

Steht der Kommission für Jugendmedienschutz ein Beurteilungsspielraum zu?

Von Dr. Christoph Brandenburg und Philipp Lammeyer, München

Erschienen in der Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM) 2010, Ausgabe 8/9,

Seite 655 - 670

I. Einleitung

Mit dem Inkrafttreten des Jugendmedienschutz-Staatsvertrages (JMStV) der Länder vom 10./27.9.2001 am 1.4.2003 ist der Schutz der Kinder und Jugendlichen vor jugendbeeinträchtigenden und -gefährdenden Angeboten für alle elektronischen Informationsmedien und die Kommunikationsmedien vereinheitlicht und im JMStV konzentriert worden. Hierbei erfolgte eine weitgehende Umgestaltung des formellen Aufsichtsverfahrens im Bereich des privaten Rundfunks und der Telemedien. Im Wesentlichen sind es zwei Merkmale, die dieses neue Aufsichtsmodell ausmachen:

Zum einen wurde die Aufsicht über länderübergreifende Angebote durch die Neuschaffung der Kommission für Jugendmedienschutz (KJM) für alle Bundesländer bei einem Organ zentriert. Die Aufsicht obliegt nach § 14 Abs. 1 JMStV zwar grundsätzlich weiter den Landesmedienanstalten. Diese handeln aber gemäß § 14 Abs. 2 JMStV nicht mehr selbst, sondern durch die KJM, die als Organ der jeweils zuständigen Landesmedienanstalt tätig wird.

Zum anderen wurde als weitere wesentliche Neuerung die Aufsicht im Bereich des privaten Rundfunks und der Telemedien teilprivatisiert. Die bisher öffentlich rechtlich strukturierte Aufsicht wurde partiell zurückgenommen und durch Elemente der freiwilligen Selbstkontrolle ergänzt. Diese Einrichtungen der Selbstkontrolle sind nach dem neuen Aufsichtssystem des JMStV befugt, die Jugendmedienaufsicht über die ihr angeschlossenen Anbieter an Stelle der KJM auszuüben.

Mit der KJM auf der einen Seite und den Einrichtungen der Selbstkontrolle auf der anderen Seite statuiert der Gesetzgeber ein zweigliedriges Aufsichtsmodell. Das Scharnier dieses dualistischen Aufsichtsmodells von freiwilliger Selbstkontrolle einerseits und öffentlich-rechtlich strukturierter Aufsicht durch die KJM andererseits bildet die Vorschrift des § 20 Abs. 3 (und Abs. 5) JMStV. Nach § 20 Abs. 3 Satz 1 JMStV sind Aufsichtsmaßnahmen der KJM gegenüber privaten Rundfunkveranstaltern grundsätzlich ausgeschlossen, wenn der Anbieter nachweist, dass er die Sendung vor ihrer Ausstrahlung einer anerkannten Einrichtung der Selbstkontrolle vorgelegt und deren Vorgaben beachtet hat. Die KJM darf in diesem Fall nur tätig werden, wenn die Entscheidung der anerkannten Einrichtung der Selbstkontrolle die rechtlichen Grenzen des Beurteilungsspielraums überschreitet. In der Praxis stößt diese gesetzliche Kompetenzverteilung auf Probleme, wenn eine Entscheidung der freiwilligen Selbstkontrolle von der KJM nicht akzeptiert wird. Die KJM vertritt in solchen Fällen die Rechtsmeinung, ihr stünde ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu¹.

Gegenstand des vorliegenden Beitrages ist die Frage, ob der KJM bei ihrer Aufsichtstätigkeit generell und im Speziellen bei der Überprüfung der Einhaltung der rechtlichen Grenzen des Beurteilungsspielraums durch die Einrichtung der freiwilligen Selbstkontrolle ein solcher gerichtlich nur eingeschränkt

¹ Diese Rechtsauffassung wird von der KJM und ihren Mitarbeitern, auch in entsprechenden Veröffentlichungen, sehr vehement vertreten.

überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu kommt².

II. Bisherige Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur

1. Rechtsprechung

Den wenigen vorliegenden verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen ist eine Tendenz der Rechtsprechung zu entnehmen, einen Beurteilungsspielraum der KJM zu verneinen: Soweit ersichtlich hat bislang lediglich das VG Augsburg mit Beschluss vom 31.7.2008 einen generellen Beurteilungsspielraum der KJM bejaht³. Die übrigen vorliegenden Entscheidungen sprechen sich mehr oder weniger deutlich gegen einen Beurteilungsspielraum der KJM aus⁴.

2. Rechtswissenschaftliche Literatur

Die Stellungnahmen in der rechtswissenschaftlichen Literatur sind geteilt: Für einen Beurteilungsspielraum der KJM bei ihrer Aufsichtstätigkeit über die privaten Rundfunkanbieter spricht sich einmal der Kom-

mentar zum Rundfunkrecht von *Hahn/Vesting*⁵ sowie ein Aufsatz von *La-deur*⁶ aus. Daneben werben eine Reihe von weiteren Aufsätzen für einen Beurteilungsspielraum der KJM, wie etwa die Beiträge von *Hopf* und *Braml*⁷ sowie ein Aufsatz von *Rossen-Stadtfeld*⁸.

Gegen einen Beurteilungsspielraum sprechen sich dagegen die Dissertationen von *Bosch*⁹ und *Witt*¹⁰ aus. Auch die Aufsätze von *Liesching*¹¹, *Hepach*¹² und *Brandenburg/Leidiger*¹³ sind wohl dahingehend zu verstehen, dass die Autoren einem Beurteilungsspielraum der KJM bzw. der Vorgängerorganisation eher kritisch gegenüberstehen.

III. Rechtliche Wertung

1. Unbestimmter Rechtsbegriff und Beurteilungsspielraum

Die durch Art. 20 Abs. 3 GG statuierte Bindung der Verwaltung an die Gesetze kann in bestimmten Grenzen gelockert sein, indem der Verwaltung durch Gesetz Entscheidungsspielräume eingeräumt werden¹⁴. Diese Entscheidungsspielräume treten in verschiedenen Erscheinungsformen auf. Im Wesentlichen wird zwischen Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräumen

² Aao. (Fn. 1).

³ VG Augsburg ZUM 2008, 884. Das VG München hat in einer Entscheidung, ZUM 2008, 343, 349 zwar der Kommission zur Ermittlung der Medienkonzentration (KEK) einen Beurteilungsspielraum zugesprochen. Diese Rechtsprechung ist aber, wie das VG München selbst ausführt, nicht auf die KJM übertragbar, weil die KEK in ihrer personellen und organisatorischen Ausgestaltung zum Zeitpunkt der Entscheidung nicht mit derjenigen der KJM vergleichbar ist; vgl. VG München ZUM 2010, 615.

⁴ So das OVG Lüneburg ZUM-RD 2009, 168. Ebenso kritisch das VG München, B. v. 21.12.2004 - M 17 S 04.4817, zit. nach juris Rn. 74 ff. Auch gegen einen Beurteilungsspielraum: VG Berlin, ZUM-RD 2009, 418 und VG München, U. v. 4.6.2009 - M 17 K 05.597, S. 44 der UA (dort Ziff. 2.2.1), ebenso in den Parallelentscheidungen M 17 K 05.5329 = ZUM 2010, 615, M 17 K 05.598, M 17 K 05.599, M 17 K 05.5848 (alle nicht rechtskräftig). Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat die Frage in einem Beschluss vom 2.2.2009 offengelassen, scheint einem Beurteilungsspielraum der KJM im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG aber kritisch gegenüberzustehen; BayVGH ZUM-RD 2009, 285; ähnlich auch schon das VG München ZHUM 2005, 252 zur BLM, vgl. *Brandenburg/Leidiger*, in: Gottberg/Prommer (Hrsg.), *Verlorene Werte?*, S. 209, 210 und S. 211.

⁵ *Held/Schulz*, in: *Hahn/Vesting*, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 2. Aufl. 2008, § 20 JMStV Rn. 63 ff.

⁶ ZUM 2002, 859 ff.

⁷ MMR 2008, 775 f.; MMR 2009, 153 ff.; MMR 2009, 209; beide Autorinnen sind u. a. in der Stabsstelle der Kommission für Jugendschutz (KJM) tätig.

⁸ ZUM 2008, 457 ff., basierend auf einem von der KJM beauftragten Gutachten.

⁹ *Bosch*, Die »Regulierte Selbstregulierung« im Jugendmedienschutz-Staatsvertrag – Eine Bewertung des neuen Aufsichtsmodells anhand verfassungs- und europarechtlicher Vorgaben, 2006, S. 351.

¹⁰ *Witt*, Regulierte Selbstregulierung am Beispiel des Jugendmedienschutz-Staatsvertrages, 2008, S. 238 ff.

¹¹ ZUM 2009, 367 ff.

¹² ZUM 2008, 343 ff.

¹³ Vgl. *Brandenburg/Leidiger* in: Gottberg/Prommer (Hrsg.), *Verlorene Werte?*, S. 209, 210 und S. 211.

¹⁴ *Maurer*, Allg. VerwR, 16. Aufl. 2006, § 7 Rn. 6, S. 134 f.

unterschieden, wobei die Terminologie nicht immer einheitlich ist¹⁵.

Mit dem Begriff des Beurteilungsspielraums wird gemeinhin eine »begriffsinterne« Letztentscheidungsbefugnis der Verwaltung bezeichnet. Ausgangspunkt ist der Umstand, dass gesetzliche Vorschriften in vielen Fällen unbestimmte Begriffe enthalten, deren Sinngehalt nicht offenkundig ist, sondern durch Auslegung ermittelt werden muss. Diese Begriffe finden sich in der Regel auf der Tatbestandsseite einer Rechtsvorschrift (sie können aber auch auf der Rechtsfolgenrechtsseite vorkommen¹⁶) und legen die Voraussetzungen fest, unter denen der Handlungsbereich der Behörde eröffnet ist. Die Frage, inwieweit die Auslegung und Anwendung dieser Begriffe durch die Verwaltung im Streitfall durch die Verwaltungsgerichte überprüft und ggf. korrigiert werden kann, gehört zu den umstrittensten im Verwaltungsrecht überhaupt¹⁷. Die diesbezügliche Entwicklung der Rechtsprechung ist nach wie vor im Fluss¹⁸. Gleichwohl zeichnen sich in der Rechtsprechung und Literatur Tendenzen und Strukturen ab:

2. Verwaltungsgerichtliche Überprüfbarkeit von unbestimmten Rechtsbegriffen

a) Grundsatz: Volle gerichtliche Überprüfbarkeit

Die aktuelle Rechtsprechung des BVerfG¹⁹ und des BVerwG²⁰ sowie die überwiegende Meinung in der Literatur²¹ gehen davon aus, dass auch der unbestimmte Rechtsbegriff auf strikte rechtliche Bindung der Verwaltung

ausgerichtet ist und seine Anwendung durch die Verwaltung deshalb zumindest im Grundsatz der vollen gerichtlichen Überprüfung unterliegt. Die Unbestimmtheit des Rechtsbegriffs ändert nichts an der normativen Fixierung auf ein allein »richtiges« Ergebnis, sondern erzeugt allenfalls Schwierigkeiten, den einzig zutreffenden Inhalt zu ermitteln²².

Die grundsätzlichen Gegenentwürfe in der Literatur, die mit verschiedenen aber sachlich weitgehend übereinstimmenden Theorien beim Vorliegen unbestimmter Rechtsbegriffe generell einen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum der Verwaltung anerkennen wollten, konnten sich in dieser Stringenz nicht durchsetzen²³.

Den Bedenken dieser Theorien wird von der h. M. durch die Anerkennung gewisser Ausnahmen vom Dogma der vollständigen gerichtlichen Kontrolle der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe Rechnung getragen²⁴.

b) Ausnahme: »Normative Ermächtigungslehre«

Die Möglichkeit gewisser Durchbrechungen des Grundsatzes der vollen gerichtlichen Überprüfung ist heute überwiegend anerkannt²⁵. Das Vorliegen eines unbestimmten Rechtsbegriffs reicht allerdings für die Annahme eines Beurteilungsspielraums nicht aus. Es wird heute überwiegend ein norma-

¹⁵ Wolff/Bachhof/Stober, VerwR Bd. I, 12. Aufl. 2007, § 31 Rn. 69 ff., S. 329 ff.

