# Zweites Kapitel: normative Grundlagen der Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung

Die Frage nach den normativen Grundlagen soll an dieser Stelle mit Blick auf die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung (A) und ihren Grenzen (B) beantwortet werden, um abschließend die Notwendigkeit und Struktur des Ausgleichs der sich gegenüberstehenden Rechtsgüter näher zu beleuchten (C).

## *A. Zur normativen Verankerung der Rechtsprechungsöffentlichkeit als Medienöffentlichkeit*

Das Erkenntnisinteresse, ob und inwieweit die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung in verfassungsrechtlichen Prinzipien verankert ist, lenkt das Augenmerk der Untersuchung zunächst auf das Demokratieprinzip (I.), sodann auf das Rechtsstaatsprinzip (II.) und die Grundrechte (III.).

### I. Verankerung der Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung im Demokratieprinzip

Die Frage nach der Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung berührt im Kern die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Politik in Bezug auf die Arbeit und das Auftreten der Gerichte. Anders als die Saalöffentlichkeit zeichnet sich die Medienöffentlichkeit nämlich nicht als Ort der stillen Beobachtung, sondern als Ort der individuellen und öffentlichen Meinungsbildung aus. Deshalb haben einige Rechtswissenschaftler den Versuch unternommen, die Überlagerung von Rechtsprechungsöffentlichkeit und demokratischer Öffentlichkeit zu nutzen, um das beobachtete Demokratiedefizit der Dritten Gewalt (1.) in einer neu konzipierten demokratischen Legitimation der Gerichte aufzufangen. Andere qualifizieren die Medienöffentlichkeit als Forderung des Demokratiegebots nach der Zugänglichkeit von Informationen zur Befriedigung des öffentlichen Informationsinteresses, zur Ermöglichung einer öffentlichen Meinungsbildung (und Kontrolle) sowie zur Stärkung des gesellschaftlichen Grundkonsenses (2.). Diese Ansätze vorausgesetzt, soll die Überlegung angestellt werden, ob und in-



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wieweit die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung eine im allgemeinen und institutionellen Interesse stehende Forderung des Demokratieprinzips ist (3.).

## 1. Rechtsdogmatische Vorüberlegungen

Nach Maßgabe des Grundgesetzes ist die Demokratie im Sinne einer „demokratische[n] Volkssouveränität" zu verstehen, die von demokratisch legitimierten Staatsorganen ausgeübt wird.[1] Die Staatsgewalten erhalten in einem demokratisch verfassten Staat durch ihre demokratische Legitimation gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG den Rechtfertigungsgrund für ihr hoheitliches Handeln.[2] Der Bezugspunkt demokratischer Legitimation ist die Rückführbarkeit jeder staatlichen Willensentscheidung auf das Volk.[3] Der Wahlakt ist dabei gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG der grundlegend legitimationsstiftende Akt des Volkes, aus dem die demokratische Legitimation der Gewalten folgt.[4] Hiervon ausgehend hat das BVerfG in Deutschland Legitimationsketten konzipiert, über welche die Ausübung der Staatsgewalt auf den Volkswillen rückführbar und damit demokratisch legitimiert ist.[5]

---

1 *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 92. EL 2020, Art. 20 Rn. 12. S. a. *Dreier*, in: id. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2. Bd., 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 61; der Demokratiebegriff entzieht sich einer eindeutigen Definition, da er „nicht nur juristische Kategorie mit konkret angebbaren normativen Direktiven und unmittelbar formender Kraft, sondern stets auch und zugleich politisches Ideal (wenn nicht Utopie) und – niemals vollständig erfüllbares – Staatsziel bzw. Verfassungsprinzip ist", ibid., 60.

2 Hierin drückt sich das Prinzip der Volkssouveräntität aus, BVerfG, Beschl. v. 15.02.1978, BVerfGE 47, 253 (273); BVerfG, Beschl. v. 01.10.1987, BVerfGE 77, 1 (40); BVerfG, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60 (73); *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II 2004, § 24 Rn. 14; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, 92. EL 2020, Art. 20 Rn. 12; *Dreier*, in: id. (Hrsg.), GG Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 79 ff.

3 Zum Volksbegriff, s. BVerfG, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 37 (51).

4 Grundsatz der repräsentativen Demokratie, *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, 92. EL 2020, Art. 20 Rn. 12.

5 BVerfG, Urt. v. 27.04.1959, BVerfGE 9, 268 (281 f.); BVerfG, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 37 (50 ff.); BVerfG, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60 (71 ff.); BVerfG, Beschl. v. 24.05.1995, BVerfG, Beschl. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (66 ff.); BVerfG, Beschl. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (86 ff.); im Detail hierzu *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, 28 ff.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Legitimationsketten haben eine organisatorisch-personelle,[6] funktionell-institutionelle[7] und sachlich-inhaltliche Dimension.[8] Trotz einiger Kritik hat dieses Modell breite Zustimmung in der Literatur gefunden[9] und soll daher auch als Grundmodell angewandt werden. Die Glieder der Legitimationskette erweisen sich allerdings bei näherer Analyse für die demokratische Legitimation der Dritten Gewalt bereichsweise als schwach.[10] Ihre organisatorisch-personelle Legitimation beziehen die Richter gemäß § 17 DRiG größtenteils aus der Ernennung durch die Exekutive, der Bestellung durch Richterwahlausschüsse im Fall von Bundesrichtern sowie von Landesrichtern und Gerichtspräsidenten oberer Landesgerichte in der Mehrzahl der Bundesländer, gemäß §§ 5-7 BVerfGG aus der Wahl durch Bundestag und Bundesrat beim BVerfG und der Wahl durch Landesparlamente bei den Landesverfassungsgerichten.[11] Die funktionell-institutionelle Legitimation folgt aus der verfassungsrechtlichen Verankerung der Institution der Gerichtsbarkeit, also aus Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG, Art. 92 ff. GG sowie weiteren Vorschriften, die der Rechtsprechung eine besondere Funktion zuordnen, wie beispielsweise Art. 104 Abs. 2 GG. Sachlich-inhaltlich bezieht die rechtsprechende Gewalt ihre demokratische Legitimation aus der Gesetzesbindung der Rechtsprechung gemäß Art. 20 Abs. 3, 97 GG.[12]

Die demokratische Verantwortlichkeit des einzelnen Richters ist aufgrund der Garantie der richterlichen Unabhängigkeit stark eingeschränkt. Nur im Rahmen der Richteranklage wird der Richter persönlich *ex post* zur Rechenschaft gezogen, sofern er sich offensichtlich nicht an den rechtlichen Rahmen gehalten hat.[13] Ansonsten ist der Richter weder gegenüber

---

6 BVerfG, Beschl. v. 15.02.1978, BVerfGE 47, 253 (275 f.); BVerfG, Urt. v. 18.12.1984, BVerfGE 68, 1 (88); BVerfG, Beschl. v. 01.10.1987, BVerfGE 77, 1 (40); BVerfG, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60 (73); BVerfG, Beschl. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (66); BVerfG, Beschl. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (87); *Böckenförde*, in: HStR II 2004, § 24 Rn. 21 f.

7 BVerfG, Beschl. v. 08.08.1978, BVerfGE 49, 89 (125); BVerfG, Urt. v. 18.12.1984, BVerfGE 68, 1 (88 f.); *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II 2004, § 24 Rn. 15.

8 BVerfG, Urt. v. 31.10.1990, BVerfGE 83, 60 (72); BVerfG, Beschl. v. 24.05.1995, BVerfGE 93, 37 (67); BVerfG, Beschl. v. 05.12.2002, BVerfGE 107, 59 (88); *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II 2004, § 24 Rn. 21.

9 S. v.a. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, 51 ff. mwN; *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673, 675 ff.

10 *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, 125 ff.

11 S. hierzu *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, 126 mwN.

12 *Tschentscher* bezeichnet diese als „Dreh- und Angelpunkt" der Legitimation der Dritten Gewalt, ibid, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, 189.

13 Art 98 Abs. 2 GG, § 58 BVerfGG.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Ministerialverwaltung oder dem Parlament verantwortlich noch wird die organisatorisch-personelle Legitimationsvermittlung während der Amtsausübung des bestellten Richters aktualisiert.[14] Die Bestellung der Berufsrichter erfolgt grundsätzlich auf Lebenszeit, die Richter des BVerfG werden für zwölf Jahre gewählt, wobei eine Wiederwahl zwecks Sicherung der Unabhängigkeit ausgeschlossen ist. Eine der personellen Berufungskette der Verwaltung vergleichbare personell-organisatorische Legitimation entfällt damit, da weder eine periodische Erneuerung noch eine Weisungsabhängigkeit besteht. *Tschentscher* hält einen einmaligen Wahlakt für ein „legitimatorisches Strohfeuer", das keine dauerhafte demokratische Legitimation erzeugen könne.[15] Aus diesen Gründen verlagert sich das kritische Augenmerk auf die als defizitär erachtete sachlich-inhaltliche Legitimation der Rechtsprechung.

Ihre sachlich-inhaltliche Legitimation beziehen die Richter aus der Gesetzesbindung. Diese erfordert, dass der Richter als „Treuhänder des Gesetzes"[16] unter Anwendung der allgemein anerkannten Auslegungsmethoden zu einer dem gesetzgeberischen Willen entsprechenden Lösung des Einzelfalls gelangt. Der gesetzgeberische Wille gewährt aber einige Spielräume bei der Auslegung der Gesetze. Die Zeiten, in denen die Auslegung als einfacher Subsumtionsvorgang angesehen wurde, sind Vergangenheit, der Richter gilt nicht mehr als *bouche de la loi.*[17] Wie *Tschentscher*[18] betont, hat die juristische Methodenlehre seit *Gadamers*[19] bahnbrechendem Werk in einer Art hermeneutischer Wende erkannt, dass alle „naiv-positivistischen Interpretationsauffassungen"[20] die realen Bedingungen der Gesetzesanwendung verfehlen.[21] Die erforderliche interpretative Gesetzesanwendung geht zwangsläufig auch über die bloße Subsumtion hinaus.[22] Gesetze

14 *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, 92. EL 2020, Art. 20 Rn. 236.
15 *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, 146.
16 *Benda*, DRiZ 1979, 357, 359.
17 *Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, XI. Buch, 6. Kapitel, 1748.
18 *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, 184.
19 *Gadamer*, Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, 1960, 307 ff.
20 *Starck*, in: VVDStRL 34 (1976), 43, 49.
21 *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, 133 ff., 159 ff.
22 *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II 2004, § 24 Rn. 24; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, 184; *Kaufmann*, Richterpersönlichkeit und richterliche Unabhängigkeit, in: FS Peters, 1974, 295, 299; *v. Coelln,* Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 180.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schaffen abstrakt-generelle Normen, welche die Anwendung auf den konkreten Einzelfall nicht in Gänze vorzeichnen können; die Steuerung der Rechtsprechung durch die Gesetzgebung bleibt damit beschränkt.[23] Dadurch entstehen Freiräume in der Auslegung.[24] Diese Freiräume erlauben rechtsschöpferische Momente, die vom Vorverständnis des Interpreten mitgeprägt werden.[25] Das eigene Vorverständnis und gesellschaftliche Wertvorstellungen finden somit Eingang in die richterliche Entscheidung.[26] Daneben werden Entscheidungen, wie beispielsweise die Strafzumessung gemäß § 46 StGB, ins richterliche Ermessen gestellt, sodass der Richter trotz Begründungszwangs und gesetzlicher Leitlinien relativ frei entscheiden kann. Die Strafzumessung ist nur eingeschränkt revisionsrechtlich überprüfbar.[27] Die freie Beweiswürdigung überlässt dem Richter ebenfalls einen Einschätzungsspielraum. In einigen Bereichen, in denen das Gesetzesrecht insuffizient ist, schaffen die Richter selbst das Recht (Richterrecht). Hier werden die Richter rechtsfortbildend und rechtsgestaltend tätig.[28] Das deutsche Zivil- und Arbeitsrecht sind hierfür exemplarisch.[29] In der Literatur ist diese außergesetzliche Rechtsfortbildung auf Kritik gestoßen,[30] da die sachlich-inhaltliche Legitimationskette kein Verbindungsglied mehr zum Gesetz und damit zum Volkswillen herstellen könne. Insbesondere in Fällen gesetzeskorrigierenden Richterrechts trete diese Problematik zutage.[31] Ähnlich gelagert sei der Fall des offenen richterlichen Widerstandes gegen parlamentsbeschlossene Korrekturgesetze.[32] Vor allem die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung sei unter legitimatorischen Gesichtspunkten kritisch zu betrachten, da sie nur schwach an das

23 S. a. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, 185.
24 Ibid.
25 *Hassemer*, DRiZ 1998, 391, 392 ff.; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, 185, 191 ff.
26 *Rohde*, Die Öffentlichkeit im Strafprozess, 1972, 174 f.; *Fromme*, Bundesverfassungsgericht und Öffentlichkeit, in: Zeidler/Maunz/Roellecke (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Faller, 1984, 415, 424 ff, speziell zum BVerfG.
27 BGH, Urt. v. 12.01.2016, NStZ-RR 2016, 107, Ls. 1.
28 *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 550; *v. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 180; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, 185; *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, 24 ff., 34 ff., 63 ff. mwN.
29 *Picker*, JZ 1988, 62 ff.
30 *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, 135 f. mwN, vor allem mit Blick auf die „Verselbstständigungstendenzen", ibid, 137 f.
31 Ibid, 137; *Dreier*, in: id. (Hrsg), GG Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 132.
32 *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, 138.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gesetzesrecht gebunden sei[33] und die Grenzen zwischen Verfassungsinterpretation und -wandel bei der Auslegung von abstrakten Prinzipien verschwimmen.[34] Die demokratische Legitimation der Rechtsprechung ist deshalb gar als funktionslos[35] oder als „rechtlich schwach gesicherte Erwartung"[36] bezeichnet worden, was die Forderung nach einer zusätzlichen demokratischen Legitimation richterlichen Handelns hat entstehen lassen.[37]

Es gibt aber auch Stimmen in Literatur und Rechtsprechung, die kein demokratisches Defizit der Rechtsprechung identifizieren. Sie lehnen Ansätze ab, die versuchen, die sachlich-inhaltliche Legitimation der Richter zu stärken. Sie sind der Ansicht, die funktionell-institutionelle Legitimation erübrige bei der Dritten Gewalt die Notwendigkeit eines konkreten Zurechnungszusammenhangs zwischen der Rechtsprechung und dem Wahlakt.[38] Die funktionell-institutionelle Legitimation folgt daraus, dass die Verfassung neben dem unmittelbar demokratisch legitimierten Parlament ausdrücklich besondere Organe der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung voraussetzt.[39] Damit betraut die Verfassung nicht nur die Legislative, sondern auch die Exekutive und die Judikative mit der Ausübung von Hoheitsgewalt und versieht sie zudem mit bestimmten Funktionen.[40] Daraus folge eine verfassungsunmittelbare Funktionslegitimation, die De-

33 *Möllers*, in: Schönberger/Jestaedt/Lepsius/id. (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 281, 330.

34 S. *Würtenberger*, in: Guggenberger/Würtenberger, Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik?, 1998, 57 ff. mwN, insb. 66 f. und 72 f.; *Häberle*, Verfassung als öffentlicher Prozess, 1978, 82 f.; kritisch zur Schaffung von Übergangsregeln, *Möllers*, in: Schönberger/Jestaedt/Lepsius/id. (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 281, 324.

35 *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, 92. EL 2020, Art. 20 Rn. 235, unter Bezugnahme auf *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, 188. s. a. 183 f., 194 f., 224 ff., 264 f. in Bezug auf das Richterrecht; *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, 196 ff.

36 *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig (Hrsg), GG Kommentar, 92. EL 2020, Art. 97 Rn. 54.

37 *V. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 180 ff.; *Wolf*, Gerichtsverfassungsrecht, 6. Aufl. 1987, § 15 IV, 159; *Schilken*, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 448; *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, 125 ff., spricht allerdings lediglich von einer „Stärkung" der Steuerungselemente der einzelnen Kategorien des Legitimationskettenmodells.

38 *Berlit*, DRiZ 2003, 292, 294; *Dreier*, in: id. (Hrsg.), GG Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 143, 145.

39 *Dreier*, in: id. (Hrsg.), GG Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 143, 145; *Berlit*, DRiZ 2003, 292, 294; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, 92. EL 2020, Art. 20 Rn. 123.

40 Ibid.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fizite auf der Ebene der organisatorisch-personellen und sachlich-inhaltlichen Legitimation aufwiegen könne.[41] Aus ihr solle in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG auch eine verfassungsrechtliche Legitimation der Richter zur richterlichen Rechtsschöpfung folgen.[42]

Ferner hat das BVerfG die außergesetzliche Gesetzesfortbildung für verfassungskonform erklärt,[43] da die Gebote der Kohärenz und der Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht den Freiraum des einzelnen Richters einschränken und die Rechtsfindung damit hinreichend an den Volkswillen binden. Ebenso argumentiert *Böckenförde* für das Verfassungsgericht, dass es keines weiteren Rückgriffs auf das Volk bedürfe, um die Legitimation seiner Rechtsprechung zu stärken, da das Verfassungsgericht die Verfassung nur interpretiere und nicht selbstständig einen Verfassungswandel herbeiführe.[44] Es sei bei der Verfassungsfortbildung nämlich wie bei jeder Rechtsfortbildung an die Grundentscheidung des zugrundeliegenden Rechtstextes, hier der Verfassung, gebunden.[45] Dabei gesteht er allerdings ein, dass die Grenzen zwischen Verfassungsinterpretation und -fortbildung im Grundrechtsbereich verschwimmen, weil die als objektive Wertentscheidung bzw. als Grundsatznormen interpretierten Rechte einen Prinzipiencharakter erlangt haben, wodurch deren Auslegung und Konkretisierung den Charakter eines schöpferischen Aktes erhält, der „so und anders vorgenommen werden kann".[46]

## 2. Die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung als demokratiestaatliche Forderung

Einige Stimmen in der Literatur vertreten, dass das Zusammenwirken von Richtern und Öffentlichkeit in der Rechtsfindung einen Grund gestärkter sachlich-inhaltlicher demokratischer Legitimation darstellen könne. Die Modi des Zusammenwirkens unterscheiden sich hierbei jedoch. Einige set-

41 *Berlit*, DRiZ 2003, 292, 294; *Dreier*, in: id. (Hrsg.), GG Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 143, 145.
42 *Dreier*, in: id. (Hrsg.), GG Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 145.
43 BVerfG, Beschl. v. 15.07.1969, BVerfGE 26, 327 (337); BVerfG, Beschl. v. 14.02.1973, BVerfGE 34, 269 (286 ff.); BVerfG; Urt. v. 12.11.1997, BVerfGE 96, 375 (394).
44 *Böckenförde*, in: Guggenberger/Würtenberger (Hrsg.), Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik?, 1998, 44, 52.
45 Ibid, 52.
46 Ibid, 52, Fn. 29.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zen die Berücksichtigung wissenschaftlicher Erkenntnisse einschließlich der Demoskopie[47] oder der öffentlichen Meinung[48] bei der Interpretation der Gesetze als ein zusätzliches Element demokratischer Legitimation voraus,[49] was die interpretatorische Beliebigkeit bei durch Gesetz eingeräumten Entscheidungsspielräumen reduziert und die Rechtsprechung an die Gesellschaft anbindet.[50] Die Dritte Gewalt müsse sich vergewissern, welche Rechtsansichten in der Bevölkerung anerkannt werden[51] bzw. wie sich gesellschaftliche Verhältnisse verändert haben,[52] und die Rechtsprechung gegebenenfalls anpassen.[53] Für das Verfassungsgericht hat *Häberle* eine offene Gemeinschaft von Verfassungsinterpreten avisiert.[54] Ähnliche Konzepte werden auch vom European Network of Councils for the Judiciary (*ENCJ*) vertreten. Das *ENCJ* beschreibt die neuen Medien als Instrumente, mithilfe derer die Justiz auf neue Art und Weise mit der Öffentlichkeit interagieren könne, was die Transparenz der richterlichen Arbeit, die Interaktivität und die Zusammenarbeit zwischen Öffentlichkeit und Judikative fördere.[55] Diese Interaktion solle Bürgerinnen und Bürger nicht nur informieren und bilden, sondern auch teilhaben lassen.[56] *Von Coelln* geht davon aus, dass die öffentliche Meinung als verfassungsrechtlich anerkanntes Korrektiv die Rechtsprechung enger an die Gesellschaft rückkoppeln und ihr somit eine gestärkte demokratische Legitimation verleihen kann.[57] *Tschentscher* hat ein Kontrollkonzept entwickelt, das der Rechtsprechung zusätzli-

47 *Noelle-Neumann,* DÖV 1982, 883 ff.; *v. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 181.
48 *V. Coelln,* Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 183.
49 Ibid.
50 Ibid., *Britz*, Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal, 1999, 219 ff. Einige wollen dies aber auf Bereiche begrenzen, in denen der Rechtsprechung demokratisch unbedenkliche Entscheidungsspielräume zukommen, s. *Köbl*, in: FS für Ludwig Schnorr von Carolsfeld, 1972, 242.
51 So a. *Gostomzyk*, Öffentlichkeitsverantwortung der Gerichte, 2006, 113; „Orientierung am allgemeinen Rechtsbewusstsein", *Köbl*, in: FS für Ludwig Schnorr von Carolsfeld 1972, 242; *v. Coelln,* Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 183.
52 *V. Coelln,* Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 182.
53 *Geiger*, DRiZ 1979, 66 f.; *v. Coelln,* Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 182.
54 *Häberle*, JZ 1975, 297-305.
55 *ENCJ* Bericht 2011-2012, 8.
56 *ENCJ* Bericht, Independence and Accountability of the Judiciary, 2013-2014, 11 (*ENCJ* Bericht 2013-2014).
57 *V. Coelln,* Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 181-185.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

che demokratische Legitimation verschaffen soll.[58] Unter Anwendung der deliberativen Demokratietheorie stützt er sich unter anderem auf die potenzielle Inhaltskontrolle der Gesetzesbindung durch die Öffentlichkeit.[59] Zu den wichtigsten Kontrollmitteln, mit denen die Gesetzesbindung abgesichert wird, gehört nach *Tschentscher* neben der Begründungspflicht das Öffentlichkeitsprinzip,[60] durch das die für die Kontrolle notwendige Transparenz geschaffen werde. Die vorwiegend von den Medien ausgeübte Kontrolle stelle die Gesetzesbindung sicher. *Wittreck* spricht von einer kompensatorischen Hebung des Legitimationsniveaus der Rechtsprechung durch die informelle (medien-)öffentliche Kontrolle der Einhaltung der Gesetzesbindung.[61] Befürwortet wird auch die Überlegung, dass die Rechtsprechung die demokratische Legitimation durch die Förderung des gesellschaftlichen Grundkonsenses bzw. die gesellschaftliche Akzeptanz stärken oder jedenfalls deren Mangel kompensieren könne, wobei die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung als Mittel zur Erreichung dieses Ziels identifiziert wird.[62] *Voßkuhle* und *Sydow* verstehen die Schaffung von Vertrauen bzw. die Vermeidung von Misstrauen als „weichen" Legitimationsfaktor, der die demokratische Legitimation der Rechtsprechung ergänzt, um ein hinreichendes Niveau demokratischer Legitimation der Gerichte zu erreichen.[63] *Gostomzyk* betrachtet die Medienöffentlichkeit als Bestandteil einer eigenständigen „kommunikativen Legitimation", die die defizitäre demokratische Legitimation ergänze.[64]

Ferner wird ergebnisorientiert argumentiert und hervorgehoben, dass die öffentliche Meinungsbildung zur Rechtsprechungs- und (mittelbaren) Gesetzeskontrolle führt[65] und zur staatlichen Integration beitragen kann.[66]

---

58 *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, 113 ff.; 189 ff., insbes. S 224 ff.

59 *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, 227.

60 Ibid, 227.

61 *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, 132-133; 163 ff.

62 *V. Coelln,* Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 189 f.; zum Kompensationsgedanken, *Würtenberger*, in: Guggenberger/Würtenberger (Hrsg.), Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik?, 1998, 57, 72 f. (mit besonderem Blick auf das BVerfG).

63 *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673, 680-682.

64 *Gostomzyk*, Die Öffentlichkeitsverantwortung der Gerichte in einer Mediengesellschaft, 2006, 88 ff.

65 *V. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 183-189. Die mittelbare Gesetzeskontrolle wirke sich möglicherweise auf die Wahlentscheidung aus, ibid, 185.

66 Ibid, 189-196; *Wolf*, Gerichtsverfassungsrecht, 6. Aufl. 1987, § 15 II, 155.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Daneben wird die Vertrauensbildung durch die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung als demokratische Forderung angesehen.[67]

### 3. Bewertung

Es ist zutreffend, dass das vom BVerfG in ständiger Rechtsprechung angewandte Legitimationsmodell bei der Rechtsprechung nur ein schwaches Legitimationsniveau erreicht, weil die richterliche Unabhängigkeit Kontroll- und Weisungsrechte des Parlaments und der Exekutive ausschließt. Obgleich aufgrund der Unabhängigkeitsgarantie denklogisch ein im Vergleich zu den politischen Gewalten geringeres Erfordernis demokratischer Legitimation besteht,[68] kann die funktionell-institutionelle Legitimation allein die Schwäche der sachlich-inhaltlichen Legitimation nicht ausgleichen (a). Umso verständlicher ist die Überlegung, das in Art. 20 Abs. 1 und 2 GG verbürgte Demokratiegebot von der engen Bindung an die Legitimationsketten zu lösen und auch andere Legitimationsmodi wie die Einbeziehung der Rechtsprechung in die öffentliche Meinungsbildung und den demokratischen Diskurs (b) und die Förderung des Grundkonsenses (c) als Anknüpfungspunkte demokratischer Legitimation zu bemühen und zu untersuchen, ob die Medienöffentlichkeit dazu einen eigenständigen Beitrag leisten kann. In diesem Zusammenhang soll zugleich der Frage nachgegangen werden, ob die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung als normative Folgerung aus dem Demokratieprinzip abzuleiten ist. Zuletzt soll in gebotener Kürze diskutiert werden, inwiefern die Medienöffentlichkeit dazu geeignet ist, die symbolische Repräsentativität der Dritten Gewalt zu fördern, wobei bereits an dieser Stelle anzumerken ist, dass die Repräsentativität kein Element demokratischer Legitimation nach Art. 20 Abs. 2 GG darstellt (d).

---

67 *V. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 192 ff.; *Mishra*, Urteilsschelte, 1997, 104-105; *Kissel/Mayer*, GVG Kommentar, 10. Aufl. 2021, § 169 Rn. 3.

68 Vgl. *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, 92. EL 2020, Art. 20 Rn. 124, 245, in Artikel Art. 97 GG zeige sich die verfassungsunmittelbaren Ausgestaltung des für die Rechtsprechung erforderlichen Legitimationsniveaus bzw. die Rechtfertigung der Minderung des für die Verwaltung geforderten Legitimationsniveaus; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, 263 f.; *Dreier*, in: id. (Hrsg.), GG Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 145; *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 169.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a) Demokratische Legitimation durch die verfassungsunmittelbare Funktionslegitimation

Die funktionell-institutionelle Legitimation der Gerichte kann die schwache sachlich-inhaltliche Legitimation nicht kompensieren.[69] *Grzeszick* weist zu Recht darauf hin, dass dieser Legitimationsstrang strukturell auf einer anderen Ebene angesiedelt ist als die anderen, da er nicht die Rückführung der konkreten Ausübung der Staatsgewalt auf den Willen des Volkes sicherstellen soll.[70] Er regelt Fragen der Gewaltenteilung und der abstrakten Funktionsgliederung. Außerdem erschöpft er sich in dem einen Legitimationsakt des Verfassungsgebers, der die Institution und ihre Funktion in der Verfassung vorgesehen hat. Der Kompensationsgedanke führt somit quasi zu einer Bereichsausnahme bzw. zum Differenzierungsverlust der demokratischen Legitimation.[71]

Für die ablehnende Haltung spricht auch die Rechtsprechung des BVerfG im Maastricht-Urteil.[72] Das Gericht war in diesem Verfahren berufen, die währungspolitische Unabhängigkeit der Europäischen Zentralbank auf ihre Vereinbarkeit mit dem innerstaatlichen Demokratieprinzip zu bewerten. Es stellte fest, dass die Einflussmöglichkeit des Bundestages zwar nahezu vollständig ausgeschlossen sei, die eingeräumten Befugnisse allerdings durch strenge Kriterien vorgezeichnet seien, womit dem Demokratieprinzip entsprochen werde.[73] Das BVerfG nahm mithin keine Ausnahme vom Erfordernis der organisatorisch-personellen und sachlich-inhaltlichen Legitimation der unabhängigen Zentralbank an, obwohl sich deren Funktionsausübung innerhalb der auf den innerstaatlichen Rechtsanwendungsbefehl rückführbaren Funktionszuweisung bewegte. Stattdessen nahm das BVerfG eine Abwägung zwischen dem Demokratieprinzip und dem Grundsatz der währungspolitischen Unabhängigkeit der Europäischen Zentralbank vor und kam zu dem Ergebnis, dass die bestehende Lösung eine angemessene Kompromisslösung sei, die eine praktische Kon-

69 So auch *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, 92. EL 2020, Art. 20 Rn. 124, 244; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, 186; *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II 2004, § 24 Rn. 15; *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 169.

70 *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, 92. EL 2020, Art. 20 Rn. 124.

71 *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, 110.

72 BVerfG, Urt. v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155.

73 Ibid. (207 f.).



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kordanz zwischen den gegenläufigen Prinzipien herstelle und ein hinreichendes Legitimationsniveau gewährleiste.[74]

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass der funktionell-institutionelle Legitimationsstrang keine Bereichsausnahme für eine weitergehende demokratische Legitimation rechtfertigt. Gleichwohl senken die verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Unabhängigkeit des Richters das erforderliche Legitimationsniveau von organisatorisch-personeller und sachlich-inhaltlicher Legitimation der Rechtsprechung.[75]

### b) Demokratische Legitimation durch die bzw. die demokratische Forderung nach der Aufnahme der Rechtsprechung in die öffentliche Meinungsbildung

Sowohl in den Rechts- als auch in den Sozialwissenschaften ist festgestellt worden, dass sich die Gesellschaft von einer Industrie- über eine Informations- zunehmend zu einer Kommunikations- und Mediengesellschaft entwickelt hat, in der die Medien eine entscheidende Funktion bei der politischen Willensbildung innehaben (aa). Im Anschluss an die Würdigung der sozialwissenschaftlichen Literatur (bb) und der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung (cc) zur Funktion der öffentlichen Meinung und der Medien im demokratischen Verfassungsstaat wird erörtert, ob die Dritte Gewalt aus der Berücksichtigung gesellschaftlicher Standpunkte und Gegebenheiten in der Rechtsprechung demokratische Legitimation schöpfen kann (dd) und ob schließlich die Medienöffentlichkeit die bestehende Basis sachlich-inhaltlicher demokratischer Legitimation im Wege öffentlicher Beobachtung und Kritik stärken kann (ee). Aus den gewonnenen Erkenntnissen werden abschließend einige Schlussfolgerungen für die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung gezogen (ff).

#### aa) Gesellschaftliche Rahmenbedingungen

Die Begriffe Informations-, Kommunikations- und Mediengesellschaft sind im kommunikations-wissenschaftlichen und juristischen Diskurs analyti-

74 Ibid. (182 f.).

75 Vgl. *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, 92. EL 2020, Art. 20 Rn. 124, 244; *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 169.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sche Leitbegriffe der Gesellschaftsbeschreibung geworden.[76] Normativ schlagen sich die in diesen Beschreibungen bezeichneten gesellschaftlichen Veränderungen in der Bedeutung und Stärkung der Informations- und Kommunikationsrechte,[77] verfassungstheoretisch in der Einordnung der Medien als Mandatare der Zivilgesellschaft[78] nieder. Auch auf rechtspolitischer Ebene wird der Umgang mit dieser Gesellschaftsentwicklung und ihren Auswirkungen diskutiert.[79] Dies ist für die vorliegende Analyse von Bedeutung, da damit die Feststellung verbunden ist, dass die Gesellschaft von Informations- und Kommunikationsstreben durchdrungen ist, das zum größten Teil über die Medien befriedigt wird. Die Medien bestimmen die Wahrnehmung der Wirklichkeit und ermöglichen und steuern die gesamtgesellschaftliche (politische) Kommunikation.[80] Die Medienkommunikation ist allgegenwärtig und wirkt in alle Sphären des Seins prägend hinein.[81] Sie prägt Institutionen und Individuen gleichermaßen.[82] Die Bedeutung der Medien hat vor allem deshalb zugenommen, weil diese die Komplexität der Gesellschaft für den Bürger reduzieren.[83] Ohne Medien gäbe es keine stabile Kommunikation zwischen den politischen Akteuren oder zwischen politischen Akteuren und Bürgern.[84] So heißt es im Sondervotum zum *ntv*-Urteil: „Die Träger herausgehobener gesellschaftlicher Ver-

---

76 Für die juristische Literatur s. *Gostomzyk*, Öffentlichkeitsverantwortung der Gerichte, 2006, 126 ff. *König*, in: Magiera/Sommermann (Hrsg.), Gewaltenteilung im Verfassungsstaat, 2013, 53, 56-57; *Kottkamp*, Öffentlichkeitsarbeit von Staatsanwaltschaften in der Mediengesellschaft, 2015. Für die kommunikationswissenschaftliche Literatur s. *Jarren/Donges*, Politische Kommunikation in der Mediengesellschaft, 2011, 21 ff.; *Adam*, Vorwort zu *Eaman,* The Media Society: Basic Issues and Controversies, 1987; *Saxer*, in: Sarcinelli (Hrsg.), Politikvermittlung Demokratie in der Mediengesellschaft, 2008, 52 ff.; *Münch*, Dynamik der Kommunikationsgesellschaft, 1995.

77 BVerfG, Urt. v. 15.01.1958, BVerfGE 7, 198 (208); BVerfG, Urt. v. 28.02.1961, BVerfGE 12, 205 (259 ff.); 35, 202, 221 f.

78 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, 457.

79 Stiftung Gesellschaft für Rechtspolitik (Hrsg.), Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2013 - Öffentlichkeit und Privatheit - Grenzverschiebungen in der modernen Kommunikationsgesellschaft, 2014.

80 Medien sind „konstitutiver Bestandteil der heutigen kommunikativen Konstruktion von Wirklichkeit", *Hepp/Höhn*, in: Mau/Schöneck (Hrsg.) Handwörterbuch zur Gesellschaft Deutschlands, 2013, 565, 566.

81 *Saxer*, in: Sarcinelli (Hrsg.), Politikvermittlung Demokratie in der Mediengesellschaft, 2008, 52, 53.

82 Ibid.

83 Ibid. So auch BVerfG, Urt. v. 24.01.2001, BVerfGE 103, 44, Rn. 95.

84 *Jarren/Donges*, Politische Kommunikation in der Mediengesellschaft, 2011, 23. Vgl. *Münch*, Dialektik der Kommunikationsgesellschaft, 1991, 17.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

antwortung wie Politiker sind ebenfalls vielfach auf die Wahrnehmung einer medienvermittelten Realität angewiesen. Erfahrungen, Lebenseinstellungen, Werthaltungen und Verhaltensmuster werden in erheblichem Umfang durch die Medien vermittelt."[85] Mit dem sinkenden öffentlichen Zuspruch zu politischen Parteien[86] werden Medien als Verbindungsglied zwischen Staat und Gesellschaft umso bedeutender. Im *ntv*-Urteil erkannten die Richter ferner an, dass die Medien die Gewohnheiten der Allgemeinheit nachhaltig verändert haben und zur alltäglichen Informationsquelle und zum allgemein genutzten Kommunikationsmittel geworden sind.[87] Das Fernsehen wird von Kommunikationswissenschaftlern nach wie vor als Leitmedium eingeordnet, wobei die neuen Medien vor allem bei den jüngeren Bevölkerungsgruppen diese Funktion zunehmend übernehmen.[88] Allerdings ist bereits heutzutage zu erkennen, dass sich die Medienformate zunehmend vernetzen. Die traditionellen Massenmedien richten eigene Social-Media-Plattformen ein und binden die Social-Media-Kommunikation in ihre Informationsvermittlung und Diskussionen ein.[89] Für eine zuverlässige und sichere Informationsbeschaffung sind die Massenmedien zudem weiterhin unabkömmlich, da nur sie derzeit einen professionellen Journalismus institutionalisiert haben, der sich dadurch auszeichnet, dass er aufgrund der professionellen Selektionsprozesse die für die Informationsbeschaffung notwendige Qualität sicherstellt und aufgrund der Reichweite und Themenvielfalt der Beiträge eine zuverlässige Grundlage für die Kommunikation über gesamtgesellschaftliche Themen bereitstellt.[90]

---

85 BVerfG, Urt. v. 24.01.2001, BVerfGE 103, 44 (74) mit Verweis auf BVerfGE 101, 361 (390).

86 *Alemann/Erbentraut/Walther*, Das Parteiensystem der Bundesrepublik Deutschland, 2018, 245-258. *Meyer* konstatiert eine „Marginalisierung der politischen Parteien", Mediokratie, 2011, 152 ff., die er auf die „Logik der Massenmedien" zurückführt, die die Parteien „auf der ganzen Linie an den Rand des Geschehens [drängt] …", ibid., 153.

87 BVerfG, Urt. v. 24.01.2001, BVerfGE 103, 44 (67).

88 *Vowe/Henn*, Leitmedium Fernsehen?, 9. 12.2016, bpb, https://www.bpb.de/gesellschaft/medien-und-sport/medienpolitik/172063/leitmedium-fernsehen?p=0.

89 S. hierzu Leopoldina, Nationale Akademie der Wissenschaft, Social Media und digitale Wissenschaftskommunikation, 2017, 34.

90 Ibid. Wohlgemerkt entwickeln sich aber auch in den sozialen Medien bereits Formate, die auf die journalistische Qualität der Beiträge Wert legen, s. ebenfalls ibid., 35.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bb) Sozialwissenschaftliche Würdigung der öffentlichen Meinung

Die Existenz einer öffentlichen Meinung wird in der sozialwissenschaftlichen Literatur in weiten Teilen angenommen; bedeutende Vertreter sehen die öffentliche Meinung in den Massenmedien reflektiert (1), beurteilen die demokratische Bedeutung einer in den Massenmedien stattfindenden gesellschaftspolitischen Willensbildung jedoch kritisch (2), wobei Potentiale der politisch räsonierenden Presse sowie zum Teil der neuen Medien und der medial begleiteten strategischen Prozessführung anerkannt werden (3).

(1) Massenmedien als Spiegel der öffentlichen Meinung

Einige Stimmen sehen die öffentliche Meinung nicht in den Massenmedien, sondern in der Meinung der Parteien, andere in der Parlamentsmeinung, wieder andere in der Demoskopie widergespiegelt.[91] Diese Annahmen zugrunde gelegt, könnte die Medienöffentlichkeit nicht als Spiegel der öffentlichen Meinung herangezogen werden. Bedeutende Verfasser von Abhandlungen zur öffentlichen Meinung sehen diese allerdings sehr wohl in der Medienöffentlichkeit reflektiert. Nach *Habermas* entsteht die öffentliche Meinung im medienöffentlichen Kommunikationsraum.[92] Auch für *Luhmann* ist die öffentliche Meinung der Spiegel der Politik, die Öffentlichkeit der Spiegel der Gesellschaft – beide werden über Massenmedien hergestellt.[93] Ebenso geht *Noelle-Neumann* davon aus, dass die Massenmedien die öffentliche Meinung darstellen, die sich über die Meinungsmacht der Medien insofern durchgesetzt hat, als die Vertreter einer gegen-

91 S. *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, 309 ff.

92 „In der Öffentlichkeit werden die Äußerungen und Themen nach zustimmenden bzw. ablehnenden Stellungnahmen sortiert, die Informationen und Gründe werden zu fokussierten Meinungen verarbeitet. Was derart gebündelte Meinungen zur öffentlichen Meinung macht, ist die Art ihres Zustandekommens und die breite Zustimmung, von der sie getragen werden." *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, 438. Vom Aggregat an Einzelmeinungen unterscheide sich die öffentliche Meinung dadurch, dass sie *in der Auseinandersetzung* verschiedener Meinungen entsteht. Bildet sich hierbei eine gewisse „Mehrheitsmeinung" heraus, die von einer breiten gesellschaftlichen Zustimmung getragen ist, kann sie als *die* öffentliche Meinung bezeichnet werden.

93 S. *Luhmann*, in: Wilke (Hrsg.): Öffentliche Meinung, 1992, 77-86.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

teiligen Meinung diese in der Öffentlichkeit nicht mehr äußern, was als Schweigespirale bezeichnet wird.[94]

(2) Demokratische Potenziale der gesellschaftspolitischen Willensbildung in den Massenmedien

Unterschiedlich fiel jedoch die Beurteilung des Demokratisierungspotentials der medienöffentlichen Meinungsbildung aus. Sowohl *Luhmann* als auch *Noelle-Neumann* versteht die öffentliche Meinung als Produkt der Massenmedien und nicht des Volkes.[95] *Habermas* hält dem entgegen, dass die öffentliche Meinung immer in „reiner Form" entstehe und erst dann manipuliert werden könne, weil die Öffentlichkeit als solche nicht beliebig „hergestellt" werden könne.[96] Aber auch er erkennt in den Massenmedien ein großes Risiko für das Demokratisierungspotential der öffentlichen Meinungsbildung. Das führt er auf den begrenzten Zugang zu den Medien und die durch die Medienberichterstattung ausgelöste Passivität der Bürger bzw. die Entpolitisierung der Öffentlichkeit zurück.

Wie er in der ersten Version von „Strukturwandel der Öffentlichkeit"[97] herausstellt, hat sich die Öffentlichkeit zu einer „vermachteten Arena" entwickelt, die von Interessengruppen, staatlichen Akteuren und Massenmedien beherrscht sei.[98] Die Vermachtung sei durch die Kommerzialisierung der Massenmedien eingetreten. Stimmen, die für die kommerziell ausgerichteten Medien nicht von Interesse seien, vor allem da sie weder eng mit dem politischen System noch großen kollektiven Organisationen verbunden seien, werden daher selten gehört.[99] Dies mache die Medien für andere Inhalte undurchlässiger und erschwere es der Allgemeinheit, selbst

94 *Noelle-Neumann*, Die Schweigespirale, 1980, 14 ff.; id., in: Greiffenhagen et al. (Hrsg.), Handwörterbuch zur politischen Kultur der Bundesrepublik Deutschland 2002, 547, 549; id., in: Jarren /Sarcinelli/Saxer (Hrsg.), Politische Kommunikation in der demokratischen Gesellschaft, 1998, 81-93.

95 Ibid und s. Fn. 93.

96 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, 441.

97 Hier beschrieb den Wandel des Idealbildes einer bürgerlichen „Salonöffentlichkeit" hin zu einer repolitisierten Sozialsphäre, in der sich Staat und Gesellschaft verwoben hätten, wodurch die Öffentlichkeit nicht mehr Raum für die Dikussion von Themen des Gemeinwohls, sondern stattdessen zum Raum der Verteidigung von Partikularinteressen geworden sei. Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1990, 226, 280 f.

98 *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit 1990, 27-28.

99 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, 377.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

einen Beitrag zum medienöffentlichen Diskurs leisten zu können.[100] Stattdessen streben Interessengruppen und staatliche Akteure in den Medien nach einer „repräsentativen" Publizität; die Medien steuern die Kommunikationsflüsse.[101] Dabei sei die Entstehung der öffentlichen Meinung durch die Publizität von Amtsträgern, Parteien und Organisationen von oben gesteuert und manipuliert.[102] „Während die Presse früher das Räsonnement der zum Publikum versammelten Privatleute bloß vermitteln und verstärken konnte, wird dieses nun umgekehrt durch die Massenmedien erst geprägt."[103] Das Ergebnis sei ein „politische[r] Funktionswandel der Öffentlichkeit",[104] „[k]ritische Publizität wird durch eine demonstrativ-manipulative verdrängt",[105] die auf die Identifizierung der Bürger mit der Staatsgewalt und damit auf gesellschaftliche Integration abziele.[106] Dies sei eine „plebiszitäre Entstellung der parlamentarischen Öffentlichkeit", die laut *Habermas* „eine[r] konsumkulturelle[n] Entstellung der juridischen Öffentlichkeit" entspricht.[107] „Denn die Strafprozesse, die interessant genug sind, um von den Massenmedien dokumentiert und kolportiert zu werden, verkehren das kritische Prinzip der Publizität auf analoge Weise; statt einer Kontrolle der Rechtsprechung durch die versammelten Staatsbürger dient es immer mehr der Präparation der gerichtlich verhandelten Vorgänge für die Massenkultur der versammelten Verbraucher."[108]

Die konsumkulturelle Haltung der Bürger werde durch die Art und Weise der Berichterstattung geschürt. Bürger haben an politischen Debatten nur passiv Teil, da sie mit an Werbung angelehnter Form der Berichterstattung („Personalisierung von Sachfragen, der Vermischung von Un-

100 *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit 1990, 27-28. Die Problematik des eingeschränkten Zugangs wiederholte Habermas ach in späteren Werken: ibid, Faktizität und Geltung, 375-378; id., in: Calhoun (Hrsg.), Habermas and the Public Sphere, 1992, 421, 436-439.

101 *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1990, 299 f.

102 Publizität unterbinde den Austausch zwischen Staat und Gesellschaft, es gäbe nur noch die „Manipulation des Publikums im gleichen Maße wie der Legitimation vor ihm. Strukturwandel der Öffentlichkeit, ibid, 270.

103 Ibid, 284.

104 *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1990, 293.

105 Ibid, 270.

106 „Wie sich die eigentliche Beratung vom Plenum in die Ausschüsse und Fraktionen verlagert hat, so ist im Parlament die Deliberation vollständig hinter der Dokumentation zurückgetreten. Vor der erweiterten Öffentlichkeit werden die Verhandlungen selbst zur Show stilisiert, sie sollen Identifikation stiften, nicht Kritik auslösen. *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit 1990, 306-307.

107 Ibid, 306-307.

108 Ibid, 307.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

terhaltung und Information, einer episodischen Aufbereitung und der Fragmentierung von Zusammenhängen")[109] sowie Symbolberichterstattung adressiert und damit durch die „publizistischen Mittel derart mediatisiert [werden], daß [die sie] einerseits für die Legitimation politischer Kompromisse beanspruch[en], ohne andererseits an effektiven Entscheidungen beteiligt oder der Beteiligung auch nur fähig zu sein."[110] Die Bürger würden allein „zu Zwecken der öffentlichen Akklamation beansprucht, … gleichzeitig [stehen sie] den Prozessen des Machtvollzugs und des Machtausgleichs so fern, daß deren Rationalisierung durch das Prinzip der Öffentlichkeit kaum noch gefordert, geschweige denn gewährleistet werden [kann]".[111] Die Bürger würden zu Verbrauchern, ihr kritisches Potential würde reduziert und die Kommunikation entpolitisiert.[112]

Dies lässt *Habermas* grundsätzlich hinterfragen, ob Öffentlichkeit als Organisationsprinzip der staatlichen Ordnung noch zweckdienlich ist, denn als Folge des Strukturwandels seien die Elemente, die eine öffentliche Meinung voraussetze, nicht mehr gegeben: zum einen eine informierte Öffentlichkeit, das heißt die Befähigung der Bürger zur Herstellung einer öffentlichen Meinung, zum anderen eine diskursive Auseinandersetzung,[113] das heißt die tatsächliche Beteiligung der Bürger an der Herstellung einer öffentlichen Meinung.[114] Damit entfalle die Legitimationsfunktion, die einer idealen Öffentlichkeit in der Demokratie zu ihrer Verwirklichung zukommt.[115]

---

109 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, 455-456. „Öffentlichkeit wird zur Sphäre der Veröffentlichung privater Lebensgeschichten, sei es, daß die zufälligen Schicksale des sogenannten kleinen Mannes oder die planmäßig aufgebauter Stars Publizität erlangen, sei es, daß die öffentlich relevanten Entwicklungen und Entscheidungen ins private Kostüm gekleidet und durch Personalisierung bis zur Unkenntlichkeit entstellt werden Ibid, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 262.

110 *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1990, 262.

111 Ibid, 273-274.

112 *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1990, 262, 258.

113 Ibid, 272, 273.

114 *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1990, 325.

115 Die öffentliche Meinung reduziere sich auf den Zweck der Akklamation bereits erlangter politischer Kompromisse, ibid., 325-326; kritische Publizität werde durch manipulative verdrängt, ibid., 270-274; Vgl. a. *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, 432.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(3) Demokratische Potentiale der räsonierenden politischen Presse, der neuen Medien und der medialen Begleitung strategischer Prozessführung

In der Neuauflage von „Strukturwandel der Öffentlichkeit" im Jahre 1990 räumt *Habermas* allerdings ein, das kritische Potential der Bürgerschaft in seiner Erstauflage unterschätzt zu haben.[116] Zudem differenziert er stärker zwischen der „Massenpresse", für welche er die Bild-Zeitung exemplarisch anführt,[117] und der politisch räsonierenden Presse, die aus der bürgerlichen literarischen Öffentlichkeit stammt.[118] Auch in „Faktizität und Geltung" (1992) buchstabiert er dieses Verständnis näher aus. Die Massenmedien seien kein monolithischer Block, stattdessen können sie Menschen in einen Dialog bringen, die sich aufgrund ihrer geographischen Trennung nie zusammengefunden hätten.[119] Dafür müssen „die Massenmedien … sich als Mandatar eines aufgeklärten Publikums verstehen, dessen Lernbereitschaft und Kritikfähigkeit sie zugleich voraussetzen, beanspruchen und bestärken".[120] Auch unter Zugrundelegung einer derartigen Regulierung der Massenmedien sei der Einfluss der Zivilgesellschaft auf die öffentliche Meinungsbildung jedoch zurückhaltend einzuschätzen.[121] Der „manipulative Teil" dominiere den öffentlichen Kommunikationsraum nämlich, da er eine motivierendere Wirkung auf die Adressaten habe als die politisch räsonierende Presse.[122] Für eine tatsächliche Vermittlung zwischen Staat und Gesellschaft fehle es der Öffentlichkeit außerdem an einer „Desorgani-

116 *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1990, 30.
117 Ibid, 258.
118 Ibid, 258-259. In *Habermas*, in: Calhoun (Hrsg.), Habermas and the Public Sphere, 1992, 421, 438-439, erkennt er an, dass seine Sichtweise auf die Massenmedien zu simplistisch gewesen sei.
119 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, 374.
120 „Sie sollen, ähnlich wie die Justiz, ihre Unabhängigkeit von politischen und gesellschaftlichen Aktoren bewahren; sie sollen sich unparteilich der Anliegen und Anregungen des Publikums annehmen und den politischen Prozeß im Lichte dieser Themen und Beiträge einem Legitimationszwang und verstärkter Kritik aussetzen. So soll die Medienmacht neutralisiert – und die Umsetzung von administrativer oder sozialer Macht in politisch-publizistischen Einfluß blokkiert werden. Nach dieser Idee dürften die politischen und gesellschaftlichen Aktoren die Öffentlichkeit nur insoweit »benutzen«, wie sie überzeugende Beiträge zur Behandlung der Probleme leisten, die vom Publikum wahrgenommen oder mit dessen Zustimmung auf die öffentliche Agenda gesetzt worden sind." Ibid, Faktizität und Geltung, 1992, 457-458.
121 *Habermas*, Faktizität unf Geltung, 1992, 458.
122 *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1990, 259.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sation", die vermachtete Strukturen durchbricht;[123] es bedürfe sozialer Bewegungen und Proteste, um die von administrativen und massenmedialen Strukturen kolonisierte Öffentlichkeit wieder in Bewegung zu setzen und die sich an der Peripherie befindenden Stimmen wieder stärker in eine öffentliche Meinungsbildung zu integrieren, der an einer tatsächlichen Problemlösung gelegen ist.[124]

Eine horizontale Diversifizierung der Teilnehmer an der öffentlichen Meinungsbildung könne durch die elektronischen Medien erreicht werden. So haben einige Stimmen das Potenzial gesehen, über die neuen Medien eine breitere gesellschaftliche Teilhabe an der Entstehung der öffentlichen Meinung zu erreichen.[125] Mitunter wird die Ansicht vertreten, dass die Staatsgewalt über die neuen Medien eine direkte Verbindung zur Gesellschaft habe.[126] Wie andere Studien bestätigen, bieten die sozialen Medien jedoch keinen gegenüber den Massenmedien hervorgehobenen Raum für demokratische Deliberation.[127] Die Zersplitterung der Kommunikation in Teilöffentlichkeiten reduziert die Konfrontation mit anderen Ansichten in den sozialen Medien sogar und perpetuiert damit eher bestehende Ansichten. Soziale Medien dürften damit vielmehr eine meinungsfestigende Wirkung haben. Für die Herausbildung einer öffentlichen Meinung fehlt es oft an einer wahrhaften Auseinandersetzung. Zudem ist fraglich, ob sich über die fragmentierten Meinungsgruppen überhaupt eine kommunikative Macht herstellen lässt, die den politischen Entscheidungsprozess beeinflusst. *Gerhards* analysiert, dass in einer fragmentierten Öffentlichkeit die verschiedenen öffentlichen Meinungen sich häufig wechselseitig neutralisieren.[128]

Obwohl vor diesem Hintergrund für die sozialen Medien kein besonderes Demokratisierungspotential für die öffentliche Meinung angenommen werden kann, lässt sich dennoch beobachten, wie die traditionellen Medien auf die in den sozialen Medien geführten Auseinandersetzungen zugrei-

123 Vgl. ibid, 270.
124 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, 379-384.
125 *Bakker*, NYU Annual Survey of American Law, 63 (2008), 215-265, die Blogsphäre sei eine „effective outlet for the vox populi", 265.
126 *Kleiner*, in: Boehme Neßler (Hrsg.), Die Öffentlichkeit als Richter?, 2010, 98, 103 f.
127 *Gerhards/Schäfer*, New Media and Society 1/12, 2010, 143-160; ebenso *Sunstein*, republic.com, 2001, 199; das ökonomische Paradigma findet sich demnach auch bei den neuen Medien.
128 *Gerhards*, in: Jarren /Sarcinelli/Saxer (Hrsg.), Politische Kommunikation in der demokratischen Gesellschaft, 268, 272-274.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fen, um unter Verarbeitung der dort genannten Argumente eine öffentliche Meinung herauszuarbeiten. In diesem Sinne durchbrechen die sozialen Medien dann jedenfalls die von *Habermas* angemahnte einseitige Themensetzung der Massenmedien im öffentlichen Kommunikationsraum.

Als weitere Möglichkeit ist die Öffentlichkeit zu nennen, die bei der strategischen Prozessführung vor dem BVerfG hergestellt wird. Diese wird in der Politikwissenschaft dem Protest als Form der alternativen Strategie der Interessenvermittlung und Konfliktregelung gleichgesetzt.[129] Die Interessengruppenforschung qualifiziert die strategische Verfahrensführung als Mittel, mit dem Gruppen, die keine direkte Verbindung zum politischen System haben, Zugang zu repräsentativen Institutionen erhalten, wo sie ihre politischen Zielsetzungen zur Geltung bringen können.[130] Vor allem aber versuchen diese Gruppen eine breite politische Diskussion in Bewegung zu setzen, um eine Veränderung des Status quo zu erreichen, wie beispielsweise die Erschließung neuer Rechtspositionen oder die Bekundung sich wandelnder Wertüberzeugungen.[131] Sie werden deshalb auch als Ausdrucksform des *outside lobbying*[132] begriffen.[133]

### cc) Verfassungsgerichtliche Würdigung der öffentlichen Meinung und die Funktion der Medien im demokratischen Verfassungsstaat

Das BVerfG hat den Begriff der öffentlichen Meinung im Jahre 1958 im *Lüth*-Urteil geprägt und damit das Ergebnis eines Widerstreits in gleicher

129 *Thierse*, Politische Vierteljahresschrift, 61, 2020, 553–597.

130 Ibid; *Cortner*, Journal of Public Law 17(2) 1968, 287–307.

131 *Thierse*, Politische Vierteljahresschrift, 61, 2020, 553–597: „In der gezielten Investition in Öffentlichkeitsarbeit und Organisation von Beteiligung liegt das entscheidende Alleinstellungsmerkmal sog. Massenverfassungsbeschwerden." Die Gerichtsverfahren seien deshalb eine ergänzende Strategie zum Lobbying oder öffentlichem Protest, weil sie allein selten zur Veränderung politischer Entscheidungen und Inhalte führten, s. hierzu *Fuchs*, in: Boulanger/Rosenstock/Singelnstein (Hrsg.), Interdisziplinäre Rechtsforschung, Bd. 39, 2019, 243, 245-246.

132 *Kollman*, Outside lobbying: public opinion and interest group strategies, 1998, 3, definiert „outside lobbying" als „attempts by interest group leaders to mobilize citizens outside the policymaking community to contact or pressure public officials inside the policymaking community".

133 Ibid, 25; *Thierse*, Politische Vierteljahresschrift, 61, 2020, 553–597.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Freiheit vorgetragener Auffassungen bezeichnet.[134] Die öffentliche Meinung sei ein durch Art. 5 Abs. 1 GG garantiertes Element einer modernen Demokratie.[135] Diese Ansicht stimme laut BVerfG mit der Prämisse von Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG überein, dass es eine politische Willensbildung in der Gesellschaft gibt, die die Bildung des Staatswillens in den Staatsorganen ergänzt.[136] Klar definiert hat das Gericht den Begriff der öffentlichen Meinung nicht. Es umschreibt in seinen Urteilen aber die Entstehung sowie die Entstehungsbedingungen (1) und die Wirkung der öffentlichen Meinung (2). Die Verschränkung von staatlicher und gesellschaftspolitischer Sphäre lässt die Überlegung zu, ob diese als Teil der demokratischen Legitimation der Ausübung staatlicher Gewalt verstanden werden kann (3.).

(1) Entstehung der öffentlichen Meinung in den Medien

Die öffentliche Meinung entsteht laut BVerfG aus den „vielfältigen, sich möglicherweise widersprechenden, ergänzenden, gegenseitig beeinflussenden Wertungen, Auffassungen und Äußerungen des Einzelnen, der Gruppen, der politischen Parteien, Verbände und sonstigen gesellschaftlichen Gebilden, die ihrerseits von einer Vielzahl von (politisch relevanten) Tatsachen, zu denen auch Entscheidungen des Staates und Äußerungen und Maßnahmen staatlicher Organe gehören, beeinflußt sind".[137] Sie artikuliere sich in den Massenmedien,[138] denn Presse und Rundfunk sind zugleich Medium und Faktor der öffentlichen Meinungsbildung,[139] wobei dem Fernsehen eine besondere Bedeutung zukommt, da es die Menschen aufgrund seiner Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft am effektivsten erreiche.[140] In der Literatur wird inzwischen auch die Netzöffentlich-

134 BVerfG, Urt. v. 15.01.1958, BVerfGE 7, 198 (219). In Anlehnung hieran wird in der deutschen Rechtswissenschaft eher programmatisch vorausgesetzt, dass es so etwas wie die öffentliche Meinung gibt, die sich in dem medialen Diskurs herauskristallisiert, *Kloepfer*, in: HStR III 2005, § 42 Rn. 11 ff.

135 BVerfG, Urt. v. 30.07.1958, BVerfGE 8, 104 (112).

136 Ibid. (112-113).

137 Ibid. (113).

138 BVerfG, Urt. v. 05.08.1966, BVerfGE 20, 162 (174).

139 BVerfG, Urt. v. 28.02.1961, BVerfGE 12, 205 (260); BVerfG, Urt. v. 17.02.1998, BVerfGE 97, 228 (267).

140 BVerfG, Urt. v. 16.06.1981, BVerfGE 57, 295 (319 f.); BVerfG, Urt. v. 22.02.1994, BVerfGE 90, 60 (87); BVerfG, Beschl. v. 26.02.1997, BVerfGE 95, 220 (236);



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

keit als Forum der öffentlichen Meinungsbildung anerkannt und den neuen sozialen Medien in diesem Zusammenhang eine erhebliche Bedeutung beigemessen.[141]

Die Medien nehmen in diesem Prozess der öffentlichen Meinungsbildung laut verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung die „öffentliche Aufgabe"[142] wahr, die wesentlichen Informationen zu staatlichen Entscheidungen zu vermitteln und den Meinungsbildungsprozess zu gestalten, indem sie auch selber in öffentlichen Diskussionen Stellung nehmen und Orientierung geben.[143] Nur mit relevanten Informationen und der Einbeziehung in den öffentlichen Meinungsbildungsprozess könne sich auch die Bürgerin eine fundierte Meinung bilden,[144] die sie dazu befähigt, eine informierte und damit tatsächlich freie Wahlentscheidung zu treffen.[145] In der repräsentativen Demokratie sind die Medien demnach ständiges Verbindungs- und Kontrollorgan zwischen Volk und Repräsentanten in Parlament und Regierung.[146] Im Ergebnis betrachtet das BVerfG die Kommunikationsgrundrechte dadurch als regelrecht konstituierend für die freiheitlich-demokratische Ordnung des Grundgesetzes,[147] weshalb es ihnen ne-

---

BVerfG, Urt. v. 17.02.1998, BVerfGE 97, 228 (256 f.); BVerfG, Urt. v. 25.03.2014, BVerfGE 136, 9, Rn. 124, 126.

141 *Dreier*, in: id. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2. Bd., 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 77 mwN.

142 BVerfG, Urt. v. 05.08.1966, BVerfGE 20, 162 (175).

143 BVerfG, Urt. v. 05.08.1966, BVerfGE 20, 162 (174-175). "In ihr artikuliert sich die öffentliche Meinung; die Argumente klären sich in Rede und Gegenrede, gewinnen deutliche Konturen und erleichtern so dem Bürger Urteil und Entscheidung", (ibid. (175)).

144 BVerfG, Urt. v. 05.08.1966, BVerfGE 20, 162 (174-175); Bürger beteiligten sich an dem Prozess der politischen Willensbildung über die Massenmedien, s. BVerfG, 14.05.1985, BVerfGE 69, 315 (346).

145 BVerfG, Urt. v. 02.03.1977, BVerfGE 44, 125 (139). Zum Zusammenhang zwischen öffentlicher und individueller Meinungsbildung, s. a. BVerfG, Urt. v. 15.01.1958, BVerfGE 7, 198 (219). „Erst im Widerstreit der in gleicher Freiheit vorgetragenen Auffassungen kommt die öffentliche Meinung zustande, bilden sich die einzelnen angesprochenen Mitglieder der Gesellschaft ihre persönliche Ansicht." Ebenso BVerwG, Urt. v. 21.3.2019, NVwZ 2019, 1283, 1287.

146 BVerfG, Urt. v. 05.08.1966, BVerfGE 20, 162 (175). Die öffentliche Meinung stellt dabei zusammen mit der parlamentarischen Verantwortung der Regierung und dem Wahlakt den Verantwortungszusammenhang zwischen Staatsorganen und Volk her, *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II 2004, § 24 Rn. 15.

147 BVerfG, Urt. v. 15.01.1958, BVerfGE 7, 198 (208); BVerfG, Urt. v. 28.02.1961, BVerfGE 12, 205 (259 ff); BVerfG, Urt. v. 05.08.1966, BVerfGE 20, 162 (174); BVerfG, Urt. v. 05.06.1973, BVerfGE 35, 202 (221 f.).



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ben ihrer subjektiv-abwehrrechtlichen eine objektiv-funktionale Dimension beigemessen hat.[148]

Um die Bildung einer öffentlichen Meinung zu gewährleisten, ist der Gesetzgeber laut BVerfG in die Pflicht genommen, die Meinungsvielfalt zu schützen, wenn diese beispielsweise durch die Entstehung vorherrschender, auch multimedialer Meinungsmacht[149] oder durch die Entstehung von Informationsmonopolen bedroht ist.[150] „Die Gefahr [als solche], daß solche Meinungskundgaben demagogisch mißbraucht und in fragwürdiger Weise emotionalisiert werden können", sei für die demokratische Bedeutung der Meinungs- und Pressefreiheit aber nicht schädlich.[151]

(2) Wirkung der öffentlichen Meinung auf die staatliche Willensbildung

Die öffentliche Meinung nehme auf die Entschlüsse der Staatsorgane Einfluss.[152] Die gesellschaftspolitische Willensbildung sei in vielerlei Hinsicht mit der staatlichen Willensbildung verschränkt.[153] Das Recht des Bürgers auf politische Teilhabe an der Staatswillensbildung ende daher nicht mit der Stimmabgabe bei den politischen Wahlen, sondern erfolge zusätzlich über die Einflussnahme auf den Prozess der öffentlichen Meinungsbildung.[154] Die Medien fungieren dabei bezüglich des Staatshandelns als Informationsvermittler und Kontrollmedium der Bürger; die Presse stehe „als ständiges Verbindungs- und Kontrollorgan zwischen dem Volk und seinen gewählten Vertretern in Parlament und Regierung. Sie faßt die in der Gesellschaft und ihren Gruppen unaufhörlich sich neu bildenden Meinungen und Forderungen kritisch zusammen, stellt sie zur Erörterung und trägt sie an die politisch handelnden Staatsorgane heran, die auf diese Weise ihre Entscheidungen auch in Einzelfragen der Tagespolitik ständig am

148 BVerfG, Teilurt. v. 05.08.1966, BVerfGE 20, 162 (175); BVerfG, Urt. v. 15.01.1958, BVerfGE 7, 198 (208); BVerfG, Urt. v. 28.02.1961, BVerfGE 12, 205 (259 ff); BVerfG, Urt. v. 05.06.1973, BVerfGE 35, 202 (221 f.).

149 BVerfG, Urt. v. 16.06.1981, BVerfGE 57, 295 (323); BVerfG, Urt. v. 04.11.1986, BVerfGE 73, 118 (160); BVerfG, Beschl. v. 18.12.1996, BVerfGE 95, 163 (172).

150 BVerfG, Urt. v. 17.02.1998, BVerfGE 97, 228 (258). *V. Coelln,* Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 173.

151 Vgl. BVerfG, 14.05.1985, BVerfGE 69, 315 (345).

152 S. BVerfG, Urt. v. 02.03.1977, BVerfGE 44, 125 (139-140); s. a. BVerfG, Urt. v. 05.08.1966, BVerfGE 20, 162 (175); BVerfG, 19.07.1966, BVerfGE 20, 56 (99).

153 BVerfG, 19.07.1966, BVerfGE 20, 56 (98-99).

154 BVerfG, 19.07.1966, BVerfGE 20, 56 (99).



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Maßstab der im Volk tatsächlich vertretenen Auffassungen messen können".[155]

(3) Mögliche Implikationen der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung für die demokratische Legitimation nach Art. 20 Abs. 2 GG

Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung begreift die öffentliche Meinung somit als Teil des politischen Willensbildungsprozesses. Sie verschränkt die gesellschaftspolitische mit der staatlichen Sphäre. Dieser Verschränkung misst sie auch eine integrative Funktion bei; das Recht der Bürger zur Teilhabe an der politischen Willensbildung soll sich nicht im Wahlakt erschöpfen. Stattdessen soll sich das Volk über die Wahlperiode hinweg regelmäßig eine Meinung zur Ausübung der Staatsgewalt bilden und die Staatsorgane damit beeinflussen können.[156] Damit entfernt sich das Gericht von einer klassisch liberalen Lesart der Kommunikationsgrundrechte und der Versammlungsfreiheit und öffnet sich einem Verständnis, das diese Grundrechte eher im Sinne politischer Teilhaberechte konzipiert.[157] Zweck ist damit nicht nur die frei von staatlicher Einwirkung stattfindende Persönlichkeitsentfaltung, sondern auch die stetige Teilhabe an der politischen Willensbildung.

