

Rechtsgutachten

**zur Frage der rechtssicheren Umsetzung des
Öffentlichkeitsgrundsatzes nach § 40 ThürKO**

erstellt im Auftrag von

**BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Landtagsfraktion Thüringen
Jürgen-Fuchs-Straße 1
99096 Erfurt**

von

Professor Dr. Michael Brenner
Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches
Verfassungs- und Verwaltungsrecht
Friedrich-Schiller-Universität Jena
Rechtswissenschaftliche Fakultät
Carl-Zeiss-Straße 3
07743 Jena

Gliederung

I. EINLEITUNG UND GUTACHTENSAUFTRAG	3
II. DER GRUNDSATZ: DIE HERSTELLUNG VON ÖFFENTLICHKEIT	3
1. GELTUNG AUCH AUF KOMMUNALER EBENE	4
2. ABER: AUSSCHLUSS DER ÖFFENTLICHKEIT GRDS. ZULÄSSIG.....	5
III. DIE HERSTELLUNG VON ÖFFENTLICHKEIT IN AUSNAHMESITUATIONEN	6
1. KEINE VERPFLICHTUNG ZUR KAPAZITÄTSERWEITERUNG.....	6
2. DIE HERSTELLUNG DER SITZUNGSÖFFENTLICHKEIT AUF ANDERE WEISE: DAS VORLIEGEN EINER AUSNAHMESITUATION	6
<i>a. Die Eingrenzung des Tatbestandsmerkmals der Ausnahmesituation</i>	<i>7</i>
<i>b. Die Entscheidungsbefugnis.....</i>	<i>8</i>
IV. DIE UNMÖGLICHKEIT VON PRÄSENZSITZUNGEN: GESTALTUNGSOPTIONEN	10
1. DAS SCHRIFTLICHE (UMLAUF-)VERFAHREN: UNZULÄSSIG, JEDENFALLS ABER NUR BEDINGT TAUGLICH	10
<i>a. Literatur: Unzulässig</i>	<i>10</i>
<i>b. Andere Auffassung vertretbar.....</i>	<i>11</i>
<i>c. Aber: keine hinreichende Beteiligung der Öffentlichkeit im Umlaufverfahren</i>	<i>11</i>
2. ELEKTRONISCHE VERFAHREN	12
<i>a. Video- und Audioübertragungen.....</i>	<i>12</i>
<i>b. Die Vorzugswürdigkeit von Videoübertragungen</i>	<i>13</i>
V. VERFASSUNGSRECHTLICH GEBOTENE SICHERUNGEN	14
1. DAS RECHT AUF INFORMATIONELLE SELBSTBESTIMMUNG.....	14
2. DAS PERSÖNLICHKEITSRECHT.....	16
3. DIE PRESSEFREIHEIT.....	16
<i>a. Die Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts</i>	<i>16</i>
<i>b. Konkretisierung durch das Verwaltungsgericht Saarlouis.....</i>	<i>17</i>
<i>c. Folgerungen.....</i>	<i>18</i>
VI. DIE TECHNISCHE SICHERSTELLUNG DER UMSETZUNG EINES AUSSETZUNGSBESCHLUSSES	19
1. KRITIK	19
2. DIE TECHNISCHE UMSETZUNG.....	20
VII. DIE SICHERUNG DES ZUGANGS ZU VIDEO- UND AUDIOGESTÜTZTEN SITZUNGEN	20

I. Einleitung und Gutachtensauftrag

Die Herstellung und Sicherung von Öffentlichkeit ist ein tragender Grundsatz in einer durch Transparenz gekennzeichneten Demokratie. Er soll jede Art geheimer Entscheidungsfindung ausschließen und sicherstellen, dass die Öffentlichkeit nicht nur hinreichend über nach den Regeln der Demokratie getroffene Entscheidungen, sondern auch über den Prozess der Entscheidungsfindung informiert ist und sich ein Bild von den maßgeblichen Argumenten, vom Verlauf von Debatten und von den Standpunkten einzelner Personen machen kann.

Die Herstellung von Öffentlichkeit ist auch im kommunalen Raum von Bedeutung. Dies gilt insbesondere für die Sitzungen des Gemeinderats, da dieser aus dem Bürgermeister und den in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählten Gemeinde- bzw. Stadtratsmitgliedern besteht, die über die Aufgaben des eigenen Wirkungskreises der Gemeinde beschließen (§ 22 Abs. 3 S. 1 ThürKO). Gerade mit Blick hierauf ist bei den Sitzungen des Gemeinderats die Öffentlichkeit sicherzustellen, was durch § 40 Abs. 1 S. 1 ThürKO ausdrücklich klargestellt wird.

Dass das Öffentlichkeitsgebot in Zeiten einer Pandemie jedoch unter Umständen nicht in der überkommenen Art und Weise verwirklicht werden kann, haben die Erfahrungen der vergangenen Monate gezeigt¹. Mit Blick auf diese Erfahrungen spürt das Gutachten der Frage nach, wie eine rechtssichere Umsetzung einer Regelung zur Herstellung der Öffentlichkeit nach § 40 ThürKO per Livestream oder anderen Übertragungswegen unter Berücksichtigung der Rechtsprechung erfolgen kann.

II. Der Grundsatz: Die Herstellung von Öffentlichkeit

Das Prinzip der Öffentlichkeit stellt einen tragenden Grundsatz des Kommunalrechts dar². Es ist von dem Anliegen getragen, das Interesse der Bürger an der Selbstverwaltung zu fördern und dem Gemeindegänger Einblick in die Tätigkeit des Gemeinderats zu geben. Auf diese Weise soll „eine Grundlage für die effektive Kontrolle der

¹ Vgl. zu der vergleichbaren Problematik bei Gerichten U. Berlit, Kollegialberatung und richterlichen Entscheidungsfindung per Video? – ein Problemaufriss mit ersten Lösungsansätzen, juris 2020, S. 310 ff.

² So zutreffend M.-E. Geis, Kommunalrecht, 4. Aufl., 2016, S. 138.

Verwaltung und für die Ausübung des Wahlrechts durch die Gemeindebürger“ geschaffen werden³.

