

Justiz und Massenmedien

Kontrollierende oder kontrollierte Medienöffentlichkeit?

*Joachim Scherer *)*

Zur Problemstellung

- I. Der Grundsatz der »Gerichtsöffentlichkeit«:
Verfahrensprinzip oder Informationsanspruch?
 1. Historische Prämissen
 2. Die Konfliktlagen
- II. Justiz und Presse im angloamerikanischen Recht
 1. *Contempt by publication* im englischen Recht
 - a) Entstehung als Legendenrecht
 - b) "Scandalising the court"
 - c) Schutz des »fairen Verfahrens«
 2. *Contempt by publication* im amerikanischen Recht
 - a) Einschränkungen des *contempt by publication*
 - b) Faires und öffentliches Verfahren
 - c) "Gag orders" anstatt *contempt*?
 - d) Kontrolle durch Medien
- III. Justiz und Presse in der Bundesrepublik
 1. Vertrauensstabilisierung statt Kontrolle
 2. *Contempt* in der Bundesrepublik?
- IV. Testfall Persönlichkeitsrecht
 1. Das *Lebach*-Urteil des Bundesverfassungsgerichts
 2. Die *Cox Broadcasting*-Entscheidung des U.S. Supreme Court
- V. Zu den Bedingungen der Funktionsunterschiede
 1. Konzeptionen von Meinungsfreiheit
 2. Konzeptionen von unabhängiger Entscheidungsfindung
 3. Autoritätsstrukturen und Öffentlichkeitsprinzip

*) LL.M. (Columbia), Wiss. Assistent an der Universität Frankfurt.

Abkürzungen: ABAJ = American Bar Association Journal; AcP = Archiv für die civilistische Praxis; AfP = Archiv für Presserecht; AöR = Archiv des öffentlichen Rechts; BGBl. = Bundesgesetzblatt; BGH(St) = Bundesgerichtshof (Entscheidungen in Straf-

Zur Problemstellung

Das Prinzip der Gerichtsöffentlichkeit, in Art. 6 Abs. 1 der Menschenrechtskonvention verankert¹⁾, wirft in unterschiedlichen Rechtssystemen ähnliche Probleme auf²⁾. Trotz nationaler und internationaler Vereinbarungen und Deklarationen³⁾ und unabhängig von der Rigidität der Beschränkungen, denen die Gerichtsberichterstattung durch Massenmedien unterworfen wird⁴⁾, besteht allenthalben ein »Spannungsverhältnis« zwischen Justiz und Massenmedien⁵⁾.

sachen); BVerfG(E) = Bundesverfassungsgericht (Entscheidungen); Col. Journalism Rev. = Columbia Journalism Review; DRiG = Deutsches Richterrecht; DRiZ = Deutsche Richterzeitung; FS = Festschrift; GA = Goldammer's Archiv für Strafrecht; GG = Grundgesetz; GVG = Gerichtsverfassungsgesetz; JöR = Jahrbuch des öffentlichen Rechts; Journ.Q. = Journalism Quarterly; JuS = Juristische Schulung; JZ = Juristenzeitung; L.J. = Law Journal; L.Q. = Law Quarterly; L.Q.R. = Law Quarterly Review; L.Rev. = Law Review; m.w.N. = mit weiteren Nachweisen; NJW = Neue Juristische Wochenschrift; OLG = Oberlandesgericht; PVS = Politische Vierteljahresschrift; RabelsZ = Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht; RGSt = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen; Rn. = Randnummer; StGB = Strafgesetzbuch; StPO = Strafprozeßordnung; ZPO = Zivilprozeßordnung.

¹⁾ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. 1954 II, 14; hierzu ausführlich Sprenger, Der Ausschluß der Öffentlichkeit des Strafverfahrens zum Schutz der Privatsphäre des Angeklagten (1975), S. 28 ff.

²⁾ Vgl. die Länderberichte in Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale (Hrsg.), Les Problèmes Posés par la Publicité Donnée aux Actes Criminels et aux Procédures Penales (1961), S. 23–90 und 91–158; siehe auch die Protokolle des VIII. Internationalen Strafrechtskongresses: Association Internationale de Droit Penal (Hrsg.), Actes du VIII^e Congrès International de Droit Penal (1965), vor allem S. 627 ff.

³⁾ Für die Bundesrepublik »gilt« der am 19. 9. 1973 vom Deutschen Presserat beschlossene »Pressekodex« (abgedruckt in AfP 1973, 519). In den USA hat die American Bar Association nach einer großangelegten empirischen Studie der Konflikte von Justiz und Presse einen Verhaltenskodex insbesondere für Anwälte und Gerichte verabschiedet: ABA Project on Standards for Criminal Justice (Hrsg.), Standards Relating to Fair Trial and Free Press (1968) (im folgenden zit. als Reardon-Report, siehe unten bei Anm. 105 ff.). Sechs Jahre später hatten die Anwaltsvereinigungen und Presseverbände in 23 Bundesstaaten freiwillige Abkommen zur Gerichtsberichterstattung geschlossen. Vgl. hierzu Fair Trial/Free Press Voluntary Agreements, hrsg. von ABA Legal Advisory Committee on Fair Trial and Free Press (1974).

⁴⁾ Insbes. ist hier an Großbritannien gedacht; zur Rechtslage siehe P. A. Schweizer, Der Schutz der Rechtsverwirklichung im angelsächsischen Rechtskreis (1973), insbes. S. 44 ff., 108 ff.; vgl. auch U. Rubens-Larmann, Die Gerichtsberichterstattung im englischen Recht unter vergleichender Betrachtung des deutschen Rechts (1969).

⁵⁾ Hierzu, bezüglich der Situation in der Bundesrepublik, Reynolds (Hrsg.), Justiz und Öffentlichkeit (1966). Illustrativ zur Debatte in den USA Simons/Califano, The Media and the Law (1976), insbes. S. 6 ff., sowie A. Friendly/R. L. Goldfarb,

Gerichtsöffentlichkeit ist heute überwiegend⁶⁾ als Medienöffentlichkeit, d. h. durch Massenmedien vermittelte Öffentlichkeit, bedeutsam und auf Grund der – hier nicht näher zu analysierenden – Auswahlkriterien der Medien insbesondere für den Strafprozeß problematisch⁷⁾. Gerichtsöffentlichkeit ist Medienöffentlichkeit, Beschränkungen von Gerichtsöffentlichkeit sind daher Beschränkungen der Meinungs(äußerungs)- bzw. Informationsfreiheit. Der poröse und komplexe Begriff »Gerichtsöffentlichkeit« verdeckt diese Zusammenhänge und ermöglicht beliebige, auch widersprüchliche Funktionszuweisungen: Gerichtsöffentlichkeit stabilisiere das Vertrauen in die Justiz, Gerichtsöffentlichkeit beeinträchtige dieses Vertrauen; Gerichtsöffentlichkeit wirke normvermittelnd und generalpräventiv, Gerichtsöffentlichkeit sei eine »Schule des Verbrechens«; Gerichtsöffentlichkeit kontrolliere die Justiz, Gerichtsöffentlichkeit diene nur der Befriedigung von Sensationsbedürfnissen⁸⁾.

Solche Funktionszuschreibungen sind folgenreich: Sie prägen gerichtliche Lösungen von Konflikten zwischen Justiz und »Gerichtsöffentlichkeit«⁹⁾, die gesetzlichen Mechanismen zur Schaffung von Transparenz des Verfahrens¹⁰⁾ und die rechtspolitische Diskussion: Zweifel an der »kon-

Crime and Publicity (1967). Für England siehe Marjorie Jones, Justice and Journalism (1974).

⁶⁾ Nur bisweilen gibt die Publikumsöffentlichkeit Anlaß zu Erörterungen des Öffentlichkeitsprinzips unter den Aspekten der sitzungspolizeilichen Befugnisse (vgl. Roxin, Aktuelle Probleme der Öffentlichkeit im Strafverfahren, in: FS für Karl Peters [1974], S. 393) und der Kommunikationsstruktur gerichtlicher Verfahren (vgl. Rottleuthner, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft [1973], S. 49 ff., 36 f.).

⁷⁾ Zu den Selektionsmechanismen der gerichtlichen Medienöffentlichkeit siehe demnächst J. Scherer, Gerichtsöffentlichkeit als Medienöffentlichkeit; recht undifferenziert Eb. Schmidt, Die Sache der Justiz (1961), S. 26 und *passim*, sowie ders., Justiz und Publizistik (1968). Differenzierend die sozialwissenschaftlichen Untersuchungen von Roshier, The Selection of Crime News by the Press, in: S. Cohen / J. Young (Hrsg.), The Manufacture of News (1973), S. 28 ff. m.w.N. Vgl. auch Steinhilbers, Kriminalitätskontrolle durch Bewußtseinskonstitution, in: Kriminalsoziologische Bibliografie 11–13 (1976), S. 77, 85 f.

⁸⁾ Hierzu unter Einbeziehung kommunikationswissenschaftlicher und mediensoziologischer Ansätze Scherer, aa.O. (Anm. 7); anders noch H. Schmidhals, Wert und Grenzen der Verfahrensöffentlichkeit im Strafprozeß (1977), der (S. 43) die Verfahrensöffentlichkeit zum Gegenstand ausschließlich »rechtswissenschaftlicher Betrachtung« macht. Zur Geschichte der Funktionsbehauptungen siehe Alber, Die Geschichte der Öffentlichkeit im deutschen Strafverfahren (1974), insbes. S. 36 ff., 77 ff.

⁹⁾ Siehe z. B. BGH AfP 1973, 392, und neuerdings OLG Zweibrücken GA 1978, 208 ff.

¹⁰⁾ So wird z. B. das Beratungsgeheimnis gegen die Forderung nach allgemeiner Einführung des Systems der *dissenting opinion* (siehe dazu das Gutachten von Zweigert zum 47. Deutschen Juristentag, Abt. D) verteidigt mit dem (öffentlichkeitsbezogenen)

trollierenden« und/oder »Vertrauen in die Justiz« schaffenden Wirkung von medial vermittelter Gerichtsöffentlichkeit führten zu der Forderung, die Öffentlichkeit des (Zivil-)Verfahrens abzuschaffen oder sie wenigstens einseitiger Parteidisposition zu unterwerfen¹¹⁾. Befürchtungen um den Bestand richterlicher Unabhängigkeit und um die unparteiliche Entscheidungsfindung führten zur Forderung nach einer gesetzlichen Pönalisierungsmöglichkeit für Mißachtungen des Gerichts nach dem Vorbild des angloamerikanischen *contempt of court*¹²⁾.

Bei diesem Stand der Diskussion kann eine rechtsvergleichende Untersuchung Klarheit schaffen über juristische Funktionszuschreibungen an »Gerichtsöffentlichkeit«, ihre Prämissen und Konsequenzen. Die funktionelle Methode »zwingt den Rechtsvergleichler zur Analyse der gesellschaftlichen Funktion des als Ausgangspunkt dienenden Rechtsinstituts und eröffnet ihm dabei Einsichten in das eigene Recht, die bei rein dogmatischer Betrachtung verborgen bleiben«¹³⁾.

Aus der Untersuchung der Konflikte von Justiz und »Öffentlichkeit« in Großbritannien, den USA und der Bundesrepublik und der Analyse juristischer Lösungsstrategien lassen sich Folgerungen zur Funktion von Gerichtsöffentlichkeit für das jeweilige Rechtssystem ableiten und Rückschlüsse auf Prämissen ziehen: Was Gerichtsöffentlichkeit für ein Rechtssystem bedeutet, ist – unter anderem – abhängig davon, an was für einem Modell von gesellschaftlicher Kommunikation und von gerichtlicher Entscheidungsfindung die Theorie der Gerichtsöffentlichkeit sich orientiert und wie sie sich zur Demokratietheorie verhält.

Argument, »der Sinn des § 43 DRiG (liege) ... darin, nach außen die Einheit des Richterkollegiums zu dokumentieren, um dadurch das Ansehen und die Autorität des Richterspruchs zu wahren«, Kern/Wolf, Gerichtsverfassungsrecht (5. Aufl. 1975), § 16 IV 1 d, S. 109 m.w.N.

¹¹⁾ Dazu insbes. Köbl, Die Öffentlichkeit des Zivilprozesses – eine unzeitgemäße Form? in: FS für Schnorr von Carolsfeld (1972), S. 233, 254; siehe auch Wieczorek, ZPO (2. Aufl. 1975), Anm. A zu § 169, und zum Strafverfahren Deubner, Stichwort Strafgerichtsbarkeit, in: Görlitz (Hrsg.), Handlexikon zur Rechtswissenschaft (1972), S. 465 ff., 473.

¹²⁾ Dazu kritisch J. Scherer, Zur Verfassungswidrigkeit des Contempt by Publication unter dem Grundgesetz, demnächst in JuS m.w.N.; siehe auch (befürwortend) Stürner, Schutz des Gerichtsverfahrens vor öffentlicher Einflußnahme?, JZ 1978, 161 ff., 168.

¹³⁾ Rheinstein, Zur Einführung: Rechtsvergleichung, JuS 1972, 65, 67; siehe auch Zweigert, Die soziologische Dimension der Rechtsvergleichung, RabelsZ 38 (1974) 299; allgemein Schanze, Stichwort Rechtsvergleichung, in: Görlitz, a.a.O. (Anm. 11), S. 361 ff.

I. Der Grundsatz der »Gerichtsöffentlichkeit«: Verfahrensprinzip
oder Informationsanspruch?

1. Historische Prämissen

In den Vereinigten Staaten hat der Grundsatz der Gerichtsöffentlichkeit für das Strafverfahren Verfassungsrang¹⁴⁾: Der 1791 angefügte Sechste Zusatzartikel (6th Amendment) zur amerikanischen Verfassung garantiert, daß ein Angeklagter »in allen Strafverfahren . . . das Recht auf ein rasches und öffentliches Verfahren« hat¹⁵⁾. Diese Verfassungsgarantie beruht auf anderen historischen Prämissen als die Verbürgungen von Gerichtsöffentlichkeit in den kontinentaleuropäischen Rechtssystemen¹⁶⁾, die von den Revolutionären des 18. Jahrhunderts¹⁷⁾ und den Reformern des 19. Jahrhunderts¹⁸⁾ durchgesetzt wurden.

In England, an dessen Rechtstradition die amerikanischen Kolonien anknüpften, waren Gerichtsverfahren seit »unvordenklichen Zeiten«¹⁹⁾ öffentlich. Ob die Court of Star Chamber bis zu ihrer Auflösung im Jahr 1641 geheime Strafverfahren durchgeführt hat, ist streitig²⁰⁾ — die Verfahren vor den *common law courts* jedenfalls waren seit jeher öffentlich.

Zwei für die Funktionszuweisung an Gerichtsöffentlichkeit wesentliche Unterschiede lassen sich in der Geschichte des Verfahrensprinzips in Deutschland und im angloamerikanischen Rechtskreis ausmachen: 1. Während die Einführung der Gerichtsöffentlichkeit in Deutschland wenigstens teilweise als Reaktion auf die Geheimverfahren der Inquisition²¹⁾ und

¹⁴⁾ Zur Debatte über die »Herleitbarkeit« des Grundsatzes der Gerichtsöffentlichkeit aus dem Rechtsstaats- und/oder dem Demokratiegebot des GG siehe Scherer, a.a.O. (Anm. 7); vgl. auch Rohde, Die Öffentlichkeit im Strafprozeß (1972), S. 167 ff., der sich insoweit kritisch mit W. Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff (1969), S. 68, 74 f., auseinandersetzt.

¹⁵⁾ Sixth Amendment: "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial".

¹⁶⁾ Hierzu Radin, The Right to a Public Trial, 6 Temple L.Q. 381 (1931).

¹⁷⁾ Insbesondere zu den in der Französischen Revolution abgeschafften geheimen *lettres de cachet* siehe Radin, 6 Temple L.Q. 381, 388.

¹⁸⁾ Zum »Kampf um Gerichtsöffentlichkeit« in Deutschland siehe die — so betitelte — Untersuchung von Fögen (1974). Vgl. auch Alber, a.a.O. (Anm. 8).

¹⁹⁾ *In Re Oliver*, 333 U.S. 257, 265; siehe auch Radin, (Anm. 16), 6 Temple L.Q. 381, 382 mit Hinweisen auf frühe Erwähnungen des Öffentlichkeitsprinzips im *common law*.

²⁰⁾ Hierzu Washburn, The Court of Star Chamber, 12 American L. Rev. 21 (1877/78), sowie Radin, 6 Temple L.Q. 386 f.

²¹⁾ Hierzu Alber, a.a.O. (Anm. 8), S. 14 ff. m.w.N.

ihren willkürlichen Einsatz von Folter und grausamen Strafen zu erklären ist, fehlt eine solche Tradition der Mißbräuche in den amerikanischen Kolonien. Gerichtsöffentlichkeit war Ausgangspunkt der amerikanischen Verfassungs- und Prozeßrechtsentwicklung und Präventivmaßnahme zur Verhinderung jener Exzesse, die die kontinental-europäischen Öffentlichkeitsjuristen zwei Jahrhunderte lang bekämpften²²⁾. 2. Dem entsprechen die Unterschiede in der staatspolitischen Ausgangssituation: In Deutschland ging es im Kampf um Gerichtsöffentlichkeit auch um die Unabhängigkeit der Justiz von der Exekutive²³⁾ — in den USA zählte die »Gewaltenteilung« zu den grundlegenden Prinzipien der Verfassung von 1788, mußte also nicht durch Einführung von Öffentlichkeit durchgesetzt werden.

Aus dieser Verschiedenheit der historischen Prämissen erklärt sich das heute in der Bundesrepublik verbreitete Gefühl, Gerichtsöffentlichkeit sei obsolet oder doch funktionslos²⁴⁾: Nach der Institutionalisierung der Verfahrensöffentlichkeit, deren Verfechter allerlei Wirkungen behauptet hatten²⁵⁾, waren »die politischen Aufgaben, die man ihr zugedacht hatte, ... erfüllt; übrig blieb die alte Schale, die man heute Rechtsstaatsgarantie nennt und zum formalen Verfahrensprinzip, das im Grunde wenig mit Öffentlichkeit zu tun hat, degradiert«²⁶⁾.

In den USA hingegen, wo Gerichtsöffentlichkeit nie Gegenstand eines Machtkampfes zwischen den »Staatsgewalten« war, findet sich bereits in der frühen Verfassungsdoktrin²⁷⁾ die bis heute konsequent vertretene

²²⁾ Die erste Verfassungsgarantie des öffentlichen Verfahrens in den Vereinigten Staaten datiert von 1776: In Art. IX der Verfassung von Pennsylvania sowie der Verfassung von North Carolina wurde das Recht auf ein Strafverfahren vor Geschworenen *in open court* verbürgt. Um diese Zeit hatte der »Kampf um Gerichtsöffentlichkeit« in Deutschland noch nicht einmal begonnen. Vgl. zu den Anfängen Fögen, a.a.O. (Anm. 18), S. 14 f.

