

Hinweis: Dieser Beitrag wird auf der Tagungshomepage vorveröffentlicht und erscheint Anfang Juli 2020 in Heft 2/2020 der Zeitschrift für das gesamte Verfahrensrecht (GVRZ).

Dr. Silvia Deuring, München *

Der Öffentlichkeitsgrundsatz in Zeiten der COVID-19-Pandemie: Über die Vereinbarkeit des „Corona-Lockdown“ mit einem Kernprinzip des Prozessrechts unter besonderer Berücksichtigung des Zivilverfahrensrechts

Die COVID-19-Pandemie hat die Bundesrepublik äußerst unvorbereitet getroffen. Im Bemühen, die Verbreitung des Virus einzudämmen, haben die 16 Bundesländer ab Mitte März 2020 auf der Grundlage von § 32 IfSG nach und nach Rechtsverordnungen erlassen, durch die die Bewegungsfreiheit mehr und mehr eingeschränkt wurde. Rasches Handeln war gefragt – für eine langwierige Ausarbeitung detailreicher Regelungen blieb keine Zeit. Entsprechend weit und konturenlos ist folglich das ein oder andere Verbot oder Verhaltensgebot geraten, was die Rechtsanwendung erheblich erschwert. Insbesondere sind die Verordnungen durch mehr oder weniger pauschale Verbote, sich zu versammeln oder anzusammeln bzw. das Haus nicht ohne triftigen Grund zu verlassen, gekennzeichnet. Bedeutet dies nun, dass auch keine Gerichtsverhandlungen mehr besucht werden dürfen? Mit anderen Worten: Kann die Exekutive der Judikative auftragen, für den Geltungszeitraum der Verordnungen den Öffentlichkeitsgrundsatz, einen Grundsatz von demokratisch und rechtsstaatlich essentieller Bedeutung, zu missachten? Diesen Fragen soll in diesem Beitrag in Bezug auf das Zivilprozessrecht nachgegangen und dabei Handlungsspielräume der Judikative ausgeleuchtet werden.

I. Einleitung

Zu den vielen Fragen, die der Corona-Lockdown rechtlich aufgeworfen hat, gehört jene, wie sich die vielfältigen Einschränkungen mit dem Grundsatz der Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen vertragen. Der Beitrag beginnt mit einem Überblick über die

* Dr. Silvia Deuring ist Akademische Rätin a.Z. am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Medizinrecht von Prof. Dr. Andreas Spickhoff an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Dieser Beitrag beruht auf dem gleichnamigen Vortrag der Autorin im Rahmen der Online-Tagung „Das Verfahrensrecht in Zeiten der Pandemie“ der GVRZ vom 2. und 3. Mai 2020.

verschiedenen Verordnungen der 16 Bundesländer (im Folgenden Corona-Schutzverordnungen).¹ Anschließend werden die verfassungsrechtliche Herleitung des Öffentlichkeitsgrundsatzes und dessen Bedeutung im Zivilprozess diskutiert, gefolgt von einer Auseinandersetzung mit Inhalt und Reichweite dieses einfachgesetzlich in § 169 Abs. 1 GVG niedergelegten Prinzips. Ziel der Untersuchung ist schließlich die Beantwortung der Frage, ob die Corona-Schutzverordnungen bzw. zivilprozessuale Verhandlungen, die auf der Grundlage dieser Verordnungen ohne oder nur mit eingeschränkter Öffentlichkeit durchgeführt werden, mit dem Öffentlichkeitsgrundsatz in einfachgesetzlicher und verfassungsrechtlicher Ausprägung vereinbar sind.

II. Rechtslage in den Bundesländern: Dos und Don'ts (Stand: 16.4.2020)

In Bezug auf die Frage, wie die Corona-Schutzverordnungen den Zugang zu Gerichtsverhandlungen als Zuschauer beeinflussen, ergibt sich zunächst, wie häufig im föderalistischen System, ein Flickenteppich an verschiedenen Regelungen:

Manche Bundesländer verboten Versammlungen oder sonstige Ansammlungen sowie das Verlassen des Wohnorts grundsätzlich, es sei denn, es lagen triftige Gründe vor. Hierbei wurde allerdings der Besuch einer Gerichtsverhandlung nicht explizit benannt, sondern lediglich auf dringende oder nachweislich erforderliche Termine bei Gericht Bezug genommen (Brandenburg², Saarland³). Letzteres mag auf die Parteien des in Frage stehenden Verfahrens zugetroffen haben, auf die Zuschauer aber wohl weniger. Teils wurden schlicht allgemein Versammlungen, Veranstaltungen, Ansammlungen oder Zusammenkünfte verboten (Bayern⁴, Mecklenburg-Vorpommern⁵, NRW⁶, Rheinland-Pfalz⁷), wiederum ohne explizit Ausnahmen für den Besuch von Gerichtsverhandlungen zu schaffen.

Andere Bundesländer hingegen schufen speziell für Gerichte spezifische Ausnahmen von ihren allgemeinen Ansammlungsverboten, wobei zunächst unklar war, ob sich diese nur auf die

¹ Da die Verordnungen regelmäßig aktualisiert, präzisiert und abgeändert wurden, ist eine Bewertung derselben über einen längeren Zeitraum hinweg nicht möglich. Im Folgenden soll daher exemplarisch als Stichtag der 16.4.2020 gewählt werden. Dieser Tag ist als Untersuchungsgegenstand deshalb von Interesse, da er sich noch in dem Zeitraum befindet, in dem die Verordnungen in ihrer strengsten Form galten.

² § 1 und § 11 Abs. 3 lit. k SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung – SARS-CoV-2-EindV vom 22.3.2020.

³ § 2 Abs. 2 und Abs. 3 Nr. 9 Verordnung zur Bekämpfung der Corona-Pandemie vom 7.4.2020.

⁴ § 1 Abs. 1 Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung – BayIfSMV vom 27.3.2020.

⁵ § 1a, Abs. 6 SARS-CoV-2-Bekämpfungsverordnung vom 3.4.2020.

⁶ § 12 Abs. 1 CoronaSchVO vom 30.3.2020.

⁷ § 4 Abs. 1 und Abs. 2 der 3. Corona-Bekämpfungsverordnung – 3. CoBeLVO vom 23.3.2020.

Organe eines Gerichts oder auch auf etwaige Besucher bezogen: So waren in Baden-Württemberg⁸, Berlin⁹ und Schleswig-Holstein¹⁰ Veranstaltungen, Ansammlungen und sonstige Zusammenkünfte *der* Gerichte erlaubt, und gerade nicht Zusammenkünfte etc. *in* Gerichten. Für eine Erstreckung der Erlaubnis auf Gerichtsbesucher sprechen etwa die folgenden Festlegungen der einschlägigen Verordnung in Berlin: So galt dort neben dem Versammlungsverbot auch das Verbot, die Wohnung zu verlassen, es sei denn, es lagen bestimmte Gründe vor. Hierzu gehörte insbesondere der Besuch von Veranstaltungen oder Versammlungen, die nach Maßgabe von § 1 SARS-CoV-2-EindmaßnV vom 2.4.2020 erlaubt oder genehmigt waren¹¹, also auch der Besuch von Veranstaltungen der Gerichte: Diese Erlaubnis konnte sich schon deswegen nicht lediglich an die Gerichtsorgane richten, da diese bereits von der Erlaubnis „Ausübung beruflicher Tätigkeit“¹² erfasst waren. Auch in Bremen¹³ und Hamburg¹⁴ waren abweichend vom allgemeinen Ansammlungsverbot Ansammlungen, Kontakte und Veranstaltungen *in* Gerichten erlaubt. Eine entsprechende Erlaubnis gab es auch in Hessen¹⁵, wo sich die Beschränkung zum Aufenthalt im öffentlichen Raum nicht auf Gerichtsverhandlungen bezogen. Ebenso wurde in Sachsen¹⁶ die Teilnahme an einer öffentlichen Gerichtsverhandlung als triftiger Grund benannt, der das Verlassen der Wohnung rechtfertigte. Noch einen Schritt weiter gingen Sachsen-Anhalt¹⁷ und Thüringen¹⁸ mit klaren Verhaltensregeln: Erlaubt blieben Veranstaltungen der Gerichte, aber nur unter bestimmten Voraussetzungen. So musste z.B. ein Mindestabstand von 1,5 Metern zwischen den Teilnehmenden eingehalten werden; alle Teilnehmenden mussten in einer Anwesenheitsliste, die vier Wochen aufzubewahren war, erfasst werden; Personen mit COVID-19 Symptomen waren auszuschließen; alle Teilnehmenden musste zudem etwa darüber abgefragt werden, ob sie in den letzten Tagen Kontakt mit Infizierten hatten (wenn ja: Ausschluss der

⁸ § 3 Abs. 3 Satz 2 Corona-Verordnung -CoronaVO vom 9.4.2020.

⁹ § 1 Abs. 2 SARS-CoV-2-EindmaßnV vom 2.4.2020.

¹⁰ § 2 Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 4 Nr. 1 SARS-CoV-2-Bekämpfungsverordnung – SARS-CoV-2-BekämpfV vom 8.4.2020.

¹¹ § 14 Abs. 3 lit. I) SARS-CoV-2-EindmaßnV vom 2.4.2020.

¹² § 14 Abs. 3 lit. a) SARS-CoV-2-EindmaßnV vom 2.4.2020.

¹³ § 6 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 8 Verordnung zum Schutz von Neuinfektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vom 3.4.2020.

¹⁴ § 3 Abs. 1 Nr. 5 Hamburgische SARS-CoV-2-Eindämpfungsverordnung – HmbSARS-CoV-2-EindämpfVO vom 2.4.2020.

¹⁵ § 1 Abs. 3 Verordnung zur Beschränkung sozialer Kontakte und zur Anpassung von Verordnungen zur Bekämpfung des Corona-Virus vom 22.3.2020.

¹⁶ § 2 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 10 SächsCoronaSchVO vom 31.3.2020.

¹⁷ § 1 Abs. 1 bis Abs. 4 3. SARS-CoV-2-Eindämpfungsverordnung – SARS-CoV-2-EindV vom 2.4.2020.

¹⁸ § 3 Abs. 1 bis Abs. 5 Zweite Thüringer Verordnung über erforderliche Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 – 2. ThürSARS-CoV-2-EindmaßnVO vom 7.4.2020.

betreffenden Person); alle Anwesenden mussten über die Verhaltensetikette informiert werden (z.B.: Niesen in Armbeuge). Auch in Niedersachsen¹⁹ war ausdrücklich unter Einhaltung bestimmter Voraussetzungen (Mindestabstand 1,5 Meter in der Öffentlichkeit; Ansammlungen und Zusammenkünfte im öffentlichen Raum auf zwei Personen beschränkt) insbesondere der Besuch von Gerichten zulässig.

Im Falle von Verstößen gegen die Ansammlungsverbote bzw. das Verbot, ohne triftigen Grund die eigene Wohnung zu verlassen, und gegen sonstige Anordnungen, wie das Einhalten von Abstandsregeln, verwiesen die Rechtsverordnungen insbesondere auf die Bußgeldvorschrift des § 73 Abs. 1 a Nr. 24 IfSG (Bußgeld bis zu 25.000 EUR, § 73 Abs. 2 IfSG).

III. Vereinbarkeit der Rechtsverordnungen mit Öffentlichkeitsgrundsatz nach § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG

1. Der Öffentlichkeitsgrundsatz als Verfassungswert

Zunächst findet der Öffentlichkeitsgrundsatz als Verfassungsgrundsatz seine Verankerung sowohl im Demokratieprinzip, wonach alle Staatsgewalt vom Volk ausgeht, Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG, als auch im Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 2 und Abs. 3 GG.²⁰ In seiner Stellung als Souverän wirkt das Volk nämlich nicht lediglich durch Wahlen, sondern es hat ebenso, gerade gegenüber der dritten Gewalt, ein Recht auf Aufsicht, Einsicht und Kontrolle.²¹ So wird die Unabhängigkeit der Justiz abgesichert und Gerichtsentscheidungen werden für den Bürger vorhersehbar gemacht; das Vertrauen der Allgemeinheit in die dritte Gewalt wird gesichert.²² Zudem gewährt die Gerichtsöffentlichkeit den Schutz der Verfahrensbeteiligten gegen eine der öffentlichen Kontrolle entzogenen Geheimjustiz.²³ Es soll so jeder Verdacht einer geheimen Rechtsprechung verhindert werden.²⁴

¹⁹ §§ 2, 3 Ziff. 15. Niedersächsische Verordnung zur Beschränkung sozialer Kontakte anlässlich der Corona-Pandemie vom 7.4.2020.

²⁰ BVerfG v. 24.1.2001 – 1 BvR 2623/95, NJW 2001, 1633 (1635); einschränkend noch BVerfG v. 7.3.1963 – 2 BvR 629/62, 2 BvR 637/62, BVerfGE 15, 303 (307), wonach der Öffentlichkeitsgrundsatz kein Verfassungsrechtsgrundsatz sei, sondern eine Prozessrechtsmaxime.

²¹ *Bäumler*, JR 1978, 317 (319); BVerfG v. 24.1.2001 – 1 BvR 2623/95, NJW 2001, 1633 (1635).

²² *Bäumler*, JR 1978, 317 (320); EGMR v. 8.12.1983 – 3/1982/49/78, NJW 1986, 2177 (2178); *Zimmermann* in *MüKo/ZPO*, 5. Aufl. 2017, § 169 GVG Rn. 1; siehe zum Öffentlichkeitsgrundsatz auch *Kudlich*, JA 2000, 970 (970); *auf der Heiden*, NJW 2020, 1023 (1024); *Kulhanek*, NJW 2020, 1183 (1183); BVerfG v. 14. 3. 2012 – 2 BvR 2405/11, NJW 2012, 1863 (1864 f.).

²³ BVerfG v. 24. 1. 2001 – 1 BvR 2623/95, NJW 2001, 1633 (1635).

²⁴ OLG Köln v. 7.11.1984 – 16 U 102/84, NJW-RR 1986, 560 (561).

