Zwangsvollstreckung und Haftungsverwirklichung am Beispiel der Forderungspfändung, Tübingen 2016, S. 169; Reinisch, Jurisdiction (Fn. 36), S. 97 (114).

39 S etwa Reinisch, Jurisdiction (Fn. 36), S. 97 (114 f.); F. A. Mann, The Doctrine of Jurisdiction in International Law, Recueil des Cours III 1964, I (78 ff.); Geimer, in: Geimer (Fn. 20), Rn. 377 ff.; die Unterscheidung zwischen *jurisdiction to prescribe*, *adjudicate* und *enforce* wird auf das Restatement of the Law des American Law Institutes zurückgeführt (siehe nunmehr American Law Institute, Restatement of the Law Fourth, Philadelphia 2018, Part IV, S. 137 ff.) und hat sich auch im international-zivilprozessualen Diskurs durchgesetzt (vgl. statt vieler Bertele, Souveränität und Verfahrensrecht [Fn. 38], S. 100 ff.); die Grenzen zwischen den einzelnen Bereichen werden dabei aber sehr unterschiedlich gezogen; das gilt nicht nur für die Abgrenzung zwischen *jurisdiction to prescribe* und der *jurisdiction to enforce* (s dazu gleich unten), sondern mitunter auch für jene zur *jurisdiction to adjudicate*; so verortet das American Law Institute die gerichtliche Entscheidungstätigkeit grundsätzlich im Bereich der *jurisdiction to adjudicate*, gerichtliche Entscheidungen fallen demnach nur dann in die *jurisdiction to prescribe*, wenn sie generell verbindliche (*common-law*-)Normen schaffen (s American Law Institute, aaO § 401, S. 141); im deutschsprachigen Schrifttum wird hingegen die individuelle Normsetzungs- bzw. Regelungstätigkeit durch Gerichts- und Verwaltungsentscheidungen verbreitet unter dem Titel der *jurisdiction to prescribe* diskutiert und der *jurisdiction to adjudicate* nur ein geringer eigenständiger Bedeutungsgehalt zugemessen; vgl etwa Meng, Extraterritoriale

Ausdehnung des Anwendungsbereichs⁴⁰ eigener Gesetze und die Erlassung von Gerichtsentscheidungen und Verwaltungsakten mit extraterritorialem Anwendungsbereich verletzt die Souveränität anderer Staaten – jedenfalls dann, wenn sie aufgrund ausreichenden Nahebezugs zulässigerweise erfolgt⁴¹ – nicht. Es bleibt diesen Staaten nämlich unbenommen, den Eintritt solcher Wirkungen in ihrer Hoheitssphäre auf Ebene ihres Kollisionsrechts bzw durch Nichtanerkennung von Rechtsprechungsakten zu verhindern.⁴² Im Kontext des Verfahrensrechts umstritten ist u.a. die Abgrenzung zwischen der *jurisdiction to prescribe* und dem Bereich der Rechtsdurchsetzung (*jurisdiction to enforce*).⁴³ Ein Grund für die Abgrenzungsproblematik ist die oftmals postulierte Territorialität der *jurisdiction to enforce*.⁴⁴ Eine solche streng territoriale Begrenzung wird aber heute wohl nur soweit angenommen, als physische Zwangsakte gesetzt werden; sie ergibt sich insofern aus dem Verbot der Setzung von Hoheitsakten im Ausland.⁴⁵

In jedem Fall sind also nicht alle auch nur indirekt extraterritorialen Wirkungen eines im eigenen Territorium gesetzten Hoheitsaktes unzulässig. Von vornherein unzulässig sind derartige Akte vielmehr nur dann,

Jurisdiktion (Fn. 36), S. 9 f.; *Sengtschmid*, Handbuch (Fn. 20), S. 49; anders hingegen *Hemler*, Virtuelle Verfahrensteilnahme (Fn. 20), 905 (925).

- 40 Zur Unterscheidung zwischen Geltungsbereich und Anwendungsbereich vgl. etwa *Stein/von Buttlar/Kotzur*, Völkerrecht (Fn. 36), Rn. 601; *Meng*, Extraterritoriale Jurisdiktion (Fn. 36), S. 10 ff.; *öOGH 3 Ob 113/94 JBl 1996*, 59; in ihrem Geltungsbereich kann eine Verhaltensanordnung vom jeweiligen Staat auch selbst durchgesetzt werden, er ist daher völkerrechtlich auf das eigene Territorium beschränkt; der Anwendungsbereich einer Norm kann hingegen in den Grenzen der *jurisdiction to prescribe* durch den normsetzenden Staat festgelegt werden.
- 41 Zur Frage, ob eine Überschreitung der Grenzen der *jurisdiction to prescribe* „bloß“ für sich völkerrechtswidrig ist, oder spezifisch zu einer Souveränitätsverletzung führt vgl. ausf. *Hemler*, Virtuelle Verfahrensteilnahme (Fn. 20), 905 (917).
- 42 *Domej*, Internationale Zwangsvollstreckung (Fn. 38), S. 257 f.; *Geimer*, in: *Geimer* (Fn. 20), Rn. 396 m.w.N.
- 43 Konkret steht in Frage, ob die *jurisdiction to enforce* bloß physische Zwangsakte umfasst (was noch immer überwiegend vertreten wird), oder ob ihr ein weiter verstandenes Konzept der Rechtsdurchsetzung zugrundeliegt; vgl. zu der Diskussion etwa *Domej*, Internationale Zwangsvollstreckung (Fn. 38), S. 185 m.w.N.; *Sengtschmid*, Handbuch (Fn. 20), S. 48 ff. m.w.N.
- 44 Siehe statt vieler *Reinisch*, Jurisdiction (Fn. 36), S. 97 (105); *öOGH 3 Ob 113/94 JBl 1996*, 59.
- 45 *Bertele*, Souveränität und Verfahrensrecht (Fn. 38), S. 110; *Domej*, Internationale Zwangsvollstreckung (Fn. 38), S. 258; *A. Stadler*, Inländisches Zwangsgeld bei grenzüberschreitender Handlungsvollstreckung, *IPrax* 2003, 430 (432); strenger wohl etwa noch *Mann*, Doctrine of Jurisdiction (Fn. 39) 1 (129 ff.).

wenn sie im Ausland unmittelbare (physische) Zwangswirkungen zeitigen,⁴⁶ weil ihr Eintritt – anders als jener von rechtlichen Wirkungen, die einem Akt nach dem Recht des Handlungsstaates zukommen – von ausländischen Staaten eben nicht durch entsprechende Ausgestaltung des eigenen IPR bzw. IZPR verhindert werden kann⁴⁷ und sie insofern einem auf fremden Territorium gesetzten Akt gleichkommen. Zu beachten ist dabei freilich, dass eine in Reaktion auf eine hoheitliche Handlungsanweisung erfolgende Handlung des (selbst nicht hoheitlich handelnden) Adressaten nicht mehr Teil des Hoheitsaktes ist und daher für sich auch niemals einen Eingriff in die territoriale Souveränität des Aufenthaltsstaats begründen kann.⁴⁸

Da die Durchführung von Gerichtsverhandlungen und Beweisaufnahme durch Gerichte jedenfalls hoheitliches Handeln darstellt und deswegen nach dem bisher gesagten auf fremden Territorium unzulässig ist,⁴⁹ kommt es im vorliegenden Zusammenhang wesentlich darauf an, wo eine unter Verwendung von Videokonferenztechnologie ausgeübte gerichtliche Tätigkeit in solchen Fällen zu verorten ist.⁵⁰

III. Zuschaltung von Parteien und Parteienvertretern („Videoverhandlung“)

Bei der eigentlichen Videoverhandlung, also der Zuschaltung von Parteien und Parteienvertretern zur Vornahme von Prozesshandlungen sowie zur Verfolgung der Verhandlung und von Beweisaufnahmen (mit Ausnahme der eigenen Einvernahme)⁵¹ ist meines Erachtens recht eindeutig kein souveränitätsrechtliches Problem zu erkennen. Das Gericht handelt physisch

46 Bertele, Souveränität und Verfahrensrecht (Fn. 38), S. 93; ähnlich Domej, Internationale Zwangsvollstreckung (Fn. 38), S. 258. Dies ist etwa beim viel strapazierten Beispiel des Schusses über die Grenze der Fall.

47 S bereit bei und in Fn. 42.

48 Vgl. etwa Bertele, Souveränität und Verfahrensrecht (Fn. 38), S. 87; Sengstschmid, Handbuch (Fn. 20), S. 57 f.; Stadler, Inländisches Zwangsgeld (Fn. 45), 430 (432).