Gespeist wird der Öffentlichkeitsgrundsatz aus dem Demokratieprinzip. Öffentlichkeit lässt sich als elementarer Bestandteil der Demokratie begreifen. Die Herrschaft des Volkes verlangt Offenheit und Transparenz, nicht Verschwiegenheit und Geheimniskrämerei. Da das Demokratieprinzip auch auf der Ebene der Gemeinden zur Anwendung kommt, ist auch dort dem Öffentlichkeitsgrundsatz zu umfassender Wirksamkeit zu verhelfen.

1. Geltung auch auf kommunaler Ebene

Auch auf kommunaler Ebene ist der Öffentlichkeitsgrundsatz von elementarer Bedeutung. Er ist grundlegend auch für die Funktionsfähigkeit der kommunalen Selbstverwaltung, weil das Demokratieprinzip ganz wesentlich auch die Kontrolle der Gewählten durch die Wähler und die Öffentlichkeit zum Inhalt hat, einschließlich der Kontrolle durch die Medien⁴. Der Öffentlichkeitsgrundsatz ist im demokratischen Rechtsstaat auch im Hinblick auf die kommunale Ebene eines der wichtigsten Mittel, das Interesse der Bürgerschaft an der Selbstverwaltung zu wecken und zu erhalten⁵.

Gerade auf kommunaler Ebene hat der Öffentlichkeitsgrundsatz die Funktion, den Gemeindebürgern Einblicke in die Tätigkeit der Verwaltungskörperschaft und ihrer einzelnen Mitglieder zu geben. Auf diese Weise soll eine auf eigener Kenntnis und Beurteilung beruhende Grundlage für eine sachgerechte Kritik und Willensbildung geschaffen werden; zudem soll damit der Gemeinderat einer allgemeinen Kontrolle der Öffentlichkeit unterworfen und dazu beigetragen werden, einer unzulässigen Einwirkung persönlicher Beziehungen, Einflüsse und Interessen auf die Beschlussfassung des Gemeinderats vorzubeugen⁶. Es soll dem Anschein vorgebeugt werden,

³ So M.-E. Geis, Kommunalrecht, 4. Aufl., 2016, S. 138, unter Verweis auf VGH Mannheim, ESVGH 17, 118; OVG Münster, DVBl. 1990, 160; Ruff, KommJur 2009, S. 201/202.

⁴ So mit Recht VG Minden, Beschluss v. 20.05.2020, BeckRS 2020, 9708, Rdnr. 9.

⁵ VGH Mannheim, BeckRS 2015, 50159.

⁶ VGH Mannheim, BeckRS 2015, 50159, Rdnr. 38.

dass „hinter verschlossenen Türen“ unsachliche Motive für die Entscheidung maßgeblich gewesen sein könnten⁷.

In Konkretisierung des Grundsatzes der Öffentlichkeit bedeutet der Grundsatz der Sitzungsöffentlichkeit, „dass jedermann im Sinne einer Saalöffentlichkeit grundsätzlich das Recht hat, ohne Ansehen seiner Person als Zuhörer an den Sitzungen des Rates teilzunehmen“⁸. Dies impliziert die Verpflichtung, Räumlichkeiten zu wählen, zu denen ein ungehinderter Zugang gewährleistet ist und ausreichend Platz für die Zuhörer vorhanden ist. Eine Verpflichtung zur Erweiterung der üblichen Zuschauerkapazität besteht jedoch unter dem Blickwinkel der Sitzungsöffentlichkeit nicht⁹.

Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Sitzungsöffentlichkeit führt zur Nichtigkeit der gefassten Beschlüsse¹⁰.

2. Aber: Ausschluss der Öffentlichkeit grds. zulässig

Auch wenn der Öffentlichkeitsgrundsatz einen Anspruch auf Teilnahme an den Sitzungen des Gemeinderats als Zuhörer beinhaltet, so schließt dies gleichwohl nicht aus, dass die Sitzung ausnahmsweise nichtöffentlich abgehalten werden darf, allerdings nur, sofern hinreichende Gründe für den Ausschluss der Öffentlichkeit vorliegen.

Auch wenn die Gemeindeordnungen der Länder – so auch in Thüringen, § 40 Abs. 1 ThürKO – die Möglichkeit vorsehen, die Öffentlichkeit auszuschließen, so ist dies doch nur unter erschwerten Bedingungen möglich, nämlich dann, wenn Rücksichten auf das Wohl der Allgemeinheit oder das berechtigte Interesse Einzelner zu nehmen sind¹¹. Beschlüsse, die in nichtöffentlicher Sitzung gefasst wurden, müssen jedoch nach Wiederherstellung der Öffentlichkeit, jedenfalls aber in der nächsten öffentlichen Sitzung des Gemeinderats bekanntgegeben werden. Gemeinderatsbeschlüsse,

⁷ VGH Mannheim, BeckRS 2015, 50159, Rdnr. 38.

⁸ VG Minden, Beschluss v. 20.05.2020, BeckRS 2020, 9708, Rdnr. 9, m. w. N. So auch S. Haack, Kommunalrecht, in: U. Steiner/R. Brinktrine (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 9. Aufl., 2018, § 1, Rdnr. 171.

⁹ VG Minden, Beschluss v. 20.05.2020, BeckRS 2020, 9708, Rdnr. 10.

¹⁰ VG Gelsenkirchen, Urteil v. 12.07.2018 – 15 K 5404/15 –, juris Rdnr. 56 m. w. N.

¹¹ Ausführlich hierzu M.-E. Geis, Kommunalrecht, 4. Aufl., 2016, S. 140.

die den rechtlichen Voraussetzungen für einen Ausschluss der Öffentlichkeit nicht genügen, sind ggf. ungültig¹².

III. Die Herstellung von Öffentlichkeit in Ausnahmesituationen

Aus der grundlegenden Bedeutung des Öffentlichkeitsgrundsatzes gerade auch auf der kommunalen Ebene folgt zwingend die Notwendigkeit, diese auch in Ausnahmesituationen sicherzustellen. Ausnahmesituationen rechtfertigen es nicht, von diesem elementaren Grundsatz abzuweichen.

