

# Nikolaj Fischer\*

# Überlegungen zu einem sozialen elektronischen Zivilprozess

## Kritische Anmerkungen zur Justiz-Elektronifizierung am Beispiel des »Justizkommunikationsgesetzes«

*Reformpermanenz ist nicht nur im Privatrecht, sondern auch im Zivilprozess- und Justizrecht zum Alltag geworden: Nach dem ZPO-Reformgesetz,<sup>1</sup> dem »OLG-Vertretungsänderungsgesetz«,<sup>2</sup> sowie der »Reform der ZPO-Reform« durch das »1. Justizmodernisierungsgesetz« vom 24. 8. 2004<sup>3</sup> droht für die nächste Zukunft eine weitere Reform der Ziviljustiz und des Zivilprozesses.<sup>4</sup> Das »Justizkommunikationsgesetz« (JKomG),<sup>5</sup> das am 1. 4. 2005 in Kraft getreten ist, soll die bereits begonnene Einführung des »Elektronischen Rechtsverkehrs« (ERV)<sup>6</sup> in der Justiz (I.) fortsetzen (II.). Angesichts der stetig voranschreitenden »Elektronifizierung« der Justiz ist es dringend notwendig, sich einmal mit den grundsätzlichen Fragen der »Justiz-Kommunikation« zu beschäftigen (III.), die inhaltlich weit über die konkreten Einzelprobleme einer Justiz-Elektronifizierung hinausgehen (IV.).*

### I. Elektronischer Rechtsverkehr *de lege lata*

Die bisherige »Elektronifizierung« der (Zivil-)Justiz und von (Zivil-)Gerichtsverfahren lässt sich wie folgt skizzieren: Die ersten Reformschritte wurden durch das »Formvorschriftenanpassungsgesetz«, das ZPO-RG und das »Zustellungsreformgesetz« geschaffen:

\* Der Stand der Nachweise ist der 22. 12. 2004.

1 BGBl. 2001 I, S. 1887, geänd. S. 3138, 3179; hierzu nur N. Fischer, Zivilverfahrens- und Verfassungsrecht, Berlin 2002, S. 19ff. m. w. N.

2 BGBl. 2002 I, S. 2850, 2856 ff.

3 BGBl. 2004 I, S. 2198; es stellt nicht nur ein »Zivilprozessreformreparaturgesetz« dar, sondern enthält auch gravierende Änderungen des zivilverfahrensrechtlichen Beweisrechts (s. M. Huber, ZRP 2003, S. 268 ff., wenngleich auf weitergehende Regelungen (wie z. B. § 415a ZPO-E) verzichtet wurde, vgl. S. Lange/Müller, ZRP 2003, S. 410 ff.

4 Daneben ist das »Anhörungsrügengesetz« zu § 321a ZPO v. 9. 12. 2004 (BGBl. I, S. 3220), in Kraft seit 1. 1. 2005 (vgl. Treber, NJW 2005, S. 97 ff.) zu beachten: Vgl. dazu den RegE v. 25. 8. 2004; s. zu dessen RefE Nasall, ZRP 2004, S. 164 ff.; zur (geplanten) Zusammenlegung von Gerichtsbarkeiten Redeker, NJW 2004, S. 496 ff.

5 Stand: Regierungsentwurf v. 28. 7. 2004, im Folgenden RegE (E), vgl. BT-Drs. 609/04. Vgl. zum Überblick Lange, ZAP 14/2003, S. 737 f.; Barth, ZAP 10/2003, S. 487; vgl. auch monographisch N. Fischer, Justizkommunikation – Überlegungen zur Elektronifizierung der Ziviljustiz und von zivilgerichtlichen Verfahren am Beispiel des Justizkommunikationsgesetzes, Berlin 2004.

6 Der Elektronische Rechtsverkehr (ERV) soll zum einen die elektronische Information und Kommunikation zwischen den Beteiligten eines gerichtlichen Verfahrens ermöglichen, zum anderen ist damit der EDV-Verkehr innerhalb der Justiz (bzw. der Justizverwaltung) gemeint.

Das »Formvorschriftenanpassungsgesetz« (FormVorAnpG)<sup>7</sup> ermöglichte zunächst die Einreichung sog. elektronischer Schriftsätze (vgl. § 130a ZPO) bei Gericht und führte zu weiteren Änderungen der ZPO (vgl. §§ 130, 133, 292a, 299, 299a, 371 ZPO).<sup>8</sup> Von Praxisrelevanz ist dabei die in § 130a II ZPO enthaltene Öffnungsklausel: Danach dürfen Bundesregierung und Landesregierungen<sup>9</sup> nämlich durch Rechtsverordnung (u. a.) den Zeitpunkt bestimmen, von dem an elektronische Dokumente bei den Gerichten eingereicht werden können.<sup>10</sup> Anschließend wurden mit dem ZPO-RG zum 1. 1. 2002 die Voraussetzungen für den Einzug der Videotechnik in den Gerichtssaal geschaffen (vgl. § 128a ZPO).<sup>11</sup> Schließlich hat das zum 1. 7. 2002 in Kraft getretene Zustellungsreformgesetz (ZustRG),<sup>12</sup> das ein einheitliches Zustellungsrecht begründete, die Möglichkeit eröffnet, elektronische Dokumente durch das Gericht an Verfahrensbeteiligte zuzustellen (§ 174 III ZPO).<sup>13</sup>

Dies bedeutet für den Elektronischen Rechtsverkehr: Bereits vor dem Inkrafttreten des JKOMG können bereits Schriftsätze an das Gericht in »elektronischer Form« eingereicht<sup>14</sup> und gerichtliche Entscheidungen auch auf diesem Wege zugestellt werden. Dies ist nicht auf Zivilverfahren beschränkt, sondern gilt gem. §§ 46b ArbGG, 108a SGG, 77a FGO, 86a VwGO auch in der Arbeits-, Sozial-, Finanz- und Verwaltungsgerichtsbarkeit.

## *II. Elektronischer Rechtsverkehr de lege lata: JKOMG*

Was bisher jedoch fehlte, sind Regelungen für den binnенjustiziellen Elektronischen Rechtsverkehr, die mit dem JKOMG geschaffen werden.

Für die zivilprozessualen Änderungen sind insbesondere die neuen Regelungen der §§ 130b, 298, 298a, 371a, 416a ZPO-E hervorzuheben. Im Mittelpunkt der zivilprozessualen Änderungen steht § 130b ZPO(-E) als »Bindeglied« der bisherigen Regelungen des sog. E-Zivilprozessrechts: Diese Regelung des »gerichtlichen elektronischen Dokuments« ermöglicht es, gerichtliche Dokumente, die der Schriftform (und damit der Unterschrift) bedürfen, als elektronische Dokumente aufzuzeichnen.<sup>15</sup> Danach kann die herkömmliche handschriftliche Unterzeichnung durch eine qualifizierte elektronische Signatur<sup>16</sup> des zuständigen Rechtspflegeorgans (d. h. Richters, Rechtspflegers, Urkundsbeamten der Geschäftsstelle oder Gerichtsvollziehers) ersetzt werden. Zur Minimierung des Risikos einer fehlgeschlagenen Übermittlung

<sup>7</sup> BGBl. 2001 I, S. 1542. Hinzuweisen ist auch auf das Elektronische Geschäftsverkehrsgesetz, EGG (BGBl. 2001 I, S. 3721, 3724), das zur Änderung von § 103 I, V ZPO geführt hat.

