

Neue Zeitschrift für Strafrecht

Herausgegeben von Prof. Dr. Frank Arloth, Ministerialdirektor, München – Dr. Bernhard Böhm, Ministerialdirektor, Berlin – Prof. Dr. Thomas Fischer, Vorsitzender Richter am BGH a. D., Karlsruhe – Dr. Peter Frank, Generalbundesanwalt beim BGH, Karlsruhe – Dr. Margarete Gräfin von Galen, Rechtsanwältin, Berlin – Prof. Dr. Markus Jäger, Richter am BGH, Karlsruhe – Dr. Simone Kämpfer, Rechtsanwältin, Düsseldorf – Prof. Dr. Christoph Knauer, Rechtsanwalt, München – Dr. Daniel M. Krause, Rechtsanwalt, Berlin – Prof. Dr. Hans Kudlich, Erlangen-Nürnberg – Prof. Dr. Otto Lagodny, Salzburg – Prof. Herbert Landau, Richter des BVerfG, Karlsruhe – Prof. Dr. Klaus Letzger, Staatssekretär a. D., Rechtsanwalt, München – Dr. Klaus Miebach, Richter am BGH a. D., Wachtberg-Pech – Prof. Dr. Henning Radtke, Richter des BVerfG, Karlsruhe – Prof. Dr. Helmut Satzger, München – Prof. Dr. Hartmut Schneider, Bundesanwalt beim BGH, Leipzig – in Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

Schriftleitung: Bundesanwalt beim BGH Prof. Dr. Hartmut Schneider
Rechtsanwalt Prof. Dr. Christoph Knauer

Heft **6**
Seite 313–376
40. Jahrgang
28. Mai 2020

Aufsätze

Vorsitzender Richter am Kammergericht Olaf Arnoldi

Hauptverhandlungen in Zeiten von Sars-CoV-2/COVID-19

1. Einführung

Das neuartige Coronavirus „Sars-CoV-2“ und die Atemwegserkrankung „COVID-19“ nehmen derzeit die Welt gefangen. Bundeskanzlerin Dr. Angela Merkel sprach am 18.3.2020 von „der größten Herausforderung seit dem Zweiten Weltkrieg“¹; Mittel der Stunde sei „voneinander Abstand halten“. Stichworte wie „social“ und „physical distancing“ machen die Runde. Noch im März 2020 haben alle Bundesländer auf Grundlage der §§ 28-31 Infektionsschutzgesetz Regelungen getroffen, um die weitere Ausbreitung des Virus zu verlangsamen und zu stoppen. Dazu zählen insbesondere Ausgangsbeschränkungen. Die „Allgegenwärtigkeit“ des Virus und seiner Folgen war auch schnell in der strafgerichtlichen Praxis spürbar.

2. Folgen für Strafverfahren vor allem für Hauptverhandlungen

Diese betrafen insbesondere laufende landgerichtliche Hauptverhandlungen in Umfangsverfahren mit einer Vielzahl von Verfahrensbeteiligten. In diesen Verhandlungen ist es häufig kaum möglich, den gebotenen räumlichen Abstand zu wahren (sei es bei der Verhandlung in einem kleineren Saal, sei es bei der Vorführung von Angeklagten aus der Haft durch die Wachtmeister, sei es bei vertraulichen Gesprächen zwischen Angeklagten und Verteidigern). Noch vor den ersten Ausgangsbeschränkungen erließ der *VerfGH Sachsen* am 20.3.2020 eine einstweilige Anordnung, mit der er eine große Strafkammer des *LG Dresden* in einem Umfangsverfahren anwies, Termine bis zum 20.4.2020 hinsichtlich der Dauer und der Anzahl der Beteiligten so durchzuführen, dass eine Gefährdungslage durch das neue Virus „weitgehend ausgeschlossen ist“. Die vom *LG Dresden* ursprünglich geplante Vernehmung von acht Zeugen am nächsten Verhandlungstag war damit nicht mehr möglich².

Neben der Wahrung des notwendigen räumlichen Abstands stellt sich auch die Frage, ob Vorsitzende die Verfahrensbeteiligten und Besucher kraft der ihnen zustehenden sitzungspolizeilichen Befugnisse aus § 176 Abs. 1 GVG anweisen können, Atemschutzmasken zu tragen, wie es beim *AG Hagen* geschehen sein soll³. Gerade vor dem Hintergrund des vor wenigen Monaten durch das Strafrechtsmodernisierungsgesetz eingeführten (grundsätzlichen) „Verhüllungsverbot“ aus § 176 Abs. 2 S. 1 StPO ist auch der umgekehrte Fall von praktischer Relevanz, nämlich die an die Verfahrensbeteiligten gerichtete Anordnung, Schutzmasken abzunehmen⁴. Dies kann insbesondere für die Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen von besonderer Relevanz sein.