1. Keine Verpflichtung zur Kapazitätserweiterung

Als eine – unproblematische – Konstellation ist freilich der Fall anzusehen, dass unter Wahrung hinreichender Abstands- und Hygieneregeln die übliche Raumkapazität ausreicht, um dem Grundsatz der Sitzungsöffentlichkeit gerecht zu werden. Dies folgt daraus, dass die Öffentlichkeit nämlich bereits dann hergestellt ist, wenn in den Grenzen der (üblicherweise) vorhandenen Kapazitäten jedermann die Zugangsmöglichkeit zu einer Sitzung des Gemeinderats eröffnet ist. Eine Verpflichtung zum Ausbau der üblichen Kapazität wird vom Grundsatz der Sitzungsöffentlichkeit nicht verlangt¹³.

Dies wiederum bedeutet, dass die üblicherweise vorhandenen Kapazitäten jedenfalls dann als erschöpft gelten, wenn aufgrund der in einer Coronaschutzverordnung vorgesehenen Abstandsregeln lediglich ein Teil der sonst zur Verfügung stehenden Sitzplätze im Zuschauerraum des Ratssaales besetzt werden kann. In einem solchen Fall bedarf es jedenfalls keines Ausweichens auf andere Sitzungsräume¹⁴.

2. Die Herstellung der Sitzungsöffentlichkeit auf andere Weise: Das Vorliegen einer Ausnahmesituation

Ist ein Zusammentritt des Gemeinderats in den üblicherweise genutzten Räumlichkeiten aufgrund äußerer Umstände aber überhaupt nicht möglich, weil eine Ausnahmesituation vorliegt – was beispielsweise für den Fall einer Naturkatastrophe, einer von den zuständigen Behörden verhängten Ausgangssperre oder bei behördlich an-

¹² VGH München, BayVBl. 2009, 344/345. S. hierzu auch Pahlke, BayVBl. 2010, S. 357 ff.

¹³ OVG Münster, NWVBl. 2010, 201 ff.

¹⁴ VG Minden, Beschluss v. 20.05.2020, BeckRS 2020, 9708.

geordneten Kontaktvermeidungsmaßnahmen anzunehmen ist –, so muss die (Sitzungs-)Öffentlichkeit auf anderem Wege hergestellt werden; ansonsten liefe der Grundsatz der (Sitzungs-)Öffentlichkeit in die Leere

a. Die Eingrenzung des Tatbestandsmerkmals der Ausnahmesituation

Jedoch bedarf es hierfür des Vorliegens einer Ausnahmesituation. Da die Inanspruchnahme elektronischer Verfahren lediglich ein – wenn auch weitgehend adäquater – Ersatz für Präsenzsitzungen darstellen kann – was unten vertieft wird –, so bedarf es jedenfalls zunächst einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage, in der bestimmt ist, was als Ausnahmesituation zu begreifen ist und somit als Rechtfertigung dient, vom Grundsatz der Durchführung von Gemeinderatssitzungen als Präsenzsitzungen abzuweichen.

In Betracht zu ziehen ist insoweit zunächst, eine allgemeine Formulierung in die ThürKO aufzunehmen, wonach bei Vorliegen einer Ausnahmesituation vom Regelfall der Präsenzsitzungen abgewichen und auf elektronische Verfahren – insbes. Videositzungen – ausgewichen werden kann. Indes bedarf das Vorliegen einer Ausnahmesituation mit Blick auf die rechtsstaatlich gebotene Normenklarheit einer Konkretisierung, da der Begriff der Ausnahmesituation viel zu allgemein gehalten ist.

Es empfiehlt sich daher, in das Gesetz den auch in der Brandenburgischen kommunalen Notlagenverordnung enthaltenen Begriff der „außergewöhnlichen Notlage“ zu verwenden, der deutlich macht, dass das Abweichen vom Regelfall der Präsenzsitzungen einer ganz besonderen Rechtfertigung bedarf. Auch wenn es sich bei dem Begriff um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, so lässt sich dieser doch mit den Mitteln der juristischen Auslegung inhaltlich eingrenzen und damit handhabbar und berechenbar gestalten. Im Rahmen einer solchen Auslegung lässt sich eine Notlage dann als außergewöhnlich bezeichnen, wenn eine erhebliche Gefährdung existentieller Rechtsgüter, wie insbesondere Leben, Gesundheit oder anderer Grundvoraussetzungen einer menschenwürdigen Existenz, in Rede steht. Regelmäßig wird dies dann anzunehmen sein, wenn die Grundrechte aus Art. 2 Abs. 2 GG oder Art. 1

Abs. 1 GG betroffen sind¹⁵. Der landesweite Ausbruch bzw. die landesweite Ausbreitung und Entwicklung einer Pandemie lassen sich jedenfalls fraglos unter diesen Begriff subsumieren.

Alternativ hierzu käme eine abschließende oder exemplarische („insbesondere“) Auflistung möglicher Fälle einer außergewöhnlichen Notlage in Betracht. Insoweit könnten auch die Formulierung verwendet werden, dass im Falle einer Naturkatastrophe, einer Pandemie oder einem ähnlichen Ereignis höherer Gewalt vom Regelfall der Präsenzsitzungen abgewichen werden kann¹⁶.

b. Die Entscheidungsbefugnis

Einer Klärung bedarf des Weiteren die Frage, wer über das Vorliegen einer außergewöhnlichen Notlage befindet. Vorstellbar sind insoweit im Wesentlichen zwei Varianten

Zum einen kommt insoweit eine Gestaltung dahingehend in Betracht, dass der Gemeinderat durch Mehrheitsbeschluss über das Vorliegen einer solchen Notlage befindet. Angesichts der Bedeutung der Entscheidung sollte die Entscheidung jedenfalls nicht in die Hände des Bürgermeisters gelegt werden, zumal es sich insoweit auch nicht um eine Angelegenheit der laufenden Verwaltung handelt.