*Bryde* bezeichnet den *Brokdorf*-Beschluss als ein „zukunftsweisendes pluralistisches und menschenrechtliches Demokratieverständnis",[158] das nicht am Volksbegriff anknüpfe. Das BVerfG stellt seine Rechtsprechung zur kommunikationsrechtlich verankerten gesellschaftlichen Teilhabe an der politischen Willensbildung allerdings nicht in einen Zusammenhang mit der Verschaffung von demokratischer Legitimation für die Staatsgewalten. Es sieht den Zurechnungszusammenhang zwischen Volk und staatlicher Herrschaft „*vor allem* durch die Wahl des Parlaments, durch die von ihm beschlossenen Gesetze als Maßstab der vollziehenden Gewalt, durch den parlamentarischen Einfluß auf die Politik der Regierung sowie durch die grundsätzliche Weisungsgebundenheit der Verwaltung gegenüber der Re-

155 BVerfG, Urt. v. 05.08.1966, BVerfGE 20, 162 (174-175).

156 „Willensbildung des Volkes und Willensbildung in den Staatsorganen vollziehen sich in vielfältiger und tagtäglicher Wechselwirkung, BVerfG, Urt. v. 02.03.1977, BVerfGE 44, 125 (140).

157 Der Brokdorf-Beschluss ist auch als Abweichung vom sog. Legitimationskettenmodell interpretiert worden, *Lepsius*, in: Doering-Manteuffel/ Greiner/Lepsius (Hrsg.), Der Brokdorf-Beschluss, 2015, 142 f.

158 *Bryde*, in: HB BVerfG, 2. Aufl. 2015, 321, 328.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gierung hergestellt".[159] Das bedeutet jedoch nicht, dass eine stärkere Verschränkung von gesellschaftspolitischer und staatlicher Sphäre nicht Teil eines Konzepts demokratischer Legitimation unter Art. 20 Abs. 2 GG sein kann, denn Art. 20 Abs. 2 GG schließt dies nicht aus. Zwar scheint in Anbetracht der sozialwissenschaftlichen Analyse die demokratische Legitimation staatlichen Handelns inzwischen weniger über die Verknüpfung des politischen Prozesses mit *einer* öffentlichen Meinung als über die Anregung des politischen Prozesses durch die *verschiedenen* öffentlichen Stellungnahmen gestärkt werden zu können. Gleichwohl sollen im Folgenden auch Überlegungen diskutiert werden, die an die öffentliche Meinung anknüpfen.

#### dd) Modelle zur Einbeziehung der Rechtsprechung in die öffentliche Meinungsbildung und den demokratischen Diskurs

Ein weiterer Schritt ist es, diese Überlegungen auf die Dritte Gewalt anzuwenden. Dem soll im Folgenden nachgegangen werden. Dabei ist zu diskutieren, ob die Anbindung an (1) bzw. die Responsivität gegenüber (2) der öffentlichen Meinung oder aber die Einbeziehung der Rechtsprechung in die öffentliche Meinungsbildung und den demokratischen Diskurs (3) jeweils eine legitimationsstiftende Wirkung entfalten kann.

##### (1) Die öffentliche Meinung als normative Erkenntnisquelle

In Deutschland hat *Häberle* in seinem Artikel zur offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten aus dem Jahr 1975 den Ansatz vertreten, dass auch die Bürger Verfassungsinterpreten seien: „Wer die Norm lebt, interpretiert sie auch."[160] Mit diesem Ansatz wollte er *Smends* Integrationstheorie[161] ins Verfassungsrecht übertragen und in der Methode der Verfassungsauslegung verankern. Dieser Ansatz hat in der deutschen Rechtswissenschaft nicht viel Rückhalt gefunden. Als Interpretationsgemeinschaft werden allgemein die Richterschaft, der Gesetzgeber und die Rechtswissenschaft angesehen.[162] Aus der Praxis des Verfassungsgerichts wird nicht ersichtlich,

159 BVerfG, 31.10.1990, BVerfGE 83, 60 (72), Hervorhebung durch die Autorin.
160 *Häberle*, JZ 1975, 297.
161 *Smend*, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928.
162 S. hierzu *Hailbronner*, Der Staat, 53(3), 2014, 425, 429 f.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dass es die öffentliche Meinung als Erkenntnisquelle heranzieht.[163] Wie dieser Ansatz weiter hätte ausbuchstabiert werden können, zeigt die Situation in den USA. Dort hat der *US Supreme Court (USSC)* anerkannt, dass ihm die Berücksichtigung der öffentlichen Meinung demokratische Legitimation verschafft.[164] *Bassok* hat herausgearbeitet, dass die Bedeutung der öffentlichen Meinung aus der zunehmenden Verbreitung von Meinungsumfragen sowie aus der Erkenntnis folgt, dass Entscheidungen für oder gegen die öffentliche Meinung die Akzeptanz des Gerichts erheblich tangieren.[165] Zugleich sei die Bedeutung der Rechtswissenschaft in den USA gesunken.[166] *Hailbronner* erklärt diese Unterschiede mit den unterschiedlichen Rechtskulturen.[167] Die deutsche wie die gesamte kontinentale Rechtskultur erhebe einen Anspruch auf wissenschaftliche Durchdringung. Dies zeige sich in der Ausbildung, den Kriterien für die Ernennung als Richter, der richterlichen Laufbahn und schließlich auch in der Anerkennung von Interpretationsgemeinschaften, die an Fachwissen orientiert sind und Laien weitestgehend ausschließen.[168] In den USA bestehe hingegen Skepsis gegenüber professionellen Eliten, weshalb die Rückbindung der Ausübung von Hoheitsgewalt an die öffentliche Meinung als essenziell

---

163 Ibid, 430-431.

164 *USSC*, *Planned Parenthood of Southeaters Pennsylicania, et al. v. Robert Casey, et al.* 505 US 833. Befürwortend *Primus*, 13 Review of Constitutional Studies 1, 2007, 7-9.

165 *Bassok*, University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law 16 (2013), 153, 157 ff.; id., The Journal of Law and Politics, 2011, 26 (2), 239-272; id., Saint Louis University Public Law Review, 2012, 31 (2), 333-382. In den USA und Kanada haben zudem empirisch sowie historisch argumentierende Stimmen vertreten, dass über die Zeit ein Gleichgewicht (*equilibrium*) zwischen der öffentlichen Meinung und den höchsten Gerichten entstanden sei, *Friedman*, The Will of the People, 2010; *Bateup*, New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, 44, 2006. Für ein dialogisches Verhältnis zwischen öffentlicher Meinung und höchsten Gerichten, s. a. *Rousseau*, Droit du contentieux constitutionnel, 2010, 60 und *Bussy*, Recueil Dalloz, 7440 (38), 2010, 2526-2535, Rn. 27, für Frankreich sowie für Deutschland *Wassermann*, Die richterliche Gewalt, 1985, 19, 182, id., Justiz und Medien, 1980, 28; id.., DRiZ 1981, 92 ff.; vgl. *Limbach*, Das Bundesverfassungsgericht, 2001, 69-70, die darauf abhebt, dass die Bürger erwarten dürfen, dass sich das BVerfG mit abweichenden Meinungen erkennbar auseinandersetzt; s. a. id., Im Namen des Volkes, 180-181, dabei aber kritisch gegenüber Demoskopie, ibid., 185 ff.

166 *Hailbronner*, Der Staat, 53(3), 2014, 425, 434.

167 Ibid, 437.

168 Ibid, 425, 437. *Hailbronner* nimmt auch Bezug auf die von *Weber* angeleitete Idee von Verwaltung als Form rationaler Herrschaft.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

betrachtet werde.[169] In Deutschland ist eine derartige Skepsis nicht zu vernehmen, wenn überhaupt hat sie sich sehr begrenzt in der Beteiligung ehrenamtlicher Richter niedergeschlagen.[170] Dieser Unterschied in den Rechtskulturen zeigt die Grenzen auf für ein Modell, das die öffentliche Meinung als Erkenntnisquelle der deutschen Verfassungsrechtsprechung konzipiert, geschweige denn der weniger politiknahen sonstigen Rechtsprechung.

Neben dem Unterschied der Rechtskulturen sprechen auch normative Gründe gegen die Anerkennung einer alle (Grund-)Rechtsträger umfassenden Interpretationsgemeinschaft. Eine Interpretationsgemeinschaft setzt voraus, dass das Volk unmittelbar an der Rechtsfindung „mitwirkt". *Häberle* formuliert die „Mitwirkung" im Sinne einer sich verfestigenden gesellschaftlichen Praxis, welche die Verfassungsinterpretation mitbestimmt.[171] Diese Mitwirkung könnte dahingehend verstanden werden, dass die öffentliche Meinung als primäre Rechtserkenntnisquelle in den Rechtsfindungsprozess einbezogen werden müsse. Dann bestehe die Pflicht, die Rechtsprechung an der öffentlichen Meinung zu orientieren.[172] Eine derart „partizipative" Konzeption der Interpretationsgemeinschaft kann jedoch vor dem Hintergrund der vorhandenen verfassungsrechtlichen Grundsätze der Rechtsprechung keine sachlich-inhaltliche Legitimation verschaffen.[173] Diese verlangt nämlich, dass die Rechtsprechung auf das (die Staatsgewalt ausübende) Volk nach Art. 20 Abs. 2 S. 1 und 2 GG rückführbar wäre. Diese Voraussetzung ist bei der Berufung auf die öffentliche Meinung nicht erfüllt.

Für die Frage der demokratischen Legitimation verlangt das System der repräsentativen Demokratie die Anknüpfung an das die Staatgewalt ausübende Volk, das gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG nur das Wahlvolk oder das Abstimmungsvolk ist. Die Systematik der Verfassung spricht dafür, dass

169 Ibid. *Hailbronner* nennt die Verankerung von Juryverfahren im amerikansichen System sowie die Strömung des *American Legal Realism* als Beispiele für die amerikanische Skepsis gegenüber der rechtlichen Rationalität.

170 *Rüggeberg*, Verwaltungsarchiv 1970, 189 ff.; *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, 437, spricht auch von einer Entdifferenzierung des differenzierten, autonomen Rechtssystems durch die Beteiligung von Laienrichtern.

171 *Häberle*, JZ 1975, 297, 299.

172 In dem Sinne dürfte der *ENCJ* Bericht 2013-2014, 11 verstanden werden.

173 So auch *Gostomzyk*, Öffentlichkeitsverantwortung der Gerichte, 2006, 89; vgl. a. *Schmidt-Aßmann*, AöR 1991, 329, 374; *Voßkuhle/Sydow,* JZ 2002, 673, 678-679, 680, die die öffentliche Meinung nicht als Element einstufen, das der Rechtsprechung unmittelbar sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation verleiht.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG Abstimmungen nicht im Sinne einer Generalklausel als allgemeine Form der Ausübung von Staatsgewalt durch das Volk konzipiert hat.[174] Abstimmungen werden im Grundgesetz nur in wenigen Fällen verfassungsrechtlich angeordnet, und zwar in Art. 29, 118, 118a GG. Diese wenigen Fälle beschränken sich auf Abstimmungen eines Teils der Staatsbürger. Die bundesweite Gesetzgebung ist – auf innerstaatlicher Ebene – gemäß Art. 76 GG f. ausschließlich dem Bundestag und Bundesrat zugewiesen.[175] Für diese Lesart spricht auch die Geschichte der Verfassungsgebung[176] sowie das Telos[177] von Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG. Direktdemokratische Elemente sollten in der neuen Verfassung weitgehend zurückgedrängt werden, um die Vernunftbildung im Gesetzgebungsverfahren zur Grundlage demokratischen Regierens zu machen;[178] Art. 38 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG konkretisieren den Grundsatz demokratischer Repräsentation.[179] Durch diese Normgebung bringt das Grundgesetz zum Ausdruck, dass partizipative Elemente das System repräsentativer Demokratie ergänzen, nicht jedoch ersetzen und damit den Grundsatz der repräsentativen Demokratie unterminieren dürfen.[180]

Nichts anderes würde aber passieren, wenn die Rechtsprechung des BVerfG dahingehend zu interpretieren wäre, dass die Bürger mit der Ausübung ihrer demokratischen Grundrechte auf Meinungsäußerung und Versammlungsfreiheit an der staatlichen Willensbildung verbindlich teilhaben. Deshalb unterscheidet das BVerfG in seiner Rechtsprechung zur

---

174 *Huster/Rux*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 46. Ed. 2021, Art. 20 Rn. 82, 82.1. Eine Abstimmung nach Art. 146 GG wäre keine Ausübung von Staatsgewalt innerhalb der geltenden Verfassungsordnung, ibid. Eine durch direkt demokratische Elemente ergänzte repräsentative Demokratie lässt sich hierdurch auf lokaler Ebene hingegen nicht ausschließen, vgl. ibid, Rn. 83.

175 *Huster/Rux*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 46. Ed. 2021, Art. 20 Rn. 82, 82.1.

176 *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, 92. EL 2020, Art. 20 Rn. 7-9, dies zeigte sich vor allem erneut in der Ablehnung einer dahingehenden Reform des GG in den 60/70er Jahren, ibid, Rn. 9; *Bauer*, Die Verfassungsentwicklung des wiedervereinten Deutschlands, in: HStR I 2003, § 14 Rn. 87; *Dreier*, in: id. (Hrsg.), GG Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 23.

177 *Dreier*, in: id. (Hrsg.), GG Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 20 (Abgrenzung zur Volks- oder Rätedemokratie des Ostblocks).

178 Ibid.

179 *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, 92. EL 2020, Art. 20 Rn. 13.

180 „Der Schwerpunkt der politischen Entscheidungsfindung [müsse] in der Bundesrepublik bei den Staatsorganen bleiben", *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, 92. EL 2020, Art. 20 Rn. 77, 115 mwN.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

demokratischen Funktion der öffentlichen Meinung auch unmissverständlich zwischen gesellschaftspolitischer und staatlicher Willensbildung, konzipiert die Einwirkung der öffentlichen Meinung auf die Staatswillensbildung nur als faktische Einflussnahme und verknüpft die Entstehung und Wirkung der öffentlichen Meinung konzeptionell nicht mit Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG, sondern mit den Grundrechten, die es zum Zwecke der Verschränkung beider Sphären funktional am Demokratieprinzip orientiert.[181] Das BVerfG unterstreicht die Unterscheidung von gesellschaftlicher und staatlicher Willensbildung mit der Gegenüberstellung von Art. 21 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 2 GG, aus denen hervorgehe, dass das Grundgesetz zwischen der Bildung des Volks- und des Staatswillens unterscheide. Das Volk selbst übe gemäß Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG nur als Verfassungs- oder Kreationsorgan durch Wahlen und Abstimmungen die Staatsgewalt aus; nur dann falle „die Äußerung des Volkswillens mit der Bildung des Staatswillens zusammen".[182] Die im Rahmen der gesellschaftlichen politischen Meinungsbildung entstehende öffentliche Meinung wird als „Vorformung der politischen Willensbildung des Volkes" verstanden.[183]

Diese Sichtweise stützt sich darauf, dass nur so die Gleichheit der Bürger im Rahmen der Bildung des Staatswillens sichergestellt werden kann. Neue direktdemokratische Beteiligungsformen müssen deshalb denselben Anforderungen genügen, die bei Parlamentswahlen oder Volksabstimmungen zur Anwendung gebracht werden. Nur dann kann laut BVerfG davon ausgegangen werden, dass der Bürger in seiner Eigenschaft als Staatsbürger – wie beim Wahlakt gemäß Art. 38 Abs. 1 GG – an der Bildung des Staatswillens beteiligt werden solle[184] und nur dann könne diese neue Beteiligungsform der darauf gestützten Ausübung staatlicher Gewalt demokratische Legitimation verleihen. Diese Anforderungen sind bei der Bildung der öffentlichen Meinung im medialen Kommunikationsraum nicht erfüllt.

---

181 Entscheidend für die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft ist, dass hierdurch das Hinabgleiten der Demokratie in eine totalitäre Regierungsform vermieden wird, vgl. *Böckenförde*, Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, Recht, Staat, Freiheit, 1991, 211 ff.

182 BVerfG, 30.07.1958, BVerfGE 8, 104 (113).

183 Ibid. (113). Entsprechend muss man auch bei zugrundegelegter deliberativer Demokratietheorie zu dem folgenden Ergebnis gelangen, da auch für diese die öffentliche Meinung nur die Vorform der Ausübung von Volkssouveränität ist, s. *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, 439, vgl. 451.

184 Ibid. (114). Dass das Volk bloß befragt wurde, sprach nicht gegen die Annahme einer neuen Beteiligungsform.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Ihr mangelt es an einer vergleichbaren Repräsentativität und prozeduralisierten Interessenverallgemeinerung, die dem Gesetzgebungsprozess innewohnt. Die Abgeordneten des Bundestags sind Repräsentanten ihrer Wähler, die durch den Wahlakt demokratisch legitimiert sind. Dafür verlangt Art. 38 Abs. 1 GG eine freie, gleiche, allgemeine, geheime und unmittelbare Wahl, um den Wahlakt als Ausdruck des Volkswillens anzuerkennen. Der Prozess öffentlicher Meinungsbildung kann diese Kriterien nicht sicherstellen. Der in den Sozialwissenschaften thematisierte[185] und auch vom BVerfG identifizierte[186] ungleiche Zugang zu den Medien und die ungleich verteilte Aufmerksamkeit in der Medienöffentlichkeit verhindert, dass eine tatsächliche Allgemeinheit und Gleichheit der Meinungskundgabe in den Medien hergestellt werden kann. Des Weiteren sind öffentliche Meinungsbeiträge in der Regel mit der Preisgabe der eigenen Person verbunden, die eigene Überzeugung bleibt somit nicht geheim. Hierdurch kann die innere Freiheit – wie ebenfalls in den Sozialwissenschaften herausgestellt[187] und vom BVerfG anerkannt[188] – eingeschränkt sein, die eigene Meinung medienöffentlich zu teilen – sei es aufgrund von politischem, sozialem oder privatem Druck. Schließlich werden individuelle Meinungskundgaben durch die Medienvertreter gefiltert; die öffentliche Meinung entsteht erst im von den Medien gesteuerten Prozess der öffentlichen Meinungsbildung. Damit ist auch die Unmittelbarkeit der Kundgabe des Volkswillens nicht gewahrt.

Außerdem findet bei der Bildung einer öffentlichen Meinung keine Interessenverallgemeinerung statt. Sie entsteht nämlich nicht in einem Verfahren, das diese sicherstellt. Dies zeigt sich besonders im Vergleich zum Gesetzgebungsverfahren im Bundestag. Abgeordnete haben jeweils eine Stimme. Bevor sie ein Gesetz verabschieden, steht allen Abgeordneten gemäß Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG ein Rederecht zu.[189] Alle Abgeordneten haben außerdem das Recht, gemäß §§ 75 ff. GO-BT Sachanträge und gemäß § 20 Abs. 2 GO-BT Anträge zur Tagesordnung zu stellen. Ein umfangrei-

185 S. A I. 4 bb) dieses Kapitels.
186 S. A I. 3 cc) dieses Kapitels.
187 Vgl. hierzu *Noelle-Neumann*, Die Schweigespirale, 1980, 14 ff.
188 Vgl. hierzu BVerfG, Urt. v. 30.07.1958, BVerfGE 8, 104 (115).
189 Aufgabe des Parlaments ist es, Forum für Rede und Gegenrede zu sein, BVerfG, Urt. v. 14.07.1959 - 2 BvE 2, 3/58 -, BVerfGE 10, 4 (13). Das Rederecht wird in den §§ 27 ff. GO-BT näher geregelt. Reihenfolge und Umfang der Redebeiträge werden in Abhängigkeit der Fraktionsstärke festgelegt, §§ 28 Abs. 1, 35 GeschO BT, s. BT, Wissenschaftlicher Dienst, Rechte des einzelnen Abgeordneten, 23.02.2012, WD 3 – 3000 – 049/12, S. 5.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ches Informations- und Fragerecht ermöglicht es der Opposition gemäß § 105 GO-BT, die Regierung darauf hinzuweisen, wenn sie bestimmte Interessen nicht ausreichend berücksichtigt zu haben scheint. Ausschüsse können gemäß § 70 Abs. 1 S. 1 GO-BT zur Information über einen Gegenstand öffentliche Anhörungen von Sachverständigen, Interessenvertretern und anderen Auskunftspersonen vornehmen. So erhalten im Gesetzgebungsverfahren weitere Stimmen Gehör. Dazu zählen auch die Parteien, die sich gemäß Art. 21 Abs. 1 S. 3 GG selbst nach demokratischen Grundsätzen organisieren müssen.

Im Gegensatz hierzu verfolgen die privatrechtlich organisierten Medien und in etwas geringerem Maße die öffentlich-rechtlichen Medienanstalten das Ziel, ihre Erzeugnisse zu verkaufen, weshalb sie ihre Arbeit an kommerziellen Maßstäben orientieren.[190] Den öffentlichen Medien wird die Fähigkeit, die öffentliche Meinung im Alleingang an der Prämisse der Interessenverallgemeinerung orientiert zu steuern und mitzugestalten, nicht zugesprochen, da die privaten Medien für die öffentliche Meinungsbildung dafür mittlerweile zu stark sind.[191] Die neuen und sozialen Medien könnten den Meinungsbildungsprozess zwar mit neuen Themen bereichern, eine demokratische, an Interessenverallgemeinerung orientierte öffentliche Meinung bildet sich dadurch allerdings aufgrund der in den Sozialwissenschaften beobachteten Partikularisierung des Meinungsaustauschs in den sozialen Medien nicht.[192] Die mediale Begleitung von politstrategisch geführten Verfahren vor dem BVerfG lenkt das Augenmerk gerade auf die Partikularinteressen, die im parlamentarischen Prozess der Interessenverallgemeinerung nicht hinreichend Berücksichtigung gefunden haben.[193]

Würde die öffentliche Meinung, für deren Erkenntnis laut BVerfG auf die Medien zurückgegriffen wird, dem Volkswillen gleichgesetzt, indem sie als primäre Rechtserkenntnisquelle herangezogen würde, würden jedenfalls nicht die Bürger als demokratisches Legitimationssubjekt herangezogen, sondern die Medien mittelbar zum demokratischen Legitimationssubjekt aufgewertet. Der Rückgriff auf Meinungsumfragen kann hier keine

190 S. Kap. 2, B. II.
191 *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1990, 259.
192 S. A I. 4. b) bb) (3).
193 Ibd.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Abhilfe schaffen, da diese mit der öffentlichen Meinung nicht gleichzusetzen sind.[194]

Des Weiteren spricht gegen die Gleichsetzung beider Formen der Willensbildung, dass dadurch die gesellschaftliche Willensbildung und damit ihr Demokratisierungspotential einschränkt wären. Wären die Bürger bei ihrer Willensbildung wie der Gesetzgeber gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden und hätten daher die Rechtsfolgen ihrer Forderungen zu berücksichtigen, wären sie in ihrer freien Meinungsbildung beschwert. Anders als der Gesetzgeber verfolgen die zivilgesellschaftlichen Kräfte bei der öffentlichen Auseinandersetzung gerade nicht das Ziel, Verwaltung und Rechtsprechung eine Anleitung für die Ausübung ihrer staatlichen Befugnisse zu geben, sondern vielmehr den Zweck, die Ausübung der Staatsgewalt anhand der in der Gesellschaft vertretenen Interessen und ethisch-moralischen Überzeugungen zu beurteilen.[195]

Im Ergebnis kann die Berufung auf die öffentliche Meinung der Rechtsprechung nicht zu einer stärkeren demokratischen Legitimation verhelfen, da die öffentliche Meinung nicht mit dem für die demokratische Legitimation relevanten Volkswillen gleichzusetzen ist. Vor dem Hintergrund der Bewahrung des Grundsatzes einer repräsentativen Demokratie wäre es außerdem geradezu widersinnig, würde die Regel anerkannt, dass das Verfassungsgericht im Falle der Gesetzeskontrolle oder die Fachgerichte im Rahmen von Interpretationsspielräumen oder gesetzesfreien Räumen der öffentlichen Meinung unterworfen sind. Jedenfalls in Form der primären Erkenntnisquelle ermöglichte dies eine bundesweite Partizipation der Bürger an der Ausübung der Staatsgewalt, die noch nicht einmal in Bezug auf die direkte Beteiligung des Volkes an der Ausübung exekutiver oder legislativer Gewalt zugelassen wird.[196] Vor allem im Falle der verfassungsge-

194 Ein Rückgriff auf die Demoskopie bietet sich nicht an, da hier in der Regel keine gesamtgesellschaftliche begründete Meinung, sondern nur Spontanantworten abgefragt werden, s. *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, 438; die Demoskopie als Erkenntnisquelle für die Rechtsprechung ebenfalls ablehnend, *Limbach*, Die Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, 1997, 15 ff.; *Benda*, DÖV 1982, 877, 882. Nur vereinzelt können Meinungsumfragen laut *Habermas* Spiegel der öffentlichen Meinung sein, wenn sie nach einer öffentlichen Auseinandersetzung erhoben wurden.

195 Vgl. BVerfG, Urt. v. 15.01.1958, BVerfGE 7, 198 (219).

196 *Huster/Rux*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 46. Ed. 2021, Art. 20 Rn. 82, 82.1.; *Schwarz* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 28 Rn. 116, 117.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

richtlichen Normenkontrolle bedeutete die Anerkennung der öffentlichen Meinung als der Verfassung dienende und mit dem Gesetz in Konkurrenz tretende Erkenntnisquelle, die Grundentscheidung für ein System repräsentativer Demokratie zu unterminieren, da auf die öffentliche Meinung gestützte Entscheidungen des Gesetzgebers vom „negativen Gesetzgeber" aufgehoben werden würden. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis von repräsentativ- und direktdemokratischen Elementen würde damit unterlaufen. Eine Bindung des Verfassungsgerichts an die öffentliche Meinung unterminierte die gesetzgeberische (und gerichtliche) Vernunftbildung.[197]

Darüber hinaus dürfte der öffentlichen Meinung auch deshalb keine für die Rechtsprechung verbindliche Wirkung zukommen, weil dies die eingangs beschriebene verfassungsunmittelbare Funktionslegitimation der Rechtsprechung, die gemäß Art. 19 Abs. 4 GG, 92 ff. GG in der unabhängigen, dem einzelnen Bürger Rechtsschutz gewährleistenden Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten liegt, unterminieren würde. Im Rahmen der Rechtsfindung sind direktdemokratische Elemente systemfremd. Sie widersprechen der verfassungsrechtlichen Funktionszuweisung der Rechtsprechung zu einem unabhängigen Richter, der gemäß Art. 97 Abs. 1 GG nur dem Gesetz unterworfen ist. Schon dem Wortlaut von Art. 97 Abs. 1 GG gemäß bedeutet diese verfassungsrechtliche Vorgabe eindeutig, dass der Richter seine Entscheidung auf Grundlage eines Gesetzes, das heißt ohne die Bestimmung durch außergesetzliche Faktoren trifft.[198] In dieser Hinsicht differenziert Art. 97 Abs. 1 GG nicht zwischen den Richtern der Fachgerichtsbarkeit und den Verfassungsrichtern, zwischen Bundes- oder Landesrichtern, obgleich in Art. 92 GG f. diese Differenzierung berücksichtigt wurde. In systematischer Hinsicht wird deutlich, dass das Grundgesetz in Art. 92, 93 und 97 Abs. 1 GG ausschließlich dem Richter die rechtsprechende Aufgabe der Gesetzesinterpretation zuweist. Auch das Telos von Art. 97 Abs. 1 GG gebietet diese Auslegung, weil er als Konkretisierung der repräsentativen Demokratie dem Gesetz – als Ausdruck des in einen Staatswillen gegossenen Volkswillens – zu bester Wirkung verhelfen soll. Daher setzt er Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG nur insofern fort, als dieser sich

197 Die Bindung an die öffentliche Meinung unterliefe die dem Gerichtsprozess eigene Vernunftbildung bzw. Rationalisierung, die diese gerade durch die Fokussierung auf den Einzelfall erlangt, vgl. *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, 280 ff.

198 *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, 92. EL 2020, Art. 97 Rn. 26; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, § 43 II 4 d); das Gesetz als „Grundlage der richterlichen Entscheidung" bezeichnend, BVerfG, Urt. v. 25.06.1968, BVerfGE 24, 33 (50).



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auf die Gesetze als durch das Volk ausgeübte Staatsgewalt bezieht. Auf die in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG ebenfalls erwähnten Abstimmungen bezieht sich Art. 97 Abs. 1 GG nicht. Daran wird deutlich, dass das Grundgesetz für die Dritte Gewalt von direktdemokratischen Elementen völlig abgesehen hat.

Schließlich stünde einer verbindlichen Wirkung der öffentlichen Meinung die der Rechtsprechung vom Grundgesetz zugewiesene Aufgabe entgegen, dem einzelnen Bürger effektiven Rechtsschutz zu gewähren. Zu diesem Zweck sind die Gerichte nämlich angewiesen, den individuellen Fall unter Wahrung der Rechte des einzelnen Bürgers zu würdigen und nicht einer diesen Rechten womöglich widerstrebenden öffentlichen Meinung zur Wirksamkeit zu verhelfen, die bis zu diesem Zeitpunkt noch keinen Eingang in ein demokratisch legitimiertes Gesetz gefunden hat. Zudem machen Art. 1 Abs. 3 GG und Art. 79 Abs. 3 GG deutlich, dass für die im Grundgesetz verankerte Demokratie nicht allein die Durchsetzung des Mehrheitswillens, sondern zugleich die Wahrung der in der Verfassung verbürgten und von der Unabänderlichkeitsklausel geschützten Werte konstitutiv ist. Die Änderung dieser Verfassungswerte ist der Mehrheitsentscheidung durch die Volksrepräsentanten entzogen, sodass sich auch eine Bindung des BVerfG an die öffentliche Meinung als Vorstufe des in Gesetzesform gegossenen Staatswillens bei der Auslegung dieser grundlegenden Werte verbietet, da das BVerfG andernfalls nicht über die Abgrenzung zwischen Auslegung und Änderung wachen könnte.[199]

Angesichts dieser Argumente kann die öffentliche Meinung nicht als demokratische Legitimation stiftende primäre Rechtserkenntnisquelle für die Rechtsprechung konzipiert werden.

### (2) Demokratische Responsivität der Rechtsprechung gegenüber der öffentlichen Meinung

Unter Verzicht auf eine partizipatorische Begründung demokratischer Legitimation könnte diese im Rahmen einer repräsentativen Konzeption demokratischer Legitimation darauf gestützt werden, dass die Rechtsprechung die öffentliche Meinung als sekundäre Rechtserkenntnisquelle berücksichtigt.[200] Dabei könnte an *Pitkins* Repräsentationstheorie ange-

199 Vgl. hierzu auch *Limbach*, Im Namen des Volkes, 1999, 178-179.

200 Die sekundäre Erkenntnisquelle fordert keine Partizipation an der Gesetzes- oder Verfassungsinterpretation, vgl. *Hailbronner*, Der Staat 53(3), 2014, 425, 439. Sie soll stattdessen der besseren Erfassung der primären Erkenntnisquelle die-



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

knüpft werden,[201] die bei der Repräsentation als Form der Interessenvertretung zwischen der formalen und der substanziellen Dimension unterscheidet.[202] Die formale Repräsentation strebt nach Interessenidentität von Repräsentant und Repräsentierten (*Principal-Agent*-Modell).[203] Die substantielle Dimension setzt zusätzlich voraus, dass die Vertreter im Dienst des Gemeinwohls handeln, wodurch über die bloße Interessenvertretung hinaus auch eine am Gemeinwohl orientierte, vernunftgeprägte Willensbildung stattfindet.[204] Damit erhält die Repräsentation einen eigenständigen Wert, der über die bloße Delegation zwecks Interessenvertretung hinausgeht. Dieses Verständnis prägt auch die Interpretation demokratischer Repräsentation unter dem Grundgesetz;[205] *Böckenförde* legte es dem durch ihn maßgeblich geprägten Legitimationskettenmodell zugrunde.[206] Damit der verfassungsrechtlich dem Gemeinwohl verpflichtete und allein seinem Gewissen unterworfene Abgeordnete sich auch am Wählerwillen orientiert, um also, abstrakt gesprochen, das Prinzip der Volkssouveränität mit dem Prinzip der Repräsentation in Einklang zu bringen, ist in neueren, in

---

nen. *Hailbronner* differenziert zwischen den primären und sekundären Verfassungsinterpreten. Zu letzteren zählt in den USA das Volk, vermittelt durch die öffentliche Meinung. Auf dieser Ebene seien auch die Bürger im Ansatz *Häberles* einzuordnen, ibid, Der Staat, 53(3), 2014, 425, 437. In Bezug auf Verfassungs- und Fachgerichtsbarkeit, s. *v. Coelln,* Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 181-182, 189-191; *Kloepfer*, in: HStR III 2005, § 42 Rn. 15 und 34. Er spricht der öffentlichen Meinung eine an der gesellschaftlich-moralischen Anschauung orientierten Interpretationshilfe für die wertausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffe zu, Rn. 34.

201 *Pitkin*, The Concept of Representation, 1967, 11 ff.

202 Ibid.

203 Hierzu *Lembcke*, in: id. et. al. (Hrsg.), Zeitgenössische Demokratietheorie, 2016, 23, 32 f.

204 *Lembcke*, in: id. et. al. (Hrsg.), Zeitgenössische Demokratietheorie, 2016, 23, 35 f.

205 Das Gemeinwohl ist nicht abstrakt vorgegeben, sondern im politischen Prozess zu eruieren, wobei der Abgeordnete an der „Integration der einzelnen Bürger zum Staatsvolk" beiträgt, *Klein*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 92. EL 2020, Art. 38 Rn. 191-192 mwN; so auch *Dreier*, AöR 1988, 450-483, der in einer derartigen Form demokratischer Repräsentation das Kantische Ideal der Volkssouveränität und der politischen Repräsentation partikularer Interessen vereint sieht.

206 *Böckenförde*, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, 379-405.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der deutschen Literatur aufgegriffenen[207] Repräsentationstheorien[208] gefordert worden, dass Abgeordnete für Interessen und Wünsche der Repräsentierten empfänglich sind und ihnen möglichst weitgehend gerecht werden, was als demokratische Responsivität bezeichnet worden ist.[209] *Plotke* geht noch etwas darüber hinaus und konzipiert eine substantielle Repräsentation im Rahmen eines deliberativen Austauschs zwischen Prinzipal und Repräsentant, womit er die repräsentative Demokratietheorie anders als bei der klassisch liberalen Konzeptualisierung um ein deliberatives Element ergänzt.[210] Auch beim Demokratietheoretiker *Rosanvallon* findet sich dieser Gedanke des Austauschs wieder.[211] Er schreibt: „Demokratie wird gleichzeitig als eine besondere Verbindung von Staat und Gesellschaft verstanden, die auf ihrer beständigen freien Interaktion beruht",[212] sodass die prozeduralisierte Volkssouveränität um eine kommunikative Dimension ergänzt wird. Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung in Entscheidungen wie dem *Spiegel*-Urteil oder dem *Brokdorf*-Beschluss, in denen das BVerfG die gesellschaftspolitische Diskussion sowie die öffentliche Meinung und deren Einflussnahme auf die Staatsorgane als Teil eines gesamtpolitischen Prozesses versteht, verschiebt den Fokus auf die inhaltliche Rückkopplung der staatspolitischen Entscheidungen, worin sie mit den

---

207 Anknüpfend an die amerikanische Literatur, in der das Konzept entwickelt wurde, *Frohn*, in: Dreier/Hofmann (Hrsg.), Parlamentarische Souveränität und technische Entwicklung, 1986, 46, 69; *Mandt*, ZfP 32 (1), 1985, 115, 123; vgl. *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 2004, § 24 Rn. 80.

208 *Uppendahl*, ZfP 12 (1), 1981, 123-134 mwN; vgl. bereits *Pitkin*, The Concept of Representation, 1967, 209.

209 Zur Bedeutung des Begriffs und der demokratietheoretischen Einordnung der Responsivität, s. *Herzog*, in: Jarren et al. (Hrsg.), Politische Kommunikation in der demokratischen Gesellschaft, 1998, 298-299. Dieser Begriff hat inzwischen auch Eingang in den rechtswissenschaftlichen Diskurs gefunden, s. *Dreier*, in: id. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2. Bd., 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 77, diese, bezogen auf den Dialog zwischen Parlament und gesellschaftlichen Kräften, als „gebotene Offenheit der Repräsentanten für die Signale der Repräsentierten" definierend.

210 *Plotke*, Constellations 4(1), 1997, 19, 27 ff.; darin grenzt er sich von *Pitkin* ab, ibid, 27 f.; *Habermas* erklärte es zum Ziel der Diskurstheorie, das politische System auch innerhalb der Wahlperioden an die peripheren Netzwerke der politischen Öffentlichkeit einer dezentrierten Zivilgesellschaft rückzubinden, id, Faktizität und Geltung, 1992, 364.

211 *Rosanvallon*, Demokratische Legitimität, 2013, 262.

212 Ibid.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

neueren Repräsentationstheorien korrespondiert.[213] Eine Auslegung des Grundgesetzes im Lichte dieser Ansätze ist daher nicht ausgeschlossen.

Diese Theorien sind allerdings für den politischen Prozess entwickelt worden. Es stellt sich also die Frage, ob die Begründung demokratischer Legitimation auf die Dritte Gewalt übertragen werden kann. Unbekannt ist diese Übertragung nicht, weil auch das Legitimationskettenmodell die legitimationsstiftende Kraft des Wahlakts mittelbar auf die Dritte Gewalt ausdehnt: persönlich über die Ernennung und organisatorisch über die Eingliederung in den Verwaltungsaufbau der Exekutive, sachlich-inhaltlich über die Bindung ans Gesetz. So könnte die rezipierte neuere Repräsentationstheorie dahingehend auf die Dritte Gewalt übertragen werden, dass die Gerichte an die öffentliche Meinung anknüpfen, wenn die Auslegung der Gesetze keine Antwort auf die streitgegenständliche Frage gibt und es um die Fortentwicklung von Konzepten geht, die eines politischen Konsenses bedürfen, um von ethisch-moralischen Ansprüchen in Recht übersetzt zu werden. Wie beim politischen Prozess wäre Voraussetzung, dass die unverbindliche dem gesellschaftspolitischen Bereich entspringende öffentliche Meinung über die Berücksichtigung in der Rechtsfindung des Gerichts Einfluss auf die Staatswillensbildung hat. Es stellt sich also die Frage, ob der Anspruch der demokratischen Responsiviät bzw. der unmittelbaren deliberativen Rückbindung der Ausübung von Staatsgewalt an die öffentliche Meinung auf die Dritte Gewalt übertragen werden sollte und ob dies die demokratische Legitimation der Rechtsprechung stützen könnte.

Statt an das Gesetzgebungsverfahren selbst könnte an die Rechtsfindung angeknüpft werden, in der sich gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG der Volkswille ebenfalls kristallisiert. Für die richterliche Rechtsfindung stünde dabei die substantielle Dimension demokratischer Repräsentation im Zentrum des Interesses, das heißt die Interessenverallgemeinerung und Gemeinwohlorientierung bei der Entscheidungsfindung. In der Tat haben Rechtswissenschaftler bereits an die deliberative Rechtsfindung in Verfassungsgerichten angeknüpft, um die Legitimation der Rechtsprechung zu begründen.[214] Diese wäre den neueren Repräsentationstheorien entsprechend zugleich mit einer steten Rückkopplung an die öffentliche Meinung zu verbinden. Um dabei den Rahmen der repräsentativen Demokratie zu wah-

213 Diesen „parlamentsübergreifenden Prozesscharakter" ebenfalls als für die demokratische Ordnung kennzeichnend bezeichnend, *Dreier*, in: id. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2. Bd., 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 77.

214 *Ferejohn/Pasquale*, The Countermajoritarian Opportunity, 2010.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ren, wären als normative Rechtserkenntnisquellen nur das Gesetz und die Verfassung anzuerkennen; die öffentliche Meinung wäre als geeignete sekundäre Erkenntnisquelle zu verstehen.

Im Ergebnis scheitert dieser Gedankengang jedoch an verschiedenen Aspekten. Das Grundgesetz macht deutlich, dass die gesellschaftspolitische Einflussnahme allein auf den politischen Prozess bezogen ist. Für diese Annahme streitet vor allem der Unterschied zwischen Gesetzgebungs- und Rechtsfindungsprozess (a). In der Folge würden Parlament und Rechtsprechung zulasten der Funktionsausübung letzterer angeglichen (b) und für die Gerichte entstünde womöglich ein großer, die richterliche Unabhängigkeit gefährdender Druck (c). Von dieser Wertung ist auch das BVerfG nicht ausgenommen (d).

### (a) Demokratische Responsivität bzw. deliberative Rückkopplung des Staatshandelns an die Gesellschaft als auf das Gesetzgebungsverfahren bezogene Konzepte

Primärer Anknüpfungspunkt für eine demokratisch legitimierte Ausübung von Staatsgewalt ist das Gesetz, was in verschiedenen Normen des Grundgesetzes zu Ausdruck kommt. Vor allem äußert sich dies in Art. 83 ff. und Art. 97 Abs. 1 GG, nach denen die anderen Gewalten die demokratische Legitimation ihres Handelns vom Gesetz ableiten. Auch Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG verdeutlicht, dass die gesellschaftspolitische Willensbildung ihren inhaltlichen Bezugspunkt im Gesetzgebungsverfahren und nicht in der Rechtsprechung hat, indem er vorsieht, dass die Parteien an der politischen Willensbildung teilhaben, die gemäß §§ 75 Abs. 1 a), f), 85 Abs. 1, 89 GO-BT, § 47 Abs. 1 AbgG vor allem in der Fraktion im Bundestag erfolgt. Die Einwirkung der Parteien auf die Gerichtsbarkeit ist gemäß Art. 94 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 95 Abs. 2 GG auf die Wahl der Bundesverfassungsrichter und der Bundesrichter beschränkt. Das Gesetz als Anfangspunkt demokratischer Legitimation zu wählen, ist folgerichtig, weil dem Gesetzgebungsprozess die Interessenverallgemeinerung eigen ist. Folglich ist auch die öffentliche Meinung sowohl vom BVerfG[215] als auch in der einem liberalen Ansatz folgenden sozialwissenschaftlichen Litera-

215 S. Kap. 2, A. I. 4. B) cc).



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tur[216] bislang nur für den politischen Prozess als Determinante behandelt worden.

Auch auf eine deliberativ-repräsentative Lesart des Grundgesetzes kann eine unmittelbare Rückbindung der Rechtsprechung an die öffentliche Meinung nicht gestützt werden. Im Kernstück von „Faktizität und Geltung" erklärt *Habermas*, dass die Diskurstheorie die Verwandlung von öffentlicher Meinungsbildung in administrative Macht im Rahmen des parlamentarischen Gesetzgebungsprozesses, das heißt im institutionalisierten Verfahren demokratischer Meinungs- und Willensbildung vorsieht.[217] Für *Habermas* ist das Parlament „die als Staatsorgan etablierte Öffentlichkeit",[218] in der kommunikative Macht in politische Entscheidungen übertragen wird.[219]

Dies dient dem Zweck, dass „aus der faktisch generalisierten öffentlichen Meinung eine unter dem Gesichtspunkt der Interessenverallgemeinerung geprüfte Überzeugung hervorgeh[t], die politische Entscheidungen legitimiert".[220] Für diese gebotene Interessenverallgemeinerung bietet das gerichtliche Verfahren keinen guten Anknüpfungspunkt. Das ist auf die unterschiedlichen Ziele der Verfahrenstypen und die daraus resultieren-

---

216 S. bspw. *Luhmann*, für den die Öffentlichkeit ein Reflexionsmedium des jeweiligen gesellschaftlichen Teilsystems ist. Die öffentliche Meinung ist dabei nur auf das politische System bezogen, id, in: Wilke (Hrsg.): Öffentliche Meinung, 1992, 77-86.

217 „Der Kommunikationsfluss zwischen öffentlicher Meinungsbildung, institutionalisierten Wahlentscheidungen und legislativen Beschlüssen soll gewährleisten, daβ der publizistisch erzeugte Einfluss und die kommunikativ erzeugte Macht über die Gesetzgebung in administrativ verwendbare Macht umgeformt werden *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, 362. Auf S. 364 beschreibt *Habermas* zudem das Ziel der Diskurstheorie als Rationalisierung der Staatsgewalt von Regierung und Verwaltung, womit er die Gerichte, die er sonst differenziert, nicht ausdrücklich erfasst; vgl. auch ibid, 449. Die Passagen, in denen *Habermas* die öffentliche Meinung in Beziehung zu Gerichten setzt, heben auf den Weg der politischen Macht ab, die im parlamentarischen Verfahren von kommunikativer in administrative umgewandelt wird und durch die Gerichtsentscheidungen im konkreten Fall Wirksamkeit entfaltet. Deshalb setzt er an diesen Stellen die Gerichte auch stets in Klammern hinter den Gesetzgeber: „Tatsächlich bietet das Zusammenspiel einer zivilgesellschaftlich basierten Öffentlichkeit mit der rechtsstaatlich institutionalisierten Meinungs- und Willensbildung im parlamentarischen Komplex (und der Entscheidungspraxis der Gerichte) einen guten Ansatzpunkt für die soziologische Übersetzung des Begriffs deliberativer Politik", Ibid., 448-449; ebenso auf 451.

218 *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1990, 295.

219 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, 449-450.

220 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, 439.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

den unterschiedlichen prozeduralen Regeln und Begründungsdiskurse zurückzuführen. Anders als der Gesetzgebungsprozess zielt das Gerichtsverfahren auf Einzelfallgerechtigkeit und ist entsprechend auf die Klärung eines konkreten, von den Parteien bestimmten Streitgegenstandes bzw. auf die Feststellung der Schuld des Angeklagten ausgerichtet. Nur ausgenommene Verfahren vor den höchsten Bundesgerichten sind nicht derartig auf konkrete Parteien konzentriert, sofern sie Rechtsstreitigkeiten von allgemeiner Bedeutung klären.[221] Klagevoraussetzung ist für alle Verfahren eine gewisse Betroffenheit, nicht nur ein bloßes Interesse. Drittbeteiligungen sind nur sehr begrenzt möglich. Auch bei der abstrakten Normenkontrolle, die der Klärung einer abstrakt-generellen Rechtsfrage dient, sind Drittbeteiligungen neben den enumerativ aufgezählten Antragsberechtigten ausgeschlossen. Eine einflussnehmende Wirkung der öffentlichen Meinung auf die Rechtsfindung ist mithin in der Ausgestaltung des Rechtsfindungsprozesses nicht vorgesehen, der Argumente von außen nur über die verfahrensrechtlich vorgesehenen Parteienvorträge und Beteiligungsrechte zulässt. Ganz im Gegenteil: Die gesamte Struktur des Gerichtsverfahrens zeigt, dass es für externe Einflüsse wie die öffentliche Meinung nicht offen ist.[222] „Der juristische Diskurs soll … externen Einflussnahmen entzogen werden."[223] Zudem unterscheiden sich Gesetzgebungsprozess und Gerichtsprozess dahingehend, dass ersterer einen Begründungs- und letzterer einen Anwendungsdiskurs beinhaltet.[224] Beim Begründungsdiskurs zielt die Sprechsituation auf die potentielle Zustimmung aller Betroffenen.[225] In Anwendungsdiskursen tritt die Perspektive der potentiell Betroffenen

221 S. bspw. §§ 543, 566 ZPO.

222 Die „Pointe des ganzen Verfahrens [besteht in den] sachlichen Beschränkungen, denen der Prozessablauf unterliegt. Diese dienen nämlich der institutionellen Ausgrenzung eines internen Raumes für das freie Prozessieren von Gründen in Anwendungsdiskursen", ibid., 289. Vgl. a. *Möllers*, in: Schönberger/Jestaedt/Lepsius/id. (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 281, 352 zur Exklusivität von Gerichtsverfahren.

223 Ibid, 290-291. Damit würde „die Herstellung des Urteils dem professionellen Können der Richter allein überlassen ibid.

224 Ibid, 279.

225 Durch die ideale Sprechsituation soll „in einem zwanglosen, aber geregelten Wettbewerb um die besseren Argumente auf der Grundlage der besten Informationen und Gründe für eine strittige Äußerung die Zustimmung eines universalen Auditoriums [gewonnen werden]." Ibid, 279.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hinter diejenige der Parteien zurück.[226] Demzufolge können in Gerichtsverfahren allgemeingültige Wertentscheidungen nicht wie im Gesetzgebungsverfahren getroffen werden.

Diesem Unterschied kann auch nicht über die Deliberation im Gericht oder die Unparteilichkeit des Richters begegnet werden. Es erschiene praktisch als Überforderung der Richter, von diesen zu erwarten, dass sie im Wege der unparteilichen deliberativen Entscheidungsfindung tatsächlich „alle Betroffenen" in den Anwendungsdiskurs einbeziehen und darüber eine tatsächliche Interessenverallgemeinerung erzielen.[227] Das Verständnis, Unparteilichkeit mit „innerer Repräsentativität" gleichzusetzen, evozierte das Bild eines „*Dworkinischen Herkules*" in neuer Gestalt. Es wäre ein idealisierter Richtertypus, der zum „Stellvertreter der vom Volk ausgehenden Souveränität [wird], die ihn unmittelbar legitimiert",[228] der aber so in der Realität nicht anzutreffen sei. Sofern in der neueren Demokratietheorie vertreten wird, dass die Unparteilichkeit die Rechtsfindung im demokratischen Sinne repräsentativ macht,[229] steht die Unparteilichkeit im Dienst der „negativen Allgemeinheit",[230] die in Distanz zur öffentlichen Meinung entsteht und niemandem Vorteile oder Privilegien gewährt.[231] Auch die Deliberation in einem kollegialen Spruchkörper macht diesen nicht für

226 „In Anwendungsdiskursen beziehen sich die bereits als gültig unterstellten Normen nach wie vor auf die Interessen aller möglicherweise Betroffenen; aber bei der Frage, welche Norm einem gegebenen Fall angemessen ist, treten diese Bezüge hinter den Interessen der unmittelbar beteiligten Parteien zurück. Stattdessen treten Situationsdeutungen in den Vordergrund, die vom differentiellen Selbst- und Weltverständnis von Tätern und Betroffenen abhängen", ibid., 280. Diesen Unterschied ebenfalls betonend, *Möllers*, in: Schönberger/Jestaedt/Lepsius/id. (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 281, 352.

227 Kritisch auch *Möllers*, in: Schönberger/Jestaedt/Lepsius/id. (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 281, 352.

228 S. *Zinn*, in: Jahrreiß/Zinn (Hrsg.), Die Rechtspflege im Bonner Grundgesetz, 1950, 47, 57.

229 *Rosanvallon,* Demokratische Legitimität, 2013, 109 ff. Er verweist auf *Arendt*, die in der Unparteilichkeit das Bemühen gesehen hat, „die Gesellschaft als Ganzes zu repräsentieren", ibid, S. 110.

230 *Rosanvallon,* Demokratische Legitimität, 2013, 122: „[I]n einer Welt, in der eine positiv-kumulative Identifikations-Allgemeinheit ihren eindeutigen Sinn verliert, weil die Definition des Gemeinwohls uneindeutig ist und vielfältigen Gruppeninteressen unterliegt, wird die Bindung an eine negativ-prozedurale Allgemeinheit verstärkt."

231 *Rosanvallon,* Demokratische Legitimität, 2013, 121-122.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die öffentliche Meinung repräsentativ,[232] da jeder Richter innerlich unabhängig und unparteilich entscheiden muss und daher nicht als „Interessenvertreter" verschiedener gesellschaftlicher „Lager" betrachtet werden kann. Der Fortschritt eines diskursiven Charakters der Demokratie vollzieht sich laut *Rosanvallon* im Wesentlichen im Zusammenspiel der politischen mit der juridischen Gewalt – „*unter den Augen* der Öffentlichkeit", nicht mit der Öffentlichkeit.[233]

Zudem ist der gerichtliche Argumentationsprozess durch die Auslegungskanones und das Streben nach Kohärenz im Rechtssystem vorprogrammiert.[234] Der Rechtsanwendungsdiskurs dient primär der Einpassung der Rechtsprechung in ein kohärentes Normsystem und damit nicht der Umwandlung einer öffentlichen Meinung in administrative Macht.[235] Laut *Habermas* soll die innere Kohärenz des Rechtssystems für Rechtssicherheit sorgen, die für den Legitimitätsanspruch und die sozialintegrative Funktion der Rechtsordnung maßgeblich sei.[236] Die dem Recht immanente Spannung zwischen Faktizität und Geltung manifestiere sich innerhalb der Rechtsprechung als Spannung zwischen dem Prinzip der Rechtssicherheit und dem Anspruch, richtige, das heißt rational akzeptable Entscheidungen zu fällen.[237] Unvereinbar wäre es damit auch nach deliberativ-demokratischer Lesart des Grundgesetzes, wenn die Urteilsbegründung auf die sich wandelnde öffentliche Meinung zurückgriffe und auf dieser Grundlage zu einer dem ursprünglichen gesetzgeberischen Willen und auch anderen Gerichtsentscheidungen widersprechenden Rechtsanwendung im Einzelfall gelangen würde.

Schließlich scheint die öffentliche Meinung – anders als wissenschaftliche Erkenntnisse – nicht dafür geeignet zu sein, den Gerichten als sekundäre Rechtserkenntnisquelle zu helfen, die Gesetze oder die Verfassung besser zu erfassen. Ihr Ziel ist es, die Tagespolitik und die Gesetzgebung im eigenen Sinne zu beeinflussen, nicht aber, die gesellschaftliche Realität in Bezug auf bestimmte verfassungsrechtliche Konzepte widerzuspiegeln. Deshalb ist eine öffentliche Meinung zwar besonders wichtig, aber nicht eine die Rechtsprechung legitimierende, sondern eine diese kritisch be-

---

232 Auch *Rosanvallon*, der die Legitimität unabhängiger Institutionen auf deren Kollegialität stützt, setzt diese nicht mit einer bestimmten Form der Repräsentation gleich, id, Demokratische Legitimität, 2013, 114 f.

233 Ibid, 181-182.

234 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, 280, 288.

235 Ibid, 280-281.

236 Ibid, 241-244. Sie sicherten die Faktizität und Geltung des Rechts.

237 Ibid, 241-242.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

trachtende öffentliche Meinung, die eine politische Debatte über die Entscheidung anregt.

Im Ergebnis kann ein Gericht eine dem Gesetzgebungsprozess vergleichbare „geprüfte Interessenverallgemeinerung", die kommunikative in administrative Macht überführt, nicht vornehmen. Vielmehr ist sowohl nach liberaler als auch nach deliberativ-repräsentativer Lesart des Grundgesetzes davon auszugehen, dass die öffentliche Meinung über das Gesetzgebungsverfahren in eine verstetigte Mehrheitsmeinung überführt wird, die der nachfolgenden Ausübung von Staatsgewalt als Maßstab dient. Gerichtsverfahren begleitende Medienkampagnen von Minderheiten oder Opposition verfolgen daher auch primär den Zweck, politisch zu mobilisieren und über die öffentliche Meinung einen politischen Wandel zu erzeugen.[238]

(b) Angleichung von Rechtsprechung und Parlament

Schließlich ist es normativ nicht erstrebenswert, dass Gerichte auf die öffentliche Meinung als sekundäre Erkenntnisquelle zurückgreifen. Damit würde die Dritte Gewalt funktional näher an die parlamentarische Gewalt heranrücken. Dies würde nicht nur die der Gewaltenteilung zugrundeliegende Prämisse beeinträchtigen, dass es funktional unterschiedliche Gewalten gibt, die sich gegenseitig kontrollieren und mäßigen, es würde darüber hinaus den politischen Prozess vermutlich beeinträchtigen, da weniger Notwendigkeit bestünde, Gesetze an die sich ändernden öffentlichen Einstellungen anzupassen.

(c) Drohende Gefährdung der inneren Unabhängigkeit

Sofern die öffentliche Meinung als sekundäre Rechtserkenntnisquelle für die Auslegung des Gesetzes bzw. der Verfassung herangezogen wird, entstünde kein Konflikt zwischen öffentlicher Meinung und dem auszulegenden Gesetz bzw. der Verfassung. Doch auch in den gesetzesfreien Räumen dürfte sich die Richterin nicht an andere gesetzesfremde Einflüsse gebunden fühlen. In diesen seltenen Fällen liegt die Rechtsfindung in den Händen der auf mittelbare Weise persönlich legitimierten Richterin, deren Ermessen durch die Pflicht zur Einbindung der Judikate in ein kohärentes

238 *Thierse*, Politische Vierteljahresschrift, 61, 2020, 553–597; *Köhler*, in: Rademacher/Schmitt-Geiger (Hrsg.), Litigation-PR, 2012, 203, 209-212.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Rechtssystem begrenzt wird. Für eine „erweiternde" Auslegung von Art. 97 Abs. 1 GG, die zuließe, dass die Richterin in diesen Fällen mangels Gesetzesbindung im Sinne einer sekundären Rechtserkenntnisquelle an die öffentliche Meinung gebunden sein sollte, lässt Art. 97 Abs. 1 GG keinen Raum. Eine solche Auslegung widerstrebt Wortlaut, Systematik und Telos von Art. 97 Abs. 1 GG. Daran kann die Tatsache, dass die öffentliche Meinung eine gewisse Interessenverallgemeinerung voraussetzt, nichts ändern, denn eine dem Gesetz vergleichbare Interessenverallgemeinerung kann weder die öffentliche Meinung selbst noch die Verarbeitung der öffentlichen Meinung im Gerichtsprozess herbeiführen.[239]

Die unabhängige Entscheidungsfindung dürfte auch faktisch unter Druck geraten. Eine deliberativ-repräsentative Theorie, die von Gerichten verlangt, dass sie die öffentliche Meinung in ihrer Rechtsprechung berücksichtigen, müsste es nämlich als normativ erstrebenswert qualifizieren, dass sich die Gesellschaft im Prozess der öffentlichen Meinungsbildung mit Fragen beschäftigt, die in Gerichtsverfahren streitgegenständlich werden. Praktisch würde hieraus nicht nur das Bedürfnis nach einer prospektiv ausgerichteten Öffentlichkeitsarbeit der Justiz entstehen, sondern auch das Interesse, über Medienkampagnen Einfluss auf die Rechtsprechung zu nehmen, wodurch die Bewahrung der richterlichen Unabhängigkeit gefährdet wäre. Würde die öffentliche Meinung nämlich nicht nur in ihrer Informations- und Kontrollfunktion, sondern ebenfalls in ihrer Funktion, die staatliche Willensbildung zu beeinflussen, auf die Gerichte übertragen, stünden die Gerichte unter einem enormen öffentlichen Druck. Dieser dürfte es Richtern faktisch erschweren, innerlich frei von Druck ihre Entscheidungen zu treffen.

### (d) Keine Ausnahme für das BVerfG

Diese Überlegungen gelten auch für das BVerfG. Trotz seiner Funktion als Kontrolleur des Gesetzgebers untersteht auch dieses Gericht keiner demokratiestaatlich verbürgten Forderung, die öffentliche Meinung in der Rechtsfindung zu berücksichtigen. Dies wäre demokratiestaatlich auch deshalb nicht erstrebenswert, weil damit demokratische Elemente im Staatswesen gefördert würden.[240] Denkbar wäre zwar der Ansatzpunkt,

239 S. Kap. 2, A. I. 4. b) dd) (2) (a).

240 Diese Überlegung knüpft an *Elys* Erörterung an, in der er die proaktive Rechtsprechung des US Supreme Court als Mittel sah, um die Repräsentation der Be-



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dass das BVerfG den Gesetzgeber dazu bewegen würde, die öffentliche Meinung bei den politischen Entscheidungen zu berücksichtigen,[241] womit es die gesellschaftliche Rückkopplung der Gesetzgebung einfordern würde. Das freie Mandat der Abgeordneten unterbindet jedoch, dies als eine demokratische Pflicht zu konzipieren, deren Einhaltung das BVerfG kontrolliert. Außerdem würde es damit den Prozess öffentlicher Meinungsbildung wohl eher einschränken als fördern. Beriefe sich das Verfassungsgericht für die demokratische Legitimation seiner Entscheidungen auf die öffentliche Meinung, gäbe es nämlich kaum Anlass für den Gesetzgeber, die Entscheidung infrage zu stellen und – möglicherweise sogar im Rahmen von Art. 79 Abs. 2 GG – eine abweichende Entscheidung zu treffen. Zusätzlich würde damit der Prozess einer öffentlichen Meinungsbildung, die offen dafür ist, aus Standpunkten der Minderheit mehrheitsfähige Ansichten zu entwickeln, geschwächt. Dabei ist es aber gerade die Aufgabe des Verfassungshüters, diesen Prozess zum Schutz der Minderheiten zu bewahren.[242] Ferner ist das BVerfG als Hüter der Grundrechte[243] dazu angehalten, auch in unbestellten Freiräumen verfassungsrechtlicher Interpretation der individuellen Gerechtigkeit Rechnung zu tragen, die sich nicht immer mit dem allgemeinen Gerechtigkeitsempfinden deckt.

Hinzu kommt, dass auch das primär justizförmig agierende BVerfG nicht dafür geeignet wäre, eine dem Gesetzgebungsprozess vergleichbare Interessenverallgemeinerung vorzunehmen; sein Rechtsfindungsprozess beinhaltet mit der notwendigen Klagebefugnis und der nur eingeschränkten Möglichkeit der Beteiligung Dritter die Exklusivität des Gerichtsprozesses, die sich von der Offenheit des Gesetzgebungsprozesses unterscheidet. Sein Anwendungsdiskurs kann außerdem nicht so offen und dialogisch gestaltet sein wie der Begründungsdiskurs des Gesetzgebers. Am Ende entscheiden hier die Richter nach den Maßstäben des Rechts. Würde an dieser Stelle die Deliberation überbetont, wäre eine Trennung zwischen Gesetzgeber und BVerfG nicht mehr stringent durchzuhalten.[244] Schließlich stünde der Pflicht, die öffentliche Meinung zu berücksichtigen, das

völkerung und ihre Partizipation im demokratischen Prozess zu stärken, *Ely*, Democracy and Distrust: A theory of judicial review, 1980, 87.

241 S. BVerfG, Urt. v. 05.08.1966, BVerfGE 20, 162 (175).

242 S. für diese Zuordnung *Möllers*, in: Schönberger/Jestaedt/Lepsius/id. (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 281, 341 f.

243 Ibid, 344 f.

244 S. hierzu *Möllers*, in: Schönberger/Jestaedt/Lepsius/id. (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 281, 352.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gebot der unabhängigen Rechtsfindung genauso wie bei allen anderen Gerichten entgegen.[245]

(3) Demokratische Responsivität bzw. deliberative Rückbindung der Gesetzgebung an die Gesellschaft durch die öffentliche Kritik an der Rechtsprechung

Dass die neuere Repräsentationstheorie nicht unmittelbar auf die Rechtsprechung übertragen werden kann, heißt nicht, dass sie nicht mittelbar Bedeutung erlangt. Hierfür kann an bestehende Rechtsprechung angeknüpft werden, die ein eigenständiges öffentliches Informations- und Kontrollinteresse an der Jurisprudenz anerkannt hat, womit diese zu einem nicht unwesentlichen Bestandteil des demokratischen Prozesses wird, in dem die Ausübung von Staatsgewalt an die gesellschaftspolitische Meinungsbildung rückgekoppelt wird. Bereits 1997 hat das BVerwG entschieden, dass es eine verfassungsunmittelbare Aufgabe der rechtsprechenden Gewalt sei, Gerichtsentscheidungen zu veröffentlichen.[246] Die rechtsprechende Gewalt müsse sich wie die anderen Gewalten der öffentlichen Kritik stellen. Diese, so das BVerwG, könne eine Fortentwicklung der Rechtsprechung anstoßen, indem eine fachwissenschaftliche Diskussion oder die parlamentarische Kontrolle die Rechtsprechung zu Veränderungen bewegt. Auch das BVerfG leitete den Öffentlichkeitsgrundsatz von Gerichtsverfahren in seinem *ntv*-Urteil aus dem Demokratieprinzip ab, da die Zugänglichkeit zum Gerichtsverfahren erforderlich sei, um Bürgerinnen zur Bewertung der Arbeit der Gerichte zu befähigen.[247] Es hat zudem, wenn auch in einem anderen Kontext, die *Public-Watchdog*-Rolle der Medien anerkannt,[248] die der EGMR, als Schöpfer dieser dogmatischen Figur, ebenfalls auf die Dritte Gewalt bezogen hat. Medien sollten die Allgemeinheit demnach über Gerichtsverfahren als Gegenstand öffentlichen Interesses in-

245 Auch *Limbach* äußert, dass die Anbindung der Rechtsprechung des BVerfG an gesellschaftliche Gerechtigkeits- und Wertevorstellungen der „praktischen Legitimität" dient, nicht aber eine aus dem Demokratieprinzip folgende Pflicht des BVerfG sei, id., Die Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, 1997, 9 f., insb. 11-12; *Benda*, DÖV 1983, 305 ff.

246 BVerwG, Urt. v. 26.02.1997, NJW 1997, 2694. Es leitete diese Aufgabe unmittelbar aus dem Rechtsstaatsgebot einschließlich der Justizgewährleistungspflicht, dem Demokratiegebot und dem Grundsatz der Gewaltenteilung ab.

247 BVerfG, Urt. v. 24.01.01, BVerfGE 103, 44 (63, 65-66).

248 BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006 - 1 BvR 565/06 - Rn. 15.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

formieren,[249] die Rechtsprechung beobachten und vor allem über die Funktionsfähigkeit kritisch Bericht erstatten.[250]

Dieser Einbeziehung in die öffentliche Meinungsbildung und den demokratischen Diskurs widerspricht die vom politischen Prozess abgekoppelte Einzelfallfokussierung der Rechtsprechung nicht, denn hierdurch wird deutlich, ob und wie die Gesetze im Einzelfall durchgesetzt werden. Dabei liefert die Rechtsprechung zum einen Beispiele, anhand derer sich diskutieren lässt, ob die ethisch-moralischen Grundentscheidungen in eine Gesetzesform gegossen oder in gesetzesfreien Räumen in eine Rechtsfindung überführt worden sind, die in der Einzelfallanwendung überzeugen. Zum anderen lässt sich in Gerichtsverfahren die Funktionstüchtigkeit der Rechtsprechung beobachten.[251] Mittelbar wird hierbei kontrolliert, ob der Gesetzgeber seiner Aufgabe gerecht geworden ist, die Rechtsprechung mittels der Gesetzgebung sachgerecht zu steuern.[252] Besonders relevant sind daher Bereiche, in denen ein Gesetz die Fallentscheidung nicht determiniert, weil der Gesetzgeber in einem solchen Fall berufen sein kann, den betroffenen Rechtsbereich zu regeln. Im Ergebnis kann die gerichtliche Gesetzesanwendung bestätigt oder abgelehnt und über eine Gesetzesänderung neu justiert werden. Die öffentliche Kontrolle hat somit Relevanz für eine Verbesserung, das heißt eine volksnähere Gestaltung gesetzgeberischer Entscheidungen sowie für die Rückkopplung der Rechtsprechung an den „aktualisierten" Volkswillen.[253] Im Unterschied zur rein formalen Anknüpfung an das Gesetz als legitimationsstiftender Quelle folgt die demo-

249 EGMR, *Worm gg. Österreich*, Urt. v. 29.08.1997, Nr. 22714/93, § 50. Zum Gegenstand öffentlichen Interesses, s. a. EGMR, *Sunday Times gg. VK* (No. 1), Urt. v. 26.04.1979, Nr. 6538/74, § 65.