<sup>8</sup> § 299 III ZPO und § 299a ZPO ermöglichen die elektronische Aktenführung bei Gericht, § 292a ZPO begründet einen Anscheinsbeweis dafür, dass eine Willenserklärung, die in der Form des § 126a BGB vorliegt, mit dem Willen des jeweiligen Inhabers des Signaturschlüssels abgegeben wurde, vgl. m. w. N. Hoffmann, NJW 2003, S. 2576 ff., 2577.

<sup>9</sup> Vgl. zur Projektvielfalt in den Bundesländern Herberger, in: Gilles (Hrsg.), Prozessrecht an der Jahrtausendwende, 1999, S. 91 ff. m. w. N.

<sup>10</sup> Für den BGH (und das BPatG) ist dies bereits verwirklicht (Elektronische Rechtsverkehrsverordnung – ERVVOBGH, BGBl. 2001 I S. 3225); s. a. Fritzsche, NJ 2002, S. 169 ff., 177. Seit dem 1. 12. 2005 gibt es ERV auch beim BVerwG und BFH, vgl. Zypries, NJW-Editorial 49/2004.

<sup>11</sup> Vgl. dazu m. w. N. z. B. Borchert, CR 2002, S. 854 ff.; Schultzky, NJW 2003, S. 313 ff.

<sup>12</sup> BGBl. 2001 I S. 1206; s. a. Krüger/Büttner, MDR 2003, S. 181 ff., 182.

<sup>13</sup> Im Gegensatz zu der Einreichung elektronischer Dokumente bei Gericht ist dafür eine elektronische Signatur und eine Verschlüsselung des Dokuments zwingend vorgeschrieben (§ 174 III 3 ZPO; siehe auch § 174 IV 2 und 3 ZPO).

<sup>14</sup> Zum Einsatz sog. Computerfaxe (mit eingescannter Unterschrift) siehe § 130 Nr. 6 ZPO; GmS-OGB, Beschl. v. 5. 4. 2000, NJW 2000, 2340 f.

<sup>15</sup> Vgl. zu Art. 1 Nr. 7 die Begründung, S. 70 ff.; s. a. Dreszel/Viebhusen, K&R 2003, S. 434 ff., 434. Siehe für die Änderungen des Mahnverfahrensrechts (§§ 688 ff. ZPO) Art. 1 Nr. 37–40 sowie zur Begründung S. 82 f.

<sup>16</sup> Dabei handelt es sich nicht etwa um die eingescannten Unterschriftszüge, sondern um das Ergebnis eines komplizierten Verschlüsselungsverfahrens, vgl. § 2 Nr. 3 und § 5 SigG.

muss der Absender eines elektronischen Dokuments gem. § 130a I 3 ZPO-E frühzeitig davon unterrichtet werden, falls das übermittelte Dokument nicht zur Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist. Um eine »elektronische Aktenführung« zu ermöglichen, werden weiterhin Vorschriften eingeführt, die »den Transfer von Papierform in elektronische Form und umgekehrt« regeln.<sup>17</sup> Die Regelung des »binnenjustiziellen Medientransfers« von bei Gericht eingegangenen oder gerichtlich erstellten elektronischen Dokumenten enthält der neue § 298 ZPO-E: § 298 II ZPO-E bestimmt die Formerfordernisse für den Medientransfer eines elektronischen Dokuments in einen Aktenausdruck,<sup>18</sup> während die gemäß § 298 III ZPO-E obligatorische Speicherung gegenüber einem Beweisverlust vorbeugen soll.<sup>19</sup> Auf die »Elektronische Akte« (gem. § 298a ZPO-E) bezieht sich auch die Änderung von § 299 III ZPO-E.<sup>20</sup> Praxisrelevant sind wiederum die Delegationsermächtigungen für die elektronische Aktenführung gemäß § 298a I 2–4 ZPO-E, da die Frage, in welchen Verfahren und bei welchen Gerichten eine elektronische Aktenführung tatsächlich eröffnet wird, damit letztlich von der Exekutive abhängt.<sup>21</sup>

Schließlich werden die zivilprozessualen Beweisregelungen für elektronische Dokumente geändert: Künftig sollen gemäß § 371a I 1 ZPO-E bei privaten elektronischen Dokumenten, die mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen sind, die Vorschriften über die Beweiskraft privater Urkunden (vgl. §§ 416, 439, 440 ZPO) entsprechende Anwendung finden. Damit erbringen private elektronische Dokumente vollen Beweis dafür, dass die in ihnen enthaltenen Erklärungen vom Signaturschlüsselinhaber abgegeben worden sind. Der Beweis für die Echtheit der Signatur ist dabei vom Beweisführer zu erbringen, wobei der in § 371a I 2 ZPO-E geregelte Anscheinsbeweis helfen soll.<sup>22</sup> Parallel dazu sieht § 371a II 1 ZPO-E die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Beweiskraft öffentlicher Urkunden vor (§§ 415, 417, 418 ZPO) und stellt somit den Beweiswert öffentlicher elektronischer Dokumente (§§ 3a, 33 VwVfG) dem Beweiswert öffentlicher Urkunden gleich. Gemäß dem neuen § 416a ZPO-E sind Ausdrucke von öffentlichen elektronischen Dokumenten sowie von gerichtlichen elektronischen Dokumenten wie die beglaubigte Abschrift einer öffentlichen Urkunde anzusehen.

Für die anderen Verfahrensordnungen, auf die hier nicht explizit eingegangen werden kann, ist wenigstens darauf hinzuweisen, dass sich die Änderungen in VwGO, FGO sowie im SGG und ArbGG auf spezifische Regelungen der jeweiligen Verfahrensordnung beschränken.<sup>23</sup> Schließlich soll mit dem in Art. 11 des JKOMG vorgeschlagenen »Justizaktenaufbewahrungsgesetz« (JustAG), das noch im RefE »Gerichtsaktenaufbewahrungsgesetz« (GAAG) hieß, die Aufbewahrung von Gerichtsakten in

<sup>17</sup> Begründung, S. 56, s. zur Einzelbegründung S. 73 ff. (zu den neuen §§ 298, 298a ZPO-E gem. Art. 1 Nr. 21). Siehe zur »elektronischen Akte« m. w. N. *Suermann*, DRiZ 2001, S. 291 ff.; *Hauf/Bender*, DRiZ 1995, S. 293 ff., 295.

<sup>18</sup> So die Begründung, S. 73 f. Siehe *Roßnagel*, NJW 2003, S. 469 ff., 474 m. w. N.

<sup>19</sup> Vgl. Begründung, S. 75 f.; *Viebhues*, CR 2001, S. 556 ff., 561.

<sup>20</sup> Die Vorschrift betreffend »Aktenansicht« und »Abschriften« wird u. a. um die Möglichkeit erweitert, elektronische Dokumente an Parteien und berechtigte Dritte per E-Mail zu übermitteln (Abs. 3). Auch kann Aktenansicht dadurch gewährleistet werden, dass in den Räumlichkeiten des Gerichts Bildschirme aufgestellt werden.

<sup>21</sup> Angesichts der aktuellen Finanzsituation wird es also noch längere Zeit in Anspruch nehmen, bis die technische Infrastruktur für den Elektronischen Rechtsverkehr in der Justiz überhaupt geschaffen ist. Dies hat zur Folge, dass auf kaum absehbare Zeit sowohl im herkömmlichen als auch im elektronischen Verfahren gearbeitet werden wird, vgl. auch die Begründung zu § 298a II ZPO-E, S. 75.

<sup>22</sup> Vgl. bisher § 292a ZPO, allerdings beschränkt auf Willenserklärungen.

