

Kollegialberatung und richterliche Entscheidungsfindung per Video? - ein Problemaufriss mit ersten Lösungsansätzen

Prof. Dr. Uwe Berlit*

1. Problem für Kollegialgerichte

Videotechnik kann nicht nur zur Durchführung mündlicher Verhandlungen eingesetzt werden. Sie kann ebenso die Beratung in Kollegialgerichten unterstützen. Bei Kollegialgerichten ist der Einsatz von Videotechnik nicht auf Fälle beschränkt, in denen an der Entscheidungsfindung lediglich berufsrichterliche Mitglieder mitzuwirken haben. Eingebunden werden können mit Videotechnik auch ehrenamtliche RichterInnen; hier können sich indes teils andere und komplexere technische sowie datenschutzrechtliche Fragen stellen.

Coronabedingte Änderungen der gerichtsinternen Geschäftsabläufe sind dabei aktueller Anstoß,¹ nicht aber der Grund, um über videogestützte Entscheidungsfindungsprozesse nachzudenken. Die richterliche Freiheit, Ort und Zeit der Arbeitsleistung zu bestimmen, gewinnt mit der Einführung der (führenden) elektronischen Akte qualitativ an Bedeutung. Videotechnik erleichtert in Kollegialgerichten zudem, richterliche Tätigkeit und Familienpflichten zu vereinbaren.

2. Rechtlicher Rahmen I (das „Ob“): Erfordernis ausdrücklicher Zulassung?

2.1 Der Einsatz von Videotechnik zu kollegialgerichtlicher Beratung und Abstimmung einer verfahrensbeendenden Entscheidung bedarf nach hier vertretener Ansicht keiner ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung.²

§ 114 Abs. 2 Satz 1 und ArbGG/§ 211 Abs. 2 Satz 1 SGG,³ nach denen bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite Videotechnik auch für die Beratung und Abstimmung sowie für Entscheidungen ohne mündliche Verhandlung eingesetzt werden darf, rechtfertigen keine andere Beurteilung. Im Gegensatz zu den auf die Teilnahme an der mündlichen Verhandlung selbst bezogenen Regelungen, für die bislang eine physische Anwesenheit aller Mitglieder des Gerichts im Sitzungssaal gefordert war, haben sie für die Beratung und Abstimmung außerhalb der mündlichen Verhandlung bei genauerer Betrachtung lediglich klarstellende, nicht konstitutive Wirkung. Sie rechtfertigen weder für die benannten noch für andere Verfahrensordnungen den Umkehrschluss, dass ohne eine

* Um einige erste Nachweise ergänzte Notiz zum Kurzvortrag auf der Virtuellen Konferenz "Virtuelle Verhandlungen vor Gericht. Erfahrungen – Herausforderung – Zukunft" des Deutschen EDV-Gerichtstages e.V. am 9. Juni 2020. Der Text gibt allein die persönliche Auffassung des Vortragenden wieder; die Vortragsform ist beibehalten. Für wertvolle Hinweise danke ich meinem Kollegen RiBVerwG H.-J. Holtbrügge.

¹ S.a. Neue Richtervereinigung (NRV), Positionspapier „Gibt es in der Krise noch eine 3. Staatsgewalt? Was die Justiz aus der Corona-Krise lernen muss“, BJ 2020, 258 (259), Nr. 4 (Der Justiz fehlt die notwendige Ausstattung) und Nr. 5 (Es ist jetzt eine Dynamik für neue [digitale] Arbeits- und Verhandlungsformen erforderlich, ohne den Wert von persönlichen Anhörungen aus den Augen zu verlieren).

² Zur strukturell vergleichbaren Frage, ob es der ausdrücklichen grundgesetzlichen Ermächtigung für virtuelle Sitzungen (im Bereich) des Deutschen Bundestages bedarf, s. Lenz/Schulte, Sitzungen des Bundestags per Videokonferenz: Gehst du noch hin oder streamst du schon?, NVwZ 2020, 744.

³ Jeweils in der Fassung des Gesetzes zu sozialen Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (Sozialschutz-Paket II) v. 20.5.2020, BGBl. I, 1055.

ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung oder außerhalb einer "epidemischen Lage von nationaler Tragweite" eine Entscheidungsfindung unter nicht zeitgleich in einem Raum/an einem Ort anwesenden Mitgliedern des Gerichts ausgeschlossen sei/werden sollte.

- Die – spärliche – Begründung des Gesetzgebers⁴ enthält hierfür keinen Anhaltspunkt. Die Regelung knüpft an die Erweiterung der Möglichkeiten an, durch Zuschaltung der ehrenamtlichen RichterInnen eine mündliche Verhandlung insoweit unter Einsatz von Videotechnik auch zwischen an unterschiedlichen Orten anwesenden Mitgliedern des Gerichts durchzuführen, und baut insoweit auf § 128a ZPO auf, als dort - für die mündliche Verhandlung - die zeitgleiche Anwesenheit aller an der Entscheidung mitwirkenden RichterIn an Gerichts Stelle zur Durchführung der mündlichen Verhandlung gefordert war. Die nachfolgende Beratung oder Abstimmung mag dabei mitgedacht worden sein, war aber nicht ausdrücklich geregelt (z.B. bei gesonderten Verkündungsterminen, bei denen es nicht einmal der Anwesenheit der anderen Mitglieder des Prozessgerichts bedarf [§ 311 Abs. 4 ZPO]). Die Erstreckung auf (verfahrens- bzw. instanzbeendende) Entscheidungen ohne mündliche Verhandlung - seien es Urteile, seien es Beschlüsse – wird nicht näher begründet.
- Die auf Erweiterung des Einsatzes von Videotechnik gerichtete Absicht des Gesetzgebers wäre aber konterkariert, wenn durch den Einbezug auch von Entscheidungen ohne mündliche Verhandlung bewährte Möglichkeiten der Entscheidungsfindung unter Abwesenden (vulgo: Umlaufverfahren), denen auch audiovisuelle Kombination vorangegangen sein kann, als drastisch beschränkt zu werten wären.

