

Martin Stock

Rechtsaufsicht als Machtinstrument ?

Die staatliche Rundfunkaufsicht vor neuen Alternativen

I. »Aufsicht – ominöses Wort!« Mit solcher Beklommenheit hat es eine kürzlich erschienene Untersuchung über Rechtsfragen der staatlichen Rundfunkaufsicht zu tun.¹ Der Autor – der das Thema als erster monographisch behandelt hat – vermerkt ein verbreitetes Mißvergnügen: Exekutivischen Aufsichtsmaßnahmen gegenüber dem Rundfunk, vor allem Maßnahmen im Programmbereich, hafte immer »der Makel eines obrigkeitlichen Eingriffs in den Prozeß der freien Meinungsbildung« an.² So kann er denn auch die Staatspraxis der Jahre bis um 1970 dahin resümieren, Aufsichtsmaßnahmen seien eine ganz seltene Ausnahmeerscheinung geblieben.³

1. Solcher Zurückhaltung der älteren Praxis stehen allerdings zahlreiche in die gleiche Entwicklungsphase fallende staatsvertragliche und gesetzgeberische Aktivitäten gegenüber: Nachdem der entgegenstehende rundfunkpolitische Einfluß der Besatzungsmächte geschwunden war, haben sich die Länder für die Mehrzahl der in der ARD zusammengeschlossenen Rundfunkanstalten und für das ZDF ein Aufsichtsinstrumentarium geschaffen.⁴ Nimmt man die zeitgenössi-

1 *K. Berendes*, Die Staatsaufsicht über den Rundfunk, Berlin 1973, S. 17. (Zitiert wird *C. Loehning*, Unabhängigkeit des Rundfunks, Die Öffentliche Verwaltung 1953, S. 193-197, 196.) Siehe auch *K. Berendes*, Zulässigkeit und Grenzen einer staatlichen Rechtsaufsicht über die Rundfunkanstalten, Die Öffentliche Verwaltung 1975, S. 413-421.

2 Die Staatsaufsicht (Anm. 1), S. 144.

3 Ebd., S. 23, mit Beispielen S. 19 ff.

4 Näher *K. P. Jank*, Die Rundfunkanstalten der Länder und des Bundes, Berlin 1967, S. 97 ff.; *Berendes*, Die Staatsaufsicht (Anm. 1), S. 127 ff. Dazu seither weiter etwa *K. Berg*, Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes über den Hessischen Rundfunk, Publizistik 1973, S. 310-321; *B. Mettler*, Der Nachkriegsrundfunk als Medium der amerika-

sche verfassungs- und verwaltungsrechtliche Diskussion hinzu, wie sie *Berendes* aufgearbeitet hat, und stellt man in Rechnung, daß sich dort schon bisweilen ein grobschlächtiger, durchaus medienfremder »Ettismus«⁵ bemerkbar gemacht hat,⁶ dann verstärkt sich der Eindruck: Hier hat es sich gewissermaßen um eine Latenzphase gehandelt. In ihr ist allmählich und unauffällig ein Eingriffspotential entstanden, dessen Gefährlichkeit dann im Zeichen der gesteigerten Politisierungen seit den späten sechziger Jahren genauer erkennbar wurde. Anfang 1973 konstatiert *Berendes* »in zunehmendem Maße eine Atmosphäre, die dem Abbau der insofern noch bestehenden Hemmungen Vorschub leisten und einem zwangloseren Gebrauch von den Möglichkeiten der staatlichen Aufsicht den Weg bereiten könnte«.⁷ Das ist eine Prophezeiung, welche jetzt in größerem Umfang einzutreffen scheint.

Westdeutsche Landesregierungen beschäftigen sich neuerdings zunehmend »zwanglos« mit dem Instrumentarium der Rundfunkaufsicht, zumal als unmittelbarer Programmaufsicht. Mit diesem Thema könnten es daraufhin auch die Anstalten mehr als bisher zu tun bekommen. Zugleich ruft es parlamentarische Interpellationen, warnende Zeitungskommentare und juristische Stellungnahmen von wachsender Anzahl und Intensität hervor und kommt auch schon auf den Tisch von Verwaltungsgerichten.

2. Als Beispiel sei hier ein besonders spektakulärer Aufsichtsstreit herausgegriffen: der Streit um den Anfang 1972 ausgestrahlten Beitrag des »ZDF-Magazins« »Der Fall Brückner«. Dieser Konflikt ist unter juristischen Aspekten bereits verhältnismäßig ausführlich dokumentiert und erörtert worden;⁸ darauf sei vorab verwiesen. Auffällig ist an

nischen Umerziehungspolitik, Rundfunk und Fernsehen 1973, S. 166-182; *dies.*, Pluralismus oder Staatsrundfunk? In: *W. B. Lerg, R. Steininger* (Hrsg.), Rundfunk und Politik 1923 bis 1973, Berlin 1975, S. 243-260; *dies.*, Demokratisierung und Kalter Krieg, Berlin 1975, bes. S. 87 ff.; *B. Rasack*, Parteieneinfluß und Rundfunkaufsicht, Rundfunk und Fernsehen 1974, S. 53-67; *D. L. Schaaf*, Der Nordwestdeutsche Rundfunk (NWDR), in: *Lerg, Steininger*, a. a. O., S. 295-309; *R. Hoffmann*, Rundfunkorganisation und Rundfunkfreiheit, Berlin 1975, bes. S. 79 ff.

5 Vgl. *Hendrik Schmidt*, Rundfunkanstalten sind keine Behörden, epd Kirche und Rundfunk Nr. 42 vom 29. 5. 1976, S. 1-3.

6 Vgl. bei *Berendes*, Die Staatsaufsicht (Anm. 1), S. 84 ff., bes. S. 120 ff. Siehe auch *F. Ossenbühl*, Rundfunk zwischen Staat und Gesellschaft, München 1975, bes. S. 17 ff., 32 ff.

7 Ebd., S. 19, ähnlich S. 23. Die außerjuristischen Dimensionen dieser Veränderung werden von *Berendes* nur beiläufig berührt; z. B. sieht er eine Tendenz, »den staatlichen Einfluß auf den Rundfunk im Zuge einer allgemeinen »Demokratisierung« von Staat und Gesellschaft . . . auszudehnen«, S. 142.

8 Vgl. *Berendes*, Die Staatsaufsicht (Anm. 1), S. 21 ff. mit weiteren Nachw.; ergänzend: *E. Müller-Meinungen jr.*, Südd. Zeitung Nr. 287 vom 13. 12. 1972 (»in höchstem Maße

diesem Fall auf den ersten Blick: Hier sind zwei Landesregierungen beteiligt, welche seinerzeit beide von der SPD gestellt wurden. Auf der anderen Seite eine Anstalt, deren Programmproduktion insgesamt nicht eben z. B. durch linksliberale Affinitäten gekennzeichnet ist, schon gar nicht das »ZDF-Magazin« im besonderen⁹. Ferner sei als Spezifikum festgehalten: Der Aufsichtsbescheid, den die Hessische Landesregierung¹⁰ Ende 1972 gegen das ZDF erließ, wurde durch die Initiative eines Regierungschefs ausgelöst, nachdem bestimmte Regierungsmitglieder und mittelbar auch er selbst durch den Magazinbeitrag in schwerwiegender Weise angegriffen worden waren.¹¹ Zwar war die Niedersächsische Landesregierung nicht turnusmäßiges Aufsichtsorgan, und Ministerpräsident *Kubel* nahm mit seiner »Rechtsaufsichtsbeschwerde« wohl auch nicht ein sekundär-aufsichtliches Mit-»Ausübungs«-Recht nach § 25 Satz 2 ZDF-Vertrag in Anspruch. Die Landesregierung war vielmehr als betroffenes *Objekt* von Berichterstattung und Meinungsäußerung involviert. Sie befand sich damit aber auch noch nicht ohne weiteres auf der »Jedermanns«-Ebene.¹² Der Angriff galt Modalitäten ihrer Amtsausübung, er betraf sie als Inhaberin anderweitiger öffentlicher Gewalt. Beanstandet wurde er dann von

alarmierend«) (Widerspruch bei *W. Zilius*, Leserbrief ebd. Nr. 300 vom 31. 12. 1972); *K.-H. Janßen*, Die Zeit Nr. 50 vom 15. 12. 1972 (»mißlich«) (dagegen *F. Sänger*, Leserbrief ebd. Nr. 52 vom 29. 12. 1972).

Sodann *G. Leibholz*, Rechtsgutachten zur Staatlichen Rechtsaufsicht über die Programmgestaltung, erstattet im Auftrag des ZDF, Mainz 1973; eine Art abstrahierte Kurzfassung davon: *G. Leibholz*, Grenzen der staatlichen Rechtsaufsicht gegenüber Rundfunk- und Fernsehanstalten, in: *H. Ehmke* u. a. (Hrsg.), Festschrift f. U. Scheuner zum 70. Geburtstag, Berlin 1973, S. 363-375; Rez. *H. Wilkens*, Archiv für Presserecht 1973, S. 540. Besonders ausführlich, mit Material aus Aufsichtsbescheid und ZDF-Klageschrift, schließlich das dem Hess. Ministerpräsidenten erstattete Gegengutachten von *W. Mallmann*, Zur Rechtsaufsicht über das Zweite Deutsche Fernsehen, Wiesbaden 1975; Rez. *H. Wilkens*, Archiv für Presserecht 1975, S. 868.

⁹ Vgl. nur das Material in: Tatort: ZDF-Studio Löwenthal (Schriftenreihe des »Presse-dienst Demokratische Initiative«, Nr. 21), Wuppertal 1975.

¹⁰ Diese war nach dem Turnussystem des § 25 Satz 2 ZDF-Vertrag zuständiges Aufsichtsorgan. Zur Konstruktion *E. W. Fuhr* u. a., ZDF-Staatsvertrag, Mainz 1972, § 25 Anm. 4; näher *Mallmann*, a. a. O. (Anm. 8, S. 15 ff., 50 ff., 124 ff., der im Einklang mit der Hess. Landesregierung *Alleinentscheidungs*befugnis annimmt.

¹¹ Moderator *G. Löwenthal* eingangs: »Soviel aber sollten wir doch wohl gelernt haben, daß wir die Feinde unserer Freiheit nicht mehr tolerieren, wie es auf fast unglaubliche Weise, bis jetzt jedenfalls, in Hannover geschieht.« Zum Schluß: »Nun, man scheint in Hannover aufzuwachen, reichlich spät, wie ich meine.« Dokumentation des gesamten Sendungstexts (in dem das *Baader-Meinhof*-Syndrom anklingt) und weitere Daten in der Begründung des Aufsichtsbescheids der Hess. Landesregierung vom 28. 11./6. 12. 1972, S. 3 ff., hier: S. 3, 8.