<sup>23</sup> Siehe zur VwGO Art. 2 des JKOMG, s. zur Begründung S. 86 ff.; zur FGO Art. 3 (Begründung S. 95 ff.); zum SGG Art. 4, zur Begründung S. 99 ff.; zum ArbGG Art. 5 sowie zur Begründung S. 103 f. Dabei wird berücksichtigt, dass dem allgemeinen und dem besonderen verwaltungsgerichtlichen Verfahren in der Regel Verwaltungsverfahren vorausgehen.

### *III. Grundsatzfragen eines künftigen elektronischen Zivilverfahrens*

Zunächst ist die Frage aufgeworfen, ob überhaupt ausreichend Anlass und Berechtigung für (justizrechts-)theoretische Erörterungen besteht angesichts der – bereits im Schrifttum erhobenen – Forderung, Auswirkungen der Teletechnik seien nicht am »Grünen Tisch« zu erörtern, sondern in der Praxis zu erproben.<sup>24</sup> Außerdem hat die (jedenfalls normativ) stetig voranschreitende »Elektronifizierung« der Justiz bereits Fakten geschaffen, die es ebenfalls zu berücksichtigen gilt. Die Notwendigkeit grundsätzlicher Überlegungen zu der Justiz-Elektronifizierung jedoch ist aus verschiedenen Gründen zu bejahen, wobei zunächst das diesbezügliche inhaltliche Diskursdefizit<sup>25</sup> hervorzuheben ist.

#### *1. Diskursdefizit in Grundsatzfragen*

Jedenfalls zu den bisherigen Reformen des sog. E-Prozessrechts ist nämlich festzustellen, dass die Stellungnahmen dazu insgesamt spärlich und überwiegend unkritisch ausgefallen sind.<sup>26</sup> Fraglich ist jedoch, inwieweit die positive Bewertung der bisherigen und auch der aktuellen Reformanstrengungen des Verfahrensgesetzgebers gerechtfertigt ist. Deutlich wird nämlich, dass insgesamt längst mit der Regelung kleinster Details begonnen wurde, bevor über die Grundsatzfragen überhaupt angemessen nachgedacht und diskutiert worden ist. Dies hat auch die Diskussion auf der Tagung der Zivilprozessrechtslehrer in Zürich im Jahr 2002 gezeigt, deren Beiträge überwiegend (z. T. technischen) Einzelfragen verhaftet blieben.<sup>27</sup> Demgegenüber stellt sich die grundsätzliche Frage, ob und inwieweit sich die Elektronifizierung von Gerichtsverfahren überhaupt mit den hergebrachten Verfahrensgrundsätzen vereinbaren lässt. Es sollte vor weiteren Reformschritten also zunächst überdacht werden, ob und inwieweit sich die »Elektronifizierung« von Gerichtsverfahren mit den althergebrachten (zivilprozessualen) Verfahrensgrundsätzen in Einklang bringen lässt, wobei besonders die Mündlichkeit (§ 128 ZPO), die Unmittelbarkeit (vgl. §§ 128 I, 309, 355 I ZPO) und die Öffentlichkeit (vgl. §§ 169 ff. GVG) zu nennen sind.<sup>28</sup> Ohne dieses hier näher ausführen zu können, sei wenigstens darauf hingewiesen, dass die Frage der Vereinbarkeit nicht immer eindeutig positiv zu beantworten ist, man denke zum Beispiel an den (in historischer Perspektive hart umkämpften) Öffentlichkeitsgrundsatz, der bei einem »elektronisch-visuellen Verfahren« (wie die Video-

<sup>24</sup> So *Viefbues*, CR 2001, S. 556 ff., 563. Siehe auch allg. für »das Technische und Praktische« betreffend die Rechtspflege (Überlastung, Qualitätsverluste etc.), das bei den »Fachleuten« »am besten aufgehoben ist«, *H. Maier*, DRiZ 1990, S. 4 ff., 7.

<sup>25</sup> Vgl. zum generellen Forschungsdefizit auf dem Gebiet »Rechtspflege« *Stempel/Götzel*, DRiZ 1990, S. 121 ff., 121. S. a. »Justiz und Justizverwaltung zwischen Ökonomisierungsdruck und Unabhängigkeit«, herausgegeben von *Schulze-Fielitz/Schütz*, Berlin 2002.

<sup>26</sup> Vgl. *Viefbues*, CR 2001, S. 556 ff., 563; *Krüger/Bütter*, MDR 2003, S. 181 ff.; *Fritsche*, NJ 2002, S. 169 ff., 176 ff.; jew. m. w. N.

<sup>27</sup> Das Spektrum der Aspekte reichte dabei von möglichen Problemen und Anwendungsbereichen der Videoverhandlung über beweisrechtliche Fragen, Formerfordernisse, mögliche Zustellungsprobleme bei elektronischen Dokumenten bis hin zum automatisierten Mahnverfahren. Siehe zur Diskussion *Iqbal*, ZZP 111 (2002), S. 491 ff. Krit. Ausnahmen stellen dabei die Diskussionsbeiträge von *Gilles* (S. 491), *Hahn* (S. 494), *Netzer* (S. 496) und *Leipold* (497) dar. Vgl. zu den Referaten *Stadler*, ZZP 111 (2002), S. 413 ff.; *Kodek*, ZZP 111 (2002), S. 445 ff.

<sup>28</sup> Vgl. zum Ganzen *N. Fischer*, Justiz-Kommunikation, 2004, S. 59 ff. m. w. N.

konferenz gem. § 128a ZPO) möglicherweise vollends zur Farce wird,<sup>29</sup> oder das Spannungsverhältnis von Öffentlichkeit (§§ 169 ff. GVG) und der Nichtzugänglichkeit der (künftigen) elektronischen Akte (gem. § 298a I 1 ZPO-E).<sup>30</sup>

## *2. Fehlen eines übergreifenden Reformkonzepts*

Die bisher fehlende grundsätzliche Auseinandersetzung – insbesondere innerhalb der Zivilprozessrechtswissenschaft – ist bereits deswegen zu bedauern, weil insbesondere die Frage zu stellen ist, ob den bisherigen Reformschritten überhaupt ein einheitliches und vorausschauendes Gesamtkonzept zugrundeliegt.<sup>31</sup> Es besteht nämlich der Eindruck, dass im Rahmen der Elektronifizierung des Zivilprozesses einfach neue Normen geschaffen wurden, ohne sich zuvor tiefer um Regelungszusammenhänge und die (abweichende) verfahrensrechtliche Terminologie Gedanken gemacht zu haben. Dieses Problem bleibt zum einen als Basisdefizit der neuen Reformen bestehen und wirkt sich zum anderen ganz konkret auch bei den vorhandenen Regelungen des E-Zivilprozessrechts aus, die nicht nur angesichts der »Detailverliebtheit« des Gesetzgebers eine für die Rechtsanwendung problematische Gestalt angenommen haben. Vielfach wird deutlich, dass auch die »Kunst der Gesetzgebung« abhandengekommen ist. Beispielhaft lässt sich dies am Wortlaut des § 128a I 1 ZPO belegen,<sup>32</sup> soweit danach Parteien »auf Antrag« gestattet ist, »sich während der Verhandlung an einem anderen Ort aufzuhalten und dort Verfahrenshandlungen vorzunehmen«: Demgemäß muss die Verhandlung dann am Verhandlungsort schon begonnen haben (»während«), obwohl rein prozessual-terminologisch eine »Verhandlung« erst dann anzunehmen ist, wenn die Parteien bzw. ihre Bevollmächtigten im Sitzungszimmer anwesend sind und diese Personen vor dem Gericht (Richter) »verhandeln« (siehe §§ 128 I, 137 I, II ZPO), wobei das Gericht (u. a.) eine verhandlungseröffnende und verhandlungsleitende Funktion einnimmt – vgl. § 136 ZPO. Für den – möglicherweise ökonomisch sinnvollen – »Extremfall«, dass keine der Parteien oder ihrer Vertreter im Sitzungszimmer anwesend sind, würde dies bedeuten, dass das Gericht (alleine!) die Verhandlung selbst in Gang setzen muss, damit die Parteien dann »während der Verhandlung« (wie auch immer geartete) »Verfahrenshandlungen vornehmen« können. Fraglich ist allerdings, wie dies mit der Systematik der §§ 128 I, 136, 137 ZPO in Einklang zu bringen ist.<sup>33</sup> Zwar soll § 128a I ZPO mit dem JKOMG »nachgebessert« werden,<sup>34</sup> jedoch ohne die – hier nur angedeuteten – Mängel und Unklarheiten zu beseitigen. Diese normativen Unvollkommenheiten sind besonders deswegen von Bedeutung, weil die allerneuesten, mit dem JKOMG

<sup>29</sup> Anders aber *Stadler*, ZZP 111 (2002), S. 413 ff., 437; s. a. *Schultzky*, NJW 2003, S. 313 ff., 315, der es nicht für erforderlich hält, dass die übertragenen Bilder auch für Zuschauer sichtbar sind.

