

Staatsferner Rundfunk als Demokratievoraussetzung

Das Verfassungsproblem der Rundfunkaufsicht

Matthias Cornils, Mainz

I. Staatsfreier Rundfunk in der Demokratie: Ein Dilemma

Im Jahr 1450 erfand Johannes Gutenberg in Mainz, der Stadt, deren Universität den Namen ihres berühmtesten Sohnes trägt, den Buchdruck. Das Datum gilt gemeinhin als Ausgangspunkt der Entwicklung der Presse in einem modernen Sinn. Von Anfang an aber geriet die Presse in das Visier der Mächtigen, der Kirchen und der weltlichen Machthaber – aus wirtschaftlichen ebenso wie aus politischen Gründen. Der Kampf für die Freiheit der Presse währte Jahrhunderte. Sie konnte in Deutschland erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts errungen werden, ohne aber damit schon dauerhaft gesichert zu sein: Der schockierendste Rückfall geschah sicherlich in der Zeit des nationalsozialistischen Terrorregimes, das zuallererst die Presse und den Rundfunk für seine Propagandazwecke instrumentalisierte¹ und dafür sogar ein eigenes Ministerium unterhielt. Das Beispiel des Rundfunks zeigt indessen, dass auch der demokratische Staat nicht schon deswegen, weil er demokratisch ist, seine Finger von den Medien lässt. Schon die Weimarer Republik deformierte den Rundfunk – damals noch nur als Hörfunk – wenige Jahre nach seiner Einführung in den 20er Jahren und noch vor der Machtergreifung der Nazis zum Staatsrundfunk; Nachrichten durften nur aus zugeliefertem, von der Regierung kontrolliertem Material geschrieben und gesendet werden.

Immer also und auch heute noch ist die Freiheit der Medien ein *gefährdetes* Gut, und zwar, weil sie aus Sicht derjenigen, die an der Unterdrückung offener, freier und kritischer Kommunikation ein Interesse haben, ein *gefährliches* Gut ist. Von Mexiko bis Russland riskieren und opfern Journalisten ihr Leben – nicht immer sind die Staaten und ihre Sicherheitsdienste die Täter, aber jedenfalls schaffen sie es nicht, ihren elementaren Schutzauftrag für das Leben und die Sicherheit ihrer Bürger – Grundlage jeder modernen Staatsauffassung – zu erfüllen. Weltweit – von Israel² bis Südafrika³ verschärfen Staaten, und eben keineswegs nur die üblichen Verdächtigen, ihre Pressegesetze; auch die neuen ungarischen Mediengesetze kommen einem hier natürlich in den Sinn. Freilich möchte ich mich hier in Budapest ganz bewusst nicht in an der aus dem Ausland schon über die Maßen und leider nicht immer sachkundig noch mit dem gebotenen Respekt angereicherten Diskussion um diese Gesetzgebung beteiligen; ich habe mich dazu andernorts bereits⁴ – in, wie ich hoffe, angemessen differenzierender Weise – geäußert. Vielmehr will ich den Blick heute vorwiegend auf Referenzbeispiele aus

¹ Vgl. dazu bspw. *Dörr*, 75 Jahre Medienrecht in Deutschland, in: Die Macht der Medien – Medienrechtliches Kolloquium zum 75. Geburtstag von Hartmut Schiedermaier, 2011, S. 21 (23).

² Am 22. 11. 2011 ist in der Knesset in erster Lesung ein neues Mediengesetz angenommen worden, das u.a. Bußgelder bis umgerechnet 60.000 Euro für „üble Nachrede“ durch Journalisten vorsieht, s. <http://www.3sat.de/page/?source=/kulturzeit/news/158627/index.html>.

³ Zur Verabschiedung des neuen, drakonische Strafen für den Umgang mit vertraulichem Material vorsehenden Mediengesetzes in Südafrika <http://www.sueddeutsche.de/politik/politik-kompakt-suedafrikas-regierung-setzt-umstrittenes-mediengesetz-durch-1.1196465>.

⁴ *Cornils*, in: epd-Medien 44/2011, S. 34 ff sowie vertieft nochmals: *Cornils*, Der Fall Ungarn und die Medienfreiheit in Europa, in: Dynamik und Nachhaltigkeit des Öffentlichen Rechts, Festschrift für Meinhard Schröder, 2012, S. 125 ff.

meinem Heimatland richten: Auch in Deutschland ist das Verhältnis von Staat und Medien durchaus nicht spannungsfrei: So musste das Bundesverfassungsgericht erst 2007 in seinem aufsehenerregenden Urteil in der Rechtssache Cicero die Strafermittlungsbehörden in die Schranken weisen, die unter Ausnutzung einer Lücke im strafprozessrechtlichen Journalistenschutz die Durchsuchung der Redaktionsräume des Politikmagazins Cicero sowie der privaten Wohnung des Chefredakteurs anordneten.⁵ Und seit Jahrzehnten schon wird über den Einfluss des Staates auf die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten gestritten.⁶ Von vielen Kritikern bis in die Leitartikel der angesehensten deutschen Tageszeitung hinein ist mit Blick auf diese Anstalten nur vom „Staatsfunk“ die Rede,⁷ obwohl doch der Rundfunk in Deutschland – so verlangt es die Verfassung – staatsfrei⁸ sein muss. Vor wenigen Jahren kam es in diesem Dauerkonflikt zu einer über Medienkreise hinaus auch in der breiten Öffentlichkeit wahrgenommenen Zuspitzung, als der zu einem erheblichen Teil mit Staatsvertretern, namentlich Ministerpräsidenten der Länder besetzte Verwaltungsrat des Zweiten Deutschen Fernsehens die Zustimmung zur Verlängerung des Vertrages des damaligen Chefredakteurs verweigerte.⁹ 35 Medien- und Staatsrechtslehrer haben damals in einem offenen Brief vor den Gefahren gewarnt, die aus dem direkten Einfluss von staatlichen Amtsträgern auf für das Fernsehprogramm so zentral wichtige Personalentscheidungen erwachsen können¹⁰. Immerhin: Jetzt endlich liegt die Frage, ob die im Staatsvertrag der deutschen Bundesländer festgelegte Zusammensetzung der beiden Aufsichtsgremien des ZDF mit dem deutschen Grundgesetz vereinbar ist, beim Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe, interessanterweise aufgrund eines Normenkontrollantrages des Landes Rheinland-Pfalz¹¹, dessen Ministerpräsident seit vielen Jahren Vorsitzender des Verwaltungsrates des ZDF und außerdem Vorsitzender der Medienkommission der Länder ist, also – ohne ihm damit zu nahe zu treten – ganz gewiss zu den prominentesten Mitspielern der Politik im Rundfunk zählt. Verfassungs- und Medienrechtler in Deutschland warten gespannt auf die eigentlich für dieses Jahr angekündigte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Es zeichnet sich aber ab, dass Karlsruhe länger für dieses Urteil brauchen wird. Offenbar ist die Angelegenheit rechtlich doch so schwierig und jedenfalls nicht so eindeutig, dass die Richter mit dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit schnell und entschlossen zur Hand wären.

Tatsächlich liegen die Dinge auch beim Verhältnis zwischen dem Staat und den Medien und insbesondere dem Rundfunk nicht so einfach, wie es angesichts der sympathischen und schlagkräftigen Formel von der Staatsfreiheit des Rundfunks den Anschein haben könnte. Vielmehr führt dieses Verhältnis im rechtsstaatlichen und demokratischen Verfassungsstaat in

⁵ BVerfGE 117, 224, dazu bspw.: *Pomorin*, ZUM 2008, 40 ff.; *Schmidt-De Caluwe*, NVwZ 2007, 640 ff.; *Brüning*, NStZ 2006, 253 ff.

⁶ Statt vieler: *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 5 Rn. 261; *Starck*, Rundfunkfreiheit als Organisationsproblem. Zur Zusammensetzung der Rundfunkgremien, 1973, S. 15 ff.

⁷ *Reinhard Müller*, in: FAZ v. 30. August 2012, S. 1.

⁸ BVerfGE 12, 205 (262); 31, 314 (329); vgl. *Gersdorf*, Staatsfreiheit des Rundfunks in der dualen Rundfunkordnung der Bundesrepublik Deutschland, S. 22 ff..