Darüber hinaus ist der Öffentlichkeitsgrundsatz auch in Art. 6 Abs. 1 Satz 2 EMRK verankert.²⁵

Zudem besteht, heute wohl nicht mehr umstritten, ein subjektiv-öffentliches Recht, also ein Anspruch, auf Teilnahme an Gerichtsverhandlungen. Hierfür spricht bereits, dass es der Öffentlichkeit sonst quasi unmöglich würde, die ihr zustehende Kontrolle auszuüben, wenn dieses Recht nicht auch durchsetzbar wäre.²⁶ Ein solches Recht ergibt sich konkret aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG (Recht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen zu informieren).²⁷

Dabei gewährt Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG keinen Anspruch auf Eröffnung einer Informationsquelle, sondern setzt voraus, dass die in Frage stehende Informationsquelle allgemein zugänglich ist. Allgemein zugänglich ist eine Informationsquelle dann, wenn sie geeignet und bestimmt ist, der Allgemeinheit, also einem individuell nicht bestimmbar Personenkreis, Informationen zu verschaffen. Das Grundrecht gewährt also, so das BVerfG, ein „Recht auf Zugang in Fällen, in denen eine im staatlichen Verantwortungsbereich liegende Informationsquelle aufgrund rechtlicher Vorgaben zur öffentlichen Zugänglichkeit bestimmt ist, der Staat den Zugang aber verweigert.“ Über die Zugänglichkeit entscheidet, wer nach der Rechtsordnung dazu bestimmt ist: Dies ist nach dem BVerfG der Gesetzgeber, der mit § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG festgelegt hat, dass Gerichtsverhandlungen allgemein zugänglich sind. In diesem vom Gesetzgeber gewährten Umfang ist der Schutzbereich eröffnet.²⁸ Insbesondere sind Ausgestaltungsregeln wie § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG selbst keine Grundrechtseingriffe und daher nicht an Art. 5 Abs. 2 GG zu messen; gleichwohl müssen sie verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen.²⁹ Dabei kann sich ergeben, dass der Zugang von Verfassungen wegen hätte weiter oder gar unbeschränkt eröffnet werden müssen, was unter dem Schutz von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG geltend gemacht werden kann.³⁰ An der Verfassungskonformität der „Bestimmungsnorm“ § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG sind jedoch keine Zweifel anzumelden, sodass der Gesetzgeber den Umfang von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG in verfassungskonformer Weise näher

²⁵ Die dort genannten Ausschließungsgründe sind neben denen des GVG anwendbar, siehe: *Zimmermann* in *MüKo/ZPO* (Fn. 22), § 169 GVG Rn. 10 mit weiteren Details.

²⁶ *Bäumler*, JR 1978, 317 (320 f.).

²⁷ BVerfG v. 24. 1. 2001 – 1 BvR 2623/95, NJW 2001, 1633 (1634); *Schemmer* in *BeckOK/GG*, 42. Ed., Stand: 1.12.2019, Art. 5 GG Rn. 27; *Schulze-Fielitz* in *Dreier/GG*, 3. Aufl. 2013, Art. 5 Abs. 1-2 GG Rn. 79; so bereits *Bäumler*, JR 1978, 317 (320 f.).

²⁸ Siehe zum Vorstehenden BVerfG v. 24. 1. 2001 – 1 BvR 2623/95, NJW 2001, 1633 (1634); siehe auch *Schulze-Fielitz* in *Dreier* (Fn. 27), Art. 5 Abs. 1-2 GG Rn. 79.

²⁹ *Schemmer* in *BeckOK/GG* (Fn. 27), Art. 5 GG Rn. 27.

³⁰ BVerfG v. 24.1.2001 – 1 BvR 2623/95, NJW 2001, 1633 (1634); *Schulze-Fielitz* in *Dreier* (Fn. 27), Art. 5 Abs. 1-2 GG Rn. 79.

bestimmt hat: Damit hat jedermann einen verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch, an Gerichtsverhandlungen durch physische Anwesenheit teilzunehmen.

Der Verfassungsgrundsatz der Öffentlichkeit gilt aber nicht ausnahmslos, sondern kann aus zwingenden Gründen des Gemeinwohls ganz oder teilweise ausgeschlossen werden.³¹ Auch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG ist beschränkbar durch die allgemeinen Gesetze (Satz 2). Gesetz meint dabei förmliches Gesetz oder untergesetzliche Bestimmung, sofern eine formelle Ermächtigungsgrundlage gegeben ist.³²

2. Der Öffentlichkeitsgrundsatz im Zivilprozess

§ 169 Abs. 1 Satz 1 GVG bestimmt, dass „die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht einschließlich der Verkündung der Urteile und Beschlüsse [...] öffentlich“ ist. Nach § 2 EGGVG gilt das GVG allgemein für die ordentliche Gerichtsbarkeit, also auch für das Zivilprozessrecht. Erkennendes Gericht ist das Gericht, das in einer streitigen Angelegenheit die Entscheidung in der Hauptsache trifft (§ 309 ZPO).³³ § 173 GVG stellt nochmals klar, dass die Verkündung eines Urteils stets öffentlich zu erfolgen hat, d.h., dass etwaige Vorschriften, die eine Einschränkung der Öffentlichkeit ermöglichen, zwar auf die Verhandlung selbst Anwendung finden, nicht aber auf die Urteilsverkündung.³⁴

Die Anwendbarkeit des Öffentlichkeitsprinzips im Zivilprozess kommt insbesondere auch in § 547 Nr. 5 ZPO³⁵ zum Ausdruck: Die Verletzung der Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens ist ein absoluter Revisionsgrund, was bedeutet, dass der Einfluss des Fehlers auf die Entscheidung unwiderleglich vermutet wird.³⁶ Dieser Verfahrensverstoß kann jedoch nur dann durch Revision gerügt werden, wenn die Revision überhaupt statthaft und zulässig ist; das bedeutet, dass nur Verfahrensverstöße von Berufungsgerichten revisibel sind (§ 542 Abs. 1 ZPO; keine Sprungrevision, § 566 Abs. 4 Satz 2 ZPO). Solche Verstöße müssen nach § 551 Abs. 3 Nr. 2 ZPO in den Revisionsgründen gerügt werden (keine Beachtung von Amts

³¹ BVerfG v. 24.1.2001 – 1 BvR 2623/95, NJW 2001, 1633 (1635).

³² Schemmer in BeckOK/GG (Fn. 27), Art. 5 GG Rn. 98.

³³ Mit weiteren Hinweisen Zimmermann in MüKo/ZPO (Fn. 22), § 169 GVG Rn. 18 f.

³⁴ Musielak in Musielak/Voit/ZPO, 17. Aufl. 2020, § 311 ZPO Rn. 4.

³⁵ „Eine Entscheidung ist stets als auf einer Verletzung des Rechts beruhend anzusehen, wenn die Entscheidung auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt sind.“

³⁶ Siehe einführend Rathmann in Sängler, Zivilprozessordnung, 8. Aufl. 2019, § 169 GVG Rn. 1; siehe zur Vermutungsregelung Kessal-Wulf in BeckOK/ZPO, 36. Ed., Stand: 1.3.2020, § 547 ZPO Rn. 3.

wegen).³⁷ Erfolgt der Verstoß im Übrigen in erster Instanz und übernimmt das Berufungsgericht den fehlerhaften Verfahrensabschnitt dieser ersten Instanz, liegt darin ein revisibler Verstoß gegen § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG des Berufungsgerichts.³⁸ Verletzungen in erster Instanz sind ansonsten Berufungsgrund (§ 513 ZPO)³⁹; der Verfahrensverstoß kann durch erneute Tatsachenfeststellung durch die Berufungsinstanz oder durch Zurückverweisung beseitigt werden (siehe zu den Voraussetzungen der Zurückverweisung § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZPO).⁴⁰ Erfolgt der Verstoß in letzter Instanz und ist der Rechtsweg erschöpft, bleibt wohl nur eine Rüge vor dem EGMR wegen Verstoßes gegen Art. 6 EMRK; eine Verfassungsbeschwerde (der Parteien) scheidet wohl mangels Grundrechtsverletzung aus.⁴¹

In Wechselwirkung mit dem Grundsatz der Öffentlichkeit regelt § 128 Abs. 1 ZPO im Übrigen, dass die Parteien mündlich verhandeln, da Öffentlichkeit einer Verhandlung faktisch nicht anders als eben gerade durch eine mündliche Verhandlung herzustellen ist.⁴²

Nichtsdestoweniger ist der Öffentlichkeitsgrundsatz praktisch im Zivilprozess sicherlich von erheblich geringerer Bedeutung als etwa im Strafprozess: Das Zivilverfahren stößt bei der Öffentlichkeit auf weitaus weniger Interesse. Nicht nur dürfte der Strafprozess, insbesondere große, in den Medien reißerisch aufgegriffene Verfahren, schon aufgrund der Thematik mehr Publikum anziehen, sondern bereits die konkrete Ausgestaltung des Zivilverfahrens selbst gewährt Verfahrensbeteiligten kaum Einblick in die verhandelte Materie: Im Zivilprozess wird durch Bezugnahme auf den Akteninhalt nur schwer erkennbar, welcher Sachverhalt eigentlich verhandelt wird. Auch wird, anders als im Strafprozess, zur Verkündung des Urteils der Tenor häufig nicht öffentlich verlesen. Zwar sieht § 311 Abs. 2 Satz 1 ZPO grundsätzlich ein Verlesen der Urteilsformel vor, gem. § 311 Abs. 2 Satz 2 ZPO kann hiervon aber abgesehen werden, konkret dann, wenn zum Verkündungstermin keine der Parteien erschienen ist (§ 311 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Dies dürfte häufig, wenn es sich nicht gerade um ein sog. „Stuhlorteil“ sofort nach Schluss der mündlichen Verhandlung handelt, der Fall sein.⁴³ Das

³⁷ Zimmermann in MüKo/ZPO (Fn. 22), § 169 GVG Rn. 66.

³⁸ Krüger in MüKo/ZPO, 5. Auflage 2016, § 547 ZPO Rn. 4; BGH v. 29.3.2000 – VIII ZR 297/98, NJW 2000, 2508 ff.

³⁹ Die Berufungsbegründung muss die Möglichkeit darlegen, dass das Gericht ohne den Verfahrensverstoß zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre, was vermutet wird, wenn es sich um einen absoluten Revisionsgrund nach § 547 ZPO handelt, siehe Wulf in BeckOK/ZPO (Fn. 36), § 513 ZPO Rn. 5.

⁴⁰ Zimmermann in MüKo/ZPO (Fn. 22), § 169 GVG Rn. 65.

⁴¹ Zimmermann in MüKo/ZPO (Fn. 22), § 169 GVG Rn. 69 m.w.N; siehe etwa auch BVerfG v. 25.05.1956 – 1 BvR 53/54, BVerfGE 5, 9 (11), wonach es kein Recht auf mündliche Verhandlung gibt.

⁴² Von Selle in BeckOK/ZPO (Fn. 36), § 128 ZPO Rn. 4.

⁴³ Tubis, NJW 2010, 415 (416).

Verlesen der Urteilsformel wird in Fällen des § 311 Abs. 2 Satz 2 ZPO durch sog. „Bezugnahme“ ersetzt, was bedeutet, dass der Verkündende nur mündlich auf die schriftlich niedergelegte, als Anlage genommene Urteilsformel Bezug nimmt. Nach h.M. ist, und so verfährt die Praxis, jedoch sogar ausreichend, dass im Protokoll lediglich vermerkt wird: „anliegendes Urteil wurde verkündet“.⁴⁴ Ob der Richter im Übrigen, selbst bei Erscheinen der Parteien und daher bei regulärer Verkündung nach § 311 Abs. 2 Satz 1 ZPO, auch die Entscheidungsgründe verliest oder jedenfalls erläutert, liegt stets in seinem Ermessen (§ 311 Abs. 3 ZPO) und dürfte eher selten erfolgen.⁴⁵ Damit wird der Zuhörer, der zur Verhandlung bzw. zum Verkündungstermin erscheint, letztlich faktisch überhaupt nichts oder jedenfalls nur wenig inhaltlich Aufschlussreiches erfahren.

Darüber hinaus sieht das Zivilverfahrensrecht auch zahlreiche Fälle vor, in denen von vornherein ohne mündliche Verhandlung entschieden werden kann: Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Parteien einem solchen Vorgehen zustimmen und damit auf die Mündlichkeit des Verfahrens insgesamt verzichten (sog. schriftliches Verfahren, § 128 Abs. 2 ZPO),⁴⁶ bei Säumnis beider Parteien (§ 251a Abs. 1 ZPO) oder im Fall eines Anerkenntnisses (§ 307 Satz 2 ZPO) oder der Säumnis des Beklagten (§ 331 Abs. 3 ZPO).⁴⁷ In den ersten beiden Fällen muss das Urteil trotz nicht stattfindender mündlicher Verhandlung im Übrigen dennoch öffentlich verkündet werden (allerdings wiederum nach der Maßgabe des § 311 ZPO, d.h. im Zweifel auf für Außenstehende wenig informative Weise)⁴⁸; in den letzten beiden Fällen wird die Verkündung durch die Zustellung des Urteils ersetzt (§ 310 Abs. 3 Satz 1 ZPO). Die

⁴⁴ *Elzer* in BeckOK/ZPO (Fn. 36), § 311 ZPO Rn. 10; *Musielak* in Musielak/Voit (Fn. 34), § 311 ZPO Rn. 5; siehe auch BGH v. 12.02.2015 – IX ZR 156/14, Rn. 4 (BeckRS 2015, 4565).

⁴⁵ *Tubis*, NJW 2010, 415 (416). Umstritten ist, ob ein Verstoß gegen Art. 6 EMRK vorliegt, wenn nur der Tenor verlesen wird bzw. durch Bezugnahme nicht mal dies erfolgt, vgl. m.w.N. *Zimmermann* in MüKo/ZPO (Fn. 22), § 173 GVG Rn. 4; so zum russischen Recht EGMR v. 17.1.2008 – 14810/02, NJW 2009, 2873 ff., wonach das bloße Verlesen der Urteilsformel gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verstößt, wenn nicht auch die Gründe der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden; einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK im Falle bloßer Verlesung der Urteilsformel ablehnend *Tubis*, NJW 2010, 415 (416 f.): Anders als im Strafprozess, wo alle Schriftstücke zu verlesen seien, sei das Zivilverfahren von vornherein zum Schutz der Parteien, insbesondere zum Schutz vertraulicher Informationen, stark verschriftlicht. Dies beeinflusse auch die Art der Urteilsverkündung. Das Straf- und Zivilverfahren müssten folglich nicht automatisch gleich ausgestaltet sein.

⁴⁶ Siehe zur Fragen des schriftlichen Verfahrens in COVID-19-Zeiten, ebenso zur Möglichkeit der Bild- und Tonübertragung (in Präsenz des Spruchkörpers im Sitzungszimmer, also nicht vollständig virtuell) nach § 128a ZPO: *Rauscher*, COVuR 2020, 2 (4 ff.).