Strafgerichte reagieren auf die schwierige Situation dergestalt, dass sie – möglicherweise im Wege der Verständigung (§ 257c StPO) – ein schnelles Ende von Hauptverhandlungen zu erreichen suchen. Gelingt dies nicht, wird der entgegengesetzte Weg beschritten und werden Hauptverhandlungen möglichst „gestreckt“. Unter „Ausreizung“ der Unterbrechungsfristen des § 229 Abs. 1, 2 StPO wird dabei die tägliche Verhandlungsdauer deutlich begrenzt⁵. Faktisch dürften die deutschen Staatsanwaltschaften und Strafgerichte derzeit in eine Art „Notbetrieb“ übergegangen

1 Ähnlich die in BT-Dr. 19/18158, 4 wiedergegebene Wertung der Bundesregierung.

2 Beschl. v. 20.3.2020 – 1 Vf. 39-IV-20 (e. A.), BeckRS 2020, 4039.

3 Vgl. <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/coronavirus-gerichtsverhandlungen-atemschutzmasken-termin-verlegen-schriftliches-verfahren/>; s. dazu: *auf der Heiden* NJW 2020, 1023.

4 Vgl. *auf der Heiden* aaO.

5 Zur Abgrenzung der nach § 229 Abs. 4 StPO erforderlichen „Fortsetzung“, also einer Verhandlung zur Sache, von bloßen „Schiebeterminen“ vgl. KK-StPO/*Gmel* 8. Aufl., § 229 Rn. 6, 6a; MüKoStPO/*Arnoldi* § 229 Rn. 8 bis 13.

sein⁶. Die Berliner Zeitung berichtete am 1.4.2020, dass im Kriminalgericht in Moabit an normalen Tagen das *LG Berlin* etwa 15 Strafsachen und das *AG Tiergarten* (mit etwa 180 Strafrichterinnen und Strafrichtern) rund 250 Verhandlungen durchführe, es aber an diesem Tag beim *LG* nur 4 und beim *AG* lediglich 7 Verhandlungen gewesen seien; das Kriminalgericht sei menschenleer gewesen⁷. In „Normalzeiten“ würde ein solches Vorgehen allzu schnell mit dem Beschleunigungsgrundsatz in Konflikt geraten⁸. Dass bei einer drohenden Pandemie für befristete Zeiträume ein weniger strenger Maßstab anzulegen ist, ergibt sich mittelbar (auch) aus der – am 28.3.2020 in Kraft getretenen – Neufassung des § 10 EGStPO⁹.

Diese Vorschrift sieht die Hemmung des Laufs der genannten Unterbrechungsfristen von bis zu zwei Monaten vor, „solange die Hauptverhandlung aufgrund von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von Infektionen mit dem SARS-CoV-2-Virus nicht durchgeführt werden kann“. Vorbild für diese Regelung waren offenbar die gerade erst mit Wirkung vom 13.12.2019 eingefügten Hemmungstatbestände in § 229 Abs. 3 StPO, die allerdings – anders als § 10 EGStPO – nur für Verfahren gelten, die „bereits an mindestens zehn Tagen stattgefunden“ haben¹⁰. Im Zusammenspiel mit der Monatsunterbrechung des § 229 Abs. 2 StPO und der Zehntagesfrist des § 10 S. 1 Hs. 2 EGStPO folgt daraus eine maximale Verhandlungspause von drei Monaten und zehn Tagen. Nach Abs. 2 des § 10 EGStPO gilt die Hemmung im Übrigen auch für die in § 268 Abs. 3 S. 2 StPO genannte Frist zur Urteilsverkündung¹¹.

Fast reflexartig stellt sich dann in der Praxis die Folgefrage, ob diese zuvörderst für die Gestaltung von Hauptverhandlungen geltende gesetzgeberische Wertung auch auf Haftentscheidungen „durchschlagen“ kann. Aus meiner Sicht ist das zu bejahen. Sofern die Verzögerung der Hauptverhandlung – sei es, dass diese für längere Zeit unterbrochen oder ausgesetzt worden ist – auf eine Pandemie wie COVID-19 zurückzuführen ist, stellt dies einen Umstand dar, der eine Fortdauer der Haft trotz ihrer bisherigen Dauer rechtfertigen kann¹². Insoweit verhält es sich nicht anders als (auch) bei (sonstigen) verfahrensverzögernden Umständen, auf welche das Gericht keinen Einfluss hat, wie etwa die Erkrankung von Richtern oder von anderen nicht entbehrlichen Verfahrensbeteiligten¹³. Hinsichtlich des noch hinnehmbaren Umfangs einer solcher pandemiebedingten Verzögerung kann die Zweimonatsfrist des § 10 Abs. 1 S. 2 EGStPO einen Orientierungspunkt bilden.