<sup>30</sup> Siehe zu den Anforderungen des Datenschutzes beim Technik-Einsatz auch Art. 8 Signaturrichtlinie 1999/93/EG, der u. a. auf die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG verweist (ABl. EG 1995, Nr. L 281, S. 31).

<sup>31</sup> So *Gilles*, FS Németh, 2003, S. 557 ff., 559.

<sup>32</sup> Vgl. krit. *Gilles*, FS Németh, 2003, S. 557 ff., 563 f.

<sup>33</sup> Die einschlägigen Kommentierungen greifen diese Fragen überwiegend überhaupt nicht auf, sondern wollen im Gegenteil § 128a I ZPO bei »jeder Art von Verhandlung« anwenden, vgl. wörtlich *Baumbach/Lauterbach*, 62. Aufl., *Hartmann* zu § 128a ZPO, Rn. 1 ff., 1; s. a. *Zöller*, 24. Aufl., *Greger* zu § 128a ZPO, Rn. 2, 4; *Musielak* (Hrsg.), 3. Aufl., *Stadler* zu § 128a ZPO, Rn. 1 (»Erforderlich bleibt ... in jedem Fall die Anwesenheit des Gerichts«); sowie *Thomas/Putzo*, 25. Aufl., *Reichold* zu § 128a ZPO, Rn. 5 (»Es kann also sein, dass das Gericht allein im Sitzungszimmer sich befindet, während die Parteien und ihre Bevollmächtigten bzw. Beistände sich an anderen Orten aufhalten.«).

<sup>34</sup> Die Vorschrit bzgl. der »Video-Verhandlung« wird gem. § 128a ZPO Art. 1 Nr. 4 des JKOMG geändert: In § 128a II 2 ZPO werden nach dem Wort »Ton« die Wörter »an den Ort, an dem sich ein Zeuge oder Sachverständiger während der Vernehmung aufzuhalten, und« eingefügt. Hierbei handelt es sich jedoch nur um eine Detailkorrektur und -reparatur der »Großen ZPO-Reform«, die die hier geschilderten Probleme nicht aufgreift (»während der Vernehmung!«). Vgl. dazu die Begründung, S. 70.

In Verbindung damit, dass in kaum noch zu überblickenden Einzelreformen eine Kodifikationstechnische Zersplitterung festzustellen ist, kommt daher der Verdacht auf, dass auch den bisherigen Reformschritten des Gesetzgebers gerade kein systematisch durchdachtes Konzept zugrundeliegt, sondern »eher spontane Eingebungen in verschiedenen Phasen des Gesetzgebungsverfahrens«<sup>36</sup> – und zwar entgegen anderslautender Beteuerungen von amtlicher Seite.<sup>37</sup>

### 3. Reform der Inhalte statt Reform der Form

Weiterhin scheinen die Inhalte von E-Zivilverfahren gegenüber den Verfahrens-»Formen« bei der Justiz-Elektronifizierung zu kurz zu kommen: 31 Jahre nach dem Erscheinen der (Habilitation-) Schrift von *Vollkommer* mit dem Titel »Formenstrenge und prozessuale Billigkeit«, die (auch) ein Plädoyer gegen übertriebene Formenstrenge im Prozessrecht darstellt, ist im Zuge der Justiz-Elektronifizierung nämlich eine deutliche Dominanz der Form über die Inhalte von Verfahren zu erkennen.<sup>38</sup> Diese Form- und Technikdominanz zeigt sich insbesondere an den ständigen Hinweisen auf die vielfältigen Risiken der Datenübertragung mittels EDV gegenüber der herkömmlichen Postversendung von Schriftstücken sowie an den vielfältigen Signaturpflichten (s.o.). Ohne die Notwendigkeit von sicheren Datenübertragungswegen und von Grundanforderungen an Sicherheit und Vertraulichkeit des Elektronischen Rechtsverkehrs<sup>39</sup> bestreiten zu wollen, ist aber die Frage zu stellen, ob eine Konzentration auf Sicherheitsaspekte nicht viel wichtigere Fragen einer (künftigen) »elektronischen Justiz« verdrängt. Zwar kann in diesem Rahmen nicht explizit auf die Realitätsferne<sup>40</sup> von vielfach erhobenen Sicherheitsbedenken eingegangen werden – man denke etwa an den Beispielsfall der Fälschung einer Klageschrift auf elektronischem Wege –, jedoch ist anzumerken, dass die Fixierung auf Sicherheits- und damit Formfragen möglicherweise auch die Konsequenz dessen ist, dass sich mit dem Zusammentreffen von Internet und Justiz »zwei Welten begegnen«, wie es *Thomas Hoeren* anschaulich formuliert hat.<sup>41</sup> Auch diesbezüglich erscheint es ratsam, zunächst einmal ganz grundsätzlich nach dem Sinn, Nutzen und der Berechtigung des EDV-Einsatzes in der Justiz zu fragen, bevor die tatsächliche wie rechtliche Ausgestaltung des Elektronischen Rechtsverkehrs in Angriff zu nehmen ist. Bereits die ersten Schritte hin zu einer Elektronifizierung der Justiz hat *Peter Gilles* auf die zutreffende Kurzformel »Reform der Form, aber nicht der Inhalt« gebracht.<sup>42</sup> Dieser Befund lässt sich problemlos auch auf das aktuelle JKOMG übertragen.

<sup>35</sup> Man denke nur an das Beispiel der Ersetzung des bisherigen § 292a ZPO durch § 371a I 2 ZPO-E, siehe Art. 1 Nr. 20 JKOMG, dazu die Begründung, S. 73 sowie S. 79 ff.; siehe oben (II).

<sup>36</sup> So (zutreffend) *Stadler*, ZZP 111 (2002), S. 413 ff., 444.

<sup>37</sup> Siehe insbesondere die Einleitung zum RefE des JKOMG (S. 1 f.), s. a. die Begründung, S. 1 ff.

<sup>38</sup> Vgl. *Vollkommer*, Formenstrenge und prozessuale Billigkeit, 1973. Siehe auch *Mankowski*, in: *Schulte-Nölke/Schulze u. a. (Hrsg.)*, Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht, 2002, S. 181 ff., 182 (m. w. N. zur Form- oder Formalismus-»Renaissance»).

<sup>39</sup> Vgl. zu den Erfordernissen der Datennauthentizität, Datenintegrität und Datenvertraulichkeit *Viefhues*, CR 2001, S. 556 ff., 560; sowie *N. Fischer*, Justiz-Kommunikation, 2004, S. 40 ff. m. w. N.; s. zur »anwaltlichen Schweigepflicht« und E-Mailing von *Lewinski*, BRAK-Mitt. 2004, S. 12 ff.