⁴⁷ Siehe mit weiteren Beispielen *Zimmermann* in MüKo/ZPO (Fn. 22), § 169 GVG Rn. 1.

⁴⁸ *Elzer* in BeckOK/ZPO (Fn. 36), § 310 ZPO Rn. 28.

Öffentlichkeit wird im Zivilprozess daher nur noch als „theoretische Funktionsausübung für eine effektive Ausübung öffentlicher Kontrolle bezeichnet.“⁴⁹

Diese in der Praxis so anzutreffenden Umstände ändern jedoch nichts daran, dass der Öffentlichkeitsgrundsatz auch für das Zivilverfahrensrecht sowohl für mündliche Verhandlungen als auch für Urteilsverkündungen, so verknapppt diese auch erfolgen mögen, respektiert werden muss. Auch wenn mit deutlich weniger Publikum zu rechnen ist als im Strafprozess, ist das Gericht an § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG und § 173 GVG gebunden, wie allein die Existenz von § 547 Nr. 5 ZPO sowie die Anerkennung eines Verstoßes gegen § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG als Berufungsgrund, inkl. Vermutung der Ursächlichkeit des Verfahrensfehlers auf die Entscheidung, zeigen; Ausnahmen vom Öffentlichkeitsgrundsatz sieht das Gesetz für den Zivilprozess nicht vor. Im Übrigen wird der Öffentlichkeitsgrundsatz herkömmlicherweise im Zivilprozess auch als nicht verzichtbar gewertet.⁵⁰ Folglich muss jede Verhandlung und jede Urteilsverkündung so ausgestaltet sein, dass der Öffentlichkeitsgrundsatz gewahrt wird, unabhängig davon, ob tatsächlich mit Zuschauern zu rechnen ist oder nicht. Wie es der BGH formulierte: „Begehrt niemand Einlaß, so müßte doch einem solchen Wunsche, würde er erkennbar, entsprochen werden können.“⁵¹

3. Das Gebot des § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG

Die Öffentlichkeit einer Verhandlung ist dann gewahrt, wenn grundsätzlich jede Person die Möglichkeit hat, von ihrer Durchführung einschließlich Zeit und Ort Kenntnis zu erlangen sowie an der Verhandlung im Rahmen der tatsächlichen Gegebenheiten auch als Zuschauer teilnehmen kann.⁵²

⁴⁹ *Zimmermann* in MüKo/ZPO (Fn. 22), § 169 GVG Rn. 1 mit Verweis auf *Bettermann*, ZP 1978, 365 (370), der die Bedeutungslosigkeit der Öffentlichkeit im Zivilverfahren hervorhebt.

⁵⁰ *Bacher* in BeckOK/ZPO (Fn. 36), § 295 ZPO Rn. 5.4, allerdings mit dem Argument umstritten, die Parteien könnten schließlich auch auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung gänzlich verzichten, siehe dort; von einer Unverzichtbarkeit ausgehend auch *Prütting* in MüKo/ZPO (Fn. 38), § 295 ZPO Rn. 16: lediglich auf den Grundsatz der Mündlichkeit könne verzichtet werden, womit dann (aber nur eben in diesen Fällen) auch ein Verzicht auf die Öffentlichkeit einhergehe; wohl von einer Verzichtbarkeit der Öffentlichkeit insgesamt („Verzichtbarkeit von Mündlichkeit und Öffentlichkeit“) ausgehend: *Huber* in Musielak/Voit (Fn. 34), § 295 ZPO Rn. 4. Betrachtet man die Vorschriften über die Öffentlichkeit als verzichtbar, bedeutet dies, dass eine Verletzung dieser Vorschriften nicht mehr gerügt werden kann, wenn nicht rechtzeitig eine Verfahrensrüge erhoben wurde, siehe § 295 Abs. 1 ZPO.

⁵¹ Wenn auch bezogen auf das Strafverfahren BGH v. 10.11.1953 – 5 StR 445/53, NJW 1954, 281 (283); siehe auch *Kulhanek*, NJW 2020, 1183 (1183).

⁵² Statt vieler *Walther* in BeckOK/GVG, 6. Ed., Stand: 1.2.2020, § 169 GVG Rn. 3; BVerfG v. 10.10.2001 – 2 BvR 1620/01, NJW 2002, 814 (814); *Kudlich*, JA 2000, 970 (971).

In der Regel wird die Möglichkeit, von der Durchführung von Gerichtsverhandlungen Kenntnis zu erlangen, durch einen Aushang im Gerichtsgebäude gewährleistet.⁵³ Die Möglichkeit der Teilnahme besteht, wenn beliebige Zuhörer, sei es auch nur in begrenzter Zahl, Zutritt zum Gerichtssaal haben.⁵⁴ Dabei muss der Zugang nur im Rahmen der zur Verfügung stehenden räumlichen Kapazitäten gewährt werden.⁵⁵ Nicht ausreichend ist allerdings eine Verhandlung im Richterzimmer, in dem nur noch Platz für einen einzigen Zuschauer ist.⁵⁶ Insbesondere dürfen dem Betreten des Sitzungssaales keine Zugangshindernisse entgegenstehen.⁵⁷

Das GVG selbst sieht Gründe vor, bei deren Vorliegen der Öffentlichkeitsgrundsatz eingeschränkt werden kann (§§ 170 ff. GVG). Darüber hinaus ist anerkannt, dass auch außerhalb dieser Regelungen der Grundsatz der Öffentlichkeit „durch gesetzlich nicht erfasste unabweisbare Bedürfnisse der Rechtspflege“ modifiziert werden kann, etwa die Notwendigkeit, durch geeignete vorbeugende Maßnahmen für eine sichere und ungestörte Durchführung der Verhandlung zu sorgen.⁵⁸ Die Entscheidung, welche Maßnahmen angemessen sind, obliegen dem die Sitzungspolizei ausübenden Vorsitzenden (§ 176 GVG), bzw., wenn die Sicherheit des gesamten Gerichtsgebäudes gefährdet ist, dem das Hausrecht ausübenden Gerichtspräsidenten.⁵⁹ Diese Maßnahmen lassen auch Einschränkungen der Öffentlichkeit zu, wenn sie sich innerhalb pflichtgemäß ausgeübten Ermessens halten.⁶⁰ Alles in allem genießt der Öffentlichkeitsgrundsatz nicht von vornherein eine höherrangige Stellung als das Sicherheitsbedürfnis der Beteiligten bzw. der ordnungsgemäße Gang der Verhandlung.⁶¹

Der Öffentlichkeitsgrundsatz findet seine Grenze, so die strafrechtliche Rechtsprechung, im Übrigen aber auch in tatsächlichen und rechtlichen Barrieren, die vom Gericht nicht überwunden werden können. Mit anderen Worten: Eine Verletzung des

⁵³ *Walther* in BeckOK/GVG (Fn. 52), § 169 GVG Rn. 4, siehe bei Rn. 6 zu Einzelheiten aus der Rechtsprechung.

⁵⁴ BGH v. 10.11.1953 – 5 StR 445/53, NJW 1954, 281 (283); *Walther* in BeckOK/GVG (Fn. 52), § 169 GVG Rn. 7.

⁵⁵ BGH v. 6.10.1976 – 3 StR 291/76, NJW 1977, 157 (157 f.); *Walther* in BeckOK/GVG (Fn. 52), § 169 GVG Rn. 7; *Gericke* in Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, § 338 StPO Rn. 85.

⁵⁶ BayObLG v. 30.11.1981 – 1 Ob OWi 331/81, NJW 1982, 395; *Walther* in BeckOK/GVG (Fn. 52), § 169 GVG Rn. 7.

⁵⁷ *Walther* in BeckOK/GVG (Fn. 52), § 169 GVG Rn. 9.

⁵⁸ BGH v. 6.10.1976 – 3 StR 291/76, NJW 1977, 157 (158): Zutritt nur für Personen, die einen Personalausweis mitführen.

⁵⁹ BGH v. 6.10.1976 – 3 StR 291/76, NJW 1977, 157 (158).

⁶⁰ BGH v. 10.4.1962 – 1 StR 22/62, NJW 1962, 1260 (1260); BGH v. 23.04.1980 – 3 StR 434/79, NJW 1981, 61 (61).

⁶¹ BGH v. 6.10.1976 – 3 StR 291/76, NJW 1977, 157 (158); siehe auch *Diemer* in Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung (Fn. 55), § 169 GVG Rn. 10.

Öffentlichkeitsgrundsatzes kommt von vornherein nicht in Betracht, wenn die in Frage stehende Barriere außerhalb des Einflussbereichs des Gerichts liegt.

So ist der Öffentlichkeitsgrundsatz etwa nicht betroffen, wenn die Eingangstür zum Gericht unbemerkt ins Schloss fällt.⁶² Auch Maßnahmen Dritter, die die Öffentlichkeit faktisch beschränken, verletzen den Öffentlichkeitsgrundsatz nur dann, wenn diese Maßnahmen vom Gericht beeinflussbar waren, es diesen also nicht entgegengewirkt hat, obwohl es hierzu die Möglichkeit hatte. Dies setzt vor allem entsprechende Kenntnis voraus. Somit stellt das irrümliche Verwehren des an sich freien Zugangs durch einen Gerichtswachtmeister keinen Verstoß gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz dar, wenn das Gericht den Vorfall nicht bemerkt hat.⁶³ Selbiges gilt für Maßnahmen anderer staatlicher Stellen, wie der Polizei: Grundsätzlich kann der Öffentlichkeitsgrundsatz zwar auch verletzt sein, wenn den Besuchern beim Besuch von Verhandlungen von staatlichen Organen Nachteile angedroht werden oder jedenfalls ein solcher Eindruck entsteht, wonach der Besuch der Verhandlung mit nachteiligen Folgen verbunden sein könnte. Eine Pflicht des Gerichts bzw. des Vorsitzenden als für die Wahrung der Öffentlichkeit Verantwortlichen, diesen Maßnahmen entgegenzuwirken, besteht aber (logischerweise) nur bei *Kenntnis* dieser Maßnahmen.⁶⁴ Revisions- bzw. Berufungsgrund ist im Umkehrschluss dazu folglich nicht schlicht die Maßnahme der Polizei, sondern die pflichtwidrige, d.h. wissentliche, Nichtabhilfe durch das Gericht.

Auch rechtliche Hindernisse, die das Gericht nicht überwinden kann, stellen keinen Verfahrensfehler dar: Findet z.B. ein Teil der Verhandlung auf dem Anwesen eines Privaten statt, findet die Öffentlichkeit ihre Grenze im Hausrecht des Eigentümers. Das Gericht (und auch kein Dritter) kann dann keine Beteiligung der Öffentlichkeit erzwingen, da einem solchen Vorgehen die Schranke des Art. 13 Abs. 1 GG im Wege steht.⁶⁵ Selbiges gilt auch, wenn die Einhaltung von z.B. gesundheitspolizeilicher Sicherheitsvorschriften der Anwesenheit nicht prozessbeteiligter Personen bei der Inaugenscheinnahme entgegensteht.⁶⁶ Auch durch

⁶² BGH v. 10.6.1966 – 4 StR 72/66, NJW 1966, 1570 (1571).

⁶³ BGH v. 18.12.1968 – 3 StR 297/68, NJW 1969, 756.

⁶⁴ BGH v. 11.7.1979 – 3 StR 165/79, NJW 1980, 249: Die Polizei hatte im Gerichtsgebäude Zuhörer während ihres Aufenthalts dort fotografiert. Eine Revision scheiterte jedoch schon daran, dass nicht ausreichend vorgetragen wurde, wie sich diese Maßnahmen beschränkend auf die Öffentlichkeit auswirkten.

⁶⁵ BGH v. 14.6.1994 – 1 StR 40/94, NJW 1994, 2773 (2773 f.); siehe auch *Gericke* in Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung (Fn. 55), § 338 StPO Rn. 87 m.w.N.

⁶⁶ BGH v. 10.6.1966 – 4 StR 72/66, NJW 1966, 1570 (1571); OLG Köln v. 28.11.1975 - Ss OWi - 259/75, NJW 1976, 637.

sonstige zu beachtende Rechtsvorschriften, wie etwa solche der StVO, sind Beschränkungen der Öffentlichkeit hinzunehmen.⁶⁷ Das Gericht kann bei entsprechenden rechtlichen Hindernissen durch Maßnahmen der Sitzungspolizei (§ 176 GVG) Zuschauer fernhalten; eines Gerichtsbeschlusses zum Ausschluss der Öffentlichkeit bedarf es nicht.⁶⁸

Der Grund, solche Umstände, die vom Gericht nicht beeinflussbar sind, sich aber dennoch beschränkend auf die Öffentlichkeit auswirken, nicht als gesetzeswidrige Verstöße des Öffentlichkeitsgrundsatzes anzusehen, besteht laut BGH darin, dass in diesen Fällen das Vertrauen der Allgemeinheit oder des Einzelnen in die Objektivität der Rechtspflege, die gerade durch die Öffentlichkeit des Verfahrens gesichert werden soll, nicht verletzt werden kann.⁶⁹ Der Grundsatz der Öffentlichkeit soll als rechtsstaatlicher Grundsatz gewährleisten, dass die Rechtsprechung nicht hinter „verschlossener Tür“ verhandelt.⁷⁰ Wenn das Gericht dies aber aufgrund von bestimmten Hindernissen tut, von denen es möglicherweise noch nicht einmal Kenntnis hat, haftet der Verhandlung bzw. der Entscheidung gerade nicht jener Makel der Geheimhaltung an, der das Vertrauen in die Unabhängigkeit der Gerichte bzw. in die Einhaltung der Grundsätze des fairen Verfahrens erschüttern könnte.

Im Einklang mit dieser Rechtsprechung findet sich insbesondere in der strafrechtlichen Literatur der Hinweis, Verstöße gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz seien nach § 338 Nr. 6 StPO (entspricht § 547 Nr. 5 ZPO) nur revisibel, wenn die Verletzung dieses Grundsatzes in den Verantwortungsbereich des Gerichtes fällt, das Gericht diese m.a.W. auch zu verschulden hat, auch wenn der Gesetzeswortlaut nur von „verletzen“ und gerade nicht von „schuldhaft verletzen“ spreche.⁷¹ Somit soll die Rüge des § 338 Nr. 6 StPO nur dann erhoben werden können, „wenn (1) eine Anordnung getroffen wurde, die die Öffentlichkeit unzulässig beschränkt oder (2) das Gericht Beschränkungen oder Hindernisse zur Verwirklichung des Öffentlichkeitsgrundsatzes kennt oder bei Beachtung der zur Wahrung der Öffentlichkeit erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können und gleichwohl diese Hindernisse nicht beseitigt bzw. ihnen nicht entgegenwirkt oder (3) wenn das Gericht seine

⁶⁷ Siehe OLG Köln v. 28.11.1975 - Ss OWi - 259/75, NJW 1976, 637 zur Durchführung einer Inaugenscheinnahme auf dem Randstreifen einer Bundesautobahn, auf dem sich nach § 18 Abs. 9 Satz 1 StVO keine Fußgänger aufhalten dürfen. Der weitere Fortgang der Hauptverhandlung darf dort allerdings nicht mehr stattfinden.