⁹ Vgl. dazu u. a.: *Dörr*, Die Mitwirkung des Verwaltungsrats bei der Bestellung des ZDF-Chefredakteurs und das Problem der Gremienzusammensetzung, K&R 2009, 555; *Hain/Ferreau*, Rechtliche Bindungen des ZDF-Verwaltungsrats?, K&R 2009, 692; *Huber*, Die Staatsfreiheit des Rundfunks – Erosion und Neujustierung, in: *Detterbeck/Rozek/von Coelln* (Hrsg.), Recht als Medium der Staatlichkeit, FS Herbert Bethge, 2009, 497 (502).

¹⁰ <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/2.1756/offener-brief-zur-brender-debatte-staatsrechtler-pruefstein-fuer-die-rundfunkfreiheit-1886805.html>, vgl. auch: *Degenhart*, NVwZ 2010, 877 ff..

¹¹ Abgedruckt in: *Funkkorrespondenz* 33/2011, S. 10 ff.

ein schwieriges Dilemma: Freie Kommunikation und Meinungsvielfalt reflektierende Massenmedien sind, wie es das Bundesverfassungsgericht seit jeher ausdrückt, eine schlechthin konstituierende Voraussetzung für die politische Willensbildung und damit für die Demokratie.¹² Vor allem der Rundfunk kann diese Funktion aber nur – so meint es jedenfalls das Bundesverfassungsgericht seit einem halben Jahrhundert – in dem Rahmen einer anspruchsvollen rechtlichen und institutionellen Ordnung erfüllen: Errichtung und Betrieb eines vielfaltsichernden öffentlich-rechtlichen Rundfunks, gesetzliche Pflichten für und administrative Aufsicht über private Rundfunkunternehmen. Aber auch die elektronischen Internet-Medien und die Presse kommen nicht ohne jede Beschränkung aus, jedenfalls dort, wo die Verletzung der Rechte Dritter droht, also etwa Persönlichkeitsrechte von Betroffenen einer Presseberichterstattung oder die Integrität von Jugendlichen durch Internetangebote. Die Beschränkung persönlicher oder unternehmerischer – als solcher grundrechtlich geschützter – Freiheit ist aber in der Demokratie Sache des demokratischen Staates, also seines Gesetzgebers, der über Wahlen unmittelbar oder wie in Deutschland mittelbar demokratisch legitimierte Exekutive und der staatlichen Gerichte.¹³ Eben darin besteht das Wesen der Demokratie, dass die meine Freiheit beschränkende Herrschaft anderer über mich an die Bedingung gebunden ist, dass immerhin die Mehrheit des Volkes, dem ich angehöre, diese Leute zu solcher Beschränkung ermächtigt hat und ich als Wahlbürger die gleiche Chance habe, wie alle anderen, auf die Ermächtigung und ihr Ende Einfluss zu nehmen. Mit dieser Legitimation nimmt der Staat dem Bürger mehr als die Hälfte seines Einkommens ab, wirft sie ins Gefängnis und verlangt unter – glücklicherweise extremen – Umständen sogar ihr Leben. Für all dies vertrauen wir dem demokratischen Staat immerhin mehr als allen anderen institutionellen Kandidaten für die Ausübung von Herrschaft.

Nur bei den Medien, namentlich beim Rundfunk soll alles anderes sein: Hier gilt die staatliche Kontrolle des Rundfunks als illegitim und sind demokratisch gewählte Rundfunkregulierer ein Problemfall – aus der Perspektive des deutschen Verfassungsrechts, aber nicht nur aus dieser: auch der EGMR in Straßburg hat 2009 im Fall *Manole* versus Moldawien so entschieden.¹⁴ Wenn der Staat den Rundfunk um der Freiheit des Rundfunks willen eigentlich nicht regulieren darf, obwohl der Rundfunk gerade in besonderer Weise der Regulierung bedarf, wird das Dilemma besonders deutlich: An die Stelle des Staates treten notwendigerweise mehr oder weniger staatsunabhängige Ersatzakteure, berufen aus der Sphäre der Gesellschaft oder aus Experten- oder Honoratiorenkreisen, die aber im Maße ihrer Unabhängigkeit vom Staat geringere oder gar keine demokratische Legitimation aufweisen und die wir daher in anderen Politikbereichen keineswegs als Träger von Herrschaftsgewalt über Dritte¹⁵ – so wie hier über die Rundfunkveranstalter – akzeptieren würden. Man kann das Dilemma so be-

¹² Vgl. BVerfGE 7, 198 – „Lüth“.

¹³ Deutlich: BVerfGE 93, 37 (70).

¹⁴ EGMR, Ur. v. 17.9.2009, Nr. 13936/02 - MANOLE AND OTHERS v. MOLDOVA, vgl. dazu: Cornils, FS Schröder, 125 (141 ff.).

¹⁵ Mithin jedenfalls außerhalb des Bereichs der korporationsbezogenen und binnendemokratisch ausgestalteten Betroffenen-Selbstverwaltung (vgl. dazu BVerfGE 107, 59 [92]; BVerfGE 111, 191 [215 f.]; Herzog, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Rn. 56 ff.; Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, S. 382 ff.) – um die es beim Rundfunk indessen nicht geht; Bumke, Die öffentliche Aufgabe der Landesmedienanstalten, 1995, S. 142.; s. zum nur anders begründbaren Selbstverwaltungskonzept der Rundfunkanstalten eingehend Schreier, Das Selbstverwaltungsrecht der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, 2000, S. 129 ff..

schreiben: Das Verfassungsprinzip der Demokratie verlangt an sich die Verantwortlichkeit des Staates für grundrechtsrelevantes Eingriffshandeln, denn der Staat ist gerade die Handlungseinheit des Volkes. Die grundrechtliche Gewährleistung der Rundfunkfreiheit verbietet hingegen in diametraler Gegensätzlichkeit staatlichen Einfluss auf den Rundfunk und verlangt daher die Verlagerung der Rundfunkaufsicht auf außerstaatliche Akteure.¹⁶

Was aber soll hier nun gelten, das Grundscheema demokratischer Legitimation der Staatsgewalt oder eine grundrechtlich begründete verfassungsrechtliche Bereichsausnahme sozusagen nichtdemokratischer Freiheitsbeschränkung durch irgendwelche Vertreter gesellschaftlicher Kreise oder weise Sachverständige? Und was folgt aus diesem Dilemma für die rechtliche Ausgestaltung des Rundfunks und der Rundfunkaufsicht in Deutschland?

II. Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Rundfunkfreiheit in Deutschland

1. Art. 5 Abs.1 S. 2 GG: „Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet.“

Die Gewährleistung möglichst weit gehender Meinungsvielfalt in den Medien ist in Deutschland in den Mediengrundrechten des Art. 5 Abs. 1 S. 2 des Grundgesetzes von 1949 verankert. Während die Garantie einer freien und vielfältigen Presse unter gegenwärtigen Bedingungen durch die Marktkonkurrenz freier, nicht zulassungspflichtiger Presseunternehmen ausreichend erfüllt wird, verlangt das Rundfunkgrundrecht nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine „positive Ordnung“¹⁷ des Rundfunks durch Gesetz, also eine intensive rechtliche Regulierung. Diese Interpretation des Grundrechts basiert auf der allerdings immer umstritteneren Annahme, dass das Massenmedium Rundfunk eine mit keinem anderen Kommunikationsmittel vergleichbare Bedeutung für die Information und Meinungsbildung der Menschen hat, weil es besonders viele Menschen erreicht („Breitenwirkung“¹⁸), besonderes aktuell ist („Aktualität“) und eine angeblich besonders starke – audiovisuelle – Wirkung auf den Fernsehzuschauer ausübt („Suggestivität“¹⁹). Außerdem sollen die ökonomischen Risiken eines Marktversagens beim Rundfunk besonders groß sein: Der Markt erzeugt nicht aus sich heraus diejenigen Rundfunkinhalte, die für eine anspruchsvolle Information der Gesellschaft notwendig sind, sondern vor allem das, was die Masse und damit auch die Werbeindustrie interessiert. Auch Art. 11 Abs. 2 der Europäischen Grundrechtecharta, der sogar ausdrücklich den Begriff der Pluralität der Medien verwendet, und Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention anerkennen die Gewährleistung von Meinungsvielfalt als legitimes Ziel staatlicher Mediengesetzgebung.