¹⁶ Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig/Herzog, Loseblattkommentar zum Grundgesetz, Stand Mai 2008, Art. 19 Abs. 4, Art. 19 Abs. 4, Rn. 191.

¹⁷ Busch, in: Knack, VwVfG, 7. Aufl. 2003, § 40 Rn. 17 f.; Wolff/Bachhof/Stober, aaO. (Fn. 15), § 31 Rn. 2, S. 309.

¹⁸ Sachs, in: Stelken/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 40 Rn. 158 ff.

¹⁹ St. Rspr., BVerfGE 103, 142, 156.

²⁰ St. Rspr., zuletzt BVerwG NJW 2007, 2790, 2792.

²¹ Vgl. die Nachweise bei Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig/Herzog, aaO. (Fn. 16), Art. 19 Abs. 4 Rn. 183.

²² Sachs, in: Stelken/Bonk/Sachs, aaO. (Fn. 18), § 40 Rn. 147; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig/Herzog, aaO. (Fn. 16), Art. 19 Abs. 4 Rn. 181 ff.; BVerfGE 15, 275, 282; BVerfGE 61, 82, 114.

²³ Sachs, in: Stelken/Bonk/Sachs, aaO. (Fn. 18), § 40 Rn. 150; vgl. hierzu die von Bachhof 1955 entwickelte Lehre vom Beurteilungsspielraum: Bachhof, JZ 1955, 97 ff.; ähnlich die Vertretbarkeitslehre von Ule, in: Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München, 1955, S. 309 – 330.

²⁴ Sachs, in: Stelken/Bonk/Sachs, aaO. (Fn. 18), § 40 Rn. 150.

²⁵ Sachs, in: Stelken/Bonk/Sachs, aaO. (Fn. 18), § 40 Rn. 150; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig/Herzog, aaO. (Fn. 16), Art. 19 Abs. 4 Rn. 184.

tiver Ansatz vertreten²⁶. Ein Beurteilungsspielraum kann demnach bei Vorliegen eines unbestimmten Rechtsbegriffs nur angenommen werden, wenn der Gesetzgeber selbst der Verwaltung einen solchen in der entsprechenden Norm zugesteht; die Verwaltung also zur eigenständigen Beurteilung ermächtigt (sog. »Beurteilungsermächtigung«)²⁷.

Bei der Anwendung dieser sog. »normativen Ermächtigungslehre« verbleiben aber Unsicherheiten²⁸. Dies folgt daraus, dass eine Beurteilungsermächtigung weder ausdrücklich ausgesprochen werden noch auf eine entstehungsgeschichtlich belegte Absicht des Gesetzgebers zurückzuführen sein muss²⁹. Die Frage der normativen Ermächtigung ist eine Frage der objektiven Auslegung der jeweiligen Norm. Es können deshalb sämtliche Eigenheiten des Gesetzes (die Art der Regelung, die betroffene Sachmaterie, die Ausgestaltung des Verfahrens) berücksichtigt werden³⁰.

c) Die Rechtsprechung des BVerfG

Das Bundesverfassungsgericht vertritt bezüglich der Frage der Anerkennung von gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielräumen der Verwaltung eine sehr restriktive Linie. Das BVerfG tritt grundsätzlich für eine vollständige gerichtliche Überprüfung der Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen ein. Ein Beurteilungsspielraum wird nur in engen Ausnahmefällen anerkannt³¹.

²⁶ *Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum: Zur Einheitlichkeit administrativer Entscheidungsspielräume und zu deren Konsequenzen im verwaltungsrechtlichen Verfahren; Versuch einer Modernisierung, 2001, S. 69.

²⁷ BVerfGE 61, 82, 111; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig/Herzog, aaO. (Fn. 16), Art. 19 Abs. 4 Rn. 184, 185; *Sachs*, in: Stelken/Bonk/Sachs, aaO. (Fn. 18), § 40 Rn. 158 ff.

²⁸ Darauf weisen hin: *Maurer*, aaO. (Fn. 14), § 7 Rn. 34, S. 146; und *Pache*, aaO. (Fn. 26), S. 74-76.

²⁹ *Erichsen*, DVBl. 1985, 22, 26.

³⁰ *Sachs*, in: Stelken/Bonk/Sachs, aaO. (Fn. 18), § 40 Rn. 162; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig/Herzog, aaO. (Fn. 16), Art. 19 Abs. 4 Rn. 187.

³¹ *Schmidt-Aßmann/Groß*, NVwZ 1993, 617, 620.

aa) Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG

Ansatzpunkt für die Rechtsprechung des BVerfG ist die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG. Das Verfahrensrecht des Art. 19 Abs. 4 GG garantiert demjenigen, der geltend macht, durch die öffentliche Gewalt in eigenen Rechten verletzt zu sein, den Rechtsweg zu den Gerichten. Daraus folgt grundsätzlich die Pflicht der Gerichte, die angefochtenen Verwaltungsakte in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vollständig nachzuprüfen³².

Auch das BVerfG lässt von dieser umfassenden Prüfungskompetenz allerdings in engen Grenzen Ausnahmen zu, soweit solche im materiellen Recht angelegt sind. Das BVerfG neigt insoweit zur normativen Ermächtigungslehre³³. Bezüglich der Frage, wie eine derartige normative Ermächtigung zu bestimmen sein soll, sind die Ausführungen des BVerfG nicht immer ganz klar³⁴. In einigen Entscheidungen scheint das BVerfG an die durch die Rechtsprechung geprägten Fallgruppen anzuknüpfen³⁵. Gleichwohl beschränkt sich das BVerfG regelmäßig nicht auf die Zuordnung des Sachverhalts zu einer dieser Fallgruppen, sondern unterzieht diese einer kritischen Prüfung anhand einer Auslegung der zu Grunde liegenden Normen³⁶. Im Ergebnis lässt sich der Rechtsprechung des BVerfG deshalb wohl entnehmen, dass es das Vorliegen einer Beurteilungsermächtigung im Wege der Auslegung bestimmt³⁷.

Den zitierten Entscheidungen lässt sich darüber hinaus entnehmen, dass nach Auffassung des BVerfG die normative Einräumung

³² St. Rspr., BVerfGE 84, 34, 49; BVerfGE 103, 142, 156.

³³ *Schmidt-Aßmann/Groß*, NVwZ 1993, 617, 621; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig/Herzog, aaO. (Fn. 16), Art. 19 Abs. 4 Rn. 185; *Pache*, aaO. (Fn. 26), S. 72, 73; BVerfGE 61, 82, 111; BVerfGE 84, 34, 49; BVerfGE 103, 142, 157.

³⁴ *Sachs*, in: Stelken/Bonk/Sachs, aaO. (Fn. 18), § 40 Rn. 160.

³⁵ Vgl. für Prüfungsentscheidungen BVerfGE 84, 34, 50 ff.; für beamtenrechtliche Entscheidungen BVerfG NVwZ 2003, 200, 201.

³⁶ Vgl. exemplarisch BVerfGE 84, 34, 50 ff.; BVerfGE 88, 40, 58 f.; BVerfGE 103, 142, 157 ff.

³⁷ *Schmidt-Aßmann/Groß*, NVwZ 1993, 617, 622, 623.

eines Beurteilungsspielraums der Ausnahmefall ist. Der Regelfall ist die vollständige gerichtliche Überprüfung von unbestimmten Rechtsbegriffen. Ausnahmen hiervon bedürfen besonderer Anhaltspunkte im Gesetz. Wo sich also solche Anhaltspunkte nicht finden lassen, greift der Regelfall, die vollständige gerichtliche Überprüfung³⁸.

bb) Einfluss der Grundrechte

Durch mehrere Entscheidungen in den 90er Jahren hat das BVerfG diese durch die normative Ermächtigungslehre gesteckten Grenzen verwaltungseigener Beurteilungsspielräume – in Korrektur der Rechtsprechung des BVerwG – nochmals verengt³⁹. Greift die Verwaltung bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe in Grundrechte ein, sind nach der Rechtsprechung des BVerfG die Grenzen der gerichtlichen Überprüfung des unbestimmten Rechtsbegriffs nicht nur anhand der einfachgesetzlichen Ermächtigung zu bestimmen, sondern leiten sich unmittelbar aus den betroffenen Grundrechten ab. Ein Beurteilungsspielraum der Verwaltung ist in diesen Fällen zwar nicht von vornherein ausgeschlossen, er unterliegt aber besonders strengen Anforderungen⁴⁰.

Die Entscheidungen des BVerfG beziehen sich zwar speziell auf Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 7 Abs. 5 GG und Art. 5 Abs. 3 GG. Es ist allerdings nicht anzunehmen, dass sie hierauf beschränkt bleiben sollen⁴¹. Gerade der Umstand, dass das BVerfG seine zu Art. 12 Abs. 1 GG entwickelte Aussage der vollen gerichtlichen Überprüfbarkeit von wissenschaftlich-fachlichen Wertungen auf das hiervon verschiedene Grundrecht des Art. 7 Abs. 5 GG überträgt, macht deutlich, dass es sich um allgemeine Maßstäbe handeln dürfte, die nicht an spezifische Grundrechte anknüpfen⁴². Jedenfalls spricht aber –

im Hinblick auf den besonderen Stellenwert der Rundfunkfreiheit für die freiheitlich-demokratische Grundordnung⁴³ – viel dafür, diese Grundsätze zumindest auch auf das Grundrecht der Rundfunkfreiheit zu übertragen⁴⁴.

(1) Prüfungsentscheidungen

In zwei Entscheidungen vom 17.4.1991 musste sich das BVerfG mit der Frage nach einem gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum der Verwaltung bei Prüfungsentscheidungen befassen⁴⁵. Das Bundesverwaltungsgericht hatte bis zu diesen Entscheidungen in ständiger Rechtsprechung eine Überprüfung der Bewertung der Prüfer auch hinsichtlich fachlicher Fragen weitgehend abgelehnt und auf eine Willkürkontrolle beschränkt⁴⁶. Das BVerfG hat diese Rechtsprechung des BVerwG unter Berufung auf Art. 12 Abs. 1 GG verworfen, soweit die Prüfung Auswirkungen auf den Berufszugang hat. Maßgebliche Aussage dieser Entscheidungen des BVerfG ist, dass allein die hohe Komplexität oder Dynamik des zu Grunde liegenden Sachverhalts – zumindest dann, wenn die Verwaltung, wie bei Berufszugangsprüfungen, in Grundrechte eingreift – kein Kriterium für die Anerkennung eines Beurteilungsspielraums der Verwaltung ist⁴⁷. Die fachliche Richtigkeit der Verwaltungsentscheidung unterliegt der vollständigen gerichtlichen Überprüfung⁴⁸.

Ein Beurteilungsspielraum wird vom BVerfG nur in engen Grenzen und nur da zuerkannt, wo es auf originär nicht nachvollziehbare Erfahrungswerte und Vergleichsmöglichkeiten des Prüfers ankommt (prüfungsspezifisch).

⁴³ BVerfGE 35, 202, 221 f. m. w. N.

⁴⁴ So auch *Ulrich*, ZUM 2005, 152, 457.

⁴⁵ Neubewertung juristischer Staatsprüfung: BVerfGE 84, 34; medizinische Multiple-Choice-Prüfung: BVerfGE 84, 59.

⁴⁶ BVerwGE 8, 272, 273 ff.

⁴⁷ Vom BVerfG ausdrücklich offengelassen für sonstige Fälle mit »hoher Komplexität« – BVerfGE 84, 34, 50. Jedenfalls ist aber die bloße »Komplexität« von Entscheidungen ausdrücklich für nicht ausreichend erklärt worden, um einen gerichtskontrollfreien Entscheidungsspielraum der Verwaltung zu begründen – BVerfGE 88, 40, 58 f.

⁴⁸ BVerfGE 84, 34, 55.

³⁸ *Schmidt-Aßmann/Groß*, NVwZ 1993, 617, 621, 623.

³⁹ BVerfGE 83, 130; BVerfGE, 84, 34; BVerfGE 84, 59; BVerfGE 85, 36.

