



**Kommunikationsbehörde Austria
p.A. der RTR GmbH**

Mariahilfer Straße 77-79
1060 Wien

**Eingebracht via Einbringungsportal
sowie per mail: rtr@rtr.at**

office@concordia.at
www.concordia.at

Concordia-Haus
Bankgasse 8
1010 Wien
t +43/1/533 85 73
f +43/1/533 71 729

Wien, am 17.1.2023

KOA 11.400/22-015

Beschwerdeführer: 1. Presseclub Concordia

Vereinigung österreichischer Journalisten und Schriftsteller

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

2. Mag. Walter Strobl

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Belangte Behörde: Kommunikationsbehörde Austria
p.A. der RTR GmbH
Mariahilfer Straße 77-79
1060 Wien

wegen: Popularbeschwerde gemäß § 36 Abs. 1 Z 1 lit. b ORF-G (8.6.2022)
Bescheid vom 15.12.2022

**Beschwerde
gemäß Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG**

I. BESCHWERDE:

Gegen den Bescheid vom 15.12.2022, KOA 11.400/22-015, zugestellt am 20.12.2022, wird fristgerecht Beschwerde erhoben.

Der Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts zur Gänze angefochten.

II. ZULÄSSIGKEIT DER BESCHWERDE:

Der angefochtene Bescheid als tauglicher Beschwerdegegenstand wurde am 20.12.2022 zugestellt, die Beschwerde ist somit rechtzeitig.

III. SACHVERHALT:

Mit der Popularbeschwerde vom 8.6.2022 haben die Beschwerdeführer die Feststellung beantragt

1. dass durch die Bestellung der Publikumsratsmitglieder am 27.4.2022 durch die Bundesministerin für Frauen, Familie, Integration und Medien, Drⁱⁿ Susanne Raab, Bestimmungen des ORF-G verletzt wurden,

weil es in fünf Fällen an den gesetzlichen Voraussetzungen *Dreiervorschlag* und *Repräsentativität für den Bereich* mangelt, in sechs Fällen an der gesetzlichen Voraussetzung *Dreiervorschlag* mangelt und in einem Fall an der gesetzlichen Voraussetzung *Repräsentativität für den Bereich* mangelt,

2. dass durch den Publikumsratsbeschluss vom 5.5.2020, mit dem sechs Mitglieder zum Stiftungsrat bestellt wurden, Bestimmungen des ORF-G verletzt wurden,

weil an der Beschlussfassung rechtswidrig bestellte Mitglieder zum Publikumsrat teilgenommen haben sowie

3. dass durch den Stiftungsratsbeschluss am 19.5.2022, mit dem der Stiftungsratsvorsitzende gewählt wurde, Bestimmungen des ORF-G verletzt wurden,

weil

3.1. an der Beschlussfassung rechtswidrig bestellte Mitglieder zum Stiftungsrat teilgenommen haben

- 3.2. an der Beschlussfassung Mitglieder zum Stiftungsrat teilgenommen haben die den Unvereinbarkeitsbestimmungen des § 20 Abs. 3 nicht genügen und
- 3.3. bei der Beschlussfassung die Unabhängigkeitsverpflichtung gem. § 19 Abs. 2 ORF-G verletzt wurde.

Mit Bescheid vom 15.12.2022 hat die belangte Behörde alle Anträge zurückgewiesen, der Antrag 1. Wegen behaupteter Unzuständigkeit der belangten Behörde, die Anträge 2. Und 3. Wegen Unzulässigkeit, die im Wesentlichen damit begründet wird, dass einerseits der Behörde eine Kognitionsbefugnis aus verfassungsgesetzlichen Gründen entzogen sei (3.1. und 3.2.) und es andererseits der Populärbeschwerde an einem konkreten Tatsachensubstrat hinsichtlich der monierten Verletzung der Unabhängigkeitsverpflichtung gem. § 19 Abs. 2 ORF-G mangle (3.3.).

Dagegen richtet sich die eingebrachte Beschwerde.