49 Bertele, Souveränität und Verfahrensrecht (Fn. 38), S. 404 f.; Geimer, in: Geimer (Fn. 20), Rn. 2347.

50 So etwa auch der Ansatz bei Voß, Grenzüberschreitende Videoverhandlungen (Fn. 16), S. 43 (45).

51 Zur diesbezüglichen Abgrenzungproblematik vgl. etwa Heck, Die örtliche Einheit (Fn. 11), 1529 (1530 ff.) m.w.N.

offensichtlich nicht auf fremden Territorium sondern im Forumsstaat.⁵² Die Verhandlung und damit das hoheitliche Handeln des Gerichts dehnt sich aber auch sonst nicht in das Ausland aus.

Die im Ausland befindlichen Personen nehmen allenfalls Parteiprozesshandlungen vor, die aber ihrer Natur nach nicht hoheitlich sind und die sich außerdem ja gerade am Ort des Gerichts und nicht am eigenen Aufenthaltsort auswirken sollen.⁵³

Als Argument für die Gegenposition, die darin trotzdem ein hoheitliches Handeln auf fremdem Territorium erblickt, wurde vorgebracht, dass für die Parteien bereits aus der Verhandlungssituation öffentlich-rechtliche Verpflichtungen und Lasten resultieren würden, namentlich Wahrheitspflichten, eine Erklärungslast und mitunter Erscheinungspflichten.⁵⁴ Unabhängig davon, dass diese Lasten und Pflichten im Allgemeinen nicht aus der Teilnahme an der Verhandlung, sondern bereits aus der Stellung als Partei eines Prozesses⁵⁵ und allenfalls aus konkretisierenden gerichtlichen Anordnungen *im Vorfeld der Verhandlung* resultieren,⁵⁶ ist die Auferlegung solcher Pflichten und Lasten gegenüber Parteien eines im Inland stattfindenden Zivilprozesses aus souveränitätsrechtlicher Sicht nach heutigem Verständnis unproblematisch.⁵⁷

Schließlich dehnt das Gericht auch durch die Sitzungsleitung seine Tätigkeit nicht auf das ausländische Territorium aus.⁵⁸ Unabhängig davon, ob

52 Vgl. statt aller Stadler, in: Musielak/Voit (Fn. 18), § 128a Rn. 8 (das Gericht selbst bleibe im Inland).

53 Vgl. auch Domej, in: Bork/Roth (Fn. 4), Art. 10 EuBVO Rn. 25, die treffend darauf hinweist, dass dann, wenn man die bloße Vornahme von Prozesshandlungen im Ausland schon als Verletzung der territorialen Interessen des Aufenthaltsstaat sehen würde, auch das Verfassen von Schriftsätzen im Ausland verboten sein müsste, was naheliegenderweise wohl noch niemand gefordert hat.

54 Siehe insb. Voß, Grenzüberschreitende Videoverhandlungen (Fn. 16), S. 43 (51).

55 Zur Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht siehe etwa Stadler, in: Musielak/Voit (Fn. 18), § 138 ZPO Rn. 1.

56 Dies ist etwa der Fall, wenn gem. § 141 dZPO das persönliche Erscheinen angeordnet wurde.

57 Vgl. Schlosser, Justizkonflikt (Fn. 25), S. 17 ff.; ders., in: P. Schlosser/B. Hess (Hrsg.), EU-Zivilprozessrecht, 4. Aufl., München 2015, Art. 1 HBÜ Rn. 6; Bertele, Souveränität und Verfahrensrecht (Fn. 38), S. 447 f.; vgl. auch Stadler, Inländisches Zwangsgeld (Fn. 45), 430 (432), die im Zusammenhang mit der grenzüberschreitenden Beweisbeschaffung die gegenteilige Vorstellung als Produkt eines „strenge[n] Souveränitätsverständnis der 1980er Jahre“ bezeichnet, das sich zwischenzeitlich gewandelt habe.

58 So auch B. Windau, Die Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung, NJW 2020, 2753 (2754); Knöfel, Neufassung der EuBewVO (Fn. 20), 247 (250); a.A. wohl etwa Voß, Grenzüberschreitende Videoverhandlungen (Fn. 16), S. 43 (48 f.).

es Anordnungen außerhalb der Verhandlung (z.B. den Auftrag zur Erstattung eines Schriftsatzes binnen einer bestimmten Frist) oder innerhalb der Verhandlung (z.B. Erteilung oder Entziehung des Worts) erlässt, entfalten diese – ohne, dass der Aufenthaltsort der Partei oder ihres Vertreters dabei eine Rolle spielen würde – nur innerhalb des inländischen Verfahrens Wirkungen. Ein anschauliches Beispiel ist ein allfälliger Wortentzug: Dieser wirkt sich zwar offensichtlich auf das im Inland stattfindende Verfahren aus, weil die betroffene Person nichts mehr sagen darf, und praktisch wird man sie wohl in der Videokonferenz stummschalten, sodass sie auch gar nicht mehr gehört wird. An ihrem Aufenthaltsort wirkt sich das aber gerade nicht aus, weil sie nach eigenem Belieben weiterreden kann, auch wenn ihr nicht mehr zugehört wird.⁵⁹

IV. Zuschaltung von Beweispersonen („Videovernehmung“)

Noch wesentlich kontroverser diskutiert wird die Befragung von im Ausland aufhältigen Beweispersonen (Zeugen, Sachverständigen aber auch Parteien) per Videokonferenz; die Diskussion knüpft insofern an jene – nicht minder kontroverse – zur gerichtlichen bzw. behördlichen Informationsbeschaffung aus dem Ausland per Telefon und im Schriftweg an.⁶⁰

Bedenken ruft hier der Umstand hervor, dass im Wege der gerichtlichen Fragestellung und der Beantwortung durch die befragte Person – noch dazu in Echtzeit – eine Informationsbeschaffung aus dem Ausland stattfindet, bei der sich die befragte Person dauerhaft in einem anderen Staat aufhält. Doch letztlich ändert dies nichts daran, dass das Gericht eben nur im Inland hoheitlich tätig wird, während die im Ausland erfolgende Beantwortung von Fragen und ihre audiovisuelle Rückübertragung nichts Hoheitli-

59 Heck, Die örtliche Einheit (Fn. 11), 1529 (1534). Selbst wenn man dies für die Verhängung einer Ordnungsstrafe anders sehen sollte (so tendenziell Windau, Grenzüberschreitende Verhandlung und Beweisaufnahme [Fn. 15], 178 [179]; mit guten Gründen a.A. Hemler, Virtuelle Verfahrensteilnahme [Fn. 20], 905 [923]), würde dies nicht die Videoverhandlung an sich zu einem unzulässigen Souveränitätseingriff machen; in völkerrechtskonformer Auslegung der jeweiligen Strafbestimmungen müsste man bei einer grenzüberschreitenden Videokonferenz bloß auf die Strafandrohung und -verhängung verzichten.

60 Vgl. zur Diskussion um die schriftliche Befragung etwa H. J. Musielak, in: R. Schütze (Hrsg.), Einheit und Vielfalt des Rechts, Festschrift für Reinhold Geimer, München 2002, S. 761 (767 ff.) m.w.N.; zur telefonischen Befragung etwa Geimer, in: Geimer (Fn. 20), Rn. 2384, 2385 m.w.N.

ches an sich hat.⁶¹ Teilweise wird darauf verwiesen, dass bereits das Stellen von Fragen und das damit verbundene hoheitliche Informationsersuchen unmittelbare und unzulässige Wirkungen im Ausland zeitige.⁶² Welche Wirkungen dies sein sollen, bleibt dabei offen. Sofern überhaupt aus dem Informationsersuchen selbst Wirkungen folgen, könnten diese bloß rechtlicher Natur sein; es könnte sich ja allenfalls nur um eine Konkretisierung der Zeugenpflichten (oder allfälliger Pflichten bzw. Obliegenheiten von vernommenen Parteien), insbesondere jener zur Aussage, handeln. Immer dann, wenn kein Zwang angedroht wird und mit der Frage daher keine Folgenandrohung für den Fall ihrer Nichtbeantwortung verbunden ist,⁶³ sind aber nicht einmal derartige rechtliche Auswirkungen der Fragestellung ersichtlich. Selbst wenn aber im Einzelfall an die Fragestellung rechtliche Folgen geknüpft sind, treten diese völlig unabhängig vom Aufenthaltsort der vernommen Person durch das gerichtliche Handeln im Forumsstaat

61 *Knöfel*, Neufassung der EuBewVO (Fn. 20), 247 (250 f.); *Oberhammer/Scholz-Berger*, Möglichkeiten und Grenzen der Videoeinnahme (Fn. 5), 285 (289) m.w.N.; vgl. auch bereits oben II.C.

