

I. Einleitung

Der Erste Titel des Dritten Abschnitts der ZPO über die mündliche Verhandlung regelt deren Öffentlichkeit. Nach § 171 Abs 1 ZPO ist die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht, einschließlich der Verkündung der richterlichen Entscheidung, öffentlich durchzuführen.

Auf die darin zum Ausdruck kommende „Zweiteilung“ des Öffentlichkeitsgebots in den Verfahrensabschnitt der mündlichen Verhandlung und den der Urteilsverkündung passen die von *Marcic*¹ geprägten Begriffe „dynamischer“ und „statischer“ Öffentlichkeit, als die (formale) Art und Weise, wie eine gerichtliche Entscheidung zustande kommen muss, im Unterschied zur Öffentlichkeit des Prozessergebnisses selbst. Die statische Öffentlichkeit bildet das Mittel zur Kontrolle des abgeschlossenen Verfahrens,² setzt aber die Veröffentlichung des Prozessergebnisses voraus.³ Im Gegensatz dazu ist die mündliche Verhandlung (teilweise) bereits aufgrund ihrer öffentlichen Entstehungsform durchschaubar. Die dynamische Öffentlichkeit hat jedoch – mit den Worten *Schragels*⁴ gesprochen – „wenig Sinn“, solange nicht auch das Urteil zur Kenntnis genommen und auf „seine Übereinstimmung mit dem Inhalt der mündlichen Verhandlung überprüft“ werden kann.

Als Prozessgrundsatz verlangt die Öffentlichkeit die allgemeine Zugänglichkeit des Verfahrens, was im Grundsatz bedeutet, dass jeder und jedem der Zutritt zur mündlichen Verhandlung und zur Verkündung der richterlichen Entscheidung ohne Nachweis irgendeines rechtlichen Interesses offenstehen muss.⁵ Nicht zu den Adressaten des Öffentlichkeitsprinzips zählen hingegen Personen, die aufgrund anderer Regeln am Verfahren zu beteiligen sind, wie insb die Prozessparteien. Er-

1 In FS Arndt 267 (277).

2 *Nowak/Schwaighofer*, EuGRZ 1985, 725; ebenso *Lienbacher*, ÖJZ 1990, 425 (428); *Sengtschmid* in *Fasching/Konecny*³ II/3 § 171 ZPO Rz 60. Nach *Rassi*, Kooperation Rz 637, erlaubt diese Form der Öffentlichkeit festzustellen, ob „eine dem Verhandlungsgang entsprechende Entscheidung gefällt wurde“.

3 *Marcic* in FS Arndt 267 (277).

4 In *Fasching/Konecny*² II/2 § 171 ZPO Rz 8; ebenso *Sengtschmid* in *Fasching/Konecny*³ II/3 § 171 ZPO Rz 60.

5 *Albiez/Pablik/Parzmayr*, Handbuch² 21; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 682; *Fucik* in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ § 171 Rz 1; *Herbst*, JBl 1990, 289 (294); *Horten*, Zivilprozessordnung I § 171 Rz 1450; *Lienbacher*, ÖJZ 1990, 425 (428); *Neumann*, Kommentar I⁴ 764; *Pollak*, System² 449; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ Rz 471; *Schragel* in *Fasching/Konecny*² II/2 § 171 ZPO Rz 3; *Schuster von Bonnot*, Zivilprozeßrecht⁴ § 44, 263; *Sengtschmid* in *Fasching/Konecny*³ II/3 § 171 ZPO Rz 45f; *Sperl*, Lehrbuch I 355; *von Canstein*, Grundlagen 101f; *Walter*, Verfassung 182f; *Wolff*, Grundriss 270; vgl auch *Parzmayr*, ÖJZ 2016, 635 (636 FN 3). In Deutschland s statt aller *Bernzen*, Gerichtssaalberichterstattung 9f und für die idZ bestehende Begriffsvielfalt *Alwart*, JZ 1990, 883 (892) mwN, der die genannte Form allgemeiner Zugänglichkeit als „deskriptive Komponente“ der Öffentlichkeit bezeichnet.

fasst sind vielmehr all jene ohne besondere Beteiligungsrechte⁶ oder plakativ ausgedrückt: „das Volk“. Eine begriffliche Differenzierung zwischen „Volks“- und „Parteiöffentlichkeit“,⁷ in der lediglich zum Ausdruck kommen soll, dass die Parteien von einem Ausschluss der Öffentlichkeit nach § 172 ZPO nicht betroffen sind,⁸ ist so betrachtet überflüssig.⁹ Das Recht der Parteien sich am Verfahren zu beteiligen, beruht nämlich auf ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör und ist schon deshalb nicht im selben Umfang wie die Öffentlichkeit beschränkbar.¹⁰ Daher genügt die Verwendung des Begriffs „Öffentlichkeit“, wenn der über die Verfahrensbeteiligten hinausgehende Personenkreis gemeint ist.¹¹

Indem die §§ 171 ff ZPO im Einklang mit verfassungsrechtlichen Vorgaben (Art 90 Abs 1 B-VG; Art 6 Abs 1 EMRK) die Teilnahme der Bevölkerung an Verfahren in Bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gestatten, erlangt die Zivilgerichtsbarkeit im Allgemeinen und das richterliche Urteil im Besonderen (demokratische) Legitimation.¹² Von dieser Warte aus betrachtet, ist die Öffentlichkeit nicht nur ein Prozessgrundsatz, sondern auch ein zentraler Bestandteil des (Grund-)Rechts auf ein faires Verfahren, indem sie Geheimprozesse verhindern und das Vertrauen in die Justiz stärken soll.¹³ Bis heute wird die öffentliche Prozesskontrolle deshalb als Hauptzweck des Öffentlichkeitsgrundsatzes angesehen¹⁴ und seine grundlegende Bedeu-