²³⁾ Hierzu vor allem Fögen, a.a.O., S. 46, 120. Siehe auch P. J. A. von Feuerbach, *Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege*, Bd. 1 (1821), S. 170 f.

²⁴⁾ So Fögen, a.a.O., S. 121, mit der Forderung (S. 120), »der Gerichtsöffentlichkeit neue, dem demokratischen Staat entsprechende politische Funktionen zuzuweisen«; vgl. auch die Nachweise oben Anm. 11.

²⁵⁾ Zusammenfassend Alber, a.a.O. (Anm. 8), S. 19 ff., 54 f. mit umfangreichen Nachweisen.

²⁶⁾ Fögen, a.a.O. (Anm. 18), S. 122.

²⁷⁾ Vgl. Jeremy Bentham, *Rationale of Judicial Evidence* (1827), S. 524: "Without publicity, all other checks are insufficient: in comparison of publicity, all other checks are of small account. Recordation, appeal, whatever other institutions might present themselves in the character of checks, would be found to operate as cloaks rather than checks; as cloaks in reality, as checks only in appearance".

Funktionsbehauptung, der Öffentlichkeit komme gegenüber der Justiz wie gegenüber den anderen Staatsgewalten eine Kontrollfunktion zu²⁸⁾ — eine Behauptung, der man in der Bundesrepublik gerne mit dem Hinweis auf die »Unabhängigkeit« der Justiz begegnet²⁹⁾.

2. Die Konfliktslagen

Auch die Konfliktslagen werden in den beiden hier verglichenen Rechtssystemen unterschiedlich definiert: Während in der Bundesrepublik das Öffentlichkeitsprinzip mit der richterlichen Unabhängigkeit, mit dem Prinzip der »Wahrheitsfindung« und den Persönlichkeitsrechten der Verfahrensbeteiligten im Widerstreit gesehen wird³⁰⁾, konzentriert sich die amerikanische Debatte auf die Spannungslage von *free press and fair trial*³¹⁾.

Dies ist kein folgenloses Formulierungsproblem: Der Anknüpfungspunkt *free press* ermöglicht den Schutz journalistischer Sammlung und Verarbeitung von Informationen über Gerichtsverfahren; die an § 169 Satz 1 GVG anknüpfende Auffassung hingegen begreift Gerichtsöffentlichkeit »formal«, als bloße Zugänglichkeit der Hauptverhandlung für eine Personenmehrheit³²⁾. »Gerichtsöffentlichkeit« wird so aus dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG herausdefiniert und zu einer von vielen Ausnahmen durchlöcherten Verfahrensgarantie von bloßem Gesetzesrang degradiert, die zwar »unmittelbar der staatlichen Rechtspflege« (und nicht: dem Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren oder dem Anspruch der Öffentlichkeit auf Information) dienen soll³³⁾, deren verfassungsrechtliche Gewährleistung jedoch umstritten ist³⁴⁾.

²⁸⁾ Hierzu im einzelnen unten bei Anm. 145 ff.

²⁹⁾ Siehe vor allem Bockelmann, Öffentlichkeit und Strafrechtspflege, NJW 1960, 217; Martens, a.a.O. (Anm. 14), S. 74 f., und die oben (Anm. 7) zitierten Schriften von Eb. Schmidt. Vgl. auch unten Teil III.1.

³⁰⁾ Rohde, a.a.O. (Anm. 14), S. 70; Eb. Schmidt, Justiz und Publizistik, S. 53 ff., und ders., Sache der Justiz, S. 23 ff.; E. J. Wettstein, Der Öffentlichkeitsgrundsatz im Strafprozeß (1966), S. 45 ff., sowie z. B. RGSt 30, 244, BGHSt 3, 344.

³¹⁾ Vgl. die oben (Anm. 5) zitierten amerikanischen Schriften sowie C. R. Bush, Free Press and Fair Trial (1970); Lofton, Justice and the Press (1968), S. 3 ff., 71 ff.

³²⁾ So zuletzt Schmidhals, a.a.O. (Anm. 8), S. 23 m.w.N.; anders J. Scherer, a.a.O. (Anm. 7).

³³⁾ BGH JZ 53, 674; ebenso Müller/Sax, StPO (6. Aufl. 1966), Vorbemerkung zu § 226, S. 707 f.

³⁴⁾ Siehe oben Anm. 14. Möglicherweise verstellt das abstrakte »Öffentlichkeitsprinzip« auch den Blick auf die konkrete Interaktion von Justiz und Massenmedien —

Daß im deutschen Recht die »Wahrheitsfindung«, im amerikanischen Recht das *faire Verfahren* als gefährdet angesehen wird, deutet — nebenbei bemerkt — auf unterschiedliche Prioritäten bei den Verfahrenszielen hin: Zwar ist die pauschalierende Auffassung, das amerikanische *adversary system* ziele nicht auf Wahrheitsfindung, sondern erschöpfe sich im »sportlichen Wettkampf« der Parteien (*sporting theory of justice*), sicherlich differenzierungsbedürftig³⁵⁾, doch zeigen die Betonung des Konflikts von Öffentlichkeit und »Wahrheitsfindung« in der Bundesrepublik³⁶⁾ und der Focus *fair trial* in den USA³⁷⁾, daß das Verfahrensziel »Wahrheitsfindung« im amerikanischen Prozeßrecht der Realisierung von *fairness* nachgeordnet ist³⁸⁾.

Im folgenden soll, ausgehend von diesen unterschiedlichen Konzeptionen, den Lösungen der im Spannungsfeld von Öffentlichkeit und Justiz hier wie dort auftretenden Probleme nachgegangen und untersucht werden, welche Rückschlüsse sich aus den juristischen Problemlösungen auf die Funktionen von Gerichtsöffentlichkeit für die beiden Rechtssysteme ziehen lassen.

jedenfalls wurde und wird sie in den USA in weit stärkerem Maße sozialwissenschaftlich untersucht als hier. Vgl. Reardon-Report (Anm. 3), insbes. S. 158 ff.; John C. Meyer, Newspaper Reporting of Crime and Justice, *Journ.Q.* 52, 731; Shari Cohen, A Comparison of Crime Coverage in Detroit and Atlanta Newspapers, *Journ. Q.* 52, 726; F. Davis, Crime News in Colorado Newspapers, *The American Journal of Sociology* 57 (1952) 325; T. Becker (Hrsg.), *The Impact of Supreme Court Decisions* (1969); Bush, a.a.O. (Anm. 31). Für die Bundesrepublik siehe W. Zitscher, *Die Beziehungen zwischen der Presse und dem deutschen Strafrichter* (1968).

³⁵⁾ Der Ausdruck wurde von Wigmore, *Evidence* (1. Aufl. 1904), Bd. 1, S. 882, geprägt. Differenzierend Joachim Herrmann, *Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens* (1971), S. 114 ff. m.w.N. und S. 152 ff.

³⁶⁾ Dazu ausführlich Scherer, a.a.O. (Anm. 7); vgl. allgemein Kleinknecht, *StPO* (33. Aufl. 1977), Einleitung 1 B c Rn. 10. Speziell zur Konfliktlage von Wahrheitsfindung und Öffentlichkeit Rohde, a.a.O. (Anm. 14), S. 70. Kritisch D. Krauß, *Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozeß*, in: FS für Schaffstein (1975), S. 411.

³⁷⁾ Vgl. Reardon-Report, a.a.O. (Anm. 3) S. 20 ff.; Lofton, a.a.O. (Anm. 31), S. 135 ff., und die Nachweise oben Anm. 5.

³⁸⁾ Dagegen Stürner (Anm. 12), *JZ* 1978, 161, 163. Die Bedeutung des *fair trial* erweist sich auch deutlich an der unterschiedlichen Rechtslage bei Beweisverwertungsverboten. Dazu rechtsvergleichend Kern/Roxin, *Strafverfahrensrecht* (13. Aufl. 1975), S. 116 m.w.N.

II. Justiz und Presse im angloamerikanischen Recht

Der klassische Mechanismus des angloamerikanischen Rechts, um »außergerichtliche Kommentare« zu verhindern, »die die Unparteilichkeit des Verfahrens beeinträchtigen könnten«³⁹⁾, ist die Bestrafung wegen Mißachtung des Gerichts (*contempt of court*) – ein Reaktionsmechanismus, der in der Bundesrepublik zahlreiche Bewunderer gefunden hat⁴⁰⁾.

Sein allmählicher Bedeutungsverlust im englischen Recht und seine faktische Abschaffung durch den amerikanischen Supreme Court (dazu II.1. und II.2.) und die Herausbildung von anderen Mechanismen zur Abwehr von Medieneinflüssen (II.2.b), die nach vorübergehender Rechtsunklarheit neuerdings sehr restriktiv gehandhabt werden (II.2.c), stützen die Vermutung, daß Gerichtsöffentlichkeit im angloamerikanischen Rechtssystem die Kontrolle der Justiz durch Massenmedien ermöglichen soll (dazu II.2.d).

1. *Contempt by publication* im englischen Recht

a) Entstehung als *Legendenrecht*

Die *contempt*-Doktrin bildete sich – trotz einiger Parallelen in normanischen Gesetzen des 13. und 14. Jahrhunderts, die eine Verletzung des »Königsfriedens« in der Justizverwaltung mit Strafe bedrohten⁴¹⁾ – erst im 18. Jahrhundert: In einem Entscheidungsentwurf im Fall *The King v. Almon*⁴²⁾ behauptete Justice John Eardley Wilmont, die Strafbefugnis für *contempt*-Fälle entspreche einem althergebrachten Brauch (»the same immemorial usage as supports the whole fabrick of the common law«), und trug damit zur Bildung eines *Legendenrechts* bei: Denn der *immemorial usage* geht – wie rechtshistorische Untersuchungen zeigten⁴³⁾ – auf die

³⁹⁾ Lofton, a.a.O. (Anm. 31), S. 111.

⁴⁰⁾ Siehe neuerdings Stürner (Anm. 12), JZ 1978, 161, 162 f., 168 f., und dagegen Scherer demnächst in JuS. Siehe auch Rubens-Laarmann, a.a.O. (Anm. 4), S. 58 ff., und die bis 1934 zurückgehende Zusammenstellung von Gesetzesvorschlägen in den Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Bd. 10, Anhang 19, S. 531 ff.

⁴¹⁾ Siehe Fox, *The Nature of Contempt of Court*, 37 LQR 191, 193 ff. (1921); Note, *Free Press/Fair Trial Rights in Collision*, 34 New York University L. Rev. 1278 (1959).

⁴²⁾ Siehe dazu Fox, *The King v. Almon*, 24 LQR 184 (1908), sowie Wilmont, *Notes of Opinions and Judgments*(1802), S. 243 ff., 254. Knapp zusammenfassend Rinck, *Contempt of Court*, in: FS für Heusinger (1968), S. 149, 150.

⁴³⁾ Siehe insbes. Fox, 24 LQR 184, 185. Die Rezeption des Diktums begann mit *R. v. Clement*, 4 Barn a. Ald. 218 (1821).

Court of Star Chamber zurück und war erstmals 1721 im Fall einer Meinungsäußerung Dritter über ein ordentliches Gericht angewandt worden⁴⁴).

In der klassischen Formulierung von Blackstone sind die verschiedenen Ausprägungen des *contempt* wie folgt umschrieben:

“Some . . . contempts may arise in the face of the court; as by rude and contumelious behaviour, by obstinacy, perverseness, or pervarication; by breach of the peace or any wilful disturbance whatever: others in the absence of the party; as by disobeying or treating with disrespect the king’s writ, or the rules or process of the court; by perverting such writ or process to the purposes of private malice, extortion, or injustice; by speaking or writing contemptuously of the court or judges, acting in their capacity; by printing false accounts (or even true ones without proper permission) of causes then depending in judgment; and by any thing in short that demonstrates a gross want of that regard and respect, which when once courts of justice are deprived of, their authority (so necessary for the good order of the kingdom) is entirely lost among the people”⁴⁵).

Contempt of court ist also eine Sammelbezeichnung für vielfältige Handlungen, die »den geordneten Ablauf der Rechtsverwirklichung« beeinträchtigen⁴⁶). Die *contempt*-Doktrin kennt neben dem *civil contempt* – der Mißachtung des Gerichts durch Nichtbefolgung richterlicher Anordnungen – den *criminal contempt*, der als *direct criminal contempt* die sitzungspolizeiliche Bestrafung für ungebührliches Verhalten *in facie curiae* ermöglicht und als *constructive contempt* die hier interessierenden Mißachtungen des Gerichts umfaßt: nämlich solche, die nicht in dessen räumlich-physischer Nähe, sondern »außerhalb« des Gerichtssaales, etwa in Publikationen, vorgenommen werden⁴⁷).

b) “Scandalising the court”

Der Tatbestand des *contempt by publication* diene zunächst (auch) dem Schutz der Würde des Gerichts (*authority*) vor journalistischer Kritik und Ironie (*scandalising the court*): “Broadly speaking what is prohibited is (a) scurrilous abuse of a judge as a judge or of a court (b) attacks upon the integrity or impartiality of a judge or court”⁴⁸).

⁴⁴) Fox, 24 LQR 184, 191, 192. Vgl. auch S. 270 ff. zur Court of Star Chamber.

⁴⁵) Blackstone, Commentaries on the Laws of England, Bd. IV (4. Aufl. 1771), S. 280 f.

⁴⁶) Schweizer, a.a.O. (Anm. 4), S. 2; Rinck, a.a.O. (Anm. 42), S. 145 ff.

⁴⁷) Schweizer, a.a.O., S. 2 m.w.N.

⁴⁸) Report of the Committee on Contempt of Court (Phillimore Committee) (1975), S. 68; siehe auch Schweizer, a.a.O., S. 44 ff., 68 ff.

Über das Schutzobjekt »Würde des Gerichts« wurden nicht nur Kritik und Kontrolle laufender Verfahren abgeblockt, sondern auch künftige Verfahren geschützt: In *R. v. Gray* hatte der vorsitzende Richter in einem Schwurgerichtsverfahren wegen unzüchtiger Veröffentlichungen den anwesenden Journalisten erklärt, daß Teile der Beweisaufnahme nicht zur Veröffentlichung geeignet seien, und gebeten, davon abzusehen. Daraufhin erschien in der Lokalzeitung "Daily Argus" unter der Überschrift »Ein Verteidiger des Anstandes« ein Artikel, in dem es u. a. hieß, der Richter habe – offenbar zum Zeitvertreib – der Presse etwa fünf Minuten lang Anstandsunterricht erteilt. Zum Schutz der Würde des Gerichts für nachfolgende Verfahren (der Zeitungsartikel war nach dem ersten Prozeß einer Sitzungsperiode erschienen) wurde der Journalist für diesen "article of scurrilous abuse of a judge in his character of a judge" bestraft⁴⁹⁾.

Seit 1930 wurde aber der *contempt*-Tatbestand des *scandalising the court* offenbar nicht mehr angewandt, so daß das Committee on Contempt of Court in seinem im Dezember 1974 dem Parlament vorgelegten Bericht die Ersetzung dieses weiten *common law*-Grundsatzes durch einen »neuen und eng eingegrenzten Straftatbestand« und die Aburteilung im regulären Gerichtsverfahren anstatt im beschleunigten, rechtsstaatlich bedenklichen *contempt*-Verfahren empfahl⁵⁰⁾. Das Schutzobjekt »Würde des Gerichts« wird damit auch in England⁵¹⁾ praktisch aufgegeben zugunsten offener, kritischer Diskussion gerichtlicher Entscheidungsfindung. So erklärte Lord Denning in *R. v. Commissioner of the Police of the Metropolis, ex parte Blackburn*: "Let me say at once that we will never use this (contempt) jurisdiction as a means to uphold our own dignity. That must rest on surer foundations. Nor will we use it to suppress those who speak against us. We do not fear criticism, nor do we resent it. For there is something far more important at

⁴⁹⁾ *R. v. Gray* (1900) 2 QB 36, 39 f. Presseangriffe auf Richter (-Autorität) – z. B. die Äußerung von Zweifeln an der fachlichen oder charakterlichen Qualifikation einzelner Richter – lassen sich über die psychologische Alltagstheorie, der Richter werde dadurch »unter Druck gesetzt«, immer auch als Einflußnahme auf gerichtliche Entscheidungsfindung (Beeinträchtigung des fairen Verfahrens) interpretieren; siehe *McLeod v. St. Aubyn* (1899) A.C. 549; *Skipworth's Case* (1873) 9 QB 230, insbes. S. 232 f.

⁵⁰⁾ Report, a.a.O. (Anm. 48), S. 70 mit Hinweisen auf die letzte *contempt*-Bestrafung wegen *scandalising the court*, S. 68 Anm. 87. Zu den Bedenken gegen das *contempt*-Verfahren (*summary procedure*) siehe Report, S. 7 ff. mit Hinweisen auf Art. 6 MRK, und S. 79 ff.

⁵¹⁾ Zu parallelen Entwicklungen in den USA siehe unten II.2.a. Zu den politisch-strategischen Gründen des Argumentationswechsels vom »Ehrenschutz« für Gerichtspersonen zum Schutz der »Wahrheitsfindung« in der Diskussion um eine deutsche *contempt*-Regelung siehe Scherer demnächst in JuS.

stake. It is no less than freedom of speech itself⁵²⁾. Kritik an Gerichten und ihren Entscheidungen — “however rumbustious, whether or not in good taste, and despite its inaccurate statement of fact” — ist kein *contempt*, sondern zulässige Meinungsäußerung⁵³⁾.

c) Schutz des »fairen Verfahrens«

Umstritten ist jetzt noch die Anwendbarkeit des *contempt by publication* zum Schutz fairer gerichtlicher Entscheidungsfindung: Das Gericht — Berufsrichter weniger als Laienrichter⁵⁴⁾ —, Zeugen und Parteien könnten, so wird behauptet, durch die Medienöffentlichkeit »beeinflusst« (*prejudiced*) werden⁵⁵⁾.

Der neuere *leading case* *Attorney General v. Times Newspaper Ltd.* gab dem House of Lords im Juli 1973 erstmals Gelegenheit, sich hierzu und, allgemeiner, zum *contempt* durch Presseveröffentlichungen zu äußern; die Entscheidungen des House of Lords, des Divisional Court und des Court of Appeals markieren die Positionen in der Auseinandersetzung um *fair trial* und *free press*, die auch ein Streit über Konzeptionen gerichtlicher Entscheidungsfindung ist: Der öffentlich entscheidende, von der Öffentlichkeit unter Begründungszwang gesetzte — und insofern »kontrollierte« — Richter steht gegen den von äußeren Einflüssen abgeschirmten (?), autoritativ »die« richtige Entscheidung findenden Richter.