2.2 § 193 GVG, der die Anwesenheit Dritter bei Beratung und Abstimmung sowie das Beratungsgeheimnis regelt, schließt den Einsatz von Videotechnik für Beratung und Abstimmung jedenfalls nicht ausdrücklich aus. Vorausgesetzt wird lediglich, dass jede Entscheidung eines Kollegialgerichts auf einer äußerlich erkennbaren Beratung und Abstimmung beruhen muss, die aber gerade nicht öffentlich zu sein hat.

Im Schrifttum wird teils eine telefonische oder elektronische Beratung als unstatthaft bezeichnet,⁵ ohne dies näher zu begründen.⁶ Diese Auffassung ist durch die Möglichkeit der synchronen audiovisuellen Kommunikation unter mehreren Beteiligten technisch überholt. Entsprechendes gilt, soweit auch eine gleichzeitige telefonische Kommunikation ermöglichende Konferenzschaltung eine mündliche Beratung über den Streitgegenstand bei gleichzeitiger Anwesenheit der Richter nicht soll ersetzen können und auf Ausnahmefälle zu beschränken sein soll.⁷

⁴ BT-Drs. 19/18966 (Gesetzentwurf der Bundesregierung); 19/19204 (Beschlussempfehlung und Bericht).

⁵ Baumbach/Lauterbach, ZPO, 76. Aufl. § 193 GVG Rn. 1; Kissel/Mayer, GVG, 9. Aufl., § 193 Rn. 3.

⁶ Die herangezogene BGH-Rechtsprechung (BGH, U. v. 28.11.2008 – LwZR 4/08 – NJW-RR 2009, 286) hält eine telefonische Beratung und Abstimmung zur Herbeiführung der Entscheidung eines Kollegialgerichts jedenfalls dann für unzulässig, wenn die beteiligten Richter – auch die ehrenamtlichen – nicht gleichzeitig miteinander kommunizieren und auf diese Weise ihre Argumente austauschen können; so auch BVerwG, B. v. 13.11.2017 – 4 B 23.17 – NVwZ 2018, 176. Eine BSG-Entscheidung (BSG, U. v. 27.5.1071 – 8 RV 773/70 – NJW 1971, 2096) betraf die fernmündliche Einholung der Zustimmung der Landessozialrichter zu einem Urteilsvorschlag durch den Berichterstatter und damit eine asynchrone Form der Kommunikation.

⁷ Kissel/Meyer, GVG, 9. Aufl., §193 Rn. 3.

Wenn der BGH⁸ zwar in geeigneten Ausnahmefällen die Telefonkonferenz als zulässige Art der Beratung erachtet, für die erstmalige Beratung als einzige Grundlage für die Entscheidung in der Hauptsache zwingend die Anwesenheit sämtlicher beteiligten Richter fordert, fehlt es an einem Rechtsgrund und einem Unterscheidungskriterium; auch diese Entscheidung war allein bezogen auf synchrone Audiokommunikation, nicht aber audiovisuelle Kommunikation. Allein das geforderte Einverständnis aller beteiligten RichterInnen mit dieser Verfahrensweise und die Möglichkeit, dass jederzeit in eine mündliche Beratung im Beisein aller Richter eingetreten werden kann, falls ein/e Richter/in dies wünscht oder ein neuer Gesichtspunkt es erfordert, rechtfertigt jedenfalls nicht eine Beschränkung auf Nach- oder Teilberatungen unter Ausschluss der erstmaligen Beratung. Pate stand offenbar die Vorstellung, dass die Mitglieder des Gerichts ohnehin für die mündliche Verhandlung am Gerichtsort anwesend zu sein hatten, die der mündlichen Verhandlung nachfolgende Beratung (nahezu) selbstverständlich war und es technisch keine ausgereiften Möglichkeiten der digital vermittelten, audiovisuellen Beratung unter Abwesenden gab.⁹

