

Ahrens, Martin*

Die Bedeutung der Verfahrensgrundsätze am Beispiel der Öffentlichkeit im deutschen Zivilprozess – Vergangenheit, Gegenwart, Zukunft

ABSTRACT

General principles of procedure are important to identify and compare the structure of the procedural design. In the German procedural laws publicity is a general principle of procedure with a specific meaning. It's role changed during the centuries from an essential element of conflict resolution to the control of state power in the court. Publicity in the courtroom in that meaning was an important requirement of the civil society in the 19th century. At the end of the 19th century it took place in the German *Gerichtsverfassungsgesetz*. By now it is an element of constitutional and European law. A partly assumed new dimension is media publicity in the court.

KEYWORDS: general principles of procedure, publicity in civil procedure, historical, constitutional and European dimensions of procedural publicity, media publicity

I. DIE JURISTISCHE „ENTDECKUNG“

Die Beschäftigung mit abstrakt formulierten Verfahrensgrundsätzen oder, wie es vor allem früher auch hieß, mit den Prozessmaximen,¹ beginnt mit *Nikolaus Thaddäus von Gönners* (1764–1827)² zwischen 1801 und 1803 in erster Auflage erschienenem Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses.³ Darin konzipierte er weniger ein vollständiges zivilprozessuales System, vielmehr warf er zentrale Fragen auf, um diese nach prinzipiellen Gesichtspunkten zu erörtern.⁴ Erleichtert wurde der Zugang zu den systematischen

* Prof. Dr. Martin Ahrens ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Anwaltsrecht und Zivilprozessrecht.

¹ Stein/Jonas/Kern, *ZPO*, 23. Aufl., vor § 128 Rn. 3; Prütting/Gehrlein/Prütting, *ZPO*, 13. Aufl., Einleitung, Rn. 23.

² Holzhauser, Gönner, *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte (HRG)*, (1971) Sp. 1755.

³ Ahrens, *Prozessmaximen*, *HRG*, 2. Aufl., Sp. 916.

⁴ Stintzing/Landberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Abt. 3, Halbbd. 2, Text, Nachdruck (1978) S. 148.

Gestaltungen durch grundsätzlich formulierte Alternativen. Auf der Grundlage dieser vernunftrechtlich geprägten Konzeption entwickelte er das Begriffspaar der Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime.⁵ In ihnen erkannte er allgemeine, mit reinen Vernunftsatzen übereinstimmende Grundsätze einer Ordnung des gerichtlichen Verfahrens.⁶ Beide Maximen wollte er sowohl empirisch, als dem deutschen gemeinen Prozess innewohnend, als auch normativ verstehen, als Anforderung an die Gesetzgebung.⁷

Neu waren nicht die mit den Prozessmaximen formulierten Problemlösungen, sondern ihr methodisch eigenes, modellhaftes Verständnis und ihre Erhöhung, aber wohl auch Überhöhung. Bereits im romanisch-kanonischen Prozessrecht waren leitende Verfahrensregeln bekannt, die dann oft in Parömien aufgenommen wurden.⁸ Beispielhaft steht dafür das Rechtssprichwort „*quod non est in actis, non est in mundo*“.⁹ Überhaupt prägten bereits im romanisch-kanonischen Prozess bestimmte Grundkonstanten das Erscheinungsbild des Verfahrens,¹⁰ doch fehlte eine großräumig verallgemeinernde wissenschaftliche Erfassung.

Gönners Prinzipienbildung fiel auf einen fruchtbaren Boden, denn für die entstehende systematisch ausgerichtete Prozessrechtswissenschaft waren damit klare Orientierungsmuster formuliert. Binnen kurzer Zeit erwachsen die Prozessmaximen zum allgemeinen verfahrensrechtlichen Gedankengut.¹¹ In einer raum- und gegenstands-umgreifenden Entwicklung wurden sie auf andere prozessuale Elemente erstreckt, die vielfach in Gegensatzpaaren operationalisiert wurden. Zu nennen sind Öffentlichkeit oder Heimlichkeit, Mündlichkeit oder Schriftlichkeit, Dispositions- oder Officialgrundsatz bzw. Unmittelbarkeit oder Mittelbarkeit. Der Erfolg der Maximenkonstruktionen beruhte jedoch nicht allein und vielleicht nicht einmal erstrangig auf ihren verfahrensrechtlichen Systematisierungsleistungen. Wegen ihrer plakativen Aussagen ließen sich insbesondere in der Zeit zwischen Restauration und bürgerlicher Revolution die Forderungen nach Öffentlichkeit und Mündlichkeit als Schlagworte im politischen Meinungskampf einsetzen.¹²

Einer kritischen Dekonstruktion konnten allerdings die vielfach übersteigerten Gedankenführungen nicht standhalten.¹³ Exemplarisch für sie steht, wenn nach Gönner

⁵ Gönner, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, 2. Aufl., (1804) 1. Bd., S. 175 ff.

⁶ Gönner, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, 2. Aufl., (1804) 1. Bd., S. 177.

⁷ Gönner, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, 2. Aufl., (1804) 1. Bd., S. 178.

⁸ Ahrens, *Prozessmaximen*, HRG, 2. Aufl., Sp. 916 f.

⁹ Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, (2012) S. 47, <https://doi.org/10.1007/978-3-642-23483-5>

¹⁰ Nörr, *Ein geschichtlicher Abriss des kontinentaleuropäischen Zivilprozesses*, (2015) S. 18.

¹¹ Bomsdorf, *Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit*, (1971) S. 159 ff. <https://doi.org/10.3790/978-3-428-42359-0>

¹² Fögen, *Der Kampf um Gerichtsöffentlichkeit*, (1974) S. 122, <https://doi.org/10.3790/978-3-428-43034-5>; Ahrens, *Prozessreform und einheitlicher Zivilprozess*, (2007) S. 81 f., 154.

¹³ Bomsdorf, *Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit*, S. 146 ff.; Wassermann, *Der soziale Zivilprozeß*, (1978) S. 108 f.

die Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime auf den Gegensätzen „nichts von Amts wegen“ bzw. „alles von Amts wegen“ beruhen.¹⁴ Eine rigide Maximenkritik sah darin eine – so wörtlich – „einzigartige Fehlabbildung“,¹⁵ die den analytischen Wert der Prinzipienkonstruktion für die Prozessrechtswissenschaft weithin infrage stellte.

Zwischenzeitlich hat sich jedoch die Diskussion von diesen konzeptionellen Extrempunkten entfernt und deswegen weitgehend beruhigt.¹⁶ Terminologisch kommt dies auch in der Abwendung von den Prozessmaximen und der Hinwendung zu den sprachlich flexibleren Verfahrensgrundsätzen¹⁷ oder -prinzipien zum Ausdruck. So besteht gegenwärtig ein weitgehender Konsens über den weder zu übersteigernden noch zu gering zu schätzenden Wert der erkenntnisleitenden Funktion dieser Prinzipienbildungen.¹⁸

II. LEISTUNGEN UND LEISTUNGSGRENZEN VON VERFAHRENSGRUNDSÄTZEN

Verfahrensgrundsätze fassen die fundamentalen Entscheidungen bei der Konstruktion eines gerichtlichen Verfahrens zusammen. Sie können in einem engen Sinn auf die innere Struktur des Verfahrens¹⁹ oder umfassender – wie zumeist – auf die Gestaltung des Verfahrensablaufs sowie die verfahrensrechtliche Aufgabenverteilung zwischen Gericht und Parteien²⁰ oder nahezu konturenlos auf sämtliche prinzipielle Wertungen bzw. übergeordneten Grundsätzen²¹ oder allgemeine Regeln²² bezogen werden. Ihre Modellierungen spiegeln seit den Anfangstagen der Maximendiskussion die gesellschaftlichen und rechtspolitischen Entwicklungen wider.