Die *Sunday Times* hatte eine Pressekampagne für eine großzügige Abfindung der englischen »Contergan-Kinder« eingeleitet, in der u. a. das Arzneimittelhaftungsrecht und die Vergleichsvorschläge der Contergan-Herstellerfirma Distillers Drugs kritisiert worden waren. Die Publikation eines weiteren Artikels, in dem detailliert dargetan werden sollte, daß Distil-

⁵²⁾ *R. v. Commissioner of the Police of the Metropolis, ex parte Blackburn* (1968) 2 W.L.R. 1204, 1206.

⁵³⁾ *R. v. Commissioner of the Police of the Metropolis, ex parte Blackburn* (1968) 2 W.L.R. 1204; siehe auch schon *Ambard v. Attorney General for Trinidad and Tobago* (1936) 1 All ER 704, 710; vgl. auch *Attorney General v. Times Newspaper Ltd.* (1972) 3 W.L.R. 855, 861. Ganz ähnlich wie die im Text zitierte Stelle jetzt OLG Zweibrücken, GA 1978, 208, 209 zu §§ 185 ff. StGB.

⁵⁴⁾ Report, a.a.O. (Anm. 48), S. 22; zu den Argumentationsschwierigkeiten der Befürworter einer deutschen *contempt*-Regelung, die bislang in berufsideologisch geprägter Idealisierung behaupteten, der Berufsrichter habe sich »zur selbstkritischen Wahrung (von) Objektivität und Unvoreingenommenheit äußeren Beeinflussungen gegenüber erzogen« (Eb. Schmidt, Justiz und Publizistik, S. 53), siehe Scherer demnächst in JuS.

⁵⁵⁾ Kritisch Report, a.a.O., S. 21 ff.

lers das Medikament fahrlässig, weil ohne zureichende Erprobung, auf den Markt gebracht hatte, wurde als *contempt of court* vom Divisional Court verboten. Erklärtes Ziel des geplanten und durch überaus sorgfältige Recherchen vorbereiteten Zeitungsartikels sei es, die öffentliche Meinung zugunsten der contergangeschädigten Kinder zu beeinflussen. Daraus folgte das Gericht: "Since the only effect of publication will be to mobilize public opinion on the children's behalf, it seems to us . . . that the purpose of the publication is to affect the outcome of the pending litigation"⁵⁶). Durch die öffentliche Meinung könne die Unbefangenheit der (Laien-) Richter, der Zeugen oder – wie im vorliegenden Fall – "the free choice and conduct of a party himself" beeinträchtigt werden: "Comment upon a pending action, directed to the conduct and integrity of a party, may have the result of causing that party to abandon his claim or settle his claim for a lower figure than he would otherwise have been prepared to accept"⁵⁷).

Der Court of Appeals hob das vom Divisional Court verhängte Publikationsverbot in einer einstimmig ergangenen Entscheidung auf und vertrat auch hier eine auf Transparenz und Zulässigkeit kritischen Diskurses zielende Auffassung⁵⁸). Obwohl an dem grundsätzlichen Verbot einer die Unbefangenheit von Richtern, Zeugen und Parteien »tatsächlich und beträchtlich« gefährdenden Berichterstattung festgehalten wird, setzt der Court of Appeals die Gefährdungsschwelle sehr hoch an:

"It is undoubted law that, when litigation is pending and actively in suit before the court, no one shall comment on it in such a way that there is real and substantial danger of prejudice to the trial of the action, as for instance by influencing the judge, the jurors, or the witnesses, or even by prejudicing mankind in general against a party to the case"⁵⁹).

Überdies wird der Kontrollfunktion der Medienöffentlichkeit Rechnung getragen, die angesichts der lange verzögerten Vergleichsverhandlungen und des unzulänglichen Vergleichsangebots von Distillers Drugs »legitimen Druck« ausgeübt habe⁶⁰):

"If it is true that Distillers are putting pressure on the parents, is no one to be permitted to say so and to give reasons for suggesting that pressure should be put on Distillers"⁶¹)?

⁵⁶) *Attorney General v. Times Newspaper Ltd.* (1972) 3 W.L.R. 861; siehe auch die *ibid.* zitierte Einlassung des Herausgebers der Sunday Times.

⁵⁷) *Id.* (1972) 3 W.L.R. 855 ff., 862.

⁵⁸) *Id.* (1973) 2 W.L.R. 460; siehe bereits oben bei Anm. 52 und 53.

⁵⁹) *Id.* (1973) 2 W.L.R. 452, 460.

⁶⁰) *Id.* (1973) 2 W.L.R. 452, 463 (Lord Denning); siehe dazu auch Report, a.a.O. (Anm. 48), S. 47.

⁶¹) *Id.* (1973) 2 W.L.R. 452, 465 (Lord Phillimore).

Das House of Lords hob die Entscheidung des Court of Appeals auf und verbot wiederum die Publikation, weil sie ein tatsächliches Risiko und nicht nur die entfernte Möglichkeit einer Beeinträchtigung unabhängiger Entscheidungsfindung berge⁶²), da sie in unzulässiger Weise Rechtsfragen eines anhängigen Verfahrens präjudiziere⁶³) und weil Distillers Drugs öffentlich dafür angeprangert werden sollte, daß sie ihr verfassungsmäßig zustehenden Rechtsschutz in Anspruch nehme⁶⁴).

Während der *Sunday Times*-Fall auf Antrag der Times Newspaper Ltd. von der Europäischen Menschenrechtskommission zur Entscheidung angenommen wurde⁶⁵), führte er in England zu einer Erneuerung der Kritik an der inkohärenten Entwicklung des *contempt*-Rechts, seiner uneinheitlichen Anwendung und dem Einschüchterungseffekt, den dieser Rechtszustand für die massenmediale Kontrolle richterlicher Machtausübung hat⁶⁶). Ein neues Modell richterlicher Entscheidungsfindung zeichnet sich in den rechtspolitischen Diskussionen ab: Gericht, Zeugen und Parteien unterliegen immer schon vielfältigen »Einflüssen«, an denen auch ein strenger *contempt*-Tatbestand nichts zu ändern vermag: "Those concerned in the legal proceedings, whether as judges, witnesses or litigants, cannot be wholly insulated from the contacts and pressures of everyday life in the community"⁶⁷). Nur extreme Formen des Drucks (Einschüchterungen und rechtswidrige Drohungen) sollen deshalb noch als *contempt by publication* strafbar sein; die Publikation muß die Gefahr begründen, "that the course of justice will be seriously impeded or prejudiced", und selbst dann soll eine "legitimate discussion of matters of general public interest" – wie sie im *Sunday Times*-Fall geführt wurde – nicht rechtswidrig sein⁶⁸).

⁶²) *Id.* (1973) 3 All ER 54, 63 f. (Lord Reid) mit Hinweis auf *R. v. Duffy, ex parte Nash* (1960) 2 All ER 891, 896. Siehe auch *ibid.* S. 75 (Lord Diplock).

⁶³) *Id.* (1973) 3 All ER 64 (Lord Reid) – *prejudging issues* –, S. 68 (Lord Morris of Borth-y-Gest); S. 84 (Lord Cross of Chelsea). Kritisch zu diesem *prejudgment test* Report, a.a.O. (Anm. 48), S. 47 f.

⁶⁴) *Id.* (1973) 3 All ER 54 ff., 73, 75 f. (Lord Diplock), 80 f. (Lord Simon).

⁶⁵) Yearbook of the European Convention on Human Rights 1975 (1976), S. 202 ff.

⁶⁶) Report, a.a.O. (Anm. 48), S. 4, 37 f.: "The view was pressed on us that (the) uncertainties (as to when the law applies) have an unfortunately inhibiting effect upon the press and that it is of great importance to those who are concerned with public communication to be given more definite guidelines"; siehe auch S. 44 ff. und bereits A Report by Justice, Contempt of Court (1959), S. 39.

⁶⁷) Report, a.a.O. (Anm. 48), S. 28; siehe auch S. 22 ff. und unten Teil V.2.

⁶⁸) Report, a.a.O., S. 28, 49, 60 f. mit Hinweis auf *Attorney General v. Times Newspaper Ltd.* (1973) 3 All ER 61 f. (Lord Reid) und *Ex parte Bread Manufacturers* (1937) 37 SR (N.S.W.) 249.

2. *Contempt by publication* im amerikanischen Recht

a) *Einschränkungen des contempt by publication*

Die alte englische *contempt*-Doktrin wurde in den amerikanischen Kolonien übernommen und auch nach Inkrafttreten der amerikanischen Verfassung (1775) beibehalten. Die Richter in den Gliedstaaten stützten ihre *contempt*-Befugnisse auf das *common law*, während Bundesrichter sich auf den Judiciary Act von 1789 berufen konnten, der es ihnen gestattete, »nach (ihrem) Ermessen . . . alle Mißachtungen von Autorität in jedem anhängigen Fall oder jeder Anhörung . . . mit Geldstrafe oder Haft zu bestrafen«⁶⁹).

Die in England erst in diesem Jahrhundert vollzogene Rücknahme des *contempt by publication* auf (drastische) verfahrensbezogene Meinungsäußerungen und die Zulassung scharfer, auch unsachlicher Richterkritik begann in den USA bereits mit dem Fall des Bundesrichters James H. Peck⁷⁰): Richter Peck verurteilte den Rechtsanwalt Luke E. Lawless zu 24 Stunden Haft, einer Geldstrafe und 18monatigem Berufsverbot, weil er in einem Zeitungsartikel eine Entscheidung des Bundesrichters kritisiert hatte; die Verurteilung begründete Peck damit, daß der Artikel die Entscheidung in einer Weise kritisiert habe, die geeignet sei, »das öffentliche Vertrauen in die Integrität oder Weisheit des Gerichts zu zerstören und das Gericht der Schande, dem Haß und der Lächerlichkeit preiszugeben«⁷¹). Gegen Peck wurde Richteranklage (*impeachment*) wegen dieser willkürlichen Maßnahme erhoben; das Verfahren endete zwar – bei einer Stimme Mehrheit – mit dem Freispruch des Bundesrichters durch den Senat⁷²), führte jedoch – wegen des offensichtlichen Mißbrauchs richterlicher *contempt*-Befugnisse – zu deren Restriktion durch den Gesetzgeber⁷³): Nur Fehlverhalten in der räumlich-physischen Gegenwart des Gerichts oder »so nahe daran, daß die Gerechtigkeitspflege behindert wird«⁷⁴), sollten künftig noch als Mißachtung bestraft werden können.

⁶⁹) 1 Stat. 73.

⁷⁰) Dazu Arthur J. Stansbury, Report of the Trial of James H. Peck (1833), S. 1 ff., 50 f.

⁷¹) Stansbury, a.a.O., S. 61.

⁷²) Stansbury, a.a.O., S. 498; siehe auch Nelles/King, 28 Columbia L. Rev. 526 (1928).

⁷³) Das Repräsentantenhaus begann am Tag nach Pecks Freispruch mit den Arbeiten an einem Gesetz "declaratory of the law concerning contempt of court"; vgl. Lofton, a.a.O. (Anm. 31), S. 114 f.

⁷⁴) 4 Stat. at L. 487, Ch. 99 = 28 U.S.C.A. § 385.

Das neue Bundesgesetz, seine Übernahme in zahlreichen Gliedstaaten und die psychologischen Nachwirkungen des *impeachment* von Peck machten Richter vorsichtig: »Bis dreißig Jahre nach dem Peck-Prozeß gab es nur sehr wenige Verurteilungen wegen indirekter oder ›konstruktiver‹ Mißachtung des Gerichts, die sich aus Publikationen über Gerichtsverfahren ergab«⁷⁵). Nach einer 1855 einsetzenden Wiederbelebung der *contempt*-Befugnisse in den Gliedstaaten⁷⁶), die auch vom Supreme Court unterstützt wurde⁷⁷), kam es in den vierziger Jahren dieses Jahrhunderts wiederum zu einer Gegenbewegung, die auch das geltende amerikanische Recht prägt: In *Nye v. United States*⁷⁸) verwarf der Supreme Court die seit Mitte des 19. Jahrhunderts verwandte Formel, wonach ein Verhalten dann als Mißachtung des Gerichts zu bestrafen war, wenn es eine *reasonable tendency* hatte, den Richter zu beeinflussen⁷⁹). Die »geographische« Nähe eines mißachtenden Verhaltens zum Gericht und nicht mehr seine Geeignetheit, Rechtsfindung zu beeinflussen, wurden nun für entscheidend erklärt⁸⁰): Die Gerichtsmißachtung durch Publikation fiel damit wiederum aus dem Bereich des pönalisierten *contempt* heraus.

Die Suche nach geeigneten Kriterien zur Abgrenzung zulässiger Kritik von unzulässiger Beeinflussung der Gerichte setzte sich in den Entscheidungen *Bridges*, *Pennekamp* und *Wood fort*⁸¹):

⁷⁵) Lofton, a.a.O. (Anm. 31), S. 115; siehe auch Nelles / King, a.a.O. (Anm. 72), 28 Columbia L.Rev. 534.

⁷⁶) Der Supreme Court of Arkansas hielt die Verurteilung einer Zeitung wegen Mißachtung des Gerichts aufrecht, weil das Blatt angedeutet hatte, der Supreme Court sei in einem Mordprozeß bestochen worden, *State v. Morrill*, 16 Ark. 384 (1855). Dieser Entscheidung folgten *contempt*-Verurteilungen von Zeitungen in zahlreichen anderen Gliedstaaten, siehe u. a. *U.S. v. Ogden*, 105 Fed. 371, 373 (1900), und zusammenfassend Nelles / King, 28 Columbia L. Rev. 534 ff.

⁷⁷) In *Patterson v. State of Colorado ex rel. Attorney General*, 205 U.S. 454 (1907), betonte der Supreme Court, die Gerichte der Gliedstaaten könnten solche Publikationen, die »dazu tendieren, die Rechtspflege zu behindern« und während eines laufenden Verfahrens erscheinen, als Mißachtung des Gerichts bestrafen.

⁷⁸) *Nye v. U.S.*, 313 U.S. 33 (1941).

⁷⁹) Das Kriterium war von Oberrichter Edward D. White in *Toledo Newspaper Co. v. U.S.*, 247 U.S. 402 (1918), erstmals formuliert worden.

⁸⁰) In *Nye v. U.S.*, 313 U.S. 33, wurde die Präjudizwirkung von *Toledo* (vgl. Anm. 79) aufgehoben (*overruling*). Der Supreme Court nutzte diesen – keine »Mißachtung durch Publikation« betreffenden – Fall, um zu der »geographischen« Regel zurückzukehren, wonach mißachtendes Verhalten »in der Nähe des Gerichts« vorgekommen sein muß. Hierzu Lofton, a.a.O. (Anm. 31), S. 126, und Nelles / King, a.a.O. (Anm. 72), 28 Columbia L. Rev. 525 (1928).

⁸¹) Zusammenfassend Lofton, a.a.O., S. 126 ff.

In *Bridges v. California*⁸²⁾ wurde der in anderen verfassungsrechtsdogmatischen Zusammenhängen entwickelte *clear and present danger test*, wonach die Meinungsäußerungsfreiheit nur im Falle »klarer und gegenwärtiger Gefahr« des Eintritts eines »beträchtlichen Übels« eingeschränkt werden darf⁸³⁾, erstmals auf einen Fall von Gerichtsmißachtung durch außergerichtliche Äußerungen angewandt. Die zwei in *Bridges* entschiedenen Fälle betrafen die Los Angeles Times, deren Herausgeber in einem Leitartikel gefordert hatte, der zuständige Strafrichter möge an einigen der Körperverletzung angeklagten Gewerkschaftern ein Exempel statuieren, und dafür wegen Mißachtung des Gerichts bestraft worden war⁸⁴⁾, sowie den Gewerkschaftsführer Harry Bridges, der in einem offenen Telegramm an den Arbeitsminister die gerichtliche Entscheidung eines arbeitsrechtlichen Streits als »empörend« kritisiert und gedroht hatte, seine Gewerkschaft werde es »Staatsgerichten nicht erlauben, sich über die Mehrheitsentscheidung ihrer Mitglieder hinwegzusetzen«. Beide Verurteilungen wegen Mißachtung des Gerichts wurden vom Supreme Court aufgehoben. Nach der Mehrheitsauffassung⁸⁵⁾ ist eine Einschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit nur dann als gerechtfertigt anzusehen, wenn eine »klare und gegenwärtige Gefahr« besteht, daß durch die Veröffentlichung »die Rechtspflege behindert« wird, wobei es auf die Schwere der zu erwartenden Behinderung und deren Imminenz ankomme⁸⁶⁾.

In der *Pennekamp*-Entscheidung⁸⁷⁾ bekräftigte der Supreme Court seine Auffassung vom breiten Spielraum öffentlicher Kritik an Gerichten, die

⁸²⁾ *Bridges v. California*, 314 U.S. 252 (1941). Vgl. auch *Times-Mirror Co. v. Superior Court*, 328 U.S. 331 (1946).

⁸³⁾ Der *clear and present danger test* wurde von Justice Holmes in einer abweichenden Meinung in *Abrams v. U.S.*, 250 U.S. 616 (1919), entwickelt; siehe auch das Sondervotum von Holmes und Brandeis in *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), sowie *Schenck v. U.S.*, 249 U.S. 47 (1919); *Herndon v. Lowry*, 301 U.S. 242 (1939); *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1939). Zusammenfassend Grossmann, Inhalt und Grenzen des Rechts auf freie Meinungsäußerung im Spiegel der Entscheidungen des Supreme Court of the United States, JöR N.F. 10 (1961), 181, 186 ff., 231 f.

⁸⁴⁾ In der Begründung hieß es u. a., der Leitartikel habe "a reasonable tendency to interfere with the orderly administration of justice", zit. nach *Bridges v. California*, 314 U.S. 252, 273.

⁸⁵⁾ Die Entscheidung erging mit 5:4 Stimmen. In seiner *dissenting opinion* (314 U.S. 283) versuchte Justice Frankfurter zwischen »politischer« Öffentlichkeit und Gerichtsöffentlichkeit zu differenzieren. Dazu sogleich im Text.

⁸⁶⁾ 314 U.S. 273; siehe auch S. 263: "... the substantive evil must be extremely serious and the degree of imminence must be extremely high before utterances can be punished".

⁸⁷⁾ *Pennekamp v. Florida*, 328 U.S. 331 (1946).

ihre Grenze erst dort findet, wo sie in »Einschüchterung« (*intimidation*) oder »Zwang« (*coercion*) umschlägt⁸⁸⁾. Unter Anwendung des *clear and present danger test* hob das Gericht die Bestrafung des Zeitungsherausgebers Pennekamp wegen *contempt* auf. In Leitartikeln und Karikaturen war in seiner Zeitung behauptet worden, Richter in Florida benutzten formalistische Tricks, um die Strafverfolgung gewisser Fälle von Vergewaltigung und Glücksspiel zu verhindern.