⁶⁸ BGH v. 14.6.1994 – 1 StR 40/94, NJW 1994, 2773 (2773).

⁶⁹ BGH v. 10.6.1966 – 4 StR 72/66, NJW 1966, 1570 (1571); BGH v. 18.12.1968 - 3 StR 297/68, NJW 1969, 756 (758).

⁷⁰ BGH v. 10.6.1966 – 4 StR 72/66, NJW 1966, 1570 (1571).

⁷¹ *Knauer/Kudlich* in *MüKo/StPO*, 1. Aufl. 2019, § 338 StPO Rn. 134.

Aufsichtspflicht verletzt.⁷² Eine Aufsichtspflicht kann etwa gegenüber dem Gericht untergeordneten Beamten bestehen, deren Verschulden sich das Gericht ggfs. zurechnen lassen muss.⁷³

Diese Ansicht, wonach nur zurechenbare Hindernisse einen Verstoß gegen § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG rechtfertigen, wird vereinzelt bestritten, indem eine Wortlautüberschreitung geltend gemacht wird: Es genüge nicht, dass das Gericht öffentlich verhandeln wollte, sondern es müsse faktisch auch öffentlich verhandelt haben. Die von der Rechtsprechung aufgestellte subjektive Komponente sei mit § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG unvereinbar. Überdies könne das Vertrauen der Allgemeinheit in die Objektivität der Rechtspflege unabhängig davon erschüttert werden, ob etwa eine verschlossene Gerichtstür dem Gericht zurechenbar ist oder nicht, weil ein Teilnehmer, dem so ein Zugang zum Gerichtssaal versperrt bleibt, gar nicht wissen könne, ob dies absichtlich geschehen ist oder nicht.⁷⁴ Misstrauen könnte umso mehr angebracht sein, wenn rechtliche Hindernisse einer Teilnahme der Öffentlichkeit entgegenstehen: Anders als bei einem tatsächlichen Hindernis, bei dem das Gericht nicht weiß, dass die Öffentlichkeit faktisch ausgeschlossen ist, ist dem Gericht bei einem rechtlichen Hindernis bewusst, dass keine Zuschauer anwesend sein können und werden. Es könnte sich hierdurch verleiten lassen, nun bei Gelegenheit eben doch „zu mauscheln“.⁷⁵

Diesen Einwänden ist jedoch entgegenzuhalten, dass bei einer solchen Beurteilung dem Gericht faktisch jede Handlungsfähigkeit genommen würde: Wenn jedes vom Gericht nicht zu beeinflussendes Hindernis das Urteil angreifbar machte, sei es durch Berufung, sei es durch Revision, hätte es das Gericht überhaupt nicht mehr in der Hand, bestandsfähige Urteile zu fällen. Es trüge stets das Risiko, sein Urteil wegen eines Verfahrensfehlers aufgehoben zu sehen. Außerdem ist dem Zweck des § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG Genüge getan, wenn nur denjenigen Verfahren ein Fehler angelastet wird, bei denen die Unabhängigkeit des Gerichts

⁷² *Knauer/Kudlich* in MüKo/StPO (Fn. 71), § 338 StPO Rn. 135; so im Wesentlichen auch *Gericke* in *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung* (Fn. 55), § 338 StPO Rn. 89; *Wiedner* in *BeckOK/StPO mit RiStBV und MiStra*, 36. Ed., Stand: 1.1.2020, § 338 StPO Rn. 147 f.

⁷³ *Knauer/Kudlich* in MüKo/StPO (Fn. 71), § 338 StPO Rn. 136, mit dem Beispiel, das Gericht müsse die Wachtmeister darauf hinweisen, erst zu prüfen, ob noch Hauptverhandlungen laufen, bevor diese das Gerichtsgebäude abschließen; siehe zur Aufsichtspflicht gegenüber Wachtmeistern auch BGH v. 18.12.1968 – 3 StR 297/68, NJW 1969, 756 (758).

⁷⁴ *Beck*, NJW 1966, 1976 (1976 f.).

⁷⁵ Ich danke Herrn Prof. Dr. Thomas Riehm für diesen Diskussionsbeitrag.

und die Objektivität des Verfahrens tatsächlich fraglich sind, weil sich das Gericht aus eigenem Entschluss dazu entschieden hat, ohne Öffentlichkeit zu verhandeln. Nur dann ist ein entsprechendes Misstrauen der Allgemeinheit überhaupt gerechtfertigt. Urteile auch außerhalb dieser Fälle als anfechtbar zu deklarieren, wäre sinnwidrig, da die genannten Gefahren doch gar nicht bestehen können. Schon die unwiderlegliche Vermutung von § 338 Nr. 6 StPO, wonach der Verfahrensfehler die Entscheidung beeinflusst hat, wäre insbesondere bei faktischen Hindernissen, die das Gericht nicht kennt, offensichtlich falsch, die Vorschrift aber dennoch anwendbar: Urteile wären revisibel, obwohl klar ist, dass der Verfahrensfehler mangels Kenntnis die Entscheidung gar nicht beeinflusst haben kann. Nichts anderes gilt im Übrigen für rechtliche Hindernisse: Es ginge m.E. zu weit, Gerichte dem Generalverdacht auszusetzen, dass, wenn niemand anwesend sein kann und dieser Umstand bekannt ist, die Gelegenheit zu „Mauschelei“ genutzt würde. Erstens ließe sich dieser Verdacht immer aufstellen, wenn (wie häufig) einfach gar keine Zuschauer anwesend sind, und dies ganz ohne Hindernis. Zum anderen haftet einer solchen Verhandlung nicht derselbe Makel an, der entsteht, wenn Gerichte den Verfahrensfehler selbst herbeiführen. Die Vermutung der unwiderleglichen Kausalität des § 338 Nr. 6 StPO in Fällen rechtlicher Hindernisse ginge daher zu weit. Außerdem ist fraglich, wie das Gericht in der Lage sein sollte, den Verfahrensfehler zu beheben: Das rechtliche Hindernis besteht schließlich weiter, auch nach der Revision oder Berufung. Damit entstünde, wollte man einen Verfahrensfehler bejahen, letztlich unter bedenklicher Beschränkung der richterlichen Unabhängigkeit nach Art. 97 Abs. 1 GG, ein durch die Legislative oder Exekutive aufoktroiertes Verhandlungsverbot.

Für das Zivilverfahren kann schließlich nichts anderes gelten, da auch dort bei „unverschuldetem“ Ausschluss der Öffentlichkeit keine Beeinträchtigung des öffentlichen Vertrauens zu befürchten ist. Im Übrigen wird auch nach § 547 Nr. 5 ZPO der Einfluss des Verfahrensfehlers auf die Entscheidung unwiderleglich vermutet, sodass die Annahme eines Verfahrensfehlers und damit eine Anwendung der Vorschrift, nicht anders als im Strafprozess, dann nicht gerechtfertigt ist, wenn eine solche kausale Beziehung faktisch nicht vorliegen kann bzw. es keinen Anlass gibt, von einer solchen Kausalität auszugehen. Auch sonst bestehen keine Gründe, die Voraussetzungen eines Verstoßes gegen § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG im Zivilverfahren anders zu definieren als im Strafverfahren, im Gegenteil: Weil die Öffentlichkeit im Zivilprozess von vornherein bei tatsächlicher Betrachtung eine im Vergleich zum Strafverfahren untergeordnete Rolle spielt, können im Zivilverfahren keine geringeren, d.h.

verschuldensunabhängigen Anforderungen an einen Verstoß gegen § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG gestellt werden als Strafverfahren; m.a.W. gibt es kein Bedürfnis, im Zivilverfahren bereits dort einen Verstoß auszunehmen, wo er im Strafverfahren noch abgelehnt wird. Entsprechend hat die Voraussetzung des zurechenbaren Verstoßes auch in die zivilprozessuale Literatur Einzug gefunden: So gelte etwa der Revisionsgrund des § 547 Nr. 5 ZPO nur bei Ausschließung der Öffentlichkeit mit Wissen und Wollen des Gerichts, also dann nicht, wenn eine Beschränkung ohne Anweisung und ohne Kenntnis seitens des Gerichts erfolge.⁷⁶

4. Verstoß gegen § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG durch die Corona-Schutzverordnungen

Anhand der eben aufgestellten Grundsätze stellt sich nun die Frage, ob die Corona-Schutzverordnungen bzw. deren Anwendung mit § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG in Konflikt treten.

Zunächst handelt es sich, unabhängig vom konkreten Inhalts der insgesamt 16 verschiedenen Verordnungen, um Rechtsakte der Exekutive, deren Existenz allein § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG deswegen nicht beeinträchtigen kann, weil eben nur dem Gericht zurechenbare Beschränkungen der Öffentlichkeit, und damit eben Beschränkungen *des Gerichts*, also der Judikative, hierzu in der Lage sind.

Die Frage ist folglich, ob der Ausschluss oder die Beschränkung der Öffentlichkeit einem Gericht dadurch zurechenbar wird, dass es auf der Grundlage der jeweiligen Verordnung verhandelt. Es soll für diesen Abschnitt vorausgesetzt werden, dass die Verordnungen, welche Versammlungen oder Ansammlungen (ggfs. unter Auflagen) verbieten, zwingend so zu verstehen sind, dass entweder ganz ohne Öffentlichkeit verhandelt werden muss, oder die Öffentlichkeit durch Auflagen, wie etwa durch Ausweiskontrollen oder einzuhaltende Abstände, jedenfalls beschränkt ist, sodass sich die Zahl der möglichen Zuschauer faktisch verringert (siehe zur Frage, ob eine verfassungskonforme und damit möglicherweise abweichende Auslegung möglich ist, sogleich unter IV.1).

Gegen die Annahme eines zurechenbaren Verstoßes gegen § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG spricht, dass sich diese Hindernisse entsprechend der im vorherigen Abschnitt ausgearbeiteten Kriterien dem Einflussbereich des Gerichts entziehen. Es handelt sich insofern um rechtliche

⁷⁶ Rathmann in Säger (Fn. 36), § 169 GVG Rn. 1; siehe auch Windau, Öffentlichkeit i.S.d. § 169 GVG trotz Kontaktsperren?, 24.3.2020 (<https://www.zpoblog.de/oeffentlichkeitsgrundsatz-§-169-gvg-kontaktsperren-corona/>, aufgerufen am 7.5.2020).

Hindernisse, vergleichbar der Pflicht zur Einhaltung gesundheitspolizeilicher Vorgaben oder Vorgaben der StVO bei einer Inaugenscheinnahme, die dem Gericht vorgeben, ohne Öffentlichkeit oder mit beschränkter Öffentlichkeit zu verhandeln. Die Einhaltung von Rechtsvorschriften, die nicht zur Disposition des Gerichts oder der Teilnehmer stehen, stellen keinen Verstoß gegen § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG dar.⁷⁷

Dem gegenüber wird eingewendet, ein Rückzug darauf, das rechtliche Hindernis sei vom Gericht nicht zu verschulden, greife zu kurz, da aufgrund des staatlich vorgegebenen Teilnahmeverbots von vornherein klar sei, dass niemand erscheinen werde; ein Verlust der Kontrollmöglichkeit des Volkes, die § 169 GVG aber gerade sichern wolle, sei daher nicht von der Hand zu weisen. Anders als in den Fällen, in denen ein Verfahrensabschnitt etwa wegen zwingender StVO-Vorschriften punktuell ohne Öffentlichkeit stattfindet, werde in diesen Fällen über einen längeren Zeitraum die Öffentlichkeit generell für jede Verhandlung staatlicherseits ausgeschlossen.⁷⁸

Allerdings ist wohl nicht von der Hand zu weisen – und dies nähert den hier untersuchten Fall demjenigen einer Verhandlung ohne Öffentlichkeit aufgrund zwingender Vorgaben der StVO wiederum an –, dass die Corona-Schutzverordnungen, ebensowenig wie die StVO, nicht erlassen wurden, um gezielt die Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen auszuschalten. Die Tatsache, dass ohne Öffentlichkeit verhandelt wird, ist lediglich eine Folge davon, dass

⁷⁷ Ein Verstoß liegt im Übrigen auch nicht darin, dass es sich bei den Corona-Schutzverordnungen um in der Normenhierarchie unter dem GVG stehende Rechtsvorschriften handelt (ich danke Herrn PD Dr. Daniel Effer-Uhe für diesen Diskussionsbeitrag). Dies ist keine Frage von Gesetzgebungskompetenz, das GVG beschränken zu können, sondern § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG selbst beinhaltet nach hier vertretener Auffassung den Grundsatz, dass die Öffentlichkeit nur so weit gewährt ist, wie andere Rechtsnormen als rechtliches Hindernis, unabhängig von ihrer Einordnung in der Normenhierarchie, ihr nicht entgegenstehen. Dies folgt aus der Überlegung, dass ein Verstoß gegen § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG nur sinnvoll angenommen werden kann, wenn der Richter das Hindernis hätte beseitigen können. Dies kann er aber dann nicht, wenn er rechtliche Vorgaben zu beachten hat, unabhängig davon, ob die entsprechende Regelung auf Bundes- oder Landesebene erlassen wurde, zumal der Richter insbesondere auch gar nicht die Kompetenz hat, sich über formelle Gesetze, seien sie auf Bundesebene oder auf Landesebene erlassen, hinwegzusetzen. Der (verfassungsrechtliche) Öffentlichkeitsgrundsatz ist im Übrigen auch nicht abwägungsresistent, sodass nicht einzusehen ist, weshalb etwa (verfassungskonforme) gesundheitsschützende Regelungen der Länder, für deren Erlass diese die entsprechende Kompetenz haben, von vornherein für den Richter unbeachtlich sein sollen, dass dieser die Öffentlichkeit einfach dennoch zulassen darf (und muss, um nicht der Begehung eines Verfahrensfehlers bezichtigt zu werden). Im Übrigen kommt hier hinzu, dass die Corona-Schutzverordnungen ohnehin auf einem Bundesgesetz, § 32 IfSG, beruhen.