IV. BEGRÜNDUNG:

1.1. BESTELLUNG VON MITGLIEDERN ZUM PUBLIKUMSRAT AM 27.4.2022

1.2. Zur Kognitionsbefugnis

1.2.1. Vorbemerkungen

Öffentlich-rechtlicher Rundfunk ist für die Allgemeinheit eingerichtet, von der Allgemeinheit finanziert und von der Allgemeinheit kontrolliert.¹ Der ORF ist als Stiftung eingerichtet², Stiftungszweck ist die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrages³, begünstigt ist die Allgemeinheit.⁴ Dabei hat das Interesse der Öffentlichkeit die Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen zu leiten.⁵

¹ Holoubek/Kassai/Trainer, Grundzüge des Rechts der Massenmedien⁴ (2010) 81.

² § 1 Abs. 1 ORF-G.

³ § 1 Abs. 2 ORF-G.

⁴ RV 634, XXI. GP, 30.

⁵ *Lehofer, Hans-Peter, Aufwachen, Anrufen!*, in *derFreiRaum (Hrsg.)*, Der Auftrag, (15) 18.

Die Aufsichtsgremien des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sollen die Gesellschaft in ihrer ganzen Vielfalt repräsentieren.⁶ Dementsprechend sind die Kollegialgremien des ORF (Publikumsrat und Stiftungsrat) pluralistisch besetzt. Hergestellt wird diese Binnenpluralität einerseits durch gesetzlich vorgeschriebene persönliche Voraussetzungen der einzelnen Mitglieder dieser Gremien. Beim Publikumsrat ist das vor allem die Nominierung durch Dreivorschläge von repräsentativen Einrichtungen⁷. Dazu kommen bei Publikumsrat⁸ und Stiftungsrat⁹ jeweils Unvereinbarkeitsbestimmungen. Zum anderen wird die Pluralität hergestellt durch eine Diversität jener Einrichtungen, die die einzelnen Mitglieder dieser Gremien bestellen.¹⁰ Die Bestellung kommt dabei ganz unterschiedlichen Rechtsträgern zu, manche von ihnen sind formell Teil der Verwaltung, andere nicht. Der Binnenpluralismus soll sicherstellen, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk als Instrument der Meinungsbildung weder dem Staat noch einer gesellschaftlichen Gruppierung ausgeliefert wird.¹¹ Die persönlichen Bestellungsbedingungen und die Diversität der bestellenden Kräfte sind damit ein wesentliches einfachgesetzliches Element für die Sicherstellung der verfassungsgesetzlich geforderten Unabhängigkeit des ORF.¹² Die Möglichkeit zur Überprüfung der Bestellungsbedingungen und der Bestellvorgänge sichert deren Einhaltung und damit ebenfalls die Unabhängigkeit des ORF.

Die KommAustria vertritt nun in dem bekämpften Bescheid die Rechtsauffassung, dass sie für eine solche Überprüfung in Bezug auf die Bestellung von obersten Staatsorganen nicht zuständig sei. Dabei stützt sie sich auf Argumente, die sich aus einer Betrachtung der einfachgesetzlichen Vorschriften ergeben, aber auch auf verfassungsrechtliche Argumente sowie auf eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts¹³. Die Rechtsauffassung der belangten Behörde ist, wie zu zeigen sein wird, nicht haltbar. Ebenso wenig vermag die zur Begründung herangezogene Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes, die im Wesentlichen mit den gleichen Argumenten operiert, zu überzeugen.

⁶ Pöschl, Magdalena, Meinungsvielfalt im öffentlich-rechtlichen Rundfunk, in Berka, Grabenwarter, Holoubek, (Hrsg.), Meinungsvielfalt im Rundfunk und in den Online Medien, (47) 58.

⁷ § 28 Abs 4 ff ORF-G.

⁸ § 28 Abs 2 ORF-G.

⁹ § 20 Abs 3 ORF-G.

¹⁰ Für den Publikumsrat: § 28 Abs 3 ff ORF-G; Für den Stiftungsrat: § 20 Abs 1 ORF-G.

¹¹ Pöschl, Magdalena, Meinungsvielfalt im öffentlich-rechtlichen Rundfunk, in Berka, Grabenwarter, Holoubek, (Hrsg.), Meinungsvielfalt im Rundfunk und in den Online Medien, (47) 58.

¹² Bundesverfassungsgesetz vom 10.7.1974 über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks, BGBl 396/1974.

¹³ BVwG vom 18.12.2014, W194 2008697-1/3E.