62 *Voß*, Grenzüberschreitende Videoverhandlungen (Fn. 16), S. 43 (48); *Windau*, Grenzüberschreitende Verhandlung und Beweisaufnahme (Fn. 15), 178 (180); *Heck*, Die örtliche Einheit (Fn. 11), 1529 (1530).

63 Ein im Ausland aufhältiger Zeuge, der nicht Staatsbürger des Forumsstaats ist, wird in aller Regeln mangels ausreichender Nahebeziehung nicht der Gerichtsgewalt des Forumsstaats unterliegen und kann daher nicht zur (physischen oder virtuellen) Teilnahme an einer Vernehmung gezwungen werden (siehe etwa *J. Daoudi*, Extraterritoriale Beweisbeschaffung im deutschen Zivilprozess: Möglichkeiten und Grenzen der Beweisbeschaffung außerhalb des internationalen Rechtshilfeweges, Berlin 2000, S. 95 m.w.N.); konsequenterweise wird man ihm – angesichts seines fortdauernden physischen Aufenthalts im Ausland – schon aus diesem Grund auch die Beantwortung einzelner Fragen unabhängig vom Vorliegen eines Entschlagungsgrundes freistellen müssen (vgl. auch *Sengtschmid*, Handbuch [Fn. 20], S. 399); ob bei jenen Auslandszeugen, die die Staatsbürgerschaft des Forumsstaats besitzen, die Mitwirkung an der Beweisbeschaffung durch die Androhung bzw. Ausübung von im Forumsstaat erfolgenden Zwangsmitteln erwirkt werden darf, ist strittig, wird aber heute überwiegend bejaht (siehe etwa; *Geimer* in: *Geimer* [Fn. 20], Rn. 2381; *P. Gottwald* in: *H. Nagel/P. Gottwald* [Fn. 20], Rn. 9.5.; *Sengtschmid*, Handbuch [Fn. 20], S. 318 ff.; *S. Scheuch*, in: *V. Vorwerk/C. Wolf* [Hrsg.], BeckOK ZPO, 45. Aufl., München 2022, § 377 Rn. 3; *öOGH* 3 Ob 113/94 SZ 68/81; aA *Musielak*, in: *FS Geimer* [Fn. 60], 761 [770] m.w.N.); gleiches gilt für Parteien (siehe etwa *Domej*, in: *Bork/Roth* [Fn. 4], Art. 1 EuBewVO Rn. 49 m.w.N.), soweit die Verweigerung der Aussage nicht – wie etwa in den deutschsprachigen Rechtsordnungen üblich – ohnehin nicht mit der Androhung direkten Zwanges, sondern allenfalls mit prozessualen Nachteilen bedroht ist.

ein⁶⁴ und wirken sich keineswegs unmittelbar im Aufenthaltsstaat der vernommenen Personen aus, weil es dem Aufenthaltsstaat freisteht, diese Wirkungen nicht anzuerkennen.

Auch der Umstand, dass eine Falschaussage regelmäßig unter Strafe steht, ändert meines Erachtens für sich alleine nichts an der völkerrechtlichen Zulässigkeit der Zuschaltung von Beweispersonen aus dem Ausland. Im Rahmen ihrer *jurisdiction to prescribe* wird es Staaten freistehen, das Belügen eigener Gerichte unter Strafe zu stellen; durchgesetzt werden dürfen die Sanktionen – vorbehaltlich einer Anerkennung und Vollstreckung durch andere Staaten – freilich wiederum nur im Inland.

Wenn man, wie hier vertreten, davon ausgeht, dass eine Videovernehmung auch ohne Beschreitung des Rechtshilfeweges unter den dargestellten Voraussetzungen grundsätzlich keine Souveränitätsverletzung ist, stellt sich die Folgefrage, ob sich nicht aus allfälligen Rechtshilfeübereinkommen bzw. aus der EuBewVO die Unzulässigkeit einer an diesen Instrumenten „vorbei stattfindenden“ rechtshilfefreien Video-Beweisaufnahme ergibt. Für das Haager-Beweisübereinkommen, das wichtigste multilaterale Übereinkommen auf diesem Gebiet, ist heute wohl überwiegend anerkannt, dass es andere zulässige Formen der Beweisbeschaffung nicht ausschließt.⁶⁵

Auch für die EuBewVO hat der EuGH wiederholt ausgesprochen, dass sie die Möglichkeiten der Beweisaufnahme nur erweitern, nicht aber einschränken soll.⁶⁶ Er hat daher etwa auch eine nach den Regeln der *lex*

64 Daher überzeugt es auch nicht, wenn versucht wird, die Unzulässigkeit der Videoverhandlung bzw. -einvernahme mit einer pauschalen „Analogie“ zur Unzulässigkeit der postalischen Zustellung ins Ausland zu rechtfertigen; so aber insb. *Bertele*, Souveränität und Verfahrensrecht (Fn. 38), S. 99; vgl. weiters etwa *Vofß*, Grenzüberschreitende Videoverhandlungen (Fn. 16), S. 43 (46). Zunächst ist schon bei der postalischen Zustellung diese Argumentation keineswegs über Zweifel erhaben, weshalb die strikte Qualifikation als hoheitliches Handeln im Ausland heute auch im deutschsprachigen Schrifttum zunehmend hinterfragt wird (vgl. etwa *H. Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Aufl., München 2021, Rn. 716 ff. m.w.N.). Außerdem knüpft der Eintritt der durch die Zustellung erfolgten Rechtswirkungen dezidiert an die Zustellung im Ausland an und bezieht sich damit – jedenfalls bei der klassischen Zustellung auf Papier – immerhin auf ein physisch im Ausland stattfindendes Ereignis, nämlich i.d.R. die Übergabe durch den Postdienstleister im Aufenthaltsstaat, an, das sich unmittelbar auf die (ebenfalls physische) Absendung im Erststaat zurückführen lässt; vgl. auch *Sengtschmid*, Handbuch (Fn. 20), S. 271.

65 Siehe etwa *Bertele*, Souveränität und Verfahrensrecht (Fn. 38), S. 434 f.; *Musielak*, in: FS Geimer (Fn. 60), 761 (766 f.); *Schlosser*, in: Schlosser/Hess (Fn. 57), Art. 1 HBÜ Rn. 5 m.w.N. zum Meinungsstand.

66 EuGH, C-332/11, *Pro Rail*, ECLI:EU:C:2013:87, Rn. 46.

fori stattfindende schriftliche Befragung eines Zeugen in einem anderen Mitgliedstaat ohne Beschreitung des Rechtshilfeweges nach der EuBewVO für zulässig erklärt.⁶⁷

Aus der erwähnten Rsp. wurde unter der alten Fassung der EuBewVO von Teilen des Schrifttums und der Praxis geschlossen, dass auch eine grenzüberschreitende Video-Einvernahme ohne entsprechendes Ansuchen an den Aufenthaltsmitgliedstaat zulässig sein kann.⁶⁸ Seit der Reform der EuBewVO wird hingegen ganz überwiegend davon ausgegangen, dass diese in Hinblick auf Videokonferenz-Einvernahmen exklusiv sei, da Art. 20 EuBewVO die Videokonferenz-Einvernahme nun ausdrücklich als Unterfall der direkten Beweisaufnahme im Ausland regelt und sie damit dem für diese geltenden Genehmigungserfordernis unterwirft (siehe Art. 20 Abs. 2 EuBewVO).⁶⁹ Allerdings normiert Art. 20 Abs. 1 explizit nur den Vorrang der Videokonferenz-Einvernahme gegenüber einer physisch unmittelbaren Beweisaufnahme durch das Prozessgericht in einem anderen Mitgliedstaat und enthält in seinem Wortlaut keinerlei Anhaltspunkt für die Exklusivität eines Vorgehens nach dieser Bestimmung bzw. nach Art. 19 gegenüber anderen völkerrechtlich zulässigen Vorgehensweisen.⁷⁰ Auch der erklärte Zweck von Art. 20 EuBewVO – die Förderung des Videokonferenzeinsatzes bei der Beweisaufnahme – spricht nicht unbedingt für einen Exklusivitätsanspruch. Andererseits ist allerdings das systematische Argument der hA nicht ganz von der Hand zu weisen, dass bei zusätzlicher Zulässigkeit einer Videoeinvernahme nach autonomen Recht das gem. Art. 20 Abs. 2 i.V.m. Art. 19 EuBewVO geltende Erfordernis eines Ansuchens an den Aufenthaltsmitgliedstaat weitgehend entwertet würde.