Ergänzend könnte insoweit im Gesetz zudem die Vorgabe verankert werden, dass ein solcher Beschluss die Unaufschiebbarkeit der Beratung bzw. der Beschlussfassung zur Voraussetzung haben muss, d. h. ein Zuwarten der Beschlussfassung bis zu einer Normalisierung der Situation und der damit verbundenen Wiederaufnahme der Sitzungen in Präsenzform wegen der Dringlichkeit der Beratung bzw. der Beschlussfassung nicht möglich ist. Zudem müsste im Gesetz bestimmt werden, welche konkreten Folgen an die Entscheidung geknüpft werden – insbesondere mithin die

¹⁵ Näher hierzu mit weiteren Nachweisen D. Lück, Brandenburgische Notlagenverordnung (BbgKom-NotV) – SARS-CoV-2-bedingte und befristete Ausnahme oder Beginn der Digitalisierung kommunaler Entscheidungsprozesse?, LKV 2020, S. 201/202 f.

¹⁶ So verwendet auch die in BT-Drucks. 19/20596 vorgeschlagene Neufassung von § 52 Abs. 4 BWG, die sich auf das Verfahren zur Aufstellung von Wahlbewerbern bezieht, die Formulierung „im Falle einer Naturkatastrophe oder eines ähnlichen Ereignisses höherer Gewalt“.

Folge, dass Gemeinderatssitzungen ab dem Zeitpunkt der Entscheidung in elektronischer Form stattfinden können oder müssen. Zudem müsste Gesetz niedergelegt sein, unter welchen Voraussetzungen wieder zur Normalität – sprich zu Präsenzsitzungen – zurückgekehrt werden könnte bzw. müsste. Schließlich könnte insoweit bestimmt werden, dass Wahlen nicht in elektronischer Form durchgeführt werden dürfen, sondern allenfalls, wenn dies nötig sein sollte, in Form einer Briefwahl.

Zum anderen käme insoweit in Betracht, im Gesetz eine Verordnungsermächtigung zu verankern, wonach der Landesinnenminister über das Vorliegen einer außergewöhnlichen Notlage entscheidet und damit zugleich verbindlich anordnet, dass Sitzungen des Gemeinderats nurmehr auf elektronischem Weg stattfinden dürfen. Die Feststellung des Vorliegens einer außergewöhnlichen Notlage durch den Landesinnenminister würde damit für das ganze Bundesland einheitlich erfolgen. Gleiches würde für den *actus contrarius* gelten, mithin die Entscheidung, dass die außergewöhnliche Notlage nicht mehr vorliegt und damit zur Normalität zurückgekehrt werden kann; auch diese Entscheidung wäre dann durch den Landesinnenminister zu treffen.

Ggf. könnte die Entscheidung des Innenministers auch an ein positives Votum des Landtags geknüpft werden, um eine möglichst breite parlamentarische Unterstützung zu sichern. Dies würde es dem Landtag auch ermöglichen, eine zeitliche Befristung des Abweichens von der Normalität der Präsenzsitzungen zu erreichen. Vorstellbar wäre auch die Anbindung an das positive Votum eines Parlamentsausschusses.

In der Verordnungsermächtigung müsste allerdings das „Programm“ der Verordnung enthalten sein, d. h. es müsste aus der Verordnungsermächtigung nach Inhalt, Zweck und Ausmaß erkennbar sein, welche Maßnahmen aufgrund der Feststellung der außergewöhnlichen Notlage durch den Innenminister getroffen werden können. Damit würde der Vorgabe des Art. 84 Abs. 1 S. 1 ThürVerf Rechnung getragen werden. Empfehlen würde es sich insoweit, die Durchführung elektronischer Sitzungen ausdrücklich zu erwähnen. Darüber hinaus könnten an die Feststellung ähnliche Folgen bzw. Verbote geknüpft werden wie in der zuvor beschriebenen Variante.

IV. Die Unmöglichkeit von Präsenzsitzungen: Gestaltungsoptionen

Können Präsenzsitzungen aufgrund einer außergewöhnlichen Notlage nicht durchgeführt werden – unabhängig davon, in welchem Verfahren über das Vorliegen einer solchen Notlage entschieden wird –, so bedarf die Frage der Klärung, in welcher Form der Gemeinderat seine Sitzungen durchführen kann.

1. Das schriftliche (Umlauf-)Verfahren: Unzulässig, jedenfalls aber nur bedingt tauglich

Eine erste und durchaus praktizierte Option, Beschlüsse des Gemeinderats jenseits von Präsenzsitzungen zu fassen, könnte das auch als Zirkularverfahren bezeichnete schriftliche (Umlauf-)Verfahren sein, ein Verfahren, das immerhin auch von der Bundesregierung, die ebenso wie Gemeinde- und Kreistage ein Exekutivorgan darstellt, praktiziert wird, und zwar mit Billigung der Rechtsprechung¹⁷.

a. Literatur: Unzulässig

Die Anwendbarkeit dieses Modells auf Entscheidungen des Gemeinderats wird jedoch von einem Teil der Literatur abgelehnt¹⁸, unter Berufung auf den Sitzungszwang. Diese Argumentation erscheint zumindest deshalb nachvollziehbar, weil für die Vornahme exekutiver Verwaltungsentscheidungen im Umlaufverfahren eine hinreichende Rechtsgrundlage nicht erkennbar ist. Nach dieser Auffassung sind im Zirkularweg getroffene Beschlüsse unwirksam, auch wenn sie im Konsens getroffen worden sind¹⁹.

Mit Blick auf Thüringen lässt sich diese Auffassung unter Bezugnahme auf § 36 Abs. 1 S. 1 ThürKO begründen, da die Norm bestimmt, dass Beschlüsse des Gemeinderats in Sitzungen gefasst werden; dabei kann der Begriff der Sitzung durchaus im Sinne einer Präsenzsitzung unter Anwesenheit der Gemeinderatsmitglieder verstanden werden.

¹⁷ BVerwGE 89, 121 = NJW 1992, 2648

¹⁸ Vgl. M.-E. Geis, Kommunalrecht, 4. Aufl., 2016, Rdnr. 156.