<sup>40</sup> *E. Schneider*, NJW 1998, S. 1844 ff., 1844; *s. Hahn*, bei *Iqbal*, ZZP 111 (2002), S. 491 ff., 494; *Schwachheim*, NJW 1999, S. 621 ff., 622; zur »Entwurfs-«-Rspr. BGH, Urt. v. 18. 12. 1975, NJW 1976, S. 966 f.

<sup>41</sup> Siehe zu »Internet und Jurisprudenz« *Hoeren*, NJW 2000, S. 188 ff.; vgl. zu »Internet und Recht« (als neue Paradigmen des Informationsrechts) *Hoeren*, NJW 1998, S. 2849 ff. m. w. N.

<sup>42</sup> So *Gilles*, FS Németh, 2003, S. 557 ff., 563 ff., 562.

#### 4. Zugang zum Elektronischen Rechtsverkehr (Access to E-Justice)

Vernachlässigt wird bisher auch die zentrale Frage des Zugangs zum Elektronischen Rechtsverkehr. In diesem Rahmen ist besonders der Kostenaspekt von Bedeutung. Auf der einen Seite soll die Einführung der neuen E-Technik in der Justiz Zeit- und Kostenvorteile herbeiführen.<sup>43</sup> Die gewaltige Ausnahme, die in der Justizpraxis jedoch die Regel ist,<sup>44</sup> erscheint dagegen fast nebensächlich: »Sofern die technischen Voraussetzungen für diese Form noch nicht vorhanden sind, können die Haushalte von Bund und Ländern mit Anschaffungskosten für die erforderliche Hard- und Software belastet werden. Laufende Kosten werden durch die erforderliche Pflege, Wartung und Zertifizierungsstellendienstleistungen entstehen.« Die Rechtfertigung für die angebliche Kostenneutralität<sup>45</sup> wird dann damit begründet, dass den beschriebenen (exorbitanten) Kosten »langfristig Einsparungen, insbesondere bei Raum-, Personal-, Papier-, Porto- und Versandkosten« gegenüberstehen. Davon abgesehen, dass schon bisherige IT-Investitionen durch gleichzeitigen Stellenabbau »teuer erkauft« werden mussten,<sup>46</sup> wird allerdings einschränkend darauf hingewiesen, dass das »tatsächliche Rationalisierungs- und Einsparpotential« von der »effizienten Gestaltung der Abläufe« abhängt. Dieser Einschätzung ist insoweit zuzustimmen, als der effektive Einsatz leistungsfähiger und vernetzter EDV gerade im Justizbereich von der zeitgleichen Änderung herkömmlicher Organisationsstrukturen abhängt.<sup>47</sup> Hinsichtlich zu erwartender Kosten für rechtsuchende Bürger und die Wirtschaft wird allenfalls eingeräumt, dass »insbesondere für kleinere und mittlere Unternehmen« zwar Kosten anfallen können. Diese Kosten sollen allerdings »lediglich in Form von Anschaffungskosten für die erforderliche IT-Ausstattung« entstehen, die sich jedoch längerfristig kompensieren sollen.<sup>48</sup> Weitgehend ausgeblendet wurden dabei auch die finanziellen Auswirkungen auf die Rechtsanwaltschaft: Insbesondere wenn man bedenkt, dass der Elektronische Rechtsverkehr seinen Nutzen nur bei Teilnahme (fast) aller Beteiligten – und dazu gehören insbesondere die Rechtsanwälte – entfaltet, ist es auch unter Gleichheitsaspekten (Art. 3 I GG) mehr als bedenklich, wenn man die diesbezügliche Leistungsfähigkeit und Investitionskraft nicht differenziert betrachtet. Beim Zugang zum Elektronischen Rechtsverkehr ist nämlich das aus Art. 3 I GG abgeleitete Gebot der »prozessualen Waffengleichheit«<sup>49</sup> zu berücksichtigen: Diese Ausprägung des Art. 3 I GG – als verfassungsmäßiges Recht auf »prozessuale Chancengleichheit« im Sinne einer gleichmäßig ausgestalteten Rechtsstellung der Parteien im Verfahren – muss daher auch als inhaltlicher Maßstab für den Zugang zum Elektronischen Rechtsverkehr dienen.<sup>50</sup> Folglich verstößt ein für die beteiligten Rechtsanwender finanziell nicht mehr zugänglicher Rechtsverkehr – man denke

<sup>43</sup> Vgl. Begründung zum JKOMG, S. 63.

<sup>44</sup> Siehe zu den Defiziten der IT-Ausstattung der Justiz Mackenroth, ZRP-Rechtsgespräch, ZRP 2003, S. 24 ff., 24; Stadler, ZZP 111 (2002), S. 413 ff., 414 f.

<sup>45</sup> Für die IT-Ausstattung der Justiz etwa für das Land Nordrhein-Westfalen ist ein Investitionsaufwand von 370 Mio. DM bis 2003 als erforderlich angesehen worden, vgl. DRiZ 1996, S. 345.

<sup>46</sup> So sollte der im zuvor genannten Beispiel erwähnte Investitionsaufwand von 370 Mio. DM durch gleichzeitigen Abbau von 2.275 Stellen in der Justiz finanziert werden, vgl. DRiZ 1996, S. 345. Vgl. zu den Folgen des Stellenabbaus allg. etwa Marqua, DRiZ 1996, S. 202 f.; s. dazu auch den Kommentar von Voss, DRiZ 1996, S. 203 (»Justizpolitik am Scheideweg«); s. a. M. Zöller, DRiZ 1991, S. 326 ff., 332 (mit der Schätzung, wonach durch den EDV-Einsatz »pro 100 Geräte etwa eine Stelle eingespart« werden müsste).

<sup>47</sup> Vgl. z. B. Viebhus/Volesky, DRiZ 1996, S. 13 ff., 18; s. a. Kilian, Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung, 1974, S. 15 ff. m. w. N.

<sup>48</sup> Siehe die Gesetzesbegründung, S. 2 (auch zu fehlenden Auswirkungen auf das allgemeine Preisniveau).

<sup>49</sup> Vgl. für die bundesverfassungsgerichtliche Judikatur z. B. BVerfGE 69, 1 ff., 91 (Sondervotum Mahrenholz) sowie jüngst BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats) NJW 2001, S. 3695 ff., 3696; s. a. m. w. N. E. Schneider, ZAP 2001, S. 207 ff.; 261 ff. (Fach 13, S. 995 ff.; 1025 ff.).