Auch *Craig v. Harney*⁸⁹⁾ betraf eine Verurteilung wegen Gerichtsmißachtung durch Publikation. Der Zeitungsartikel, in dem ein texanischer Richter für sein Verhalten in einem Zivilverfahren scharf kritisiert worden war⁹⁰⁾, wurde zwar vom Supreme Court als »ziemlich oberflächlich und einseitig« bezeichnet, stellte jedoch nach Auffassung der Mehrheit »keine unmittelbare und ernste Bedrohung für einen Richter von vernünftiger Standhaftigkeit« dar⁹¹⁾. Die *contempt*-Strafgewalt, so heißt es weiter, sei »nicht zum Schutz für Richter gemacht, die gegenüber den Winden der öffentlichen Meinung empfindlich sind«.

Vom Richter, dessen »Würde« zu schützen die *contempt*-Mechanismen gedacht⁹²⁾ und dessen persönlichen und fachlichen Schwächen zu kaschieren sie bisweilen mißbraucht worden waren⁹³⁾, werden Zivilcourage und Diskussionsbereitschaft verlangt: "Judges are supposed to be men of fortitude, able to thrive in a hearty climate"⁹⁴⁾. Er muß sich, als »politischer« Richter⁹⁵⁾, einer kritischen, bisweilen unsachlichen, ihn aber jedenfalls zu Begründungen zwingenden Medienöffentlichkeit stellen.

⁸⁸⁾ Siehe *Wood v. Georgia*, 370 U.S. 375 (1962) mit einer zusammenfassenden Darstellung der Präjudizien.

⁸⁹⁾ *Craig v. Harney*, 311 U.S. 367 (1947).

⁹⁰⁾ Seine Entscheidung war u. a. als »willkürlich«, eine »Travestie der Gerechtigkeit« und ein »grobes Fehlurteil« bezeichnet worden, vgl. 311 U.S. 370.

⁹¹⁾ 311 U.S. 375. Die texanischen Gerichte hatten die Verurteilung wegen *contempt* in erster und zweiter Instanz damit begründet, die Zeitungsartikel bezweckten, den kritisierten Richter zur erneuten Verhandlung der Streitsache zu zwingen (vgl. 311 U.S. 370 f.).

⁹²⁾ Siehe Rubens-Laarmann, a.a.O. (Anm. 4), S. 39, 45 ff. m.w.N.

⁹³⁾ Vgl. Justice Holmes' Dissent in *Craig v. Hecht*, 263 U.S. 255, 281 (1923), und die reich dokumentierte Feststellung von Nelles/King, a.a.O. (Anm. 72), 28 Columbia L. Rev. 545: "That the personal feelings of judges were not dormant in these (*contempt*) cases there is much evidence: in protestations of impersonality and self-righteousness, which true judicial serenity would find superfluous; in exuberances of indignation and pathos; in the extraordinary length of many opinions; . . . in strained construction of constitutional and statutory provisions . . .".

⁹⁴⁾ 311 U.S. 367, 376.

⁹⁵⁾ Zu der in der Bundesrepublik Deutschland vehement geführten Debatte um den

In *Wood v. Georgia*⁹⁶⁾ wurde diese Dimension der Gerichtsöffentlichkeit näher erläutert: Wiederum hob der Supreme Court im Ergebnis eine Verurteilung wegen *contempt* auf. Sheriff Wood hatte in einer Presseerklärung einen Richter des Obergerichts von Georgia dafür kritisiert, daß er das Wahlverhalten der schwarzen Bevölkerung wegen eines angeblichen Verdachts auf Wahlbetrug untersuchen wollte⁹⁷⁾. Der Supreme Court hielt die Einschätzung der Vorinstanz, diese Presseerklärung stelle eine »klare und gegenwärtige Gefahr für die Rechtspflege« dar, für unbegründet und verfehlt: Die Rechtspflege sei nicht allein Angelegenheit des Richters oder Staatsanwalts, sondern erfordere die aktive Mitarbeit einer aufgeklärten Öffentlichkeit. Die öffentliche Diskussion diene als Korrektiv zu politischen, ökonomischen und anderen Einflüssen, die in bedeutsamen Angelegenheiten unvermeidlicherweise präsent seien⁹⁸⁾. Der *contempt*-Mechanismus, ursprünglich zur Stabilisierung der Justiz gegen Kritik von »außen« eingesetzt, wich – in der Auslegung der *Wood*-Mehrheit – vollends dem Konzept einer ungehinderten Kommunikationsbeziehung zwischen Justiz und Medienöffentlichkeit: Die Justiz kann, diese Folgerung ergibt sich vor allem aus dem Vergleich der Mehrheitsmeinung mit den abweichenden Auffassungen von Justice Frankfurter⁹⁹⁾, keine besonderen Schutzmecha-

»politischen« Richter siehe z. B. Wassermann, *Der politische Richter* (1972), m.w.N. Eine konzise Zusammenfassung der Argumente liefert D. Simon, *Die Unabhängigkeit des Richters* (1975), S. 104 ff. m.w.N.

⁹⁶⁾ 370 U.S. 375.

⁹⁷⁾ Wood hatte die Aktion als »eines der bedauerlichsten Beispiele von Rassenhetze... in den vergangenen Jahren« und »einen plumpen Versuch, die schwarzen Wähler... juristisch einzuschüchtern«, bezeichnet, vgl. 370 U.S. 375, 379.

⁹⁸⁾ 370 U.S. 391: "The administration of justice is not the problem of the judge or prosecuting attorney alone, but necessitates the active cooperation of an enlightened public. Nothing is to be gained by an attitude on the part of the citizenry of civic irresponsibility and apathy in voicing their sentiments on community problems... Discussion serves as a corrective force to political, economic and other influences which are inevitably present in matters of grave importance". Siehe auch oben, Teil II.1.c bei Anm. 61 und 67. Zu den erst teilweise soziologisch erforschten Einflüssen beispielsweise von Verbänden auf die Justiz siehe Gawron/Schäfer, *Justiz und organisierte Interessen in der Bundesrepublik Deutschland*, PVS 7 (1976), 217. Siehe auch Scherer, a.a.O. (Anm. 7).

⁹⁹⁾ Vgl. auch Justice Frankfurters Dissent in *Craig v. Horney*, 331 U.S. 367, 384, und in *Bridges v. California*, 314 U.S. 273, 284: "A trial is not 'a free trade in ideas', nor is the best test of truth in a courtroom 'the power of the thought to get itself accepted in the market'" (S. 283). Zu dieser *marketplace*-Theorie siehe noch unten, Teil V.1.

nismen gegen öffentliche Kritik in Anspruch nehmen, weil (auch) Gerichtsöffentlichkeit »politische« Öffentlichkeit ist¹⁰⁰).

b) Faires und öffentliches Verfahren

Die Rechtslage in den USA nach *Wood* entsprach also etwa dem gegenwärtigen Stand der Rechtsentwicklung in Großbritannien: Die Bedeutung der Transparenz des Verfahrens für kontrollierende Medienöffentlichkeit war ebenso erkannt wie die Gefahr der Einschüchterung von Medienöffentlichkeit durch Pönalisierung von Meinungsäußerungen über gerichtliche Entscheidungsfindung; es ging nur noch um den sachgerechten Schutz des einzelnen Verfahrens vor dem »Druck« der Medienöffentlichkeit in Richtung auf eine bestimmte, nicht gesetzmäßige Entscheidung¹⁰¹). Gegen solchen Druck (*trial by newspaper*) steht das Recht auf ein unabhängiges (»unparteiisches«) Gericht bzw. eine unvoreingenommene Jury¹⁰²).

Die Regelungsalternative für den Supreme Court bestand nun darin, entweder die Versuche massenmedialer »Einflußnahme« schon an der Quelle abzuschneiden – z. B. durch der Presse aufzuerlegende Veröffentlichungsbeschränkungen – oder das Verfahren für die Medienöffentlichkeit weitgehend transparent zu halten, Kommunikation über Justiz nicht zu unterbinden und dennoch die massenmedialen »Einflüsse« unter Kontrolle zu halten. In den zwischen 1951 und 1966 entschiedenen Fällen von *Stroble* bis *Sheppard*¹⁰³) entschied sich der Supreme Court für die zweitgenannte Möglichkeit: Durch Herausbildung bzw. verstärkte Anwendung interner Schutz- und Abwehrmechanismen der Justiz gegen »Einfluß-

¹⁰⁰) Vgl. *Craig v. Harney*, 331 U.S. 367, 374. Den »politischen« Charakter der Gerichtsöffentlichkeit beschreiben klarsichtig *Nelles / King*, a.a.O. (Anm. 72), 28 Columbia L.Rev. 551: "Even if it may seem abstractly desirable that the administration of justice be guarded against all forms of outside influence, it is not possible to so guard it. So long as justice is administered by men, and men are human, every association, interest, pressure, taste, prejudice, thought, and feeling to which judges are humanly subject will inevitably count in their administration of justice". Siehe bereits oben, Teil II.1. bei Anm. 67.

¹⁰¹) Zu den dahin gehenden Befürchtungen der Minderheit siehe insbes. Justice Frankfurter in *Craig v. Harney*, 331 U.S. 384, 389, und bereits *Bridges v. California*, 314 U.S. 252, 280, 282 ff.

¹⁰²) Zu diesem als Ausfluß der *due process clause* des V. und XIV. Amendments begriffenen Recht siehe *Irvin v. Dowd*, 366 U.S. 717 (1961).

¹⁰³) Im einzelnen: *Stroble v. California*, 343 U.S. 181 (1951); *Marshall v. U.S.*, 360 U.S. 310 (1959); *Janko v. United States*, 366 U.S. 716 (1961); *Irvin v. Dowd*, 366 U.S. 717 (1961); *Rideau v. Louisiana*, 373 U.S. 723 (1963); *Sheppard v. Maxwell*, 384 U.S. 333 (1966).

nahmen« der Medien sollen Unparteilichkeit (*fairness*) gewahrt und zugleich öffentlich kontrollierbare Entscheidungsherstellung ermöglicht werden. Diese Mechanismen sind:

- Wechsel des Gerichtsstandes (*change of venue*) in einen Bezirk, in dem die Straftat weniger Publizität gefunden hat¹⁰⁴). Ein entsprechender Antrag soll von Staatsanwaltschaft oder Verteidigung gestellt werden können und vom Gericht befürwortet werden, sofern durch Zeugenaussagen, Meinungsumfragen oder sonstige Beweismittel dargetan ist, daß »eine vernünftige Wahrscheinlichkeit besteht, daß (im ursprünglichen Gerichtsbezirk) kein faires Verfahren abgehalten werden kann«¹⁰⁵).
- Isolierung (*sequestration*) der Jury, sofern »der Fall von solcher Bekanntheit ist oder die Probleme (des Falles) von solcher Art sind, daß ohne eine Isolierung stark präjudizierendes Material zur Aufmerksamkeit der Geschworenen kommt«¹⁰⁶).
- (Öffentliche) Ermahnungen der Jury, Berichte der Massenmedien zum anhängigen Verfahren nicht zur Kenntnis zu nehmen¹⁰⁷).
- Aufhebung des Schuldspruchs und Anordnung eines neuen Verfahrens, sofern das Gericht auf Antrag des Verurteilten eine »beachtliche Wahrscheinlichkeit« dafür sieht, daß das Abstimmungsverhalten eines oder mehrerer Geschworener durch Einwirkung von außergerichtlichen Mitteilungen (etwa in den Medien) über den Angeklagten oder seinen Fall beeinflußt wurde¹⁰⁸).

¹⁰⁴) Zur Wirksamkeit dieses Abwehrmechanismus siehe Austin, *Prejudice and Change of Venue*, 68 Dickinson L. Rev. 401 (1964), Note, 42 Notre Dame L.Rev. 925, 941 f. (1967). Vgl. auch Note, 60 Columbia L. Rev. 349 (1960), mit einer Zusammenstellung der gesetzlichen Regelungen in den einzelnen Gliedstaaten.

¹⁰⁵) Reardon-Report, a.a.O. (Anm. 3), § 3.2., S. 119, *ibid.*, S. 183 f. findet sich auch eine empirische Untersuchung zur Häufigkeit von Gerichtsberichten über lokale und nicht-lokale Straftaten.

¹⁰⁶) Vgl. Reardon-Report, a.a.O., § 3.5., S. 138; siehe *ibid.*, S. 141 zu den Mängeln dieses Verfahrensmechanismus, durch den solche »Vorurteile«, die aus Veröffentlichungen vor Verfahrensbeginn und aus während des Verfahrens spürbaren *community sentiments* resultieren, nicht ausgeschlossen werden könnten und der überdies kostspielig sei. Kritisch auch Hirschberg, *Das amerikanische und deutsche Strafverfahren in rechtsvergleichender Sicht* (1963), S. 34.

¹⁰⁷) Vgl. den Formulierungsvorschlag für eine solche Ermahnung im Reardon-Report, a.a.O., § 3.5. e, S. 139. Daß freilich auch eine solche Ermahnung die Meinungsfreiheit (nämlich die Informationsfreiheit der Geschworenen) berührt, zeigt *People v. Lambricht*, 61 Cal. 2d 482 (1964).

¹⁰⁸) Reardon-Report, a.a.O., § 3.6., S. 147. Siehe z. B. die Fälle *Mattox v. United States*, 146 U.S. 140 (1892); *Capps v. State*, 109 Ark. 193 (1913); *Whitehead v. State* 212 N.W. 35 (1927); *State v. Kociolek*, 118 A. 2d 812 (1955).

– Schließlich wird die verstärkte Anwendung des *voir dire* empfohlen, also die (öffentliche) Befragung potentieller Geschworener auf ihre Berührung mit präjudizierenden Informationen und daraufhin, inwieweit die Befragten ihre Urteilsfähigkeit beeinträchtigt sehen¹⁰⁹⁾.

Diese Befragung ermöglicht – ähnlich den dienstlichen Äußerungen gemäß § 26 Abs. 3 StPO, 44 Abs. 3 ZPO die Offenlegung und intersubjektive Kontrolle von (inneren) Abhängigkeiten und »Befangenheit«; sie setzt Transparenz und öffentlichen Nachweis der richterlichen Unabhängigkeit an die Stelle repressiver Mechanismen, die eine als vorgegeben gedachte Unabhängigkeit »schützen«¹¹⁰⁾.

In *Stroble v. California* finden sich erstmals jene Argumentationsmuster, die bis in die jüngste Zeit die Lösung der Konfliktsfälle von Justiz und Medienöffentlichkeit in der Rechtsprechung des Supreme Court prägen¹¹¹⁾: Es wird geprüft, welche Maßnahmen das Untergericht ergriffen hat, um sein Verfahren vor unerwünschten »Einflußnahmen« der Medien zu schützen, und – freilich ohne hinreichende sozialwissenschaftliche Fundierung¹¹²⁾ – bestimmt, ob diese Maßnahmen geeignet waren, Einflußnahmen zu »verhindern«, wobei – mit einer scheinempirischen Vermutung – von den ergriffenen Abwehrmaßnahmen auf ihre Wirksamkeit (kurz-)geschlossen wird.

¹⁰⁹⁾ Zur Befragung und den Kriterien zur Beurteilung innerer »Unabhängigkeit« vgl. Reardon-Report, a.a.O., § 3.4.; zur sozialwissenschaftlichen Untersuchung der Medienwirkungen auf potentielle Geschworene siehe Bureau of Applied Social Research, Graduate School of Journalism, And Project for Effective Justice, Columbia University (Hrsg.), *The Effects of News Media on Jury Verdicts: Examination of the Problem and a Proposal* (New York 1964); kritisch Broeder, *Voir Dire Examinations: An Empirical Study*, 38 Southern California L.Rev. 503 (1965), und Padawer-Singer, *Voir Dire by Two Lawyers: An Essential Safeguard*, *Judicature* 57 (1974) 386 m.w.N.

¹¹⁰⁾ Dazu im einzelnen Scherer, a.a.O. (Anm. 7), und ders., demnächst in JuS; zum *voir dire* siehe auch Amander, *Jury Challenge in a Criminal Case*, 3 Wayne L.Rev. 107 (1957), sowie Fed. R. Crim. P. 24 (a). Vgl. dazu *Ham v. South Carolina*, 409 U.S. 524 (1973).

¹¹¹⁾ Zuletzt *Nebraska Press Association v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976). Dazu unten Teil II.2. c.

¹¹²⁾ So stellte der Supreme Court in *Stroble v. California*, 343 U.S. 192, fest, daß das Untergericht alles erforderliche getan hatte, um Presse-Einflüsse auf das Verfahren gering zu halten. Ihre »empirische« Absicherung erfährt diese Behauptung durch den auf unsystematische, qualitative Inhaltsanalyse von Zeitungen gestützten Hinweis, daß sich der publizistische Wirbel um Verhaftung und Geständnis des mehrfachen Mörders Stroble bald nach der (pflichtwidrigen) Veröffentlichung des Geständnisses durch den Staatsanwalt – der den Beschuldigten vor der Presse einen »Unhold« und »sexbesessenen Killer« genannt hatte – gelegt habe; kritisch Justice Frankfurter, *ibid.* S. 201.

Nachdem im Gefolge der *Stroble*-Entscheidung¹¹³⁾ erste, sehr weite Grenzlinien dessen aufgezeigt worden waren, was Gerichte zur Vermeidung von »Einflußnahmen« der Presse zu unternehmen haben¹¹⁴⁾, wurde der Grundsatz, daß die Gerichte sich durch Verfahrensmechanismen vor der Medienöffentlichkeit zu schützen haben, in der Entscheidung *Sheppard v. Maxwell* deutlich formuliert¹¹⁵⁾ und die Mechanismen beschrieben. Die Jury, die während des Verfahrens gegen den des Mordes an seiner Frau angeklagten Arzt Sam Sheppard¹¹⁶⁾ Zugang zu allen Medien hatte, hätte von der Außenwelt abgeschlossen werden müssen¹¹⁷⁾, das Gericht hätte außerdem die Zeugen isolieren und die Verlautbarung von Interna durch Polizeibeamte, Zeugen, Rechtsanwälte und Ankläger an die Presse unterbinden können¹¹⁸⁾. Außerdem verwies der Supreme Court auf die traditionellen Mechanismen des *change of venue* und der Anordnung eines neuen Verfahrens.

c) "Gag orders" anstatt contempt?

Obwohl die *Sheppard*-Entscheidung kaum kritische Bemerkungen gegenüber den Massenmedien enthält, sondern sogar betont, daß »eine verantwortliche Presse stets als Magd wirkungsvoller Rechtspflege angesehen worden ist«, wurden doch einige mißverständliche Dikta¹¹⁹⁾ so interpre-

¹¹³⁾ Siehe auch *Janko v. U.S.*, 366 U.S. 716 (1961), und, allgemein, Stagna, *Judicial Protection of the Criminal Defendant against Adverse Press Coverage*, 13 William & Mary L.Rev. 1 (1971).