67 EuGH, C-188/22, VP, ECLI:EU:C:2022:678.

68 Vgl. etwa *Domej*, in: Bork/Roth (Fn. 4), Art. 17 EuBVO Rn. 41 m.w.N., auch zur mitgliedstaatlichen Praxis; a.A. *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Fn. 64), Rn. 963 m.w.N.; offenlassend EuGH, C-188/22, VP, ECLI:EU:C:2022:678.

69 *P. Gottwald*, Die Neufassung der EU-Zustellungs- und Beweisverordnungen, MDR 2022, 1185 (1189); *Knöfel*, Neufassung der EuBewVO (Fn. 20), 247 (250); *J. von Hein*, in: T. Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Bd. II, 5. Aufl., Köln 2022, Art. 20 EuBVO Rn. 2 m.w.N.; a.A. wohl *H. Labonté/I. Rohrbeck*, Grenzüberschreitende Beweisaufnahmen im Zivilprozess unter Einsatz von Fernkommunikationsmitteln, IWRZ 2021, 99 (101 f.).

70 Vgl. auch *Domej*, in: Bork/Roth (Fn. 4), Art. 17 EuBVO Rn. 41.

V. Zwischenfazit

Nach den bisherigen Ausführungen spricht einiges dafür, dass nicht nur die Zuschaltung von Parteien und ihren Vertretern, sondern auch eine Beweisvernehmung per Videokonferenz ohne Beschreiten des Rechtshilfsweges unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein kann. Eine andere Frage ist natürlich, ob ein derartiges Vorgehen in der Praxis im Einzelfall zu empfehlen ist. Einerseits wird dadurch auf logistische und technische Unterstützung durch den Aufenthaltsstaat verzichtet. Andererseits wird der Forumsstaat daran interessiert sein, allfällige diplomatische Verstimmungen im Verhältnis zum Aufenthaltsstaat zu vermeiden, weshalb bereits aus diesem Grund häufig auf dessen Souveränitätsverständnis Rücksicht genommen wird.⁷¹ Nicht ausgeschlossen sind außerdem auch rechtliche Sanktionen gegenüber den an der Videozuschaltung Beteiligten nach dem Recht eines Aufenthaltsstaates, der derartiges nicht duldet.⁷²

71 Dieser Zugang wird etwa in England und Wales verfolgt; vgl. etwa Annex 3 to Practice Direction 32 – Evidence, <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part32/pd_part32#29.1> (15.12.2022); Practice Note of the Chancellor of the High Court, Sir Julian Flaux, of 11 May 2021 (<<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2022/07/Practice-note-from-CHC.pdf>>); High Court of England and Wales, 8.2.2021, *Interdigital Technology Corp and others v Lenovo Group Ltd and others* [2021] EWHC 255 (Pat). Ob eine Völkerrechtsverletzung vorliegt oder nicht, hängt freilich nicht von der Ansicht des einzelnen Aufenthaltsstaates und auch nicht von allfälligen diesbezüglichen Aussagen in dessen nationalen Recht ab; vgl. Full Court of the Federal Court of Australia 19.8.2011, QUD 187/189 of 2011, *Matthew James Joyce v. Sunland Waterfront [BVI] Ltd* RIW 2011, 886 (Knöfel).

72 Vgl. dazu *Hague Conference on Private International Law*, Guide to Good Practice on the Use of Video-Link under the Evidence-Convention (2020) 39, <<https://assets.hcch.net/docs/569cfb46-9bb2-45e0-b240-ec02645ac20d.pdf>> (15.12.2022); zu denken ist dabei etwa an die Schweiz, wo sowohl verbotene Handlungen für einen fremden Staat (Art. 271 Z 1 chStGB) als auch die Verletzung fremder Gebietshoheit (Art. 299 chStGB) unter Strafe stehen; solange nicht endgültig geklärt ist, wie schweizerische Strafgerichte zu Frage der grenzüberschreitenden Videokonferenz stehen, ist Vorsicht angebracht (vgl. A. Zwettler, Keine Videoeinnahme von in der Schweiz aufhältigen Zeugen, *Zak* 2022/420, 227); vgl. aber auch die unter D. dargestellte Initiative des schweizerischen Bundesrates.

C. Virtuelle Verfahrensführung per Videokonferenz im Spannungsfeld von Integrität der Verhandlung, effektivem Zugang zum Recht und prozessfremden öffentlichen Interessen

I. Maßgebliches Spannungsfeld

Nachdem im vorhergehenden Abschnitt die Frage nach souveränitätsrechtlichen Implikationen des grenzüberschreitenden Videokonferenzeinsatzes im Mittelpunkt gestanden ist, soll im Folgenden auf die verfahrensrechtlichen Rahmenbedingungen fokussiert werden. Dabei wird es weniger um die Analyse bestehender Regelungen und mehr darum gehen, allgemein auszuloten, unter welchen Rahmenbedingungen – in erster Linie vom Normgeber und in zweiter Linie von den Gerichten, die einen allenfalls gegebenen Ermessensspielraum auszufüllen haben – eine (teil-)virtuelle Verfahrensführung zugelassen bzw. eingesetzt werden soll. Es geht hier also zu einem großen Teil um rechtspolitische Erwägungen, die sich allerdings an vielfach grundrechtlich determinierten Wertungen zu messen haben.

Die maßgebliche Diskussion bewegt sich in einem Spannungsfeld, das im Wesentlichen durch drei Faktoren erzeugt wird: Auf der einen Seite steht die berechtigte Erwartung der Parteien, dass ein faires Verfahren nach herkömmlichen, rechtsstaatlichen Standards unter Wahrung von insbesondere beidseitigem rechtlichen Gehör, Öffentlichkeit und Unmittelbarkeit, durchgeführt wird. Diese Erwartung ist insbesondere durch Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 47 Abs. 2 GRC grundrechtlich geschützt bzw. verstärkt. Aus den genannten Garantien – und jeweils auch aus verschiedenen nationalen Grundrechten sowie Verfassungsprinzipien –⁷³ ergibt sich auch ein Anspruch auf (effektive) Justizgewährung bzw. auf einen effektiven Zugang zu Gericht.⁷⁴ Dies bedeutet unter anderem, dass den Parteien solche Rahmenbedingungen für die Teilnahme an der Verhandlung geboten werden müssen, die ihnen auch faktisch unter zumutbaren Umständen eine Teilnahme ermöglichen.⁷⁵ Im ganz engen Zusammenhang mit dem

73 Vgl. zu den verschiedenen Wegen der Herleitung des Justizgewährungsanspruches aus dem Grundgesetz in Deutschland überblicksweise etwa *L. Rosenberg/K. H. Schwab/P. Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl., München 2018, § 3 Rn. 4 m.w.N.

74 Vgl. etwa *Konecny*, in: Fasching/ Konecny (Fn. 20), Einleitung I Rn. 58 m.w.N.; *F. Matscher*, in: W. Gerhardt/U. Diederichsen/B. Rimmelspacher/J. Costede, Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag am 21. April 1995, Berlin 1995, 593 (598).

75 Vgl. etwa *B. Hess*, Europäisches Beweisrecht zwischen Menschenrechtsschutz und internationaler Rechtshilfe: Die Polanski-Entscheidung des House of Lords, in T. Mar-

Anspruch auf effektive Rechtsschutzgewährung, aber auch allgemein mit dem Recht auf ein faires Verfahren,⁷⁶ steht das mittlerweile allgemein anerkannte Recht der Parteien auf Beweis.⁷⁷ Die Parteien eines Zivilprozesses müssen demnach die grundsätzliche Möglichkeit haben, zur Unterstützung ihrer Tatsachenbehauptungen Beweis zu führen; Einschränkungen dieses Rechts bedürfen einer besonderen Rechtfertigung.⁷⁸ Gerichte haben daher grundsätzlich die von den Parteien angebotenen, verfügbaren Beweise auszuschoöpfen.⁷⁹

Als dritter Faktor, der das relevante Spannungsfeld durchaus weit aufziehen kann, kommen verschiedenste öffentliche Interessen hinzu, die in der einen oder anderen Weise die Entscheidung für den Einsatz von Videokonferenztechnologie im Verfahren beeinflussen können, denen aber selbst eben keine verfahrensrechtlichen Wertungen zugrunde liegen. Zu denken ist etwa an den Schutz von Klima und Umwelt und – aufgrund rezenter Erfahrungen – jenen der öffentlichen Gesundheit.

auhn (Hrsg.), Bausteine eines europäischen Beweisrechts, Tübingen 2007, S. 17 (22); House of Lords, 10.2.2005, *Roman Polanski v. Condé Nast Publications Ltd* [2005] All ER 945 = RIW 2006, 301 (*Knöfel*) Rn. 30 f.; vgl. auch C. Grabenwarter, in: K. Korinek/M. Holoubek/C. Bezemek/C. Fuchs/E. Zellenberg (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 8. Lfg, Wien 2007, Art. 6 EMRK Rn. 68.