⁴⁰ BVerfGE 83, 130, 145 ff.; BVerfGE, 84, 34, 49 ff.; BVerfGE 84, 59, 77.

⁴¹ *Schulze-Fielitz*, JZ 1993, 772, 775 f.; *Redeker*, NVwZ 1992, 305, 308 ff.; *Sachs*, in: *Stelken/Bonk/Sachs*, aaO. (Fn. 18), § 40 Rn. 194; *Maurer*, aaO. (Fn. 14), § 7 Rn. 43 a. E., S. 152.

⁴² Kritisch *Schmidt-Aßmann/Groß*, NVwZ 1993, 617, 618 ff.

sche Wertungen). Hierbei sind für das BVerfG zwei Erwägungen maßgeblich: Zum einen ist es unmöglich, die Bewertung der Prüfung durch ein Sachverständigengutachten nachträglich zu rekonstruieren. Der Grund liegt darin, dass Prüfungsnoten nicht isoliert gesehen werden, sondern in einem Bezugssystem zu finden sind. Der Prüfer beurteilt die Einzelleistung im Vergleich zu den übrigen erbrachten Leistungen. Die gerichtliche Kontrolle würde insofern zu einer Verzerrung der Maßstäbe führen. Zum anderen würde der Grundsatz der Chancengleichheit leiden, wenn einzelne Kandidaten die Chance einer vom Vergleichsrahmen unabhängigen Bewertung erhielten⁴⁹.

(2) Privatgrundschulentscheidung

Die in seinen Entscheidungen zur gerichtlichen Überprüfbarkeit von Prüfungsbeurteilungen statuierten Anforderungen an die gerichtliche Prüfungsdichte hat das BVerfG in der Privatgrundschulentscheidung vom 16.12.1992 nochmals verschärft⁵⁰. Das BVerfG stellt in dieser Entscheidung klar, dass auch sog. »prüfungsspezifische Wertungen« nicht generell einen Beurteilungsspielraum der Verwaltung begründen. Ein Beurteilungsspielraum kommt nach den Ausführungen des BVerfG nur dann in Betracht, wenn im Hinblick auf das Gebot der Chancengleichheit auf persönliche Erfahrungen und Eindrücke des zur Entscheidung berufenen Behördenbediensteten oder den Vergleich von Leistungen zu einem bestimmten Zeitpunkt zurückgegriffen werden muss⁵¹.

(3) Josefine-Mutzenbacher-Entscheidung

Die wohl bekannteste und für die vorliegende Fragestellung relevanteste Entscheidung, ist die Josefine-Mutzenbacher-Entscheidung. Sie betrifft die Fallgruppe der Entscheidungen wertender Art durch weisungsfreie Gremien und Ausschüsse. Bis zu dieser Entscheidung hatte das BVerwG unter Berufung auf die gruppenpluralistische Zusammensetzung der Bundesprüfstelle einen Beurteilungsspielraum der Bundesprüfstelle sowohl hinsichtlich der Eignung der zu beur-

teilenden Schrift als jugendgefährdend als auch bezüglich der notwendigen Abwägung zwischen verfassungsrechtlich garantiertem Jugendschutz (Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) und dem Grundrecht der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG) bejaht. Diese Rechtsprechung des BVerwG hat das BVerfG mit seinem Urteil vom 27.11.1990 im Hinblick auf die Wertungen des Grundrechts der Kunstfreiheit korrigiert⁵².

Das BVerfG verneint hinsichtlich der Prüfung, ob die Indizierung mit der Kunstfreiheit vereinbar ist, unter Berufung auf die aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG abzuleitenden Prüfungsanforderungen, einen nur eingeschränkt nachprüfbaren Beurteilungsspielraum der Bundesprüfstelle und verpflichtet sowohl die Bundesprüfstelle als auch die Fachgerichte, sich im Rahmen des verfahrensrechtlich Möglichen – unter Umständen durch Zuziehung von Sachverständigen – Gewissheit darüber zu verschaffen, welchen jugendschädigenden Einfluss die konkrete Schrift ausüben kann. In seinen nachfolgenden Entscheidungen legte das BVerwG die Ausführungen des BVerfG dahingehend aus, dass damit die Annahme eines wie auch immer gearteten Beurteilungsspielraums der Bundesprüfstelle hinsichtlich der Frage der Eignung zur Jugendgefährdung ausgeschlossen sei⁵³. Auch die überwiegende Literatur versteht die Entscheidung des BVerfG dahingehend, dass ein Beurteilungsspielraum der Bundesprüfstelle im Ergebnis wohl zu verneinen⁵⁴, zumindest aber nur noch in sehr engen Grenzen denkbar sei⁵⁵.

(4) Gemeinsame Grundaussagen der Entscheidungen des BVerfG

Neben der generellen Aussage, dass ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum der Verwaltung nur in äußerst engen Grenzen zuzugestehen ist,

⁴⁹ BVerfGE 84, 34, 51 ff.

⁵⁰ BVerfGE 88, 40.

⁵¹ BVerfGE 88, 40, 57 ff.

⁵² BVerfGE 83, 130, 145 ff.

⁵³ BVerwGE 91, 211, 213.

⁵⁴ Hufen, JuS 1992, 249, 250; Geis, NVwZ 1992, 25, 29; Redeker, NVwZ 1992, 305, 309.

⁵⁵ Schulze-Fielitz, JZ 1993, 772, 774 ff.; Sachs, in: Stelken/Bonk/Sachs, aaO. (Fn. 18), § 40 Rn. 165 ff.; Maurer, aaO. (Fn. 14), § 7 Rn. 36; S. 148 f.

lassen sich den oben dargestellten Entscheidungen, losgelöst vom konkret zu Grunde liegenden Sachverhalt, zwei wesentliche Grundaussagen des BVerfG entnehmen, die auch für die vorliegende Fragestellung relevant sind. Zum einen ist allein die Komplexität schwieriger fachlicher und wissenschaftlicher Sachverhalte nach den Ausführungen des BVerfG grundsätzlich nicht geeignet, einen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum der Verwaltung zu begründen. Auch ein Gericht kann und muss sich notfalls mittels Sachverständigen die erforderliche Sachkunde verschaffen⁵⁶. Zum anderen ist der Rechtsprechung des BVerfG zu entnehmen, dass auch der besondere Sachverstand einer Behörde in Form von langjähriger Erfahrung und Eindrücken nicht zwingend einen Beurteilungsspielraum der Verwaltung nach sich zieht. Dies gilt gerade auch dann, wenn die Verwaltungsentscheidung eine wertende Abwägung erfordert. Für die Annahme eines Beurteilungsspielraums müssen weitere Kriterien hinzukommen, wie etwa bei Prüfungsentscheidungen die Wertung des Art. 3 Abs. 1 GG, wenn die Verwaltungsentscheidung vorwiegend durch einen vergleichenden Bezugsrahmen verschiedener Prüfungsgegenstände geprägt ist⁵⁷.

d) Die Rechtsprechung des BVerwG

Die Rechtsprechung des BVerwG zu der Frage von gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielräumen der Verwaltung war im Lauf der Zeit erheblichen Schwankungen unterworfen⁵⁸.

Bis zu den vorgenannten Entscheidungen des BVerfG in den 90er Jahren war eine Tendenz in der Rechtsprechung des BVerwG auszumachen, in technisch, wirtschaftlich oder sozial nur schwierig zu überprüfenden Bereichen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbare Beurteilungsspiel-

räume der Verwaltung anzuerkennen⁵⁹. Zu nennen sind hier insbesondere die Fallgruppe der Prüfungsentscheidungen und die Fallgruppe der Entscheidungen durch staatsferne, pluralistisch besetzte und/oder sachverständige Gremien (insbesondere Entscheidungen der Bundesprüfstelle).

Nach den Entscheidungen des BVerfG Anfang der 90er Jahre, hat das BVerwG seine Rechtsprechung in der Folge geändert und an die Vorgaben des BVerfG angepasst. Seither vertritt das BVerwG im Grundsatz wieder eine restriktivere Linie. Es hat den Anwendungsbereich von Beurteilungsspielräumen eingeschränkt und die Prüfungsmaßstäbe verschärft⁶⁰.

aa) Prüfungsentscheidungen

Bis zu den oben dargestellten Entscheidungen des BVerfG vom 17.4.1991⁶¹ hat das BVerwG bei Prüfungsentscheidungen der Verwaltung einen umfassenden Beurteilungsspielraum sowohl hinsichtlich prüfungsspezifischer Wertungen als auch fachspezifischer, wissenschaftlicher Fragen bejaht. Die gerichtliche Überprüfung wurde dahingehend beschränkt, ob entscheidungsrelevante Verfahrensfehler vorliegen, der Entscheidung ein unrichtiger Sachverhalt zu Grunde gelegt wurde, anzuwendendes Recht verkannt wurde oder allgemein gültige Wertungsmaßstäbe bei der Rechtsanwendung verletzt wurden⁶².

Mittlerweile hat das BVerwG aber die vom BVerfG⁶³ vorgegebene Beschränkung des Beurteilungsspielraums bei Prüfungsentscheidungen nachvollzogen und im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG und grundrechtliche Wertungen einer Eingrenzung des prüfungsrechtlichen Beurteilungsspielraums ausschließlich auf prüfungsspezifische Wertungen zugestimmt und die gerichtliche Über-

⁵⁶ Neubewertung juristischer Staatsprüfung: BVerfGE 84, 34, 55; medizinische Multiple-Choice-Prüfung: BVerfGE 84, 59, 79; Privatgrundschule: BVerfGE 88, 40, 58.

⁵⁷ Neubewertung juristischer Staatsprüfung: BVerfGE 84, 34, 52; Privatgrundschule: BVerfGE 88, 40, 57 f.

⁵⁸ Überblick bei *Pache*, aaO. (Fn. 26), S. 123 f.; sowie *Maurer*, aaO. (Fn. 14), § 7 Rn. 35, S. 148.

⁵⁹ BVerwGE 39, 197, 203 f.; BVerwGE 72, 300, 314 ff.

⁶⁰ BVerwGE 91, 262; BVerwGE 94, 64; BVerwGE 99, 74.

⁶¹ Neubewertung juristischer Staatsprüfung: BVerfGE 84, 34 und medizinische Multiple-Choice-Prüfung: BVerfGE 84, 59.

⁶² St. Rspr. seit BVerwGE 8, 272, 273 ff.

⁶³ BVerfGE 84, 34; 84, 59.

prüfbarkeit fachlich wissenschaftlicher Fragen bestätigt⁶⁴.

bb) Indizierung jugendgefährdender Schriften durch die Bundesprüfstelle gemäß §§ 1, 8 f. GjS (jetzt § 19 JuSchG)

Seit BVerwGE 39, 197 bejahte das BVerwG mehrfach eine Einschätzungsprärogative der Verwaltung hinsichtlich der Frage der Eignung zur Jugendgefährdung gemäß § 1 GjS⁶⁵. Das BVerwG begründete dies damit, dass das Urteil der Bundesprüfstelle über die Eignung zur Jugendgefährdung eine vorausschauende und zugleich richtungweisende Entscheidung mit erheblichem Einschlag wertender Elemente sei, die eine Voraussage für die Zukunft erfordere und deshalb in ihrem Kern unvertretbar sei. Der Gesetzgeber habe durch die besondere pluralistische Besetzung der Bundesprüfstelle und die verfahrensrechtliche Ausgestaltung des Prüfverfahrens zum Ausdruck gebracht, dass diese unvertretbare Entscheidung durch die Bundesprüfstelle zu fällen sei⁶⁶.