1.2.2. Einfachgesetzliche Erwägungen

Die Zuständigkeit der KommAustria für die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Bestellung von Mitgliedern des Publikumsrates durch die Bundesministerin¹⁴ ist zunächst nach den einfachgesetzlichen Regeln des ORF-G zu bestimmen. Erst wenn der Wortlaut dieser Bestimmungen nicht eindeutig ist und mehrere Auslegungen zulässt, stellt sich die Frage nach verfassungsgesetzlichen Argumenten im Rahmen einer verfassungskonformen Interpretation.¹⁵ Ist ein Gesetz hingegen eindeutig, kann und darf es nicht verfassungskonform interpretiert werden, auch wenn dieser eindeutige Sinn der Verfassung widerspricht.¹⁶ Daher haben in diesem ersten Schritt auch die von der KommAustria ins Treffen geführten verfassungsrechtlichen Überlegungen, ob eine Überprüfung von Handlungen oberster Verwaltungsorgane zulässig ist, außer Betracht zu bleiben. Es geht zunächst einzig und allein um die grundsätzliche Frage, ob die KommAustria nach den einfachgesetzlichen Regeln zur Überprüfung von Handlungen zuständig ist, die nicht dem ORF oder seinen Tochtergesellschaften zurechenbar sind, sondern „anderen Einrichtungen“.

Betrachtet man also zunächst die einschlägige Regel, nämlich den § 36 Abs. 1 ORF-G, ergibt sich ein eindeutiger Befund:

§ 36 Abs 1 ORF-G: „Die Regulierungsbehörde entscheidet neben den anderen in diesem Bundesgesetz und im KommAustria-Gesetz genannten Fällen – soweit dafür nicht eine andere Verwaltungsbehörde oder ein Gericht zuständig ist – über die Verletzung von Bestimmungen dieses Bundesgesetzes mit Ausnahme der Bestimmungen des 5a. Abschnittes oder über die Verletzung des Umfangs eines Angebotskonzepts [...]“

Die KommAustria ist demnach zuständig über Verletzungen des ORF-G zu entscheiden. Von der Zuständigkeit ausgenommen hat der Gesetzgeber explizit Fragen der Gleichstellung (Abschnitt 5a) und Fragen des Umfangs von Angebotskonzepten, nicht jedoch die Überprüfung von Handlungen anderer (vom ORF und seinen Tochtergesellschaften verschiedenen) Einrichtungen. Der Wortsinn ist insofern eindeutig und lässt für eine Deutung, die eine Kognitionsbefugnis der KommAustria über Handlungen anderer Einrichtungen ausschließt, keinen Raum.

¹⁴ Bundesministerin für Frauen, Familie, Integration und Medien, Drⁱⁿ Susanne Raab.

¹⁵ Berka, Walter, Verfassungsrecht, 29 RZ 94.

¹⁶ VfSlg, 11.036/1986.

Darüber hinaus versucht die KommAustria im bekämpften Bescheid ihre Rechtsansicht mit der Heranziehung von § 2 Abs. 1 Z 9 KOG zu untermauern und daraus eine Beschränkung ihrer Kognitionsbefugnis abzuleiten:

§ 2 Abs. 1 Z 9 KOG: „Die Verwaltungsführung und Besorgung der Regulierungsaufgaben im Sinne des § 1 Abs. 1 umfasst die der KommAustria durch gesonderte bundesgesetzliche Vorschriften zugewiesenen Aufgaben, insbesondere: [...] 9. Wahrnehmung der Rechtsaufsicht über den Österreichischen Rundfunk und seine Tochtergesellschaften sowie Führen von Verwaltungsstrafverfahren nach Maßgabe des ORF-Gesetzes,“

Richtig ist, dass § 2 Abs. 1 KOG Aufgaben der KommAustria benennt. Die KommAustria erkennt in ihrer Argumentation aber, dass es sich dabei lediglich um eine deklarative und nicht um eine abschließende Aufzählung handelt, wie sich aus dem Begriff „*insbesondere*“ ergibt. Auch aus dem KOG lässt sich daher keine Einschränkung der Kognitionsbefugnis der KommAustria ableiten.

Schließlich vermeint die KommAustria in § 35 Abs 1 ORF-G eine Beschränkung ihrer Kognitionsbefugnis zu erblicken.