76 Zu den unterschiedlichen dogmatischen Herleitungen bzw. (oftmals eigentlich) terminologischen Einordnungen des Rechts auf Beweis vgl. etwa P. Oberhammer, Parteiaussage, Parteivernehmung und freie Beweiswürdigung am Ende des 20. Jahrhunderts, ZZZ 113 (1999), 295 (309).

77 Siehe grundlegend W. Habscheid, Das Recht auf Beweis, ZZZ 96 (1983), 306 (306 ff.); weiters etwa M. Nissen, Das Recht auf Beweis im Zivilprozess, Berlin 2019, S. 143 ff., 168 ff.; G. Kodek, in: H. W. Fasching/A. Konecny (Hrsg.), Zivilprozessgesetze, Bd. II/1, 3. Aufl., Wien 2015, § 203 ZPO Rn. 12; C. Koller, Der Sachverständigenbeweis im Zivilprozess, in: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht WiR (Hrsg.), Sachverständig im Wirtschaftsrecht, Wien 2013, S. 97 (113); H. Prütting, in: W. Krüger/T. Rauscher (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. I, 6. Aufl., München 2020, § 284 Rn. 18; G. Walter, Das Recht auf Beweis im Lichte der europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und der schweizerischen Bundesverfassung, ZBJV 127 (1991), 309 (310 f.); vgl. auch EGMR 27.10. 1993, 14448/88, *Dombo Beheer B.V./Niederlande* Rn. 33.

78 G. Kodek, Verwertung rechtswidriger Tonbandaufnahmen, ÖJZ 2001, 281 (285); Prütting, in: Krüger/Rauscher (Fn. 77), § 284 Rn. 18.

79 Vgl. Domej, in: Bork/Roth (Fn. 4), § 1072 ZPO Rn. 4 m.w.N.; BGH RdTW 2013, 398 (399); RdTW 2021, 430 (432) m.w.N.; OLG München NJOZ 2014, 1669 (1670 f.), vgl. auch BVerfG NJW 2016, 626 (zu einem Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz).

II. Grundrechtliche Grenzen für den Videokonferenzeinsatz

Der Frage nach dem Einsatz von Videokonferenztechnik im Prozessrecht kann man sich vor diesem Hintergrund aus zumindest zwei Perspektiven nähern. Einerseits kann man – mit Blick auf den grundrechtlich vorgezeichneten Spielraum – fragen, inwieweit der Normgeber den Einsatz von Videokonferenztechnologie vorsehen bzw. erlauben *darf*. Andererseits kann man – aus einer stärker rechtspolitischen Perspektive, die aber auch nicht ohne grundrechtliche und prozessrechtsdogmatische Erwägungen auskommt – fragen, inwieweit er dies tun *soll*.

Zunächst zur Frage nach dem Dürfen: Aus Sicht der einschlägigen grundrechtlichen Garantien stellt die Durchführung von Verhandlungen und Beweisaufnahmen per Videokonferenz nicht *per se* den Charakter als faire und öffentliche mündliche Verhandlung⁸⁰ („fair and public hearing“) i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 47 Abs. 2 GRC in Frage.⁸¹ Als wesentliches Charakteristikum einer mündlichen Verhandlung wird nämlich die Möglichkeit zur wechselseitigen und synchronen verbalen und non-verbalen (Echtzeit-)Kommunikation anzusehen sein, die bei einer audio-visuellen Zwei-Weg-Verbindung grundsätzlich gegeben sein kann.⁸² Auch die formelle Unmittelbarkeit von Verhandlung und Beweisaufnahme kann bei der Verwendung derartiger technischer Vorrichtungen gewahrt bleiben;⁸³

80 Die Mündlichkeit ist zwar weder in Art. 6 MRK noch in Art. 47 Abs. 2 GRC explizit erwähnt, sie ist aber nach allgemeiner Ansicht Charakteristikum einer öffentlichen Verhandlung (dies kann wohl auch implizit aus dem englischen Wort „Hearing“ herausgelesen werden) (vgl. S. Morscher/P. Christ, Grundrecht auf öffentliche Verhandlung gem. Art. 6 EMRK, EuGRZ 2010, 272 [272]), weshalb auch die Rechtsprechung des EGMR die Bedeutung der Mündlichkeit der Verhandlung herausstreicht; vgl. EGMR 18.7.2013, 56422/09, *Schädler-Eberle/Liechtenstein* Rn. 82 ff.; EGMR 19.2.1998, 8/1997/792/993, *Allan Jacobsson/Schweden* Rn. 43 ff.; EGMR 21.9.2006, 12643/02, *Moser/Österreich* Rn. 89 ff.; C. Grabenwarter/K. Pabel, in C. Grabenwarter/K. Pabel (Hrsg.), EMRK, 7. Aufl., München 2021, § 24 Rn. 86 ff.

81 EGMR 16.2.2016, 27236/05 u.a., *Yevdokimov and Others/Russia*, Rn 43; a.A. offenbar etwa P. Bußjäger/D. Wachter, Möglichkeiten und Grenzen der audiovisuellen Einvernahme gemäß § 51a AVG und § 25 Abs. 6b VwGVG, ZVG 2020, 113 (114).

82 So auch Glunz, Psychologische Aspekte (Fn. 1), S. 291 f. m.w.N.

83 Der Unmittelbarkeitsgrundsatz ist als solcher nicht von Art. 6 EMRK und Art. 47 GRC geschützt, implizit wird man aber die grundsätzliche Notwendigkeit eines gewissen Maßes an formeller Unmittelbarkeit dem Recht auf eine öffentliche Verhandlung vor einem Gericht entnehmen können (vgl. etwa Grabenwarter, in: Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Zellenberg [Fn. 75], Art. 6 EMRK Rn. 127; in Strafsachen wird insb. aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK ein weitergehendes Recht auf Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme abgeleitet; vgl. EGMR 26.4.1991, 12398/86, *Asch/Austria*

schon deshalb wird die bloße Verwendung von Videokonferenztechnologie nicht zu einem in die Grundrechtssphäre reichenden Eingriff in den Unmittelbarkeitsgrundsatz führen.⁸⁴ Die genannten grundrechtlichen Garantien verlangen jedoch, dass bestimmte Voraussetzungen eingehalten werden:

Wesentlich ist zunächst, dass – sofern nicht im Einzelfall ein Ausschlussgrund vorliegt – die Öffentlichkeit der Verhandlung gewahrt bleiben muss.⁸⁵ Daneben sind die technischen Rahmenbedingungen so auszugestalten, dass rechtliches Gehör und insgesamt die Verfahrensfairness garantiert bleiben. Voraussetzung dafür ist eine möglichst weitgehende, wechselseitige Wahrnehmbarkeit durch alle Beteiligten.⁸⁶ Dies betrifft einerseits die Zahl

Rn. 27; Grabenwarter, a.a.O. Rn. 213 m.w.N.). Nach dem deutschen BVerfG ist das Recht auf unmittelbare Beweisaufnahme für sich kein Grundrecht (BVerfGE 1, 418 [429]; NJW 2008, 2243 [2244]); in die Verfassungssphäre reiche eine Verletzung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme (nur) dann, wenn sie so schwerwiegend sei, dass der rechtsstaatliche Charakter des Verfahrens insgesamt beeinträchtigt sei.