2. Demokratische Funktion der Medien: Das Grundrechtskonzept der „dienenden Freiheit“.

¹⁶ vgl. *Cornils*, Die Kirchen in den Rundfunkgremien, *ZevKR* 54 (2009), 417 (422 ff.).

¹⁷ *BVerfGE* 83, 238 (296, 315 f.).

¹⁸ *BVerfGE* 31, 314 = *NJW* 1971, 1739; *BVerfGE* 90, 60 (87); *BVerfGE* 97, 228 (256); *BVerfGE* 103, 44 (74); vgl. auch *EGMR*, *EuGRZ* 2003, 488 (491) – Demuth/Schweiz; *Urt. v. 10. 7. 2003* – Beschwerde-Nr. 44179/98 – Murphy/Irland, § 69).

¹⁹ *BVerfGE* 97, 228 (256) = *NJW* 1998, 1627; dazu auch: *Klaes*, *ZUM* 2009, 135 (139); *Michel*, *ZUM* 2009, 453 (454).

Plurale Medien sind von entscheidender Bedeutung für die politische Willensbildung und damit für den demokratischen Prozess. Diese objektive Funktion²⁰ der Medien prägt maßgeblich die Interpretation der Mediengrundrechte, vor allem der Gewährleistung der Rundfunkfreiheit, durch das BVerfG und die herrschende verfassungsrechtliche Lehre in Deutschland²¹. Anders als die verfassungsrechtlichen Grundrechte im Übrigen, die die personelle Integrität und die Handlungsfreiheit des Einzelnen garantieren, ist die Rundfunkfreiheit nicht um des Veranstalters willen geschützt, sondern zuallererst wegen der demokratischen Funktion des Rundfunks für den Meinungsbildungsprozess. Die Freiheit des Rundfunks ist nicht für den Rundfunkveranstalter da, sondern sie dient der Information des Fernsehzuschauers und Radiohörers (sogenanntes Konzept der „dienenden Freiheit“).²² Das Rundfunkgrundrecht der deutschen Verfassung ist daher kein echtes Freiheitsrecht, jedenfalls nicht in erster Linie, sondern, wie zunächst einmal eine in das Gewand eines Grundrechtsartikels gekleidete „Staatszielbestimmung“, ein Auftrag namentlich an den Gesetzgeber, für einen Rundfunk zu sorgen, in dem – ich zitiere das BVerfG – „die Vielfalt der bestehenden Meinungen in möglicher Breite und Vollständigkeit Ausdruck findet“²³. Individuelle Interessen privater Rundfunkveranstalter an einer ungehinderten Programmgestaltung, etwa im Hinblick auf Werbung, müssen daher im Konfliktfall gegenüber dem objektiven Vielfaltsgewährleistungsziel zurücktreten. Die Unterordnung der subjektiven Freiheit des Veranstalters unter die objektive Funktion des Rundfunks hat bis heute zur Folge, dass ein gesetzesunabhängiges Grundrecht auf Rundfunkveranstaltung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – anders etwa als nach der Europäischen Menschenrechtskonvention – nicht anerkannt wird.

Das Bundesverfassungsgericht hält an der Notwendigkeit einer starken Rundfunkregulierung und vor allem eines starken öffentlich-rechtlichen Rundfunks auch im digitalen Zeitalter fest: Die positive Ordnung sei nicht durch die Vervielfachung der Übertragungswege überflüssig geworden. Vielmehr entstünden durch die neuen technischen Möglichkeiten auch neue Gefahren für die Meinungsvielfalt, namentlich durch die fortschreitende Medienkonzentration, den zunehmenden Einfluss ausländischer Kapitalgeber, neue elektronische Manipulationsmöglichkeiten und vor allem die Unübersichtlichkeit der Angebotslandschaft vor allem im Netz, die zu neuen Machtmonopolen derjenigen führen kann, die in dieser Überfülle Such- und Auswahlfunktionen übernehmen – das Stichwort Google sollte an dieser Stelle genügen. Medienrecht muss hier interessegesteuerten Informationsverengungen entgegentreten – und vielleicht sogar dafür sorgen, dass öffentlich-rechtliche Qualitätsmedien „Leuchttürme“ der Orientierung und verlässlichen Information auch im Internet errichten²⁴.

²⁰ Zum objektiven Vielfaltssicherungsgebot als primärer Gewährleistungsgehalt des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG: *Cornils*, ZJS 2008, 465 (466 f.).

²¹ Dazu u. a.: *Holznapel/Nolden*, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Multimedia-Recht, Vorfragen zu Rundfunk und Telemedien, Rn 43-46.

²² *BVerfGE* 12, 205 (261 ff.); 57, 295 (319 ff.); 83, 238 (295 f.), st. Rspr., s. dazu *Rossen*, Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk, 1988; *Stock*, Medienfreiheit als Funktionsgrundrecht, 1985; ders., in: Kops (Hrsg.), Öffentlich-rechtlicher Rundfunk in gesellschaftlicher Verantwortung, 2003, S. 29 ff.; *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 54 ff.

²³ *BVerfGE* 121, 30 (50).

²⁴ *BVerfGE* 119, 181 (216 f.); Ausführlich zu diesen Punkten *Wiedemann*, ZUM 2007, 800 (802 f.).

3. Pluralismusgewährleistung im binnen- oder außenpluralistischen Konzept

Die grundrechtliche Zielvorgabe der Vielfalt und Ausgewogenheit des Rundfunks kann der Staat zu erfüllen suchen, indem er vorschreibt, dass der einzelne Anbieter oder sogar das einzelne Programm eine umfassende Vollversorgung bietet (Binnenpluralismus²⁵). Existiert eine Konkurrenz mehrerer Programmanbieter, kann der Gesetzgeber auch auf das Gesamtprogramm aller Anbieter abstellen, ohne dass also jedes einzelne Programm für sich genommen „vielfältig“ sein muss (Außenpluralismus²⁶). Diese Gestaltung hat das BVerfG für die seit Mitte der 80er Jahre zugelassenen Privatrundfunkprogramme akzeptiert.²⁷ Diese unterliegen nach den Rundfunkgesetzen weniger strengen und eben keinen binnenpluralistischen Programmanforderungen. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk ist hingegen weiterhin der Zielvorgabe eines für sich allein hinreichend vielfältigen, also inhaltlich binnenpluralen Rundfunkprogramms unterworfen.

4. Pluralismussicherung durch Organisationsrecht: Binnenpluralistische Zusammensetzung der Aufsichtsgremien des Rundfunks

Wenn die verfassungsrechtliche Rundfunkgarantie vielfältige Rundfunkprogramme fordert und garantiert, muss diese Garantie unabweisbar auch Aussagen zur Organisation des Rundfunks mit einschließen. Die Inhalte des Rundfunkprogramms und damit seine Vielfalt hängen offensichtlich davon ab, wer die Kontrolle über den Rundfunk hat und wessen Interesse und ratio sich im Programm verwirklicht. Da der Rundfunk weder dem Staat noch einseitig einzelnen gesellschaftlichen Interessenträgern ausgeliefert werden darf²⁸, bleiben für die Programmaufsicht nur institutionell-organisatorische Lösungen. Das gesetzliche Organisationsstatut muss Organe vorsehen, die sowohl genügend Abstand vom Staat haben als sich auch nicht einseitig Partikularinteressen aus dem gesellschaftlichen Raum ergeben. Nahe liegend sind Gremienstrukturen, in denen sich die Zusammensetzung der Gremien entweder nach der Leitidee akkumulierten Sachverständs oder aber gesellschaftlicher Repräsentation richtet.²⁹ Für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk hat sich, vom Bundesverfassungsgericht zwar wohl nicht alternativlos vorgeschrieben³⁰, aber doch von Anbeginn an akzeptiert³¹, seit Jahrzehnten das Modell gesellschaftlich-pluralistischer Organisation der Rundfunkaufsicht festgesetzt³². Vor allem der öffentlich-rechtliche Rundfunk als der dominierende und unverzichtbare Faktor der dualen Rundfunkordnung soll „Sache der Allgemeinheit“³³ sein, „der Gesellschaft“ gehören, nicht der demokratischen Mehrheit und also dem Staat, ebensowenig aber einzelnen privaten Interessenten und Gruppen. Dem auf Vielfalt verpflichteten Programm korrespondiert

²⁵ vgl. u. a.: *Pestalozza*, NJW 1981, 2158 (2164);

²⁶ vgl. *Cornils*, ZevKR 54 (2009), 417 (419 f.).