Disposition- und Officialgrundsatz sowie Verhandlungs- und Untersuchungsprinzip können auch als Faktoren im Wettstreit zwischen den erwachenden Kräften

¹⁴ Gönner, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, 1. Bd., S. 183 f.

¹⁵ Bomsdorf, *Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit*, S. 146.

¹⁶ Prütting/Gehrlein/Prütting, *ZPO*, 13. Aufl., Einleitung, Rn. 23.

¹⁷ Z.B. bei Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 18. Aufl., § 76 ff.; Stein/Jonas/Kern, *ZPO*, 23. Aufl., vor § 128 Rn. 3; Zöllner/Greger, *ZPO*, 33. Aufl., vor § 128 Rn. 2; Musielak/Voit/Musielak, *ZPO*, 18. Aufl., Einl. Rn. 26; anders Wieczorek/Schütze/Prütting/Gebauer, *ZPO*, 5. Aufl., Einleitung Rn. 80; MünchKommZPO/Rauscher, Einleitung Rn. 335.

¹⁸ Vgl. Braun, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, (2014) S. 70; Wieczorek/Schütze/Prütting/Gebauer, *ZPO*, 5. Aufl., Einleitung Rn. 80.

¹⁹ Braun, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, (2014) S. 70.

²⁰ Stein/Jonas/Kern, *ZPO*, 23. Aufl., vor § 128 Rn. 7; MünchKommZPO/Rauscher, 6. Aufl., Einleitung Rn. 335; Prütting/Gehrlein/Prütting, *ZPO*, 13. Aufl., Einleitung, Rn. 23; Musielak/Voit/Musielak, *ZPO*, 18. Aufl., Einl. Rn. 26; Ahrens, *Prozessmaximen*, HRG, 2. Aufl., Sp. 915 f.; Vollkommer, Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses, in Lücke/Prütting, *Lexikon des Rechts, Zivilverfahrensrecht*, (1989) S. 337.

²¹ Zöllner/Greger, 33. Aufl., vor § 128 Rn. 2; kritisch Stein/Jonas/Leipold, *ZPO*, 22. Aufl., 2005, vor § 128 Rn. 3.

²² Hk-ZPO/Saenger, 9. Aufl., Einführung Rn. 43.

der bürgerlichen Gesellschaft und der öffentlichen Gewalt gedeutet werden. Öffentlichkeit und Mündlichkeit sind etwa in ihrer liberalen Dimension als Bauelemente eines demokratisch kontrollierten Rechtsstaats zu verstehen. So verstanden, gestalten die Verfahrensprinzipien auch die grundlegenden gesellschaftspolitischen Anforderungen an das Zivilverfahren aus.

Die nicht selten ebenfalls unter die Verfahrensgrundsätze eingeordneten verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Zivilprozess und insbesondere die Verfahrensgrundrechte²³ können als Teil der Entwicklung zum Verfassungsstaat angesehen werden. Diese Konstitutionalisierung bildet eine moderne Stufe der gesellschaftlichen Entwicklung. Während jedoch Verfahrensgrundsätze leitende Elemente einer Prozessart kennzeichnen, normieren Prozessgrundrechte allgemeine Anforderungen an Verfahrensformen unter einer Verfassung. Sie sind deswegen nicht geeignet, um qualifizierende Unterschiede zwischen den verschiedenen, vom Mantel einer Konstitution umhüllten Prozessordnungen zu bezeichnen.²⁴

Typischerweise besitzen die Verfahrensprinzipien keine Rechtsnormenqualität,²⁵ was im Einzelfall eine Positivierung nicht ausschließt. So ist etwa der Mündlichkeitsgrundsatz in § 128 I ZPO verankert. Auf die Besonderheiten des Öffentlichkeitsgrundsatzes wird noch einzugehen sein. Verfahrensgrundsätze fungieren als systematische Bindeglieder zwischen den Prozesszwecken und den verfahrensrechtlichen Einzelnormen.²⁶ Damit erleichtern sie eine Verständigung über Zusammenhänge und die Lösung konkreter Einzelfragen.²⁷ Methodisch ermöglichen sie teleologische Auslegungsansätze sowie die Schließung von Gesetzeslücken.²⁸ Rechtsdogmatisch übersetzt, besitzen Verfahrensgrundsätze keinen absoluten Geltungsanspruch bzw. keine umfassende Bindung, sondern lassen Ausnahmen zu.²⁹ Sie müssen also weder formuliert noch überhaupt ausdrücklich angeordnet sein. Prozessgrundsätze schärfen in der Auseinandersetzung das Bewusstsein für die Ordnungsaufgaben und die konzeptionelle Ausgestaltung des Verfahrens.

²³ Musielak/Voit/Musielak, *ZPO*, 18. Aufl., Einl. Rn. 27; Zöller/Greger, 33. Aufl., vor § 128 Rn. 2 ff.; differenzierend Stein/Jonas/Kern, *ZPO*, 23. Aufl., vor § 128 Rn. 8; Hk-ZPO/Saenger, 9. Aufl., Einführung Rn. 43.

²⁴ Ahrens, *Prozessmaximen*, *HRG*, 2. Aufl., Sp. 919.

²⁵ Prütting/Gehrlein/Prütting, *ZPO*, 13. Aufl., Einleitung Rn. 23; MünchKommZPO/Rauscher, 6. Aufl., Einleitung Rn. 336; Vollkommer, Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses, in Lüke/Prütting, *Lexikon des Rechts, Zivilverfahrensrecht*, (1989) S. 337.

²⁶ MünchKommZPO/Rauscher, 6. Aufl., Einleitung Rn. 336; Braun, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, (2014) S. 71.

²⁷ Prütting/Gehrlein/Prütting, *ZPO*, 13. Aufl., Einleitung, Rn. 23.

²⁸ MünchKommZPO/Rauscher, 6. Aufl., Einleitung Rn. 336; Vollkommer, *Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses*, S. 337.

²⁹ Stein/Jonas/Kern, *ZPO*, 23. Aufl., vor § 128 Rn. 9; Vollkommer, Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses, in Lüke/Prütting, *Lexikon des Rechts, Zivilverfahrensrecht*, (1989) S. 337; s.a. *Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit*, (1961) S. 173.

III. ÖFFENTLICHKEIT – EIN ETWAS ANDERER VERFAHRENSGRUNDSATZ

Aus dieser Leistungsbeschreibung der Prozessgrundsätze fällt die Öffentlichkeit des Verfahrens in verschiedener Hinsicht heraus. Begrifflich lässt sie sich jedenfalls auf den ersten Blick nur schwer auf eine innere Verfahrensstruktur, sondern allenfalls auf die Gestaltung des Verfahrensablaufs beziehen. Obwohl die Öffentlichkeit ganz überwiegend zu den Verfahrensgrundsätzen gezählt wird,³⁰ rechnen einige Stimmen in der Literatur sie wohl auch wegen ihrer besonderen Erscheinung nur zu den Umständen der gerichtlichen Tätigkeit.³¹ Vereinzelt wird in dem Attribut der Öffentlichkeit des gerichtlichen Verfahrens sogar nur eine formale Kategorie gesehen.³² Obwohl solche terminologischen Anknüpfungen eher äußerlich bleiben und sachlich nur wenig weiterführen, zeigen sie bereits im ersten Zugriff eine erhebliche Meinungsbreite dabei auf, wie die Öffentlichkeit des gerichtlichen Verfahrens systematisch eingeordnet wird.

Bereits die normative Ausgestaltung der Öffentlichkeit begründet einen von den sonstigen Prozessgrundsätzen abweichenden, eigenständigen Fixpunkt. Die Öffentlichkeit des Verfahrens ist gerichtsverfassungsrechtlich in § 169 GVG sowie in den Art. 6 I EMRK und Art. 47 II der Europäischen Grundrechtscharta (EuGRC) positivrechtlich ausgeformt und verfestigt. Mit diesen Gesetzesnormen wird der bindende Charakter des Öffentlichkeitsgrundsatzes statuiert. Diese gerichtsverfassungs- und grundrechtlichen Positivierungen entkoppeln die Gerichtsöffentlichkeit von der sonstigen, eher exegetischen Aufgabe der Prozessgrundsätze. Auch dadurch fehlt ihr die methodische Flexibilität anderer Verfahrensgrundsätze, wie etwa des Verhandlungsgrundsatzes. Zugleich erhält sie dadurch eine von dem konkreten Prozessmodell unabhängigere Struktur.

Näher an den verfahrensrechtlichen Kern führt die Überlegung, was die Öffentlichkeit des Verfahrens zu leisten imstande sein kann oder soll. Bemerkenswerterweise hat sich trotz der seit über 140 Jahren und, wenn man die partikularen Regelungen hinzunimmt, noch länger bestehenden normativen Auskleidung der Gerichtsöffentlichkeit die Aufgabenbestimmung als besonders wandlungsfähig erwiesen. Gerade die früher der Öffentlichkeit beigemessene Sicherungs- und Kontrollfunktion³³ weist über eine

³⁰ MünchKommZPO/Rauscher, 6. Aufl., Einleitung Rn. 428; Stein/Jonas/Kern, ZPO, 23. Aufl., vor § 128 Rn. 332; Prütting/Gehrlein/Prütting, ZPO, 13. Aufl., Einleitung Rn. 33; Wieczorek/Schütze/Prütting/Gebauer, ZPO, 5. Aufl., Einleitung Rn. 100; Musielak/Voit/Musielak, ZPO, 18. Aufl., Einl. Rn. 49; Zöller/Greger, ZPO, 33. Aufl., vor § 128 Rn. 2; Hk-ZPO/Saenger, 9. Aufl., Einführung Rn. 73; Nikisch, *Zivilprozessrecht*, (1950) S. 199; Schilken, *Zivilprozessrecht*, 7. Aufl., Rn. 381.

³¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., § 21 Rn. 12 ff.; Schilken, *Gerichtsverfassungsrecht*, 4. Aufl., Rn. 154; auch Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 42. Aufl., Einl I Rn. 1 ff., führen die Öffentlichkeit nicht bei den wesentlichen Prozessgrundsätzen auf.

³² Rohde, *Die Öffentlichkeit im Strafprozess*, 1972, S. 46, der dennoch, S. 50, von einer Verfahrensmaxime spricht.

³³ Kissel/Mayer, *GVG*, 10. Aufl., § 169 Rn. 1; zu den Veränderungen unten V.1.b).

zweidimensionale Aufgabenverteilung zwischen Gericht und Parteien hinaus. Über diesen Drittbezug, sei es als Einbeziehung einer personalen Allgemeinheit, sei es als staatsrechtliche Funktion, wird die Öffentlichkeit von den Umständen im konkreten Gerichtsverfahren zum nicht ganz kleinen Teil abgelöst.

In dieser Außendimension kommt der von den sonstigen Verfahrensgrundsätzen abweichende besondere Charakter ebenfalls zum Ausdruck. Soweit Prozessprinzipien Grundsätze des Gerichtsverfahrens erklären sollen, die das Handeln der Prozessbeteiligten selbst betreffen, lässt sich die Öffentlichkeit nicht in diesen Rahmen einfügen. Die Öffentlichkeit kann zwar auf im Einzelnen bestimmbare Funktionalitäten für das konkrete Verfahren und wohl auch auf individualrechtliche Formungen bezogen werden. Für einen Verfahrensgrundsatz durchaus untypisch dient sie aber zumindest ebenso einem durch den Zugang der Allgemeinheit vermittelten, vom subjektiven Rechtsschutz zu unterscheidenden Institutionenschutz. Ihre über die konkreten Rechtsschutzinteressen hinausreichende Aufgabe löst sie aus dem Zusammenhang der sonstigen prozessualen Gewährleistungen. Vollständig getrennt ist dieser Kontext jedoch nicht, denn auch hier ist die prozesszweckbezogene Funktion sichtbar und wirksam.

Nicht zufällig weist die Öffentlichkeit des Verfahrens eine lange, wendungsreiche und sehr eigene historische Entwicklung auf. In ihr erweisen sich besonders deutlich die veränderten Aufgabenstellungen und damit die verschiedenartigen Qualitäten dessen, was unter Öffentlichkeit des Verfahrens zu verstehen ist. Letztlich transportiert der Öffentlichkeitsgrundsatz vielfach zeitbedingte Auffassungen von der Stellung der Rechtspflege im Staat³⁴ und ist damit durch rechtspolitische und staatsrechtliche Vorstellungen überformt. In einem kurzen Überblick sollen hier zunächst einige Aspekte schlaglichtartig beleuchtet werden. Bei dieser *Tour d'Horizon* durch Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft der Gerichtsöffentlichkeit werden die zahlreichen komplexen Einzelfragen jeweils nur kurz angerissen, um einen allgemeinen Eindruck von Entwicklungsverläufen und Aufgabenstellungen zu vermitteln.

IV. TIEFE HISTORISCHE WURZELN

1. Mittelalter und frühe Neuzeit

a) Öffentlichkeit als Funktion der Konfliktlösung

Im rechtsgeschichtlichen Zeitraffer können einige Entwicklungsschritte bei dem öffentlichen Gerichtsverfahren aufgezeigt und dadurch Strukturwandlungen sichtbar

³⁴ Vgl. *Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit*, (1961) S. 172.

gemacht werden.³⁵ Durch die Abstraktionshöhe der anschließenden Überlegungen gehen partikuläre Unterschiede ebenso verloren wie die Verschiedenartigkeit der untergerichtlichen gegenüber den obergerichtlichen oder gar reichskammergerichtlichen Verfahren. Nahezu selbstverständlich mutet schließlich die Aufforderung an, mittelalterliche Erscheinungen nicht mit modernen Inhalten der öffentlichen Gerichtsbarkeit zu füllen.³⁶

Eine weitgehend schriftlose Gesellschaft ohne eine verwissenschaftlichte Rechtsanwendung und einen staatlichen Rechtsdurchsetzungszwang musste zu ganz eigenen Konfliktlösungen gelangen.³⁷ Die frühmittelalterliche dinggenossenschaftliche Rechtsbildung wurde maßgeblich im Konsens der Betroffenen vollzogen,³⁸ da ihr andere Instrumente der Rechtsdurchsetzung fehlten. Obwohl es vielleicht nicht auf die Zahl der Urteiler ankam,³⁹ existierten offenbar doch dinggenossenschaftliche Gerichtsversammlungen mit der Teilnahme sämtlicher waffenfähiger Männer der Genossenschaft.⁴⁰ Dann war Öffentlichkeit notwendig ein konstitutives Element der konsensbezogenen Rechtsfindung.⁴¹ Es existierte eben keine Trennung zwischen Gericht und Publikum.⁴² Im germanischen Rechtsgang kann Öffentlichkeit insoweit auf den Akt der Rechtsbildung selbst bezogen und als essenzieller Bestandteil der Konfliktlösung interpretiert werden.⁴³

Die ersichtlich schwerfällige Dingversammlung wurde in der karolingischen Zeit durch kleinere Versammlungen mit einem beschränkten Urteiler- bzw. Schöffenkreis für weniger bedeutsame Konflikte beschränkt.⁴⁴ Damit ging die ursprüngliche Aufgabe der Öffentlichkeit der rechtlichen Konfliktlösung in der und durch die Gemeinschaft zumindest partiell verloren. Dennoch bildet für eine grundsätzlich orale Gesellschaft die mündliche und öffentliche Versammlung die geeignete Kommunikationsgrundlage.⁴⁵ Zudem war die Eidesleistung, sei es als Urteilserfüllungseid⁴⁶ oder sei es der als irrationales Beweismittel eingesetzte Reinigungseid, auf eine öffentliche Erbringung gegenüber der Gemeinschaft angelegt. Öffentlichkeit stellte insoweit ein Element der Förmlichkeit und der sozialen Kontrolle dar.

³⁵ Zum Folgenden Ahrens, *Öffentlichkeit, HRG*, 2. Aufl., Sp. 113 ff.

³⁶ Weitzel, *Dinggenossenschaft und Recht*, (1985) 1. Bd., S. 24.

³⁷ Oestmann, *Wege zur Rechtsgeschichte: Gerichtsbarkeit und Verfahren*, (2015) S. 17.

³⁸ Weitzel, *Dinggenossenschaft und Recht*, (1985) 1. Bd., S. 92.

³⁹ Weitzel, *Dinggenossenschaft und Recht*, (1985) 1. Bd., S. 125, 131, 147.

⁴⁰ Kern, *Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts*, (1954) S. 1.

⁴¹ Oestmann, *Wege zur Rechtsgeschichte: Gerichtsbarkeit und Verfahren*, (2015) S. 59 f.; Ahrens, *Öffentlichkeit, HRG*, 2. Aufl., Sp. 114.

⁴² Rohde, *Die Öffentlichkeit im Strafprozeß*, (1972) S. 51 f.; Alber, *Die Geschichte der Öffentlichkeit im deutschen Strafverfahren*, (1974) S. 12, <https://doi.org/10.3790/978-3-428-43240-0>

⁴³ Ahrens, *Öffentlichkeit, HRG*, 2. Aufl., Sp. 114.

⁴⁴ Oestmann, *Wege zur Rechtsgeschichte: Gerichtsbarkeit und Verfahren*, (2015) S. 59 f.

⁴⁵ Ahrens, *Öffentlichkeit, HRG*, 2. Aufl., Sp. 114.

⁴⁶ Kaufmann, *Urteilserfüllung, HRG*, Sp. 617 f.

b) Durchbrechungen und Funktionsverluste

Verschiedene Entwicklungen höhnten die Öffentlichkeit immer mehr aus, bis hin zu einem weitgehenden Funktionsverlust und letztlich ihrer partiellen Aufgabe.⁴⁷ Bei der herausgebildeten Urteilsschelte⁴⁸ konnte eine Partei oder ein anderer Schöffe den Urteilsvorschlag anderer Schöffen kritisieren. Infolgedessen wurde ein anderes Gericht, regelmäßig wohl ein Oberhof, um eine Entscheidung ersucht, die dann vom örtlichen Gericht verkündet wurde. Dabei existierten offenbar unterschiedliche Gewohnheiten darüber, welche Gerichtspersonen und Parteien an den Sitz des Oberhofs reisten.⁴⁹ Jedenfalls für diesen Zwischenschritt stellte die Öffentlichkeit kein konstituierendes, sondern ein allenfalls akzidentielles Element der Rechtsbildung dar.

Aus diesem mittelalterlichen Gebrauch der Urteilsschelte⁵⁰ entstand im gelehrten Recht das Institut der Aktenversendung. Urteiler, die das gelehrte Römische Recht nicht hinreichend beherrschten, konnten die Akten an ein anderes Spruchkollegium oder eine Juristenfakultät versenden. Die Aktenversendung schloss praktisch eine Öffentlichkeit aus,⁵¹ zumal es funktional um einen einzuholenden Rechtsrat ging und die juristischen Fakultäten kaum auf die Durchführung von Verhandlungen eingerichtet waren. Dennoch bestand im romanisch-kanonischen Prozess zumindest bei Verkündung des Urteils Publizität, verstanden als Partei- und Publikumsöffentlichkeit.⁵²

Existenzbedingung der Aktenversendung bildete ein schriftliches Verfahren. Ausgehend vom kanonischen Prozess wurde eine immer engmaschigere Verschriftlichung des gelehrten Zivilprozesses geschaffen.⁵³ Die zunächst nur angeordnete Protokollierung richterlicher Handlungen veranlasste die Parteien dazu, ihre Sachvorträge sowie Angriffs- und Verteidigungsmittel langwierig zu Protokoll zu diktieren. Dieses umständliche Verfahren untersagte etwa Theil 1, Tit. XI, § 5 der Reichskammergerichtsordnung von 1555, s.a. Theil 3, Tit. XV, § 2 f., weswegen die Parteien ihre Vorträge zunehmend schriftlich einreichen mussten. Die so entstandenen Prozessakten bildeten schließlich die alleinige Entscheidungsgrundlage.⁵⁴

Durch die Ortsferne, gerade der Obergerichte, nur schwer überbrückbare Distanzen und sprachliche Hürden aufgrund lateinischer Distinktionen im gelehrten Prozess führten zu weiteren natürlichen Schranken. Unter diesen Umständen büßte

⁴⁷ Ahrens, *Öffentlichkeit*, HRG, 2. Aufl., Sp. 114 f.

⁴⁸ Kaufmann, *Urteilsfindung – Urteilsschelte*, HRG, Sp. 620.

⁴⁹ Oestmann, *Wege zur Rechtsgeschichte: Gerichtsbarkeit und Verfahren*, (2015) S. 93.

⁵⁰ Dahlmanns, *Strukturwandel des deutschen Zivilprozesses im 19. Jahrhundert*, (1971) S. 18 Fn. 21; Wetzell, *System des ordentlichen Civilprocesses*, 3. Aufl., (1878) S. 536 f.

⁵¹ Wetzell, *System des ordentlichen Civilprocesses*, 3. Aufl., (1878) S. 536 ff.; Bayer, *Vorträge über den deutschen gemeinen ordentlichen Civilproceß*, 9. Aufl., (1865) S. 284 f.

⁵² Nörr, *Ein geschichtlicher Abriss des kontinentaleuropäischen Zivilprozesses*, (2015) S. 31.

⁵³ Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, (2012) S. 46.

⁵⁴ Zur Parömie „quod non est in actis, non est in mundo“ bereits oben; Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, (2012) S. 47; Ahrens, *Prozessreform und einheitlicher Zivilprozess*, (2007) S. 16.

Öffentlichkeit ihren Sinn ein,⁵⁵ auch wenn sie noch nicht ganz verloren gegangen war. Die Tür für das Publikum fiel langsam zu. Dennoch blieb wohl auch die Grenzziehung zwischen Öffentlichkeit und Heimlichkeit, wie die zwischen Mündlichkeit und Schriftlichkeit,⁵⁶ wesentlich vom partikularen Recht und dem Gerichtsgebrauch bestimmt. Zu kennzeichnen ist die Tendenz, nicht das Detail. Umgekehrt sollte die Heimlichkeit als Widerpart der Öffentlichkeit dazu dienen, den Richter vor sachfremden Einflüssen zu schützen.⁵⁷ Damit entsprach sie durchaus dem Modell einer rationalen Rechtsfindung.

2. Öffentlichkeit als Reformpostulat im 19. Jahrhundert

a) Französischer Einfluss

Einem erwachenden bürgerlichen Bewusstsein mussten besonders die Berührungspunkte zwischen dem Individuum und der öffentlichen Gewalt als sensible Konfliktstellen erscheinen.⁵⁸ Infolgedessen gehörte die Umformung des Zivilrechtsgangs von den veralteten Prozessformen hin zu einem freiheitlichen Verfahren zu den hervorragenden Themen bei der Ausbildung eines vom Bürgertum mitgeprägten Staats. Ganz im Mittelpunkt standen die Forderungen nach Mündlichkeit und Öffentlichkeit.⁵⁹

Ein erstes Leitbild bot der französische Zivilprozess. Im Kontrast zu den vielfach kritikwürdigen gemeinrechtlichen und partikularen Einrichtungen transportierte der *Code de procédure civile* (cpc) einen Geist, aus dem zentrale justizpolitische Forderungen abzuleiten waren.⁶⁰ Namentlich betraf dies die Kulturidee eines öffentlichen und mündlichen Verfahrens nach den Art. 87 ff. cpc. Aufgrund der gerade für national geprägte Anschauungen manifesten Diskreditierung französischer Institutionen durch die Besetzungszeit wurde demgegenüber auch ein Anschluss an die altdeutschen Institutionen gesucht.⁶¹ Dennoch blieb insbesondere in den preußischen und bayerischen Rheinlanden das französische Verfahren mit der öffentlichen Prozessform bestehen.

Starken Auftrieb erhielt die Diskussion nach der bürgerlichen Revolution von 1848 durch § 178 S. 1 der Paulskirchenverfassung vom 28.3.1849, die ein öffentliches

⁵⁵ Oestmann, *Wege zur Rechtsgeschichte: Gerichtsbarkeit und Verfahren*, (2015) S. 118.

⁵⁶ Nörr, *Ein geschichtlicher Abriss des Kontinentaleuropäischen Zivilprozesses*, (2015) S. 20.

⁵⁷ Mit nicht ganz fernem Erwägungen ist in moderner Zeit eine Restriktion der Öffentlichkeit begründet worden, vgl. Bockelmann, (1960) *NJW*, 217, 221.

⁵⁸ Mittermaier, *Gemeiner Prozeß*, 1. Beitrag, (1822) S. 8 ff.; Dahlmans, in Coing (Hrsg.), *Handbuch*, Bd. III/2, S. 2615; Ahrens, *Prozessreform und einheitlicher Zivilprozess*, (2007) S. 1.

⁵⁹ Rohde, *Die Öffentlichkeit im Strafprozeß*, (1972) S. 90; s.a. Gierhake, (2013) *JZ*, 1030, 1032 ff., <https://doi.org/10.1628/002268813X13790620720102>

⁶⁰ Ahrens, *Prozessreform und einheitlicher Zivilprozess*, (2007) S. 81.

⁶¹ Befördert durch das Preisausschreiben der Münchener Akademie von 1821 über das öffentliche Gerichtsverfahren in der altdeutschen Rechtspflege sowie der prämierten Arbeit von Maurer, *Geschichte des altgermanischen und namentlich altbairischen öffentlich-mündlichen Gerichtsverfahrens*, (1824).

und mündliches Gerichtsverfahren vorschrieb. Fußend auf dem revolutionären Umbruch von 1848,⁶² schrieb etwa die Hannoversche Bürgerliche Prozessordnung vom 8.11.1850 (BPO) eine öffentliche Verhandlung vor, die allerdings auf übereinstimmenden Antrag der Parteien oder von Amts wegen ausgeschlossen werden konnte, §§ 87 ff. BPO. Um die Mitte des 19. Jahrhunderts wurde so in zahlreichen deutschen Staaten ein öffentliches Verfahren eingeführt, doch blieben einige Territorien bis zum Inkrafttreten des GVG am 1.10.1879 in dem geheimen gemeinen Zivilprozess verwurzelt. Ganz unterschiedliche Strömungen flossen damit in der Revitalisierung der Öffentlichkeit zusammen.

b) Bürgerliche Öffentlichkeit

Mit der politischen Aufladung und prinzipiellen Ausgestaltung der Öffentlichkeit als Verfahrensgrundsatz veränderte sich ihre Aufgabenstellung. Sie sollte nunmehr der Kontrolle der Zivilrechtspflege⁶³ und damit dem Schutz der Verfahrensbeteiligten vor willkürlicher obrigkeitlicher Behandlung dienen. Gedacht war an eine bürgerliche Öffentlichkeit,⁶⁴ die auch über eine entsprechende Bildung zum Verständnis des Verfahrens und Muße verfügte. Dementsprechend wurde diskutiert, wer diese Kontrollfunktion ausüben könne, wobei vereinzelt eine Beschränkung auf achtbare Männer bzw. die wohlhabende gebildete Klasse gefordert wurde. Frauen sollten ohnedies ganz überwiegend aus dem Gerichtssaal ausgeschlossen sein.⁶⁵

In einer fernerer Wendung kann in der Öffentlichkeit auch ein Element zum Schutz des Richters vor Einmischung anderer staatlicher Instanzen und damit zur Gewährleistung richterlicher Unabhängigkeit erkannt werden. Während die Heimlichkeit vormals vor einer Beeinflussung durch die Parteien schützen sollte, diente die Öffentlichkeit nunmehr dem Schutz vor obrigkeitlicher Gefährdung. Offensichtlich hatte sich die Bedrohungsanalyse gewandelt.

Nicht übersehen werden darf noch eine andere Dimension. Öffentlichkeit bietet stets auch den professionalisierten Advokaten eine große Bühne. Letztlich ermöglicht sie dadurch eine breite Leistungsschau der Advokatur. Dies gilt gleichermaßen für die politische wie die allein forensisch tätige Advokatur. Auch diese Standesinteressen mögen den Ruf nach einem öffentlichen Gerichtsverfahren in Zivilsachen gefördert haben.

Bei diesem Verständnis deutet sich zugleich eine weitere Häutung der Öffentlichkeit an. Öffentlichkeit konnte damit nicht mehr allein auf die Saalöffentlichkeit beschränkt werden. Das Publikum im Gerichtssaal vermochte vielleicht noch die folgerichtige Verhandlung und Entscheidung zu beurteilen sowie die rhetorische und intellektuelle Brillanz der Advokaten zu erkennen. Eine übergreifende Wirkung ermöglichte indessen allein die Weiterung in den medialen Bereich hinein.

⁶² Ahrens, *Prozessreform und einheitlicher Zivilprozess*, (2007) S. 430 ff.

⁶³ Fögen, *Der Kampf um Gerichtsöffentlichkeit*, (1974) S. 23.

⁶⁴ Rohde, *Die Öffentlichkeit im Strafprozeß*, (1972) S. 94.

⁶⁵ Fögen, *Der Kampf um Gerichtsöffentlichkeit*, (1974) S. 23.

V. AKTUELLE DIMENSIONEN

1. Gerichtsverfassungsrechtliche Ausgestaltung

a) Ausprägungen

Der in § 169 S. 1 GVG formulierte Grundsatz der Öffentlichkeit der Verhandlung bezeichnet das Recht unbeteiligter Dritter, an der Verhandlung vor einem erkennenden Gericht teilnehmen zu dürfen.⁶⁶ Verstanden wird darunter die Saalöffentlichkeit,⁶⁷ also das Recht, im Gerichtssaal anwesend zu sein. Dieses Zugangsrecht besteht auch für die – teils mittelbar – ermöglichte Medienöffentlichkeit.

Die Parteipublicität bezeichnet das Recht der Parteien, an der Verhandlung teilzunehmen und von den Verfahrensakten Kenntnis zu erlangen, etwa nach § 357 ZPO. Ob sie zum Grundsatz der Öffentlichkeit gehört, wird nicht einheitlich beantwortet.⁶⁸ Teilweise wird hierin auch eine Ausprägung des rechtlichen Gehörs gesehen.⁶⁹

b) Funktionsveränderungen

Bei den Funktionsbestimmungen der Öffentlichkeit haben sich im Zeitenlauf wesentliche Veränderungen ergeben. Die während der intensiven Auseinandersetzungen über die Einführung des öffentlichen Gerichtsverfahrens im 19. Jahrhundert angeführten Zielsetzungen sind vielfach nur noch von historischem Interesse. Zu denken ist etwa an die Kontrolle der Geschworenen, die Beruhigung für den Angeklagten, die Ehrenrettung für die in Zweifel gezogene Unschuld, die Warnung vor verdächtigen Subjekten u.a. mehr.⁷⁰

Andere Funktionen haben zumindest viel von ihrer früheren Bedeutung verloren. Zu den geradezu klassischen Aufgabenbeschreibungen der Gerichtsöffentlichkeit gehört seit der Aufklärung⁷¹ die Kontrolle des Gerichts und des Verfahrensgangs durch die Allgemeinheit.⁷² Gemeint ist damit der Schutz der zivilprozessualen und materiellrechtlichen Institutionen vor einseitiger staatlicher Einflussnahme. Gegenüber einer

⁶⁶ Kissel/Mayer, *GVG*, 10. Aufl., § 169 Rn. 1.

⁶⁷ *BVerfG NJW* (2001) 1633, 1634.

⁶⁸ Bejahend Feuerbach, *Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege*, Bd. 1, (1821) S. 96 ff.; MünchKommZPO/Rauscher, 6. Aufl., Einleitung Rn. 431; verneinend Kissel/Mayer, *GVG*, 10. Aufl., § 169 Rn. 3; Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., § 21 Rn. 23.

⁶⁹ Musielak/Voit/Musielak, *ZPO*, 18. Aufl., Einl. Rn. 51; Braun, *Lehrbuch des Zivilprozessrechts*, (2014) S. 146.

⁷⁰ Vgl. den Überblick bei Alber, *Die Geschichte der Öffentlichkeit im deutschen Strafverfahren*, (1974) S. 36, 77.

⁷¹ Stein/Jonas/Jacobs, 23. Aufl., § 169 Rn. 4, beschränken die Wurzeln auf diese Zeit.

⁷² *BGH NJW* (1977) 157, 158; Stein/Jonas/Jacobs, 23. Aufl., § 169 Rn. 4; Prütting/Gehrlein/Neff, 13. Aufl., § 169 GVG Rn. 2.

solchen Kontrollleistung erscheint inzwischen eine gewisse Skepsis angezeigt. Im gewaltenteilenden Rechtsstaat mit seinen vielfältigen, auch überstaatlichen Sicherungsmitteln und der institutionell hochstabilisierten richterlichen Unabhängigkeit hat diese Gewährleistungsfunktion der Öffentlichkeit viel von ihrer Relevanz verloren.⁷³ Auch findet die Masse der Gerichtsverfahren ohne Beteiligung der Öffentlichkeit statt. Dieser Gewähr kommt wohl nur noch die Bedeutung einer im Bedrohungsfall aktualisierbaren Reservesicherung zu.

Ein modernes Verständnis erkennt in der Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen einen Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips,⁷⁴ der dem allgemeinen Öffentlichkeitsprinzip der Demokratie entspricht.⁷⁵ Teilweise wird der Gerichtsöffentlichkeit deswegen Verfassungsrang beigemessen⁷⁶ mit der Konsequenz, dass ihre Abschaffung verfassungswidrig wäre⁷⁷ und eine Verletzung zum Verfassungsverstoß führen müsste. Ausdrücklich hat demgegenüber das BVerfG in einer inzwischen allerdings gut 50 Jahre alten Entscheidung die Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung nicht als Verfassungsrechtsgrundsatz, sondern als Prozessrechtsmaxime bezeichnet.⁷⁸ Inzwischen hat es hierbei einen gewissen Wandel vollzogen.⁷⁹

Zweifellos transportiert die Gerichtsöffentlichkeit einen rechtsstaatlichen Gehalt und spiegelt mit der Zugänglichmachung gerichtlicher Handlungen für den öffentlichen Meinungsbildungsprozess Elemente des Demokratieprinzips wider. Ebenso selbstverständlich ist bei einer dem demokratischen Staat angemessenen Rechtspflege⁸⁰ ein Dialog zwischen Justiz und Gesellschaft erforderlich.⁸¹ Recht und Gerichte müssen sich den Legitimationsanforderungen der Gesellschaft stellen. An die Stelle der Kontroll- ist damit verstärkt eine Informationsfunktion getreten.⁸² Die Verbindung zum verfassungsrechtlichen Rechtsstaats- und Demokratieprinzip wirkt jedoch zu flüchtig, um eine Erhöhung zum Verfassungsgrundsatz des nationalen Rechts rechtfertigen zu können. Gerade die richterliche Unabhängigkeit zeigt Grenzen einer demokratischen Rückkoppelung auf.

Verbreitet wird angenommen, die Öffentlichkeit schütze über die Transparenz des Verfahrens das Vertrauen der Allgemeinheit sowie des konkret Rechtssuchenden in

⁷³ Kissel/Mayer, *GVG*, 10. Aufl., § 169 Rn. 1; Schilken, *Gerichtsverfassungsrecht*, 4. Aufl., Rn. 155.

⁷⁴ *BVerfG NJW* (2012) 1863, 1864.

⁷⁵ *BVerfG NJW* (2001) 1633, 1635; Stein/Jonas/Jacobs, 23. Aufl., § 169 Rn. 1; MünchKommZPO/Rauscher, 6. Aufl., Einleitung Rn. 428; Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., § 21 Rn. 12; Stürner, FS Baur, (1981) S. 647, 660; ähnlich auch *EGMR NJW* (1986) 2177, 2178.

⁷⁶ Dürig/Herzog/Scholz/Grzeszick, *GG*, 95. EL., Art. 20 Rn. 34; Stein/Jonas/Jacobs, 23. Aufl., § 169 Rn. 6; Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle/Becker, 79. Aufl., § 169 GVG Rn. 1.

⁷⁷ Jarass/Pieroth, *GG*, 16. Aufl., Art. 20 Rn. 19 m.w.N.

⁷⁸ *BVerfG NJW* (1963) 757, 758; ablehnend auch Kissel/Mayer, *GVG*, 10. Aufl., § 169 Rn. 2.

⁷⁹ *BVerfG* (2001) 1633, 1635; aber *NJW* (2012) 1863, 1864.

⁸⁰ Von der Zöller/Lückemann, 33. Aufl., § 169 GVG Rn. 1, spricht.

⁸¹ Fögen, *Der Kampf um Gerichtsöffentlichkeit*, (1974) S. 120.

⁸² Vgl. Britz, (2015) (3) *jM*, 127, 129.

die Korrektheit der Entscheidung.⁸³ Soweit ersichtlich wird diese wiederkehrende Argumentationsfigur nicht systematisch vertieft. Ein entscheidender Erkenntnisgewinn ist aber aus der Rückkoppelung mit den Zwecken des Zivilprozesses zu gewinnen. Ein Verbot der Selbsthilfe setzt einen verlässlichen subjektiven Rechtsschutz voraus, auf den die Parteien vertrauen können. Zudem verlangt die Sicherung des Rechtsfriedens eine Verfahrenstransparenz, die willkürlichem Handeln eine klare Grenze setzt. Hierin erweist sich die einleitend angesprochene Funktion der Öffentlichkeit als Prozessgrundsatz, der ein Bindeglied zwischen den Verfahrenszwecken und prozessualen Einzelschriften bildet. Eine gewisse Friktion besteht aber bei dem Schutz subjektiver Rechte, auf die noch zurückzukommen sein wird.

Eine Zwischenstellung nimmt der selbständige Beweisaufnahmetermin ein, der nach § 357 ZPO partei-, aber nicht allgemeinöffentlich ist.⁸⁴ Die Beweisaufnahme ist zwar zur Feststellung streitiger Rechte unerlässlich, aber vielleicht doch nicht so eng an die Prozesszwecke angebunden, wie die Verhandlung zur Sache. Insoweit existiert ein grundlegender Unterschied zum Strafprozess. Möglicherweise bieten die eigenen Verfahrenszwecke des Strafverfahrens einen Erklärungsansatz zum Verständnis der dort strengen Durchführung des Öffentlichkeitsprinzips.

c) Kollektiv- und individualrechtliche Komponenten

In dem seit dem 19. Jahrhundert vertretenen staatsgewendeten Verständnis wird Öffentlichkeit als Recht der Allgemeinheit angesehen. Dies gilt gerade auch dann, wenn der Gerichtsöffentlichkeit eine demokratische Komponente unterlegt wird. Unerheblich ist dafür, ob man einen Wandel von einer im Gerichtssaal anwesenden repräsentativen zu einer medial vermittelten kollektiven Öffentlichkeit annehmen will.⁸⁵ Diese vergemeinschaftete Rechtsstellung beinhaltet einen gravierenden, ja vielleicht sogar fundamentalen Unterschied zu den sonstigen, auf die prozessuale Stellung der Verfahrensbeteiligten gerichteten Verfahrensgrundsätzen.

Langsam nur gewinnt die Gerichtsöffentlichkeit eine individualrechtliche Komponente. Zuerst ist sie bei der Parteiöffentlichkeit der Beweisaufnahme sichtbar geworden, mit der die Parteien davor geschützt werden sollten, von der Zeugenvernehmung ausgeschlossen werden zu können.⁸⁶ Der individualrechtliche Schutz der Parteien scheint noch als Reflex aus dem Zugangsrecht der Allgemeinheit zu resultieren, das die konkrete Verfahrensdurchführung sichern und rechtsstaatlich gewährleisten soll. Primär dient die Parteiöffentlichkeit der Beweisaufnahme im Zivilverfahren jedoch dem Schutz des rechtlichen Gehörs. Insoweit gewinnt die individualrechtliche Dimension

⁸³ EGMR NJW (1986) 2177, 2178; Kissel/Mayer, *GVG*, 10. Aufl., § 169 Rn. 3; Musielak/Voit/Musielak, *ZPO*, 18. Aufl., Einl. Rn. 50; Schilken, *Gerichtsverfassungsrecht*, 4. Aufl., Rn. 155.

⁸⁴ Stein/Jonas/Berger, 23. Aufl., § 357 Rn. 1; Zöller/Greger, 33. Aufl., § 357 Rn. 1.

⁸⁵ Kissel/Mayer, *GVG*, 10. Aufl., § 169 Rn. 1.

⁸⁶ Hahn, *Die gesammten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen*, Bd. II, (1880) S. 305.

eine andere Qualität. Sichtbar wird die individuelle Komponente aber etwa beim Akteneinsichtsrecht aus § 299 ZPO, ohne diesem bereits eine unmittelbare Qualität im Rahmen des Öffentlichkeitsgrundsatzes beizumessen.

Inzwischen scheint aber ein Individualschutz vermehrt gegen und nicht durch die Öffentlichkeit erforderlich zu werden, wenn der Schutz von Persönlichkeitsrechten, vor Bloßstellungen oder von betrieblichen Geheimnissen eingefordert wird. Während der Nutzen der Öffentlichkeit für die Prozessparteien oft sehr mittelbar bleibt, können sie die Nachteile sehr unmittelbar erfahren. Ob es weitere Individualisierungen geben wird, ist derzeit aus der Sicht des nationalen Rechts nur schwer zu beantworten.

2. Europäische Einflüsse

a) Art. 6 I EMRK

Nach Art. 6 I 1 EMRK hat jede Person ein Recht auf ein faires öffentliches Verfahren. Die Norm spricht von einem fairen Verfahren, das öffentlich zu verhandeln ist. Ergänzend verlangt Art. 6 I 2 EMRK eine grundsätzlich öffentliche Verkündung des Urteils. Die Funktion dieser Regelungen und die methodische Flexibilität der EMRK belegen die damit intendierte Öffentlichkeit nicht nur von Verhandlung und Verkündung des Urteils, sondern des Verfahrens.

Dieses Recht sichert grundsätzlich jedermann die Zugänglichkeit der Verhandlung.⁸⁷ Übereinstimmend mit den nationalen Deutungsansätzen soll dadurch die Transparenz gefördert und das Vertrauen der Öffentlichkeit gewahrt werden.⁸⁸ Die Gewährleistung geht aber über diesen kollektiven Bezug hinaus und garantiert auch den Parteien und Beteiligten den Zugang zum Verfahren.⁸⁹ Ersichtlich wird diese individualrechtliche Schutzdimension aus der Formulierung in der Konvention, wonach jedermann Recht auf ein öffentliches Verfahren hat. Sie erhält eine eigenständige Gestalt, weil die Rolle als Prozesssubjekt gestärkt werden soll.⁹⁰

b) Art. 47 II EuGRC

Art. 47 II EuGRC eröffnet ebenfalls für jede Person das Recht auf ein faires öffentliches Verfahren und ist insoweit auf Art. 6 I EMRK gegründet.⁹¹ Der Rechtsgewährleistung für jede Person wird – wohl in einer gewissen Überhöhung – ein menschenrechtlicher

⁸⁷ Grabenwarter/Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 6. Aufl., § 24 Rn. 86.

⁸⁸ Karpenstein/Mayer/Meyer, *EMRK*, 2. Aufl., (2015) Art. 6 Rn. 60; Tubis, *NJW* (2010) 415.

⁸⁹ Grabenwarter/Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 6. Aufl., § 24 Rn. 86.

⁹⁰ Karpenstein/Mayer/Meyer, *EMRK*, 2. Aufl., (2015) Art. 6 Rn. 60.

⁹¹ Rachauer/Sander/Schlögl, in Holoubek/Lienbacher, *GRC-Kommentar*, (2014) Art. 47 Rn. 4; Jarass, *NJW* (2011) 1393.

Charakter beigemessen.⁹² Rückgekoppelt wird sie dann doch wieder an die Kategorien der öffentlichen Kontrolle und des Vertrauens. So können insbesondere die individualrechtlichen Anknüpfungspunkte übertragen werden. Unabhängig von den Formen der nationalen Positivierungen bildet die Öffentlichkeit des Gerichtsverfahrens den europäischen und insb. unionsrechtlichen Standard.

c) Datenschutz-Grundverordnung

Die Datenschutz-Grundverordnung (EU) 2016/679 vom 27.4.2016⁹³ wird keine den Öffentlichkeitsgrundsatz limitierende Wirkung entfalten. Ihr sachlicher Geltungsbereich ist nach Art. 2 II lit. c) VO auf den Anwendungsbereich des Unionsrechts beschränkt, zu dem das Zivilprozessrecht gerade nicht insgesamt gehört. Selbst wenn das Selbstverständnis der Datenschutz-Grundverordnung ein anderes sein mag, lässt Art. 23 I lit. f) Beschränkungen des Datenschutzes zum Schutz der Unabhängigkeit der Justiz und dem Schutz von Gerichtsverfahren zu. Die vorrangige Stellung des Verfahrensgrundsatzes der Öffentlichkeit ist wohl auch aus Erwägungsgrund 20 abzuleiten. Der in der EMRK und der EuGRC sowie den nationalen Rechten verankerte Öffentlichkeitsgrundsatz berührt die Datenschutz-Grundverordnung nicht.

VI. ENTWICKLUNGSPERSPEKTIVEN

1. Medienöffentlichkeit

Seit dem zumindest ungeschickten Umgang des OLG München insbesondere mit der Zulassung ausländischer Medien zum NSU-Verfahren⁹⁴ ist die restriktive Einstellung des GVG zu Film-, Funk- und Fernsehaufnahmen verstärkt unter Druck geraten.⁹⁵ Originale Ton-, Fernseh- und Filmaufnahmen zum Zwecke der öffentlichen Vorführung sind allerdings nach § 169 I 2 GVG grundsätzlich unzulässig.⁹⁶ Das Verbot gilt während, aber nicht vor und nach der Verhandlung.⁹⁷

In mehrfacher Hinsicht ist dieses Verbot durch das Gesetz über die Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren vom 8.10.2017⁹⁸ aufgebrochen worden.