- 6 Das ist die „Summe aller nicht durch das Verfahren rechtlich Betroffenen“ (Parzmayr in Höllwerth/Ziehensack, ZPO § 171 Rz 5). Schon Sperl, Lehrbuch I 354 zeigt, dass die Öffentlichkeit darin bestehe, dass „Leuten, die am Prozesse rechtlich unbeteiligt sind, die also an seinem Ausgange keinerlei rechtliches Interesse haben“, die Anwesenheit im Verfahren gestattet werde; ebenso Pollak, System² § 92 Rz 449 („Öffentlichkeit besteht also für das Publikum“).
- 7 Zurückgehend auf von Canstein, Grundlagen 101 und Kleinfeller, Der Gerichtssaal 1887, 470. Siehe auch die Darstellung zur Verwendungspraxis dieser Begriffe bei Rassi, Kooperation Rz 513 mwN.
- 8 Konecny in Fasching/Konecny³ II/1 Einl Rz 29.
- 9 So bereits Sperl, Lehrbuch I 356.
- 10 Konecny in Fasching/Konecny³ II/1 Einl Rz 29 unter Verweis auf § 174 Abs 1 ZPO; Schragel in Fasching/Konecny² II/2 § 171 ZPO Rz 3; Sengtschmid in Fasching/Konecny³ II/3 § 171 ZPO Rz 44; ebenso Rassi, Kooperation Rz 514.
- 11 Lutschounig in Schneider/Verweijen, AußStrG § 19 Rz 1; Rassi, Kooperation Rz 514 („...die Parteiöffentlichkeit [ist] als Aliud und nicht als Minus der Volksöffentlichkeit zu qualifizieren“); ähnlich Parzmayr, ÖJZ 2016, 635 (636): „Öffentlichkeit meint unstrittig die Volksöffentlichkeit“.
- 12 Lienbacher, ÖJZ 1990, 425; Lovrek, Die Presse 2020/39/04; Marcic in FS Arndt 267 (291); Nowak/Schwaighofer, EuGRZ 1985, 725; Walter, Verfassung 156, 183; vgl Fasching, Lehrbuch² Rz 682; Grabenwarter in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht Art 6 EMRK Rz 125. In Deutschland s nur Heese in FS Roth 293 (295); Hess/Koprivica-Harvey in Hess/Koprivica-Harvey, Open justice 9f; Pantazopoulos, ZZPInt 13 (2008) 319 (322); Voß, JZ 2020, 286 (289f) uva. Näher dazu Lutschounig in Buschmann/Gläß/Gonska/Philipp/Zimmermann, Digitalisierung 139 (146ff).
- 13 StRsp des EGMR: 8273/78, Axen/Germany Rn 25; 7984/77, Pretto and others/Italy Rn 21; 7819/77, 7878/77, Campbell and Fell/UK Rn 91; 36337/97 and 35974/97, B. and P./UK Rn 36; 14810/02, Ryakib Biryukov/Russia Rn 30. Vgl Grabenwarter in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht Art 6 EMRK Rz 125; Grabenwarter, Verfahrensgarantien 474 ff, 478.
- 14 Fasching, Lehrbuch² Rz 681; Grabenwarter, Verfahrensgarantien 474 ff; Horten, Zivilprozessordnung I § 171 Rz 1451; Konecny in Fasching/Konecny³ II/1 Einl Rz 28; Neumann,

tung anerkannt.¹⁵ Auf die statische Öffentlichkeit bezogen erfordert die Erfüllung dieser Kontrollfunktion allerdings die allgemeine Zugänglichkeit und inhaltliche Nachvollziehbarkeit gerichtlicher Entscheidungen.¹⁶

Vor diesem Hintergrund ist es bemerkenswert, dass § 172 Abs 3 ZPO zwar die Öffentlichkeit der Urteilsverkündung gewährleistet, eine solche Verkündung in Zivilprozessen aber nicht zwingend stattfinden muss (s § 415 letzter S ZPO).¹⁷ In der Praxis stellt der Urteilsvorbehalt nach § 415 ZPO sogar die Regel dar, weshalb in vielen Zivilprozessen die statische Öffentlichkeit fehlt. Zwar wird nicht übersehen, dass neben der Verkündung von Urteilen auch ihre Veröffentlichung in der Entscheidungsdokumentation Justiz öffentlichen Zugang zu Entscheidungen erlauben würde (§ 15 OGHG bzw § 48a GOG), die Aufnahme von Urteilen erster und zweiter Instanz in das RIS kommt allerdings nur selten vor. Auch die Entscheidungsdokumentation Justiz ändert demnach – wie noch zu zeigen sein wird – wenig an der fehlenden Zugänglichkeit von Zivilentscheidungen.

Dieser auf zivilprozessualen Besonderheiten beruhende Zustand wird von Rechtsanwendern und der rechtlich interessierten Bevölkerung zunehmend kritisch gesehen:¹⁸ In einer Resolution vom 29. 9. 2017 forderte der ÖRAK die Zugänglichkeit letztinstanzlicher Entscheidungen der LG und OLG in Zivilsachen, um eine österreichweit einheitliche Judikatur sicherstellen und die Rechtsvertretung und Rechtsberatung effizienter und nachvollziehbarer gestalten zu können.¹⁹ Eine Umfrage des BKA unter den RIS-Nutzern aus dem Jahr 2015 förderte den verbreiteten Wunsch zutage, (mehr) erst- und zweitinstanzliche Entscheidungen in das RIS aufzunehmen.²⁰ Nicht zuletzt sieht das Regierungsprogramm 2020–

Kommentar I⁴ 764; Parzmayr in Höllwerth/Ziehensack, ZPO § 171 Rz 1; Sengtschmid in Fasching/Konecny³ II/3 § 171 ZPO Rz 3; Sperl, Lehrbuch I 354; von Canstein, Grundlagen 101; Wolff, Grundriss 270 uva. Siehe außerdem die umfassende Darstellung des Meinungsstandes zu den Funktionen der Öffentlichkeit bei Simotta in FS Matscher 449 (450 ff).

15 Aktuell bspw Bernzen, Gerichtssaalberichterstattung 77f; Koller, JBl 2020, 539 (542); Konecny in Fasching/Konecny³ II/1 Einl Rz 28; Lovrek, Die Presse 2020/39/04; Parzmayr, ÖJZ 2016, 635f; Rassi, Kooperation Rz 522ff (der neben diesem „politischen Aspekt“ auf das Ziel der Förderung der Wahrheitsfindung im konkreten Verfahren verweist [529]); Scholz-Berger, ZZPInt 24 (2019) 43 (45f); Sengtschmid in Fasching/Konecny³ II/3 § 171 ZPO Rz ff; krit aber Greger in FS Prütting 305.

16 So jüngst zutr Lovrek, Die Presse 2020/39/04.

17 Siehe nur Schragel in Fasching/Konecny² II/2 § 171 ZPO Rz 5: § 171 Abs 1 ZPO bedeute nur, dass dann, wenn das Urteil verkündet wird, dies öffentlich zu geschehen habe.

18 Vgl Kurier 2017/26/05 („Justiz drückt sich vor Transparenz“); Der Standard 2016/1, 2/10 („Abweichende Meinungen zum transparenten Gericht“). Hopf in FS M. Schneider 497 (499), weist darauf hin, dass es mehrere Interessengruppen gebe, denen an der Zugänglichkeit von Entscheidungen – insb des OGH – gelegen ist, nämlich einerseits die Richterschaft im Allgemeinen bzw die Richter des OGH im Besonderen und andererseits die Öffentlichkeit im Allgemeinen bzw die Rechtsanwaltschaft im Besonderen.

19 ÖRAK, AnwBl 2017, 631; zustimmend Schumacher, ÖBl 2018, 1. IdS bereits Stuefer, Die Presse 2015/29/03.

20 Siehe die Darstellung bei Neumayr, ZZPInt 20 (2015) 73 (92).

2024 die Einführung einer Pflicht zur Veröffentlichung von Urteilen der OLG vor.²¹

Auch in der wissenschaftlichen Diskussion wird die Verfassungskonformität der vorherrschenden Situation vermehrt in Zweifel gezogen:²² *Albiez/Pablik/Parzmayr*,²³ *Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer*²⁴ und *Parzmayr*²⁵ sehen den Urteilsvorbehalt nach § 415 ZPO in einem „Spannungsverhältnis“ zur Garantie öffentlicher Urteilsverkündung. *Kodek*²⁶ meldet verfassungsrechtliche Bedenken an, wenn Entscheidungen im Erkenntnisverfahren nicht nur nicht verkündet, sondern auch nicht veröffentlicht würden. Auch *König*²⁷ bezweifelt mit Blick auf Art 6 Abs 1 EMRK, dass das „System“ des Urteilsvorbehalts einer näheren Prüfung des EGMR standhielte. *Sengstschmid*²⁸ fordert idS der Öffentlichkeit Einsicht in vorbehaltene Urteile zu gewähren. Jüngst teilt *Rassi*²⁹ die Bedenken dieser Lehre in der Feststellung, dass das „österreichische System“ weder der unbedingten Veröffentlichungspflicht des Art 6 Abs 1 S 2 EMRK noch den „diese Pflicht relativierenden Vorgaben des EGMR“ entspreche. *Nowak/Schwaighofer*³⁰ qualifizieren die Rechtslage im Zivilprozess sogar als mit verfassungsrechtlichen Vorgaben unvereinbar und demnach verfassungswidrig. Hingegen befindet *Schrägel*,³¹ dass die Vorgaben von Art 6 Abs 1 EMRK „mit einer gewissen Flexibilität“ beurteilt werden müssten. Ein Teil der österr (und dt) Lehre steht dem Öffentlichkeitsgebot für den Zivilprozess indes generell kritisch gegenüber und fordert unter Berufung auf die Persönlichkeits- und Datenschutzrechte der Parteien eine Einschränkung dieser Prozessmaxime.³²

Die vorliegende Arbeit versucht, die Vorgaben des Gebots statischer Öffentlichkeit für den Zivilprozess zu konkretisieren und unter Einbeziehung datenschutzrechtlicher Anforderungen verfassungskonforme Lösungswege aufzuzeigen. Dadurch soll zu einer vermehrten Veröffentlichung von Entscheidungen der Zivilgerichte beigetragen werden.

21 Abrufbar unter: dieneuevolkspartei.at/Download/Regierungsprogramm_2020.pdf (abgefragt am 30. 4. 2021). Vgl auch die aktuelle dt Initiative für eine ausdrückliche Regelung der Veröffentlichungspflicht für gerichtliche Entscheidungen (§ 173 Abs 3 GVG-Entw; BT-Drs 19/14027) aufgrund des „Dieselskandals“.

22 Siehe auch die diesbezüglichen Ausführungen bei *Rassi*, Kooperation Rz 642.

23 Handbuch² 21.

24 PraktZPR I 101.

25 ÖJZ 2016, 635 (642).

26 In FS Delle-Karth 521 (547 f); ebenso *Kodek*, ÖJZ 2004, 589 (598).

27 JBl 2010, 601 (EAnm) und *König* in *König/Mayr*, EuZVR V 205 (209 f).

28 In *Fasching/Konecny*³ II/3 § 171 ZPO Rz 69 f.

29 Kooperation Rz 643 (s auch seine Darstellung der Lehrstimmen in Rz 642).

30 EuGRZ 725, 732.

31 In *Fasching/Konecny*² II/2 § 171 ZPO Rz 2; nicht ganz so zuversichtlich äußert sich *Schrägel* (in *Fasching/Konecny*² II/2 § 171 ZPO Rz 8) hingegen iZm seiner Darstellung zur Zugänglichkeit von Entscheidungen in der Entscheidungsdokumentation Justiz: „Es ist zu hoffen, dass der EGMR die nunmehrige Gesetzeslage als konventionskonform ansehen wird.“

32 *Arnold* in FS Simotta 11 (19 ff); *Greger* in FS Prütting 305 (310 f); *Köbl* in FS Schnorr von Carolsfeld 235 (238); *Simotta*, ZZP 106 (1993) 469 (480 f); ebenso *Simotta* in FS Matscher 449 (459).

II. Historische Entwicklung der „statistischen“ Öffentlichkeitsgarantie

Mit Inkrafttreten der AGO in den Erbländern des Habsburgerreiches am 1. 5. 1782 wurde eine weitgehende Vereinheitlichung des Zivilverfahrens erreicht und das den gemeinen Prozess beherrschende Prinzip der Schriftlichkeit auf dem Gebiet der heutigen Republik Österreich weitgehend verwirklicht. War für eine bestimmte Verfahrensart, wie für „geringschätzig“ Sachen, weiterhin Mündlichkeit vorgesehen, so bestand die Abweichung vom sonst schriftlichen Verfahrensgang im Wesentlichen in einer vorgelagerten Protokollierung des Parteivortrags, die dann als Grundlage für den weiteren, schriftlichen Verfahrensgang diente.³³

Auch das Urteil war weder zu verkünden noch auf sonstige Weise zu publizieren und wurde lediglich den Parteien zugestellt. Eine obligatorische Begründung³⁴ der Ausfertigungen der Urteile entfiel selbst gegenüber den Parteien,³⁵ weil man annahm, sie schade dem Ansehen des Gerichts³⁶ und sei überdies in Österreich „niemals gebräuchlich“ gewesen.³⁷ Allerdings war es den Parteien gestattet, unter bestimmten Umständen – insb zur Ausführung von Rechtsmitteln – eine Begründung zu beantragen.³⁸ Bereits die Gerichtsinstruktion vom 3. 5. 1853, RGBl 1853/81, sah aber diesbezüglich Erleichterungen vor.³⁹

Dieses Modell strenger Schriftlichkeit entstammte eigentlich der böhmischen Rechtstradition. In „Österreich“, insb in Niederösterreich und Wien, wurde bis dahin hingegen im Regelfall mündlich unter Anberaumung einer Tagsatzung verhandelt.⁴⁰ Auch in den Ländern Innerösterreichs, insb in der Steiermark,⁴¹ war das

33 „Schriftlich-protokollarisches Verfahren“, s. *Loschelder*, Gerichtsordnung 86f; *Klein/Engel*, Zivilprozess 31.

34 Die im Wesentlichen gemeinsame historische Entwicklung von Begründungspflicht und Öffentlichkeitsgebot beruht nicht nur auf inhaltlichen Zusammenhängen – sie ist nämlich, wie *Fasching* in *Sprung*, Entscheidungsbegründung 135 (136) ausführt, ua „Voraussetzung für die Kontrolle der gefällten Entscheidung und Überzeugungsmittel für die Parteien und die Öffentlichkeit“ –, sondern auch auf einer gemeinsamen politischen Forderung: So stellt *Sprung* in *Sprung*, Entscheidungsbegründung 43 (46) mwN dar, dass als „Ersatz und Vorstufe“ der Öffentlichkeit der Gerichtsverfahren die Begründungspflicht Teil des politischen Forderungskatalogs war.

35 *Loschelder*, Gerichtsordnung 150, 152; *Sprung* in *Sprung*, Entscheidungsbegründung 43 (59) mwN.

36 Siehe dazu nur *Sprung* in *Sprung*, Entscheidungsbegründung 43 (58) mwN.

37 So *Loschelder*, Gerichtsordnung 150, 152.

38 Dazu näher *Sprung* in *Sprung*, Entscheidungsbegründung 43 (59f).

39 Näher dazu *Forgó-Feldner* in *Kodek*, Zugang 1 (10).

40 Vgl. *Loschelder*, Gerichtsordnung 87f.

41 *Sperl*, Lehrbuch 16; ebenso *Ogris* in *Wandruszka/Urbanitsch*, Habsburgermonarchie 571 (573).

II. Historische Entwicklung der „statischen“ Öffentlichkeitsgarantie

Gerichtsverfahren erster Instanz alter Rechtstradition entsprechend bis zur Einführung der AGO von Mündlichkeit und Öffentlichkeit geprägt.⁴²

Öffentliche Elemente kannte bis zu dessen Abschaffung 1806 auch das Verfahren des Reichskammergerichts⁴³ nach der dritten Kammergerichtsordnung,⁴⁴ nämlich eine öffentliche Audienz unter Teilnahme der Streitparteien sowie den Formalakt des Öffnens der Gerichtstüren.⁴⁵ Urteile des Reichskammergerichts bedurften außerdem zu ihrer Rechtswirksamkeit der Verkündung und wurden bereits seit der frühen Neuzeit – wie eine Untersuchung *Diestelkamps*⁴⁶ zeigt – im Anschluss daran häufig gedruckt und vervielfältigt. Obwohl der Gerichtspraxis des Reichskammergerichts öffentliche Aspekte innewohnten, wurde das Verfahren – der Kameralprozess – als geheim und schriftlich eingestuft;⁴⁷ den öffentlichen Elementen kam im Prozessverlauf nur eine „formale Rolle“ zu.⁴⁸

Zwar blieb die AGO im Wesentlichen bis zur Einführung der ZPO am 1. 1. 1898 in Kraft.⁴⁹ Der Grundsatz des öffentlichen Gerichtsverfahrens hielt allerdings – als Folge politischer Umstürze und revolutionärer Vorgänge ab Mitte des 19. Jahrhunderts – schon früher Einzug in die österr Rechtsordnung.⁵⁰ § 29 Abs 1 der am 25. 4.

42 Klein/Engel, Zivilprozess 28; vgl Hoke, Rechtsgeschichte 271.

43 Smend, Reichskammergericht 199 beschreibt das Reichskammergericht als politische Institution („Brennpunkt des Verfassungslebens im Reich“), deren Tätigkeit etwa ab Mitte des 18. Jahrhunderts auch in der Öffentlichkeit wahrgenommen wird; sie kontrastiert zur sonst heimlichen Verfahrenstätigkeit der Gerichte, bei der schon eine Entscheidungsbegründung als Gefahr für das gerichtliche Ansehen gewertet worden ist.

44 Die dritte Kammergerichtsordnung gilt idF des Speyerer Reichstags von 1544 mit geringfügigen Änderungen bis 1806 (Smend, Reichskammergericht 174, 242 f).

45 Vgl Diestelkamp, Recht 288 f.

46 Recht 254, 289. Der genaue Ablauf dieser Zugänglichmachung ist noch weitgehend unbekannt.

47 Siehe nur Hoke, Rechtsgeschichte 163, 440 mwN.

48 Diestelkamp, Recht 288.

49 Für eine Übersicht über die „Nachtragsgesetze“ zur AGO s Leonhard in FS 50-Jahrfeier ZPO 125 (128); keiner dieser Zusätze ändert die geheim-schriftliche Charakteristik des Verfahrensgesetzes. Auch die in Galizien, der Bukowina sowie – nach der Rückeroberung der von Frankreich besetzten Gebiete – Tirol, Vorarlberg, Salzburg, Istrien, Dalmatien und Triest eingeführte Westgalizische Gerichtsordnung von 1796, die bis zur Einführung der ZPO in Kraft war, stellte keine neue Verfahrensordnung dar, sondern galt als eine „zweite Auflage“ der AGO (Leonhard in FS 50-Jahrfeier ZPO 125 [128]; vgl Klein/Engel, Zivilprozess 30; Ogris in Wandruszka/Urbanitsch, Habsburgermonarchie II 572 f; Sperl, Lehrbuch 17).

50 Die Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen stellt eine Kernforderung während der Revolution des Jahres 1848 dar. Das geht ua aus der Petition vom 9. 3. 1848 hervor (s Petition der Wiener Bürger an die niederösterreichischen Stände vom 9. 3. 1848, abgedruckt in Hoke/Reiter, Quellensammlung Rz 1897), die die Durchführung des Grundsatzes der Öffentlichkeit in der Rechtspflege und in der gesamten Verwaltung fordert, und gleichermaßen aus der Adresse der Wiener Universitätsangehörigen an den österr Kaiser vom 12. 3. 1848 (s „Neues Wiener Journal“ vom 13. 3. 1848, abgedruckt bei Hoke/Reiter, Quellensammlung Rz 1898). Bis dahin gilt das geheime Verfahren als „Stütze des monarchischen Prinzips“ (Alber, Öffentlichkeit 70), von der nur selten Ausnahmen zugelassen werden sollten, wie die Schlussprotokolle der Wiener Ministerial-Konferenz vom 12. 6. 1834 belegen. Deren Art 35 lautet: „Da, wo Öffentlichkeit gerichtlicher Ver-

II. Historische Entwicklung der „statischen“ Öffentlichkeitsgarantie

1848 kundgemachten Verfassungsurkunde des österr Kaiserstaates⁵¹ verbriefte: „Die Rechtspflege wird durch öffentlich-mündliches Verfahren ausgeübt.“ Diese sog „Pillersdorfsche Verfassung“ war eine Nachbildung des belgischen Grundgesetzes, das zu diesem Zeitpunkt seinerseits bereits eine umfassende Öffentlichkeitsvorgabe enthält.⁵²

Im nachfolgenden Entwurf des Kremsierer Reichstags – welcher allerdings nie rechtliche Verbindlichkeit erlangte – war die Öffentlichkeit des Verfahrens bereits Teil einer Grundrechtecharta, deren § 3 bestimmte: „Das Verfahren vor dem erkennenden Gerichte in Civil- und Strafsachen ist öffentlich und mündlich. Die Ausnahmen bestimmt das Gesetz ...“.⁵³

In Kraft trat stattdessen die als „oktroyierte Märzverfassung“ bezeichnete Reichsverfassung für das Kaisertum Österreich, nachdem der Kremsierer Reichstag mit kaiserlichem Manifest vom 4. 3. 1849 aufgelöst worden war. Zwar bekannte sich auch die Reichsverfassung zum Postulat der Öffentlichkeit und garantierte in § 103 Abs 1 ähnlich dem Kremsierer Entwurf: „Das Gerichtsverfahren soll in der Regel öffentlich und mündlich sein. Die Ausnahmen von der Öffentlichkeit bestimmt im Interesse der Ordnung und Sittlichkeit das Gesetz“.⁵⁴ Die Umstellung der Verfahrensrechte auf einfachgesetzlicher Ebene dauerte jedoch an⁵⁵ und die in der Verfassung garantierte Öffentlichkeit war nicht unmittelbar anwendbar, vielmehr blieb

handlungen in Strafsachen besteht, wollen die Regierungen der Bekanntmachung dieser letztern durch den Druck nur unter Beobachtung solcher mit den Gesetzen vereinbaren Vorsichtsmaßregeln Statt geben, durch welche eine nachtheilige Einwirkung auf öffentliche Ruhe und Ordnung verhütet werden kann.“ (s Die Sechzig Artikel vom 12. 6. 1834, abgedruckt bei *Huber*, Dokumente I² Nr 45).

51 „Pillersdorfsche Verfassung“ (s Verfassungs-Urkunde des österreichischen Kaiserstaates vom 25. 4. 1848, abgedruckt bei *Hoke/Reiter*, Quellensammlung Rz 1918).

52 Siehe *Pillersdorf*, Rückblicke auf die politische Bewegung in Oesterreich in den Jahren 1848 und 1849 (abgedruckt bei *Hoke/Reiter*, Quellensammlung Rz 1907); Art 96 des belgischen GG lautet: „Die Sitzungen der Gerichte sind öffentlich, außer wenn diese Öffentlichkeit die Ordnung oder die Sitten gefährdet; in diesem Falle stellt dies das Gericht durch einen Beschluß fest. Bei politischen und bei Pressedelikten kann der Ausschluß der Öffentlichkeit nur einstimmig beschlossen werden.“; Art 97 des belgischen GG lautet: „Jedes Urteil wird begründet. Es wird in öffentlicher Sitzung verkündet“.

53 *Brauneder*, Quellenbuch 10. Die Charta war somit keine reine Organisationsnorm, sondern enthielt subjektiv-öffentliches Recht, bei dessen Verletzung „durch Bedienstete des Staates in Ausübung ihrer Amtsgewalt“ nach der Systematik der Urkunde eine Staatsklage iSd § 138 der Constitution hätte zustehen können.

54 Siehe Reichsverfassung für das Kaiserthum Österreich vom 4. 3. 1849, abgedruckt bei *Hoke/Reiter*, Quellensammlung Rz 1974.

55 Lediglich ein eigens für Pressedelikte per Verordnung des Ministerrates am 18. 5. 1848, JGS 1848/1151 eingeführtes Verfahren berücksichtigt zunächst die prozessrechtlichen Vorgaben der Verfassung, indem gem § 3 der Verordnung über die Schuld des Angeklagten Geschworene in einem öffentlich-mündlichen, nach dem Anklageprinzip geführten Verfahren entscheiden. Öffentlich ist sowohl die „Gerichtssitzung“ (nach § 25 der Verordnung darf eine geheime Sitzung nur angeordnet werden, wenn eine Verletzung der Sittlichkeit zu befürchten ist) als auch auf die Urteilsverkündung. Für diese ordnet § 30 der Verordnung an, dass das Urteil „sogleich“ und „nebst den Beweggründen“ den Anwesenden bekanntzugeben ist.

die Durchführung der „vorgedachten allgemeinen Grundsätze“ – wie § 104 der Verfassungsurkunde belegt – den Reichs- und Landesgesetzen vorbehalten.

Als erste große Verfahrensordnung berücksichtigt schließlich die StPO vom 17. 1. 1850, RGBl 1850/25, das Öffentlichkeitsgebot umfassend: Ihre Präambel verweist darauf, dass die neue Prozessordnung ua der Durchführung der im § 103 der Reichsverfassung ausgesprochenen Grundsätze der Öffentlichkeit und Mündlichkeit des Strafverfahrens diene. § 260 StPO 1850 gestaltet das Öffentlichkeitspostulat – in Übereinstimmung mit der Presseverordnung von 1848 – zweiteilig aus. So ist die Hauptverhandlung „öffentlich bei sonstiger Nichtigkeit“⁵⁶ und auch die unmittelbar nach Beschlussfassung erfolgende Urteilsverkündung erfolgt in öffentlicher Sitzung und in Anwesenheit des Angeklagten (§ 293 StPO 1850), wobei nunmehr die „wesentlichen Gründe“ Teil des Urteils sind.⁵⁷

Für den Zivilprozess bleibt eine entsprechende Anpassung aus, weshalb der mit kaiserlichem Patent vom 31. 12. 1851 („Silvesterpatent“)⁵⁸ beginnende Rückbau konstitutioneller Errungenschaften in dieser Hinsicht keine Auswirkungen auf das Zivilverfahrensrecht hatte. Die darin verfügte weitgehende Aufhebung des öffentlichen Verfahrens – die Zulassung einer „bestimmten“ Zahl von Zuhörern bleibt von der Bewilligung durch den Präsidenten abhängig – betrifft somit lediglich den Strafprozess.⁵⁹

Obwohl weder das Oktoberdiplom von 1860 noch das Februarpatent von 1861 Neuerungen in Bezug auf die prinzipielle Ausrichtung des Gerichtsverfahrens enthalten, wird im Rahmen der Ministerkonferenz vom 13. 12. 1859 der Vorschlag zur Ausarbeitung einer neuen insb öffentlichen und mündlichen Zivilprozessordnung unterbreitet. Dass sich das Justizministerium für eine Neuausrichtung zugunsten der Mündlichkeit und Öffentlichkeit ausspricht, liegt jedoch vor allem daran, dass man sich von diesen Grundsätzen eine wesentliche Verkürzung sowie Vereinfachung des Prozesses und damit eine Kostenreduktion verspricht.⁶⁰ Parallel dazu nimmt im Jahr 1862 die Konferenz zur Erarbeitung einer Zivilprozessordnung für den gesamten Deutschen Bund in Hannover ihre Arbeit auf.⁶¹

56 Als einziger Ausschlussgrund kennt § 261 StPO 1850 die Verletzung der Sittlichkeit; ein solcher ist auf Antrag oder von Amts wegen wahrzunehmen. Der Zutritt steht Erwachsenen und unbewaffneten Personen offen.

57 Ebenso *Forgó-Feldner* in *Kodek*, Zugang 1 (10f) in Bezug auf den OGH.

58 Siehe „Silvesterpatent“ nebst ausführendem Kabinettschreiben, abgedruckt bei *Fischer/Silvestri*, Verfassungsgeschichte Nr 6.

59 Vgl Art 27 des Silvesterpatents: „Das Verfahren ist nicht öffentlich, es wird aber bei der mündlichen Verhandlung in erster Instanz dem Angeklagten mit Bewilligung des Präsidenten sowie dem letzteren das Recht eingeräumt, Zuhörer bis auf eine bestimmte Zahl zuzulassen.“

60 Siehe *Österreichisches Ost- und Südosteuropa-Institut*, Protokolle IV Nr 77. Vgl aber auch StProt AH 1. Sess 1122, 1127: Öffentlichkeit sei eine „so anerkannte konstitutionelle Wahrheit[en] des konstitutionellen Staatslebens, dass es nie und nirgends sein kann, konstitutionell zu regieren, und zugleich in der Justiz diese[s] Grundelemente des öffentlichen, des Staatslebens bei Seite zu lassen“; sie sollte außerdem als Kontrollinstanz für ein unabhängiges Gericht dienen.

61 Schon die „Allgemeine bürgerliche Proceßordnung“ des Königreiches Hannover vom 8. 11. 1850 realisiert konsequent den Mündlichkeitsgrundsatz, was wiederum dem Öffent-

II. Historische Entwicklung der „statischen“ Öffentlichkeitsgarantie

Erst zeitgleich mit der Dezemberverfassung von 1867, die den Grundsatz öffentlicher Rechtspflege sowohl für Straf- als auch für Zivilsachen neuerlich als Verfassungsgarantie einführt,⁶² wird auch der „Entwurf der Civilproceß-Ordnung für die nicht zur ungarischen Krone gehörigen Länder“ im Abgeordnetenhaus eingebracht.⁶³ Er ist an den Prinzipien der Öffentlichkeit – § 114 des vorgenannten Entwurfs⁶⁴ schreibt die Öffentlichkeit der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht vor – und Mündlichkeit orientiert und beruht auf dem Entwurf der hannoverschen Prozesskommission.⁶⁵ Dieser sog Entwurf *Hye* tritt jedoch nicht in Kraft,⁶⁶ ebenso wenig eine auf seiner Grundlage eingebrachte „neuerliche Regierungsvorlage“ vom 16. 11. 1870.⁶⁷

Als erstes zivilverfahrensrechtliches Gesetz, das die verfassungsrechtliche Öffentlichkeitsgarantie umsetzt und dessen § 17 1. Halbsatz⁶⁸ ein Öffentlichkeitsgebot für die Verhandlung enthält,⁶⁹ tritt am 27. 4. 1873 zunächst das Gesetz über das Verfahren in geringfügigen Rechtssachen (Bagatellverfahren) in Kraft.⁷⁰ Gleichzeitig verpflichtet das Verfahrensgesetz die Gerichte dazu, sowohl bei mündlicher (und öffentlicher) Verkündung als auch bei Zustellung an die Parteien, seine Entscheidung zu begründen.⁷¹ Erst der Zugang zu dieser Entscheidungsbegründung befähigt die Öffentlichkeit, eine Kontrollfunktion wahrzunehmen.⁷²

lichkeitsprinzip zum Durchbruch verhalf (vgl dazu *Leonhardt*, Reform 3, 77 ff). Hannover ist 1862 auch Sitz einer Konferenz zur Ausarbeitung einer einheitlichen Zivilprozessordnung des Bundes, deren Ergebnis der „Hannoveranische Entwurf“ ist (*Leonhard* in FS 50-Jahrfeier ZPO 130).

62 Vgl *Hoke*, Rechtsgeschichte 397. Art 10 des Staatsgrundgesetzes vom 21. 12. 1867 über die richterliche Gewalt, RGBl 1867/144, lautet: „Die Verhandlungen vor dem erkennenden Richter sind in Civil- und Strafrechts-Angelegenheiten mündlich und öffentlich.“

63 Eingebracht durch Justizminister *Hye von Glunek* am 18. 12. 1867, StProt AH 4. Sess 1899.

64 AB 40 BlgStProt AH 5. Sess 377.

65 Siehe *Leonhard* in FS 50-Jahrfeier ZPO 130. Dessen Umarbeitung wurde durch Allerhöchste Entschließung vom 17. 6. 1866 verfügt (ErläutRV 549 StProt AH 8. Sess 2); vgl StProt AH 4. Sess 2028.

66 Noch während sich das Herrenhaus mit ihm befasst, wird mit kaiserlichem Patent vom 21. 5. 1870 die Auflösung des Abgeordnetenhauses verfügt, wodurch die Abgeordneten ihr Mandat verlieren; vgl AB 143 BlgStProt HH 6. Sess 659.