§ 35 Abs. 1 ORF-G: „Die Aufsicht des Bundes über den Österreichischen Rundfunk beschränkt sich auf eine Aufsicht nach Maßgabe dieses Bundesgesetzes, unbeschadet der Prüfung durch den Rechnungshof. Die Rechtsaufsicht obliegt der Regulierungsbehörde. [...]“

Richtig ist, dass der erste Satz des § 35 Abs. 1 ORF-G eine Beschränkung von Kontrollmöglichkeiten über den ORF vornimmt. Diese Beschränkung betrifft aber gerade nicht die Kognitionsbefugnis der Regulierungsbehörde, sondern die Einflussmöglichkeiten des Bundes auf den ORF. Im zweiten Satz wird dann konkretisiert, dass diese beschränkte Kontrollmöglichkeit des Bundes nur durch die Regulierungsbehörde wahrgenommen werden darf. (Daneben gibt es noch Befugnisse des Rechnungshofes, die hier aber außer Betracht bleiben können.)

Die KommAustria setzt nun in ihrer Interpretation die Bezeichnung „Bund“ mit dem Begriff „Regulierungsbehörde“ gleich und lässt damit den möglichen Wortsinn von „Bund“ weit hinter sich. Es kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, das Wort „Bund“ zu gebrauchen und das Wort „Regulierungsbehörde“ zu meinen.-Hätte der Gesetzgeber mit dieser Regelung eine Beschränkung der Kognitionsbefugnis der Regulierungsbehörde im Sinn gehabt, dann hätte er dies auch so zum Ausdruck gebracht.

Diese Funktion des § 35 ORF-G, nämlich die staatliche Aufsicht des Bundes über den ORF zu beschränken (nicht jedoch die Aufsicht der Regulierungsbehörde über die Einhaltung des ORF-G), wird auch durch eine historische Betrachtung bestätigt. Die Regelung wurde mit dem Rundfunkgesetz 1974 eingeführt.¹⁷ Im Zuge dieser Reform wurde vor allem die Unabhängigkeit des ORF gestärkt.¹⁸ Nicht nur durch das BVG-Rundfunk¹⁹, sondern auch durch zahlreiche einfachgesetzliche Verbesserungen. Bis dahin war der ORF als GmbH organisiert²⁰, und der Bund hatte als Gesellschafter vielfältige Einflussmöglichkeiten.²¹ Mit dem Rundfunkgesetz 1974 wurde nun eine Rechtsform für den ORF gewählt, die den Anforderungen der Unabhängigkeit besser gerecht wird – eine Anstalt öffentlichen Rechts. Darüber hinaus wurde eine unabhängige Kommission zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des Rundfunkgesetzes eingesetzt.²² Damit wurde die bis dahin existierende Staatsaufsicht über den ORF abgeschafft und durch eine Rechtsaufsicht eines richterlichen Kollegialorgans ersetzt.²³ Sinn der Regel ist also eine dezidierte Klarstellung der Beschränkung der Einflussmöglichkeiten des Bundes.

„Es wird beschlossen: die Umwandlung des ORF in eine Anstalt öffentlichen Rechts, einen eigenen Wirtschaftskörper des Bundes, der ohne Regierungseingriffe geführt wird. Das Aufsichtsrecht des Bundes wird auf eine Rechtsaufsicht reduziert und einem richterlichen Kollegialorgan übertragen, nämlich einer Beschwerdekommision zur Wahrung des Rundfunkgesetzes.“²⁴

Aufgabe dieser Beschwerdekommision war es, ganz grundsätzlich die Einhaltung der Bestimmungen des Rundfunkgesetzes zu überwachen.²⁵ Von einer Beschränkung der Kognitionsbefugnis der Beschwerdekommision auf ORF-interne Handlungen ist auch hier nirgends die Rede.

Schließlich stützt auch eine systematische Betrachtung der einschlägigen Bestimmungen die Rechtsansicht der Beschwerdeführer. In den Blick zu nehmen sind dabei die Regeln der

¹⁷ Damals noch als § 25 Rundfunkgesetz. Der Wortlaut ist seither im Wesentlichen unverändert, lediglich „Kommission zur Wahrung des Rundfunkgesetzes (Kommission), die beim Bundeskanzleramt errichtet wird und über behauptete Verletzungen von Bestimmungen dieses Bundesgesetzes zu entscheiden hat“ wurde ersetzt durch „Regulierungsbehörde“.

¹⁸ AB 1264, XIII. GP, 1.

¹⁹ AB 1265, XIII. GP.

²⁰ § 1 ORF-G 1966.

²¹ V.a. § 6 f ORF-G 1966.

