



Stellungnahme Nr. 26/2020 Juni 2020

Sicherung der Funktionsfähigkeit der Gerichte während einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite

Hier: Entwurf eines Epidemiegerichtsgesetzes (EpiGG) des Landes Schleswig-Holstein

erarbeitet von folgenden Ausschüssen der Bundesrechtsanwaltskammer:

Ausschuss ZPO/GVG (federführend)

Rechtsanwalt und Notar Markus Cloppenburg
Rechtsanwältin Dr. Sabine Hohmann
Rechtsanwalt Helmut Kerkhoff
Rechtsanwalt Jan K. Schäfer
Rechtsanwalt Lothar Schmude
Rechtsanwalt beim BGH Dr. Michael Schultz
Rechtsanwalt Dr. Michael L. Ultsch
Rechtsanwalt Dr. Michael Weigel (Vorsitzender)

Rechtsanwältin Jennifer Witte, Bundesrechtsanwaltskammer

Ausschuss Strafprozessrecht

Rechtsanwalt Dr. Matthias Dann, LL.M
Rechtsanwalt Prof. Dr. Michael Gubitz
Rechtsanwältin Dr. Vera Hofmann
Rechtsanwalt Prof. Dr. Christoph Knauer (Vorsitzender), Berichterstatter
Rechtsanwältin Anette Scharfenberg
Rechtsanwalt Franz-Josef Schillo
Rechtsanwältin Dr. Alexandra Schmitz
Rechtsanwältin Stefanie Schott
Rechtsanwalt Klaus-Ulrich Ventzke

Rechtsanwältin Eva Melina Buchmann, Bundesrechtsanwaltskammer

Ausschuss Sozialrecht

Rechtsanwältin Marion Häßler
Rechtsanwalt Matthias Herberg
Rechtsanwältin und Notarin Ruth Nobel, Berichterstatterin
Rechtsanwältin und Notarin Susanne Pfuhlmann-Riggert, Berichterstatterin
Rechtsanwalt Jörn Schroeder-Printzen (Vorsitzender), Berichterstatter

Rechtsanwältin Friederike Wohlfeld, Bundesrechtsanwaltskammer

Ausschuss Familien- und Erbrecht

Rechtsanwältin Dr. Kerstin Niethammer-Jürgens (Vorsitzende)
Rechtsanwalt Armin Abele
Rechtsanwalt J. Christoph Berndt
Rechtsanwältin Karin Susanne Delerue
Rechtsanwältin Jutta Deller
Rechtsanwalt Dr. Claus-Henrik Horn
Rechtsanwalt Alexander Mayerhöfer, Berichterstatter
Rechtsanwältin Karin Meyer-Götz, Berichterstatterin
Rechtsanwältin Beate Winkler

Rechtsanwältin Kristina Trierweiler, LL.M., Bundesrechtsanwaltskammer

Ausschuss Insolvenzrecht

Rechtsanwalt Prof. Dr. Lucas F. Flöther (Vorsitzender)
Rechtsanwältin Mechthild Greve
Rechtsanwalt Dr. Frank Kebekus
Rechtsanwältin Dr. Karen Kuder
Rechtsanwalt Markus M. Merbecks
Rechtsanwalt Rolf G. Pohlmann, Berichterstatter
Rechtsanwalt Dr. Wilhelm Wessel
Rechtsanwalt Dr. Thomas Westphal

Rechtsanwältin Daniela Neumann, Bundesrechtsanwaltskammer

Ausschuss Gewerblicher Rechtsschutz

Rechtsanwältin Dr. Julia Blind
Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Götz, Berichterstatter
Rechtsanwalt und Notar Dr. Mirko Möller, LL.M.
Rechtsanwältin Dr. Anke Nordemann-Schiffel
Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Osterrieth (Vorsitzender), Berichterstatter
Rechtsanwalt Pascal Tavanti

Rechtsanwältin Eva Melina Buchmann, Bundesrechtsanwaltskammer

Ausschuss Steuerrecht

Rechtsanwalt Dr. Jochen Bachmann, Berichterstatter
Rechtsanwalt r. Thomas Curdt, LL.M.
Rechtsanwalt Dr. Kai Greve
Rechtsanwältin Dr. Ute Lusche
Rechtsanwältin Judith Mehren
Rechtsanwältin Silvia Sparfeld, M.A.
Rechtsanwalt Arnold Christian Stange (Vorsitzender)

Rechtsanwältin Friederike Wohlfeld, Bundesrechtsanwaltskammer

Ausschuss Verwaltungsrecht

Rechtsanwältin Dr. Tina Bergmann
Rechtsanwalt Dr. Peter Eichhorn
Rechtsanwalt Dr. Jost Hüttenbrink, Berichterstatter
Rechtsanwältin Dr. Lisa von Laffert
Rechtsanwalt Prof. Dr. Hans-Peter Michler
Rechtsanwältin Dr. Margarete Mühl-Jäckel, LL.M. (Harvard)
Rechtsanwältin Dr. Barbara Stamm
Rechtsanwalt Jan Weidemann
Rechtsanwältin Dr. Sigrid Wienhues (Vorsitzende)

Rechtsanwältin Friederike Wohlfeld, Bundesrechtsanwaltskammer

Ausschuss Datenschutzrecht

Rechtsanwalt Klaus Brisch, LL.M.
Rechtsanwalt Michael Dreßler
Rechtsanwältin Simone Eckert
Rechtsanwalt Prof. Dr. Armin Herb (Vorsitzender), Berichterstatter
Rechtsanwalt Dr. Wulf Kamlah
Rechtsanwältin Simone Kolb
Rechtsanwalt Dr. Hendrik Schöttle
Rechtsanwalt Jörg Martin Mathis
Rechtsanwalt Prof. Dr. Ralph Wagner, LL.M.

Rechtsanwalt Sebastian Aurich, LL.M., Bundesrechtsanwaltskammer

Verteiler: Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit rund 166.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Stellungnahme

Die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) bedankt sich für die Möglichkeit zur Stellungnahme zu dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Sicherung der Funktionalität der Gerichte während einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (Epidemiegerichtsgesetz – EpiGG).

1. Einleitung

Grundsätzlich begrüßt die BRAK Maßnahmen, die es gewährleisten, die Funktionsfähigkeit der Gerichte während einer durch den Deutschen Bundestag nach § 5 IfSG festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite aufrechtzuerhalten. Der Justizgewährungsanspruch der Bürger ist in jedem Fall sicherzustellen. Deshalb muss dafür Sorge getragen werden, dass auch in pandemischen Lagen kein Stillstand der Rechtspflege eintritt.

Daher ist es sinnvoll, sich auf das Risiko von etwaigen Rückschlägen in der aktuellen Corona-Pandemie als auch von möglichen zukünftigen Epidemien vorzubereiten. Dafür müssen Vorkehrungen getroffen werden die – so weit wie möglich – sicherstellen, dass während einer Pandemie die Verfahren gefördert werden, um in der Justiz einen großen Rückstau zu verhindern. Denn dieser würde nach einer überstandenen Pandemie zu einer extrem übermäßigen Arbeitsbelastung der Gerichte führen. Leidtragende dieser Verfahrensverzögerungen sind dann die Rechtsuchenden.

Deshalb dürfte es zielführend sein, dass die geplanten Vorschriften in einem Sondergesetz kodifiziert werden sollen, um den Ausnahmecharakter der Vorschriften hervorzuheben und um sicherzustellen, dass während einer epidemischen Lage die entstehenden Probleme bundesweit gleich gelöst werden. Dementsprechend teilt die BRAK auch die Auffassung des Bundesrates, der in seiner Entschließung zum Sozialschutz-Paket II¹ ein tragfähiges Gesamtkonzept für alle Gerichtsbarkeiten und keine Insellösungen gefordert hat.

Jedoch enthält der Gesetzentwurf eine Reihe von Einschränkungen der rechtsstaatlichen Justizgewährung, die von großer Tragweite sind. Wesentliche Verfahrensgrundsätze dürfen durch eine Epidemie – gleich welcher Art – nicht ausgehebelt werden. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist eine tragende Säule unseres Rechtsstaates und muss stets beachtet werden. Ebenfalls sind Besonderheiten der einzelnen Verfahrensordnungen zu berücksichtigen.

Gerade hinsichtlich der besonderen verfassungsrechtlich verbürgten Verfahrensgrundsätze des Strafverfahrens sind bei StPO-Änderungen besonders hohe Anforderungen zu stellen. Kernstück im Strafprozessrecht sind der Grundsatz der Öffentlichkeit, der Unmittelbarkeitsgrundsatz und die Konzentrationsmaxime. Recht darf nicht hinter verschlossenen Türen gesprochen werden. Die Kontrolle durch die Öffentlichkeit ist für das Strafverfahren von herausragender Bedeutung. Genauso wenig ist es akzeptabel, wenn das gesamte Gericht nicht aufgrund seines persönlichen Eindrucks von Zeugen, Angeklagten und zentralen Beweismitteln in der Hauptverhandlung entscheidet. Deswegen

¹ BR-Drs. 245/20 (Beschluss) v. 15.05.2020, S. 2, Ziff. 1.

lehnt die BRAK eine Verfahrensführung per Video im Strafverfahren ab. Änderungen im Bereich des Strafverfahrensrechts steht die BRAK sehr kritisch gegenüber.