²⁷ BVerfGE 73, 113; dazu: *Stock*, NJW 1987, 217; *Dörr/Schwartzmann*, Medienrecht, 4. Aufl. 2012, S. 60 f.

²⁸ vgl. BVerfGE 12, 205 (262) = NJW 1961, 547.

²⁹ vgl. *Cornils*, ZevKR 54 (2009), 417 (419 f.).

³⁰ S. zum Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers und zur Offenheit der verfassungsrechtlichen Vorgaben *Hoffmann-Riem*, Rundfunkfreiheit durch Rundfunkorganisation. Anmerkungen zur Neufassung des Radio Bremen-Gesetzes, 1990, S. 19 ff.

³¹ BVerfGE 12, 205 (261 f.).

³² Dazu *Eifert*, Konkretisierung des Programmauftrages des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2002, S. 39 ff.;

Hömbert, in: Kops (Hrsg.), Öffentlich-rechtlicher Rundfunk in gesellschaftlicher Verantwortung, 2003, S. 73 ff.

³³ § 31 Abs. 1 LMG NRW; BVerfGE 31, 314 Rn. 33.

die binnenpluralistisch organisierte Kontrolle in den Räten der Landesrundfunkanstalten, des ZDF und des Deutschlandradio³⁴.

Wählt der Gesetzgeber die Organisationsform pluralistischer Gremien, so müssen darin alle maßgeblichen gesellschaftlichen Kräfte vertreten sein, und es müssen diese Gremien wirksamen Einfluss auf die Programmgestaltung haben. Diese rundfunkverfassungsrechtliche Vorgabe belässt dem Rundfunkgesetzgeber freilich erheblichen Spielraum³⁵: Er muss seine Aufgabe der Auswahl der relevanten gesellschaftlichen Gruppen nur darauf ausrichten, dass die Zusammensetzung des Gremiums geeignet ist, die Rundfunkfreiheit zu wahren. Keineswegs aber muss er für eine möglichst akkurat-proportionale Abbildung der gesellschaftlichen Kräfte, Interessen und Meinungen in den Anstaltsgremien sorgen. Die Gremien sind nicht streng proportional konstituierte Lobbyistenversammlungen; ihre Mitglieder sind auf das Gemeinwohl, nicht auf das Partikularwohl ihrer jeweiligen Gruppe verpflichtet, sie sind Entsandte, nicht Vertreter ihrer Gruppen.³⁶ Deswegen kommt es auch nicht auf eine das Spektrum der Gesellschaft spiegelbildlich möglichst exakt erfassende Repräsentation im Gremium an.³⁷ Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG interessiert sich nicht für die gesellschaftlichen Kräfte als solche und verleiht ihnen daher auch keine subjektive Mitwirkungsrechte in den Gremien. Das Verhältnis des Rundfunkverfassungsrechts zu den gesellschaftlichen Kräften ist das einer Instrumentalisierung³⁸: Sie werden gebraucht, um über die Vielfalt im Rundfunk zu wachen, weil dies der Staat und einzelne Gruppen nicht dürfen. Solange die Zusammensetzung der Gremien geeignet ist, die Kontrollaufgabe zu erledigen, ist es aus rundfunkverfassungsrechtlicher Sicht gleichgültig, wer darin genau im Einzelnen vertreten ist. Entscheidend ist vielmehr erstens – negativ –, dass sich die Mitglieder wechselseitig in Schach halten und so Usurpationen des Rundfunks für das eine oder andere Interesse verhindern können und zweitens – positiv –, dass das Gremium immerhin kraft seiner Zusammensetzung ein umfassendes Bild der Gesellschaft reflektiert, weil nur so das Gremium überhaupt erfassen und kontrollieren kann, ob möglichst alle gesellschaftlichen Strömungen, Standpunkte und Inhalte einer Berichterstattung im Programm vorkommen. Daher begrenzt die Verfassung den Spielraum des Organisationsgesetzgeber insofern, als er grob einseitige, verzerrende Zusammensetzungen vermeiden muss.³⁹ In der Rechtsprechung ist ein solcher Fall einer Verletzung des Verzerrungsverbots allerdings bisher nicht anerkannt worden. Diskutiert wird aber zum Beispiel die Nichtberück-

³⁴ *BVerfGE* 12, 205 (262): „hinreichende Gewähr, dass alle gesellschaftlich relevanten Kräfte zu Wort kommen“.

³⁵ *BVerfGE* 60, 53 (63); 83, 238 (333 f.); *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Bonner Grundgesetz, 5. Aufl., Bd. 1, 2005, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 131.

³⁶ S. näher dazu *Cornils*, *ZevKR* 54 (2009), 417 ff.; *Cornils*, Rundfunk und Parteien, in: Die Macht der Medien – Medienrechtliches Kolloquium zum 75. Geburtstag von Hartmut Schiedermaier, 2011, S. 41 (55); *Dörr*, *K&R* 2009, 555 (557); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 5 Rn. 260.

³⁷ Deutung nur mehr als „Willkürverbot“ bei *Degenhart*, in: Bonner Kommentar, Art. 5 Rn. 769; *Ladeur*, in: Paschke/Berlit/Meyer, Hamburger Kommentar. Gesamtes Medienrecht, 2008, 4. Rn. 112; explizit strenger aber *BVerfGE* 83, 238 Rn. 503: „Die Gestaltungsbefugnis des Gesetzgebers endet allerdings nicht erst an der Willkürgrenze des Art. 3 Abs. 1 GG.“

³⁸ *BVerfGE* 83, 238 (333): „Die Anknüpfung bei den verbandlich organisierten Interessen dient vielmehr nur als Mittel, Sachwalter der Allgemeinheit zu gewinnen, die unabhängig von den Staatsorganen sind und Erfahrungen aus den unterschiedlichen gesellschaftlichen Bereichen einbringen.“; s. auch *Bethge*, Pluralismus und Kontrollgremien, in: Helmut Kohl (Hrsg.), die Freiheit des Rundfunks nach dem Nordrhein-Westfalen-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, 1991, S. 39 (42).

³⁹ *BVerfGE* 83, 238 Rn. 502 ff.; dazu auch: *Hoffmann-Riem*, Kommunikations- und Medienfreiheit, in: *HdbVerfR*, § 7 Rn. 93 ff.

sichtigung der ca. 3,3 Millionen Muslime in Deutschland als religiöse Gruppe in den Rundfunkräten.⁴⁰

Die Rundfunkräte werden aufgrund von Festlegungen der entsendungsberechtigten gesellschaftlichen Verbände in den Rundfunkgesetzen aus Abgesandten gesellschaftlich relevanter Gruppen gebildet. Dazu zählen neben den Kirchen regelmäßig auch die Sozial- und Berufsverbände sowie Organisationen aus den Bereichen Kultur, Bildung, Sport, Naturschutz.⁴¹ Hinzu kommen Vertreter des Staates⁴²; schließlich sind regelmäßig auch die politischen Parteien vertreten. Die Mitgliederzahl differiert von Rundfunkanstalt zu Anstalt erheblich, von etwa 25 bis 77 Mitgliedern beim ZDF. Letztere schon an die Größe kleinerer Parlamente heranreichende Kopffzahl erklärt sich wesentlich aus der Eigenschaft des ZDF als einer Gemeinschaftsanstalt aller deutschen Bundesländer und der sich daraus ergebenden besonders hohen Quote von Staatsvertretern. Diese wiederum macht das ZDF zu einem Kandidaten für eine verfassungswidrige Rundfunkorganisation, die Sache wird, wie bemerkt, gerade in Karlsruhe geprüft. Danach werden überhaupt nur die fünf von den Religionsgemeinschaften entsandten Mitglieder des Fernseh Rates ohne staatliche Mitwirkung berufen.⁴³ Jede Landesregierung entsendet einen Vertreter, also 16 insgesamt; hinzu kommen drei von der Bundesregierung bestimmte Vertreter des Bundes und zwölf Vertreter der politischen Parteien nach deren Stärke im Deutschen Bundestag. Das sind also schon 31 Staats- und Parteienvertreter von 77 Repräsentanten insgesamt. Hinzu kommt, dass die Landes-Ministerpräsidenten auch noch bei den Entsandten der gesellschaftlichen Gruppen – mit Ausnahme der Kirchenvertreter – ein Mitentscheidungs- bzw. Auswahlrecht haben. Auf diese Konfiguration wird zurückzukommen sein.

