

## X. Fazit

Dem Ziel des SBBG, die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag zu stärken und gesetzlich zu verankern sowie bürokratische Hindernisse abzubauen, ist zuzustimmen. Die bisherigen Vorgaben zur Änderung des Geschlechtseintrags und des Vornamens insbesondere die Einholung von zwei Sachverständigengutachten empfinden viele Betroffene als entwürdigend. Zudem sind die Verfahren langwierig und kostspielig. Dieser Zustand wird durch das SBBG deutlich verbessert. Es bleibt abzuwarten, ob sich durch die erleichterten Änderungsbestimmungen

die Zahl der Personen, die eine einer Änderung des Geschlechtseintrags und der Vornamen beantragen, signifikant ändern wird.

Allerdings ist hervorzuheben, dass das SBBG nicht ausreichend die Interessen von Eltern und Kindern berücksichtigt. Ggfs. muss diesbezüglich im Rahmen der Evaluation des Gesetzes nachgesteuert werden<sup>39</sup>.

39) Vgl. die Evaluationsklausel des Art. 12 des Gesetzes über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag und zur Änderung weiterer Vorschriften: fünf Jahre nach Inkrafttreten.

<https://doi.org/10.1007/s00350-023-6648-9>

# Die Video-Verhandlung: Wegweiser in die Zukunft des Arzthaftungsprozesses?

Julia Braun und Frank Wenzel

## Abstract

Der Aufsatz beleuchtet die gegenwärtigen Möglichkeiten einer virtuellen Prozessführung nach § 128a ZPO und bewertet den von der Bundesregierung eingebrachten Gesetzesentwurf zur Förderung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in der Zivilgerichtsbarkeit im Hinblick auf die geplante Reform dieser Norm. Die Autoren analysieren aus anwaltlicher Perspektive die Vor- und Nachteile einer Videoverhandlung speziell bei der Durchführung eines Arzthaftungsprozesses und klären, ob Online-Verhandlungen tatsächlich den Weg in die Zukunft weisen und zu einer „effizienteren Verfahrensführung“ führen werden. Dazu wird zunächst dargestellt, wo „der andere Ort“ nach § 128a ZPO liegen kann. Sodann werden die Vor- und Nachteile einer digitalen Prozessführung gegeneinander abgewogen und ein Ausblick in die Zukunft des Arzthaftungsprozesses geben.

## I. Einleitung

Die virtuelle Verhandlungsteilnahme erfreut sich seit der Corona-Pandemie bei Anwälten wie Gerichten wachsender Beliebtheit. Wachsender, nicht ungeteilter. Bei einigen Kollegen stößt man mit einem Antrag oder auch nur der Anregung einer online Verhandlung eher auf Unmut. Die Bundesregierung allerdings ist bestrebt, den Einsatz von Videokonferenztechnik in der Gerichtsbarkeit weiter zu fördern und hat einen entsprechenden Gesetzesentwurf vorgelegt<sup>1</sup>.

Insbesondere während der Covid-19-Pandemie haben Videoverhandlungen einen erheblichen Beitrag zur Aufrechterhaltung des Justizbetriebes geleistet<sup>2</sup> und die Regelung des § 128a ZPO hat dadurch erstmals besondere praktische

Bedeutung erlangt<sup>3</sup>. Der Zweck der Regelung, eine bessere Prozessökonomie<sup>4</sup>, hat sich in dieser Zeit bestätigt und krisenbewährt. Durch den Wegfall teils langer Anreisen können Zeit und Kosten beider Parteien eingespart werden<sup>5</sup>. Das dient insgesamt einer höheren Prozesswirtschaftlichkeit aller Beteiligten<sup>6</sup>. Ferner beabsichtigt der Gesetzgeber durch Video-Verhandlungen die Justiz bürgerfreundlicher zu gestalten<sup>7</sup> und versucht, den Einsatz von Videokonferenz-Technik durch gezielte Förderung weiter auszubauen.

Welche Vor- und Nachteile die Möglichkeiten des § 128a ZPO speziell bei der Durchführung eines Arzthaftungsprozesses mit sich bringen, welche Veränderungen sich durch den Regierungsentwurf ergeben könnten und ob bzw. auf welche Weise Online-Verhandlungen den Weg in die Zukunft weisen, soll mit diesem Beitrag aus anwaltlicher Perspektive beleuchtet werden.

## II. Regelungsgehalt

### 1. Die Norm, in derzeit geltender Fassung

Der geltende § 128a Abs. 1 S. 1 ZPO<sup>8</sup> bietet dem Gericht die Möglichkeit, den Parteien zu gestatten, sich während einer mündlichen Verhandlung an einem anderen Ort aufzuhalten und von dort aus Verfahrenshandlungen vorzunehmen. Eine Verpflichtung zur Online-Teilnahme kann vom Gericht nicht ausgesprochen werden, denn die Parteien haben die Möglichkeit, entgegen der Anordnung dennoch vor Gericht zu erscheinen<sup>9</sup>. Auch ist das Gericht nicht

Rechtsanwalt Dr. iur. Frank Wenzel,  
Seniorpartner der Kanzlei HALM, WENZEL & Collegen,  
einer Fachanwaltskanzlei für Medizin-, Versicherungs- und  
Haftungsrecht in Köln

Rechtsanwältin Julia Braun in derselben Sozietät  
und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Center for Life Ethics,  
Universität Bonn, Deutschland

HALM, WENZEL & Collegen,  
An Lyskirchen 14, 50676 Köln, Deutschland

1) Gesetzesentwurf der BReg. v. 26. 5. 2023, Dr. 228/23.