Vor diesem Hintergrund wird der Gesetzentwurf nach Auffassung der BRAK weder der aktuellen noch zukünftigen epidemischen Lagen von nationaler Tragweite gerecht. Mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 ist im März 2020 eine Lebenssituation eingetreten, die beispiellos war und sofortiges Handeln notwendig machte. Erst im Nachhinein wird beurteilt werden können, welche Maßnahmen zur Bekämpfung der Epidemie notwendig und verhältnismäßig waren. Bevor gesetzliche Neureglungen erfolgen, sollte zunächst eine Auswertung der Arbeitssituation in der Justiz der vergangenen Wochen erfolgen, um hieraus planvoll etwaige Wiederholungen zu regeln.

So sind die Funktionsfähigkeit der Gerichte und der Justizgewährungsanspruch seit März 2020 gänzlich dem Gesundheitsschutz untergeordnet worden. Dies wirkte und wirkt sich insbesondere auf die Durchführung mündlicher Verhandlungen aus. Die Gerichte hielten in den vergangenen Wochen meist nur einen Notbetrieb aufrecht, sodass der Sitzungsbetrieb nahezu zum Erliegen kam.

Die verfahrensrechtlichen Möglichkeiten, die sich bereits heute aus der ZPO und den weiteren Verfahrensordnungen ergeben, um – auch in epidemischen Zeiten – gerichtliche Verfahren zu fördern, d. h. die weitere Durchführung vieler Verfahren zu gewährleisten und größtenteils einen Stillstand der Rechtspflege zu vermeiden, sind nach Auffassung der BRAK von den Gerichten jedoch nicht hinreichend genutzt worden.

Die Möglichkeiten konnten indes nicht ausreichend ausgeschöpft werden, da große Teile der Justiz technisch nicht hinreichend ausgestattet sind. So wurde teilweise ein Schichtbetrieb in den Gerichten eingeführt, um zu vermeiden, dass durch die Quarantänenotwendigkeiten die Gerichte insgesamt arbeitsunfähig werden. Für die allgemeine Gerichtsbarkeit muss festgestellt werden, dass die technischen Voraussetzungen, um mit dem elektronischen Versand von Schriftsätzen arbeiten zu können, nicht vorhanden sind oder nicht genutzt werden. Es muss zukünftig gewährleistet werden, dass – soweit ein Schichtbetrieb angeordnet wird – Richter und Geschäftsstellen aus dem Homeoffice die Verfahren weiter fördern können. Es muss sowohl eine inhaltliche Bearbeitung der Akten als auch eine Erreichbarkeit sichergestellt werden.

Statt sich dieser fehlenden Funktionalität zuzuwenden, verlagert der Gesetzentwurf die Problematik auf die Anwaltschaft und die Beteiligten des Verfahrens. Insbesondere soll der Einsatz von Videokonferenztechnik erweitert werden, ohne sich hinreichend mit den technischen Voraussetzungen, dem Datenschutz und der rechtsstaatlich gebotenen Interessenvertretung auseinanderzusetzen (siehe hierzu ausführlich unter Ziff. 2.5).

Kurzum: Ohne ein Umdenken im Umgang mit den bereits vorhandenen Möglichkeiten der jeweiligen Verfahrensordnungen für die Strukturierung der Prozesse und einem zügigen Ausbau einer flächendeckenden IT-Infrastruktur bei den Gerichten – wie im Pakt für den Rechtsstaat vereinbart – nutzt auch kein Sondergesetz, um in epidemischen Lagen die Arbeitsfähigkeit der Gerichte zu gewährleisten.

2. Zu den einzelnen Vorschriften des EpiGG-Entwurfs

2.1 Zu § 1 EpiGG-E (Anwendungsvoraussetzungen)

In § 1 EpiGG-E sollte zur Klarstellung darauf hingewiesen werden, dass das Gesetz neben die jeweiligen Verfahrensvorschriften tritt. Fraglich ist an dieser Stelle allerdings, wie mit den pandemiebedingten Änderungen im ArbGG und des SGG, die bereits im Rahmen des Sozialschutzpaktes II erfolgt sind,² umgegangen werden soll.

Ferner nimmt § 1 Abs. 2 EpiGG-E Bezug auf § 5 IfSG. Hierbei stellt sich die Frage, ob es auf den Zeitpunkt des Beschlusses durch den Deutschen Bundestag ankommt oder ob auf die Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt abzustellen ist. Dies ist bereits in § 5 Abs. 1 IfSG unklar geregelt. Ausgehend von den Maßstäben für die Rechtswirksamkeit der Gesetze, kommt es auf die Bekanntmachung im Bundesgesetzblatt an. Daher sollte in § 1 Abs. 2 EpiGG-E der Zeitpunkt für die Anwendbarkeit des Gesetzes konkreter bestimmt werden.³

2.2 Zu § 2 EpiGG-E (Ermessen)

§ 2 Abs. 1 EpiGG-E sieht eine Regelung vor, wie das gerichtliche Ermessen auszuüben ist. Diese Regelung erscheint generell sinnvoll. Es sollte allerdings noch klarer herausgestellt werden, dass es sich um Vorschriften hinsichtlich der Ermessensausübung im Rahmen dieses Gesetzes handelt. Ferner wird angeregt, in § 2 Abs. 1 EpiGG-E nach den Worten „allgemeinen Vorschriften“ noch die Worte „der jeweiligen gerichtlichen Verfahrensordnungen“ einzufügen, um deutlich zu machen, dass diese Regelungen nur für das prozessuale Recht gelten. Darüber hinaus sollte an dieser Stelle ebenfalls klargestellt werden, dass bei den im Rahmen der Entscheidung des Gerichts zu berücksichtigenden Interessen der Beteiligten auch die wirtschaftlichen und technischen Möglichkeiten der Beteiligten zu berücksichtigen sind.⁴ Es wird folgende Formulierung vorgeschlagen:

§ 2 Ermessen

(1) Bei der Ausübung eines ihnen in diesem Gesetz gewährten Ermessens haben die Gerichte abzuwägen, inwieweit Abweichungen von den allgemeinen Vorschriften der jeweiligen gerichtlichen Verfahrensordnungen unter Berücksichtigung der Interessen der Beteiligten und insbesondere deren technischen Möglichkeiten, aus Gründen des Infektionsschutzes erforderlich sind. [...]

Unklar ist ferner die Regelung des § 2 Abs. 2 EpiGG-E. Insbesondere in der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit werden einzelne Entscheidungen durch die Kammer/den Senat getroffen, während andere Verfahrensangelegenheiten auch ohne die ehrenamtlichen Richter zu treffen sind. Da jedoch eine Vielzahl von Entscheidungen im Vorfeld getroffen werden müssen, die üblicherweise in der Praxis vom Berufsrichter getroffen werden, sollte dieser Aspekt klargestellt werden.

² Gesetz zu sozialen Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (Sozialschutz-Paket II) v. 20.05.2020, BGBl. I 2020, 1055 v. 28.05.2020.

³ vgl. aber auch die Ausführungen zu § 15 EpiGG.

⁴ Bereits an dieser Stelle sei auf die Wechselwirkung zwischen § 2 Abs. 1 und § 6 Abs. 1 EpiGG-E verwiesen (siehe auch die Ausführungen zur Ausübung des Ermessens, S. 29 des Gesetzentwurfs).

2.3 Zu § 4 EpiGG-E (Richtereid)

§ 4 EpiGG-E befasst sich mit dem von allen Richtern zu leistenden Eid in Zeiten einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, wenn keine mündlichen Verhandlungen stattfinden.

Diese Vorschrift sollte nach Ansicht der BRAK ersatzlos gestrichen werden. Die Ableistung des Richtereids vor Amtsausübung eines Berufsrichters ist unabdingbare Voraussetzung für die Ausübung der Dienstgeschäfte, insbesondere für die spruchrichterliche Tätigkeit. Auch in der Begründung des Gesetzentwurfes (siehe RefE, S. 25) heißt es, dass die Eidesleistung von besonderem Gewicht sei und deshalb nicht per Videokonferenz erfolgen dürfe. Tatsächlich führt die Regelung aber dazu, dass Richter ohne geleisteten Richtereid tätig würden, was die Bedeutung des Eides gerade abschwächen würde. Dies erscheint inkonsequent.