3. „Lockdown“ versus Öffentlichkeitsmaxime

Noch im März 2020 haben sämtliche Bundesländer Ausgangsbeschränkungen angeordnet. In Internetforen und Blogs wird lebendig diskutiert, ob angesichts dieser Regelungen ein „öffentliches“ Verhandeln iSd § 169 Abs. 1 S. 1 GVG überhaupt noch möglich sei und derzeit nicht „massenhaft“ absolute Revisionsgründe produziert werden würden¹⁴. Dies wäre im Übrigen dann auch rechtsgebietenübergreifend der Fall. Ebenso wie § 338 Nr. 6 StPO sehen auch etwa § 547 Nr. 5 ZPO und § 138 Nr. 5 VwGO in der Verletzung der Öffentlichkeitsmaxime einen absoluten Revisionsgrund.

a) Bedeutung des Öffentlichkeitsgrundsatzes

Zur Bedeutung der Öffentlichkeitsmaxime nur so viel: Der Grundsatz der Öffentlichkeit mündlicher Verhandlungen ist zwar in § 169 Abs. 1 S. 1 GVG und Art. 6 Abs. 1 EMRK

nur einfachgesetzlich verankert, genießt aber als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG) auch verfassungsrechtlichen Schutz. Sie zielt darauf, die Einhaltung des formellen und materiellen Rechts zu gewährleisten und zu diesem Zweck Einblick in die Funktionsweise der Rechtsordnung zu ermöglichen. Die Gerichtsöffentlichkeit soll insbesondere Angekl. in Strafverfahren vor einer – der öffentlichen Kontrolle entzogenen – „Kabinetts- oder Geheimjustiz“ schützen¹⁵.

b) Ausgangsbeschränkungen in einzelnen Bundesländern

Nun zu den Ausgangsbeschränkungen: Angesichts der Vielzahl von Regelungen und deren fortwährenden Änderungen sollen nur einzelne exemplarisch dargestellt werden (Stand jeweils 5.4.2020)¹⁶.

- In NRW ist das Verlassen der eigenen Wohnung nach wie vor erlaubt; untersagt sind dagegen „Veranstaltungen und Versammlungen“ sowie „Zusammenkünfte und Ansammlungen in der Öffentlichkeit von mehr als 2 Personen“; da aber Veranstaltungen, die – wie Gerichtsverhandlungen jedenfalls mittelbar – der „Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung“ dienen, sind diese vom grundsätzlichen Veranstaltungsverbot ausgenommen (§ 12 Abs. 1, § 11 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 CoronaSchVO NRW v. 30.3.2020). Deren Besuch ist möglich, da es sich dann um eine iSv § 12 Abs. 1 Nr. 5 der Verordnung „bestimmungsgemäße Verwendung zulässiger Einrichtungen unvermeidliche Ansammlung“ handelt.
- Auch in Niedersachsen ist das Verlassen der eigenen Wohnung zulässig; hingegen sind Zusammenkünfte und Ansammlungen im öffentlichen Raum auf „höchstens zwei Personen beschränkt“; weiterhin zulässig ist aber u. a. „der Besuch ... von Gerichten“ (Niedersächsische Verordnung zur Beschränkung sozialer Kontakte anlässlich der Corona-Pandemie vom 27.3.2020; dort § 2 Abs. 3 S. 1, 2, § 3 Nr. 14).

6 So lautete der Titel des Aprilheftes der DRiZ 2020 „Justiz im Norbetrieb“ mit entsprechenden Beiträgen von *Rebehn* S. 117 „Harte Bewährungsprobe“ und S. 122 „Rechtsstaat im Krisenmodus“.

7 So die Berliner Zeitung in der Ausgabe vom 1.4.2020 in dem Beitrag: „Gerichte und Corona: Strafprozesse können nun drei Monate pausieren“.

8 Vgl. dazu MüKoStPO/*Arnoldi* § 229 Rn. 2.

9 Die Änderung findet sich in Art. 3 des „Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht“ (BGBl. I, 569); sie gilt nach Art. 4 des Gesetzes bis zum 27.3.2021.

10 Diesen weitergehenden Anwendungsbereich von § 10 EGStPO kritisierte der DAV in seiner Stellungnahme 21/2020 aus dem März 2020 als „nicht systemkohärent“ (abzurufen auf der Seite www.anwaltsverein.de [Stand 2.4.2020]).