⁷⁸ *Kulhanek*, NJW 2020, 1183 (1183, 1185 f.), sieht aber den Öffentlichkeitsgrundsatz insbesondere durch weiterhin mögliche Anwesenheit der Medien gewahrt (S. 1186 f.). Kritisch sieht dies zu Recht *Windau*, Öffentlichkeit i.S.d. § 169 GVG trotz Kontaktsperren?, 24.3.2020 (<https://www.zpoblog.de/oeffentlichkeitsgrundsatz-§-169-gvg-kontaktsperren-corona/>, aufgerufen am 7.5.2020), wonach der Öffentlichkeitsgrundsatz gerade gewährleisten soll, dass *jedermann* Zutritt zum Gerichtssaal hat, nicht lediglich die Medien.

Öffentlichkeit (vom Grundsatz her) mit einer Gruppierung von Menschen einhergeht, und dass solche Menschenansammlungen zum Schutz des Lebens der Bevölkerung in Pandemiezeiten verhindert werden sollen. Legte man das Kriterium, wonach ein Hindernis, welches den Öffentlichkeitsgrundsatz berührt, dem Gericht zurechenbar sein muss, hingegen soweit aus, dass auch bei Verhandlungen aufgrund der Corona-Schutzverordnungen die damit einhergehenden Beschränkungen vom Gericht zu „verschulden“ sind, hätte dies letztlich die vollständige Lähmung der Rechtspflege für die Geltungsdauer der entsprechenden Verordnungen zur Folge. Denn die Bejahung eines Verstoßes gegen § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG käme, wie unter III.3. bereits angedeutet, einem Verhandlungsverbot gleich: Jedes Urteil würde automatisch angreifbar, ohne dass die entsprechenden Verfahrensschritte verfahrensfehlerfrei nachgeholt werden könnten, jedenfalls so lange nicht, wie die Verordnungen Geltung beanspruchen. Eine Anweisung der Exekutive mit solch weitreichenden Konsequenzen stellte die Unabhängigkeit der Richter massiv in Frage, denn Art. 97 Abs. 1 GG verbietet jegliche Einflussnahme der Regierungen oder Verwaltungsbehörden auf die Art und Weise der Ausübung der Richtertätigkeit.⁷⁹

Die vorstehenden Ausführungen, wonach rechtliche Vorgaben keinen gesetzeswidrigen Verstoß gegen § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG darstellen, sind aber eben nur dann gültig, wenn der Richter keine Möglichkeit hat, das rechtliche Hindernis zu überwinden. Sie basieren also auf der Annahme, dass der Richter, der sich bei Ausgestaltung seiner Verhandlung auf die für ihn geltende Verordnung stützt, diese stets anwenden *muss*. Dies ist aber dann nicht der Fall, wenn die Corona-Schutzverordnungen verfassungswidrig sind: Gerichte können Verordnungen wegen Verfassungswidrigkeit unangewendet lassen.⁸⁰ Es handelt sich hier nun zwar um keine Verordnung, die unmittelbar für die inhaltliche Entscheidung eines Verfahrens relevant wäre, aber dennoch berührt sie den Kern der Tätigkeit des Richters, nämlich die Ausgestaltung eines rechtsstaatlich einwandfreien Verfahrens.⁸¹ Da der Richter für die

⁷⁹ *Morgenthaler* in BeckOK/GG (Fn. 27), Art. 97 GG Rn. 10; die richterliche Unabhängigkeit (schon) dann als gefährdet betrachtend, wenn Anweisungen und Empfehlungen hinsichtlich des Prozessablaufs vorgeschrieben werden: *Schulze-Fielitz* in Dreier/GG, 3. Aufl. 2018, Art. 97 GG Rn. 38.

⁸⁰ Siehe zur Kompetenz der Gerichte, die Verfassungsmäßigkeit von Rechtsverordnungen im Einzelfall nachzuprüfen und diese dann unangewendet zu lassen: BVerfGE 1, 184 (198, 201); siehe zur Normverwerfungskompetenz von Gerichten *Grzeszick* in Maunz/Dürig, GG, Stand: 89. EL Oktober 2019, Art. 20 GG Rn. 147; *Morgenthaler* in BeckOK/GG (Fn. 27), Art. 97 GG Rn. 7 bezogen auf Verordnungen, die sich nicht im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage halten.

⁸¹ Zumal der (Nicht-)Öffentlichkeit des Verfahrens, wie der Revisionsgrund des § 547 Nr. 5 ZPO zeigt, durchaus Einfluss für den Inhalt der Entscheidung zugesprochen wird. Vgl. auch *Schulze-Fielitz* in Dreier (Fn. 79), Art. 97 GG

Wahrung des Öffentlichkeitsgrundsatzes verantwortlich ist, spricht viel dafür, dass er auch eine Verordnung, die den Gang des Verfahrens in einem solch wesentlichen Punkt betrifft und sich als verfassungswidrig herausstellt, nicht anwenden muss (und auch nicht darf, da er sonst gegen rechtsstaatliche Grundsätze verstieße). Eine Verfassungswidrigkeit kommt dabei insbesondere bei denjenigen Verordnungen in Frage, die die Öffentlichkeit dem Wortlaut nach vollständig ausschließen.⁸² Verhandelten die Gerichte daher auf der Grundlage einer verfassungswidrigen Verordnung ohne Öffentlichkeit, werden insbesondere Besucher abgewiesen, ist den Gerichten entsprechend ein Verstoß gegen § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG vorzuwerfen.

Sofern sich die Verordnungen als mit der Verfassung vereinbar erweisen, bleibt es jedoch bei der Feststellung, dass dem Richter, der entsprechend der jeweiligen Vorgaben verhandelt, kein zurechenbarer Verstoß gegen § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG vorzuwerfen ist, er m.a.W. revisions- und berufungsfest urteilen kann.

Entsprechend stellt sich die nun zu erörternde Frage, ob die verschiedenen Corona-Schutzverordnungen verfassungskonform sind, d.h., ob sie insbesondere mit dem sich aus dem Demokratieprinzip sowie dem Rechtsstaatsprinzip ergebenden und in Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG verbürgten Öffentlichkeitsgrundsatz konform sind. Die Verordnungen basieren auf § 32 IfSG, also auf einer gesetzlichen Grundlage, sodass sie insbesondere als „allgemeine Gesetze“ i.S.d. Art. 5 Abs. 2 GG in Betracht kommen. Außer Betracht bleibt dabei die Frage, ob die rechtliche Grundlage (§ 32 IfSG) selbst verfassungskonform ist.⁸³ Dies soll für die Zwecke dieser Untersuchung unterstellt werden.

IV. Vereinbarkeit der Corona-Schutzverordnungen mit dem Öffentlichkeitsgrundsatz als Verfassungswert?

Zur folgenden Untersuchung sollen die verschiedenen Verordnungen in drei verschiedene Gruppen eingeteilt werden: die Verordnungen, die ohne jegliche Ausnahme für Gerichtsverhandlungen Versammlungen, Ansammlungen oder Zusammenkünfte verbieten

Rn. 30, wonach zum Kernbereich richterlicher Tätigkeit sämtliche das Verfahren begleitende Entscheidungen gehören.

⁸² Der Frage, ob diese Verordnungen verfassungswidrig sind, wird unter IV. 1. nachgegangen.

⁸³ S. zu dieser Frage, insbesondere im Hinblick auf die Bestimmtheit i.S.v. Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, etwa VGH München v. 30.3.2020 – 20 NE 20.632, NJW 2020, 1236; s. auch *Siegel*, NVwZ 2020, 577 ff. zur Verfassungskonformität der in Corona-Zeiten ergriffenen Maßnahmen unter Berücksichtigung der jeweiligen Rechtsgrundlagen; s. auch *Papier*, DRiZ 2020, 180 ff.

(Gruppe 1), die Verordnungen, die für Versammlungen, Ansammlungen oder Zusammenkünfte in Gerichten eine ausdrückliche Ausnahme schaffen (Gruppe 2) und schließlich die Verordnungen, die zusätzlich zu solchen ausdrücklichen Ausnahmen noch bestimmte Verhaltensregeln aufstellen (Gruppe 3).

1. Keine explizite Ausnahme vom Verbot von Versammlungen, Ansammlungen oder Zusammenkünften für solche in Gerichten (Gruppe 1)

Verordnungen der Gruppe 1 haben erlassen: Bayern, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland.

Streng am Wortlaut orientiert spricht viel dafür, dass der Besuch von Gerichtsverhandlungen ausgeschlossen und damit der Öffentlichkeitsgrundsatz, und damit auch das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG, beeinträchtigt ist. Insbesondere soweit das Verlassen der Wohnung nur aus triftigen Gründen zulässig ist, ist nicht davon auszugehen, dass sich dies auch auf den Besuch von Gerichtsverhandlungen bezieht, vor allem dann nicht, wenn als triftiger Grund beispielhaft „die Wahrnehmung dringender Termine bei Gericht“ aufgezählt wird.⁸⁴ Die Nichtberücksichtigung der Teilnahme an Gerichtsverhandlungen als bloßer Zuschauer an dieser Stelle deutet darauf hin, dass die (thematisch naheliegende) Berücksichtigung der Gerichtsöffentlichkeit bewusst unterblieben ist. Auch soweit die Verordnungen pauschal Ansammlungen verbieten, ist auch die Teilnahme von Gerichtsverhandlungen verboten, da dies im Zuschauerraum (jedenfalls theoretisch) stets mit einer Ansammlung von Menschen einhergeht. Eine Ausnahme wird man allenfalls dort machen können, wo, wie etwa in Bayern, „Versammlungen und Veranstaltungen“ verboten sind, da zweifelhaft sein kann, ob es sich beim mehr oder minder zufälligen Aufeinandertreffen von Menschen zum Zweck des Besuchs einer Verhandlung um eine Versammlung im rechtlichen Sinne⁸⁵ bzw. Veranstaltung handelt. Auch der Hinweis in § 1 Abs. 1 Satz 3 der Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung, wonach eine Ausnahme von der zuständigen Behörde erteilt werden kann, spricht dafür, dass sich dieses Verbot insbesondere auf Versammlungen nach dem VersG bezieht. Zur Frage der Saalöffentlichkeit in Bayern ist bereits

⁸⁴ So etwa auch schon zur vor Erlass der Verordnung geltenden Allgemeinverfügung in Bayern: *Kulhanek*, NJW 2020, 1183 (1184). Soweit das Verlassen des Hauses nur aus triftigen Gründen erlaubt ist, welche beispielhaft und nicht abschließend aufgezählt werden, ist nicht davon auszugehen, dass das unaufgeforderte Teilnehmen an einer Gerichtsverhandlung einen solchen darstellt, siehe *Kulhanek*, NJW 2020, 1183 (1184).

⁸⁵ Siehe zum Versammlungsbegriff, insbesondere zur Voraussetzung der Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks, *Schultze-Fielitz* in Dreier (Fn. 27), Art. 8 GG Rn. 24 ff.

eine Entscheidung des LG München II ergangen. Die Erste Jugendkammer des LG München II verfügte so am 25.3.2020 einen Sicherheitsabstand von zwei Metern für jeden Teilnehmer, sodass für die Öffentlichkeit drei Plätze verblieben.⁸⁶ Dieser Beschluss erging allerdings im Zeitraum der (vor Erlass der bayerischen Verordnung vom 27.3.2020) geltenden Allgemeinverfügung, die, im Gegensatz zur späteren Verordnung, noch kein allgemeines Versammlungsverbot vorsah, sondern lediglich das Gebot, soziale Kontakte auf ein Minimum zu reduzieren und, wenn möglich, einen Mindestabstand von 1,5 Metern einzuhalten. Dieser Beschluss enthält folglich keine Hinweise zur Auslegung der am 16.4.2020 gültigen Verordnung.

Abgesehen von dieser „bayerischen“ Ausnahme scheidet eine Relativierung der Ansammlungsverbote für Gerichtsverhandlungen durch verfassungskonforme Auslegung aber aus: Eine solche Auslegung ist nur dann möglich, wenn Wortlaut und erkennbarer gesetzgeberischer Sinn es zulassen; m.a.W. ist eine Auslegung entgegen den eindeutigen Wortlaut nicht möglich.⁸⁷ Dieser eindeutige Wortlaut steht einer entsprechenden Auslegung hier aber entgegen. Außerdem sind Anhaltspunkte dafür, dass der Ordnungsgeber trotz des eindeutigen Wortlautes für Gerichtsverhandlungen eventuell doch Ausnahmen begründen wollte (abgesehen davon, dass die Regelung dieser Frage nahegelegen hätte, wenn schon Termine bei Gericht explizit aufgenommen werden) schon deshalb nicht ersichtlich, weil andere Bundesländer diese Ausnahmen gerade bedacht haben und davon auszugehen ist, dass bei Erlass und Überarbeitung der Verordnungen insofern auch durchaus ein Blick über die eigene Landesgrenze erfolgt. Es ist also kaum davon auszugehen, die zitierten Bundesländer hätten nicht Gelegenheit oder Anlass gehabt, ihre Verordnungen zu präzisieren, wäre dies gewünscht gewesen.

⁸⁶ LG München II (1. Jugendkammer) v. 25.3.2020 – 1 JKs 28 Js 13509/19 jug (BeckRS 2020, 4902); LG München II (1. Jugendkammer) v. 27.3.2020 – 1 J Ks 28/Js 12509/19 jug (BeckRS 2020, 4900), mit dem das Gericht der Beschwerde gegen die Verfügung vom 25.3.2020 nicht abhalf (und sich im Übrigen zur Rechtfertigung nur auf die Bekanntmachung des Bayerischen Sozialministeriums für Gesundheit und Pflege und des Bayerischen Sozialministeriums für Familie, Arbeit und Soziales vom 16.3.2020, wonach für die Gastronomie ein Abstand von 1,5 Metern gefordert wurde, bezog); LG München II (1. Jugendkammer) v. 30.3.2020 – 1 JKs 28 Js 12509/19 jug (BeckRS 2020, 5190): Mit Verfügung vom 30.3.2020 wurde die Verfügung vom 25.3.2020 aufgrund eines Berechnungsfehlers der zur Verfügung stehenden Plätze nochmals korrigiert, allerdings ohne auf die nun geänderten Verhältnisse durch die Verordnung einzugehen.