250 EGMR, *Observer and Guardian gg. VK*, Urt. v. 26.11.1991, Nr. 13585/88, § 59; *Dupuis u.a. gg. Frankreich*, Urt. v. 12.11.2001, Nr. 1914/02, § 42. Beim Justizsystem steht die Begutachtung der Funktionsfähigkeit im Vorderungrund, EGMR, *Kobenter und Standards Verlag gg. Österreich*, Urt. v. 02.11.2006, Nr. 60899/00, § 29.

251 S. hierzu auch BVerfG, Urt. v. 24.01.01, BVerfGE 103, 44 (72-73).

252 S. *v. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 185.

253 So ist die Rechtsprechung des BVerwG zu verstehen, BVerwG, Urt. v. 26.02.1997, BVerwGE 104, 105, NJW 1997, 2694, 2695: „Dem Staatsbürger müssen die maßgeblichen Entscheidungen […] zugänglich sein, damit er überhaupt in der Lage ist, auf eine nach seiner Auffassung bedenkliche Rechtsentwicklung mit dem Ziel einer (Gesetzes-)Änderung einwirken zu können. Das Demokratiegebot wie auch das Prinzip der gegenseitigen Gewaltenhemmung und -kontrolle, das dem Grundsatz der Gewaltenteilung zu eigen ist, erfordern es, daß auch über die öffentliche Meinungsbildung ein Anstoß zu einer parlamentarischen Korrektur der Ergebnisse möglich sein muß, mit denen die rechtsprechende Gewalt zur Rechtsentwicklung beiträgt." Vgl. *Möllers*, in: Schönberger/



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kratische Legitimation unter dieser Prämisse aus der Bindung an Gesetze, die in Auseinandersetzung mit der öffentlichen Kritik an der bestehenden Rechtsprechung, das heißt an der Gesetzesanwendung im konkreten Fall entstanden sind. Dies bewirkt eine stärkere inhaltliche Konnexität zwischen Gesetz und Rechtsprechung und damit auch eine Stärkung des vorhandenen Strangs sachlich-inhaltlicher Legitimation der Rechtsprechung.[254] Mit dieser Form der öffentlichen „Kontrolle" geht auch die rechtsprechende Gewalt in substantiellerem Maße gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 1 und 2 GG vom Volke aus, ohne dabei allerdings an das Konzept der öffentlichen Meinung anknüpfen zu müssen, deren fortwirkender Bestand durch politikwissenschaftliche Erkenntnisse zur Partikularisierung der öffentlichen Meinungsbildung zunehmend in Zweifel gezogen wird.

Diese Lesart geht über die klassische Lesart von Art. 20 Abs. 1 und Art. 97 Abs. 1 GG hinaus. Sie nimmt den in den neueren Repräsentationstheorien einbezogenen Gedanken der deliberativen Demokratietheorie auf, dass die Berücksichtigung der öffentlichen Meinung durch den Gesetzgeber zu einer materiell gehaltvolleren demokratischen Legitimation führen kann.[255] Dabei kann an die funktionale Lesart von Art. 5 Abs. 1 GG angeknüpft werden, die diesen Gedanken, wie dargelegt, bereits aufgenommen hat, weil sie die Medien als Verbindungs- und Kontrollorgan zwischen den Bürgern und den Staatsorganen konzipiert.[256] Die Medienöffentlichkeit ist damit erforderlich, um diese mittelbare Stärkung effektiver demokratischer Repräsentation zu erreichen.[257]

---

Jestaedt/Lepsius/id. (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 281, 331-332, in Bezug auf die Rechtsprechung des BVerfG, deren vermeintliches Legitimationsdefizit durch die „Anpassungsmöglichkeiten an Dringlichkeit [verlöre]", 331; *Gostomzyk*, Die Öffentlichkeitsverantwortung der Gerichte in der Mediengesellschaft, 2006, 111-112, diese Rückkopplung sei ein „Moment prozesshaft erzeugter Rationalität 112.

254 Damit wird nicht allein an die „disziplinierende Vorwirkung" der medienöffentlichen Kontrolle der Rechtsprechung und die darin verbürgte Absicherung der Gesetzesbindung des Richters angeknüpft wie bei *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, 227 oder die nur potentielle Inhaltskontrolle der Rechtsprechung durch den Gesetzgeber, ibid, 125 f., 197.

255 Da das Gesetz hier Anknüpfungspunkt für die demokratische Legitimation bleibt, bedarf es keiner Erörterung, inwiefern das Postulat einer Legitimationsbedürftigkeit hoheitlicher Gewalt gegenüber allen Betroffenen überhaupt mit dem Grundgesetz vereinbar ist, vgl. dazu *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, 119-123.

256 S. A. I. 4. b) cc).

257 S. o. A. I. 4. b) cc); dabei können die Mediendebatten, die durch die mündliche Verhandlung inspiriert sind, „wertvolle Anhaltspunkte für die öffentliche Mei-



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Dieser Überlegung steht nicht entgegen, dass sie eine wirksame medienöffentliche Kritik der Rechtsprechung voraussetzt und damit ebenfalls ein Konzept von demokratischer Kontrolle durch die Öffentlichkeit auf die Dritte Gewalt überträgt, das ursprünglich nur für die politischen Gewalten galt. Freilich unterscheidet sich die Form der in diesem Modell avisierten Kontrolle der Rechtsprechung von derjenigen des Gesetzgebers und der Regierung, da sie die Dritte Gewalt nicht mittels des Wahlaktes zur Rechenschaft zieht und sanktioniert.[258] Das spricht aber nicht *per se* gegen die Übertragung dieses Kontrollkonzepts, denn die Ausgestaltung der geforderten Kontrolle kann an die besonderen Merkmale der rechtsprechenden Gewalt angepasst werden.

Die Anpassung rechtfertigt sich nicht nur durch die richterliche Unabhängigkeit, die einer persönlichen Rechenschaftspflicht der Richter gegenüber der Öffentlichkeit entgegensteht, sondern auch durch den Zusammenhang zwischen Verantwortung und Rechenschaftspflicht. Demokratisch verantwortlich für die Rechtsprechung ist der Gesetzgeber, an dessen Gesetze der Richter gemäß Art. 97 Abs. 1 GG gebunden ist, um die demokratische Legitimation der Rechtsprechung zu wahren. Auch die Auslegungsspielräume gehen auf die politische Entscheidung des Gesetzgebers zurück, diesen Freiraum zu belassen. In außergesetzlichen Bereichen entscheiden die Gerichte nicht nach politischen Kriterien, sondern orientieren sich an der Kohärenz der Rechtsordnung und letztlich trifft der Gesetzgeber die Entscheidung, ob er diese Rechtsprechung akzeptiert oder ein Gesetz an deren Stelle setzt. Damit tragen Gerichte nicht die politische Verantwortung, sondern die Verantwortung für die fachliche Richtigkeit und das verfahrenskonforme Zustandekommen ihrer Entscheidungen. Dieser Verantwortungsverteilung entsprechend verpflichtet nur das Parlament die Allgemeinheit unmittelbar; die Judikative tut dies mittelbar über die Formulierung von allgemeingültigen Rechtssätzen und Maßstäben. Unmittelbar verpflichtet sie nur die Parteien. Spiegelbildlich müssen also auch die demokratischen Sanktionsakte bei der Rechtsprechung in mittelbarer, bei der Legislative in unmittelbarer Weise greifen. Der Gesetzgeber kann auf öffentliche Kritik an der Rechtsprechung mit bestätigender oder ablehnender Gesetzgebung reagieren, was für die Dritte Gewalt gleichbe-

---

nung in einer pluralistischen Gesellschaft" liefern, *Limbach*, Die Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, 1997, 13; vgl. *Gostomzyk*, Öffentlichkeitsverantwortung der Gerichte, 2006, 91.

258 *V. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 185-186; *Mishra*, Urteilsschelte, 1997, 106 ff.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

deutend ist mit der Ab- oder Wiederwahl des Parlaments.[259] In dem Sinne ist der Begriff der demokratischen Kontrolle der Rechtsprechung nicht als politische Rechenschaft der Richter, sondern als Rechtsprechungskritik und deren Einbeziehung in den politischen Prozess zu verstehen. Genau genommen wird das Kontrollkonzept damit nicht auf die Dritte Gewalt übertragen, sondern die Dritte Gewalt wird in das Kontrollkonzept einbezogen.[260]

Der Einbeziehung der Dritten Gewalt in das demokratische Kontrollkonzept steht auch nicht entgegen, dass es keinen kompetenten Kontrolleur für die Rechtsprechung gibt. In der Literatur ist die Ansicht vertreten worden, dem Volk fehle die fachliche Kompetenz, um die Rechtsprechung zu kontrollieren.[261] Freilich kann die Mehrheit der Bürger, die juristisch nicht vorgebildet ist, die Rechtsprechung nicht fachlich überprüfen. Diese Aufgabe übernehmen zuvorderst die Prozessparteien bzw. der Instanzenzug. Diese Art von Kontrolle ist aber auch gar nicht verlangt. Für die demokratische Kontrolle ist vor allem relevant, wie die Entscheidung – als Folge der gesetzlichen Vorgaben – in der politischen Auseinandersetzung aufgenommen wird, ob die Entscheidung Kritik an der darin liegenden Rechtsdurchsetzung auslöst oder systematische Probleme der Rechtsordnung und -auslegung offenlegt und damit das kritische Augenmerk der demokratischen Diskussion auf die Funktionsfähigkeit der Rechtsordnung wirft.[262] Anhand dieser Überlegung kann erörtert werden, ob eine solche

---

259 Ibid., 186, „die Ermöglichung einer fundierten öffentlichen Meinung [ist] gleichbedeutend mit demokratischer Kontrolle." So auch das Sondervotum in BVerfG, Urt. v. 24.01.01, BVerfGE 103, 44 (65), allerdings unter Betonung der rechtsstaatlichen Kontrollkomponente.

260 Ist der Begriff der „Kontrolle" damit auch etwas irreführend, soll er hier verwendet werden, um zu verdeutlichen, wie die Dritte Gewalt in das der repräsentativen Demokratietheorie immanente demokratische Kontrollkonzept einbezogen ist.

261 *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, 74; die Fähigkeit jedenfalls bezweifelnd, *Kloepfer*, in: HStR III, 3. Aufl. 2005, § 42 Rn. 60; a.A. *v. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 184; ausführlich zum sog. Ignoranzargument *Scherer*, Gerichtsöffentlichkeit als Medienöffentlichkeit, 1979, 13-15 mwN.

262 Vgl. BVerfG, Urt. v. 24.01.2001, BverfGE 103, 44 (72-73); *Tschentscher* benennt auch die Eignung des Richters als Kontrollobjekte, id., Demokratische Legitimation der Dritten Gewalt, 2006, 228-233. Es ist jedoch nicht überzeugend, dass dies neben der Gesetzesbindung zusätzlich zur demokratischen Legitimation der Rechtsprechung in sachlich-inhaltlicher Sicht beitragen soll. Stattdessen fördert diese Form der Kontrolle die Rechtsstaatlichkeit der Rechtsprechung sowie ihre Qualität.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Rechtsprechung Bestand haben oder im Wege der Gesetzgebung in eine andere Richtung gelenkt werden sollte. Zu dieser Form der Kontrolle ist der Bürger nach verfassungsrechtlicher Konzeption *qua* seiner Stellung als Legitimationsgeber des Parlaments fähig.[263] Dieser Kompetenzzuweisung kann nicht entgegengehalten werden, dass Bürger Gerichtsverfahren lediglich aus Sensationslust verfolgen,[264] da eine derartige Unterstellung erst einmal zu belegen wäre. Medienvertreter berichten jedenfalls auch über Prozesse, die nicht „spektakulär" sind.[265] Die Medien fungieren mit ihrer Berichterstattung wiederum als Bindeglieder, die – als Mandatare der Bürger – die demokratische Kontrolle im Wesentlichen übernehmen.[266] Den Medien fehlt es nicht an fachlicher Kompetenz, die gerichtlichen Entscheidungen kritisch zu beleuchten. Es gibt viele Gerichtsberichterstatter, die auf die juristische Materie spezialisiert sind und oftmals juristisch qualifiziert sind. Obgleich die Medien hinsichtlich der Ausfüllung dieser Funktion Kritik erfahren haben,[267] kann ihnen die Fähigkeit hierzu nicht abgesprochen werden. Dafür gibt es zu viele positive Beispiele kritischer medialer Berichterstattung.[268] Dazu zählen die Auseinandersetzungen in der juristischen Fachpresse wie auch die massenmediale Diskussion. Beispiele sind die Kritik an der „Soldaten sind Mörder"- und der „Kruzifix"-Entscheidung des BVerfG, welche in letzterem Fall sogar zu einer nachträglichen Erläuterung des Gerichts führte.[269]

---

263 So auch *v. Coelln*, der schreibt, dass die begleitende Kontrolle von Staatshandeln nicht von persönlichen Fähigkeiten der Bürger abhängen kann, wenn dies schon der Wahlakt, das heißt die unmittelbare Teilhabe an der Staatswillensbildung, nicht erfordert, id., Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 184. Die demokratische Kontrolle sei eine allgemeine Kontrolle im Sinne eines kritischen Miterlebens staatlicher Machtausübung, ibid, 186.

264 So aber *v. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 186; *Wickern*, in: Löwe-Rosenberg (Hrsg.), StPO und GVG, 26. Aufl. 2010, vor § 169 GVG Rn. 3; *Burbulla*, Die Fernsehöffentlichkeit als Bestandteil des Öffentlichkeitsgrundsatzes, 1998, 30 f.

265 S. hierzu beispielsweise die regelmäßige Berichterstattung auf lto.de.

266 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, 457: „*Idealiter* sollen sich die Massenmedien ‚als Mandatar eines aufgeklärten Publikums' verstehen, dessen Lernbereitschaft und Kritikfähigkeit sie zugleich voraussetzen, beanspruchen und bestärken."

267 Studien legen u. a. dar, dass Medien auf lokaler Ebene nicht sehr kritisch Bericht erstatten, *Friske*, Justiz und Medien, 1988, 34 ff.

268 S. *v. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 187 mwN.

269 *V. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 187-188, *Wickern*, in: Löwe-Rosenberg (Hrsg.), StPO und GVG, 26. Aufl. 2010, vor § 169 GVG Rn. 3.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(4) Zwischenergebnis

Im Ergebnis lässt sich Folgendes festhalten: Die öffentliche Meinung ist dem Volkswillen nicht gleichzusetzen, wie er sich nach normativen Kriterien als „Staatswille“[270] unmittelbar in Wahlen und Abstimmungen und mittelbar in der Gesetzgebung manifestiert. Die Transformation des Volkswillens in einen – nach grundgesetzlichen Maßstäben anerkannten – Staatswillen stellt die Gleichheit der Bürger und deren Freiheit zur Meinungsbildung sicher. Die demokratische Legitimation der Staatsgewalten muss als staatsrechtliches Konzept an den im Sinne des Staatswillens normativ anerkannten Volkswillen anknüpfen. Andernfalls würden unterschiedliche Voraussetzungen an die Begründung und Ausübung einerseits sowie die Rechtfertigung staatlicher Hoheitsgewalt andererseits gestellt. Die öffentliche Meinung ist somit nicht als Ausdruck eines Volkswillens zu qualifizieren, welcher der Rechtsprechung in sachlich-inhaltlicher Weise demokratische Legitimation verleihen könnte. Damit kann der Rechtsprechung auch nicht eine auf die öffentliche Meinung gestützte (zusätzliche) sachlich-inhaltliche Legitimation zukommen, wie *von Coelln* und *Britz* argumentieren.[271] *Von Coelln* stützt sein Argument auf das sich wandelnde Verständnis der Funktion der Dritten Gewalt, die weniger als „Instrument staatlicher Herrschaftsausübung, sondern eher als gesellschaftliche Funktion verstanden [wird], die nicht zuletzt auf Akzeptanz gegründet ist“.[272] Das zeige sich darin, dass in der Debatte um die Legitimation der Rechtsprechung die „Legitimation durch Konsensbildung“ stärker betont werde.[273] Dabei scheint *von Coelln* allerdings die demokratische „Input“-Legitimation und die ergebnisorientierte Legitimität der Rechtsprechung nicht ausreichend auseinanderzuhalten.

Das Konzept der demokratischen Responsivität bzw. der deliberativen Rückbindung der Ausübung von Staatsgewalt an die Gesellschaft ist ebenfalls nicht unmittelbar auf die Rechtsprechung übertragbar. Es wäre gera-

---

270 Vgl. zur Differenzierung zwischen „Volkswille“ und „Staatswille“, *Hesse*, Grundzüge der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 149 f.

271 *V. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 171; *Britz*, Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal, 1999, 219 ff.

272 *V. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 181, m. w. Literaturnachweisen für das sich wandelnde Verständnis, u. a. *Schubert*, DRiZ 2001, 240; *Weber-Grellet*, ZRP 2003, 146; *Schultze-Fielitz*, in: Schuppert/Buhmke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000, 113.

273 *V. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 181.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dezu widersinnig, die Repräsentationstheorie mit einem deliberativ-demokratisch beeinflussten Konzept der Responsivität zu ergänzen, um Gerichte darin zu bestärken, unter Berufung auf die öffentliche Meinung Rechtsfragen zu entscheiden, die besser dem Gesetzgeber überlassen würden.[274] Damit wäre der allgemeinen Stärkung der demokratischen Legitimation von ausgeübter Staatsgewalt nicht gedient. Mit der Deliberationstheorie wäre ein solches Ergebnis zudem nicht vereinbar, weil diese die politische Willensbildung in der Zivilgesellschaft fördern und das BVerfG deshalb auf seine Kompetenz beschränken möchte, die einen demokratischen Diskurs sicherstellenden parlamentarischen Verfahren zu bewahren. So meint *Maus* in Anknüpfung an *Habermas*, dass das BVerfG in seiner Entscheidungspraxis eher beschränkt als gestärkt werden sollte, um die demokratische Volkssouveränität zu schützen und wieder zum Ursprung aller politischen Entscheidungen zu machen.[275]

Ferner zeigen politikwissenschaftliche Erkenntnisse, dass die Partikularisierung der öffentlichen Diskussionen die Annahme einer öffentlichen Meinung weniger plausibel werden lässt. Deshalb ist für die legitimatorische Wirkung eher auf die Anregung des politischen Prozesses als auf die materielle Anbindung der Ausübung von Staatsgewalt an den Inhalt der öffentlichen Meinungsbildung abzustellen. Die Diskussion zur Responsivität des Gesetzgebers gegenüber öffentlicher Kritik an der Rechtsprechung konzentriert sich daher darauf, dass öffentliche Diskussionen über die Rechtsprechung eine Gesetzgebung anregen können, die sich mit der Kritik an der Rechtsprechung und damit gegebenenfalls auch mit einer Kritik an der eigenen Gesetzgebung auseinandersetzt. Die hieraus entstehenden Gesetze vermögen die sich an diesen Gesetzen wiederum orientierende Rechtsprechung in substantieller Hinsicht besser mit den gesellschaftlichen Bedürfnissen in Einklang zu bringen.

#### ee) Medienöffentliche Kritik als Gewähr der Gesetzesbindung der Rechtsprechung

Eine zusätzliche Legitimation möchte *Tschentscher* darauf stützen, dass die (potentielle) mediale Kontrolle der Rechtsprechung den Richter zur Ein-

274 Damit würde der demokratische Diskurs eingeschränkt, da das BVerfG den Gesetzgeber bindet und ihm für eine andere Auslegung die Bürde des Art. 79 Abs. 2 GG auferlegen würde.

275 *Maus*, Justiz als gesellschaftliches Über-Ich, 2018.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

haltung der Gesetzesbindung bewegt.[276] Diese Überlegung stützt er auf die deliberative Demokratietheorie, auf ein Legitimationsbedürfnis, das gegenüber allen Betroffenen gilt, und die potentielle Inhaltskontrolle als primäres Kriterium demokratischer Legitimation.[277] Trotz des direkten, an die Gerichte selbst adressierten Kontrollelements ist die richterliche Unabhängigkeit dieser Überlegung nicht entgegenzuhalten. Das folgt aus der inneren Dichotomie des Prinzips der richterlichen Unabhängigkeit, die nicht nur Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips, sondern auch des Demokratieprinzips ist.[278] Die richterliche Unabhängigkeit sichert die Gesetzesbindung, indem sie den Richter dazu anhält, gesetzesfremde Übergriffe abzuwehren. Die Gesetzesbindung des Richters ist Rechtfertigung und damit notwendige Bedingung für die richterliche Unabhängigkeit. Durch die Anbindung an das Gesetz und das diesem zugrundeliegende Telos setzt der Richter in der Gesetzesinterpretation den Volkswillen und nicht die Partikularinteressen der Parteien durch, bzw. die Parteieninteressen finden ihre Grenzen innerhalb des im Gesetz konkretisierten Volkswillens.[279] Die unparteiliche Anwendung einer Norm schließt damit die Lücke, die bei ihrer Begründung im Gesetzgebungsprozess normalerweise wegen der Un-

---

276 *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, 127, 227; *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673, 680, die öffentliche Kontrolle der Gesetzesbindung als einen weiteren Legitimationsmoment, der die Anbindung an die Gesellschaft sicherstelle. Andere sehen den Richter zur Berücksichtigung der öffentlichen Kritik aus dem Demokratieprinzip verpflichtet, um die Gesetzesbindung abzusichern: *Guarnieri*, in: Canivet/Adenas/Fairgrieve (Hrsg.), Independence, Accountability and the Judiciary, 2006, 405, 406; vgl. *Stürner*, JZ 2001, 699, 702; *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, 165. Dem ist entgegenzuhalten, dass ein Gericht die Kritik am eigenen Urteil nicht bereits bei der Urteilsfällung berücksichtigen kann. Die demokratische Pflicht ist somit allein die Einhaltung der Gesetzesbindung.

277 Zur Begründung bezieht er sich auf die Diskurstheorie, *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, 123-125; 227, zur Legitimationsbedürftigkeit hoheitlicher Gewalt gegenüber allen Betroffenen ibid, 119 f., und zur potentiellen Inhaltskontrolle als Legitimationskriterium, ibid, 125 f. Im Wege des Kriteriums der „potentiellen Inhaltskontrolle" weitet *Tschentscher* die Möglichkeit der Legitimation jenseits der *ex post*-Kontrolle auf eine steuernde Wirkung öffentlicher Kritik aus, ibid, 127.

278 Die Dichotomie der normativen Grundlage der richterlichen Unabhängigkeit macht auch deutlich, dass es nicht *per se* mit der richterlichen Unabhängigkeit unvereinbar ist, für die Begründung der Legitimität der Rechtsprechung Konzepte demokratischer Repräsentation heranzuziehen, da das Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit seine Rechtfertigung aus einer sie selbst begrenzenden Anbindung an den demokratisch legitimierten Gesetzesakt bezieht.

279 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, 280-281.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

vorhersehbarkeit künftiger Situationen offenbleiben musste.[280] Zwecks Durchsetzung der Gesetzesbindung muss diese auch überprüfbar sein. Dieser Überprüfung dient die Medienöffentlichkeit. Sie bestärkt damit sowohl Grundlage als auch Einhaltung der richterlichen Unabhängigkeit. Die kritische Beobachtung vermag außerdem die Selbstdisziplinierung des Richters anzuregen und damit die innere Unabhängigkeit des Richters zu stärken. Die Anleitung zur Selbstkontrolle ist notwendig, da der Richter sich nie gänzlich von seinen Vorverständnissen und gesellschaftlichen Einflüssen befreien kann. Die „Fremdkontrolle" ist in diesem Umfang keine Antithese zur Unabhängigkeit, sondern ihre Absicherung.[281]

*Tschentschers* Ansatz ist dennoch entgegenzuhalten, dass die Absicherung der richterlichen Gesetzesbindung nicht zu einem „Mehr" an Legitimation führen kann, weil die Legitimationsgrundlage nicht durch weitere Aspekte angereichert wird. Zudem stellt diese Konzeptualisierung keine Lösung für diejenigen Bereiche bereit, in denen die Gesetze die Rechtsfindung nicht eindeutig steuern. Es ist außerdem problematisch, öffentliche Kritik mit der Meinung der von einer Entscheidung potentiell Betroffenen gleichzusetzen, da öffentliche Kritik auch von einzelnen „lauten" Stimmen geäußert werden kann.[282] Ferner geht die deliberative Demokratietheorie von einer steuernden Wirkung der öffentlichen Meinungsbildung aus, was die Gesetzesbindung und die richterliche Unabhängigkeit bei Gerichten gerade vermeiden sollen.[283] Auf die Gerichte ist diese Steuerungswirkung daher nicht bezogen worden.[284] Im Ergebnis ist es zwar plausibel, dass die öffentliche Beobachtung und die (potentielle) Kritik den Richter zur Befol-

280 Ibid, 266.

281 Vgl. *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, 227.

282 Selbst die Entstehung einer öffentlichen Meinung würde nicht gewährleisten, dass alle Betroffenen zu Wort gekommen sind, s. die kritische Würdigung des demokratischen Potentials der Medienöffentlichkeit von *Habermas* in Kap. 2, A. I. 4. b) bb).

283 In der Diskurstheorie soll der öffentliche Diskurs zukünftige hoheitliche Entscheidungen beeinflussen, *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, 364. Auch die Annahme *Tschentschers*, dass es im Rahmen des Demokratieprinzips nur um die potentielle Kontrolle und Einflussnahme gehen könne und nicht um tatsächliche Mitwirkungsbefugnissen und Einflussnahme, ibid, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, 127-128, unterscheidet sich vom Modell der Diskurstheorie. Letzteres setzt voraus, dass soziale Macht in den institutionalisierten Verfahren der demokratischen Meinungs- und Willensbildung zu kommunikativer Macht anwächst und in der Entscheidung des Staatsorgans (des Gesetzgebers) zu administrativer Macht wird, *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, 362.

284 S. ibid, insb. *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, 188, 371 und Fn. 217.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gung der Gesetzesbindung anhalten, eine eigenständige Legitimation erwächst hieraus jedoch nicht. Daher ist *Wittreck* darin zuzustimmen, dass die öffentliche Beobachtung und Kritik an der Rechtsprechung nur mittelbar einen Beitrag zur demokratischen Legitimation der Rechtsprechung leisten, indem sie die Richter zur Selbstdisziplin bei der Beachtung der Gesetzesbindung der Rechtsprechung anhalten.[285]

#### ff) Folgen für die Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt

Insofern die Rechtsprechung aufgrund ihres gesamtgesellschaftlichen Bezugs zum Gegenstand der öffentlichen Meinungsbildung wird, ist die gesamtgesellschaftliche Allgemeinheit mittelbar auch Adressat der gerichtlichen Entscheidungen. Um diesen Adressaten zu erreichen und die Einbeziehung der Rechtsprechung in die öffentliche Meinungsbildung zu unterstützen, bedarf es der Transparenz und eines ausreichenden Verständnisses für die Rechtsprechung. Letzteres kann vor allem durch sachgerechte Öffentlichkeitsarbeit hergestellt werden.

Der Zugang zu den Gerichtsverfahren und die Zugänglichkeit von Gerichtsurteilen ist Voraussetzung dafür, dass die Rechtsprechung in der öffentlichen Meinungsbildung berücksichtigt werden kann.[286] Der Zugang allein reicht jedoch nicht. Der öffentliche Meinungsaustausch wird nämlich in weiten Teilen von den Medien angeregt und strukturiert. Dem Sondervotum im *ntv*-Urteil ist zudem darin zuzustimmen, dass „[d]ie Veränderung der Kommunikationsmöglichkeiten und -gewohnheiten … die Wichtigkeit der medienvermittelten Wahrnehmung auch für die Beobachtung und Kontrolle von Gerichtsverhandlungen verstärkt [hat]".[287] Damit die Rechtsprechung also tatsächlich in die öffentliche Meinungsbildung Eingang findet, muss die Saalöffentlichkeit mithin als Medienöffentlichkeit interpretiert werden.

---

285 *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, 163 f. Die Rolle der Medienöffentlichkeit ordnet er dabei als begrenzt, nämlich auf einige wenige Fälle konzentriert, ein, ibid, 163, 165-167. Anders die überzeugende Bewertung bei *v. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 187-189.

286 So bereits BVerwG, Urt. v. 26.02.1997, NJW 1997, 2694 und vgl. BVerfG, Urt. v. 24.01.01, BVerfGE 103, 44 (63, 65-66); vgl. BVerfG, Urt. v. 14.01.1986, BVerfGE 70, 324 (358). *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, 165, die Gerichtsöffentlichkeit sichere die legimitationsstiftende Kraft der medialen Kontrolle.

287 BVerfG, Urt. v. 24.01.2001, BVerfGE 103, 44 (74).



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Erst das Verständnis für die Funktionsweise der Rechtsprechung befähigt die Medien und darüber vermittelt den Bürger dazu, die Rechtsprechung in den Meinungsbildungsprozess einzubeziehen.[288] Somit ist das Verständnis ein Element, das zum Zugang hinzutreten muss. Die Bedeutung des Verständnisses hatte das BVerfG bereits in Bezug auf Gesetze hervorgehoben. So formulierte es hinsichtlich der Informationstätigkeit zu Rechtsnormen: „Schließlich kann die sachgerechte, objektiv gehaltene Information über das Recht … ein berechtigtes Anliegen im sozialen Rechtsstaat sein. Viele Gesetze sind heute infolge ihrer hohen Technizität ohne sachkundige Anleitung kaum noch hinreichend verständlich. Der Bürger wird durch Informationen, die ihm in allgemein verständlicher Weise den Inhalt von Gesetzen und deren Änderungen nahebringen, über seine Rechte und Pflichten aufgeklärt und instand gesetzt, von den ihm durch die Rechtsordnung eröffneten Möglichkeiten im persönlichen Bereich in angemessener Weise Gebrauch zu machen."[289] Die Bürger sollen also durch die Öffentlichkeitsarbeit dazu befähigt werden, die Gesetze und ihre Wirkung zu erkennen und entsprechend handeln zu können.

Wird gleichzeigt das Urteil des BVerwG zur Veröffentlichungspflicht von Gerichtsurteilen berücksichtigt, liegt der Schluss nahe, dass die Bürger auch in Bezug auf die Rechtsprechung durch Öffentlichkeitsarbeit dazu befähigt werden müssen, diese und ihre Wirkung zu verstehen. Damit der Bürger, wie vom BVerwG avisiert, seine Rechte wahren und die Ausübung staatlicher Befugnisse kritisch begleiten kann, muss er sie nämlich auch begreifen können.[290] Da die Gesetze in der gerichtlichen Praxis angewandt werden und das Recht in der Rechtsprechung auch fortgebildet wird – 132 Abs. 4 GVG –,[291] färbt die Forderung des BVerfG zudem auf die Gerichtspraxis ab. Übertragbar ist ebenfalls, dass es Erklärungen und Erläuterungen in der Sprache des Bürgers bedarf, um das Verständnis des Bürgers für die Rechtsprechung zu fördern. Die Rechtsprechung ist noch mehr als die Gesetze für den Bürger oftmals zu technisch, als dass sie verstanden werden könnte. Die dogmatisch einwandfreie Begründung eines Urteils erzeugt kein Verständnis. Stattdessen sind intersubjektiv nachvollziehbare

288 S. a. BVerfG, Urt. v. 24.01.01, BVerfGE 103, 44 (72-73).

289 BVerfG, Urt. v. 02.03.1977, BVerfGE 44, 125 (148).

290 Vgl. BVerfG, Urt. v. 24.01.01, BVerfGE 103, 44 (73) (Sondervotum). Vgl. a. *Gostomzyk*, Öffentlichkeitsverantwortung der Gerichte, 2006, 113.

291 So begründete das BVerwG die Veröffentlichungspflicht veröffentlichungswürdiger Gerichtsentscheidungen, s. BVerwG, Urt. v. 26.02.1997, BVerwGE 104, 105, NJW 1997, 2694, 2695.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Erklärungen gefordert.[292] Für die Befähigung der Gesellschaft zur politischen Kontestation bedarf es also der korrekten Information und Erklärung öffentlich relevanter judikativer Entscheidungen.

Zudem besteht in einer Kommunikations- und Mediengesellschaft das Risiko, dass die allgemeine Öffentlichkeit die Begründung von Gerichtsentscheidungen trotz allgemeiner Relevanz nicht zur Kenntnis nimmt, sofern über diese nicht in den Medien berichtet wird. Gefragt ist also ebenfalls eine Öffentlichkeitsarbeit, die auf wichtige Urteile aufmerksam macht. Die Medien werden damit zum Kooperationspartner, der sachgerecht informiert werden muss. Wenn die Berichterstattung inkorrekt ist, dann ist es Aufgabe der Dritten Gewalt, für eine Richtigstellung zu sorgen, sofern die Fehlberichterstattung eine demokratische Auseinandersetzung über die Gerichtsentscheidungen verfälschen oder verzerren könnte.

### c) Judikative Medienöffentlichkeit zur Stärkung des gesellschaftlichen Grundkonsenses

Das Einverständnis bzw. der Grundkonsens der Bürger mit der vom Grundgesetz geschaffenen Staatsordnung ist ein Ziel, das laut BVerfG aus dem Demokratieprinzip folgt. Die hieraus folgende demokratische Pflicht, das Einverständnis der Bürger mit der Rechtsordnung zu bewahren, trifft auch die Dritte Gewalt (aa). Dies verlangt im Kern, dass die Bürger der Dritten Gewalt in Bezug auf die Ausübung ihrer Staatsgewalt Vertrauen schenken und ihre Rechtsprechung akzeptieren (bb). Die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung ist dabei notwendiges Mittel, um dieses Ziel zu erreichen (cc).

#### aa) Förderung des gesellschaftlichen Grundkonsenses als Aufgabe der Rechtsprechung

Im Jahre 1977 erklärte das BVerfG, dass die Demokratie eines weitgehenden, von Differenzen in Einzelfragen unabhängigen Einverständnisses der Bürger mit der vom Grundgesetz geschaffenen Staatsordnung bedürfe.[293] Der Grundkonsens werde „von dem Bewusstsein der Bürger getragen, dass

---

292 *Helms*, APuZ B43/2003, 39.

293 BVerfG, Urt. v. 02.03.1977, BVerfGE 44, 125 (147). Auch für die folgenden Ausführungen.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der vom Grundgesetz verfasste Staat dem einzelnen im Gegensatz zu totalitär verfassten Staaten einen weiten Freiheitsraum zur Entfaltung im privaten wie im öffentlichen Bereich offenhält und gewährleistet".[294] Damit stellte das BVerfG heraus, dass ein Einverständnis mit der Rechtsordnung zum formalen Wahlakt hinzutreten müsse, damit die Staatsgewalt tatsächlich vom Volkswillen getragen sei. Der Grundkonsens wird somit zur normativen Grundkoordinate demokratischen Regierens. In dem zugrundeliegenden Urteil erklärte das BVerfG, dass Regierung und gesetzgebende Körperschaften die Aufgabe haben, diesen Grundkonsens zu bewahren.

Den gesellschaftlichen Grundkonsens zu bewahren und zu fördern, dürfte auch demokratische Aufgabe der Dritten Gewalt sein[295] und im ureigenen Interesse der Justiz liegen.[296] Da die Gerichte gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG zur freiheitlich-demokratischen Staatsordnung ebenso ihren Beitrag leisten wie die Regierung und die gesetzgebenden Körperschaften, erklärt sich nicht, weshalb diese von der Pflicht ausgenommen sein sollten, das Einverständnis der Bürger mit der Rechtsordnung zu fördern. Wie die politische Staatsgewalt ist die Dritte Gewalt als verfassungsrechtlich von der *pouvoir constituant* konstituierte eigenständige Staatsgewalt in ihrer Hoheitsausübung dem gesamten Volk gegenüber verantwortlich. Als eigenständige Staatsgewalt ist die Dritte Gewalt außerdem dafür verantwortlich, dass die Rechtsordnung funktionsfähig ist, das heißt auch, dass die Bürger zur Rechtsbefolgung willens sind. So wie das Recht im Spannungsfeld von Faktizität und Geltung steht,[297] das heißt im Spannungsfeld zwischen seiner positiven Gültigkeit und der gesellschaftlichen Anerkennung,[298] steht auch die Rechtsprechung in diesem Spannungsfeld. Dies ist besonders dort der Fall, wo der unhinterfragte Legalitätsglauben abgenommen hat und die allgemeine Rechtsakzeptanz nicht mehr unterstellt werden kann.[299] Dieses grundlegende Spannungsfeld lässt eine Verantwortung aller Gewal-

294 Ibid.

295 Vgl. *v. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 189. Vgl. auch *Kloepfer*, in: HStR III, 3. Aufl. 2005, § 42 Rn. 60.

296 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.12.2007, BVerfGE 119, 309 (320). Laut BVerfG läge es im Interesse der Justiz, dass die Arbeit der Justiz, vor allem die Durchführung der mündlichen Verhandlung öffentlich wahrgenommen werde.

297 S. zu Faktizität und Geltung der Rechtsordnung, *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, 171.

298 Ibid. *Habermas* meint, die Spannung zwischen Faktizität und Geltung zeige sich in der „Dimension der Rechtsgeltung" als „Spannung zwischen der Positivität und Legitimität des Rechts".

299 *Gostomzyk*, Öffentlichkeitsverantwortung der Gerichte, 2006, 92, 115.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ten entstehen, dafür Sorge zu tragen, dass der Grundkonsens erhalten bleibt und damit die sozialintegrative Kraft des Rechts und die Rechtsbefolgung gesichert bleiben.[300]

Kein zwingender Einwand gegen die judikative Verantwortung für die Bewahrung des Grundkonsenses ist die Tatsache, dass die rechtsprechende im Gegensatz zur gesetzgeberischen und gubernativen Gewalt nur im Einzelfall für die am Verfahren beteiligten Parteien verbindliche Entscheidungen trifft, und keine abstrakt-generellen Normen erlässt, die alle betreffen, berechtigen und verpflichten. Denn die Gerichte nehmen bei der Entscheidung des Einzelfalls stets die gesamtgesellschaftliche Aufgabe wahr, Konflikte im Rahmen des Rechts final zu entscheiden und damit für Rechtsfrieden zu sorgen.[301] Die Rechtsprechung stellt außerdem die rechtliche Praxis dar, in der die abstrakt-generellen Normen ihre konkrete Gestalt erhalten und ihre gesellschaftliche Wirkung erzielen. Mittelbar sind also die Normadressaten auch von der die Normen konkretisierenden Rechtsprechung – jedenfalls potentiell – betroffen. Dies ist vor allem deshalb der Fall, weil die Gerichte in ihren Entscheidungen über den Einzelfall hinausgehende Begriffsbestimmungen vornehmen und Maßstäbe bilden. Sind diese höchstrichterlich bestätigt, werden sie auch jenseits des verbindlich entschiedenen Einzelfalls in der Gerichtspraxis faktisch von allen Instanzen befolgt. Gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG binden bundesverfassungsgerichtliche Urteile die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden.

Auch die Tatsache, dass nur die politischen Gewalten dem Volk gegenüber demokratisch rechenschaftspflichtig sind, ist kein Grund, die Dritte Gewalt von ihrer Verantwortung, den gesellschaftlichen Grundkonsens zu bewahren, zu entbinden. Entscheidend muss nämlich die Betrauung mit der Aufgabe sein, die Rechtsordnung für die Bürger zu gestalten. Werden die Parlamentarier hierzu auch unmittelbar und die Regierung direkt davon abgeleitet von den Bürgern beauftragt, werden auch die Richter über die Wahl durch die Legislativ- bzw. den Ernennungsakt durch die Exekutivorgane mittelbar vom Bürger mit dieser Aufgabe betraut. Damit trifft die Dritte wie die anderen Gewalten die Aufgabe, das Einverständnis mit der von ihnen maßgeblich geprägten Rechtsordnung zu bewahren.

---

300 Ibid., 114. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass damit zugleich das rechtsstaatliche Interesse der Funktionsfähigkeit der Rechtsordnung abgesichert wird, vgl. ibid., 113-115.

301 Zur gesamtgesellschaftlichen Aufgabe der Gerichte, s. EGMR, *Sunday Times gg. VK* (No. 1), Urt. v. 26.04.1979, Nr. 6538/74, § 65.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Schließlich steht die Dritte Gewalt geradezu exemplarisch für die Funktion, den privaten Freiheitsraum aufrechtzuerhalten, da sie dem Einzelnen das Recht gewährt, seine subjektiven Rechte gegen mögliches staatliches Unrecht durchzusetzen. Sie dient der Offenhaltung des individuellen Freiheitsraums, indem sie demokratische Grundrechte in konkreten Fällen durchsetzt oder – im Falle des BVerfG – demokratische Teilhaberechte, auch der Minderheit und Opposition, stärkt. So trägt die rechtsprechende Gewalt dazu bei, „den weiten Freiheitsraum zur Entfaltung im privaten wie im öffentlichen Bereich [offenzuhalten und zu gewährleisten]".[302]

### bb) Mittel der Rechtsprechung zur Förderung des gesellschaftlichen Grundkonsenses

Eindeutig definiert hat das BVerfG den Begriff des Grundkonsenses nicht. Es knüpft bei der Begriffskonkretisierung aber an die Erfüllung normativer Erwartungen der Allgemeinheit an die Rechtsordnung an. Das BVerfG ordnet das gesellschaftliche Einverständnis der Bürger damit als Zeichen der Legitimität der politischen Ordnung, das heißt ihrer Akzeptabilität bzw. Anerkennungswürdigkeit ein.[303] Die Gründe für das gesellschaftliche Einverständnis bilden sich dementsprechend in Abhängigkeit von anerkannten normativen Leitprinzipien, welche die Rechtsordnung konstituieren und gleichzeitig ihre Funktionsfähigkeit sicherstellen.[304] Der Grundkonsens ist damit als Resultat der als legitim erachteten Ausübung von Staatsgewalt mit sozialintegrativer Wirkung zu verstehen.[305] Allgemein, so

302 Ibid.

303 Zur Akzeptabilität als Grundlage der Legitimität politischer Ordnungen, *Habermas*, Legitimationsprobleme im modernen Staat, PVS, 7/1976, 39, 42. Vgl. zum *diffuse support*, *Easton*, A Framework for Political Analysis, 1965; id., in: British Journal of Political Science 5, 1975, 435-457.

304 Vgl. *Habermas*, Legitimationsprobleme im modernen Staat, PVS, 7/1976, 39, 42; „Legitimationen dienen dazu, […] zu zeigen, wie und warum bestehende (oder empfohlene) Institutionen geeignet sind, legitime Macht so einzusetzen, dass die für die Identität der Gesellschaft konstitutiven Werte verwirklicht werden." *Luhmann* geht von einem gesellschaftlichen Konsens hinsichtlich der im Verfahren zum Tragen kommenden Verhaltenserwartungen aus, id., Legitimation durch Verfahren, 1969, 122.

305 Nach *Luhmann* stützt der Grundkonsens zum Gerichtsverfahren die Anerkennung der hieraus resultierenden verbindlichen Entscheidungen, ibid., 122. Zur sozialintegrativen Kraft der Förderung des Grundkonsenses, *v. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 189-191.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auch schon das Sondervotum im *ntv*-Urteil, könne die Rechtsprechung durch die effektive Rechtsdurchsetzung die Funktionsfähigkeit der Rechtsordnung im Einzelfall manifestieren und damit die allgemeine gesellschaftliche Akzeptanz der Rechtsordnung fördern.[306] Konkret fördert die Dritte Gewalt den gesellschaftlichen Grundkonsens mit der Rechtsordnung, indem sie den normativen Erwartungen, die die Verfassung an sie stellt, sichtbar und nachvollziehbar gerecht wird.

Anders als die politischen Gewalten, die für eine demokratische Interessenvertretung stehen, sind für die Rechtsprechung gemäß Artt. 97 Abs. 1 GG, 101 Abs. 1 S. 2 und 20 Abs. 3 GG die richterliche Unabhängigkeit, der Grundsatz des gesetzlichen Richters und die aus der Rechtsstaatlichkeit fließenden Verfahrensvoraussetzungen – darunter vor allem die Unparteilichkeit der Rechtsfindung und die fachgerechte Urteilsbegründung[307] – maßgeblich für die Erfüllung ihrer verfassungsrechtlichen Aufgabe. Das BVerfG präzisiert, dass die äußere und innere Unabhängigkeit des Richters, seine Neutralität und Distanz von grundsätzlicher Bedeutung für die Überzeugungskraft der richterlichen Entscheidungen sind.[308] Das Grundgesetz sehe den Richter „als Amtswalter, der, nur der Sache verpflichtet, unter gerechter Abwägung aller Rechte und Belange der Betroffenen und auch der Allgemeinheit verbindlich zu entscheiden hat, eine Aufgabe, die in seiner Person Unabhängigkeit, Neutralität und Distanz voraussetzt".[309] Es verlange vom Richter also eine unparteiische, gerecht abwägende und gemeinwohlorientierte Amtsführung. Auch in der Literatur werden neben der fachlichen Qualität der Urteilsbegründung die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Rechtsfindung als maßgebliche Faktoren für die gesellschaftliche Akzeptanz der Rechtsprechung hervorgehoben.[310] Der Demokratietheoretiker *Rosanvallon* unterstreicht die konsens-

306 BVerfG, Urt. v. 24.01.01, BVerfGE 103, 44 (72-73).

307 Dies ist Ausdruck der vom Rechtsstaatsprinzip geforderten Rationalität staatlichen Handelns, s. hierzu *Voßkuhle*, in: HStR III, 3. Aufl. 2005, § 43 Rn. 1.

308 So auch das BVerfG im Urt. v. 06.06.1988, NJW 1989, 93. Die Überzeugungskraft richterlicher Entscheidungen fuße in Hohem Maße auf dem öffentlichen Vertrauen in die unabhängige Richterschaft.

309 Ibid.

310 *Möllers*, in: Schönberger/Jestaedt/Lepsius/id., Das entgrenzte Gericht, 2011, 281, 306; *Würtenberger*, in: Hof/Schulte (Hrsg.), Wirkungsforschungen zum Recht, Bd. 3, 2001, 206; *Rosanvallon*, Demokratische Legitimität, 2013, 206; *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1969, 73-74: die Ausdifferenzierung des Rechtssystems, die sich in der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Richters niederschlägt, sowie die darauf gestützte Autonomie des Systems gegenüber sozialem Druck seien Voraussetzung für die Legitimation durch Verfahren.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fördernde Wirkung der richterlichen Unparteilichkeit. Sie bewirke, dass in der Rechtsfindung die negative Allgemeinheit repräsentiert werde, womit die individuelle Gleichheit in der Gesellschaft gestärkt werde.[311] Die Unparteilichkeit bekomme hierdurch eine „unmittelbar politische und demokratische Bedeutung",[312] deren Wirkung er als konsensstiftend qualifiziert,[313] sofern sie eine Entscheidungsfindung anleitet, die nach Objektivität strebt, die aber den gesellschaftlichen Kontext einschließlich der in der Gesellschaft vertretenen Partikularinteressen nicht ausblendet.[314] Schließlich dürfte die Rechtsprechung den Grundkonsens fördern, indem sie den Bürgern die Möglichkeit bietet, ihre Konflikte zu lösen und ihre Rechte durchzusetzen.[315]

### cc) Förderung des Grundkonsenses durch die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung

Aus dem Urteil des BVerfG zur Öffentlichkeitsarbeit der politischen Gewalten wird deutlich, dass die Förderung des gesellschaftlichen Grundkonsenses mit der Rechtsordnung neben der Befolgung der das Staatshandeln anleitenden normativen Kriterien auch verlangt, dass dies den Bürgerinnen im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit vermittelt wird. Das BVerfG verlangt also die Öffentlichkeit bzw. die Transparenz des exekutivischen Handelns. Zu klären ist daher, inwiefern dies auf die Dritte Gewalt übertragbar ist.

311 *Rosanvallon,* Demokratische Legitimität, 2013, 121 ff.

312 Ibid., 133, 150. Diese Definition sei weiter als die „einer nach liberalem Verständnis bloßen Nicht-Unterordnung", ibid., 133.

313 Ibid., 202.

314 Ibid., 131-133. Vgl. hierzu auch *Limbach*, Im Namen des Volkes, 1999, 120, die meint, Richterinnen müssten nicht nur Selbstdisziplin und -kritik üben, um dem eigenen nach Objektivität strebenden Amtsethos gerecht zu werden, sondern sie müssten ebenso reflektieren, „welche Werte in der Bevölkerung gepflegt und von anderen Mitgliedern der Gesellschaft akzeptiert werden."

315 Vgl. *Hufen*, in: Schuppert/Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000, 61, 73.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(1) Grundkonsens durch Transparenz im Rahmen der Saalöffentlichkeit als Grundsatz

Komplexe Teilsysteme der Gesellschaft, die für die Bürgerinnen nicht ohne spezifische Kenntnisse verständlich sind, bewahren ihren Grundkonsens primär durch das Vertrauen, das die Öffentlichkeit in die sachgerechte Funktionsausübung dieses gesellschaftlichen Teilsystems hat.[316] Grundsätzlich sichert das Vertrauen die öffentliche Folgebereitschaft trotz Ablehnung einer konkreten Entscheidung.[317] Dennoch ist die Akzeptanz der einzelnen Entscheidung nicht ohne Relevanz. In Anlehnung an die von *Easton*[318] vorgelegte Theorie wird in der juristischen Fachliteratur geäußert, dass sich der gesellschaftliche Grundkonsens zur Rechtsprechung primär aus dem Vertrauen der Gesellschaft in die Rechtsprechung speist, die Akzeptanz einzelner Gerichtsentscheidungen aber dadurch Bedeutung erlangt, dass bei der systematischen Versagung der Akzeptanz einzelner Entscheidungen dieses Vertrauen verloren zu gehen droht.[319] Auch das

316 Zur Funktion des Vertrauens als Mittel zur Reduzierung gesellschaftlicher Komplexität, s. *Luhmann*, Vertrauen, 1968, 27 ff. Fürs politische System geht er von einem generellen Systemvertrauen aus, ibid., 72. Vgl. a. *Easton* zur Kategorie der „diffusen Unterstützung", id., A Framework for Political Analysis, 1965; id., A Systems Analysis of Political Life, 1965, id., in: British Journal of Political Science 5, 1975, 435-457.

317 *Würtenberger,* in: Hof/Schulte (Hrsg.), Wirkungsforschungen zum Recht, 2001, 202. Dies bezeichnet er als „negative Akzeptanz."

318 *Easton* entwickelte die Kategorien der diffusen und der spezifischen Unterstützung und ging davon aus, dass spezifische Unterstützung (die auf die konkrete Systemperformanz gestützt sei) in diffuse Unterstützung „diffundieren" könne, s. *Easton*, A Framework for Political Analysis, 1965; id., A Systems Analysis of Political Life, 1965, id., in: British Journal of Political Science 5, 1975, 435-457; zu dieser Verbindung, s. a. *Braun/Schmitt*, in: Kaina/Römmele (Hrsg.), Politische Soziologie, 2009, 53, 60. Vgl. a. *Luhmann*, Vertrauen, 1968, 72 für die Verzahnung von konkretem Vertrauen in Entscheidungen und generalisiertem Systemvertrauen in das politisch-administrative System, die die Stabilität der Gesamtordnung garantiert.

319 S. *Würtenberger,* in Hof/Schulte (Hrsg.), Wirkungsforschungen zum Recht, 2001, 208; *Friedman*, Texas Law Review 84/2, 2005, 257, 327, als Vertreter der in diesem Bereich umfassenderen amerikanischen Literatur. *Vorländer/Schaal*, in: Vorländer (Hrsg.), Integration durch Verfassung, 2002, 343, 368 haben empirisch dargelegt, dass das Institutionenvertrauen des BVerfG nur „bedingt, situativ und kurzfristig" unter der fehlenden Akzeptanz einzelner Entscheidungen leidet. Zugrundegelegt wurden allerdings nur punktuelle Akzeptanzverweigerungen, da konfliktreiche Entscheidungen die Minderheit darstellen, s. ibid, 369.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

BVerfG hat formuliert, dass die Überzeugungskraft richterlicher Entscheidungen in hohem Maße auf dem Vertrauen fußt, das die Bevölkerung in die Richter hat.[320]

Das Vertrauen in die Einhaltung der normativen Erwartungen, die an die Handlungslegitimität der Gerichte gestellt werden, vermittelt die Dritte Gewalt primär im Wege der Verfahrensöffentlichkeit der mündlichen Gerichtsverhandlung, die § 169 GVG auch in seiner neuen Fassung prinzipiell als Saalöffentlichkeit konkretisiert.[321] Der Saalöffentlichkeit ist in der Literatur bisher zugeschrieben worden, dass sie den Zweck in hinreichendem Maße erfüllt, das gesellschaftliche Vertrauen der Rechtsprechung zu fördern, indem sie die Kontrolle der Ausübung von judikativer Staatsgewalt ermöglicht. Die durch die Saalöffentlichkeit ermöglichte öffentliche Kontrollierbarkeit der Rechtsprechung, das heißt des einzelnen Verfahrens und der Institution als solcher[322] schüre Vertrauen oder vermeide jedenfalls Misstrauen.[323] Diese Einschätzungen korrespondieren mit *Luhmanns* soziologischer Studie, in der er den gesellschaftlichen Konsens mit der Rechtsprechung aus dem „allgemeine[n] und unbestimmte[n] Wissen, dass solche Verfahren laufend stattfinden und dass sich jedermann bei Bedarf darüber genauer unterrichten kann",[324] ableitet. Eine tatsächliche Kontrolle lässt sich seiner Ansicht nicht erwarten, da die im Saal anwesenden Zuschauer mit einer Kontrolle überfordert seien und die „Darstellung der Herstellung des Entscheidens" ohnehin nur in dem Umfang erfolgt, wie es das Gericht zulässt.[325] Auch für die Akzeptanz einzelner Entscheidungen erachten einige Vertretrer die Verfahrensöffentlichkeit als förderlich, da sie der Öffentlichkeit das Miterleben der Verfahrensführung und Entscheidungsfindung ermögliche.[326] Laut *Luhmann* reicht auch hier die

320 BVerfG, Urt. v. 06.06.1988, NJW 1989, 93.

321 Zur neuen Fassung, *Kissel/Mayer*, GVG Kommentar, 10. Aufl. 2021, § 169 Rn. 3; noch zur alten Fassung, BVerfG, Urt. v. 24.01.2001, BVerfGE 103, 44 (65).

322 *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673, 680.

323 *V. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 193 f. mwN, *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673, 680; *Schilken*, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 155. A. A. *O'Neill*, A Question of Trust. The BBC Reith Lectures 2002.

324 *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1969, 123.

325 Ibid, 124.

326 Ibid., 121 ff., insb. 123-124. Vgl. *v. Coelln*, der die demokratische Kontrolle als eine allgemeine Kontrolle im Sinne eines kritischen Miterlebens staatlicher Machtausübung einstuft, id., Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 186 mwN. Auch *Rosanvallon* meint, die Unparteilichkeit müsse für den Bürger sichtbar demonstriert werden, id., Demokratische Legitimation, 2013, 119-120.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Möglichkeit des Miterlebens aus, da der Verfahrensöffentlichkeit nur eine „symbolisch-expressive" Funktion zukomme, durch die die Judikative das Fällen richtiger und gerechter Urteile nach außen manifestiere.[327] Selbst leere Gerichtssäle seien daher kein Argument für das Scheitern der Saalöffentlichkeit als Verhandlungsöffentlichkeit.[328]

(2) Vertrauen und Akzeptanz durch passive Medienöffentlichkeit

Es lassen sich allerdings Gründe anführen, weshalb der Zugang der Medien zur Gerichtsverhandlung zusätzlich zur Saalöffentlichkeit essentiell dafür ist, in einer Kommunikations- und Mediengesellschaft das gesellschaftliche Vertrauen und die Akzeptanz in die Rechtsprechung zu gewinnen und zu bewahren.

(a) Tatsächlicher Rückgang der Bürgerpräsenz in Gerichtssälen

Teilweise wird darauf abgestellt, dass es aufgrund des Rückgangs der Bürgerpräsenz in Gerichtssälen inzwischen die Medien seien, die die Verhandlungsöffentlichkeit mit ihrer Berichterstattung tatsächlich herstellten.[329] Dass die Verhandlungsöffentlichkeit faktisch über die Medien hergestellt wird, hat auch die Bundesregierung in ihrer Begründung des EMöGG angeführt.[330] Der tatsächliche Rückgang der Bürgerpräsenz in Gerichtssälen ist jedoch für sich genommen kein hinreichender Grund, um zu begründen, dass die Medienöffentlichkeit der Gerichtsverhandlung erforderlich ist, um den Grundsatz der Verfahrensöffentlichkeit praktisch zu wahren. Dies wäre nur der Fall, wenn Studien zeigen würden, dass Bürger von der Möglichkeit, einem Gerichtsverfahren beizuwohnen, tatsächlich keinen Gebrauch mehr machen (können). Dann wäre die Kontrollierbarkeit nämlich keine tatsächliche Möglichkeit, sondern eine Illusion. Dies ist jedoch nach aktuellem Stand – noch – nicht der Fall.

---

327 *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1969, 123-124.
328 Ibid., 124.
329 *V. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 187-189; *Tschentscher*, Die demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, 227; *Gostomzyk*, Die Öffentlichkeitsverantwortung der Gerichte in der Mediengesellschaft, 2006, 166-168.
330 S. BT-Drucks. 18/10144, 14.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(b) Vertrauen und Akzeptanz durch Kontrolle und öffentlichen Diskurs

Überzeugender ist es darauf abzustellen, dass die Medien als anerkanntes Informations- und Kontrollmedium die Akteure sind, auf die für die demokratische Kontrollierbarkeit der Rechtsprechung abzustellen ist, damit die Kontrollierbarkeit keine bloß theoretische Möglichkeit ist.[331] Anders als der im Gerichtssaal anwesende Bürger können die Medien eine demokratische Kontrolle tatsächlich anregen, wenn ihnen Missstände auffallen. Zudem fungieren Medienvertreter oft als spezialisierte Gerichtsberichterstatter, die durch ihre Kenntnisse und Erfahrungen eine Systemkontrolle vornehmen können, die einer systemimmanenten Kontrolle, wie von *Luhmann* vorausgesetzt, jedenfalls nahekommt.[332] Sie kombinieren die Kontrollierbarkeit ferner mit sichtbarer Einzelfallkontrolle. Über letztere wird das *a priori* erteilte Vertrauen durch die Akzeptanz einzelner Entscheidungen immer wieder verifiziert.[333] Schließlich können Medienvertreter durch Auskunftsersuchen um das Verhandlungsgeschehen herum Informationen sammeln, die es ihnen ermöglichen, eine effektivere Kontrolle im Einzelfall vorzunehmen als der Bürger.[334]

Die in den Medien geführte öffentliche Debatte, die sich an die mündliche Verhandlung eines Falles von großem öffentlichem Interesse anschließt, vermag ferner eine eigene akzeptanzstiftende Wirkung zu entfalten. Die durch die mündliche Verhandlung inspirierte Mediendebatte, die die gegenläufigen Interessenlagen einer gebotenen richterlichen Abwägung darstellt, steigert die Chance, dass Entscheidungen verständnisvoll aufgenommen werden, auch von denjenigen, deren Interessen nicht ob-

331 S. BVerfG, Beschl. v. 19.12.2007, BVerfGE 119, 309 (320): „Die öffentliche Kontrolle von Gerichtsverhandlungen wird durch die Anwesenheit der Medien und deren Berichterstattung grundsätzlich gefördert." Vgl. BGH, Beschl. v. 10.01.2006, NJW 2006, 1220, 1221.

332 S. *Luhmann*, Vertrauen, 1968, 77, der für das Vertrauen auf eine systemimmanente, „hauptberuflich" ausgeübte Kontrolle abstellte, da nur diese die Expertise aufwiese, um die erforderliche Kontrolle sicherzustellen.

333 Vgl. zur Erhärtung des Vertrauens durch Transparenz und Kontrolle, *Kissel/Mayer*, GVG Kommentar, 10. Aufl. 2021, § 169 Rn. 3. Ein aktives Vertrauens- bzw. Akzeptanzstreben befürwortend, *v. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 195.

334 *V. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 195-196, darüber könnten auch Handlungen jenseits der Verhandlung wie Verfahrenseinstellungen und Absprachen („deals") überprüft werden, ibid, 195.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

siegt haben.[335] Schließlich fußt der Grundkonsens nicht nur auf dem individuellen Vertrauen und der individuellen Akzeptanz; der Grundkonsens setzt eine kollektive Vergewisserung voraus, dass die Ausübung staatlicher Befugnisse effektiv und sachgerecht erfolgt. Solch eine kollektive Vergewisserung erfolgt in der Mediengesellschaft über die Medienöffentlichkeit, die eine diesbezügliche öffentliche Meinung und daran orientiert auch die individuelle Meinung prägt.

### (c) Vertrauen und Akzeptanz durch medienöffentliche Erlebbarkeit des Gerichtsverfahrens

Überdies erlangt die Öffentlichkeit der Gerichtsverfahren dadurch eine besondere akzeptanzstiftende Wirkung, dass sie einen möglichen individuellen Unmut über eine konkrete Entscheidung „isoliert".[336] Durch die Individualisierung der konkreten Problematik wirkt sich die Ablehnung einer Entscheidung nicht direkt auf die Zufriedenheit mit der Rechtsordnung aus.[337] Die Entscheidungen werden „der politisierenden Verallgemeinerung entzogen"[338] und dadurch „akzeptabel, also legitim".[339] Das Gerichtsverfahren institutionalisiert den gesellschaftlichen Konsens hinsichtlich der Regeln für die Rechtsanwendung, womit die Vermutung begründet wird, dass die normativen Verhaltenserwartungen im Rahmen des Verfahrens erfüllt werden.[340] Die Stabilisierung dieser Konsensvermutung erfolgt durch die Beteiligung der Öffentlichkeit. Auch sie soll überzeugt werden, dass die Judikative der geeignete Ort zur Streitbeilegung ist.[341] In diesem Zusammenhang kommt den Medien – Presse wie audiovisuellen Massenmedien – eine besondere Funktion für die akzeptanzstiftende Wirkung des Gerichtsverfahrens zu.[342] Ihre Vermittlungsleistung stabilisiert die Kon-

---

335 *Limbach*, Die Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, 1997, 13. Zwar in Bezug auf das BVerfG; dies gilt aber auch für Fachgerichte, sofern sie Entscheidungen treffen, die das öffentliche Interesse besonders betreffen.

336 S. *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1969, 121.

337 *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1969, 121. Das Verfahren installiert eine „Indifferenz gegen individuelle Motivationsstrukturen und Zustimmung oder Ablehnung gegen einzelne ibid.

338 *Möllers*, in: Schönberger/Jestaedt/Lepsius/id., Das entgrenzte Gericht, 2011, 281, 304.

339 Ibid.

340 *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1969, 122.

341 Ibid, 123.

342 Ibid, 123.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sensvermutung in einem Umfang, wie es die unregelmäßigen und vereinzelten Besuche von individuellen Zuschauern im Gerichtssaal nicht könnten.[343]

Einige Stimmen[344] haben diese Wirkung einer Medienöffentlichkeit des Gerichtsverfahrens in Zweifel gezogen. Die Medienöffentlichkeit müsse nämlich zwecks Reduzierung der einem Gerichtsverfahren immanenten Komplexität im Ergebnis auf eine symbolhafte Publizität reduziert werden. Damit würde ein inhaltsleeres Ebenbild des Gerichtsverfahrens vermittelt, das kein objektives Urteil über das Staatshandeln ermögliche. Dieser Kritik ist jedoch mit zwei Argumenten zu begegnen. Zum einen unterschätzt diese Kritik, dass auch die „symbolisch vermittelte Überzeugung, dass Recht geschieht",[345] einen eigenen konsensstiftenden Wert hat. In diesem symbolisch vermittelten Bild, dass die Gerichte der Ort sind, an dem die Gesetze im konkreten Fall durchgesetzt werden, manifestiert sich die Autorität und Funktionstüchtigkeit der Judikative.[346] Zum anderen dient die Symbolik nicht nur der affirmativen Publizität des Staatshandelns, wenn sie mit öffentlicher Kritik verbunden ist. Dies dürfte regelmäßig der Fall sein. Öffentliche Kritik wird durch eine symbolische Medienöffentlichkeit nämlich gefördert, da sie die allgemeine Aufmerksamkeit für die symbolisch eingekleideten Themen, wie beispielsweise ein Gerichtsverfahren, steigert und damit die Grundlage für eine darauf bezogene öffentliche Debatte schafft.[347]

Über diese bloß symbolische Dimension hinaus dürfte die akzeptanzfördernde Wirkung auch dadurch erzeugt werden, dass die Zuschauer über die Medienöffentlichkeit der mündlichen Verhandlung die Durchsetzung des Rechts und die unparteiliche Konfliktlösung im Einzelfall erleben kön-

343 Ibid, 124-125.

344 *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1990, 227 ff.; *Brüggemann*, Die rechtsprechende Gewalt, 1962, 185 ff.

345 *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1969, 126.

346 Vgl. BVerfG, Urt. v. 24.01.01, BVerfGE 103, 44 (72-73). Auch der EGMR hat es als eigenständiges Rechtsgut anerkannt, das öffentliche Vertrauen in die Autorität und Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege zu schützen, *Worm gg. Österreich*, Urt. v. 29.08.1997, Nr. 22714/93, § 40, s. hierzu ferner Kap. 2, B. IV. Vgl. a. *v. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 189-191.

347 Vgl. *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1969, 126: „Im Ganzen kann mithin das Wirken der Massenmedien dazu dienen, den Gerichtsverfahren öffentliche Resonanz zu geben."