Zudem ist die Regelung zumindest für die Landesgerichte entbehrlich: § 38 Abs. 3 DRiG sieht vor, dass auch in anderer Weise der Diensteid öffentlich geleistet werden kann, eine mündliche Verhandlung ist dafür nicht erforderlich. Daher kann die Vereidigung des Berufsrichters außerhalb der mündlichen Verhandlung durch den Präsidenten oder den jeweiligen aufsichtsführenden Richter bzw. dessen Vertreter im Amt ermöglicht werden.

2.4 Zu § 5 EpiGG-E (Öffentlichkeit)

Nach Auffassung der BRAK muss der Grundsatz der Öffentlichkeit der Verhandlung nach § 169 GVG grundsätzlich gewahrt bleiben. Denn das Prinzip der Öffentlichkeit ist für die rechtsstaatliche Justizgewährung fundamental. Ein Ausschluss der Öffentlichkeit würde das unerlässliche Vertrauen in die Rechtspflege gefährden.

Eine Beschränkung des Zutritts in dem Sitzungssaal des erkennenden Gerichts hält die BRAK für sinnvoll, um im Falle einer epidemischen Lage einerseits den Gesundheitsschutz des Gerichts und der Verfahrensbeteiligten und andererseits den Grundsatz der Öffentlichkeit zu gewährleisten. Insofern ist die in § 5 Abs. 1 Satz 2 EpiGG-E vorgesehene Möglichkeit, als ultima ratio durch eine Ton- und Bildübertragung in einem anderen Raum die Öffentlichkeit herzustellen, grundsätzlich ein geeignetes Verfahren, um eine Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes zu vermeiden bzw. so gering wie möglich zu halten. Die Parteiöffentlichkeit ist aber in jedem Fall zu wahren – dafür sind entsprechende Maßnahmen zu treffen (Größe des Sitzungsraums, Mundschutzpflicht, ausreichende Sitzdistanz, Abschirmung durch Acrylglascheiben, Lüften, Desinfektion etc.).

Jedoch soll nach § 5 Abs. 1 Satz 2 EpiGG-E eine Tonübertragung ausreichend sein, eine noch zusätzliche Bildübertragung wird nicht zwingend vorgeschrieben. Inwieweit dadurch eine ernsthafte Alternative für die Öffentlichkeit hergestellt werden kann, ist zweifelhaft.

Auch die Regelung in § 5 Abs. 3 Satz 1 EpiGG-E ist zu überdenken. Nach der Formulierung sind die Entscheidungen unanfechtbar, in der Gesetzesbegründung (siehe RefE, S. 28) wird hingegen ausgeführt, dass die Entscheidung der Beschränkung der Öffentlichkeit innerhalb des Rechtsmittels gegen die Endentscheidung überprüft werden kann. Daher sollte § 5 Abs. 3 Satz 1 EpiGG-E wie folgt formuliert werden: „Entscheidungen nach den Absätzen 1 und 2 sind nur mit der Entscheidung in der Hauptsache anfechtbar.“

Allerdings können nach Auffassung der BRAK solche Einschränkungen des Öffentlichkeitsgrundsatzes aber nach bestehender Gesetzeslage als sitzungspolizeiliche Maßnahme

nach § 176 GVG durch den Vorsitzenden getroffen werden, um während einer mündlichen Verhandlung die Gefahr einer Infektion der Prozessbeteiligten sowie der anwesenden Saalöffentlichkeit zu reduzieren. Nach § 176 GVG sind Maßnahmen, welche den Zugang zu einer mündlichen Verhandlung nur unwesentlich erschweren, auch wenn sie die Zahl der Zuhörer spürbar beschränken, zulässig, wenn für sie ein verständlicher Anlass besteht und bei der Auswahl der Öffentlichkeit keine sachwidrige Selektion nach persönlichen Merkmalen stattfindet.⁵ Darüber hinaus kann auch bereits der Gerichtspräsident im Rahmen seines Hausrechts entsprechende Zugangs-/Einlassbeschränkungen am Eingang des Gerichtsgebäudes regeln; bspw. sind bei der aktuellen Corona-Pandemie bei den Schleswig-Holsteinischen Gerichten am Eingang Fragebögen auszufüllen, in denen nicht nur die Personalien, sondern auch Risiken abgefragt werden.

2.5 Zu § 6 EpiGG-E (Gerichtlicher Termin im Wege der Bild- und Tonübertragung)

2.5.1 Zu § 6 Abs. 1 EpiGG-E:

§ 6 Abs. 1 EpiGG-E sieht eine Erweiterung zu den bereits bestehenden Möglichkeiten einer Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung nach § 128a ZPO in allen gerichtlichen Verfahren vor. Danach soll die Durchführung der mündlichen Verhandlung ausschließlich über eine Bild- und Tonübertragung bei Vorliegen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite ohne Zustimmung der Beteiligten vom Gericht angeordnet werden können.

Die BRAK spricht sich dagegen aus, eine Anordnung des Gerichts zu einer verpflichtenden Teilnahme an einer mündlichen Verhandlung per Videokonferenz gesetzlich zu statuieren. Das Mündlichkeitsprinzip ist ein wesentlicher Verfahrensgrundsatz, der großes Gewicht hat. Voraussetzung muss daher immer sein, dass die Entscheidung darüber, ob eine mündliche Verhandlung ausschließlich per Videokonferenz geeignet ist, mit Zustimmung beider Parteien erfolgt. Diese Entscheidungskompetenz darf nicht allein dem Vorsitzenden überlassen bleiben.

Darüber hinaus erscheint es bedenklich, dass die verwendete Formulierung eine Anordnung der Teilnahme im Wege der Bild- und Tonübertragung auch nur gegen einzelne Beteiligte zulässt, ohne dass insoweit die Voraussetzungen ausdrücklich geregelt sind. Eine solche Anordnung sollte – allenfalls – nur gegenüber allen Beteiligten ergehen können, um die einseitige Bevorzugung eines Beteiligten oder auch nur den Anschein einer solchen auszuschließen. Ferner ist nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen § 7 Abs. 1 EpiGG-E eine Gestattung einer Teilnahme der ehrenamtlichen Richter an der mündlichen Verhandlung per Videokonferenz vorsieht, in § 6 Abs. 1 EpiGG-E hingegen eine Anordnung durch das Gericht statuieren will. Dies erscheint zu weitgehend.

Insofern sollte § 6 Abs. 1 EpiGG-E – wie dies auch in dem Sozialschutz-Paket II für den Bereich der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit vorgesehen ist (vgl. § 114 ArbGG-neu, § 211 SGG-neu)⁶ – ebenfalls als Soll-Vorschrift dahingehend ausgestaltet werden, dass das Gericht den Beteiligten die Teilnahme per Videokonferenz zu gestatten hat.

⁵ Gehrlein, ZMR 2020, 257 [260].

⁶ BT-Drs. 19/18966 und BR-Drs. 245/20.

2.5.2 Zu § 6 Abs. 2 EpiGG-E:

Die Durchführung einer Beweisaufnahme im Wege der Bild- und Tonübertragung (vgl. § 6 Abs. 2 EpiGG-E) sollt aufgrund der Besonderheiten, insbesondere wenn es bei der Beweiswürdigung für das Gericht entscheidend auf die Glaubwürdigkeit eines Zeugen ankommt, auch während Epidemielagen nur die Ausnahme sein. Jedenfalls ist die Übertragung eines Zeugen auf ein Smartphone – der Gesetzentwurf geht auch von einer solchen Teilnahmemöglichkeit an der mündlichen Verhandlung aus (siehe RefE, S. 3, 17) – unzumutbar, um den unmittelbaren Eindruck vom Zeugen gewinnen zu können (Körpersprache etc.), und daher inakzeptabel (siehe hierzu auch Ziffer 2.5.4).

2.5.3 Zu § 6 Abs. 3 EpiGG-E:

Nach § 6 Abs. 3 EpiGG-E soll das Gericht berechtigt sein, ohne Zustimmung der Parteien anzuordnen, dass die Gerichtsverhandlung nur im Wege der Bild- und Tonübertragung stattfinden soll. Eine Ausnahme für den Fall, dass beide Parteien widersprechen, ist nicht vorgesehen. Dies ist nicht akzeptabel. Es stellt sich die Frage, ob den Parteien hierdurch auch die Möglichkeit genommen werden soll, das Verfahren übereinstimmend zum Ruhen zu bringen. Ebenso unangemessen erscheint es, dass nur für eine Beweisaufnahme die Möglichkeit einer Beschwerde gegen eine solche Anordnung und gegen deren Bescheidung kein weiteres Rechtsmittel vorgesehen ist. Sofern gegen den Willen einer Partei deren Teilnahme im Wege der Bild- und Tonübertragung angeordnet werden soll, bedarf es zumindest der Feststellung eines missbräuchlichen Verhaltens.