Nach dem Muster des öffentlich-rechtlichen Gruppenrundfunks konstruiert ist das Kontrollkonzept auch in der Säule des Privatrundfunks⁴⁴: Auch hier ist – verfassungsrechtlich gefordert⁴⁵ – die vielfaltssichernde Aufsicht vom Staat in die Gesellschaft verlagert⁴⁶: Die für die Aufsicht zuständigen Landesmedienanstalten sind aus der Staatsorganisation ausgegliedert und genießen Selbstverwaltungs-Autonomie; sie sind nach freilich umstrittener Ansicht, obwohl Aufsichtsbehörden, sogar grundrechtsberechtigt wie die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten.⁴⁷ Ihre Hauptorgane, die Versammlungen, sind ähnlich pluralistisch zusammengesetzt wie die Räte der öffentlich-rechtlichen Anstalten⁴⁸. Allerdings haben sich einige Bundesländer von diesem traditionellen gruppenpluralistischen Konzept verabschiedet. Sie Bundesländer (Sachsen⁴⁹, Berlin und Brandenburg, Hamburg und Schleswig-Holstein) haben in

⁴⁰ Vgl. dazu: epd medien 2008, Nr. 1 vom 5.1.2008, S. 11.

⁴¹ dazu auch: C. Hahn, in: Hahn/Vesting (Hrsg.), Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, Anhang zu §§ 11e, 11f – Überblick über das Aufsichtssystem des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, Rn. 16-24.

⁴² Zur Repräsentanz der kommunalen Spitzenverbände in den Gremien öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten: Henneke, Landkreis 2011, 278.

⁴³ Vgl. auch: Dörr, Die Mitwirkung des Verwaltungsrats bei der Bestellung des ZDF-Chefredakteurs und das Problem der Gremienzusammensetzung, in: K&R 2009, S. 555 ff.

⁴⁴ Eingehend Stender-Vorwachs, „Staatsferne“ und „Gruppenferne“ in einem außenpluralistisch organisierten privaten Rundfunksystem, 1988.

⁴⁵ BVerfGE 57, 295 (333); 73, 118 (159 f., 164 ff.).

⁴⁶ Vgl.: Klein, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 21, Rn. 288.

⁴⁷ Sächs. VerfGH, MMR 1998, 156 – Grundrechtsfähigkeit von Landesmedienanstalten.

⁴⁸ Vgl. § 40 LMG Rheinland-Pfalz („Versammlung“ aus 42 Mitgliedern); § 29 SächsPRG (Versammlung der Landesanstalt mit 31 Mitgliedern); § 56 Saarländisches MedienG (Medienrat mit 31 Mitgliedern).

⁴⁹ Dazu: Sächs. VerfGH, ZUM-RD 1997, 531 – Staatsferne der Landesmedienanstalt.

ihren Landesmedienanstalten statt der Versammlung eine – kleiner besetzte – Sachverständigenkommission installiert („Ratsmodell“⁵⁰). Auch sind vor einigen Jahren wichtige Befugnisse der Landesmedienanstalten durch Übertragung in die Zuständigkeit gemeinsamer Organe, etwa für die Vielfaltssicherung, die Zulassung und Aufsicht von Privatrundfunksendern und den Jugendschutz, zentralisiert worden.⁵¹ Zuständig ist hier also nicht mehr das gruppenrepräsentative Hauptorgan der Landesmedienanstalt, sondern jeweils eine Kommission aus Exekutivvertretern oder Sachverständigen.⁵² Das ist legitimatorisch durchaus nicht unproblematisch – im vollwertigen Sinn demokratisch sind die Kommissionen nicht, gesellschaftlich legitimiert aber auch nicht –, wird aber doch kaum tiefer kritisiert, weil die Nachteile der früheren föderalen Zersplitterung, die immer mehr in einen Wettlauf der Landesmedienanstalten als Standort für Medienunternehmen ausgeartet war, zu offensichtlich auf der Hand lagen.

III. Insbesondere: Die Staatsferne des Rundfunks

1. Der Staat: grundrechtlich geforderter und ausgeschlossener Akteur im Rundfunkwesen

Ebenfalls in den Mediengrundrechten verankert ist das Gebot der Staatsfreiheit der Medien.⁵³ Die Rundfunkfreiheit bedeutet nach der Rechtsprechung des BVerfG „in erster Linie Staatsfreiheit der Berichterstattung“⁵⁴. Allerdings hindert die Verfassung den Staat nicht, die Rahmenbedingungen für die Erfüllung dieser Funktion festzusetzen; ganz im Gegenteil verpflichtet die Rundfunkgewährleistung als – um eine Terminologieanleihe beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zu machen – *positive obligation*⁵⁵ den Staat geradezu dazu, die Rundfunkfreiheit in geeigneter Weise auszugestalten und zu sichern.⁵⁶ Diese Verpflichtung verschärft das eingangs geschilderte Dilemma zwischen verfassungsrechtlich geforderter staatlicher Gestaltung und auch Begrenzung der Rundfunkfreiheit einerseits und dem verfassungsrechtlichen Verbot staatlicher Einflussnahme auf den Rundfunk andererseits erheblich.⁵⁷ Der Staat selbst ist verfassungsrechtlich berufen, eine staatsfreie Rundfunkveranstaltung und -aufsicht zu organisieren. Das ist ohne Kontakt mit dem Rundfunk als dem Gegenstand solcher Ausgestaltung unmöglich. Insbesondere die Landes-Rundfunkgesetzgeber sind primäre Adressaten des verfassungsrechtlichen Gestaltungsauftrags – und haben doch zugleich die Programmautonomie der öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunkveranstalter zu wahren.

⁵⁰ Vgl. u. a.: Cornils, ZevKR 54 (2009), 417 (427 ff.).

⁵¹ C. Hahn, in: Hahn/Vesting (Hrsg.), Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, Anhang zu §§ 11e, 11f – Überblick über das Aufsichtssystem des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, Rn. 39.

⁵² Umfassend zu diesem Themenkreis Westphal, Föderale Privatrundfunkaufsicht im demokratischen Verfassungsstaat, 2007, S. 451 ff.

⁵³ BVerfGE 12, 205 (262); 31, 314 (329); vgl. auch H. Gersdorf, Staatsfreiheit des Rundfunks in der dualen Rundfunkordnung der Bundesrepublik Deutschland, S. 22 ff., Reffken, Politische Parteien und ihre Beteiligungen an Medienunternehmen, 2007, S. 264 f.

⁵⁴ BVerfGE 12, 205 (262 f.); 83, 238, Rn. 472: „Das Erfordernis bezieht sich auf die Funktion des Rundfunks als Medium und Faktor bei der Meinungsbildung. Diese soll unbeeinflusst vom Staat ausgeübt werden.“; Degenhart, Der Staat im freiheitlichen Kommunikationsprozess: Funktionsträgerschaft, Funktionsschutz und Funktionsbegrenzung, AfP 2010, 324 (325 f.).

⁵⁵ EGMR, Urt. v. 17.9.2009, Nr. 13936/02 – Manole u.a./Moldova, Rn. 99 („genuine effective exercise of freedom of expression does not depend merely on the State’s duty not to interfere, but may require it to take positive measures of protection, through its law or practice”), 107 ff.

⁵⁶ BVerfGE 57, 295 (320).