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nen.[348] Die Unparteilichkeit der Verfahrensführung und Entscheidungsfindung steht und fällt mit den Richtern, denen die Aufgabe der Rechtsprechung anvertraut ist; es ist eine Eigenschaft, die sich – auch wenn sie vom Richteramt vorausgesetzt wird – andauernd neu zu beweisen hat. Sie verschafft der Rechtsprechung eine Handlungslegitimität, die sich vor allem im Verfahren und der finalen Entscheidung unter Beweis stellt.[349] Wird dabei die Prozesshaftigkeit, möglicherweise einschließlich einzelner Befangenheitsanträge, medienöffentlich vermittelt, kann die Unparteilichkeit auch für alle Zuschauer sichtbar manifestiert werden. Diese Überlegung baut allerdings auf der Prämisse auf, dass der Bürger nicht, wie von *Luhmann* vorausgesetzt, „in keiner seiner Rollen und Funktionen … als rational und richtig urteilend vorausgesetzt werden [kann]", sondern ein aktiver Staatsbürger ist, der – mithilfe der medialen Vermittlung – dazu befähigt ist, eine solche Prozessdarstellung entsprechend anzuerkennen.[350]

(3) Vertrauen und Akzeptanz durch aktive Medienöffentlichkeit

Fraglich ist, ob die Dritte Gewalt darüber hinaus verfassungsrechtlich dazu angehalten ist, aktive Öffentlichkeitsarbeit in den Medien zu betreiben, um die Legitimität des eigenen Staatshandelns zu stärken. Das dürfte nur dann angenommen werden, wenn die öffentliche Vermittlung des Staatshandelns einen eigenen Beitrag zur Förderung des Grundkonsenses liefern könnte, also *ipso facto* akzeptanzfördernd ist (a) und dies auch auf die Rechtsprechung zutrifft (b).

(a) Stärkung des Grundkonsenses durch staatliche Öffentlichkeitsarbeit

Die demokratische Legitimität der Ausübung staatlicher Gewalt verlangt, dass Entscheidungen rational begründet werden, damit die Betroffenen von diesen Entscheidungen überzeugt werden oder diese jedenfalls als ra-

348 Vgl. zum eigenen Interesse der Justiz, dass die Durchführung mündlicher Verhandlung öffentlich wahrgenommen wird, BVerfG, Beschl. v. 19.12.2007, BVerfGE 119, 309 (320); zu dieser Forderung, s. a. *Rosanvallon*, Demokratische Legitimität, 2013, 119-120.

349 *Rosanvallon*, Demokratische Legitimität, 2013, 119.

350 Zu einem solchen Verständnis aktiver Staatsbürgerschaft, *Rosanvallon*, Demokratische Legitimität, 2013, 120.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:23
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tional vernünftig akzeptieren können.[351] Staatliche Entscheidungen unterstehen daher einem formalen Begründungszwang.[352] Durch die Bedeutungszunahme der Massenmedien hat allerdings auch für die Staatsgewalten die Bedeutung öffentlicher Kommunikation zugenommen, weshalb für die politischen Gewalten in den Sozialwissenschaften formuliert worden ist, dass öffentliche Kommunikation zu einem inhärenten Element ihrer demokratischen Legitimität geworden sei.[353] Die gesellschaftliche Entwicklung zu einer Medien- und Kommunikationsgesellschaft habe zudem einen Emanzipationsprozess des Bürgers vom passiven Rezipienten von ausgeübter Staatsgewalt und ihrer medialen Kontrolle zu einem aktiven und kritischen Bürger angeregt.[354] Der Bürger möchte demnach Entscheidungen nicht mehr nur zur Kenntnis nehmen, sondern auch zur aktiven Kontestation politischer Entscheidungen befähigt werden.[355] So beobachten einige Politikwissenschaftler in der Kommunikationsgesellschaft einen Perspektivenwechsel, in dem der Bürger als Informationsadressat und als Kommunikationsteilnehmer in den Blick genommen wird, weil Akzeptanz der staatlichen Autorität nicht mehr nur *a priori* bestehe, sondern aktiv gewonnen und bewahrt werden müsse.[356] Die Förderung des Grundkonsenses erfordert daher die medienöffentliche Vermittlung des Staatshandelns.[357]

Das BVerfG geht in seinem Urteil zur Öffentlichkeitsarbeit davon aus, dass die öffentliche Kommunikation die gesellschaftliche Akzeptanz von Staatshandeln fördert.[358] Die Öffentlichkeit der Sitzungen des Parlaments

---

351 *Schulze-Fielitz*, in: Schuppert/Bumke (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000, 111, 137.

352 S. hierzu *Lücke*, Begründungszwang und Verfassung, 1987, S. 95 ff.

353 *Sarcinelli* meint, dass die Legitimität des Staatshandelns der „ständige[n] Erneuerung durch kommunikative Vermittlung ihrer Geltungsgründe" und daher der permanenten Information und Kommunikation bedürfe, id., Politische Kommunikation, 2011, 91.

354 Zur Enthierarchisierung der Gesellschaft durch Informations- und Kommunikationsstreben: *Saxer*, in: Sarcinelli (Hrsg.), Politikvermittlung und Demokratie in der Mediengesellschaft, 1998, 52, 53; *Jarren*, ApuZ, 2002, B41-42/2001, 10 ff.; *Ost*, Dire le droit, faire justice, 2012, 40 f., übertrug dies auf das Verhältnis von Richter und Bürger und konkretisierte dies im Richterbild des *Hermes*, dem Götterboten.

355 Die Möglichkeit der Kontestation schaffe Vertrauen zwischen Staat und Gesellschaft, *Scharpf*, Leviathan 43(2), 155, 156.

356 S. Fn 354.

357 Ibid. S. a. *Fromme*, in: Zeidler/Maunz/Roellecke (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Faller, 1984, 415 ff., 422.

358 BVerfG, Urt. v. 02.03.1977 - 2 BvE 1/76 -, BVerfGE 44, 125 (147).



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und die Veröffentlichung der Gesetze einschließlich deren Begründung hält es mithin für die Erlangung gesellschaftlicher Akzeptanz in einer Mediengesellschaft nicht für hinreichend. Stattdessen leitet das BVerfG für die politischen Gewalten einen demokratischen Auftrag zur Öffentlichkeitsarbeit aus dem Demokratieprinzip ab.[359] Laut BVerfG stärkt die Öffentlichkeitsarbeit der politischen Gewalten das Einverständnis mit der Rechtsordnung dadurch, dass der Bürger die Möglichkeit zur politischen Teilhabe tatsächlich eingeräumt bekommt: Er erhalte die dafür notwendige Information, er würde als letztentscheidende legitimationsstiftende Einheit ernstgenommen, indem um sein Verständnis und ein entsprechendes Verhalten geworben wird, und er könne die ihm vom Gesetz eingeräumten Freiheiten und Möglichkeiten sowie seine Rechte wahren, indem er über das Recht informiert wird.[360]

(b) Übertragbarkeit auf die Rechtsprechung

Gerichte kommen ihrem Begründungszwang durch die Begründung ihrer Urteile nach. Weder sie noch die einzelnen Richter tragen für ihre Entscheidung eine demokratische Rechenschaftspflicht,[361] die sich in einem weitergehenden öffentlichen Begründungszwang ihrer Entscheidungen niederschlagen würde. Aber auch für die Dritte Gewalt ist in der Literatur ein Perspektivenwechsel vorgenommen worden: in der Übertragung des *New Public Management*-Ansatzes[362] sowie mittels der demokratiestaatlichen Verankerung der Rechtsprechungsöffentlichkeit.[363] Dass die Öffentlichkeitsarbeit ein Mittel zur Förderung von gesellschaftlichem Vertrauen und Akzeptanz der Rechtsprechung sein kann, ist in Literatur und Politik

359 BVerfG, Urt. v. 02.03.1977 - 2 BvE 1/76 -, BVerfGE 44, 125 (147).
360 BVerfG, Urt. v. 02.03.1977 - 2 BvE 1/76 -, BVerfGE 44, 125 (147-148).
361 S. Kap. 2, A. I. 1.
362 *Mak*, European Law Journal, 6/14 (2008), 718-734. Vgl. *Cappeletti*, American Journal of Comparative law, 1983, 31, 62; vgl. bereits, *Wassermann,* Justiz und Medien, 1980, 44, der Richter solle die Rechtsprechung als „spezielle [staatliche] Dienstleistung" für den Bürger begreifen.
363 *Tschentscher* nimmt mit seinem Kontrollmodell die Betroffenen und damit auch die allgemeine Öffentlichkeit in den Blick, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, 119 f., 227 und bemerkt dabei auch die Nähe des Modells zum New Public Management-Ansatz, ibid, 127; *v. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2004, 177 ff., 512 ff., insb. 515 f.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bereits diskutiert worden.[364] Das liegt auch daran, dass in der juristischen Fachwelt festgestellt worden ist, dass die Berichterstattung über Gerichtsverfahren eine völlig neue Qualität gesellschaftlichen Aufruhrs auslösen kann.[365]

Daraus folgt allerdings nicht, dass die judikative Gewalt eine ähnliche Kommunikationsleistung erbringen muss wie die politischen Gewalten, um den Grundkonsens zu bewahren. Dagegen spricht, dass die Gerichte in Bezug auf ihre Handlungslegitimität von einem Systemvertrauen profitieren. Dieses Vertrauen stützt sich auf das System der Fachgerichtsbarkeit, das durch interne Kontrollen für die Richtigkeit und Verfahrensgerechtigkeit der judikativen Rechtsfindung sorgt und vermittels der Gerichtsöffentlichkeit auch von außen überprüfbar ist. Je mehr Vertrauen herrscht, desto weniger ist die Judikative von der tatsächlichen Akzeptanz einzelner Urteile abhängig.[366] Damit ist für die Fachgerichtsbarkeit die Erforderlichkeit, eine aktive Medienkommunikation zu betreiben, abgeschwächt.[367]

Bei genauer Betrachtung ist jedoch festzustellen, dass es für die Akzeptanz der Rechtsprechung von Nutzen sein kann, wenn die Justiz Informationen zum Verfahren und Urteil sowie zur Arbeitsweise der Justiz und der Anwendung und Durchsetzung der streitrelevanten Rechtsnormen verständlich vermittelt. Wie bereits erwähnt, setzt eine effektive Kontrolle der Rechtsprechung das Verständnis der Medien für die Rechtsprechung voraus.[368] Im gleichen Maße kann die Kontrollierbarkeit der Dritten Gewalt nur dann Vertrauen stiften, wenn die Medien auch geeignet sind, die Rechtsprechung kritisch zu beobachten. So ist auch hier ein gewisses Verständnis für die Rechtsprechung Voraussetzung für die vertrauensstiftende Wirkung. Das Verständnis wird, wie bereits beschrieben, durch eine gezielte Öffentlichkeitsarbeit der Judikative als Annexfunktion zur Rechtsprechung gefördert.[369] Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die mediale

364 *Voßkuhle*, NJW 2018, 3154, 3158-3159; *Gostomzyk*, Öffentlichkeitsverantwortung der Gerichte, 2006; *Wassermann*, DRiZ 1981, 92-95; dies formulierte auch die ehemalige Justizministerin *Barley*, s. *Lorenz/Suliak*, Gerichte sprechen heute nicht mehr nur durch ihre Urteile, 12.11.18, lto.de. Dies war auch Thema der Justizministerkonferenz vom 14./15. November 2018, s. *Suliak*, Die Erosion des Rechtsstaats stoppen, 05.11.2018, lto.de.

365 Für eine solche Beobachtung, s. exemplarisch *Linnhof*, Gerichtspräsidentin kritisiert Druck auf Justiz im Fall Sami A., tagesspiegel.de, 16.08.2018.

366 S. Fn. 317.

367 Zum BVerfG s. in diesem Kapitelabschnitt (5) (c).

368 S. in diesem Kapitelabschnitt (2) (b).

369 Zum Verständnis der Annexfunktion, *v. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 520.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Berichterstattung falsch ist oder in verzerrender Weise den Fokus auf Fehlurteile der Justiz legt und damit den Eindruck erweckt, der überwiegende Teil der Rechtsprechung bestehe aus „schlechten" Entscheidungen.[370] Mit einer eigenen Öffentlichkeitsarbeit können Gerichte diesen Eindruck konterkarieren, indem auch andere Entscheidungen in den medialen Fokus gerückt werden.

Ferner konkretisieren Gerichte in ihrer Arbeit die an die Allgemeinheit gerichteten Gesetze; damit sind die Bürger indirekt ebenfalls Adressaten der Rechtsprechung. Für sie ist es von Interesse, wie die Richter die Rechtsordnung im konkreten Fall anwenden und durchsetzen. Aufgrund der Komplexität der gesetzlichen Normen und der gerichtlichen Rechtsanwendung wird sich die Durchsetzung des Rechts im Einzelfall nicht allein durch die Transparenz des Gerichtsverfahrens vermitteln lassen. In der juristischen Literatur hat *Wolf* daher das Bild des „kommunikativen Richters" geprägt,[371] das einen Richter beschreibt, der dem Bürger die Rechtsprechung näherbringt und erklärt: „Indem sich die Bürger ein Bild davon machen können, ob die Rechtsordnung Konflikte sachlich, unabhängig und in einer als gerecht empfundenen Weise regelt, wird mit dem Grundkonsens über die Angemessenheit rechtlicher Regelungen die für die Demokratie erforderliche Akzeptanz der Rechtsordnung befördert."[372]

### (4) Vertrauen und Akzeptanz durch die gesellschaftliche Kontextualisierung der Rechtsprechung

Die Gerichte erfüllen dadurch, dass sie von den Bürgern zur Beilegung ihrer Streitigkeiten angerufen werden können, nicht nur eine staatliche, sondern auch eine gesellschaftliche Funktion.[373] Sie müssen daher für gesellschaftliche Umstände sensibel sein, was in der Rechtssoziologie in Bezug auf das Recht als soziale Responsivität[374] und in der Demokratietheo-

370 In den Richtlinien zur Zusammenarbeit der Justiz und der Medien kommt zum Ausdruck, dass Fehlberichterstattung als Problem wahrgenommen wird. Im Abschlussbericht der Bund-Länder AG, 15 wurde ebenfalls deutlich, dass die Fernsehöffentlichkeit Fehlberichterstattung entgegenwirken soll.

371 *Wolf*, Gerichtsverfassungsrecht, 6. Aufl. 1987, § 15 II, 155.

372 Ibid.

373 So auch *v. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 205, 181-182.

374 Sich hierbei auf das Recht beziehend, s. *Nonet/Selznick*, Law and Society in Transition, 1978, 73 ff. Einen ähnlichen Gedanken verfolgt das Konzept des re-



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rie hinsichtlich der Rechtsprechung als aktive Unparteilichkeit[375] bezeichnet worden ist. Dieses Verständnis von Recht und Rechtsfindung steht im Kontrast zu der Forderung nach gesellschaftlicher Isolation, die noch der französische Wissenschaftler *Walzer* im Rahmen seiner gesellschaftlichen Sphärentheorie für den einzelnen Richter formuliert hatte,[376] sowie zu der systemtheoretischen Sichtweise von *Luhmann*, der von einer Ausdifferenzierung der Gesellschaft in autonome Teilsysteme ausgeht.[377] Im Jahr 1978 legten *Nonet* und *Selznick* dar, dass Abhängigkeit, Autonomie und Responsivität Stufen einer Evolution des Rechts seien.[378] Die Responsivität sei die modernste Form und baue auf einem differenzierten und damit autonomen Recht auf, schaffe darüber hinaus aber auch eine Anbindung an die Gesellschaft.[379] Diese Perspektive ist in der juristischen Literatur in neuen Regulierungsmodellen für die Justiz aufgegriffen worden.[380] Sie schwingt auch in den unterschiedlichen Beschreibungen der Gesellschafts-

---

flexiven Rechts von *Teubner*, ARSP, 68, 1982, 13. Diesem liegt aber ein prozeduraler Ansatz zugrunde.

375 „Aktive" Unparteilichkeit bedeutet eine nach Objektivierung strebende Lösungssuche, die auf der Kenntnis der gesellschaftlichen Umstände einschließlich der politischen Diskussionen, partikularen Interessen und gesellschaftlichen Voreingenommenheiten aufbaut, *Rosanvallon*, Demokratische Legitimität, 2013, 132-133. Damit unterscheide sich diese Form der Unparteilichkeit vom „Passiv-Liberalen" Schleier des Nichtwissens. Vgl *Arendt*, Das Urteilen, 75, zitiert bei *Rosanvallon*, 131-132.

376 Zitiert aus *Rousseau*, Droit du contentieux constitutionnel, 2010, 59; für das Folgende, S. 60. Die Richterschule rufe zudem einen Institutionengeist hervor, der die zukünftigen Richter als Gemeinschaft vom Rest der Gesellschaft trenne. Die juristische „Sphäre" müsse ein *jugement judiciaire* produzieren.

377 *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1969, 59 ff.; *ibid*. Das Recht der Gesellschaft, 1993, insb. 297 ff., 407 ff., 429 ff.

378 *Nonet/Selznick*, Law and Society in Transition, 1978, 18 ff. Operationalisiert wird sie im Rahmen der wirkungsorientierten, teleologischen Auslegung.

379 *Nonet/Selznick*, Law and Society in Transition, 1978, 73 ff.; s. a. *Ost*, Dire le droit, faire justice, 2012, 16-17.

380 S. *Cappeletti*, American Journal of comparative law, 1983, 31, 61-62. Die Regulierung der Rechtsprechung unterteilt er in das „repressive/dependency model", das „corporative-autonomous/separateness model" und das „responsive/consumer-oriented model". Dabei ist die richterliche Disziplinierung die „unterste Evolutionsstufe darauf folgt die autonome Selbstverwaltung und --disziplinierung und auf der dritten Position steht die „weiche Regulierung" über die gesellschaftliche Responsivität.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

anbindung der Rechtsprechung mit.[381] Eine solche Gesellschaftsanbindung impliziert auch der EGMR, wenn er betont, dass der Richter nicht in einem gesellschaftlichen Vakuum, sondern als Teil der Gesellschaft arbeite.[382] Im Ergebnis bezeichnen die genannten Konzepte die Aufgabe einer „reflexiven Gesellschaftsanbindung", das heißt der Kenntnisnahme und Berücksichtigung gesellschaftlicher Gerechtigkeits- und Wertvorstellungen sowie gesellschaftlicher Gegebenheiten und Entwicklungen, ohne dass diesen tatsächlichen Feststellungen eine die gerichtliche Auslegung determinierende Wirkung zukommt. Auch hier gilt für die Dritte Gewalt, dass ihre Rechtsfindung die unabänderlichen verfassungsrechtlichen Garantien zu bewahren hat.[383]

Anders als die Anbindung der Rechtsprechung an die öffentliche Meinung steht diese Form der sozialen Gesellschaftsanbindung der richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nicht entgegen, sondern ist als ein integraler Bestandteil dieser Garantien zu verstehen. Sie nimmt die soziale Dichotomie der Unabhängigkeitsgarantie auf. Diese besteht darin,

---

381 *Würtenberger*, in: Guggenberger/Würtenberger (Hrsg.), Hüter der Verfasung oder Lenker der Politik?, 1998, 57, 72 f. Bezugspunkt seien „Wert- und Gerechtigkeitsvorstellungen, die in langer historischer Tradition stehend in das Grundgesetz aufgenommen wurden und von einem breiten Verfassungskonsens getragen werden 75, nicht hingegen tagesaktuelle Interessenkonflikte, denen sich der Gesetzgeber widmet, ibid; s. a. *Kloepfer*, in: HStR III, 3. Aufl. 2005, § 42 Rn. 34, der von einer Reflexion der gesellschaftlichen Moralvorstellungen zum Ziel der Interpretation wertausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriffe spricht oder aber *v. Coelln,* Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 181-182, der die Rechtsprechung in diesem Zusammenhang als gesellschaftliche Funktion – und damit in rechtssoziologischen Begrifflichkeiten – konzipiert; vgl. a. *Limbach*, Die Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, 1997, 9 ff.; id., Im Namen des Volkes, 1999, 180-181; *Schilken*, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 445, Auslegungsspielräume müssten auf der Grundlage eines größtmöglichen Konsenses mit den Verfahrensbeteiligten und Wissenschaften erfüllt und gelegentlich – kontrollierend – auch durch die gesellschaftlichen Meinungen abgesichert werden.

382 S. *Sunday Times gg. VK* (No. 1), Urt. v. 26.4.1979, Nr. 6538/74, § 65. S. a. CM Rec(2010)12, Rn. 20. Das Ministerkomitee empfiehlt, dass *feedback* Mechanismen durch Richterräte oder andere unabhängige Institutionen implementiert werden sollten, damit Richter die gesellschaftliche Kritik gewärtigen. S. a. *Consultative Council of European Judges (CCJE)* (2002) Op. N° 3, § 27: „Judges should not be isolated from the society in which they live, since the judicial system can only function properly if judges are in touch with reality."

383 Vgl. zum Verfassungsgericht *Limbach*, Die Akzeptanz der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen, 1997, 11-12 mit Verweis auf *Dworkin*, in: Preuß (Hrsg.), Zum Begriff der Verfassung, 1994, 172.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dass die Unabhängigkeit sowohl auf der richterlichen Gesellschaftsanbindung als auch auf der Gesellschaftsferne beruht. Statt Gleichgültigkeit und Ansichtslosigkeit im Sinne eines falsch verstandenen Neutralitätsparadigmas[384] implizieren die innere Unabhängigkeit und Unparteilichkeit einen stetigen Prozess der Öffnung für gesellschaftliche Positionen und die dadurch eintretende Relativierung der eigenen Vorannahmen und Voreingenommenheit. *Arendt* schrieb zum „Urteilen", dass der Richter die Nähe als Teil der unparteilichen Entscheidungsfähigkeit begreifen müsse.[385] Entscheidend ist, dass diese „Nähe" nicht mit Interessen gleichzusetzen ist.[386] Die unparteiliche Entscheidung erwächst demzufolge aus der Spannung zwischen Nähe und Distanz, wobei die erforderliche Nähe die Erkenntnis und Reflexion der Subjektivität der Entscheidungsfindung voraussetzt. Der Gegensatz von Objektivität und Subjektivität löst sich letztlich im Streben nach Objektivität auf.

Dem Rechtssystem sind bereits Instrumente bekannt, die dem Ziel dienen, den Richter für seine gesellschaftliche Umgebung zu sensibilisieren. Laienrichter werden an der Rechtsprechung beteiligt, um Berufsrichter für den gesellschaftlichen Kontext einer Entscheidung zu sensibilisieren.[387] Diese Form der Laienrichterbeteiligung bezweckt, dass der Richter seine Berufsblindheit und standesideologischen Vorverständnisse überwindet.[388] Anstelle der im Rückgang begriffenen Laienbeteiligung[389] vermag die Medienöffentlichkeit diese *ratio* zum Teil zu erfüllen, indem sie Richter auf veränderte gesellschaftliche Einstellungen, Werte oder Umstände aufmerksam macht.[390] Sie ist somit auch hier Verbindungsglied zwischen Zivilgesellschaft und Staatsgewalten, das den Richtern bei der gesellschaftlichen Kontextualisierung ihrer Rechtsfindung hilft. Auch dies spricht dafür, dass die Medien über den Zugang zum Gerichtsverfahren, Auskunftsersuchen

384 So auch *Zuck*, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 2013, 328, Rn. 1040.

385 *Arendt*, Das Urteilen: Texte zu Kants Politischer Philosophie, 1998.

386 *Hume* setzt die Nähe im Urteilen mit der Sympathie, nicht den Interessen gleich, abgedruckt in *Garapon/Allard/Gros*, Les vertus du juge, 2008, 62.

387 *Lieber,* Schöffengericht und Trial by Jury, 2010, 150; *Rüggeberg*, Verwaltungsarchiv 1970, 189, 207; *Andoor*, Laien in der Strafrechtsprechung: Eine vergleichende Betrachtung der Strafrechtsprechung, 2013, 109, stellt heraus, dass die Laienbeteiligung in England primär Ausdruck des Demokratieprinzips ist, während sie in Deutschland primär der Kontrolle des Berufsrichters dient, ibid, 110; s. a. *Wassermann*, Die richterliche Gewalt, 1985, 112.

388 Ibid.; *Wassermann*, Die richterliche Gewalt, 1985, 113, 116-117.

389 *Lieber*, Schöffengericht und Trial by Jury, 2010, 150.

390 Die tatsächliche Identifizierung eines solchen gesellschaftlichen Wandels dürfte dann mithilfe wissenschaftlicher Nachweise zu bestätigen sein.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

und eine informative Öffentlichkeitsarbeit der Justiz dazu befähigt werden, die der Justiz zur Entscheidung vorliegenden Fragestellungen entsprechend zu diskutieren.

### (5) Die besondere Bedeutung des BVerfG und der obersten Fachgerichte für den gesellschaftlichen Grundkonsens

Beim BVerfG und den obersten Fachgerichten stellt sich darüber hinaus die Frage, ob sie eine besondere Bedeutung für den gesellschaftlichen Grundkonsens und deshalb weitergehende Pflichten zu dessen Förderung haben. Dass sich beim BVerfG diese Frage stellt, liegt einerseits daran, dass es als einziges Gericht ein Verfassungsorgan darstellt, und andererseits daran, dass sich seine Entscheidungen unmittelbar auf die anderen Verfassungsorgane sowie alle Gerichte und Behörden auswirken. Bei den obersten Fachgerichten liegt es an der Reichweite ihrer Entscheidungen für die Fachgerichtsbarkeit. In beiden Fällen erlangen Entscheidungen dieser Gerichte eine gesellschaftsweite Bedeutung (a). Deshalb sind diese Gerichte auch dazu aufgerufen, den politischen Grundkonsens in besonderem Maße durch die sichtbare Erfüllung der normativen Anforderungen (b) sowie die inhaltliche Förderung eines gesellschaftlichen Konsenses (c) und schließlich durch eine besonders sensible Kontextualisierung der Rechtsprechung (d) zu fördern.

#### (a) BVerfG zwischen Recht und Politik und Fachgerichte als Gestalter der einfachen Rechtsordnung

Das BVerfG nimmt im Verfassungssystem eine besondere Funktion ein,[391] da es einerseits Teil der rechtsprechenden Gewalt, andererseits aber auch Verfassungsorgan ist und als solches, anders als die Fachgerichte, Kontrollorgan der politischen Gewalten ist.[392] Seine Entscheidungen haben Gesetzeswirkung und die seiner Interpretationshoheit unterliegenden Grund-

391 Anmahnend, dass die Unterschiede zur einfachen Fachgerichtsbarkeit zu selten hervorgehoben würden, *Schönberger*, in: id./Jestaedt/Lepsius/Möllers, Das entgrenzte Gericht, 2011, 9, 54.

392 Die Bedeutung der Verfassungsorganstellung für die gesellschaftliche Verantwortung des Gerichts ebenfalls betonend, I.2., Verhaltensleitlinien des BVerfG.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rechte determinieren sowohl die Gesetzgebung[393] als auch die Rechtsanwendung und die privaten Rechtsverhältnisse,[394] wodurch seine Rechtsprechung eine gesellschaftliche Breitenwirkung hat und einen in der Rechtsordnung einzigartigen judikativen Einfluss nimmt. Dieser Einfluss wird zudem für fast jeden Bürger spürbar, weil die Rechtsordnung und mit ihr die diese überformende verfassungsrechtliche (Werte-)Ordnung in immer mehr Lebensbereiche und mit zunehmender Detailschärfe eingedrungen ist.[395] Der wachsende Einflussbereich des BVerfG mag auch mit der zunehmenden Bedeutung des Individuums in Zusammenhang gebracht werden, das laut *Rosanvallon* „anstelle des Gemeinwillens als zentrale gesellschaftliche Figur aufgestiegen [sei]", und die Bedeutung des Rechts und damit der Gerichte in der Demokratie gesteigert habe.[396] Richtigerweise ermöglicht erst die regelmäßige Anrufung des Gerichts, dass es in der heutigen Bandbreite tätig werden kann. Ferner ist das Gestaltungselement der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung stärker ausgeprägt als in der fachgerichtlichen Rechtsprechung. Das „politisch-dezisionistische" Element der Rechtsanwendung nimmt mit der Normenhierarchie zu und ist beim Verfassungsgericht am stärksten ausgeprägt, da in seine Entscheidungen Erwägungen zu gesellschaftlichen Werten einfließen.[397] Das ist vor allem bei der Rechtsfortbildung der Fall. Erfolgt diese bei Fachgerichten im Rahmen der Verfassung,[398] liegt es bei der Verfassungsfortbildung in der Natur der Sache, dass die Verfassung dieser nicht als rahmengebender Maßstab dienen kann. Es gibt kein Gericht mehr, dass entscheiden könnte, ob noch eine Verfassungsauslegung vorliegt oder bereits eine Verfassungsfortbildung, und in letzterem Fall, ob die Verfassungsfortbildung die Grundentscheidung der Verfassung respektiert und das Gericht von den anerkannten Methoden der Verfassungsauslegung in vertretbarer Weise Gebrauch gemacht hat.[399] Diese Bewertung ist damit allein dem politischen Prozess überlassen. Im Ergebnis sind die für das BVerfG charakteristische Einflusssphäre und Gestaltungsmacht Grund genug, um das Verfas-

393 BVerfG, 16.01.1957, BVerfGE 6, 32 ff.
394 BVerfG, Urt. v. 15.01.1958, BVerfGE 7, 198 ff.
395 Vgl. BVerfG, Urt. v. 24.01.01, BVerfGE 103, 44 (73-74).
396 *Rosanvallon,* Demokratische Legitimität, 2013, 131.
397 S. *v. Ooyen*, in: Voigt (Hrsg.), Handbuch Staat, 2018, 917, 921.
398 BVerfG, Beschl. v. 15.01.2009, BVerfGE 122, 248 (257 f.); BVerfG, Urt. v. 14.03.1973, BVerfGE 34 (369 ff.).
399 S. *Jestaedt*, in: Schönberger/id./Lepsius/Möllers (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 77, 143, für die Unterscheidung von Verfassungsauslegung und -fortbildung gäbe es keine Maßstäbe mehr.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sungsgericht stärker als die Fachgerichte in der Verantwortung zu sehen, den gesellschaftlichen Grundkonsens zu fördern.

Für das BVerfG, das in dem Sinne anders als die Fachgerichte zwischen Recht und Politik agiert, wird außerdem die Akzeptanz einzelner Entscheidungen wichtiger, da es nicht in gleichem Maße auf das Systemvertrauen aufbauen kann.[400]Stattdessen muss es sich – wie die politischen Gewalten – auf das Institutionenvertrauen stützen.[401] Anders als die politischen Gewalten, die ihre Entscheidungen über den staatlichen Zwang oder die (Nicht-)Zuweisung finanzieller Mittel durchsetzen können, sichert das BVerfG die Befolgung seiner Urteile allerdings maßgeblich durch dieses Vertrauen und die Überzeugungskraft seiner Urteile als Grundlage seiner institutionellen Autorität.[402]

Die besondere Position des Verfassungsgerichts wird nicht dadurch geschmälert, dass die Fachgerichte dazu angehalten sind, das einfache Recht verfassungskonform auszulegen. Mit *Jestaedt* und *Voßkuhle* könnte die verfassungskonforme Auslegung als Normverwerfung in anderer Gestalt betrachtet werden.[403] Dem ist insofern zuzustimmen, als Normen des einfachen Rechts beispielsweise bei der teleologischen Reduktion in ihrem Regelungsgehalt beschränkt werden, womit ein der Norm innewohnender Regelungsgehalt im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung für unanwendbar erklärt wird. Dennoch unterscheidet sich die Verfassungsauslegung von der sonstigen Gesetzesauslegung durch seinen Methodenpragmatismus einschließlich der verstärkten Berücksichtigung der tatsächlichen Folgebetrachtungen einer Entscheidung, die für den politischen Be-

400 S. *Möllers*, in: Schönberger/Jestaedt/Lepsius/id., Das entgrenzte Gericht, 2011, 281, 303 f.; *Würtenberger*, in Hof/Schulte (Hrsg.), Wirkungsforschungen zum Recht, 2001, 208, zum Zusammenhang von Vertrauen und Akzeptanz.

401 *Möllers*, in: Schönberger/Jestaedt/Lepsius/id., Das entgrenzte Gericht, 2011, 281, 304.

402 Zur Bedeutung der Autorität fürs BVerfG, *Lembcke*, in: Boulanger/Schulze/Wrase (Hrsg.), Die Politik des Verfassungsrechts, 2013, 37 ff.; s. a. *Möllers*, in: Schönberger/Jestaedt/Lepsius/id., Das entgrenzte Gericht, 2011, 281, 303; vgl. *Schönberger*, in: id./Jestaedt/Lepsius/Möllers, Das entgrenzte Gericht, 2011, 9, 54; s. a., vor allem zur Unterscheidung zwischen Autorität und Macht, *v. Ooyen*, in: Voigt (Hrsg.), Handbuch Staat, 2018, 917, 919.

403 *Jestaedt*, in: Schönberger/id./Lepsius/Möllers (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 77, 140; *Voßkuhle*, Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte — Kritische Bestandsaufnahme und Versuch einer Neubestimmung, 125 AöR 2000, 177 ff.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

reich typisch ist.[404] Außerdem müssen Fachgerichte, die zum Ergebnis der Verfassungswidrigkeit kommen, die Entscheidung über die Verfassungskonformität gemäß Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG dem BVerfG vorlegen. Die tatsächliche Normverwerfung, die zur Aufhebung einer Gesetzesnorm führt, obliegt allein dem BVerfG.[405] Ferner beschäftigt sich das BVerfG als einziges Gericht mit immanent politischen Fragen der Einhaltung von inter- und intrainstitutionellen Regeln der Verfassungsorgane.[406]

Im Ergebnis ist das Verfassungsgericht aufgrund seiner singulären Position im Rechtssystem und als Verfassungsorgan besonders dazu angehalten, nach gesellschaftlicher Akzeptanz zu streben.[407] In deutlich abgeschwächter Form trifft dies auch auf die obersten Fachgerichte zu. Das liegt daran, dass sie eine besondere Funktion in der fachgerichtlichen Praxis ausüben. Im entschiedenen Einzelfall binden ihre Urteile die unteren Instanzen. Auch jenseits dieses Falles folgen die unteren Instanzen der geäußerten allgemeinen Rechtsauffassung fast ausnahmslos. Die Rechtspraxis orientiert sich an den Entscheidungen der obersten Bundesgerichte.[408] Typischerweise entscheiden sie gemäß § 543, 566 ZPO, § 133 VwGO, §§ 120, 135 Abs. 1 GVG über Streitgegenstände von allgemeinem gesellschaftlichem Interesse.[409] Ihre Gesetzesauslegung hat oft ein stärkeres gestalterisches Element als die der unteren Instanzen[410] und ihre Entscheidungen haben oft eine politische Dimension,[411] deren Bewertung wie beim

404 Zum Methodenpragmatismus, s. *Jestaedt*, in: Schönberger/id./Lepsius/Möllers (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 77, 141 ff. Er sieht keinen Unterschied zwischen den Auslegungsmethoden, dennoch habe diese Diskussion die praktische Folge gehabt, dass das BVerfG einen größeren Spielraum bei der Auslegung genießt, 144.

405 Die Gesetzesüberprüfung als immanent politische Frage einordnend, *Schönberger*, in: id./Jestaedt/Lepsius/Möllers, Das entgrenzte Gericht, 2011, 9, 14.

406 *Schönberger*, in: id./Jestaedt/Lepsius/Möllers (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 9, 14.

407 *Schönberger*, in: id./Jestaedt/Lepsius/Möllers (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 9, 54. Seine Entscheidungen besäßen daher stets auch „werbenden Charakter ibid.

408 S. hierzu Der Bundesgerichtshof, Broschüre 2014, online verfügbar auf der Internetseite des Gerichtshofs, 7.

409 Obgleich auch die unteren Fachgerichte Entscheidungen zu treffen haben können, die von einer gesellschaftsweiten Relevanz sind und eine politische Dimension aufweisen, ist dies typischerweise nur bei den höchsten Fachgerichten und dem BVerfG der Fall.

410 S. *v. Ooyen*, in: Voigt (Hrsg.), Handbuch Staat, 2018, 917, 921.

411 *Schönberger*, in: id./Jestaedt/Lepsius/Möllers (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 9, 14.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

BVerfG der Öffentlichkeit und dem demokratischen Diskurs überantwortet ist. Zudem können sich auch die obersten Fachgerichte nicht allein auf das Systemvertrauen stützen. Zwar sind sie „alltäglich in eine kontinuierliche diskursive Rechtspraxis institutionell eingebettet“[412] und so in das System der Fachgerichtsbarkeit und die damit verbundene Fehlerreduzierung entlang der Instanzen eingebunden, sodass sie ebenfalls am Systemvertrauen partizipieren. Da sie aber keine höhere Instanz mehr über sich haben – das BVerfG ist keine Superrevisionsinstanz –, wird die Bewahrung und Stärkung des Institutionenvertrauens auch für sie wichtig.

(b) Passive Medienöffentlichkeit des BVerfG und der obersten Fachgerichte

Der besondere Akzeptanzbedarf ist ein Grund, warum die Öffentlichkeit der mündlichen Verhandlung für das BVerfG und in etwas geringerem Maße für die obersten Fachgerichte von größerer Bedeutung ist als für andere Gerichte. Aus diesem Grund werden die öffentliche Kontrollierbarkeit durch die Medien, die Verarbeitung der für die Entscheidungen erheblichen (verfassungs-)rechtlichen Argumente im Prozess der öffentlichen Meinungsbildung und die Erlebbarkeit der Verhandlungen und Urteilsverkündungen umso wichtiger. So hebt auch *Wahl* für das BVerfG hervor, die mündliche Verhandlung solle dem Gericht und den Richtern die Möglichkeit geben, ihre Funktion als Organe der Rechtsprechung darzustellen, die neutrale und objektive Handhabung des Rechtsstreits sichtbar werden zu lassen und die Öffentlichkeit auf das Ergebnis der Entscheidung vorzubereiten.[413] Das Gericht könne hierdurch zeigen, wie es den in Staatswillen geronnenen Volkswillen repräsentiert.[414] In der Politikwissenschaft ist zudem hervorgehoben worden, dass „ein großer Teil der ‚Politikverdrossenheit‘ aus völlig falschen Vorstellungen über die Funktions- und Arbeitsweise von Parlament und Regierung (und Verfassungsgericht!) [resultiert]. … Die Akzeptanz von Verfassungsgerichtsentscheidungen in einer pluralistischen Gesellschaft häng[t] daher ganz maßgeblich von der

412 *Schönberger*, in: id./Jestaedt/Lepsius/Möllers (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 9, 54. Ebenso *Preuß*, Merkur 41, 1987, 1, 6.

413 *Wahl*, in: Guggenberger/Würtenberger (Hrsg.), Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik?, 1998, 81, 101-104.

414 Ibid, 103.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Transparenz der Entscheidungen und Verfahren ab".[415] Gleichzeitig stellt das Gericht durch seine medial vermittelte Verfahrensöffentlichkeit sichtbar seine Autorität vis-à-vis den politischen Gewalten für die Öffentlichkeit unter Beweis. Schließlich ist gerade beim BVerfG – und in etwas geringerem Maße auch bei den obersten Fachgerichten – die Verarbeitung des Für und Wider im Prozess der öffentlichen Meinungsbildung entscheidend für die spätere Akzeptanz der gerichtlichen Entscheidungen. Durch das Verständnis für den Abwägungsvorgang mag das jeweilige Abwägungsergebnis der Gerichte akzeptabler werden.[416]

Beim BVerfG ist jedoch ein Kriterium, welches die akzeptanzfördernde Wirkung des Verfahrens bei den unteren Instanzen der Fachgerichte maßgeblich ausmacht, abgeschwächt: die Individualisierung des einzelnen Falles und die damit verbundene Isolierung individuellen Protests gegen die Entscheidung.[417] Das BVerfG kann Entscheidungen nicht in gleichem Umfang individualisieren. Das gilt vor allem für die abstrakte Normenkontrolle. Aber auch im Rahmen anderer Verfahren wie der Individualverfassungsbeschwerde oder der konkreten Normenkontrolle, bei denen das BVerfG Rechtsschutz bereitstellt, wenn der Gesetzgeber eine bestimmte Interessenkollision nicht genügend bedacht und dabei verfassungsrechtliche Grundsätze verletzt hat, trifft es Entscheidungen von gesamtgesellschaftlicher Bedeutung, denen Gesetzeswirkung zuteilwird.[418] Indem die obersten Fachgerichte rechtliche Maßstäbe für die gesamte Fachrechtsordnung festlegen, ist auch bei ihnen die akzeptanzstiftende Individualisierungswirkung des gerichtlichen Verfahrens nicht in gleichem Maße ausgeprägt wie bei den unteren Fachinstanzen. Das wirft die Frage auf, ob es weitere Mittel gibt, das gesellschaftliche Vertrauen in und die Akzeptanz für die Entscheidungen dieser Gerichte zu fördern.

415 *V. Ooyen*, Integration, 2014, Fn. 26.

416 Vgl. *Limbach*, Die Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, 1997, 13.

417 Zu dieser Funktion der Gerichtsöffentlichkeit, s. *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1969, 121. Zur Anwendung aufs BVerfG, s. *Möllers*, in: Schönberger/Jestaedt/Lepsius/Möllers (Hrsg.), 2011, 281, 304-305.

418 Dies als Strukturproblem der Verfassungsgerichtsbarkeit bezeichnend, *Möllers*, in: Schönberger/Jestaedt/Lepsius/Möllers (Hrsg.), 2011, 281, 304-305.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(c) Gesellschaftliche Integration durch eine medienvermittelte Rechtsprechung?

Vor diesem Hintergrund scheint gerade für das BVerfG und in etwas geringerem Umfang für die obersten Fachgerichte eine aktive Öffentlichkeitsarbeit, die der Allgemeinheit die Urteile und die Anwendung der Gesetze im konkreten Fall verständlich vermittelt, zur Förderung des institutionellen Vertrauens und der Akzeptanz einzelner Entscheidungen beizutragen. Aufgrund der besonderen Position des BVerfG haben Staatsrechtswissenschaftler ferner diskutiert, ob dem Gericht eine Integrationsfunktion zukomme, mit der es den gesellschaftlichen Grundkonsens in besonderem Maße fördert.[419] Seinen Ursprung hat dieser Diskurs in der Absicht von *Leibholz*, das BVerfG zum Verfassungsorgan aufzuwerten, weshalb er *Smends* Integrationslehre auf das BVerfG übertrug.[420] Nur über die Anerkennung der besonderen politischen Funktion des Gerichts, die er vom politischen Charakter des Verfassungsrechts ableitete, sah er sich imstande, die Stellung des Gerichts als dem Parlament und Regierung gleichberechtigtes Verfassungsorgan zu bekräftigen und der Kritik von *Schmitt* und *Triepel* zu begegnen, dass das Verfassungsgericht als rechtliches kein Organ der „hohen" Politik sei.[421] Nach *Schmitt* kann Hüter der Verfassung nämlich nur ein politisches Organ sein, das die politische Einheit des Volkes schützt.[422]

Bis heute ist allerdings nicht ganz klar, worin diese besondere integrationsfördernde Wirkung bestehen soll.[423] Teilweise wird die integrationsstiftende Funktion darin gesehen, dass das BVerfG den politischen Grundkonsens der Gesellschaft durch die Interpretation der Verfassung in materieller Hinsicht fördere.[424] Die Verfassung, so *Schulze-Fielitz*, leite den Prozess politischer Einheitsfindung an und formuliere dafür einen Basiskonsens, „der das Volk in einem Prozess der Selbstvergegenwärtigung auf eine

419 S. hierzu die Nachweise bei *v. Ooyen*, Integration, 2014, 66 ff.; Schuppert/Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000.
420 S. *Leibholz*, JöR 1957, 110 ff., und 120 ff., insb. 127 f.
421 *Leibholz*, JöR 1957, 110 ff. und 120 ff., insb. 121.
422 S. *Schmitt*, 55 (2) AöR 1929, 161-237.
423 *Möllers*, in: Schönberger/Jestaedt/Lepsius/Möllers (Hrsg.), 2011, 281, 299 f.
424 *Starck*, in: Schuppert/Buhmke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000, 227, 239.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gemeinsame Zukunftsperspektive verpflichtet".[425] Nach *Ebsens* Vorstellung kann das Verfassungsgericht den politischen Grundkonsens präzisieren und fortbilden, indem es „intern Konsens und von außen Zustimmung [gewinnt]",[426] weil sich die wesentlichen gesellschaftlichen Kräfte dann über den Grundkonsens verständigt hätten.[427] Der ehemalige Verfassungsgerichtspräsident *Benda* ist der Auffassung, das Verfassungsgericht habe die Verbindung zwischen Bürgern und Staat anzustreben und zu fördern; *Herzog* sieht die Aufgabe des Verfassungsgerichts darin, das Zusammengehörigkeitsgefühl zwischen Bürgern und Staat zu stärken.[428] Anders als die politischen Gewalten ist das BVerfG laut *Herzog* aufgrund seiner Unparteilichkeit, durch die es das gesamte Volk repräsentiere,[429] als einziges Verfassungsorgan neben dem Bundespräsidenten dazu berufen, Gesellschaft und Staat zu einen.[430] *Limbach* streicht heraus, dass das BVerfG eine wichtige Integrationsleistung für das Staatsganze erbracht habe.[431] *Papier* äußert, dass das BVerfG mit seinen Entscheidungen einen Konsens hervorrufen könne, indem es alle geäußerten Perspektiven berücksichtige und in einen Ausgleich bringe.[432] *Voßkuhle* hat im Rahmen verschiedener Interviews

425 *Schulze-Fielitz*, in: Schuppert/Bumke (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000, 111, 136; mit Verweis auf *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl. 1968, 119, 136 ff.; zum Verfassungsrecht als ‚politisches Recht', *Isensee*, in: id./Kirchhof (Hrsg.), HStR. VII, 1992, § 162 Rn. 34 f., 102 ff.; *Voßkuhle*, 119 AöR, 1994, 35, 46 ff.; *Schuppert*, 120 AöR 1995, 39 f.

426 *Ebsen*, in: Schuppert/Buhmke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000, 83, 93.

427 Ibid. Das BVerfG könne dabei politischen Konsens herstellen und Partikularinteressen integrieren, ibid, Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, Berlin 1985, Kap. 8, 12.

428 Zitiert bei *Limbach*, in: Vorländer (Hrsg.), Integration durch Verfassung, 2002, 315, 319; vgl. a. *Limbach*, Im Namen des Volkes, 1999, 148 ff.; s. a. *Papier*, ZRP 2002, 134, 135.

429 *Herzog*, Das Bundesverfassungsgericht als Hüter der Ordnung, 1987, 15. Ibid: „Das Bundesverfassungsgericht ist im politischen System unseres Staates heute einer der entscheidenden Integrationsfaktoren. […] [M]an ist […] überzeugt davon, daß diese Entscheidungen auf der Grundlage […] strenger Unparteilichkeit gefunden werden, und das scheint unseren Mitbürgern mehr wert zu sein als ein halbes Prozent Bruttosozialprodukt mehr oder weniger."

430 Ibid; s. a. ibid, 13, 17. Kritisch zu dieser Gegenübrstellung, *v. Ooyen*, Integration, 2014, 68-69.

431 *Limbach*, in: Vorländer (Hrsg.), Integration durch Verfassung, 2002, 315, 317 ff., primäre Aufgabe bliebe die kontrollierende und machtbegrenzende Funktion, ibid, 324-325.

432 *Papier*, ZRP 2002, 134, 135.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

verdeutlicht, dass das BVerfG seines Erachtens eine eigene Stimme in der Medienöffentlichkeit benötigt, die den Bürgern die Position des Gerichts erläutert und im Zweifel auch rechtfertigt.[433] Diese Zusammenschau zeigt, dass die ehemaligen Gerichtspräsidenten und Teile der Literatur dem Gericht eine besondere integrationsfördernde Funktion beimessen, die sich dadurch auszeichnet, dass das Gericht durch die Annäherung von Staat und Gesellschaft zu einer staatlich-gesellschaftlichen Einheit beiträgt.[434] Unterschiedlich interpretiert wird, wie diese Annäherung erfolgen soll. Im Kern zielen aber alle Ansichten auf die Erzielung einer gesamtgesellschaftlichen Zustimmung für die Judikate des Gerichts im Wege der unparteilichen und konsensualen Entscheidungsfindung oder der spezifischen Kommunikationsleistung des Gerichts.

Dem Gericht wird damit neben der staatlichen eine gegenüber anderen Gerichten qualifizierte gesellschaftliche Funktion zugesprochen.[435] Dem ist zuzustimmen, wenn die Gesellschaftsrelevanz der verfassungsgerichtlichen Urteile bedacht wird, die bis in den Kern des politischen Bereichs eindringen. Daraus folgt, dass die allgemeine Öffentlichkeit nicht nur deshalb mittelbar als Adressat der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zu begreifen ist, weil das Gericht die an die Allgemeinheit gerichtete Verfassung anwendet, sondern ebenfalls und vor allem, weil das Gericht in der Erfüllung seiner gesellschaftlichen Funktion auch die allgemeine Öffentlichkeit als Adressat seiner Entscheidungen im Blick haben muss.[436]

---

433 S. mitunter „Andreas Voßkuhle im Gespräch", 17.05.2020, SWR extra; *Lorenzo/Wefing*, „Erfolg ist eher kalt", 13.05.2020, Die Zeit online; vgl. auch *Voßkuhle*, NJW 2018, 3154, 3158 f., der hier vertritt, dass die Justiz insgesamt das gesellschaftliche Vertrauen nur durch eine „offensive Öffentlichkeitsarbeit" bewahren und Rechtsskepsis begegnen könne.

434 Zur Anlehnung an *Smend*, s. *Limbach*, in: Vorländer (Hrsg.), Integration durch Verfassung, 2002, 315, 318-319 und zur Rezeption, ibid, 319.

435 S. *Würtenberger*, in: Guggenberger/id. (Hrsg.), Hüter der Verfassung oder Lenker der Politik?, 57, 73: „Der demokratische Rechtsstaat ist nicht ein Staat der Distanz zur Gesellschaft, sondern ein Staat, der im „connubium" und in Symbiose mit der Gesellschaft seine Legitimation und politische Kraft findet. Diese Überlegungen gelten in besonderem Maß für die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts."

436 Den Bürger als Adressaten der Verfassung und damit auch der Verfassungsrechtsprechung einordnend, *Schulze-Fielitz*, in: Schuppert/Bumke (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000, 111, 136: „Ein Verfassungsgericht, das nicht auch die allgemeine politische Öffentlichkeit zum Bezugspunkt seines Wirkens macht, judiziert kraft rechtsstaatlicher Hoheitsmacht unter Verzicht darauf, auch den Bürger zu überzeugen; ein solches Verfassungsgericht droht seine Zukunftsfähigkeit zu verspielen."



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Daraus folgt, dass es seine Entscheidungen den Bürgern vermitteln muss. Als gangbarer Weg erweist sich die medienöffentliche Vermittlung der Urteile.[437] In der juridischen Fachsprache sind die Urteile für die allgemeine Öffentlichkeit nämlich nicht verständlich. Aufgrund seines Gerichtscharakters kann das BVerfG jedoch keinen Abstand davon nehmen, seine Urteile in der juristischen Fachsprache abzufassen. Dass das BVerfG bei der Erbringung des Integrationsauftrags in der Medienöffentlichkeit Zurückhaltung wahren sollte, um die Zustimmung, die durch das juristisch begründete Urteil von den Parteien und in der Fachöffentlichkeit gewonnen wurde, nicht durch Kritik im Raum der Medienöffentlichkeit zu verlieren, wäre strukturell anti-demokratisch und wird in der Literatur daher zurecht überwiegend abgelehnt.[438]

Dennoch weist *Möllers* richtigerweise darauf hin, dass das BVerfG, das strukturell schwächer ist als die anderen Verfassungsorgane, seine Legitimität in der Medienöffentlichkeit auch einbüßen kann, wenn es seinen rechtlichen Charakter in den Augen der allgemeinen Öffentlichkeit verliert.[439] Auch *Schönberger* gibt zu bedenken, dass es zwar „verlorene Liebesmühe [ist], vom Bundesverfassungsgericht zu verlangen, es möge doch ganz und nur Gericht sein",[440] dass das BVerfG aber trotz Offenlegung seiner „Janusköpfigkeit" darauf achten müsse, „gerade um seiner politischen Natur willen besonders nachdrücklich auf seine Justizförmigkeit zu ach-

437 Vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Schuppert/Bumke (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000, 111, 136 ff.

438 Die Diskussion zur Integrationswirkung des Gerichts war erneut aufgeflammt, als das BVerfG sich verstärkt mit öffentlicher Kritik konfrontiert sah. Im Ergebnis schienen sich die meisten Stimmen einig, dass die Kritik an der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung als Teil der Demokratie zu verstehen und als Ausdruck einer pluralistischen Gesellschaft zu akzeptieren sei. S. hierzu den Band Schuppert/Buhmke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000, darunter v. a. *Schulze-Fielitz,* ibid, 111, 139, der die Kritik nicht für eine Gefahr hält, sondern für „eine unvermeidliche Anpassung an die geänderten gesellschaftlichen Rahmenbedingungen" sowie für eine Folge der Tatsache, dass das Verfassungsgericht als „gesellschaftliches Gericht" Teil der politisch-gesellschaftlichen Konflikte wird. *Ebsen* meint, Urteilskritik fördere die Fortentwicklung des Grundkonsenses, ibid, 83, 93. *Schönberger* sieht die Urteilsschelte als Form der Anerkennung des Gerichts, die es letztlich gestärkt habe, id, in: id./Jestaedt/Lepsius/Möllers (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 9, 50.

439 *Möllers*, in: Schönberger/Jestaedt/Lepsius/id., Das entgrenzte Gericht, 2011, 281, 307.

440 *Schönberger*, in: id./Jestaedt/Lepsius/Möllers (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 9, 55-56; a. A. *Isensee*, JZ 1996, 1085, 1091; *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. 2018, Rn. 35 f.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ten".[441] Daraus folgt, dass das Gericht nur fachlich-juristisch argumentieren und damit auf mediale Kritik für einen laienhaften Betrachter oft nur inadäquat oder wenig überzeugend reagieren kann.[442] Wenn aber die allgemeine Öffentlichkeit wie hier als Adressat der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung betrachtet wird und die Vermittlung der Rechtsprechung dadurch als demokratiestaatlich verankerte Aufgabe identifiziert wird, ist eine solche Vermittlung nicht nur Bestandteil einer Strategie zur Selbstlegitimierung, auf die das Gericht auch verzichten kann.[443] Stattdessen muss sich das Gericht der Paradoxie stellen, dass es die Öffentlichkeit für seine Legitimität braucht, die Öffentlichkeit aber gleichzeitig zum Risiko der eigenen Legitimität wird.[444]

Die Kernfrage bleibt deshalb die des „Wie" der Rechtsprechungsvermittlung. Sie führt zurück zur Frage, womit das BVerfG den Grundkonsens fördert: damit, dass es gesellschaftspolitische Konflikte in einem rechtsstaatlichen Verfahren löst, in dem alle Aspekte durch die Augen eines unparteilich und deliberativ entscheidenden Spruchkörpers bewertet werden, oder damit, dass es zu diesem Streitpunkt einen materiellen Konsens in der Gesellschaft herbeiführt. Je nach Antwort wäre es nämlich nicht nur Aufgabe des Gerichts, die Rationalität und Verfahrensgerechtigkeit der Rechtsprechung zu vermitteln, sondern ferner die Öffentlichkeit von den Urteilen zu überzeugen und sie im Zweifel gegenüber medialer Kritik zu rechtfertigen.

Die erstgenannte Ansicht erscheint vorzugswürdig. Die Sichtweise, das BVerfG fördere durch seine Rechtsprechung und deren Vermittlung einen irgendwie gearteten materiellen Grundkonsens, indem es für seine Urteile um soziale Akzeptanz wirbt, ist abzulehnen. In der heutigen werteheterogenen Gesellschaft ist es wenig plausibel, dass ein Gericht einen materiel-

441 *Schönberger*, in: id./Jestaedt/Lepsius/Möllers (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 9, 55-56.

442 Ibid, 142-143. Wohlgemerkt schützt die fachliche Begründung einer Entscheidung Gerichte auch in gewissem Umfang vor öffentlicher Kritik, *Schulze-Fielitz*, in: Schuppert/Bumke (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000, 111, 142; *Fromme*, in: Zeidler/Maunz/Roellecke (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Faller, 1984, 415 433 f.

443 So aber *Möllers*, in: Schönberger/Jestaedt/Lepsius/id., Das entgrenzte Gericht, 2011, 281, 305-307.

444 Ibid, 144. Die Verfassung und das BVerfG seien „keine politische Lebensversicherung", ibid.; mit Verweis auf *Ehmke*, VVDStRL 1963, 53 ff., 71 f.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

len gesamtgesellschaftlichen Wertekonsens herstellen kann.[445] Auch die Anbindung der Rechtsprechung an die öffentliche Meinung vermag dieser keine *gesamt*gesellschaftliche Akzeptanz zu vermitteln.[446] Zu Recht wurde daher in der Aufgabe, die substantielle Integration der Gesellschaft über die Förderung eines materiellen Grundkonsenses herbeizuführen, eine Überforderung des BVerfG gesehen.[447] Setzte sich das Gericht dieses Ziel, würde ihm ein Ansehensverlust drohen.[448] Schließlich ist der materiellen Lesart des Grundkonsenses zu Recht entgegengehalten worden, dass sie ein etatistisches Selbstverständnis des Gerichts bestärke, das auf die Integration einer ontologisierten politischen Staats- bzw. Volkseinheit ausgerichtet sei, die so aber gar nicht existiere bzw. nicht existieren könne[449] und auch im Hinblick auf den europäischen Integrationsprozess hinderlich sei.[450] Auch wenn das BVerfG die Gesetze und damit den politischen Bereich mit der verfassungsrechtlichen Auslegung zunehmend überformt, wird es damit nicht zu einem in *Schmittianischer* Tradition stehenden politischen Spruchkörper, der seine Legitimität allein aus dem öffentlichen Zuspruch der ihn tragenden Volkseinheit generiert.[451] Dies wäre ein normativ nicht rückgebundener und damit verbotener Schluss vom Sein aufs

445 Vgl. *Rosanvallon*, der davon ausgeht, dass es „ein" Gemeinwohl nicht mehr gebe, weshalb die Begrenzung von Partikularinteressen durch Prinzipien und Verfahren in unparteilichen Institutionen wichtiger wird, id., Demokratische Legitimität, 2013, 131.

446 Nicht wirklich reflektiert bei *v. Coelln*, Zur Medienöfentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 189 ff.

447 *Haltern*, Integration als Mythos. Zur Überforderung des Bundesverfassungsgerichts, www.jeanmonnetprogramm.org/papers/96/9642ind.html. Auch *Schulze-Fielitz* räumt ein, dass ein Verfassungsgericht in einer pluralistischen Gesellschaft mit seiner Rechtsprechung nicht immer alle Seiten zufriedenstellen könne, id., in: Schuppert/Bumke (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000, 111, 138-139.

448 Vgl. *Schulze-Fielitz*, ibid, 139.

449 *V. Ooyen*, Integration, 2014, 66.

450 Vgl. hierzu *Blankenagel*, in: Schuppert/Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000, 147 ff.; *v. Bogdandy*, in: Schuppert/Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000, 243 ff.; *Haltern*, Integration als Mythos. Zur Überforderung des Bundesverfassungsgerichts, www.jeanmonnetprogramm.org/papers/96/9642ind.html.

451 So aber für den US-amerikanischen Supreme Court und den israelischen Supreme Court, *Bassok*, German Law Journal, 21 (2), 2020, 131 ff.; id., The Journal of Law and Politics, 2011, 26 (2), 239-272; id., Saint Louis University Public Law Review, 2012, 31 (2), 333-382.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Sollen.[452] Überdies wäre es mit Art. 97 Abs. 1 GG und der verfassungsgerichtlichen Bindung an die Grundfesten der Verfassung unvereinbar, wenn hieraus die demokratische Zielverpflichtung für das BVerfG abgeleitet würde, gesellschaftlichen Konsens mit den Inhalten der Urteile herzustellen.[453]

Eine solche Forderung implizierte außerdem, dass dem BVerfG in gesellschaftspolitischen Konflikten stets das letzte Wort zukäme. Die Folge dieser Annahme wäre in demokratischer Hinsicht paradox: Soll die gerichtliche Bewahrung des Grundkonsenses die Demokratie substantiell stärken, verkehrte die Forderung nach einer „hoheitliche[n] Integration einer demokratischen Gesellschaft"[454] durch das Gericht dieses Ziel in sein Gegenteil. In dem Umfang wäre eine freie, von der Gesellschaft ausgehende politische Meinungsbildung nämlich unterbunden,[455] obwohl es zum einen möglich wäre, die Verfassung zu ändern, Art. 79 Abs. 2 GG mit Ausnahme von Art. 79 Abs. 3 GG,[456] und zum anderen über eine kritische Diskussion der verfassungsgerichtlichen Entscheidung Wege gefunden werden könnten, die die aufgestellten verfassungsrechtlichen Grundsätze respektieren, aber dennoch den eingeschlagenen politischen Weg weiterverfolgen. Laut *Bryde* komme in einem solch materiellen Verständnis daher eine stark lega-

---

452 Hier wäre die Akzeptanz als soziale Tatsache Grundlage für die normative Schlussfolgerung, dass der demokratiestaatlich gebotene Grundkonsens gefördert würde. Zur Unterscheidung zwischen Akzeptanz und dem normativen Kriterium der demokratischen Legitimität/Legitimation, s. *Gostomzyk*, Öffentlichkeitsverantwortung der Gerichte, 2006, 88. Die Anerkennung einer Norm oder im übertragenen Sinne eines Urteils durch die Öffentlichkeit oder die Betroffenen stellt keinen rechtlichen Geltungsgrund dar. S. a. *Krawietz*, Anerkennung, 1996, 104, 139.

453 Vgl. *Limbach*, Die Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, 1997, 11-12; s. a. *v. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, der die Grenze der „Orientierung des Richters an der öffentlichen Meinung", 189, dort zieht, wo die öffentliche Meinung in den Bereich der Staatswillensbildung übergreift, 190.

454 *Frankenberg*, in: Schuppert/Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000, 31, 58.

455 In dem Umfang, in dem es das BVerfG als Impulsgeber für gesellschaftliche Entwicklungen erachtet, ist daher auch *Häberles* „offenes" Verfassungsverständnis abzulehnen.

456 Kritisch deshalb *Bryde*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 7. Aufl. 2021, Art. 79 Rn. 34, 37-39, wenn das BVerfG Art. 79 Abs. 3 GG weit auslegt und die Entscheidung zu politischen Grundsatzfragen damit vorwegnimmt.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

listisch geprägte unpolitische Kultur zum Ausdruck, in der die Bürger am meisten den „weisen Männern … in roten Roben" vertrauten.[457]

Schießlich bedarf es des materiellen Grundkonsenses auch nicht als Rechtfertigung für die politische Funktion des Gerichts bzw. seines Status als Verfassungsorgan. Diese Rechtfertigung bezieht das Gericht nämlich bereits daraus, dass die Verfassungsorgane nur „in ihrem wechselseitigen Zusammenhang ihren Sinn"[458] erhalten, wobei es das besondere Verdienst des BVerfG ist, als ein unparteilicher Hüter der Verfassung eine für den Wechsel von Mehrheiten und Minderheiten zukunftsoffene, pluralistische Struktur von Gesellschaft und Demokratie zu gewährleisten und damit die Gleichheit der Bürgerinnen zu stärken sowie die langfristige Geltung verfassungsrechtlicher Grundsätze, insbesondere der Grundrechte und der Staatsstrukturprinzipien, gegenüber kurzfristigen Meinungsumschwüngen in Wahlzyklen zu bewahren.[459] Seine Legitimität schöpft das BVerfG daher in erster Linie aus seiner Justizförmigkeit.[460]

Für das „Wie" der Vermittlung folgt hieraus, dass das Gericht – in den Worten *Herzogs* – vor allem die „Überzeugung [vermitteln sollte], daß es in diesem Staat einigermaßen plausibel und gerecht zugeht",[461] womit er die Vermittlung eines prozedural-methodisch verstandenen Grundkonsenses anspricht.[462] Eine sozialintegrative Kraft erreicht die Rechtsprechung, indem sie zeigt, dass sie Konflikte mit „funktionstüchtigen Kollisionsnormen

457 *Bryde*, in: Vorländer (Hrsg.), Integration durch Verfassung, 2002, 331; s. a. *Limbach*, Das Bundesverfassungsgericht, 2001, 86: „In der Tat müsste es bedenklich stimmen, so treffend *Peter Häberle*, wenn das große – auch durch jüngste Umfragen bestätigte – Vertrauen in das Bundesverfassungsgericht ein unpolitisches Misstrauen der Bürger gegen die Demokratie indizierte."

458 Vgl. *Rosanvallon,* Demokratische Legitimität, 2013, 176; vgl. *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, 2019 (Hrsg. *Jestaedt*), 256 (checks and balances); *v. Ooyen*, in: Voigt (Hrsg.), Handbuch Staat, 2018, 917, 920.

459 Vgl. *Rosanvallon,* Demokratische Legitimität, 2013, 173 ff., insb. 176.

460 *Schönberger*, in: id./Jestaedt/Lepsius/Möllers (Hrsg.), 2011, 9, 55. Gesellschaftliche Unterstützung sei relativ unabhängig von der Akzeptanz der einzelnen Entscheidung, die Anerkennung der Unparteilichkeit des Gerichts verleihe dem Gericht größere Akzeptanz, *Rosanvallon,* Demokratische Legitimität, 2013, 206 mwN

461 *Herzog*, Das Bundesverfassungsgericht als Hüter der Ordnung, 1987, 14.

462 Zum Begriff, *Hufen*, in: Schuppert/Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000, 61, 73. *Frankenberg*, in: Schuppert/Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000, 58 bezeichnet den geforderten Grundkonsens als „Minimalprogramm der Integration."



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

…überzeugend lös[t]"[463] und „de[n] Diskurs über Werte in der Gesellschaft" offenhält.[464] Letzteres würde mithilfe „adäquate[r] Verfahren und eine[r] möglichst wenig angreifbare[n] Methodik [sichergestellt], die Einseitigkeiten vermeidet und unter Stichworten wie Verhältnismäßigkeit und ‚praktische[r] Konkordanz' dafür sorgt, dass sich möglichst beide Seiten in den Grundentscheidungen des Gerichts wiederfinden".[465]

Als Aufgabe, die dem BVerfG aufgrund seines politischen Charakters zukommt, ist eine mediale Kommunikation als valides Mittel anzusehen, um diese Haltung an die Bürger heranzutragen.[466] Denn wie bereits festgestellt, würde es diese konsensfördernde Wirkung mit seinen Urteilen allein nicht erreichen, da Institutionen in einer Kommunikations- und Mediengesellschaft für die effektive Vermittlung ihrer Tätigkeit an die Bürgerschaft in den medialen Kommunikationsraum eintreten müssen.[467] Gerade in Fällen, die gesellschaftlich sehr umstritten sind und in denen das BVerfG ein Gesetz aufhebt, ist das Gericht zur Förderung der gesellschaftlichen Akzeptanz dieser Entscheidung dazu angehalten, den Bürgern zu vermitteln, wie es zu seinem Ergebnis gekommen ist und dass es dabei alle Interessen reflektiert und in einen möglichst schonenden Ausgleich gebracht hat. Auch die ehemalige Gerichtspräsidentin *Limbach* war der Ansicht, dass das BVerfG seine Entscheidungen besser kommunizieren solle, um hierfür Akzeptanz zu erlangen.[468]

---

463 *V. Bogdandy*, in: Schuppert/Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000, 243, 261.