Der Ausschluss synchroner, digital vermittelter audiovisueller Beratung ist allzumal dann nicht überzeugend begründbar, wenn ein schriftliches Umlaufverfahren hingenommen wird (mag dies auch als "eigentlich keineswegs dem Sinn einer Beratung" entsprechend gekennzeichnet werden). Asynchrone schriftliche Entscheidungsverfahren, die ohne Beratung und mit zeitversetzter Abstimmung erfolgen (vulgo: Umlaufverfahren), sind bei Kollegialgerichten in der Praxis üblich. Sie sind – auch höchstrichterlich – jedenfalls dann gebilligt, wenn jede/r mitwirkende Richter/in mit dieser Form der Entscheidungsfindung einverstanden ist (also in der Sache auf die an sich geforderte Beratung verzichtet) und die Möglichkeit besteht, statt der asynchronen Abstimmung durch Unterschrift des umlaufenden Dokuments eine synchrone Beratung zu verlangen. Eine technisch vermittelte synchrone Beratung und Abstimmung einer Kollegialgerichtsentscheidung ist selbst dann, wenn diese nicht als mit der mündlichen Beratung unter Anwesenden rechtlich gleichrangig gewertet werden sollte, aber näher an einer beratungsgestützten Entscheidungsfindung als der Verzicht auf jede Beratung. Bezieht sich die audiovisuelle Beratung auf die Frage, ob eine Entscheidung im Umlaufverfahren ohne (abschließende) Urteils-/Beschlussberatung getroffen werden kann/soll, verschiebt sich – mangels abschließender „Abstimmung“ – zwar der Entscheidungszeitpunkt; es reduzieren sich indes auch die (etwa) aus §§ 192 ff. GVG folgenden (Rest-)Bedenken.

Für die Art und Weise der synchronen Beratung bleibt es dann ohnehin dabei, dass §§ 193 ff. GVG keine (eindeutigen) Vorgaben enthalten. Wegen der regelmäßigen Sonderung der Beratung von der Situation der mündlichen Verhandlung ist jedenfalls eines klar, dass bei der Beratung die durch § 128a ZPO geforderte zeitgleiche Anwesenheit, die auch gegenüber der Öffentlichkeit zu dokumentieren ist, nicht gefordert ist.

2.3 Für die rechtliche Zulässigkeit von Videoberatungen kommt es dann nicht zuletzt darauf an, ob die prozessuale Funktion der Beratung, im kollegialen Dialog unter Austausch von Sachargumenten zur Rechtslage und zur Tatsachenbewertung zu einer bestimmten

⁸ BGH, B. v. 29.11.2013 – BLw 4/12 – NJW-RR 2014, 243 (Rn. 33); BAG, U. v. 26.3.2015 – 2 AZR 417/14 – NZA 2015, 1083; U. v. 14.4.2015 – 1 AZR 223/14 – NJW 2015, 3738 (das BAG beruft sich allein auf die Entscheidung des BGH, ohne den vermeintlichen Ausschluss einer erstmaligen bzw. alleinigen audiovisuellen Beratung eigenständig zu begründen).

⁹ Zur dynamischen, die technische Entwicklung berücksichtigenden Auslegung von Rechtsregeln und -begriffen, die aus der „vordigitalen“ Welt stammen, s. – am Beispiel des Merkmals „schriftlich“ in § 69 Abs. 2 Satz 5 BPersVG – BVerwG, B. v. 15.12.2015 – 5 P 9.15 – BVerwGE 157, 126 (Rn. 17 f.).

Entscheidung zu gelangen, zwingend oder doch als (rechtlicher) „Normalfall“ eine Beratung unter physisch zeitgleich an einem Ort Anwesenden erfordert.

Nach hier vertretener Ansicht ist dies nicht der Fall.

- Beratung ist Mitwirkung an der kollegialgerichtlichen Entscheidungsfindung. Mitwirkung bedeutet aktive Teilnahme an dem geistig-intellektuellen Vorgang der Entscheidungsfindung, bei dem jede/r teilnehmende Richter/in in der Lage sein muss, der Beratung zu folgen und, soweit dies für angezeigt gehalten wird, seine/ihre Meinung zu äußern. Die moderne Videokonferenzsoftware lässt dies ohne Weiteres - transparent und für alle Beteiligten nachvollziehbar - zu.
- Technische Zugangskontrollen, Bildinformationen und wechselseitiges Kennen im Spruchkörper gewährleisten eine sichere Identifizierung und minimieren das Risiko, dass unbemerkt bleibt, wenn ein/e beteiligte/r Richter/in bei der Teilnahme durch Außenstehende "unter Druck" gesetzt wird.
- Bei der Beratung steht der Austausch von Sachargumenten im Vordergrund (auch wenn bei Kollegialberatungen immer z.B. auch gruppendynamische Prozesse jenseits der juristischen Sachlichkeit ablaufen).
- An der Beratung nimmt lediglich eine begrenzte Zahl von Personen teil (die an der Entscheidung mitwirkenden RichterIn, ggfls. Hilfskräfte, zur juristischen Ausbildung beschäftigten Personen oder die in § 193 Abs. 2 GVG genannten Personen), von denen ein gewisses Mindestmaß medialer Kompetenz erwartet werden kann, die typischerweise einander kennen (außer etwa in Vertretungssituationen).
- Verzerrungseffekte des Mediums, die sich etwa aus der schlechteren Sicht- und Erfassbarkeit nonverbalen Verhaltens oder körpersprachlicher Details ergeben können, haben keine oder jedenfalls deutlich geringere Bedeutung als bei der Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen; dort werden sie kraft Gesetzes hingenommen.¹⁰

Die rechtliche Gleichwertigkeit (sicherer) Videoberatungen mit der Beratung unter physisch Anwesenden ist kein Plädoyer für ein „Online-Gericht“ – und stellt nicht in Abrede, dass die Beratungen unter Anwesenden z.B. atmosphärische, „gruppendynamische“ oder sonstige Vorteile haben kann und – jedenfalls für die derzeitigen Richtergenerationen – das auch persönliche Gespräch eine Qualitätsmerkmal für gehaltvolle Beratungen sein kann.