Unter Bezugnahme auf die Josefine-Mutzenbacher-Entscheidung des BVerfG⁶⁷ hat das BVerwG dann mit Urteil vom 26.11.1992 diese Rechtsprechung wiederum ausdrücklich als nicht mehr haltbar aufgegeben und die Annahme eines wie auch immer gearteten Beurteilungsspielraums der Bundesprüfstelle hinsichtlich der Frage, inwieweit die zu beurteilende Schrift schädigenden Einfluss auf Jugendliche ausüben könne, verneint⁶⁸. Das BVerwG argumentiert nunmehr zweigleisig:

Hinsichtlich der Einstufung der zu beurteilenden Schrift als jugendgefährdend verneint das BVerwG zwar einen Beurteilungsspielraum der Bundesprüfstelle, begreift deren Entscheidung aber als sachverständige Aussage. Dies hat zur Folge, dass die Ent-

scheidung der Bundesprüfstelle nach Auffassung des BVerwG im Verwaltungsprozess nur mit demselben Aufwand wirksam in Frage gestellt werden kann, der allgemein erforderlich ist, um die Tragfähigkeit fachgutachterlicher Äußerungen zu erschüttern⁶⁹. Das kontrollierende Gericht ist nach dieser Auffassung zur Einholung eines weiteren Gutachtens folglich nur verpflichtet, wenn sich die Notwendigkeit dazu aufdrängt⁷⁰. Diese Auffassung begründet das BVerwG mit dem besonderen Status der Bundesprüfstelle, der sich aus ihrer Zusammensetzung gemäß § 9 Abs. 2 GjS und ihrer Unabhängigkeit herleitet.

Hinsichtlich der zur Entscheidung notwendigen Abwägung zwischen verfassungsrechtlich garantiertem Jugendschutz einerseits und dem Grundrecht der Kunstfreiheit andererseits nimmt das BVerwG dagegen einen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren »Entscheidungsvorrang« (also faktisch wieder einen Beurteilungsspielraum) der Bundesprüfstelle an. Begründet wird dies damit, dass die Übertragung auf ein staatsfernes pluralistisches Gremium eine institutionelle Grundrechtsabsicherung darstelle, die durch gerichtliche Kontrolle leerlaufen würde⁷¹. Hervorzuheben ist hierbei, dass das BVerwG, soweit es entgegen der Rechtsprechung des BVerfG einen Entscheidungsvorrang der Bundesprüfstelle hinsichtlich der Abwägung zwischen Jugendschutz und Kunstfreiheit bejaht, diesen ausdrücklich nicht vorrangig am Kriterium des Sachverständigen festmacht, sondern maßgeblich auf das Kriterium der pluralistischen und staatsfernen Ausgestaltung der Bundesprüfstelle abstellt⁷²:

cc) Weinprüfungskommission

Die derzeit aktuellste Entscheidung des BVerwG zum vorliegenden Problemkreis betrifft die Frage eines gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraums einer Weinprüfungskommission⁷³.

⁶⁴ BVerwGE 91, 262, 265 f.

⁶⁵ BVerwGE 39, 197, 203 f.; BVerwGE 77, 75, 77; anders noch in BVerwGE 23, 112, 114; BVerwG, NJW 1987, 1431, 1432.

⁶⁶ BVerwGE 39, 197, 203 f.

⁶⁷ BVerfGE 83, 130.

⁶⁸ BVerwGE 91, 211, 213; bestätigt in BVerwG NJW 1997, 602, 603 und NJW 1999, 75, 76 ff.

⁶⁹ BVerwGE 91, 211, 213 f.

⁷⁰ BVerwGE 91, 211, 213 f.

⁷¹ BVerwGE 91, 211, 215 f.

⁷² BVerwGE 91, 211, 215 f.

⁷³ BVerwGE 129, 27 = NJW 2007, 2790, 2792.

Das BVerwG hatte zunächst einen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum der Weinprüfungskommission abgelehnt⁷⁴. Maßgebliche Begründung hierfür war, dass der Weinprüfungskommission keine Letztentscheidungsbefugnis zukomme, weil die Behörde unter gewissen Umständen von der Entscheidung der Kommission abweichen könne. Der Weinprüfungskommission komme daher nur die Funktion eines beratenden Sachverständigenausschusses zu. Die eigentliche Einstufungsentscheidung, werde nicht staatsfern, sondern in der zuständigen Behörde gefällt⁷⁵.

In seinem Urteil vom 16.5.2007 gibt das BVerwG nunmehr diese Rechtsprechung auf und bejaht eine Einschätzungsprärogative der Weinprüfungskommission⁷⁶. Im Ergebnis enthält die Entscheidung freilich keine wesentlichen Neuerungen. Die Änderung der Rechtsprechung resultiert im Wesentlichen daraus, dass das BVerwG im Hinblick auf europarechtliche Wertungen der Weinprüfungskommission nun doch eine Letztentscheidungsbefugnis zuspricht und die Behörde an das Urteil der Kommission bindet. Das BVerwG hat mit dieser Entscheidung nicht etwa die Anforderungen an die Anerkennung von Beurteilungsspielräumen im Fall von Entscheidungen wertender Art durch weisungsfreie, mit Sachverständigen und/oder pluralistischen Interessenvertretern besetzten Gremien gelockert, es hat lediglich die zu Grunde liegenden Normen im Hinblick auf eine EG-Verordnung europarechtskonform in anderer Weise als in seinem letzten Urteil ausgelegt⁷⁷.

e) Fallgruppen

Die durch die normative Ermächtigungslehre statuierte Abhängigkeit eines Beurteilungsspielraums der Verwaltung von den einzelnen materiellen Rechtsgrundlagen hat in der Literatur und Rechtsprechung zu einer Vielfalt der Anwendungsfälle geführt, die bisher eine abschließende Systematisierung nicht zugelassen hat. Die von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen in denen der

Verwaltung ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zugestanden wird, bleiben daher im Grundsatz als Ansatzpunkt maßgeblich. Ihre Tragfähigkeit ist aber im Hinblick auf die vom BVerfG hervorgehobenen verfassungsrechtlichen Anforderungen zu hinterfragen. Eine restriktive Auslegung ist vor allem in grundrechtsrelevanten Bereichen geboten⁷⁸. Ein Beurteilungsspielraum der Verwaltung wird für die folgenden Fallgruppen diskutiert⁷⁹: (1) Prüfungsentscheidungen, (2) Prüfungsähnliche Entscheidungen, (3) Beamtenrechtliche Beurteilungen, (4) Entscheidungen wertender Art durch weisungsfreie Gremien und Ausschüsse, (5) Prognoseentscheidungen und Risikobewertungen. Für das vorliegende Gutachten sind in erster Linie die Fallgruppen 2, 4 und 5 von Bedeutung.

aa) Entscheidungen wertender Art durch weisungsfreie, mit Sachverständigen und/ oder pluralistischen Interessenvertretern besetzten Gremien

Voraussetzung für die Annahme eines gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraums der Verwaltung soll im Falle von Entscheidungen wertender Art durch weisungsfreie, mit Sachverständigen und/oder pluralistischen Interessenvertretern besetzten Gremien die Notwendigkeit einer wertenden Entscheidung sein, die zur Sicherstellung einer wirksamen Grundrechtsgewährleistung auf ein staatsfern eingerichtetes unabhängiges Gremium übertragen wird, das kumulativ pluralistisch aus Interessenvertretern zusammengesetzt ist und/oder über besondere Sachkunde verfügt. Maßgebliches Kriterium ist dabei die Staatsferne des Gremiums⁸⁰.

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerwG und den maßgeblichen Entscheidungen des BVerfG genügt allein das Kriterium des besonderen Sachverständnisses für sich genommen regelmäßig nicht zur Begründung eines eigenständigen Beurteilungs-

⁷⁴ BVerwGE 94, 307, 308 ff.

⁷⁵ BVerwGE 94, 307, 312.

⁷⁶ BVerwG NJW 2007, 2790, 2792 ff.

⁷⁷ BVerwG NJW 2007, 2790, 2792 f.

⁷⁸ *Sachs*, in: Stelken/Bonk/Sachs, aaO. (Fn. 18), § 40 Rn. 175.

⁷⁹ Aufzählung nach *Maurer*, aaO. (Fn. 14), § 7 Rn. 37 ff., S. 149 ff.

⁸⁰ BVerwGE 91, 211, 215 f.; *Pache*, aaO. (Fn. 26), S. 138; *Wolff/Bachhof/Stober*, aaO. (Fn. 15), § 31 Rn. 26, S. 317.

spielraums der Verwaltung⁸¹. In seiner oben dargestellten Entscheidung zur Bundesprüfstelle vom 26.11.1992 führt das BVerwG insoweit aus, dass maßgeblich entscheidend für die Annahme eines Entscheidungsvorrangs weniger die fachliche Qualifikation der Bundesprüfstelle als vielmehr deren staatsferne und pluralistische Ausgestaltung sei⁸². Einen Beurteilungsspielraum hat die Rechtsprechung nur in den Fällen angenommen, in denen die Entscheidung in das alleinige Urteil eines staatsfern organisierten Gremiums gestellt ist. Es genügt deshalb nach ständiger Rechtsprechung auch nicht, wenn sich die Beteiligten eines Gremiums lediglich als Sachverständige zu einer Frage äußern, die die zuständige Behörde ohne Bindung an die Stellungnahme der Prüfer zu entscheiden hat, weil die eigentliche Entscheidung dann nicht staatsfern gefällt wird⁸³.

Allein die interessenpluralistische Zusammensetzung eines Entscheidungsträgers genügt für sich betrachtet ebenfalls nicht⁸⁴. Auch hier muss nach der Rechtsprechung des BVerwG hinzutreten, dass die Entscheidungsfindung in einem staatsfern eingerichteten und weisungsfreien Gremium erfolgt und dass die Beurteilung des sachverständigen Gremiums für die entscheidende Behörde bindend ist. Nur in diesem Fall liegt die vom BVerwG für die Bejahung eines Beurteilungsspielraums geforderte Unvertretbarkeit der Meinungsbildung des Gremiums vor⁸⁵. Gegen die Annahme einer Beurteilungsermächtigung allein unter dem Gesichtspunkt der Entscheidungsbefugnis staatsferner pluralistisch zusammengesetzter Gremien werden darüber hinaus auch generell Bedenken geäußert. Zum einen deshalb, weil

fraglich ist, ob die vermutete Fachkompetenz, auf der die Lehre vom Beurteilungsspielraum beruht, auch tatsächlich immer besteht⁸⁶. Zum anderen auch unter dem Gesichtspunkt, dass gerade in solchen Gremien mehr als in der allgemeinen Verwaltung die Gefahr besteht, unsachliche Interessenverquickungen anzutreffen. Gegenüber Interessenvertretern kann im Gegenteil daher schon aus Gründen des Demokratieprinzips und der Rechtsstaatlichkeit eine besonders intensive Gerichtskontrolle verfassungsrechtlich geboten sein⁸⁷.

bb) Prüfungssähnliche Entscheidungen

Einen Beurteilungsspielraum wegen prüfungssähnlicher Entscheidungen bejaht das BVerwG in ständiger Rechtsprechung nur, wenn die Entscheidung durch die Unwiederholbarkeit der konkreten Prüfungssituation gekennzeichnet ist, was insbesondere dann bejaht wird, wenn die Prüfung in hohem Maße von einem Schwankungen unterworfenen Prüfungsgegenstand abhängig ist (z.B. individueller Kenntnisstand des Prüflings zum Prüfungszeitpunkt)⁸⁸.

Ein wesentliches Kriterium für die Unwiederholbarkeit der prüfungssähnlichen Entscheidung ist für das BVerfG und das BVerwG darüber hinaus, ob die Prüfungsentscheidung Ergebnis einer vergleichenden Betrachtung ist. Dies wird vom BVerwG nur dann bejaht, wenn das Ergebnis der Prüfung Resultat der Einordnung des Prüfungsgegenstandes in einen in der konkreten Prüfungssituation aus allen Prüfungsgegenständen gebildete Bezugsrahmens ist⁸⁹. Maßgebliches Kriterium ist also nicht die Notwendigkeit einer wertender Entscheidung aufgrund im Rahmen längerer Behördentätigkeit entwickelter Kenntnisse und Erfahrungen, sondern die Wertung des Art. 3 Abs.1 GG.

⁸¹ BVerfGE 88, 40, 58.

⁸² BVerwGE 91, 211, 215 f.

⁸³ Einen Beurteilungsspielraum hat deshalb verneint: BVerwG NVwZ 1991, 268, 269 (Bestellung zum öffentl. Sachverständigen); NVwZ 1991, 568, 569 (Körentscheidung nach Tierzuchtgesetz); NVwZ-RR 1990, 134, 136 (Bewertung Pflanzenschutzmittel); BVerwGE 100, 221, 225 ff. (Heilpraktikerprüfung); vgl. auch BVerwGE 65, 157, 164 f.; BVerwG NVwZ 1991, 268, 269; BVerwG NJW 2007, 2790, 2792.