2.5.4 Weitere Anmerkungen:

Verbesserung des Verfahrensmanagements der Gerichte

Die BRAK ist der Auffassung, dass die bereits in den Verfahrensordnungen, insbesondere der ZPO, statuierten Möglichkeiten ausreichend sind, um auch im Fall von epidemischen Lagen die weitere Durchführung vieler Verfahren zu gewährleisten und größtenteils einen Stillstand der Rechtspflege zu vermeiden. Von diesen bereits jetzt geltenden gesetzlichen Instrumenten sollte mehr Gebrauch gemacht werden (wie bspw. materielle Prozessleitung gem. § 139 ZPO, Vorbereitung des Termins gem. § 273 ZPO etc.) – das Verfahrensmanagement der Gerichte muss grundsätzlich verbessert werden.

So sollte die Vorbereitung der Termine durch die Gerichte verbessert werden; ebenso sollte das Gericht den Prozessstoff im Vorfeld einer mündlichen Verhandlung besser absichten und frühzeitig Hinweise schriftlich, telefonisch oder per Videokonferenz geben. Denn informelle Video- und Telefonkonferenzen sind unabhängig von § 128a ZPO jederzeit nach Absprache mit den Beteiligten möglich, wie etwa für Vorbesprechungen zum Verfahrensablauf oder für Vergleichsverhandlungen mit den Prozessbevollmächtigten; der Grundsatz der mündlichen Verhandlung verbietet es dem Richter nicht, auch außerterminlich mit den Prozessbevollmächtigten zu kommunizieren. Dadurch können zumindest die „Durchlauftermine“ vermieden werden.

Auf Basis dessen kann das Gericht dann – mit der Zustimmung der Parteien – entscheiden, wie die Verhandlung und auch die Beweisaufnahme durchzuführen sind (Präsenzverhandlung, Videokonferenz, schriftliches Verfahren). Für etwaige Präsenzverhandlungen und Beweisaufnahmen

sind entsprechende Maßnahmen zur Sicherung des Gesundheitsschutzes zu treffen (Größe des Sitzungsraums, Mundschutzpflicht, Sitzdistanz, Abschirmung durch Acrylglasplatten etc.).

Dabei ist für die Sachverhaltsaufklärung und die Beweisaufnahme die Präsenzverhandlung grundsätzlich die probatere Variante als für einen Termin über Rechtsgespräche, für den sich eine Videokonferenz besser eignet. Dies jedenfalls in Hinblick auf die mangelnde technische Ausstattung der Gerichte als auch der Beteiligten mit der entsprechender Bild- und Tonübertragungstechnik. Die BRAK sieht zum jetzigen Zeitpunkt keine hinreichend moderne technische Ausstattung dahingehend gegeben, die es ermöglicht, insbesondere im Rahmen einer Beweisaufnahme den unmittelbaren Eindruck vom Zeugen (Körpersprache etc.) und seiner Umgebung (keine Beeinflussung durch Dritte) hinreichend wahrnehmen zu können.

Technische Ausstattung und Datenschutz

Bei der technischen IT-Ausstattung besteht generell bei allen Beteiligten ein erheblicher Nachholbedarf. Dabei könnten die staatlichen Gerichte hier die Erfahrungen, die in der Schiedsgerichtsbarkeit gemacht wurden, nutzen. Die Schiedsgerichtsbarkeit hat bereits zu Beginn der Coronakrise reagiert und schnell auf Verhandlungen per Videokonferenzen umgestellt. Dabei wurde auch in die eigene technologische Ausstattung investiert (bessere Webcams, größere und mehrere Bildschirme etc.). Zudem arbeiten verschiedene Gruppen der internationalen Schiedsgemeinschaft bereits an Handreichungen, wie bestimmte Verfahrensaspekte in den virtuellen Raum rechtssicher übertragen werden können; so z. B. das Seoul Protokoll, das versucht Regelungen für Zeugenvernehmungen in Schiedsverfahren per Videokonferenz aufzustellen. Im Sinne der grundsätzlich notwendigen Modernisierung des Zivilprozess sollten die Justiz dringend nachziehen, da die Videokonferenz grundsätzlich – mit der entsprechenden Technik – eine gute Alternative darstellt.

Ferner wird – wie bereits unter Ziffer 2.5.2 erwähnt – laut der Gesetzesbegründung (siehe RefE, S. 3, 17, 29) davon ausgegangen, dass Bürgern technisch die Teilnahme an Verhandlungen per Videokonferenz möglich sei, da nach statistischen Daten 87 % der Bürger über ein geeignetes Smartphone und 95 % der Haushalte über einen Internetanschluss verfügen würden. Diese Zahlen erscheinen der BRAK zu hoch gegriffen. So haben die Erhebungen im Rahmen des sog. Homeschooling ergeben, dass für lediglich 28 % der Schüler die technischen Voraussetzungen im eigenen Haushalt gegeben sind. Offensichtlich ist die technische Ausstattung der meisten Haushalte nicht so umfassend wie angenommen. Zumal bei der jungen Generation eine weitaus höhere Akzeptanz vorhanden sein müsste. Daher wird bezweifelt, ob eine Videokonferenz insbesondere für ältere Menschen tatsächlich eine gangbare Alternative ist. Außerdem differenziert der Gesetzentwurf bei Smartphones weder nach Art noch Alter. Davon abgesehen ist ein Smartphone kein geeignetes Equipment, um an einer Videokonferenz mit mehreren Beteiligten teilzunehmen; denn selbst bei einer Videokonferenz auf dem Computerbildschirm mit mehreren Teilnehmern sind diese nicht größer als Spielkarten.

Auch stellt sich die Frage, wie während einer Videokonferenz die Kommunikation zwischen Rechtsanwälten und Mandanten erfolgen soll. Eine anwaltliche Vertretung ist nicht möglich, wenn sich jeder gesondert zu seiner Videokonferenz zuschaltet. Dass sich der Mandant für die Verhandlung per Videokonferenz in die Kanzlei des jeweiligen Rechtsanwalts begibt, um sich dort gemeinschaftlich zu der Konferenz zuzuschalten, ist indes keine Alternative. Denn die Gefahr eines Kontakts würde damit in die Kanzlei verlagert; zudem bestehen ggf. entsprechende Ausgangs- und/oder Kontaktsperren. Diese Fragestellungen sind in dem Gesetzentwurf nicht erfasst.

Darüber hinaus ist fraglich, ob die aufwendige und kostenintensive Anschaffung der technischen Ausstattung (schnelles Internet, mehrere große, hochauflösende Bildschirme, mit entsprechender Hard- und Software etc.) von allen Rechtsanwälten, insbesondere bei älteren Rechtsanwälten, gefordert werden kann. Daher ist zu überlegen, ob die Justiz bei allen Gerichten entsprechende Videokonferenzzentren einrichten sollte; so bestünde für alle Rechtsanwälte, aber auch für Parteien und Zeugen die Möglichkeit, an Verhandlungen per Videokonferenz teilzunehmen. Bei solchen Videokonferenzzentren wären dann natürlich während epidemischen Lagen entsprechende Maßnahmen und Auflagen zur Gewährleistung des Gesundheitsschutzes zu treffen. Die Problematik etwaiger Ausgangs- und/oder Kontaktsperren bleibt aber auch hier bestehen.

Darüber hinaus stellt sich bei der Anwendung von Videokonferenztechnik die Frage der datenschutzrechtlichen Konformität. So erfüllen nicht alle erhältlichen Videokonferenzsysteme die Vorgaben der DSGVO. Insofern sind nur solche Systeme zu wählen, bei denen gesichert ist, dass keine Daten den Anwendungsbereich der DSGVO verlassen. Auf den Einsatz von Videokonferenztechnik durch die Gerichte und die entsprechende Einhaltung der Vorgaben der DSGVO wird zwar ausführlich im Gesetzentwurf eingegangen. Allerdings können hierbei praktische Probleme auftreten, wenn bspw. das Gericht die Verwendung eines Videokonferenzsystems vorgibt, das allerdings der Rechtsanwalt nach kanzleiinternen Datenschutzvorgaben dieses Produkt nicht verwenden darf. Ferner sind gesicherte Verbindungen (z. B. über VPN) notwendig, um die Einhaltung der in Art. 32 DSGVO insbesondere geforderten erforderlichen insbesondere technischen organisatorischen Maßnahme zu gewährleisten.

In diesem Zusammenhang stellt sich des Weiteren die Frage, wie bei der Verwendung von privaten Computern, Tablets oder Smartphones, mit denen die Beteiligten nach der Vorstellung des Gesetzentwurfs an mündlichen Verhandlungen teilnehmen sollen (siehe RefE, S. 3, 17), die einschlägigen Datenschutzstandards sichergestellt werden und sich die Übertragungswege (Server-Standorte) innerhalb des Anwendungsbereichs der DSGVO befinden. Dazu enthält der Gesetzentwurf keinerlei Ausführungen; ebenso wenig zu von der Verwaltung zur Verfügung gestellte kostenlose Software/App.