Für die Videoberatungen gilt es ebenso wie für die Videoverhandlung, über die Kriterien nachzudenken und diese herauszuarbeiten, welche die tatsächlichen Voraussetzungen und Grenzen sinnvoller Videoberatungen sowie der voraussichtlichen Tauglichkeit von Beratungsthemen oder -situationen hierfür prägen und deren „Nebenwirkungen“, z.B. für die Sachentscheidung oder für die Zusammenarbeit im Spruchkörper, zu reflektieren.

3. Rechtlicher Rahmen II (das „Wie“): rechtliche Ausgestaltung

Für die Anforderungen, die an die Ausgestaltung des Einsatzes von Videotechnik zu kollegialgerichtlichen Beratungs- und Entscheidungszwecken zu stellen sind, sind verschiedene Ebenen bzw. Fragestellungen zu unterscheiden.

3.1 Technik

Auf der Ebene der reinen Technik ist voranzusetzen, dass die Videotechnik zur Kommunikationsvermittlung auf guter bis höchster technischer Bild- und Tonqualität stabil

¹⁰ Eingehend dazu B. Glunz, Psychologische Effekte beim gerichtlichen Einsatz von Videotechnik, Tübingen 2012.

und störungsfrei sowie bedienungsfreundlich funktioniert: Beratung fordert gelingende Kommunikation unter zumindest akzeptablen Kommunikationsbedingungen.

Im Übrigen ist die für kollegiale Beratungen erforderliche Technik deutlich weniger komplex als die, die für Videokonferenzen benötigt wird.

Dienst- und datenschutzrechtliche Fragen wirft auf, ob für digitale kollegiale Beratungen ausschließlich dienstlich bereitgestellte/verantwortete Hard- und Software eingesetzt werden soll oder ob hierfür (wenn ja: In welchem Umfang und unter welchen Voraussetzungen) auch privat angeschaffte/bereitgestellte Technik zugelassen wird. Soweit keine dienstlichen Geräte für die Fernkommunikation bereitstehen, kann der Einsatz privater IT-Technologie – ggfls. vorbehaltlich abweichender Dienstvereinbarungen - jedenfalls nicht abverlangt werden.

Der freiwillige Einsatz privat beschaffter IT-Technologie führt prozessrechtlich nicht dazu, dass die Entscheidungsfindung allein aufgrund einer solchen Beratung angreifbar ist; der Einsatz privat beschaffter Technologie bewirkt aber zusätzliche datenschutz- und sicherheitsrechtliche Risiken.

3.2 Datenschutzrecht

Datenschutzrechtlich ist sicherzustellen, dass die in einem gerichtlichen Verfahren anfallenden personenbezogenen Daten bei der Nutzung von Videotechnik weiterhin den durch die DSGVO gebotenen Schutz¹¹ erfahren, also alle datenschutzrechtlichen Anforderungen erfüllt werden (können).

Dies erfordert technisch-organisatorische Vorkehrungen, die von den Gerichten ohnehin insbesondere dann zu treffen sind, wenn bereits elektronische Akten geführt werden. Für zweifelhaft halte ich indes, ob der Einsatz standardisierter Videokonferenzsysteme im Bereich kollegialgerichtlicher Beratung nach dessen Abs. 3 eine förmliche Datenschutzfolgenabschätzung nach Art. 35 Abs. 1 DSGVO erfordert; diese „schadet“ allzumal deswegen nicht, weil die in Art. 35 Abs. 7 DSGVO benannten Aspekte bei Konzeption und Einsatz ohnehin zu beachten sind.

- Wegen der nie auszuschließenden Möglichkeit gezielter Angriffe auf die gerichtliche Binnenkommunikation (und sei es zu Diskreditierungszwecken) spielt es eine nicht unerhebliche Rolle, ob die Datenverarbeitung innerhalb nach außen abgeschotteter justizinterner Netze abläuft oder über das "allgemeine" Internet. Nicht zuletzt aus Gründen des Datenschutzes ist die Nutzung abgeschotteter Netze eindeutig vorzuzugswürdig und sollte der Regelfall sein.
- Anforderungen ergeben sich bei Videoberatungen zwischen nicht an Gerichtsstelle anwesenden Personen auch in Bezug auf die Ausgestaltung des häuslichen Arbeitsplatzes sowie der technischen Absicherung der für die Kommunikation genutzten Endgeräte.
- Der Schutzbedarf der jeweils verarbeiteten personenbezogenen Daten ist mit in den Blick zu nehmen, etwa der Schutz durch besondere "Geheimnisse" (Steuergeheimnis; Sozialgeheimnis; Betroffenheit von Daten i.S.d. Art. 9 DSGVO)

¹¹ Allgemein zum Datenschutz in der Justiz Bieresborn, Die Auswirkungen der DSGVO auf das gerichtliche Verfahren, DRiZ 2019, 18; Engeler, Die Datenschutz-Grundverordnung: Neue Herausforderungen auch für die Justiz?, BJ 2018, 119; Wiebe/Eichfeld, Spannungsverhältnis Datenschutzrecht und Justiz, NJW 2019, 2734; Schmitt/Resch, Von der Befugnis der Gerichte, Daten zu verarbeiten, jM 2020, 134; Snowadsky, Justizdatenschutzrecht in Baden-Württemberg nach der Neuordnung des europäischen Datenschutzrechts, VBIBW 2020, 89.