⁸⁴ *Sachs*, in: *Stelken/Bonk/Sachs*, aaO. (Fn. 18), § 40 Rn. 205.

⁸⁵ BVerwGE 39, 197, 203 f. und 91, 211, 215 f., zum Beurteilungsspielraum der Bundesprüfstelle.

⁸⁶ Kritisch deshalb *Maurer*, aaO. (Fn. 14), § 7 Rn. 45, S. 153.

⁸⁷ *Sachs*, in: *Stelken/Bonk/Sachs*, aaO. (Fn. 18), § 40 Rn. 205; *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, aaO. (Fn. 16), Art. 19 Abs. 4 Rn. 196.

⁸⁸ BVerwG NVwZ 1991, 568; BVerwGE 94, 307, 315 f.; BVerwGE 100, 221, 226 f.

⁸⁹ BVerwG NVwZ 1991, 568, 570; BVerwGE 94, 307, 315 f.; BVerwGE 100, 221, 226 f.

Soweit unter diesen Voraussetzungen ein Beurteilungsspielraum der Verwaltung zu bejahen ist, muss sich dieser auf prüfungsspezifische Wertungen beschränken, wissenschaftliche und fachliche Fragen dagegen sind hiervon ausgenommen. Die Rechtsprechung des BVerfG und des BVerwG zum originären Prüfungsrecht ist auf die Fallgruppe der prüfungsähnlichen Entscheidungen auszudehnen⁹⁰.

cc) Prognoseentscheidungen

Charakteristisch für prognostische Entscheidungen ist die Erforderlichkeit eines Wahrscheinlichkeitsurteils, das auf der Grundlage der bekannten Tatsachen und Erfahrungssätze auf die wahrscheinlich zukünftige Entwicklung schließen lassen muss⁹¹.

Prognostische Elemente sind häufig Elemente der Unbestimmtheit von Rechtsbegriffen. Genauso wenig wie diese Unbestimmtheit für sich genommen die gerichtliche Kontrolle des Verwaltungshandelns einschränkt, hat dies auch nicht der Prognosegehalt des Rechtsbegriffs zur Folge⁹².

Ein Beurteilungsspielraum ist nach dem Maßstab der normativen Ermächtigungslehre nur anzunehmen, wenn sich eine Prognose-/Beurteilungsermächtigung dem materiellen Recht entnehmen lässt. Dies kann generell nur dann angenommen werden, wenn aufgrund besonderer Umstände die Prognoseentscheidung von bestimmten Entscheidungsgremien besser getroffen werden kann als von den Gerichten⁹³.

3. Verfahrensrechtliche Ausgestaltung des Jugendschutzes

Die Frage, inwieweit der Kommission für Jugendmedienschutz auf Basis der vorstehenden Ausführungen ein gerichtlich nur begrenzt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zukommt, lässt sich nur beantworten,

wenn man zuvor die gesetzliche Konzeption der Gewährleistung des Jugendschutzes im privaten Rundfunk und die hierfür vom Gesetzgeber vorgesehenen Zuständigkeiten und Aufsichtsformen herausarbeitet.

a) Der Vollzug des Jugendschutzes im Bereich des privaten Rundfunks

aa) Allgemeine Aufsicht über den privaten Rundfunk

Die Aufsicht über den privaten Rundfunk ist im Rundfunkstaatsvertrag der Bundesländer und den einzelnen Landesmediengesetzen geregelt. Die Kontrolle der privaten Rundfunkanbieter obliegt demnach den 14 Landesmedienanstalten⁹⁴.

Die Landesmedienanstalten sind Anstalten des öffentlichen Rechts. Der Aufbau der verschiedenen Landesmedienanstalten stimmt im Groben überein. Jede Anstalt verfügt in der Regel über zwei Organe⁹⁵, das vorwiegend monokratisch organisierte Exekutivorgan (Direktor/Vorsitzender/Präsident/Vorstand – im Folgenden Direktor) und das aus mehreren Personen bestehende Hauptorgan (Gremium/Versammlung/etc. – im Folgenden Gremium). Der Direktor ist für die laufende Verwaltung tätig, zu der auch die Programmebeobachtung gehört. Dem Gremium kommen dagegen allgemeine Richtungs- und Grundsatzentscheidungen in Form von Richtlinien und Satzungen zu. In den meisten Bundesländern ist das Gremium auch für die Wahl des Direktors zuständig⁹⁶. Die Zusammensetzung des Gremiums differiert in den jeweiligen Bundesländern. Es herrschen zwei Modelle vor:

In der Mehrzahl der Bundesländer ist das Gremium pluralistisch mit Vertretern aus Parlament, Regierung, Verbänden und gesellschaftlichen Gruppen besetzt. Die Mitglieder des Gremiums sind in diesem Fall nach allgemeiner Auffassung keine staatlichen Vertreter, sondern unabhängige, wei-

⁹⁰ So *Maurer*, aaO. (Fn. 14), § 7 Rn. 43 a. E., S. 152; wohl auch *Pache*, aaO. (Fn. 26), S. 139.

⁹¹ *Pache*, aaO. (Fn. 26), S. 142.

⁹² BVerfGE 103, 142, 157; *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, aaO. (Fn. 16), Stand Mai 2008, Art. 19 Abs. 4 Rn. 198.

⁹³ *Vlachopoulos*, *Kunstfreiheit und Jugendschutz*, 1995, in *Schriften zum Öffentlichen Recht*, 1996, S. 260.

⁹⁴ *Brunner*, *Beurteilungsspielräume im neuen Jugendmedienschutzrecht – eine nicht mehr vorhandene Rechtsfigur*, 2005, S. 138 f.

⁹⁵ Abweichungen bestehen in Bayern (Verwaltungsrat gemäß Art 14 BayMG), Nordrhein-Westfalen und Sachsen.

⁹⁶ Ausnahme Saarland (§ 58 Abs. 1 Saarländisches Mediengesetz).

sungsfreie Repräsentanten der Gesellschaft. Das gilt dann auch für den vom Gremium gewählten Direktor. Damit ist in diesen Fällen auch die Landesmedienanstalt in ihrer Gesamtheit staatsfern organisiert und aus der allgemeinen Staatsverwaltung ausgesondert⁹⁷.

Alternativ hierzu existiert in Berlin/Brandenburg, Hamburg/Schleswig-Holstein und Sachsen das sog. Sachverständigenmodell. Das Gremium besteht hierbei aus einem kleineren vom Parlament gewählten Sachverständigengremium. Dieses wählt aus ihrer Mitte den Direktor. Ob bei diesem Modell eine hinreichende Staatsferne der Landesmedienanstalt besteht, wird bezweifelt⁹⁸. Die vom Parlament gewählten Sachverständigen, und damit auch der von diesen gewählte Direktor, können wohl nicht als staatsfern bezeichnet werden.

bb) Die Aufsicht im Bereich des Jugendschutzes

Die Aufsicht über die privaten Rundfunkanbieter im Bereich des Jugendschutzes ist aus dem Rundfunkstaatsvertrag ausgegliedert und für länderübergreifende Angebote separat im JMStV geregelt. Zuständige Aufsichtsbehörde ist gemäß §§ 14 Abs. 1, 20 Abs. 1 JMStV die jeweils zuständige Landesmedienanstalt. Diese handelt aber nicht selbst, sondern gemäß §§ 14 Abs. 2, 16 JMStV grundsätzlich durch die Kommission für Jugendmedienschutz (KJM). Die KJM wird dabei als internes Organ der jeweils zuständigen Landesmedienanstalt tätig. Ihre Entscheidungen ist für die jeweilige Landesmedienanstalt gemäß § 17 Abs. 1 JMStV bindend⁹⁹.

⁹⁷ Bosch, aaO. (Fn. 9), S. 37; Brunner, aaO. (Fn. 94), S. 156 Fn. 548; Langenfeld, MMR 2003, 303, 307 f.; Cole, ZUM 2005, 465.

⁹⁸ Bornemann/Kraus/Lörz, Bayerisches Medien-gesetz, Kommentar, Bd. I, Stand Juli 2005, Art. 10 Rn. 37 Fn. 110 m. w. N.; Rossen, ZUM 1992, 408 ff.

⁹⁹ Brunner, aaO. (Fn. 94), S. 149 m. w. N. in Fn. 527; Bornemann, NJW 2003, 787, 790; Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, Jugendmedienschutz-Staatsvertrag, RStV Kommentar, Bd. 3, Teil C (Stand April 2005), § 14 Rn. 3; keine Bedenken offenbar in Rn. 13.

Abweichend von dem Regelmodell der Aufsicht der zuständigen Landesmedienanstalt durch die KJM, regelt § 19 JMStV die Möglichkeit, die Aufsicht auf eine Einrichtung Freiwilliger Selbstkontrolle zu übertragen. Dies soll zum einen dazu dienen, die KJM zu entlasten, zum anderen soll dadurch die Möglichkeit geschaffen werden, Entscheidungen im Bereich des Jugendschutzes, die die Presse- und Kunstfreiheit betreffen, staatsfern und im Wege pluralistischer Meinungsbildung zu treffen¹⁰⁰.

b) Aufsicht durch die KJM

aa) Zusammensetzung der KJM

§ 14 Abs. 3 JMStV regelt die Zusammensetzung der KJM. Sie besteht nach § 14 Abs. 3 Satz 1 JMStV aus 12 Sachverständigen. Hiervon werden nach Satz 2 Ziff. 1 sechs Mitglieder aus dem Kreis der Direktoren der Landesmedienanstalten entsandt, die von den Landesmedienanstalten im Einvernehmen bestimmt werden. Vier weitere Mitglieder werden nach Satz 2 Ziff. 2 von den obersten Jugendschutzbehörden der Länder gestellt. Die zwei letzten Mitglieder schließlich stammen nach Satz 2 Ziff. 3 aus der obersten Jugendschutzbehörde des Bundes. Mindestens vier der Mitglieder sollen gemäß Satz 6 die Befähigung zum Richteramt haben. Den Vorsitz führt nach Satz 7 ein Direktor einer Landesmedienanstalt¹⁰¹.

Abweichend von § 14 Abs. 3 JMStV regelt § 14 Abs. 5 JMStV die Möglichkeit der KJM, eine Entscheidung nicht in Vollbesetzung, sondern in verminderter Besetzung durch sog. Prüfausschüsse zu treffen. Gemäß § 14 Abs. 5 Satz 2 JMStV muss jedem Prüfausschuss mindestens jeweils eines der in Abs. 2 Satz 2 Ziff. 1-3 aufgeführten Mitglieder der KJM angehören. Die auf Grundlage des § 14 Abs. 5 Satz 5 JMStV erlassene Geschäfts- und Verfahrensordnung der KJM präzisiert diese Vorgabe in § 6 Abs. 1 Satz 3 GVO-KJM dahingehend, dass die Prüfungsausschüsse aus drei Mitgliedern

¹⁰⁰ Brunner, aaO. (Fn. 94), S. 150 m. w. N. in Fn. 534, 535.

¹⁰¹ Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, aaO. (Fn. 99), § 14 Rn. 18.

der KJM gebildet werden, die jeweils aus den verschiedenen in § 14 Abs. 3 Satz 2 Ziff. 1-3 JMStV genannten Personengruppen kommen müssen, sodass in jedem Prüfungsausschuss alle Gruppierungen vertreten sind. Bei Einstimmigkeit ersetzt der Beschluss des Prüfungsausschusses gemäß § 14 Abs. 5 Satz 3 JMStV die Entscheidung der KJM. Gemäß § 6 Abs. 2 Ziff. 3 GVO-KJM sind die Prüfausschüsse insbesondere auch für die Einzelbewertung von Angeboten zuständig.

bb) Prüfverfahren der KJM

Das Prüfverfahren der KJM und der Prüfausschüsse wird in der Geschäfts- und Verfahrensordnung der KJM näher ausgestaltet.