⁵⁷ BVerfGE 73, 118 (182); 121, 30 Rn. 96.

ren.⁵⁸ Was die institutionellen Rahmenbedingungen der Aufsicht angeht, hatte das BVerfG schon im ersten Rundfunkurteil vor mittlerweile 50 Jahren kein Problem mit einer Beteiligung von Staatsvertretern in den Aufsichtsgremien des Rundfunks. Dort schrieben die Richter: „Art. 5 GG hindert nicht, daß auch Vertretern des Staates in den Organen des "neutralisierten" Trägers der Veranstaltungen ein angemessener Anteil eingeräumt wird. Dagegen schließt Art. 5 GG aus, daß der Staat unmittelbar oder mittelbar eine Anstalt oder Gesellschaft beherrscht, die Rundfunksendungen veranstaltet.“⁵⁹ Das ist die bisher einzige definitive Aussage des BVerfG zur Staatsbeteiligung in den Rundfunkräten. Weil danach also der Staat aus der Rundfunkaufsicht durchaus nicht ausgeschlossen ist, setzt sich auch mehr und mehr die Lesart durch, dass der Rundfunk nicht eigentlich staatsfrei⁶⁰, wohl aber staatsfern zu sein hat.

2. Staatsfreiheit: Vom Beherrschungsverbot zum Verbot jedweder politischen Instrumentalisierung

Was das genau heißt, weiß freilich niemand; und so erhoffen sich alle Interessierten Klarheit von dem erwarteten Urteil zum ZDF aus Karlsruhe.⁶¹ Sicher darf der Staat keinen bestimmenden inhaltlichen Einfluss auf das Programm nehmen.⁶² Ein Staatsrundfunk ist auch unter demokratischen Bedingungen grundrechtlich verboten: Auch die demokratisch gewählte Mehrheit soll den Rundfunk nicht für ihre Machterhaltungszwecke instrumentalisieren dürfen. Verboten sind auch nicht nur unmittelbare staatliche Einflussnahmen auf das Programm. Vielmehr „steht die Rundfunkfreiheit auch mittelbaren Programmeinflüssen entgegen“⁶³. Daher sollen die Länder das Rundfunkprogramm etwa auch nicht über den Hebel der Finanzierung lenken dürfen. Hier, bei der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, hat das BVerfG große Strenge an den Tag gelegt und den Ländern kaum Möglichkeiten gelassen, die Rundfunkgebühr, aus der der öffentlich-rechtliche Rundfunk mit einem Aufkommen von ca. acht Mrd. EUR bezahlt wird, abzusenken, schon gar nicht aus inhaltlich-programmbezogenen Gründen.⁶⁴ Auch im jüngsten Rundfunkurteil des BVerfG von 2008, das die Beteiligung politischer Parteien an Rundfunkunternehmen betraf, ist der Staatsfreiheitsgrundsatz weit gefasst worden; er soll sich danach nicht in einem Beherrschungsverbot des Staates erschöpfen, vielmehr „jede politische Instrumentalisierung“ des Rundfunks ausschließen.⁶⁵ Die Staatsfreiheit des Rundfunks wendet sich diesem Urteil zufolge auch gegen die politischen Parteien. Zwar sind die Parteien nicht identisch mit dem Staat. Eine solche Sichtweise würde ihrem Charakter als frei gebildete, im gesellschaftlich-politischen Bereich wurzelnde Vereinigungen, die –

⁵⁸ Eingehend zu den sich aus dieser Spannung ergebenden Fragen *Cornils*, Ausgestaltungsgesetzesvorbehalt und staatsfreie Normsetzung im Rundfunkrecht, 2011.

⁵⁹ *BVerfGE* 12, 205, 262.

⁶⁰ Das *BVerfG* hält freilich am „Grundsatz der Staatsfreiheit“ fest *BVerfGE* 31, 314 (327, 329); 121, 30 (31).

⁶¹ Vgl. *Kirchberg*, Der Fall Brender und die Aufsicht über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, Karlsruhe 2012.

⁶² *BVerfGE* 73, 118 (182 f.).

⁶³ *BVerfGE* 73, 118 (183); 83, 238, Rn. 473.

⁶⁴ *BVerfGE* 90, 69 (87).

⁶⁵ *BVerfGE* 121, 30, Rn. 119: „[...] Der Grundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks schließt es aus, dass der Staat unmittelbar oder mittelbar eine Anstalt oder Gesellschaft beherrscht, die Rundfunksendungen veranstaltet (vgl. *BVerfGE* 12, 205 [263]). In dem Beherrschungsverbot erschöpft sich die Garantie der Rundfunkfreiheit gegenüber dem Staat aber nicht. Vielmehr soll jede politische Instrumentalisierung des Rundfunks ausgeschlossen werden (*BVerfGE* 90, 60 [88]). Staatsfreiheit des Rundfunks bedeutet, dass der Staat weder selbst Rundfunkveranstalter sein noch bestimmenden Einfluss auf das Programm der von ihm unabhängigen Veranstalter gewinnen darf (*BVerfGE* 83, 238 [330]).“

so verlangt es der Parteienartikel der Verfassung – auch selbst gerade nicht unter staatlichem Einfluss stehen dürfen, nicht gerecht. Sie weisen aber, so das BVerfG, eine besondere Nähe zum Staat auf, weil sie auf die Erlangung staatlicher Macht ausgerichtet sind und natürlich viele Parteipolitiker Staatsämter haben und so gut wie alle staatlichen Amtsträger auch eine – häufig hervorgehobene – Parteifunktion innehaben.⁶⁶ Deswegen sollen die Parteien zwar das Recht haben, sich an Rundfunkunternehmen zu beteiligen, aber nur, wenn diese Beteiligung keinen Umfang erreicht, der einen Einfluss auf das Programm ermöglicht.⁶⁷

Insgesamt ergibt die bisher ergangene Rechtsprechung zur Staatsfreiheit mithin kein sehr scharfes und vor allem kein wirklich konsistentes Bild: In einigen Bereichen wird ein recht weit gehender Staatseinfluss zugelassen, insbesondere bei der Beteiligung staatlicher Abgesandter in den Aufsichtsgremien, die – jedenfalls nach den alten Grundsätzen des ersten Rundfunkurteils von 1961⁶⁸ – erst ab der Grenze dominierenden Einflusses unzulässig wird. Der Grundsatz der Staatsfreiheit hindert den Gesetzgeber wohl auch nicht daran, die staatsfrei-gruppenpluralistische Aufsicht über den privaten Rundfunk ganz durch die vorhin erwähnten Medienräte oder „Vorstände“ zu ersetzen und diese als Exekutivorgane der Privatrundfunkaufsicht durch die Regierung oder Parlamente bestimmen zu lassen.⁶⁹ Jedenfalls werden diese neuen institutionellen Strukturen in den Landesmedienanstalten heute, wie schon bemerkt, weitgehend kritiklos akzeptiert. In anderen Bereichen werden hingegen überraschend strenge Maßstäbe angelegt (Gebührenfestlegung, Parteibeteiligung an Rundfunkunternehmen). Den Eindruck geringer Konsistenz vermittelt dieses Bild auch deswegen, weil nicht erkennbar ist, dass das je geforderte unterschiedlichen Maß an Staatsfreiheit immer etwas mit dem ggf. unterschiedlichen Risiko für die Programmfreiheit zu tun hätte: Weshalb hinsichtlich der personellen Zusammensetzung der für das Rundfunkprogramm verantwortlichen Gremien (die im öffentlich-rechtlich Rundfunk immerhin auch den Intendanten und andere unmittelbar für die Programmgestaltung ausschlaggebende Leitungspositionen bestimmen) offenbar ein großzügigerer Maßstab gilt als für die Bestimmung der Rundfunkgebühr – obwohl es hier eigentlich „nur“ um die – doch jedenfalls nicht größere – Gefahr mittelbarer Programmsteuerung über die Finanzierung geht, ist jedenfalls nicht ohne weiteres einsichtig.

IV. Der notwendige Herrschaftsverzicht der Demokratie über den Rundfunk

Wie streng oder wie großzügig sollte das Prinzip der Staatsferne des Rundfunks nun begriffen werden – unter den verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen des Grundgesetzes, aber sicherlich in ähnlicher Weise auch in anderen rechtsstaatlich-demokratischen Ordnungen zumal in Europa unter dem gemeinsamen Dach der Grundrechte und Grundfreiheiten des Unionsrechts und der Europäischen Menschenrechtskonvention?

Hier ist sicherlich nicht der Ort und der Raum für eine umfassende und abschließende Positionsbestimmung in dieser Frage. Das eingangs geschilderte Spannungsverhältnis zwischen dem Demokratieprinzip und dem von Verfassungs wegen geradezu nichtdemokratisch-staatsfreien Rundfunk ist eben ein handfestes Dilemma und als solches nicht so einfach nach

⁶⁶ BVerfGE 121, 30 (54 f.).