oder die "Klassifizierung" der betroffenen Daten (etwa höhere Einstufung als VS-NfD).¹²

Bei den gängigen Videokommunikations- bzw. Konferenzsystemen (z.B. WebEX, Jitsi, BigBlue, ZOOM, Skype for Business, Microsoft Teams) wird eine intensive Debatte über die Datenschutzkonformität ihrer Nutzung auch für justiziinterne Zwecke¹³ und die unterschiedlichen Risikoprofile geführt, die hier nicht im Detail nachgezeichnet werden kann. Ein Faktor für die Risikobewertung ist z.B. der Standort der Server,¹⁴ über die die Kommunikation abgewickelt wird, sowie die von den Endnutzern zu nutzende Software (Apps) und die Frage der Verschlüsselung des Datenverkehrs.

Nicht einsichtig erscheint mir jedenfalls, dass ein datenschutzkonformer Einsatz der einzelnen Systeme insgesamt, schlechthin und unabhängig von den Rahmenbedingungen des Einsatzes ausscheidet.

3.3 Beratungsgeheimnis

Prozess- bzw. gerichtsverfassungsrechtlich ist bei "echten" Beratungen und Abstimmungen das besondere Beratungsgeheimnis (§ 193 Abs. 3 GVG) zu wahren. § 114 ArbGG/§ 211 SGG geben hierfür insb. vor, dass die an einen anderen Ort übertragenen Bild- und Tonsignale nicht aufgezeichnet werden dürfen und durch geeignete Maßnahmen die Wahrung des Beratungsgeheimnisses sicherzustellen ist. Hier sind Risikoanalysen bzw. Schutzbedarfsfeststellungen (auch im Vorfeld einer Folgenabschätzung nach Art. 35 DSGVO) erforderlich. Ein absoluter Schutz etwa gegen unerlaubte Aufzeichnungen kann auch bei gerichtlichen Beratungen „unter Anwesenden“ nicht sichergestellt werden. Die Miniturisierung hochleistungsfähiger Spionagetechnik erlaubt schon heute mit sehr geringer Entdeckungswahrscheinlichkeit eine "Ausspähung" von Beratungszimmern oder das unentdeckte Aufzeichnen der Beratung durch einen mitwirkenden Richter (und sei es unter Nutzung des Smartphones).

Dies ist bei den Anforderungen, die an die Abschottung/Sicherung des häuslichen Arbeitszimmers¹⁵ bzw. der die Kommunikation genutzten Hard- und Software zu stellen sind, zu bedenken. Angesichts der Begrenzung der Videoberatung auf nach § 193 GVG teilnahmeberechtigte Personen halte ich die Sicherung durch das Beratungsgeheimnis (§ 193 Abs. 3 GVG), die richterdienstrechtlich durch § 43 DRiG¹⁶ sowie strafrechtlich (§§ 201 ff., § 353b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB)¹⁷ flankiert wird, für ausreichend, um eine verbotene

¹² Das ITZ Bund betont, dass Webex-Cloud als Plattform schon nicht VS-NfD-konform ist (Kurzanleitung Webex Meetings über Cisco Cloud [22.4.2020]).

¹³ Ablehnend z.B. für Skype und Zoom.us etwa NRV, Positionspapier (Fn. 1), BJ 2020, 259 („in der Justiz nicht nutzbar“); s.a. die – für einige Programme „kritischen“ – Hinweise zur „Durchführung von Videokonferenzen während der Kontaktbeschränkungen“ des Berliner Datenschutzbeauftragten (Version 1.1. v. 22.5.2020) (https://www.datenschutz-berlin.de/fileadmin/user_upload/pdf/orientierungshilfen/2020-BInBDI-Empfehlungen_Videokonferenzsysteme.pdf).

¹⁴ In- oder außerhalb von Europa, insb. USA (Home-Security-Act).

¹⁵ So kann als eine der technisch-organisatorischen Schutzmaßnahmen festgelegt werden, dass ein Raum/Bereich zur Verfügung stehen muss, der während der Beratung von weiteren Personen (z.B. Familienangehörigen) nicht betreten wird und der gegen bloßes Mithören gesichert ist (z.B. geschlossene Tür, wenn weitere Personen in der Wohnung anwesend sind; geschlossene Fenster, wenn sonst ein Mithören durch Dritte zu besorgen ist). Auszuschließen sind etwa Beratungen aus öffentlichen Verkehrsmitteln und deren Wartebereichen, die immer wieder „Schauplatz“ einer Verletzung des Anwaltsgeheimnisses (z.B. durch Telefonate) bilden.

¹⁶ Dazu Einsiedler, Das richterliche Beratungsgeheimnis, NJ 2014, 6.

¹⁷ OLG Köln, U. v. 11.1.2015 – 8 Ss 460/04 – NJW 2005, 1000 (m.w.N. – auch der Gegenansicht); Einsiedler (Fn. 16), NJ 2014, 6 (12).