Deshalb regt die BRAK dringend an, dass der Gesetzgeber die technischen und damit auch datenschutzrechtlichen Rahmenbedingungen für Videokonferenzen im Rahmen einer Verordnung – z. B. ähnlich der Elektronischen-Rechtsverkehr-Verordnung (ERVV) – festlegt.

Im Übrigen sollte zumindest Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EpiGG-E dahingehend DSGVO-konform formuliert werden, dass den Art. 25, 32 DSGVO durch die Formulierung „geeignete technische und organisatorische Maßnahmen“ genüge getan wird.

2.6 Zu § 7 EpiGG-E (Kollegialgerichte bei Terminen im Wege der Bild- und Tonübertragung)

§ 7 Abs. 1 EpiGG-E sieht vor, dass der Vorsitzende anderen Mitgliedern des Spruchkörpers gestatten kann, an dem Termin jeweils von einem anderen Ort aus im Wege der zeitgleichen Übertragung in Bild und Ton teilzunehmen, wenn dies aus Gründen des Infektionsschutzes erforderlich ist. Um das Beratungsgeheimnis nicht zu gefährden, sollen nach § 7 Abs. 1 Satz 3 EpiGG-E die Teilnehmenden entsprechende organisatorische Maßnahmen treffen. Um die datenschutzrechtliche Konformität nach Art. 25, 32 DSGVO zu wahren, sollte auch hier im Gesetzeswortlaut ausdrücklich die Formulierung „geeignete technische und organisatorische Maßnahmen“ (vgl. Art. 25 Abs. 1 DSGVO) verwendet werden (siehe bereits Ausführungen unter Ziffer 2.4.5).

Durch den Verweis nach § 7 Abs. 1 Satz 4 EpiGG-E auf § 6 Abs. 1 Satz 3 EpiGG-E, dass eine Aufzeichnung der Verhandlung untersagt ist, wird dafür Sorge getragen werden, dass auch bei den ehrenamtlichen Richtern eine Verpflichtung auf die Vertraulichkeit entsprechend Art. 24 Abs. 1, Art. 29 und Art. 32 Abs. 4 DSGVO erfolgt;⁷ Richter sind schon aufgrund der entsprechenden gesetzlichen Vorschriften zur Vertraulichkeit verpflichtet.

Darüber hinaus bleibt jedoch die rein praktische Umsetzung der technischen und organisatorischen Maßnahmen völlig unklar (wie beispielsweise Hellhörigkeit des Ortes, an dem sich der ehrenamtliche Richter befindet etc.). Die Verantwortung für eine ordnungsgemäße Umsetzung wird formal allein auf den Berufsrichter verlagert, der sich dann die erforderlichen Regelungen für die praktische Umsetzung „ausdenken“ muss. Insofern sollte – zumindest in der Gesetzesbegründung – ausführlicher dargelegt werden, dass bei den geforderten „organisatorischen Maßnahmen“ (siehe RefE, S. 33) verstärkte Sorgfalt an den Tag gelegt werden muss.

2.7 Zu § 8 EpiGG-E (Erweiterte Befugnisse des Vorsitzenden)

Die Notwendigkeit der Regelung des § 8 Abs. 1 EpiGG-E erschließt sich der BRAK nicht, da die Möglichkeit der Einzelrichterentscheidung mit Zustimmung der Beteiligten bereits gegeben ist, wie bspw. § 87a Abs. 2 VwGO, § 155 Abs. 3 SGG oder § 6 FGO.

Auch der Regelung des § 8 Abs. 2 EpiGG-E bedarf es nicht, da ebenfalls bereits die Möglichkeit der Gerichte besteht, im schriftlichen Verfahren mit Zustimmung der Parteien zu entscheiden (siehe bspw. § 101 Abs. 2 VwGO, § 124 Abs. 2 SGG oder § 90 Abs. 2 FGO). Es ist insofern nicht erforderlich, die Entscheidung durch Gerichtsbescheid von allen Voraussetzungen abzukoppeln.

2.8 Zu § 9 EpiGG-E (Entscheidung ohne mündliche Verhandlung)

§ 9 Abs. 1 EpiGG-E erweitert die Möglichkeit des Gerichts, ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden. Dafür soll die Zustimmung der Parteien – anders als in § 128 Abs. 2 ZPO – nicht erforderlich sei.

Nach Ansicht der BRAK ist aber Voraussetzung einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren, dass ein Austausch über die rechtlichen Positionen erfolgt ist. Insofern sollte das Gericht entweder nur dann dazu befugt sein, wenn vorher eine mündliche Verhandlung, in der der Sach- und Rechtsstand erörtert wurde, stattgefunden hat. Oder das Gericht hat seine Rechtsauffassung in einem Hinweisbeschluss den Parteien deutlich zur Kenntnis gebracht und die Parteien hatten die Möglichkeit, dazu Stellung zu nehmen. Die Möglichkeit, nach § 9 Abs. 2 EpiGG-E schriftsätzlich vorzutragen, würde insoweit ins Leere gehen, wenn die Parteien keine Vorstellung über den Meinungsstand des Gerichts haben. Mit derartigen Hinweisbeschlüssen können Verfahren umfassend gefördert und zielgerichtet beendet werden. Vorrangiges Ziel sollte es sein, solche Möglichkeiten auszuschöpfen.

Darüber hinaus stellt die geplante Regelung, wonach ein Gericht im Falle eines ausdrücklichen Widerspruchs einer Partei beziehungsweise eines Verfahrensbevollmächtigten (§ 9 Abs. 3 Satz 2 EpiGG-E) nunmehr nach billigem Ermessen eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung

⁷ vgl. z. B. Bergmann/Möhrle/Herb, Datenschutzrecht, Muster in Anlage 1 zu Art. 29 DSGVO.

anordnen können soll, einen massiven Eingriff in die Rechte der Rechtsuchenden dar. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung gehört zu den elementaren Grundsätzen der Verfahrensordnungen.

Dies ist insbesondere auch in Hinblick auf familienrechtliche Verfahren von Bedeutung: Diese haben eine erhebliche Bandbreite, die von einvernehmlichen Scheidungen ohne Folgesachen bis hin zu fachlich, wirtschaftlich, teilweise auch menschlich sehr komplizierten Konstellationen mit gegebenenfalls weitreichenden, auch wirtschaftlichen Folgen für die Beteiligten und ggf. auch deren minderjährige Kinder reicht. Es muss sich im Übrigen nicht zwingend um Kindschaftssachen im engeren Sinne handeln, damit familiengerichtliche Entscheidungen erhebliche Auswirkungen auch auf Kinder haben können. Insbesondere in solchen Fällen ist nicht nur der direkte Kontakt zwischen den Beteiligten vor Gericht wichtig. Darüber hinaus ist auch der unmittelbare persönliche Eindruck des Gerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung unverzichtbar. Hält ein Rechtsanwalt, der den intensiveren Kontakt zu den Mandanten und mehr Informationen über die Sachlage hat als das Gericht, eine mündliche Verhandlung für notwendig, sollte sich nach Auffassung der BRAK das Gericht nicht gegen den ausdrücklichen Widerspruch eines Verfahrensbeteiligten über den Grundsatz der mündlichen Verhandlung hinwegsetzen können. Wesentliche Verfahrensgrundsätze dürfen auch in einer Pandemie nicht außer Acht gelassen werden.

Vielmehr kann durch geeignete Schutzmaßnahmen die nötige gesundheitliche Sicherheit bei den Gerichten sichergestellt werden, ohne dass dem Gericht die Möglichkeit gegeben wird, trotz ausdrücklich erklärten Widerspruchs eines Beteiligten ohne mündliche Verhandlung über wichtige persönliche und wirtschaftliche Belange von Mandanten zu entscheiden (Mund- und Nasenschutz, Sicherheitsabstand, Acrylglastrennwände, hinreichender Platz in Sitzungssälen, regelmäßiges Lüften und Desinfizieren).

Deshalb muss nach Auffassung der BRAK die Durchführung der mündlichen Verhandlung bei entsprechendem Widerspruch einer Partei auch weiterhin zwingend durchgeführt werden. Allenfalls könnte eine solche Anordnung des Gerichts zur Durchführung eines schriftlichen Verfahrens gegen den Willen einer Partei im Zivilprozess dann möglich sein, wenn diese missbräuchlich handelt.

Jedoch hat die Regelung des § 9 EpiGG auch vergütungsrechtliche Auswirkungen für die Anwaltschaft: Sofern das Gericht gegen den ausdrücklich erklärten Willen eines Beteiligten ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung entscheidet, entfällt die Terminsgebühr nach Nr. 3400 VV RVG. Aufgrund der Corona-Pandemie mussten und müssen viele Rechtsanwälte in wirtschaftlicher Hinsicht starke Einbußen erfahren. Wie eine repräsentative Umfrage der BRAK ergeben hat, ist die Anwaltschaft von der Corona-Krise stark getroffen worden. Zwei Drittel der Anwälte haben erheblich weniger Mandate und einen empfindlichen Umsatzeinbruch zu verkräften.⁸ Es wäre kontraproduktiv und der Anwaltschaft kaum zu vermitteln, wenn es nun die Gerichte in der Hand hätten, die Terminsgebühr des Rechtsanwalts zum Wegfall bringen zu können.