<sup>50</sup> Einschlägig kann daher auch das »prozessuale Gleichbehandlungsgebot« als weitere Ausprägung des Art. 3 I GG sein (zur verfassungsrechtlichen Pflicht zur Gleichstellung der unbemittelten mit der

hier an Videokonferenzeinrichtungen oder teure EDV-Sicherheitssysteme – gegen Art. 3 I GG. Dem mag man zwar entgegenhalten, dass die Anwaltschaft derzeit insgesamt im Umfang des zu beobachtenden E-Technikeinsatzes der Justiz voraus ist und selbst bei kleinen Kanzleien mittlerweile E-Mail-Korrespondenz und Internetauftritt vielfach zu beobachten sind.<sup>51</sup> Dies darf jedoch auch nicht darüber hinwegtäuschen, dass das finanzielle Einkommens- und damit auch Investitions(leistungs)gefälle innerhalb der Anwaltschaft beträchtlich ist. Gerade in letzter Zeit ist wiederholt – und durch empirische Untersuchungen bestätigt<sup>52</sup> – darauf hingewiesen worden, dass die Kluft zwischen den »Vielverdienern« in der Rechtsanwaltschaft (wie die international agierenden und kooperierenden law firms<sup>53</sup>) und den Geringstverdienern (Berufsanfänger als »Einzelkämpfer«) immer größer geworden ist und sich stetig ausweitet.<sup>54</sup> Kaum jemand bestreitet aber, dass der Einsatz von E-Technik und die Teilnahme am Elektronischen Rechtsverkehr kostenintensiv ist, denn nicht nur die Anschaffung der entsprechenden IT-Infrastruktur, sondern auch deren Pflege, Wartung und die für diesen Rechtsverkehr – bereits im Hinblick auf die diversen Signaturpflichten – notwendigen Zertifizierungsstellendienstleistungen sind dabei zu berücksichtigen. Man denke hier beispielsweise an die Teilnahme an der sog. Videoverhandlung, die das Vorhandensein entsprechender Technik<sup>55</sup> voraussetzt, wovon derzeit aber fast allein bei Großkanzleien auszugehen ist. Zwar wird in der (Kommentar-) Literatur<sup>56</sup> darauf hingewiesen, dass die Teilnahme an der Videoverhandlung allein auf entsprechenden Antrag und im Einverständnis mit den Parteien stattfindet (vgl. § 128a I ZPO), so dass ein Nachteil für Nichtteilnehmer nicht zu erwarten sei. Jedoch ist es unter den Gesichtspunkten des gleichmäßigen Zugangs zum Elektronischen Rechtsverkehr und der »Waffengleichheit« (Art. 3 I GG) von Seiten des Gesetzgebers bedenklich, diese Teilnahmekosten allein als Sache der Rechtsanwaltschaft anzusehen.

### *5. Notwendigkeit einer Grundsatzreform des E-Verfahrensrechts*

Zur Überwindung der bislang vorherrschenden Formdominanz ist schließlich das Verfahrensrecht selbst in den Mittelpunkt von Reformüberlegungen zu stellen, wobei Nutzer- und besonders Bürgerfreundlichkeit beim Zugang zum Elektronischen Rechtsverkehr im Vordergrund stehen sollen. In diesem Zusammenhang sei auch darauf hingewiesen, dass es in der Justizreformdebatte der sechziger und siebziger Jahre um die Qualität des Rechtsschutzes durch die Entwicklung einer sozialen und humanen »Justizkultur« ging,<sup>57</sup> während dies bei der Einführung des Elektronischen

bemittelten Partei durch Gewährung von Prozesskostenhilfe vgl. BVerfGE 56, 139 ff., 143); siehe m. w. N. *N. Fischer*, Zivilverfahrens- und Verfassungsrecht, 2002, S. 8 f.

<sup>51</sup> Siehe dazu *Hof*, AnwBl. 2002, S. 378 ff., 378; Anfang Mai 2002 fanden sich in dem Verzeichnis des Anwalt-Suchservice über 3000 Rechtsanwälte, die mit einer sog. Homepage im Internet vertreten waren (bei einer Gesamtzahl von bundesweit ca. 121.000 RA), vgl. *Barth*, ZAP 10/2003, S. 486; s. zum elektronischen Rechtsverkehr in der notariellen Praxis z. B. *Oertel*, MittRhNotK 2000, S. 181 ff. m. w. N.

<sup>52</sup> S. *Schnucker*, BRAK-Mit 2002, S. 246 ff. m. w. N., vgl. zusammenfassend *Barth*, ZAP 10/2003, S. 486 f.

<sup>53</sup> Siehe zu »Tätigkeit und Berufschancen junger Anwälte in internationalen Anwaltskanzleien« *Heussen*, AnwBl 2000, S. 145 ff.

<sup>54</sup> Vgl. zum unterschiedlichen Einkommensniveau innerhalb der deutschen Rechtsanwaltschaft z. B. *Barth*, ZAP 10/2003, S. 486 f.

<sup>55</sup> Siehe dazu z. B. *Borchert*, CR 2002, S. 854 ff., 854 f. m. w. N.

<sup>56</sup> Vgl. z. B. *Baumbach/Lauterbach*, 62. Aufl., *Hartmann* zu § 128a ZPO, Rn. 4; *Zöller*, 24. Aufl., *Greger* zu § 128a ZPO, Rn. 2; *Musielak* (Hrsg.), 3. Aufl., *Stadler* zu § 128a ZPO, Rn. 1 f.

<sup>57</sup> Siehe dazu z. B. *Wassermann*, Der soziale Zivilprozess, 1978, insb. S. 49 ff.; s. a. *Gilles* (Hrsg.), *Humane Justiz*, Die deutschen Landesberichte zum ersten internationalen Kongress für Zivilprozessrecht in Gent 1977, 1977; vgl. zu den (verschiedenen) Justiz-Reform und -Modernisierungsdebatten m. w. N. auch *Wassermann*, RuP 1996, S. 206 ff.; *Weth*, NJW 1996, S. 2467 ff.; *Wassermann*, RuP 1998, S. 22 ff.

Rechtsverkehrs kaum noch eine Rolle zu spielen scheint. Für – noch zu entwickelnde – Leitlinien eines solchen »sozialen elektronischen E-Prozessrechts«<sup>58</sup> können im Folgenden nur drei Aspekte skizziert werden:

Erstens ist auf den Vorschlag von *Hendel* hinzuweisen, unterschiedliche Verfahrensregeln und damit Verfahrensabläufe für verschiedene Arten von Rechtsstreitigkeiten zu schaffen:<sup>59</sup> Ausgehend von der deutlich unterschiedlichen Praxis des Zivilprozesses vor Amts- und Landgerichten trotz der normativ im wesentlichen gleichförmigen Ausgestaltung (vgl. einerseits §§ 253 ff. ZPO, andererseits §§ 495 ff., 253 ff. ZPO), wird dabei die Hypothese zugrundegelegt, dass ein unterschiedliches Angebot an Ressourcen auch zu verschiedenen Verfahrensweisen aufgrund unterschiedlicher »Systeme informeller Regeln« führt.<sup>60</sup> Der – auch nach dem ZPO-RG – getrennte Instanzenzug für amts- und landgerichtliche Rechtsstreitigkeiten trägt zudem noch zu einer Stabilisierung dieser unterschiedlichen Regelsysteme bei. Wenn diese rechts-tatsächliche Verfahrensdifferenzierung in eine »Binnendifferenzierung« in demselben erstinstanzlichen Verfahren umgewandelt werden würde, hätte dies den Effekt, dass nicht mehr länger »Wichtiges und Unwichtiges über den gleichen, teuren Kamm geschoren wird, sondern dass für einfache Sachen ein einfaches Verfahren und für bedeutendere Sachen ein aufwendigeres Verfahren bereitgestellt wird«.<sup>61</sup> Für »einfache Sachen«, die dann vorliegen sollen, wenn der Sachverhalt für eine Rechtsentscheidung hinreichend geklärt ist (d. h. einen sehr hohen Grad an Wahrheit, Glaubhaftmachung oder Plausibilität aufweist), gäbe es danach – auf Antrag bzw. u. U. auch von Amts wegen – eine Art summarisches Verfahren, wobei der maßgebende Zeitpunkt die mündliche Verhandlung ist, die nach Erstellung der elektronischen Akte erfolgt. Dabei verbliebe den Parteien – vergleichbar mit dem derzeitigen einstweiligen Rechtsschutzverfahren – auch ein Rechtsbehelf gegen die summarische Entscheidung, mit der Konsequenz, dass dann streitig weiterverhandelt wird. Eine Steuerung erfolgte dabei nach Kostensanktionen, denn das summarische Verfahren ist »billig«, das streng streitige Verfahren ist »teuer«, wobei die Kostenfolge auch diejenige Partei trifft, die sich ohne sachlich gerechtfertigten Grund dem kostengünstigen summarischen Verfahren verweigert. Hierbei kommen insbesondere der Steuerungsfunktion des Gerichts, dem Wettbewerb der Parteien und letztlich auch dem Vertrauen des Gesetzgebers in die Richterschaft zentrale Bedeutung bei, zumal gerade die Regeln für die Auswahl der Verfahren und das summarische Verfahren selbst generalklauselartig und nicht eng gefasst sein sollten. Dieses »E-Verfahrensmodell« betont damit also die Rolle der mündlichen Verhandlung im Zivilprozess trotz Verwendung elektronischer Akten.