⁶⁷ Cornils, ZJS 2008, 465 (474 ff.); vgl. auch: Reffken, NVwZ 2008, 857 ff.; Klein, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 21, Rn. 190 ff.

⁶⁸ BVerfGE 12, 205.

⁶⁹ S. dazu noch unten, 5.; skeptisch Cornils, ZevKR 2009, 417 ff.

der einen oder der anderen Seite hin aufzulösen. Die schwankende und jedenfalls nicht strikt-absolute Lesart des Staatsfreiheitsgrundsatzes durch das Bundesverfassungsgericht ist offenkundig Ausdruck dieser Schwierigkeiten. Noch viel weniger ist hier ein Orakel angebracht, wie die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im ZDF-Fall ausfallen wird. Wie die Richter in Karlsruhe entscheiden, kann man vorher nie oder doch allenfalls selten sicher wissen. Wer solche Prognosen wagt, liegt damit sehr schnell auch einmal daneben. Das dämpft die Neigung zu solchen Prognosen, ist aber vielleicht auch ein eigentlich ermutigendes Zeichen für den Zustand der Verfassungswirklichkeit in Deutschland: Wenn in vielen *hard cases* so oder so vertretbar entschieden werden kann, handelt es sich bei den in Rede stehenden Gesetzen oder Maßnahmen wohl kaum um skandalöse Verletzungen der Verfassung. Über solche wäre nicht lange zu rasonieren und zu reden.

Weil die Angelegenheit so komplex und uneindeutig ist, sollen hier zum Schluss nur noch einige eher locker gefügte Überlegungen zu unserem Problem folgen.

1. Vom rechtsstaatlich-demokratischen Dilemma zum demokratischen Paradox

Die erste Überlegung ist grundsätzlicher Art und schließt an das eingangs geschilderte und gerade noch einmal erwähnte Dilemma-Problem an. Also: Der Rundfunk ist entweder nach allgemeinen Grundsätzen demokratisch, aber damit eben auch staatlich kontrolliert, oder er ist staatsfrei, aber damit eben gleichsam nicht-demokratisch organisiert. Dieses Dilemma trägt zunächst die Züge eines Zielkonflikts von Rechtsstaat – wirksame Grundrechte sind die wichtigsten Merkmale des Rechtsstaates – und Demokratie. Er würde damit in für solche Zielkonflikte typische verfassungsrechtliche Abwägungen führen. Das Grundrecht der Rundfunkfreiheit legitimierte danach Einschränkungen des Prinzips demokratischer Legitimation hoheitlicher Gewalt.

Tatsächlich geht es aber nicht nur darum, sondern vielmehr um ein gleichsam innerdemokratisches Paradoxon⁷⁰: Die Rundfunkaufsicht muss gerade deswegen staats- und damit sozusagen demokratiefrei sein, weil ein im Sinne der Meinungsvielfalt funktionierender Rundfunk wesentliche Voraussetzung der Demokratie ist: Gerade weil der Rundfunk immer noch – vielleicht bald abgelöst durch das Internet – wichtigstes Medium und Faktor für die Willensbildung in der Gesellschaft und damit auch der demokratischen Wahlmündigkeit der Staatsbürger in einem materiellen Sinn ist, darf der demokratische Staat auf diesen massenmedialen Kommunikationsvorgang keinen beherrschenden Einfluss nehmen. Der Rundfunk darf selbst nicht demokratischer Herrschaft unterworfen sein, eben damit Demokratie funktionieren kann!

Das klingt fürwahr paradox; ist es aber auch richtig und wenn ja, warum? Nun, eine Erklärung könnte einleuchten: Gelingt es der Regierung, und sei es auch einer demokratischen Regierung, die Massenmedien und damit die Information des Wahlvolks unter ihre Kontrolle zu bekommen, beseitigt sie damit die Kritik- und Entscheidungsfähigkeit der Wahlbürger und also ein Kernelement ihrer eigenen demokratischen Legitimation. Diese wird wesentlich durch die Möglichkeit eines Urteils des Bürgers über seine Regierung und mögliche Wahlalternativen gestiftet. Phänomene gelenkter Demokratie verschiedener Couleur, die aber immer

⁷⁰ Cornils, ZevKR 2009, 417 (421 ff.).

mit gesteuerter oder sogar zensierter Information der Bevölkerung zu tun haben, belegen diesen Mechanismus vielfach, in der Vergangenheit ebenso wie in der Gegenwart. Mit ihrem Handeln oder Unterlassen setzt sich eine demokratisch gewählte Regierung normalerweise dem Risiko ihrer Abwahl bei den nächsten Wahlen aus; in dieser Rückbindung an das kritische Volk verwirklicht sich vor allem demokratische Kontrolle. Erobert der Staat aber die Nachrichtenhöhe und die Meinungsmacht, erfährt der Wähler nichts mehr von den Schattenseiten der Regierungspolitik, nichts mehr über mögliche Alternativen und Gegenentwürfe. Die informationelle Basis für die Wahl- oder Abwahlentscheidung und also für die demokratische Kontrolle fällt weg.

Dieses Paradoxon, dass die Medien gerade wegen ihrer Rolle und Funktion als Demokratie Voraussetzung nicht demokratisch beherrscht werden dürfen, liefert mithin die Erklärung für die Forderung nach der Staatsferne des Rundfunks und der Rundfunkregulierung. Mehr noch scheint sei aber auch einen Ausweg aus dem Dilemma zwischen der Staatsfreiheit und dem Demokratieprinzip zu weisen: Wenn die Staatsfreiheit in Wirklichkeit nicht oder jedenfalls nicht in erster Linie eine Forderung des Rundfunkgrundrechts in seiner freiheitsrechtlichen Dimension ist, sondern eine Forderung, die sich aus der objektiv-demokratischen Funktion dieser Rundfunkgewährleistung ergibt, so besteht in der Reichweite dieser Funktionsgarantie kein Widerspruch mehr zum Demokratieprinzip. Die Demokratie selbst verlangt um ihrer eigenen Funktionsbedingungen willen die Staatsfreiheit des Rundfunks, und sie legitimiert so die Verbannung des demokratischen Staates aus einer Rolle, die ihm sonst selbstverständlich zukommt, nämlich derjenigen des Trägers legitimer Herrschaft. Allerdings sind damit auch die Grenzen dieser durchaus erstaunlichen Umkehrung der Wirkungen des Demokratieprinzips vorgezeichnet: Die Staatsfreiheit des Rundfunks muss von Verfassungen wegen nur so weit gehen, wie es zur Sicherung seiner Funktion als Demokratie Voraussetzung erforderlich ist. Und sie darf aus rechtsstaatlichen und demokratischen Gründen nicht über diese Grenze hinaus gehen. Denn jenseits dieser Grenze beginnt wieder gleichsam der verfassungsrechtliche Normalfall, also der Anspruch des Bürgers, nur nach Maßgabe des staatlichen Gesetzes und durch demokratisch legitimierte Personen in seiner Handlungsfreiheit beschränkt zu werden. Das gilt auch für Journalisten und sollte auch für Rundfunkunternehmen gelten.