¹⁹ So M.-E. Geis, ebenda.

b. Andere Auffassung vertretbar

Wollte man dieser Auffassung nicht folgen, den Sitzungsbegriff mithin weit verstehen und von der Zulässigkeit des Umlaufverfahrens auch im Kommunalrecht ausgehen wollen, so kann jedenfalls auf die Ausgestaltung einiger Kammergesetze verwiesen werden. So lässt beispielsweise § 72 Abs. 4 BRAO für Beschlüsse des Vorstands einer Rechtsanwaltskammer – und damit eines Organs der funktionalen Selbstverwaltung – die schriftliche Abstimmung dann zu, wenn kein Mitglied des Vorstandes widerspricht. Darüber hinaus ermöglicht § 90 VwVfG bzw. § 90 ThürVwVfG die Beschlussfassung von Ausschüssen im schriftlichen Verfahren, wenn kein Mitglied widerspricht

Unter Berücksichtigung dieser – gesetzlichen – Ausgestaltung ließe sich eine Beschlussfassung des Gemeinderats auch im schriftlichen Umlaufverfahren durchaus für zulässig erachten. Um jedoch auf der rechtlich sicheren Seite zu sein und der Rüge der Nichtigkeit im Umlaufverfahren gefasster Beschlüsse vorzubauen, müsste eine entsprechende Klarstellung in der ThürKO vorgenommen werden.

Doch ungeachtet dessen würde eine solche Regelung dem Öffentlichkeitsgebot nicht zum Durchbruch verhelfen. Denn auch in dieser Ausgestaltung müssten, gewissermaßen auf einer ersten Stufe, die zu behandelnden Tagesordnungspunkte, Beschlussvorlagen u. ä. nicht nur den Gemeinderatsmitgliedern, sondern auch der Öffentlichkeit zur Kenntnis gebracht werden. Dies könnte durch öffentliche Bekanntmachung, insbesondere durch Veröffentlichung im Amtsblatt der Gemeinde, erfolgen. Auch eine Veröffentlichung auf der Internet-Homepage der Gemeinde käme insoweit in Betracht. Da § 39 Abs. 1 S. 4 ThürKO bestimmt, dass bei der Beschlussfassung offen abgestimmt wird, müsste zudem sichergestellt werden, dass das Abstimmungsverhalten der einzelnen Gemeinderatsmitglieder bekannt gemacht wird, was ebenfalls auf überkommenem Wege oder aber auf der Homepage der Gemeinde kundgetan werden könnte.

c. Aber: keine hinreichende Beteiligung der Öffentlichkeit im Umlaufverfahren

Allerdings könnte im Umlaufverfahren im Hinblick auf Diskussionen die Öffentlichkeit nicht hergestellt werden; es würde mithin ein wesentlicher Aspekt der Öffentlichkeits-

beteiligung notleidend bleiben. Das Umlaufverfahren ist daher im Hinblick auf Herstellung und Beteiligung der Öffentlichkeit zwangsläufig auf die Aspekte der Bekanntgabe der Beratungsgegenstände einschließlich entsprechender Änderungsanträge sowie, sofern eine Abstimmung in Rede steht, die Bekanntgabe des möglichen Abstimmungsergebnisses beschränkt.

Selbst wenn man von der Zulässigkeit des Verfahrens auf kommunaler Ebene ausgehen wollte, so ist es jedenfalls nicht in der Lage, sämtliche verfassungsrechtlich vorgegebenen Aspekte des Öffentlichkeitsprinzips abzudecken. Daher kann es als Ersatz für Präsenzsitzungen nicht herangezogen werden.

2. Elektronische Verfahren

a. Video- und Audioübertragungen

Nimmt man elektronische Verfahren in den Blick – insbesondere Video- und Audio-konferenzen –, so ist insoweit von Bedeutung, dass lediglich Videokonferenzen in der Lage sind, trotz der räumlichen Trennung der Sitzungsteilnehmer eine Präsenzsitzung im Wesentlichen zu ersetzen. Dies liegt darin begründet, dass nur diese Art der Übertragung in der Lage ist, im Hinblick auf Mimik, Gestik und Verstehen dem Vergleich mit einer Präsenzsitzung standzuhalten²⁰. Nur diese Art der insbesondere auch die visuelle Komponente berücksichtigende Art der Übertragung kann mithin eine Situation schaffen, die der einer Präsenzveranstaltung – *mutatis mutandis* – vergleichbar ist.

Demgegenüber stellen bloße Audioübertragungen, mithin Übertragungen, bei denen lediglich die Stimme der Sitzungsteilnehmer, wenn auch in Echtzeit, zu hören ist, kein einer Präsenzsitzung im Wesentlichen vergleichbares Format dar. Sie sind nicht in der Lage, ein visuelles Bild des jeweiligen Gegenübers zu vermitteln und vermögen daher letztlich dem Öffentlichkeitsprinzip nicht gerecht zu werden²¹.

²⁰ G. Wacker, Entscheidungsfindung in Kollegialorganen in Krisenzeiten, NVwZ 2020, S. 922/926.

²¹ Ungeachtet dessen lässt § 7 BbgKomNotV auch Audiositzungen zu.

b. Die Vorzugswürdigkeit von Videoübertragungen

Das Videoverfahren – durchgeführt als Videositzung mit Hilfe entsprechender technischer Verfahren – hat den Vorteil, dass es neben sämtlichen Sitzungsteilnehmern und deren Mimik und Gestik auch die Öffentlichkeit visuell „mit ins Boot holen“ kann. Die modernen elektronischen Verfahren der Videoübertragung bieten mit anderen Worten die Möglichkeit, im Rahmen einer Direktübertragung neben den Gemeinderatsmitgliedern selbst auch den interessierten Bürgerinnen und Bürgern die Gelegenheit zu geben, als Zuhörerinnen und Zuhörer an Diskussionen teilnehmen und sich so ein Bild über den Gang der Diskussion machen zu können – was ohne Frage ein zentrales Element des Öffentlichkeitsgrundsatzes darstellt.

Maßstab für die rechtliche Zulässigkeit dieses Verfahrens ist das im Grundsatz der repräsentativen Demokratie verankerte Öffentlichkeitsprinzip. Im Hinblick auf diese Vorgabe begegnet die Durchführung einer Gemeinderatssitzung in Form einer Videokonferenz aber jedenfalls keinen grundsätzlichen Bedenken. Dies folgt zum einen daraus, dass es eine videobasierte bzw. -übertragene Gemeinderatssitzung ermöglicht, dass alle Teilnehmer zur selben Zeit und insbesondere mit visuellen Eindrücken an der Sitzung teilnehmen und damit eine weitgehende Vergleichbarkeit mit einer Präsenzsitzung hergestellt werden kann – auch wenn selbstredend Unterschiede zwischen den beiden „Sitzungsarten“ bestehen.