84 Stadler, in: Musielak/Voit (Fn. 18), § 128 Rn. 6; Stadler, Der Zivilprozeß und neue Formen der Informationstechnik (Fn. 2), S. 413 (440); Schultzy, Videokonferenz (Fn. 18), 313 (314); G. Bachmann, Allgemeines Prozessrecht, Eine kritische Untersuchung am Beispiel von Videovernehmung und Unmittelbarkeitsgrundsatz, ZZZ 118 (2005), 133 (139); a.A. etwa Glunz, Psychologische Aspekte (Fn. 1), S. 296 ff.; wohl auch A. Wimmer, Audiovisuelle Verfahrensführung vor Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten, ZVG 2020, 477 (482); Zu den verschiedenen Aspekten der Unmittelbarkeit vgl. ausf. etwa C. Kern, Der Unmittelbarkeitsgrundsatz im Zivilprozess, ZZZ 125 (2012), 53 (54 ff.); nach in Deutschland h.M. ist in der dZPO (bloß) der Grundsatz der formellen Unmittelbarkeit verankert; ein materielle Unmittelbarkeitsgrundsatz, in dem Sinne dass stets das sachnächste bzw. unmittelbarste Beweismittel herangezogen werden muss, bestehe im Zivilprozess hingegen nicht (siehe etwa B. Völmann-Stickelbrock, Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme und Parteiöffentlichkeit – Nicht mehr zeitgemäße oder unverzichtbare Elemente des Zivilprozesses, ZZZ 118 [2005], 359 [367] m.w.N.; a.A. etwa Bachmann, Allgemeines Prozessrecht [Fn. 84], 133 [139]; differenzierend Kern, a.a.O. 65 ff.); für die öZPO wird die Geltung des materiellen Unmittelbarkeitsgrundsatzes hingegen verbreitet bejaht (vgl. etwa W. H. Rechberger, in: H. W. Fasching/A. Konecny [Hrsg.], Zivilprozessgesetze, Bd. II/1, 3. Aufl., Wien 2017, Vor § 266 ZPO Rn. 92); in der Schweiz hat der Unmittelbarkeitsgrundsatz insgesamt lange eher eine untergeordnete Bedeutung gespielt, heute ist aber zumindest die formelle Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme dem Grundsatz nach in Art. 155 chZPO verankert (vgl. etwa P. Oberhammer/P. Weber, in: P. Oberhammer/T. Domej/U. Haas (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel 2021, Vor Art. 52-58 Rn. 2 m.w.N.).

85 F. Scholz-Berger, Prozessmaximen und Verfahrensgrundrechte in Zeiten von COVID-19 – am Beispiel des Öffentlichkeitsgrundsatzes, ZZZInt 24 (2019), 43 (71 ff.) m.w.N.

86 Vgl. EGMR 16.2.2016, 27236/05 ua, *Yevdokimov and Others/Russia*, Rn. 43 m.w.N.

und Positionierung von Kameras und (in hybriden Settings) Monitoren und natürlich auch die Sicherstellung einer ausreichend schnellen und stabilen Datenübertragung.⁸⁷ Aus Sicht der prozessualen Waffengleichheit und des rechtlichen Gehörs ist außerdem in ausreichender Weise sicherzustellen, dass durch den Einsatz derartiger Technologien nicht das Recht aller Parteien beeinträchtigt wird, sich unter grundsätzlich gleichen Bedingungen am Verfahren zu beteiligen,⁸⁸ wobei hier vor allem Menschen zu bedenken sind, die aus finanziellen Gründen oder auch technischem Unvermögen keinen ausreichenden Zugang zu digitalen Kommunikationsmitteln haben.⁸⁹ Bei alledem müssen zusätzlich nicht genuin verfahrensrechtliche Rechtspositionen wie insbesondere das Grundrecht auf Datenschutz beachtet und gewahrt werden.⁹⁰ In diesem Rahmen wird der Verfahrensgesetzgeber (und in Ausnutzung allenfalls gesetzlich eingeräumter Spielräume das jeweilige Prozessgericht) auch verfahrensfremde öffentliche Interessen, wie insbesondere den Klima- und Umweltschutz, beachten können.⁹¹

III. Ansätze zur Auflösung des Spannungsfeldes

Solange die oben skizzierten – technischen, faktischen und rechtlichen – Voraussetzungen eingehalten werden, spricht mE aus verfahrensgrundrechtlicher Sicht nichts *per se* gegen den Einsatz von Videokonferenztechnologie. Selbst wenn man davon ausgeht, dass gewisse Abstriche bei der

87 Vgl. etwa *F. Gascón Inchausti*, Challenges for Orality in Times of Remote Hearings: Efficiency, Immediacy and Public Proceedings, *IJPL* 12 (2022), 8 (21).

88 Vgl. etwa *Koller*, Krise als Motor (Fn. 9), 539 (545 f.).

89 Vgl. etwa *S. M. Hoffmann*, Zugangshürden durch die Digitalisierung des Zivilprozesses?, *RD* 2022, 76; *G. Rühl*, Digitale Justiz, oder: Zivilverfahren für das 21. Jahrhundert, *JZ* 75 (2020), 809 (814).

90 Siehe zu dieser Problematik etwa *Reuß*, Die digitale Verhandlung (Fn. 18), 1135 (1139); *Rühl*, Digitale Justiz (Fn. 89), 809 (814); *Schifferdecker*, Anm zu KG Berlin 12.5.2020 – 21 U 125/19, *RD* 2021, 56; vgl. auch BFH, Beschl. v. 12.5.2021, IV R 31/18, *RD* 2021, 560 (*Schreiber*), wo der BFH ohne nähere Begründung das Erfordernis einer Ende-zu-Ende-Verschlüsselung aufgestellt hat (zur berechtigten Kritik an diesem Aspekt der Entscheidung vgl. etwa *Stadler*, Digitale Gerichtsverhandlung im Zivilprozess [Fn. 7], S. 3 [7] m.w.N.).

91 Wenn sich derartige Interessen wiederum selbst auf grundrechtlich geschützte Rechtspositionen zurückführen lassen, kann es – nach einer entsprechenden Abwägung – auch eine Pflicht zu deren vorrangigen Berücksichtigung geben (vgl. mit Blick auf den Schutz der öffentlichen Gesundheit *Scholz-Berger*, Prozessmaximen und Verfahrensgrundrechte [Fn. 85], 43 [58] m.w.N.).

zwischenmenschlichen Kommunikation und dadurch auch bei der Verhandlungsqualität sozusagen technologieimmanent sind und sich nicht durch die genannten technischen Vorkehrungen ganz ausgleichen lassen,⁹² wird dadurch allein noch nicht die Grenze dazu überschritten, dass das Verfahren insgesamt nicht mehr als fair zu bezeichnen ist.

Das bedeutet aber selbstverständlich nicht, dass die Frage, ob der Einsatz von Videokonferenztechnologie auch bei Einhaltung der entsprechenden Rahmenbedingungen die Qualität der Kommunikation und damit letztlich der Rechtspflege beeinträchtigt, bei der Ausgestaltung und Anwendung einschlägiger gesetzlicher Regelungen völlig irrelevant ist. Gerade dann, wenn ein künftiger flächendeckender Einsatz derartiger Technologie als „neue Norm“ für die Verfahrensführung diskutiert wird,⁹³ muss man sich auch der Frage nach derartigen Einbußen stellen. Der technische Fortschritt und davon erwartete Effizienzgewinne dürfen nicht zum Selbstzweck werden, dem die Wahrung der Qualität der Rechtsschutzgewährung im Lichte tradierter Prozessmaximen untergeordnet wird.⁹⁴ Die Diskussion zu diesem Fragekomplex ist sehr stark von anekdotischer Evidenz und *common-sense*-Argumenten beherrscht,⁹⁵ umfassende empirische Untersuchungen liegen soweit überblickbar bisher eher nur vereinzelt und selten explizit zum Zivilverfahren vor, wobei sich daraus der intuitive Befund wohl tendenziell bestätigt, dass ein Einfluss etwa auf die richterliche Überzeugungsbildung und auf die Art der Kommunikation nicht von der Hand zu weisen ist.⁹⁶ Jedenfalls die oftmals hervorgehobene⁹⁷ Gefahr der Zeugenbeeinflussung in derartigen Settings wird wohl etwas überbewertet; erstens gab und gibt

92 Vgl. dazu sogleich unten im Text.

93 Vgl. zu dieser Diskussion etwa Stadler, Digitale Gerichtsverhandlungen im Zivilprozess (Fn. 7), S. 10 ff.

94 Ähnlich etwa auch Gascón Inchausti, Challenges for Orality (Fn. 87), 8 (27).

95 So auch Koller, Krise als Motor (Fn. 9), 539 (542 f.); vgl. weiters etwa Gascón Inchausti, Challenges for Orality (Fn. 87), 8 (14); A. Nylund, Covid-19 and Norwegian Civil Justice, in: B. Krans/A. Nylund (Hrsg.), Civil Courts Coping with COVID-19, Den Haag 2021, S. 139 (142 f.).