Nach Nr. 3104 Abs. 1 Ziff. 1 VV RVG entsteht die Terminsgebühr nur, wenn in einem Verfahren, für das die mündliche Verhandlung vorgeschrieben ist, im Einvernehmen mit den Parteien oder Beteiligten ohne mündliche Verhandlung entschieden wird. Entscheidet das Gericht trotz fehlenden Einverständnisses ohne mündliche Verhandlung, so fällt die Terminsgebühr nicht an.⁹ So würde es sich aber verhalten, wenn nur eine Partei der Ankündigung des Gerichts, ohne mündliche Verhandlung entscheiden zu wollen, widerspricht (§ 9 Abs. 3 EpiGG-E) und in der Folge das Gericht ohne mündliche Verhandlung entscheidet.

⁸ siehe <https://www.brak.de/die-brak/coronavirus/corona-umfrage/>.

⁹ Müller-Rabe in Gerold/Schmidt, RVG, 24. Auflage, VV 3104 Rn. 52 m.w.N.

Soll nun der Rechtsanwalt allein deswegen einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung zustimmen, weil er anderenfalls der Terminsgebühr verlustig wird? Auch diese Gefahr ist nicht völlig auszuschließen, kann aber keinesfalls im Interesse des Rechtsuchenden sein. Weiterhin wäre es nicht auszuschließen, dass der Richter, sei es bewusst oder nicht bewusst, einem Rechtsanwalt – noch dazu während einer „epidemischen Krise“ – über die Vorschrift des § 9 Abs. 3 EpiGG einen wirtschaftlichen Schaden zufügen könnte.

Insofern bedürfte es jedenfalls einer gesetzlichen Regelung, dass im Falle des Entfalls der mündlichen Verhandlung trotz Widerspruchs nur einer Partei die Terminsgebühr entsteht. Dies auch deshalb, weil den Rechtsanwalt bei Entfall der mündlichen Verhandlung einer erhöhte Verantwortung trifft und er sein Vorbringen noch genauer als sonst prüfen muss.¹⁰

2.9 Zu § 10 (Verfahren nach billigem Ermessen)

Nach § 10 EpiGG-E soll das Gericht in allen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vor den Amtsgerichten – mit Ausnahme von Streitigkeiten wegen Räumung von Wohnraum – das Verfahren nach billigem Ermessen bestimmen können, wenn der Streitwert 5.000 Euro nicht übersteigt. Damit soll § 495a ZPO während einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite erweitert werden.

Die BRAK sieht hierfür keinen Bedarf. Die in § 10 Abs. 1 EpiGG-E vorgesehene Regelung geht deutlich zu weit und würde die ZPO vor dem Amtsgericht letztlich weitgehend außer Kraft setzen. Zudem bietet die ZPO bereits hinreichende Möglichkeiten, um Verfahren zu beschleunigen und mündliche Verhandlungen zum Infektionsschutz mit Zurückhaltung durchzuführen, gleichermaßen aber die rechtsstaatlichen Grundsätze des Zivilprozesses zu gewährleisten (wie § 128 Abs. 2 ZPO). Maßgeblich ist insofern grundsätzlich immer, dass sich die Parteien einig sind.

Außerdem erscheint die vorgesehene Streitwertgrenze von bis zu 5.000 Euro als zu hoch, um die entsprechenden Verfahren in das Ermessen des Gerichts zu stellen und dadurch insbesondere das rechtliche Gehör und die Dispositionsmaxime zu beschränken. Normzweck des § 495a ZPO ist, bei einem geringeren Streitwert bis zu 600 Euro eine Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens zu erreichen. Der Wert von 5.000 Euro ist aber zu hoch, um noch als geringfügige Forderung angesehen werden zu können. Auch überzeugt der Rückschluss auf die Streitwertgrenze von 5.000 Euro nach Art. 2 Abs. 1 EuBagatellVO¹¹ nicht. Dahinter steht ein anderer Regelungsgedanke – die effiziente europaweite Durchsetzung geringwertiger Forderungen, für die der „normale“ Zivilprozess zu teuer und schwerfällig wäre. Die BRAK hat auch im Rahmen der Erhöhung des Betrags deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie Gegenstandswerte über 2.000 Euro nicht mehr als geringfügig ansieht.¹² Dieser Wert entspricht auch in etwa dem durchschnittlichen Betrag von 1.840 Euro, bei dem Bürger nach einer Studie bei einem finanziellen Schaden vor Gericht ziehen würden.¹³

Darüber hinaus ist nicht nachvollziehbar, warum eine Ausnahme von Streitigkeiten wegen Räumung von Wohnraum gegeben sein soll. Die Begründung, dass das Besitzrecht des Mieters an einer gemieteten Wohnung nach der Rechtsprechung des BVerfG Eigentum ist, führt nicht weiter. Das

¹⁰ Müller-Rabe, a. a. O., VV 3104 Rn. 11.

¹¹ Verordnung (EG) Nr. 861/2007

¹² vgl. auch BRAK-Stellungnahme-Nr. 2/2014 zum Vorschlag einer Änderung der Verordnung (EG) Nr. 861/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.07.2007 zur Einführung eines Europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen etc.

¹³ https://www.roland-rechtsschutz.de/media/rechtsschutz/pdf/unternehmen_1/ROLAND_Rechtsreport_2020.pdf, S. 24.

Besitzrecht an einer Wohnung fällt zwar unter Art. 14 GG. Dies greift aber zu kurz: „Eigentum“ i. S. d. Art. 14 GG sind alle vermögenswerten subjektiven (Privat-)Rechte, die ihrem Inhaber von der Rechtsordnung in der Weise zugeordnet sind, dass er die damit verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zu seinem privaten Nutzen ausüben darf, mithin also auch die obligatorischen Rechte.¹⁴ Demzufolge rechtfertigt eine Anknüpfung an Art. 14 GG keine Sonderbehandlung von Wohnraum. Die Ausnahme erscheint – mit dieser Begründung – willkürlich gewählt. Allenfalls könnte mit der Begründung, etwa wegen der „existentiellen Bedeutung des Wohnraums für den Benutzer“, ¹⁵ die Anwendung von § 10 Abs. 1 EpiGG-E bei Streitigkeiten wegen Räumung von Wohnraum ausgeschlossen werden.

Im Übrigen erscheint es unangemessen, dass bei dieser doch recht hohen Streitwertgrenze von 5.000 Euro der Beschluss über die Ablehnung eines Antrags auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung durch eine Partei unanfechtbar ist (§ 10 Abs. 2 Satz 1 EpiGG-E). Daher sollte den Parteien zumindest die Möglichkeit zur sofortigen Beschwerde eingeräumt werden.

2.10 Zu § 11 (Audiovisuelle Zeugenvernehmungen in der Hauptverhandlung)

§ 247a Abs. 1 StPO dient grundsätzlich dem Schutz des Zeugen. Die BRAK ist daher der Auffassung, dass § 11 EpiGG-E auf Fälle des konkreten Infektionsschutzes für Zeugen oder auch andere Verfahrensbeteiligte zu beschränken ist. Anderenfalls wäre § 11 EpiGG-E systemfremd. Die BRAK regt daher an, § 11 Abs. 1 EpiGG-E wie folgt zu ändern:

§ 11 EpiGG-E Audiovisuelle Zeugenvernehmungen in der Hauptverhandlung

(1) Eine Anordnung nach § 247a Absatz 1 Satz 1, 1. Halbsatz der Strafprozessordnung ist auch dann zulässig, wenn dies aus Gründen des konkreten Infektionsschutzes erforderlich ist, falls nicht andere Maßnahmen zum Infektionsschutz ausreichen.

2.11 Zu § 12 (Mündliche Anhörung bei nachträglichen Entscheidungen zur Strafvollstreckung)

Die BRAK spricht sich dafür aus, die Vorschrift des § 12 Satz 2 EpiGG-E zu streichen, da im Rahmen des Jugendstrafrechts der Erziehungsgedanke gilt und deswegen der persönliche Eindruck vom Betroffenen zwingend ist.

2.12 Zu § 13 (Persönliche Anhörung in Verfahren nach dem Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit)

Die in § 13 EpiGG-E vorgesehenen Einschränkung, dass in Verfahren in Familiensachen die Verschaffung des persönlichen Eindrucks sowie eine persönliche Anhörung nach Ermessen des Gerichts durch eine „Anhörung in Abwesenheit“ ersetzt werden kann, wird abgelehnt.

¹⁴ Maunz/Dürig/Papier/Shirvani, 89. EL Oktober 2019, GG Art. 14 Rn. 322.

¹⁵ nur MüKo, ZPO, § 940a Rn. 1.