464 *Hufen*, in: Schuppert/Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000, 61, 73. Sah hierzu sowohl das BVerfG als auch die Fachgerichte berufen. Auch *Frankenberg* meint, „das integrative Kapital [bilde sich] im Zulassen und Durchstehen einigermaßen zivilisierter Kontroversen;" hierzu sei das BVerfG berufen, beizutragen, id., in: Schuppert/Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000, 31, 55-58.

465 *Hufen*, in: Schuppert/Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000, 61, 74, 80.

466 Eine aktive Öffentlichkeitsarbeit des BVerfG ebenfalls befürwortend, um die Bevölkerung über die Entscheidungen und Begründungen des Verfassungsrichterrechts zu informieren, *Würtenberger*, in: Guggenberger/Würtenberger (Hrsg.), Hüter der Verfasung oder Lenker der Politik? 1998, 57, 74; vgl. *Voßkuhle*, NJW 2018, 3154, 3158 f.; vgl. *v. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 520.

467 S. o. Kap. 2, A. I. 4. aa).

468 *Limbach*, Das Bundesverfassungsgericht, 2001, 70, id., Im Namen des Volkes, 1999, 182, hierfür auf die mündliche Verhandlung abhebend.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(d) Pflicht zur gesellschaftlichen Kontextualisierung der Rechtsprechung

Vor allem für das BVerfG, das regelmäßig über gesellschaftliche Werte einschließlich ihrer Gewichtung und Abwägung befinden muss, und in etwas geringerem Umfang für die höchsten Fachgerichte, wenn diese Entscheidungen mit gesellschaftspolitischer Dimension für die gesamte Fachrechtsordnung zu treffen haben, ist die Medienöffentlichkeit als Raum der öffentlichen und individuellen Meinungsbilung ein hilfreiches Mittel für die Identifizierung eines gesellschaftlichen (Werte-)Wandels. Damit erlangt die Medienöffentlichkeit der Verfahren eine besondere Bedeutung, da das BVerfG und die obersten Fachgerichte zum Erhalt des gesellschaftlichen Grundkonsenses mit der Rechtsordnung beitragen, wenn sie die gesellschaftlichen Gerechtigkeits- und Wertvorstellungen sowie die tatsächlichen gesellschaftlichen Entwicklungen in ihre Rechtsfindung einfließen lassen.[469] In diesem Umfang kann auch eine demokratische Pflicht zur gesellschaftlichen Kontextualisierung der Rechtsprechung angenommen werden.[470] Insbesondere das BVerfG riskierte andernfalls den Verlust des öffentlichen Vertrauens dafür, dass es seine gesellschaftspolitische Funktion erfüllt, „Recht und Gesellschaft miteinander in Einklang zu halten und damit zur Integration des Gemeinwesens beizutragen".[471] Beim BVerfG kommt außerdem noch hinzu, dass es über die gesellschaftliche Kontextualisierung seiner Rechtsprechung und eine daraus möglicherweise folgende Nichtigerklärung eines Gesetzes den Gesetzgeber dazu bewegt, den in Ge-

469 Vgl. *Benda*, DÖV 1983, 305 ff.; *Limbach*, Die Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, 1997, 14. Anders als die Anbindung an die öffentliche Meinung ist die Kontextualisierung der Rechtsprechung nicht an der Äußerung von gesellschaftlichen Interessen orientiert, sondern an einem tatsächlich feststellbaren gesellschaftlichen Wandel.

470 Vgl. *Benda*, DÖV 1983, 305, 305 ff. der zunächst strikt darauf abhebt, dass die demokratische Pflicht bestehe, die Entscheidungen „akzeptanzfähig zu machen dann aber zu den Grenzen des Akzeptanzstrebens Ausführungen macht; s. hierzu *Limbach*, Die Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, 1997, 11-12, die meint, es ginge hierbei vor allem um die praktische Legitimität des Gerichts und seiner Rechtsprechung, ibid, 12. Im Ergebnis ist beides richtig: der gesellschaftliche Grundkonsens fördert eine praktische Legitimität und ist – über die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung – normativ an das Demokratieprinzip angebunden worden (s. o. Kap. 2, A. I. 4. c) aa). Die in Art. 79 Abs. 3 GG niedergelegte Unabänderlichkeitsklausel bildet die Grenze der Kontextualisierung.

471 *Zippelius*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1994, 150; zitiert bei *Limbach*, Die Akzeptanz verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, 1997, 12.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

setzesform gegossenen Volkswillen zu aktualisieren und eine bessere Übereinstimmung zwischen Gesetzgebung und gesellschaftlicher Wirklichkeit herzustellen.

#### dd) Zwischenfazit

Die Dritte Gewalt hat die demokratische Aufgabe und ein eigenes Interesse daran, den gesellschaftlichen Grundkonsens mit dem Staatswesen zu fördern. Dies verlangt, dass die Rechtsprechung ihre Handlungslegitimität nach außen manifestiert und ihre Entscheidungen in begrenztem Umfang auch durch eine aktive Öffentlichkeitsarbeit über die Medien vermittelt. Die Medienöffentlichkeit dient überdies als Informationsquelle für gesellschaftliche Entwicklungen, die in der Rechtsprechung zu berücksichtigen sind. Vor allem das BVerfG und in geringerem Umfang die obersten Fachgerichte sind aufgrund ihrer Position, der Wirkung ihrer Entscheidungen und ihrer spezifischen Auslegungsfreiheit mehr als die unteren Instanzen der Fachgerichtsbarkeit dazu angehalten, auf das öffentliche Vertrauen und die Akzeptanz ihrer Entscheidungen hinzuwirken. Deshalb besteht bei ihnen ein im Vergleich zu den unteren Instanzgerichten ausgeprägterer Bedarf an passiver Medienöffentlichkeit und aktiver Informations- und Öffentlichkeitsarbeit.

### d) Symbolische Identifikations-Repräsentation durch eine medienwirksam verkörperte Repräsentativität

In der Theorie zur repräsentativen Demokratie hat sich *Pitkin* auch mit der Repräsentation durch Darstellung beschäftigt. Dabei differenziert sie zwischen einer deskriptiven und einer symbolischen Dimension.[472] Deskriptive Repräsentation bedeutet, dass die Repräsentierten ihre Eigenschaften oder Einstellungen bei den Repräsentanten wiederfinden.[473] Diese Form der tatsächlichen Identifikations-Repräsentation wird durch eine mediale

472 *Pitkin*, The Concept of Representation, 1967, 11 ff.

473 *Lembcke*, in: id. (Hrsg.), Zeitgenössische Deomkratietheorie, 2016, 23, 33. Die gesellschaftliche Repräsentativität von Gerichten ist für die Richterauswahl nicht entscheidend, *Schreier*, Demokratische Legitimation von Verfassungsrichtern, 2016, 288. „Eine symbolische Verknüpfung aufgrund der Identifikation mit gesellschaftlich-persönlichen Merkmalen der Bundesverfassungsrichter ist bisher […] nicht zu beobachten. Die Bürger identifizieren sich nicht mit den



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Vermittlung weder realisiert noch verstärkt. Statt der tatsächlichen Identifikations-Repräsentation bezeichnet die symbolische Repräsentation eine ideelle Identifikations-Repräsentation.[474] Sie hat eine sozialintegrative Funktion, die sich in einer Mediengesellschaft über die Medien vermitteln lässt. *Smend* geht davon aus, dass die Integration von Gesellschaft und Staat durch eine Person[475] und eine institutionelle Symbolik[476] erfolge.

Eine sozialintegrative Funktion ist für die rechtsprechende Gewalt vor allem dem BVerfG als Verfassungsorgan zugesprochen worden.[477] Auf die Verfassungsrichter selbst ist die ideelle Identifikations-Repräsentation bislang nicht übertragen worden. Dem ist sowohl unter Berücksichtigung der Ansicht *Smends* als auch der verfassungsrechtlichen Position des Verfassungsrichters zuzustimmen. *Smend* ist in der rechtswissenschaftlichen Literatur herangezogen worden, um den Bundespräsidenten als Integrationsfigur zu bezeichnen.[478] Anders als die Verfassungsrichter wird dem Bundespräsidenten als Staatsoberhaupt allgemein die Aufgabe beigemessen, den Staat als Ganzes zu repräsentieren.[479] Die besondere Eignung zur personalen Repräsentation wird vor allem darauf zurückgeführt, dass beim Bundespräsidenten das persönliche Amt und die Verfassungsorganschaft zusammenfallen.[480] Dies ist bei den Verfassungsrichtern nicht der Fall. Das rechtsprechende Verfassungsorgan ist das BVerfG gemäß Art. 92 i. V. m. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG, § 1 BVerfGG.[481] Den Verfassungsrichtern ist die Rechtsprechung zwar gemäß Art. 92 GG anvertraut. Diese Formulierung

---

einzelnen Mitgliedern des Gerichts, sondern mit den Leitgedanken der Institution BVerfG; auch weil ihnen die gesellschaftlich-persönlichen Merkmale der Bundesverfassungsrichter im Wesentlichen unbekannt sind. Folglich kann aus der pluralistischen Besetzung des BVerfG derzeit keine symbolische Repräsentanz entstehen."

474 *Lembcke*, in: id. (Hrsg.), Zeitgenössische Deomkratietheorie, 2016, 23, 34.

475 *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen und Verfassungsrechtandere Aufsätze, 1955, 120, 142 ff.

476 *Smend*, Staatsrechtliche Abhandlungen und Verfassungsrechtandere Aufsätze, 1955, 120, 163. Auch bei *Häberle* finden sich kulturwissenschaftlich geprägte Befürwortungen symbolischer Integration, id., Nationalflaggen, 2008; id., Nationalhymnen als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates, 2. Aufl. 2013; s. a. *Rosanvallon*, Demokratische Legitimität, 2013, 109 ff.

477 S. o. Kap. 2, A. I. 4. c) cc) (5) (c).

478 S. hierzu mwN ausführlich *v. Ooyen*, Integration, 2014, 45 ff., insb. 52 f.

479 *Herzog*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 92. EL 2020, Art. 54 Rn. 3 ff., insb. 7.

480 Ibid.

481 *Korioth*, in: Schlaich/Korioth (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht, 11. Auflage 2018, Rn. 27.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ist aber vor dem historischen Grund vor allem dahingehend zu interpretieren, dass die Rechtsprechung – in Abgrenzung vom Beamtenapparat gemäß Art. 98 Abs. 1 und 3 GG – in selbstständig organisierten Gerichtseinheiten stattfindet, in denen unabhängige und neutrale Richter entscheiden, die keiner bürokratischen Hierarchie untergeordnet sind.[482] Die Richter werden laut BVerfG und herrschender Meinung als Amtswalter ihres Richteramtes verstanden,[483] ausgeübt wird die Staatsgewalt gemäß Art. 92 GG im institutionellen Rahmen der Gerichte. Da demokratische Repräsentation stets an die Ausübung der Staatsgewalt durch ihre Organe anknüpft, kann das Volk auch ideell nur vom Gericht repräsentiert werden, das die Staatsgewalt im Sinne des Volkes ausübt. Darüber hinaus kommt den Verfassungsrichtern gemäß § 6 BVerfGG nicht die gleiche demokratische Legitimierung über die Wahl zu wie dem Bundespräsidenten, der gemäß Art. 54 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 GG in der Bundesversammlung mittelbar vom gesamten Volk gewählt wird.

Ob das BVerfG eine sozialintegrative Funktion durch die ideelle Repräsentation der Gesellschaft erfüllen kann, ist umstritten. Kritisch betrachtet wird, dass die symbolische Repräsentation mit ihrer Verbindung von „Idee" bzw. „Ideal" und Repräsentation das Risiko in sich birgt, Einheiten vorauszusetzen und zu verkörpern, die tatsächlich nicht existieren und der Gesellschaft damit die Handlungen der repräsentierten Institutionen letztlich als einheitsstiftend zu oktroyieren.[484] Einige Stimmen in der Literatur meinen, die Stelle der Macht müsse „leer" bleiben, weil in einer Demokratie, in der das (pluralistische) Volk Souverän ist, nicht durch eine staatliche

---

482 Zur Auslegung des Begriffs „Richter", *Hillgruber*, Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 92. EL 2020, Art. 92 Rn. 65 f. S. außerdem zum Verständnis des „Anvertrauens", BVerfG, Urt. v. 15.11.1971, BVerfGE 32, 199 (213); *Detterbeck*, in: Sachs (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art 92 Rn 24. Historischer Hintergrund ist, dass das Vertrauen in die bürokratisch organisierte Justiz durch die Instrumentalisierung der Gerichte im Nationalsozialismus erschüttert worden war und ein Richtertyp verlangt wurde, der sich vom vorherigen Beamtenrichtertyp unterscheidet, *Zinn*, in: Jahrreiß/Zinn (Hrsg.), Die Rechtspflege im Bonner Grundgesetz, 1950, 47, 57-58.

483 S. BVerfG, Urt. v. 06.06.1988, NJW 1989, 93; *Hillgruber*, Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 92. EL 2020, Art. 92 Rn. 76; *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 46. Ed. 2021, Art. 92 Rn. 18, schließt aus Art. 92 GG hingegen, dass der Richter „kein bloßer Organwalter, sondern eine verfassungsunmittelbar gewährleistete Grundeinheit des Organisationsrechts im Bereich der rechtsprechenden Gewalt ist." Im Ergebnis macht dies keinen Unterschied, da auch er meint, dass die Richter ihre Tätigkeit im Rahmen der Gerichte auszuüben haben (sog. „institutionelles Element").

484 *Lembcke*, in: id. (Hrsg.), Zeitgenössische Deomkratietheorie, 2016, 23, 34-35.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Institution repräsentiert werden könne.[485] Andere halten die gemeinsame Entwicklung symbolischer Repräsentationsgehalte für essentiell.[486] Symbolische Repräsentation bedürfe „Strukturen der Transparenz, Aufklärung und Kontrolle".[487] *Pitkin* spricht vom notwendigen Erhalt einer „two-way correspondence".[488]

Dieser Diskurs soll an dieser Stelle offengelassen werden. Eine Entscheidung ist für das vorliegende Abwägungsvorhaben nicht entscheidend, da sich eine symbolische Repräsentation nicht als verfassungsrechtliches Gebot für die Rechtsprechung konzipieren lässt.[489] Die symbolische Repräsentation bezieht sich nämlich auf die darstellerische Dimension demokratischer Repräsentation, zu der sich das verfassungsrechtliche Demokratieprinzip nicht verhält. Sie ist nicht Teil des Prozesses der normativ angeleiteten Herstellung des Grundkonsenses, sondern Bestandteil der darstellerischen Vergewisserung dieses Grundkonsenses. Es soll daher nur – auch mit Blick auf die später zu diskutierende justizeigene Informations- und Öffentlichkeitsarbeit – festgehalten werden, dass auch diejenigen Stimmen, die einer staatlichen Symbolik kritisch gegenüberstehen, in den Verfassungsgerichten einen Ort sehen, in dem die selbstreflexive Konflikthaftigkeit der Gesellschaft repräsentiert ist.[490] *Frankenberg* bezeichnet das Verfassungsgericht als Ort „der selbstreflexiven Wahrnehmung gesellschaftlicher Kontroversen".[491] *Rosanvallon* meint, dass die Verfassungsgerichte als reflexiv-demokratische Instanzen an den Willen des Verfassungsgebers erinnern, indem sie diesen durch seine Anwendung und Durchsetzung greifbar machen.[492] Zudem repräsentieren alle Gerichte durch ihre Unabhängigkeit und Unparteilichkeit und durch ihre uneingeschränkte Anhörungsbereitschaft die Allgemeinheit, in der keiner Privilegien genießt.[493] Wird diese eingebettet in eine Medienöffentlichkeit, welche die Entschei-

485 *Brodocz*, Die symbolische Dimension der Verfassung, 2003, 109, 208 mit Bezug auf die Theorien republikanisch-demokratischer Verfassungen *Frankenbergs* und *Rödels*.
486 *Lembcke*, in: id. (Hrsg.), Zeitgenössische Deomkratietheorie, 2016, 23, 35.
487 Ibid.
488 *Pitkin*, The Principles of Democratic Government, 1997, 106.
489 Vgl. hierzu *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, 11.
490 S. *Brodocz*, Die symbolische Dimension der Verfassung, 2003, 109, 215 mwN.
491 *Frankenberg*, Die Verfassung der Republik, 1996, 231.
492 *Rosanvallon*, Demokratische Legitimität, 2013, 174-175. Die Verfassungsgerichte erfüllen somit eine „Erinnerungsrepräsentation" des kollektiven gesellschaftlichen Gedächtnisses, ibid.
493 *Rosanvallon,* Demokratische Legitimität, 2013, 109 ff.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dungen des Gerichts kritisch beobachtet und hinterfragt,[494] liege darin wohl keine anachronistische Symbolisierung einer das Volk statisch abbildenden Institution, sondern eines Ortes, an dem gesellschaftliche Konflikte auf Grundlage der Verfassung in dem konkreten Streitfall gelöst werden und auf deren Grundlage eine neue gesellschaftspolitische Diskussion angestoßen wird. Die kritische Medienöffentlichkeit könnte dabei als „Struktur der Transparenz, Aufklärung und Kontrolle"[495] dienen.

## 4. Zwischenfazit

Nicht alle diskutierten Modi demokratischer Legitimation gewährleisten die erforderliche Rückbindung der Rechtsprechung an den Volkswillen und führen zudem zu Friktionen mit der richterlichen Unabhängigkeit und anderen verfassungsrechtlichen Grundsätzen. Angesichts der vorangehenden Abhandlung wird der Standpunkt vertreten, dass die demokratische Delegations-Repräsentation im Sinne von Art. 20 Abs. 1, 2 GG zwischen Gerichten und dem über die Medienöffentlichkeit reflektierten Volkswillen aus normativen Gründen nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar (vermittelt über den Gesetzgeber) zu konzipieren ist. Den Grundkonsens fördert die Rechtsprechung im Wege einer unabhängigen und unparteilichen sowie kontextsensiblen Rechtsfindung, wobei vor allem das BVerfG und in etwas geringerem Maße die obersten Bundesgerichte aufgrund ihrer im Vergleich zu den sonstigen Gerichten der Fachgerichtsbarkeit in stärkerem Umfang gesellschaftsrelevanten Rechtsprechung die Bürgerinnen in qualifiziertem Maß als Adressaten ihrer Tätigkeit berücksichtigen müssen.

In allen genannten Bereichen üben die Medien eine essentielle Funktion aus, da die in ihnen geführten und widergespiegelten gesellschaftspolitischen Diskussionen die politischen Gewalten zu einer Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung im politischen Prozess anregen können. Damit tragen sie dazu bei, die notwendige Voraussetzung für die Stärkung der demokratischen Legitimation der Rechtsprechung zu schaffen. Die Medien-

494 *Frankenberg* meint, die Konflikthaftigkeit einer Debatte nach der Entscheidung des Verfassungsgerichts sei ein Grund dafür, dass das Verfassungsgericht als Ort selbstreflexiver gesellschaftlicher Wahrnehmung angesehen werden könne, s. die Referenz bei *Brodocz*, Die symbolische Dimension der Verfassung, 2003, 109, 215.

495 *Lembcke*, in: id. (Hrsg.), Zeitgenössische Deomkratietheorie, 2016, 23, 35.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

öffentlichkeit ist ferner Bedingung für die Förderung des öffentlichen Vertrauens in die Rechtsprechung und deren gesellschaftlicher Akzeptanz. Medienöffentliche Gerichtsverfahren, eine mediale Öffentlichkeitsarbeit und die Information über sich wandelnde gesellschaftliche Verhältnisse schaffen eine Verbindung zwischen Gerichten und Gesellschaft, die zum gesellschaftlichen Grundkonsens mit der Rechtsordnung beiträgt. In diesem Umfang ist die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung zugleich eine Forderung des Demokratiegebots und ein justizeigenes Interesse, das die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung bislang nicht hinreichend reflektiert hat. Sie fördert nämlich neben dem demokratischen Diskurs auch die Stabilität der Gerichte bzw. der Dritten Gewalt als solcher. Die symbolische Identifikations-Repräsentation profitiert von Medienöffentlichkeit, ist aber selbst keine Dimension des grundgesetzlichen Demokratieprinzips.

## II. Das Rechtsstaatsprinzip als fortbestehender Anker der Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung

Vor dem Hintergrund der europäischen Ideen- und Institutionengeschichte bezeichnet der Begriff des Rechtsstaats im allgemeinsten Sinne denjenigen Staat, der seine politische Herrschaft nur aufgrund und im Rahmen des Rechts ausübt.[496] Das BVerfG leitet das Rechtsstaatsprinzip aus einzelnen Sätzen der Verfassung sowie aus der Gesamtkonzeption des Grundgesetzes ab.[497] Zentraler Inhalt des Rechtsstaatsprinzips ist die umfassende rechtliche Bindung der Ausübung staatlicher Gewalt. Realisiert wird sie im Grundgesetz in erster Linie gemäß Art. 20 Abs. 3 GG durch den Vorrang und den Vorbehalt des Gesetzes, gemäß Art. 20 Abs. 2 GG durch den Gewaltenteilungsgrundsatz sowie gemäß Art. 1 Abs. 3 GG durch die Bindung der drei Staatsgewalten an die Grundrechte, womit zugleich ein vor staatlicher Einwirkung geschützter und die staatliche Hoheitsausübung begrenzender individueller Freiheitsbereich der Bürger anerkannt wird.[498] Für

496 Vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 1; *Kotzur*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 138.

497 BVerfG, Urt. v. 01.07.1953, BVerfGE 2, 380 (403); BVerfG, Urt. v. 21.06.1977, BVerfGE 45, 187 (246); BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015, BVerfGE 141, 1 (33) mwN.

498 *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 92. EL 2020 Art. 20 Rn. 11-12, 22-30; *Kotzur*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kom-



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Rechtsdurchsetzung kommt gemäß Art. 97 Abs. 1 GG die richterliche Unabhängigkeit als Sicherungsmittel der Bindungswirkung von Recht und Gesetz hinzu.[499] Als Teil der Rechtsstaatlichkeit, konkret der Rechtssicherheit, gilt es zudem, die Publizität und Klarheit der Gesetzeslage herzustellen.[500] Diese ist auch für das in Art. 19 Abs. 4 GG verbürgte Grundrecht des effektiven Rechtsschutzes essentiell, durch welches der Rechtsstaat die Bürger erreicht.

Der im Gerichtsverfassungsrecht enthaltene Grundsatz der Öffentlichkeit mündlicher Verhandlungen steht im Dienst dieser rechtsstaatlichen Regeln. *Feuerbach*[501] hatte darin im Grundsatz bereits eine Verfahrensgarantie gesehen, die dem Schutz der an der Verhandlung Beteiligten, insbesondere der Angeklagten im Strafverfahren gegen eine der öffentlichen Kontrolle entzogenen Geheimjustiz diene, sowie eine Rechtsposition des Volkes, die es berechtige, seines eigenen Rechtes willen bei Gericht zu erscheinen. Den Gedanken der Kontrolle durch den Einblick der Öffentlichkeit in die Ausübung der Staatsgewalt hatte auch das Reichsgericht betont.[502] Die Saalöffentlichkeit solle verhindern, dass „die gesamte Tätigkeit des Gerichts hinter verschlossenen Türen in ein Dunkel gehüllt und dadurch Missdeutungen und Argwohn ausgesetzt" werde.[503] Dies hat auch das BVerfG anerkannt.[504] Es buchstabierte die rechtsstaatliche Kontrolle im *ntv*-Urteil wie folgt aus: „Die rechtsstaatliche Komponente der Gerichtsöffentlichkeit zielt darauf, die Einhaltung des formellen und materiellen Rechts zu gewährleisten und zu diesem Zwecke Einblick in die Funktionsweise der Rechtsordnung zu ermöglichen. Insbesondere soll da-

---

mentar, 7. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 140-142; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG, 16. Aufl. 2020, Art. 20 Rn. 45 ff.

499 *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 92. EL 2020 Art. 20, 28; *Kotzur*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 141.

500 *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 92. EL 2020 Art. 20 Rn. 27; *Kotzur*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 142; *V. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 60 ff., 70 ff., 202.

501 *V. Feuerbach*, Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, 1821, Neudruck 1969, Bd. 1.

502 RGSt 70, 109, 112.

503 Ibid.

504 BVerfG, Urt. v. 24.01.2001, BVerfGE 103, 44 (64). Auch in der Literatur ist die rechtsstaatliche Kontrollfunktion als primärer Zweck der Verfahrensöffentlichkeit anerkannt, s. *v. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 192 mwN.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rauf hingewirkt werden, dass die Handelnden nicht in dem Gefühl, ‚unter sich zu sein', Verfahrensgarantien unbeachtet lassen oder tatsächlich und rechtlich wesentliche Gesichtspunkte zum Zwecke der Beschleunigung des Verfahrens übergehen. Sie sollen in Anwesenheit Unbeteiligter dem Anspruch der Unvoreingenommenheit genügen. Ob das Verhalten der Verfahrensbeteiligten angemessen ist, insbesondere welche Wortwahl oder Lautstärke, welche Geduld oder Straffung, welche Nachsicht oder Formstrenge des Richters der jeweiligen Verfahrenssituation gerecht wird, lässt sich auch – möglicherweise sogar am besten – durch Anwesende beurteilen."[505] Die Saalöffentlichkeit qualifiziert das Gericht als geeignete Ausgestaltung der rechtsstaatlich geforderten Verfahrensöffentlichkeit.[506] Es könnte jedoch die Frage gestellt werden, ob die Saalöffentlichkeit die Kontrollfunktion in hinreichendem Maß erfüllt. Diesbezüglich tritt verbreitet Skepsis zutage.[507] Gerade mit Blick auf den Schutz der richterlichen Unabhängigkeit habe die Saalöffentlichkeit im Vergleich zum absolutistisch-monarchischen Zeitalter, in dem die exekutivische Einflussnahme im Prozess das größte Problem darstellte, an Kontrollpotential verloren. Problematisch seien heute weniger die offensichtlichen Regelverstöße als die subtileren, oftmals justizinternen Verstöße.[508]

### 1. Ansätze zur Förderung des rechtsstaatlichen Verfahrens durch die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung

In der Literatur wird die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung als Mittel erachtet, das der rechtsstaatlichen Verfahrenskontrolle mehr praktische Bedeutung verleihen könnte. Öffentliche Kritik an der Rechtsprechung vermag das Parlament zum Tätigwerden anzuregen, weshalb der Grundsatz der Gewaltenteilung zur Forderung nach einer Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung herangezogen wird.[509] Ferner ist den Medien eine eigenständige Kontrollfunktion hinsichtlich der Rechtsprechung beigemes-

505 BVerfG, Urt. v. 24.01.2001, BVerfGE 103, 44 (65).
506 BVerfG, Urt. v. 24.01.2001, BVerfGE 103, 44 (63).
507 *Haberland*, DRiZ 2002, 301, 306, 310; *Papier*, NJW 2001, 1089, 1091 ff.; *v. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 206-207; vgl. *Scherer*, Gerichtsöffentlichkeit als Medienöffentlichkeit, 1979, 167 f..
508 Vgl. ibid.
509 BVerwG, Urt. v. 26.02.1997, BVerwGE 104, 105, NJW 1997, 2694, 2695; *Gostomzyk*, Öffentlichkeitsverantwortung der Gerichte, 2006, 108 f.; *Mishra*, Urteilsschelte, 1997, 106 ff.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sen worden.[510] Des Weiteren wird geäußert, dass die Medienöffentlichkeit bezüglich der defizitären Publizität der Rechtsordnung für Abhilfe sorgen könne.[511] Im Hinblick auf die richterliche Unabhängigkeit schätzt die Literatur die Vorteile der Medienöffentlichkeit allerdings als gering ein, weil die Medien kaum Informationen zu den informellen Prozessen haben, welche die richterliche Unabhängigkeit gefährden.[512]

### 2. Bewertung

#### a) Rechtsstaatliche Kontrollierbarkeit der Rechtsprechung durch Medien

Nach verfassungsgerichtlicher Interpretation fordert das Rechtsstaatsprinzip, dass der Staat die rechtlichen Voraussetzungen dafür schafft, dass Unbeteiligte die mündliche Verhandlung von Gerichtsverfahren – vorbehaltlich gewisser Ausnahmen – verfolgen können.[513] Die Saalöffentlichkeit betrachtet das BVerfG hierfür als ausreichend, da sie das Ziel erreicht, Richtern und anderen Verfahrensbeteiligten das Gefühl zu nehmen, „unter sich" zu sein,[514] indem sie es formal unbeteiligten Personen ermöglicht, Gerichtsverfahren beizuwohnen. Diese Personen können im Wege des Einblickes in die Funktionsweise der Gerichte eruieren, ob eine Verhandlung fair geführt worden ist, das heißt vor allem unbefangen und unter Beachtung der Verfahrensrechte der Verfahrensbeteiligten. Vor allem aber besteht der Zweck der Saalöffentlichkeit darin, dass die Richter ihre Verhandlungsführung durch die Augen eines externen Beobachters reflektieren und dadurch zur Selbstdisziplinierung angeregt werden. Dieser Form der *Ad-hoc*-Selbstdisziplinierung misst das BVerfG damit einen eigenständigen rechtsstaatlichen Zweck im Vergleich zur möglichen Erörterung von

---

510 *Mishra*, Urteilsschelte, 1997, 106 ff.

511 Dies als Nebenfunktion einstufend: *v. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 201 f.; *Wolf*, Gerichtsverfassungsrecht, 6. Aufl. 1987, § 25 I, 243.

512 S. *v. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 207-208 mwN.

513 Vgl. BVerfG, Urt. v. 24.01.2001, BVerfGE 103, 44 (65). Schon zu *Feuerbachs* Zeiten zielte der Öffentlichkeitsgrundsatz darauf ab, die Möglichkeit der Kontrolle durch den offenen Gerichtssaal zu schaffen, *Feuerbach*, Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, 1821, Neudruck 1969, Bd. 1. Es war nicht avisiert, eine tatsächliche Kontrolle der Dritten Gewalt zu gewährleisten.

514 BVerfG, Urt. v. 24.01.01, BVerfGE 103, 44 (65).



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verfahrensfehlern im weiteren Verfahren, das heißt der Befangenheitsbeschwerde, Berufung oder Revision bei.[515] Dem ist zuzustimmen. Im Beschwerdeverfahren oder im weiteren Instanzenzug kann nämlich nur noch *ex post* und nicht unter dem Eindruck der Verhandlung bewertet werden, ob die Verhandlungsführung fair war, wodurch Feinheiten in der Bewertung verloren gehen. Zudem ist die Anregung zur richterlichen Selbstdisziplinierung im Verfahren die effektivste Form, Rechtsschutz sicherzustellen.

Die Saalöffentlichkeit umfasst die Printmedienöffentlichkeit, da Printmedienvertreter ein durch Art. 5 GG gesichertes Zugangsrecht zum Gerichtsverfahren haben.[516] Auch der EGMR formuliert, dass die Berichterstattung zur Publizität des Verfahrens beitrage und damit den in Art. 6 Abs. 1 EMRK grundgelegten Öffentlichkeitsgrundsatz wahre.[517] Dies korrespondiert mit der Feststellung, dass Printmedienvertreter die Verfahrensöffentlichkeit mit ihrer Berichterstattung oftmals erst herstellen.[518] Außerdem ist davon auszugehen, dass sie mehr als die zum System gehörenden und in diesem System sozialisierten Juristen erkennen, ob es möglicherweise einen „unconscious bias" oder eine im gesamten beruflichen Umfeld bislang verdeckte Voreingenommenheit gibt. Wenn solch eine strukturelle Voreingenommenheit in der Medienöffentlichkeit aufgedeckt wird, kann dies bestenfalls zum Umdenken der Richterinnen führen und jedenfalls die Parteien dazu anregen, auf diese Form der Voreingenommenheit in bevorstehenden Verfahren zu achten.

Aus dem Rechtsstaatsprinzip lässt sich eine eindeutige Forderung nach einer allgemeinen Medienöffentlichkeit der Gerichtsverhandlung nicht ableiten. Dem Gesetzgeber kommt ein Gestaltungsspielraum zu, inwiefern er die aus dem allgemeinen Prinzip folgenden Verfahrensgarantien im Rahmen institutioneller und prozeduraler Strukturen absichert. Eine rechtsstaatliche Forderung nach einer mediatisierten Verfahrensöffentlichkeit wäre nur dann anzunehmen, wenn die Saalöffentlichkeit als unzureichendes Mittel zur Erfüllung des Zwecks, die Verfahrensöffentlichkeit praktisch wirksam herzustellen, anzusehen wäre. Dafür müsste empirisch nach-

---

515 Ibid. Damit ist diese Funktion der Verfahrensöffentlichkeit auch nicht primär auf die letzten Instanzen bezogen, sondern vielmehr auf die unteren Instanzen, in denen Beweise erhoben werden und für die die faire Verfahrensführung daher besonders relevant ist.

516 BVerfG, Beschl. v. 06.02.1979, BVerfGE 50, 234.

517 EGMR, *Worm gg. Österreich*, Urt. v. 29.08.1997, Nr. 22714/93, § 50; *The Sunday Times gg. VK* (No. 1), Urt. v. 26.04.1979, Nr. 6538/74, § 65.

518 *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673, 680.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

weisbar sein, dass die Saalöffentlichkeit von den Bürgern nicht genutzt wird. Wie bereits erwähnt, ist dies nicht der Fall. Dennoch ist festzuhalten, dass die audiovisuelle Verhandlungsöffentlichkeit aufgrund der Vielzahl unbestimmter Zuschauer mehr noch als die Saal- oder Printmedienöffentlichkeit dem rechtsstaatlichen Zweck nachkommt, den Richtern das Gefühl zu nehmen, unter sich zu sein und dadurch die richterliche Selbstdisziplinierung im Verfahren anregt. Eine weitere rechtsstaatliche Bedeutung erlangt die Medienöffentlichkeit fernab des Gerichtsverfahrens, wenn Medien über Auskunftsansprüche oder über die Befragung von Richtern Missstände in der Justizverwaltung oder -organisation aufdecken, die sich negativ auf die Verfahrensführung auswirken.

### b) Gewaltenhemmung durch medienöffentliche Kontrolle der Rechtsprechung

Die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung unterstützt die zwischen den Staatsgewalten ausgeübte Gewaltenhemmung und -kontrolle, die zwischen diesen eine „balancierende Funktionengliederung“[519] bewahrt.[520] Die Information zur Tätigkeit der rechtsprechenden Gewalt vermag eine gesellschaftliche Debatte zu den Grenzen der Rechtsprechung anzuregen, die den Gesetzgeber dazu bewegt, mit Gesetzen einer möglicherweise zu weit in den politischen Bereich eingreifenden Rechtsfortbildung oder eines vergleichbaren Richterrechts entgegenzusteuern. Der Gesetzgeber kann die Dritte Gewalt mit dieser Information bei Überschreitung des ihr verfassungsrechtlich zugewiesenen Funktionsbereichs zudem informell zurechtweisen. Das BVerwG hat diesen Aspekt 1997 aufgeworfen: „Das Demokratiegebot wie auch das Prinzip der gegenseitigen Gewaltenhemmung, das dem Grundsatz der Gewaltenteilung zu eigen ist, erfordern es, dass auch über die öffentliche Meinungsbildung ein Anstoß zu einer parlamentarischen Korrektur der Ergebnisse möglich sein muss, mit denen die

519 *Kotzur*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 133.

520 Ibid. Der in der für die folgende Analyse relevanten Rechtsprechung verwandte Begriff der Gewaltenhemmung, s. BVerwG, Urt. v. 26.02.1997, BVerwGE 104, 105, NJW 1997, 2694, 2695, wird hier in dem von *Kotzur* angewandten Begriff von „checks and balances“ – Gewaltenhemmung und -kontrolle – verwendet. Ziel dieses Grundsatzes ist es, durch „wechselseitige Kontrolle, Hemmung und Mäßigung“ der Gewalten Herrschaftsmissbrauch zu unterbinden, ibid.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rechtsprechende Gewalt zur Rechtsentwicklung beiträgt."[521] Damit bemüht das BVerwG ein Modell vermittelter Gewaltenhemmung und -kontrolle.[522]

Gegen die Übertragung des Prinzips gegenseitiger Gewaltenhemmung – und kontrolle auf das Verhältnis zwischen Medien und Gerichten hat *Di Fabio* angeführt, dass es dieser an verfassungsrechtlicher Substanz fehle.[523] Er weist darauf hin, dass die öffentliche Gewalt gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG nur zwischen den drei Gewalten geteilt werde.[524] Ablehnend kann des Weiteren angeführt werden, dass die Medien mit den drei Gewalten nicht vergleichbar sind. Sie sind nicht auf einen demokratischen Legitimationsakt rückführbar. Ebenso wenig vermögen sie unmittelbaren Zwang auf den Bürger auszuüben. Mit der Grundrechtszuweisung in Art. 5 Abs. 1 GG wird die Presse dem nichtstaatlichen Bereich zugeordnet. Kraft des in Art. 5 Abs. 1 GG kodifizierten Schutzes dürfen die Staatsgewalten die Medien auch nicht in dem ihnen zugewiesenen Freiheitsraum kontrollieren. *Von Coelln* bringt ferner vor, dass in Bezug auf die rechtsstaatliche Kontrolle vor allem die Kontrolle der anderen Gewalten erforderlich sei, um die richterliche Unabhängigkeit zu schützen.[525] Für die Übertragung spricht jedoch die verfassungs- und konventionsrechtliche Funktionszuweisung, der zufolge die Medien die Staatsgewalten kontrollieren (*public watchdog*).[526] Als Intermediäre[527] nehmen sie einen Platz zwischen den Staatsgewalten und der Zivilgesellschaft ein. Mit ihrer Kritik üben sie Druck auf die Gewalten aus, die ihrer Funktionsausübung verfassungsrechtlich gesetzten Grenzen nicht zu überschreiten.[528] So ist das Prin-

521 BVerwG, Urt. v. 26.02.1997, BVerwGE 104, 105, NJW 1997, 2694, 2695.

522 S. a. *Gostomzyk*, Öffentlichkeitsverantwortung der Gerichte, 2006, 108 f.

523 *Di Fabio*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR II, 3. Aufl. 2004, § 27 Rn. 14; dies nur im „metaphorischen Sinne", nicht aber im Sinne einer „normative[n] Zuschreibung" annehmend, *Kotzur*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 136.

524 Ibid.

525 *V. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 207.

526 BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006 - 1 BvR 565/06 - Rn. 15; EGMR, *Observer and Guardian gg. VK*, Urt. v. 26.11.1991, Nr. 13585/88, § 59.

527 *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, 451: „In komplexen Gesellschaften bildet die Öffentlichkeit eine intermediäre Struktur, die zwischen dem politischen System einerseits, den privaten Sektoren der Lebenswelt und funktional spezifizierten Handlungssystemen andererseits vermittelt."

528 Ibid, 455. Mit dem Begriff der „Vierten Gewalt" impliziert *Habermas* die Macht der Massenmedien in einer Kommunikationsgesellschaft, in der diese die öffentliche Meinung weitgehend steuern können.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zip der Gewaltenhemmung und -kontrolle jedenfalls dahingehend auf das Verhältnis von Medien und Staatsgewalten übertragbar, dass es die Kontrollfunktion der Medien mit der die Hoheitsausübung hemmenden Wirkung begründen und in ihrer Ausgestaltung und ihren Grenzen näher bestimmen kann.[529] Letztlich hängt diese Funktion allerdings mit der soeben besprochenen vermittelten Gewaltenhemmung und -kontrolle zwischen den Staatsgewalten zusammen, denn nur der Gesetzgeber kann eine widerrechtlich in den politischen Funktionsbereich übergreifende Rechtsprechung rechtswirksam in ihre Schranken weisen.

Beide Ausprägungen des Grundsatzes der Gewaltenhemmung und -kontrolle knüpfen an die Funktion der Medien als Informationsmittler und Katalysatoren gesellschaftlicher Kritik und der öffentlichen Meinung an. Dies kann die Saalöffentlichkeit selbst nicht leisten. Über den bloßen Zugang und die selbstdisziplinierende Wirkung im Verfahren hinaus bedarf es hierfür einer öffentlichen Diskussion über die Ausführung der richterlichen Tätigkeit. Mithin bedarf es für die Förderung der gegenseitigen Gewaltenhemmung und -kontrolle einer Medienöffentlichkeit der Gerichtsverfahren und Gerichtsentscheidungen, die Themen von öffentlichem Interesse betreffen, sowie einer geeigneten Öffentlichkeitsarbeit, die bestimmte fachliche Zusammenhänge verständlich erklärt.[530]

### c) Publizität der Rechtsordnung und Stärkung des Rechtsschutzes durch Medienöffentlichkeit

Die primäre Funktion der Verfahrensöffentlichkeit, die rechtsstaatliche Kontrollierbarkeit, setzt die Normenpublizität voraus, da auch Kontrolle nur in Kenntnis der Gesetzeslage erfolgen kann. Aus demselben Grund setzt sie die Rechtsprechungsöffentlichkeit voraus. In dem bereits erwähnten Urteil des BVerwG zur verfassungsunmittelbaren Pflicht der Judikative, öffentlichkeitsrelevante Urteile zu veröffentlichen,[531] stützte das BVerwG diese Pflicht unter anderem auf den Gedanken des effektiven Rechtsschutzes bzw. der Justizgewährleistungspflicht. Urteilen komme nämlich eine der Verkündung von Rechtsnormen vergleichbare Bedeu-

529 Zur erforderlichen Einhegung der Macht der „Vierten Gewalt", s. *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, 455.

530 Vgl. Kap. 2, A. I. 4. b) gg).

531 BVerwG, Urt. v. 26.02.1997, BVerwGE 104, 105, NJW 1997, 2694, 2695. Auch im Folgenden.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tung zu, da sie die Gesetze konkretisieren und das Recht damit im Einzelfall präzisieren und fortbilden. Die Bürgerin müsse in einer komplexen Rechtsordnung zuverlässig ihre Rechte und Pflichten in Erfahrung bringen können. Die Aussichten auf Rechtsschutz müssten für sie annähernd vorhersehbar sein. Dem dient sowohl die allgemeine Zugänglichkeit als auch die Vermittlung themenrelevanter Urteile durch die Medien.

Daraus kann allerdings nur im Umfang der Urteilsverkündung eine rechtsstaatliche Forderung nach einer Medienöffentlichkeit der Gerichtsverhandlung folgen. Darüber hinaus ist die Publizität der Rechtsordnung, das heißt die Norm- und Rechtsprechungspublizität nicht als Nebenfunktion der Verhandlungsöffentlichkeit anzusehen, die eine rechtsstaatliche Forderung nach Medienöffentlichkeit der Gerichtsverhandlung begründen würde.[532] Das Gerichtsverfahren hat für die Publizität der Rechtsordnung keine den Normen oder Urteilen vergleichbare Bedeutung. In ihr wird außer dem abschließenden Urteil kein Recht gebildet, welches publik gemacht werden müsste.[533] Überdies lässt sich auch aus der Überlegung, dass das Gerichtsverfahren mittelbar der Normpublizität dient und damit die Defizite der Normpublizität behebt,[534] kein Argument für die rechtsstaatliche Forderung nach einer Medienöffentlichkeit des Gerichtsverfahrens ableiten. Die Behebung der Defizite der Normpublizität liegt im Zuständigkeitsbereich der politischen Gewalten. Auch aus dem Gedanken der Rechtssicherheit und des Justizgewährleistungsanspruchs bzw. des Rechts auf effektiven Rechtsschutz lässt sich kein Argument ableiten. Voraussetzung ist nämlich auch hierfür die Kenntnis der Rechtslage in der durch die Rechtsprechung konkretisierten Form. Nur in ganz geringem Umfang vermag die Unkenntnis darüber, wie ein Gerichtsverfahren abläuft, den Bürger vom Ersuchen gerichtlichen Rechtsschutzes abhalten. Dieses Problem wird jedoch bereits durch die Saalöffentlichkeit aufgefangen, da der Bürger durch die Beobachtung eines Gerichtsverfahrens den Verfahrensablauf in Erfahrung bringen kann.

Außerdem ist es auch nicht die Funktion der Medien, den Bürger über Rechtsschutzmöglichkeiten aufzuklären oder ihm für den Einzelfall Orien-

532 So aber *v. Coelln,* Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 202; *Sorth*, Rundfunkberichterstattung aus Gerichtsverfahren, 1999, 35.

533 Auch die Organisations- und Verfahrensregeln der Gerichte sind öffentlich. Hierauf beruft sich *v. Coelln* für die Begründung einer rechtsstaatlichen Forderung nach einer medienöffentlichen Gerichtsverhandlung, ibid, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 204.

534 *V. Coelln,* Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 201.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tierung im Recht zu verschaffen.[535] Stattdessen hat das BVerfG in seinem Urteil zur Öffentlichkeitsarbeit diese Aufgabe bereits der staatlichen Öffentlichkeitsarbeit überantwortet.[536] In dem Umfang, in dem die Rechtsprechung Rechtsschutzmöglichkeiten schmälert oder erweitert, dürfte also eine darauf bezogene Öffentlichkeitsarbeit auf das Rechtsstaatsprinzip, konkret die Förderung des individuellen Rechtsschutzes gestützt werden.

### d) Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung zum Schutz richterlicher Unabhängigkeit

Die ursprünglichen Ziele der Verfahrensöffentlichkeit, der Ausschluss von Geheimjustiz und der Schutz der richterlichen Unabhängigkeit vor direkter Einwirkung der Exekutive auf die Entscheidungsfindung, sind in den Hintergrund getreten. Die Unabhängigkeit der Richter von direkter politischer Einwirkung auf den Prozess wird institutionell durch besondere Garantien abgesichert.[537] An Bedeutung gewonnen haben jedoch informelle Einflüsse.[538] Heutzutage droht eine Einflussnahme auf die Richter primär aus den eigenen Reihen, die sich im Bereich der Einstellung, Beurteilung und Beförderung der Richter auswirkt sowie in dem Inaussichtstellen von Vor- oder Nachteilen bei der Zuweisung von Personal- und Sachmitteln oder in dienstaufsichtlichen Maßnahmen.[539] Hinzu tritt die zunehmend an ökonomischen Parametern ausgerichtete Organisation der Justiz.[540] Daraus folgende Beeinträchtigungen der richterlichen Unabhängigkeit werden in der mündlichen Verhandlung kaum sichtbar, außer in einigen wenigen Konstellationen, wie beispielsweise der unzulässigen Beschleunigung eines Verfahrens wegen des ökonomischen Diktats. Selbst bezüglich dieses exemplarischen Ausnahmefalles hat die Medienöffentlichkeit der Verhandlung für die Gewährleistung der richterlichen Unabhängigkeit keinen besonderen Vorteil gegenüber der Saalöffentlichkeit. Aufgedeckt

---

535 So aber zum Ziel der medialen Verfahrensöffentlichkeit das Sondervotum zu BVerfG, Urt. v. 24.01.01, BVerfGE 103, 44 (72-73) und *v. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 204-205.

536 BVerfG, Urt. v. 02.03.1977, BVerfGE 44, 125 (148).

537 *Schilken*, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 155.

538 Für einen Überblick, s. *v. Coelln,* Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 206-207.

539 *Haberland*, DRiZ 2002, 301, 303 ff.*; Papier*, NJW 2001, 1089, 1091 ff.

540 *Schütz*, Der ökonomisierte Richter, 2005, 17 ff.; kritisch, *Meyer*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 97 Rn. 31, 37.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

würde diese Problematik ebenso bei Anwesenheit von Bürgerinnen im Gerichtssaal. Eine selbstdisziplinierende Wirkung hat die Saalöffentlichkeit ebenfalls. Ein rechtsstaatliches Gebot für eine Medienöffentlichkeit der Gerichtsverhandlung folgt aus dem Zweck, die richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit zu gewährleisten, somit nicht, solange die Saalöffentlichkeit nicht funktionslos geworden ist.

In einem Aspekt verspricht die Medienöffentlichkeit der Gerichtsverhandlung allerdings einen zusätzlichen Schutz für die richterliche Unabhängigkeit. Fördert diese nämlich, wie zuvor ausgeführt,[541] durch die sichtbare Individualisierung des Rechtsstreits die gesellschaftliche Akzeptanz der einzelnen Urteile, wird also der Unmut eines Verfahrensbeteiligten „ihm selbst zugerechnet und nicht auf das Versagen der Institution zurückgeführt",[542] nimmt der Druck der Kritik, die an Gerichtsverfahren geübt wird, auf den einzelnen Richter ab.[543] Durch Medienberichterstattung ausgeübter Druck wird auch dadurch reduziert, dass eine die gerichtlichen Entscheidungen verzerrende Fehlberichterstattung durch eine entsprechende Informationstätigkeit der Justiz vermieden oder richtiggestellt wird. Letztlich fördern alle Elemente einer Medienöffentlichkeit, die das gesellschaftliche Vertrauen in die Justiz, die Akzeptanz einzelner Urteile und damit den allgemeinen Rechtsbefolgungswillen stärken,[544] mittelbar die Unabhängigkeit des Richters von öffentlicher Kritik und die Unabhängigkeit der Justiz von den politischen Gewalten. Die Judikative ist nämlich für die Durchsetzung ihrer Urteile auf die anderen Gewalten angewiesen.[545] Der allgemeine Rechtsbefolgungswille stärkt ihre Autonomie und Autorität und damit auch ihre Unabhängigkeit von den politischen Gewal-

541 S. Kap. 2, A. I. 4. c) cc) (2) (c).

542 S. *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1969, 123.

543 Inwiefern die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit auch medialen Druck umfasst, s. u. B. II. 3.

544 Der EGMR formuliert, dass die Funktionsfähigkeit der Justiz von der Kooperation mit einer informierten Öffentlichkeit abhängt, *Sunday Times gg. VK* (No. 1), Urt. v. 26.04.1979, Nr. 6538/74, § 65.

545 Vgl. *Hamilton* im Federalist No. 78: „The judiciary […] has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither FORCE nor WILL, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments." Vgl. *Würtenberger*, in Hof/Schulte (Hrsg.), Wirkungsforschungen zum Recht, 2001, 203, 205.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ten.[546] Diese Unabhängigkeit strahlt wiederum auf den einzelnen Richter zurück, vor allem wenn dieser typischerweise Entscheidungen von gesellschaftspolitischer Tragweite trifft.

Jenseits des Gerichtsverfahrens kann die Medienöffentlichkeit ebenfalls zum Schutz der richterlichen Unabhängigkeit beitragen.[547] Für verwaltungsrechtliche Vorgänge innerhalb der Justiz sehen das Informationsfreiheitsgesetz und die Pressegesetze einen Anspruch auf Informationsverschaffung vor.[548] Diese Auskunftsansprüche verhelfen jedoch nur eingeschränkt zur Erkenntnis über die Gefahren für die Unabhängigkeit, da sie nicht auf justizinterne Vorgänge Anwendung finden.[549] Öffentlich werden Missstände daher primär über ihre öffentliche Anprangerung durch die Richter selbst. Vorrangig liegt der Schutz der richterlichen Unabhängigkeit also in den Händen der Richter, vor allem der Gerichtspräsidenten, und nur nachrangig in den Händen der Medien. Jedenfalls für die Gerichtspräsidenten kommt im Falle gravierender die richterliche Unabhängigkeit gefährdender Umstände als *ultima ratio* die rechtsstaatliche Pflicht in Betracht, die Missstände anzuprangern. *Ultima ratio* bedeutet, dass bereits alle Verfahren, in denen die Verletzung der richterlichen Unabhängigkeit gemäß § 26 Abs. 3 DRiG sowie Art. 33 Abs. 5, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i. V. m. § 90 Abs. 1 BVerfGG geltend gemacht werden kann, in Anspruch genommen worden sind.[550] Da die politischen Gewalten rechenschaftspflichtig sind und diese Rechenschaft im Kern durch die Medien

546 Zum Zusammenhang von Autorität und Unabhängigkeit, bezogen aufs BVerfG, s. *Lembcke*, in: Boulanger/Schulze/Wrase (Hrsg.), Die Politik des Verfassungsrechts, 2013, 37 ff.; zwar ist dieser Zusammenhang für das BVerfG von besonderer Bedeutung, er lässt sich allerdings auch allgemein auf die Dritte Gewalt übertragen.

547 *V. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 207-208; eine ähnliche Bewertung trifft *Britz*, Fernsehaufnahmen im Gerichtssaal, 1999, 200.

548 Bundesgerichte sind erfasst, soweit sie öffentlich-rechtliche Verwaltungsaufgaben wahrnehmen (BT-Drs. 15/4493, S. 7 f.); *Schoch*, in: id. (Hrsg.), IFG Kommentar, 2. Aufl. 2016, § 1 Rn. 209-213; *Debus*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), InfoMedienR, 30. Ed. 2020, § 1 IFG Rn. 136-137 zur tätigkeitsbezogenen Auslegung des Behördenbegriffs; s. außerdem Auskunftsansprüche der LPresseG, z.B. § 4 LPresseG NRW.

549 Diesen Ausschluss gebietet nicht nur die Bewahrung der Entscheidungsfreiheit des Richters, sondern auch das Beratungsgeheimnis (§ 43 DRiG).

550 Als Teil der beamtenrechtlichen Loyalitätspflicht, vgl. OVG Koblenz, Urt. v. 04.12.1998, NVwZ-RR 1999, 648 (Polizei); *Gaserow*, Flucht in die Öffentlichkeit, 22.05.1992, zeit.de.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ausgeübt wird, sind die Medien die beste Unterstützung für die Anprangerung von Missständen.[551]

### 3. Zwischenfazit

Das Rechtsstaatsprinzip fordert nur im Dienst der vermittelten Gewaltenhemmung und -kontrolle, dass die Verhandlungsöffentlichkeit eine Medienöffentlichkeit umfasst. Hinsichtlich der rechtsstaatlichen Kontrolle des Verfahrens verhilft die im Wege der medialen Berichterstattung hergestellte Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung zu einer effektiveren Kontrolle. Die rechtsstaatliche Forderung nach einer umfänglicheren Medienöffentlichkeit folgt daraus jedoch nicht. Einen Aufklärungsauftrag über die Funktionsweise der Rechtsordnung oder den individuellen Rechtsschutz haben nicht die Medien, sondern die staatlichen Stellen. Die passive und aktive Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung vermag die richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit in dem Umfang zu schützen, in dem sie das Vertrauen in die Justiz, die Akzeptanz einzelner Entscheidungen und damit den Rechtsbefolgungswillen des Einzelnen stärkt. Darüber hinaus dürfte Gerichtspräsidenten in Ausnahmefällen gravierender Einschnitte in die richterliche Unabhängigkeit als *ultima ratio* die rechtsstaatliche Pflicht treffen, den Missstand offenzulegen und somit die Gewaltendynamik zum Schutze der Unabhängigkeit anzustoßen.

## III. Die grundrechtliche Verankerung der Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung

### 1. Grundrechtliche Verankerung der passiven Medienöffentlichkeit

#### a) Gerichtsverfahrensbezogener Grundrechtsschutz

##### aa) Recht der Presse und des Rundfunks auf Zugang zum und Berichterstattung über das Gerichtsverfahren

Den Zugang der Presse zu Gerichtsverfahren stützen BVerfG und Literatur grundsätzlich auf die Pressefreiheit, welche die Informationsfreiheit als

551 Vgl. *Mishra*, Urteilsschelte, 1997, 292; *Häußler*, Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung, 1994, 257.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

notwendiges Korrelat voraussetzt.[552] Gleiches gilt im Zusammenhang mit der Frage, ob audiovisuelle Aufnahmen aus dem Gerichtssaal außerhalb der Verhandlung gemacht werden dürfen. Dies hat sich in Fällen sitzungspolizeilicher Anordnungen gezeigt, die zur Unterbindung von zukünftiger Presseberichterstattung zu Gerichtsverhandlungen getroffen wurden,[553] sowie von spezifischen, Druck ausübenden audiovisuellen Aufnahmen aus dem Gerichtssaal außerhalb der Verhandlung.[554] Das BVerfG hat die Rechtmäßigkeit solcher Anordnungen am Maßstab der Presse- und Rundfunkfreiheit geprüft.[555] Die Informationsfreiheit hat es im ersteren Fall als notwendige Voraussetzung der Pressefreiheit eingeordnet.[556]

Den Schutzbereich der Rundfunkfreiheit hielt das BVerfG im *ntv*-Urteil für die Berichterstattung aus einer Gerichtsverhandlung nicht für eröffnet, da sich die Eröffnung der Informationsquelle nur auf den Zugang zum Gerichtssaal, nicht jedoch auf eine audiovisuelle Öffentlichkeit erstrecke.[557] Aufgrund der Grundkonzeption der Saalöffentlichkeit als auf den Gerichtssaal begrenzte Gerichtsöffentlichkeit stufte das BVerfG die Rundfunkfreiheit als ein *aliud* ein,[558] da letztere die räumliche Begrenzung der Verhandlungsöffentlichkeit aufbreche. Dem ist im Ergebnis nicht zuzustimmen. Die besseren Gründe sprechen dafür, den Schutzbereich der Rundfunkfreiheit grundsätzlich für eröffnet zu halten.[559]

Dafür spricht zunächst, dass die Presse- und Rundfunkfreiheit nicht nur die Berichterstattung, sondern bereits die Informationsbeschaffung – auch aus nicht öffentlichen Informationsquellen – schützen.[560] Den Grundsatz, dass der Schutzumfang der Presse- und Rundfunkfreiheit im Bereich der

552 Hieran hat auch das *ntv*-Urteil nichts geändert, s. *v. Coelln*, Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 237 ff. Aus dem Urteil ist mithin nicht die Schlussfolgerung zu ziehen, dass das BVerfG neuerdings im Zusammenhang mit der Medienöffentlichkeit der Gerichtsverhandlung nur noch auf die Informationsfreiheit zurückgriffe.

553 BVerfG, Beschl. v. 06.02.1979, BVerfGE 50, 234.

554 BVerfG, Beschl. v. 31.07.14 - 1 BvR 1858/14.

555 Ibid.

556 BVerfG, Beschl. v. 06.02.1979, BVerfGE 50, 234 (239).

557 BVerfG, Urt. v. 24.01.01, BVerfGE 103, 44 (68-69).

558 Ibid.

559 So im Ergebnis auch, *v. Coelln,* Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 403 ff; § 169 GVG als rechtfertigungsbedürftige Ausübungsschrankenregelung für den Rundfunk einordnend, *Stürner*, JZ 2001, 699, 701.

560 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 06.02.1979, BVerfGE 50, 234 (240); BVerfG, Beschl. v. 14.07.1994, BVerfGE 91, 125 (134); s. außerdem *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 92. EL 2020, Art. 5 Rn. 326 (sich hier allerdings widersprechend, Art. 5 GG Rn. 276); *v. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Informationsbeschaffung danach bestimmt wird, ob eine Informationsquelle öffentlich zugänglich ist oder nicht, stellte das BVerfG im *ntv*-Urteil erstmalig auf. Nicht ohne Grund ist dieser Grundsatz seither nicht zur neuen ständigen Rechtsprechung erwachsen. Aus einer derartigen Verknüpfung von Informations- und Presse- sowie Rundfunkfreiheit folgt nämlich, dass die Presse für ihre Informationsermittlung auf die gesetzgeberische Eröffnung bestimmter Informationsquellen angewiesen ist. Der einzige Maßstab, an dem die gesetzgeberische Entscheidung dann zu messen wäre, wären die objektiv-rechtlichen Verfassungsgrundsätze des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips. Damit käme dem Gesetzgeber ein sehr weiter Gestaltungsspielraum zu.[561] Das würde dem verfassungsrechtlichen Auftrag der Presse und des Rundfunks zur öffentlichen Informationsvermittlung sowie zur unabhängigen und kritischen Meinungsbildung über die Arbeit der Regierung und des Gesetzgebers zuwiderlaufen.[562] So heißt es in ständiger Rechtsprechung – ausdrücklich auch in Bezug auf Gerichtsverfahren –, dass „[e]rst der prinzipiell ungehinderte Zugang zur Information … die Presse in den Stand [versetzt], die ihr in der freiheitlichen Demokratie eröffnete Rolle wirksam wahrzunehmen".[563] Für diese Funktionsausübung ist es nämlich gerade wichtig, dass der Staat sich rechtfertigen muss, wenn er der Presse den Zugang zu einer staatlichen Informationsquelle vorenthält. Infolge der funktionalen Interpretation der Presse- und Rundfunkfreiheit sind diese Grundrechte gegenüber dem allgemeinen Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip zu einem spezifischeren Maßstab erwachsen, an dem die Frage der Zugänglichkeit von staatlichen Informationen gemessen werden muss.

Jedenfalls dürfte angenommen werden, dass die mündliche Gerichtsverhandlung *qua* objektiven Verfassungsrechts aufgrund des demokratie- und rechtsstaatlich begründeten öffentlichen Informationsinteresses als verfassungsunmittelbare Informationsquelle zu betrachten ist.[564] Damit wäre der Schutzbereich der Rundfunkfreiheit eröffnet. Laut BVerfG besteht „ein

---

der Rechtsprechung, 2005, 392-394; *Schemmer*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 46. Ed. 2021, Art. 5 Rn. 59.

561 S. a. *v. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung, 2005, 401.

562 BVerfG, Beschl. v. 28.08.2000, NJW 2001, 503 ff.; BVerfG, Urt. v. 24.01.2001, BVerfGE 103, 44 (59); BVerfG, Beschl. v. 14.07.1994, BVerfGE 91, 125 (134); BVerfG, Beschl. v. 06.02.1979, BVerfGE 50, 234 (240).

563 BVerfG, Urt. v. 24.01.2001, BVerfGE 103, 44 (59); BVerfG, Beschl. v. 14.07.1994, BVerfGE 91, 125 (134); BVerfG, Beschl. v. 06.02.1979, BVerfGE 50, 234 (240).

564 Verfassungsunmittelbare Informationsquellen nicht mehr ausschließend, BVerfG, Beschl. v. 20.6.2017, NVwZ 2017, 1618, 1619; vgl. zum Recht auf Zu-



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gegen den Staat gerichtetes Recht auf Zugang … in Fällen, in denen eine im staatlichen Verantwortungsbereich liegende Informationsquelle aufgrund rechtlicher Vorgaben zur öffentlichen Zugänglichkeit bestimmt ist, der Staat den Zugang aber in nicht hinreichender Weise eröffnet".[565] Ist eine Informationsquelle verfassungsrechtlich zur Zugänglichkeit bestimmt, dürfte der Gesetzgeber eine nicht hinreichende Eröffnung des Zugangs als Einschränkung zu rechtfertigen haben. Andernfalls erhielte der Gesetzgeber einen politischen Gestaltungsspielraum, der mit der verfassungsrechtlich determinierten Zugänglichkeit der Informationsquelle nicht vereinbar wäre. Dieser Ansicht kann das verfassungsgerichtliche Argument nicht entgegengehalten werden, dass die Verhandlungsöffentlichkeit vom Gesetzgeber als Saalöffentlichkeit konzipiert sei, denn als einfaches Gesetzesrecht kann § 169 GVG das Bestehen einer verfassungsunmittelbaren Quelle nicht von vornherein ausschließen. Ferner hat der Gesetzgeber selbst mit der einfachgesetzlichen Anordnung der Öffentlichkeit des Gerichtsverfahrens in § 169 Abs. 1 S. 1 GVG die Informationsfreiheit und damit auch die Presse- und Rundfunkfreiheit grundsätzlich auf die gesamte Gerichtsverhandlung bezogen. Erst mit § 169 Abs. 1 S. 2 GVG schränkt er den Zugang für die audiovisuellen Medien ein. Diese Einschränkung ist somit aus beiden Gründen nicht als konstitutive Begrenzung der Öffentlichkeit, sondern vielmehr als Eingriff in den Schutzbereich der Rundfunkfreiheit anzusehen. Ein von vornherein anhand individualisierender Kriterien begrenzter Zugang kann nämlich rechtlich nicht mehr als öffentlich bewertet werden. *Per definitionem* ist eine öffentliche, das heißt allgemein zugängliche Informationsquelle gegeben, wenn sie „geeignet und bestimmt [ist], der Allgemeinheit, also einem individuell nicht bestimmbaren Personenkreis, Informationen zu verschaffen".[566] Mit der Beschränkung speziell des rundfunkmäßigen Zugangs zur Gerichtsverhandlung nach § 169 Abs. 1 S. 2 BVerfGG wäre die Gerichtsverhandlung aber nicht mehr geeignet und bestimmt, einem individuell nicht bestimmbaren Personenkreis Informationen zu beschaffen, da Rundfunkmedienvertreter

---

gang zu staatlichen Informationen in der EGMR-Rechtsprechung unten Fn. 576 f. Diese Möglichkeit ebenfalls im Grundsatz anerkennend, *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 92. EL 2020, Art. 5 Rn. 1011.

565 BVerfG, Beschl. v. 19.12.2007, BVerfGE 119, 309 (319); *v. Coelln,* Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 195, geht davon aus, dass sich die Medienöffentlichkeit der mündlichen Verhandlung aus dem Informationsinteresse der Allgemeinheit herleiten ließe.

566 *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 92. EL 2020, Rn. 5 Rn. 1006 mit Nachweisen der st. Rechtsprechung.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

von vornherein ausgeschlossen wären. Nur wenn dieser Satz als Schrankennorm verstanden wird, ist die Gerichtsverhandlung als allgemein zugängliche Informationsquelle zu qualifizieren.

Im Ergebnis dürfte der abwehrrechtliche Schutzumfang der Rundfunkfreiheit also eröffnet sein. Die Frage, ob sich ein Anspruch auf Zugang zur Gerichtsverhandlung auch aus dem Gedanken gleicher Teilhabe ableiten lässt, stellt sich damit im Grunde nicht.[567] Auch diese wäre wohl bei genauer Betrachtung zu bejahen. Eine Schutzbereichsbeschränkung der Rundfunkfreiheit für Medienvertreter des Rundfunks stellt im Vergleich zu Medienvertretern der Presse eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 GG dar. Zwar werden Rundfunk- und Pressefreiheit nicht nur textlich in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG, sondern auch in der deutschen Verfassungsrechtsprechung als eigenständige Rechte und nicht nur als verschiedene Formen der Ausübung desselben Rechts eingeordnet.[568] Das Verfassungsgericht behandelt sie aber einheitlich als Kommunikationsgrundrechte, die für die öffentliche Meinungsbildung eine konstitutive Funktion innehaben.[569] So hat das BVerfG festgestellt, dass sich Presse und Rundfunk in ihrer verfassungsrechtlichen Funktion nicht unterscheiden.[570] Da sich diese Funktionsausübung für beide Medien auf die Gerichtsverfahren bezieht, sind sie in dieser Hinsicht vergleichbar und dürfen nicht ohne ausreichende Rechtfertigung unterschiedlich behandelt werden. Das BVerfG präzisierte, dass sich Presse und Rundfunk allein im „Mittel der Funktionserfüllung“[571] unterscheiden und dieser Unterschied nur auf der Ebene der Schranken-Schranke als Abwägungsgesichtspunkt in die Abwägung der gegenläufigen Rechtsgüter einfließen dürfe.[572]

---

567 Vgl. *v. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 396 ff., der den Schutzbereich der Rundfunkfreiheit auch bei originär leistungsrechtlicher Einordnung für eröffnet hält, da der Schutzbereich von Leistungsrechten prinzipiell weiter ist, als er sich – als Ergebnis einer Rechtsgüterabwägung – konkret durchsetzen lässt; ablehnend *Klein*, in: Maunz-Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, 92. EL 2020, Art. 42 Rn. 35. Aus einem objektiv-rechtlichen Prinzip oder Verfassungsgebot und einem Abwehrrecht könne kein originäres Leistungsrecht geschöpft werden.