Zum anderen muss bei der Frage der Vergleichbarkeit beider Arten, eine Sitzung durchzuführen, auch der zwischenzeitlich erfolgte Strukturwandel des Öffentlichkeitsbegriffs und der Art und Weise der öffentlichen Meinungsbildung in den Blick genommen werden. So ist der Grundsatz der Öffentlichkeit mit Blick auf seine Ausgestaltung und Ausformung im Detail nicht auf alle Zeiten festgeschrieben, sondern durchaus Modifikationen zugänglich; der Grundsatz muss mit anderen Worten auch im Lichte eines zeitgemäßen Begriffsverständnisses interpretiert und ausgelegt werden und zudem gesellschaftliche wie technische Fortentwicklungen in sich aufnehmen²². Es ist mit anderen Worten die flächendeckend voranschreitende Digitalisierung, die zwischenzeitlich nicht nur den Schulunterricht und den Vorlesungsbetrieb

²² So D. Lück, Brandenburgische Notlagenverordnung (BbgKomNotV) – SARS-CoV-2-bedingte und befristete Ausnahme oder Beginn der Digitalisierung kommunaler Entscheidungsprozesse?, LKV 2020, S. 201/205 f.

an Universitäten erreicht hat, sondern selbst die videobasierte Übertragung von Gottesdiensten ermöglicht. Daher muss diese Digitalisierung, zumindest in außergewöhnlichen Situationen, auch eine Aktualisierung kommunaler Entscheidungs- und Abstimmungsprozesse ermöglichen²³; und weder das Grundgesetz noch die Thüringer Verfassung verschließen sich einer Anpassung demokratischer Prozesse an neue technische Möglichkeiten. Und dies muss auch das Öffentlichkeitsprinzip einschließen und dessen Anpassung an neue technische Entwicklungen ermöglichen. Ergänzungen des überkommenen Öffentlichkeitsverständnisses steht das Verfassungsrecht jedenfalls nicht entgegen.

Um den Vorgaben des Öffentlichkeitsprinzips gerecht zu werden, ist jedoch dafür Sorge zu tragen, dass so weit wie möglich die Vergleichbarkeit von videobasierten Sitzungen mit Präsenzsitzungen hergestellt ist. Daher muss, wird eine Gemeinderatssitzung in Form einer Videoübertragung durchgeführt, nach dem Stand der Technik sichergestellt werden, dass die Sitzungsteilnehmer – Gemeinderäte und Öffentlichkeit – während der Sitzung ohne Störung an dieser teilnehmen können. Sollte es zu einer Störung kommen – was technisch nie ganz auszuschließen ist –, so ist die Sitzung während der Dauer der Störung zu unterbrechen, um nicht gegen das Öffentlichkeitsgebot zu verstoßen.

V. Verfassungsrechtlich gebotene Sicherungen

Da im Hinblick auf die videobasierte Übertragung von Gemeinderatssitzungen mithin nicht das „Ob“, sondern das „Wie“ der Übertragung in Rede steht, muss es ein vorrangiges Ziel einer entsprechenden gesetzlichen Regelung sein, die Durchführung einer solchen Sitzung so zu gestalten, dass Grundrechte gewahrt und Rechtsverletzungen ausgeschlossen werden.

1. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Wird eine Sitzung des Gemeinderats mit Hilfe elektronischer Medien durchgeführt, so muss dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung Rechnung getragen werden.

²³ D. Lück, Brandenburgische Notlagenverordnung (BbgKomNotV) – SARS-CoV-2-bedingte und befristete Ausnahme oder Beginn der Digitalisierung kommunaler Entscheidungsprozesse?, LKV 2020, S. 201/205 f.

Wird die Sitzung jedoch als öffentliche Sitzung durchgeführt – d. h. als Sitzung, deren Kenntnisnahme jedermann offensteht –, so ist die Notwendigkeit für entsprechende Sicherungsvorkehrungen nicht sehr stark ausgeprägt; die Situation unterscheidet sich insoweit nicht von einer in Präsenz durchgeführten öffentlich durchgeführten Gemeinderatssitzung.

Stehen insoweit jedoch personenbezogene Aspekte in Rede, mithin berechnete Interessen Einzelner oder das Wohl der Allgemeinheit, so muss auch bei einer virtuellen Gemeinderatssitzung die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden. In technischer Hinsicht bedeutet dies, dass dem „Organisator“ der Sitzung – mithin dem (Ober-)Bürgermeister – die Verpflichtung obliegt, alle Nichtgemeinderatsmitglieder von der Sitzung auszuschließen, d. h. ihnen mit Hilfe technischer Mittel temporär den Zugang zu der Sitzung zu verwehren.

Beabsichtigt ein Zuschauer, die videobasierte Gemeinderatssitzung aufzuzeichnen, so bedarf dies der Zustimmung des Gemeinderats. Erfolgt ein Widerspruch seitens des Gemeinderats oder einzelner seiner Mitglieder, so verbietet sich eine Aufzeichnung. Wird diese gleichwohl vorgenommen, so kann dieser Verstoß letztlich nur mit den Mitteln des Strafrechts sanktioniert werden, da dem Gemeinderat keine technische Möglichkeit zu Gebote steht, ein Aufzeichnungsverbot zu überwachen.

Darüber hinaus muss im Zusammenhang mit der Durchführung einer Gemeinderatssitzung in elektronischer Form – als Videokonferenz – selbstverständlich sichergestellt sein, dass das Verfahren den Vorgaben des Datenschutzes genügt. Daher ist in jedem Fall zu gewährleisten, dass das jeweilige Verfahren – z. B. WebEX, ZOOM, Jitsii, BigBlue, Skype for Business, Microsoft Teams – datenschutzkonform ausgestattet ist und insbesondere den durch die DSGVO gebotenen Schutz gewährleistet. Mit Blick auf Zoom ist dies möglicherweise wegen Nichteinhaltung der Vorgaben der DSGVO zu verneinen, da Zoom mit in den USA befindlichen Servern arbeitet.