Der Gesetzentwurf hat vornehmlich die Funktionsfähigkeit der Gerichte im Blick und nicht diejenige aller anderen Verfahrensbeteiligten: In Kindschaftssachen, die dem Vorrang und Beschleunigungsgebot nach § 155 Abs. 1 FamFG unterfallen, haben sich jedoch gerade in den vergangenen Monaten die Verfahren deshalb erheblich verzögert, weil die Jugendämter, die Verfahrensbeistände und die Gutachter wegen der Kontaktsperren nicht arbeiten konnten bzw. wollten. Dieses Problem löst das Epidemiegerichtsgesetz nicht. In Scheidungs-, Unterhalts- und Zugewinnausgleichssachen kann vom persönlichen Erscheinen der Beteiligten in seltenen Ausnahmefällen abgesehen werden. In Kindschaftssachen dagegen besteht eine völlig andere Situation: Kindesanhörungen über Skype etc. sind keine Lösung; der unmittelbare persönliche Eindruck des Gerichts ist durch nichts zu ersetzen, gerade was auch die Frage von einer gegebenenfalls vorliegenden Manipulation des Kindes angeht. Die persönliche Anhörung dient nicht nur der Gewährung rechtlichen Gehörs, sondern dient auch der Sachverhaltsaufklärung und der Einhaltung des Amtsermittlungsgrundsatzes nach § 26 FamFG. Die persönliche Anhörung des Kindes durch das Gericht ist darüber hinaus ein Standard, der gerade im internationalen Vergleich, nicht zuletzt auch mit den anderen EU-Mitgliedstaaten, nicht aufgegeben werden darf.

Hinsichtlich der grundsätzlichen Bedenken über den Einsatz von Videokonferenztechnik und der Problematik der Verfügbarkeit wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.

2.13 Zu § 15 (Wegfall der Voraussetzungen)

§ 15 EpiGG-E ergänzt § 1 EpiGG-E. Insofern ist die Regelung in § 15 Abs. 1 EpiGG-E entbehrlich, wenn in § 1 Abs. 2 EpiGG-E sogleich auf die Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt abgestellt würde.

Die Regelung in § 15 Abs. 2 EpiGG-E wird abgelehnt. Wenn die epidemische Lage von nationaler Tragweite nicht mehr existiert, kommt auch das EpiGG nicht mehr zur Anwendung und es ist in das bisherige Verfahren vollumfänglich wieder einzusteigen. Nach der Gesetzesbegründung (S. 57) wäre es mit dem Grundsatz der Prozessökonomie unvereinbar, wenn sämtliche Verfahren nach Aufhebung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite sofort und unmittelbar nach den allgemeinen Vorschriften fortgeführt werden müssten. Dies ist für die BRAK nicht nachvollziehbar. Konkrete Gründe, weshalb dies der Prozessökonomie widersprechen soll, werden hingegen nicht dargelegt. Auf Grund des Ausnahmecharakters des EpiGG ist konsequent nach Aufheben der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite auch nach dem „regulären“ Recht das Verfahren weiterzuführen.

2.14 Zu § 16 (Inkrafttreten; Außerkrafttreten)

Nach § 16 Abs. 2 EpiGG-E soll das Gesetz am 01.04.2021 außer Kraft treten. Die Vorschriften dieses Gesetz sollen nach § 1 Abs. 2 EpiGG-E ab dem Tag, an dem der Deutsche Bundestag eine epidemische Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 IfSG festgestellt hat bis einschließlich des Tags, an dem er die Feststellung aufhebt, anwendbar sein. § 5 Abs. 1 IfSG tritt zum 31.03.2021 außer Kraft.¹⁶

¹⁶ vgl. Art. 3, 7 Abs. 4 des Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, BGBl. I 2020, 587.

Eine zeitliche Beschränkung der Geltung hält die BRAK aber nicht für indiziert. Es ist nicht auszuschließen, dass eine epidemische Lage von nationaler Tragweite wie die derzeitige COVID 19-Epidemie in Zukunft erneut eintreten wird.

3. Weitere Anmerkungen

3.1 Insolvenzrecht

Die BRAK begrüßt, dass durch den Gesetzentwurf auch die Insolvenzgerichtsbarkeit bei epidemischen Lagen von nationaler Tragweite sichergestellt wird. Das Insolvenz(antrags)verfahren als Amtsermittlungsverfahren (§ 5 Abs. 1 InsO) verdient dabei besonderer Beachtung. Zum einen, weil hier regelmäßig akutes Sicherheitsbedürfnis besteht, um für die Gläubiger nachteilige Veränderungen in der Vermögenslage des Schuldners zu verhüten (vgl. § 21 Abs. 1 InsO); zum anderen, weil erforderliche Weichenstellungen oft sehr zeitkritisch sind und von Gesetzes wegen der Behandlung sowie Beschlussfassung in gerichtlichen Terminen bedürfen. Darüber hinaus ist hervorzuheben, dass Insolvenzverfahren der Gläubigerbefriedigung und dem Erhalt von Unternehmen sowie Arbeitsplätzen dienen. Die Verfahrensgrundsätze und Ziele des Insolvenz(antrags)verfahrens erfordern es insoweit, dass gerichtliche Termine, etwa Vernehmungs- und Vorführtermine (§ 5 Abs. 1 Satz 2 InsO, §§ 20 Abs. 1, 97 Abs. 1, 98 Abs. 2 InsO) oder dringliche Gläubigerversammlungen (vgl. §§ 157, 160 InsO), ggf. sehr kurzfristig abgehalten werden - auch und gerade in Krisenlagen, wie der derzeitigen COVID-19-Pandemie. Die Funktionen des Insolvenzverfahrens müssen daher erst recht während einer Krisenlage, wie der COVID-19-Pandemie, erhalten bleiben.

Die in § 6 EpiGG-E enthaltene Möglichkeit zur Abhaltung gerichtlicher Termine im Wege der Bild- und Tonübertragung fördert die kurzfristige Abhaltung zeitkritischer Termine bzw. macht eine solche – je nach Krisenlage – ggf. erst möglich, so dass die Durchführung eines Insolvenzverfahrens auch in einer Krisenlage sichergestellt ist. In Hinblick auf Gläubigerversammlungen im Insolvenzverfahren besteht bei dieser Regelung nach Auffassung der BRAK jedoch noch Nachjustierungsbedarf:

Ein gerichtlicher Termin i. S. v. § 6 Abs. 1 Satz 1 EpiGG-E ist auch die Gläubigerversammlung im Insolvenzverfahren (§ 74 InsO). Der Kreis der an einer Gläubigerversammlung im Insolvenzverfahren zur Teilnahme berechtigten Beteiligten (§ 74 Abs. 1 Satz 2 InsO) ist jedoch vielfach unübersichtlich, da oft nicht alle Gläubiger namentlich bekannt oder gar in der Insolvenztabelle oder anderweitig erfasst sind. Die Teilnahme an der Gläubigerversammlung ist den Beteiligten zudem regelmäßig freigestellt und das Interesse der Gläubiger an der Teilnahme mitunter schwer einschätzbar, so dass auch die voraussichtliche Zahl der Teilnehmer im Vorfeld nicht immer kalkulierbar ist. Insoweit stellt die Vorgabe im Referentenentwurf, wonach die Beteiligten über die technischen Voraussetzungen zur Bild- und Tonübertragung in zumutbarer Weise verfügen müssen, kaum handhabbare Hürden auf (siehe hierzu bereits die obigen Ausführungen zu § 6 EpiGG-E).

Schließlich impliziert die an § 128a Abs. 1 Satz 2 ZPO angeglichene Formulierung in § 6 Abs. 2 EpiGG-E, wonach die Verhandlung „[...] an den Aufenthaltsort der Beteiligten [...] übertragen[...]“ wird, dass das Gericht für eine entsprechende Übertragung an diesen Aufenthaltsort mit verantwortlich ist. Das erscheint zumindest in Bezug auf Gläubigerversammlungen im Insolvenzverfahren mit den für das Gericht zumeist nicht klar ersichtlichen Beteiligten und der Vielzahl möglicher Beteiligter nicht umsetzbar. Eine entsprechende Regelung sollte daher in Anlehnung an § 1 des Gesetzes über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie vorsehen, dass eine Bild- und Tonübertragung der Gläubigerversammlung „erfolgt“ und den Beteiligten die

Vornahme von Verfahrenshandlungen im Wege elektronischer Kommunikation einzuräumen ist. Denkbar wäre schließlich eine Ermächtigung des Gerichts, den Insolvenzverwalter bzw. Sachwalter mit der Einrichtung der Bild- und Tonübertragung sowie der Bereitstellung der elektronischen Kommunikation unter Zuhilfenahme Dritter zu beauftragen, vergleichbar den Regelungen über die Zustellung in § 8 Abs. 3 InsO, da der Insolvenzverwalter bzw. Sachwalter aufgrund entsprechender Ressourcen hierzu einfacher in der Lage ist. Ein Zusammenwirken zwischen dem Insolvenzgericht und dem Insolvenzverwalter bzw. Sachwalter insoweit, dass Insolvenzverwalter bzw. Sachwalter die technische Vorbereitung sowie Umsetzung für eine Bild- und Tonübertragung der Gläubigerversammlung übernehmen könnten und im Besonderen die hierfür erforderliche Plattform zur Verfügung stellen können, würde zudem gewährleisten, dass die Durchführung von Gläubigerversammlungen im Wege einer Bild- und Tonübertragung rasch – und damit auch ggf. in der derzeitigen Krisenlage bereits – ermöglicht werden kann. Gegenwärtig verfügen die Insolvenzgerichte eher nicht über entsprechende Ressourcen, um beispielsweise solche Plattformen anbieten zu können.