In §§ 1-5 GVO-KJM wird der allgemeine Geschäftsgang der KJM geregelt. Die KJM tagt gemäß § 3 Abs. 1 GVO-KJM unter Ausschluss der Öffentlichkeit. Für die Beschlussfähigkeit der KJM ist gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 GVO-KJM keine Voraussetzung, dass alle ihre Mitglieder anwesend sind. Es genügt die Anwesenheit der Mehrheit der gesetzlichen Mitglieder. Entscheidungen werden gemäß § 5 Abs. 2 Satz 1 GVO-KJM mit der qualifizierten Mehrheit der Stimmen der gesetzlichen Mitglieder gefasst. Bei Stimmengleichheit entscheidet gemäß § 17 Abs. 1 Satz 2 JMStV i. V. m. § 5 Abs. 2 Satz 2 GVO-KJM die Stimme des Vorsitzenden.

c) Aufsicht durch die Freiwillige Selbstkontrolle

aa) Aufgaben und Befugnisse der Freiwilligen Selbstkontrolle

Durch § 19 JMStV wurde die Möglichkeit geschaffen, Einrichtungen Freiwilliger Selbstkontrolle in die Regulierung der elektronischen Informations- und Kommunikationsmedien einzubinden. Voraussetzung hierfür ist gemäß § 19 Abs. 2 JMStV aber, dass die Einrichtung staatlich anerkannt ist. Im Bereich des Rundfunks ist bisher allein die Freiwillige Selbstkontrolle Fernsehen e.V (FSF) staatlich anerkannt.

§ 19 Abs. 2 JMStV bestimmt als zentrale Aufgabe der anerkannten Einrichtungen der Freiwilligen Selbstkontrolle die Überprüfung der Einhaltung der Bestimmungen des

JMStV sowie der hierzu erlassenen Satzungen und Richtlinien durch die ihr angeschlossenen Anbieter im Rahmen ihres durch eigene Satzung festgelegten Aufgabenbereichs. Der Einrichtung obliegt insoweit die Jugendmedienaufsicht über die ihr angeschlossenen Anbieter. Die Aufsicht umfasst dabei sowohl die präventive als auch die repressive Aufsicht¹⁰².

bb) Verhältnis von Freiwilliger Selbstkontrolle und KJM

Das Verhältnis zwischen den Einrichtungen Freiwilliger Selbstkontrolle und der KJM wird durch die Regelung des § 20 Abs. 3 JMStV bestimmt. Die Vorschrift unterscheidet diesbezüglich zwischen der präventiven Kontrolle vorlagefähiger Sendungen in Satz 1 und Satz 3 sowie der repressiven Kontrolle nicht vorlagefähiger Sendungen in Satz 2.

Die Privilegierung des § 20 Abs. 3 Satz 1 JMStV statuiert für die Aufsicht über vorlagefähige und vorgelegte Sendungen ein Stufenverhältnis zwischen Einrichtungen der Freiwilligen Selbstkontrolle einerseits und der KJM andererseits¹⁰³. Hat ein Anbieter eine vorlagefähige Sendung vor der Ausstrahlung seiner zuständigen anerkannten privaten Selbstkontrollereinrichtung vorgelegt und bei der Ausstrahlung deren Auflagen beachtet, kann die KJM grundsätzlich nicht gegen den Anbieter vorgehen. Eine abweichende Beurteilung durch die zuständige anerkannte Einrichtung privater Selbstkontrolle wirkt insoweit als Verfahrenshindernis für die Ahndung und Verfolgung als Ordnungswidrigkeit und für verwaltungsrechtliche Aufsichtsmaßnahmen durch die Landesmedienanstalten. Etwas anderes gilt gemäß § 20 Abs. 3 Satz 1 JMStV nur dann, wenn die Selbstkontrollereinrichtung den ihr vom Gesetzgeber eingeräumten Beurteilungsspielraum im Einzelfall überschritten hat¹⁰⁴.

¹⁰² Cole, ZUM 2005, 462, 467; Ulrich, ZUM 2005, 452, 453 ff.

¹⁰³ Cole, ZUM 2005, 462, 468; Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, aaO. (Fn. 99), § 20 Rn. 5.

¹⁰⁴ Bornemann, NJW 2003, 787, 791; Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, aaO. (Fn. 99), § 20 Rn. 12.

Hinsichtlich des Prüfungsprogramms, anhand dessen die KJM die Einhaltung der Grenzen des Beurteilungsspielraums durch die Freiwillige Selbstkontrolle zu prüfen hat, werden die von der Rechtsprechung zur Frage der beschränkten Kontrollrechte von Beurteilungsspielräumen herausgearbeiteten Grundsätze übertragen¹⁰⁵. Dies war ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien auch der Wille der Staatsvertragsparteien¹⁰⁶. Die Entscheidung der Einrichtung Freiwilliger Selbstkontrolle ist demnach nur daraufhin zu überprüfen, ob entscheidungsrelevante Verfahrensfehler vorliegen, der Entscheidung ein unrichtiger Sachverhalt zu Grunde gelegt wurde, anzuwendendes Recht verkannt wurde oder allgemein gültige Wertungsmaßstäbe bei der Rechtsanwendung verletzt wurden¹⁰⁷. Es genügt also nicht, dass die KJM lediglich inhaltlich zu einer anderen Auffassung gelangt¹⁰⁸.

4. Genereller Beurteilungsspielraum der KJM bei Aufsicht über private Rundfunkanbieter

Unabhängig vom Spezialfall des § 20 Abs. 3 Satz 1 JMStV ist am Maßstab der im Vorangehenden herausgearbeiteten Kriterien schon generell fraglich, ob der KJM im Rahmen ihrer Aufsicht über die privaten Anbieter ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zugestanden werden kann.

a) Beurteilungsermächtigung der KJM nach Fallgruppen

Trotz des dogmatischen Begründungsmodells der normativen Ermächtigungslehre erfolgt die Ermittlung eines verwaltungseigenen Beurteilungsspielraums nach wie vor maßgeblich anhand der in Literatur und Rechtsprechung herausgebildeten Fallgruppen. Es stellt sich deshalb die Frage, ob sich

die KJM in eine dieser Fallgruppen einordnen lässt.

aa) Fallgruppe »Entscheidungen wertender Art durch weisungsfreie, mit Sachverständigen und/oder pluralistischen Interessenvertretern besetzten Gremien«

Die Zuerkennung eines gerichtlich nur begrenzt überprüfbaren Beurteilungsspielraums nach dieser Fallgruppe würde voraussetzen, dass die KJM als ein mit Sachverständigen und/oder pluralistischen Interessenvertretern besetztes Gremium zu qualifizieren ist, und darüber hinaus auch staatsfern organisiert ist¹⁰⁹. Diese Kriterien liegen nicht vor:

(1) Sachverständiges Gremium?

§ 14 Abs. 3 Satz 1 JMStV bestimmt, dass die KJM mit zwölf Sachverständigen zu besetzt ist. Abgesehen von der in Satz 2 Ziff. 1-3 geregelten Zusammensetzung dieses Gremiums, enthält sich der JMStV einer näheren Konkretisierung des Begriffs des Sachverständigen. Besondere jugendschutzspezifische Befähigungsanforderungen werden nicht gestellt. Einziges weiteres Kriterium ist lediglich, dass mindestens vier der zwölf Mitglieder des Gremiums die Befähigung zum Richteramt besitzen. Der Gesetzgeber ging ausweislich der Begründung zum JMStV offenbar davon aus, dass bereits allein die Zusammensetzung des Gremiums, mit sechs Mitgliedern aus dem Kreis der Direktoren der Landesmedienanstalten sowie vier Mitgliedern aus den obersten Jugendschutzbehörden der Länder und weiteren zwei Mitgliedern aus der obersten Jugendschutzbehörde des Bundes, einen hinreichenden Sachverstand der KJM gewährleisten.

Diese Annahme wird in der Literatur mit Recht kritisch gesehen¹¹⁰. Übereinstimmung besteht insoweit, dass jedenfalls allein aus der Befähigung zum Richteramt, die mindes-

¹⁰⁵ Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, aaO. (Fn. 99), § 20 Rn. 14; Cole, ZUM 2005, 462, 468 f.; Ulrich, ZUM 2005, 452, 458; Brunner, aaO. (Fn. 94), S. 181 f.

¹⁰⁶ Vgl. die ausführlichen Nachweise bei Ulrich, ZUM 2005, 152, 458.

¹⁰⁷ Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, aaO. (Fn. 99), § 20 Rn. 14.

¹⁰⁸ Cole, ZUM 2005, 462, 469; Ulrich, ZUM 2005, 452, 458.

¹⁰⁹ Vgl. III. 2. e) aa).

¹¹⁰ Bosch, aaO. (Fn. 8), S. 305 f.; Scholz/Liesching, Kommentar zum Jugendschutz, 4. Aufl. 2004, § 14 JMStV Rn. 9 ff.; Held/Schulz, in: Hahn/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 2. Aufl. 2008, § 14 JMStV Rn. 47 ff.

tens vier Mitglieder des Gremiums besitzen müssen, der notwendige Sachverstand zur Beurteilung jugendschutzrechtlicher Fragen nicht abgeleitet werden kann¹¹¹. Auch die Stellung eines Direktors einer Landesmedienanstalt, welcher sehr unterschiedliche Aufgaben hat, vermittelt eine solche Sachkompetenz nicht unbedingt. Darüber hinaus wird auch bezweifelt, ob die Entsendung der sechs Mitglieder durch die obersten Jugendschutzbehörden der Länder und des Bundes für sich genommen hinreichenden Sachverstand dieser Mitglieder gewährleisten. Dies wird nur dann der Fall sein, wenn bei der tatsächlichen Auswahl der zu entsendenden Mitglieder seitens der Behörden darauf geachtet wird, dass die Auswahl nach fachlichen Fähigkeiten erfolgt, die dem Begriff des Sachverständigen in § 14 Abs. 3 Satz 1 JMStV Rechnung trägt¹¹².

(2) Mit pluralistischen Interessenvertretern besetztes Gremium?

Die KJM ist in ihrer Zusammensetzung nicht unmittelbar gruppenpluralistisch konstruiert. Jedenfalls hinsichtlich der sechs von den Jugendschutzbehörden entsandten Mitglieder spielen Elemente gesellschaftlicher Repräsentanz keine Rolle¹¹³. Auch den restlichen sechs Mitgliedern der KJM kann allenfalls eine mittelbare gruppenpluralistische Rückanbindung zukommen. Insoweit wird argumentiert, dass die durch das jeweilige Gremium ihrer Landesmedienanstalt gewählten Direktoren die pluralistische Zusammensetzung dieses Gremiums in der KJM vermitteln würden¹¹⁴. Voraussetzung hierfür ist aber, dass die Direktoren tatsächlich von einem nach pluralistischen Gesichtspunkten zusammengesetzten Gremium gewählt worden sind¹¹⁵. Eine gruppen-

pluralistische Rückanbindung der Direktoren ist nicht mehr gewährleistet, wenn sie wie in Berlin/Brandenburg, Hamburg/Schleswig-Holstein und Sachsen durch einen vom Parlament ernannten Sachverständigenrat ernannt wurden¹¹⁶. Gleiches gilt, wenn der Direktor wie im Saarland gemäß § 58 Abs. 1 Saarländisches Mediengesetz direkt vom Landtag gewählt wird.

Zusammen gesehen ergibt sich daher, dass die KJM nur sehr eingeschränkt gruppenpluralistische Züge aufweist. 50 % ihrer Mitglieder (die Vertreter der Jugendschutzbehörden) sind in keinem Fall nach gruppenpluralistischen Gesichtspunkten bestimmt. Auch die restlichen 50 % sind nicht zwingend von gruppenpluralistischen Gremien gewählt. Selbst wenn dem aber so ist, kommt das gruppenpluralistische Element nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar über die gewählten Direktoren zum Tragen und ist dadurch abgeschwächt. Eine Steigerung der gruppenpluralistischen Elemente wird auch nicht dadurch erreicht, dass die wesentliche Arbeit der KJM gemäß § 8 GVO-KJM in den Prüfgruppen erfolgt¹¹⁷. Zwar weisen diese erkennbar gruppenpluralistische Elemente auf, ihre Beschlüsse sind für die KJM aber nicht bindend. Inwieweit sich die gruppenpluralistischen Elemente der Prüfungsgruppen tatsächlich auswirken, steht deshalb im Belieben der KJM.