2. Die Staatsferne des Rundfunks als wichtigster Unterfall der institutionell-organisatorischen Vielfaltsgewährleistung

Wir streben also in Deutschland und im durch die Menschenrechtskonvention grundrechtlich geeinten Europa nach einem medienaufsichtlichen Organisationsdesign, das eine Ausrichtung des öffentlich-rechtlichen oder privaten Rundfunks auf von der Regierung diktierte, oder auch im Proporz zusammen mit der parlamentarischen oder auch außerparlamentarischen Opposition vorgegebene Inhalte zuverlässig verhindert. Das aber ist eigentlich eine Anforderung, die sich auch schon aus der europa-⁷¹ und verfassungsrechtlichen Pluralismusedgewährleistung als solcher ergibt: Der Staat, namentlich der Gesetzgeber muss durch das institutionelle Arran-

⁷¹ Vgl.: *EGMR*, Urt. v. 17.9.2009, Nr. 13936/02 – Manole u.a./Moldova, aber auch: Resolution Nr. 1 über die Zukunft des Öffentlich-rechtlichen Rundfunks, verabschiedet vom Ministerkomitee in Prag, Dezember 1994; Empfehlung Nr. R (96) 10 „The Guarantee of the Independence of Public Service Broadcasting“; Empfehlung Nr. R (2000) 23 on the independence and functions of regulatory authorities for the broadcasting sector; Erklärung v. 27.9.2006 “on the guarantee of the independence of public service broadcasting in the member states”; dazu: : *Cornils*, FS Schröder, 125 (141 ff.).

gement der Medienaufsicht die staatlichen Amtsträger selbst der Verführung entziehen, die Programminhalte nach ihren Machterhaltungsinteressen auszurichten, die gleiche Verpflichtung trifft ihn aber auch mit Blick auf gesellschaftliche Tendenzakteure. Das Gebot der Staatsfreiheit erweist sich damit nur als ein Unterfall des allgemeineren Vielfaltssicherungsziels: Dieses verlangt als Vermachtungs- und Instrumentalisierungsverbot die Abschirmung des Rundfunks vor den Eigeninteressen des Staates ebenso wie vor denjenigen der politischen Parteien, anderer sozialer Gruppen oder auch von einflussreichen Privatpersonen.

Für die Frage der Gremienzusammensetzung in einer gruppenpluralistisch organisierten Rundfunkaufsicht folgt daraus gewiss nicht die Pflicht, alle Staats- und Parteivertreter aus den Gremien zu entlassen. Eine solche Annahme wäre nach meinem Dafürhalten sogar verfassungswidrig: Die Rundfunkgewährleistung fordert geradezu eine angemessene Entsendung von Mitgliedern durch den Staat in die Aufsichtsgremien, wenn diese nach dem Konzept gesellschaftlicher Repräsentation gebaut sind, erst recht gilt dies für die politischen Parteien. Zwar ist viel von dem Rundfunk, der „der Gesellschaft, nicht dem Staat gehört“, die Rede, eine Zuspitzung, die dazu verleitet, den Staat aus den gruppenpluralistischen Rundfunkgremien außen vorhalten zu wollen. Das freilich entspräche einer im demokratischen Staat unhaltbar rigiden Trennung von Staat und Gesellschaft: Der in Staatsämtern formulierte Staatswille, also insbesondere die Regierungmeinung, daneben aber auch die Standpunkte von Oppositionsabgeordneten in Parlamenten, bilden sogar herausragend wichtige und daher auf jeden Fall vielfaltsrelevante Meinungspositionen für den Prozess gesellschaftlicher öffentlicher Meinungsbildung, wie er durch die Kommunikationsgrundrechte geschützt wird. Sie müssen daher in den Aufsichtsgremien vertreten sein. Ohne sie wäre die vom BVerfG verlangte Repräsentation aller wesentlichen gesellschaftlichen Kräfte nicht gegeben.

3. Detailfragen der Gremienzusammensetzung: Einblick

Wo liegt nun die verfassungsrechtlich vorgezeichnete Grenze verbotener Staats- oder Parteidominanz in pluralistischen Aufsichtsgremien? Kaum bestritten ist wohl, dass sie nicht erst bei absoluter Mehrheit der Stimmen in den Gremien erreicht ist⁷². Viele Beobachter und auch die bayerische Verfassung stellen auf die Schwelle von einem Drittel der Mitglieder des Aufsichtsgremiums ab.⁷³ Legt man auch für den Staat und die Parteien den bundesverfassungsgerichtlichen Maßstab nicht grob einseitiger Zusammensetzung der Gremien an (Verzerrungsverbot) – und gerade nicht den Grundsatz der Staatsfreiheit, der hier sozusagen überflüssig ist – so lässt sich damit sogar eine durchaus strenge Sicht auf die Staats- und Parteienquote begründen, vielleicht sogar unterhalb der Drittschwelle. Zwar repräsentieren jedenfalls die großen, in den Parlamenten vertretenen Parteien mehr als nur gesellschaftliche Einzelinteressen; sie sollten daher auch mit relativ höherem Gewicht als z. B. Sportverbände oder die Vereinigung der Opfer des Stalinismus – sie hat nach dem ZDF-Staatsvertrag tatsächlich einen Sitz im Fernsehrat!⁷⁴ – angesetzt werden dürfen. Ähnliches gilt für die Staatsvertreter wegen ihrer mit dem Amt verbundenen und daher gewissermaßen doppelten Gemeinwohlverantwor-

⁷² So schon *Degenhart*, K&R 2008, 289 (290).

⁷³ S. *Hahn*, Die Aufsicht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2010, S. 211; *Möller*, AfP 2001, 275 (277); Art. 111a Abs. 1 S. 3 BayVerf, Art. 6 Abs. 2 BayRG schreiben die Drittel-Höchstgrenze ausdrücklich fest.

⁷⁴ § 21 Abs. 1 q) ZDF-StV.

tung. Ob sich daraus aber eine um ein sonstigen gesellschaftlichen Gruppen Mehrfaches höhere Repräsentanz rechtfertigt, scheint mir aber doch zweifelhaft.

Eine ganz schwierige Fragen, die hier nur noch benannt, aber nicht mehr ausgebreitet, geschweige denn beantwortet werden kann, wirft schließlich das Problem der Gewichtung und Zurechnung von Personen zum Staat auf, Fragen, die auch für den ZDF-Fall entscheidend sein dürften:⁷⁵ So ist, um nur ein Teilproblem herauszugreifen, seit langem heftig umstritten, ob in einem Föderalstaat wie Deutschland eigentlich alle Ländervertreter – sie erinnern sich vielleicht: beim ZDF: 16 Personen, eine aus jedem Land – einheitlich dem „Staat“ zuzurechnen sind oder ob die Staatsmacht hier nicht in Wirklichkeit schon plural gebrochen auftritt⁷⁶ und daher nur noch allenfalls eine geringe Gefahr für die Meinungsvielfalt im Rundfunk begründen kann. Ähnliches gilt für die Parteivertreter oder Abgeordneten, wenn sie proporzgemäß aus dem ganzen politischen Spektrum kommen.

V. Schlussbemerkung

Staatliche Unterdrückung freier, auch kritischer Berichterstattung durch strafrechtliche, aufsichtliche, arbeitsrechtliche, fiskalische oder organisatorische Mittel ist leider auch aus Europa noch keineswegs verschwunden. Sie muss auf den entschiedenen Widerspruch der Hüter von nationalstaatlicher Verfassung und europäischer Menschenrechtskonvention stoßen. Vor dem demokratischen Paradox, demzufolge die Medien gerade um ihrer Fähigkeit und Funktion willen, die informationellen Voraussetzungen der Demokratie zu gewährleisten, der demokratischen Herrschaft und Regulierung ein Stück weit entzogen werden müssen, steht indes jede demokratische Ordnung. Es führt in die Notwendigkeit schwieriger Grenzziehungen zur Sicherung einer keineswegs absoluten, aber doch „partiellen Staatsfreiheit“ als besonders neuralgischer Kernfaktor der Pluralismusgewähr durch Organisation. Ganz freilich wird sich auch durch noch so ausgefeiltes Organisationsrecht nie ausschließen lassen, dass unter bestimmten politischen Bedingungen – etwa einer qualifizierten Parlamentsmehrheit der Regierung, die Proporzbindungen überwindet – doch ein eigentlich inakzeptabler Staats- oder Regierungseinfluss auf die Medien stattfindet. Recht kann das Problem der Vermachtung der Medien durch möglichst geschickte organisatorische Arrangements entschärfen. Am Ende kommt es aber für die Freiheit der Medien wie für alle Freiheit wohl doch vor allem auch auf eine gewachsene Kultur der Freiheit an sowie auf ein Freiheitsethos der in Medien, Gesellschaft und Staat verantwortlichen Menschen. Zu diesem Wachsen allerdings vermag ein gutes Recht auch umgekehrt wichtige Haltepunkte und Rahmenbedingungen beizutragen.

⁷⁵ S. dazu namentlich die ausführlichen Darlegungen im Schriftsatz von *Christian v. Coelln* für die dem Normenkontrollantrag gegen den ZDF-Staatsvertrag entgegen tretenden Länder, Funkkorrespondenz 34/2011, 11-44.

⁷⁶ So insb. *BayVerfGH*, 42, 11.