2) Vgl. von Selle, in: BeckOK-ZPO, 50. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 5.

3) Vgl. Anders, in: Anders/Gehle, ZPO, 81. Aufl. 2023, § 128a, Rdnrn. 2f.; Windau, NJW 2020, 2730.

4) Vgl. Anders, in: Anders/Gehle, ZPO, 81. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 5, BT-Dr. 17/1224, S. 1.

5) Vgl. von Selle, in: BeckOK-ZPO, 50. Aufl. 2023, § 128a, Rdnrn. 1, 5.

6) Vgl. Anders, in: Anders/Gehle, ZPO, 81. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 5; BT-Dr. 17/1224, S. 1.

7) Vgl. Anders, in: Anders/Gehle, ZPO, 81. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 5.

8) Der Artikel wurde im Oktober 2023 eingereicht.

9) Vgl. Stadler, in: Musielak/Voit, ZPO, 20. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 2; Fritsche, in: MüKoZPO, 6. Aufl. 2020, § 128a, Rdnrn. 2, 5; von Selle, in: BeckOK-ZPO, 50. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 3; Anders, in: Anders/Gehle, ZPO, 81. Aufl. 2023, § 128a, Rdnrn. 3, 12; BT-Dr. 17/12418, 14.

befugt, den „anderen Ort“ positiv festzulegen<sup>10</sup>. Die Norm eröffnet keinen subjektiven Anspruch der Partei oder ihres Bevollmächtigten auf eine rein virtuelle Teilnahme<sup>11</sup>. Gem. § 128a Abs. 3 ZPO ist die Entscheidung des Gerichts unanfechtbar.

## 2. Der Referentenentwurf

Im Gegensatz zur geltenden Fassung der Norm sieht der Regierungsentwurf<sup>12</sup> ein intendiertes gerichtliches Ermessen zugunsten der Durchführung einer digitalen Verhandlung vor, wenn die Parteien diese Form der Prozessführung übereinstimmend beantragt haben, § 128a Abs. 2 S. 2 ZPO-E. Der ablehnende Beschluss ist zu begründen. In Abweichung vom Referentenentwurf<sup>13</sup> steht den Parteien gegen eine ablehnende Entscheidung nach dem Regierungsentwurf kein Rechtsmittel zu, was in Anbetracht der grundsätzlichen Herrschaft der Parteien über das Verfahren kritikwürdig erscheint. Zweifelhaft ist insbesondere, ob diese Regelung tatsächlich entsprechend der gesetzgeberischen Intention zu einem vermehrten Einsatz von Videoverhandlungen einlädt. Denn insoweit fällt eine andere Regelung ins Gewicht: Anders als der Referentenentwurf enthält der Regierungsentwurf nicht mehr die Möglichkeit einer sog. volldigitalen Verhandlung, sondern legt in § 128a Abs. 3 ZPO-E fest, dass der Vorsitzende<sup>14</sup> die Videoverhandlung von der Gerichtsstelle aus zu leiten hat<sup>15</sup>. Zwar können die übrigen Kammermitglieder – wenn auch nur bei „Vorliegen erheblicher Gründe“ – virtuell an der Verhandlung teilnehmen, jedoch nie der gesamte Spruchkörper. Der Gesetzesentwurf bietet also allen Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit der erleichterten Verhandlungsteilnahme, nur dem – im wahrsten Sinne des Wortes – Entscheidenden nicht.

Sollte der Vorsitzende Vorteile in der Durchführung einer mündlichen Verhandlung sehen, kann er nach dem Regierungsentwurf die virtuelle Teilnahme der übrigen Beteiligten anordnen. Gegen diese Anordnung steht den Parteien, insoweit ihre Herrschaftsstellung über den Prozess während, als Rechtsmittel der Einspruch zu. Es erstaunt jedoch, dass nach dem Entwurf der Einspruch nur einer Partei dazu führt, dass die Anordnung gegenüber allen Beteiligten aufgehoben wird. Dies erscheint wenig zweckdienlich. Die bisherige Anwendung des § 128a ZPO und die Praxiserfahrungen im Umgang mit Videoverhandlungen haben gezeigt, dass es viele Fälle gibt (dazu sogleich), in denen die virtuelle Teilnahme nur eines Beteiligten kein Ungleichgewicht zwischen den Parteien verursacht und folglich nicht mit dem Risiko einer nachteiligen Entscheidung verbunden ist. Vor allem aber hat die Praxis gezeigt, dass es insbesondere im Hinblick auf eine zeitnahe Terminfindung hilfreich sein kann, wenn zumindest eine Partei virtuell an der Verhandlung teilnehmen kann.