¹¹⁴⁾ So entschied der Supreme Court in *Irvin v. Dowd*, 366 U.S. 717 (1961), daß der Gerichtsstand gegebenenfalls auch zweimal gewechselt werden muß, wenn sich in zwei Gerichtsbezirken keine »unvoreingenommenen« Geschworenen finden lassen. Nach dem ersten *change of venue* fanden sich im Fall Irvin unter 430 möglichen Geschworenen allein 268, die schon im Auswahlverfahren einräumten, eine festgelegte Meinung über die Schuld des wegen sechsfachen Mordes Angeklagten zu haben.

¹¹⁵⁾ *Sheppard v. Maxwell*, 384 U.S. 333. Hierzu auch Seibert, *Die Öffentlichkeit im großen Strafverfahren*, NJW 1970, 1535.

¹¹⁶⁾ Vor- und Hauptverfahren fanden, wie der Supreme Court feststellte, in einer »Karneval-Atmosphäre« statt (S. 358): Drei Monate vor dem Prozeß wurde Sheppard, zeitweise ohne Anwalt, in einer dreitägigen, vom Fernsehen übertragenen Untersuchung vor mehreren hundert aufgebrachtten Zuschauern vernommen; während des Verfahrens belegten Journalisten nahezu den gesamten Gerichtssaal und saßen auch in nächster Nähe von Angeklagtem und Verteidiger, was vertrauliche Beratungen unmöglich machte (S. 358 f.).

¹¹⁷⁾ 384 U.S. 359, 363.

¹¹⁸⁾ 384 U.S. 359, 361.

¹¹⁹⁾ 384 U.S. 350, siehe auch S. 358: "We . . . do not consider what sanctions might be available against a recalcitrant press . . .".

tiert, als gestatte der Supreme Court die Verhängung von Schweigegeboten hinsichtlich der Presseberichterstattung über *causes célèbres*. So hieß es beispielsweise in *Sheppard*, die Untergerichte könnten »einschneidende Maßnahmen« ergreifen, um Prozesse vor »präjudizierenden Außeneinflüssen« zu schützen, und sollten »das Vorurteil von Anfang an unterbinden«¹²⁰⁾.

Im Anschluß an die *Sheppard*-Entscheidung und gestützt auf diese Dikta erhöhte sich alsbald die Zahl der richterlichen Schweigebefehle¹²¹⁾, mit denen Prozeßbeteiligten und/oder Journalisten die Berichterstattung über das Prozeßgeschehen oder Teile davon bei Strafe untersagt wurde¹²²⁾. Bis 1976 waren dem von Journalisten gegründeten Committee for Freedom of the Press 174 Fälle von Schweigebefehlen seit der *Sheppard*-Entscheidung bekanntgeworden, die jedoch »nur einen Ausschnitt von hunderten, vielleicht tausenden« unbekannt gebliebenen Fällen darstellen sollen¹²³⁾. Die unterschiedliche Reichweite dieser Schweigebefehle¹²⁴⁾ führte bald zu völliger Rechtsunklarheit¹²⁵⁾ und schien das Ende des amerikanischen Konzepts von Kontrolle der Judikative durch die Medienöffentlichkeit zu signalisieren: Die Kontrolleurin konnte von der Kontrollierten nach Belieben durch *gag orders* geknebelt werden.

Die Konstellation im Fall *Nebraska Press Association v. Stuart*¹²⁶⁾, dessen Entscheidung durch den Supreme Court die Rechtsunsicherheit beseitigte, ist typisch für die im Gefolge der *Sheppard*-Entscheidung aufgekommenen

¹²⁰⁾ 384 U.S. 362, 363. Dazu J. C. L a n d a u, Fair Trial, Due Process Proposal, 62 ABAJ 55, 56 (1976): „... sybilline dictum“.

¹²¹⁾ *Gag orders* (wörtlich: »Knebelbefehle«) oder neutraler *silence orders* genannt.

¹²²⁾ Statistiken zeigen, daß 61 der erfaßten Schweigebefehle sich auf das Verfahren und die Akten bezogen, 63 verboten Äußerungen durch Prozeßbeteiligte, 39 enthielten *silence orders* hinsichtlich Presseveröffentlichungen und 11 beschränkten die Möglichkeiten für Lichtbildaufnahmen. Vgl. L a n d a u, a.a.O. (Anm. 120), 62 ABAJ 57.

¹²³⁾ Siehe z. B. *Newspaper, Inc. v. Blackwell*, 421 U.S. 997 (1975); *Farr v. Pitchess*, 522 F. 2d 464 (1975); *Times-Picayune Publishing Corp. v. Schulingkamp*, 420 U.S. 985 (1975); *CBS, Inc. v. Young*, 522 F. 2d 234 (1975); *U.S. v. Schiavo*, 504 F. 2d 234 (1975); *Rosato v. Superior Court*, 124 Cal. Rptr. 427 (1975).

¹²⁴⁾ So wurde die Presseberichterstattung über ein an sich öffentliches Vorverfahren untersagt in *Washington v. Sperry*, 483 P. 2d 608 (1971), siehe auch 404 U.S. 939 (1971); die Veröffentlichung der Namen von Zeugen der Anklage wurde für sechs Monate untersagt in *Sun Company of San Bernardino v. Superior Court*, 105 Cal. Rptr. 873 (1973); Veröffentlichungen über ein Verfahren *in toto* wurden verboten in *Oliver v. Postel*, 282 N.E. 2d 306 (N.Y. 1972), und die Veröffentlichung eines öffentlich ergangenen Geschworenenpruchs wurde untersagt in *Wood v. Goodson*, 485 S.W. 2d 213 (1972).

¹²⁵⁾ L a n d a u (Anm. 120), 62 ABAJ 57; siehe auch R o n e y, The Bar Answers the Challenge, 62 ABAJ 60 (1976).

¹²⁶⁾ 427 U.S. 539 (1976).

Schweigebefehls-Fälle: Ein Gericht in Nebraska¹²⁷⁾ hatte auf Antrag des Staatsanwalts verfügt, daß die Medien keine Berichte über Geständnisse oder sonstwie »den Angeklagten in hohem Maß betreffende« Einzelheiten veröffentlichen dürften, sofern diese Berichte auf Angaben des wegen sechsfachen Mordes Angeklagten gegenüber Polizeibeamten oder Dritten — ausgenommen Angehörigen der Presse — beruhten¹²⁸⁾. Der Supreme Court entschied einstimmig, daß dieser Schweigebefehl gegen die Verfassungsgarantie der Pressefreiheit verstoße¹²⁹⁾.

Das Gericht verwies darauf, daß Schweigebefehle wie der im *Nebraska*-Fall ergangene eine Form der Vorzensur (*prior restraint*) darstellen, die in der First Amendment-Doktrin nur selten gestattet wird¹³⁰⁾. Der Vergleich von *contempt*- und Schweigebefehlsfällen führte zu dem naheliegenden *argumentum a minore ad maius*, daß die Drohung mit straf- oder zivilrechtlichen Sanktionen nach erfolgter Veröffentlichung (= *contempt*) die freie Rede bereits behindere (*chilling effect*), ein vorzensensorischer Eingriff jedoch — als unmittelbare und irreversible Sanktion — freie Rede von vornherein unterbinde¹³¹⁾. Mit Hinweis auf die nun schon in mehreren Grundsatzentschei-

¹²⁷⁾ Der Schweigebefehl des Prozeßgerichts wurde auf die Berufung des Presseverbands hin vom Nebraska Supreme Court modifiziert. Gegen dessen Entscheidung (194 Neb. 783 — 1975 —) wurde Beschwerde beim U.S. Supreme Court erhoben.

¹²⁸⁾ 194 Neb. 783; referiert in 427 U.S. 545.

¹²⁹⁾ Die im folgenden referierte Mehrheitsmeinung stammt von Chief Justice Warren Burger und wurde von den Richtern White, Blackmun, Powell und Rehnquist mitgetragen. In *concurring opinions* (S. 570, 617) bezweifelten die Richter White und Stevens, ob Schweigebefehle überhaupt jemals gerechtfertigt werden könnten. Richter Powell entwickelte in seinem ergänzenden Votum Bedingungen, unter denen ein Schweigebefehl zulässig sein soll (S. 571 f.); die Richter Brennan, Stewart und Marshall hielten in einem gemeinsamen Sondervotum (S. 572 ff., dazu sogleich in Anm. 130) Schweigebefehle generell für verfassungswidrig.

¹³⁰⁾ Siehe z. B. *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971), dazu bei Anm. 151; *Organisation for a Better Austin v. O'Keefe*, 402 U.S. 415 (1971); *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931); *Patterson v. Colorado*, 205 U.S. 454 (1907). In *Nebraska Press Association v. Stuart* (S. 559) heißt es zu diesen Präjudizien: "The thread running through all these cases is that prior restraints on speech and publication are most serious and the least tolerable infringement on First Amendment rights". Vgl. auch Justice Brennans Sondervotum, das dennoch in der Mehrheitsmeinung die Gefahr einer »neuen, potentiell weitreichende(n) Ausnahme zu der anerkannten Regel praktischer völliger Unzulässigkeit von vorzensensorischen Beschränkungen« sieht (S. 573). Der hier relevante Text des First Amendment lautet: "Congress shall make no law . . . abridging the freedom of speech, or of the press".

¹³¹⁾ 427 U.S. 559: "If it can be said that a threat of a criminal or civil sanction after publication 'chills' speech, prior restraint 'freezes' it at least for the time". Die damit angesprochene verfassungsdogmatische Argumentationsfigur *chilling effect* beruht auf

dungen betonte Funktion der Medien als kontrollierende und kritisierende Helfer (*handmaidens*) der Justiz¹³²⁾ formuliert das Gericht drei Kriterien für die Zulässigkeit eines Schweigebefehls, die – je für sich genommen und kumulativ – *gag orders* künftig *de facto* unmöglich machen dürften.

Das erste Kriterium betrifft die Notwendigkeit eines Schweigebefehls im jeweiligen konkreten Fall: Das Prozeßgericht muß »vernünftigerweise, basierend auf allgemeiner Lebenserfahrung« prognostizieren können, daß die zu erwartende Publizität eines Prozesses das Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren beeinträchtigen könnte¹³³⁾. Diese »notwendigerweise spekulativ(e)« Einschätzung solle sich an der »lokalen und nationalen Aufmerksamkeit« ausrichten, die der betreffende Fall erregt hat¹³⁴⁾.

Der zweite Prüfungsschritt betrifft die Angemessenheit eines Schweigebefehls: Das Prozeßgericht muß bestimmen, »welche Maßnahmen außer einem Befehl, der alle Publikationen verbietet, dem Angeklagten ein faires Verfahren (gewährleisten würden)«¹³⁵⁾. Wiederum mit Bezug auf die *Sheppard*-Entscheidung werden mögliche Alternativmaßnahmen aufgelistet¹³⁶⁾, deren Untauglichkeit beweisbar sein muß, was vom Prozeßgericht nicht lediglich formelhaft begründet werden darf¹³⁷⁾. Dies wird wohl, angesichts der unzulänglichen prognostischen Mittel gerichtlicher Entscheidungsfindung, künftig eine nahezu unüberwindliche Schranke für die Verhängung von Schweigebefehlen darstellen.

Die dritte Schranke betrifft die voraussichtliche Geeignetheit eines Schweigebefehls: Es muß gezeigt werden, daß eine als notwendig und angemessen erkannte *silence order* auch geeignet oder, in den Worten des Supreme Court, »eine brauchbare Methode (ist), das Recht (des Angeklag-

der Vermutung, daß die Möglichkeit, für bestimmte Meinungsäußerungen bestraft zu werden, freie Rede »einfrieren« könne. Dazu Scherer, Anmerkung, NJW 1978, 237.

¹³²⁾ 427 U.S. 559 f. mit Hinweis auf *Sheppard v. Maxwell*, siehe oben Anm. 119.

¹³³⁾ 427 U.S. 563.

¹³⁴⁾ Siehe hierzu das Sondervotum, S. 599 ff., und die Urteilsrezension von Benno C. Schmidt jr., *The Nebraska Decision*, Col. Journalism Rev. 15 (1976) 51, 53.

¹³⁵⁾ 427 U.S. 562, 565.

¹³⁶⁾ Justice Brennan, der seine abweichende Meinung damit begründete, daß das Gericht die vorzensurischen Eingriffe zur Sicherung fairer Verfahren grundsätzlich hätte verbieten sollen (siehe oben Anm. 130), sieht vor allem im *voir dire* einen funktional äquivalenten Mechanismus, um »Vorurteile« zu verhindern (S. 601 f.).

¹³⁷⁾ Vgl. 427 U.S. 565: Es muß "evidence to support such a finding" vorliegen. Siehe auch *Prettyman jr.*, *Nebraska Press Association v. Stuart: Have we seen the last prior restraints?*, 20 St. Louis University L.J. 654, 658 (1976): "A mere finding that alternatives short of a prior restraint would insufficiently protect the defendant would in all cases be just as speculative as a finding of adverse impact through pervasive publicity".

ten) auf ein faires Verfahren zu schützen«¹³⁸⁾. Vor allem zwei — vom Supreme Court erwähnte — Schwierigkeiten des Schweigebefehls lassen Zweifel an dessen grundsätzlicher Geeignetheit aufkommen: Neben dem Problem, eine *silence order* so zu formulieren, »daß tatsächlich präjudizierende Informationen von künftigen Geschworenen ferngehalten werden«¹³⁹⁾, ist vor allem das aus der örtlich begrenzten Jurisdiktion resultierende Problem der Durchsetzung eines Schweigebefehls auch über den Gerichtsbezirk hinaus intrikat¹⁴⁰⁾.

d) Kontrolle durch Medien

Obwohl der Supreme Court die *Nebraska*-Entscheidung durch salvatorische Formeln¹⁴¹⁾ in der für das Gericht unter Chief Justice Warren Burger charakteristischen Weise auf die Umstände des Einzelfalles reduzieren will (*narrow ruling*), ist sie bereits als Sieg der Presse in der Auseinandersetzung um *fair trial and free press* angesehen worden¹⁴²⁾. Die genannten drei Voraussetzungen dürften — wie in der *Nebraska*-Entscheidung auch eingeräumt wird und eine nachfolgende Entscheidung zeigt¹⁴³⁾ — kaum jemals als vorliegend angesehen werden¹⁴⁴⁾; damit aber setzt *Nebraska* fort, was in den *contempt*-Fällen begonnen wurde: Die Schaffung von Freiräumen für eine als Kontrollinstrument begriffene Medienöffentlichkeit der Justiz.

Die Begründung der von *Bridges* bis *Wood* und von *Stroble* bis *Nebraska* verfolgten rechtspolitischen Linie äußerster Zurückhaltung gegenüber Beschränkungen der Gerichtsöffentlichkeit wurde in der Entscheidung

¹³⁸⁾ 427 U.S. 565.

¹³⁹⁾ 427 U.S. 567.

¹⁴⁰⁾ 427 U.S. 565 f.; hierzu auch *Prettyman*, a.a.O. (Anm. 137), 20 St. Louis University L.J. 654, 658, sowie *Rendleman*, *Free Press-Fair Trial: Review of Silence Orders*, 52 North Carolina L. Rev. 127, 149 ff. (1973).

¹⁴¹⁾ "However difficult it may be, we need not rule out the possibility of showing the kind of threat to fair trial rights that would possess the requisite degree of certainty to justify restraint", 427 U.S. 569.

¹⁴²⁾ Zur kritischen Würdigung des *ad hoc approach* siehe *B.C. Schmidt* (Anm. 134), *Col. Journalism Rev.* 15 (1976) 51, 53; *Prettyman* (Anm. 137), 20 St. Louis University L.J. 658; Note, *The Supreme Court 1975 Term*, 90 *Harvard L.Rev.* 159, 168 f. (1976).

¹⁴³⁾ Siehe die oben (Anm. 141) zitierte Stelle und *Oklahoma Publishing Co. v. District Court*, 430 U.S. 308. Hier hob der Supreme Court im summarischen Verfahren (*per curiam*) den Schweigebefehl eines Bezirksgerichts in Oklahoma auf, das die Berichterstattung über den von einem elfjährigen Jungen begangenen Mord verboten hatte.

¹⁴⁴⁾ Wie hier *Prettyman* (Anm. 137), 20 St. Louis University L.J. 658; pessimistischer die Einschätzung in Note, 90 *Harvard L.Rev.* 168 (1976).

In Re Oliver erstmals formuliert¹⁴⁵⁾ und seither stets wieder aufgegriffen¹⁴⁶⁾:

»Welche anderen Vorteile die Garantie für einen Angeklagten, daß sein Prozeß öffentlich geführt wird, auch immer für unsere Gesellschaft haben mag¹⁴⁷⁾, die Garantie ist stets als eine Sicherung angesehen worden gegen jeglichen Versuch, unsere Gerichte als Instrumente der Strafverfolgung einzusetzen. Das Wissen, daß jeder Strafprozeß Gegenstand gleichzeitiger Überprüfung auf dem Forum der öffentlichen Meinung ist, ist ein wirkungsvolles Hemmnis möglicher Mißbräuche richterlicher Gewalt«.

Öffentlichkeit ist also Kontrollinstrument sowohl zum Nutzen des Angeklagten wie der Gesellschaft; als »Helferin effektiver Rechtspflege«¹⁴⁸⁾ hat Medienöffentlichkeit gegenüber der Justiz wie jeder anderen Staatsgewalt¹⁴⁹⁾ eine Kontrollfunktion:

»Die Presse veröffentlicht nicht einfach Informationen über Prozesse, sondern sichert gegen Fehlrteile, indem sie Polizei, Staatsanwälte und gerichtliche Verfahren extensiver öffentlicher Kontrolle und Kritik unterwirft«¹⁵⁰⁾.

Diese Funktionszuweisung findet ihr Äquivalent in der rechtspolitischen Entwicklung zu mehr »Kontrolle durch Öffentlichkeit« in anderen Bereichen der amerikanischen Gesellschaft. Markierungspunkte dieser Entwicklung sind die vom Supreme Court aufrechterhaltene gerichtliche Ablehnung des Antrags der Bundesregierung auf Verbot weiterer Veröffentlichung der Pentagon-Papiere¹⁵¹⁾, die höchstrichterliche Zurückweisung der Einreden der präsidentiellen Immunität und Autonomie sowie des Regierungsgeheimnisses (*executive privilege*) im Rechtsstreit um die *Watergate*-Tonbänder von Präsident Nixon¹⁵²⁾, die zunehmende »Öffnung« der Sitzungen von Verwaltungsgremien durch publizitätsschaffende "Sunshine

¹⁴⁵⁾ 333 U.S. 257, 270.

¹⁴⁶⁾ Vgl. 384 U.S. 350; siehe auch 427 U.S. 560; 311 U.S. 374 und *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975).