568 *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, 92. EL 2020, Art. 5 Rn. 3.

569 BVerfG, Urt. v. 28.02.1961, BVerfGE 12, 205 (259 ff); BVerfG, Urt. v. 05.06.1973, BVerfGE 35, 202 (221 f.).

570 BVerfG, Beschl. v. 14.07.1994, BVerfGE 91, 125 (134).

571 Ibid.

572 BVerfG, Beschl. v. 14.07.1994, BVerfGE 91, 125 (135); BVerfG, Beschl. v. 06.02.1979, BVerfGE 50, 234 (240).



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Einordnung der audiovisuellen Verhandlungsöffentlichkeit als *aliud* im Vergleich zur Saalöffentlichkeit hat das BVerfG nicht ausreichend begründet. Auch bei genauer Betrachtung rechtfertigt sie nicht die Überlegung, dass die audiovisuelle Öffentlichkeit die Funktionen, die der durch die Saalöffentlichkeit sichergestellten räumlichen Begrenzung der Gerichtsöffentlichkeit zukommen, unterminieren würde. Derartige Funktionen könnten die Bewahrung der Rollenzuweisungen sein, die das Gerichtsverfahren im Rahmen des Gerichtssaals vornimmt,[573] oder der Schutz der in §§ 1, 176 ff. GVG zum Ausdruck kommenden Verfahrens- und Deutungshoheit des Gerichts. Beide Funktionen würden durch die audiovisuelle Öffentlichkeit nicht beeinträchtigt. Die Öffentlichkeit bleibt Zuschauer des Geschehens. Die Verfahrensführung und Deutungshoheit bleiben für alle sichtbar bei Gericht. Statt diese Rollenzuweisung zu unterwandern, bestärkt die audiovisuelle Öffentlichkeit diese vielmehr.

Nicht zuletzt spricht auch die Auslegung der Verfassung im Lichte der EGMR-Rechtsprechung[574] dafür, den Schutzbereich der Rundfunkfreiheit auf die Gerichtsverhandlung zu beziehen und § 169 Abs. 1 S. 2 GVG als Schrankengesetz zu bewerten. Auch der EGMR erachtet die Informationsbeschaffung als Bestandteil des Schutzumfangs der Pressefreiheit.[575] Ein Recht auf Zugang zu staatlicher Information besteht, wenn in dem konkreten Fall ein öffentliches Interesse an der Kenntnisnahme der Information besteht und die Informationsbeschaffung in einen öffentlichen Debattenbeitrag einfließen soll.[576] Ein solches Interesse liegt mitunter dann vor, wenn die Art und Weise der Ausübung öffentlicher Gewalt oder andere Themen politischen oder gesellschaftlichen Interesses, die das Wohlergehen der Bürger oder das Leben in der Gemeinschaft betreffen, dadurch transparent werden.[577] Im Fall *Sioutis gg. Griechenland* erkannte der Gerichtshof ein solches Interesse an der Gerichtsverhandlung und der Urteilsabschrift an.[578] Unter diesen Voraussetzungen ist davon auszugehen, dass

---

573 S. hierzu *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1969, 82 ff.

574 Zum Gebot konventionskonformer Auslegung und dessen Grenzen, s. BVerfG, 14.10.2004, BVerfGE 111, 307; BVerfG, Urt. v. 12.06.2018, BVerfGE 148, 296.

575 EGMR, *Roşiianu gg. Rumänien*, Urt. v. 24.06.2014, Nr. 27 329/96, § 62; EGMR, *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG gg. Schweiz*, Urt. v. 21.06.2012, Nr. 34124/06, § 22.

576 EGMR, *Sioutis gg. Griechenland*, Urt. v. 29.08.2017, Nr. 16 393/14, §§ 26, 28; EGMR [GK], *Magyar Helsinki Bizottság gg. Ungarn*, Urt. v. 08.11.2016, Nr. 18 030/11, §§ 158-159, 161-162.

577 Ibid.

578 EGMR, *Sioutis gg. Griechenland*, Urt. v. 29.08.2017, Nr. 16 393/14, § 29.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Gerichtshof – jedenfalls im konkreten Einzelfall – annehmen würde, dass der Zugang des Rundfunks zu einer Gerichtsverhandlung als Informationsquelle von erheblichem öffentlichem Interesse sowohl vom Schutzumfang der Informations- als auch von der Presse- und Rundfunkfreiheit umfasst wäre.

Tatsächlich hat der EGMR die Rundfunkfreiheit bereits auf die Frage angewandt, ob die Beschränkung des Zugangs zum Gerichtsverfahren konventionskonform war. Dabei hat er den Rundfunk nicht als *aliud* zur Printpresse, sondern als Mittel der Berichterstattung beurteilt.[579] Im Fall *P4 Radio Hele Norge ASA gg. Norwegen*[580] stellte der EGMR fest, dass die Radioberichterstattung aus Gerichtsverfahren in den Schutzbereich von Art. 10 EMRK falle.[581] In diesem Fall war die Radioberichterstattung aus laufenden Strafverfahren in den einschlägigen Landesgesetzen grundsätzlich ausgeschlossen worden; nur unter besonderen Umständen durfte von diesem Ausschluss eine Ausnahme gemacht werden. In einem vergleichbaren Fall hielt der EGMR das von einer schweizerischen der Öffentlichkeit grundsätzlich nicht zugänglichen Justizvollzugsanstalt ausgesprochene Verbot, ein Interview mit einer Insassin aufzunehmen und später auszustrahlen, für konventionswidrig, da die Behörde diesen Ausschluss nicht hinreichend begründet habe und eine angemessene Abwägung zwischen der Rundfunkfreiheit und den widerstreitenden Interessen vermissen ließ.[582] Da der Gerichtshof die Pressefreiheit ebenfalls als Mittel erachtet, mit dem die Publizität des Gerichtsverfahrens gemäß Art. 6 Abs. 1 EMRK gewahrt wird,[583] dürfte in der Gesamtschau angenommen werden, dass der Ausschluss vom Zugang zum öffentlichen Gerichtsverfahren eine gesetzgeberische Entscheidung ist, die der EGMR am Maßstab von Art. 10 EMRK misst. Hinsichtlich der vor dem *ntv*-Urteil ergangenen ständigen Rechtsprechung des BVerfG sowie der Fachgerichte zur Presse- und Rundfunkfreiheit in und außerhalb der Gerichtsverhandlung ist nicht da-

579 EGMR, *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG gg. Schweiz*, Urt. v. 21.06.2012, Nr. 34124/06, §§ 64-65; EGMR, *Autronic AG gg. Schweiz*, Urt. v. 22.05.1990, Nr. 12726/87, § 47.

580 EGMR, *P4 Radio Hele Norge ASA gg. Norwegen*, Entsch. v. 06.05.2005, Nr. 76682/01, B. 1.

581 Ibid; vgl. a. EGMR, *Egeland u. Hanseid gg. Norwegen*, Urt. v. 16.04.2009, Nr. 34438/04, § 55.

582 EGMR, *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG gg. Schweiz*, Urt. v. 21.06.2012, Nr. 34124/06, § 65.

583 EGMR, *Worm gg. Österreich*, Urt. v. 29.08.1997, Nr. 22714/93, § 50; *The Sunday Times gg. VK* (No. 1), Urt. v. 26.04.1979, Nr. 6538/74, § 65.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

von auszugehen, dass die Berücksichtigung der EGMR-Rechtsprechung die Grenzen der völkerrechtsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes überschreitet – es erscheint weder methodisch unvertretbar noch mit den Vorgaben des Grundgesetzes unvereinbar, die vom Gerichtshof getroffenen Wertungen in die Auslegung des Grundgesetzes einzubeziehen.[584]

Neue Medien, durch die Informationen audiovisuell vermittelt werden, unterfallen in diesem Umfang der Rundfunkfreiheit.[585] Damit sind auch sie kein *aliud*, sondern ein weiteres Mittel der Berichterstattung, auf welches das soeben Ausgeführte ebenfalls Anwendung findet.

### bb) Grundrechtsgleiches Verfahrensrecht auf eine (medien-)öffentliche Gerichtsverhandlung

Befürwortet wird in Teilen der Literatur, die Verhandlungsöffentlichkeit als grundrechtsgleiches Verfahrensrecht zu behandeln, das durch Art. 20 Abs. 3 GG i.V. m. Art. 2 Abs. 1 GG geschützt ist.[586] Hierfür spricht die EMRK-konforme Auslegung, da Art. 6 EMRK das Recht auf ein öffentliches Verfahren anerkennt. Der Umfang des Rechts müsste sich dementsprechend an der Rechtsprechung des EGMR orientieren. Laut EGMR dient die Medienöffentlichkeit der mündlichen Verhandlung zwar der Publizität des Verfahrens, die Verhandlungsöffentlichkeit sei aber bereits dann erfüllt, wenn es eine ausreichend große Saalöffentlichkeit gebe.[587] Dementsprechend ergibt sich hieraus kein Recht auf eine medienöffentliche Gerichtsverhandlung.

---

584 Zu den Grenzen der völkerrechtsfreundlichen Auslegung, s. BVerfG, Urt. v. 12.06.2018, BVerfGE 148, 296, Rn. 133 f.

585 S. genauer unten 1. b) bb) dieses Kapitelabschnitts. In diesem Umfang ist die Nutzung der neuen Medien nämlich rundfunktypisch, *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 92. EL 2020, Art. 5 Rn. 652.

586 S. *Grabenwarter/Pabel*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2. Aufl. 2013, Kap. 14 Rn. 119. Die Garantie weise den hierfür nötigen individualschützenden Charakter auf.

587 S. mwN *Meyer-Ladewig/ Harrendorf/ König*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. 2017, Art. 6 Rn. 184. Dies genüge dem primären Ziel, eine Geheimjustiz zu unterbinden, ibid, 183.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Grundrechtsschutz jenseits des Verfahrens

aa) Recht von Rundfunk und Presse auf Berichterstattung über die Rechtsprechung fernab des Gerichtsverfahrens

Die Berichterstattung über die Rechtsprechung jenseits des Verfahrens, das heißt über die Justiz als solche, Urteile und Richter ist von der Presse- und Rundfunkfreiheit gedeckt. So konnte sich die Presse stets auf Art. 5 Abs. 1 GG berufen, wenn es um Berichte über die Dritte Gewalt ging.[588] Auch über Richter darf in den allgemeinen Grenzen der Meinungsfreiheit berichtet werden, das heißt ohne Berücksichtigung eines besonderen richterlichen Ehrschutzes.[589] Die Presse- und Rundfunkfreiheit umfasst auch hier die Informationsbeschaffung. Dieser dienen spezifische Auskunfts- und Akteneinsichtsrechte.[590] Die Landespressegesetze und das Bundesinformationsfreiheitsgesetz statuieren die Informationsansprüche der Bürger und der Presse als Auskunftsansprüche gegenüber Behörden einschließlich Gerichten.[591] Gerichte sind jedenfalls als Verwaltungseinheiten und nach wohl herrschender Meinung auch in ihrer rechtsprechenden Funktion Adressaten des presserechtlichen Auskunftsanspruchs.[592] Sie sind nicht dazu verpflichtet, von sich aus sondern nur auf gezielte Anfrage Auskunft zu erteilen. Der Auskunftsanspruch beschränkt sich auf die Mitteilung von

588 BVerfG, Beschl. v. 06.02.1979, BVerfGE 50, 234 (239); BVerfG, Beschl. v. 20.5.1999 - 1 BvR 1294/96 - Rn. 4; BVerfG, Urt. v. 15.01.1958, BVerfGE 7, 198 (208); BVerfG, Beschl. v. 22.06.1982, BVerfGE 61, 1 (11); BVerfG, Beschl. v. 25.01.1984, BVerfGE, 66, 116 (139); BVerfG, Urt. v. 03.12.1985, BVerfGE 71, 206 (220), st. Rspr.

589 BVerfG, Urt. v. 15.01.1958, BVerfGE 7, 198 (208).

590 S. hierzu ausführlich *v. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 500 ff.

591 S. z.B. § 4 LPresseG NRW. Für den Rundfunk, s. § 9 a Rundfunkstaatsvertrag (RStV), für journalistisch-redaktionell gestaltete Telemedien § 55 Abs. 3 RStV. Vom IFG sind Bundesgerichte erfasst, soweit sie öffentlich-rechtliche Verwaltungsaufgaben wahrnehmen (BT-Drs. 15/4493, S. 7 f.); *Schoch*, in: id. (Hrsg.), IFG Kommentar, 2. Aufl. 2016, § 1 IFG Rn. 209-213. Zur Bedeutung dieser Auskunftsansprüche für die öffentliche Meinungsbildung, s. BVerwG, Urt. v. 21.3.2019, NVwZ 2019, 1283, 1284; so auch BVerfG, Beschl. v. 27.7.2015, NVwZ 2016, 50, 51 (Rn. 14).

592 *V. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 503.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Tatsachen.[593] Über ihn können beispielsweise Details zum Gegenstand einzelner Verfahren erfragt oder eine Urteilsabschrift angefordert werden.[594]

### bb) Rechtsprechungsbezogene Diskussionen in sozialen Medien als Ausübung des Rechts auf Meinungs- und Pressefreiheit

Medienvertreter, die für ihre Berichterstattung neue Medien nutzen, dürfen sich je nach Ausgestaltung ihrer Kommunikation auf Presse-, Rundfunk- oder Filmfreiheit berufen.[595] Entscheidendes Kriterium zur grundrechtlichen Zuordnung der Internetkommunikation dürfte der Rezeptionsvorgang sein.[596] Die neuen Medien unterscheiden sich nämlich in ihrer Kommunikationsform genauso wie die herkömmlichen Medien; auch hier werden Beiträge in Textform oder in audiovisueller Form vermittelt. Entsprechend unterscheidet sich die Wirkung der jeweiligen Kommunikation, womit eine unterschiedliche rechtliche Behandlung angezeigt ist, die sich nicht allein an der digitalen Verkörperung,[597] sondern an der Wirkung orientiert.[598] Abzustellen ist also darauf, ob das Erscheinungsbild der Internetkommunikation rundfunktypisch, das heißt eine Verbindung aus Ton und Bewegtbildern, oder pressetypisch, das heißt eine Kombination aus Text und Standbildern, ist.[599] Einschränkend gilt allerdings nach überwiegender Ansicht, dass Internetkommunikation nur dann unter die Rundfunkfreiheit fällt, wenn das für den Rundfunk charakteristische, diesem in

---

593 *Löffler/Wenzel/Sedelmeier*, Presserecht, 6. Aufl. 2015, § 4 LPG Rn. 78; OVG Münster, Urt. v. 23.05.1995, NJW 1995, 2741; VG Düsseldorf, Urt. v. 15.10.2008, ZUM-RD 2009, 686, 688.

594 *V. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 504.

595 *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 92. EL 2020, Art. 5 Rn. 650. Andere Ansätze mit überzeugender dogmatischer Begründung ablehnend, ibid, 640 ff.

596 *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 92. EL 2020, Art. 5 Rn. 652.

597 So auch *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 92. EL 2020, Art. 5 Rn. 646 f.; a. A. *Hoffmann-Riem*, in: Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein (Hrsg.), AK-GG, 3. Aufl. 2001, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 150; *Jarass*, AfP 1998, 133, 136 f. Damit erledigt sich für diesen Kontext auch die Überlegung zu einer neuen allumfassenden Kategorie der Internet- oder Medienfreiheit, vgl. *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 92. EL 2020, Art. 5 Rn. 649-650.

598 So auch *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 92. EL 2020, Art. 5 Rn. 652.

599 Ibid.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der öffentlichen Meinungsbildung Einfluss verschaffende massenkommunikative Element – seine Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft[600] – vorhanden ist.

Eine der aktuellen Medien- und Quellennutzung der Bürgerinnen angemessene Dogmatik verankert die Öffnung der Gerichte nicht nur in der Pressefreiheit, sondern auch in ihrer Informations- und Meinungsfreiheit.[601] Dies spiegelt wider, dass die Bürgerschaft der Fluchtpunkt für die demokratische Kontrolle ist. Damit dürfte auch Gerichtsberichterstattung in neuen einschließlich der sozialen Medien grundrechtlich in Art. 5 Abs. 1 GG verankert sein, da die Informationsweitergabe und Meinungsbekundungen in diesen Medien eine gesellschaftliche Reichweite haben und damit eine gesellschaftliche Debatte anregen können.[602] Auch wenn es in den sozialen Medien ein erhöhtes Risiko gibt, dass soziale Kanäle nicht im idealen Sinne eines politischen Meinungsaustauschs genutzt werden,[603] ist die Nutzung sozialer Medien dennoch uneingeschränkt von der Meinungsfreiheit geschützt.[604] Dass soziale Medien möglicherweise stärker dazu führen, dass sich Personen in Gruppen zusammenfinden, die eine Meinung teilen, und der Austausch mit anderen Ansichten nur begrenzt stattfindet, spricht nicht grundsätzlich gegen die demokratische Bedeutsamkeit eines solchen Meinungsaustauschs. So strich es das BVerfG im *Brokdorf*-Beschluss als besonderes Merkmal der Versammlungsfreiheit heraus, dass Personen ihrer politischen Ansicht in einer Gemeinschaft Ausdruck verleihen und sich dabei ihrer Ansicht in der Gemeinschaft zugleich vergewissern können.[605] Außerdem werden Meinungsbekundungen in so-

600 Ibid.; *Degenhart*, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR IV, 2011, § 105 Rn. 31; *Starck/Paulus,* in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 174, 182.

601 Auch die Regierung stützte sich in der Gesetzesbegründung zum neuen § 169 GVG auf die Informationsfreiheit, Drucks. 18/10144, 14.

602 Die neuen sozialen Medien und die Netzöffentlichkeit als „integralen Bestandteil der vielfältigen Formen öffentlicher Meinungsbildung" anerkennend, *Dreier*, in: id. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 2. Bd., 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 77; Ausgenommen ist Individualkommunikation. Auch wenn diese öffentlich zugänglich ist, unterfällt diese nicht der Rundfunkfreiheit, s. *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 92. EL 2020, Art. 5 Rn. 643 f.

603 S. Kap. 2, A. I. 4. b), bb) (3).

604 Vgl. BVerfG, Urt. v. 14.05.1985, BVerfGE 69, 315 (345). „Die Gefahr, daß solche Meinungskundgaben demagogisch mißbraucht und in fragwürdiger Weise emotionalisiert werden können, kann im Bereich der Versammlungsfreiheit ebensowenig maßgebend für die grundsätzliche Einschätzung sein wie auf dem Gebiet der Meinungsfreiheit und Pressefreiheit."

605 BVerfG, Urt. v. 14.05.1985, BVerfGE 69, 315 (345).



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zialen Foren zunehmend von den Massenmedien aufgenommen und damit einer gesamtgesellschaftlichen Meinungsbildung zugeführt.[606] Individuelle und öffentliche Meinungsbildung stehen dabei in einem ständigen Wechselspiel, womit auch die individuelle Meinungsbildung in sozialen Medien der öffentlichen Meinungsbildung und damit der Demokratie dient.[607]

## 2. Grundrechtliche Verankerung der aktiven Medienöffentlichkeit

### a) Informations- und Pressefreiheit

Über die gesetzlich geregelten Auskunfts- und Akteneinsichtsrechte verschafft weder die Presse- noch die Informationsfreiheit einen Anspruch auf proaktive Informationsvermittlung, die die Erklärung, Kommentierung oder Abgabe einer rechtlichen Stellungnahme beinhaltet.[608] Geschützt ist nur der ungehinderte Zugang zu öffentlichen Informationen[609] und nicht die Neuschaffung von Informationen.[610] Die Informationsfreiheit verharrt somit nach aktueller Lesart beim Anspruch auf eine reaktive Informationsvermittlung.[611] Es dürfte sich allerdings auch ein Anspruch auf proaktive Informationsvermittlung[612] auf die Informationsfreiheit stützen lassen, wenn diese einerseits im Lichte des Demokratieprinzips und andererseits im Lichte der EGMR-Rechtsprechung ausgelegt wird. Letztere unterstützt die Anerkennung verfassungsunmittelbarer Informationsquellen, die auch vom BVerfG nicht mehr ausgeschlossen werden.[613] Dies bezieht sich auf Informationen, die von öffentlichem Interesse sind und die der Staat bereits vorhält. Für Gerichte könnte dies beispielsweise die Information zu anstehenden Gerichtsverfahren sein. In Bezug auf diese Informationen

606 s. Kap. 2, A. I. 4. b), bb) (3).
607 BVerwG, Urt. v. 21.3.2019, NVwZ 2019, 1283, 1287.
608 *Löffler/Wenzel/Sedelmeier*, Presserecht, 6. Aufl. 2015, § 4 LPG Rn. 78; OVG Münster, Urt. v. 23.05.1995, NJW 1995, 2741; VG Düsseldorf, Urt. v. 15.10.2008, ZUM-RD 2009, 686, 688.
609 *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 92. EL 2020, Art. 5 Rn. 1014-1017.
610 Zu diesem Unterschied, s. *Kühling*, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 30. Ed., Art. 5 Rn. 42.
611 Ibid., bezeichnet dies als „reaktive Informationsfreiheit."
612 Ibid., bezeichnet dies als „proaktive Transparenz." Er leitet diese Dimension der Informationsfreiheit aus einer dynamischen Auslegung der Verfassung her.
613 S. o. in diesem Kapitelabschnitt a) aa).



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dürfte für die staatlichen Stellen der demokratiestaatlich verankerte Auftrag bestehen, diese Informationen proaktiv zugänglich zu machen. Nicht immer haben Medienvertreter nämlich den Einblick, welche Informationen den staatlichen Stellen zur Verfügung stehen; ihnen fehlt oft das Wissen, um relevante Auskunftsersuchen zu stellen. Eine derart proaktive Informationsvermittlung vermag außerdem das allgemeine Vertrauen in die Staatsgewalten zu stärken. Da die Informationen bereits vorhanden sind, dürfte der Aufwand der Zugänglichmachung nicht allzu groß sein. Die konkrete Ausgestaltung der proaktiven Informationsvermittlung dürfte allerdings im weiten Gestaltungsermessen der staatlichen Behörden liegen.

### b) Meinungsfreiheit der Richter

Richter genießen nicht nur als Privatperson, sondern auch als Amtsperson Meinungsfreiheit.[614] Sie dürfen ihre Amtsbezeichnung daher offenlegen, wenn sie eine persönliche Ansicht vertreten. Richter sind Amtswalter bzw. die kleinste Organisationseinheit der Rechtsprechung. Mit ihren Äußerungen erlangt somit nicht nur ihre persönliche Meinung, sondern auch die Justiz eine individuelle Medienpräsenz. In dem Umfang ist die aktive Medienöffentlichkeit der Justiz grundrechtlich verankert. Diese in Art. 5 Abs. 1 GG verankerte Freiheit umfasst auch das Recht, zu entscheiden, inwiefern für die eigene Meinungsäußerung Medien genutzt werden sollen.[615]

## IV. Zwischenfazit

Die vorangehende Erörterung offenbart, dass die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung im Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip sowie vor allem in den Grundrechten verankert ist. Die spezifischen Funktionen sind so unterschiedlich gelagert, dass es kaum zweckmäßig erscheint, festzuhalten, welcher Dimension – der demokratischen oder der rechtsstaatlichen – eine größere Bedeutung zukommt.[616] Festzustellen ist jedoch, dass die Bedeu-

614 BVerfG, Vorprüfungsausschuss, Beschl. v. 30.08.1983, NJW 1983, 2691.
615 S. o. Kap. 1, A. I. 3. b) ee).
616 Der demokratischen Funktion der Medienöffentlichkeit im Vergleich eine erheblich größere Bedeutung beimessend, *Schilken*, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 155.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tung der Medienöffentlichkeit zunehmen wird, je mehr sich der Trend durchsetzt, dass sich Bürger über Gerichtsverfahren weniger im Gerichtssaal als über die mediale Berichterstattung informieren.[617] Bereits 2001 stellte das BVerfG im *ntv*-Urteil fest, dass Informationen über Gerichtsverfahren primär über die Medien vermittelt würden.[618] Seither lässt sich mit den neuen Medien ein weiteres Bedeutungswachstum der Medien für den öffentlichen Informations- und Kommunikationsfluss beobachten. Zudem verstärkt die demokratische Dimension der Gerichtsöffentlichkeit den Bedeutungszuwachs der Medien, da ihnen die Befriedigung des öffentlichen Informationsinteresses und die Strukturierung und Steuerung der öffentlichen Meinungsbildung grundrechtlich zugeordnet werden.[619] Die Gerichtsöffentlichkeit wird somit tatsächlich und zugleich normativ zur Medienöffentlichkeit. Ferner ist die Gerichtsverhandlung angesichts des demokratie- und rechtsstaatlich begründeten öffentlichen Informationsinteresses als verfassungsunmittelbare Informationsquelle anzuerkennen, deren Zugänglichkeit prinzipiell allen Medien zusteht, womit deren Ausschluss rechtfertigungsbedürftig wird. Damit verliert auch die Frage, ob die Medienöffentlichkeit der Gerichtsverhandlung als solche als Verfassungsgrundsatz anzuerkennen ist, an Bedeutung.[620] Sowohl das objektive als

---

617 Vgl. *v. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 27 ff.; auch die Regierung betont in der Gesetzesbegründung zum EMöGG, dass in der Praxis ein Trend zur mittelbaren Informationsvermittlung vernommen wird, mit dem die Gerichtsöffentlichkeit mithalten müsse, Drucks. 18/10144, 13.

618 BVerfG, Urt. v. 24.01.01, BVerfGE 103, 44 (66); so auch *Bamberger*, in: Demel u.a. (Hrsg.), Funktionen und Kontrolle der Gewalten, 2001, 307; *Schilken*, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 155; *Kissel/Mayer*, GVG Kommentar, 10. Aufl. 2021, § 169 Rn. 1; *v. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 196-197.

619 *V. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 196-197.

620 Dies befürwortend, BVerfG, Urt. v. 24.01.01, BVerfGE 103, 44 (75); *v. Coelln*, Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 221-222 mwN. *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, 92. EL 2020, Art. 20 Rn. 34, der aber weitgehende Einschränkungen der Gerichtsöffentlichkeit zulassen möchte. A.A. BVerfG, Urt. v. 24.01.01, BVerfGE 103, 44 (63 f.); *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, 74-75; *Kissel/Mayer*, GVG Kommentar, 10. Aufl., 2021, § 169 Rn. 2, 4; *Kloepfer*, HStR III, 3. Aufl., 2005, § 42 Rn. 60. Nicht überzeugend ist das Gegenargument, dass die Medienöffentlichkeit keine wirksame rechtsstaatliche Kontrolle vornehmen könne und die Rechtmäßigkeit der Entscheidung bereits durch die Unabhängigkeit der Richter gesichert sei. Dies lässt die demokratische Dimension der Gerichtsöffentlichkeit nämlich völlig außer Acht und unterschätzt die praktische Bedeutung der Medienöffentlichkeit für die rechtsstaatliche Kontrolle des Verfahrens, vor allem für die Selbstkontrolle des Richters.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auch das subjektive Verfassungsrecht verlangt, dass die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung – passiv oder aktiv – nicht ohne hinreichende Rechtfertigung eingeschränkt wird. Dabei ist der grundrechtsbasierte Anspruch auf eine solche Medienöffentlichkeit der Grundrechtsabwägung zugänglich, wobei er durch die im Hintergrund stehenden objektiven Verfassungsprinzipien je nach Fallgestaltung an Gewicht gewinnt.

## B. *Der Medienöffentlichkeit gegenläufige demokratische und rechtsstaatliche Belange*

Die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung hat einen ambivalenten Charakter. Die Demokratie und die Rechtsstaatlichkeit können durch sie nicht nur gestärkt, sondern auch geschwächt werden. Einfallstore für Beeinträchtigungen der beiden Prinzipien sind die unzulässige Einwirkung auf die öffentliche Meinungsbildung und den demokratischen Diskurs (I.), die Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit und damit der Gesetzesbindung der Rechtsfindung (II.), die Gefährdung weiterer rechtsstaatlicher Elemente (III.) sowie der Verlust des gesellschaftlichen Institutionen- und Systemvertrauens in die Rechtsprechung (IV.).

### I. Beeinträchtigung demokratischer Belange durch die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung

Die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung kann mit einer „Überöffentlichkeit" bestimmend auf die öffentliche Meinungsbildung und den demokratischen Diskurs einwirken. Dies kann daraus resultieren, dass einzelne Interessengruppen das gerichtliche Verfahren nutzen, um für ihre Ansicht besondere öffentliche Aufmerksamkeit zu gewinnen. Durch die öffentliche mündliche Verhandlung, so *Möllers*, können bestimmte Prozessbeteiligte eine übermäßig große Aufmerksamkeit im Prozess öffentlicher Meinungsbildung erlangen.[621] Dies wird problematisch für eine politische Kultur, wenn sich diese Form der öffentlichen „Überrepräsentation" über den demokratischen Diskurs in den Gesetzen niederschlägt. Ferner ist es problematisch, wenn die Berichterstattung zu Gerichtsverfahren und den sich stellenden Fragen fehlerhaft ist und der öffentliche Meinungsaustausch da-

621 *Möllers*, in: Schönberger/Jestaedt/Lepsius/id., Das entgrenzte Gericht, 2011, 281, 319.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mit auf einer verzerrten Faktenlage aufbaut. Ebenfalls kritisch zu beurteilen ist es, wenn die Justiz – als Institution oder durch einzelne Richter – die öffentliche Meinungsbildung steuert, indem sie ihre Autorität im medienöffentlichen Raum nutzt, um bestimmten Standpunkten mehr Aufmerksamkeit und Gewicht zu verschaffen. Maßgeblich ist hier, ob die gebotene Neutralität gewahrt wird, da ansonsten der Grundsatz gefährdet ist, dass die demokratische Willensbildung vom Volk ausgeht.[622] Ferner könnte das durch die justizielle Medienpräsenz forcierte Denken von der Verfassung her negative Auswirkungen auf den demokratischen Diskurs haben. Das Detail, mit dem juristisch gearbeitet wird, kann in der Öffentlichkeit nicht in der nötigen Genauigkeit abgebildet werden. Komplexität muss stattdessen reduziert werden. Dadurch erscheinen verfassungsrechtliche Grenzen in der medialen Öffentlichkeit teilweise pauschaler begründet, als sie es tatsächlich sind, was sich auf die Beurteilung der politischen Handlungsfreiheit auswirken kann.[623] Ferner könnte sich die Stärkung des öffentlichen Vertrauens als positiver Effekt einer Medienpräsenz des BVerfG insofern negativ auswirken, als sie in ein Misstrauen gegenüber dem Gesetzgeber umschlägt, dessen Kontrolleur das BVerfG ist.[624]

## II. Bedrohung der richterlichen Unabhängigkeit durch medialen Druck

Ob die richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit in Mitleidenschaft gezogen werden können, wenn die demokratisch und rechtsstaatlich erstrebenswerte mediale Gerichtsöffentlichkeit in negativen Druck umschlägt, wird sehr unterschiedlich beantwortet.[625] So sollen an dieser Stelle zunächst die tatsächliche Gefährdungslage (1.) und Erkenntnisse aus den Kommunikationswissenschaften (2.) erörtert werden, um darauf aufbau-

622 In Bezug auf Richter gilt das unbedingte Neutralitätsgebot, BVerfG, NVwZ 2017, 1128 mwN.

623 Vgl. *Bryde*, in: Vorländer (Hrsg.), Integration durch Verfassung, 2002, 331, der meint, legalistisch geprägte öffentliche Diskussionen würden unpolitisch.Vgl. a. *Jestaedt*, in: Schönberger/id./Lepsius/Möllers (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 77, 87.

624 Vgl. *Limbach*, Das Bundesverfassungsgericht, 2001, 86 zu diesem Zusammenhang: „In der Tat müsste es bedenklich stimmen, […], wenn das große […] Vertrauen in das Bundesverfassungsgericht ein unpolitisches Misstrauen der Bürger gegen die Demokratie indizierte." Vgl. *Schönberger*, in: id./Jestaedt/Lepsius/Möllers (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, 9, 44.

625 S. *Detterbeck*, in: Sachs (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 17, Fn. 62 mit einem Überblick über bejahende und verneinende Stimmen.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

end die dogmatische Analyse zur sachlichen (3.) und inneren Unabhängigkeit (4.) von medialen Einflüssen anzuschließen.

### 1. Tatsächliche Gefährdungslage für die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit

Richter nehmen die medialen Angriffe zunehmend als Bedrohung ihrer Unabhängigkeit und Unparteilichkeit wahr. In Interviews, die das *ENCJ* in den Jahren 2013 und 2014 durchgeführt hat, haben Richter formuliert, dass sie den medialen Druck als dringliches Problem für ihre Unabhängigkeit betrachten.[626] Die Medien übten teilweise heftigen Druck aus und sie wüssten nicht, wie sie auf mediale Angriffe reagieren sollen bzw. wie sie sich gegen den Einfluss von Medienberichten schützen können. In einem Bericht von 2011/2012 bezeichnete das *ENCJ* die mediale Kritik an Richtern und Rechtsprechung als eine der größten zukünftigen Herausforderungen für die richterliche Unabhängigkeit.[627] Vor allem in sozialen Medien und im Internet geäußerte Ansichten und Kritik seien Quellen unbewusster Beeinflussung.

Diese Wahrnehmung korreliert mit der Entwicklung, dass die Erzeugung medialen Drucks auf die Rechtsfindung professionalisiert worden ist. Rechtsanwälte, die Exekutive und politische Gruppierungen nutzen die Medien, um eine öffentliche Meinungsbildung gezielt zum Zeitpunkt des Prozesses herbeizuführen. Neue Formen der *Litigation-PR* verlagern den Prozess in den Augen der Öffentlichkeit in den medialen Kommunikationsraum.[628] Die grundlegenden Kriterien der *Litigation-PR* sind: erstens die gezielte Einflussnahme auf die Öffentlichkeit im Zusammenhang mit juristischen Auseinandersetzungen; zweitens das Schaffen von Akzeptanz und einer positiven öffentlichen Meinung zum eigenen Standpunkt; drittens der Vorrang des Urteils der Öffentlichkeit vor dem des Gerichts und viertens der Versuch der Beeinflussung des Urteilsspruchs.[629] Mittel zur Erreichung der *Litigation-PR*-Ziele sind die Hervorhebung bestimmter Tatsachen, die Verstärkung von Zweifeln an der Indizienlage oder der Glaub-

626 *ENCJ* Bericht 2013-2014, 40-41, 43-44.
627 *ENCJ* Bericht 2011-2012.
628 *Köhler*, in: Rademacher/Schmitt-Geiger (Hrsg.), Litigation-PR, 2012, 203, 209; *Boehme-Neßler*, in: id. (Hrsg.), Die Öffentlichkeit als Richter?, 2010, 9 f.; id., in: Rademacher/Schmitt-Geiger (Hrsg.), Litigation PR, 2012, 75-92 mit weiteren rechtssoziologischen Überlegungen dazu.
629 *Köhler*, in: Rademacher/Schmitt-Geiger (Hrsg.), Litigation-PR, 2012, 203, 209.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

würdigkeit von Zeugen und die Unterstreichung öffentlicher Erwartungshaltungen zum gerichtlichen Ergebnis.[630] Das klassische Anwendungsfeld ist das Strafrecht.[631] Aber auch vor dem BVerfG nutzen Interessengruppen[632] und Politiker[633] zunehmend die *Litigation-PR*. *Köhler* beschreibt, dass die *Litigation-PR* vor dem BVerfG von der Opposition genutzt wird, um in der Öffentlichkeit Unterstützung für die eigene Position zu erlangen.[634] In Bezug auf das ESM-Verfahren zogen es Medienvertreter in Zweifel, inwiefern die richterliche Entscheidungsfindung frei von medial ausgeübtem politischem Einfluss war.[635]

Zur Einschätzung der tatsächlichen Schwere der Beeinflussung dient eine interviewbasierte quantitative Analyse von *Kepplinger* im strafrechtlichen Bereich.[636] In dieser gaben zwei Drittel der Richter an, Verhaltensänderungen bei Laien wahrzunehmen, die Hälfte der Richter bei der Verteidigung und nur ein Fünftel bei den Berufsrichtern selbst. Es konnte keine Beeinflussung im Hinblick auf die Schuldfrage, sondern nur im Hinblick auf die richterlichen Ermessensspielräume im Rahmen der Rechtsfolgenbestimmung festgestellt werden. Diesbezüglich gab ein Drittel der befragten Berufsrichter an, dass sich medialer Druck auf die Strafzumessung auswirke, ein Viertel gab einen Einfluss auf die Entscheidung zur Bewährung und ein Zehntel auf die Frage der Sicherungsverwahrung an. Deutlich wurde außerdem, dass Richter und Staatsanwälte die Medienberichterstattung zu ihren Verfahren verfolgen. Diese Analyse offenbart, dass eine Beeinflussung in bestimmten Bereichen festzustellen ist, diese aber nicht systemischer Natur ist. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass Befragungen nur so gut sind wie die Selbsterkenntnis der Befragten und sich medialer Druck oftmals unterbewusst auswirkt. Es ist außerdem schwer auseinanderzuhalten, ob eine Beeinflussung über die Medienberichte oder indirekt über das soziale Umfeld und die bestärkende Wirkung der medialen

630 *Jahn*, in: Boehme-Neßler (Hrsg.), Die Öffentlichkeit als Richter?, 2010, 12-14, der die Einflussmöglichkeiten mit Blick auf Zivil- und Strafverfahren unterscheidet.

631 *Kepplinger/Zerback*, Publizistik 54/2009, 216 ff.; *Köhler*, in: Rademacher/Schmitt-Geiger (Hrsg.), Litigation-PR, 2012, 203, 209.

632 *Guarnieri*, in: Canivet/Adenas/Fairgrieve (Hrsg.), Independence, Accountability of the Judiciary, 2006, 405, 411.

633 *Köhler*, in: Rademacher/Schmitt-Geiger (Hrsg.), Litigation-PR, 2012, 203, 210 f.

634 Ibid, im Ergebnis, ibid, 215-216.

635 Exemplarisch *Lachmann*, Auflösungserscheinung der demokratischen Ordnung, 03.07.2012, welt.de.

636 *Kepplinger*, in: BoehmeNeßler (Hrsg.), Die Öffentlichkeit als Richter?, 2010, 154-170.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Berichterstattung eingetreten ist.[637] Die Medienkritik übt jedenfalls, wie die Kommunikationswissenschaftlerin *Schulz* im Rahmen einer Diskursanalyse medialer Kritik an Richtern gezeigt hat, einen hohen Konformitätsdruck aus.[638]

In seiner Studie fand *Kepplinger* zusätzlich heraus, dass es Richter besonders irritiere, wenn Medien Umstände kritisierten, auf die das Gericht keinen Einfluss habe, die Richter also für Dinge verantwortlich gemacht werden, die nicht in ihrer Entscheidungshoheit stehen.[639] Hierdurch, so die Hälfte der Befragten, werde bei ihnen Ärger und Hilflosigkeit ausgelöst, weil sie sich nicht verteidigen können. Das impliziert in dreifacher Hinsicht eine Gefahrenquelle für die richterliche Unabhängigkeit. Erstens könnten sich Richter veranlasst sehen, der medialen Kritik nachzugeben. Zweitens könnten Richter sich herausgefordert fühlen, Kommentare zu ihrer Verteidigung in der Medienöffentlichkeit zu platzieren, die ihnen – dem Anschein nach – die Neutralität nimmt. Und drittens könnten sich Richter von der Berichterstattung abwenden, womit die durch die Medienbeobachtung angeregte Selbstdisziplinierung zur Einhaltung der Gesetzesbindung und der Unparteilichkeit entfiele.

Das Fernsehen hat als Leitmedium eine starke Prägekraft auf die individuelle Vorstellungswelt.[640] Dass Individuen ihr Verhalten vor der Kamera ändern, wird von der juristischen Fachwelt oft vorausgesetzt,[641] empirische Nachweise fehlen allerdings noch. Sozialpsychologische Studien legen stattdessen nahe, dass Individuen ihr Verhalten vor Zuschauern nicht än-

637 Dieser Unterschied ist in der amerikanischen Literatur herausgearbeitet worden: Gemäß des „strategic model" streben die Richter bewusst nach der öffentlichen Akzeptanz ihrer Urteile, *Baum/Devins*, 98 Geo Law Journal 2010, 1515, 1546-1547; *Devins*, 67 Law and Contemoporary Problems, 2004, 63, 75. Beim „attitudinal model" werden die Richter über ihre Sozialisierung beeinflusst, *Cross*, 92 Northwestern University Law Review, 1997, 251, 265-267, 278-279; *Epstein/Martin*, 13 U. PA. Journal of Constitutional Law, 2020, 263, 280-281.

638 *Schulz*, Courts and Judges on Trial, 2010, 61. „Angstdiskurse" hätten aufgrund ihrer emotionalen Wirkungsmacht großen Einfluss, ibid., 226.

639 *Kepplinger*, in: BoehmeNeßler (Hrsg.), Die Öffentlichkeit als Richter?, 2010, 154-170. Diese Analyse bestätigt die Ergebnisse der *ENCJ*-Interviews, s. Fn. 568.

640 S. BVerfG, 17.02.1998, BVerfGE 97, 228 (257), *Vowe/Henn*, Leitmedium Fernsehen?, 9. 12.2016, bpb, https://www.bpb.de/gesellschaft/medien-und-sport/medienpolitik/172063/leitmedium-fernsehen?p=0.

641 S. hierzu nur die Gesetzesbegründung zur Reform von § 169 GVG, BT-Drucks. 18/10144.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dern.[642] Anders als bei Richtern und Rechtsanwältinnen gibt es für Zeugen und Parteien jedoch auch Erkenntnisse, die das Gegenteil nahelegen.[643] Ungeklärt ist ferner, ob die Kamera aufgrund der in Fernsehen und Online-Formaten potentiell unbegrenzten und in alle Sozialbereiche hineinreichenden Zuschauerschaft eine andere Wirkung hat als eine Handvoll anwesende Zuschauer.

Über die Wirkung der neuen und vor allem der sozialen Medien stehen wissenschaftliche Erkenntnisse noch am Anfang. Es gibt allerdings bereits Hinweise, dass die verhaltenssteuernde Wirkung von Kommunikation in sozialen Medien hoch ist. Zustimmung in sozialen Medien wie Facebook aktiviere das Belohnungssystem des Menschen.[644] Das dürfte Nutzer dazu bewegen, die befürwortete Kommunikation fortzuführen, um erneut Bestätigung zu erhalten.[645] Außerdem sei die Kommunikation in sozialen Medien privater und persönlicher als andernorts.[646] Diese Erkenntnisse sind relevant für die Beurteilung, ob und inwiefern neue Medien die innere Einstellung von Richtern und Verfahrensbeteiligten sowie das Kommunikationsverhalten von Richtern und damit zusammenhängend ihr öffentliches Erscheinungsbild beeinflussen.

## 2. Erkenntnisse aus kommunikationswissenschaftlichen Untersuchungen zur Medialisierung von gesellschaftlichen Teilsystemen

In den Kommunikationswissenschaften ist eine auf die Medienöffentlichkeit bezogene kritische Perspektive entwickelt worden, die über den in der Rechtswissenschaft dominanten Analyserahmen des liberalen Gewaltentei-

642 S. New York State Committee to Review Audio-Visual Coverage of Court Proceedings: An Open Courtroom. Cameras in New York Courts, 1997, 74 ff.; ebenso *Gehring*, Sozialpsychologische Überlegungen zur Fernsehberichterstattung aus Gerichtsverhandlungen, ZRP 1998, 8, 9 mwN.

643 *Barber*, News Cameras in the Courtroom: A Free Press – Fair Trial Debate, 1987, 72 ff.

644 *Lindström et al*, A computational reward learning account of social media engagement, Nature Communications volume 12, No. 1311 (2021) (reward learning); vgl. a. *Meshi/Morawetz/Heekeren*, in: Frontiers in Human Neurosience, DOI: 10.3389/fnhum.2013.00439.

645 *Raschendorfer*, Gefällt euch, wer ich bin?, Zeit online, 29.08.2016, 1, verweist auf zunehmend professionelle und waghalsige Formen der Selbstinszenierung.

646 *Barasch/Berger*, Broadcasting and Narrowcasting: How Audience Size Affects What People Share, Journal of Marketing Research, 2014, 51(3):286-299, Anstieg gegenüber analoger Kommunikation um 20 %.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lungsparadigmas hinausgeht und die Eignung der Medien, andere Teilsysteme der Gesellschaft in ihrer Funktionsweise zu beeinflussen, erörtert. Diese Diskussion wird unter dem Begriff der „Medialisierung" der Politik geführt (a). Aus ihr lassen sich weiterführende Einsichten in die potentiellen Auswirkungen der Medienöffentlichkeit auf die Justiz (b) gewinnen.

### a) Zur Medialisierung der Politik

Um die Wirkung der Medialisierung eines gesellschaftlichen Teilsystems zu begreifen, wird zunächst näher bestimmt, welche handlungsleitenden Parameter die Medien verfolgen (aa). Im Anschluss wird das Konzept der (Selbst-)Medialisierung erläutert (bb) und abschließend der Prozess der Medialisierung des politischen Systems und dessen Grenzen erörtert (cc).

#### aa) Zur Medienlogik

In systemtheoretischer Tradition stehend qualifiziert ein großer Teil der Kommunikationswissenschaften die Medien als funktionales Teilsystem der Gesellschaft.[647] Medien sind hiernach nicht nur neutrale Übermittler von Informationen, sondern sie konstruieren Realitäten.[648] Ausgerichtet an ihrer Funktion, Aufmerksamkeit für gesamtgesellschaftliche Themen zu generieren, orientieren sich die Medien daran, ob eine Information geeignet ist, breite Aufmerksamkeit zu erzielen (sog. Nachrichtenwert).[649] Aus dieser Funktionslogik haben sich Parameter entwickelt, die das Handeln der Medien in Bezug auf Selektion, Organisation, Präsentation und

---

647 S. z.B. *Marcinkowski/Bruns*, in: Löffelholz (Hrsg.), Theorien des Journalismus, 2000, 209, 210 ff.; *Meyer*, Mediokratie, 2001, 45.

648 *Luhmann*, Soziologische Aufklärung 5, 1990, 170, 176 ff.; s. a. *Schulz*, Die Konstruktion von Realität in den Nachrichtenmedien, 1976, 28 ff.; ibid, Politische Kommunikation, 1997, 41 ff.; *Strohmeier*, Politik & Massenmedien, 2004, 121.

649 Zur Orientierung am Nachrichtenwert, *Meyer*, Mediokratie, 2001, 45 ff., insb. 45-46; *Schulz*, Die Konstruktion von Realität in den Nachrichtenmedien, 1976, 29 ff.; zur Relation des Nachrichtenwerts mit der Erzielung öffentlicher Aufmerksamkeit, *Meyer*, Mediokratie, 2001, 46; *Strohmeier*, Politik & Massenmedien, 2004, 120; *Schulz*, Politische Kommunikation, 1997, 40; zur Funktion der Medien, öffentliche Aufmerksamkeit für gesellschafliche Themen zu erzeugen, *Meyer*, Mediokratie, 2001, 45; *Strohmeier*, Politik & Massenmedien, 2004, 75 f.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Stil der Verbreitung von Information anleiten (sog. Medienlogik).[650] Abhängig davon, ob bei der Berichterstattung der demokratische Auftrag der Medien oder ihre wirtschaftliche Rentabilität im Vordergrund steht, werden diese Parameter unterschiedlich bedient.[651]

Die demokratische Zwecksetzung, auf die sich auch die Rechtsprechung in ihrer Einordnung der Medien als der öffentlichen Meinungsbildung dienendes Verbindungs- und Kontrollorgan zwischen Staat und Gesellschaft stützt,[652] erfordert eine objektiv-neutrale, ausgewogene und kritische Berichterstattung.[653] Im Gegensatz dazu regt die primär auf den Verkaufserfolg gerichtete kommerzielle Zwecksetzung zu einer Berichterstattung an, die den Nachrichtenwert durch die Konzentration auf Ereignisse und Personen sowie einen konfrontativen, dramatisierenden und pointierten Charakter der Berichterstattung erhöht.[654] Teils wird die demokratischen Zwecken dienende Berichterstattung durch die kommerzielle Zwecksetzung – zum Beispiel im Rahmen des „Infotainment", einer Kombination aus Information und Entertainment – nur übersteigert,[655] teils aber auch untergraben und mit ihr die Fähigkeit der Medien, die gesellschaftspolitische Willensbildung anzuleiten.[656] Eine nachhaltige Veränderung der politischen Medienberichterstattung haben die neuen Online-Medien mit ihrer „Bottom-up-Kommunikation" bislang nicht herbeigeführt.[657] Auch sie, so die Annahme, werden die bestehende Medienlogik der traditionellen Medien übernehmen, um dauerhaft im Mediensystem

---

650 Den Begriff der Medienlogik prägten *Altheide/Snow*, Media Logic, 1979, sie bezeichneten die Medienlogik als bestimmtes Format, in dem Material organisiert, präsentiert und ausgewählt wird, ibid, 10.

651 Vgl. *Esser*, in: Kriesi et al. (Hrsg.), Democracy in the Age of Globalization and Mediatization, 2013, 166 ff.

652 S. o. A. I. 4. b) cc).

653 *Esser*, in: Kriesi et al. (Hrsg.), Democracy in the Age of Globalization and Mediatization, 2013, 168 f., orientiert an den Maßgaben für politischen Journalismus.

654 *Esser*, in: Kriesi et al. (Hrsg.), Democracy in the Age of Globalization and Mediatization, 2013, 171 f.; s. a. Schulz, Die Konstruktion von Realität in den Nachrichtenmedien, 1976, 31 ff.; ibid, Politische Kommunikation, 1997, 70 ff.; *Strohmeier*, Politik & Massenmedien, 2004, 124 ff.; vgl. *Meyer*, Mediokratie, 2001, 47.

655 *Esser*, in: Kriesi et al. (Hrsg.), Democracy in the Age of Globalization and Mediatization, 2013, 172, bezüglich „confrontainment." Zum Begriff des "Infotainment *Sarcinelli*, Politische Kommunikation in Deutschland, 2011, 345.

656 *Esser*, in: Kriesi et al. (Hrsg.), Democracy in the Age of Globalization and Mediatization, 2013, 173.

657 Ibid mwN. Das werde einerseits auf die Fragmentierung und die Polarisierung der öffentlichen Diskussionen zurückgeführt, die in online-Medien geführt werden; andererseits werde diese Entwicklung damit begründet, dass soziale Medi-



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bestehen zu können.[658] Tatsächlich lösen sie noch radikaler als die traditionellen Medien die Grenzen zwischen Öffentlichem und Privatem auf und verstärken die Darstellung von Ereignissen in einer persönlichen Perspektive.

In Deutschland existieren öffentlich-rechtlich und privatrechtlich organisierte Medien nebeneinander. Trotz ihrer unterschiedlichen rechtlichen und wirtschaftlichen Voraussetzungen unterliegt jedoch im Ergebnis sowohl der öffentlich-rechtliche Rundfunk als auch die Presse und die Online-Medien dem teils gegensätzlichen Streben nach Professionalität und Rentabilität ihrer Berichterstattung. Obgleich der öffentlich-rechtliche Rundfunk weitgehend staatlich finanziert ist und durch Staatsvertrag zu einer demokratischen Zwecksetzung seiner Berichterstattung verpflichtet ist, unterliegt auch er dem Wettbewerb und dem Druck, bestimmte Einschaltquoten zu erfüllen.[659] So konstatiert die Leopoldina, dass „[w]achsender Verkaufsdruck und sinkende finanzielle und personelle Ressourcen … erwartbar dazu [führen], dass professionelle redaktionelle Standards und medienethische Berufsnormen häufiger verletzt werden".[660] Gleichzeitig haben sich ein großer Anteil privatrechtlich organisierter Presseunternehmen sowie ein gewisser Anteil an Online-Medien im Pressekodex auf publizistische Grundsätze eines professionellen Journalismus verpflichtet. Somit lassen sich Medienunternehmen nicht aufgrund ihrer rechtlichen Struktur bestimmten Medienlogiken zuordnen.

---

en mehr in der kulturellen als in der politisch-institutionellen Öffentlichkeit verwendet werden. Schließlich werde argumentiert, dass die traditionellen Medien immer noch die dominante Stellung im Mediengefüge einnehmen, ibid.

658 Ibid.

659 Deshalb auch die Klage der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten vor dem BVerfG auf einen höheren Rundfunkbeitrag; zum Eilantrag, s. BVerfG, Beschl. v. 22. 12. 2020 - 1 BvR 2756/20. Vgl. *Esser*, in: Kriesi et al. (Hrsg.), Democracy in the Age of Globalization and Mediatization, 2013, 171; *Hallin/Mancini*, Comparing Media Systems: Three Models of Media and Politics, 2004, 252, 277 meinen, dass öffentlich-rechtliche Medienanstalten zunehmend dem Druck ausgesetzt sind, wirtschaftlich zu sein, womit die Medienlandschaft von einer professionellen Berichterstattung abrückt und sich dem Entertainment zuwendet.

660 Leopoldina, Nationale Akademie der Wissenschaft, Social Media und digitale Wissenschaftskommunikation, 34-35.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bb) Das Konzept der (Selbst-)Medialisierung der Politik

Der Begriff der Medialisierung[661] bezeichnet den Prozess, in dem die Medienlogik als institutionelle Regel in andere Teilsysteme der Gesellschaft eindringt und andere verhaltensanleitende Logiken ergänzt oder sogar ersetzt.[662] Statt auf dem liberalen Gewaltenteilungsparadigma,[663] das auch der funktionalen Auslegung der Kommunikationsgrundrechte zugrunde liegt, und damit auf der Prämisse aufzubauen, dass sich die verschiedenen Teilsysteme der Gesellschaft autonom gegenüberstehen, stützt sich diese These auf das Interdependenzparadigma,[664] das heißt die Sichtweise, dass sich die gesellschaftlichen Teilsysteme aufgrund ihrer wechselseitigen Abhängigkeiten gegenseitig beeinflussen können. Vertreter dieses Ansatzes führen an, dass sich die Organisationen, Strukturen und Verfahren des politischen Systems aufgrund des medialen Einflusses ändern und Politiker ihre Handlungen an den Medien sowie deren Darstellung und Interpretation der Umwelt orientieren.[665]

---

661 Die Begrifflichkeiten sind hier nicht einheitlich. Teilweise wird auch von Mediatisierung oder „mediation" gesprochen. Die Medialisierungsthese wird von zentralen Wissenschaftlern in diesem Bereich vertreten, vgl. *Schulz*, Politische Kommunikation, 2011; *Imhof/Blum/Bonfadelli/Jarren et al* (Hrsg.), Demokratie in der Mediengesellschaft, 2006; *Vowe*, Publizistik, 51 (4), 2006, 437-455; *Kepplinger*, Medieneffekte, 2010; *Donges*, Medialisierung politischer Organisationen, 2008; *Meyer*, Mediokratie, 2001.

662 *Esser*, in: Kriesi et al. (Hrsg.), Democracy in the Age of Globalization and Mediatization, 2013, 160 f.

663 Für das Gewaltenteilungsparadigma, das die Medien als sog. *public watchdog* konstruiert, ist die Autonomie der Medien von der Politik Voraussetzung, *Sarcinelli*, Politische Kommunikation, 2011, 122-123. „Paradigma meint dabei eine spezifische Sichtweise in Verbindung mit einem übergreifenden Grundverständnis auf der Basis theoretischer, empirischer oder auch nur politischer Erkenntnisse und Interessen", ibid., 122.

664 *Saxer*, Publizistik und Politik als interdependente Systems, Media Perspektiven 7/1981, 501, 502; einen Überblick zur Debatte um das Gewalteteilungs-, Interdependenz-, und Instrumentalisierungsparadigma in der Politischen Kommunikation liefert *Sarcinelli*, Politische Kommunikation in Deutschland, 2011, 122 f.; ebenso zu den Beziehungsmodellen zwischen Medien und Politik, *Meyer*, Mediokratie, 2011, 75 ff.

665 *S. Marschall*, in: Marcinkowski/Pfetsch (Hrsg.), Politik in der Mediendemokratie, 2001, 205-223; *Kepplinger*, Journal of Communication 52 (4), 972, 976-977; *Donges*, Medialisierung politischer Organisationen, 2008; *Sarcinelli*, Politische Kommunikation in Deutschland, 2011, 163; *Esser*, in: Kriesi et al. (Hrsg.), Democracy in the Age of Globalization and Mediatization, 2013, 160 mwN.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Vertreter der neo-institutionellen These nehmen vor allem darauf Bezug, dass die Medien die kommunikative Infrastruktur bereitstellen, durch die Politiker mit der Öffentlichkeit interagieren.[666] Aufgrund ihrer Abhängigkeit von anhaltender öffentlicher Unterstützung würden politische Akteure dazu angehalten, politische Ergebnisse medial zu präsentieren, um sie dem Bürger zu vermitteln.[667] Deshalb lasse sich beobachten, wie sich Politiker an der Selektions- und Präsentationslogik der Medien orientieren.[668] Die strategische Nutzung der Medien für eigene Kommunikationszwecke führe zur Selbstmedialisierung des politischen Systems, das heißt einer indirekten selbst induzierten Form der Medialisierung.[669] Punktuell kann dies auch zur Instrumentalisierung der Medien durch die Politik und damit zur Überlagerung der Medienlogik durch die politische Logik führen.[670] Anpassungsstrategien der Politik äußern sich mitunter in der personalisierten Darstellung von Inhalten, einem strategischen News- und Ereignismanagement, das auf Inszenierung ausgerichtet ist, Formen des Politainment[671] und symbolischer Politik, die Formen der Event-Politik, also sog. Scheinereignisse, Imageprojektionen und Scheinhandlungen annimmt.[672] Auf Organisationsebene wurden vor allem die Parteien in den Blick genommen, die sich neu organisieren und ihre finanziellen und personellen Mittel auf den Umgang mit den Medien verlagern.[673] Des Weiteren wird angeführt, dass Parlamente ihre Verfahrensregeln ändern, um sich der massenmedialen Berichterstattung zu öffnen.[674]

---

666 *Esser*, in: Kriesi et al. (Hrsg.), Democracy in the Age of Globalization and Mediatization, 2013, 162 mwN.

667 Ibid.

668 *Schulz*, Politische Kommunikation, 2011, 35-36; *Sarcinelli*, Politische Kommunikation, 2011, 163; *Kepplinger*, Journal of Communication, 52 (4), 2002, 972, 982.

669 *Esser*, in: Kriesi et al. (Hrsg.), Democracy in the Age of Globalization and Mediatization, 2013, 162 f.; *Meyer*, APuZ, B15-16/2002, 7, 8; unter dem Begriff „reflexive Medialisierung" auch, *Marcinkowski/Steiner*, in: Arnold/ Classen/Kinnebrock/ Lersch/Wagner (Hrsg.), Von der Politisierung der Medien zur Medialisierung des Politischen, 2010, 51, 64; *Schulz*, Politische Kommunikation, 2011, 19-41, 33.

670 S. zu den hier vertretenen Ansichten, *Sarcinelli*, Politische Kommunikation, 2011, 123; *Greven*, Die politische Gesellschaft, 1999, 209 ff.

671 *Sarcinelli*, Politische Kommunikation, 2011, 345.

672 *Meyer*, APuZ, B15-16/2002, 7, 12.

673 *Donges*, Medialisierung politischer Organisationen, 2008.

674 *Marschall*, in: Marcinkowski/Pfetsch (Hrsg.), Politik in der Mediendemokratie, 2001, 205 ff., (medieninduzierte Kernzeitdebatte im Plenum); *Kepplinger*, Journal of Communication, 52 (4), 2002, 972, 976-977 (Zunahme öffentlicher Anhörungen, Debatten etc.).



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

cc) Grenzen der Medialisierung der Politik

Kern der Fragestellung der Medialisierung der Politik ist, inwiefern die Autonomie des politischen Systems trotz Einlassung auf die mediale Logik aufrechterhalten werden kann. Es ist weitgehend anerkannt, dass dem Medialisierungsprozess im Kernbereich der Politik („*politics*") Grenzen gesetzt werden.[675] Dies betrifft die Phasen der Programmentwicklung sowie der Politikimplementation und -evaluation, bei denen es nicht um die mediale Vermittlung geht, sondern um die Politikherstellung und -realisierung. Ausschlaggebend für die Abwendung einer Medialisierung dieser Bereiche sei die Institutionalisierung der Verfahren sowie der Ausschluss der Medien aus bestimmten Entscheidungs- und Verfahrensphasen: Beratungen in dem für die parlamentarischen Verfahren zentralen Ältestenrat oder die innerfraktionelle Vorklärung von Kompromisslinien in den Fraktionsarbeitskreisen, die Abstimmung über die politische Marschrichtung in der Fraktionsführung oder über Monate laufende Interessenabstimmungen und Kompromissbildungen in Ausschüssen.[676] Das komplexe Institutionengefüge der Politik werde somit zwar durch Produktionsroutinen, Formatzwänge und Nachrichtenwerte ergänzt, aber nicht ersetzt,[677] das politische System werde nicht vollkommen medialisiert, sondern zeichne sich stets „durch Inseln erhöhter und geringer Medialisierung"[678] aus.

Im Bereich der Entwicklung und der strategischen Ausrichtung der einzelnen Politiken („*policy*") werden die politischen Entscheidungen vermittelt sowie die gesellschaftlichen Interessen und Meinungen für die Erarbeitung neuer politischer Entscheidungen generiert.[679] In diesen Phasen tritt das politische System mit der Umwelt in - zumeist informellen – Kontakt. Die Politik ist diesbezüglich besonders auf die Ermöglichung von Publizität durch die Massenmedien angewiesen. Nur eine Öffentlichkeitsarbeit, welche die öffentliche Meinungsbildung anstößt und zugleich aufnimmt,

675 *Marcinkowski*, in: Rössler/Krotz (Hrsg.), Mythen der Mediengesellschaft, 2005, 341 ff.; vgl. *Sarcinelli*, Politische Kommunikation, 2011, 128-129.
676 *Marcinkowski*, in: Rössler/Krotz (Hrsg.), Mythen der Mediengesellschaft, 2005, 341 ff.; *Esser*, in: Kriesi et al. (Hrsg.), Democracy in the Age of Globalization and Mediatization, 2013, 155, 166.
677 *Marcinkowski*, in: Rössler/Krotz (Hrsg.), Mythen der Mediengesellschaft, 2005, 341, 364; *Sarcinelli*, Politische Kommunikation, 2011, 128-129; *Mazzoleni/Schulz*, Political Communication, 1999, 16 (3), 247-261, 248.
678 *Marcinkowski*, in: Rössler/Krotz (Hrsg.), Mythen der Mediengesellschaft, 2005, 341, 364.
679 Ibid, 341 ff.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kann die Politik im demokratischen Sinne responsiv machen.[680] Deshalb sind die Medien in der Phase der Problemidentifikation und -artikulation aufgrund ihrer Funktion als Kommunikationskanäle sowie ihrer Filter- und Verstärkungsfunktion einflussreich.[681] Die Beurteilung von Themenrelevanz und die Auswahl von Akteuren richten sich in diesem Bereich folglich in hohem Maß nach medienspezifischen Selektions- und Darstellungskriterien sowie Produktionsbedingungen.[682] Bei der Überlagerung der Systeme von Politik und Medien setzt sich die mediale Logik nach mancher Ansicht schließlich durch.[683]

Das wesentliche Problem der Medialisierung der Politik wird in der Phase der Politikvermittlung, genauer in der Entkopplung von Politikherstellung und -vollzug einerseits und Politikvermittlung andererseits gesehen.[684] Hier wird relevant, dass die mediale und die politische Logik nicht immer dasselbe Ziel verfolgen und somit auch gegensätzliche Werte vermitteln. Die Problematik wird anhand einer Gegenüberstellung von Entscheidungs- und Darstellungspolitik verdeutlicht: Während die Struktur der Politik sich durch Ver- und Aushandlung auszeichnet, bewirkt eine von kommerziellen Parametern determinierte Medienlogik eine Darstellungspolitik, die durch Wettbewerb und Konfrontation geprägt ist.[685] Einige Stimmen vertreten die Auffassung, dass die Darstellungspolitik die Entscheidungspolitik bis zur Unkenntlichkeit überlagere.[686] Besonders kritisch sei der mit der Darstellungspolitik einhergehende Anschein einer von Verfahren losgelösten popularisierten Politik.[687] Dieser werde durch eine

680 *Sarcinelli*, Politische Kommunikation, 2011, 2, 255.
681 Ibid, 128-129.
682 *Meyer*, Mediokratie, 2001, 12. So auch *Schulz*, Politische Kommunikation, 2011, 35-36.
683 *Meyer*, Mediokratie, 2001, 7-8. *Martinsen*, in: Marcinkowski/Pfetsch (Hrsg.), Politische Vierteljahresschrift, Sonderheft 42/2009, 37, 38; vgl. *Meyer*, Mediokratie, 2001, 89, 92-95.
684 *Meyer*, Mediokratie, 2001, 89, 153.
685 Ibid.
686 S. *Sarcinelli*, Politische Kommunikation, 2011, 112; „Die Folge ist eine Art medial-politischer Verdrängungswettbewerb, in der sich langfristig die Logik des Darstellbaren mehr und mehr von der Logik des Entscheidungsnotwendigen, die politische Kommunikation vom politischen Handlungsvollzug entkoppelt", ibid, 116; „Problematisch wird das politisch ‚gespaltene' Akteursverhalten erst dann, wenn sich die drei Kompetenzaspekte Sach-, Organisations- und Vermittlungskompetenz entkoppeln und Politik zu einer Art Staatsschauspiel auf drei unterschiedlichen Bühnen wird, auf denen auch noch völlig verschiedene Stücke aufgeführt werden ibid, 131; vgl. *Meyer*, Mediokratie, 2001, 89.
687 *Sarcinelli*, Politische Kommunikation, 2011, 121, 130.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

personalisierte Darstellung[688] und die primär mediendramaturgisch realisierte moralische Diskussion sachlich-inhaltlicher Fragen sowie durch die Vermischung von Öffentlichem und Privatem, von Kollektivem und Individuellem sowie Allgemeinem und Besonderem hervorgerufen.[689] Die Entkopplung werde durch die mediale Zeit – den kurzfristigen „Präsentismus" – herausgefordert. Sie setze die Entscheidungspolitik, die einen verfahrensbedingten Zeitbedarf hat, unter Druck.[690] Der ständige Rechtfertigungsdruck begünstige daher „Politik als Ritual" im Sinne einer alltäglich unter Beweis zu stellenden Handlungs- und Reaktionsfähigkeit.[691] Insgesamt trage dies zur Erosion des Bildes einer institutionalisierten Politik bei.[692] Auf Dauer können das Verharren in einer Darstellungspolitik und die dadurch hervorgerufene unerfüllbare Erwartungshaltung in der Öffentlichkeit die Legitimation der Politik, die sich auf verfahrensbasierte Entscheidungen stützt, unterminieren.[693]

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass eine gegenseitige Abhängigkeit der Systeme eine Interaktion von Politik und Medien verlangt. Diese kann dann gelingen, wenn eine einseitige Instrumentalisierung und der damit einhergehende Autonomieverlust eines Systems verhindert werden. Institutionalisierte Verfahren sind wenig angreifbar für die Unterwanderung durch die Medienlogik. Hier ist es bisher lediglich zu einzelnen Ergänzungen und Anpassungen gekommen. In der Interessensaggregation und der Politikvermittlung haben die Medien jedoch eine starke Position. In einer durch die Medienberichterstattung vermittelten Darstellungspolitik liegt die größte Gefahr für die dauerhafte Legitimation des politischen Systems.