⁸⁷ *Walter* in Maunz/Dürig (Fn. 80), Art. 93 GG Rn. 113; BVerfG v. 8.2.1983 – 1 BvL 20/81, BVerfGE 63, 131 (148); BVerfG v. 11.6.1980 – 1 PBvU 1/79, BVerfGE 54, 277 (299 f.).

Dass die Regelungen zur verfassungskonformen Auslegung in der Praxis allerdings ggfs. großzügiger gehandhabt werden, zeigt ein Beschluss des BVerfG⁸⁸ zu einem Versammlungsverbot der Stadt Gießen: Die Stadt Gießen hatte eine Versammlung gestützt auf § 15 Abs. 1 VersG mit der Begründung verboten, die Versammlung verstoße gegen § 1 Abs. 1 der Verordnung der Hessischen Landesregierung zur Bekämpfung des Corona-Virus vom 14. März in der Fassung der Verordnung vom 30. März 2020. Hiernach waren Aufenthalte im öffentlichen Raum nur mit Angehörigen desselben Haushalts oder höchstens einer anderen Person erlaubt. Zu den dann aufgezählten Ausnahmen gehörten Versammlungen nicht. So enthielt diese Verordnung zwar nicht wie manch andere die explizite Bestimmung „Versammlungen sind verboten“ (wie beispielsweise die Verordnungen in Bayern oder in NRW, die allerdings explizit auf die Möglichkeit von Ausnahmegenehmigungen hinweisen), dennoch stand die Beschreibung der jeweils erlaubten Verhaltensweisen der Durchführung einer Versammlung eindeutig entgegen. Das BVerfG beurteilte dies jedoch anders: Die Verordnung enthalte gerade kein generelles Versammlungsverbot unter freiem Himmel für mehr als zwei nicht dem gleichen Hausstand angehörige Personen. Gerade unter Berücksichtigung von Art. 8 Abs. 1 GG lasse § 1 der Verordnung der Versammlungsbehörde für die Ausübung des durch § 15 Abs. 1 VersG eingeräumten Ermessens einen Entscheidungsspielraum. Daher habe die Behörde der Bedeutung und Tragweite von Art. 8 Abs. 1 GG nicht Rechnung getragen, und eben zur Berücksichtigung dieses Grundrechts bestünden in § 1 der Versammlung Spielräume.⁸⁹ So verständlich der Wunsch des BVerfG zur Herbeiführung dieses Ergebnisses auch ist (sicherlich waren insbesondere die bei der Versammlung geplanten Maßnahmen zur Einhaltung von Sicherheitsabständen geeignet, dem Gesundheitsschutz Rechnung zu tragen), nach den Spielräumen für Versammlungen, von denen das BVerfG in Zusammenhang mit § 1 der Hessischen Corona-Schutzverordnungen spricht, sucht man jedoch vergebens.

Diese Entscheidung bietet einen Anhaltspunkt dafür, wie, wäre es zum Schwur gekommen, über die Auslegung dieser zugegebenermaßen unter Zeitdruck entstandenen Regelungen entschieden worden wäre: Unter dem Einfluss der Grundrechte wird der Handlungsspielraum des Einzelnen so weit wie möglich und so großzügig wie möglich abgesteckt. Es ist daher nicht auszuschließen, dass auch unter der Heranziehung des Rechtsstaatsprinzips, des

⁸⁸ BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats) v. 15.4.2020 – 1 BvR 828/20 (BeckRS 2020, 5766).

⁸⁹ BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats) v. 15.4.2020 – 1 BvR 828/20, Rn. 12 ff. (BeckRS 2020, 5766).

Demokratieprinzips und vor allem von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG der freie Zugang zu Gerichtsverhandlungen (freilich unter Einhaltung bestimmter Sicherheitsmaßnahmen) in die entsprechenden Verordnungen hineingelesen würde.

Im Ergebnis sind die Verordnungen der Gruppe 1, von Ausnahmen wie in Bayern u.U. abgesehen, m.E. verfassungswidrig, da eine generelles Verbot, an Verhandlungen teilzunehmen, unverhältnismäßig ist: Durch bestimmte Sicherheitsmaßnahmen können der Gesundheitsschutz und die Verhinderung einer weiteren Ausbreitung ausreichend gewährleistet werden, sodass gleich effektive, aber weniger einschneidende Mittel zur Verfügung stehen (siehe zu den entsprechenden Maßnahmen sogleich unter IV.2.). Hieraus folgt, dass die Gerichte die für sie geltende Verordnung, soweit sie Verhandlungen gänzlich ohne Öffentlichkeit bedingen, wegen Verfassungswidrigkeit unangewendet lassen können⁹⁰ und auch müssen. Wenden sie sie dennoch an, liegt ein ihnen zurechenbarer Verstoß gegen § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG vor.

Sind die Verordnungen verfassungswidrig, ist die Öffentlichkeit bei Gerichtsverhandlungen mangels Beschränkungen wiederum vollständig hergestellt, sodass sich die Frage stellt, welche eigenen Maßnahmen die jeweiligen Gerichte zum Schutz der Teilnehmenden zu treffen verpflichtet sind.⁹¹ Hiermit befasst sich der nächste Abschnitt.

2. Explizite Erlaubnis von Versammlungen, Ansammlungen und Zusammenkünften in Gerichten (Gruppe 2)

Zu den Bundesländern der Gruppe 2 gehören Baden-Württemberg, Berlin, Bremen, Hamburg, Hessen, Sachsen und Schleswig-Holstein. Diese Verordnungen sind so zu interpretieren, dass der Zugang zu Gerichtsverhandlungen offen bleibt, wobei keine Sicherheitsmaßnahmen angeordnet werden. Dem Öffentlichkeitsgrundsatz und dem Recht aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG trägt dies sicherlich Rechnung, allerdings nicht dem Gesundheitsschutz.

⁹⁰ Siehe zur Kompetenz der Gerichte, die Verfassungsmäßigkeit von Rechtsverordnungen im Einzelfall nachzuprüfen: BVerfG v. 20.3.1952 – 1 BvL 12/51 et al., BVerfGE 1, 184 (198, 201); siehe zur Normverwerfungskompetenz von Gerichten *Grzeszick* in Maunz/Dürig (Fn. 80), Art. 20 GG Rn. 147.

⁹¹ Siehe hierzu IV.2.

a) Pflichten des Richters als Staatsorgan

Die Corona-Schutzverordnungen werden durch weitere Vorschriften ergänzt, durch die der Gesundheitsschutz gewährleistet wird.

So ist der Richter als Staatsorgan zunächst nach Art. 1 Abs. 3 GG an die Grundrechte gebunden. Dies bedeutet, dass er nicht nur bei seiner inhaltlichen Entscheidungstätigkeit, sondern auch bei verfahrens- und organisationsrechtlichen Entscheidungen die Grundrechte berücksichtigen muss.⁹² Laut dem BVerfG tritt der Richter den Verfahrensbeteiligten formell und in unmittelbarer Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt gegenüber, was insbesondere auch für den Zivilprozess gilt.⁹³ Aber nicht nur gegenüber den Verfahrensbeteiligten tritt der Richter hoheitlich auf, sondern auch gegenüber den Zuschauern; das zeigen insbesondere die diesen gegenüber bestehenden Befugnisse des GVG, wie etwa die Ausübung der Sitzungspolizei nach § 176 Abs. 1 GVG. Auch die Sitzungspolizei, zu deren Wahrnehmung der Richter im Übrigen verpflichtet ist, ist anerkanntermaßen Teil des Kernbereichs der Ausübung richterlicher Gewalt i.S.d. Art. 20 Abs. 2 GG.⁹⁴

Hieraus folgt zweierlei: Zum einen ist der Richter als Staatsorgan dem Schutz der Grundrechte aller in der Verhandlung Anwesenden verpflichtet; dies beinhaltet auch die Pflicht zum Schutz der Gesundheit und des Lebens nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG. Zum anderen muss ihm daher das einfache Recht auch die Mittel an die Hand geben, dieser Pflicht zum Gesundheitsschutz nachzukommen. Hierfür bieten sich insbesondere die bereits erwähnten Maßnahmen der Sitzungspolizei an, die der Richter, wenn sie Maßnahmen zum Gesundheitsschutz ermöglichen, auch ergreifen muss.

b) Maßnahmen der „Sitzungspolizei“ nach § 176 Abs. 1 GVG

§ 176 Abs. 1 GVG regelt, dass die Aufrechterhaltung der Ordnung in der Sitzung dem Vorsitzenden obliegt. Die Norm dient dem Schutz der geordneten Rechtspflege, der ungehinderten Rechts- und Wahrheitsfindung sowie der Wahrung der Rechte der Verfahrensbeteiligten oder betroffener Dritter. Der Vorsitzende hat die Verpflichtung, durch

⁹² Dreier in Dreier (Fn. 27), Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 81.

⁹³ BVerfG v. 3.10.1979 – 1 BvR 726/78, BVerfGE 52, 203 (207); siehe auch Dreier in Dreier (Fn. 27), Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 81 m.w.N.

⁹⁴ BGH v. 10.4.1962 – 1 StR 22/62, NJW 1962, 1260 (1260); Zimmermann in MüKo/ZPO (Fn. 22), § 176 GVG Rn. 1; Schulze-Fielitz in Dreier (Fn. 79), Art. 97 GG Rn. 30.

entsprechende Anordnungen einen Zustand zu wahren und herzustellen, der dem Gericht und den Verfahrensbeteiligten eine störungsfreie Ausübung ihrer Funktionen ermöglicht, die Aufmerksamkeit der übrigen Anwesenden in der öffentlichen Verhandlung nicht beeinträchtigt und allgemein den ungestörten Ablauf der Dinge sichert.⁹⁵ Zur Ordnung gehört dabei, im Einklang mit den eben gewonnen Erkenntnissen, nach der Rechtsprechung auch der Schutz der Gesundheit der Verfahrensbeteiligten und Dritter. Der Zugang der Öffentlichkeit muss daher, so das LG München II, zum Schutz der Gesundheit der Verfahrensbeteiligten entsprechend gesundheitspolizeilichen Erfordernissen ausgestaltet werden.⁹⁶ Dieser Gesundheitsschutz kann letztlich als gesetzlich nicht erfasstes, unabweisbares Bedürfnis der Rechtspflege angesehen werden, zu Gunsten dessen Beschränkungen der Öffentlichkeit zulässig sind.⁹⁷

Die Befugnisse des Vorsitzenden (bzw. der Kammer⁹⁸) aus § 176 GVG sind jedoch räumlich und zeitlich begrenzt: Räumlich erfassen sie den Sitzungssaal sowie die unmittelbar angrenzenden Räumlichkeiten.⁹⁹ In zeitlicher Hinsicht erstreckt sich die Sitzungspolizei neben der eigentlichen Verhandlung selbst auch auf die Sitzungspausen sowie auf die Zeitspanne vor und nach der Verhandlung, in der mit der Sache zusammenhängende Angelegenheiten abgewickelt werden und in der Zuschauer üblicherweise den Sitzungssaal betreten oder verlassen.¹⁰⁰ Wo die sitzungspolizeiliche Zuständigkeit räumlich und zeitlich nicht begründet ist, kommt das Hausrecht des Gerichtspräsidenten zur Anwendung, wobei dieses auch auf den Vorsitzenden übertragen werden kann.¹⁰¹ Letzteres empfiehlt sich schon deshalb, um

⁹⁵ LG München II (1. Jugendkammer) v. 27.3.2020 – 1 J Kls 28/Js 12509/19 jug (BeckRS 2020, 4900); siehe auch m.w.N. *Walther* in BeckOK/GVG (Fn. 52), § 176 GVG Rn. 4.

⁹⁶ Siehe nur LG München II (1. Jugendkammer) v. 27.3.2020 – 1 J Kls 28/Js 12509/19 jug (BeckRS 2020, 4900) mit Verweis auf BGH v. 10.6.1966 – 4 StR 72/66, NJW 1966, 1570 (1571), wonach von einer gesetzeswidrigen Beschränkung der Öffentlichkeit nicht die Rede sein könne, wenn gesundheitspolizeiliche Sicherheitsvorschriften der Anwesenheit nicht prozessbeteiligter Personen bei der Augenscheinnahe entgegenstehen; so auch *Rauscher*, COVuR 2020, 2 (14 f.).

⁹⁷ Siehe oben; siehe auch *auf der Heiden*, NJW 2020, 1023 (1024); siehe auch zur Reichweite von § 176 GVG, die sogar die Entfernung von Zuschauern erfasst: *Zimmermann* in MüKo/ZPO (Fn. 22), § 169 GVG Rn. 36.

⁹⁸ Diese kann geschlossene Maßnahmen nach § 176 GVG verfügen, siehe BGH v. 27.8.2003 – 1 StR 324/03, NStZ 2004, 220 (220).

⁹⁹ *Walther* in BeckOK/GVG (Fn. 52), § 176 GVG Rn. 1 m.z.N. aus der Rechtsprechung; *Zimmermann* in MüKo/ZPO (Fn. 22), § 176 GVG Rn. 5.

¹⁰⁰ *Walther* in BeckOK/GVG (Fn. 52), § 176 GVG Rn. 1; siehe auch BVerfG v. 14.7.1994 – 1 BvR 1595/92 u. 1 BvR 1606/92, NStZ 1995, 40 (41); *Zimmermann* in MüKo/ZPO (Fn. 22), § 176 GVG Rn. 6.

¹⁰¹ *Walther* in BeckOK/GVG (Fn. 52), § 176 GVG Rn. 2; *Zimmermann* in MüKo/ZPO (Fn. 22), § 176 GVG Rn. 13.

Zuständigkeitsüberschneidungen bzw. -unsicherheiten zu verhindern.¹⁰² Insbesondere können Ausweiskontrollen Gegenstand der Ausübung des Hausrechts sein.¹⁰³

Zur Frage, welche Maßnahmen wann angemessen sind, hat der Vorsitzende (bzw. der Gerichtspräsident in seinem Zuständigkeitsbereich) einen Ermessensspielraum, was sich schon daraus ergibt, dass in § 176 Abs. 1 GVG keine Beispiele aufgeführt sind.¹⁰⁴ Im Folgenden sollen einige Maßnahmen zur Diskussion gestellt werden.