Aufzeichnung zumindest durch die mitwirkenden RichterInnen und deren Haushaltsangehörige für hinreichend sicher ausgeschlossen zu halten. Das Risiko der Aufzeichnung durch die Systemübernahme Dritter kann zumindest dann als beherrschbar gewertet werden, wenn für die Kommunikation „gehärtete“ Hardware genutzt oder über Systeme kommuniziert wird, die innerhalb geschützter Netze laufen. Auch eine Nutzung aktueller Virenschutzsoftware mag ausreichen.

Nicht alle gerichtsinternen Erörterungen eines bestimmten Falles sind indes schon Beratungen i.S.d. § 193 GVG. Vorgelagerte Erörterungen, welche z.B. der Vorbereitung einer mündlichen Verhandlung dienen (Vorberatungen), die "Vorabklärung" rechtlicher oder tatsächlicher Einzelfragen, die informelle Verständigung zur Frage, ob sich ein bestimmtes Verfahren für ein Umlaufverfahren mit einem Entscheidungsziel, das aber noch nicht verbindlich festgelegt ist, eignet, und ähnliche Verständigungs- und Klärungsprozesse im Vorfeld einer Beratung mit dem Ziel der verbindlichen Meinungsbildung durch Abstimmung unterfallen der Wahrung des Datenschutzes, mangels hinreichender Verknüpfung von Beratung und Abstimmung aber nicht dem auf die Urteils- bzw. Schlussberatung bezogenen Beratungsgeheimnis i.e.S.; die Grenzen können hier fließend sein.

3.4 Dienstrecht

Bislang wenig ausgelotet ist die Frage, in welchem Umfang RichterInnen gehalten sind, an Videoberatungen jedenfalls dann teilzunehmen, wenn die hierfür erforderliche Hard- und Software durch die Gerichtsverwaltung bereitgestellt wird, und sich die hierfür erforderlichen technischen Kenntnisse anzueignen, oder ob die richterliche Unabhängigkeit¹⁸ umschließt, sich der Nutzung dieser Technik für Beratungen insgesamt zu verweigern.

Wenn und soweit Videoberatungen – wie nach hier vertretener Ansicht – rechtmäßig durchgeführt werden können und dürfen, besteht letztlich wohl eine dienstrechtliche Nutzungs- und Mitwirkungspflicht jedenfalls dann, wenn "das Gericht" - sei es durch die/den Vorsitzende/n, sei es mit der Mehrheit der Mitwirkenden - dazu entschließt, auf diesem Wege miteinander zu kommunizieren. Einen strikten Anspruch auf Beratung nur unter physischer Anwesenheit aller Beteiligten an einem Ort gibt es in Zeiten der Digitalisierung (wohl) nicht mehr. Die gedeihliche Zusammenarbeit in einem Spruchkörper und das für eine sinnvolle Nutzung von Technik erforderliche Mindestmaß an deren Akzeptanz sprechen indes dafür, diese Fragen nicht als Rechtsfrage, sondern als Problem der Akzeptanzförderung, der Eingewöhnung und der notwendigen Überzeugungsbildung vom Nutzen von Videoberatungen zu sehen.

Mit zunehmender Digitalisierung der justizinternen Aufgabenerledigung wird zudem die Frage drängender, ob aus der richterlichen Unabhängigkeit oder dem Richterdienstrecht schon heute ein gegen den Dienstherrn gerichteter „Anspruch auf (Ermöglichung von) Videoberatungen“ und der Bereitstellung entsprechender Ausstattung folgt.¹⁹ Die Justizverwaltung ist unabhängig von einer bestehenden Rechtspflicht jedenfalls gut beraten, diese Möglichkeit möglichst zeitnah flächendeckend zu eröffnen – und sei es zur Verbesserung der Arbeitsabläufe, zur Erleichterung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf, zur Steigerung der Attraktivität des RichterInnenberufes oder aus ökologischen Gründen (Verkehrsvermeidung).

¹⁸ Allgemein zur richterlichen Unabhängigkeit in Zeiten der Digitalisierung s. Starosta, Die richterliche Unabhängigkeit im Zeitalter der Digitalisierung. Auf dem Weg zum elektronischen Richterarbeitsplatz, DÖV 2020, 216; Berlit, Richterliche Unabhängigkeit und elektronische Akte, JurPC Web-Dok. 77/2012; ders., eJustice, eAkte und Richterschaft, BJ 2015, 15; ders., Digitalisierung der Justiz, BJ 2020, 290 (292 f.).

¹⁹ Dazu Berlit (Fn. 18), BJ 2020, 290 (293).

4. Ausgewählte Einzelfragen

4.1 Dokumentation des Abstimmungsergebnisses als Problem

Kollegialgerichtliche Entscheidungen sind das Ergebnis beratungsgestützter Abstimmung. Bei Entscheidungen, die nicht verkündet werden, bedarf der Klärung, zu welchem Zeitpunkt eine Entscheidung gerichtsintern gefällt, die Beratung mithin durch Abstimmung in ein Ergebnis überführt wird, das gerichtsintern bindet;²⁰ hiervon nicht umfasst ist die Bekanntgabe der Entscheidung nach außen. Der Zeitpunkt der Beschlussfassung durch Abstimmung bestimmt u.a. die Frage, welche RichterInnen an der (nicht zu verkündenden) Entscheidung mitwirken (also der/die gesetzliche Richter/in i.S.d. Art. 100 Abs. 1 GG) sind und ob ggfls. die Unterschrift unter die abgesetzte, mit Gründen versehene Entscheidung ersetzt werden darf.