Indes wird ein besonderer Schutzbedarf der Gemeinderatsmitglieder im Hinblick auf besondere „Geheimnisse“, wie z. B. Steuer- oder das Sozialgeheimnis, bei Gemeinderatssitzungen regelmäßig nicht bestehen.

2. Das Persönlichkeitsrecht

Dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Gemeinderatsmitglieder kommt im vorliegenden Kontext keine wesentliche Bedeutung zu. Vielmehr stehen Äußerungen eines Gemeinderatsmitglieds in Rede, der funktionelle Aspekt dieser Äußerungen in Betracht; die Äußerungen des Gemeinderatsmitglieds folgen aus der mitgliedschaftlichen Stellung der betreffenden Person und sind daher als Organrecht anzusehen, weshalb ihnen in einer ggf. vorzunehmende Abwägung (hierzu sogleich) keine Bedeutung zukommt²⁴.

3. Die Pressefreiheit

a. Die Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts

Des Weiteren gilt es, im Zusammenhang mit der Durchführung einer videobasierten Gemeinderatssitzung der Pressefreiheit, die durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG geschützt ist und auch das Recht der freien Berichterstattung einschließt, umfassend Rechnung zu tragen. Dies bedeutet, dass Pressevertretern ungehinderter Zugang zu den Sitzungen des Gemeinderats verschafft werden muss, damit diese ihrer Arbeit nachgehen können. Verwirklicht werden kann ein solcher Zugang dadurch, dass den Pressevertretern ein virtueller Zugang zu den videobasierten Gemeinderatssitzungen eröffnet wird.

Für den Fall, dass die Sitzung nicht-öffentlich ist, bedarf es solcher Vorkehrungen nicht. In diesem Fall muss Pressevertretern der virtuelle Zugang zu der Sitzung verwehrt werden.

Einschränkungen der Pressefreiheit sind jedoch auch jenseits dieser Konstellation möglich. So hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass die Befugnis eines Ratsvorsitzenden – mithin des Bürgermeisters –, in einer öffentlichen Sitzung gemachte Tonaufzeichnungen zu verbieten, eine zulässige, in den allgemeinen Gesetzen begründete Schranke der Pressefreiheit i. S. von Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG darstellt. Die Ordnungsbedürfnisse des Bürgermeisters richten sich nicht spezifisch gegen die

²⁴ BVerwG, NJW 1991, 118/119.

Presse, sondern dienen dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Information oder Meinung zu schützenden Rechts²⁵.

Eine entsprechende Maßnahme liegt in der Befugnis begründet, der Gemeindeverwaltung die sachgerechte Erfüllung ihrer Aufgaben zu ermöglichen. In diesem Kontext ist von Bedeutung, dass insbesondere in kleineren und ländlichen Gemeinden weniger redegewandte Ratsmitglieder durch das Bewusstsein eines Tonmitschnitts ihre Spontaneität verlieren, ihre Meinung nicht mehr „geradeheraus“ vertreten oder schweigen, wo sie sonst gesprochen hätten. Mit Blick hierauf ist nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts ein Anspruch auf allgemeine Zulassung der Aufzeichnung von Ratssitzungen auf Tonband aus der grundrechtlich verbürgten Pressefreiheit nicht abzuleiten²⁶.

b. Konkretisierung durch das Verwaltungsgericht Saarlouis

Ergänzend ist insoweit anzumerken, dass nach Auffassung des Verwaltungsgerichts Saarlouis²⁷ dem Informations- und Verbreitungsinteresse des Rundfunkveranstalters das öffentliche Interesse an der Funktionsfähigkeit des Gemeinderates im Rahmen der Rechtsgüter- und Verfassungswertabwägung gemäß Art. 5 Abs. 2 GG nicht abstrakt, sondern nur dann entgegengehalten werden kann, wenn es im Einzelfall zwingende, nachvollziehbare und konkrete Anhaltspunkte für eine solche Störung gibt.

Sollten, so das Verwaltungsgericht Saarlouis weiter²⁸, im Rahmen dieser Rechtsgüter- und Verfassungswerteabwägung kollidierende Belange zu schützen sein, so muss ein Verbot von Videoaufnahmen gleichwohl nicht in jedem Fall erforderlich sein. Vielmehr sind insoweit, nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, auch mildere Maßnahmen zu prüfen. Dabei kann auch eine beschränkende Anordnung von Aufzeichnungen in Betracht gezogen werden. Entsprechende Maßnahmen können weitergehende Beschränkungen, wie etwa ein vollständiges Verbot von Auf-

²⁵ BVerwG, NJW 1991, 118/119.

²⁶ So BVerwG, NJW 1991, 118/119.

²⁷ KommJur 2011, 179.

²⁸ KommJur 2011, 179.

nahmen, entbehrlich und damit unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unzulässig machen.

c. Folgerungen

In Umsetzung dieser verwaltungsgerichtlichen Vorgaben ist zu konstatieren, dass dann, wenn Pressevertreter oder Rundfunkveranstalter aus einer Gemeinderatssitzung berichten wollen, sie dies grundsätzlich tun dürfen, da es sich insoweit um grundrechtsgeschützte Tätigkeit handelt. Dies gilt sowohl für Videoaufzeichnungen als auch lediglich für Tonaufnahmen.

Für den Fall jedoch, dass in einem konkreten Einzelfall eine Störung der Funktionsfähigkeit des Gemeinderats geltend gemacht wird – nicht hingegen eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts, was das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung klargestellt hat –, wird zu prüfen sein wird, ob die insoweit vorgebrachten Gründe tragfähig und in der Lage sind, sich im Rahmen einer Abwägung gegen die Pressefreiheit durchzusetzen.