¹² Also in einer der Konstellation des Lebach- oder des *Finck*-»Panorama«- oder des *Böll-Walden/SFB*-Streits ähnlichen Lage.

der Hessischen Landesregierung als der Instanz, die die öffentliche *Aufsichtsgewalt* über das ZDF ausübte. Es handelt sich um Reaktionen zweier Landesregierungen, die einen gemeinsamen parteipolitischen Nenner hatten, auf direkte Regierungskritik. Unter solchen Umständen mußten Maßnahmen der Programmaufsicht von vornherein besonders prekär erscheinen. In welchem Umfang »Hemmungen« abgebaut werden könnten, sobald damit einmal an einer Stelle der Anfang gemacht wird, lassen aktuelle Streitigkeiten im Bereich des NDR ahnen.¹³

Im übrigen sei besonders hervorgehoben: Der Aufsichtsbescheid der Hessischen Landesregierung geht nicht etwa dahin, das (einseitige) *Meinungsengagement*, das in dem Beitrag zutage getreten war, sei nicht hinreichend »ausgewogen« gewesen.¹⁴ Löwenthal wird ausdrücklich und vorbehaltlos das Recht eingeräumt, »den verlautbarten Regierungsstandpunkt kritisch und abwertend zu kommentieren«. Der Exzeß wird jedoch darin gesehen, daß in diesem Zusammenhang der »verlautbarte«, »wirkliche« Regierungsstandpunkt nur »in einer sinnenstehend verkürzten Form«, als »das Werturteil des Moderators bestärkender, negativ gesichteter Ausschnitt der Wirklichkeit«, wiedergegeben worden sei.¹⁵ Die Sanktion sollte also der Handhabung nicht des Meinungs-, sondern des *Informationsfaktors* gelten. Beanstandet wurde eine Verletzung des § 3 Abs. 1 Satz 1 ZDF-Vertrag, hier herangezogen als Sitz einer als Maßstab der Rechtsaufsicht tauglichen Rechtspflicht zu »wahrheitsgetreuer« Berichterstattung. Der gerügte »Wahrhaftigkeits«-Mangel¹⁶ lag des näheren darin, daß »der den Tat-

13 Vgl. E. Spoo, Frankfurter Rundschau vom 18. 5. 1976, auch in epd Kirche und Rundfunk Nr. 39 vom 19. 5. 1976, S. 7. Näher: Mündl. Anfrage der Abg. Dr. Mahrenholz (SPD) und Hirche (FDP) und Antwort des Ministerpräsidenten Dr. Albrecht in der Sitzung des Nds. Landtags am 12. 5. 1976, in Funk-Report Nr. 11/76 vom 28. 5. 1976, S. 6-8. Dazu Schmidt, a. a. O. (Anm. 5).

14 Den Schlüsselbegriff der »Ausgewogenheit« kennt der ZDF-Vertrag seinem Wortlaut nach nicht. Dieser Begriff kommt bisher nur im bayerischen Rundfunkrecht vor: Art. 4 Abs. 2 Nr. 1 des Bayerischen Rundfunkgesetzes, eingefügt durch das Änderungsgesetz vom 1. 3. 1972 (GVBl. Bayern S. 59). Er überdauerte dort den bayerischen Rundfunkstreit von 1972/73, vgl. die Bekanntmachung der Neufassung des Bayerischen Rundfunkgesetzes vom 26. 9. 1973 (GVBl. Bayern S. 563). Er erwuchs im Ergebnis sogar zu ausdrücklichem Landesverfassungsrang: Art. 111a Abs. 1 Satz 6 der Verfassung des Freistaates Bayern, eingefügt durch Gesetz vom 19. 7. 1973 (GVBl. Bayern S. 389). Zu diesen Vorgängen zuletzt M. Crone, Freiheit oder Kontrolle, in: Lerg, Steininger, a. a. O. (Anm. 4), S. 439-461.

15 Aufsichtsbescheid (Anm. 11), S. 32.

16 Näher zum »Wahrhaftigkeits«-Begriff Mallmann, a. a. O. (Anm. 8), S. 102. Nach Berendes ist in die »Wahrheits-« = »Wahrhaftigkeits«-Pflicht auch die »Vollständigkeitspflicht« eingeschlossen, Die Staatsaufsicht (Anm 1), S. 173, unter Hinweis auf J.

sachen widersprechende Gesamteindruck vermittelt wurde, als ob die Niedersächsische Landesregierung außerstande gewesen sei, dem Vorwurf nachlässiger Erfüllung von Amtspflichten sachbezogene Gründe entgegenzusetzen«. Von den Erklärungen der Minister *v. Oertzen* und *Lehners* sei nur der Teil gesendet worden, der keine Stellungnahme zu dem gemachten Vorwurf enthalten habe; die »sachbezogenen« Entgegnungen der beiden Minister seien geschnitten worden. Auch ein von Ministerpräsident *Kubel* gegebenes zusammenfassendes Interview sei nicht gesendet und auch nicht zum Gegenstand ergänzender Berichterstattung gemacht, sondern unterdrückt worden.¹⁷

Das ZDF hat diesen »Feststellungs«-Bescheid¹⁸ Ende 1973 mit einer Klage gegen das Land Hessen angegriffen. Der Prozeß ist gegenwärtig bei dem Verwaltungsgericht Neustadt/Weinstraße, Kammer Mainz, anhängig.¹⁹ Das ZDF hat sich u. a. dahin eingelassen, der Regierungsstandpunkt sei durch die gesendeten Teile der Äußerungen der beiden Minister »ausreichend« wiedergegeben worden – wohingegen die Aufsichtsmaßnahme auf der Einschätzung beruht, die »wesentlichen« Teile der Äußerungen seien weggelassen worden.²⁰

3. Es liegt auf der Hand, daß die »Wahrheits-« bzw. »Wahrhaftigkeits-« Kriterien, die mit diesen Wendungen umschrieben werden, nicht ohne weiteres operationalisierbar sind.²¹ Zwar ist der »Tatsachen«-Begriff, von dem die Beurteilungen ausgehen, in diesem Fall einigermaßen konsistent, insoweit sämtliche zu der Sache abgegebenen Erklärungen der Regierungsmitglieder in ungekürzter Fassung als »Tatsachen« in Frage kommen. Das Erfordernis von Kürzungs-, d. h. *Auswahlentscheidungen* wird aber auch von den Landesregierungen

Wenzel, Die Programmfreiheit des Rundfunks, Jur. Diss. Gießen 1970, S. 132 ff. Damit kommt auch der Begriff »umfassend« (§ 3 Abs. 1 Satz 1 ZDF-Vertrag) ins Spiel, vgl. *Fuhr* u. a., a. a. O. (Anm. 10), § 3 Anm. 1, auch zum folgenden.

17 Vgl. den Tenor des Bescheids (Anm. 11), S. 2; ausgeführt dort S. 26 ff. (»Es entstand das Bild einer ahnungslosen und in fahrlässiger Passivität verharrenden Landesregierung«, S. 30.)

18 Dazu *Mallmann*, a. a. O. (Anm. 8), S. 45 ff., und allg. *Berendes*, Die Staatsaufsicht (Anm. 1), S. 181 ff., bes. S. 187 f. Die insoweit gebotene Zurückhaltung ist hier beobachtet worden. Der Streit betrifft nicht das Aufsichtsmittel, sondern Aufsichtsgegenstand und Aufsichtsmaßstäbe.

19 Vgl. Ministerpräsident *Osswald*, Hess. Landtag, 8. Wahlperiode, 15. Sitzung vom 20. 8. 1975, Sten. Ber. S. 674: Noch kein Termin anberaumt; keine »Verschleppungs«-Absicht der Landesregierung.

20 Aufsichtsbescheid (Anm. 11), S. 36 u. ö.

21 Vgl. nur *Fuhr* u. a., a. a. O. (Anm. 10), § 3 Anm. 1: Die Entscheidung darüber, »was zur Information des Zuschauers wesentlich und notwendig ist«, solle »nach bestem Wissen und Gewissen« getroffen werden.

nicht in Abrede gestellt. Damit kommt ein *qualitatives* Moment ins Spiel, wie es in § 3 Abs. 1 Satz 1 ZDF-Vertrag mit dem Wort »*sachlich*« gemeint sein mag;²² auch »*umfassend*« ist miteinschlägig. Das sind Programmprinzipien, welche zunächst von ihren medienspezifischen Bezugsrichtungen aus zu entfalten wären.

Beide Parteien sind sich darin einig, daß die fraglichen Kriterien nicht ganz und gar durch »das Werturteil des Moderators« aufgesogen werden sollen: Es soll sich auch bei Magazinbeiträgen nicht um »Meinungsjournalismus«²³ im Sinn einer vorbehaltlosen »Tendenz«-Verhaftetheit handeln; weder eine höchstpersönliche noch eine in kleineren oder größeren anstaltsinternen Subsystemen angesiedelte oder gar eine etwa das ZDF insgesamt beherrschende »Tendenz« soll ohne weiteres durchschlagen können. Vielmehr scheint an ein »*Mediator*«-Konzept²⁴ gedacht zu sein. Daraufhin treten die *externen* Bezugsrichtungen dieser spezifischen Kommunikator Tätigkeit in den Vordergrund des Interesses.

Sieht man sich unter letzterem Blickwinkel nach Bewertungsmaßstäben um, dann wird man z. B. in dem jüngsten CDU-Papier über »Ausgewogenheit«²⁵ fündig. Dort findet sich die Forderung, der *Hörer bzw. Zuschauer* müsse »zu selbständiger und objektiver Beurteilung des in der Sendung behandelten Sachverhalts befähigt« werden. Das Rezipienteninteresse an »selbständiger« Urteilsbildung als Richtpunkt – das deckt sich mit der Forderung des Aufsichtsbescheids, es dürften nicht gerade diejenigen »Tatsachen« unterdrückt werden, deren Kenntnis dem Publikum erst die »selbständige Meinungsbildung« zu den vom Kommentator vertretenen Werturteilen ermögliche.²⁶ Die

22 Vgl. Aufsichtsbescheid (Anm. 11), S. 28: »Möglichkeit, . . . die Erklärungen sachgemäß so zu kürzen, daß die wesentlichen Entgegnungen erkennbar geblieben wären«. Der Feststellungstenor beschränkt sich aber auf das Merkmal »wahrheitsgetreu«, S. 2.

23 »Wer Meinungs-Journalismus reinen Wassers treiben will, kann dies beim »Bayernkurier« oder beim »Vorwärts« tun – nicht in den öffentlich-rechtlichen Anstalten.« So G. Tandler, Generalsekretär der CSU, nach epd Kirche und Rundfunk Nr. 69 vom 27. 9. 1975, S. 9. Dazu allerdings unten bei Anm. 40 ff. – Zur umfassenden Geltung des § 3 Abs. 1 Satz 1 ZDF-Vertrag Fuhr u. a., a. a. O. (Anm. 10), § 3 Anm. 1. In dem Aufsichtsbescheid wird »wahrheitsgetreu« auf alle Sendegattungen bezogen, »in denen Tatsachen oder tatsachenbezogene Werturteile mitgeteilt werden«, S. 23.

24 Vgl. W. R. Langenbacher, Kommunikation als Beruf, Publizistik 1974/75, S. 256-277, 257 ff. mit weiteren Nachw.

25 Vgl. epd Kirche und Rundfunk Nr. 42 vom 2. 6. 1976, S. I-II, sowie Funk-Report Nr. 12/76 vom 11. 6. 1976, S. 12-13.

26 S. 29.– Es hätte also auch § 2 Abs. 2 Satz 2 ZDF-Vertrag herangezogen werden sollen: Die Sendungen »müssen . . . eine unabhängige Meinungsbildung ermöglichen«. Das wird in den ZDF-Programm-Richtlinien vom 11. 7. 1963 dahin aufgenommen: »Die

Hessische Landesregierung hat diesen »*Treuhand*«-Gedanken²⁷ andeutungsweise in eine Grundrechtsargumentation umgesetzt: »Rundfunkfreiheit in Art. 5 Abs. 1 GG« als die »freie Aufgabe« der Massenmedien, »durch permanente Information und kritische Wertung kontrollierend gegenüber der verfaßten Staatsgewalt zu wirken und dadurch die öffentliche Meinungsbildung maßgeblich zu vermitteln«; mit diesem »freiheitlichen Status« gehe die »Pflicht« einher, »den für die Meinungsbildung des Publikums wesentlichen Tatsachenstoff wahrheitsgemäß wiederzugeben«.²⁸

Damit tritt eine Größe ans Licht, die als der archimedische Punkt der Rundfunktätigkeit und des Rundfunkrechts insgesamt in Betracht kommt: Die *Informationsfreiheit* (Art. 5 Abs. 1 Satz 1), material verstanden als Voraussetzung individueller, gruppenbezogener, gesamtgesellschaftlich-öffentlicher *Meinungsbildungsfreiheit*. Auf diese Größe wäre dann die »Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk« (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) »medial« zu beziehen – was bedeuten würde: Sie würde nicht mehr nur einen verbreitungstechnischen »Unterfall« der einfachen Meinungsäußerungs- und -verbreitungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG) darstellen, z. B. ein Vehikel für medienintern entspringendes beliebiges »missionarisches Eiferertum«.²⁹ Sie wäre von den medienunspezifischen allgemeinen Kommunikatorfreiheiten der Programm-Mitarbeiter selbst wie auch außenstehender Dritter abzuheben. Sie wäre gewissermaßen der Prototyp einer übergreifenden »*selbständigen*« *Medienfreiheit*, auch über den Rundfunk bisherigen Zuschnitts hinaus. Zugrundelegen wäre ein perspektivisches Professionalismuskonzept, wie es kürzlich auf die Formel gebracht worden ist: »Verwissenschaftlichung und Orientierung an gesamtgesellschaftlichen Bedürfnissen«.³⁰

Informationssendungen müssen durch Darstellung der wesentlichen Materialien der eigenen Meinungsbildung dienen. Sie dürfen dabei nicht durch Weglassen wichtiger Tatsachen, durch Verfälschung oder Suggestivmethoden die persönliche Entscheidung zu bestimmen versuchen.« Bei *Fuhr* u. a., a. a. O. (Anm. 10), S. 202-203, 203, unter III.4.