Es bietet sich zunächst an, für Abstandsregelungen zu sorgen, etwa die Zuschauerzahl so zu begrenzen, dass zwischen jedem Sitzplatz ein Abstand von 1,5 oder zwei Metern besteht.¹⁰⁵ Für die Einhaltung dieses Abstands kann ein Wachtmeister sorgen, im Zivilprozess, der – wie erwähnt – ohnehin nicht Schauplatz großer Menschenansammlungen ist, möglicherweise auch der Vorsitzende selbst. Zum Thema Saalöffentlichkeit und Abstandsregelungen hat sich, allerdings für den Fall einer Strafverhandlung, bereits der Verwaltungsgerichtshof Sachsen geäußert: Bei der Durchführung von Verhandlungen könnten verbleibende Risiken für die Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit hingenommen werden, wenn die Dauer der einzelnen Verhandlungstermine und deren Teilnehmerzahl soweit begrenzt und durch organisatorische Maßnahmen sichergestellt wird, dass eine Ansteckungsgefahr weitgehend ausgeschlossen ist.¹⁰⁶ Es seien mögliche und gebotene Infektionsschutzmaßnahmen

¹⁰² *Diemer* in *Karlsruher Kommentar zu Strafprozessordnung* (Fn. 55), § 176 GVG Rn. 5.

¹⁰³ Siehe ausführlich zum Hausrecht in Justizgebäuden *Peters/Lux*, LKV 2018, 17 (19 f.); siehe zu Einlasskontrollen zugleich. Die Diskussion um Zuständigkeitskonflikte zwischen Sitzungspolizei und Hausrecht soll in diesem Beitrag nicht aufgegriffen werden.

¹⁰⁴ BGH v. 10.4.1962 – 1 StR 22/62, NJW 1962, 1260 (1260); *Zimmermann* in *MüKo/ZPO* (Fn. 22), § 176 GVG Rn. 9, 11.

¹⁰⁵ Abstandsregelungen ebenso als zulässig erachtend *Kulhanek*, NJW 2020, 1183 (1184); *Rauscher*, COVuR 2020, 2 (14 f.).

¹⁰⁶ VerfGH Sachs v. 28.3.2020 – Vf. 39-IV-20, Rn. 10 (BeckRS 2020, 5871). Im Übrigen lässt der Verfassungsgerichtshof anklingen, dass Gesundheitsgefahren je weniger hinzunehmen sind, desto weniger dringlich die Verhandlung ist. So sei der zu entscheidende Fall keine Haftsache und auch aus anderen Gründen nicht unaufschiebbar, daher dürften anwesende Personen ungeachtet etwa möglicher und gebotener Infektionsschutzmaßnahmen und sonstiger Sicherheitsvorkehrungen den mit einer voraussichtlich ganztägigen oder mehrstündigen Verhandlung bei gleichzeitiger und teilweise wechselnder Anwesenheit zahlreicher Beteiligter (z.B. Zeugen) einhergehenden Gefahren für die Gesundheit nicht ausgesetzt werden. Es stellt sich also die Frage, ob die Gerichte aus Gründen des Gesundheitsschutzes überhaupt nur dann verhandeln dürfen, wenn die Sache dringlich und unaufschiebbar ist. Dies soll für diesen Beitrag, der sich mit der Öffentlichkeit *stattfindender* Verhandlungen befasst, dahinstehen. Siehe zur Frage der „Unverzüglichkeit“ der Terminbestimmung in COVID-19-Zeiten (§ 216 Abs. 2 ZPO): *Rauscher*, COVuR 2020, 2 (6 f.). *Rauscher* sieht die Terminierung zur Zeit der Ausgangsbeschränkung als mit der Pflicht zur Schutz der körperlichen Unversehrtheit als verfassungsrechtlich bedenklich an, siehe dort, S. 7. Wenn jedoch durch Sicherheitsmaßnahmen dem Gesundheitsschutz ausreichend Rechnung getragen werden kann, gibt es m.E. keinen Anlass, die Terminierung hinauszuschieben.

einzuhalten.¹⁰⁷ Zweifel meldete das Gericht aber hinsichtlich der geplanten Schutzmaßnahmen der Strafkammer an, die etwa einen Abstand zwischen den Sitzplätzen inklusive Einlasskontrollen mit Nachfrage nach etwaigen COVID-19-spezifischen Beschwerden sowie die Überwachung des einzuhaltenden Abstandes zwischen den Wartenden vorsahen. Zudem sollten die Anwesenden in den Sitzungspausen auf ihrem Platz verweilen oder den Saal verlassen.¹⁰⁸ Mit steigender Anzahl anwesender Personen nehme die Wirksamkeit dieser Maßnahmen nämlich ab und es steigere sich das Risiko einer möglichen Übertragung trotz Abstandsregeln. Dies sei insbesondere der Fall, wenn im Laufe der Verhandlung ein Zuschauerwechsel stattfinde; außerdem könne in den Sitzungspausen die Anzahl und Intensität der Kontaktmöglichkeiten nicht wirksam kontrolliert werden.¹⁰⁹ Welche alternativen Maßnahmen den Anforderungen des Verfassungsgerichtshofs genügen würden, bleibt allerdings unklar.¹¹⁰ Die vom Verfassungsgerichtshof Sachsen geäußerten Bedenken, solche Maßnahmen würden umso wirkungsloser, je mehr Personen anwesend sind, und würden auch dem Gesundheitsschutz bei einem ständigen Kommen und Gehen der Zuschauer nicht gerecht, können darüber hinaus nicht überzeugen. Zum einen dürfte dieses Problem im Zivilprozess aufgrund sehr geringer Zuschauerzahlen wiederum nur theoretischer Natur sein. Für die anwesenden Verfahrensbeteiligten (Anwälte, Parteien, Gericht) ist es zum anderen wohl auch möglich, in Selbstorganisation für einen entsprechend geordneten Umgang miteinander zu sorgen. Da auch Zeugen ohnehin nur nacheinander aufgerufen werden und diese allenfalls vor dem Sitzungssaal aufeinandertreffen, kann auch dort auf die Einhaltung von Abstandsregeln geachtet werden, möglicherweise unterstützt durch Wachtmeister. Selbiges gilt für Sitzungspausen. Dass sich so die Anzahl der (potentiellen) Zuhörer reduziert und damit der Öffentlichkeitsgrundsatz beeinträchtigt wird, da Plätze trotz vorhandener Kapazitäten nicht besetzt werden, ist vor dem Hintergrund des Gesundheitsschutzes hinzunehmen.

Auch allgemeine Passkontrollen und das Festhalten der Personalien in einer Liste sind zulässig. Dies sollte aber vorher angekündigt werden, da das Mitführen eines Ausweises nicht zwingend automatisch erfolgt.¹¹¹ Solche Maßnahmen hat die Rechtsprechung auch bereits in anderen

¹⁰⁷ VerFGH Sachs v. 28.3.2020 – Vf. 39-IV-20, Rn. 11 (BeckRS 2020, 5871).

¹⁰⁸ Vgl. VerFGH Sachs v. 28.3.2020 – Vf. 39-IV-20, Rn. 2 (BeckRS 2020, 5871).

¹⁰⁹ VerFGH Sachs v. 28.3.2020 – Vf. 39-IV-20, Rn. 2 (BeckRS 2020, 5871).

¹¹⁰ Kritisierend bereits Richter am Landgericht *Dr. Hannes B., M.*: VerFGH Sachs v. 28.3.2020 – Vf. 39-IV-20, Rn. 16 (BeckRS 2020, 5871).

¹¹¹ *Zimmermann* in MüKo/ZPO (Fn. 22), § 169 GVG Rn. 35.

Fällen als zulässig und mit dem Öffentlichkeitsgrundsatz vereinbar angesehen: Maßnahmen, „die den Zugang zu einer Gerichtsverhandlung nur unwesentlich erschweren und dabei eine Auswahl der Zuhörerschaft nach bestimmten persönlichen Merkmalen vermeiden, [sind] nicht ungesetzlich [...], wenn für sie ein die Sicherheit im Gerichtsgebäude berührender verständlicher Anlass besteht“.¹¹² Im hier untersuchten Zusammenhang dient die Feststellung und zeitweise Speicherung der Personalien insbesondere dem Zweck, die Anwesenden zu einem späteren Zeitpunkt wieder ausfindig machen zu können, sollte sich unter ihnen ein bestätigter Krankheitsfall befunden haben.

Im Übrigen dürfte es im Rahmen des Gesundheitsschutzes auch gerechtfertigt sein, Personen den Zutritt ganz zu verweigern, die krank oder krankheitsverdächtig sind. Um dies zu erfassen, bietet es sich an, durch Ausfüllen entsprechender Fragebögen zu erfragen, ob etwa Symptome bekannt sind oder Kontakt zu kranken Menschen bestand. Dies führt zwar, anders als die bloße Ausweiskontrolle, zum Ausschluss einzelner Personen und erschwert den Zugang nicht lediglich „unwesentlich“; zudem hat die Rechtsprechung Kontrollen vor allem dann als gesetzmäßig beschrieben, wenn sie nicht mit einer Auswahl der Zuhörerschaft nach bestimmten persönlichen Merkmalen einhergehen. Gegen diese Grundsätze verstößt das hier vorgeschlagene Modell zunächst. Allerdings muss der Ausschluss einzelner Personen auch auf der Grundlage persönlicher Merkmale möglich sein, wenn dies begründet ist: Zum einen bezieht sich die entsprechende Aussage der zitierten Urteile wohl schon auf ganz anders gelagerte Fälle. So darf der Vorsitzende oder der das Hausrecht ausübende Gerichtspräsident Menschen natürlich nicht aufgrund bestimmter äußerlicher Merkmale etwa als „Kriminelle“ oder „Störenfriede“ einstufen und ihnen aus diesem Grund den Zutritt verweigern.¹¹³ Zum anderen ist eben der Schutz der anderen anwesenden Menschen nicht mehr allein durch Abstandsregelungen gewährleistet, würde ein mit einer potentiell tödlichen Krankheit ansteckender Mensch zugelassen. So kann es immer passieren, dass an einem „Engpass“ ein solcher Abstand für kurze Zeit, und sei es nur aus Unaufmerksamkeit, nicht

¹¹² BGH v. 6.10.1976 – 3 StR 291/76, NJW 1977, 157 (158) im Zusammenhang mit der Gefahr einer Geiselnahme; BVerfG v. 14.3.2012 – 2 BvR 2405/11, NJW 2012, 1863 (1863 f.); siehe auch OVG Berlin-Brandenburg v. 26.3.2010 – 3 N 33/10, NJW 2010, 1620 (1621).

¹¹³ Siehe aber den etwas anders gelagerten Fall BVerfG v. 14.3.2012 – 2 BvR 2405/11, NJW 2012, 1863 (1864) im Falle eines Verbots des Tragens von Motorradwesten der Hells Angels im Justizgebäude: Der Zugang wurde denjenigen verweigert, die entsprechende Westen trugen. Dies war insofern mit dem Öffentlichkeitsgrundsatz vereinbar, als die Teilnehmer dieser Anordnung ohne Weiteres nachkommen konnten, sodass die Verfügung des Gerichtspräsidenten nur sehr geringfügige Auswirkungen hatte.

eingehalten wird. Zudem kann eine Ansteckung auch über das Berühren von Türgriffen oder ähnlichem erfolgen, was auch durch Abstandsregelungen nicht verhindert werden kann. Eine entsprechende Zurückweisung kranker oder krankheitsverdächtiger Menschen ist folglich unter Zurückdrängung des Öffentlichkeitsgrundsatzes möglich und im Übrigen, da sachlich begründet, auch nicht wegen Verstoßes gegen das Willkürverbot nach Art. 3 Abs. 1 GG unzulässig.¹¹⁴ Auch diese Wertung ist letztlich eine konsequente Anwendung des Grundsatzes, dass der Öffentlichkeitsgrundsatz durch unabweisbare Bedürfnisse der Rechtspflege eingeschränkt werden kann.

Die Frage ist, ob auch eine Mundschutzpflicht verfügt werden kann. Dies ist deshalb fraglich, weil § 176 Abs. 2 Satz 1 GVG vorsieht, dass an der Verhandlung beteiligte Personen ihr Gesicht während der Sitzung weder ganz noch teilweise verhüllen dürfen. Satz 2 bestimmt, dass der Vorsitzende Ausnahmen gestatten kann, wenn und soweit die Kenntlichmachung des Gesichts weder zur Identitätsfeststellung noch zur Beweiswürdigung notwendig ist.

Dabei gilt zunächst, dass das Gesichtsverhüllungsverbot bei Zuschauern von vornherein nicht keine Anwendung findet, sondern nur bei den an der Verhandlung beteiligten Personen.¹¹⁵ Für diese gilt das Verbot jedoch unabhängig etwaiger Gründe,¹¹⁶ im Übrigen auch für medizinische Masken.¹¹⁷ Hintergrund des Verbots ist die Wahrung der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege: Insbesondere soll im Rahmen der Beweiswürdigung, also bei einer Zeugenvernehmung, der Gesichtsausdruck eines Menschen berücksichtigt werden können, der doch für die Frage, ob die Aussage glaubhaft ist, eine erhebliche Rolle spielt.¹¹⁸ Wenn aber die Grundrechte desjenigen, der sich verhüllt, überwiegen, muss der Vorsitzende dies gestatten.¹¹⁹ § 176 Abs. 2 GVG betrifft also zunächst den Fall, dass Teilnehmer eine Gesichtsverdeckung tragen wollen. Hier liegt aber der umgekehrte Fall vor: Der Vorsitzende will eine solche Maßnahme erzwingen. Dabei gilt zum einen, dass eine solche Anordnung, nur mit Maske an der Sitzung teilzunehmen bzw. das Gerichtsgebäude zu betreten, gegenüber

¹¹⁴ So auch *Kulhanek*, NJW 2020, 1183 (1184); vgl. auch *Rathmann* in Säger (Fn. 36), § 169 GVG Rn. 2, wonach eine Abweisung einzelner Personen (nur) aus sachfremden Erwägungen unzulässig ist.

¹¹⁵ BT-Drs. 19/14747, 43.

¹¹⁶ *Walther* in BeckOK/GVG (Fn. 52), § 176 GVG Rn. 18.

¹¹⁷ *auf der Heiden*, NJW 2020, 1023 (1024).

¹¹⁸ *Walther* in BeckOK/GVG (Fn. 52), § 176 GVG Rn. 20.

¹¹⁹ *Walther* in BeckOK/GVG (Fn. 52), § 176 GVG Rn. 20a mit Verweis auf § 68 Abs. 3 Satz 3 StPO, der nun ausdrücklich vorsieht, dass zum Zeugenschutz eine Gesichtsverhüllung zulässig ist.

Zuschauern von vornherein nicht mit Sinn und Zweck des § 176 Abs. 2 Satz 1 GVG in Konflikt tritt und daher sowieso als erlaubte Maßnahme nach § 176 Abs. 1 GVG in Betracht kommt.