¹⁴⁷⁾ Nur in einer Anmerkung nennt der Supreme Court hier (333 U.S. 257, 270 Anm. 24) als »weitere Vorteile, die der Öffentlichkeit zugeschrieben werden: (1) Öffentliche Verhandlungen kommen zur Kenntnis von den Parteien unbekanntem, wichtigen Zeugen . . . (2) Die Zuschauer lernen etwas über ihren Staat und erwerben Vertrauen in ihre Rechtsmittel . . .« (m.w.N.).

¹⁴⁸⁾ "Handmaid of effective judicial administration", siehe bereits oben Anm. 132.

¹⁴⁹⁾ Siehe oben bei Anm. 100.

¹⁵⁰⁾ 427 U.S. 560; die Kontrollfunktion von Öffentlichkeit im amerikanischen Strafverfahren betont auch Hirschberg, a.a.O. (Anm. 106), S. 31.

¹⁵¹⁾ *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971); zu diesem als "Pentagon Papers Case" bekannt gewordenen Fall siehe D. Ellsberg, *Papers on the War* (1972).

¹⁵²⁾ *Nixon v. U.S.*, 418 U.S. 683 (1974).

Laws" auf Bundes-¹⁵³⁾ und Gliedstaatenebene ¹⁵⁴⁾, sowie die Einräumung eines allgemeinen Rechts auf Einsicht in grundsätzlich alle Regierungsakten durch den Freedom of Information Act ¹⁵⁵⁾.

III. Justiz und Presse in der Bundesrepublik

1. Vertrauensstabilisierung statt Kontrolle

Die Behauptung, Massenmedien kontrollierten Gerichtsverfahren, wie die Forderung, sie sollten dies tun, stoßen in der Bundesrepublik auf wenig Gegenliebe ¹⁵⁶⁾. Gegen erstere wird traditionellerweise das Ignoranz-Argument gesetzt:

»Ob der Richter das gehörige Gesetz in Anwendung gebracht? ob er dieses richtig ausgelegt habe? ob sein Ausspruch mit dem wahren Recht übereinstimme? . . . darüber hat niemand ein zuständiges Urteil, als wer die Weihe der Wissenschaft empfangen hat« ¹⁵⁷⁾.

Die Forderung nach einer kontrollierenden, demokratischen Gerichtsöffentlichkeit wurde nur vereinzelt erhoben ¹⁵⁸⁾, historisch begründete Berührungsgängste vor der »demokratischen« Kontrolle haben die Einlösung dieses Postulats jedoch bislang verhindert. Wo der Versuch einer

¹⁵³⁾ Vgl. den "Government in the Sunshine Act", P.L. 94-409 (1976) = 5 U.S.C. § 552 b, und dazu S. T. Stephenson, Government in the Sunshine Act: Opening Federal Agency Meetings, 26 American University L.Rev. 154 (1976), sowie R. W. Sloat, Government in the Sunshine Act: A Danger of Overexposure, 14 Harvard Journal on Legislation 620 (1977).

¹⁵⁴⁾ Zu den "Sunshine Laws" der Gliedstaaten siehe W. Gellhorn/C. Byse, Administrative Law (6. Aufl. 1974), S. 573 f. m.w.N.

¹⁵⁵⁾ P.L. 93-502 (1974) = 5 U.S.C. § 552. Dazu mit Nachweisen der neueren Rechtsprechung J. Scherer, Verwaltung und Öffentlichkeit (1978), S. 41 ff.

¹⁵⁶⁾ Siehe z. B. Henkel, Strafverfahrensrecht (2. Aufl. 1968), S. 325; Wettstein, a.a.O. (Anm. 30), S. 64; Rohde, a.a.O. (Anm. 14), S. 102 ff. Vertreter der Kontrollhypothese ist A. Morf, Das Prinzip der Öffentlichkeit in der Schweizerischen Zivilrechtspflege (1951), S. 3 f.

¹⁵⁷⁾ v. Feuerbach, a.a.O. (Anm. 23), S. 151; siehe auch Alber, a.a.O. (Anm. 8), S. 79 f. m.w.N. Insbesondere zur mangelnden Qualifikation vieler Gerichtsjournalisten (auch dies ist übrigens in den USA ein Nicht-Argument) siehe Wassermann, in: Reynold, a.a.O. (Anm. 5), S. 73 m.w.N., und Henkel, a.a.O., S. 325. Vgl. auch die — nur im Ton von v. Feuerbachs zitierter Aussage abweichende — Formulierung bei Köbl, a.a.O. (Anm. 11), S. 245: »Kompetente Beurteiler der Richtigkeit der Rechtsanwendung lassen sich auf breiter Front noch nicht einmal durch die Massenmedien, denen es an juristisch geschulten Kräften für die Aufbereitung der Rechtsfragen fehlt, . . . interessieren«.

¹⁵⁸⁾ Fögen, a.a.O. (Anm. 18), S. 11, 121 u.ö.; dazu Scherer, a.a.O. (Anm. 7).

demokratiethoretischen Fundierung von kontrollierender Gerichtsöffentlichkeit unternommen wird, geschieht dies – mit ausdrücklichem Hinweis auf die »Sanktionslosigkeit« der öffentlichen Kritik und Kontrolle¹⁵⁹⁾ – unter eigentümlichen Kautelen: In logisch kaum nachvollziehbarer Weise wird z. B. behauptet, Gerichtsöffentlichkeit sei nicht »Mittel zum Zweck« (etwa: der Kontrolle), sondern fände »ihren Zweck und ihre Funktion in sich selbst« und sei »aus der demokratischen Staatsform zu deduzieren«¹⁶⁰⁾. Die demokratische, kontrollierende (Medien-)Öffentlichkeit scheint die Justiz in ihren Grundlagen zu bedrohen – »plebiszitäre Kritik« gefährdet die »richterliche Unabhängigkeit«¹⁶¹⁾, so daß demokratische Gerichtsöffentlichkeit nur als funktions- und zwecklose (»formale«) Verfahrensmaxime denkbar ist oder im Sinne der Justiz instrumentalisiert werden muß: Die Schaffung von »Vertrauen« in die Justiz und deren »Integration« in die Gesellschaft werden demgemäß in der Bundesrepublik als die zentrale Funktion von Gerichtsöffentlichkeit angesehen¹⁶²⁾. Durch wechselseitige Kontakte von Massenmedien und Justiz müßten »Mißverständnisse und Mißtrauensreaktionen« der Bevölkerung gegenüber der Justiz verhindert und »das Volk« für »Intention und Gehalt des behördlichen Willens« gewonnen werden¹⁶³⁾. Nicht um Kontrolle der Justiz durch eine über Massenmedien erreichte und »hergestellte« Öffentlichkeit geht es in diesem Konzept, sondern »vor allem« um »Beeinflussung . . . des Volks durch die Justiz«¹⁶⁴⁾. In der Rechtsprechung des BGH ist die Berufung auf den harmonistischen Topos »Schaffung von Vertrauen« vorherrschend¹⁶⁵⁾, und die Debatten zwischen Justizjuristen und Journalisten in der Bundesrepublik drehen sich weniger um den hinter *free press* – *fair trial* stehenden

¹⁵⁹⁾ Rohde, a.a.O. (Anm. 14), S. 173, gegen Martens, a.a.O. (Anm. 14), S. 74.

¹⁶⁰⁾ Rohde, a.a.O., S. 176; siehe auch S. 169, 177.

¹⁶¹⁾ Insbes. Bockelmann (Anm. 29), NJW 1960, 217; ähnlich auch Eb. Schmidt, Justiz und Publizistik, S. 48 ff.; Henkel, a.a.O. (Anm. 156), S. 325; Stürner (Anm. 12), JZ 1978, 161 ff., und dagegen Scherer demnächst in JuS.

¹⁶²⁾ Die gleiche Diagnose hinsichtlich der heute »herrschenden Meinung« in der Bundesrepublik Deutschland stellt Köbl, a.a.O. (Anm. 11), S. 245; vgl. insbesondere Löwe/Rosenberg/Schäfer, StPO (22. Aufl. 1973), Anm. 1 a vor § 169 GVG, S. 2931; Peters, Strafprozeß (2. Aufl. 1966), S. 483; Henkel, a.a.O., S. 324; Schönke/Kuchinke, Zivilprozeßrecht (9. Aufl. 1969), S. 43.

¹⁶³⁾ Wettstein, a.a.O. (Anm. 30), S. 56 f.

¹⁶⁴⁾ Wettstein, a.a.O., S. 56; vgl. auch S. 75 ff., 104 ff.

¹⁶⁵⁾ Siehe BGHSt 2, 56, 57; 3, 386, 387 f.; 4, 279, 283; 7, 218, 221; 9, 280, 281; 16, 111, 113; 21, 72, und schon RGSt 70, 109, 112. Die Kontrollfunktion wird erwähnt in BGHSt 3, 386, 390; 8, 194, 199, und vor allem in Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Verwaltungsrechtsprechung 3, 651, 663.

Interessenkonflikt, als um Möglichkeiten vertrauensvoller Zusammenarbeit über (einzurichtende) Pressestellen der Gerichte und (zu verbessernde) »Beziehungen« zwischen Medien und Justiz¹⁶⁶).

Diese juristische Funktionszuweisung, wonach Gerichtsöffentlichkeit »symbolisch« die Überzeugung vermitteln soll, »daß Recht geschieht«, findet ihre radikale Zuspitzung bei L u h m a n n, dessen systemtheoretische Konzeption des Gerichtsverfahrens als »Sozialsystem auf Zeit« zur sozialen Isolierung des Abweichlers, der Protestzersplitterung und -absorption¹⁶⁷) die klassische Vertrauensstabilisierungs-Hypothese reformuliert und in den Zusammenhang einer Gesellschaftstheorie stellt¹⁶⁸): »Die Funktion des Verfahrensprinzips der Öffentlichkeit liegt in der Symbolbildung, in der Ausgestaltung des Verfahrens als eines Dramas, das richtige und gerechte Entscheidung symbolisiert«¹⁶⁹). Eine »effektive Kontrolle und eine Steigerung der Rationalität des Entscheidungsvorgangs« lasse sich von der Gerichtsöffentlichkeit »ohnehin nicht erwarten«¹⁷⁰). Hier verbindet sich eine spezifisch verkürzte Konzeption von gerichtlichen Verfahren¹⁷¹) mit einer am Stimulus-Response-Modell ausgerichteten Vorstellung von den Wirkungen massenmedial vermittelter »Symbole«: Beide Prämissen halten einer sozialwissenschaftlich angeleiteten Überprüfung nicht stand¹⁷²). Dennoch sind in der Bundesrepublik in neuerer Zeit Tendenzen zur Einschränkung oder sogar Abschaffung der Gerichtsöffentlichkeit unübersehbar¹⁷³). Nach dem Vorbild von Disziplinar- und Ehrengerichtsverfahren, die grundsätzlich nichtöffentlich sind¹⁷⁴), weil es »dem Ansehen« des

¹⁶⁶) Hierzu vor allem Bührke, in: Reynold, a.a.O. (Anm. 5), S. 30 ff.; Wassermann, Justiz und Public Relations, DRiZ 1963, 294 m.w.N., sowie differenzierend O. R. Kissel, Über die Zukunft der Justiz (1974), S. 15 ff.

¹⁶⁷) Siehe dazu L u h m a n n, Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft, in: Lautmann/Maihofer/Schelsky (Hrsg.), Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 1 (1970), S. 176 ff., 189; ders., Soziologie des politischen Systems, in: Soziologische Aufklärung (3. Aufl. 1972), S. 167, und ders., Legitimation durch Verfahren (2. Aufl. 1975).

¹⁶⁸) Zur »Kongruenz« von systemsoziologischer Analyse und Argumentationen in der Öffentlichkeitsdiskussion des 19. Jahrhunderts siehe Fögen, a.a.O. (Anm. 18), S. 65 m.w.N.

¹⁶⁹) L u h m a n n, Legitimation (Anm. 167), S. 124.

¹⁷⁰) L u h m a n n, *ibid.*, S. 124.

¹⁷¹) Dazu kritisch J. Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (1972), S. 205 ff., 209.

¹⁷²) Dazu im einzelnen Scherer, a.a.O. (Anm. 7).

¹⁷³) Siehe sogleich im Text und Scherer demnächst in Jus.

¹⁷⁴) Nach § 135 Abs. 1 Bundesrechtsanwaltsordnung, § 96 Bundesnotarordnung in Ver-

jeweiligen Berufsstandes diene, wenn die Erörterung von Verfehlungen der Öffentlichkeit entzogen sind¹⁷⁵⁾, sollen auch Zivil-¹⁷⁶⁾ und Strafverfahren¹⁷⁷⁾ grundsätzlich nichtöffentlich stattfinden: Das Vertrauen in die Justiz läßt sich um so wirkungsvoller stabilisieren, je sorgfältiger die öffentlich darzustellenden Verfahrensabschnitte ausgewählt sind.

2. *Contempt* in der Bundesrepublik?

Ein Nebenaspekt des Strebens nach Systemstabilität ist die in der Rechtsprechung des BGH zum Ausdruck gekommene Ablehnung von Versuchen, die Konsequenzen vermuteter Beeinflussung von (Laien-)Richtern durch Massenmedien dem Justizsystem aufzubürden¹⁷⁸⁾. Die Folgenerwägungen, die hierfür ausschlaggebend waren, wurden recht offen ange stellt¹⁷⁹⁾ und stehen im Gegensatz zu der geschilderten Bereitschaft des amerikanischen Supreme Court, »Effizienzerwägungen« zugunsten von öffentlicher Kontrolle hintanzustellen:

»Wollte man, wie es der Verteidigung anscheinend vorschwebt, ... ohne besonderen Anhalt im Einzelfall ganz allgemein davon ausgehen, daß jeder Laienrichter durch die Lektüre eines die Ergebnisse des Verfahrens ungehörig vorwegnehmenden Zeitungsartikels einen Grund für seinen Ausschluß von der Mitwirkung an der Verhandlung und Entscheidung in der betreffenden Sache

bindung mit den Disziplinarordnungen der Länder (vgl. Seybold/Hornig, Bundesnotarordnung [5. Aufl. 1976], § 96 Rn. 1), § 63 DRiG in Verbindung mit § 60 Bundesdisziplinarordnung sind Ehrengerichtsverfahren gegen Rechtsanwälte sowie Disziplinarverfahren gegen Notare, Richter und Bundesbeamte grundsätzlich nicht öffentlich. Zur Rechtslage in den Ländern (von denen nur Bayern: Art. 67 Disziplinarordnung Bayern; Bremen: § 60 Abs. 1 Satz 1 Disziplinarordnung Bremen und Niedersachsen: § 71 Abs. 1 Disziplinarordnung Niedersachsen, die grundsätzliche Öffentlichkeit der Hauptverhandlung eingeführt haben) siehe Lindgen, Disziplinarrecht, Bd. 1 (1968), S. 48 ff. Siehe auch BVerfGE 4,74, 94.

¹⁷⁵⁾ Siehe zur Begründung nichtöffentlicher Disziplinarverfahren gegen Beamte das Zitat bei Brand, Die Preußischen Dienststrafordnungen (3. Aufl. 1935), S. 303. Zusammenfassend Lindgen, a.a.O., S. 47.

¹⁷⁶⁾ Dazu vor allem Köbl, a.a.O. (Anm. 11), S. 254.

¹⁷⁷⁾ Siehe z. B. Deubner, a.a.O. (Anm. 11), S. 473.

¹⁷⁸⁾ Kritisch zu dieser Rechtsprechung Arzt, Der befangene Strafrichter (1968), S. 10, 12 ff.

¹⁷⁹⁾ BGHSt 22, 289, 295. Dazu kritisch Hanack, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht, JZ 1971, 89, 91, der den »optimistischen, aber sozialpsychologisch sehr anfechtbaren Standpunkt« einer »Art Vermutung für die Unparteilichkeit« (vgl. auch Kleinknecht, StPO [33. Aufl. 1977], § 31 Rn. 3) kritisiert.

schafft, so wäre damit nicht nur der Presse ein ihr nicht zukommender Einfluß auf die Besetzung der Gerichte eingeräumt, sondern auch die Mitwirkung von Laien an der Rechtspflege als Einrichtung von Grund auf in Frage gestellt... (Es könnte), um hier Abhilfe zu schaffen, allein auf wirksame Vorkehrungen im Rahmen des Presserechts ankommen, und (es geht) nicht an, den unter Mitwirkung von Schöffen und Geschworenen entscheidenden Strafgerichten eine zusätzliche Last aufzubürden«.

In dieses Argumentationsmuster fügen sich die in den sechziger Jahren erhobenen¹⁸⁰⁾ und jüngst erneuerten¹⁸¹⁾ Forderungen nach einer deutschen *contempt*-Regelung ebenso ein wie die Rufe nach mehr oder minder vollständiger Abschaffung der Gerichtsöffentlichkeit¹⁸²⁾: Die Justiz, nicht bereit, sich kritischer Kontrolle durch die Medienöffentlichkeit auszusetzen, will sich gegen »Einwirkungen« von außen abkapseln.

IV. Testfall Persönlichkeitsrecht

Bislang wurden lediglich Konflikte der Justiz selbst mit der (Medien-) Öffentlichkeit untersucht, wobei sich ergab, daß solche Konflikte in der Bundesrepublik zu Lasten der Transparenz des Verfahrens, in den USA — wegen des dort zugrunde gelegten Kontrollkonzepts — durch Erhöhung der Transparenz, jedenfalls aber durch deren verfahrensrechtliche Absicherung gelöst werden.

Der Testfall für die Unterschiedlichkeit der dahinterstehenden Konzeptionen von Gerichtsöffentlichkeit liegt jedoch außerhalb jener Fallgruppen, in denen spezifische »Verfahrensziele« (*fair trial*, Wahrheitsfindung, unabhängige Entscheidungsfindung) auf dem Spiel zu stehen scheinen. Ein solcher Testfall, in dem Gerichtsöffentlichkeit mit Persönlichkeitsrechten

¹⁸⁰⁾ Zusammenfassend zu den Vorarbeiten für den schließlich gescheiterten § 452 E-StGB Eb. Schmidt, *Justiz und Publizistik*, S. 61 ff. m.w.N. Kritisch Sarstedt, *Steht der Richter unter dem Druck der öffentlichen Meinung?*, AfP 1971, 148 ff.

¹⁸¹⁾ Siehe Stürner (Anm. 12), JZ 1978, 161 ff. m.w.N.; Kern/Wolf, *Gerichtsverfassungsrecht* (4. Aufl. 1975), S. 141 ff., 145, wo freilich die oben geschilderten amerikanischen Rechtsentwicklungen nicht berücksichtigt werden. Hanack (Anm. 179), JZ 1971, 91 f., fordert mit dem BGH (St 22, 295) gesetzgeberische Abhilfe »gegenüber derartigen Publikationen«, hält aber die amerikanischen Auswahl- und Überprüfungsmechanismen für »wenig sinnvoll«. Arzt, a.a.O. (Anm. 178), S. 114, plädiert für Ausweitung der Ablehnungsgründe auch auf den Fall publizistischer »Beeinflussungsver suche«.