(3) Staatsferne Ausgestaltung der KJM?

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerwG reicht allein das Kriterium der sachverständigen und/oder pluralistischen Entscheidungsfindung für sich genommen grundsätzlich nicht aus, um einen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum der Verwaltung zu begründen. Maßgebliches Kriterium ist insoweit die Staatsferne¹¹⁸.

Der Gesetzgeber geht ausweislich der amtlichen Begründung davon aus, dass die personelle und strukturelle Ausgestaltung der KJM dem verfassungsrechtlich gebotenen Grundsatz der Staatsfreiheit der Rundfunk-

¹¹¹ Vgl. die Nachweise bei der vorangehenden Fn.

¹¹² Scholz/Liesching, aaO. (Fn. 110), § 14 JMStV Rn. 11; Held/Schulz, in: Hahn/Vesting, aaO. (Fn. 110), § 14 JMStV Rn. 47.

¹¹³ Brunner, aaO. (Fn. 94), S. 154 f.

¹¹⁴ Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, aaO. (Fn. 99), § 14 Rn. 13; Stettner, ZUM 2003, 425, 433; Brunner, aaO. (Fn. 94), S. 154 f.; Held/Schulz, in: Hahn/Vesting, aaO. (Fn. 110), § 14 JMStV Rn. 51.

¹¹⁵ So ausdrücklich Stettner, ZUM 2003, 425, 433.

¹¹⁶ Sog. Sachverständigenmodell, vgl. III. 3. a) aa).

¹¹⁷ Vgl. III. 3. b) aa).

¹¹⁸ Vgl. insoweit oben III. 2. e) aa).

regulierung genügt. Die Ausübung der Entscheidung von zehn oder zwölf Mitgliedern durch einvernehmliche Benennung der Landesmedienanstalten bzw. durch die für den Jugendschutz zuständigen obersten Landesbehörde entspreche dem Gebot der Staatsferne des Rundfunks. Die bei der Entscheidung der KJM-Mitglieder ausgeübte Staatsgewalt sei eine föderalistisch gebrochene Staatsgewalt, was den Anforderungen des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG – insbesondere auch im Hinblick auf die nach § 17 Abs. 1 Satz 2 JMStV im Beschlussverfahren der KJM entscheidende Stimme eines Direktors einer Landesmedienanstalt sowie mit den übrigen die Unabhängigkeit der Mitglieder der KJM sichernden Vorkehrungen – genüge¹¹⁹.

Dass dem Gesetzgeber die Schaffung eines staatsfernen Gremiums bei der rechtlichen Ausgestaltung der KJM tatsächlich gelungen ist, wird mehrheitlich bezweifelt¹²⁰. Schon bei den sechs Mitgliedern der KJM, die von den Landesmedienanstalten entsandt werden, ist die Annahme einer Staatsferne nicht in jedem Fall unproblematisch. Bedenken bestehen, wenn Direktoren aus Landesmedienanstalten, die nach dem Ratsmodell organisiert sind, in die KJM entsandt werden¹²¹. Das eigentliche Problem sind aber die sechs von den obersten Jugendschutzbehörden der Länder und des Bundes entsandten Mitglieder der KJM. Deren Eigenschaft als Staatsvertreter kann – insbesondere, wenn es sich um Mitarbeiter der obersten Jugendschutzbehörden handelt – nicht in Abrede gestellt werden¹²². Diese Eigenschaft wird weder dadurch relativiert, dass die von ihnen ausgeübte Staatsgewalt »föderalistisch gebrochen« ist, noch dadurch, dass die Vertreter der KJM gemäß § 14 Abs. 6 Satz 1 JMStV bei ihren Entscheidungen weisungsunabhängig sind.

¹¹⁹ Vgl. Bayer. LT-Dr. 14/10246, S. 21.

¹²⁰ Stettner, ZUM 2003, 303, 307 f.; Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, aaO. (Fn. 99), § 14 Rn. 13 ff.; Held/Schulz, in: Hahn/Vesting, aaO. (Fn. 110), § 14 JMStV Rn. 12 ff.; Bosch, aaO. (Fn. 9), S. 277 ff.; Brunner, aaO. (Fn. 94), S. 155 ff.

¹²¹ Vgl. III. 3. a) aa).

¹²² Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, aaO. (Fn. 99) § 14 Rn. 14.

Das Argument der föderalistisch gebrochenen Staatsgewalt in der amtlichen Begründung des JMStV zielt auf eine Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs zu der damaligen Zusammensetzung des ZDF-Fernsehrats ab¹²³. In dieser Entscheidung hat der Bayerische Verfassungsgerichtshof ausgeführt, dass das Gebot der Staatsferne des Rundfunks einem Anteil von staatlichen Vertretern, der höher als 1/3 ist, nicht generell entgegenstehen würde. Maßgeblich sei insoweit, ob die staatlichen Vertreter verschiedenen Hoheitsträgern zuzurechnen seien und deshalb eine Interessenhomogenität nicht bestehen würde¹²⁴. Legt man diesen Wertmaßstab aber auf die von den für den Jugendschutz zuständigen obersten Landesbehörden und der obersten Bundesjugendschutzbehörde entsandten Mitglieder der KJM an, so ergibt sich, dass es sich bei diesen Mitgliedern durchaus um eine homogene Gruppe handeln kann. Die Vertreter entstammen zwar unterschiedlichen Ländern bzw. dem Bund, sie sind aber regelmäßig auch außerhalb ihrer Tätigkeit in der KJM in den entsprechenden Länderkonferenzen zusammengeschlossen. Es ist deshalb nicht zu erwarten, dass sie Partikularinteressen verfolgen werden, wie es für Mitglieder gruppenpluralistischer zusammengesetzter Gremien kennzeichnend ist¹²⁵. Eine Versachlichung und Objektivierung der Entscheidung, wie sie das BVerwG für die Annahme eines Beurteilungsspielraums voraussetzt¹²⁶, ist deshalb nicht zu erwarten. Im Übrigen ändert eine »föderale Brechung« nichts an der rein tatsächlichen Zuordnung der von den Behörden entsandten Mitglieder zum staatlichen Bereich.

Auch die in § 14 Abs. 6 Satz 2 JMStV statuierte Weisungsunabhängigkeit der Mitglieder der KJM ist nicht geeignet, diese Staatsnähe zu kompensieren. Beamte und sonstige Angestellte des öffentlichen Dienstes sind innerhalb ihrer Behörde frei versetzbar, ihr

¹²³ Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, aaO. (Fn. 99), § 14 Rn. 14.

¹²⁴ BayVerfGHE 42, 11, 19.

¹²⁵ Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, aaO. (Fn. 99), § 14 Rn. 14; Held/Schulz, in: Hahn/Vesting, aaO. (Fn. 110), § 14 JMStV Rn. 17; Brunner, aaO. (Fn. 94), S. 157; Bosch, aaO. (Fn. 9), S. 283 f.

¹²⁶ BVerwG NJW 2007, 2790, 2792.

berufliches Fortkommen hängt wesentlich von Entscheidungen ihrer Behörde ab. Die Weisungsfreiheit der Mitglieder der KJM kann ein tatsächlich unabhängiges Abstimmungsverhalten deshalb nicht garantieren¹²⁷.

Nicht zuletzt kann auch die Regelung des § 14 Abs. 3 a.E. i. V. m. § 17 Abs. 1 Satz 2 JMStV, wonach bei Stimmengleichheit die Stimme des Vorsitzenden entscheidet, der aus dem Kreis der Direktoren der Landesmedienanstalten bestimmt wird, die Staatsferne nicht absichern. Hierdurch ist nicht garantiert, dass sich immer die Auffassung der von den Staatsvertragsparteien als staatsfern angesehenen Direktoren der Landesmedienanstalten durchsetzt. Zum einen kann die Stimmengleichheit schon daran scheitern, dass die Direktoren der Landesmedienanstalten im Einzelfall wegen Abwesenheit einzelner Mitglieder in der Unterzahl sind. Gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 GVO-KJM ist die KJM schon beschlussfähig, wenn die Mehrheit ihrer gesetzlichen Mitglieder anwesend ist. Zum anderen kommt das Letztentscheidungsrecht auch bei Anwesenheit aller Mitglieder der KJM nur zum Tragen, wenn eine Pattsituation von sechs zu sechs Stimmen vorliegt. Von einer solchen Blockbildung – Vertreter der Landesmedienanstalten einerseits und Vertreter der Behörden andererseits – kann aber nicht generell ausgegangen werden. Hierfür müssen sich die Direktoren der Landesmedienanstalten einig sein, was nicht immer der Fall sein wird¹²⁸. Zudem setzt diese Auffassung voraus, dass tatsächlich alle Direktoren der Landesmedienanstalten von einem staatsfernen Gremium gewählt wurden und deshalb der Block der Direktoren in seiner Gesamtheit als staatsfern einzustufen ist. Dies muss aber nicht immer zwingend der Fall sein¹²⁹.

¹²⁷ Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, aaO. (Fn. 99), § 14 Rn. 15; Held/Schulz, in: Hahn/Vesting, aaO. (Fn. 110), § 14 JMStV Rn. 18; Brunner, aaO. (Fn. 94), S. 157; Bosch, aaO. (Fn. 9), S. 285 f.

¹²⁸ Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, aaO. (Fn. 99), § 14 Rn. 16; Held/Schulz, in: Hahn/Vesting, aaO. (Fn. 110), § 14 JMStV Rn. 17; Brunner, aaO. (Fn. 94), S. 156; Bosch, aaO. (Fn. 9), S. 284.

¹²⁹ Vgl. oben III. 3. a) aa).

Während also die KJM schon in ihrer Zwölferbesetzung das Kriterium der Staatsferne nicht erfüllt, gilt dies erst recht für die Dreierbesetzung in den nach § 14 Abs. 5 JMStV zu bildenden Prüfausschüssen, in denen die Hauptarbeit der KJM erfolgt. Bei Einstimmigkeit entscheiden die Ausschüsse gemäß § 14 Abs. 5 Satz 3 JMStV anstelle der KJM. Das Verhältnis von Staatsvertretern zu den von den Landesmedienanstalten entsandten Vertretern beträgt in den Prüfausschüssen zwei zu eins. Dieses deutliche Überwiegen der Staatsvertreter schließt eine Staatsferne aus¹³⁰.

bb) Fallgruppe »Prüfungsähnliche Entscheidung«

Ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum der KJM ergibt sich auch nicht nach den Kriterien der Fallgruppe der prüfungsähnlichen Entscheidungen. Die diesbezüglichen vom BVerwG aufgestellten Anforderungen¹³¹ liegen nicht vor. Die Entscheidung der KJM ist weder maßgeblich durch die Unwiederholbarkeit der konkreten Prüfungssituation gekennzeichnet, noch ist sie Ergebnis vergleichender Betrachtung.

Die Unwiederholbarkeit einer Prüfungssituation liegt regelmäßig nur dann vor, wenn der Prüfungsgegenstand in seinen Eigenschaften Schwankungen unterworfen ist und die Beurteilung deshalb von einem ganz bestimmten Stichtag abhängig ist. Dies ist aber bei der jugendschutzrechtlichen Beurteilung eines Angebots nicht der Fall. Die Beurteilung durch die KJM erfolgt anhand einer Aufzeichnung. Diese verändert sich nicht im Nachhinein, sie ist technisch fixiert. Die Prüfungsentscheidung kann deshalb eins zu eins vom Gericht anhand der Aufzeichnung nachvollzogen werden¹³².

¹³⁰ Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, aaO. (Fn. 99), § 14 Rn. 19/20; Held/Schulz, in: Hahn/Vesting, aaO. (Fn. 110), § 14 JMStV Rn. 62; Brunner, aaO. (Fn. 94), S. 158 f.; Bosch, aaO. (Fn. 9), S. 287 ff.

¹³¹ Vgl. dazu III. 2. e) bb).

¹³² Bosch, aaO. (Fn. 9), S. 346; gegen die Unwiederholbarkeit von Indizierungsentscheidungen bzgl. der Bundesprüfstelle auch Vlachopoulos, aaO. (Fn. 93), S. 260; Erbel, DVBl. 1973, 527, 530; Romatka, AfP 1972, 344, 344. So auch ursprünglich BVerwGE 23, 194, 200.