### b) Zur Medialisierung der Justiz

Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, inwiefern eine Medialisierung auch im Bereich der Justiz stattfinden kann. In Anwendung des Konzeptes der (Selbst-)Medialisierung erfolgt zunächst die Untersuchung, ob

688 Die personalisierte Darstellung werde aber erst dann problematisch, wenn Politik auf einen unpolitischen Sympathiewettbewerb im Sinne einer „Starisierung" reduziert wird *Sarcinelli*, Politische Kommunikation, 2011, 130.
689 *Sarcinelli*, Politische Kommunikation, 2011, 121.
690 *Meyer*, Mediokratie, 2001, 160.
691 Ibid, 157.
692 *Sarcinelli*, Politische Kommunikation, 2011, 128.
693 *Meyer*, Mediokratie, 2001, 13. *Sarcinelli*, Politische Kommunikation, 2011, 281-282.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Prozess der Medialisierung im deutschen Rechtssystem zu beobachten ist (aa) und inwiefern einem solchen Prozess durch die Eigenlogiken des Rechtssystems Grenzen gesetzt werden. Schließlich wird der Blick auf die für das Rechtssystem wesentliche Problematik der medieninduzierten verzerrten Außendarstellung gerichtet (bb).

#### aa) Zum Prozess der Medialisierung

Zur Beantwortung der Frage, ob eine Medialisierung der Justiz zu beobachten ist, sollen zunächst die den Prozess fördernden Bedingungen (1.), dann die bisherigen Anzeichen einer Medialisierung (2.) und schließlich die Grenzen der Medialisierung (3.) begutachtet werden.

##### (1) Prozessfördernde Bedingungen

Voraussetzung für den Ansatzpunkt der Medialisierung ist die gegenseitige Abhängigkeit der Systeme, die eine Interaktion verlangt. Eine solche Abhängigkeit kann auch im Verhältnis von Justiz und Medien festgestellt werden. Die Medien sind ihrer Logik entsprechend davon abhängig, aufmerksamkeitsgenerierende Informationen aus dem Bereich der Justiz zu erhalten. Solche Informationen finden sich in vielen Rechtsstreitigkeiten, die das öffentliche Interesse berühren. In der Strafjustiz finden sich dramatische, emotionale und persönliche Geschichten. Im Verfassungsrecht finden sich politische Themen mit weitreichender gesellschaftlicher und oft moralischer Tragweite. Aber auch verwaltungsrechtliche Verfahren erregen häufig ein breites öffentliches Interesse für schwierige Fragen der gesellschaftlichen Verteilungsgerechtigkeit. Wenn auch nicht in gleicher Weise wie die Politik sind auch die Gerichte abhängig von der Publizität ihres Arbeitens. Die Einfallstore sind einerseits der demokratische Auftrag, öffentliches Einverständnis und Vertrauen durch Informationsvermittlung zu generieren, und andererseits das Streben, über die Einlassung auf die Medienöffentlichkeit gesellschaftliche Aufmerksamkeit zu erreichen, damit die Rechtsprechung in den Prozess öffentlicher Meinungsbildung einbezogen wird. Da die Medien die gegenseitige Wahrnehmung der einzelnen Teilsysteme der Gesellschaft bestimmen, ist die Justiz ferner auf eine funktionierende Kooperation mit den Medien angewiesen, um eine sachgerechte Informationsvermittlung sicherzustellen.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(2) Anzeichen der Medialisierung

Die Abhängigkeit zwischen Justiz und Medien hat im Rechtssystem zu Veränderungen geführt, die eine Orientierung der Justiz an der medialen Selektions- und Präsentationslogik und den medialen Inszenierungsformen offenbaren. Sie sind vor allem verfahrensrechtlicher und organisatorischer, aber auch persönlicher Art. Der Grundsatz der Verfahrensöffentlichkeit ist im Wandel von der Saalöffentlichkeit zu einer umfassenden Medienöffentlichkeit begriffen. In Verfahren vor dem BVerfG und nunmehr auch den obersten Bundesgerichten wird gemäß § 169 GVG n. F. die Fernsehöffentlichkeit zugelassen. Gerichtssäle werden auf feste Kameraeinrichtungen eingestellt. Die Ausstrahlung der Verhandlung in einen Nebenraum ist nunmehr gesetzlich festgelegt, um dem öffentlichen Interesse der Medien in besonderen Verfahren gerecht zu werden. Gerichte haben zunehmend Pressebüros installiert und Presserichter oder -sprecher eingestellt, welche die Kommunikation mit den Medien führen. Die höchsten Gerichte haben einen eigenen Internetauftritt und einen Twitter-Account; Richter suchen individuelle Medienpräsenz. Die Vermittlung von gerichtlichen Entscheidungen erfolgt mittlerweile für eine Vielzahl von Gerichtsurteilen durch Pressemitteilungen, die komplizierte rechtliche Zusammenhänge auf laienorientiertere Art und Weise kommunizieren. An den meisten Gerichten werden regelmäßig Presseschauen über Kritik an ergangenen Urteilen vorbereitet. Kurzum, die Medienlogik wirkt verhaltensleitend und damit strukturgebend auf Verfahren, Organisation und Inhalt der Informationsvermittlung des Rechtssystems ein. Wenn die Medialisierung als ein Prozess definiert wird, in dem die Medienlogik als institutionelle Regel in andere gesellschaftliche Teilsysteme eindringt und andere verhaltensanleitende Logiken ergänzt, dann können diese Veränderungen als Teil eines Medialisierungsprozesses eingeordnet werden.

(3) Grenzen der Medialisierung der Justiz

Bei der Analyse der Medialisierung des politischen Systems hat sich gezeigt, dass die Formalität und Institutionalisierung von Prozessen ein effektives Schild gegen die Überlagerung durch die Medienlogik darstellen. Die Bindung der Richterschaft an strikte Verfahrens- und Auslegungsregeln sowie ihre institutionelle Arbeitsweise und Erscheinungsform sollten folglich zu einem großen Teil die Überlagerung und Ersetzung der Justizlogik durch die Medienlogik verhindern. Die Richter sind dadurch wenig



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

anfällig dafür, sich in der Selektion, Interpretation oder Darstellung von juristischen Informationen von der Medienlogik, das heißt von der Frage der Aufmerksamkeitsgenerierung leiten zu lassen. Gerichte lösen Fälle in rechtlich strukturierten Verfahren, die strikten Verfahrens- und Beweisregeln folgen und nicht für mediale Bedürfnisse geändert werden können. Gerichte werden vom Individuum angerufen, agieren also passiv. Themen, die von der Justiz in Verfahren bearbeitet werden, können somit nicht durch die Selektionslogik der Medien bestimmt werden.

bb) Die medialisierte Darstellung der Justiz

Anders ist es auf der Darstellungsebene, die sich auch schon im politischen Bereich als Einfallstor der Medienlogik herausgestellt hat. Im Folgenden wird daher erörtert, ob eine der Medienlogik folgende Darstellung der Justiz für diese kritisch ist. Zunächst wird die Kollision der Medien- und der Justizlogik genauer untersucht (1), um daraus Folgerungen für ein medial beeinflusstes Bild der Richterschaft zu ziehen (2).

(1) Kollision von Medienlogik und Justizlogik

Aufgabe der Medien ist es, den Bürgern staatliche Entscheidungen verständlich zu vermitteln. Zur Reduzierung von Komplexität und aufgrund der an öffentlicher Aufmerksamkeit ausgerichteten Medienlogik tritt beim Vermittlungsprozess ein gewisser Differenzierungsverlust ein. Dieser Effekt wird im Rahmen der kommerziellen Medienlogik durch eine auf Entertainment ausgerichtete pointierte – „sound-bite" – Berichterstattung verstärkt sowie durch eine emotionalisierte und personalisierte Darstellung mit einer Distanzverringerung zwischen dem Subjekt und dem Adressaten der Berichterstattung kombiniert. Online-Medien reduzieren durch ihren partizipativen Charakter die Distanz zwischen Kommunikationsteilnehmern weiter. Ein Differenzierungs- und Distanzverlust in der Darstellung ist mit einer auf Neutralität und Distanz ausgerichteten Justiz schwer in Einklang zu bringen. Problematisch sind dabei insbesondere eine personalisierte (a) sowie popularisierte und politisierte (b) Darstellung der Justiz in der öffentlichen Kommunikation.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(a) Personalisierung

Im Justizsystem bestehen auf Darstellungsebene zwei Grundsätze, denen eine personalisierte Darstellung der Justiz widerspricht: der Grundsatz des institutionellen Auftretens und das Zurücktreten der Richterpersönlichkeit hinter das Richteramt.[694] Für den Bürger tritt die Justiz typischerweise in Form einer institutionellen Einheit in Erscheinung. Urteile werden vom Gericht gefällt und verkündet. Richterernennungen unterliegen keinem öffentlichen Wahlverfahren. Das gesamte gerichtliche Verfahren ist darauf ausgerichtet, die Person des Richters hinter der prozessgeleiteten Entscheidungsfindung zurücktreten zu lassen. Die Beratung in den Spruchkörpern ist geheim, wodurch die individuellen Ansichten der Richter nicht öffentlich werden. Für Äußerungen innerhalb und außerhalb der Amtsausübung gilt das Zurückhaltungs- und Mäßigungsgebot.

Der Grundsatz des institutionellen Auftretens korrespondiert mit der systeminternen Verantwortlichkeit des Spruchkörpers. Nur offensichtliche Fehlinterpretationen des geltenden Rechts machen den Richter persönlich verantwortlich, da sein Handeln dem Staat nicht mehr zurechenbar ist.[695] Auch eine demokratische Verantwortlichkeit oder eine besondere repräsentative Funktion, die eine individuelle Medienpräsenz rechtfertigen würde, haben die einzelnen Richter nicht. Entsprechend orientiert sich auch die Richterernennung primär an Leistungskriterien und nicht an den persönlichen Eigenschaften des Bewerbers. Eine personalisierte Darstellung, die ein vom BVerfG anerkanntes stilistisches Mittel für die demokratische Transparenz und Kontrolle von Personen des politischen und öffentlichen Lebens ist,[696] suggeriert ein falsches Bild individueller Verantwortung. Eine Ausnahme vom institutionellen Auftreten machen nur die höchsten Gerichte, da die Auswahl der Richter unter politischer Beteiligung erfolgt, doch auch hier wird die Persönlichkeit der Richter nicht in den Vordergrund gerückt. Eine öffentliche Anhörung der Richteranwärter findet

694 Zur personalisierten Darstellung als Problem: *Papier*, Das Verfassungsgericht gerät in ein schiefes Licht, Die Welt, 4.5.2013; für das politische System: *Meyer*, Mediokratie, 2001, 48. In den USA ist die Personalisierung der Richter zu einem viel diskutierten Problem geworden, s. *Nußberger* zu diesem Problem im Interview mit *Rath*, Die Entscheidungspraxis sollte nicht politisiert werden, 14.12.2010, lto.org.; für die USA: *Posner*, Chicago-Kent Law Review, 2/88 (2013), 299-305; *Lerner/Lund*, George Washington Law Review, 78 (6), 2010, 1255-1299.

695 Vgl. zur Richteranklage, Art 98 Abs. 2 GG, § 58 BVerfGG.

696 BVerfG, Urt. v. 15.12.1999 - BvR 653/96 - Rn. 101.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nicht statt.[697] Bei der Funktionsausübung steht das Handeln als Kollegialorgan im Vordergrund; das ändert auch die ausnahmsweise Möglichkeit beim BVerfG nicht, ein Sondervotum abzugeben.

Eine Entgrenzung von Person und Amt im Rahmen der personalisierten Darstellung ist ferner deshalb kritisch, weil dadurch in der öffentlichen Wahrnehmung der Justiz der Blick auf die am Verfahren beteiligten Richter, ihre spezifischen Charakteristika und Meinungen verengt wird.[698] Eine solche Darstellung richtet den Fokus auf das subjektive Element der Entscheidungsfindung,[699] was dem in § 39 DRiG zum Ausdruck kommenden Ziel der Justiz, das Vertrauen der Öffentlichkeit in die objektive Entscheidungsfindung zu erhalten, zuwiderläuft.

### (b) Popularisierung und Politisierung

Ein weiterer Grundsatz der äußeren Darstellung ist die Distanz zwischen Gericht und Prozessgeschehen einerseits und der Öffentlichkeit andererseits, die sich in der Exklusivität, das heißt in der Institutionalisierung, der Rationalisierung und der Rollenverteilung des Verfahrens niederschlägt.[700] Damit manifestiert die Justiz die unbeeinflusste Rechts- und Wahrheitsfindung.

Diese Grundsätze entsprechen der weitgehend ausdifferenzierten und autonomen Funktionsweise des Gerichtsverfahrens.[701] Das Gerichtsverfahren stellt zwischen dem Verfahrensgegenstand und den äußeren sozialen und politischen Einflüssen eine Distanz her. Das Verfahren kann nur durch eine rechtsgültige Beschwer angestoßen werden. Drittbeteiligungen sind nur eingeschränkt möglich. Mit der Fokussierung auf bestimmte Tatsachen- und Rechtsfragen, das heißt der Individualisierung des Verfahrens und der damit zusammenhängenden Abstandnahme von gesellschaftspolitischen Interessen- und Moraldebatten wird zudem eine Distanz zwischen

697 *Preuß*, Zeitschrift für Rechtspolitik, 21(10), 1988, 389, 390.

698 Zur personalisierten Darstellung siehe exemplarisch die Analyse der Berichterstattung zum NSU Prozess, *Hansen*, Journalistische Charakterisierung der Akteure im ‚NSU'-Prozess, Online-Veröffentlichung der Otto Brenner Stiftung Frankfurt, April 2015, 46-51 (Konzentration auf den Vorsitzenden; intensive Verhaltensbeschreibung und -bewertung).

699 S. *Schulze-Fielitz*, 122 AöR 1997, 1, 29; vgl. *Commaille*, Droit et Société, 1/26, 1994, 11-18.

700 Vgl. *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1969, 59 ff.

701 Ibid.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dem Verfahrensgegenstand und der politischen Öffentlichkeit hergestellt.[702] Ferner bewahrt die Justiz sichtbar ihre Ordnungs- und Deutungshoheit, indem sie durch das institutionalisierte Verfahren einen geschützten Raum bereitstellt und der Öffentlichkeit nur eine Zuschauerrolle zuteilwerden lässt. Im Gerichtssaal hat der Richter die Verfahrenshoheit. Die Öffentlichkeit darf das Verfahren beobachten, sie ist jedoch nicht an ihm beteiligt.[703] Mit der fairen Verfahrensführung, die die Waffengleichheit der Parteien sowie die Rechte des Angeklagten wahrt, verdeutlicht die Justiz, dass sie frei von individuellen oder politischen Interessen agiert.

Mit Blick auf die Medienöffentlichkeit wird teilweise ein Distanzverlust zwischen Gericht und Prozessgeschehen einerseits und der Öffentlichkeit andererseits befürchtet. Besonders kritisch ist die Fernsehöffentlichkeit des Verfahrens betrachtet worden, da das Fernsehen den Gerichtsprozess scheinbar in die Medienöffentlichkeit verlagern könne.[704] Gleiches dürfte für Online-Medien gelten, die wie das Fernsehen Ton und Bewegtbilder verwenden. Die Nutzung von Bewegtbildern und Ton mache das Verfahrensgeschehen nämlich unmittelbar erfahrbar[705] und verstärke das öffentliche Interesse und die Anteilnahme.[706] Würden gerichtliche Fragestellungen in medialen Diskussionen in den politisch-moralischen Diskurs reintegriert,[707] erhielten die Massenmedien „Deutungshoheit“,[708] die Bürger

---

702 Ibid.

703 *Vismann* bezeichnete dies in ihrer kulturwissenschaftlichen Analyse als vorherrschend theatralischen Aufbau, der klar zwischen Innen und Außen trenne, um dem Zuschauer die Rolle des Beobachters und nicht des Teilnehmers zuzuordnen, ibid, Medien der Rechtsprechung, 2011, 134. Die passive Beobachtungshaltung unterstrich auch *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1969, 121 ff.

704 Zur Inkompatibilität von Verfahrenslogik und medialer Logik am Beispiel der Fernsehöffentlichkeit, BVerfG und der EGMR haben eine gewisse Inkompatibilität angedeutet, BVerfG, Urt. v. 24.01.01, BVerfGE 103, 44 (66); *P4 Radio Hele Norge ASA v. Norway*, Urt. v. 6.5.2005, Nr. 76682/01.S. a. *Garapon*, Droit et société, 1/26, 1994, 73-89. In ihrer kulturwissenschaftlichen Analyse vertritt *Vismann*, dass das Fernsehen die Außen-Innen-Symbolik auflöst: *Vismann*, Medien der Rechtsprechung, 2011, 134.

705 *Boehme-Neßler*, BilderRecht, 2010, 109 ff.

706 Vgl. *Boehme-Neßler*, BilderRecht, 2010, 109 ff.; id., in: Rademacher/Schmitt-Geiger (Hrsg.), Litigation PR, 2012, 75-92, 83; *Vismann*, Medien der Rechtsprechung, 2011, 374-375.

707 S. *Streeck*, in: Boehme-Neßler (Hrsg.):.), Die Öffentlichkeit als Richter?, 2010, 129 ff., v.a. 135 f.

708 *Esser*, in: Kriesi et al. (Hrsg.), Democracy in the Age of Globalization and Mediatization, 2013, 159.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Mitsprache[709] – vor allem mittels interaktiver Online-Medien – und starke Partikularinteressen die Oberhand.[710] Die Fähigkeit von Fernsehen und Online-Medien, Erlebnis und Diskussion in einem öffentlichen Kommunikationsraum zu vereinen, vermögen daher in der Medienöffentlichkeit ein Bild zu suggerieren, das mit dem tatsächlichen Gerichtsverfahren nicht mehr übereinstimmen würde.

(2) Auswirkungen der Kollision von Medienlogik und Justizlogik auf das Rechtssystem

Die Kollision von Medien- und Justizlogik erzeugt ein strukturelles Problem für die Interaktion von Richtern und Medien. Sie führt nämlich nicht nur im Einzelfall, sondern systematisch zu einem der Justizlogik widersprechenden Erscheinungsbild von Richtern, Gerichten und Gerichtsverfahren. Der suggerierte Distanz- und Differenzierungsverlust von Person und Richteramt sowie von Verfahren und öffentlicher Teilhabe könne das öffentliche Vertrauen in eine faire, unabhängige und unparteiliche Justiz beeinträchtigen. Richter können infolge der medial vermittelten Beobachtung des Systems selbst zu einer verstärkten Mediennutzung bewegt, das heißt selbst medialisiert werden.[711]

cc) Zwischenfazit

Die vorangegangenen Ausführungen haben gezeigt, dass die Problematik einer Medialisierung nicht nur für den politischen, sondern auch für den juristischen Bereich besteht. Beruhigend ist die Feststellung, dass der juristische Bereich, konkret das Gerichtsverfahren, aufgrund seiner starken Ausdifferenzierung – durch Institutionalisierung und Prozeduralisierung sowie einer strikten Rollenverteilung der Verfahrensbeteiligten und der Öffentlichkeit – und der darauf gestützten Autonomie[712] von sozialem Druck entlastet und zu einer eigenständigen Informationsverarbeitung im

709 S. hierzu *Garapon*, Droit et société, No.26, 1994, 73.
710 *Vismann*, Medien der Rechtsprechung, 2011, 372, eingebettet in eine „Duell-Logik."
711 Vgl. fürs politische System, Fn. 669.
712 Zur Ausdifferenzierung des Rechtssystems als Grundlage der Autonomie des Systems, s. *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1969, 59 f.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gerichtsverfahren befähigt ist.[713] Es ist damit vor einer Medialisierung besser geschützt als der politische Bereich. Nur auf der weniger ausdifferenzierten Darstellungsebene ergibt sich ein nicht unerhebliches Risiko, dass die individuelle und institutionelle Medienpräsenz einen Differenzierungsverlust suggeriert, der die Autonomie des Gerichtsverfahrens in Zweifel zieht. In diesem Zusammenhang ist vor allem der Richter zu nennen, der auch im Außenauftritt die Aufgabe hat, Zweifel an seiner Unabhängigkeit zu vermeiden, um die Ausdifferenziertheit und Autonomie des Rechtssystems überzeugend zu vermitteln.[714]

#### c) Fazit

Die Analyse schärft den Blick für diejenigen Bereiche des Justizsystems, die gegenüber dem Einfluss der Medienlogik exponiert sind. Dem Einfluss der Medienlogik am meisten ausgesetzt ist die individuelle Richteröffentlichkeit. Hier kann nicht nur eine personalisierte Berichterstattung ansetzen; Richter sind vielmehr auch dafür anfällig, sich selbst in ihrer individuellen Medienpräsenz an den Parametern der Medien auszurichten. Zudem drohen laufende Verfahren in die Medienöffentlichkeit verlagert zu werden. Eine Kombination aus audiovisueller, interaktiver und meinungsstarker (Presse-)Berichterstattung birgt das Risiko in sich, bei den Menschen ein Bild hervorzurufen, das der Funktionsweise der Justiz tatsächlich nicht entspricht. Das hiervon betroffene Rechtsgut ist weniger die tatsächliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Richter als *das öffentliche Vertrauen* in eine unabhängige und unparteiliche Rechtsfindung.

### 3. Mediale Einflussnahme als Beeinträchtigung der sachlichen Unabhängigkeit

#### a) Ansichten zum Konzept einer medialen Unabhängigkeit

Bezüglich der Frage, ob der Gewährleistungsbereich der Unabhängigkeitsgarantie von der Medienöffentlichkeit betroffen ist, gibt es im Wesentlichen drei Ansichten. Zunehmend behandeln Rechtswissenschaftler Mediendruck als unzulässigen Einfluss auf die Rechtsfindung, der die verfas-

713 Zur Autonomie als Grundlage eines rechtsstaatlichen Verfahrens, ibid., 69 f.
714 Vgl. ibid, 64-65.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sungsrechtlich garantierte sachliche Unabhängigkeit beeinträchtigt.[715] Daraus folgern sie das Bedürfnis nach gesetzlichen Regelungen zur Absicherung der Unabhängigkeit des Richters. Die zwei Gegenansichten lehnen es ab, den Gewährleistungsbereich der sachlichen Unabhängigkeit auf Einwirkungsversuche der Medien zu erstrecken. Sie verorten die Problematik in der inneren Unabhängigkeit des Richters. Dies ist insofern unerheblich, als die meisten von ihnen, darunter *Stern*,[716] *Dütz*,[717] *Schilken*[718] und *Hillgruber*[719] die innere Unabhängigkeit trotzdem durch Gesetze geschützt sehen wollen. Während *Stern* und *Dütz* diesen gesetzgeberischen Auftrag aus Art. 97 Abs. 1 GG ableiten,[720] klassifizieren *Schilken* und *Hillgruber* den Auftrag als einfachen Gesetzesauftrag, der sich aus der Gesamtschau der die Unabhängigkeit des Richters normierenden Gesetzesvorschriften folgern lasse.[721] Nur *Papier* unterscheidet sich grundlegend, da er es ausschließlich als Aufgabe des Richters sieht, medialen Ingerenzen keine Wirkung in der gerichtlichen Entscheidung zukommen zu lassen.[722] Die innere Unabhängigkeit des Richters könnte weder Verfassung noch Gesetz garantieren. Zwar vermochten Richter und Spruchkörper unzulässige Einwirkungen der Medien zurückzuweisen, diese Befugnis stütze sich aber ebenfalls auf die Verpflichtung des Richters, innerlich unabhängig zu ent-

715 Vgl. *Classen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 33; *Schulze-Fielitz,* in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 45-47; *Detterbeck*, in: Sachs (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 17-19; *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 46. Ed. 2021, Rn. 13; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der Dritten Gewalt, 2006, 158-159.

716 *Stern*, Staatsrecht I, 2. Aufl. 1984, § 20, „vorzugsweise", S. 910.

717 *Dütz*, JuS 1985, 745, 749. Hierauf bezugnehmend und dem wohl beipflichtend, *Quart*, Umfang und Grenzen politischer Betätigungsfreiheit des Richters, 1990, 44.

718 *Schilken*, JZ 2006, 860, 862.

719 *Hillgruber,* in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, 92. EL 2020, Art. 97 Rn. 93. Scheinbar an der inneren Unabhängigkeit anknüpfend. Er hebt aber hervor, dass die Begrenzung der Öffentlichkeit gerichtlicher Verfahrenshandlungen zum Schutze der Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege und der ungestörten Wahrheits- und Rechtsfindung aus Art. 97 GG fließe. Außerdem müsse der Dienstherr in Wahrnehmung seiner Fürsorgepflicht Medienkampagnen öffentlich entgegnen, auch dies, *Hillgruber* zufolge, zum Schutze der Unabhängigkeit des Richters.

720 *Dütz*, JuS 1985, 745, 749; *Stern*, Staatsrecht I, 2. Aufl. 1984, § 20, „vorzugsweise", S. 910; vgl. a. *Stürner*, JZ 1980, 1, 6 f.

721 *Schilken*, JZ 2006, 860, 862; *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, 92. EL 2020, Art. 97 Rn. 93.

722 *Papier,* NJW 2001, 1089, 1091; auch für die weiteren Ausführungen.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

scheiden. Individuelle Rechtsbehelfe gegen medialen Druck gebe es für den Richter nicht. Gesetzlichen Vorschriften, die gegen derartige Versuche der Einflussnahme gerichtet seien, stehe das Recht der Medien entgegen, die Rechtsprechung kritisch zu besprechen.

*Schilken* hat für die Ablehnung, die mediale Einflussnahme auf die Rechtsfindung als Beeinträchtigung der sachlichen Unabhängigkeit zu qualifizieren, das historische und das systematische Argument bemüht.[723] Die Exegese von Art. 97 GG erlaube keine andere Auslegung, als dass die richterliche Unabhängigkeit Ausfluss des Gewaltenteilungsgrundsatzes sei. Auch aus dem systematischen Zusammenhang mit Art. 20 Abs. 2 und 3 GG sei zu folgern, dass die Verfassung die Rechtsfindung mit der Unabhängigkeitsgarantie nicht vor gesellschaftlicher Einflussnahme schützen wollte. Jedenfalls hätte es dann wegen der programmierten Kollision mit Art. 2 und Art. 5 GG einer verfassungsrechtlichen Kollisionsregel bedurft. Eine der Grundrechtsdogmatik entsprechende Drittwirkung sei abzulehnen, da die Unabhängigkeitsgarantie kein Grundrecht sei.

Eine eindeutige verfassungsgerichtliche Positionierung gibt es bislang nicht. In seiner *ntv*-Entscheidung hat das BVerfG die richterliche Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit nicht explizit erwähnt. Stattdessen hat es aber die unbeeinflusste Rechts- und Wahrheitsfindung als ein der Medienöffentlichkeit potentiell entgegenstehendes Rechtsgut aufgezählt,[724] womit es impliziert, dass es Mediendruck als potentielle Gefahrenquelle für die unparteiische und unabhängige Rechtsfindung begreift.

### b) Bewertung

#### aa) Zur dogmatischen Einordnung

Es sprechen überzeugende Gründe dafür, dass Art. 97 Abs. 1 GG die sachwidrige Einflussnahme von Medien auf die Rechtsfindung erfasst. Der Wortlaut von Art. 97 Abs. 1 GG lässt nicht erkennen, dass die Unabhängigkeitsgarantie die Rechtsfindung nur vor der Einflussnahme der anderen Gewalten bewahren soll. Er bezieht die verfassungsmäßig gebotene Unabhängigkeit auf den Richter. Die anderen Gewalten finden in ihm keine Erwähnung. Der Zusatz in Art. 97 Abs. 1 GG, dass der Richter nur dem Gesetz unterworfen ist, unterstreicht ferner, dass das Grundgesetz nicht bloß

723 *Schilken*, JZ 2006, 860, 862; auch für die weiteren Ausführungen.
724 BVerfG, Urt. v. 24.01.01, BVerfGE 103, 44 (64).



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auf die organisatorisch-institutionelle Unabhängigkeit von den anderen Gewalten abstellt, sondern einen funktionalen, an der Rechtsfindung orientierten Ansatz wählt, der alle Formen der sachwidrigen Einflussnahme erfasst. Art. 20 Abs. 2 GG kodifiziert zwar den Grundsatz der Gewaltenteilung, er steht allerdings nicht in engem systematischem Zusammenhang mit Art. 97 Abs. 1 GG. Während Art. 20 Abs. 2 GG zum allgemeinen Abschnitt des Grundgesetzes „Bund und die Länder" gehört, gehört Art. 97 Abs. 1 GG zu dem spezifisch der „Rechtsprechung" gewidmeten Abschnitt. Damit kann das Verhältnis zu den anderen Gewalten nicht der alleinige Maßstab für die sachliche Unabhängigkeit sein. In der verfassungsgerichtlichen Auslegung bezeichnet der Begriff der sachlichen Unabhängigkeit neben der Freiheit von Weisungen,[725] die nur von weisungsbefähigten Hoheitsträgern erteilt werden können,[726] jede vermeidbare Einflussnahme, die geeignet ist, einen Richter in seiner Unabhängigkeit zu beeinträchtigen.[727] „Vermeidbar" ist dabei jede Beeinflussung, die nicht erforderlich ist, um die Funktionsfähigkeit der Gerichte zu erhalten[728] - eine Begrifflichkeit, die offen dafür ist, auch tatsächliche soziale Einflüsse zu erfassen.[729]

Für die Anerkennung der Unabhängigkeit von gesellschaftlichen Kräften einschließlich der Medien spricht zudem das systematische Argument, dass Art. 97 Abs. 1 GG die innere Unabhängigkeit des Richters verbürgt, die eine sachwidrige Beeinflussung der Rechtsfindung durch äußere gesellschaftliche Einflüsse vermeiden soll. Laut BVerfG setze das Grundgesetz voraus, dass der Richter seine Amtstätigkeit mit innerer Unabhängigkeit, Neutralität und Distanz erfüllt.[730] Er solle „sein Fachwissen frei von sachfremden Einflüssen in den Entscheidungsgang [einbringen]"[731] und fähig sein, „die Berechtigung anderer Standpunkte anzuerkennen"[732] und die „Gleichstellung der Parteien vor Gericht"[733] sicherzustellen. Das BVerwG, dessen Urteil das BVerfG mit seinen Ausführungen bestätigt hatte, konkre-

725 BVerfG, Urt. v. 17. 12. 1953, BVerfGE 34, 213 (224), NJW 1954, 30, 31.
726 Weisungsfreiheit sei die Abwesenheit von Dienstbefehlen oder die Einwirkung eines Amtsträgers auf die Rechtsfindung, *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, 92. EL 2020, Art. 97 Rn. 21.
727 BVerfG, Urt. v. 04.06.1969, BVerfGE 26, 79 (93-96).
728 Ibid.
729 S. a. *Kissel/Mayer*, GVG Kommentar, 10. Aufl. 2021, § 1 Rn. 40.
730 BVerfG, Urt. v. 06.06.1988, NJW 1989, 93.
731 Ibid.
732 Ibid.
733 Ibid.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

tisierte die innere Unabhängigkeit dahingehend, dass sie eine innere Haltung beschreibt, die den Richter dazu befähigt, seine Spruchtätigkeit „frei von Bindungen an Staat und Gesellschaft, Wertvorstellungen und Ideologien und in ausgewogener Art und Weise“[734] auszuüben. Das ist in der Literatur dahingehend interpretiert worden, dass der Richter „sozialadäquaten Einflüssen“[735] mit einer „geistigen, ethischen, willentlichen … Anstrengung“[736] standhalten muss.[737] Die Verpflichtung zur inneren Unabhängigkeit impliziert, dass der Richter gesellschaftlichen Einflüssen ausgesetzt ist, die diese Unabhängigkeit beeinträchtigen können. Die aus der verfassungsrechtlichen Garantie eines Beamten- und unabhängigen Richtertums abgeleitete richterliche Zurückhaltungspflicht, die der erkennbaren Bewahrung der inneren Unabhängigkeit des Richters dient, bezeichnet *Schulze-Fielitz* daher als Kehrseite des Schutzes von Art. 97 Abs. 1 GG vor gesellschaftlichen Pressionen.[738] Insofern dürfte es nicht allein dem Richter überantwortet sein, derartige Einflussversuche – erkennbar – abzuwehren, sondern es dürfte auch im Gewährleistungsbereich der sachlichen Unabhängigkeit liegen, den Richter vor derartigen Einflüssen zu schützen. Ferner ist in der Literatur weithin anerkannt, dass sich die Unabhängigkeitsgarantie auch gegen Druck seitens der Parteien richtet.[739] Eine Verankerung der richterlichen Unabhängigkeit im auf die Staatsgewalten bezogenen Gewaltenteilungsprinzip wäre infolge dieses Vergleichs eine unzulässige Verengung der Garantie. Die richterliche Unabhängigkeit ist daher richtigerweise als Teil des Rechtsstaatsprinzips anzusehen,[740] das die

734 BVerwG, Urt. v. 29.10.1987, BVerwGE 78, 216, NJW 1988, 1748, 1749. Zur Gesellschaft zählt das Gericht Institutionen und Kräfte wie Verbände, die Presse, Parteien und Kirchen.

735 So bezeichnet es *Kissel/Mayer*, GVG Kommentar, 10. Aufl. 2021, § 1 Rn. 157.

736 Ibid.

737 Für weitere Ausführungen zum Konzept der inneren Unabhängigkeit, s. *Schütz*, Der ökonomisierte Richter, 2005, 245 ff.; *Yang*, Rechtstheoretische Grundlagen und gesellschaftliche Bedingungen der richterlichen Unabhängigkeit, 2013, 106 f.; *Simon*, Die Unabhängigkeit des Richters, 1975, 11 f.

738 *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 47.

739 *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, 92. EL 2020, Art. 97 Rn. 93; *v. Coelln*, in: Gröpl/Windthorst/id. (Hrsg.), Studienkommentar, 4. Aufl. 2020, Art. 97 Rn. 15; *Detterbeck*, in: Sachs (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 17.

740 Ausdrücklich, BVerfG, Beschl. v. 22.03.2018 - 2 BvR 780/16 - Rn. 53, nur so sei die Gewährung effektiven Rechtsschutzes möglich; vgl. *Simon*, Die Unabhängigkeit des Richters, 1975, 9; *Kissel/Mayer*, GVG Kommentar, 10. Aufl. 2021, § 1



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Rechtsfindung vor allen gesetzesfremden rechtlich relevanten Einflüssen bewahren möchte.

Auch der Schutzzweck der Unabhängigkeitsgarantie spricht für ihre soziale Dimension. Die Unabhängigkeitsgarantie soll nämlich die Gesetzesbindung des Richters sicherstellen. Nur so kann eine demokratisch und zugleich rechtsstaatlich agierende Staatsgewalt gewährleistet werden.[741] Nach der Konzeption des BVerfG unterstützen die Medien diese Unabhängigkeit zwar im Rahmen der öffentlichen Kontrolle der Rechtsprechung, die Autonomie und Distanz zwischen Medien und Staatsgewalten voraussetzt.[742] Die kommunikationswissenschaftliche (Inter-)Dependenzthese macht aber deutlich, dass diese Autonomie nicht ein für allemal feststeht, sondern dass die Medien die Staatsgewalten auch steuern bzw. beeinflussen können.[743] Die Medien sind in der sozial- und politikwissenschaftlichen Literatur als „Vierte Gewalt"[744] bezeichnet worden. Hierin drückt sich nicht nur eine Funktionszuordnung, sondern auch eine gesellschaftliche Einflusssphäre aus, die eine derartige Bedeutung erlangt hat, dass sie sogar Einfluss auf die Staatsorgane zu nehmen vermag. Dabei ist nicht abschließend geklärt, in welchem Umfang diese Einflussnahme auch bei der Dritten Gewalt wirksam werden kann. Die zuvor erwähnten Studien[745] haben bestätigt, dass Medien Einfluss nehmen, wenn Richtern ein Ermessen zusteht. Wenn auch nicht alle Richter eine Einflussnahme einräumen wollten, entsteht durch Medienberichterstattung doch ein hoher – oft auch unbewusst wirkender – sozialer und psychologischer Anpassungsdruck.[746] Dem Telos von Art. 97 Abs. 1 GG entsprechend richtet sich die soziale Dimension der Unabhängigkeitsgarantie nicht – im Sinne einer abwehrrechtlichen Lesart – gegen alle gesellschaftlichen Einflüsse, sondern – im Sinne einer funktionsbezogenen Garantie – nur gegen solche, die den

---

Rn. 1; a. A. *Sendler*, NJW 2001, 1909 ff.; *Wassermann*, in: id. (Hrsg.), AK-GG Kommentar, 2. Aufl. 1989, Art. 97 Rn. 85; unklar *Papier*, NJW 2001, 1089, 1091; *Meyer*, in v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 97 Rn. 1.

741 So auch *Sodan*, in: HStR V 2007, § 113 Rn. 27; *Schaffer*, Bayerische Verwaltungsblätter 1991, 641, 646.

742 *Sarcinelli*, Politische Kommunikation in Deutschland, 2011, 122-123.

743 Zu den verschiedenen Modellen, s. *Sarcinelli*, Politische Kommunikation in Deutschland, 2011, 122 f.; *Meyer*, Mediokratie, 2011, 75 ff.

744 *Sarcinelli*, Politische Kommunikation, 2011, 122-123; *Bamberger*, in: Demel et al (Hrsg.), Funktionen und Kontrolle der Gewalten, 2001, 307, 317; *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, 455.

745 S. Kap. 2, B. I.

746 S. Kap. 1, B. II. 1.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Richter in seiner Rechtsfindung beeinflussen und damit seiner Gesetzesbindung zuwiderlaufen.

Dass die Verfassung keine Vorgaben für die Lösung einer potentiellen Kollision zwischen Art. 5 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG und Art. 97 Abs. 1 GG macht, ist kein systematisches Gegenargument zur Anerkennung einer Unabhängigkeitsgarantie, die die Rechtsfindung auch vor sozialem einschließlich medialem Druck bewahren soll.[747] Zunächst ist festzustellen, dass eine Abwägung mit der Unabhängigkeitsgarantie nicht erforderlich sein muss, wie in Abschnitt C dargestellt. Abgesehen davon ist eine Kollisionsnorm für eine Rechtsgüterabwägung nicht notwendig. Die Pressefreiheit ist ein von Verfassungs wegen qualifiziertes Grundrecht, das Kollisionen voraussetzt und abstrakt regelt. Das ist bei der richterlichen Unabhängigkeit zwar nicht der Fall. Auch unter den Grundrechten gibt es allerdings solche, die absolut formuliert sind. Trotzdem unterliegen sie, wie beispielsweise die Religionsfreiheit, in Kollisionsfällen anerkanntermaßen der Rechtsgüterabwägung. Auch andere verfassungsrechtliche Gewährleistungen, die dem staatsrechtlichen und nicht dem grundrechtlichen Bereich zurechenbar sind, unterliegen der Abwägung mit Grundrechten bzw. mit Rechten von Intermediären wie der Presse, ohne dass eine Kollisionsnorm in der Verfassung vorgesehen wäre, so beispielsweise Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG[748] und Art. 21 Abs. 1 GG.[749]

Im Ergebnis sprechen also die besseren Gründe dafür, dass die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit prinzipiell auch gegen gesellschaftliche über sozialen Druck wirkende Einflussnahme und damit ebenfalls gegen mediale Beeinflussung gerichtet ist. Diese Ansicht kann sich auch auf den Beschluss des BVerfG zur Frage stützen, ob das Richteramt auf Zeit mit Art. 97 Abs. 1 GG vereinbar ist. Diesbezüglich verwies das BVerfG ausdrücklich darauf, dass einige Stimmen Art. 97 Abs. 1 GG auch auf den Schutz vor privater und gesellschaftlicher Einflussnahme erstrecken.[750] Zwar unterscheidet sich die Formulierung von den anderen dieses Absatzes, in denen das BVerfG ausdrücklich feststellt, auf welche Einflüsse sich die Unabhängigkeitsgarantie bezieht, doch deutet der Verweis eine Offen-

747 So aber *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, 92. EL 2020, Art. 97 Rn. 93.

748 Das freie Mandat ist als staatsrechtliche Norm wie die richterliche Unabhängigkeit eine Norm, die einen amts-, nicht grundrechtlich verbürgten Rechts- und Pflichtenstatus beinhaltet, *Klein*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 92. EL 2020, Art. 38 Rn. 193.

749 S. BVerfG, Beschl. v. 09.03.1976, BVerfGE 41, 399 (416), NJW 1976, 1193, 1194.

750 BVerfG, Beschl. v. 22.03.2018 - 2 BvR 780/16 - Rn. 56.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

heit des Gerichts an, diese Ansicht zu teilen, weil es sich nicht davon abgrenzt.

Auch die EGMR-Rechtsprechung steht diesem Ergebnis nicht entgegen. Der EGMR hat die richterliche Unabhängigkeit zwar bislang nicht ausdrücklich auf den Einfluss wirkungsmächtiger gesellschaftlicher Gruppen wie Medien bezogen. Trotzdem verschließt sich seine Rechtsprechung nicht davor, den Gewährleistungsbereich der Unabhängigkeitsgarantie prinzipiell auf Formen gesellschaflicher Einflussnahme zu erstrecken. Laut Gerichtshof liegt dem Prinzip der Unabhängigkeit kein theoretisches Konzept der Gewaltentrennung zugrunde.[751] Mit der Anerkennung der justizinternen Unabhängigkeit[752] und der Unabhängigkeit gegenüber den Parteien[753] hat der Gerichtshof das Prinzip richterlicher Unabhängigkeit vom Prinzip der Gewaltenteilung gelöst und auf die normative Basis des Rechtsstaatsprinzips gestellt.[754] Entsprechend zählt auch tatsächlicher Druck für den EGMR zu den unzulässigen Einflüssen.[755] Ferner hat der Gerichtshof die mediale Beeinflussung der Entscheidungsfindung als zulässige Beschwer im Hinblick auf die in Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK verbürgte unparteiliche Rechtsfindung anerkannt.[756] Da er annimmt, dass die richterliche Unparteilichkeit auf der richterlichen Unabhängigkeit aufbaut,[757] dürfte er bei der Prüfung der Unparteilichkeit des Richters angesichts virulenter Pressekampagnen ein Prinzip der Unabhängigkeit von medialer Beeinflussung sogar implizit voraussetzen.

751 Case-law guide Art. 6 (civil limb), § 131; EGMR [GK], *Kleyn and others gg. Die Niederlande*, Urt. v. 06.05.2003, Nr. 39343/98 u.a., § 193; *Sacilor Lormines gg. Frankreich*, Urt. v. 09.11.2006, Nr. 65411/01, § 59, 71; *Oleksandr Volkov gg. Ukraine*, Urt. v. 09.01.2013, Nr. 21722/11, § 103.

752 EGMR, *Daktaras gg. Litauen*, Urt. v. 10.10.2000, Nr.42095/98; *Moiseyev gg. Russland*, Urt. v. 09.10.2008, Nr. 62936/00.

753 EGMR, *Piersack gg. Belgien*, Urt. v. 01.10.1982, Nr. 8692/79, § 27; *Kadubec gg. Slowakei*, Urt. v. 02.09.1998, Nr. 27061/95, § 56; EGMR, *Ninn-Hansen gg. Dänemark*, Beschl. v. 18.5.99, Nr. 28972/95.

754 So auch CM/Rec(2010)12, §§ 22-25.

755 S. z. B. EGMR, *Zolotas gg. Griechenland*, Urt. v. 02.06.2005, Nr. 38240/02, § 24; *Flux gg. Moldawien* (No. 2), Urt. v. 03.07.2007, Nr. 31001/03, § 27.

756 S. Kap. 3, D. III. 1.

757 EGMR [GK], *Kleyn gg. Die Niederlande*, Urt. v. 06.05.2003, Nr. 39343/98, 39651/98, 43147/98 und 46664/99, § 192; EGMR, *Findlay gg. VK*, Urt. v. 25.02.1997, Nr. 22107/93, § 73.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bb) Folgebetrachtungen

Gegen die Anerkennung der sachlichen Unabhängigkeit von medialen Einflüssen werden im Kern noch zwei Folgebetrachtungen angeführt, welche die Diskussion in Deutschland weitgehend bestimmen: die Gefährdung der Funktionsfähigkeit des Gerichtsverfahrens und die dadurch erforderlich werdende Regulierung der Pressefreiheit.[758] Doch auch diese Argumente sind zu entkräften. Zusammengefasst soll auf diese Folgebetrachtungen Folgendes geantwortet werden: Hinsichtlich der Gefährdung der Funktionsfähigkeit des Gerichtsverfahrens geht es im Kern um die Frage, ob es den Medien durch die „objektive" Unparteilichkeit, das heißt das Abstellen auf die Intensität des medialen Drucks in die Hände gelegt werden sollte, die Zusammensetzung des Gerichts zu bestimmen. Die deutsche Rechtsordnung beantwortet dies ablehnend und bewertet mediale Einflüsse daher anhand der „subjektiven" Unparteilichkeit, das heißt anhand des richterlichen Verhaltens. Dieser Ansatz führt allerdings zum Widerspruch mit der Annahme, dass sozialer Druck als äußerer Einfluss anerkannt ist, den es zum Schutz der unabhängigen Rechtsfindung zu vermeiden gilt. Angesichts dessen wird im Folgenden dafür plädiert, die objektive Unparteilichkeit der sachlichen Unabhängigkeit entsprechend auf mediale Einflüsse zu erstrecken. Statt allein auf die Medienwirkung ist für die Analyse der Unparteilichkeit primär auf die Vorschriften der Rechtsordnung abzustellen, die der Bewahrung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Richters vor medialem Druck dienen. Sie dienen damit als Rechtsscheinträger für das Vertrauen in die Unparteilichkeit des Richters. Die so interpretierte objektive Unparteilichkeit macht systematische Einflüsse auf die Richter justiziabel. Dies ist wichtig, da die bisweilen geltende, unwiderlegliche Vermutung der objektiven Unparteilichkeit auf der Prämisse beruht, dass der Richter sich aufgrund seiner Ausbildung und der Einbindung in ein rechtsstaatliches Verfahren nicht von den Medien beeinflussen lässt. Eine Prämisse, die nicht überprüfbar, rechtsstaatlich allerdings fragwürdig ist. Eine dem angelsächsischen Vorbild entsprechende Regulierung der Presse schwingt in dieser Lösung nicht automatisch mit. Nachfolgend soll dieser Argumentationsstrang ausführlicher entfaltet werden.

In der deutschen Rechtsordnung ist ein anerkannter Grundsatz, dass die Prozessbeteiligten es nicht beliebig in der Hand haben sollen, die Besorg-

758 S. *Papier*, NJW 2001, 1089, 1901.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nis der Befangenheit zu begründen.[759] Es kommt schon wegen des Rechts auf einen gesetzlichen Richter gemäß Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nicht in Betracht, dass der an sich zuständige Richter ohne zureichende objektivierbare Umstände von der Entscheidung ausgeschlossen wird.[760] Deshalb führen Handlungen Dritter sowie ein bestimmtes gesellschaftliches Klima grundsätzlich nicht zu einer – auch für das Recht auf den gesetzlichen Richter maßgeblichen[761] – Befangenheit des Richters.[762] In Bezug auf gesellschaftliche Einflüsse bedarf es für alle Befangenheitstatbestände neben denjenigen, die auf eine Beziehung zu den Parteien abheben, einer Handlung des Richters. Diese Grundsätze sind auf die Medienberichterstattung übertragen worden, weshalb auch eine besonders intensive Medienberichterstattung oder eine Vorverurteilung durch die Medien als solche nicht als geeignet erachtet werden, den Anschein der Befangenheit von Richtern oder Laienrichtern zu begründen.[763] Nach allgemeiner Ansicht kommt es nur auf die innere Haltung des Richters an.[764] Laut BGH ist bei Berufs- und Laienrichtern davon auszugehen, dass sie ihrer Pflicht, den medialen Einwirkungen keinen Einfluss zu gewähren und ihre Überzeugungen ausschließlich aufgrund der Hauptverhandlung zu gewinnen, kennen und be-

759 *Conen/Tsambikakis*, in: Münchener Kommentar StPO, 1. Aufl. 2014, § 24 Rn. 24. *Scheuten*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur StPO, 8. Aufl. 2019, § 24 Rn. 6.

760 BGH, Urt. v. 13.03.1997, BGHSt 43, NStZ 1997, 559.

761 Zum Recht auf den gesetzlichen Richter, s. BVerfG, Beschl. v. 08.02.1967, BVerfGE 21, 139 (146); BVerfG, Urt. v. 08.06.1993, BVerfGE 89, 28 (36); BVerfG, Urt. v. 19.03.2013, BVerfGE 133, 168 (201-202); zum Verhältnis von Befangenheit und des Rechts auf einen gesetzlichen Richter, *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, 92. EL 2020, Art. 97 Rn. 5; *Schultze-Fielitz* in: Dreier (Hrsg.), Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 101 GG, Rn. 41.

762 *Scheuten*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur StPO, 8. Aufl. 2019, § 24 Rn. 3a, 6, 22.

763 BGH, Urt. v. 18.12.1968, BGHSt 22, 289, NJW 1969, 703, 704. Eine Ausnahme wird nur von *Scheuten* erwogen, sofern das „objektive Gewicht des Rechtsgutsangriffs [vermuten lässt], der Richter könne auch bei erheblichem Bemühen die ihm obliegende berufliche Distanz nicht mehr aufbringen", id., in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur StPO, 8. Aufl. 2019, § 24 Rn. 6. Diese Ausnahme bezieht *Scheuten* allerdings auf das Verhalten des Ablehnenden. Mediendruck als solchen hält er nicht für geeignet, einen Befangenheitsgrund darzustellen, ibid., Rn. 22.

764 BGH, Urt. v. 18.12.1968, BGHSt 22, 289, NJW 1969, 703, 704; BGH, Urt. v. 14.02.1992, NStZ 1992, 290, 291; *Conen/Tsambikakis*, in: Kauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO, Bd. 1, 1. Aufl. 2014, § 24 Rn. 25.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

achten.[765] Die für ihre Unparteilichkeit streitende Vermutung könne nicht dadurch entkräftet werden, dass die Richter parteinehmende Presseartikel gelesen haben. Die Unparteilichkeit, so der BGH, würde ausschließlich dann relevant, wenn sichere Anhaltspunkte für eine festgelegte Meinung bestehen, die sich zum Beispiel aus einer Äußerung des Richters ergeben könnten. Ansonsten liege es in den Händen der Medien, die Befangenheit von Richtern und damit die Funktionsfähigkeit der Rechtsordnung herauszufordern.[766] Mit dieser Begründung lehnte der BGH mediale Einflüsse als Grund für die Besorgnis der Befangenheit ab.[767] Ein Befangenheitsgrund kann sich daher regelmäßig nur daraus ergeben, dass der Richter auf mediale Berichterstattung unsachlich reagiert[768] oder sich in einer die Gebote der Distanz und Unparteilichkeit nicht wahrenden Art und Weise an medialer Berichterstattung beteiligt.[769]

Das Risiko, dass im Rahmen von Pressekampagnen der Versuch unternommen werden könnte, ein Gerichtsverfahren mit der Begründung der richterlichen Befangenheit zu Fall zu bringen, ist plausibel, wenn bedacht wird, dass hinter den Pressekampagnen oft die Parteien selbst stehen (*Litigation-PR*). Überdies spricht für die Engführung der Befangenheitskategorie, dass sie sich auf die innere Haltung des Richters bezieht. Sie stellt daher auf die Besorgnis der Befangenheit ab. Dies bezeichnet einen auf Tatsachen begründeten Misstrauenstatbestand, der wie jeder Vertrauenstatbestand der Zurechnung bedarf. Der Rechtsscheinträger für die Vermeidung des Misstrauens ist hierbei das richterliche Verhalten. An einem derartigen Rechtsscheinträger, der die Zurechnung des Misstrauens zum Richter rechtfertigen würde, würde es bei der Anknüpfung an eine Pressekampagne fehlen. Für die Beurteilung der inneren Haltung des Richters wäre der unmittelbare Schluss von äußerem Einfluss auf die innere Beeinflussung zu pauschal. Wie *Schilken* richtigerweise schreibt, *können* Einflüsse auf die

765 BGH, Urt. v. 18.12.1968, BGHSt 22, 289, NJW 1969, 703, 704. Auch für die folgenden Ausführungen.

766 *Conen/Tsambikakis*, in: Kauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO, Bd. 1, 1. Aufl. 2014, § 24 Rn. 24.

767 BGH, Urt. v. 18.12.1968, BGHSt 22, 289, NJW 1969, 703, 704.

768 *Conen/Tsambikakis*, in: Kauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur StPO, Bd. 1, 1. Aufl. 2014, § 24 Rn. 25; BGH 14.02.1992, NStZ 1992, 290, 291.

769 Etwa durch die „einseitige oder für einzelne Verfahrensbeteiligte nachteilige Vermittlung von Informationen an Pressevertreter, tendenziöse ‚Hintergrundgespräche', Interviews oder TV-Auftritte", *Scheuten*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur StPO, 8. Aufl. 2019, § 24 Rn. 22.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Entscheidungsfindung des Richters im konkreten Verfahren die innere Haltung des Richters zu den Verfahrensbeteiligten verändern und insofern auch in Gefahren für die richterliche Neutralität umschlagen.[770] Fremdbeeinflussung *kann* in Voreingenommenheit umschlagen. Die zuvor angeführten Untersuchungen zur Beeinflussung von Richtern haben ergeben, dass eine systemische Beeinflussung von Richtern durch Medien aktuell nicht feststellbar ist. Die tatsächliche Beeinflussung ist also stark vom einzelnen Richter abhängig. Außerdem spricht gegen den einfachen Schluss von äußerem Druck auf die innere Sinneslage zweierlei: Einerseits könnte sich der Richter dadurch regelmäßig herausgefordert fühlen, sich zu verteidigen, was sodann aufgrund seines Verhaltens zur Besorgnis der Befangenheit führen könnte. Andererseits könnte sich die Beeinflussung im Falle einer stets unbeantworteten medialen Druckausübung aufdrängen. So befände sich der Richter in einer Zwickmühle und die Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege wäre beeinträchtigt. Im Ergebnis kann daher eine allgemeine Vermutung – eines unbeteiligten Dritten in der Lage des Verfahrensbeteiligten –, dass ein Richter befangen ist, sobald eine virulente Pressekampagne in Bezug auf sein laufendes Verfahren geführt wird, in den normativen Kategorien des Rechts nicht angenommen werden.

Für die Erfassung medialer Einflüsse im Rahmen der objektiven Unparteilichkeit spricht aber die ansonsten aufklaffende Rechtsschutzlücke, die letztlich auch auf das Verhältnis von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit zurückgeht. Die Befangenheitsvorschriften prozeduralisieren die richterliche Unabhängigkeit nämlich und machen sie im Verfahren justiziabel.[771] Das Recht auf effektiven Rechtsschutz leitet somit normativ die Parallelität von Unabhängigkeit und Unparteilichkeit an.[772] Für den Einzelnen wäre es ohne angepasste Befangenheitsvorschriften nicht möglich, sich gegen das Fehlen ausreichender Schutzmechanismen für die richterliche Unabhängigkeit im Gerichtsverfahren zu wehren. Es wäre problematisch, wenn die Prämisse eines im konkreten Fall unparteilichen Richters darauf beruht, dass es ausreichend Schutzmechanismen gibt, die seine Unabhängigkeit allgemein und damit auch seine Unparteilichkeit im konkreten Fall schützen, diese Prämisse aber nicht überprüfbar wäre. Dies könnte sich

770 *Schilken*, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 166.

771 Vgl. *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, 92. EL 2020, Art. 97 Rn. 5.

772 Die Garantie des unabhängigen Richters in das Recht auf effektiven Rechtsschutz einbeziehend, *Papier*, NJW 1990, 8, 9 f.; *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, 92. EL 2020, Art. 97 Rn. 2; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 211.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

letztlich auf das Vertrauen der Bürger in eine unparteiische Rechtsfindung auswirken. Schließlich entspräche eine Parallelität von sachlicher Unabhängigkeit und objektiver Unparteilichkeit auch der Konzeption des BVerfG,[773] des EGMR[774] und der Literatur[775] von der Unabhängigkeit als Grundvoraussetzung der Unparteilichkeit. Wird die sachliche Unabhängigkeitsgarantie auf mediale Einflüsse erstreckt, müsste dies auch für die Unparteilichkeit gelten.

Gegen diese Ansicht spricht auch nicht, dass die deutsche Rechtsordnung eine objektive und subjektive Komponente der Unparteilichkeit begrifflich nicht kennt. Stattdessen setzt die Besorgnis der Befangenheit lediglich einen Grund voraus, der das Misstrauen gegen die Befangenheit des Richters rechtfertigt.[776] Die Gesetze sind dahingehend offen formuliert, objektive Umstände als Besorgnisgrund anzuerkennen. Dementsprechend finden sich auch anerkannte Fallgruppen wie eine persönliche oder berufliche Beziehung oder die Vorbefassung mit der Rechtssache, die an objektive Umstände anknüpfen. Ein Grund für die Besorgnis der Befangenheit könnte somit aus einer Kombination von virulentem medialem Druck und einem Mangel an hinreichenden Schutzmechanismen der Rechtsordnung folgen, die den Richter vor diesem Druck bewahren. So fragt auch der EGMR in Bezug auf die objektive Dimension der Unparteilichkeitsgarantie, ob die Rechtsordnung Instrumente aufweist, die das Vertrauen in eine unparteiliche Rechtsfindung stützen.[777] Die Unparteilichkeit prüft der EGMR stets in objektiver und subjektiver Hinsicht.[778] Die generelle Ablehnung einer solchen Befangenheitskategorie erscheint daher

773 BVerfG, Urt. v. 03.07.1962, BVerfGE 26, 156; BVerfG, Urt. v. 03.12.1985, BVerfGE 71, 206 (219).

774 EGMR [GK], *Kleyn gg. Die Niederlande*, Urt. v. 06.05.2003, Nr. 39343/98, 39651/98, 43147/98 und 46664/99, § 192; *Findlay gg. Das Vereinigte Königreich*, Urt. v. 25.02.1997, Nr. 22107/93, § 73; diese Verschränkung liege vor allem in Bezug auf den Anschein richterlicher Unabhängigkeit und Unparteilichkeit vor, da dieser bei beiden auf Strukturen und Verfahren abstelle, *Sacilor-Lormines gg. Frankreich*, Urt. v. 09.11.2006, Nr. 65411/01, § 62.

775 *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, 92. EL 2020, Art. 97 Rn. 2; s. a. *Rosanvallon*, Demokratische Legitimität, 2013, 117-118, die Unabhängigkeit bezeichne die Position, die Unparteilichkeit die Eigenschaft.

776 Vgl. § 24 Abs. 2 StPO; § 42 Abs. 2 ZPO, § 54 Abs. 1 VwGO.

777 EGMR, *Nicholas gg. Zypern*, Urt. v. 09.01.2018, Nr. 63246/10, § 49: "[A]n objective test, that is to say by ascertaining whether the tribunal itself and, among other aspects, its composition, offered sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in respect of its impartiality.

778 Ibid; *Micallef gg. Malta* [GK], Urt. v. 15.10.2009, Nr. 17056/06, § 93.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schwer mit Art. 6 Abs. 1 EMRK vereinbar, zumal die ehemalige Europäische Kommission für Menschenrechte betont hatte, dass Art. 6 EMRK auch im Zusammenhang mit virulenten Pressekampagnen aufgrund seiner fundamentalen Bedeutung für den Rechtsstaat nicht eng ausgelegt werden dürfe.[779]

Ferner dürfte die Unparteilichkeit, wie in allen anerkannten Fallgruppen,[780] widerleglich vermutet werden. So wird der Presse keine Einflussmöglichkeit auf die Zusammensetzung des Gerichts gegeben, wie der BGH indiziert hatte.[781] Denn solch eine Lesart der objektiven Unparteilichkeit würde sich für die Frage der Befangenheit im konkreten Verfahren so lange nicht auswirken, wie von ausreichenden Schutzmechanismen für die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Berufs- und Laienrichter ausgegangen werden kann. Damit bestünde quasi eine positive, kaum widerlegliche Vermutung für die Unparteilichkeit des Richters. Der EGMR hat bisher in keinem Fall entschieden, dass eine virulente Pressekampagne einen Richter oder Juror in seiner Entscheidung beeinflusst hätte. Auch er erhält nämlich die Prämisse, dass der Berufsrichter aufgrund seiner Expertise und Berufserfahrung vor medialer Beeinflussung grundsätzlich gefeit ist, im Rahmen des Tests der objektiven Unparteilichkeit aufrecht.[782]

Mit der hierdurch erreichten Justiziabilität der objektiven Unparteilichkeit und Unabhängigkeit gäbe es die Rechtsordnung dem Gesetzgeber auf, die Einflüsse der Medien auf die Richter zu beobachten, damit institutionelle oder prozedurale Instrumente im Zweifel angepasst oder erlassen werden können. Umgekehrt müsste der Gesetzgeber Veränderungen in der Rechtsordnung auf dadurch entstehende Räume für das Eindringen medialen Drucks untersuchen. Dem Gesetzgeber würde somit eine Überprüfungs- und Beobachtungspflicht auferlegt.

Im Ergebnis ist also auf die erste Folgebetrachtung zu antworten, dass die Anerkennung einer medialen Unabhängigkeit, die ihr Pendant in einer objektiven Unparteilichkeit fände, die Funktionsfähigkeit des Gerichtsverfahrens nicht beeinträchtigt, solange der Gesetzgeber seiner gesetzgeberischen Pflicht nachkommt und Richter ausreichend vor medialem Druck

779 EKMR, *Baragiola gg. Schweiz,* Entsch. v. 21.10.1993, Nr. 17265/90, „The Law", 2 lit. a.

780 *Scheuten*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Aufl. 2019, § 54 Rn. 7.

781 BGH, Urt. v. 18.12.1968, BGHSt 22, 289, NJW 1969, 703, 704.

782 S. EGMR, *Abdulla Ali gg. VK*, Urt. v. 30.06.2015, Nr. 30971/12, § 91. Exemplarisch *X gg. Österreich*, Entsch. v. 23.07.1963, Nr. 1476/62; *X. v. Norwegen*, Entsch. v. 16.07.1970, Nr. 3444/67.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schützt. Auf die zweite Folgebetrachtung ist zu antworten, dass die hiesige Überlegung zwar in der Tat einen staatlichen Schutzauftrag auslöst, Vorkehrungen zu treffen, mittels derer virulenter psychologischer Druck von privater Seite von der Rechtsfindung abgewendet wird.[783] Dieser dürfte als staatliche (Schutz-)Pflicht bereits aus dem allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch, Art. 20 Abs. 3, Art. 2 Abs. 1 GG, bzw. der allgemeinen Rechtsweggarantie, Art. 19 Abs. 4 GG, i. V. m. Art. 97 Abs. 1 GG, abzuleiten sein, da Justizgewährleistungsanspruch bzw. Rechtsweggarantie den Anspruch auf Rechtsschutz durch ein unabhängiges Gericht verbürgen, wofür eine funktionsgerechte Organisation der Gerichte Voraussetzung ist.[784] Zusätzlich können die einschlägigen Verfahrensrechte, die nachfolgend in Abschnitt cc) dargelegt werden, zur Begründung eines staatlichen Schutzauftrags herangezogen werden.[785] Dieser Schutzauftrag bedeutet aber nicht, dass die zu ergreifenden Maßnahmen die direkte Regulierung der Presse beinhalten müssen. Das findet beispielsweise in der Rückläufigkeit und Beschränkung der *Contempt-of-Court*-Regeln in England und Frankreich Bestätigung.[786] Der BGH sprach sich für wirksame Vorkehrungen im Presserecht aus.[787] Darüber hinaus gibt es auch Möglichkeiten, innerhalb der Gerichts- und Prozessordnungen Abhilfe zu schaffen. Dies näher auszuführen, ist Aufgabe des dritten Kapitels.

---

783 Vgl. zum Schutzauftrag, *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, 189 mwN, 191 mwN. Früher gab es sogar ein gesetzgeberisches Ansinnen, diesen Auftrag ins DRiG aufzunehmen, *Gerner/Decker/Kauffmann*, DRiG, 1963, § 25 Rn. 5.

784 Zu dieser Verbürgung des allgemeinen Justizgewährleistungsanspruchs bzw. der Rechtsweggarantie, s. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 211-215. Andere leiten einen Schutzauftrag direkt aus Art. 97 GG ab, s. *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, 189 mwN, 191 mwN; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 46; *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, 92. EL 2020, Art. 97 Rn. 93; vgl. a. *Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, 121 und *Wolf*, Gerichtsverfassungsrecht, 6. Aufl. 1987, § 21 II, 215 (aus Art. 97 GG abgeleiteter verfassungsrechtlicher Auftrag an den Gesetzgeber sowie, *Wolf*, Auslegung des einfachen Rechtsim Lichte von Art. 97 GG). Dabei wird auch vertreten, dass die grundgesetzliche bzw. die einfachgesetzliche Unabhängigkeitsgarantie Private unmittelbar binde, *Detterbeck*, in: Sachs (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 18; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2006, 159.

785 So auch in Bezug auf das faire Verfahren, *Wittreck*, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006, 191 mwN.

786 S. Kap. 2, B. I. 1., insb. b) bb).

787 BGH, Urt. v. 18.12.1968, BGHSt 22, 289, NJW 1969, 703, 704.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

cc) Einordnung des ntv-Urteils und der Folgerechtsprechung

Die vorangegangene Erörterung ist auch mit der Rechtsprechung des BVerfG zur möglichen Beeinflussung der richterlichen Rechtsfindung durch Mediendruck in Einklang zu bringen. Im *ntv*-Urteil hat das BVerfG zum ersten Mal den der Medienöffentlichkeit gegenläufigen Belang der unbeeinflussten Rechts- und Wahrheitsfindung als Teil der funktionstüchtigen Rechtspflege erwähnt.[788] Hiermit hat es nicht nur den Einfluss des Rundfunks auf das Verhalten der Verfahrensbeteiligten bezeichnet, denn diesen Einfluss hat es in dem Rechtsgut des fairen Verfahrens und der unbeeinflussten Wahrheitsfindung aufgegriffen, wie es sich in der Folgerechtsprechung zu Rundfunkaufnahmen außerhalb der Verhandlung gezeigt hat.[789] Es bezeichnete damit also auch explizit die unbeeinflusste Rechtsfindung durch die Richter als gegenüber der Beeinträchtigung Dritter geschütztes Rechtsgut.