Die Form der grundsätzlich offenen Stimmabgabe ist üblich, gesetzlich aber nicht vorgeschrieben,²¹ ebensowenig die Form der Feststellung und Fixierung des Abstimmungsergebnisses. Die/der Vorsitzende hat die Abstimmungsstimmen zwar zu sammeln (§ 194 Abs. 1 GVG), hat aber gerichtsverfassungsrechtlich nicht die Befugnis zur verbindlichen Feststellung des Abstimmungsergebnisses. Denn bei Meinungsverschiedenheiten über das Ergebnis der Abstimmung entscheidet das Gericht (§ 194 Abs. 2 GVG).

Mit Ausnahme von kurzen Zwischenberatungen über einfache Fragen, die auch durch dann (non-)verbale Verständigung im Sitzungssaal selbst erfolgen kann²² und bei der das Abstimmungsergebnis dann durch Verkündung bekannt gegeben und im Protokoll fixiert wird, entspricht es indes oftmals, wenngleich nicht durchgängig der Übung, das Beratungsergebnis durch Unterzeichnung jedenfalls der Entscheidungsformel festzuhalten.²³ Bei verfahrens- bzw. instanzbeendenden Entscheidungen spricht die Abschlussfunktion der letzten erforderlichen Abstimmung und die Bedeutung der Feststellung des Abstimmungsergebnisses, aber auch die Rechtsklarheit dafür, diese als Grundlage dann folgender gerichtsinterner Abstimmungsprozesse intern dauerhaft zu „dokumentieren“. Regelmäßig erfolgt dies durch Unterzeichnung zumindest der Beschluss-/Urteilsformel durch die mitwirkenden RichterInnen.

Eine eigenhändige Unterzeichnung eines Papierdokuments ist bei einer Videoberatung nicht möglich. Kein Problem folgt hieraus - namentlich bei elektronischer Aktenführung -, wenn die mitwirkenden RichterInnen über Signaturkarten verfügen und vom häuslichen Arbeitsplatz auf die beratene Entscheidungsformel zugreifen sowie diese qualifiziert signieren können. Signaturrechtlich ist eine physische Anwesenheit am Gerichtsort bzw. dem Speicherort der Datei nicht geboten (Fernsignatur). Das Problem von Mehrfachsignaturen und notwendiger kleiner textlicher Veränderungen stellt sich nach erfolgter Verständigung auf eine bestimmte

²⁰ Von der grundsätzlichen internen Bindung einer einmal bewirkten Abstimmung unberührt bleibt die Möglichkeit des Gerichts, vor der Bekanntgabe an die Beteiligten zu beschließen, erneut in die Beratung und Abstimmung einzutreten und neuerlich – gegebenenfalls mit abweichendem Ergebnis – eine Entscheidung zu fällen.

²¹ Kissel/Meyer, GVG, 9. Aufl., § 194 Rn. 4.

²² Kissel/Meyer, GVG, 9. Aufl., § 193 Rn. 32; ThürLSG, U. v. 26.9.2017 – L 6 KR 993/14 – schließt dies für die Beratung und Abstimmung über das Urteil selbst aus.

²³ Anderes gilt in Fällen, in denen die Beratung nicht in einem abschließenden Ergebnis mündet, sondern lediglich vorläufig (wenngleich mit faktisch oft hoher Verbindlichkeit) die Grundlage einer nachfolgenden Entscheidungsfindung im Umlaufverfahren bildet.

Entscheidungsformel (regelmäßig) nicht; dieser Textteil bleibt regelmäßig nach erfolgter Beratung und Abstimmung unverändert.

Schwieriger wird es, wenn Fernzugriffsmöglichkeiten auf gerichtsinterne Systeme und damit auch ein Zugriff auf den Text der Entscheidungsformel nicht eröffnet sind und/oder keine Möglichkeit der (qualifizierten) Fernsignatur besteht. Die prozessrechtlich vorgesehene Unterschrift eines Urteils durch die an der Entscheidung mitwirkenden RichterInnen (z.B. § 117 Abs. 1 Satz 2 VwGO; § 315 Abs. 1 Satz 1 ZPO) gilt der vollständig abgefassten Entscheidung oder der bei im Zeitpunkt der Verkündung noch nicht vollständig abgefassten „Kurzfassung“ des Urteils, die binnen bestimmter Ordnungsfrist der Geschäftsstelle zu übermitteln ist (§ 117 Abs. 4 Satz 2 VwGO; § 315 Abs. 2 Satz ZPO). Dies ist mit der – nach hier vertretener Ansicht: gebotenen²⁴ – Fixierung des Abstimmungsergebnisses nicht identisch. Gesetzliche Formerfordernisse hierfür bestehen nicht.²⁵ Denkbar sind alle Formen einer hinreichend aussagekräftigen, zugleich das Beratungs- und damit auch das Abstimmungsgeheimnis währenden Dokumentation.