Die Beurteilung durch die KJM ist auch nicht das Ergebnis einer Vergleichsprüfung. Nach der Rechtsprechung des BVerwG kann dies nur angenommen werden, wenn bei der parallelen Beurteilung von verschiedenen Prüfungsgegenständen Wesensmerkmal der Prüfung gerade eine vergleichende Beurteilung ist. Nur in diesen Fällen wird unter dem Gesichtspunkt der über Art. 3 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich garantierten Chancengleichheit ein Beurteilungsspielraum der Prüfkommision bejaht. Es genügt ausdrücklich nicht, wenn die parallele Beurteilung nur dazu dient Anschauungsmaterial für die Prüfkommision zu gewinnen¹³³. Selbst wenn die KJM mehrere Sendungen parallel beurteilt, kann sich folglich daraus kein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum ergeben. Wesentliches Kriterium der Beurteilung der zu begutachtenden Sendung ist nicht ihre Einstufung im Verhältnis zu anderen Sendungen, sondern ihre Eigenschaft als jugendgefährdend/-beeinträchtigend, die an objektiven Kriterien festzumachen ist. Die Situation ist insoweit vergleichbar mit der Privatgrundschul-Entscheidung des BVerfG. Auch dort hat das BVerfG bei der Frage, ob für die Zulassung einer privaten Grundschule ein »besonderes pädagogisches Interesse« i. S. d. Art. 7 Abs. 5 GG bestehe, ein Bezugssystem zu anderen privaten Grundschulvorhaben verneint und damit auch einen Beurteilungsspielraum der Schulbehörde abgelehnt¹³⁴.

Sogar, wenn man das Verfahren vor der KJM als prüfungsähnlich qualifizieren würde und der KJM einen gerichtlich nur beschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum einräumen würde, wäre aber dieser nach der Rechtsprechung des BVerfG und des BVerwG auf prüfungsspezifische Wertungen beschränkt¹³⁵. Die rein wissenschaftlich und fachlich zu beantwortende Frage nach der jugendgefährdenden/-beeinträchtigenden Eigenschaft einer Sendung wäre hiervon nicht erfasst.

¹³³ BVerwG, NVwZ 1991, 568, 569.

¹³⁴ BVerfGE 88, 40, 57 f.

¹³⁵ Vgl. III. 2. e). bb).

cc) Fallgruppe »Prognoseentscheidung«

Ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum der KJM lässt sich auch nicht nach den Kriterien der Fallgruppe der Prognoseentscheidungen begründen¹³⁶. Das BVerwG hat zwar in mehreren Entscheidungen die Beurteilung einer Schrift als jugendgefährdend durch die Bundesprüfstelle als wertend-prognostische Entscheidung eingestuft. Die Bejahung eines Beurteilungsspielraums der Bundesprüfstelle hat das BVerfG aber nicht allein auf diese Qualität der Entscheidung gestützt, sondern im Wesentlichen auf die pluralistische, staatsferne Zusammensetzung der Bundesprüfstelle.¹³⁷

Unabhängig davon, dass das BVerwG mittlerweile bezüglich der Einstufung einer Schrift als jugendgefährdend einen Beurteilungsspielraum der Bundesprüfstelle verneint¹³⁸, wird aus der argumentativen Anknüpfung des BVerwG an die Zusammensetzung der Bundesprüfstelle deutlich, dass allein das Vorliegen einer wertenden Prognoseentscheidung für sich genommen einen nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum nicht zu begründen vermag. Erforderlich ist vielmehr, dass der Gesetzgeber zum Ausdruck bringt, dass die Entscheidung zusätzlich von bestimmten Entscheidungsgremien besser getroffen werden kann, als von den Gerichten¹³⁹. In diesem Punkt überschneidet sich die Fallgruppe des Beurteilungsspielraums kraft Prognoseentscheidung mit den beiden vorgenannten Fallgruppen. Da die KJM deren Voraussetzungen wie oben dargelegt nicht erfüllt, muss auch ein Beurteilungsspielraum kraft Prognoseentscheidung ausscheiden.

b) Beurteilungsermächtigung nach den Grundsätzen der normativen Ermächtigungslehre

Die durch die Rechtsprechung und Literatur gebildeten Fallgruppen sind nicht abschließend, sondern dienen lediglich als Anhaltspunkte für die Bejahung einer Einschätzungsprärogative der Verwaltung. Maßgeb-

¹³⁶ So auch *Bosch*, aaO. (Fn. 9), S. 347 f.

¹³⁷ BVerwGE 39, 197, 203 f.; BVerwG, NJW 1987, 1434; BVerwGE 77, 75, 84.

¹³⁸ BVerwGE 91, 211, 215.

¹³⁹ *Vlachopoulos*, aaO. (Fn. 93), S. 260 Fn. 93.

lich ist nach den Grundsätzen der normativen Ermächtigungslehre der durch objektive Auslegung der Norm zu ermittelnde Wille des Gesetzgebers. Gegen einen entsprechenden Willen des Gesetzgebers sprechen im Fall der KJM im Wesentlichen zwei Argumente. Zum einen spricht gegen die Annahme einer Beurteilungsermächtigung, dass den Staatsvertragsparteien bei der Formulierung des JMStV die Entscheidungen des BVerfG und des BVerwG zur Frage des Beurteilungsspielraums der Bundesprüfstelle bekannt sein mussten. Es ist deshalb wahrscheinlich, dass die Staatsvertragsparteien, wenn sie der KJM entgegen dieser Rechtsprechung in der Frage der Jugendgefährdung/-beeinträchtigung einen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum zugestehen hätten wollen, dies wenn schon nicht im JMStV selbst, so doch zumindest in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gebracht hätten.

Zum anderen spricht gegen das Vorliegen einer Beurteilungsermächtigung aber ganz entscheidend die Regelung des § 20 Abs. 3 und 5 JMStV. Die Staatsvertragsparteien haben den Einrichtungen Freiwilliger Selbstkontrolle gegenüber der KJM ausdrücklich einen nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielraum zugestanden. Sie wollten ausweislich der amtlichen Begründung zum JMStV den Einrichtungen Freiwilliger Selbstkontrolle damit gegenüber der KJM einen gewissen Entscheidungsspielraum einräumen¹⁴⁰. Hätten die Staatsvertragsparteien auch der KJM selbst gegenüber der gerichtlichen Kontrolle einen derartigen Entscheidungsspielraum einräumen wollen, hätte sich eine Äußerung hierzu im JMStV oder in den Materialien zum JMStV aufgedrängt¹⁴¹. Dies umso mehr, als die Staatsvertragsparteien bei der Ausgestaltung der Regelung des § 20 Abs. 3 und 5 JMStV die Rechtsprechung zum Prüfungsmaßstab bei gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Beurteilungsspielräumen vor Augen hatten¹⁴².

¹⁴⁰ Bayer. LT-Dr. 14/10246, S. 21.

¹⁴¹ So auch *Liesching*, ZUM 2009, 367, 373 Fn. 51 und VG München, Beschl. v. 21.12.2004, - M 17 S 04.4817, zit. nach juris Rn. 74 ff.

¹⁴² Bayer. LT-Dr. 14/10246, S. 21.

Zwar setzt die Annahme einer Beurteilungsermächtigung weder zwingend voraus, dass diese vom Gesetzgeber ausdrücklich ausgesprochen wird, noch muss sie zwingend auf eine entstehungsgeschichtliche belegte Absicht des Gesetzgebers zurückzuführen sein. Angesichts des Umstandes, dass eine Äußerung der Staatsvertragsparteien zu der Frage eines Beurteilungsspielraums der KJM nach den obigen Ausführungen nahelegend gewesen wäre, spricht einiges dafür, ihr Schweigen zu dieser Frage dahingehend auszulegen, dass eine Beurteilungsermächtigung der KJM nicht gewollt war. Nicht zuletzt ist auch zu beachten, dass nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG und des BVerwG eine Beurteilungsermächtigung die Ausnahme ist (Regel-Ausnahme-Verhältnis). Finden sich bei einer objektiven Gesetzesauslegung keine Anhaltspunkte für eine Beurteilungsermächtigung, ist vom gesetzlichen Regelfall der vollen gerichtlichen Überprüfung der Verwaltungsentscheidung auszugehen¹⁴³.

5. Beurteilungsspielraum der KJM bei Aufsicht über Freiwillige Selbstkontrolle

Unabhängig davon, dass ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum der KJM bei der Aufsicht über die privaten Rundfunkanbieter generell zu verneinen ist, besteht eine Einschätzungsprärogative der KJM in keinem Fall bei der Frage, ob eine Einrichtung Freiwilliger Selbstkontrolle gemäß § 20 Abs. 3 JMStV die Grenzen des ihr zugedachten Beurteilungsspielraums eingehalten hat. Der Grund hierfür liegt in dem von den Staatsvertragsparteien vorgesehen Prüfungsmaßstab des § 20 Abs. 3 JMStV. Wie oben dargelegt, werden insoweit die von der Rechtsprechung zur Frage der beschränkten Kontrollrechte von Beurteilungsspielräumen herausgearbeiteten Grundsätze übertragen¹⁴⁴. Die Entscheidung der Einrichtung Freiwilliger Selbstkontrolle ist nur daraufhin zu überprüfen, ob entscheidungsrelevante Verfahrensfehler vorliegen, der Entscheidung ein unrichtiger Sachverhalt zu Grunde gelegt wurde, anzuwendendes Recht verkannt wurde

¹⁴³ Vgl. III. 2. c) aa).

¹⁴⁴ Vgl. III. 3. c) bb).

oder allgemein gültige Wertungsmaßstäbe bei der Rechtsanwendung verletzt wurden¹⁴⁵.

Aus diesem Prüfungsmaßstab resultiert, dass der KJM bei der Prüfung nach § 20 Abs. 3 JMStV ein Beurteilungsspielraum nicht zukommen kann, weil es sich um eine reine Rechtsfrage handelt und insoweit kein Freiraum für einen Beurteilungsspielraum besteht¹⁴⁶. Die vom BVerwG entwickelten Kriterien zur Überprüfung der Einhaltung der Grenzen des Beurteilungsspielraums dienen gerade dazu, die gerichtliche Überprüfung von sachlich komplexen Verwaltungsentscheidungen zu verrechtlichen. Ebenso wie die gerichtliche Kontrolle der Ermessensausübung auf Ermessensfehler ist die gerichtliche Kontrolle bei anerkannten Beurteilungsspielräumen auf Beurteilungsfehler eine reine Rechtsfehlerkontrolle¹⁴⁷.

IV. Ergebnis

Der KJM kommt im Rahmen ihrer Aufsicht über private Rundfunkanbieter kein Beurteilungsspielraum zu. Dies resultiert zum einen schon daraus, dass die KJM im Hinblick auf ihre personelle Zusammensetzung, die Ausgestaltung ihres Prüfverfahrens und das ihr zukommende Aufgabenfeld, die von der Rechtsprechung an die Anerkennung von Beurteilungsspielräumen aufgestellten Kriterien generell nicht erfüllt. Zum anderen eröffnet speziell § 20 Abs. 3 JMStV keinen Beurteilungsspielraum, weil es sich bei der Frage nach der Einhaltung der Grenzen des Beurteilungsspielraums durch die Einrichtungen Freiwilliger Selbstkontrolle um eine reine Rechtsfrage handelt, die keinen Spielraum für Beurteilungsspielräume lässt.

Zu den Autoren:



Dr. Christoph Brandenburg ist Rechtsanwalt in München. Er vertrat MTV im Verwaltungsstreitverfahren zu dem Format »I want a famous face« gegen die BLM.



Philipp Lammeyer ist Rechtsanwalt in München.

¹⁴⁵ Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, aaO. (Fn. 99), § 20 Rn. 14.

¹⁴⁶ So auch Held/Schulz, in: Hahn/Vesting, aaO. (Fn. 110), § 20 JMStV Rn. 65.

¹⁴⁷ Maurer, aaO. (Fn. 14), § 7 Rn. 6, S. 134 f.