Welche Vor- und Nachteile die Möglichkeiten des § 128a ZPO speziell bei der Durchführung eines Arzthaftungsprozesses mit sich bringen, wie der Referentenentwurf unter Berücksichtigung der Besonderheiten bei einem Streit um Behandlungsfehler zu beurteilen ist und ob Online-Verhandlungen tatsächlich den Weg in die Zukunft weisen und zu einer „effizienteren Verfahrensführung“ führen, wie es Zielsetzung des Referentenentwurfs ist, möchte dieser Beitrag aus anwaltlicher Perspektive beleuchten. Dazu gilt es zunächst zu klären, wo „der andere Ort“ liegen kann, um sodann Vor- und Nachteile einer digitalen Prozessführung gegeneinander abzuwägen und abschließend einen Ausblick in die Zukunft des Arzthaftungsprozesses zu geben.

## 3. Der andere Ort

Der „andere Ort“ i. S. d. § 128a ZPO wird von der herrschenden Meinung<sup>16</sup> als irgendein Ort innerhalb der deutschen Landesgrenzen verstanden<sup>17</sup>. Grundsätzlich kann

eine Verhandlung also von jedem Ort, aus dem Büro wie aus dem Home-Office<sup>18</sup>, wahrgenommen werden, nicht jedoch aus dem Ausland<sup>19</sup>.

Einschränkungen erfährt die Wahl des „anderen Ortes“ jedoch durch die Würde des Gerichts, die bei der Wahl des Ortes zu berücksichtigen ist<sup>20</sup>. Die Wahl eines „unwürdigen Ortes“, der regelmäßig auch einer sachlichen Berufsausübung des Anwaltes und mithin berufsrechtlichen Regelungen entgegensteht, kann als ultima ratio die Verbindungsbeendigung<sup>21</sup> und entsprechend eine Säumnis zur Folge haben<sup>22</sup>.

Die bisherige praktische Erfahrung zeigt jedoch, dass Gerichte überwiegend nur den Kanzleisitz als „anderen Ort“ akzeptieren. In Anbetracht der auch weiterhin zügig fortschreitenden Digitalisierung, die mit einer allgemeinen Flexibilisierung des Arbeitsortes einhergeht, ist anzunehmen und auch erstrebenswert, dass sich in naher Zukunft auch der Home-Office-Arbeitsplatz als „anderer Ort“ etablieren wird.

Wo auch immer der „andere Ort“ liegt, er gilt stets als „Gericht“ i. S. d. § 20 BORA<sup>23</sup>, weswegen auch bei einer virtuellen Verhandlungsteilnahme Robenpflicht besteht<sup>24</sup>.

## 4. Säumnis

Wann bei einer Verhandlungsteilnahme im Wege der Bild- und Tonübertragung eine Säumnis, insbesondere eine unverschuldete Säumnis vorliegt, ist umstritten. Ein Teil der Literatur<sup>25</sup> sieht eine Säumnis dann als gegeben, wenn die Teilnahme nicht von dem „anderen Ort“ aus erfolgt, von dem aus sie entsprechend der gerichtlichen Genehmigung

- 
- 10) Vgl. von Selle, in: BeckOK-ZPO, 50. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 6.
  - 11) Vgl. BSG, NJW 2022, 422; BSG, NZS 2022, 942 (§ 110a Abs. 1–3 SGG haben denselben Wortlaut wie § 128a ZPO).
  - 12) Gesetzentwurf der BReg. v. 26. 5. 2023, Dr. 228/23.
  - 13) Referentenentwurf des BMJ v. 23. 11. 2022, Bl. 6.
  - 14) Hier wird aus Gründen der Lesbarkeit das generische Maskulin verwendet. Die Autoren schließen selbstverständlich alle Geschlechter mit ein.
  - 15) Die Idee einer vollvirtuellen Verhandlung wurde von der Regierung jedoch nicht vollständig verworfen. § 16 EGZPO-E bietet den Landesregierungen die Erprobung solcher Verhandlungen durch Rechtsverordnung.
  - 16) Vgl. Anders, in: Anders/Gehle, ZPO, 81. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 14; Greger, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 10; Pritting, in: Pritting/Gehrlein, ZPO, 15. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 4; Seiler, in: Thomas/Putzo, ZPO, 44. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 5; Würstmann, in: Saenger, ZPO, 10. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 1.
  - 17) Ob und unter welchen Voraussetzungen sich der andere Ort auch im Ausland befinden darf, ist umstritten. Vgl. dazu: Windau, jM 2021, 178 ff. Zu den Erfordernissen vgl. Irskens, JUSTIZ Nr. 142, 2020; Anders, in: Anders/Gehle, ZPO, 81. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 14.
  - 18) Vgl. Resch/Kübra Erden, jM 2022, 46; LAG Düsseldorf, RD i 2021, 301; Seiler, in: Thomas/Putzo, ZPO, 44. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 5; Anders, in: Anders/Gehle, ZPO, 81. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 14.
  - 19) Vgl. Greger, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 10; Stadler, in: Musielak/Voit, 20. Aufl. 2023, ZPO, § 128a, Rdnr. 2a; Borowski/Werner, AnwBl 2023, 88; a. A. Windau, jM 2021, 178 ff.
  - 20) Vgl. Greger, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 4.
  - 21) LAG Düsseldorf, RD i 2021, 301 f.; unter Hinweis auf die vorgenannte Rechtsprechung: auch von Selle, in: BeckOK-ZPO, 50. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 6; vgl. Anders, in: Anders/Gehle, ZPO, 81. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 16.
  - 22) Vgl. Becker, in: Anders/Gehle, ZPO, 81. Aufl. 2023, § 177 GVG, Rdnr. 6.
  - 23) Zur besonderen Form der Teilnahme vgl. Anders, in: Anders/Gehle, ZPO, 81. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 1; Windau, AnwBl 2021, 26 ff.
  - 24) Vgl. Borowski/Werner, AnwBl 2023, 88; a. A. von Selle, in: BeckOK-ZPO, 50. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 6.
  - 25) Vgl. Greger, in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 4; Fritsche, in: MüKo/ZPO, 6. Aufl. 2020, § 128a, Rdnr. 9.

hätte erfolgen müssen. Dies führt in der Konsequenz jedoch zu der absurden, aber denkbaren Situation, dass eine Partei bei stabiler Internetverbindung in visueller wie auditiver Hinsicht dennoch säumig sein kann, weil sie sich an einem anderen Ort aufhält als dem Genehmigten. Dies kann nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen und lässt sich auch nicht mit dem Sinn und Zweck<sup>26</sup> der Norm in Einklang bringen. Vielmehr sollte für das Vorliegen einer Säumnis allein entscheidend sein, ob die Partei entsprechend einer präsentischen Teilnahme Prozesshandlungen vornehmen kann oder nicht. Ausschlaggebend sollte daher sein, ob sie bei stabiler Internetverbindung in Bild und Ton an der Verhandlung teilnimmt<sup>27</sup>.

Umstritten ist auch die Frage, wann die Säumnis verschuldet i. S. d. § 337 S. 1 ZPO ist. Von praktischer Relevanz dürfte insoweit allein die Frage sein, wer das Risiko des technischen Versagens trägt, wenn ein Beteiligter versucht, an der Verhandlung teilzunehmen, sich aber eine stabile Verbindung entweder in visueller und/oder in auditiver Hinsicht nicht aufbauen lässt. Technische Kenntnisse, um diese Probleme innerhalb der gewohnten 15-Minuten-Frist zu beseitigen, können von den Beteiligten nicht gefordert werden, sodass ein Verschulden in diesen Fällen nicht angenommen werden kann<sup>28</sup>. Eine andere Beurteilung würde in der Konsequenz dazu führen, dass die Vorteile des § 128a ZPO unterlaufen würden, weil in Anbetracht des unkalkulierbaren Risikos eines technischen Versagens dazu zu raten wäre, von einem Antrag nach § 128a ZPO vorsichtshalber abzusehen.

Im Gegensatz dazu trifft den Beteiligten jedoch ein Verschulden, wenn er von der Möglichkeit eines Testlaufs vor der Verhandlung keinen Gebrauch gemacht hat oder er nicht alle notwendigen Vorbereitungen getroffen hat, um eine Bild- und Tonübertragung zu gewährleisten<sup>29</sup>.

Sollte allein eine Tonübertragung, nicht aber eine Bildübertragung zustande kommen, liegt auch darin ein Verstoß gegen § 128a ZPO. In einem solchen Fall würde das Gericht in aller Regel die mündliche Verhandlung unterbrechen oder gar vertagen, denn es könnte nicht einmal die Identität des Anwaltes sicher klären, geschweige denn den Grundsatz der Mündlichkeit einhalten<sup>30</sup>. Sollte es dennoch zu einer Durchführung der mündlichen Verhandlung kommen, weil die Störung beispielsweise erst gegen Ende der mündlichen Verhandlung auftritt, wäre dieser Verstoß durch rügelose Einlassung gem. § 295 ZPO heilbar<sup>31</sup>.

### 5. Hürden und Nachteile bei einer virtuellen Verhandlung

Die Grenzen einer virtuellen Prozessführung sind erreicht, wenn die Überzeugungsbildung des Gerichts nicht mehr gleichermaßen gesichert ist, wie sie es bei einer tatsächlichen Verhandlungsteilnahme und -durchführung wäre<sup>32</sup>. Darüber hinaus ist eine Verhandlungsteilnahme im Wege der Bild- und Tonübertragung dann nicht ratsam, wenn die begründete Befürchtung besteht, dass der Prozess nicht in gleicher Weise Rechtsfrieden schaffen kann, wie er es bei tatsächlich durchgeführter Verhandlung könnte. Beide Aspekte spielen in Arzthaftungsprozessen eine entscheidende Rolle und ergeben sich insbesondere aus der großen Emotionalität<sup>33</sup> der Prozesse für beide Prozessparteien sowie dem regelmäßigen Erfordernis der persönlichen Anhörung der Parteien.

Kaum ein Arzthaftungsprozess kommt ohne die Rüge einer fehlerhaften Aufklärung aus, auf die gleichermaßen regelmäßig mit dem Einwand der hypothetischen Einwilligung reagiert wird. In diesen Fällen ist es unumgänglich und rechtlich im Hinblick auf Art. 103 Abs. 1 GG zwingend geboten, die Parteien persönlich anzuhören<sup>34</sup> oder zu vernehmen. Hier ist die unmittelbare Interaktion von entscheidender Bedeutung. Zur Einschätzung von Glaubwürdigkeit und Glaubhaftigkeit ist entscheidend, dass sich

kleinste Veränderungen in Mimik, Gestik und Reaktionen unmittelbar mitteilen. Die Wahrnehmung solcher entscheidender körpersprachlicher Signale ist bei einer Teilnahme im Wege der Bild- und Tonübertragung jedoch erheblich erschwert<sup>35</sup>.

Außerdem entfällt die Wirkung der räumlichen Präsenz des Beteiligten insgesamt. Über diese vermag etwa der befragende Anwalt durch die eigene Körperhaltung und Stimmführung die Nachdrücklichkeit seiner Befragung zu steuern. Hinzu kommt, dass der Anwalt bei seiner Befragung die räumliche Hürde der Distanz überwinden muss. Es erscheint einfacher, sich von kritischen Fragen unbeeindruckt zu zeigen, wenn der fragende Beteiligte nicht einmal in demselben Saal anwesend ist wie der Befragte<sup>36</sup>.

Ziel eines jeden Prozesses ist die Schaffung von Rechtsfrieden. Gerade in Arzthaftungsprozessen, die regelmäßig auf beiden Seiten emotional sehr aufgeladen sind, wird die Akzeptanz der gerichtlichen Entscheidung auch dadurch erreicht, dass die Parteien – beider Seiten! – mit all ihrem Schmerz, ihren Vorwürfen und auch ihren Rechtfertigungen umfassend gehört und wahrgenommen werden.

Die emotionale Aufarbeitung der Streitigkeit, wozu die Durchführung der mündlichen Verhandlung normalerweise einen nicht unerheblichen Beitrag leistet, wird durch eine Teilnahme im Wege der Bild- und Tonübertragung erheblich erschwert. Es bleibt bei den Parteien das Gefühl einer eher teilnahmslosen Distanziertheit zurück und die Sorge, nicht in Gänze wahrgenommen oder weniger wertschätzend behandelt<sup>37</sup> worden zu sein. Stellt man sich vor, dass nur eine der beiden Parteien im Wege der Bild- und Tonübertragung an der Verhandlung teilnimmt, kommt als weitere Sorge hinzu, der präsentisch anwesenden Partei im Aussagewert unterlegen zu sein. Dies ist einer dem Rechtsfrieden dienlichen Atmosphäre abträglich.

Ähnliche Probleme wie bei der Anhörung einer Partei ergeben sich auch bei der Vernehmung von Zeugen<sup>38</sup>. Zwar handelt es sich der Definition nach bei einem Zeugen um einen am Prozess nicht beteiligten Dritten<sup>39</sup>. Inwieweit der

26) Vgl. *Anders*, in: *Anders/Gehle*, ZPO, 81. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 5.

27) So auch *Windau*, NJW 2020, 2756; *Resch/Kübra Erden*, jM 2022, 46; *Stadler*, in: *Musielak/Voit*, ZPO, 20. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 4; *Anders*, in: *Anders/Gehle*, ZPO, 81. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 12.

28) Vgl. *Windau*, NJW 2020, 2757; *Mantz/Spoelne*, MDR 2020, 637 ff.

29) So auch *Windau*, NJW 2020, 2757.

30) Vgl. *Fritsche*, in: *MüKo/ZPO*, 6. Aufl. 2020, § 128a, Rdnr. 9; *Stadler*, in: *Musielak/Voit*, ZPO, 20. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 3a; im Ergebnis auch *Anders*, in: *Anders/Gehle*, ZPO, 81. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 17.

31) Vgl. OLG Saarbrücken, RDi 2022, 185; vgl. *Greger*, in: *Zöller*, ZPO, 34. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 5; ohne Rüge ist ihm eine auf diesen Fehler gestützte Revision verwehrt, vgl. BSG, NJW 2022, 1639.

32) Vgl. *Greger*, in: *Zöller*, 34. Aufl. 2023, ZPO, § 128a, Rdnr. 1, der einer virtuellen Verhandlungsdurchführung daher insgesamt kritisch gegenübersteht.

33) Im Ergebnis auch *Heß/Figgener*, NJW-Spezial 2021, 585.

34) Vgl. *Weidenkaff*, in: *Grüneberg*, BGB, 82. Aufl. 2023, § 630h, Rdnr. 5.

35) So auch *Fritsche*, in: *MüKo/ZPO*, 6. Aufl. 2020, § 128a, Rdnr. 7; *Seiler*, in: *Thomas/Putzo*, ZPO, 44. Aufl. 2023, § 128a ZPO, Rdnr. 4; *Anders*, in: *Anders/Gehle*, ZPO, 81. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 20.

36) Vgl. *Kalaitzis*, RAK München, Mitteilungen 2/22; a. A. *Stadler*, in: *Musielak/Voit*, 20. Aufl. 2023, ZPO, § 128a, Rdnr. 7.

37) Vgl. für Videokonferenzen in Unternehmen: *Clausen/Schramm*, CliDiTrans Werkstattbericht, Berlin, Borderstep Institut, 2020; *Stadler*, in: *Musielak/Voit*, ZPO, 20. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 7; *Fritsche*, in: *MüKo/ZPO*, 6. Aufl. 2020, § 128a, Rdnr. 14f.

38) So auch *Kalaitzis*, RAK München, Mitteilungen 2/22.

39) Vgl. *Gehle*, in: *Anders/Gehle*, ZPO, 81. Aufl. 2023, Vor § 373, Rdnr. 4.

Zeuge jedoch tatsächlich „unbeteiligt“ ist, ist nicht nur bei klassischen Lagerzeugen fraglich. So zeigen sich gerade in Arzthaftungsprozessen immer wieder Konstellationen, in denen auch der Zeuge ein zumindest mittelbares Interesse an einem bestimmten Prozessausgang hat, seien es Mitarbeiter des beklagten Mediziners oder Familienmitglieder der klagenden Partei im Streit um den Haushaltsführungsschaden.

Auch in diesen Fällen ist die kritische Zeugenbefragung essentiell. Die erwähnte eingeschränkte Verhandlungssituation im Videostream macht diese schwierig. Auch kann der persönliche Eindruck, der Auswirkungen auf die Glaubhaftigkeit einer Zeugenaussage hat, virtuell verzerrt werden<sup>40</sup>.

#### 6. Konstellationen, die eine Verhandlung nach § 128a ZPO nahelegen

Dennoch gibt es auch in Arzthaftungsprozessen Konstellationen, in denen eine virtuelle Verhandlungsteilnahme (problemlos) möglich und eine entsprechende Antragsstellung empfehlenswert erscheint.

Die Vorteile einer virtuellen Verhandlungsteilnahme liegen auf der Hand: Je nach örtlicher Zuständigkeit ersparen sich die Beteiligten wie auch Sachverständige durch eine virtuelle Teilnahme lange Reisedrecken<sup>41</sup>, was nicht zuletzt die Umwelt schont. Die Prozessparteien sparen Reisekosten und durch verminderte Abwesenheitszeiten der Rechtsanwälte reduziert sich die Anzahl an Verlegungsanträgen<sup>42</sup>.

Ausnahmsweise kann auch eine Zeugenvernehmung im Wege der Bild- und Tonübertragung sinnvoll sein, nämlich dann, wenn eine tatsächliche Vernehmung nicht möglich ist. Bevor ein Zeuge, dessen Aussage gerade in Arzthaftungsprozessen (Stichwort: Aufklärungsrüge) von streitentscheidender Bedeutung sein kann, nicht gehört wird oder „nur“ von einem ersuchten Richter vernommen werden kann, muss von den Möglichkeiten des § 128a ZPO vorrangig Gebrauch gemacht werden, vgl. § 375 Abs. 1 Nr. 2 und 3 ZPO<sup>43</sup>. Ausdrücklich klargestellt hat der BGH<sup>44</sup> dies für die fehlende Bereitschaft eines Zeugen, in Deutschland auszusagen und damit an seiner Linie zu strengen Anforderungen an die Unerreichbarkeit eines Zeugen festgehalten<sup>45</sup>. Eine virtuelle Vernehmung bietet den Vorteil, dass sich das erkennende Gericht, das im Gegensatz zu dem ersuchten Richter umfassend in den Sach- und Streitstand eingearbeitet ist, einen persönlichen Eindruck von dem Zeugen verschaffen kann und Widersprüchlichkeiten oder Ungereimtheiten aufklären kann. Dem Grundsatz der Unmittelbarkeit wird durch diese Regelung Rechnung getragen<sup>46</sup>.

Gegen die virtuelle Anhörung eines Sachverständigen bestehen keine Bedenken grundsätzlicher Art<sup>47</sup>. Er beurteilt die Situation sachlich und objektiv<sup>48</sup> und hat, anders als mancher Zeuge, kein Eigeninteresse an einem bestimmten Prozessausgang.

Ferner hat der im Wege der Bild- und Tonübertragung teilnehmende Sachverständige die Möglichkeit, seinen Bildschirm zu teilen, sodass er Grafiken und ähnliches einblenden kann<sup>49</sup>. Dadurch können komplexe Sachverhalte von allen Beteiligten besser nachvollzogen werden. In Arzthaftungsprozessen wird häufig auf Materialien durch bildgebende Verfahren (Röntgen/MRT) Bezug genommen oder Modelle/Prothesen zur anschaulichen Erläuterung zurückgegriffen. In der Präsenzverhandlung ist hier die Sicht-Perspektive der Beteiligten höchst unterschiedlich und die Demonstrationen des Sachverständigen können nicht von allen Beteiligten in gleich guter Weise verfolgt werden. Nicht selten ist dies Anlass zu neuen Irritationen. Dies ist durch eine virtuelle Teilnahme vermeidbar.

Die Möglichkeit einer Online-Teilnahme könnte außerdem den Kreis sachverständiger Experten vergrößern, weil auch im Ausland ansässige Koryphäen zur Beantwortung spezifischer medizinischer Beweisfragen in Frage kämen<sup>50</sup>.

Abschließend sind in die Reihe der sich für eine Videoverhandlung eignenden Verhandlungen noch Termine aufzunehmen, in denen erwartbar lediglich Rechtsfragen erörtert werden, in denen allein der Sachverständige ergänzend angehört wird oder die Parteien aus anderen Gründen ausnahmsweise nicht teilnehmen<sup>51</sup>.

#### 7. Stellungnahme und Ausblick

Einen großen, mutigen Schritt in Richtung digitale Zukunft geht die Regierung mit ihrem Entwurf nicht. So wohl die Festlegung eines intendierten gerichtlichen Ermessens als auch die Anordnungsmöglichkeit der Gerichte zur virtuellen Verhandlungsteilnahme hätten zu einem vermehrten Einsatz der Videoverhandlungen führen können. Insbesondere aber durch die unterlassene Schaffung eines Rechtsbehelfs der Parteien gegen eine ablehnende gerichtliche Entscheidung und die Zulässigkeit des Einspruchs der Parteien gegen eine gerichtliche Anordnung, der bekanntlich keine Begründung erfordert, ergeben sich in tatsächlicher Hinsicht im Vergleich zu der bisherigen Rechtslage kaum Veränderungen und folglich leider auch keine Verbesserungen.

Andererseits: Wie sollte eine regelmäßige mündliche Verhandlung vor dem Zivilgericht in naher Zukunft aussehen? Sieht man einmal von den zum Teil immer noch bestehenden, erheblichen technischen Schwierigkeiten ab, die sich von schlicht nicht vorhandener Ausstattung<sup>52</sup> über eine zu geringe Internetbandbreite<sup>53</sup> bis hin zu ungeklärten Datenschutzfragen<sup>54</sup> erstrecken, und stellt sich vor, dass die viel diskutierten vollvirtuellen Verhandlungen immer häufiger gerichtlich angeordnet würden, so ergibt sich eine Reihe soziologischer Fragen. Strahlt ein Gericht dieselbe Würde aus, wenn die Richter teilweise lediglich verpixelt bei den Parteien über einen Bildschirm flimmern? Fühlen sich die klagenden Angehörigen eines verstorbenen Patienten ausreichend gehört, wenn sie allein in eine Kamera sprechen? Und wie kann die Kontrolle durch die Öffentlichkeit<sup>55</sup> und

40) Im Ergebnis so auch *Anders*, in: *Anders/Gehle*, ZPO, 81. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 20; *Wöstmann*, in: *Saenger*, ZPO, 10. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 3; *Stadler*, in: *Musielak/Voit*, ZPO, 20. Aufl. 2023, § 128a, Rdnrn. 6f.

41) Vgl. *Prütting*, in: *Prütting/Gehrlein*, ZPO, 15. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 1.

42) Vgl. dazu auch *Irskens*, JUSTIZ Nr. 142, 2020; *Heß/Figgenger*, NJW-Spezial 2021, 585; *Windau*, AnwBl 2021, 26ff.

43) Vgl. *Greger*, in: *Zöller*, ZPO, 34. Aufl. 2023, § 375, Rdnr. 1.

44) BGH, RuS 2022, 238f.

45) Vgl. *Enger*, jurisPR-VersR 11/2021, Anm. 2.

46) Vgl. *Prütting*, in: *Prütting/Gehrlein*, ZPO, 15. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 5.

47) Im Ergebnis so auch *Fritsche*, in: *MüKo/ZPO*, 6. Aufl. 2020, § 128a, Rdnr. 14.

48) Vgl. *Gehle*, in: *Anders/Gehle*, ZPO, 81. Aufl. 2023, § 406, Rdnr. 3.

49) Vgl. *Heß/Figgenger*, NJW-Spezial 2021, 585.

50) Hier sei auf die bereits erörterte Frage zum „anderen Ort“ der Zuschaltung und insbesondere den Quellverweisen zur Bestimmung des anderen Ortes im Ausland verwiesen.

51) Vgl. *Irskens*, JUSTIZ Nr. 142, 2020; *Leeb*, jurisPR-ITR 8/2021 Anm. 3; *Anders*, in: *Anders/Gehle*, ZPO, 81. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 17.

52) Vgl. *Anders*, in: *Anders/Gehle*, ZPO, 81. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 7.

53) Vgl. *Anders*, in: *Anders/Gehle*, ZPO, 81. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 3, wobei er zuversichtlich ist, dass dieses Problem bald behoben werden könnte. Diese Zuversicht teilen wir nur sehr eingeschränkt.

54) Vgl. *Greger*, in: *Zöller*, ZPO, 34. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 1.

55) Derzeit besteht Einigkeit dahingehend, dass den Zuhörern nur der Ton, nicht auch die Bildübertragung zugänglich gemacht werden muss, vgl. *Wöstmann*, in: *Saenger*, ZPO, 10. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 4; *Greger*, in: *Zöller*, 34. Aufl. 2023, ZPO, § 128a, Rdnr. 6; *Fritsche*, in: *MüKo/ZPO*, 6. Aufl. 2020, § 128a, Rdnr. 3; *Anders*, in: *Anders/Gehle*, ZPO, 81. Aufl. 2023, § 128a, Rdnr. 16.

dadurch die auch „physische“ Platzierung der Rechtspflege inmitten der Gesellschaft wirksam gewahrt werden? Es erscheint zweifelhaft, ob wir als Gesellschaft schon so weit sind, mit dieser Art Gerichtsprozess „umzugehen“.

Um praktikable Antworten auf diese und andere noch offene Fragen zu finden, möchten wir dazu motivieren, die vorhandenen technischen und rechtlichen Möglichkeiten künftig weiterhin in allen geeigneten Fällen voll auszuschöpfen und die technische Ausstattung der Gerichte wie der Anwälte weiter zu verbessern. Im Zuge dessen wird die Videoverhandlung zur normalen Form der Verhandlung werden und sich möglicherweise sogar als Goldstandard etablieren. Auf dem Weg dahin werden Schritt für Schritt die bisher bestehenden Bedenken gegen eine virtuelle Verhandlung ausgeräumt werden können. Doch bedarf die Etablierung einer „neuen Verhandlungswirklichkeit“ wie jede gesellschaftliche Veränderung vor allem Zeit. Deswegen sollte nicht vorschnell in Richtung voll-digitale Verhandlung gedrängt werden, schließlich hat uns der gehäufte Einsatz von Videokonferenztechniken in Zeiten der Corona-Pandemie auch gelehrt, dass Kommunikation auf diesem Wege aufmerksamkeitsintensiv ist und die Aufmerksamkeitsspannen der Beteiligten entsprechend kürzer sind<sup>56</sup>. Vor diesem Hintergrund erscheint der Regierungsentwurf insgesamt ein wenn auch zaghafter, so aber doch richtiger Schritt in Richtung Zukunft zu sein.

Diesen Weg gilt es nun von Gerichten wie Anwälten und Sachverständigen zielstrebig mitzugehen. Virtuelle Videoverhandlungen sollten in geeigneten Fällen regelmäßig

von Anwälten beantragt und von Gerichten angeordnet werden. Bei aller technischen Euphorie sollte dabei jedoch eine kritische Prüfung der zielführenden Machbarkeit einer solchen Verhandlungsteilnahme, auch und vor allem im Interesse des Mandanten, nicht entfallen.

**Open Access.** Dieser Artikel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Artikel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

Weitere Details zur Lizenz entnehmen Sie bitte der Lizenzinformation auf <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>.

Open Access funding enabled and organized by Projekt DEAL.

56) Vgl. Zichler/Steffes/Burger, *jm* 7/2023, 285 ff.; Döring et al., *International Journal of Environmental Research and Public Health*, Feb. 2022; Kara/Ersoy, *OPUS Journal of Society Research*, March 2022.

## Zur strafrechtlichen Lage von Therapien mit Psychedelika

Jan Christoph Bublitz

Nach jahrzehntelanger Bedeutungslosigkeit erfahren Psychedelika wie Psilocybin, LSD, MDMA und DMT erneut großes Interesse in der medizinisch-psychiatrischen Forschung. Beobachter sprechen von einer psychedelischen Renaissance. Dieser Beitrag legt die betäubungsmittelrechtliche Situation von Therapien mit Psychedelika dar. Zudem wird ein Blick auf strafrechtliche Risiken für Therapeuten geworfen. Dabei werden einige rechtspolitische *Desiderata de lege ferenda* entwickelt.

### I. Einleitung

Psychedelika wie Psilocybin, Lysergsäurediethylamid (LSD), Dimethyltryptamin (DMT) und Methylenedioxyamphetamin (MDMA) erleben derzeit eine Renaissance<sup>1</sup>. Als nicht verkehrs- und verschreibungsfähige Betäubungsmittel (BtM) der Anlage I des BtMG bzw. Anhang I des Übereinkommens über psychotrope Stoffe von 1971 spielten sie jahrzehntelang international keine Rolle in der Medizin. Seit einigen Jahren sind sie erneut zum Gegenstand mittlerweile umfangreicher medizinisch-psychiatrischer Forschungen geworden. Die bisherigen, noch vorläufigen Ergebnisse

klinischer Studien legen nahe, dass einige Psychedelika den (Wieder-)Einzug in die medizinische Praxis finden könnten. Im Hintergrund laufen die Vorbereitungen. Hunderte Millionen Risikokapital sind investiert, Start-ups entwickeln neue Stoffvarianten, Patente werden angefochten und medizinische Fachgesellschaften gegründet<sup>2</sup>. Mit der Marktzulassung von MDMA in den USA wird im kommenden Jahr gerechnet<sup>3</sup>. Australien und die Schweiz erlauben die Behandlung mit Psychedelika mit Sondererlaubnissen bereits heute<sup>4</sup>. Erste US-Bundesstaaten haben auf Länderebene sogar den nicht-medizinischen Gebrauch von Psilocybin in speziellen Einrichtungen legalisiert<sup>5</sup>.

Psychedelika kommen heutzutage vor allem eingebettet in psychotherapeutische Behandlungen zum Einsatz. Im Rahmen „Substanz-unterstützter Psychotherapien“ werden sie in einigen wenigen, vor- und nachbereiteten Sitzungen

Jan Christoph Bublitz,  
Universität Hamburg, Fakultät für Rechtswissenschaft,  
20148 Hamburg, Deutschland;

Der Verf. leitet ein vom BMBF gefördertes Projekt zu Recht und Ethik der psychedelischen Renaissance (FKZ 01GP2214B).

- 1) Eine populärwissenschaftliche Einführung bei Pollan, *How to Change Your Mind*, 2018; s. a. Langlitz, *Neuropsychedelia*, 2013.
- 2) Wirz, *Wall Street backs new class of psychedelic drugs*, 23. 2. 2023; Seidman, *Cornell Law Review* 2023, 1017; s. etwa die NGO Freedom to Operate <https://freedomtooperate.org/>; Deutsche Gesellschaft für Psychedelische Forschung und Therapie e. V.
- 3) Pressemitteilung der Multidisciplinary Association for Psychedelic Studies v. 14. 9. 2023; <https://maps.org/2023/09/13/maps-pbc-publishes-results-of-successful-confirmatory-phase-3-trial-of-mdma-assisted-therapy-for-ptsd/>.
- 4) Dixon Ritchie et al., *Drug Science, Policy and Law* 2023, 1.
- 5) S. den Oregon Psychedelic Services Act (Measure 109), 2020.