Der Gesetzgeber wird unter Berücksichtigung dieser gerichtlichen Vorgaben daher nicht umhinkommen, eine Regelung in die ThürKO aufzunehmen, wonach bei Geltendmachung von Gründen, die für einen Ausschluss von Video- oder Tonaufzeichnungen durch Pressevertreter bei einer Gemeinderatssitzung sprechen könnten, eine Entscheidung des Gemeinderats herbeizuführen ist. Der Gemeinderat wird dann unter Berücksichtigung der für einen Ausschluss sprechenden Gründe auf der einen Seite, die letztlich eine Störung der Funktionsfähigkeit des Gemeinderats begründen könnten, und der für die Pressefreiheit sprechenden Gründe auf der anderen Seite eine Entscheidung treffen müssen. Um die Belange einzelner Gemeinderatsmitglieder hinreichend schützen zu können, sprechen insoweit gute Gründe dafür, dass der Beschluss einstimmig oder jedenfalls mit einer qualifizierten Mehrheit getroffen werden muss.

Wird ein solcher Beschluss getroffen, so unterliegt dieser jedoch vollumfänglich der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle. Liegen keine hinreichenden Gründe für eine Störung der Funktionsfähigkeit des Gemeinderats und den dadurch bedingten Aus-

schluss der Presse von der Sitzung bzw. von Teilen der Sitzung vor, so wird das Verwaltungsgericht die Rechtswidrigkeit des Beschlusses feststellen.

VI. Die technische Sicherstellung der Umsetzung eines Aussetzungsbeschlusses

Wird eine Gemeinderatssitzung im Rahmen einer Videokonferenz durchgeführt, so muss zum einen sichergestellt werden, dass für den Fall eines Ausschlusses der Öffentlichkeit dieser technisch wirksam umgesetzt wird; zum anderen muss für den Fall, dass aufgrund eines Gemeinderatsbeschlusses der Presse untersagt wird, Aufzeichnungen einzelner Beiträge von Gemeinderatsmitgliedern anzufertigen – dies betrifft nach Maßgabe der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts Tonaufzeichnungen, dürfte aber auch für Videoaufzeichnungen bzw. Tonmitschnitte von Videoaufzeichnungen gelten –, ebenfalls sichergestellt sein, dass ein solches Verbot nicht unterlaufen wird.

1. Kritik

Kritisch ist insoweit freilich anzumerken, dass das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 1990 datiert – mithin über dreißig Jahre alt ist – und daher Weiterentwicklungen der Medienlandschaft nicht berücksichtigen konnte.

Insbesondere trägt es nicht der Tatsache Rechnung, dass sich Gemeinderäte zwischenzeitlich in viel höherem Maße als früher auf die Rahmenbedingungen einer offenen Mediengesellschaft eingestellt haben und sich daher Bedenken, wie sie noch im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts im Hinblick auf nicht redegewandte Gemeinderatsmitglieder und „rhetorische Fehlleistungen“ geäußert wurden, weitgehend verflüchtigt haben dürften. Viele Gemeinderatsmitglieder suchen heute geradezu die Öffentlichkeit und scheuen sich nicht, in Kameras und Mikrophone zu sprechen. Mit Blick hierauf sind jedenfalls Bedenken daran angebracht, ob das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts heute noch gleich ausfallen würde und nicht vielmehr die Presse- und Rundfunkberichterstattung angesichts der Medienaffinität vieler Gemeinderäte in der insoweit vorzunehmenden Abwägung mit mehr Gewicht ausgestattet werden würde.

2. Die technische Umsetzung

Ungeachtet solcher Überlegungen stößt die Umsetzung eines Beschlusses des Gemeinderats, Video- oder Tonaufzeichnungen von Sitzungen oder einzelnen Tagesordnungspunkten zu verbieten, deshalb auf technische Schwierigkeiten, weil gleichzeitig die Öffentlichkeit hergestellt bleiben muss. Im Klartext bedeutet dies, dass im Falle einer videoübertragenen Gemeinderatssitzung letztlich nur darauf vertraut werden kann, dass die Pressevertreter den Beschluss des Gemeinderats beachten und nicht unerlaubt und unter Missachtung dieses Beschlusses Aufzeichnungen einer Sitzung oder einzelner Wortmeldungen anfertigen.

Da das bloße Vertrauen darauf, dass sich Pressevertreter an einen solchen Beschluss halten, aber wohl nicht ausreichend sein dürfte, um den Beschluss durchzusetzen und damit zugleich die Funktionsfähigkeit des Gemeinderats sichern, bedarf es weitergehender Sicherungen.

Insoweit kann daran gedacht werden, von Pressevertretern, die über die betreffende Gemeinderatssitzung berichten wollen, eine eidesstaatliche Versicherung zu verlangen, dass sie für den Fall eines entsprechenden Gemeinderatsbeschlusses keine Video- oder Tonaufzeichnungen anfertigen werden.

Darüber hinaus kann insoweit auf die strafrechtlichen Konsequenzen eines Verstoßes hingewiesen werden.

VII. Die Sicherung des Zugangs zu video- und audiogestützten Sitzungen

Ist es Personen nicht möglich ist, an einer video- oder audiogestützten Sitzung des Gemeinderats teilzunehmen, beispielsweise dann, wenn diese Personen keinen Internetzugang besitzen oder aber für diese ein geeignetes Empfangsgerät nicht zur Verfügung steht, so muss auch insoweit für die Herstellung der Öffentlichkeit gesorgt werden.

Aufgrund der Vorgabe, dass der Öffentlichkeitsgrundsatz umfassend und diskriminierungsfrei zu gewähren ist, bedarf es in diesen Fällen der Bereitstellung entsprechen-

der Verfahren, um den betreffenden Personen die virtuelle Teilnahme an einer Gemeinderatssitzung zu ermöglichen.

Ein solches Verfahren könnte so ausgestaltet werden, dass den betreffenden Personen ein Raum mit entsprechender technischer Ausstattung zur Verfügung gestellt wird, in dem – unter Wahrung ggf. bestehender Abstands- und Hygieneregeln – diese virtuell an der Gemeinderatssitzung teilnehmen können. Damit wäre die Öffentlichkeit hergestellt.

Weitergehende Verpflichtungen zur Herstellung von Öffentlichkeit – beispielsweise durch Besuche der betreffenden Personen – sind rechtlich nicht geboten.

gez. Michael Brenner

Professor Dr. Michael Brenner

Jena, am 16. September 2020