Damit verbunden ist die Frage, welche Art von Präsenz im Verfahren künftig erforderlich sein soll. Gerade die derzeitige Notwendigkeit körperlicher Präsenz am Verhandlungs- und damit Terminsort (vgl. §§ 128, 137 ZPO) erscheint angesichts der neuen technischen Möglichkeiten (vgl. z. B. § 128a ZPO für die Videokonferenz) als überholt. Dies hat entscheidende Auswirkungen auf das Verständnis von Mündlichkeit und Schriftlichkeit des Verfahrens und damit auf die Rolle des Mündlichkeitsgrundsatzes in einem (künftigen) elektronischen Gerichtsverfahren. Für die Zukunft ist daher zu überlegen, welches Mündlichkeitsverständnis angesichts der

<sup>58</sup> Bereits 1978 hat *Wassermann* (Der soziale Zivilprozess, S. 88 f.) die Bedeutung der Kommunikation für den sozialen Zivilprozess hervorgehoben. Siehe dazu auch *N. Fischer*, Justiz-Kommunikation, 2004, S. 55 ff. m. w. N.

<sup>59</sup> Vgl. *Hendel*, [www.jurpc.de/aufsatze/20020068.htm](http://www.jurpc.de/aufsatze/20020068.htm) (jurPC Web-Dok. 68/2002, Abs. 19 ff.).

<sup>60</sup> Siehe zur »Entformalisierung« des sog. Bagatellverfahrens gem. § 495a ZPO z. B. *Rottleuthner*, NJW 1996, S. 2473 ff.

<sup>61</sup> So *Hendel*, unter [www.jurpc.de/aufsatze/20020068.htm](http://www.jurpc.de/aufsatze/20020068.htm) (jurPC Web-Dok. 68/2002, Abs. 41 ff.).

vielfältigen Informations- und Kommunikationsmöglichkeiten für den Zivilprozess zugrundezulegen ist. Es geht damit also auch um die Frage nach der Art und Weise künftiger prozessualer Information und Kommunikation.

161

Zweitens ist vor diesem Hintergrund gerade die Bedeutung der unmittelbaren mündlichen und öffentlichen Verhandlung (vgl. §§ 128, 137 ZPO) gegenüber der Formfixierung des Elektronischen Rechtsverkehrs hervorzuheben. Zwar findet eine »Verhandlung«, die ihrem Namen gerecht wird (vgl. §§ 128, 136, 137, 139, 279 ZPO), vielfach nur noch bei den OLG und dem BGH statt.<sup>62</sup> Diese rechtstatsächliche Zurückdrängung der Mündlichkeit steht jedoch im Widerspruch zu ihrer erheblichen normativen Bedeutung: Insoweit ist besonders Art. 6 I der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) zu beachten, bzw. die ähnliche Regelung in Art. 47 II der Europäischen Grundrechte-Charta.<sup>63</sup> Danach ist (u. a.) eine »öffentliche Verhandlung« gefordert. Die Öffentlichkeit des Verfahrens setzt aber dessen Mündlichkeit voraus. Eine richtig gehandhabte Mündlichkeit bietet nicht nur ein gutes Instrument zur Wahrheitsfindung und Verfahrenskonzentration, sie bildet auch den geeignetsten Rahmen zur Gewährung rechtlichen Gehörs gem. Art. 103 I GG. Da eine Öffentlichmachung von Gerichtsakten im schriftlichen Verfahren praktisch kaum durchführbar ist, kann nur die mündliche Verhandlung auch die Öffentlichkeit gewährleisten. Nichts anderes kann aber für die elektronische Akte im besonderen und den elektronifizierten (Zivil-)Prozess im Allgemeinen gelten.

Drittens und schließlich ist auch in diesem »neuen« Kontext die »alte« Frage zu stellen, ob es bei »Verhandlung« lediglich um die Beibringung von Fakten im Sinne eines rein kontradiktatorischen Sachinformations- und Konfrontationsprinzips geht. Demgegenüber sollte »die Verhandlung« – und damit der Verhandlungsgrundsatz – entgegen dem ganz überwiegenden Begriffsverständnis gerade nicht auf eine bloße Beibringung reduziert werden:<sup>64</sup> Vielmehr ist der Verhandlungsgrundsatz im Sinne einer Sach- und Rechtskommunikation oder sogar Kooperation (»Kooperationsmaxime«)<sup>65</sup> zu verstehen. Damit verbunden ist ein Verständnis der Verhandlungsmaxime als Prinzip eines richterlich angeregten oder gesteuerten Aushandelns (bargaining, dealing, negotiation) und (damit) Angleichens gegensätzlicher Sach- und Rechtsstandpunkte in Richtung einer gütlichen Konfliktlösung resp. Sacherledigung durch gerichtlichen oder auch außergerichtlichen Vergleich (Konsensfindung), wenigstens aber streitige Verhandlung mit dem Ziel gütlicher Einigung, auch wenn ein richterlicher Machtspurh (als Konflikt-»Entscheidung«) notwendig wird (Akzeptanzprinzip).<sup>66</sup> Da sich Erörterungen (»Verhandlungen«) über tatsächliche und rechtliche Fragen und Probleme im Prozess gerade nicht immer und eindeutig trennen

<sup>62</sup> Für die bisherige rechtstatsächliche Entwertung der mündlichen Verhandlung sind nur folgende Stichworte zu nennen: Aktenberge, Termin- und Zeitdruck mit der Folge von Sammelterminen und die weitgehende Bezugnahme auf Schriftsätze (§ 137 III ZPO). Siehe zur »Entwertung der Mündlichkeit« auch E. Schneider, ZAP 2004, S. 1 f.

<sup>63</sup> Siehe zur Charta m. w. N. z. B. Pietsch, ZRP 2003, S. 1 ff.; siehe zum europäischen Grundrechtsschutz auch Leutheusser-Schnarrenberger, ZRP 2002, S. 329 ff.; Kingreen, JuS 2000, S. 857 ff., jew. m. w. N.

<sup>64</sup> Nach dem wohl überwiegenden Begriffsverständnis wird die »Verhandlung« als bloße Beibringung der Tatsachen durch die Parteien, und zwar in der mündlichen Verhandlung (vgl. §§ 127, 128 ZPO), verstanden, s. z. B. Jauernig, Zivilprozeßrecht, 27. Aufl., S. 87; Musielak, Grundkurs ZPO, 7. Aufl., S. 64 ff.; a. A. E. Schmidt, DRiZ 1988, S. 59 ff.

<sup>65</sup> Siehe m. w. N. B. Hahn, Kooperationsmaxime im Zivilprozess?, 1983; B. Hahn, JA 1991, S. 319 ff.; zum Begriff Bettermann, ZZP 91 (1978), S. 365 ff., 391; vgl. zur Kooperationsmaxime im Rechtsmittelverfahren m. w. N. nur Gilles, AcP 177 (1977), S. 189 ff., 202 ff.