¹⁸²⁾ Vgl. die oben Anm. 10 zitierten; siehe aber auch den Bericht der Kommission für Gerichtsverfassungsrecht und Rechtspflegerrecht, hrsg. vom Bundesministerium der Justiz (1975), S. 150 ff., 156.

Beteiligter in Konflikt gerät, wurde in beiden Rechtssystemen höchststrich-terlich entschieden ¹⁸³⁾:

1. Das *Lebach*-Urteil des Bundesverfassungsgerichts

Die *Lebach*-Entscheidung des BVerfG — wiewohl zu einem Fernseh-Dokumentarspiel ergangen — setzt verallgemeinerungsfähige Richtlinien, die auch auf die Presseberichterstattung über Gerichtsverfahren anwendbar sind und das Informationsrecht der Öffentlichkeit hinsichtlich bestimmter Informationen beschneiden ¹⁸⁴⁾. Das BVerfG entwickelt — sozialwissenschaftlich angeleitet ¹⁸⁵⁾ — einen Katalog von Kriterien, nach denen die kollidierenden Rechte — Persönlichkeitsrecht und freie Meinungsäußerung — von den Medien ¹⁸⁶⁾ gegeneinander abzuwägen sind, sofern nicht nach dem Gebot praktischer Konkordanz beiden Rechtsgütern zu optimaler Wirksamkeit verholfen werden kann ¹⁸⁷⁾.

Der allgemeinen Abwägungsformel zufolge darf »die durch eine öffentliche Darstellung bewirkte Einbuße an ›Personalität‹ nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Veröffentlichung für die freie Kommunikation stehen« ¹⁸⁸⁾. Die vom Gericht — in Anlehnung an das Gutachten des mediensoziologischen Sachverständigen ¹⁸⁹⁾ — entwickelten »verfassungsrechtlich bedeutsamen Kriterien« betreffen Art und Glaubwürdigkeit des

¹⁸³⁾ Siehe BVerfGE 35, 202 einerseits und *Cox Broadcasting Corporation v. Cohn*, 95 S.Ct. 1029 (1975) andererseits.

¹⁸⁴⁾ Zu BVerfGE 35, 202 siehe die Anm. von Hubmann, Persönlichkeitsschutz ohne Grenzen?, Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht 70 (1974) 75; Jauch, Lebach und die Folgen, Funk-Korrespondenz, Nr. 38 (1973), 1; Kübler, Wichtiger Schritt zu einer zeitgemäßen Kommunikationsverfassung, Funk-Korrespondenz, Nr. 36 (1973) 3; Wenzel, Anmerkung zur Lebach-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, AfP 1973, 432.

¹⁸⁵⁾ Siehe den Text der mündlichen Stellungnahme des Kommunikationssoziologen Lüscher vor dem BVerfG in Kübler (Hrsg.), Medienwirkung und Medienverantwortung (1975), S. 145 ff., und Lüscher, Medienforschung und Rechtsprechung, AfP 1974, 643.

¹⁸⁶⁾ Daß »die grundsätzlichen Ausführungen des Gerichts über die Abwägung... auch auf die Presse anwendbar sind«, hat Hoffmann-Riem, in: Kübler, S. 33, dargetan.

¹⁸⁷⁾ Zum Prinzip praktischer Konkordanz siehe Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (10. Aufl. 1977), S. 28 f. m.w.N.

¹⁸⁸⁾ BVerfGE 35, 226.

¹⁸⁹⁾ Vgl. Lüscher, in: Kübler, a.a.O. (Anm. 185); kritisch Hoffmann-Riem, *ibid.*, S. 32 f.

Mediums, die Darstellungsform und die Wahrscheinlichkeit, daß bestehende Attitüden »verstärkt« werden¹⁹⁰).

Ein weiteres Differenzierungskriterium bezieht sich auf den Inhalt der Berichterstattung: Ausgehend von der Unterscheidung zwischen »aktuelle(r) Berichterstattung über Straftaten und späterer Berichterstattung«¹⁹¹) entwickelt das BVerfG Leitlinien für Kriminalitätsberichterstattung. Im Fall der aktuellen Berichterstattung darf danach »der Einbruch in die persönliche Sphäre nicht weiter gehen, als eine angemessene Befriedigung des Informationsinteresses dies erfordert«, und die für den Täter entstehenden Nachteile müssen »im rechten Verhältnis zur Schwere der Tat und ihrer sonstigen Bedeutung für die Öffentlichkeit stehen«¹⁹²). Danach sei — auch bei der aktuellen Berichterstattung — »eine Namensnennung, Abbildung oder sonstige Identifikation der Täter keineswegs immer zulässig«¹⁹³). Handelt es sich um eine »schwere Straftat«, so kann im Rahmen aktueller Berichterstattung »grundsätzlich auch« über das »persönliche Leben des Täters berichtet werden, (jedoch nur), soweit es in unmittelbarer Beziehung zur Tat steht, Aufschlüsse über die Motive oder andere Tatvoraussetzungen gibt und für die Schuld des Täters aus der Sicht des modernen Strafrechts als wesentlich erscheint«¹⁹⁴) — das *argumentum e contrario* lautet, daß aktuelle Berichte in den vom BVerfG ebenfalls erwähnten »Fällen sog. kleiner Kriminalität« derlei Aufschlüsse grundsätzlich nicht geben dürfen.

»Nach Befriedigung des aktuellen Informationsinteresses« wiegt die Informationsfreiheit noch geringer: Das Recht des Straftäters, »allein gelassen zu werden«¹⁹⁵), gewinnt dann — auch für den Täter, »der durch eine schwere Straftat in das Blickfeld der Öffentlichkeit getreten ist« — zunehmende Bedeutung. Das BVerfG setzte »dem Wunsch der Massenmedien und (dem) Bedürfnis des Publikums«, den individuellen Lebensbereich eines Straf-

¹⁹⁰) BVerfGE 35, 226 ff., und die Ausführungen von L ü s c h e r, in: Kübler, S. 147 f. (zur Verstärkungswirkung), S. 152 f. (zur spezifischen Wirkung des Mediums Fernsehen), S. 155 ff. (zur Darstellungsform »Dokumentarspiel«), S. 158 f. (zur Glaubwürdigkeit von Medien).

¹⁹¹) BVerfGE 35, 231; zu Recht kritisch Hoffmann-Riem, in: Kübler, a.a.O. (Anm. 185), S. 35.

¹⁹²) BVerfGE 35, 232; den dahinter stehenden Vergeltungsgedanken hat Hoffmann-Riem, in: Kübler, zutreffend herausgearbeitet.

¹⁹³) BVerfGE 35, 232.

¹⁹⁴) BVerfGE 35, 233.

¹⁹⁵) BVerfGE 35, 233. Zum "right to be left alone" siehe den grundlegenden Aufsatz von Warren/Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 Harvard L.Rev. 193.

täters »zum Gegenstand der Erörterung oder gar der Unterhaltung zu machen«¹⁹⁶), keine zeitliche Grenze¹⁹⁷), sondern wählte das flexiblere Kriterium des »Interesse(s) an der Wiedereingliederung des Straftäters in die Gesellschaft«¹⁹⁸). Art und Umfang der Bedrohung dieses – nicht nur als Individualrechtsgut, sondern »nicht zuletzt« auch als Gemeinschaftsrechtsgut¹⁹⁹) angesehenen – Resozialisierungsinteresses werden mit Bezugnahme auf sozialwissenschaftliche Gutachten eingehend beschrieben²⁰⁰).

Das Kontrollinteresse der Medienöffentlichkeit tritt demgegenüber in den Hintergrund; zwar zählt »das legitime demokratische Bedürfnis nach Kontrolle der für die Sicherheit und Ordnung zuständigen Staatsorgane und Behörden, der Strafverfolgungsbehörden und der Strafgerichte«²⁰¹) zu den Gründen des öffentlichen Informationsinteresses, doch bleibt es in der *Lebach*-Entscheidung kontur- und folgenlos.

2. Die *Cox Broadcasting*-Entscheidung des U.S. Supreme Court

Anders die Entscheidung des Supreme Court zum Konflikt von Persönlichkeitsrecht und Meinungsfreiheit: In *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*²⁰²) war die Kontrollfunktion der Medienöffentlichkeit argumentationsbestimmend.

Es ging um die Schadenersatzklage des Vaters eines 17 Jahre alten Vergewaltigungsopfers, der sich durch einen Fernsehbericht über den Prozeß gegen die Mörder seiner Tochter in seinem Persönlichkeitsrecht verletzt sah, da in dem Bericht der volle Name des Opfers genannt worden war²⁰³).

¹⁹⁶) BVerfGE 35, 233.

¹⁹⁷) Einen entsprechenden Vorschlag hatte *Lampe*, *Der Straftäter als »Person der Zeitgeschichte«*, NJW 1973, 217, unterbreitet.

¹⁹⁸) BVerfGE 35, 235.

¹⁹⁹) Vgl. BVerfGE 35, 235 (Individualrechtsgut) und S. 236 (Gemeinschaftsrechtsgut).

²⁰⁰) Die Gutachter – in BVerfGE 35, 240 ff. ausführlich zitiert – waren der Anstaltspsychologe Possehl und die Regierungsdirektorin Einsele. Das Ministerium der Justiz Rheinland-Pfalz hatte sich dazu geäußert, »wie sich die Sendung des Dokumentarspiels auf die Einstellung der Einwohner der Heimatstadt des Beschwerdeführers voraussichtlich auswirken würde« (S. 211); vgl. den Auszug aus dieser Stellungnahme in *Kübler*, a.a.O. (Anm. 185), S. 136 ff.

²⁰¹) BVerfGE 35, 230 f.

²⁰²) 95 S. Ct. 1029 (1975) und hierzu Note, 9 *Georgia L. Rev.* 963 (1975).

²⁰³) In der Reportage hieß es u. a.: »Six youths went on trial today for the murder-rape of a teenaged girl. The six Sandy Springs High School boys were charged with murder and rape in the death of seventeen year old Cynthia Cohn following a drinking party last August 18th«. Vgl. 95 S.Ct. 1035, Anm. 5.

Der Anspruch war auf ein Gesetz des Staates Georgia gegründet, wonach es »für Nachrichtenmedien . . . ungesetzlich (ist), . . . den Namen oder die Identität weiblicher Vergewaltigungsopfer preiszugeben«²⁰⁴).

Der Supreme Court vermied es bewußt, die grundsätzliche Frage zu entscheiden, ob »wahrheitsgemäße Veröffentlichung sehr privater Dinge ohne Bezug zu öffentlichen Angelegenheiten von Verfassungen wegen verboten werden« kann; stattdessen entschied das Gericht in der bereits erwähnten, für den »Burger court« kennzeichnenden Weise²⁰⁵) den Fall ohne weit ausholende Dikta (*on narrow grounds*) und ohne mediensoziologische Expertisen. Ein Gliedstaat, so lautet das *holding*, könne die wahrheitsgemäße Veröffentlichung des Namens eines Vergewaltigungsopfers, der aus öffentlich einsehbaren Gerichtsakten entnommen wurde, die im Zusammenhang mit einer Strafverfolgung angelegt worden waren, nicht mit Strafe belegen²⁰⁶). Drei Gründe werden in der Mehrheitsmeinung²⁰⁷) für diese Entscheidung angeführt: 1. In der modernen Gesellschaft müsse sich der Bürger darauf verlassen können, daß ihn die Presse »vollständig und akkurat« über öffentliche Angelegenheiten (*governmental operations*) informiert und so »die wohltuenden Wirkungen öffentlicher Kontrolle auf die Rechtsprechung zur Geltung bringt«²⁰⁸). 2. Das öffentliche Interesse an einer »machtvollen Presse« könne schwerer wiegen als Persönlichkeitsrechte; insbesondere sei dies dann der Fall, wenn ein Staat sich dafür entschieden hat, eine Information in allgemein einsehbaren Akten (*public records*) festzuhalten. Es

²⁰⁴) Das Gesetz (Ga. Code Ann. § 26-9901) hat folgenden Wortlaut: "It shall be unlawful for any news media or any other person to print and publish, broadcast, televise, or disseminate, through any other medium of public dissemination or cause to be printed and published, broadcast, televised or disseminated in any newspaper, magazine, periodical or other publication published in this State or through any radio or television broadcast originating in the State the name or identity of any female who may have been raped or upon whom an assault with intent to commit rape may have been made. Any person or corporation violating the provisions of this section shall, upon conviction be punished as for a misdemeanor". Ähnliche Gesetze existieren in den Staaten Florida (Fla. Stat. Ann. §§ 794.03, 794.04), South Carolina (S.C. Code § 16-81) und Wisconsin (Wis. Stat. Ann. § 942.02); siehe hierzu *State v. Evjue*, 235 Wis. 146 (1948).

²⁰⁵) Dazu schon oben Anm. 141 und im Text.

²⁰⁶) 95 S.Ct. 1044.

²⁰⁷) Justices Powell und Douglas verfaßten ein Sondervotum, Justice Rehnquist eine abweichende Meinung, ohne allerdings bezüglich des hier in Frage stehenden Konflikts von der Mehrheit zu divergieren.

²⁰⁸) 95 S.Ct. 1044 f.: "With respect to judicial proceedings in particular, the function of the press serves to guarantee the fairness of trials and to bring to bear the beneficial effects of public scrutiny upon the administration of justice", vgl. bereits oben Anm. 100 und bei Anm. 149.

diene dem öffentlichen Wohl, den wahrheitsgemäßen Inhalt von zugänglichen staatlichen Akten in den Massenmedien zu publizieren²⁰⁹). Diese Formulierung gab Anlaß zu Spekulationen darüber, ob der Supreme Court den gesetzlich angeordneten vollständigen Ausschluß der Öffentlichkeit und die gesetzlich verfügte Geheimhaltung von Gerichtsakten zum Schutz von Persönlichkeitsrechten für verfassungsmäßig erachten würde²¹⁰). Angesichts der Bedeutung, die der Supreme Court – zuletzt in der *Nebraska*-Entscheidung – der kontrollierenden Öffentlichkeit zugeschrieben hat, ist das jedoch wenig wahrscheinlich. 3. Mit seinem dritten Argument wendet sich der Supreme Court gegen die Einführung eines – mit den *Lebach*-Richtlinien vergleichbaren – Abwägungsstandards²¹¹): Die Möglichkeit, für die Veröffentlichung allgemein zugänglicher Gerichtsakten bestraft werden zu können, falls sie »die Gefühle des gedachten vernünftigen Durchschnittsmenschen verletzen«, müsse zu »Furchtsamkeit und Selbstzensur« führen²¹²).

Während in der *Lebach*-Entscheidung das Kontrollinteresse der Medienöffentlichkeit nur einer von vielen, unsystematisch aufgelisteten Gründen für das Informationsinteresse der Öffentlichkeit ist, prägt es die *Cox*-Entscheidung des Supreme Court:

»Die Freiheit der Presse, diese Information [*i.e.* den wahren Inhalt öffentlicher Akten] zu veröffentlichen, scheint uns von grundlegender Bedeutung für unsere Staatsform zu sein, in der die Bürger oberste Richter über die einwandfreie Führung öffentlicher Geschäfte sind«²¹³).

Der an Verhältnismäßigkeitserwägungen ausgerichteten Unterordnung

²⁰⁹) 95 S.Ct. 1046: "By placing the information in the public domain on official court records, the State must be presumed to have concluded that the public interest was thereby being served . . . A public benefit is performed by the reporting of the true contents of the records by the media".

²¹⁰) Vgl. B. C. Schmidt (Anm. 134), Col. Journalism Rev. 15, 1976, 53: "There is growing sentiment that portions of trials involving rape should be closed to respect the privacy of victims and to encourage prosecution".

²¹¹) Anders die – vom Supreme Court nur am Rande erwähnte – Entscheidung des kalifornischen Supreme Court in *Briscoe v. Readers' Digest Association, Inc.*, 483 P. 2d 39 (1971): *Briscoe* klagte – erfolgreich – auf Schadenersatz wegen Persönlichkeitsrechtsverletzung durch einen Artikel in einer Ausgabe des *Readers' Digest* von 1968, in dem er namentlich als Mittäter eines 1956 begangenen Straßenraubs genannt wurde. Der kalifornische Supreme Court wog – wie das BVerfG zwei Jahre später – das Interesse an der Identifizierung des Täters einer lange zurückliegenden Straftat gegen dessen Resozialisierungs-Interesse. Siehe hierzu kritisch Brunette, *Rehabilitation, Privacy, and Freedom of the Press-Striking a New Balance*, 5 Loyola L.Rev. 544 (1972) 548, 558.

²¹²) 95 S.Ct. 1046 f.; zu diesem *chilling effect*-Argument siehe bereits oben Anm. 131.

²¹³) 95 S.Ct. 1046.

von Publizitätsansprüchen unter Persönlichkeitsrechte, mit der das Systemziel »Resozialisierung« verfolgt wird, steht ein – selbst angesichts einer vergleichsweise belanglosen »Information« über den Namen eines Verbrechensopfers – rigide durchgehaltenes radikal demokratisches Kontrollkonzept gegenüber.

V. Zu den Bedingungen der Funktionsunterschiede

1. Konzeptionen von Meinungsfreiheit

Damit ist eine der Bedingungen für die unterschiedlichen Funktionszuweisungen an Gerichtsöffentlichkeit angesprochen. Sie liegt in den differierenden Konzeptionen von Meinungsfreiheit: Den Entscheidungen des Supreme Court zu der im First Amendment garantierten Meinungsfreiheit im allgemeinen²¹⁴⁾ und den Entscheidungen zur Gerichtsöffentlichkeit im besonderen liegt das *marketplace*-Konzept zugrunde, das Justice Holmes in seinem Sondervotum in *Abrams v. United States* als die der Verfassung gemäße Theorie bezeichnet hat²¹⁵⁾.

Politische »Wahrheit« kommt nach dieser am liberalistischen Marktmodell orientierten Theorie im Wettbewerb der Meinungen zustande²¹⁶⁾; sie wird auf dem als sich selbst regulierendes Subsystem der Gesellschaft konzipierten *market of opinions* in freier Diskussion gefunden²¹⁷⁾.

²¹⁴⁾ Dazu Scherer, a.a.O. (Anm. 155), S. 41 f. m.w.N. Siehe auch die Entscheidungen, in denen das Prinzip der »robusten, weit offenen Debatte« begründet wurde: *New York Times v. Sullivan* 376 U.S. 254, 270 f. (1964), m.w.N.

²¹⁵⁾ Siehe oben Anm. 100.

²¹⁶⁾ Vgl. die vielzitierte Formulierung von Justice Brandeis in *Whitney v. California*, 274 U.S. 357: "... (Those who won our independence) believed that freedom to think as you will and to speak as you think are means indispensable to the discovery and spread of political truth, that without free speech and assembly, discussion would be futile; that with them, discussion affords ordinarily adequate protection against the dissemination of noxious doctrine".