27 Vgl. bereits *Fritz Eberhard*, *Der Rundfunkhörer und sein Programm*, Berlin 1962, S. 257; Rundfunk als »Treuhand der Meinungen«, S. 267: »als Instrument der Allgemeinheit treuhänderisch zu verwalten«, »Dienst am Hörer«. Näher unten Anm. 30.

28 Aufsichtsbescheid (Anm. 11), S. 31 f. Siehe auch *Mallmann*, a. a. O. (Anm. 8), S. 97 f., 105.

29 Vgl. das CDU-Papier (Anm. 25), das statt dessen »ein besonders hohes Maß an journalistischer Fairneß, Objektivität und Redlichkeit« fordert. Auch dazu allerdings wieder unten bei Anm. 40.

30 *K. Koszyk*, *Der Journalistenberuf – Professionalisierung durch Wissenschaft?* epd Kirche und Rundfunk Nr. 9 vom 2. 2. 1974, S. 2. Das damit angedeutete Konzept ist

Wird das Rezipienteninteresse dergestalt in den Vordergrund gerückt und in der angedeuteten Weise jeweils programmpraktisch konkretisiert, dann werden sich auch Gesichtspunkte dafür ergeben, welche Verlautbarungen und Argumente von Regierungsmitgliedern in Informationszusammenhängen wie dem, der hier in Rede steht, »wesentlich« sind. Dem Publizitätsinteresse angegriffener Landesregierungen wird dann nicht um seiner selbst willen Raum zu geben sein. Auch wo die betreffenden Politiker selbst »zu Wort kommen«,³¹ wird es Kriterien redaktioneller Eigenverantwortung geben können, anhand derer instrumentale Gefügigkeit abgewendet werden kann. Auf dieser Grundlage kann sich der Rundfunk möglicherweise auch dort in seinem funktionsspezifischen Gleichgewicht halten, wo er es unmittelbar mit der Staatsgewalt aufnimmt. Publizistische Selbststeuerung im Namen der Rezipienten – in Zweifelsfällen, in denen es um die Auslese von »Tatsachen« geht, welche aus der Sicht des Publikums informationserheblich sein *könnten*, wird das heißen: Die Türen sind möglichst weit zu öffnen. Das »Wesentlichkeits«-Urteil sollte dann nicht durch den Moderator usw. vorweggenommen, »privatisiert«, zugunsten der Durchsetzung seiner eigenen Einstellungen oder Vorurteile usurpiert werden, sondern es wäre dem Publikum selbst zu überlassen.³²

Ein derartiges »Mediator«-Konzept scheint von *Löwenthal* und seinen Mitarbeitern nicht praktiziert worden zu sein. Nachdem auch die zuständigen Rundfunkorgane keine Vorkehrungen trafen, diesem Moderator ein aufgeklärteres Verständnis des Rundfunkauftrags nahezubringen,³³ trat die Staatsaufsicht mit ihrer »Feststellung« auf den

etwas näher erläutert in meinem Aufsatz: Kirchenfreiheit und Medienfreiheit, Zeitschrift für evang. Kirchenrecht 1975, S. 256-304, 277-295; zum »Treuhand«-Begriff dort S. 289 f.

31 Im ZDF-Konflikt ging es nicht um Ansprüche der Politiker auf weiteres »zu Wort Kommen« in O-Ton, etwa gar als »Sendezeit«-Ansprüche nach §§ 5/8 ZDF-Vertrag. Statt der weggelassenen Erklärungsteile usw. hätte auch ergänzende redaktionelle Information über deren »wesentlichen« Inhalt genügt.

32 In diesem Sinn auch der Aufsichtsbescheid (Anm. 11), S. 37. – In Einzelüberlegungen über »Wesentlichkeit« in concreto kann im Rahmen dieses Beitrags nicht eingetreten werden. Dazu müßten die Datenkomplexe und Bewertungen, die in »Der Fall Brückner« eine Rolle gespielt haben, ausführlicher erörtert und auf den »medialen« Gesamtzusammenhang der Rundfunkbetätigung zurückbezogen werden, wie er sich in diesem Fall dargestellt hatte – und wie er sich bei Beachtung der Programmgrundsätze dargestellt hätte.

33 Der Intendant des ZDF hatte dem Fernsehrat im April 1972 über die Beschwerde der Nieders. Landesregierung berichtet. Das Gremium hatte »keinen Anlaß gesehen, die Angelegenheit aufzugreifen«. So der Aufsichtsbescheid (Anm. 11), S. 25. Zu Problemen

Plan. Und zwar meinte sie damit, wie sich jetzt ergeben hat, ihrerseits im »wohlverstandenen« Rezipienteninteresse zu handeln (das insoweit mit dem Publizitätsinteresse der kritisierten Regierungsmitglieder deckungsgleich ist). Man hat es also mit der sogenannten Aktivfunktion³⁴ des Staates zu tun; mit einer Schutz-, Gewährleistungs-, hier: Gegensteuerungsfunktion zugunsten effektiver Meinungsbildungsfreiheit. Das wäre ein anspruchsvolles, von einer medienpolitisch »farbenblinden« Machtpolitik durchaus verschiedenes materiales Verständnis der Staatsfunktion; ein Verständnis, wie es sich auch in anderen Bereichen der Kulturpolitik und Kulturverwaltung schattenhaft abzeichnet. Es liegt übrigens auch auf der Linie eines gewissen älteren sozialdemokratischen allgemeinen Staatsoptimismus. Nichtsdestoweniger könnte es – bei dem Instrument der *Staatsaufsicht* ansetzend – medienfremd sein.

II. Das sei näher erläutert im Hinblick auf einen ZDF-Einwand, der geeignet sein mag, die staatsaufsichtliche Überprüfung des »Manipulations«-Vorwurfs gewissermaßen vorbeugend abzufangen. Der Vorwurf trifft nach dem bisher Gesagten eine Schwachstelle. Um so größer mag das Bedürfnis nach einem Schutzmantel sein, mit dem sich die Blöße juristisch bedecken läßt. Der Einwand könnte aber auch in Konfliktfällen erheblich werden, in denen es *nicht* um »Meinungsjournalismus« solcher »tendenziöser« Art geht; er erlaubt Generalisierungen. Er ist jüngst von *Leibholz* ausführlich vorgetragen worden. *Leibholz* führt zugunsten des ZDF die »*Staatsfreiheit*« des Rundfunks in Feld, und zwar in einer Lesart, wonach *jede Staatsaufsicht »im Programmbereich« unstatthaft* ist.³⁵ Dem liegt eine verfassungsrechtlich beginnende Argumentation zugrunde, die sich von derjenigen der Hessischen Landesregierung in wichtigen Nuancen unterscheidet.

1. Hier wie dort wird von dem »*Grundrecht der Rundfunkfrei-*

des Neben- bzw. Nacheinandens von Gremienkontrolle und Rechtsaufsicht ebd. S. 24 f., ausführlich *Mallmann*, a. a. O. (Anm. 8), S. 40 ff., 114 ff.: kein »sekundärer«, subsidiärer Charakter der Aufsicht. Zustimmend *Berendes*, Zulässigkeit (Anm. 1), S. 420 f.

³⁴ Vgl. *Berendes*, Die Staatsaufsicht (Anm. 1), S. 50 ff.

³⁵ Rechtsgutachten (Anm. 8), S. 32, 35. Von einem »Gebot der Staatsfreiheit des Rundfunks« hat das Bundesverfassungsgericht zuerst im Mehrwertsteuerurteil BVerfGE 31, 314-357, 329 gesprochen. Dazu statt aller *Mallmann*, a. a. O. (Anm. 8), S. 62 ff., und zur Kernthese von *Leibholz* bes. S. 24 ff., 53 ff.; *Berendes*, Zulässigkeit (Anm. 1), S. 415 ff. (beide ablehnend). Die These hat bereits eine längere Vorgeschichte und wird nicht nur von *Leibholz* verfochten (Nachw. bei *Berendes*, a. a. O., S. 417 f.). Wenn im folgenden von der »*Leibholz-Doktrin*« u. ä. gesprochen wird, geschieht das nur aus Gründen der Abkürzung und im Hinblick auf das Aufsehen, das gerade *Leibholz* mit seinem Gutachten erregt hat.

heit«³⁶ ausgegangen. Was deren Verhältnis zur Meinungsfreiheit betrifft, so zeigt sich *Leibholz* weitherzig: Sie beziehe sich »nicht nur« auf die Berichterstattung, »fast unbestritten wird zur Rundfunkfreiheit auch die allgemeine Meinungs- und Wertungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG gerechnet«.³⁷ Nun geht es bei derartigen Aufsichtskonflikten in der Regel, und so auch hier, um das *genaue Verhältnis* von Meinungs- und Informationsfaktor. Verfassungsrechtliche Erörterungen, welche diesen Zuordnungsproblemen nicht von vornherein ausweichen, pflegen sich denn auch mit Vorrang auf die *Informationskomponente* der Rundfunkfreiheit zu beziehen: Man versucht diese Komponente, und von da aus die Rundfunkfreiheit im ganzen, aufgabenanalytisch zu präzisieren, zumal im Hinblick auf das Schutzgut der Meinungsbildungsfreiheit, auf die diesbezügliche Monopol- und Übermachtsituation des Massenmediums usw. Darin unterscheidet sich *Leibholz* kaum von der Hessischen Landesregierung. Auch er hält sich im wesentlichen an »Funktions«-Umschreibungen, wie sie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vorkommen – idealtypisch-abstrakt, manchmal vollmundig, im Ergebnis oft mehrdeutig.³⁸ Er läßt sich auch noch auf den nächsten Schritt ein: Durch Programm-

36 So BVerfGE 31, S. 322, obwohl in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 nur von einer Freiheit der »Berichterstattung« »durch« Rundfunk die Rede ist. »Durch« legt die Frage nach den möglichen *Subjekten* dieser vom BVerfG als Grundrecht anerkannten Freiheit nahe. »Berichterstattung« bedingt Überlegungen über den *gegenständlichen Umfang* der Freiheit. Zu ersterem Punkt: Subjekt ist jedenfalls die Anstalt als solche, es handelt sich um die »Freiheit des Rundfunks« (so jetzt Art. 111a Abs. 1 Satz 1 BayVerf.). Strittig ist, ob und inwieweit daneben auch z. B. die einzelnen Programmmitarbeiter »Mitsubjekt« sind und eine Rundfunkfreiheit als Individualgrundrecht genießen. Dieses Problem ist im ZDF-Konflikt von keiner Seite aufgeworfen worden und soll auch hier nicht vertieft werden. – Der zweite Punkt ist hier unerheblich, insoweit es um die Erweiterung der »Berichterstattungs-« zu einer umfassenden »Programmfreiheit« – auch über »Information« als Aufgaben- und Programmsektor in einem engeren Sinn hinaus – geht. Er ist dagegen relevant, insoweit das Verhältnis von »Berichterstattung« und *Meinungsausbreitung und -verbreitung* i. S. des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG in Frage steht. Siehe sogleich.