<sup>66</sup> Vgl. Hendel, DRiZ 1992, S. 91 ff.; umfassend Fezer, Die Funktion der mündlichen Verhandlung im Zivilprozess und im Strafprozess, 1970; siehe zur Kommunikation auch Wassermann, Der soziale Zivilprozess, 1978, S. 88 f. m. w. N. (dazu E. Schmidt, DuR 1979, S. 317 ff.). Vgl. neuerdings P. Meyer, JR 2004, S. 1 ff., der den Begriff des »sozialen Zivilprozesses« zwar ablehnt, dabei jedoch einen missverständlichen Bedeutungsgehalt zugrundelegt (vgl. z. B. S. 1, 6); dagegen (sowie zur »sozialen Zwangsvollstreckung«) N. Fischer, DGVZ 2004, S. 97 ff., 103 m. w. N.

lassen, sondern sich vielmehr wechselseitig beeinflussen, ist mit der neueren Prozessrechtswissenschaft nicht nur das »Rechtsgespräch« als »Verhandlungsgespräch« zu begreifen, sondern »die Verhandlung« als offene und argumentative Kommunikation zwischen den Verfahrensbeteiligten im Hinblick auf Information, Meinungsbildung und Entscheidungsfindung.<sup>67</sup> Damit im Zusammenhang steht das Mündlichkeitsprinzip (vgl. § 128 I ZPO), das bei einer wirklichen »Verhandlung« eine ganz erhebliche Aufwertung erfährt. Dies kommt insbesondere denjenigen (anwaltlich nicht vertretenen) Parteien zugute, die sich schriftlich kaum sachgemäß artikulieren können. Durch die Stärkung des Mündlichkeitsprinzips besteht auch insgesamt eine höhere Erwartung, dass der Sachverhalt so, wie er sich tatsächlich abgespielt hat, der Entscheidung zugrundegelegt wird und dass die Parteien nicht das Opfer von Überraschungssentscheidungen werden (vgl. § 139 ZPO, Art. 103 I GG). Die (hier propagierte) Differenzierung zwischen Beibringung (Information durch Faktenbeschaffung und Faktenpräsentation) und Verhandlung (Kommunikation durch Austausch über den Sach- und Rechtsstoff)<sup>68</sup> ist jedoch längst kein in der Prozessrechtswissenschaft akzeptiertes Allgemeingut. Dies zeigen auch die Auseinandersetzungen um die »Kooperation« oder »Arbeitsgemeinschaft« zwischen den Prozessbeteiligten<sup>69</sup> zur Herbeiführung eines möglichst vollständigen und »wahren« (rekonstruierten) Sachverhalts als Entscheidungsgrundlage.<sup>70</sup>

#### *IV. Fazit und Ausblick*

Gerade vor dem Hintergrund eines solchen »Verhandlungs«-Verständnisses erscheint ein differenzierendes Verfahrensmodell, wie es von *Hendel* vorgeschlagen wird, schon deshalb erwägenswert, weil es nicht nur die Rechtstatsachen im Zivilprozess berücksichtigt, sondern auch eine strenge Formalisierung trotz Verwendung elektronischer Akten vermeidet. Dies geschieht nämlich im Wege der Stärkung der mündlichen Verhandlung und korrespondierend dazu einer Verhandlungmaxime, die diesen Namen dann wieder verdient.<sup>71</sup> Es stehen somit also Inhalte und nicht Formen von Verfahren im Vordergrund, und der Zivilprozess wird auch als differenziertes Informations- und Kommunikationssystem<sup>72</sup> erfasst. Eine viel umfassendere Überprüfung des Prozessrechts im Hinblick auf dessen Elektronifizierung ist auch deshalb erforderlich, weil die Elektronifizierung unmittelbar die verfassungsrechtlich relevante Frage des effektiven Zugangs zur Justiz und damit die Justizgewährung

<sup>67</sup> Siehe dazu insbesondere *Gilles*, in: Grimm (Hrsg.), Einführung in das Recht, 1985, S. 243 ff., 279.

<sup>68</sup> Siehe zum Zivilprozess als differenziertes Informations- und Kommunikationssystem auch *Gilles*, bei *Iqbal*, ZZP 111 (2002), S. 491 ff., 491; *B. Hahn*, Anwaltliche Rechtsausführungen im Zivilprozess, 1998, S. 430 ff.; vgl. zu den »Besonderheiten der zivilprozessualen Kommunikation« *Derleder*, KJ 2004, S. 170 ff.

<sup>69</sup> Vgl. dazu *Jauernig*, Zivilprozessrecht, 27. Aufl., S. 98 m. w. N. Die »prozessuale Arbeitsgemeinschaft« wird (u. a.) damit begründet, dass die Betätigung des freien Parteidwillens im Prozess nicht schrankenlos erfolgen darf, sondern aufgrund der Verpflichtung der Sozialstaatlichkeit des Verfahrens (vgl. Art. 20 I, 28 I 1 GG) Einschränkungen unterworfen werden muss, was im Ergebnis zu einer Stärkung der Richtermacht zu Lasten der Parteimacht führt. Dies heißt, dass die Parteien nicht mehr als »Herren« des Prozesses zu verstehen sind, sondern es vorrangig um die Zusammenarbeit aller Verfahrensbeteiligten geht; s. für den »Kooperationsgedanken« im englischen Zivilprozessrecht *Lord Woolf*, Access to Justice, Final Report 1996, S. 5.

<sup>70</sup> Siehe dazu auch *Foerste*, NJW 2001, S. 3103 ff., 3105.

<sup>71</sup> Siehe *Hendel*, unter [www.jurpc.de/aufsatz/20020068.htm](http://www.jurpc.de/aufsatz/20020068.htm) (jurPC Web-Dok. 68/2002, Abs. 35 ff.); sowie *Hendel*, DRiZ 1992, S. 91 ff.; s. a. *Wassermann*, RuP 1977, S. 1 ff.

<sup>72</sup> Vgl. *Gilles*, bei *Iqbal*, ZZP 111 (2002), S. 491 ff., 491; *B. Hahn*, Anwaltliche Rechtsausführungen im Zivilprozess, 1998, S. 430 ff.; s. a. *Hoffmann-Riem*, RuP 1998, S. 1 ff., 5; *Werner*, Elektronische Datenverarbeitung und Zivilprozess, 1995; *Stenz*, Anwendbarkeit von Telekommunikationsmitteln im Prozess, 1993; *Werner*, NJW 1997, S. 293 ff.

insgesamt betrifft (vgl. Art. 2 I, 19 IV, 20 III, 101 I 2, 103 I GG). Unter den Mängeln des Elektronischen Rechtsverkehrs leidet nämlich nicht nur die Justiz, sondern auch und insbesondere der rechtsuchende Bürger, der ohnehin durch die aktuellen (bzw. geplanten) Zugangsbeschränkungen zur Justiz<sup>73</sup> betroffen ist. Zu fordern ist somit ein »sozialer elektronischer Zivilprozess« (vgl. Art. 20 I, 28 I 1 GG).

<sup>73</sup> Man denke hier an die aktuellen Tendenzen zur Beschränkung von Prozesskostenhilfe und Einführung von Gerichtsgebühren in gebührenfreien Verfahren wie in der Sozialgerichtsbarkeit, s. für Bremen z. B. Mäurer, DRiZ 2000, S. 65 ff., 65; dazu grundlegend E. Schmidt, JZ 1972, S. 679 ff. m. w. N.; vgl. zu der (geplanten) Zusammenlegung von Gerichtsbarkeiten Redeker, NJW 2004, S. 496 ff.; Heister-Neumann, RuP 2004, S. 67 ff.