⁹² Meyer/Eser/Kubiciel, *Charta der Grundrechte der EU*, 5. Aufl., Art. 47 Rn. 22.

⁹³ ABl L 119/1.

⁹⁴ Hegmann, (2014) *DRiZ*, 202; Mitsch, (2014) *ZRP*, 137.

⁹⁵ Zuvor etwa Kaulbach, (2011) *JR*, 51; Eckertz-Höfer, (2012) *DVBt*, 389; s.a. Rose, (2014) *SchlHA*, 169; von Coelln, (2014) *AfP*, 193.

⁹⁶ Stark differenzierend *BVerfG NJW* (2001) 1633, 1636.

⁹⁷ *BVerfG NJW* (2001) 1633, 1635; Kissel/Mayer, *GVG*, 10. Aufl., § 169 Rn. 63.

⁹⁸ *BGBI. I* (2017) 3546.

Nach § 169 II GVG sind Tonaufnahmen der Verhandlung einschließlich der Verkündung der Urteile und Beschlüsse zu wissenschaftlichen und historischen Zwecken zulässig, wenn es sich um ein Verfahren von herausragender zeitgeschichtlicher Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland handelt. Zudem dürfen in besonderen Fällen für die Verkündung von Entscheidungen des Bundesgerichtshofs Ton- und Fernsehrundfunkaufnahmen sowie Ton- und Filmaufnahmen zugelassen werden. Eine beschränkte Öffnungsklausel enthält außerdem § 17a BVerfGG insbesondere für die Verkündung von Entscheidungen durch das BVerfG.

Trotz dieser vorsichtigen Öffnung im Bereich der Höchstgerichte werden damit audio-visuelle Medien immer noch gegenüber den Printmedien klar zurückgesetzt, die mit ihren Berichterstattern in der Verhandlung zugegen sein können. Letztlich ist dies aber ein Ausdruck der unterschiedlichen Leistungen sowie Wirkungen von Print- und audio-visuellen Medien.

Da das BVerfG in seiner n-tv-Entscheidung⁹⁹ vom 24.1.2001¹⁰⁰ einen verfassungsrechtlich verankerten Anspruch auf Eröffnung von Übertragungen aus Gerichtsverhandlungen verneint hat, bleibt es der gesetzgeberischen Abwägung überlassen, ob derartige Übertragungen den Zwecken der Gerichtsöffentlichkeit dienlich und damit zu empfehlen sind. Sicherlich steigert die elektronische Übertragung von Verhandlungen deren Transparenz und intensiviert wohl auch den Dialog zwischen Justiz und Gesellschaft. Unschädlich ist, dass nur wenige Verfahren medienrelevant sind und daher nur eine segmentierte Öffentlichkeit hergestellt wird, denn auch mit diesen Verfahren können substantielle Themen berührt werden. Beispielhaft seien der NSU-Prozess oder die Kachelmann-Verfahren genannt.

Digitale Medien entsprechen zudem in besonderer Weise den heutigen Konsumgewohnheiten. Dennoch wird durch sie keine veränderte Funktion erreicht, sondern nur eine gewisse quantitativ erweiterte Öffentlichkeit hergestellt. Auch dies erscheint als ein Wert, doch stehen ihm mögliche Einbußen auf individualrechtlicher Seite entgegen, wenn die Persönlichkeitsrechte von Parteien und Zeugen betroffen sind. Nicht übersehen werden darf auch der Einfluss einer (Live-)Übertragung auf das Verhalten der prozessualen Akteure. Keine Rolle für die Ausformung des Öffentlichkeitsgrundsatzes spielen die wirtschaftlichen Interessen der Medienunternehmen und Anwälte. Ein aus der Aufgabenstellung der Gerichtsöffentlichkeit abzuleitender überwiegender Grund für die Zulassung audio-visueller Medienübertragungen besteht nicht.

⁹⁹ Vgl. Britz, (2015) (3) *jM*, 127, 129.

¹⁰⁰ *BVerfG NJW* (2001) 1633; dagegen etwa von Coelln, (2014) *AfP*, 193, 200.

2. Schriftsatzöffentlichkeit

Eine Veröffentlichung der Schriftsätze könnte dagegen eine andere Dimension der Öffentlichkeit bewirken. Bislang galt allerdings uneingeschränkt das Verständnis, wonach Öffentlichkeit Mündlichkeit voraussetze¹⁰¹ und Schriftsätze nicht der Öffentlichkeit zugänglich seien. Öffentlichkeit beinhalte Zusehen und Zuhören, nicht die Aktenlektüre.¹⁰² Durch die voranschreitende Digitalisierung der gerichtlichen Korrespondenz, erwähnt seien nur die elektronische Gerichtsakte und das besondere elektronische Anwaltspostfach, dürften jedenfalls die technischen Hürden gegenüber einer Schriftsatzöffentlichkeit in naher Zukunft entfallen. Geplant ist eine vollständige elektronische Kommunikation der Justiz mit professionellen Justiznutzern.¹⁰³ Dies schafft die Gelegenheit für eine erweiterte Öffentlichkeit. Den Referenzpunkt dafür bildet vor allem das Akteneinsichtsrecht aus § 299 II ZPO, das nicht zentral zum Öffentlichkeitsprinzip gerechnet wird, welches eine neue Gestalt gewinnen kann.

Im Zivilverfahren könnten damit vollkommen andere Verfahrensschichten öffentlich werden. Komplexere rechtliche Zusammenhänge könnten dadurch gerade dem Fachpublikum zusätzlich vermittelt werden. Auch die gerichtliche Sachverhaltsbehandlung ist besser zu prüfen. Insgesamt könnte die Rationalität des Verfahrens gesteigert werden. Einschränkend zu diskutieren wären aber etwa der Umgang mit Betriebsgeheimnissen, die Anonymisierung der Beteiligten und die Behandlung von Schriften der Naturalparteien. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt ist eine Schriftsatzöffentlichkeit allerdings nicht erforderlich. Sie eröffnet jedoch eher eine neue Qualität der Gerichtsöffentlichkeit als eine verbreiterte Medienöffentlichkeit.

VII. FAZIT

Die Öffentlichkeit des Verfahrens nimmt unter den Prozessgrundsätzen eine ungewöhnliche Stellung ein. Seit ihrer Revitalisierung, zunächst in den Schriften der Aufklärung und dann des liberalen Bürgertums, wird sie als Recht der Allgemeinheit auf Zugang zum Gerichtsverfahren verstanden, um dessen Kontrolle zu ermöglichen und Vertrauen zu schaffen. Diese kollektive Rechtsstellung dient primär dem Institutionenschutz und begünstigt die Prozessparteien zumeist nur mittelbar. Sie kann aber auch ganz unmittelbar in einen Konflikt etwa mit den Geheimhaltungsinteressen der Parteien geraten. Diese potenzielle Kontraststellung unterscheidet den Öffentlichkeitsgrundsatz von anderen Verfahrensgrundsätzen. Eine Verschärfung durch eine umfassendere

¹⁰¹ Nikisch, *Zivilprozeßrecht*, (1950) S. 199.

¹⁰² Kissel/Mayer, *GVG*, 10. Aufl., § 169 Rn. 52.

¹⁰³ Bernhardt, *NJW* (2015) 2775, 2777.

Medienöffentlichkeit scheint nicht angezeigt. Vorzugswürdig erscheint dagegen eine Erweiterung der individualrechtlichen Komponenten, wie sie in den europäischen Regelungen angelegt, aber noch nicht hinreichend fruchtbar gemacht sind. Trotz der vielfältigen offenen Fragen sollte auch eine Schriftsatzöffentlichkeit nicht von vornherein abgelehnt werden.