3.2 Verfahren vor dem Bundespatentgericht

Die Besonderheiten der Verfahren vor dem Bundespatentgericht (BPatG) sowie der auf ein Urteil des BPatG folgenden Rechtsmittelverfahren vor dem BGH sind ebenfalls zu berücksichtigen. Nach § 1 EpiGG-E gilt das Gesetz grundsätzlich auch für Verfahren vor dem BPatG und dem BGH.

Insofern erscheint zum einen die Regelung nach § 8 EpiGG-E (Erweiterte Befugnisse des Vorsitzenden) auf Beschwerde-, Nichtigkeits- und Zwangslizenzverfahren betreffend Patente und Gebrauchsmuster (§§ 73, 81 PatG, 18 GebrMG) vor dem BPatG angesichts der Bedeutung der technischen Richter in den Senaten des BPatG nicht sachgerecht. Auch wenn die Übertragung der Befugnisse auf den Vorsitzenden der Zustimmung beider Parteien bedarf, ist fraglich, ob das Ergebnis, wenn eine Zustimmung beider Parteien vorliegt, verträglich wäre, soll es doch gerade auf den technischen Sachverstand der technischen Richter ankommen. Der Vorsitzende ist aber nicht technischer Richter. Die genannten Verfahren sollten daher von der Regelung ausgenommen werden.

In Hinblick auf § 9 EpiGG-E (Entscheidung ohne mündliche Verhandlung) sollte zudem folgendes bedacht werden: Das BPatG wird zwar der ordentlichen Gerichtsbarkeit zugeordnet, seine Tätigkeit gilt jedoch als Verwaltungstätigkeit.¹⁷ Bei dieser Sachlage würde § 9 EpiGG-E, dessen Geltung „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten“ i. S. v. § 13 GVG vorbehalten ist (siehe RefE, S. 37), von vorneherein auf Verfahren vor dem BPatG keine Anwendung finden. Fraglich ist, ob ein Ausklammern der Möglichkeit eines Verzichtes auf die mündliche Verhandlung im Ergebnis sachgerecht wäre. Zwingende Gründe für eine uneingeschränkte Notwendigkeit einer mündlichen Verhandlung vor dem BPatG sind nicht ersichtlich. Es spricht also einiges dafür, auch für Verfahren vor dem BPatG die Möglichkeit eines einvernehmlichen Verzichtes auf eine mündliche Verhandlung vorzusehen.

§ 9 EpiGG-E sieht diese Möglichkeit aber ausdrücklich nur vor, wenn die an dem Verfahren beteiligten Parteien durch Rechtsanwälte vertreten sind, was allerdings in Verfahren vor dem BPatG nicht zwingend der Fall ist (§ 97 Abs. 2 PatG, § 3 Abs. 2. Nr. 2 PatAnwO).¹⁸ Hier werden die Parteien häufig ausschließlich von Patentanwälten vertreten. Es erscheint nicht sachgerecht, es bei der Frage eines

¹⁷ Schäfers in Benkard, PatG, 11. Auflage, vor § 65 Rn. 10 f.; nicht eindeutig: Kissel/Mayer, GVG, 6. Auflage, § 14 Rn. 14 und § 12 Rn. 8.

¹⁸ vgl. hierzu Schäfers in Benkard, PatG, 11. Auflage, § 97 Rn. 5, 16 ff.

möglichen einvernehmlichen Verzichtes darauf ankommen zu lassen, ob die Parteien darüber hinaus durch Rechtsanwälte vertreten sind.

3.3 Finanzgerichte – Akteneinsicht

Schließlich muss die Akteneinsichtnahme in finanzgerichtlichen Verfahren durch Rechtsanwälte auch während der Corona-Pandemie gewährleistet werden. Andere Verfahrensordnungen enthalten die Möglichkeit, die Akten den Kanzleien zu überlassen. § 78 Abs. 3 FGO lässt dies hingegen nicht zu. Daher sollte in § 78 Abs. 3 FGO die Ermessensmöglichkeit eröffnet werden, damit § 2 EpiGG-E Anwendung finden kann.

Nach Kenntnis der BRAK verweigern derzeit Finanzgerichte oftmals Rechtsanwälten den Zutritt zu Finanzgerichten und die Einsichtnahme in die finanzgerichtlichen Akten unter Verweis auf die Pandemie. Diese Handhabung ist nach Auffassung der BRAK nicht zulässig. Eine sachgerechte Vertretung der Interessen der Mandanten ist für die Anwaltschaft dann nicht mehr möglich und die „Waffengleichheit“ im finanzgerichtlichen Verfahren ist nicht gewährleistet.

§ 78 Abs. 1 Satz 1 FGO regelt, dass die Beteiligten die Gerichtsakte und die dem Gericht vorgelegten Akten einsehen können. Nach § 78 Abs. 3 FGO wird die Akteneinsicht – wenn die Prozessakten in Papierform geführt werden – durch Einsichtnahme in die Akten in den Diensträumen des Finanzgerichts gewährt. Diese Einsichtnahme in die Papierakten wird derzeit nicht in allen Finanzgerichten ermöglicht. Ein Zurückweisen des Akteneinsichtsgesuchs mit dem bloßen Hinweis, dass aufgrund der Gefährdungslage während der Corona-Pandemie das Gerichtsgebäude nicht betreten werden darf, ist nach Einschätzung der BRAK unverhältnismäßig.

Die Gerichte müssen eine Einsichtnahme vor Ort weiterhin ermöglichen – mit Blick auf die aktuelle epidemische Notlage könnten die Gerichtsmitarbeiter und die Besucher beispielsweise durch entsprechende Maßnahmen, z. B. durch Glasscheiben, geschützt und Desinfektionsmittel zur Verfügung gestellt werden. Zudem könnten Einsichtnahmen unter der Auflage stattfinden, dass nur eine begrenzte Personenzahl zeitgleich die Gerichtsräume betreten darf; soweit dies nicht ohnehin schon angeordnet ist, können vor Ort die Verpflichtungen zum Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes auf die Gerichtsgebäude ausgedehnt werden. Während der Corona-Pandemie werden entsprechende Schutz- und Organisationsmaßnahmen von jedem Einzelhandeltreibenden und Arbeitgeber sowie Kunden und Arbeitnehmern verlangt; daher müssen sich auch die Gerichte zumindest bemühen, entsprechende Maßnahmen zu treffen.

Für den Fall, dass die Prozessakten elektronisch geführt werden, wird die Akteneinsicht gem. § 78 Abs. 2 Satz 1 FGO durch Bereitstellung des Inhalts der Akten zum Abruf gewährt. § 78 Abs. 3 Satz 2 FGO regelt bereits heute, dass die Akteneinsicht – auch bei der Aktenführung in Papierform – durch Bereitstellung des Inhalts der Akten zum Abruf gewährt werden kann. Die BRAK fordert in diesem Zusammenhang, die tatsächlichen Voraussetzungen zu schaffen, dass die Gerichte schnellstmöglich und regulär elektronische Akteneinsichtsmöglichkeiten gewähren.

Denn das Akteneinsichtsrecht gem. § 78 FGO kann nicht während der gesamten epidemischen Notlage von nationaler Tragweite verweigert werden. Die BRAK regt daher Folgendes an: Zum einen sollte die Akteneinsicht praktisch und technisch so gehandhabt werden, dass die elektronische Akteneinsicht auch bei Papieraktenführung gewährt werden kann. Zum anderen sollte die gesetzliche Regelung in § 78 Abs. 3 FGO so erweitert werden, dass eine Versendung der Papierakten in die Kanzleiräume der Rechtsanwälte erlaubt ist. Alle anderen Verfahrensordnungen sehen diese

Möglichkeit vor; gerade vor dem Hintergrund der aktuellen Situation ist nicht ersichtlich, warum in finanzgerichtlichen Verfahren keine parallele Vorschrift geschaffen wird. Diese Möglichkeit könnte § 78 FGO zumindest vorübergehend bis zum Ende der Pandemie vorsehen, d. h. eine entsprechende Regelung könnte an das Vorliegen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite gem. § 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG geknüpft werden.

* * *