- Die Zustimmung zu dem textlich fixierten Beratungsergebnis kann - je nach Ausgestaltung - auch in Textform ("einfache Signatur") oder dadurch auf andere Art und Weise (etwa durch Einscannen einer handschriftlich unterschriebenen Entscheidungsformel) erfolgen.
- Für die Dokumentation des in der Beratung gefundenen Abstimmungsergebnisses dürfte wohl auch das Prinzip der Urkundeneinheit - anders als für die Urschrift des Beschlusses/des Urteils selbst - nicht gelten. Erforderlich, aber auch hinreichend ist, wenn durch die mitwirkenden RichterInnen in verlässlicher Weise intern dokumentiert wird, dass ein bestimmtes Abstimmungsergebnis gefunden worden ist.
- Diese interne Dokumentation des Abstimmungsergebnisses unterliegt auch nicht der Akteneinsicht (§ 100 Abs. 4 VwGO; § 299 Abs. 4 ZPO).

4.2 Videokonferenzmöglichkeit und Vertretungsfall

Mit der Eröffnung der Möglichkeit, nicht nur unverbindliche "kollegiale Gespräche" per Videotechnik durchzuführen, sondern auch in Entscheidungen durch Abstimmung führende Beratungen i.S.d. §§ 192 ff. GVG ergeben sich Rückwirkungen auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein/e nicht an Gerichtsstelle anwesende/r Richter/in gerichtsverfassungsrechtlich als "gesetzlicher Richter" zur Mitwirkung berufen ist, ob insbesondere die physische Abwesenheit auch dann, wenn sie nicht durch Urlaub, Erkrankung oder anderen Verhinderungsgrund bedingt ist, geeignet ist, den Vertretungsfall auszulösen.

Damit eng verbunden ist die Frage, ob, in welchem Umfang und unter welchen Voraussetzungen nicht an Gerichtsstelle anwesende RichterInnen im Rahmen der ihnen kraft richterlicher Unabhängigkeit zustehenden Befugnis, grundsätzlich selbst über Ort, Art und Zeitpunkt der richterlichen Tätigkeit zu befinden, richterdienstrechtlich gehalten sind, für Videoberatungen zur Verfügung zu stehen.

²⁴ Hält man eine derartige Fixierung nicht für geboten, kann die Zustimmung auch mündlich erfolgen, z.B. auch durch Zustimmung zu einer in Textform vorliegenden, vom Vorsitzenden durch Verlesung zur Abstimmung gestellten Urteilsformel, und dann von einem hierzu bestimmten Mitglied des Gerichts (Berichterstatter/in; Vorsitzende/r) „protokolliert“ werden.

²⁵ Schon im Ansatz stellt sich das Problem nicht, wenn die Videoberatung nur als nicht abschließender Meinungsaustausch für eine dann im Umlaufverfahren zu treffende Entscheidung ausgestaltet wird, es also allenfalls einen rechtlich nicht verbindlichen, vorläufigen Konsens gibt, wie die/er Berichterstatter seinen Entscheidungsvorschlag für das Umlaufverfahren fassen soll, aber kein „Ergebnis“.

Die hiermit verbundenen, teils intrikaten Fragen stellen sich in ähnlicher Weise auch bei der Nutzung (führender) elektronischer Akten und sind hier nicht zu vertiefen.

4.3 Videokonferenz und Gremienmitwirkung

Der Einsatz von Videotechnik zur spruchkörperinternen Beratung bedeutet den Einsatz einer Technik, welche die richterliche Tätigkeit zwar nicht kontrollieren soll, ab er zu deren Überwachung technisch zumindest geeignet ist; dies gilt wegen der bei dem Verbindungsaufbau anfallenden Daten auch bei einer Ende-zu-Ende-Verschlüsselung; zudem handelt es sich um die Einführung einer grundlegend neuen Arbeitsmethode, mögen auch vielen RichterInnen aus privaten Einsatzbereichen audiovisuelle Kommunikationsformen bekannt sein. Der Richterrat ist mithin jedenfalls zu beteiligen, je nach Ausgestaltung des durch das Richterrecht in Bezug genommenen Personalvertretungsrechts kann auch ein Mitbestimmungsrecht bestehen.

Einsatzfälle und der Umfang der Nutzung dem Grund nach zugelassener Videotechnologie zu Beratungszwecken entziehen sich als genuine Fragen rechtsprechender Tätigkeit der richterrechtlichen Beteiligung; sie sind auch durch das Präsidium nicht vorzuzeichnen. Insoweit kann auch die Gerichtsverwaltung keine inhaltlichen Vorgaben machen. Denkbar bleibt die Beschreibung technisch-organisatorischer Vorkehrungen (inkl. Dokumentationspflichten), welche im Interesse eines rechtskonformen Einsatzes von Videotechnologie die Handhabung und die Beachtung insb. datenschutzrechtlicher Anforderungen gewährleisten soll. Datenverarbeitende Stelle bleibt bei Nutzung von Videotechnologie zu Beratungszwecken das Gericht als organisatorische Einheit, nicht der jeweilige Spruchkörper.

Unterhalb der Ebene (semi-)verbindlicher dienstlicher Anweisungen sind nondirektive (gerichtsinterne oder gerichts[zweig]übergreifende) "Leitlinien" mit empfehlendem Charakter möglich, die sich z.B. auf die Ausstattung häuslicher Arbeitsplätze, Verhaltens"regeln" bei Videokonferenzen o.ä. beziehen.