37 Rechtsgutachten (Anm. 8), S. 27. Darüber bestehen allerdings die verschiedenartigsten Ansichten. Überblick bei *Wenzel*, a. a. O. (Anm. 16), S. 11 ff.

38 Dazu zuletzt *W. Hoffmann-Riem*, Sozialstaatliche Wende der Medienverantwortung? Juristenzeitung 1975, S. 469-476, 470 f. Hinter den gängigen, z. T. dubiosen Umschreibungen verbirgt sich ein erhebliches Maß an Dissens, was die gesellschaftspolitischen und verfassungsstrukturellen Weiterungen betrifft. Das wird offenkundig werden, sobald mit dem Versuch Ernst gemacht wird, Medienfreiheit »im *material-demokratischen* und *sozialstaatlichen* Kontext zu konkretisieren«, etwa in der Richtung auf »*sozialkompensatorische Berichterstattung*«, vgl. *Hoffmann-Riem*, a. a. O., S. 469, 476. Näher *J. Aufermann*, Politische Medienfunktionen in funktionalistischer Sicht – Exemplarische Darstellung und Kritik, in: *W.-D. Narr* (Hrsg.), Politik und Ökonomie – autonome Handlungsmöglichkeiten des politischen Systems (Politische Vierteljahresschrift, Sonderheft 6/1975), Opladen 1975, S. 431-451.

grundsätze wie die des § 3 Abs. 1 Satz 1 ZDF-Vertrag werde die Rundfunkfreiheit in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise »limitiert«. ³⁹ Das muß näherhin heißen:

Durch solche Grundsätze wird das verfassungsrechtliche Verhältnis von Rundfunkfreiheit und allgemeiner Meinungsfreiheit konkretisiert, und dies in der Weise, daß sich erstere Freiheit als *selbständige Medienfreiheit* zu erkennen gibt. In Art. 5 Abs. 1 ist vorgezeichnet: Die Rundfunkfreiheit ist weder ein schlichter »Unterfall« der Meinungsfreiheit noch aber auch ein »aliud« in dem Sinn, daß sie jede Meinungskomponente ausklammerte oder gar zwingend ausschlosse. Vielmehr handelt es sich wohl um ein Verhältnis der Spezialität. Dieses ist durch zwei Bewegungsrichtungen bestimmt, welche auf den ersten Blick unvereinbar erscheinen; sie laufen einander entgegen, es besteht ein Spannungsverhältnis:

Einerseits hat Berichterstattung einen ihrer *Antriebe* in *Meinungsvorgaben*. ⁴⁰ Ein »meinungsloses« Programm ist nicht denkbar, es ist auch verfassungsrechtlich nicht geboten. Die Meinung kommt unvermeidlicherweise gerade auch dann ins Spiel, wenn z. B. zu beurteilen ist, was jeweils »wesentliche« »Tatsachen« sind, was also, unter dem Auswahlaspekt, »umfassende«, »wahrheitsgetreue«, »sachliche« Berichterstattung ist. Meinungen sind auch sonst nicht nur ein notwendiges Übel. Medienspezifisch in die Informationstätigkeit einbezogen, stellen sie im Gegenteil eine der Voraussetzungen selbständiger Meinungsbildung im Publikum dar.

Andererseits bedingt der normative Richtpunkt des Rezipienteninteresses, daß diese Einbeziehung nicht in *beliebiger* Weise geschieht. Der Meinungsfaktor sollte so weit wie möglich offengelegt, dem Informationsfaktor *untergeordnet* und in ein entsprechendes Rationalitätskonzept eingebettet werden. Das gilt auch für das politische »Magazin«, als komplexen Inbegriff von Berichterstattung in einem engeren Sinn und anstaltsintern entspringender Meinungsäußerung. Auch dabei stellen sich Fragen wie die, ob jedes beliebige Konglomerat von »tendenziöser« Berichterstattung und Meinungsäußerung schon als solches der Rundfunkfreiheit unterfällt, ob es insoweit Abstufungen des Grundrechtsschutzes gibt ⁴¹ usw.

Solche Fragen werden sich beantworten lassen, wenn man von dem

³⁹ Vgl. Rechtsgutachten (Anm. 8), S. 35.

⁴⁰ Dieser Umstand wird erheblich vor allem unter dem Blickwinkel des »Ausgewogenheits«-Postulats.

⁴¹ Vgl. *Hoffmann-Riem*, a. a.O. (Anm. 38), S. 470.

Grundgedanken ausgeht: Als notwendiges Agens ist die Meinung ein Teilelement der Rundfunkfreiheit. Sie findet sich in allen Programmsparten, Programmtypen, Programmeinheiten, und zwar nicht nur⁴² abgetrennt, parzelliert, in jeweils in sich abgeschlossenen Partikeln, sondern auch und vor allem als »Faktor«. Auf dem Boden des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG soll sie mit dem Informationsfaktor *vermittelt* werden. In ihm hat sie ihren publizistischen Kontrapunkt, ihren Gegenpol; dahinter das Rezipienteninteresse. Der ZDF-Konflikt betrifft – insoweit nicht grundsätzlich anders als die genannten NDR-Konflikte – die Frage, ob diese Vermittlung gelungen oder ob der Meinungsfaktor sozusagen hybrid geworden und in überschießender, rechtswidriger Weise hervorgetreten ist.

Ob *Leibholz* bzw. das ZDF auch bis hierher noch mitgehen würden, steht dahin; das mag sich nach Art und Grad jener Materialisierung des Rezipienteninteresses richten, die man jeweils im Auge hat. Die entscheidende Wendung ist nun folgende: *Leibholz* sieht zwar, wie erwähnt, »Rechtsvorschriften« wie die des § 3 ZDF-Vertrag als zulässige Konkretisierungen der Rundfunkfreiheit an und billigt ihnen offenbar einige Normativität zu. Dann aber läßt er die Schranke nieder: Solche programmrechtlichen Vorschriften kämen als Maßstab der *Staatsaufsicht* nicht in Frage. Rundfunkfreiheit als »Staatsfreiheit« schließe eine staatliche Programmaufsicht vollständig aus. Deshalb sei § 25 Satz 1 ZDF-Vertrag verfassungskonform-einengend dahin auszulegen, daß § 3 ZDF-Vertrag nicht zu den maßstabfähigen »Bestimmungen dieses Vertrages« gehöre. *Leibholz* verweist stattdessen für Fälle, in denen eine Sendung Rechte Dritter beeinträchtigt, auf *justizielle* Behelfe; die Gerichte seien insoweit die »eigentliche« »Aufsichts-« und »Kontrollinstanz«. Im übrigen verweist er auf Intendantenverantwortung und anstaltsinterne *Gremienkontrolle*.⁴³ Soweit § 3 ZDF-Vertrag die öffentliche Meinungsbildungsfreiheit als Schutzgut im Auge hat und objektivrechtlich umsetzt, würde danach die staatlich-exekutivische Gewährleistungsfunktion ausscheiden. Die Gewährleistungsfunktion läge bei den zuständigen Gremien, und daneben sekundär allenfalls wieder bei den Gerichten.

2. Diese Doktrin läuft darauf hinaus, daß die problematische Nachkriegsentwicklung des staatsvertraglichen und einfachgesetzlichen

42 Siehe aber immerhin § 3 Abs. 2 Satz 1 ZDF-Vertrag: »Nachrichten und Kommentare sind zu trennen.«

43 Rechtsgutachten (Anm. 8), S. 38 f.

Aufsichtsrechts insgesamt wieder rückgängig gemacht wird.⁴⁴ Das wäre insoweit eine Rückkehr zu den liberalen Anfängen, mit deren Verständnis sich deutsche Jurisprudenz und Ministerialverwaltung so schwer tun.⁴⁵ Beherrschend ist dabei ein profundes Mißtrauen gegenüber der staatlichen Exekutive als solcher, gleichgültig, ob sie nach vorwärts tendiert und sich die Meinungsbildungsfreiheit zur obersten Richtschnur macht oder ob sie anderweitige Loyalitäts- und sonstige Lenkungsinteressen verfolgt. Anstalten, deren Aufsichtsinstanz sich in ersterer Richtung orientiert, wohingegen anstaltsintern der »Tendenzwende« Tribut gezollt wird, hätten daraufhin freieres Fahrwasser. Im Grenzfall würde sich eine so betätigte Rundfunkfreiheit strukturell womöglich der Pressefreiheit heutigen praktischen Zuschnitts annähern.⁴⁶ Das Rezipienteninteresse hätte einen Stützpfiler weniger. Die staatliche Exekutive würde als Widerlager und Gegensteuerungspotential ausfallen. Im umgekehrten Fall allerdings, bei Rechtsdrift in »Volk«, Parlament, Regierung, Verwaltung und bei anstaltsinternem Resistenzkampf, wäre ein »Damoklesschwert«⁴⁷ weggenommen. Beide – hier nur grob umrissenen – Konstellationen sind möglich. In die Herstellung von Einzeldiagnosen sei nicht eingetreten. Es sei nur gesagt: Beide Konstellationen, gegenwärtig besonders die zweite, sind da oder dort aktuell, und es spricht wenig dafür, daß sich daran auf mittlere Sicht etwas ändern wird. Ein politisches, jedenfalls ein juristisches Konzept der Rundfunkkontrolle sollte beide Konstellationen in Rechnung stellen; andernfalls wäre mit Lagerbildungen, typologischen Regionalisierungen der Rundfunkfreiheit und sonstigen Regressionen zu rechnen, die zu Kurzatmigkeit führen könnten.

Im übrigen werden taktische Kalkulationen solcher Art auch durch den Umstand relativiert, daß sich staatlicher Einfluß nicht nur im Weg der unmittelbaren Programmaufsicht geltend macht. *Leibholz* scheint

44 Und zwar nach *Leibholz* nicht durch die Gesetzgeber selbst, sondern mit den Mitteln von *Jurisprudenz und Justiz*. (Das ZDF will, falls es vor den Verwaltungsgerichten unterliegt, das Bundesverfassungsgericht anrufen.) *Hendrik Schmidt*, der sich der *Leibholz*-Doktrin angeschlossen hat, will seine Option als »Bestandteil eines rundfunkpolitischen Reformprogramms« verstanden wissen, d. h. wohl: Adressaten wären vor allem die politischen Parteien. Vgl. a. a. O. (Anm. 5), S. 3. Auch *Schmidts Begründung* scheint »politischer« als die von *Leibholz*; jedenfalls liegt sie näher bei jenem Publizistik-Verständnis, das oben mit dem *Koszyk*-Zitat angedeutet worden ist.

45 Oben Anm. 6.

46 Womit gewisse Signale auch im Hinblick auf die Misch-Typologie gesetzt sein könnten, wie sie für Kabelkommunikation im Gespräch ist. Zu Aufsichtsproblemen bei privatem Rundfunk *Berendes*, Die Staatsaufsicht (Anm. 1), S. 222 ff.

47 Vgl. *Leibholz* (der allerdings *diese* Konstellation wohl *nicht* meint), Rechtsgutachten (Anm. 8), S. 37.

nur diese für verfassungswidrig zu halten. Indes ist auch etwa eine Staatsaufsicht in Personalangelegenheiten (*mittelbar*) programmerheblich.⁴⁸ Entsprechendes dürfte für sämtliche dritten Aufsichtsgegenstände gelten.⁴⁹ Vor allem aber sollte beachtet werden: Staatlicher Einfluß wirkt auch jenseits des Aufsichtswegs überhaupt auf den Rundfunk ein: im Weg der Gesetzgebung, der justiziellen, der Rechnungskontrolle, und nicht zuletzt über die *internen Kontrollgremien*.⁵⁰

Letzteres ist für *Leibholz* wohl der strategische Hebel der Rundfunkverfassung. Nun bezeugt allerdings das Intendanten- und Gremienverhalten im ZDF während des hier in Rede stehenden Aufsichtsverfahrens dies und jenes, nur nicht gerade eine besondere Vitalität der internen Kontrollorgane. Wer nicht zu den Anhängern oder listigen Nutznießern des *Löwenthalschen* »Meinungsjournalismus« gehört, wird eher von *Funktionseinbußen* sprechen.⁵¹ Auch anderorts liegt bekanntlich im Bereich der inneren Rundfunkverfassung manches im argen. Ob das Rezipienteninteresse in Gremien der heute vorhandenen Typen angemessen »vertreten« werden kann, wird immer wieder bezweifelt. Die Reformdiskussion schleppt sich dahin. Von Interesse ist in diesem Zusammenhang zumal der Stellenwert des Einflusses der *politischen Parteien*. Wo man den direkten, so oder so vertikalen

48 Vgl. epd Kirche und Rundfunk Nr. 43 vom 25. 6. 1975, S. 9; Nr. 47 vom 9. 7. 1975, S. 5; Nr. 58 vom 16. 8. 1975, S. 9-10. Dazu das im Auftrag des NDR-Intendanten erstattete Rechtsgutachten von *W. Hoffmann-Riem*, Zustimmungsvorbehalt und Geschäftsführungsbefugnis beim Norddeutschen Rundfunk, Hekt. 1975.