11 Auch diese Änderung hatte der DAV (aaO) abgelehnt.

12 Ebenso *OLG Karlsruhe* Beschl. v. 30.3.2020 – HEs 1 Ws 84/20, BeckRS 2020, 4623 und *OLG Stuttgart* Beschl. v. 6.4.2020 – 4 Ws 71/20, BeckRS 2020, 5974 (Quarantäne eines Richters).

13 Vgl. BVerfGE 36, 264 (274 f.); *BGH* Beschl. v. 29.9.2016 – 2 StE 16/15, BeckRS 2016, 19590 Rn. 15 ff.; *KK-StPO/Schultheis* 8. Aufl., § 121 Rn. 16.

14 Vgl. dazu z. B. unter <https://community.beck.de/blog> die strafrechtlichen Überlegungen von *Meißner* („Ausgangsbeschränkungen“ vs. Öffentlichkeitsgrundsatz – ein Dilemma!) vom 30.3.2020 sowie aus zivilrichterlicher Sicht im www.zpoblog.de die lesenswerte Abhandlung von *Windau* (Öffentlichkeit iSd § 169 GVG trotz Kontaktsperren) vom 23.3.2020, jeweils mit nachfolgenden Diskussionsbeiträgen.

15 BVerfGE 103, 44 (63 ff.); *BVerfG* NJW 2012, 1863 Rn. 32; BGHSt 64, 64 (66 Rn. 10) = NStZ 2019, 549; LR-StPO/*Wickern* 26. Aufl., Vor § 169 GVG Rn. 1 ff.; *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO, 63. Aufl., § 169 GVG Rn. 1; MüKoStPO/*Kulhanek* § 169 GVG Rn. 1, 7.

16 Auf die Darstellung nachfolgender Änderungen wird hier schon aus Gründen der Übersichtlichkeit verzichtet; vgl. zu den einzelnen Regelungen die ausführliche Zusammenstellung auf <https://kripoz.de>.

In den vier nachfolgend genannten Bundesländern gilt hingegen das grundsätzliche Verbot, die Wohnung zu verlassen.

- In Berlin haben sich Personen „ständig in ihrer Wohnung oder gewöhnlichen Unterkunft aufzuhalten“. Das Recht, diese Räumlichkeiten zu verlassen, besteht insbesondere für den Besuch von Veranstaltungen oder Versammlungen, die nach Maßgabe von § 1 erlaubt sind (§ 14 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 3 lit. 1 Verordnung zur Änderung der Verordnung über erforderliche Maßnahmen zur Eindämmung der Ausbreitung des neuartigen Coronavirus SARS-CoV-2 in Berlin vom 2.4.2020). Dazu zählen u. a. Veranstaltungen „der Gerichte“ (§ 1 Abs. 2 VO).
- In Sachsen-Anhalt ist ein Verlassen der eigenen Wohnung „nur bei Vorliegen triftiger Gründe“ erlaubt. Als „triftiger Grund“ gilt u. a. „das Aufsuchen von Gerichtsverhandlungen“ (Punkte 1 und 1.10 der Allgemeinverfügung Vollzug des Infektionsschutzgesetzes Maßnahmen anlässlich der Corona-Pandemie Ausgangsbeschränkungen vom 22.3.2020)

Die Öffentlichkeitsmaxime wird durch die vorgenannten Regelungen daher von vornherein nicht berührt, da der Besuch von Gerichtsverhandlungen nach wie vor erlaubt ist. Strengere Regelungen finden sich hingegen in den Ländern Bayern und Sachsen:

- Die „Verordnung zur Änderung der Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung“ und die „Verordnung des Sächsischen Staatsministeriums für Soziales und Gesellschaftlichen Zusammenhalt zum Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2 und COVID-19“ (jeweils vom 31.3.2020) erlauben das Verlassen der eigenen Wohnung/häuslichen Unterkunft ebenfalls nur bei Vorliegen eines „triftigen Grundes“ (§ 4 Abs. 2 der VO Bayern; § 2 Abs. 1 VO Sachsen). Im jeweils nachfolgenden Absatz findet sich sodann ein Katalog solcher Gründe; dazu zählt in beiden Ländern „die Ausübung beruflicher Tätigkeiten“ und in Sachsen zudem „die Wahrnehmung unaufschiebbarer Termine bei [...] Gerichten“ (§ 4 Abs. 3 Nr. 1 VO Bayern; § 2 Abs. 2 Nr. 2, 10 VO Sachsen).