²¹⁷⁾ Siehe Jebb (Hrsg.), Milton – Areopagitica (1918), S. 58: "And though all the winds of doctrine were let loose to play upon earth, so Truth be in the field, we do injuriously by licensing and prohibiting to misdoubt her strength. Let her and Falsehood grapple; who ever knew Truth put to worse, in a free encounter"? Siehe auch Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit (6. Aufl. 1974), S. 105: »(Öffentlichkeit) soll *voluntas* in eine *ratio* überführen, die sich in der öffentlichen Konkurrenz der privaten Argumente als der Konsens über das im allgemeinen Interesse praktisch Notwendige herstellt«. Hierzu aus verfassungstheoretischer Sicht Kriele, Einführung in die Staatslehre (1975), S. 336 ff.

Neuere Entscheidungen von medienpolitischer Tragweite²¹⁸⁾ lassen ebenso wie die oben dargestellten Fälle von *Bridges* bis *Nebraska* erkennen, daß dieses Konzept nach wie vor juristische Relevanz hat: Weil der Meinungsbildungsprozeß sich selbst steuert und korrigiert, sind justizielle Eingriffe auf ein Minimum zu reduzieren.

Die grundrechtstheoretische Meinungs- und Pressefreiheitskonzeption des BVerfG weicht auf den ersten Blick kaum von der des Supreme Court ab: Die öffentliche Meinungs- und Willensbildung wird als »geistiger Kampf«, »freie Auseinandersetzung der Ideen und Interessen«²¹⁹⁾, als »Prozeß« konzipiert, an dem Massenmedien, gesellschaftliche Gruppen und der Einzelne beteiligt sind. Die Massenmedien »verschaffen dem Bürger die erforderliche, umfassende Information . . . über Entwicklungen im Staatswesen . . ., ermöglichen die öffentliche Diskussion und halten sie in Gang, indem sie Kenntnis von den verschiedenen Meinungen vermitteln, dem Einzelnen und den verschiedenen gesellschaftlichen Gruppierungen Gelegenheit geben, meinungsbildend zu wirken, und sie stellen selbst einen entscheidenden Faktor in dem permanenten Prozeß der öffentlichen Meinungs- und Willensbildung dar«²²⁰⁾. Dieser Prozeß setzt »umfassende Informationen« voraus und macht das Grundrecht der Informationsfreiheit zu »eine(r) der wichtigsten Voraussetzungen der freiheitlichen Demokratie«²²¹⁾ und zur Bedingung rationaler politischer Entscheidungen²²²⁾.

Freilich wurde die Justiz von diesem — Informiertheit voraussetzenden — ständigen Prozeß der öffentlichen Diskussion und Meinungsbildung bislang ausgenommen²²³⁾. Während in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court klargestellt wurde, "that there is no special prerequisite of the judiciary which enables it as distinguished from other institutions of democratic government, to suppress, edit, or censor events which transpire in proceedings before it"²²⁴⁾, folgt in der Bundesrepublik Deutschland aus der Reduzierung von Gerichtsöffentlichkeit (»juridischer

²¹⁸⁾ Vgl. *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), oben Anm. 214.

²¹⁹⁾ BVerfGE 12, 113, 125, und jetzt wieder BVerfGE 43, 130, 137.

²²⁰⁾ BVerfGE 35, 202, 222; siehe auch BVerfGE 20, 162, 174 f.

²²¹⁾ BVerfGE 27, 71, 81 mit Hinweis auf BVerfGE 7, 198, 208.

²²²⁾ BVerfGE 20, 162, 174.

²²³⁾ Dies äußert sich u. a. in dem Verzicht auf transparenzschaffende Mechanismen wie *dissenting opinions* oder allgemeiner Akteneinsichtsansprüche und der allgemeinen Ablehnung öffentlicher Beratungen. Dazu im einzelnen Scherer, a.a.O. (Anm. 7).

²²⁴⁾ *Craig v. Harney*, 331 U.S. 367, 374.

Öffentlichkeit») auf die »formale« Verfahrensmaxime allgemeiner Zugänglichkeit²²⁵⁾ ihre Unterscheidung von der »politischen« Öffentlichkeit²²⁶⁾.

2. Konzeptionen von unabhängiger Entscheidungsfindung

Ausschlaggebend für diese Konzeption einer »juridischen« Öffentlichkeit, deren Funktion die Stabilisierung des Vertrauens in die Justiz sein soll, ist die Befürchtung, eine demokratische, kontrollierende (Medien-) Öffentlichkeit gefährde die richterliche Unabhängigkeit. Der Richter werde von den Massenmedien – von »der« öffentlichen Meinung – unter Druck gesetzt und entscheide nicht mehr nach Recht und Gesetz. Dem liegt ein »statisches« Verständnis von richterlicher Unabhängigkeit als einer vorgegebenen, qua Amt oder durch Sozialisation erworbenen Eigenschaft zugrunde²²⁷⁾, die es durch öffentlichkeitsbeschränkende Maßnahmen vor »der« öffentlichen Meinung zu schützen gilt. Der »unabhängige«, d. h. von der Öffentlichkeit unbeeinflusste Richter »findet« die (einzig) richtige Entscheidung aus dem Gesetz²²⁸⁾; diese positivistische Idealvorstellung bestimmt die juristische Funktionszuweisung an Medienöffentlichkeit: Konzipiert man richterliche Entscheidungsfindung als intuitiven, subjektiven Akt der Erkenntnis des richtigen Rechts und der »im« Gesetz zu findenden einzig richtigen Lösung eines juristischen Konflikts, dann ist eine kontrollierende und kritisierende Medienöffentlichkeit – wie jeder Einfluß von »außen« – illegitimer »Druck«²²⁹⁾. Wird hingegen gerichtliche Entscheidungsfindung begriffen als Prozeß der Informationssammlung und -verarbeitung, der (auch) politischen, ökonomischen, persönlichkeitsbedingten Einflüssen unterliegt und nicht allein Angelegenheit des Gerichts ist, dann ist öffentliche Kontrolle ("the active cooperation of an enlightened public") erforderlich.

²²⁵⁾ In diese Richtung BVerfGE 4, 74, 94; 15, 303, 307.

²²⁶⁾ Besonders deutlich Bockelmann, NJW 1960, 217; jetzt wieder Stürner, (Anm. 12), JZ 1978, 161 ff.

²²⁷⁾ Siehe z. B. Eb. Schmidt, Justiz und Publizistik, S. 53; Kern/Wolf, a.a.O. (Anm. 181), S. 145, und dazu Scherer demnächst in JuS.

²²⁸⁾ Auch insoweit hat die überkommene juristische Doktrin ihre Parallele bei Luhmann: Vgl. Luhmann, Funktionale Methode und juristische Entscheidung, AöR 94 (1969), 1, 3 f., und ders., Positivität, a.a.O. (Anm. 167), S. 193 f. Dazu kritisch W. Schmidt, Die Programmierung von Verwaltungsentscheidungen, AöR 96 (1971) 321, 327 ff., 333.

²²⁹⁾ Siehe dazu Scherer, a.a.O. (Anm. 7). Vgl. auch Schmidhals, a.a.O. (Anm. 8), S. 126 ff. m.w.N., und andererseits oben Anm. 76 und 78.

3. Autoritätsstrukturen und Öffentlichkeitsprinzip

Eine weitere Bedingung der unterschiedlichen Funktionszuweisungen an die Medienöffentlichkeit gerichtlicher Verfahren kann in deren unterschiedlichen »Autoritätsstrukturen«²³⁰⁾ in Deutschland und in den USA gesehen werden. Mirjan Damaška hat in einer rechtsvergleichenden Untersuchung²³¹⁾ die These begründet, daß der kontinentaleuropäische Verfahrenstypus²³²⁾ durch eine hierarchische, der angloamerikanische durch eine eher demokratische (*coordinate*) Autoritätsstruktur gekennzeichnet ist²³³⁾.

Erstere ist charakterisiert durch präzise Eingrenzung des Zuständigkeitsbereichs jedes Funktionsträgers und eine Korrelation zwischen Anordnungs- und Überprüfungsbefugnissen einerseits und Stellung innerhalb der Hierarchie andererseits²³⁴⁾. Die gegenüber dem amerikanischen Verfahren wesentlich stärker ausgeprägte »Zentralisierung von Autorität« läßt sich beispielsweise am Vergleich der Rechtsmittelsysteme zeigen: Häufiger, leichter und gründlicher werden Entscheidungen »unterer« Gerichte von »höheren« Instanzen überprüft²³⁵⁾, um so die für das hierarchische System kennzeichnende Uniformität der Rechtsanwendung zu erzielen. Dem

²³⁰⁾ Der aus der Organisationssoziologie entlehnte Begriff soll hier – ähnlich wie bei Mayntz, *Soziologie der Organisation* (1963), S. 97 – die »in Regeln und Rollen festgelegte Verteilung von Entscheidungs- und Anordnungsbefugnissen einerseits, Ausführungs- und Gehorsamspflichten andererseits« bezeichnen.

²³¹⁾ Damaška, *Structures of Authority and Comparative Penal Procedure*, 84 *Yale L.J.* 480 (1975).

²³²⁾ Es geht hier wie in der Untersuchung der juristischen Funktionszuweisungen um »Idealtypen«; dazu M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (5. Aufl. 1972), S. 2, 4, 10, sowie E. Baumgarten, *Max Weber – Werk und Person* (1964), S. 571, 595 ff. m.w.N. Siehe auch Mayntz, *Max Webers Idealtypus der Bürokratie und die Organisationssoziologie*, in: dies. (Hrsg.), *Bürokratische Organisation* (2. Aufl. 1971), S. 27.

²³³⁾ Während Damaškas »hierarchisches« Modell an Max Webers Idealtypus von der modernen Bürokratie angelehnt ist (vgl. Damaška, 84 *Yale L.J.* 481, Anm. 2, 486, Anm. 6) fehlt in der Weberschen Soziologie ein Äquivalent für das von Damaška (S. 509 ff.) beschriebene »coordinate model«. Siehe zur bürokratischen Organisation Weber, a.a.O., S. 124 ff. und 551 ff.; zu »demokratisch« strukturierten Organisationen – denen Damaškas »coordinate model« entspricht – siehe Mayntz, a.a.O. (Anm. 230), S. 97 f.

²³⁴⁾ Damaška, 84 *Yale L.J.* 484 f. und 509 f. (zum amerikanischen Verfahren); siehe auch Weber, a.a.O. (Anm. 232), S. 125 f. (»Amtskompetenzen«).

²³⁵⁾ Im einzelnen Damaška, 84 *Yale L.J.* 489 ff. m.w.N.; siehe auch Hirschberg, a.a.O. (Anm. 106), S. 41 f.

hierarchischen Modell ist Laienpartizipation — sei es in der Richterwahl²³⁶⁾ oder in Geschworenengerichten²³⁷⁾ — suspekt, »denn der rechtsunkundige Laie ist gegen sachfremde Einflüsse . . . weniger gefeit als der durch seine Ausbildung und lange Erfahrung zur Objektivität erzogene Berufsrichter«²³⁸⁾; einer demokratischen Verfahrenstheorie ist die Jury Quelle von nichtjuristischem *common sense* und — wie die Richterwahl — Kontrollmechanismus der Staatsbürger²³⁹⁾. Die Parallelen zu den unterschiedlichen Funktionszuweisungen an Gerichtsöffentlichkeit drängen sich auf.

Schließlich differieren auch die Rollenstrukturen²⁴⁰⁾ im amerikanischen und deutschen Verfahren: Mit einiger Pauschalierung läßt sich sagen, daß Rollenerwartungen an den deutschen Richter und Staatsanwalt²⁴¹⁾ ebenso wie deren Rollenverständnis²⁴²⁾ eher am Leitbild des ordnungsliebenden Rechts-/ Staatsdieners und »Fachmanns« ausgerichtet sind als an dem — in den USA aus Juristensozialisation, sozialer Herkunft und anderen sozioökonomischen Faktoren²⁴³⁾ resultierenden — des pragmatischen Problemlösers²⁴⁴⁾.

²³⁶⁾ Zur Richterwahl in den USA siehe Herrmann, a.a.O. (Anm. 35), S. 317 ff., der eine »vorsichtige Entpolitisierung des Richteramts« (S. 319) konstatiert.

²³⁷⁾ Damaška, 84 Yale L.J. 491: "The reasons for this attitude are not difficult to see: Laymen are usually unable and often unwilling to look at criminal cases through the prism of general rules". In dem rigide durchreglementierten deutschen Strafverfahren (dazu vergleichend Damaška, a.a.O.) ist diese Haltung disfunktional. Vgl. auch das Kriterium »Fachqualifikation« in Webers Idealtypus der bürokratischen Verwaltung (a.a.O., Anm. 232, S. 126 f., 554). Zum amerikanischen Geschworenengericht auch Herrmann, a.a.O., S. 160 f.

²³⁸⁾ Kern/Roxin, a.a.O. (Anm. 38), S. 33 m.w.N.

²³⁹⁾ Vgl. Herrmann, a.a.O. (Anm. 35), S. 317 m.w.N.; siehe auch Kern/Wolf, a.a.O. (Anm. 181), S. 152 ff.

²⁴⁰⁾ Allgemein zur Rollenstruktur von Organisationen siehe Mayntz, a.a.O. (Anm. 230), S. 81 ff. Einen Problemaufriß zu »Rolle und Entscheidung des Richters« gibt Lautmann, in: Jahrbuch, Bd. 1, a.a.O. (Anm. 167), S. 383, insbes. S. 403 ff. m.w.N.

²⁴¹⁾ Zu den Rollenerwartungen siehe Kaupen, Die Hüter von Recht und Ordnung (1969), S. 23 ff. m.w.N., sowie Kaupen/Rasehorn, Justiz zwischen Obrigkeitsstaat und Demokratie (1971), S. 41 ff.

²⁴²⁾ Zum Rollenverständnis siehe Kaupen, a.a.O., S. 31 ff.; Kaupen/Rasehorn, a.a.O., S. 73 ff., 84 ff., sowie F. K. Kübler, Der deutsche Richter und das demokratische Gesetz, AcP 162 (1963), 104, 124 ff.

²⁴³⁾ Siehe Weyrauch, Zum Gesellschaftsbild des Juristen (1970), S. 45 ff., 146 ff., und Rüschemeyer, Juristen in Deutschland und in den USA (1976), S. 28 ff., 60 ff., 103 ff.

²⁴⁴⁾ Damaška, 84 Yale L.J. 526 f., und, mit ähnlichen Folgerungen auch für die Anwaltschaft, Rüschemeyer, a.a.O., S. 176 ff.

Ein (Verfahrens-)System hierarchisch organisierter Autorität wird nicht-fachmännische, externe Kontrollen – z. B. solche der Medienöffentlichkeit – als illegitime Einmischungen (»Druck der Straße«) empfinden und, wo möglich, abzublocken versuchen, während sie in einem demokratisch konzipierten System als nützlich und notwendig erkannt und ihre Chancen so vergrößert werden.

Die Diskussion um Gerichtsöffentlichkeit in der Bundesrepublik verkürzte bislang das Problem der Transparenz gerichtlicher Verfahren durch den Gebrauch eines auf »Zugänglichkeit des Verfahrens für jedermann« reduzierten Begriffs von Öffentlichkeit, die auf Vertrauensstabilisierung festgelegt und der die Kontrollfunktion abgesprochen wurde. Gerichtsöffentlichkeit wird, wie im angloamerikanischen Rechtskreis, als Medienöffentlichkeit zu begreifen sein, die mehr ist als die »ausgewählte und vorbereitete . . . Darstellung der Herstellung des Entscheidungs«²⁴⁵). Das setzt die Entwicklung eines realistischen Modells von unabhängiger richterlicher Entscheidungstätigkeit und einer demokratischen Konzeption von Öffentlichkeit voraus.

Summary *)

Administration of Justice and the Mass Media

Control by the Media

or

Control of the Media?

In virtually all legal systems, a conflict exists between the administration of justice and the mass media. The present article attempts to analyze the functions of public court proceedings in Great Britain, the United States, and the Federal Republic of Germany by assessing some of the legal mechanisms which are employed to solve conflicts arising between the judiciary and the mass media.

Perceptions of the functions of public court proceedings differ: whereas German doctrine focuses on the abstract and general issue of "the principle of public court proceedings", the Anglo-American legal systems perceive, more clearly, the conflict between the mass media and the administration of justice (free press – fair trial). German doctrine emphasizes that public proceedings serve to ensure "confidence" in the courts; the U.S. Supreme Court has traditionally implemented the theory that the mass media are a means of "public scrutiny and

²⁴⁵) Dafür L u h m a n n, Legitimation, a.a.O. (Anm. 167), S. 124.

*) Summary by the Author.

criticism" (control) of the courts, and the British legal system seems ready to follow the American example.

In Great Britain and the United States, conflicts between the mass media and the courts had long been resolved by suppressing free speech; the legal instrument used was contempt of court (contempt by publication) which, in itself, is of dubious historical origin. The law of contempt by publication, however, has been liberalized in Great Britain: it is no longer used as an instrument of protection of the judges' authority, but merely for the protection of fair proceedings. This same development, which had previously taken place in the United States, is carried further there. Rather than defending their independence and impartiality (the prerequisites for a fair trial) by means of contempt, and thus "chilling" public discussion, the courts must publicly prove their independence by making their proceedings subject to public scrutiny and criticism.

In the Federal Republic of Germany, the theory that the mass media control and scrutinize judicial decision-making is rejected because "controlling" media are generally considered to infringe upon a judge's independence.

These differing concepts of the functions of public court proceedings have repercussions on the solution of those conflicts that arise between the right to privacy and public trials. The article discusses two cases in point: the U.S. Supreme Court's decision in *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn* and the German Federal Constitutional Court's decision in *Lebach*.

Three reasons are given for the differing functions attributed to public proceedings: 1. The First Amendment philosophy of a marketplace of opinions where truth is found as a result of free and open debate has also been applied to the judiciary of the United States: "There is no special prerequisite of the judiciary which enables it, as distinguished from other institutions of democratic government, to suppress, edit, or censor events which transpire in proceedings before it". The German philosophy of free speech — even though it is similar to the Supreme Court's "marketplace" philosophy — has not yet been applied to the actions of the judicial branch of government. 2. The restrictions on the media's court reporting, imposed by the German legal system, derive from a specific concept of judicial independence: courts are "independent" provided that they are free from public scrutiny and pressure. The Anglo-American doctrine is developing a more realistic model of independent judicial decision-making: the judicial process needs "the active cooperation of an enlightened public". Judges cannot be sheltered from "influences", but those "influences" can be made subject to public scrutiny. 3. German legal procedures are characterized by an hierarchical structure of authority, whereas the American procedures are characterized by a coordinate model of authority. Those different structures of authority result in different conceptions of public trials: public control through the mass media is part of the democratic model; in an hierarchical model, the mass media are in a position of being controlled.