67 Vgl AB 143 BlgStProt HH 6. Sess 659.

68 RGBl 1873/66. „Die Verhandlung vor dem erkennenden Richter ist öffentlich; es sind jedoch nur erwachsene Personen als Zuhörer zuzulassen. Die Öffentlichkeit ist auf übereinstimmenden Antrag beider Teile, von Amtswegen aber dann auszuschließen, wenn durch dieselbe die öffentliche Ordnung oder die Sittlichkeit gefährdet erscheint. Der Beschluss über die Ausschließung der Öffentlichkeit ist öffentlich zu verkünden. Wird die Öffentlichkeit ausgeschlossen, so kann jede Partei verlangen, dass außer ihrem Bevollmächtigten drei Personen ihres Vertrauens der Zutritt gestattet werde.“

69 Der Zweck dieser Öffentlichkeit sollte vor allem darin liegen, eine Kontrolle zur starken Stellung des Richters zu bieten, die zur Erreichung einer Verfahrensbeschleunigung aufgewertet werden musste (ErläutRV 221 BlgStProt AH 7. Sess 1901).

70 Es sollte für die ZPO von 1895 nach *Sperl*, Lehrbuch 17f in „wichtigen Punkten“ als Vorbild dienen.

71 *Sprung* in *Sprung*, Entscheidungsbegründung 43 (61) mwN und unter Verweis auf § 73 des Bagatellverfahrens.

72 Siehe nur *König* in *Sprung*, Entscheidungsbegründung 155 (158).

II. Historische Entwicklung der „statischen“ Öffentlichkeitsgarantie

Ein wenig später eingebrachter und ebenfalls an den Grundsätzen der Mündlichkeit und Öffentlichkeit orientierter Entwurf einer Zivilprozessordnung vom 25. 2. 1876 – der Entwurf *Glaser* – scheitert hingegen an der erforderlichen Zustimmung. Erwähnenswert ist idZ dennoch, dass dieser Entwurf im Vergleich zur „neuerlichen Regierungsvorlage“ nicht nur eine Öffentlichkeitsgarantie für die Verhandlung enthält, sondern auch die Verkündung der richterlichen Entscheidung öffentlich erfolgen sollte.⁷³

Erst mit Inkrafttreten der ZPO durch kaiserliche Sanktion vom 1. 8. 1895 sind die mehr als 30 Jahre andauernden Reformbestrebungen abgeschlossen und das Ziel der Einführung eines mündlichen und öffentlichen Zivilverfahrens schließlich erreicht.⁷⁴ Man ist allerdings nunmehr der Ansicht, dass Mündlichkeit und Öffentlichkeit nicht den „Kern“ einer Prozessreform bilden sollten und ein öffentliches mündliches Verfahren wie jedes andere „gut oder schlecht“ sein könne.⁷⁵ Einem „Formdogma“ sollte vielmehr durch stärkere Betonung der Zweckmäßigkeit und Nützlichkeit prozessualer Regeln und Prozessgrundsätze vom „Parteistandpunkte“ aus entgegengewirkt werden;⁷⁶ das gilt auch für den Ersten Titel des Dritten Abschnitts zur Öffentlichkeit.

Ein Grundkonzept zivilprozessualer Öffentlichkeit steht zu diesem Zeitpunkt allerdings bereits fest und kann aus den Entwürfen *Hye* und *Glaser* übernommen werden.⁷⁷ § 185 des ZPO-Entwurfs⁷⁸ postuliert die Öffentlichkeit wie schon der Entwurf *Glaser* unter Einbeziehung der Verkündung der richterlichen Entscheidung. Teil der öffentlichen Urteilsverkündung haben außerdem – bereits auf ältere Vorarbeiten zurückgehend – die wesentlichen Entscheidungsgründe zu sein.⁷⁹ Die Zweckmäßigkeitsüberlegungen schlagen dann bei Formulierung der Ausschlussgründe nach § 186 des ZPO-Entwurfs durch: Die Öffentlichkeit soll ua dann ausgeschlossen werden, wenn die Besorgnis bestehe, sie könnte „missbraucht werden, um die Verhandlung zu stören oder die Sachverhaltsfeststellung zu erschwe-

73 ErläutRV 549 BgStProt AH 8. Sess 82. Siehe § 204 Abs 1 des Entwurfs: „Die Verhandlung vor dem Prozessgerichte mit Einschluss der Verkündung der richterlichen Entscheidung erfolgt öffentlich. Als Zuhörer haben nur erwachsene Personen Zutritt.“ (ErläutRV 535 BgStProt AH 8. Sess 58).

74 *Demelius*, Civilproceß 333: „... die im Staatsgrundgesetze über die richterliche Gewalt (Art. 10) enthaltene Verheißung erfüllt.“

75 Materialien I 188 f.

76 Materialien I 188, 190; vgl die dortigen Ausführungen zur Mündlichkeit: „Der übertriebene Kultus der Form ... macht das Mündlichkeitserfordernis zu etwas Absolutem, als ob die Mündlichkeit schon kraft ihres Daseins die größten Vorteile bieten möchte.“ Vgl auch *Leonhard* in FS 50-Jahrfeier ZPO 125 (134): „Leitstern“ der Zweckmäßigkeit.

77 Vgl allgemein *Leonhard* in FS 50-Jahrfeier ZPO 125 (132 f), der von „glücklichster Verwertung der Einrichtungen verschiedener Prozessordnungen“ spricht.

78 „Die Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte, einschließlich der Verkündung der richterlichen Entscheidung, erfolgt öffentlich. Als Zuhörer haben nur erwachsene Personen Zutritt.“

79 Näher *Sprung* in *Sprung*, Entscheidungsbegründung 43 (62). Der OGH beginnt – wie *Forgó-Feldner* in *Kodek*, Zugang 1 (15 f) nachweist – hingegen bereits um die Zeit des Inkrafttretens des Bagatellverfahrens damit, gesammelte Judikate (inklusive der Entscheidungsgründe) mitzuteilen; s Kap III.C.1.