Die „triftigen Gründe“ sind zwar nicht abschließend aufgeführt („insbesondere“). Doch liegt ein Gegenschluss zu den ausdrücklich benannten Gründen („berufliche Tätigkeiten“ und „unaufschiebbare Termine“) zumindest nahe, dass weniger bedeutsame Anliegen, wie die Teilnahme an Verhandlungen als bloßer Besucher eben nicht genügen, um die eigene Wohnung verlassen zu dürfen. Festzuhalten ist, dass die Regelungen in Bayern und Sachsen (quasi als Reflex der Pandemiebekämpfung im Ergebnis) zu einer Beschränkung des Öffentlichkeitsrechts iSd § 169 Abs. 1 S. 1 GVG führen können (zu § 338 Nr. 6 StPO sogleich).

c) Medienöffentlichkeit als Minimum öffentlicher Kontrolle

Ein gänzlicher Ausschluss der Öffentlichkeit ist damit aber nicht verbunden. Denn eine Teilnahme an Hauptverhandlungen ist jedenfalls noch Personen zur „Ausübung beruflicher Tätigkeiten“ (s. o.) möglich. Dazu zählen namentlich Journalisten und weitere Medienangehörige. Da einer breiten Öffentlichkeit (schon wegen der begrenzten räumlichen Möglichkeiten) ohnehin kein unbegrenzter Zugang zu Verhandlungen gewährt werden kann, kommt den Medien für die öffentliche Kontrolle der Gerichte ein ganz besonderer Stellenwert zu¹⁷. Im Gerichtssaal sind sie quasi die „Augen und Ohren“ der Gesellschaft; erst durch sie als „mediale

Multiplikatoren“ erfährt eine breitere Öffentlichkeit, was dort geschieht. Die gesellschaftliche Entwicklung hin zu einer mehr und mehr mittelbaren Öffentlichkeit in Gerichtsverhandlungen hat schließlich auch den Gesetzgeber vor kurzem bewogen, das strikte Aufnahmeverbot aus § 169 Abs. 1 S. 2 GVG zu lockern¹⁸. Dies ändert freilich nichts daran, dass nach wie vor grundsätzlich „jedermann“ das durch § 338 Nr. 6 StPO abgesicherte Recht auf Teilnahme an der Verhandlung „vor dem erkennenden Gericht“ hat¹⁹.

d) Verletzung der Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens (§ 338 Nr. 6 StPO)?

Bei der Auslegung des § 338 Nr. 6 StPO ist zu beachten, dass nicht jedwedes objektive „Hindernis“, welches die Teilnahme an einer Verhandlung hindert, auch zu einer „Verletzung“ der Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens führt. Diese sind nur dann „verletzt“, wenn dem erkennenden Gericht (und nicht irgendeinem Dritten) auf dem Weg zum Urteil hin ein Fehler unterläuft. Dies ergibt sich zwar noch nicht aus dem Wortlaut des § 338 Nr. 6 StPO, folgt aber jedenfalls aus dem gemeinsamen Grundgedanken der absoluten Revisionsgründe in § 338 StPO. Denn deren zentraler Bezugspunkt ist entweder das Gericht oder sein Handeln. So betreffen die Regelungen in Nrn. 1 bis 4 die Zuständigkeit des Gerichts und seine Besetzung, die Regelungen in Nrn. 7 und 8 dessen Urteil sowie bestimmte Beschlüsse, während § 338 Nr. 5 StPO einen speziellen Fall der Verletzung der gerichtlichen „Aufsichtspflicht“ zum Gegenstand hat.

Ebenso verhält es sich mit § 338 Nr. 6 StPO. Von einer „Verletzung“ des Öffentlichkeitsgrundsatzes im Sinne dieser Norm ist daher zweifelsohne auszugehen, wenn das Gericht (selbst) die Öffentlichkeit zu Unrecht ausgeschlossen oder – forensisch bedeutsamer – nicht rechtzeitig wiederhergestellt hat²⁰. Gegen diesen Grundsatz wird nicht nur dann verstoßen, wenn alle Zuhörer von der Verhandlung ausgeschlossen werden. Es genügt, dass das Gericht einzelne Personen in einer nicht dem Gesetz entsprechenden Weise die Teilnahme an der Verhandlung verwehrt, sei es, dass es einen Besucher entfernen lässt, sei es, dass es ihm gar den Zugang zur Verhandlung verweigert²¹. Ausnahmsweise kann auch das Fehlverhalten Dritter, die dem erkennenden Gericht nicht angehören, diesem „zurechenbar“ sein. Dies gilt etwa dann, wenn das Gericht zur Durchführung der Verhandlung, insbesondere zur Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung „Hilfspersonal“ (wie etwa Wachtmeister) einsetzt, welches einzelnen Personen den Zutritt zum Saal in gesetzwidriger Weise verwehrt²². Entsprechend dem Grundgedanken des § 831 Abs. 1 BGB haftet das Gericht dann für seine „Verrichtungsgehilfen“, sofern ihm bei der Auswahl, Anleitung oder Aufsicht ein Fehler unterlaufen ist. Die An-

17 So auch *Meyer-Goßner/Schmitt* StPO, 63. Aufl., § 169 GVG Rn. 1 bei der Öffentlichkeitsmaxime „steht heute die Massenmedienöffentlichkeit im Vordergrund“; ebenso *MüKoStPO/Knauer/Kudlich* § 338 Rn. 126.