96 Für einen Überblick vgl. etwa A. Bannon/J. Adelstein, The Impact of Video Proceedings on Fairness and Access to Justice in Court, Brennan Center for Justice 2020, S. 3 ff.

97 S. jeweils m.w.N., etwa G. Kodek, Einsatz neuer Formen der Informationstechnik im Beweisverfahren, in: T. Gottwald (Hrsg.), e-Justice in Österreich. Erfahrungsberichte und europäischer Kontext, Festschrift für Martin Schneider, Zürich 2013, S. 331 (352); Stadler, in: Musielak/Voit (Fn. 18), § 128 Rn. 6; Scholz-Berger/Schumann, Videokonferenz als Krisenlösung (Fn. 11), 469 (471).

es auch in traditionellen Vernehmungssituationen Möglichkeiten, einen Zeugen über das erlaubte Maß hinaus „vorzubereiten“ bzw. unter Druck zu setzen; zweitens kann in vielen Fällen wohl auf Ebene der (technischen) Ausgestaltung vorgesorgt werden;⁹⁸ außerdem stellt sich diese Problematik in all jenen Settings nicht, in denen die Einvernahme unter Einschaltung eines Gerichts oder einer sonstigen öffentlichen Einrichtung erfolgt, unter deren Beteiligung oder Aufsicht die Beweisperson vernommen wird.⁹⁹

Angesichts dessen, dass die (teil-)virtuelle Verhandlungsführung bei Einhaltung der oben dargestellten Standards grundsätzlich den Ansprüchen einer rechtsstaatlichen Justizgewährung entspricht, erscheint ihr Einsatz – jedenfalls in grenzüberschreitenden Konstellationen, wo damit regelmäßig eine große Zeit- und Kostenersparnis einhergeht – mit Zustimmung aller Parteien weitgehend unproblematisch und sollte daher großzügig zugelassen werden.¹⁰⁰ Abwägungsfragen stellen sich vor allem dann, wenn zumindest eine Partei gegen diese Art der Verhandlungsführung ist. Doch auch hier tritt in grenzüberschreitenden Fallgestaltungen häufig die Frage nach allfälligen Qualitätsverlusten durch den Videokonferenzeinsatz eher in den Hintergrund.¹⁰¹ Wenn nämlich ohne den Einsatz von Videokonferenztechnologie die effektive und faire Justizgewährung behindert oder zumindest erheblich erschwert wäre, würde auch bei Bejahung moderater Qualitätsverluste regelmäßig die Abwägung zu Gunsten des Technologieeinsatzes ausschlagen.¹⁰²

98 So ausdrücklich OGH 18 ONc 3/20s EvBl 2021/19 (*Hausmaninger/Loksa*) = NR 2021, 88 (*Förstel-Cherng/Tretthahn-Wolski*); vgl. i.d.S. auch *Stadler*, in: Musielak/Voit (Fn. 18), § 128 Rn. 6.

99 Denkbar sind hier sowohl Konstellationen, in denen derartige Räumlichkeiten für eine direkte Vernehmung durch das Prozessgericht zur Verfügung gestellt werden, als auch die Zuschaltung des Prozessgerichts zu einer Vernehmung durch das ausländische Rechtshilfegericht (vgl. etwa Art. 14 Abs. 4 i.V.m. 12 Abs. 3 EuBewVO).

100 Außerhalb von Verfahren, in denen der Untersuchungsgrundsatz herrscht, sollte ein allfälliges gerichtliches Ermessen, trotz Zustimmung der Parteien und gegebener technischer Möglichkeiten vom Einsatz der Videokonferenztechnologie abzusehen, auf Fälle reduziert werden, die aus besonderen Gründen gänzlich für den Videokonferenzeinsatz ungeeignet sind; a.A. etwa *Gascón Inchausti*, *Challenges for Orality* (Fn. 87), 8 (24 ff.).

101 Vgl. i.d.S. bereits etwa *M. Fervers*, *Der Grundsatz der Unmittelbarkeit und seine Durchbrechung*, in: T. Garber/S. Clavara (Hrsg.), *Grundsätze des Zivilverfahrensrechts auf dem Prüfstand*, NWV 2017, S. 25 (34 f.).

102 Vgl. etwa OGH 1 Ob 39/15i SZ 2015/115; 9 Ob 27/15h ecolex 2016/125; 6 Ob 111/15i ÖBA 2017/232; RIS-Justiz RS0056185.

Sehr deutlich zeigt sich das in vielen typischen Fällen des Zeugenbeweises: Ein Auslandszeuge kann, zumindest dann, wenn er nicht Staatsbürger des Forumsstaats ist, nicht durch Androhung von im Forumsstaat zu vollziehenden Zwangsmitteln zum Erscheinen vor dem Gericht gezwungen werden.¹⁰³ Ist ein solcher Zeuge, dessen Einvernahme von einer Partei beantragt ist, nun nicht zum Erscheinen vor dem Prozessgericht bereit, wird sich das Prozessgericht schon angesichts des dem Beweisführer zukommenden Rechts auf Beweis um einen anderen Weg der Einvernahme zu bemühen haben.¹⁰⁴ Wenn sich der Zeuge nun freiwillig bereit erklärt, an einer Videoeinvernahme teilzunehmen, ist dies aus Sicht der gerichtlichen Wahrheitsfindung offensichtlich besser, als der Fall, dass seine Einvernahme ganz unterbleibt.¹⁰⁵ In einem solchen Fall stellt die Videoeinvernahme aber auch unzweifelhaft einen geringeren Verlust an (materieller) Unmittelbarkeit dar, als wenn dem erkennenden Gericht bloß das Protokoll einer Einvernahme durch einen nicht weiter mit dem Akt vertrauten ausländischen Richter oder eine ausländische Richterin zur Verfügung steht.¹⁰⁶

Etwas anders gelagert als beim Auslandszeugen ist die Situation, dass eine im Ausland aufhältige Partei einzuvernehmen ist. Die Partei trifft

103 Siehe etwa Geimer, in: Geimer (Fn. 20), Rn. 2381 m.w.N.; OLG Linz 3 R 145/13h; eine Ausnahme kann aus völkerrechtlicher Sicht u.U. dann bestehen, wenn ein anderer ausreichender Nahebezug vorliegt; vgl. auch oben Fn. 41; diese Personen unterliegen demnach auch nicht der Zeugnispflicht; vgl. J. Damrau/A. Weinland, in: W. Krüger/T. Rauscher (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. II, 6. Aufl., München 2020, § 373 Rn. 30; W. H. Rechberger/T. Klicka, in: W. H. Rechberger/T. Klicka (Hrsg.), Kommentar zur ZPO, 5. Aufl., Wien 2019, Vor § 320 ZPO Rn. 4; T. Sutter-Somm/B. Seiler, in: T. Sutter-Somm/B. Seiler (Hrsg.), Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2021, Art. 160 Rn. 5.

104 Siehe etwa BGH RdTW 2013, 398 (399); RdTW 2021, 430 (432) m.w.N.; H. J. Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess, Kapitel 59: Abwicklung der Beweiserhebung, Köln 2014, Rn. 35 f.; vgl. auch BVerfG 13 NJW 2016, 626.