Unklar blieb dabei allerdings, unter welchen Voraussetzungen das Gericht eine Beeinträchtigung der Rechtsfindung annehmen würde. Anhaltspunkte lieferte das Gericht nur im Hinblick auf die Beeinflussung der Verfahrensführung, wobei es sich aber im Wesentlichen auf die Störungen des Verfahrensablaufs durch den Rundfunk bezog.[790] Weder der vom Gericht erwähnte Druck, den die Medien voraussichtlich auf den Richter ausüben würden, wenn dieser über die Zulässigkeit der Rundfunköffentlichkeit zu entscheiden hat,[791] noch die vorausgesetzte Rückwirkung der Fernsehöffentlichkeit auf den Charakter der Urteilsverkündung[792] tangieren die Rechtsfindung in der Hauptverhandlung.

In der Folgerechtsprechung hielt das BVerfG das Rechtsgut der unbeeinflussten richterlichen Rechts- und Wahrheitsfindung für Rundfunkaufnahmen außerhalb der Verhandlung nicht mehr für einschlägig.[793] Ob die unbeeinflusste Rechtsfindung im Hinblick auf Rundfunkaufnahmen in der Verhandlung noch als widerstreitendes Rechtsgut angewandt würde, kann aus der Folgerechtsprechung nicht eindeutig abgeleitet werden. In einem Beschluss aus dem Jahre 2007 stellte das Gericht fest, dass es eine Beeinflus-

788 BVerfG, Urt. v. 24.01.01, BVerfGE 103, 44 (64), mit Verweis auf Urteile, in denen es nur die funktionstüchtige Rechtspflege als Rechtsgut benannt hatte.
789 BVerfG, Beschl. v. 19.12.2007, BVerfGE 119, 309, Ls. 5; BVerfG, Beschl. v. 31.07.2014 - 1 BvR 1858/14 -, Rn. 15 f.
790 BVerfG, Urt. v. 24.01.01, BVerfGE 103, 44 (70).
791 BVerfG, Urt. v. 24.01.01, BVerfGE 103, 44 (70).
792 BVerfG, Urt. v. 24.01.01, BVerfGE 103, 44 (70).
793 Ibid; speziell BVerfG, Beschl. v. 19.12.2007, BVerfGE 119, 309 (329).



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sung der Rechtsfindung durch den Druck, der über Bilder ausgeübt wird, anders als durch den Druck, der über die öffentliche Erörterung des Falles in den Medien ausgeübt wird, weder bei Berufs- noch bei Laienrichtern für wahrscheinlich hält.[794] Hierbei unterstrich es die Pflicht der Berufs- und Laienrichter aus Art. 97 Abs. 1 GG i. V. m. § 30 Abs. 1 GVG, deren Beachtung die Rechtsordnung grundsätzlich erwarten dürfe. Damit implizierte das BVerfG allerdings, dass jedenfalls bezüglich der Medienberichterstattung angenommen werden könne, dass sie die Rechtsfindung in rechtlich relevanter Weise sachwidrig beeinflusse.

Mit dieser Rechtsprechung ist der Ansatz vereinbar, die objektive Unparteilichkeit für mediale Einflüsse anzuerkennen, aber zugleich davon auszugehen, dass der Richter sich dieser Einflüsse erwehren kann, sofern es ausreichende Schutzmechanismen gibt. Tatsächlich entstünde ohne eine solche Unparteilichkeitskategorie nicht nur ein Widerspruch zwischen den Befangenheitsregeln und dem Rechtsgut der unbeeinflussten Rechtsfindung, das die mediale Beeinflussung des Richters als potentielle Rechtsverletzung anerkennt und mithilfe des Rechts auf ein faires Verfahren einklagbar macht,[795] sondern es entstünde auch eine Rechtsschutzlücke, da die unbeeinflusste Rechtsfindung mangels Befangenheitstatbestand im Verfahren rechtlich nicht durchsetzbar wäre.

### c) Zwischenfazit: Grundrechtsschutz gegen eine medial beeinflusste Rechts- und Wahrheitsfindung

Im Ergebnis folgt aus den vorangegangenen Ausführungen, dass sich der Gewährleistungsbereich der richterlichen Unabhängigkeit richtigerweise auch auf gesetzesfremde Einflüsse aus dem sozialen Bereich und damit auch auf medialen Druck beziehen sollte. Damit kann medialer Druck Grund für eine gesetzliche Regulierung zum Schutz der unabhängigen Rechtsfindung sein. In der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts kann diese Dimension im Belang der unbeeinflussten Rechtsfindung verankert werden, der als Bestandteil des Rechts auf ein faires Verfahren auch als

794 BVerfG, Beschl. v. 19.12.2007, BVerfGE 119, 309 (329), auch für die weiteren Ausführungen.

795 Zur Einklagbarkeit der ungestörten Rechts-und Wahrheitsfindung im Rahmen des Rechts auf ein faires Verfahren, s. BVerfG, Beschl. v. 19.12.2007, BVerfGE 119, 309 (324-325); BVerfG, Beschl. v. 31.07.2014 - 1 BvR 1858/14 -, Rn. 11, 20-21.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verfahrensrecht sowie im Rahmen des Rechts auf den gesetzlichen Richter justiziabel sein dürfte.[796] Dabei wird grundsätzlich vermutet, dass die sachliche Unabhängigkeit und damit zusammenhängend die objektive Unparteilichkeit im Verfahren gewahrt sind, solange genügend verfahrensrechtliche Absicherungen die Rechtsfindung vor medialem Druck schützen. Typischerweise wird eines der benannten Rechte daher erst verletzt sein, wenn der Richter subjektiv befangen erscheint.

### 4. Medienöffentlichkeit als Herausforderung für das öffentliche Vertrauen in die innere Unabhängigkeit der Richter

In die Rechtsprechung hat ferner die innere Unabhängigkeit als Ausprägung der in Art. 97 Abs. 1 GG niedergelegten Unabhängigkeitsgarantie Eingang gefunden. Aus ihr wird das Gebot richterlicher Zurückhaltung und Mäßigung abgeleitet, das die Zulässigkeit von Äußerungen, die ein Richter unter Offenlegung seines Amtes in der Medienöffentlichkeit tätigt, einschränkt. Angesichts der inzwischen anerkannten demokratischen Funktion der Rechtsprechungsöffentlichkeit sowie der Tatsache, dass die Gerichtsöffentlichkeit aus diesem Grund stärker als Medienöffentlichkeit denn als bloße Saalöffentlichkeit interpretiert und praktiziert wird, stellt sich die Frage, ob das Gebot richterlicher Zurückhaltung und Mäßigung den Zugang von Richtern zur Medienöffentlichkeit weiterhin beschränken sollte. Das Gebot beschränkt nämlich nicht nur die Richter in der Ausübung ihrer Meinungsfreiheit, sondern auch die Befriedigung des öffentlichen Interesses an Information über und Einblicken in die Rechtsprechung und den Prozess der Rechtsfindung, indem es Richter davon abhält, sich stärker in den medialen Kommunikationsraum zu begeben. In den folgenden Ausführungen wird die Ansicht vertreten, dass das Konzept der inneren Unabhängigkeit (a) und das daraus folgende Zurückhaltungs- und Mäßigungsgebot (b) nach wie vor eine wichtige Funktion erfüllt, indem es

796 Vgl. ibid. Das faire Verfahren hat das BVerfG seit den 1980er Jahren nach angelsächsischem Vorbild entwickelt; es erlangt besondere Bedeutung aus der Prozeduralisierung und der dadurch bewirkten Einklagbarkeit rechtsstaatlicher Verfahrensgrundsätze, *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, 92. EL 2020, Art. 2 Abs. 1 Rn. 72-73. *Di Fabio* meint, es schließe damit eine Schutzlücke auf prozeduraler Ebene. Vgl. bezüglich gerichtlicher Anordnungen, BVerfG, Urt. v. 11.11.1992, BVerfGE 87, 334 ff.; BVerfG, Beschl. v. 14.07.1994, BVerfGE 91, 125 (133); so auch *Lückemann*, in: Zöller (Hrsg.), ZPO Kommentar, 33. Aufl. 2020, § 176 GVG Rn. 9-10.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Richterschaft vor einer Beeinträchtigung des öffentlichen Vertrauens durch eine ungeregelte Medienpräsenz einzelner Richter bewahrt. Dies gilt gleichermaßen für Richter der Fachgerichtsbarkeit wie für Verfassungsrichter (c).

### a) Die Manifestation innerer Unabhängigkeit als Stütze öffentlichen Vertrauens

Aus dem Grundgesetz folgt die innere Unabhängigkeit nicht ausdrücklich. Sie folgt laut BVerwG aus dem Begriff der richterlichen Tätigkeit, die als Richter einen unbeteiligten Dritten verlangt.[797] Die Gebote der Neutralität, Unparteilichkeit und Distanz sieht das BVerwG mit dem in Art. 97 GG niedergelegten Begriff des Richters verknüpft. Der Richter hat eine besondere Verpflichtung zur unabhängigen Amtsausübung, da ihm, anders als den weisungsabhängigen Beamten, die Rechtsfindung laut Art. 92 GG ausdrücklich anvertraut ist. Das BVerfG bestätigte das BVerwG in seinen Annahmen, wobei es die Verantwortung des Richters, sein Amt unparteiisch, abwägungsgerecht und gemeinwohlorientiert auszuüben, zusätzlich in den hergebrachten Grundsätzen des Beamtentums verankert.[798] Die innere Unabhängigkeit sei, so beide Gerichte, für die Bewahrung des öffentlichen Vertrauens in die Richterschaft von Bedeutung. Obwohl die in Art. 97 GG verbürgte Unabhängigkeitsgarantie und die Befangenheitsregeln dafür sorgen, dass die Rechtsfindung nicht von gesetzesfremden Einflüssen oder der inneren Voreingenommenheit oder den Vorurteilen des Richters beeinflusst wird, ist diese Ansicht überzeugend. Ohne das an die Richter gerichtete Gebot, ihre innere Unabhängigkeit erkennbar zu bewahren, wäre nämlich nicht sichergestellt, dass Richter die Öffentlichkeit durch ihr Verhalten von ihrer Fähigkeit überzeugen, unparteiisch sowie sachlich und frei von Vorurteilen oder Voreingenommenheit ihre Urteile fällen zu können.

Zur Verdeutlichung dieses Arguments kann der eingangs erwähnte Fall herangezogen werden, in dem ein Vorsitzender Strafrichter auf Facebook allgemein einsichtig ein Foto eingestellt hatte, auf dem zu lesen war: „Wir geben Ihrer Zukunft ein Zuhause – JVA."[799] Zusätzlich kommentierte der Richter dieses Bild mit den Worten, dies sei sein: „Wenn du rauskommst,

797 BVerwG, Urt. v. 29.10.1987, BVerwGE 78, 216, NJW 1988, 1748.
798 BVerfG, Urt. v. 06.06.1988, NJW 1989, 93.
799 S. hierzu den Sachstand des BGH, Beschl. v. 12.01.2016, NStZ 2016, 218.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bin ich in Rente-Blick".[800] Der BGH hielt den Richter für befangen, da dieser mit dem veröffentlichen Bild und den Kommentaren den Eindruck vermittelt hatte, dass er „Spaß an der Verhängung hoher Strafen habe und sich über die Angeklagten lustig mache".[801] Laut BGH ist ein solcher „Internetauftritt ... insgesamt mit der gebotenen Haltung der Unvoreingenommenheit eines im Bereich des Strafrechts tätigen Richters nicht zu vereinbaren".[802] Der Richter habe eindeutig „eine innere Haltung dokumentiert, die begründete Zweifel an seiner Fähigkeit, die vorliegende Strafsache objektiv zu entscheiden, aufkommen ließ".[803] Obwohl der BGH zuvor stets einen konkreten inhaltlichen Zusammenhang zwischen richterlicher Äußerung und Verfahrensgegenstand gefordert hatte, verlangte er in diesem Fall keinen weiteren inhaltlichen Zusammenhang des Posts mit dem Verfahren, um eine eindeutige Befangenheit des Vorsitzenden Strafrichters festzustellen.[804]

Die Anwendung der Befangenheitsregeln durch den BGH ist überzeugend, denn ein Angeklagter wird vernünftigerweise Zweifel an der Unbefangenheit eines Richters haben, der solche Äußerungen auf Facebook veröffentlicht. Die unparteiische Rechtsfindung wird im Verfahren über die Möglichkeit, ein Ablehnungsgesuch zu stellen, sowie verfassungsrechtlich über das grundrechtsgleiche Recht auf einen gesetzlichen Richter gemäß Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG abgesichert.[805] In einem solchen Fall dürften aber in der allgemeinen Öffentlichkeit auch Zweifel an der Fähigkeit des Richters entstehen, Strafverfahren überhaupt noch unparteiisch, sachlich und frei von Vorurteilen entscheiden zu können. Dokumentieren Richter nämlich eine innere Haltung, die dieser Fähigkeit unvereinbar gegenübersteht, erfüllt der Richter einen Misstrauenstatbestand, der das öffentliche Vertrauen zu erschüttern vermag. Denn es lässt sich vermuten, dass ein Richter eine öffentlich bekundete gefestigte Haltung im individuellen Fall nicht plötzlich – jedenfalls nicht in glaubhafter Weise – ablegen wird. Aus diesem Grund wurde auch in der Literatur die berechtigte Frage aufgeworfen, ob der Richter in späteren Verfahren noch als unbefangen gelten dürf-

800 Ibid.
801 BGH, Beschl. v. 12.01.2016, NStZ 2016, 218, 219.
802 Ibid.
803 Ibid.
804 S. hierzu *Eibach/Wölfel*, Jura 2016, 907, 910.
805 S. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG; zum materiellen Gehalt, s. *Jachmann-Michel*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 92. EL 2020, Art. 101 Abs. 1 S. 2 Rn. 85.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

te.[806] Das öffentliche Vertrauen leidet also, wie vom BVerwG und BVerfG angenommen, bereits an der erkennbar fehlenden inneren Unabhängigkeit des Richters, die Voraussetzung für eine unbefangene Entscheidung ist. Da das öffentliche Vertrauen für die Dritte Gewalt, wie dargelegt, von besonderer Relevanz ist, ist also auch die Manifestation der inneren Unabhängigkeit der Richterschaft bedeutsam.[807]

### b) Manifestation innerer Unabhängigkeit durch richterliche Zurückhaltung und Mäßigung in den Medien

Das Gebot richterlicher Zurückhaltung und Mäßigung wird als Ausdruck der inneren Unabhängigkeit verstanden (aa). Trotz berechtigter Zweifel (bb) wird an der Prämisse der Rechtsprechung festgehalten, dass richterliche Zurückhaltung und Mäßigung das öffentliche Vertrauen in die innere Unabhängigkeit schützen, vor allem da sie Richter davor bewahren, sich in ihrem öffentlichen Verhalten an der Medienlogik zu orientieren (cc).

#### aa) Das Gebot der Zurückhaltung und Mäßigung als Ausdruck innerer Unabhängigkeit

Die innere Unabhängigkeit selbst bewegt sich jenseits rechtlicher Normierungsmöglichkeiten,[808] da sie die innere Haltung einer Richterin betrifft.

---

806 *Eibach/Wölfel*, Jura 2016, 907, 913-914; *Ventzke*, NStZ 2016, 218, 220.

807 Sofern der Richter wie in diesem Fall, s. *Ventzke*, NStZ 2016, 218, 220, keine offizielle Stellungnahme abgibt, in der er sich für sein Verhalten entschuldigt (zur die Besorgnis der Befangenheit entkräftenden Wirkung solcher Stellungnahmen, BGH, Beschl. v. 13.10.2005, NStZ 2006, 49 und *Sommer*, NStZ 2014, 615 mwN), kann eine disziplinarische Ermahnung – die öffentliche Berichterstattung darüber vorausgesetzt – ein Mittel sein, welches das allgemeine Vertrauen in die Fähigkeit des Richters, Richter im Sinne von Art. 97 Abs. 1 GG zu sein, zurückgewinnt. Sie lässt nämlich vermuten, dass der Richter sein Verhalten überdenkt, da eine dienstrechtliche Ahndung dem Richter den Verstoß gegen die richterlichen Pflichten empfindlich vor Augen führt. In diesem Fall gab es diziplinarische Folgen: *Müller-Neuhof*, Facebook-Richter darf Strafrichter bleiben, 28.05.2016, https://www.tagesspiegel.de/gesellschaft/panorama/wir-geben-ihrer-zukunft-ein-zuhause-jva-facebook-richter-darf-strafrichter-bleiben/13652892.html. Aufgrund der abschreckenden Wirkung dürften andere Richter zudem veranlasst sein, ein derart schädliches Verhalten zu unterlassen.

808 Ibid.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Sie schlägt sich nieder in Regelungstatbeständen, die ihrer Gewährleistung dienen. So findet die innere Unabhängigkeit gemäß § 39 DRiG Ausdruck in der disziplinarrechtlich durchsetzbaren öffentlichen Zurückhaltung und Mäßigung der Richterin inner- und außerhalb des Amtes. Das Zurückhaltungs- und Mäßigungsgebot wird auf das Bestreben gestützt, das öffentliche Vertrauen in eine innerlich unabhängige Richterschaft zu bewahren.[809] Dafür schränkt das Zurückhaltungs- und Mäßigungsgebot Richterinnen in ihrer Meinungsfreiheit ein und begrenzt damit zugleich die Möglichkeit der Presse, von Richterinnen Informationen und Stellungnahmen zu Rechtsprechung und allgemeinen Themen der Justiz zu erhalten. Dieses Verhaltensgebot ist vom BVerfG als verfassungskonform eingestuft worden.[810] Es fordert, dass Richter klar zwischen Richteramt und Teilnahme am politischen Meinungskampf trennen und dass sie ihre Freiheit von staatlichem oder gesellschaftlichem Einfluss, ihre Offenheit gegenüber Wertvorstellungen und Ideologien sowie eine gewisse Ausgewogenheit bei der Betrachtung von Interessen vermitteln, um der Maßgabe von innerer Neutralität, Unparteilichkeit und Distanz gerecht zu werden.[811]

bb) Kritik an der Beschränkung richterlicher Meinungsfreiheit

Die Kombination aus innerer Unabhängigkeit und daraus folgendem Zurückhaltungs- und Mäßigungsgebot ist auf Kritik gestoßen. So äußerte *Bourdieu*, dass er darin kein legitimes Ziel für die Einschränkung der richterlichen Meinungsäußerung sehe, sondern nur das Machtstreben des Rechtssystems nach Darstellungshoheit, mit der es der Bevölkerung seine Autonomie vermitteln möchte.[812] Ferner ist hinterfragt worden, ob Zurückhaltung und Mäßigung geeignete Mittel sind, um das öffentliche Vertrauen in die richterliche Unabhängigkeit zu bewahren. *Scherer* ist der Ansicht, dass Richter ihre Standpunkte offenbaren und damit einer öffentlichen Kontrolle unterziehen sollten, statt Zurückhaltung zu wahren und damit in einem anachronistischen Verständnis von richterlicher Unabhängigkeit zu verharren, das die Bedeutung der intersubjektiven Nachvollzieh-

809 BVerfG, Urt. v. 06.06.1988, NJW 1989, 93.
810 BVerfG, Beschl. v. 30.08.1983, NJW 1983, 2691; VGH Kassel, Beschl. v. 18.10.1984, NJW 1985, 1105.
811 BVerwG, Urt. v. 29.10.1987, BVerwGE 78, 216, NJW 1988, 1748, 1749.
812 *Bourdieu*, Hastings Law Journal, 38, 1987, 814 ff.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

barkeit der Rechtsprechung verkenne.[813] Seiner Ansicht nach ist das standesrechtliche Leitbild des sich in öffentlichen Auseinandersetzungen zurückhaltenden Richters zu verabschieden; disziplinarrechtlich sollte öffentliche Kritik an der Justiz nicht vorschnell geahndet werden, verfahrensrechtlich sollten öffentliche Äußerungen grundsätzlich keinen Grund zur Annahme der Befangenheit darstellen.[814] Für diese Ansicht spricht, dass das öffentliche Vertrauen in einer demokratischen Medien- und Kommunikationsgesellschaft nicht mehr nur dadurch erhalten werden kann, dass es nicht erschüttert wird, sondern zusätzlich im Wege der Kontrollierbarkeit und der Förderung von Verständnis in die Ausübung staatlicher Gewalt gestärkt werden muss.[815] Schließlich ist diskutabel, ob die Freiheit der Richterinnen, die Rechtsprechung und damit ein Thema öffentlichen Interesses zu besprechen, in ihrer Bedeutung für die öffentliche Meinungsbildung bisher vielleicht nicht ausreichend Berücksichtigung gefunden hat.

Andere Stimmen aus der Literatur haben die individuelle Medienpräsenz von Verfassungsrichtern hingegen als justizfremd beurteilt und dies mit dem Vorwurf verbunden, dass die Verfassungsrichter ihre eigenen Befangenheitsregeln zu großzügig auslegen,[816] sich gar von ihnen „freizeichnen".[817] Publizität sei nur im Rahmen von Verfahren und durch die veröffentlichten Entscheidungsbegründungen zu erreichen; eine autonome Selbstdarstellung komme den Verfassungsrichtern anders als anderen Staatsorganen nicht zu.[818] Die öffentliche Interpretation und Selbstkorrektur eigener Entscheidungen sollten vermieden werden.[819]

---

813 *Scherer*, Gerichtsöffentlichkeit als Medienöffentlichkeit, 1979, 177-178. Die innere Unabhängigkeit des Richters sei folglich keine „vorgegebene, qua Amt oder durch Sozialisation erworbene Eigenschaft, die es durch Pönalisierung von *contempt by publication* oder sonstige öffentlichkeitsbeschränkende Maßnahmen vor einer fiktiven ‚öffentlichen Meinung' zu schützen gelte; sondern […] die innere Unabhängigkeit [müsse] sich vielmehr in intersubjektiv überprüfbarer Argumentation, […] im Prozess der öffentlichen Meinungsbildung ständig neu beweisen […]."

814 Ibid.

815 S. Kap. 2, A. I. c) cc) (2) (b).

816 S. *Wahl*, in: Guggenberger/Würtenberger (Hrsg.), Hüter der Verfasung oder Lenker der Politik?, 1998, 103 f.; *Schulze-Fielitz*, in: Schuppert/Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000, 111, 124 f.

817 *Isensee*, JZ 1996, 1085-1093.

818 Ibid.

819 Ibid.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

cc) Würdigung des Umgangs mit außergerichtlichen Meinungsäußerungen von Richtern in der Medienöffentlichkeit

Der Kritik soll wie folgt entgegnet werden: Der Wandel zu einer Kommunikationsgesellschaft, in der die Rechtsprechung Teil der Medienöffentlichkeit ist, ändert nichts an der rechtlichen Bewertung, dass das öffentliche Vertrauen in die Richterschaft nicht an die Meinungsäußerung des Richters bzw. den Nachweis seiner Unabhängigkeit und Unparteilichkeit in der Öffentlichkeit anknüpft; tatsächlich würde dies die Meinungsfreiheit der Richter eher verkürzen anstatt sie zu stärken (1). Eine solche Einschätzung wäre außerdem mit dem Recht auf einen gesetzlichen Richter unvereinbar (2). Das Vertrauen in die innere Unabhängigkeit des Richters ist daher weiterhin durch Zurückhaltung und Mäßigung im Umgang mit den Medien zu wahren (3).

(1) Kein Vertrauen durch außergerichtliche Meinungsäußerungen von Richtern

Öffentliches Vertrauen können Richter nur mit der sachgerechten Ausübung ihrer Amtstätigkeit und der Information darüber fördern. Alle Tätigkeiten außerhalb dieser Amtsausübung – wie außergerichtliche Meinungsäußerungen – sind nicht geeignet, das öffentliche Vertrauen in die innere Unabhängigkeit zu stärken. Seine Unvoreingenommenheit zeigt der Richter nämlich – funktionsbezogen – bei der Verhandlung, in seiner Spruchpraxis und im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung seiner Unparteilichkeit. Würde stattdessen *Scherers* Ansatz dahingehend gefolgt, dass Richter ihre Unbefangenheit im Rahmen ihrer öffentlichen Äußerungen unter Beweis stellen müssten,[820] wäre die richterliche Meinungsfreiheit davon betroffen. Der Richter müsste bei der Ausübung der Meinungsfreiheit gleichzeitig die richterliche Pflicht erfüllen, seine innere Unabhängigkeit zu dokumentieren. Die Ausübung der grundrechtlich verbürgten Freiheit wäre durch diese Pflicht stets überlagert. Im Vergleich hierzu schränkt das Zurückhaltungs- und Mäßigungsgebot die Meinungsfreiheit des Richters weniger ein. Im Grundsatz wird das öffentliche Vertrauen in die Unabhängigkeit der Richter vermutet; erschüttert wird es nur, wenn der Richter dieses Vertrauen mit einer Äußerung beschädigt. Diese Grenze der Er-

820 *Scherer*, Gerichtsöffentlichkeit als Medienöffentlichkeit, 1979, 177-178.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schütterung des öffentlichen Vertrauens steckt das Zurückhaltungs- und Mäßigungsgebot ab.

(2) Drohende Verletzung des Rechts auf einen gesetzlichen Richter

Gegen eine unbegrenzte Meinungsfreiheit des Richters spricht außerdem das Recht auf einen gesetzlichen Richter. Es sieht vor, dass Richterinnen einem Verfahren anhand objektiver Kriterien zugewiesen werden.[821] Dürften sich Richterinnen zu allen Themen frei äußern, könnte dies regelmäßig dazu führen, dass sie nach ihrer Zuweisung wegen Befangenheit zurücktreten müssen. Das könnte das personenunabhängige Zuweisungssystem auf Dauer funktionsunfähig machen. Anders ist dies in den von *Scherer* zum Vergleich herangezogenen angelsächsischen Gerichtssystemen,[822] in denen die Zuweisung der Richterin zum Fall unter Berücksichtigung personenbezogener Kriterien durch den Gerichtspräsidenten erfolgt. *Scherers* Überlegung, außergerichtliche Stellungnahmen nicht mehr als Befangenheitsgrund anzuerkennen,[823] würde dieses Problem zwar lösen, kann jedoch nicht überzeugen. Der Einwand, dass die Unparteilichkeit eines Richters sich allein in der Begründung seines Urteils zeigt, widerspricht der allgemeinen Akzeptanz von Befangenheitskategorien, die nicht an die Urteilsbegründung, sondern an außerhalb der Urteilsbegründung liegende Tatbestände anknüpfen, die auf die innere Haltung des Richters vermutungsweise schließen lassen. Diese vermutungsweise Annäherung an die innere Haltung eines Richters ist erforderlich, da die Befangenheit andernfalls mangels objektiver Anhaltspunkte rechtlich kaum greifbar wäre. Würde stattdessen ausschließlich an die Urteilsbegründung angeknüpft, könnte Befangenheit nur festgestellt werden, wenn der Richter diese in der Begründung des Urteils offenlegt. Das wird selten der Fall sein. Auch wenn der Richter vor Urteilsfällung wegen Vorurteilen festgelegt gewesen sein sollte, wird dies in der Urteilsbegründung nicht augenfällig, da diese nur das Ergebnis der rechtlichen Beurteilung festhält. Deutlich würde eine vorherige Festlegung nur dann, wenn sich das Ergebnis offensichtlich nicht mehr in überzeugender Weise rechtlich begründen lässt. Der Nachweis

821 *Jachmann-Michel*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 92. EL 2020, Art. 101 Abs. 1 S. 2 Rn. 45 ff.

822 *Scherer*, ZaöRV 1979, 38 ff., allgemein id., Gerichtsöffentlichkeit als Medienöffentlichkeit, 1979.

823 *Scherer*, Gerichtsöffentlichkeit als Medienöffentlichkeit, 1979, 177-178.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

richterlicher Befangenheit wäre somit kaum zu erbringen. Damit wäre im Ergebnis auch das Recht auf den gesetzlichen Richter verkürzt, weil die Befangenheitskategorien keinen ausreichenden Schutz dafür gewährleisten würden, dass der erkennende Richter innerlich neutral und unparteiisch ist.[824] Ferner erkennt auch der EGMR an, dass eine richterliche Meinungsäußerung Grund für berechtigte Zweifel an der richterlichen Unbefangenheit sein kann.[825] Würde Deutschland diese Befangenheitskategorie nicht mehr anerkennen, befände es sich daher ebenfalls im Widerspruch mit den Konventionsvorgaben.

(3) Vertrauen durch Zurückhaltung und Mäßigung in den Medien

Mit der Einhaltung der von der Rechtsprechung aus § 39 DRiG abgeleiteten Maßgaben manifestieren Richter, dass sie ihre persönlichen Ansichten zurückstellen können, was vermuten lässt, dass sie dies auch in ihrer Rechtsfindung können, zumal das Zurückhaltungs- und Mäßigungsgebot als Instrument der richterlichen Selbstdisziplinierung bewertet werden dürfte. Die Regulierung ihrer medialen Äußerungen und Handlungen führt Richtern nämlich vor Augen, welche rechtsstaatlichen Anforderungen die Rechtsordnung an ihre innere Haltung stellt. Innere Distanz, Objektivität und Neutralität sollen eine Rechtsfindung sicherstellen, die autonom, das heißt frei von Abhängigkeiten von den anderen Gewalten, der Gesellschaft oder inneren Wertvorstellungen und Ideologien ist.[826] Ohne diese Autonomie erlitte die Rechtsfindung einen Differenzierungsverlust.[827] Eine der Medienlogik folgende Selbstdarstellung würde das der Autonomie zugrundeliegende Streben nach Objektivität nicht verdeutlichen.[828] Daher bleibt das Zurückhaltungs- und Mäßigungsgebot ein wichtiger Leitfaden für die richterliche Medienpräsenz. Das Zurückhaltungs- und Mäßigungsgebot ist somit nicht mit *Bourdieu* als Ausdruck des Machtstrebens der Justiz,[829] sondern als Ausdruck des legitimen Interesses an der

824 *Jachmann-Michel*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 92. EL 2020, Art. 101 Abs. 1 S. 2 Rn. 85 ff.
825 S. Kap. 3, C. II. 1.
826 Vgl. zur Autonomie, *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1969, 59 ff.
827 Die Autonomie fußt auf der Ausdifferenzierung des Rechtssystems, ibid, 59 f.
828 Mit Bezugnahme auf rechtssoziologische und diskursanalytische Literatur, s. *van den Hoven*, International Journal for Court Administration, 7 (1), 2015, 18-26.
829 *Bourdieu*, Hastings Law Journal, 38, 1987, 814 ff.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bewahrung der inneren Unabhängigkeit und des öffentlichen Vertrauens in diese zu qualifizieren. Ein Machtstreben wäre damit nur verbunden, wenn die Richter in der Außendarstellung die Parameter medialer Berichterstattung annähmen, um den verfassungsrechtlich zugewiesenen Bereich der Judikative zu erweitern.[830]

Gerade für den Umgang mit den Medien wird dieses Gebot zur Zurückhaltung und Mäßigung wichtig, da es verhindern kann, dass die Medien über den Prozess der Selbstmedialisierung verhaltenslenkend auf das Rechtssystem einwirken können – ein Risiko, auf das die vorangegangene kommunikationswissenschaftliche Analyse aufmerksam gemacht hat. Angesichts der kommunikationswissenschaftlichen und psychologischen Erkenntnisse zur Darstellungslogik der Medien und der Wirkung sozialer Medien liegt die Annahme nahe, dass die individuelle Medienpräsenz von Richtern für die Bewahrung der inneren Unabhängigkeit in der öffentlichen Wahrnehmung problematisch sein kann. Eine personalisierte, popularisierte oder politisierte Darstellung kann einen Glaubwürdigkeitsverlust bewirken, vor allem wenn sich Richter, beispielsweise durch die Bestätigungslogik der sozialen Medien, dazu verleiten lassen, sich selbst nach diesen Parametern öffentlich in Szene zu setzen, wie es bei dem Richter der Fall war, der aufgrund seiner Facebook-Nutzung für befangen erklärt worden war.[831] Richter könnten zum Beispiel bei ihrer Darstellung in den Medien nicht hinreichend zwischen ihrem Richteramt und ihren persönlich-politischen Meinungen differenzieren, mit ihren Meinungsäußerungen selbst die Exklusivität des Gerichtsverfahrens in Zweifel ziehen oder die Offenheit für andere Weltanschauungen vermissen lassen. In dem Sinne stellt die individuelle Medienpräsenz von Richtern ein Risiko für das öffentliche Vertrauen in ihre innere Unabhängigkeit dar, weshalb es vor allem den Richtern selbst obliegt, bei der Interaktion mit den Medien darauf zu achten, die eigene Unabhängigkeit deutlich zu vermitteln und sich nicht an der Medienlogik auszurichten.

### dd) Zwischenfazit

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass das öffentliche Vertrauen in die innere Unabhängigkeit der Richter durch das Verhalten einzelner Richter in der Medienöffentlichkeit beeinträchtigt werden kann. Das Gebot richterlicher

830 *Meyer,* Mediokratie, 2001, 85.
831 S. hierzu Kap. 1, B.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zurückhaltung und Mäßigung hat deshalb trotz der demokratischen und rechtsstaatlichen Funktionen der Medienöffentlichkeit berechtigterweise Bestand, um dieses Risiko abzuwenden. Es hält Richter dazu an, den Eindruck, der ihr Umgang mit den Medien der Öffentlichkeit vermittelt, zu reflektieren und, sofern sie einen Amtsbezug herstellen, die Art und Weise ihrer Kommunikation am Richterbild des Grundgesetzes[832] und nicht an dem Ziel einer möglichst öffentlichkeitswirksamen Medienpräsenz auszurichten.

c) Bedeutung der Position des Richters

In § 39 DRiG wird keine Unterscheidung zwischen den Berufsrichtern getroffen. Das ist deshalb konsequent, weil das Zurückhaltungs- und Mäßigungsgebot dem Schutz des öffentlichen Vertrauens in die innere Unabhängigkeit dient. Würde hier differenziert, würde dies bedeuten, dass die Unabhängigkeit der Richter – jedenfalls der öffentlichen Erwartungshaltung nach – relativ ist, das heißt von Faktoren wie Position oder Ernennungsprozess des Richters bestimmt wird. Eine solche Interpretation ist mit dem Anknüpfungspunkt für das öffentliche Vertrauen, der inneren Unabhängigkeit gemäß Art. 97 Abs. 1 GG, schwerlich vereinbar. Denn Art. 97 Abs. 1 GG sieht keine Abstufungen von Unabhängigkeit vor. Folgerichtig wird beim Zurückhaltungs- und Mäßigungsgebot weder in Rechtsprechung noch Literatur zwischen den Berufsrichtern unterschieden. Auch Verfassungsrichtern wird keine strengere Zurückhaltung abverlangt, wenn sie politische Meinungen äußern. Denn „[d]as Grundgesetz und das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht setzen voraus, dass die Richter des Bundesverfassungsgerichts politische Auffassungen nicht nur haben, sondern auch vertreten und gleichwohl ihr Amt im Bemühen um Objektivität wahrnehmen".[833] Aus dieser Feststellung lässt sich ebenso wenig schlussfolgern, dass Verfassungsrichtern weniger Zurückhaltung abverlangt wird als anderen Richtern. Hierfür spricht zum einen, dass der vormals strenge Maßstab, den das BVerfG bei der Prüfung von Ablehnungsgesuchen gegen Verfassungsrichter wegen der Besorgnis der Befangenheit an-

832 BVerfG, Urt. v. 06.06.1988, NJW 1989, 93.
833 BVerfG, Beschl. v. 11.10.2011 - 2 BvR 1010/10 - Rn. 20.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

legte, inzwischen keine Erwähnung mehr findet.[834] Insofern kann hieraus keine Lockerung der Pflicht aus § 39 DRiG abgeleitet werden. Zum anderen lässt sich anführen, dass eine politische Meinungsbekundung für die Verfahren von Richtern der Fachgerichtsbarkeit regelmäßig nicht entscheidungserheblich sein wird, weshalb eine im Vergleich mit den Verfassungsrichtern weitergehende Einschränkung ihrer Meinungsfreiheit der Prüfung der Verhältnismäßigkeit vermutlich nicht Stand halten würde. Schließlich hat die Position der Verfassungsrichter keine Auswirkung auf die individuelle oder funktionale Bedeutung ihrer Meinungsbekundungen, sodass die von § 39 DRiG vorausgesetzten Rechtsgüterabwägung für öffentliche Äußerungen von Verfassungsrichtern auch deshalb nicht anders ausfällt als für andere Berufsrichter.

### III. Weitere Verfahrens- und Persönlichkeitsrechte als Grenzen der Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung

Hinsichtlich weiterer Elemente eines rechtsstaatlichen Verfahrens ist zu unterscheiden zwischen den Rechtsgütern, die dem Schutz der Integrität des Prozesses – seiner Funktionstüchtigkeit und der Verfahrensrechte – dienen, und den Rechtsgütern, die primär im Dienst des Persönlichkeitsschutzes der Verfahrensbeteiligten stehen. Zunächst zur ersten Gruppe von Rechtsgütern: Die ungestörte und unbeeinflusste Rechts- und Wahrheitsfindung dienen der Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege. Sie sind eine Ausprägung des fairen Verfahrens gemäß Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG.[835] Das BVerfG erkannte diese Rechtsgüter sowohl inner- als auch außerhalb der Verhandlung als der Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung gegenläufige Belange an.[836]

Hierunter subsumierte es zum einen die potentielle Einflussnahme der Medienöffentlichkeit auf das Aussageverhalten von Angeklagten und Zeu-

834 S. zuletzt BVerfG, Beschl. v. 11.10.2011 - 2 BvR 1010/10. Den strengen Befangenheitsmaßstab trotzdem weiterhin als aktuell bezeichnend, *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. 2018, Rn. 74a.

835 S. BVerfG, Beschl. v. 19.12.2007 - 1 BvR 967/05 und BVerfG, Beschl. v. 31.07.2014 - 1 BvR 1858/14.

836 BVerfG, Urt. v. 24.01.01, BVerfGE 103, 44 (64, 68-69); BVerfG, Beschl. v. 31.07.2014 -1 BvR 1858/14 -, Rn. 11 ff.; BVerfG, Beschl. v. 14.07.1994, BVerfGE 91, 125 (134 ff.).



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gen.[837] Die Bereitschaft von Zeugen, zum eigenen Fehlverhalten auszusagen, wird durch die Anwesenheit der Presse potentiell beeinträchtigt.[838] Das trifft vor allem im Strafprozess zu, in dem Zeugen mitunter sehr private einschließlich unehrenhafter Umstände preisgegeben müssen.[839] Die Sorge vor der medialen Offenlegung und Besprechung privater Tatsachen mag bewirken, dass Bürger einen Prozess gar nicht erst anstrengen oder Verfahrensbeteiligte sich im Prozess zurückhalten oder von bestimmten Verteidigungsmitteln Abstand nehmen.[840] Ferner könnten Verfahrensbeteiligte ihr Verhalten danach ausrichten, was in den Medien als gesellschaftliche Erwartung formuliert wird.[841] Außerhalb der Verhandlung könne die Medienöffentlichkeit zu Konzentrationsschwierigkeiten im anschließenden Verfahrensverlauf führen.[842] Durch diese Gegebenheiten wird die Wahrheitsfindung verfälscht. Im Gegensatz zur einfachen Saalöffentlichkeit steigern Presse und Rundfunk die Öffentlichkeitswirksamkeit von Verhalten und Aussagen der Verfahrensbeteiligten. Die Öffentlichkeitswirksamkeit erhöht den Verhaltensdruck, da dadurch potentiell die gesamte soziale Umwelt des Verfahrensbeteiligten von seiner Verfahrensrolle und Aussage Kenntnis erlangt. Folglich hat die Medienöffentlichkeit eine stärkere Auswirkung auf die Beteiligten. Da das Fernsehen die Aufmerksamkeit der größten Anzahl von Personen generiert und zugleich über Bild und Ton berichtet, erhöht dieses Medium den Druck auf die Verfahrensbeteiligten weiter. Ihm kommt laut BVerfG eine besonders intensive verhaltenshemmende und -übersteigernde Wirkung zu.[843]

Die ungestörte Rechts- und Wahrheitsfindung sind gemäß §§ 176 f. GVG als Schutzgüter anerkannt.[844] Eine Störung bedeutet, dass sich weder Richter noch Verfahrensbeteiligte auf das Verfahren konzentrieren können und sie dadurch im Falle der Verfahrensbeteiligten in der Wahrnehmung ihrer Rechte oder im Falle des Richters in der Verfahrensführung beeinträchtigt

837 BVerfG, Urt. v. 24.01.01, BVerfGE 103, 44 (68-69); s. a. *Kissel/Mayer*, GVG Kommentar, 10. Aufl. 2021, § 169 Rn. 15-16.
838 BGH, Urt. v. 23.05.1956, BGHSt 9, 280 (283); *Kissel/Mayer*, GVG Kommentar, 10. Aufl. 2021, § 169 Rn. 16.
839 Hierzu schon BVerfG, Beschl. v. 16.04.1999 - 1 BvR 622/99 - Rn. 28.
840 Vgl. *Kissel/Mayer*, GVG Kommentar, 10. Aufl. 2021, § 169 Rn. 15.
841 BVerfG, Beschl. v. 16.04.1999 - 1 BvR 622/99 - Rn. 28; BVerfG, Urt. v. 24.01.2001, BVerfGE 103, 44 (70).
842 BVerfG, Beschl. v. 31.07.2014 - 1 BvR 1858/14 -, Rn. 21.
843 BVerfG, Beschl. v. 19.12.2007, BVerfGE 119, 309 (325, 328).
844 BVerfG, Beschl. v. 06.02.1979, BVerfGE, 50, 234 (241); *Diemer*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum GVG, 7. Aufl. 2013, § 176 Rn. 1; *Kissel/Mayer*, GVG Kommentar, 10. Aufl. 2021, § 176 Rn. 1.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sind. Eine besondere Störquelle stellen die Pressevertreter selbst nicht dar, sofern sie sich nicht störend verhalten. Der Rundfunk wird hingegen wegen der Kameraführung und der besonderen Bedingungen, derer er bedarf, als eine Mehrbelastung für die Verfahrensführung gewertet. Bei der Eröffnung des Verfahrens, so das BVerfG, können vom Verhalten des Publikums oder von einzelnen Verfahrensbeteiligten Störungen ausgehen, die durch die Präsenz des Rundfunks verstärkt würden.[845] In allen Verfahrensabschnitten könne die Verhandlungsleitung erschwert werden, soweit sie auch die verfahrensfremden Interessen der Medien berücksichtigen müsse.[846] Die Störungen des Verfahrensablaufs durch die Anwesenheit und die Tätigkeiten der Mitglieder eines Kamerateams beeinträchtigten insbesondere durch das Aufstellen und Bedienen von Aufnahmegeräten die ungestörte Rechtsfindung.[847]

Der Grundsatz des fairen Verfahrens[848] verlangt ferner, dass die verfassungsrechtlich geschützten Rechte und Interessen sämtlicher Beteiligter im Gerichtsverfahren bestmöglich zur Geltung kommen.[849] Im Übrigen ist das faire Verfahren in großem Umfang auf gesetzgeberische Konkretisierung angewiesen.[850] Als rechtsstaatliches Minimum ist jedenfalls zu fordern, dass das Gericht den Beteiligten ausreichende Möglichkeiten zur Wahrnehmung ihrer Rechtsposition einräumt; sie dürfen nicht zum Objekt des staatlichen Verfahrens gemacht werden.[851] Das BVerfG hat hierunter beispielsweise das Recht auf eine wirksame Verteidigung, die Gewährung effektiven Rechtsschutzes sowie das Gebot der Waffengleichheit sub-

845 BVerfG, Urt. v. 24.01.01, BVerfGE 103, 44 (69-70).
846 BVerfG, Urt. v. 24.01.01, BVerfGE 103, 44 (70).
847 BVerfG, Urt. v. 24.01.2001, BVerfGE 103, 44 (69).
848 Entwickelt in Anknüpfung an Art. 2 Abs. 1 GG: BVerfG, Beschl. v. 26.05.1981, BVerfGE 57, 250 (275); BVerfG, Urt. v. 12.04.1983, BVerfGE 63, 380 (390 f.); BVerfG, Urt. v. 26.04.1988, BVerfGE 78, 123 (126), BVerfG, Urt. v. 24.01.2001, BVerfGE 103, 44 (64); BVerfG, Beschl. v. 04.05.2004, BVerfGE 110, 339 (342). *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 202.
849 *Schilken*, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aulf. 2007, Rn. 109 mwN.
850 BVerfG, Urt. v. 12.01.1983, BVerfGE 63, 45 (61); BVerfG, Beschl. v. 08.10.1985, BVerfGE 70, 297 (308 f.); BVerfG, Beschl. v. 03.06.1992, BVerfGE 86, 288 (317 f.).
851 BVerfG, Urt. v. 12.01.1983, BVerfGE 63, 45 (61); BVerfG, NJW 2001, 2245, 2246; *Schilken*, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 112 mwN.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

sumiert.[852] Auch diese Rechte können unter der Verhaltensbeeinflussung von Parteien und Zeugen oder aber unter einer dem medialen Druck angepassten Verfahrensführung des Richters leiden.[853]

In der zweiten Gruppe von Rechtsgütern befinden sich die Persönlichkeitsrechte der Verfahrensbeteiligten gemäß Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG. Im Gerichtsverfahren genießen Verfahrensbeteiligte gemäß §§ 170 ff. GVG einen besonderen Persönlichkeitsschutz.[854] In der Rechtsgüterabwägung mit der Pressefreiheit kommt den Persönlichkeitsrechten ein besonderes Gewicht zu, sofern sie Interessen gemäß § 171 b GVG betreffen.[855] Die besondere Schutzbedürftigkeit der Persönlichkeitsrechte folgt daraus, dass die Verfahrensbeteiligten durch das Verfahren gezwungen werden, persönliche Informationen öffentlich preiszugeben, ohne dass sie sich selbst damit in die Öffentlichkeit begeben hätten. Presse und Rundfunk bergen in dieser Hinsicht aufgrund ihrer Breitenwirkung besonderes Gefahrenpotential in sich. Die neuen Medien haben aufgrund der dauerhaften Verfügbarkeit der dort präsentierten Bilder und Informationen ein für den Persönlichkeitsschutz spezifisches Risiko.

Die Persönlichkeits- und Verfahrensrechte setzen sowohl der passiven als auch der aktiven Medienöffentlichkeit Grenzen. Sie können nämlich sowohl durch die Präsenz der Medien im Gerichtssaal und die Berichterstattung als auch durch die öffentliche Bekanntmachung von bestimmten Tatsachen im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit der Justiz oder von individuellen Stellungnahmen einzelner Richter beeinträchtigt werden, wenn dadurch der Ehranspruch der Verfahrensbeteiligten verletzt oder die sach-

852 S. *Dreier*, in: id. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Auflage 2013, Art. 2 Rn. 39 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung. Zur Waffengleichheit, s. BVerfG, Beschl. v. 08.10.1974, BVerfGE 38, 105 (111). Das Verhältnis vom Recht auf ein faires Verfahren und anderen Prozessgrundrechten ist nicht abschließend geklärt. Teils wird ersteres als zentrales Prinzip verstanden, teils wird es als Auffanggrundrecht begriffen, das hinter den speziellen Verfahrensgrundrechten zurücksteht – zu dieser Diskussion, s. *Schilken*, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 110 f. mwN.

853 Hierzu *Schilken*, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 114, 165, der dies jedoch zum Teil unter das speziellere Recht auf rechtliches Gehör subsumiert, ibid., was allerdings kaum überzeugt, s. zur Abgrenzung vom fairen Verfahren und dem Recht auf rechtliches Gehör, Di Fabio, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 93. EL 2020, Art. 2 Rn. 73.

854 BVerfG, Urt. v. 24.01.2001, BVerfGE 103, 44. S. *v. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 81 f. Im Dienst des Persönlichkeitsschutzes hat der Gesetzgeber die Möglichkeiten des Ausschlusses der Öffentlichkeit im Rahmen von § 172 GVG erweitert.

855 S. BVerfG, Beschl. v. 19.12.2007, BVerfGE 119, 309 (322).



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gemäße Durchführung eines laufenden Verfahrens beeinträchtigt, verzögert oder gar gefährdet wird.[856]

## IV. Gefährdung des gesellschaftlichen Institutionen- und Systemvertrauens in die Gerichte

Immer wieder finden sich kritische Äußerungen in der Literatur zu einer medialen Personen- und Institutionenkritik an der Rechtsprechung und ihrer Organe.[857] Das liegt an der Befürchtung, dass hierdurch das Vertrauen in die das Wahlvolk repräsentierenden Staatsgewalten und deren Organe und damit das Fundament der Demokratie gefährdet werden könnte. Dieses Risiko birgt vor allem die Medienöffentlichkeit, da sie den Prozess der öffentlichen Meinungsbildung gestaltet und sich der einzelne Bürger mit Blick auf die öffentlichen Debatten seine eigene Meinung bildet.[858] Hinzu tritt die soeben rezipierte Problematik, dass eine verzerrte mediale Darstellung staatlicher Entscheidungen zum öffentlichen Vertrauensverlust in die Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege, vor allem der Unabhängigkeit der Richter, führen kann. Diese Problematik wird umso gravierender, je mehr Medienvertreter aufgrund der engen Verbindung zu den politischen Staatsgewalten die Vertreter dieser Gewalten mit ihrer Kritik an der Dritten Gewalt zu Wort kommen lassen. Die Dritte Gewalt ist in einer strukturell unterlegenen Lage, weil Gerichte bzw. Richter aufgrund der notwendigen Bewahrung ihrer Unabhängigkeit und Unparteilichkeit auch im öffentlichen Raum auf derartige Fehldarstellungen nicht adäquat, das heißt nicht in gleich überzeugender, öffentliche Aufmerksamkeit generierender Weise reagieren können. Es entsteht ein kommunikatives Ungleichgewicht. Dieses macht die Rechtsprechung strukturell angreifbar. Mittelfristig gefährdet ein öffentlicher Vertrauensverlust in die Dritte Staatsgewalt ihre Funktionsfähigkeit, wenn Bürger infolgedessen Gerichte nicht

856 Vgl. zur Informations- und Öffentlichkeitsarbeit, § 4 Abs. 2 LPG; s. a. *v. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 503.

857 S. hierzu den Band Schuppert/Bumke (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, 2000, in dem die Kritik am BVerfG ein wesentlicher Grund zur Zusammenstellung der beinhalteten Beiträge war, s. die Einführung, 7 und *Schulze-Fielitz*, in diesem Band, 111, 144 sowie ibid, AöR 122 (1997), 1, 29 f. mwN.

858 So jedenfalls die verfassungsgerichtliche Annahme, BVerfG, Teilurt v. 05.08.1966, BVerfGE 20, 162 (174-175).



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mehr anrufen oder aber deren Urteile nicht befolgen; langfristig gefährdet er das Fundament von Rechtsstaat und Demokratie.

Der EGMR berücksichtigt diesen Aspekt im Rahmen des in Art. 10 Abs. 2 EMRK verankerten Belangs der Autorität der Richterschaft. Dieser erfasst nicht nur die tatsächliche Funktionsfähigkeit der Justiz als Schutzgut, sondern auch die *öffentliche Vorstellung*, dass die Gerichte das geeignete Forum für die Beilegung von Rechtsstreitigkeiten und für die Feststellung der Schuld oder Unschuld einer Person in Bezug auf eine strafrechtliche Anklage sind sowie den *öffentlichen Respekt* vor der Fähigkeit der Gerichte, diese Funktion zu erfüllen, und das *Vertrauen* in diese Fähigkeit.[859] Laut EGMR dient dieser Belang dem in Art 6 EMRK verbürgten Recht auf ein faires Verfahren.[860] Eine später näher behandelte Fallgruppe,[861] in der dieser Belang in der Rechtsprechung des Gerichtshofs bisher relevant geworden ist, ist die öffentliche Anmaßung der Rechtsprechung im Rahmen von verfahrensbegleitenden Pressekampagnen. Hier, führt der EGMR aus, gelte es, die gerichtliche Autorität vor dem öffentlichen Eindruck zu schützen, dass die Medien die Entscheidungshoheit innehätten (*trial by media*).[862]

In Deutschland ist weder der in der EMRK verbürgte Belang der Autorität der Richterschaft als solcher verfassungsgerichtlich anerkannt, noch ist der mit diesem korrespondierende verfassungsrechtlich anerkannte Belang der Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege, noch der Belang des fairen Verfahrens vom BVerfG dahingehend ausgelegt worden, dass er auch das öf-

859 S. *Worm gg. Österreich*, Urt. v. 29.08.1997, Nr. 22714/93, § 40. Das hiesige Autoritätsverständnis ist von demjenigen abzugrenzen, das eine dem politischen Prozess enthobene Autorität bezeichnet. Dieses Verständnis kommt aus dem Montesquieu'schen Staatsdenken, während die Auslegung des EGMR der englischen Rechtstradition entspricht, die sich in den Contempt-of-Court-Regeln niederschlägt; vgl. CM/Rec(2010)12, § 13.

860 In *Worm gg. Österreich*, Urt. v. 29.08.1997, Nr. 22714/93, § 40 schreibt der EGMR daher, dass der Belang der Autorität der Richterschaft im Zusammenhang mit Art. 6 EMRK zu interpretieren sei.

861 S. u. Kap. 3, B. I. 1. b) aa).

862 *Worm gg. Österreich*, Urt. v. 29.8.1997, Nr. 22714/93, § 54; *The Sunday Times gg. VK* (No. 1), Urt. v. 26.04.1979, Nr. 6538/74, § 63. Ähnlich *Kissel/Mayer*, GVG Kommentar, 10. Aufl. 2021, § 169 Rn. 87, die schreiben, dass „nicht der Anschein erweckt werden sollte, auf das Gericht in einem laufenden Verfahren Druck in eine bestimmte Richtung ausüben zu wollen"; vgl. a. *Schilken*, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 165.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fentliche Vertrauen in den Bestand dieser Rechtsgüter schützt.[863] Relevant würde dieser Belang für die deutsche Rechtsordnung, wenn seine Abwesenheit vom EGMR als Verletzung von Art. 6 EMRK eingestuft würde. Dies ist bisher jedoch nicht der Fall. Stattdessen wäre die Abwesenheit dieses Belangs in der deutschen Rechtsordnung wohl eher als Verzicht auf die Rechtfertigungsmöglichkeit einer konventionskonformen Einschränkung der Pressefreiheit gemäß Art. 10 Abs. 2 EMRK zu qualifizieren. Ausgeschlossen ist die Anerkennung dieses Belangs nicht. Wie soeben erläutert betrifft der Vertrauensverlust in die Funktionsfähigkeit einer Justiz, die ein faires Verfahren gewährleisten kann, langfristig auch die Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege selbst. Aufgrund dieses Zeithorizonts und der tatbestandlichen Unbestimmtheit bestehen jedoch Bedenken, diesen Belang in einer Rechtsgüterabwägung der Presse- oder Rundfunkfreiheit gleichwertig gegenüberzustellen. Angesichts der kommunikationswissenschaftlichen Erkenntnisse, dass die Medien die Autonomie des Justizsystems in Zweifel ziehen und damit das öffentliche Vertrauen in dessen Funktionsfähigkeit potentiell beeinträchtigen können, sowie in Anbetracht der erheblichen Risiken, die ein solcher Vertrauensverlust für die tatsächliche Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege und damit für Rechtsstaat und Demokratie birgt, soll in den folgenden Kapiteln trotzdem reflektiert werden, wie sich die Berücksichtigung dieses Belangs in der deutschen Rechtsordnung auswirken könnte.

## V. Zwischenfazit: Ambivalenz der Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung

Die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung findet nicht nur ihre Rechtfertigung im Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip, sie findet darin auch ihre Begrenzung. Eine „Überöffentlichkeit" der Gerichte und Richter sowie der Interessen der Verfahrensbeteiligten droht die öffentliche Meinungsbildung und den demokratischen Diskurs zu verzerren und zu verengen. Auch die richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit sowie weitere Verfahrensrechte sind von der Medienöffentlichkeit betroffen. Die Besonderheit der Medienöffentlichkeit ist, dass sie gesellschaftlichen Ursprungs ist. Das stellt die deutsche Rechtsordnung vor eine neue Heraus-

863 Vgl. aber *Kissel/Mayer*, GVG Kommentar, 10. Aufl. 2021, Einleitung, Rn. 227, § 169 Rn. 87 und *Schilken*, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 114, die Aspekte dieses Belangs aufnehmen.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

forderung, nämlich erstens, ob diese als potentiell unzulässige Einflussquelle der Unabhängigkeit und damit auch der Unparteilichkeit anzusehen ist oder nicht, und zweitens, ob die Verfahrensbeteiligten vor dem Einfluss der Medien zu schützen sind. Das wurde an dieser Stelle – unter Berücksichtigung des *ntv*-Urteils und der Folgerechtsprechung – bejaht. Schließlich zeigt sich, dass die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung das Vertrauen in die Justiz und deren gesellschaftliche Akzeptanz nicht nur fördern, sondern durch eine fehlgeleitete Richteröffentlichkeit, Fehlberichterstattung und eine heftige Institutionen- und Richterkritik gleichermaßen schwächen kann. Damit ist die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung auch als ein der in der öffentlichen Meinungsbildung und im demokratischen Diskurs zum Ausdruck kommenden Volkssouveränität und der fairen und funktionsfähigen Rechtsprechung potentiell gegenläufiger Belang identifiziert worden.

## C. Ausgleich der kollidierenden Rechtsgüter

Das Verhältnis der Medienöffentlichkeit zur Rechtsprechung ist ambivalent. Die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung ist grundrechtlich weitgehend verankert und stellt sich als demokratisches und rechtsstaatliches Gebot dar. Mit den Belangen des fairen Verfahrens, der Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege einschließlich der ungestörten und unbeeinflussten Rechts- und Wahrheitsfindung und der Persönlichkeitsrechte der Verfahrensbeteiligten gerät die Medienöffentlichkeit allerdings potentiell in Konflikt. Damit die Medienöffentlichkeit sich nicht in das Gegenteil ihrer demokratisch und rechtsstaatlich angeleiteten Zielrichtung verkehrt, ist sie mit diesen Rechtsgütern im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.[864]

Der Gesetzgeber trifft diesen Ausgleich, indem er beim Eingriff in die Informations- und Kommunikationsfreiheiten durch allgemeines Gesetz das Gebot der Verhältnismäßigkeit wahrt und im Rahmen dessen eine an-

---

864 Auf das Prinzip der praktischen Konkordanz wird hier nicht zurückgegriffen, da dies nach h.M. nur bei vorbehaltlosen Grundrechten Anwendung findet, s. *Schladebach*, Der Staat 2014, 263 (270) mwN. Wohl eher zur praktischen Konkordanz tendierend, *v. Coelln*, Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 219 („schonender Ausgleich"). Indes folgt aus der Wechselwirkungslehre eine an der praktischen Konkordanz der Rechtsgüter orientierte Rechtsgüterabwägung, s. *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 93. EL 2020, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 145.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gemessene Rechtsgüterabwägung durchführt. Im Rahmen der passiven Medienöffentlichkeit müssen die Kommunikationsgrundrechte und die Informationsfreiheit mit den ihnen gegenüberstehenden Rechtsgütern – dem fairen Verfahren, Art. 20 Abs. 3 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG, sowie der ungestörten und unbeeinflussten Rechts- und Wahrheitsfindung als Teil der Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege[865] und den Persönlichkeitsrechten der Verfahrensbeteiligten einschließlich der Unschuldsvermutung – im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung in Einklang gebracht werden.[866] Für die individuelle Medienpräsenz der Richter erfolgt die Rechtsgüterabwägung anders, da hier nicht die Medien selbst, sondern die Richter in ihrem Verhalten reguliert werden, sodass sich die Frage stellt, ob die Meinungsfreiheit der Richter durch § 39 DRiG in einem angemessenen Maß eingeschränkt wird. Hinter § 39 DRiG steht das Schutzgut des Vertrauens in die innere Unabhängigkeit, womit im Rahmen der Angemessenheit zwischen richterlicher Meinungsfreiheit und dem Vertrauen in die richterliche Unabhängigkeit abgewogen wird. Die Informations- und Öffentlichkeitsarbeit ist im Rahmen der diese begrenzenden Rechtsgüter, das heißt der Volkssouveränität, der Gewaltenteilung, der richterlichen Unabhängigkeit, des fairen Verfahrens und der Persönlichkeitsrechte der Verfahrensbeteiligten auszugestalten. Sofern eine Veröffentlichung in äquivalenter Weise zu einem Grundrechtseingriff in Persönlichkeits- oder Verfahrensrechte eingreift, bedarf es ebenfalls einer Rechtsgüterabwägung zwischen dem öffentlichen Informationsinteresse und den Belangen des betroffenen Verfahrensbeteiligten.[867]

Bei der Normauslegung durch die Fachgerichte ist stets die Bedeutung der Kommunikationsgrundrechte für die freiheitlich-demokratische Grundordnung zu berücksichtigen, indem die diese Rechte beschränkenden Gesetze ihrerseits im Licht der Kommunikationsfreiheiten auszulegen und gegebenenfalls in ihrer diese begrenzenden Wirkung einzuschränken sind.[868] Bei der gesetzeskonkretisierenden Normanwendung ist unter Be-

865 BVerfG, Urt. v. 24.01.2001, BVerfGE 103, 44 (64).

866 BVerfG, Beschl. v. 03.11.1987, BVerfGE 77, 240 (253); *Detterbeck*, in: Sachs, GG Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 19.

867 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.06.2002, BVerfGE 105, 252 (273).

868 Zur sog. Wechselwirkungslehre, s. die st. Rspr. BVerfG, Urt. v. 15.01.1958, BVerfGE 7, 198 (208 f.); BVerfG, Teilurt. v. 05.08.1966, BVerfGE 20, 162 (177); BVerfG, Beschl. v. 13.01.1982, BVerfGE 59, 231 (265); BVerfG, Beschl. v. 03.12.1985, BVerfGE 71, 206 (214); BVerfG, Beschl. v. 13.02.1996, BVerfGE 94, 1 (8); BVerfG, 12.03.2003, BVerfGE 107, 299 (331 f.); BVerfG, Beschl. v.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rücksichtigung aller Gesichtspunkte des Einzelfalls ein Ausgleich zwischen den widerstreitenden Rechtsgütern zu suchen.[869]

Bei der Rechtsgüterabwägung werden die konfligierenden Rechtsgüter gewichtet.[870] Das Gewicht, mit dem die Rechtsgüter in die Rechtsgüterabwägung einfließen, ergibt sich auch aus den die Rechtsgüter jeweils bestärkenden Staatsstrukturprinzipien. Diese hinter den Belangen stehenden Prinzipien werden selbst nicht abgewogen, sondern nur für die jeweilige Rechtsgutsauslegung und -gewichtung herangezogen. Dies gilt auch für die Unabhängigkeitsgarantie, die - hinter dem Belang der unbeeinflussten Rechtsfindung, dem Recht auf einen gesetzlichen Richter sowie § 39 DRiG stehend – als funktionsbezogene Garantie[871] inzident in die Abwägung eingestellt wird. Das ist deshalb von Bedeutung, weil die Abwägungsfähigkeit des Kerns der Unabhängigkeitsgarantie – der Rechtsfindung – nicht unumstritten ist.[872] Auch bei der Frage, wie der staatliche Schutzauftrag auszugestalten ist, um ein faires Verfahren und die unbeeinflusste Rechts-

---

04.11.2009, BVerfGE 124, 300 (332 f.); BVerfG, Beschl. v. 28.11.2011 - 1 BvR 917/09 -, NJW 2012, 1273, 1274. Sie ist eine besondere Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips und des Grundsatzes der verfassungskonformen Auslegung, *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 93. EL 2020, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 139.

869 Zu der Erstreckung der Wechselwirkungslehre auf die Ebene der Normanwendung und ihrer Besonderheiten, s. *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 93. EL 2020, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 139, 145-146 mwN.

870 S. *Dreier*, in: id. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. 2013, Vorbemerkungen vor Art. 1 Rn. 149: die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne fordert nämlich einen „angemessenen Ausgleich zwischen der Schwere der grundrechtlichen Beeinträchtigung und der Bedeutung des mit der Maßnahme verfolgten öffentlichen Belange".

871 Vgl. *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG Kommentar, 92. EL 2020, Art. 97 Rn. 4 funktionsbezogene Gewährleistung oder fremdnützige Institutsgarantie; *Schulze-Fielitz* in: Dreier (Hrsg.), GG Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 17: „funktionales Privileg." *Mager*, Einrichtungsgarantien, 2003, 365 ff., stuft die richterliche Unabhängigkeit nicht als Institutsgarantie ein.

872 Die Rechtsfindung und die ihr dienenden Sach- und Verfahrensentscheidungen unterliegen nur im Ausnahmefall der Dienstaufsicht: als Dienstgericht des Bundes, BGH, Urt. v. 23.10.1963, BGHZ 42, 163 (169), NJW 1964, 2415; BGH, Urt. v. 16.09.1987, NJW 1988, 421, 422 f. *V. Coelln* macht die Abwägungsfähigkeit des Kerns der Unabhängigkeitsgarantie davon abhängig, ob es um einen Eingriff der Staatsgewalten oder gesellschaftlicher Kräfte geht. In ersterem Fall sei er nicht, in letzterem Fall sei er abwägungsfähig, id., Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt, 2005, 209. So auch *Schütz*, Der ökonomisierte Richter, 2005, 236 ff. Er knüpft allerdings an der inneren Unabhängigkeit an, ibid, 244 ff.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

findung sicherzustellen, ist eine Abwägung mit dem Kern der richterlichen Unabhängigkeit nicht erforderlich. Die Beeinträchtigung der Rechtsfindung ist nämlich gerade die maßgebliche Schwelle für das staatliche Untermaßverbot, deren Realisierung der Staat mit seinen Regularien abzuwenden hat.

### *D. Fazit*

Die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung, so wird deutlich, ist kein eindimensionales Phänomen. Sie umfasst nicht nur verschiedene Bereiche der Rechtsprechung, sondern sie wirft eine Vielzahl von Grundrechtskollisionen auf, die ferner vor dem Hintergrund teils widerstreitender, sich aber teilweise auch ergänzender Staatsstrukturprinzipien stehen. Im Folgenden sollen diese Bereiche näher beleuchtet werden: der Zugang von Fernsehen und neuen Medien zum Gerichtsverfahren, die Gerichtsberichterstattung, die Fragen der Urteils-, Richter- und Institutionenkritik aufwirft, und die individuelle Medienpräsenz von Richtern. In allen Bereichen soll die in den bestehenden Regelungen getroffene Rechtsgüterabwägung unter Berücksichtigung der vorangegangenen Ausführungen kritisch analysiert werden.

---

Teils wird eine verfassungsunmittelbare Schranke aus Art. 97 GG abgeleitet und die Unabhängigkeitsgarantie direkt in die Abwägung eingestellt, s. *Detterbeck*, in: Sachs (Hrsg.), GG Kommentar, 8. Aufl. 2018, Art. 97 Rn. 19; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG Kommentar, Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 97 GG, Rn. 46.



https://doi.org/10.5771/9783748921899-60, am 12.10.2024, 08:42:24
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb