

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

## **Der Ausschluss der Öffentlichkeit in Strafverfahren zu Pandemiezeiten – Braucht das GVG einen weiteren Ausschlussgrund (§§ 171a ff. GVG)?**

*Sina Aaron Moslehi, Hamburg\**

### **Inhalt**

I. Einleitung.....	2
II. (Mittelbarer) Ausschluss der Öffentlichkeit durch Allgemeinverfügungen .....	2
III. (Unmittelbarer) Ausschluss der Öffentlichkeit mit Mitteln des Gerichtsverfassungsgesetzes .....	4
1. Rechtliches Bedürfnis.....	4
2. Der Öffentlichkeitsgrundsatz im Strafverfahren .....	5
3. Der Ausschluss der Öffentlichkeit zum Schutze der Gesundheit .....	6
a) § 172 Nr. 1 Var. 2 GVG .....	6
b) § 172 Nr. 1a GVG .....	7
c) Gesetzlich nicht erfasste Bedürfnisse der Rechtspflege .....	8
d) Zwischenergebnis.....	9
IV. Ein neuer Ausschlussgrund.....	9
1. Differenzierung .....	9
2. Zu berücksichtigende Aspekte .....	10
a) Bestehen einer Pandemie.....	10
b) Vorrang der sitzungspolizeilichen Anordnung.....	10
c) Vorrang der baldigen Öffentlichkeit.....	10
d) Begründungspflicht des Gerichts .....	11
3. Der Ausschluss der Öffentlichkeit als praktische Regel.....	12
4. Zwischenergebnis .....	12
V. Zusammenfassung.....	12

*Dieser Beitrag nimmt die COVID-19-Pandemie zum Anlass, sich der daraus ergebenden Thematiken rund um den Öffentlichkeitsgrundsatz in Strafverfahren anzunehmen. Zunächst wird die Frage aufgeworfen, ob durch die Allgemeinverfügungen der Länder ein mittelbarer Ausschluss der Öffentlichkeit erfolgt. Anschließend wird dargelegt, dass ein rechtliches Bedürfnis nach einer Regelung besteht, die einen Ausschluss der Öffentlichkeit zu Pandemiezeiten ermöglicht; es wird sodann ausgeführt, dass mit den derzeitigen Normen des Gerichtsverfassungsgesetzes ein solcher Ausschluss nicht erfolgen kann. Vor diesem Hintergrund geht der Beitrag schließlich auf die Frage ein, welche Aspekte bei der Schaffung eines neuen Ausschlussgrundes im Gefüge der §§ 171a ff. GVG zu berücksichtigen wären.*

---

\* Der Autor ist Rechtsreferendar im Bezirk des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts, wissenschaftlicher Mitarbeiter der Rechtsanwaltskanzlei Dr. Strate und Ventzke in Hamburg sowie Chefredakteur der Fachzeitschrift „Hamburger Rechtsnotizen“. Dieser Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Autor im Zuge der GVRZ-Online-Tagung „Das Verfahrensrecht in den Zeiten der Pandemie“ am 2.5.2020 gehalten hat.

## I. Einleitung

Im Zuge der – damals noch bevorstehenden – Einführung des § 10 EGStPO äußerte sich das Bundesjustizministerium zur Frage nach dem in § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG verbrieften Öffentlichkeitsgrundsatz dergestalt, dass eine Änderung nicht geplant und ein genereller Ausschluss der Öffentlichkeit bei strafgerichtlichen Hauptverhandlungen nicht möglich sei.<sup>1</sup>

Dies scheint auf den ersten Blick einzuleuchten, wirft allerdings naheliegende Fragen auf, auf die es sich – vor allem vor dem Hintergrund der besonderen Bedeutung des Öffentlichkeitsgrundsatzes in Strafverfahren – einen Blick zu werfen lohnt.

Führt womöglich schon das Fernbleiben der Öffentlichkeit aufgrund von Allgemeinverfügungen zur Eindämmung der COVID-19-Pandemie<sup>2</sup> zu einem ungesetzlichen Ausschluss der Öffentlichkeit (II)? Kann das Gericht mit den derzeitigen Normen des Gerichtsverfassungsgesetzes zum Zwecke des Gesundheitsschutzes die Öffentlichkeit zu Pandemiezeiten ausschließen (III)? Welche Aspekte wären bei der Schaffung eines neuen Ausschlussgrundes zu berücksichtigen (IV)?

## II. (Mittelbarer) Ausschluss der Öffentlichkeit durch Allgemeinverfügungen

Die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung setzt voraus, dass grundsätzlich jede Person die Möglichkeit hat, von ihrer Durchführung Kenntnis zu erlangen sowie an dieser als Zuhörer teilzunehmen.<sup>3</sup>

Die Allgemeinverfügungen der Länder, welche sich in Einzelheiten unterscheiden, aber im Wesentlichen die gleichen Gebote und Verbote zur Eindämmung der COVID-19-Pandemie regeln, könnten dazu führen, dass bei potentiellen Zuschauern von Gerichtsverhandlungen ein sogenannter „chilling effect“ hervorgerufen wird. In concreto könnte ein Teil der Gerichtsöffentlichkeit Verhandlungen fernbleiben, weil er Sorge vor polizeilicher oder ordnungsbehördlicher Kontrolle hat. Dies gilt umso mehr, wenn das Verlassen des Wohnsitzes bußgeld- oder gar strafbewehrt ist; etwa dann, wenn die jeweilige Allgemeinverfügung keine explizite Ausnahme für den Besuch von Gerichtsverhandlungen vorsieht.<sup>4</sup>

Einen sich eigens auferlegten Verzicht des Bürgers aus bloßer Sorge vor polizeilicher oder ordnungsbehördlicher Kontrolle wird man nicht als eine Einschränkung der Öffentlichkeit ansehen

---

<sup>1</sup> Kaufmann, Legal Tribune Online (LTO.de) v. 18.3.2020, [https://www.lto.de/persistent/a\\_id/40919/](https://www.lto.de/persistent/a_id/40919/) (Abruf: 25.4.2020).

<sup>2</sup> In diesem Beitrag wird – aufgrund der einfacheren Lesbarkeit – ausschließlich das Wort „Pandemie“ verwendet. Epidemien sind überall dort mitgemeint, wo keine Bezugnahme auf die COVID-19-Pandemie erfolgt.

<sup>3</sup> Graf in BeckOK GVG, 6. Edition (Stand: 1.2.2020), § 169 GVG Rz. 3.

<sup>4</sup> Zu alldem vgl. Windau, zpoblog.de v. 24.3.2020, <https://www.zpoblog.de/oeffentlichkeitsgrundsatz-§-169-gvg-kontaktsperrn-corona/> (Abruf: 24.4.2020).

können. Zuzugeben ist, dass die betroffene Person als potentieller Teil der Gerichtsöffentlichkeit gerade infolge der – möglichen – staatlichen Kontrolle zur Einhaltung der Allgemeinverfügungen fernbleibt. Ein solches Verständnis von einer Einschränkung ist jedoch viel zu weit gefasst, zumal sie in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit den staatlichen Verfügungen steht, sondern vielmehr eine psychologische Hemmschwelle des jeweiligen potentiellen Prozesszuschauers darstellt. Zwar kann eine solche Barriere infolge staatlicher Androhung von Nachteilen die Öffentlichkeit beeinträchtigen, allerdings muss für den unbefangenen Interessenten der Eindruck einer realen Gefahr in Hinblick auf konkrete Nachteile entstehen.<sup>5</sup> Bei einer bloßen Selbstbeschränkung fehlt es bereits an einer staatlichen Androhung von Nachteilen, etwa einer strafrechtlichen Sanktion oder eines Bußgeldes. Möchte man darauf abheben, dass eine explizite Androhung gar nicht erforderlich ist, sondern die bloße Wahrscheinlichkeit der – für den Bürger möglicherweise als unangenehm empfundenen – polizeilichen oder ordnungsbehördlichen Kontrolle genügt, so ist zu konstatieren, dass es an einer realen Gefahr in Hinblick auf einen konkreten Nachteil mangelt. Keineswegs jede möglicherweise als psychologische Hemmschwelle wirkende Maßnahme kommt einer Verwehrung des Zutritts zur Hauptverhandlung gleich.<sup>6</sup>

Anders dürfte es jedoch liegen, wenn die jeweilige Allgemeinverfügung keine explizite Ausnahme vorsieht, die den Besuch von Gerichtsverhandlungen als Teil der Öffentlichkeit gestattet. In einer solchen Konstellation ist die Gefahr der Sanktion für die betroffene Person deutlich näher. Dann ist der Verzicht, als Teil der Öffentlichkeit einer Gerichtsverhandlung beizuwohnen, nicht mehr selbst auferlegt, sondern von staatlicher Seite vorgeschrieben. Zu Recht darf man in einem solchen Fall von einer Einschränkung der Öffentlichkeit ausgehen.

Im Zuge der Revision (§§ 338 Nr. 6 StPO, 169 Satz 1 GVG) ist jedoch fraglich, ob die von der Exekutive erlassenen Allgemeinverfügungen, welche zur Einschränkung der Öffentlichkeit führen, vom erkennenden Gericht zu vertreten sind. Dies ist dann der Fall, wenn das Gericht bei Anwendung der der Bedeutung des Grundsatzes angemessenen Sorgfalt und Umsicht die Einschränkung bemerken und Abhilfe schaffen konnte.<sup>7</sup>

Das Gericht kann angesichts einer Allgemeinverfügung wie in Zeiten der COVID-19-Pandemie nur schwerlich Abhilfe schaffen. Infrage käme allenfalls, den jeweiligen Hauptverhandlungstermin zu verlegen. Betrifft die Allgemeinverfügung einen längeren Zeitraum und ist die Öffentlichkeit deshalb weiterhin eingeschränkt, wird sich das Gericht wohl nur mit einer Unterbrechung, später mit einer Aussetzung, behelfen können.

---

<sup>5</sup> BGH v. 11.7.1979 – 3 StR 165/79, NJW 1980, 249.

<sup>6</sup> BGH v. 11.7.1979 – 3 StR 165/79, NJW 1980, 249 (249 f.).

<sup>7</sup> Diemer in KK-StPO, 8. Aufl. 2019, § 169 GVG Rz. 20; Kissel/Mayer, 8. Aufl. 2015, § 169 GVG Rz. 56, jeweils m.w.N.

Ganz unabhängig von diesen – hier nicht im Mittelpunkt stehenden – eher praktischen Fragen, die die Umgangsweise des Gerichts mit der jeweiligen Allgemeinverfügung betreffen, lohnt sich ein Blick in Richtung der rechtlichen Konsequenzen:

Rechnet man die Einschränkung dem Gericht nicht zu,<sup>8</sup> so würde der Öffentlichkeitsgrundsatz gewissermaßen zur Disposition der Exekutive gestellt werden. Eine Einschränkung der Öffentlichkeit würde auch dann nicht als absoluter Revisionsgrund durchgreifen, wenn eine missbräuchliche Verfügung ergehen würde, die die Öffentlichkeit unmöglich macht.

Rechnet man die Einschränkung dem Gericht aber zu, so läge infolge der Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes der Bestand des Urteils – eingedenk der Annahme des absoluten Revisionsgrundes – in den Händen der Exekutive.<sup>9</sup> Ein befriedigendes Ergebnis scheint hier nicht greifbar zu sein.

### **III. (Unmittelbarer) Ausschluss der Öffentlichkeit mit Mitteln des Gerichtsverfassungsgesetzes**

Kernfrage rund um den Öffentlichkeitsgrundsatz in Strafverfahren zu Zeiten der COVID-19-Pandemie ist vielmehr, ob die Öffentlichkeit mit Mitteln des Gerichtsverfassungsgesetzes ausgeschlossen werden kann.

#### **1. Rechtliches Bedürfnis**

Der praktische Anknüpfungspunkt für einen Ausschluss der Öffentlichkeit ergibt sich aus der Erwägung, dass die Ansteckungsgefahren für jede sich im Sitzungssaal befindliche Person steigen, je mehr Personen sich ebendort aufhalten.

Das rechtliche Bedürfnis – gar die Notwendigkeit – nach einer Regelung, die den Umgang mit der Öffentlichkeit in Zeiten von Pandemien betrifft, erschließt sich womöglich nicht augenblicklich. Denn wieso sollten Hauptverhandlungstermine dann überhaupt – und auch noch ohne die in § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG geforderte Öffentlichkeit – stattfinden? Zunächst erscheint es einleuchtend, alle Hauptverhandlungen zu unterbrechen oder auszusetzen bis die Ansteckungsgefahren sinken und später die Öffentlichkeit problemlos zugegen sein kann.

Ein solcher Lösungsansatz kann freilich nur dann gelten, wenn die Dauer der jeweiligen Pandemie sich über keinen allzu langen Zeitraum erstreckt. Was wäre etwa, wenn die COVID-19-Pandemie das Land unerwarteterweise doch länger lahmlegen würde? Was wäre, wenn irgend-

---

<sup>8</sup> Die Frage der „Zurechnung“ ist die des zuvor genannten „Vertretens“, vgl. Fn. 7.

<sup>9</sup> Zu diesem Gedankenspiel siehe den Kommentarbereich bei *Windau*, *zpoblog.de* v. 24.3.2020, <https://www.zpoblog.de/oeffentlichkeitsgrundsatz-§-169-gvg-kontaktsperren-corona/> (Abruf: 24.4.2020).

wann eine andere Pandemie ausbräche, die das öffentliche Leben über mehrere Jahre hinweg einschränken würde?

Eine Unterbrechung ist angesichts der – speziell auf die COVID-19-Pandemie zugeschnittenen – Hemmungsvorschrift des § 10 EGStPO ohnehin nicht länger als drei Monate und zehn Tage möglich. Es ist ferner fraglich, ob die Strafgerichte bei Unterbrechungen oder Aussetzungen aller Verfahren in der Lage wären, mit einem enormen „Verfahrensstau“ nach Ende einer Pandemiezeit umzugehen. Besondere Bedenken ergäben sich ferner in Hinblick auf die Dauer des Strafverfahrens sowie in Hinblick auf die Fortdauer einer etwaigen Untersuchungshaft. Auch die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege, zu deren Gewährleistung der Staat verpflichtet ist,<sup>10</sup> spielt eine elementare Rolle.

Bereits dieser kurze Anriss der Problembereiche zeigt auf, dass es stets Strafverfahren gibt und geben wird, welche auch in Pandemiezeiten weiter betrieben werden müssen. Dann könnte als Maxime gelten: Lieber eine – um die Öffentlichkeit reduzierte – Hauptverhandlung als gar keine.

## 2. Der Öffentlichkeitsgrundsatz im Strafverfahren

Dieses Vorbringen ist selbstverständlich nicht frei von jedweden rechtlichen Bedenken. Schließlich ist der Öffentlichkeitsgrundsatz Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 20 Abs. 3 GG<sup>11</sup> und ist als eine grundlegende Einrichtung ebendieses zu verstehen.<sup>12</sup> Er hat seine Ursprünge in der Zeit der Aufklärung und wurde in Deutschland insbesondere durch *Anselm von Feuerbach* geprägt. Der Öffentlichkeitsgrundsatz hat seit jeher im Wesentlichen zwei Ziele: Zum einen dient er der Wahrheits- und Rechtsfindung; die Verfahrensbeteiligten werden durch ihn vor willkürlichen Urteilen geschützt. Zum anderen wird durch die Möglichkeit, an Verhandlungen als Zuhörer teilzunehmen, auch das Vertrauen der Allgemeinheit in die Justiz gestärkt.<sup>13</sup>

Besondere Bedeutung erhält der Öffentlichkeitsgrundsatz im Strafverfahren vor dem Hintergrund, dass hier der Staat im Namen des Volkes sein schärfstes Schwert gegen den angeklagten Bürger führt. Gerade hier soll die Öffentlichkeit Möglichkeit zur Kontrolle erhalten.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> BVerfG v. 19.6.1979 – 2 BvR 1060/78, NJW 1979, 2349.

<sup>11</sup> BVerfG v. 24.1.2001 – 1 BvR 2623/95, NJW 2001, 1633 (1635), anders noch BVerfG v. 7.3.1963 – 2 BvR 629 u. 637/62, NJW 1963, 757 (758): „Die Prinzipien der Mündlichkeit und der Öffentlichkeit der Verhandlung sind keine Verfassungsrechtsgrundsätze, sondern Prozeßrechtsmaximen, die bestimmte Verfahrensarten beherrschen.“

<sup>12</sup> BGH v. 23.5.1956 – 6 StR 14/56, NJW 1956, 1646.

<sup>13</sup> *Kaulbach*, ZRP 2009, 236 (236 f.).

<sup>14</sup> Vgl. BVerfG v. 24.1.2001 – 1 BvR 2623/95, NJW 2001, 1633 (1635) mit explizitem Verweis auf den Angeklagten im Strafprozess.

So stellte der damalige 6. Strafsenat des Bundesgerichtshofs fest: „Die politische Bedeutung, die der Befolgung des Grundsatzes der Öffentlichkeit zukommt, ist kaum in einem anderen Zweige der Rechtspflege so groß wie in der Strafrechtspflege. An ihr nimmt die Allgemeinheit den regsten Anteil. Sie bildet sich ihr Urteil über die Stellung der Justiz im öffentlichen Leben überwiegend nach dem Geist, in dem Strafrecht und Strafverfahrensrecht von den Gerichten gehandhabt werden.“<sup>15</sup>

### 3. Der Ausschluss der Öffentlichkeit zum Schutze der Gesundheit

Einer unbegrenzten Öffentlichkeit der Verhandlungen stehen jedoch gewichtige Interessen gegenüber. Diese gegenläufigen Belange finden im Gerichtsverfassungsrecht durch Ausnahmen vom Öffentlichkeitsgrundsatz Eingang.<sup>16</sup> Ein Verzicht der Verfahrensbeteiligten auf den Öffentlichkeitsgrundsatz ist nicht möglich.<sup>17</sup>

Zu Zeiten einer Pandemie drängt sich als gegenläufiger Belang die Gesundheit der sich im Sitzungssaal aufhaltenden Personen, vielleicht gar die Gesundheit der Bevölkerung,<sup>18</sup> auf. Leib und Leben des Einzelnen sind grundgesetzlich geschützt (Art. 2 Satz 1 GG); die Gesundheit der Bevölkerung ist ein besonders wichtiges Gemeinschaftsgut von Verfassungsrang,<sup>19</sup> welches letztlich dem grundrechtlichen Individualschutz entspringt.

Vor diesem Hintergrund kommen allenfalls zwei Ausschlussgründe aus dem Gerichtsverfassungsgesetz in Betracht, derer sich das Gericht bedienen könnte. Sie stammen beide aus dem Katalog des § 172 GVG. Nach diesen Normen kann das Gericht nach seinem pflichtgemäßen Ermessen die Öffentlichkeit von Amts wegen ausschließen.<sup>20</sup> Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet es jedoch, dass das Gericht vor einem Ausschluss der Öffentlichkeit zunächst prüft, ob das verfolgte Ziel nicht schon mit Maßnahmen der Sitzungspolizei (§§ 176 ff. GVG) erreicht werden kann.<sup>21</sup>

#### a) § 172 Nr. 1 Var. 2 GVG

Gemäß § 172 Nr. 1 Var. 2 GVG ist ein Öffentlichkeitsausschluss gestattet, wenn eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung zu besorgen ist. Dies ist dann der Fall, wenn durch

---

<sup>15</sup> BGH v. 23.5.1956 – 6 StR 14/56, NJW 1956, 1646 (1647).

<sup>16</sup> BVerfG v. 24.1.2001 – 1 BvR 2623/95, NJW 2001, 1633 (1635).

<sup>17</sup> Diemer in KK-StPO, 8. Aufl. 2019, § 169 GVG Rz. 5; Kissel/Mayer, 8. Aufl. 2015, § 169 GVG Rz. 58.

<sup>18</sup> Zur Begrifflichkeit der Volksgesundheit: Steiner, MedR 2003, 1, wonach die Formulierung „Gesundheit der Bevölkerung“ in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zunehmend genutzt wird. Vgl. auch Frenzel, DÖV 2007, 243.

<sup>19</sup> BVerfG v. 10.5.1988 – 1 BvR 482/84, NJW 1988, 2290 m.w.N.; BVerfG v. 14.3.1989 – 1 BvR 174/84, NVwZ 1989, 850 (851).

<sup>20</sup> Diemer in KK-StPO, 8. Aufl. 2019, § 172 GVG Rz. 1.

<sup>21</sup> Wickern in Löwe/Rosenberg, 26. Aufl. 2010, § 172 GVG Rz. 4 und 38.

(erhebliche<sup>22</sup>) Störungen die ordnungsgemäße Durchführung der Hauptverhandlung beeinträchtigt wird oder dies ernsthaft zu befürchten ist.<sup>23</sup>

Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass der weite Begriff der Gefährdung der öffentlichen Ordnung einer Eingrenzung bedarf.<sup>24</sup> Von einer haarscharfen Definition kann jedoch nicht gesprochen werden, vielmehr wird wohl auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abgehoben.

Knüpft man jedenfalls an den Begriff der „ordnungsgemäßen Durchführung“ an und nimmt die Fallgruppen<sup>25</sup> in den Blick, die sonst unter einer Störung verstanden werden, gelangt man zu der Auffassung, dass es zu weit gehen dürfte, hierunter die erhöhte Ansteckungsgefahr aufgrund der Anwesenheit der Öffentlichkeit zu fassen.<sup>26</sup>

Ferner ist die Gefährdung nicht darauf zurückzuführen, dass *öffentlich* verhandelt wird, sondern *dass* überhaupt verhandelt wird. Die Gefährdung stammt also nicht gerade aus der Öffentlichkeit der Verhandlung,<sup>27</sup> streng genommen erhöht die Öffentlichkeit „nur“ eine Ansteckungsgefahr, sie schafft diese aber nicht.

### **b) § 172 Nr. 1a GVG**

Jedoch könnte der Ausschlussgrund des § 172 Nr. 1a GVG zum Zuge kommen, der auf die Besorgung einer „Gefährdung des Lebens, des Leibes oder der Freiheit eines Zeugen oder einer anderen Person“ abhebt. Der Schutz der Nr. 1a ist weitreichend: Nach dem Normtext kommt nicht nur eine Gefährdung von Zeugen, sondern auch eine Gefährdung jeder anderen Person in Betracht.

Dass der Gesetzgeber Ansteckungsgefahren zu Pandemiezeiten bedacht hat und neben den Verfahrensbeteiligten auch die Öffentlichkeit und weitere Personen zu schützen beabsichtigte, die dem Verfahren „noch ferner stehen“, kann ausgeschlossen werden. Nr. 1a ist im Jahr 1992 durch Art. 4 des Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität eingeführt worden.<sup>28</sup>

Schon wegen der abweichenden Intention des Gesetzgebers ist die Anwendung des § 172 Nr. 1a GVG zumindest fraglich. Gewicht gewinnen die Bedenken, wenn man die Rechtsprechung des

---

<sup>22</sup> Diemer in KK-StPO, 8. Aufl. 2019, § 172 GVG Rz. 5.

<sup>23</sup> Walther in BeckOK GVG, 6. Edition (Stand: 1.2.2020), § 172 GVG Rz. 2.

<sup>24</sup> Diemer in KK-StPO, 8. Aufl. 2019, § 172 GVG Rz. 5; vgl. auch Kissel/Mayer, 8. Aufl. 2015, § 172 GVG Rz. 23 („enger zu verstehen als im allgemeinen Polizeirecht“).

<sup>25</sup> Vgl. hierzu Wickern in Löwe/Rosenberg, 26. Aufl. 2010, § 172 GVG Rz. 3 ff.

<sup>26</sup> auf der Heiden, NJW 2020, 1023 (1024).

<sup>27</sup> Schmitt in Meyer-Goßner/Schmitt, 61. Aufl. 2018, § 172 GVG Rz. 3; vgl. BGH v. 19.8.1981 – 3 StR 226/81, NJW 1981, 2825.

<sup>28</sup> Diemer in KK-StPO, 8. Aufl. 2019, § 172 GVG Rz. 6 m. Verw. auf BGBl. 1992 I S. 1302.

Bundesgerichtshofs dahingehend versteht, dass die von der Norm geforderte Gefahr sich daraus ergeben muss, dass wahrheitsgemäße Angaben in öffentlicher Hauptverhandlung gemacht werden.<sup>29</sup> Diese Rechtsprechung ist offenkundig nicht als solitäres Argument gegen die Anwendung des § 172 Nr. 1a GVG zu Pandemiezeiten anzusehen, sondern dürfte vielmehr an die Intention des Gesetzgebers anknüpfen, die letztlich auch auf die ungestörte Wahrheitsermittlung abzielt.<sup>30</sup> Diese steht in „Pandemiesituationen“ aber gar nicht in Gefahr. All dies streitet dafür, dass auch § 172 Nr. 1a GVG nicht als Ausschlussgrund taugt.

Es gibt allerdings Stimmen, die argumentieren, man solle die Norm „coronakonform“ auslegen.<sup>31</sup> Andere Autoren hingegen verweisen wiederum darauf, dass – selbst wenn man die Regelung für anwendbar hielte – das Gericht im Rahmen seiner Ermessensausübung berücksichtigen müsse, dass als milderes Mittel eine Vertagung in Betracht komme.<sup>32</sup> Hier stellen sich wiederum die zuvor aufgeworfenen Fragen.<sup>33</sup>

### c) Gesetzlich nicht erfasste Bedürfnisse der Rechtspflege

Im Jahr 2012 führte das Bundesverfassungsgericht auf eine Verfassungsbeschwerde, die das Verbot des Tragens sogenannter „Kutten“ im Gerichtsgebäude zum Gegenstand hatte, aus: Der Öffentlichkeitsgrundsatz könne „außer durch ausdrückliche Regelungen auch durch gesetzlich nicht erfasste unabweisbare Bedürfnisse der Rechtspflege modifiziert werden. Dazu gehört die Notwendigkeit, durch geeignete vorbeugende Maßnahmen für eine sichere und ungestörte Durchführung der Verhandlung zu sorgen.“<sup>34</sup>

Diese Rechtsprechung könnte dergestalt verstanden werden, dass – über die gesetzlichen Ausschlussgründe hinaus – das Gericht auf weitere ungeschriebene Ausschlussgründe zurückgreifen darf. Diese Ansicht geht jedoch fehl. Bei dem betreffenden Kuttenverbot ging es eben nicht um einen Ausschluss der gesamten Öffentlichkeit, sondern – wie das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich feststellt – um eine (bloße) *Modifikation* des Öffentlichkeitsgrundsatzes. Deren Grundlage sind (mildere) sitzungspolizeiliche Anordnungen (§§ 176 ff. GVG). Die Entscheidung ist folglich „nur“ so zu verstehen, dass lediglich einzelne Maßnahmen des Gerichts zulässig sind, „die den Zugang zu einer Gerichtsverhandlung nur unwesentlich erschweren und dabei eine Auswahl der Zuhörerschaft nach bestimmten persönlichen Merkmalen vermeiden, [...] wenn für sie ein verständlicher Anlass besteht.“<sup>35</sup>

<sup>29</sup> Walther in BeckOK GVG, 6. Edition (Stand: 1.2.2020), § 172 GVG Rz. 5.

<sup>30</sup> Wickern in Löwe/Rosenberg, 26. Aufl. 2010, § 172 GVG Rz. 10.

<sup>31</sup> So etwa Krumm, beck-community-Beitrag v. 14.4.2020, <https://community.beck.de/2020/04/14/hauptverhandlung-in-zeiten-von-corona-ii-ausschluss-der-oeffentlichkeit> (Abruf: 29.4.2020).

<sup>32</sup> Windau, Legal Tribune Online (LTO.de) v. 11.3.2020, [https://www.lto.de/persistent/a\\_id/40777/](https://www.lto.de/persistent/a_id/40777/) (Abruf: 29.4.2020).

<sup>33</sup> Vgl. die Ausführungen unter III. 1. dieses Beitrages.

<sup>34</sup> BVerfG v. 14.3.2012 – 2 BvR 2405/11, NJW 2012, 1863 (1863 f.).

<sup>35</sup> BVerfG v. 14.3.2012 – 2 BvR 2405/11, NJW 2012, 1863 (1863 f.).



In Betracht kommen bei einer Pandemielage also allenfalls Zugangsregelungen wie etwa die zahlenmäßige Begrenzung der Sitzplätze im Zuschauerbereich infolge einer Mindestabstandsregelung, eine Zugangskontrolle mithilfe von Fragen zum Gesundheitszustand oder die Auferlegung einer Maskentragepflicht im Sitzungssaal, wobei hinsichtlich der letzteren Maßnahme § 176 Abs. 2 GVG in den Blick zu nehmen wäre.

#### **d) Zwischenergebnis**

Weder § 172 Nr. 1 Var. 2 GVG noch § 172 Nr. 1a GVG noch gesetzlich nicht erfasste Bedürfnisse der Rechtspflege können zu Pandemiezeiten zum Schutze der Gesundheit der sich im Sitzungssaal aufhaltenden Personen als Ausschlussgründe herangezogen werden.

### **IV. Ein neuer Ausschlussgrund**

Der Umstand, dass es im Gerichtsverfassungsgesetz an einer Norm mangelt, die dem rechtlichen Bedürfnis gerecht wird, zu Zeiten von Pandemien die Öffentlichkeit aus strafrechtlichen Verhandlungen auszuschließen, führt zu den Fragen, welche Aspekte bei einer neu zu schaffenden Regelung zu berücksichtigen wären und ob eine solche Norm überhaupt rechtlich zulässig wäre.

#### **1. Differenzierung**

Es ist zunächst von Bedeutung, sich den folgenden Umstand vor Augen zu führen: Anlass dieses Beitrages und anderer ist gewiss die COVID-19-Pandemie. Sie allerdings zum „Maßstab der Pandemien“ für die Schaffung einer neuen Regelung zu nehmen, wäre unachtsam. Denn die Entwicklung der COVID-19-Pandemie, aber auch die Entwicklung jeder späteren Pandemie, kann sich als erheblich milder und ungefährlicher, aber auch als erheblich einschneidender und gefährlicher darstellen.

Zuzugeben ist, dass – zumindest für einen medizinischen Laien, aber wohl auch für Kenner des Fachs in Anfangszeiten von Pandemien – bereits eine solche Differenzierung schwierig ist. Sie muss jedoch als Anknüpfungspunkt dienen, weil sonst die Entscheidungsgrundlage dafür fehlen würde, mithilfe einer Regelung im Gerichtsverfassungsgesetz Öffentlichkeitsgrundsatz und Gesundheitsschutz in Einklang zu bringen.

Zur Begegnung weniger einschneidender Pandemien dürften die derzeitigen Regelungen in Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz genügen. Möglich sind etwa sitzungspolizeiliche Maßnahmen (§§ 176 ff. GVG) oder die Unterbrechung der Hauptverhandlung (§§ 228 f. StPO). Auch besteht in einigen Fällen die Möglichkeit, auf das Strafbefehlsverfahren zurückzugreifen (§§ 407 ff. StPO). Ferner kann der Gesetzgeber mithilfe kleinerer Korrekturen kurzfristig und situationsgerecht reagieren (vgl. § 10 EGStPO).

Pandemien hingegen, die einschneidender sind, ist mit diesen Möglichkeiten – aus den bereits dargelegten Gründen<sup>36</sup> – nicht beizukommen.

## **2. Zu berücksichtigende Aspekte**

Bei der Schaffung eines neuen Ausschlussgrundes im Gefüge der §§ 171a ff. GVG<sup>37</sup> werden die nachfolgenden Aspekte zu berücksichtigen sein.

### **a) Bestehen einer Pandemie**

Die Regelung sollte – selbstverständlich – das Bestehen einer Pandemielage voraussetzen. Dass eine solche Lage vorliegt, müsste dann vom Gericht auf einer objektiven Tatsachengrundlage festgestellt werden, die im Freibeweisverfahren erörtert werden kann.<sup>38</sup> Selbstverständlich dürfte sein, dass die Pandemie auch den Ort des jeweiligen Gerichtes betreffen oder zumindest so nah sein müsste, dass eine nicht nur fernliegende Gefahr besteht, dass sie demnächst dort grassiert.

### **b) Vorrang der sitzungspolizeilichen Anordnung**

Die Norm sollte nur dann zur Anwendung gelangen dürfen, wenn sitzungspolizeiliche Anordnungen keinen Erfolg in Hinblick auf die Eindämmung der gesundheitlichen Gefahren versprechen, also ungeeignet wären.

Die Frage nach der Ungeeignetheit von Maßnahmen der Sitzungspolizei ist im Zuge des gerichtlichen pflichtgemäßen Ermessens zu beurteilen und richtet sich wiederum danach, von welchem Ausmaß die Pandemie ist.

Zwar müsste eine solche Voraussetzung nicht zwingend mit in den Regelungstext aufgenommen werden wie der ungeschriebene Vorrang der §§ 176 ff. GVG – als Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – bei der Anwendung des Katalogs des § 172 GVG zeigt. Es sprechen jedoch keine Aspekte gegen eine explizite Erwähnung. Schon Klarstellungsgründe streiten vielmehr dafür.

### **c) Vorrang der baldigen Öffentlichkeit**

Steht in Aussicht, dass der betreffende Hauptverhandlungstermin baldig in der Öffentlichkeit stattfinden kann, sollte die Norm nicht zum Zuge gelangen dürfen. Dabei sollte es sich – mit Blick auf das Beschleunigungsgebot – allerdings um eine kurze Zeitspanne handeln. Das

---

<sup>36</sup> Vgl. auch hier die Ausführungen unter III. 1. dieses Beitrages.

<sup>37</sup> Von §§ 171a ff. GVG ist – auch im Titel dieses Beitrages – die Rede, weil § 170 GVG, der § 171a GVG vorausgeht, Strafsachen nicht betrifft.

<sup>38</sup> Vgl. *Kissel/Mayer*, 8. Aufl. 2015, § 174 GVG Rz. 6.

Gericht wird hier eine Prognose treffen müssen, die sich wiederum auf objektiver Tatsachengrundlage gründet.

Die neue Norm könnte gar eine „weit überwiegende Wahrscheinlichkeit“ in Hinblick auf das baldige Stattfinden des Hauptverhandlungstermins mit Öffentlichkeit fordern, um deutlich zu machen, dass bei eher undurchsichtigen Pandemielagen dem schnelleren Verfahren der Vorzug zu gewähren ist. Anderenfalls könnte das Gericht sich der Unsicherheit ausgesetzt sehen, dass der jeweilige Termin immer möglicherweise bald in der Öffentlichkeit stattfinden könnte und nur mit Schwierigkeiten zu einer Entscheidung gelangen.

Problematisch ist diese – dann gesetzlich gebilligte, wenn auch nur kurze – Verfahrensverzögerung in Hinblick auf die Untersuchungshaft. Man sollte in der Norm deutlich machen, dass sich in Haftsachen das besondere Beschleunigungsgebot durchsetzt, also der Vorrang der baldigen Öffentlichkeit dann nicht gilt.

#### **d) Begründungspflicht des Gerichts**

Gemäß § 174 Abs. 1 Satz 2 GVG erfolgt der Ausschluss der Öffentlichkeit durch Gerichtsbeschluss. Gemäß § 174 Abs. 1 Satz 3 GVG ist in den dort vorgeschriebenen Fällen anzugeben, aus welchem Grund die Öffentlichkeit ausgeschlossen worden ist. Dieses Erfordernis bedeutet allerdings nur, dass das Gericht den maßgebenden Grund der Ausschließung eindeutig erkennen lassen muss.<sup>39</sup> Die tatsächlichen Umstände, aus denen sich der gesetzliche Ausschließungsgrund ergibt, brauchen nicht angegeben zu werden.<sup>40</sup>

Diese geringen Anforderungen an die Begründungspflicht des Gerichts leuchten jedoch nur vor dem Hintergrund ein, dass ansonsten die Gefahr hinaufbeschworen würde, „daß gerade jene [tatsächlichen] Umstände offenbart werden müßten, die der öffentlichen Erörterung entzogen sein sollen.“<sup>41</sup>

Dieses Argument kann bei einer Norm, wie sie hier vorgeschlagen wird, nicht verfangen. Der Ausschlussgrund fußt dann offenkundig nicht auf Umständen, derer Geheimhaltung es bedarf. Das Gericht sollte deshalb – nicht zuletzt aus Gründen der Selbstkontrolle<sup>42</sup> – dazu angehalten sein, in seinem Beschluss darzulegen, auf welcher Tatsachengrundlage es sich dazu entschieden hat, die Normvoraussetzungen zu bejahen und die Öffentlichkeit infolgedessen auszuschließen.