105 Oberhammer/Scholz-Berger, Möglichkeiten und Grenzen der Videoeinvernahme (Fn. 5), 285 (286) m.w.N.

106 Vgl. etwa BGH RdTW 2021, 430 (432 Rn. 23); ZZZ III (2002), 413 (441); aus diesem Grund sehen etwa § 375 Abs. 1 Nr. 2 und 3 dZPO sowie § 277 öZPO einen Vorrang der Videoeinvernahme vor der mittelbaren Beweisaufnahme durch einen ersuchten Richter vor (vgl. BT-Drs. 14/6036, 122; 981 BlgNR XXIV. GP 85). Einen möglichen „Mittelweg“ stellt freilich die Zuschaltung von Prozessgericht und Parteien zu einer Einvernahme durch das Rechtshilfegericht dar (vgl. für den europäischen Justizraum etwa Art. 14 Abs. 4 und Art. 13 Abs. 3 i.V.m. 12 Abs. 3 EuBewVO); diese Form der Durchführung hat den Vorteil, dass hier auch eine Zwangsandrohung und -ausübung durch den ersuchten Mitgliedstaat in Frage kommt.

prozessuale Mitwirkungsobliegenheiten, weshalb von ihr auch nötigenfalls grundsätzlich zu verlangen ist, dass sie vor dem Prozessgericht erscheint. Stehen dem Erscheinen aber (aus Sicht der Partei) unüberwindbare Hindernisse entgegen, wird man ihr jedenfalls auch die Möglichkeit geben müssen, per Videokonferenz einvernommen zu werden, um ihren Anspruch auf rechtliches Gehör und ihr Recht auf Beweis entsprechend ausüben zu können.¹⁰⁷

Doch auch dann, wenn es keine derartig gravierenden Hindernisse gibt, sondern das physische Erscheinen „nur“ mit einem – insb. im Vergleich zum Streitwert – unverhältnismäßigen Aufwand verbunden ist, wird eine Interessenabwägung im Lichte des Anspruchs auf effektive Rechtsschutzgewährung häufig zugunsten der betroffenen Partei ausschlagen.¹⁰⁸

Ein Interesse daran, die Reise zu Gericht nicht antreten zu müssen, kann eine Partei freilich nicht nur im Zusammenhang mit ihrer Vernehmung haben. Der Einsatz von Videokonferenztechnologie zur Ermöglichung der Teilnahme von Parteien und Vertretern an der mündlichen Verhandlung an sich (oder etwa auch an der Befragung einer von der Partei unterschiedlichen Beweisperson) auf einseitiges Verlangen der betroffenen Partei erscheint viel weniger problematisch, als dies bei einer Beweisaussage der Partei der Fall ist. Schließlich stellt sich die Frage nach einem allenfalls geringeren Beweiswert der Aussage hier von vornherein nicht. Insofern werden, jedenfalls in hybriden Settings, in denen der anderen Partei die Teilnahme in Präsenz freigestellt bleibt, deren schützenswerte Interessen nur wenig berührt werden; nachteilig ist eine solche Konstellation eher für die zugeschaltete Partei. Aus diesem Grund wird im Übrigen auch eine sehr sorgfältige Interessenabwägung vorzunehmen sein, bevor eine Partei, die wegen temporärer Unmöglichkeit der Präsenzteilnahme eine Vertagung bzw. Terminsverlegung beantragt, auf die Möglichkeit der Videoteilnahme verwiesen wird.¹⁰⁹ Im Ausgangspunkt verlangt nämlich die prozessuale

107 Vgl. insb. House of Lords, 10.2.2005 *Roman Polanski v. Condé Nast Publications Ltd* [2005] All ER 945 = RIW 2006, 301 (*Knöfel*) Rn. 20 ff.; Hess in: Marauhn (Fn. 75), S. 17 (22); *Oberhammer/Scholz-Berger*, Möglichkeiten und Grenzen der Videoeinnahme (Fn. 5), 285 (287).

108 Für Zeugen sieht z.B. die österreichische ZPO – anders als für Parteien – in solchen Fällen bereits heute eine Videozuschaltung vor; vgl. § 277 i.V.m. § 328 Abs. 1 Z 3 öZPO und dazu etwa *Oberhammer/Scholz-Berger*, Möglichkeiten und Grenzen der Videoeinnahme (Fn. 5), 285 (286).

109 Vgl. dazu etwa *Windau*, Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung (Fn. 58), 2753 (2755); KG Berlin NJW-RR 2022, 1003 (1004).

Waffengleichheit, dass beide Parteien unter denselben Bedingungen an der Verhandlung teilnehmen können;¹¹⁰ eine Partei, die bloß temporär nicht anreisen kann, wird daher nur dann gegen ihren Willen auf die Videodurchführung verwiesen werden können, wenn im Lichte des Rechts auf eine Erledigung binnen angemessener Frist die Verzögerung nicht toleriert werden kann.

D. Fazit und Ausblick

Nach der hier vertretenen Ansicht stellt der Einsatz von Videokonferenztechnologie zur Führung von Verhandlungen und zur Vornahme von Beweisaufnahmen regelmäßig auch dann keinen Eingriff in fremde Hoheitsrechte dar, wenn er ohne Beschreitung des passiven Rechtshilfeweges erfolgt. Freilich darf aber nicht übersehen werden, dass verbreitet diesbezügliche Vorbehalte bestehen, die auch ernst genommen werden müssen. Außerdem kann das Beschreiten des Rechtshilfeweges Vorteile in Form von Unterstützung durch den Aufenthaltsstaat bringen. Innerhalb der europäischen Union könnte die Bedeutung der Diskussion im Fall einer Umsetzung des gerade in Diskussion befindlichen Verordnungsvorschlages „Verordnung über die Digitalisierung der justiziellen Zusammenarbeit und des Zugangs zur Justiz in grenzüberschreitenden Angelegenheiten“,¹¹¹ der in seinem Art. 7 ein unionsautonomes Recht auf Videozuschaltung für Prozessparteien in grenzüberschreitenden Zivil- und Handelssachen enthält¹¹² und in seinem Anwendungsbereich damit implizit auch die zwischenstaatliche Zulässigkeit klarstellen würde,¹¹³ sowie durch eine rechtsschutzfreundliche Handhabung der EuBewVO künftig in den Hintergrund treten. Auch außerhalb der EU zeichnen sich diesbezüglich positive Entwicklungen ab. So hat die traditionell in souveränitätsrechtlichen Fragen sehr strenge Schweiz

110 Vgl. M. A. Hjort, *Orality and Digital Hearings*, IJPL 12 (2022), 29 (37).

111 COM (2021) 759 final.

112 Vgl. zu dieser vorgeschlagenen Regelung und den darin enthaltenen Unklarheiten und Problemen, die einer Klarstellung/Verbesserung im weiteren Verordnungsgebungsverfahren harren, etwa Heck, *Die örtliche Einheit* (Fn. 11), 1529 (1535 f.).

113 Je nachdem, welche Meinung man allgemein zur völkerrechtlichen Zulässigkeit grenzüberschreitender Videokonferenzen vertritt (siehe oben II.), wird man darin entweder eine bloße Klarstellung oder einen konstitutiven Erlaubnissatz für einen „virtuellen Übergriff“ auf das Territorium anderer Mitgliedstaaten sehen. Nach der in diesem Beitrag vertretenen Meinung trifft die erste Auslegung zu; vgl. i.d.S. etwa auch Heck, *Die örtliche Einheit* (Fn. 11), 1529 (1536).

mittlerweile erkannt, dass ihr restriktiver Zugang in Hinblick auf Videovernehmungen von Personen, die sich auf ihrem Territorium aufhalten, weniger ein Problem der ausländischen Prozessgerichte, als ein Problem der eigenen Bürger:innen und der in der Schweiz ansässigen Unternehmen ist, deren Zugang zum Recht in grenzüberschreitenden Angelegenheiten dadurch behindert wird.¹¹⁴ Eine gerade in Vernehmungslage befindliche Initiative sieht daher erhebliche Erleichterungen für die Videozuschaltung von in der Schweiz befindlichen Personen zu Verfahren in anderen Staaten vor.

Unabhängig von dieser – mehr den formalen Rahmen virtueller Verfahrensführung betreffenden – Frage steht meines Erachtens fest, dass der Einsatz von Videokonferenztechnologie in vielen Konstellationen als adäquates und notwendiges Mittel zur Effektivierung eines Zugangs zum Recht auf Dauer nicht mehr wegzudenken sein wird. Es bedarf zwar eines sorgfältigen Umganges mit dieser Technologie, in dessen Rahmen auch auf berechtigte Bedenken im Hinblick auf traditionelle Prozessgrundsätze und mögliche Einschränkungen von Verfahrensgrundrechten einzugehen ist. In vielen typischen Situation, die sich in grenzüberschreitenden Zivilprozessen regelmäßig stellen, überwiegt aber der Vorteil des Einsatzes dieser Technologie. Das gilt in besonderer Weise für die Vernehmung von Auslandszeugen, bei der die Videokonferenz häufig der einzige Weg einer unmittelbaren Durchführung durch das Prozessgericht sein wird. Es gilt aber in vielen Fällen ebenso für die Vernehmung von Parteien und für die Teilnahme von Parteien und Parteienvertretern an der Verhandlung.

114 So ausdrücklich der erläuternde Bericht vom 23. November 2022 zur Vorlage für einen Bundesbeschluss über den Einsatz elektronischer Kommunikationsmittel in grenzüberschreitenden Zivilprozessen, S. 4; vgl. zu dieser Problematik in allgemeinerem Zusammenhang bereits Geimer, in: FS Ulrich Spellenberg (Fn. 20), S. 407 (408).