18 Mit dem „Gesetz zur Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren [...]“ v. 8.10.2017 (BGBl. I 3546) wurde § 169 GVG durch die Abs. 3 und 4 und Abs. 1 durch S. 3 und 4 ergänzt.

19 Vgl. BGHSt 3, 386; 18, 179 (180); BGH NSTz 2008, 582; *MüKoStPO/Knauer/Kudlich* § 338 Rn. 149; *KK-StPO/Gericke* 8. Aufl., § 338 Rn. 91 mwN.

20 Vgl. dazu *Hamm* Revision in Strafsachen, 7. Aufl., Rn. 470.

21 Vgl. BGHSt 24, 329 (330), 18, 179 (180); 3, 386 (388); krit. dazu LR-StPO/*Franke* 26. Aufl., § 338 Rn. 109.

22 Vgl. dazu BGHSt 22, 297 (301); *MüKoStPO/Knauer/Kudlich* § 338 Rn. 136 f.; *BeckOK StPO/Wiedner* (Ed. 1.1.2020), § 338 Rn. 147.

forderungen, die an das Gericht zu stellen sind, dürfen dabei aber nicht überspannt werden²³.

Eine weitergehende „Haftung“ für Umstände, die außerhalb des gerichtlichen Einflussbereichs liegen, ist dagegen abzulehnen. Sie würde zu einer willkürlichen Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 338 Nr. 6 StPO führen und stünde auch mit dem gemeinsamen systematischen Grundgedanken der absoluten Revisionsgründe in § 338 StPO (nämlich die Besetzung des erkennenden Gerichts oder sein Handeln als Bezugspunkt, s. o.) nicht mehr in Einklang. So hat der BGH eine Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes zu Recht verneint, wenn bei einem „Ortstermin“ der Inhaber des Hausrechts den Zutritt zu seinem Anwesen zwar den Verfahrensbeteiligten gestattet, Zuschauern hingegen verweigert²⁴. Ebenso verhält es sich bei weiteren Ursachen, auf die das Gericht ebenfalls keinen Einfluss hat, wie etwa bei einem Verkehrsunfall, einem Streik im öffentlichen Nahverkehr, einer Straßenblockade, einer Straßensperre oder einer Demonstration in der Nähe des Gerichtsgebäudes, welche dazu führen, dass Zuschauer nicht oder erst verspätet einer Verhandlung beiwohnen können²⁵. Dies gilt unabhängig davon, ob solcherlei Hindernisse dem Gericht bekannt sind. Denn es geht hier nicht um die Beantwortung einer „Schuldfrage“ oder um ein „Verschulden“, mag dies in der Diskussion auch immer wieder so anklingen²⁶, sondern um die objektive Reichweite gerichtlicher Pflichten²⁷.

Vor diesem Hintergrund ist es daher auch nicht von Belang, ob Zugangsbeschränkungen durch Private oder durch sonstige staatliche Stellen verursacht worden sind²⁸. Schon aus diesem Grund führen die anlässlich der Pandemie durch die Exekutive angeordneten Ausgangsbeschränkungen in Bayern und Sachsen nicht zu einer Verletzung „der Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens“ iSd § 338 Nr. 6 StPO dieser Vorschrift. Der Regelung ist eine „gesamtschuldnerische Haftung“ von Judikative und Exekutive grundsätzlich fremd.

Eine Ausnahme davon wäre m. E. nur dann angezeigt, wenn es originärer Zweck der exekutiven Handlungen wäre, die Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung faktisch auszuschließen. Davon wäre etwa auszugehen, wenn die Polizei durch eine Straßensperre in der Nähe des Gerichts die Berichterstattung über korruptive Verhältnisse im Polizeiapparat verhindern will. Angesichts der Bedeutung des Öffentlichkeitsgrundsatzes, der als Teil des Rechtsstaatsprinzips zudem verfassungsrechtlichen Schutz genießt (s. o.), verbietet sich in einem solchen Extremfall die Durchführung der Hauptverhandlung. Würde das Gericht – quasi im „Windschatten“ einer rechtswidrigen Exekutivmaßnahme – verhandeln, wäre es aus rechtsstaatlicher Sicht unerlässlich, von einer „Mithaftung“ des erkennenden Gerichts auszugehen und (im Wege verfassungskonformer Auslegung) ausnahmsweise auch eine „Verletzung“ iSd § 338 Nr. 6 StPO zu bejahen.

Eine zumindest ähnliche Konstellation hatte die Revision in einem im Jahr 1979 beim 3. Strafsenat des BGH anhängigen Verfahren behauptet²⁹. Sie hatte dort geltend gemacht, dass Besucher im Gerichtsgebäude von Polizisten fotografiert sowie gefilmt worden seien und deshalb auf die Teilnahme an der Hauptverhandlung des Tatgerichts verzichtet hätten. Dort hatte der BGH immerhin erwogen, dass bei einer Beschränkung der Öffentlichkeit durch – auf ein bestimmtes Verfahren gerichtete – polizeiliche Maßnahmen die Gerichte „gegebenenfalls auf Abhilfe hinzuwirken oder notfalls die

Durch- oder die Fortführung der Hauptverhandlung abzulehnen“ hätten³⁰.

Eben diese Voraussetzungen sind aber im Falle allgemeiner Ausgangsbeschränkungen ersichtlich nicht gegeben. Ausschließlicher Zweck der Regelungen in Bayern und Sachsen ist es, eine weitere Ausbreitung der Pandemie zu verlangsamen und zu stoppen, nicht aber eine öffentliche Teilhabe an Hauptverhandlungen zu verhindern, zumal eine Teilnahme von Medienangehörigen nach wie vor möglich war und ist (s. o.). So erfassen die getroffenen Maßnahmen zur Eindämmung der Pandemie nahezu alle Lebensbereiche und haben zu einem weitgehenden Stillstand des gesamten öffentlichen Lebens geführt. Es geht bei den Maßnahmen eben nicht darum, eine öffentliche Kontrolle der Strafgerichtsbarkeit auszuschließen, sondern allgemein und ohne jeden Bezug zu (bestimmten) Hauptverhandlungen, körperliche Kontakte zwischen Menschen (überhaupt) auf ein Minimum zu reduzieren. Die Reduktion öffentlicher Teilhabe an den (ohnehin) nur noch wenigen Hauptverhandlungen (s. o.) war damit lediglich einer von vielen „Kollateralschäden“, die die erforderliche Bekämpfung der Pandemie mit sich brachte.

Ein solcher „Kollateralschaden“ könnte zwar dadurch vermieden werden, dass in der „Corona-Ära“ (wie lange sie das gesellschaftliche Leben auch immer beeinflussen mag) auf die Durchführung von Hauptverhandlungen insgesamt verzichtet werden würde. Der damit einhergehende Stillstand der Strafverfolgung wäre aber mit der Pflicht, eine funktionsfähige Strafrechtspflege unter Beachtung des Beschleunigungsgebotes zu gewährleisten³¹, keinesfalls zu vereinbaren³². Die Inkaufnahme eines beschränkten Verlustes öffentlicher Kontrolle stellt im Vergleich dazu das „kleinere Übel“ dar und ist in einer solchen Ausnahmesituation für einen gewissen Zeitraum hinzunehmen. Die „Erforderlichkeit“ der strengeren Regelungen in Bayern und Sachsen unter Hinweis auf „öffentlichkeitsfreundlichere“ Regelungen in anderen Bundesländern in Zweifel zu ziehen, verfährt ebenso wenig. Denn bei einer – durch zahlreiche Unsicherheiten und sich ständig weiterentwickelnde fachliche Erkenntnisse geprägten – epidemischen Lage wie der vorliegenden ist den einzelnen Ländern auch mit Blick auf ihre unterschiedliche Betroffenheit und ihre sonstigen individuellen

23 BGH aaO; BGH StV 1981, 3 (4); BGH Beschl. v. 13.9.2000 – 3 StR 379/00, BeckRS 2000, 30131111; Meyer-Göfner/Schmitt StPO, 63. Aufl., § 338 Rn. 50; SK-StPO/Frisch 5. Aufl., § 338 Rn. 138.

24 BGHSt 40, 191; BGH NStZ-RR 2000, 366; ebenso Meyer-Göfner/Schmitt StPO, 63. Aufl., § 169 GVG Rn. 6; KK-StPO/Gericke 8. Aufl., § 338 Rn. 87; MüKoStPO/Knauer/Kudlich § 338 Rn. 130; aA Lilié NStZ 1993, 121.

25 Vgl. GS/Rackow 4. Aufl., § 338 Rn. 26; Temming in Gercke/Julius/Temming/Zöller, StPO, 6. Aufl., § 338 Rn. 32; zweifelnd KMR/Mommsen § 338 Rn. 78.

26 So etwa bei BGH Beschl. v. 26.7.1990 – 5 StR 295/90; ähnl. LR-StPO/Franke 26. Aufl., § 338 Rn. 113; Meyer-Göfner/Schmitt StPO, 63. Aufl., § 338 Rn. 49; Junker in Burhoff/Kotz, Handbuch Rechtsmittel, 2. Aufl., Rn. 2420; dagegen weisen Knauer/Kudlich in MüKoStPO § 338 Rn. 134 zu Recht darauf hin, dass sich dem Wortlaut ein Verschuldenserfordernis nicht entnehmen lässt.

27 So auch SK-StPO/Frisch 5. Aufl., § 338 Rn. 136 ff. (138).

28 Vgl. dazu Kulhanek NJW 2020, 1183 (1185 f.), der in dem Umstand, dass Beschränkungen nicht von der Justiz „initiiert“ seien, einen „beachtenswerten Gesichtspunkt“ sieht und nach einer Gesamtabwägung eine Verletzung iSv § 338 Nr. 6 StPO ebenfalls verneint.

29 Vgl. dazu BGH Beschl. v. 11.7.1979 – 3 StR 165/79, NJW 1980, 249, insoweit in BGHSt 29, 50 nicht abgedruckt.

30 BGH aaO; die Revision hatte letztlich keinen Erfolg, da entgegen § 344 Abs. 2 S. 2 StPO nicht vorgetragen worden war, ob von den behaupteten Maßnahmen der Polizei eine gewichtige Zwangswirkung auf potenzielle Besucher ausgegangen sei.

31 Vgl. BVerfGE 33, 367 (83); 46, 214 (222); 122, 248 (272); 130, 1 (26).

32 So auch Kulhanek NJW 2020, 1183 (1187).

Gegebenheiten eine weitgehende Einschätzungsprärogative zuzubilligen³³.

An alledem hat auch das Inkrafttreten von § 10 EGStPO nichts geändert. Zwar sieht die Vorschrift (wie oben im Einzelnen bereits dargelegt) die Hemmung von Unterbrechungsfristen von bis zu zwei Monaten vor, solange eine Hauptverhandlung aufgrund von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung des Virus nicht durchgeführt werden kann. Auch ist der Tatbestand weit gefasst und soll nach dem Willen des Gesetzgebers sämtliche Gründe erfassen, die der ordnungsgemäßen Durchführung einer Hauptverhandlung aufgrund von Infektionsschutzmaßnahmen der Gerichte und Gesundheitsbehörden entgegenstehen. Die Vorschrift geht dabei über § 229 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 StPO hinaus, weil für sie schon der Verdacht einer Erkrankung ebenso genügt wie ein eingeschränkter Gerichtsbetrieb, die Beteiligung zur Risikogruppe gehörender Personen oder dass erforderliche Abstände zwischen Verfahrensbeteiligten nicht eingehalten werden können³⁴. Doch sollte damit ersichtlich nicht etwaigen Beschränkungen des Öffentlichkeitsgrundsatzes in einzelnen Bundesländern wie in Bayern oder Sachsen entgegengewirkt werden. Denn auf diese damals schon bekannten und kontrovers diskutierten Hindernisse gehen die Gesetzesmaterialien an keiner Stelle ein, was anderenfalls

aber zu erwarten gewesen wäre. Mit der Gesetzesänderung sollte im Ergebnis lediglich eine Reduktion des Geschäftsbetriebs der Gerichte ermöglicht, nicht aber ein gänzlicher Stillstand der Rechtspflege herbeigeführt werden.

4. Fazit

Die rasche Ausbreitung des Virus „Sars-CoV-2“ beeinträchtigt (auch) die Strafrechtspflege in erheblicher Weise. Dies gilt insbesondere für laufende Hauptverhandlungen, in denen es häufig besonders schwierig ist, die erforderlichen epidemiologischen Maßnahmen mit den sonstigen Anforderungen einer strafrechtlichen Hauptverhandlung in Einklang zu bringen. Die in den Ländern Bayern und Sachsen im Zuge der Pandemie getroffenen Ausgangsbeschränkungen tangieren zwar die Öffentlichkeitsmaxime aus § 169 Abs. 1 S. 1 GVG, führen aber nicht zu einer Verletzung der „Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens“ iSd § 338 Nr. 6 StPO. ■

33 Vgl. *VGH München* NJW 2020, 1236 (1239 f.); allgemein zur Einschätzungsprärogative BVerfGE 25, 1 (17, 19 f.); 77, 84 (106 f.); 115, 276 (308).

34 Vgl. BT-Dr. 19/18110 (Gesetzentwurf), 33; s. ferner BT-Dr. 19/18129 u. 19/18158 (Berichte des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz) und BR-Dr. 153/20 (Stellungnahme des Bundesrates).