49 Zu diesen *Berendes*, Die Staatsaufsicht (Anm. 1), S. 166 ff. Aus den hier bestehenden Verknüpfungen wird denn auch des öfteren auf weitergehende Restriktionen geschlossen, als sie *Leibholz* verfiht, etwa auf die Unzulässigkeit auch jeder Aufsicht über die Wirtschaftstätigkeit der Anstalten. So *H. Wilkens*, Die Aufsicht über den Rundfunk, Jur. Diss. Frankfurt a. M. 1965, S. 104 ff.; *Wenzel*, a. a. O. (Anm. 16), S. 59; dazu *Mallmann*, a. a. O. (Anm. 8), S. 36 ff.

50 Hier ist der neueste anstaltsinterne NDR-Konflikt einschlägig: Der NDR-Verwaltungsrat hat Ende April 1976 beschlossen, die (vom Intendanten beabsichtigte) Bestellung *Merseburgers* zum Vertreter des Fernsehprogrammdirektors bedürfe seiner Zustimmung. Daraufhin kam es zu einem Organstreitverfahren. Vgl. epd Kirche und Rundfunk Nr. 35 vom 5. 5. 1976, S. 5-6, dazu *P. C. Hall* ebd. S. 2-3; Nr. 51 vom 30. 6. 1976, S. 4 ff.; Funk-Korrespondenz Nr. 25 vom 23. 6. 1976, S. 2 ff. Der Fall illustriert: Mittelbare Programmintervention im Aufsichtsweg kann in *Gremienintervention* ihre Entsprechung haben. – Allgemein *Berendes*, Die Staatsaufsicht (Anm. 1), S. 76 ff. Zur *Rechnungsprüfung* im besonderen ebd. S. 192 ff.; weiter *F. Ossenbühl*, Staatsaufsicht und Rechnungsprüfung der Rundfunkanstalten, Rundfunk und Fernsehen 1973, S. 31-53; *ders.*, Rundfunk (Anm. 6), S. 2 ff. Euphemismen demgegenüber noch bei *Th. Oppermann*, Kulturverwaltungsrecht, Tübingen 1969, S. 522. – Das nur als Merkposten. In diesem Beitrag können nur Fragen der unmittelbaren Programmaufsicht genauer erörtert werden.

51 Vgl. auch *Mallmann*, a. a. O. (Anm. 8), S. 79 f.

Staatseinfluß möglichst weitgehend eindämmen will, stehen dahinter häufig Motive, die sich auf das Parteienwesen beziehen.

Man mag etwa der Meinung sein, unter den gegenwärtigen Bedingungen könne auf der Parteiebene nicht genug »politische Sachkompetenz«⁵² entstehen; progressive Konzepte der Rundfunkfreiheit könnten dort nicht hinreichend Fuß fassen. Wer andererseits konservativen oder rechtsliberalen Orientierungen zuneigt, wird Staatseinwirkungen für abträglich halten, wo er den Faktor von »Nichtidentifikation«⁵³ auf der staatlichen Ebene dahinschwinden sieht (und wo das Bestreben, diesen Faktor in die Parteien hinein vorzuverlegen, mit Enttäuschungen endet). Das überwiegend gruppenpluralistisch-gesellschaftliche Kontrollsystem wiederum – das dann als taugliche, vielleicht entwicklungsfähige Alternative zur Parteienherrschaft herangezogen zu werden pflegt – sieht sich u. a. dem Einwand ausgesetzt, auch in ihm schlage der Parteeinfluß durch. Es ist gerade *Leibholz*, der sich früher als andere mit der Expansivität des »Parteienstaats« beschäftigt hat, und zwar – bei einiger Nostalgie in den Untertönen – hauptsächlich wohlwollend.⁵⁴ *Leibholz* scheint den Parteeinfluß auch im Rundfunk für teilweise legitim zu halten, mindestens für faktisch unabwendbar.⁵⁵ Wenn dem aber so ist – besteht dann nicht zwischen partieller Hinnahme des Parteeinflusses auf der *Gremienebene* und Ablehnung staatlicher *Programmaufsicht* (als Parteiinstrument) ein gewisser Widerspruch? Läge in der Konsequenz der *Leibholz*schen Aufsichtsdoktrin nicht der Versuch, auch den inneren Parteeinfluß zu eliminieren, sei es durch Gremienreform oder – falls sich das als unmöglich oder ineffektiv erweist – jedenfalls durch besseren Ausbau der Innenschwelle zwischen Gremien und Intendant und durch bessere Absicherung innerer Rundfunkfreiheit? Ist nicht die Konsolidierung der Rundfunkfreiheit als *publizistischer* Freiheit das Schlüsselproblem?⁵⁶

52 Wie sie zuletzt besonders *J. Rau* für die Parteien in Anspruch genommen hat, als Pluspunkt im Vergleich zu »ständestaatlichen Versäulungen« als Mißbildungen im Bereich des anderen Gremienprinzips. epd Kirche und Rundfunk Nr. 44 vom 5. 6. 1976, S. 2-6.

53 Zu diesem Grundbegriff der Staatslehre *Herbert Krügers K. Schlaich*, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, Tübingen 1972, S. 236 ff. (zur Rundfunk-»Neutralität« ebd. S. 83 ff.).

54 Vgl. *G. Leibholz*, Strukturprobleme der modernen Demokratie, 3. Aufl., Karlsruhe 1967, Neuausg. Frankfurt a. M. 1974.

55 Vgl. *G. Leibholz*, Bundesverfassungsgericht und Rundfunkfreiheit, in: *ders.* u. a. (Hrsg.), Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung. Festschrift f. W. Geiger zum 65. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 9-21, 16 ff.

56 Etwas näher *Stock*, a. a. O. (Anm. 30), bes. S. 291 f. und darüber, daß diese These bei

Hier soll nicht behauptet werden, Staatsaufsicht sei ein medienpolitisches nebensächliches Thema, das sei augenblicklich die falsche Front, oder gar: Es handele sich um einen Kampf gegen Windmühlenflügel. Inzwischen sind »Enthemmungs«-Phänomene zu verzeichnen, die gefährlich genug sind, um ein Bemühen um Regulative gerade auch in dieser Richtung als dringlich erscheinen zu lassen. Auch der Roll-Back-Versuch im Sinn von *Leibholz* scheint diskutabel; dem stehen die Rahmenerwägungen, die zuletzt angestellt wurden, nicht entgegen. Was mit diesen Erwägungen angedeutet werden sollte, war lediglich das: Eine angemessene Einschätzung des Instituts der Staatsaufsicht setzt ein Gesamtkonzept der äußeren und inneren Rundfunkverfassung voraus, vor allem ein Konzept der rundfunkspezifischen Staatsfunktionen im ganzen.⁵⁷

3. Dabei wären Einwirkungen der Staatsgewalt als grundsätzlich *ambivalent* zu erachten. Staat, zumal staatliche Exekutiven, können ein Potential der Verzerrung darstellen. Von ihnen können Bedrohungen und Gefährdungen der Meinungsbildungs- und der entsprechenden Medienfreiheit ausgehen. Es kann aber auch das Gegenteil der Fall sein. In einer Anstalt können ohne staatliches Zutun Binnenvermachungen auftreten, z. B. ein Instrumentalismus, der auf gesellschaftlichem Druck von außen beruht und sich über Gremien und Intendant in die Programmpraxis fortpflanzt, demgegenüber die Staatsgewalt aber graduell »autonom« bleibt; oder Herdpunkte individueller oder kollektiver Meinungsmacht unter den Mitarbeitern selbst, dysfunktionale Proporzstrukturen usw. Und in Konstellationen der letzteren Art kommt der Staat durchaus auch mit seinem möglichen anderen Gesicht als Beteiligter in Betracht: als Potential von Gegensteuerung und Grundrechtsgewährleistung.

Von diesem Ansatz aus bietet sich ein *Balancemodell* an, das gewissermaßen auf *wechselseitige* »Kontrolle« von Staat und Rundfunk angelegt sein müßte. Der Rundfunk würde staatlicher Kontrolle unter-

Autoren wie *W. Geiger* und wohl auch *Leibholz* schwerlich Beifall finden würde, ebd. S. 275 f. – An nächster Stelle trifft Gremieneinfluß insoweit auf die selbständige *Intendantenverantwortung*. Dazu und zum Stellenwert der Gremienkontrolle unter dem Blickwinkel ihrer *Verrechtlichung* noch einmal unten bei Anm. 78 ff.

57 Unter diesem Blickwinkel wäre die neuere allg. »Staat«-»Gesellschaft«-Debatte – zuletzt *Walter Schmidt*, Die Entscheidungsfreiheit des einzelnen zwischen staatlicher Herrschaft und gesellschaftlicher Macht, *Archiv des öff. Rechts* 101 (1976), S. 24-45 – rundfunkrechtlich aufzuarbeiten, unter Einbeziehung jener politisch-ökonomischen Fragestellungen, an denen diese Debatte, soweit sie von Juristen bestritten wird, noch oft vorbeigeht.

liegen, wenn, wo, insoweit das im Rezipienteninteresse läge. Gegen staatlichen *Exzeß* aber müßte er sich erfolgreich zur Wehr setzen können. Ein derartiges Zuordnungs- und *Konfliktmodell* würde ein bestimmtes Maß an äußerer Rundfunk-»Autonomie« und bestimmte widerstandsfähige Binnenstrukturen bedingen, und zwar insbesondere auch innere Rundfunkfreiheit als ein System subsidiärer Verteidigungslinien für den Fall, daß der Durchgriffsversuch bei den Gremien ansetzt. Es wären also Vorkehrungen zu treffen, die eine »*Rundum*«-Verteidigung des professionellen Stabs nach »oben«, außen und innen erlaubten, ferner Vorkehrungen für dessen innere Selbstkontrolle. In alledem kann das Moment von Konflikt, Defensive, Zusammenziehung allerdings nur den Not- und Ausnahmefall betreffen. Mit dem Staat und den in ihm agierenden gesellschaftlichen und politischen Kräften hat es der Rundfunk so oder so, »im guten« oder »im bösen«, immer zu tun. Ein Teil der Garantieproblematik liegt notwendig auf der staatlichen Ebene, ebenso übrigens auch ein Teil der Legitimationsproblematik. Die Staatsverfassung muß das Fundament der Rundfunkverfassung darstellen. In gewisser Weise bedingen sich Staats- und Rundfunk-»Autonomie« wechselseitig. Dabei liegt die eigentliche Chance konstitutionellen Gleichgewichts darin, daß der Rundfunk ein »mediales« Funktionskonzept im oben angedeuteten Sinn alltäglich praktiziert.

III. In diesem Zusammenhang wäre nicht zuletzt auch das *Rechtsstaatsprinzip* genauer auf seinen rundfunkrechtlichen Stellenwert hin anzusehen. Das kann hier nicht mehr umfassend, im Hinblick auf alle relevanten »*Rundum*«- und Innenbeziehungen, geschehen. Es seien aber noch einige Bemerkungen über Fragen der Verrechtlichung von *Aufsichtsverhältnissen* angefügt. Auch insoweit hat der ZDF-Aufsichtskonflikt Probleme zu Tage gefördert, die der weiteren Aufarbeitung bedürfen.

1. Die *Leibholz*sche Aufsichtsdoktrin allerdings scheint in diesem Punkt auf den ersten Blick unergiebig. Näher betrachtet, wohnt ihr *negative* Ergiebigkeit inne: *Leibholz* mißt dem Rechtsstaatsprinzip anscheinend für den Bereich der Programmaufsicht keine hinreichende regulativische Bedeutung zu. Er will *jede* unmittelbare Programmaufsicht ausschließen, auch eine bloße *Rechtsaufsicht*⁵⁸ – und nur um eine

58 Zur Definition allg. *Berendes*, Die Staatsaufsicht (Anm. 1), S. 38: Rechtsaufsicht ist »bloße Rechtmäßigkeitskontrolle«. *Fachaufsicht* schließt die Rechtmäßigkeitskontrolle ein, betrifft aber darüber hinaus auch die »*Zweckmäßigkeit*« des zu beaufsichtigenden Verhaltens, sie bedeutet »im Prinzip umfassende Sachweisungsbefugnis«.

solche kann es sich nach geltendem einfachem Rundfunkrecht handeln. Staatliche *Fachaufsicht* ist im ZDF-Vertrag nicht vorgesehen. Die für andere Anstalten geltenden Aufsichtsbestimmungen werden, auch wo ihr Wortlaut unbestimmt ist, ebenfalls dahin verstanden, daß Fachaufsicht ausscheidet. Dafür wird auf die Verfassungsgarantie der Rundfunkfreiheit rekuriert: Es besteht überall Einigkeit darüber, daß eine Fachaufsicht verfassungswidrig wäre.⁵⁹ Indem *Leibholz* darüber hinaus auch die Zulässigkeit bloßer Rechtsaufsicht negiert, scheint er den typologischen Unterschied insoweit für unerheblich zu halten. Dabei hat er die Mehrheitsmeinung noch gegen sich: Sie geht dahin, daß eine Rechtsaufsicht auch in Programmangelegenheiten nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG grundsätzlich zulässig sei.⁶⁰

Die Kontroverse betrifft die Erheblichkeit des Unterschieds der Aufsichtsmaßstäbe. Diesen Punkt hatte auch schon die Hessische Landesregierung in ihrem Aufsichtsbescheid aufgegriffen.⁶¹ Sie hatte die Erheblichkeit des Unterschieds bejaht. *Mallmann* hat aus diesem Anlaß die vorausgegangene rechtswissenschaftliche Diskussion resümiert; eine Diskussion, die vor allem die mögliche Trennschärfe verrechtlichter Programmgrundsätze, nämlich deren Eignung als Regulativ gegen ein beliebiges Durchschlagen politischen, parlamentarisch-parteienstaatlich zurückgebundenen gouvernementalen bzw. administrativen *Ermessens* zum Gegenstand gehabt hatte. Insoweit waren schon früher manche Zweifel laut geworden. Indem das Land diese Zweifel mitpräsentiert und zu widerlegen versucht, liefert es dem ZDF beachtliche Argumente zugunsten der gegenteiligen Ansicht: Die Widerlegung der Zweifel, ob auch noch auf dieser Linie ein hinreichender Schutz der Rundfunkfreiheit resultiere, fällt nicht recht einleuchtend aus; daraufhin liegt die Vorverlegung der Abwehrfront im Sinn der *Leibholz*schen Aufsichtsdoktrin nahe.

Das sei näher dargelegt vor dem Hintergrund der Modellannahmen,

59 Statt aller *Berendes*, Die Staatsaufsicht (Anm. 1), S. 101 f.

60 In diesem Sinn eingehend *Berendes*, ebd., S. 102 ff. mit weiteren Nachw. Zur Bedeutung des Vorbehalts in BVerfGE 12, S. 261, die Anstalten dürften »höchstens« einer »beschränkten« Rechtsaufsicht unterworfen werden, ebd. S. 108 ff. und *Mallmann*, a. a. O. (Anm. 8), S. 53 ff. Im übrigen sei unterstrichen: Auch von diesem Standpunkt aus wird die Einführung einer Rechtsaufsicht zumeist nicht für verfassungsrechtlich geboten gehalten; *Berendes*, ebd. S. 118 ff.; zuletzt *Ossenbühl*, Rundfunk (Anm. 6), S. 45. Das »gewachsene« Nebeneinander aufsichtsfreier und aufsichtsunterworfener Anstalten (Anm. 4) ist demnach verfassungsrechtlich unbedenklich, d. h. die hier erörterte Thematik betrifft nur aufsichtsunterworfene Anstalten. Insoweit besteht weithin Einigkeit, und davon wird auch hier ausgegangen.

61 Aufsichtsbescheid (Anm. 11), S. 20 ff.

die eben skizziert worden sind. Hier geht es um die rechtliche Ausgestaltung des Konfliktmoments im Aufsichtsverhältnis. Die Ausgangsfrage sei dahin gestellt: Sind Programmgrundsätze wie die des § 3 Abs. 1 Satz 1 ZDF-Vertrag, als Bestandteile maßstabfähiger und justitierbarer Rechtsvorschriften verstanden, geeignet, das Aufsichtsverhältnis so zu strukturieren, daß die Aufsichtsinstanz eingreifen kann, wenn und soweit es im wohlverstandenen Rezipienteninteresse liegt, daß sich der Rundfunk aber gegen *überschießende*, typologisch einer beliebigen heteronomen Fachaufsicht nahekommende Aufsichtsmaßnahmen mit rechtlichen Mitteln erfolgreich zur Wehr setzen kann? Mit anderen Worten: Läßt sich auf dem Boden einer derartigen Verrechtlichung des Aufsichtsverhältnisses die Staatsfunktion als Reservefunktion, als Garantiefunktion zugunsten der Meinungsbildungs- und Medienfreiheit in Anschlag bringen, ohne daß sich die Rechtsaufsicht zum beliebigen Machtinstrument auswächst? Konstituieren Grundsätze wie »umfassend«, »wahrheitsgetreu«, »sachlich«, als Rechtsbegriffe genommen, ein »kommunikationsgerecht«⁶² ausbalancierbares (und deshalb als verfassungsmäßig zu erachtendes) Wechselverhältnis von Staatsaufsicht und Rundfunk, oder sind sie rechts- und gerichtspraktisch unvermeidlicherweise so inkonsistent, daß die Position der Anstalt im Konfliktfall verfassungswidrig geschwächt wird? Kann diese Position vom Rundfunk nur dann mit einiger Erfolgsaussicht verteidigt werden, wenn unmittelbare Programmaufsicht – oder sogar: *jede* Aufsicht, als mindestens mittelbare Programmaufsicht – a limine ferngehalten wird? Wenn also der z. B. parteipolitisch motivierte Mißbrauchsversuch nicht erst abgewartet und dann im Rahmen des Aufsichtsverfahrens und mit verwaltungs- und notfalls verfassungsgerichtlichen Rechtsbehelfen bekämpft, sondern vorbeugend und pauschal, nämlich durch gesetzgeberische Negativentscheidung oder anhand einer verfassungsrechtlichen Herleitung im *Leibholz*schen Sinn, abgefangen wird? Wenn mithin auf das Institut der Rechtsaufsicht auch mit ihrer anderen, eher »kommunikationsgerechten«, etwa gegen Exzeß auf der Gremienebene einsetzbaren Korrekturfunktion verzichtet und wenn das Rezipienteninteresse statt dessen auf den Gremienweg verwiesen wird?

Die Fragestellung so weiterzuführen, heißt immerhin auch: Die medienpolitische Evidenz der *Leibholz*-Doktrin wird verringert, mit

62 Vgl. P. Glotz, in: H. Bausch (Hrsg.), *Organisation des Fernsehens und Rolle des Zuschauers*, Düsseldorf 1972, S. 63; ders., in: *Rundfunk als machtfreier Raum*, hrsg. von der Evang. Konferenz für Kommunikation, Frankfurt a. M. 1972, S. 111, 124.

einem nur liberal-»staatsfremden« Unwerturteil etwa wäre es nicht getan, das Problem ist komplexer. Auch Hessen könnte beachtliche Argumente aufbieten. Sehen wir uns nun die Begründung des Aufsichtsbescheids und die unterstützenden Ausführungen *Mallmanns* an. Hier fällt zunächst ins Auge: Zwar ist es weithin eine inhaltlich-medien-spezifische, im oben umrissenen Sinn interessenorientierte Explikation des rundfunkrechtlichen Zuordnungsmodells, was hier im Vordergrund steht und das Gesamtbild bestimmt. In jenen Passagen jedoch, die für das zuletzt genannte Problem einschlägig sind, waltet ein eher schmalbrüstiges, überraschend konventionelles juristisches Rasonnement vor – und auf diesem Boden wollen die möglichen Pluspunkte nicht so recht zur Geltung kommen. Es gibt hier ein schwaches Kettenglied.

Hessen hält nur »reine Rechtskontrolle« »am Maßstab solcher Vorschriften . . ., die in Form subsumtionsfähiger Tatbestände konkrete Rechtspflichten begründen«, für einen verfassungsmäßigen Modus der Ausübung der Staatsaufsicht: Die fraglichen Programmgrundsätze müßten »die für eine Rechtsanwendung notwendige Sinnbestimmtheit und Entschiedenheit des Norminhalts besitzen, also eine deduktiv auswertbare rechtliche Eigenbedeutung haben«. »Ihr Gebotsinhalt muß aus sachimmanenten Rechtsgesichtspunkten festlegbar sein; er darf nicht vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten offenlassen, unter denen die Träger der Rundfunkfreiheit nach Gesichtspunkten der Zweckmäßigkeit und der journalistischen Bewertung die sachentsprechende Auswahl treffen können.« Als Prüfungsmaßstäbe für die Rechtsaufsicht müßten deshalb diejenigen »Programmanforderungen« des ZDF-Vertrags ausscheiden, »die einen nicht konkret bestimmbareren Beurteilungsspielraum gewähren«. Eine exekutivische Programmkontrolle am Maßstab dieser »injustitiablen« Grundsätze würde zwangsläufig Erwägungen der Zweckmäßigkeit und des wertenden politischen Ermessens mit einschließen. Welche der in §§ 2 und 3 ZDF-Vertrag genannten Programmgrundsätze als »injustitiabel« gelten müßten, könne dahingestellt bleiben. Unstreitig sei die Verpflichtung zu »wahrheitsgetreuer« Berichterstattung »ein justitiabler Tatbestand, der in Anwendung auf einen konkreten Sachverhalt eine rational nachprüfbar rechtliche Subsumtion erlaubt«. ⁶³

Mallmann, der sich gleichfalls auf dieser Linie bewegt⁶⁴, hatte sich

⁶³ Aufsichtsbescheid (Anm. 11), S. 20 ff.

⁶⁴ A. a. O. (Anm. 8), S. 99 ff.

bereits mit dem ZDF-Einwand auseinanderzusetzen, es könne hier eine Einbruchsstelle eröffnet werden, die, »falls sie nicht genau abgesichert und eingegrenzt ist«, politischem Exzeß Raum gebe. Und schon früher hatte insbesondere *Wilkins* eine derartige Absicherung im Hinblick auf den generalklauselartigen Charakter der meisten Programmgrundsätze und auf die entsprechenden Wertungsmargen für unmöglich erklärt; der Umschlag in Richtung auf eine politische Fachaufsicht sei auch unter rechtsmethodologischen Gesichtspunkten nicht aufzuhalten.⁶⁵ *Berendes*, der diese Bedenken aufgegriffen hatte, hatte seine Zweifel schließlich mit einer bemerkenswerten Vertrauenserklärung an die Adresse des Verfassungsstaats niedergekämpft.⁶⁶ Er unterscheidet die Programmgrundsätze im übrigen dahin, daß sie teils voller, teils nur »beschränkter«, teils überhaupt keiner rechtsaufsichtlichen Kontrolle unterlägen, und spricht sich allgemein für äußerst restriktive Handhabung und für die Zubilligung weiterer »Beurteilungsspielräume« aus.⁶⁷ Dem scheint auch *Mallmann* zuzuneigen. Näherhin widmet er sich aber, nicht anders als die Hessische Landesregierung, nur dem Begriff »wahrheitsgetreu« und erklärt dessen »Subsumtionsfähigkeit« im Sinn des Aufsichtsbescheids gar für »unproblematisch«.⁶⁸

Der Argumentation des Aufsichtsbescheids scheint insoweit auf den ersten Blick eine gewisse Eindimensionalität innezuwohnen. Wer länger überlegt, wird allerdings einen medienpolitisch-situativen Gesichtspunkt zu Gesicht bekommen, über den sich immerhin reden läßt. Hinter den Beschwörungen des »rein juristischen« Charakters zulässi-

65 A. a. O. (Anm. 49), bes. S. 105 f. Ebenso *Wenzel*, a. a. O. (Anm. 16), S. 59.

66 Die Staatsaufsicht (Anm. 1), S. 103 ff. (»Man muß davon ausgehen, daß die Exekutivorgane eines freiheitlichen Gemeinwesens, die sich den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit verpflichtet fühlen und der demokratischen Kontrolle durch die Volksvertretung unterliegen, ihre rechtsaufsichtlichen Befugnisse gegenüber dem Rundfunk nicht zu verfassungswidrigen Angriffen auf dessen Freiheit mißbrauchen«, S. 107.)

67 So zuletzt: Zulässigkeit (Anm. 1), S. 419.

68 A. a. O. (Anm. 8), S. 101. In dieser Richtung für »wahrheitsgetreu«, einschl. der »Vollständigkeitspflicht«, auch *Berendes*, Die Staatsaufsicht (Anm. 1), S. 173; ausdrücklich für »volle« staatsaufsichtliche Kontrolle insoweit *ders.*, Zulässigkeit (Anm. 1), S. 419 Anm. 79. – *Leibholz* will hier zwar die exekutive Aufsicht ferngehalten wissen. Für *Gerichte* sollen auch nach ihm aber »wahrheitsgetreu«, »umfassend« und sogar auch »sachlich« »den rechtlich verbindlichen Prüfungsmaßstab« bilden können (wobei er an Klagen dritter Privater denkt), Rechtsgutachten (Anm. 8), S. 38. Auch *Mallmann* denkt den Gerichten weiterreichende, auch in aufsichtlich »nicht konkret bestimmbare Beurteilungsspielräume« hineinreichende Prüfungsbefugnisse zu als den Aufsichtsinstanzen, vgl. a. a. O., S. 100. Das scheint mir inkonsequent. Die institutionelle und funktionelle Andersartigkeit der dritten Gewalt ergibt dafür wohl nichts.

ger Rechtsaufsicht⁶⁹ und hinter der Lokalisierung des Eingriffstitels bei dem Pflichtmerkmal »wahrheitsgetreu« mag das Bestreben stehen, den »Enthemmungs«-Effekt zu vermeiden – man mag der Gefahr einer Auslösungs- und anderweitigen Fernwirkung gewahr geworden sein. Man mag daraufhin versucht haben, den Eingriff im Fall des »ZDF-Magazins« »rein juristisch« zu untermauern, ohne damit zugleich die Türen dafür zu öffnen, daß andere Landesregierungen in anderen Konstellationen den »*Ausgewogenheits*«-Begriff rechtsaufsichtlich aktivieren. Diesen Begriff hat die Hessische Landesregierung in einem anderen Fall für *nicht* maßstabfähig erklärt; dazu tendiert auch *Mallmann*.⁷⁰ Deutlich ebenso *Berendes*, auch für das Merkmal »sachlich«, das er im Anschluß an das Bundesverfassungsgericht mit »ausgewogen« koppelt: »ein grundlegendes rundfunkpublizistisches Leitprinzip, das nicht von anstaltsexterner Seite und mit den Mitteln der Staatsgewalt durchgesetzt werden kann«.⁷¹ Und zusammenfassend bemerkt *Berendes*, die im Zentrum jeder Kontrolle stehenden Programmverpflichtungen des Rundfunks ließen »ihrer Natur nach« keine exakte Bestimmung von Reichweite und Grenzen der Staatsaufsicht zu, daraus könnten für die Rundfunkfreiheit Gefahren erwachsen.⁷²

Letzteres wird gern unterschreiben, wer die heutige Szene beobachtet und die Wucherungen verfolgt hat, die in der »Ausgewogenheits«-Debatte vorgekommen sind. Wenn im Aufsichtsrecht (und darüber hinaus) etwas »ominös« ist, dann dieses Wort. Da ist ein Wespennest, in das man in der Wiesbadener Staatskanzlei wohl nicht stechen wollte. Hat man es aber, bei Lichte besehen, nicht dennoch getan? Zwar ist der ominöse Begriff im ZDF-Konflikt nicht mobilisiert worden. Wie oben gezeigt, war aber für die Beurteilung der Schnitte und Auslassungen *Löwenthals* und seiner Redaktion, nämlich für die Identifizierung weggelassener »Tatsachen« als »wesentlich«, auf *alle drei* Zentralbegriffe des § 3 Abs. 1 Satz 1 ZDF-Vertrag abzustellen: Neben »wahr-

69 Vgl. *Berendes*, Zulässigkeit (Anm. 1), S. 419.

70 Vgl. *Mallmann*, a. a. O. (Anm. 8), S. 101 mit Anm. 334.

71 Die Staatsaufsicht (Anm. 1), S. 172 mit weiteren Nachw.

72 Vgl. ebd. S. 175. Daraufhin erklärt auch *Berendes* (nicht eine staatliche Aufsicht, sondern) die *gesellschaftliche Kontrolle* für »systemgerecht«, S. 127; in der »politischen Konzeption« der Staatsaufsicht liege ohnehin, daß sie »praktisch überflüssig« werde, S. 153. Ähnlich, jedoch für völligen Ausschluß unmittelbarer exekutivischer Programmaufsicht, *Schmidt*, a. a. O. (Anm. 5), mit der Begründung, die Reichweite »justitierbarer Normen« lasse sich kaum in publizistisch plausibler Weise bestimmen. Indem *Schmidt* dann die *Gremien* auf Rechtmäßigkeitskontrolle beschränkt sehen möchte, kehrt allerdings das Unterscheidbarkeits- und Abgrenzungsproblem auf anderer Ebene wieder.

heitsgetreu« waren auch »umfassend« und »sachlich« miteinschlägig – wovon der Aufsichtsbescheid nur beiläufig spricht –, und die Krite- riensuche führt unweigerlich in jenes Gelände, in dem auch »ausgewo- gen« sein Wesen hat. Damit befand man sich aber nun doch wohl auf einem Gelände, das sumpfig ist. »Subsumtionsfähige Tatbestände« als Handwerkszeug einer schlicht-»deduktiven« Verwaltungsjurispru- denz – davon kann dort im Ernst nicht die Rede sein. Man mag zwar in einiger Nähe des festen Landes geblieben sein: Daß *Löwenthals* Aus- wahlentscheidungen grenzüberschreitend-»manipulativen« Charakter hatten, mag in *diesem* Fall offenkundig erscheinen. Auch wenn hier statt von »subsumtionsfähigen« von »beschränkt« maßstabfähigen (»unbestimmten«) Rechtsbegriffen mit »weitem Beurteilungsspiel- raum« im Sinn der Normalkategorien nach *Berendes* gesprochen wor- den wäre, hätte sich der Eingriff in diesem Fall vielleicht rechtskon- struktiv begründen lassen; man hätte zu begründen gehabt, daß der »Beurteilungsspielraum«, d. h. der Spielraum aufsichtsfester Rund- funkfreiheit als publizistischer Freiheit, überschritten und daß über- schießender »Meinungsjournalismus« praktiziert worden sei. Das heißt aber nicht, daß entsprechende Herleitungen und Ergebnisse auch in *anderen*, weniger eindeutigen Fällen »manipulativer« Verquickung von Berichterstattung und Meinungsäußerung auf der Hand lägen. Wo das Begriffstrio des § 3 Abs. 1 Satz 1 involviert ist, befindet man sich immer in Reichweite der oben beschriebenen Grundpolarität: der Polarität von Informations- und Meinungsfaktor. Und man befindet sich immer, mehr oder weniger nahe, im Umfeld des »Ausgewogen- heits«-Postulats.

Als Beleg sei wieder das diesbezügliche jüngste CDU-Papier zitiert. Da findet sich eine These, die nachdenklich stimmt: »Tatsachen müssen möglichst umfassend recherchiert und dann in ihrer Auswahl »ausgewogen« dargeboten werden.«⁷³ Das Papier kombiniert also schon »umfassend« und »ausgewogen«. Fast⁷⁴ unbefangen schiebt es den »Ausgewogenheits«-Begriff – einen *meinungsrelevanten* und mei- nungsträchtigen Begriff – in den »Tatsachen-«, Berichterstattungs-, *Informations*sektor vor und unterwirft seinem Regime die Auswahl- entscheidungen. Darin könnte etwas Abgründiges liegen.⁷⁵ Hätte die

73 A. a. O. (Anm. 25).

74 Der Begriff wird an *dieser* Stelle, noch etwas verschämt, in Anführungsstriche gesetzt.

75 Das zumal dann, wenn man den zitierten Satz so liest: »Tatsachen«-*Recherche* soll noch »möglichst umfassend« vor sich gehen und dabei noch *nicht* von »Ausgewogenheit« affiziert werden; erst auf der Stufe der »*Darbietung*« soll der »Ausgewogenheits«-

Hessische Landesregierung gegenüber dem ZDF zu einer derartigen These gegriffen, dann wäre sie direkt in den Strudel der Mehrdeutigkeiten geraten, wie sie dem umstrittenen Begriff anhaften, und die Signalwirkung auf anderweitige Aufsichtsinstanzen wäre unübersehbar geworden. Im übrigen wird neuerdings auch der Ansicht, »ausgewogen« sei kein maßstabfähiger Rechtsbegriff, in Rundfunkpraxis – gerade auch im NDR⁷⁶ – und Rechtsliteratur⁷⁷ zunehmend widersprochen. Die Distanzierungs- und Ausweichversuche können also als

Grundsatz – als zusätzliches, jetzt womöglich heteronomes Selektions- und Lenkungsprinzip – eingreifen. Etwas Trost könnte demgegenüber von dem Umstand kommen, daß im selben Abschnitt das *Rezipienteninteresse* (oben bei Anm. 25; siehe auch Anm. 29) als Kriterium eingeführt wird, und zwar als eine Art Dachkriterium auch des »Ausgewogenheits«-Begriffs. Siehe auch *D. Schwarzkopf*, *Die Zeit* Nr. 40 vom 26. 9. 1975, S. 36: »Das Gebot der Ausgewogenheit bezieht sich auf Meinungen, nicht auf Tatsachen. Tatsachen sind ausgewogenheitsfremd. Sie können nicht daraufhin abgewogen werden, ob sie für Personen oder Gruppen vorteilhaft oder von Nachteil sind.« Für die *Auswahl* der »Nachrichten« trifft *Schwarzkopf* dann die Feststellung, sie dürfe nicht von der Absicht bestimmt werden, »irgend jemandem zu schaden oder zu nutzen«. Als Hauptkriterien nennt er insoweit neben dem »Neuigkeits-« den »Öffentlichkeitswert«, d. h. ein Kriterium, in dem auch ein Rezipienteninteresse vorkommen wird, sei es auch hiernach ein weitgehend formal verstandenes (Dazu oben Anm. 38.)

76 So von *Schwarzkopf*, a. a. O. (Anm. 75): »Rechtsgebot«. Ebenso dann die (ohne die Stimmen der der SPD zuzurechnenden Mitglieder gefaßte) Entschließung des NDR-Verwaltungsrats vom 20. 11. 1975, nach epd Kirche und Rundfunk Nr. 84/85 vom 22. 11. 1975, S. 8; aber auch ein Beschluß der NDR-Redakteursversammlung vom 12. 12. 1975, ebd. Nr. 92 vom 17. 12. 1975, S. 7. Den ARD-Intendanten zufolge ist »Ausgewogenheit« »kein journalistischer, sondern allenfalls ein juristischer Begriff«, nach Südd. Zeitung Nr. 210 vom 13. 9. 1975, S. 5. Hier findet man also das Gegenstück zu der Meinung von *Berendes*, oben bei Anm. 71. Gegen beide Varianten etwa *P. C. Hall*, epd Kirche und Rundfunk Nr. 57 vom 13. 8. 1975, S. 1-2, 2:s»Der Begriff, der kein journalistischer ist und erst recht kein juristischer«. Letzteres Diktum erscheint voreilig. Mindestens wird dabei die neue bayerische Positivierung (oben Anm. 9) übersehen: Dort handelt es sich jetzt um einen Verfassungs- bzw. Gesetzesbegriff i. S. geschriebenen Rechts. Im übrigen könnte es sich um einen richterrechtlichen Auslegungsbehelf, auch insoweit aber um einen »juristischen Begriff« handeln.

77 So von *R. Herzog*, Kirchen und Massenmedien, in: *E. Friesenhahn* u. a. (Hrsg.), *Handbuch des Staatskirchenrechts*, Bd. II, Berlin 1975, S. 417-435, 432 ff., mit der Unterscheidung eines – hier nach *H.* offenbar großen – juristischen Handhabung zugänglichen »Begriffskerns« und eines »Begriffshofs« von gesteigerter »Unbestimmtheit«. Damit wird an ältere Kategorien der allgemeinen Doktrin vom »unbestimmten Rechtsbegriff« angeknüpft. Vgl. nur *G. Schmidt-Eichstaedt*, Ermessen, Beurteilungsspielraum und eigenverantwortliches Handeln der Verwaltung, *Archiv des öff. Rechts* 98 (1975), S. 173-195. Die entscheidende Frage ist dann die, anhand welcher Gesichtspunkte diese Grenze jeweils bestimmt werden soll. Bedenklich zur »legitimen Form von Gesellschaftskritik« insoweit *R. Herzog*, *Rechtsgrundlagen und öffentlicher Auftrag des Fernsehens*, in: *D. Stolte* (Hrsg.), *Fernseh-Kritik* (II). Die gesellschaftskritische Funktion des Fernsehens, Mainz 1970, S. 13-30, 26 ff. Angesichts des dort hervortretenden *Herzogschen* Standpunkts kann der Verdruß am »Juristischen«, wie er auf der anderen Seite häufig aufkommt, erklärlich erscheinen. Vgl. *N. Schneider*, Ein Reizwort ausreizen – Ausgewogenheit, *Vorgänge* Nr. 18, Heft 6/1975, S. 15-18.

gescheitert gelten. Es ist an der Zeit, dieses Kardinalproblem aller Rechtsaufsicht beim Namen zu nennen und offensiv anzugehen.

2. Wer verhüten will, daß der weitere Weg zur Rechtsaufsicht als Quasi-Fachaufsicht führt, hat zwei Möglichkeiten. Die eine wäre die, die *Leibholz*-Doktrin zu verfechten. Die andere läßt sich etwa dahin bezeichnen, daß man sich dem Typus der »beschränkten« Rechtsaufsicht im Sinn von *Berendes* und dabei besonders den »beschränkt« überprüfbaren Programmgrundsätzen zu widmen hätte; es käme auf weitere Präzisierungen, Ausdifferenzierungen, rechtsstaatliche Restriktionen an. Den folgenden Schlußüberlegungen liegt die Ansicht zugrunde: Zunächst steht die zweite Option zur näheren Überprüfung an. Wenn sie sich als unpraktikabel erweisen sollte, wäre auch die erste nicht mehr viel wert.

Auf einige Nachteile und Mißproportionen der von *Leibholz* und anderen vertretenen Konzeption ist oben schon hingewiesen worden. Davon sei hier noch einmal das Bedenken aufgegriffen, ob *Leibholz* den *internen Kontrollgremien* nicht einen einseitigen, riskanten Vertrauensvorschuß gewähre. Dazu kann nach dem eben über Aufsichtsmaßstäbe Gesagten noch etwas nachgetragen werden. Die Gegner jeder staatlichen Programmaufsicht verweisen auf die von den Gremien auszuübende »Aufsicht«⁷⁸ als Schlüsselfunktion, ohne indes die Probleme der Verrechtlichung auch in dieser Richtung einleuchtend abzuhandeln. Zwar dringt die Meinung vor, auch bei dieser »Aufsicht« dürfe es sich nur um eine Rechtmäßigkeitskontrolle handeln⁷⁹ – und das erscheint in der Tat überzeugend, schon weil Staats- bzw. Parteieneinfluß auch und hauptsächlich über die Gremien einwirkt. Die weitergehende Behauptung allerdings, in Programmangelegenheiten sei *jede* Gremienkontrolle verfassungswidrig, ist bisher, soweit ersichtlich, noch nicht aufgestellt worden. Auch mittlere restriktive Lesarten im Sinn von *Berendes* pflegen in *dieser* Richtung keine Entsprechung zu finden. Den Maßstabmodalitäten z. B. der »Überwachungs«-Kompetenz des Fernsehrats nach § 13 Abs. 1 Satz 2 ZDF-Vertrag wird weit

⁷⁸ Dabei handelt es sich nicht um eine Aufsicht im rechtstechnischen Sinn, vgl. *Berendes*, Die Staatsaufsicht (Anm. 1), S. 75.

⁷⁹ So etwas *K. Stern*, *H. Bethge*, Die Rechtsstellung des Intendanten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, München 1972, S. 33. Anders noch *Fuhr* u. a., a. a. O. (Anm. 10), § 25 Anm. 2: »Zweckmäßigkeitkontrolle«; näher ebd. § 13 Anm. 2 c. Auch die Hess. Landesregierung räumte dem ZDF-F Fernsehrat die Befugnis ein, Sendungen auch am Maßstab solcher Programmgrundsätze zu messen, die nicht »justitiabel« seien, über die Befugnisse der staatlichen Rechtsaufsicht hinaus. Aufsichtsbescheid (Anm. 11), S. 24.

weniger Aufmerksamkeit zugewendet als denen der Staatsaufsicht. Gerade auch die in hohem Grad »unbestimmten« Programmgrundsätze sollen der Gremienkontrolle zur Hand sein, sei es in vollem, sei es in eingeschränktem Umfang. Darunter wird auch der »Ausgewogenheits«-Grundsatz sein, sobald er als »Rechtsgebot« akkreditiert ist. Alle Labilitäten und Schwierigkeiten, denen *Leibholz* mit dem Roll-Back jeder unmittelbaren staatlichen Programmaufsicht begegnen will, stellen sich mithin auch auf der internen Ebene ein, und sie würden dort fortbestehen, auch wenn sich die *Leibholz*-Doktrin durchsetzen sollte. Unter diesen Umständen hat auf ihre Weise auch die Lehre von *Leibholz* etwas von einem untauglichen Ausweichversuch an sich. Das Problem der »Unbestimmtheit« der Maßstäbe muß in jedem Fall aufgearbeitet werden, auch wenn man für diese Lehre optieren will.⁸⁰ Scheitert das im Hinblick auf die Staatsaufsicht, dann kann es auch im Hinblick auf die Gremienkontrolle scheitern. Auf die Devise »Zurück zu den Anfängen« ist kein Verlaß. Der Rückweg zum Pragmatismus ist so nicht begehbar. Warum also nicht gleich nach vorwärts? Warum den Konsolidierungsversuch nicht gleich umfassender ansetzen, auch bei der Staatsaufsicht?

Und damit zu der anderen Option. Es käme auf ein »alternatives« Aufsichtskonzept an: auf den Versuch, das Verhältnis von Rundfunk und Staatsaufsicht an der Meinungsbildungsfreiheit als Höchstwert zu orientieren und pro-»medial« zu entwickeln und die Aufsicht nicht zum beliebigen Machtinstrument erstarken zu lassen. Zu diesem Zweck muß auch im Hinblick auf die Staatsaufsicht das Gelände der »Unbestimmtheit« betreten werden. Und das sollte man dann auch nicht nur aus Versehen tun, auch nicht nur heimlich oder ängstlich, unter Anrufung des »rein Juristischen« – damit läßt sich die Unsicherheit nicht überspielen. Jeder kann wissen: Es ist dies bisher noch ein unkultiviertes Gelände. Vielleicht gibt es dort Ungeheuer – oder auch nur Gespenster. Dort wohnt z. B. die »Ausgewogenheit«, und man sollte diesem Monstrum ins Auge sehen. Dann könnte sich zeigen: Auch es läßt sich zähmen (wenn auch nicht »rein juristisch«). Der Versuch ist sicher nicht ungefährlich. Gefährlich wäre es aber auch, nichts zu tun oder zu fliehen.

Das gilt übrigens auch für die beteiligten *Wissenschaftsdisziplinen*.

80 Das im übrigen auch im Hinblick auf Erscheinungsformen *mittelbarer staatlicher* Programmaufsicht, z. B. als Einfallstor für ein medienfremdes Theorem »personeller« »Ausgewogenheit«.

Gerade solche Anstalten, Anstaltsorgane, Gremienmitglieder, Mitarbeiter und gerade auch solche Staatskanzleien, die für eine materialdemokratische Lesart der Rundfunkfreiheit aufgeschlossen sind, brauchen die Unterstützung durch Wissenschaft: durch eine im gleichen Sinn engagierte Wissenschaft, sie müßte sich um die Zulieferung von Unterscheidungs-, Resistenz-, Entwicklungskriterien bemühen. Es geht z. B. nicht an, daß sich Publizistik und Rechtswissenschaft den »Ausgewogenheits«-Begriff gegenseitig zuschieben und sich jeweils für unzuständig erklären, ihn auch selbst zu erschließen. Wenn der publizistische Teilgehalt des Begriffs besser aufgehellert wird, wird auch sein juristischer Teilgehalt genauer zu fassen sein. Es bedarf interdisziplinärer Zusammenarbeit, auch mit jenen Disziplinen, die für die Kultivierung der *politischen* Marge der »unbestimmten« Programmgrundsätze als erste zuständig wären. Denn das Kernproblem ist das des politisch-instrumentalistischen Umschlags, des Umschlags zur Fachaufsicht als Disziplinierungsinstrument. So müßten denn auch die Gegenmittel nicht zuletzt politische sein; was etwa bedeutet: Der Beitrag des Rundfunkrechts als Beitrag »politischen Rechts«.

Im Zusammenhang einer so begriffenen Staats- und Rundfunkverfassung wären die Programmgrundsätze zu konkretisieren. Man sollte nicht bei »Subsumtion« älteren Stils stehenbleiben und die Entwicklung im übrigen treiben lassen (um sich schließlich vielleicht veranlaßt zu sehen, auch den Sektor vermeintlicher Syllogismen preiszugeben). *Berendes* hat vorgeschlagen, »zu überprüfen, ob man nicht die juristisch so wenig exakt gefaßten Programmgrundsätze verfassungsrechtlich in den Griff bekommen kann. Lassen sich nicht für ihre Auslegung und Anwendung Einschränkungen finden, die staatsaufsichtlichen Expansionsversuchen und einer fachaufsichtsähnlichen Betätigung . . . einen Riegel vorschieben?«⁸¹ Dieser Ansatz könnte m. E. ergiebig sein. Vor allem ist es Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, den man im Weg verfassungskonformer Auslegung verstärkt in das einfache Programmrecht hineinprojizieren sollte.⁸²

81 Zulässigkeit (Anm. 1), S. 418.

82 Das habe ich in einem Schlußabschnitt, der hier aus Raumgründen nicht abgedruckt werden kann, im Hinblick auf den Begriff der »Ausgewogenheit« noch etwas näher ausgeführt.