---

<sup>39</sup> BGH v. 9.2.1977 – 3 StR 382/76, NJW 1977, 964; BGH v. 18.9.1981 – 2 StR 370/81, NJW 1982, 59; BGH v. 24.8.1995 – 4 StR 470/95, NStZ-RR 1996, 139.

<sup>40</sup> Kissel/Mayer, 8. Aufl. 2015, § 174 GVG Rz. 13 m.w.N.

<sup>41</sup> BGH v. 18.9.1981 – 2 StR 370/81, NJW 1982, 59.

<sup>42</sup> Kissel/Mayer, 8. Aufl. 2015, § 174 GVG Rz. 11.

### 3. Der Ausschluss der Öffentlichkeit als praktische Regel

In einer Pandemiezeit, zu welcher eine Vielzahl an Gerichten sich zu einem Ausschluss der Öffentlichkeit nach der hier vorgeschlagenen neuen Norm veranlasst sähen, würde die gesetzliche Ausnahme des Ausschlusses womöglich zu einer praktischen Regel werden.

Dies ist vor dem Hintergrund der immensen Bedeutung des Öffentlichkeitsgrundsatzes – vor allem im Strafprozess – problematisch, allerdings solange und soweit vertretbar, wie der Gesundheitsschutz und die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege unter einem Verzicht auf einen Ausschluss leiden könnten. Diese Auffassung lässt sich allerdings nur mit Unbeirrtheit vertreten, wenn die neue Ausschlussnorm an strenge Maßstäbe geknüpft ist, die klar zu erkennen geben, dass in einer Pandemiezeit der Ausschluss der Öffentlichkeit gerade nicht Regel, sondern vielmehr ultima ratio ist, die den besonderen Umständen geschuldet ist.

Denn „[a]uch wenn die Öffentlichkeit ein bedeutsamer Grundsatz gerichtlicher Tätigkeit ist, stellt sie keinen absoluten Wert dar, sondern kann nur gesehen und angewendet werden im Kontext mit anderen Grundwerten des demokratischen Rechtsstaats. Deshalb sind Inhalt und Tragweite des Öffentlichkeitsgrundsatzes nicht statisch festgelegt, sondern der Entwicklung des gesellschaftlichen und politischen Lebens funktional anzupassen, sowohl durch den Gesetzgeber als auch in seiner konkreten Ausgestaltung im Einzelverfahren durch den Richter.“<sup>43</sup>

### 4. Zwischenergebnis

Pandemien, die einschneidender sind, machen eine neue Regelung im Gefüge der §§ 171a ff. GVG nötig. Diese sollte jedoch an strenge Voraussetzungen geknüpft sein. Zu berücksichtigen wären bei einer Neuschaffung eines Ausschlussgrundes folgende Aspekte: Das Bestehen einer Pandemie, der Vorrang der sitzungspolizeilichen Anordnung sowie der Vorrang der baldigen Öffentlichkeit – außer in Haftsachen. Zudem sollte das Gericht einer erweiterten Begründungspflicht unterliegen.

### V. Zusammenfassung

Bei der Frage danach, ob ein (mittelbarer) Ausschluss der Öffentlichkeit durch die Allgemeinverfügungen der Länder zum Schutz der Ausbreitung der COVID-19-Pandemie zu bejahen ist, ist zu differenzieren zwischen Verfügungen mit und ohne Ausnahmen zum Besuch von Gerichtsverhandlungen: Allgemeinverfügungen, die eine solche Ausnahme nicht enthalten, schränken die Öffentlichkeit zwar ein, führen jedoch zu einem – womöglich unlösbaren – Problem bei der Frage nach dem Vertreten des Gerichts.

---

<sup>43</sup> So wörtlich *Kissel/Mayer*, 8. Aufl. 2015, § 169 GVG Rz. 12.

Der (unmittelbare) Ausschluss der Öffentlichkeit zu Pandemiezeiten aus Gründen des Gesundheitsschutzes ist mit den derzeitigen Mitteln des Gerichtsverfassungsgesetzes nicht möglich.

Für den Umgang mit weniger einschneidenden Pandemien bieten Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz allerdings genügend Möglichkeiten, den Herausforderungen einer solchen Zeit beizukommen. Ein Ausschluss der Öffentlichkeit ist dort nicht vonnöten.

Für den Umgang mit einschneidenderen Pandemielagen bedarf es eines neuen Ausschlussgrundes, der jedoch – aufgrund der besonderen Bedeutung des Öffentlichkeitsgrundsatzes in Strafverfahren – an strenge Voraussetzungen geknüpft sein sollte.