Aber auch für die Verfahrensbeteiligte gilt im Übrigen nichts anderes: Durch § 176 Abs. 2 Satz 2 GVG wird deutlich, dass die Grundrechte der Verfahrensbeteiligten das Verhüllungsverbot relativieren können. Wenn feststeht, dass das Tragen einer Maske dem Gesundheitsschutz förderlich ist, kann nicht die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege von vornherein als wichtiger eingestuft werden, zumal der Richter zum Schutz der Grundrechte der Anwesenden verpflichtet ist. Dies gilt insbesondere, wenn Beeinträchtigungen derselben dadurch verhindert werden können, dass bei Zeugenvernehmungen kurzfristig das Abnehmen des Mundschutzes angeordnet wird, insbesondere wenn dabei Abstandsregelungen eingehalten werden.¹²⁰

c) Vollständiger Ausschluss der Öffentlichkeit

Ein vollständiger Ausschluss der Öffentlichkeit nach § 172 Nr. 1 oder Nr. 1a GVG kommt als Alternative zu den eben beschriebenen Maßnahmen im Übrigen nicht in Betracht. Dabei ist zum einen schon fraglich, ob diese Vorschriften im Falle des Gesundheitsschutzes überhaupt eingreifen: So setzt § 172 Nr. 1 GVG eine Gefährdung der Staatssicherheit, der öffentlichen Ordnung oder der Sittlichkeit und § 172 Nr. 1a GVG eine Gefährdung des Lebens, des Leibes oder der Freiheit eines Zeugen oder einer anderen Person voraus. Eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung ist zu besorgen, wenn durch Störungen die ordnungsgemäße Durchführung der Hauptverhandlung beeinträchtigt wird oder dies ernsthaft zu befürchten ist.¹²¹ Hierunter fallen nur erhebliche, von Menschen verursachte Störungen. Hierzu auch die Teilnahme von Menschen in Pandemiezeiten zu fassen, ginge wohl etwas weit.¹²² Eine Gefahr für Leib und Leben Anwesender nach § 172 Nr. 1a GVG ist zwar sicher nicht ausgeschlossen, sodass, will man die Vorschrift nicht auf den Schutz von Zeugen und Verfahrensbeteiligten,

¹²⁰ Zweifelnd *auf der Heiden*, NJW 2020, 1023 (1024), wonach die Anordnung einer generellen Maskenpflicht „reichlich überzogen“ sei, mit dem Verweis auf die Empfehlungen des Robert-Koch-Instituts, das zum damaligen Zeitpunkt eine generelle Maskenpflicht auch noch nicht für den öffentlichen Verkehr angeraten hatte. Vielmehr könne, wenn ein Zeuge oder Beteiligter krank oder krankheitsverdächtig ist, die Einhaltung von Sicherheitsabständen ausreichend sein. Inzwischen existieren jedoch bereits anderslautende Empfehlungen, insbesondere haben zahlreiche Bundesländer nun schon eine Maskenpflicht etwa in Supermärkten bzw. im öffentlichen Nahverkehr angeordnet. Siehe zu den Empfehlungen des Robert-Koch-Instituts (Stand: 18.4.2020): https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/NCOV2019/FAQ_Mund_Nasen_Schutz.html (aufgerufen am 22.4.2020); eine Maskenpflicht als zulässig erachtend auch *Rauscher*, COVuR 2020, 2 (14 f.).

¹²¹ *Walther* in BeckOK/GVG (Fn. 52), § 172 GVG Rn. 2.

¹²² *auf der Heiden*, NJW 2020, 1023 (1024), jedenfalls bezogen auf krankheitsverdächtige Menschen.

denen durch bestimmte Aussagen Gefahren von dritter Seite drohen, beschränken,¹²³ eine Anwendung dieses Ausschlussgrundes dem Wortlaut nach gegeben ist. Die Vorschriften über den Ausschluss der Öffentlichkeit müssen aber ohnehin aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zurücktreten, dem entsprechend der Ausschluss der Öffentlichkeit stets das letzte Mittel ist: Maßnahmen nach § 176 Abs. 1 GVG, die nicht die Entfernung aller Zuschauer bedingen, sind vorzuziehen.¹²⁴

d) Alternative Maßnahmen

Alternativ ist zu überlegen, ob die Gerichte durch Veröffentlichung der Prozessakten und des Urteils dem Öffentlichkeitsgrundsatz genügen würden. So müsste sich gar kein Zuschauer mehr im Gerichtssaal aufhalten.

Einer solchen Vorgehensweise steht die ZPO jedoch entgegen. Das Recht zur Einsichtnahme in die Akten bzw. zur Erteilung von Abschriften steht gem. § 299 Abs. 1 ZPO grundsätzlich nur den Parteien zu. Lediglich bei Glaubhaftmachung eines rechtlichen Interesses erhalten Dritte ohne Einwilligung der Parteien Einsicht, § 299 Abs. 2 ZPO.¹²⁵ Auch eine Pflicht zur Veröffentlichung von Urteilen besteht nicht. Eine solche Veröffentlichung erfolgt zudem auch nur in anonymisierter Form, sodass fraglich ist, ob dabei eine effektive, d.h. auf den Fall bezogene und konkrete Kontrolle der Rechtsprechung überhaupt möglich ist.¹²⁶ Hinzu kommt, dass bei Veröffentlichung des Urteils das Verfahren bereits beendet ist. Wie es zur Entscheidung gekommen ist, bleibt der Öffentlichkeit damit vollständig verborgen, sodass von Kontrolle und Transparenz schon aus diesem Grund nicht mehr gesprochen werden kann.

Auch eine Film- oder Tonübertragung von Gerichtsverhandlungen als Ersatz einer Öffentlichkeit vor Ort scheidet nach geltendem Recht aus. § 169 Abs. 1 Satz 2 GVG verbietet Film- und Tonaufnahmen und deren Übertragung grundsätzlich und wurde als verfassungskonform bewertet.¹²⁷ Abs. 2 macht vom grundsätzlichen Verbot solcher

¹²³ *Kulhanek*, NJW 2020, 1183 (1185) m.w.N.; *Rauscher*, COVuR 2020, 2 (15).

¹²⁴ *Zimmermann* in MüKo/ZPO (Fn. 22), § 172 GVG Rn. 3; *Walther* in BeckOK/GVG (Fn. 52), § 172 GVG Rn. 2; so im Ergebnis auch *auf der Heiden*, NJW 2020, 1023 (1024); *Rauscher*, COVuR 2020, 2 (15); zu einem Ausschluss bzw. der Möglichkeit einer Verhandlung faktisch ohne Öffentlichkeit, wenn die Voraussetzungen des § 172 Nr. 1a GVG gegeben sind, tendiert *Windau*, Öffentlichkeit i.S.d. § 169 GVG trotz Kontaktsperren?, 24.3.2020 (<https://www.zpoblog.de/oeffentlichkeitsgrundsatz-§-169-gvg-kontaktsperren-corona/>, aufgerufen am 7.5.2020).

¹²⁵ *Tubis*, NJW 2010, 415 (416).

¹²⁶ *Tubis*, NJW 2010, 415 (416).

¹²⁷ BVerfG v. 24.1.2001 – 1 BvR 2623/95, NJW 2001, 1633 (1635 ff.).

Übertragungen beschränkte Ausnahmen, etwa „zu wissenschaftlichen und historischen Zwecken [...], wenn es sich um ein Verfahren von herausragender zeitgeschichtlicher Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland handelt“ (Satz 1); ebenso Abs. 3 „für die Verkündung von Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in besonderen Fällen“ (Satz 1). Dass diese Voraussetzungen beim gewöhnlichen Zivilverfahren nicht gegeben sind, liegt auf der Hand. Weitere Ausnahmen zu § 169 Abs. 1 Satz 2 GVG sind im Übrigen nicht möglich, da die gesetzlichen Ausnahmefälle abschließend sind. Eine noch weitergehende mediale Öffnung wird gar als verfassungsrechtlich bedenklich gewertet.¹²⁸

3. Explizite Erlaubnis von Versammlungen, Ansammlungen und Zusammenkünften in Gerichten inkl. Verhaltensregeln (Gruppe 3)

Zu den Bundesländern der Gruppe 3 gehören Sachsen-Anhalt, Thüringen und Niedersachsen.

Die Rechtsverordnungen dieser Bundesländer geben bestimmte Verhaltensregeln vor, für deren Umsetzung der Richter durch entsprechende Maßnahmen nach § 176 Abs. 1 GVG sorgt. Die in diesen Rechtsverordnungen vorgesehenen Maßnahmen entsprechen im Wesentlichen den eben dargestellten und sind daher verhältnismäßig und verfassungskonform.

Zudem dürfte zulässig sein, auch weitergehende, in den Verordnungen nicht vorgesehene Maßnahmen zu erlassen, wie etwa die Pflicht zum Tragen von Schutzmasken.

Etwas missverständlich mutet dabei die Regelung in Niedersachsen¹²⁹ an, wonach nur unter Einhaltung der allgemeinen Voraussetzungen, die im öffentlichen Raum gelten, (Mindestabstand 1,5 Meter in der Öffentlichkeit, Ansammlungen und Zusammenkünften im öffentlichen Raum sind auf zwei Personen beschränkt) der Besuch von Gerichten zulässig ist. Dies liest sich so, als seien pro Verhandlung nur zwei Personen zugelassen. Wenn allerdings ein Mindestabstand von 1,5 Metern auch bei Anwesenheit mehrerer Personen möglich ist, gibt es keinen Grund, nicht auch mehrere Personen zu den Verhandlungen zuzulassen. Die entsprechenden Vorschriften sind insofern teleologisch zu reduzieren.

¹²⁸ *Windau*, Öffentlichkeit i.S.d. § 169 GVG trotz Kontaktsperren?, 24.3.2020 (<https://www.zpoblog.de/oeffentlichkeitsgrundsatz-§-169-gvg-kontaktsperren-corona/>, aufgerufen am 7.5.2020); *Walther* in BeckOK/GVG (Fn. 52), § 169 GVG Rn. 18; gegen eine Lockerung der Vorschriften angesichts der COVID-19-Pandemie: *Rauscher*, COVuR 2020, 2 (14).

¹²⁹ §§ 2, 3 Nr. 15 Niedersächsische Verordnung zur Beschränkung sozialer Kontakte anlässlich der Corona-Pandemie vom 7.4.2020.

V. Fazit

Der Öffentlichkeitsgrundsatz ist im Zivilprozess von insofern von geringer Bedeutung, als mit Öffentlichkeit in der Regel nicht zu rechnen ist; nichtsdestoweniger sind die Vorgaben der §§ 169 ff. GVG zu beachten. Ausnahmen für den Zivilprozess sind, wenn nicht schon von vornherein kein mündliches Verfahren stattfindet, nicht vorgesehen.

Der Öffentlichkeitsgrundsatz gilt dabei aber nicht unbegrenzt. Er findet seine Grenze in den §§ 172 ff. GVG sowie in „gesetzlich nicht erfassten unabweisbaren Gründen der Rechtspflege“. Darüber hinaus ist der Öffentlichkeitsgrundsatz von vornherein nicht berührt, wenn ihm tatsächliche oder rechtliche Hindernisse im Weg stehen, die vom Gericht nicht überwunden werden können und die ihm daher nicht zuzurechnen sind. Die Vorgaben der Corona-Schutzverordnungen, die im Extremfall sogar öffentliche Gerichtsverhandlungen vollständig verbieten, stellen solche rechtlichen Vorgaben dar, die der Richter zunächst beachten muss und die sich seiner Disposition entziehen. Sofern sie aber eben jenen Extremfall vorsehen (Verordnungen der Gruppe 1), sind sie m.E. als verfassungswidrig einzustufen und vom Richter, der verfassungswidrige Verordnungen nicht anwenden darf, unangewendet zu lassen. Verhandelt der Richter folglich auf der Grundlage einer solchen Verordnung ohne Öffentlichkeit, ist ihm ein Verstoß gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz zuzurechnen, da er von seiner Möglichkeit, verfassungswidrige Rechtsverordnungen nicht anzuwenden, keinen Gebrauch gemacht hat. Eine verfassungskonforme Auslegung ist aufgrund des eindeutigen Wortlauts der Verordnungen m.E. nicht möglich.

Ist die Öffentlichkeit daher vollumfänglich zugelassen, wie es auch in den Bundesländern der Fall ist, die die Teilnahme an Gerichtsverhandlungen von vornherein uneingeschränkt erlauben (Gruppe 2), ist der Richter als Staatsorgan selbst verpflichtet, für einen angemessenen Gesundheitsschutz aller Anwesenden zu sorgen. Hierfür stehen ihm die Maßnahmen der Sitzungspolizei nach § 176 Abs. 1 GVG zur Verfügung; insbesondere kann er Einlasskontrollen und Abstandsregelungen verfügen und solche Zuschauer, die COVID-19-Symptome zeigen oder Kontakt mit infizierten Menschen hatten, ausschließen. Ebenso kann er eine Maskenpflicht anordnen. An der Umsetzbarkeit dieser Regelungen sind insbesondere im Zivilprozess keine Bedenken anzumelden, da sich dort in der Regel ohnehin kaum Zuschauer zu erwarten sind. Aufgrund der Existenz des § 176 Abs. 1 GVG, zu dessen Ausübung der Richter im Übrigen verpflichtet ist, sind die Verordnungen der Gruppe 2, obwohl sie selbst dem Gesundheitsschutz nicht Rechnung tragen, verfassungskonform.

Die Verordnungen der Länder der Gruppe 3, die entsprechende Maßnahmen selbst vorsehen und im Falle ihrer Unzulänglichkeit ebenso durch § 176 Abs. 1 GVG flankiert werden, sind entsprechend ebenso verfassungskonform.

Die Corona-Schutzverordnungen sind im Ergebnis nur dann mit dem Öffentlichkeitsgrundsatz unvereinbar, sofern sie ausnahmslos Versammlungen oder Ansammlungen verbieten und damit notwendigerweise auch öffentliche Gerichtsverhandlungen erfassen. Da sie aufgrund ihrer Verfassungswidrigkeit aber unangewendet bleiben müssen, ergibt sich in allen Bundesländern eine im Ergebnis recht einheitliche Rechtslage: Verhandlungen bleiben öffentlich und sind lediglich durch bestimmte Schutzvorkehrungen beschränkt, deren genaue Ausgestaltung im Ermessen des Gerichts liegt, zu deren grundsätzlicher Ergreifung es jedoch verpflichtet ist.