²² AB 1264, XIII. GP, 1.

²³ Blecha, Karl, Nationalrat XIII. GP, 111. Sitzung (9. Juli 1974), 10887.

²⁴ Blecha, Karl, Nationalrat XIII. GP, 111. Sitzung (9. Juli 1974), 10886.

²⁵ AB 1264, XIII. GP, 1; Scheibengraf, Nationalrat XIII. GP, 111. Sitzung (9. Juli 1974), 10871.

persönlichen Voraussetzungen für Publikumsräte²⁶ und der Stiftungsräte²⁷ sowie die Regeln für die jeweiligen Bestellvorgänge in einer Zusammenschau mit den Regeln über die Rechtsaufsicht²⁸. Diese Bestimmungen bilden für die Zuständigkeitsfrage einen untrennbaren Regelungskomplex, der insgesamt die verfassungsgesetzlichen Vorgaben der Unabhängigkeit und Pluralität sicherstellt. Vertritt man die Rechtsauffassung, dass die Regelungen der persönlichen Voraussetzungen und der Bestellvorgänge einer Überprüfung durch die Regulierungsbehörde entzogen sind, laufen diese gesetzlichen Regeln ins Leere. Im Ergebnis würde es eine solche Sichtweise etwa erlauben, die Unvereinbarkeitsregeln ganz einfach zu ignorieren und etwa Bundeskanzler, Landeshauptleute, Parteivorsitzende oder Klubobmänner in den Stiftungsrat zu entsenden. Zu eben diesem Ergebnis kommt aber die KommAustria im bekämpften Bescheid, indem sie die Beschwerde über offenkundige Unvereinbarkeiten von Stiftungsratsmitgliedern (Punkt 3.2. der Beschwerde) im Punkt 4.4. ihres Bescheides zurückweist. Eine solch absurde Regelungsabsicht kann dem Gesetzgeber nicht ernsthaft unterstellt werden.

Nach dem Wortsinn der einschlägigen Regeln ist daher die Zuständigkeit der KommAustria für eine Kontrolle von Handlungen anderer (vom ORF und seinen Tochtergesellschaften verschiedener) Einrichtungen und damit auch die Bestellung der Mitglieder zum Publikumsrat am 27.4.2022 durch die Bundesministerin²⁹ eindeutig gegeben. Verfassungsgesetzlichen Erwägungen ist daher der Raum entzogen.

Erst wenn man zu einer anderen Sicht kommt und die einschlägigen Bestimmungen in denkunmöglicher Weise für mehrdeutig hält, was die Beschwerdeführer ausdrücklich nicht tun, ist der Blick auf verfassungsrechtliche Argumente zu richten.

1.1.2. Verfassungsgesetzliche Erwägungen

Die KommAustria führt in dem bekämpften Bescheid zur Begründung ihrer mangelnden Kognitionsbefugnis auch verfassungsgesetzliche Erwägungen heran. Ohne ausdrückliche verfassungsgesetzliche Grundlage seien Verwaltungsbehörden nicht zur nachprüfenden Kontrolle von Entscheidungen eines obersten Organs der Verwaltung berufen. Dabei beruft

²⁶ § 28 Abs 2 und 4 ff ORF-G.

²⁷ § 20 Abs 3 ORF-G.

²⁸ § 35 und 36 ORF-G

²⁹ Bundesministerin für Frauen, Familie, Integration und Medien, Drⁱⁿ Susanne Raab.

sich die KommAustria auf Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes (VfGH)³⁰. Dazu ist folgendes anzumerken:

Zunächst ist zu hinterfragen, ob es sich dabei tatsächlich um eine nachprüfende Kontrolle handelt. Vor allem die Prüfung der persönlichen Voraussetzungen der Mitglieder zum Publikums- und Stiftungsrat sind grundlegende Voraussetzungen für rechtmäßige Entscheidungen der Gremien selbst. Es erfolgt hier also weniger eine Nachprüfung von anderen (vom ORF verschiedenen) Einrichtungen, sondern vielmehr nur die Prüfung der Voraussetzungen von Handlungen, die dem ORF selbst zuzurechnen sind, nämlich der Willensbildung des Publikumsrates, also einer ureigenen ORF-Handlung.

Dazu kommt, dass sich die von der KommAustria zitierten Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes in einem ganz wesentlichen Punkt von der hier gegenständlichen Frage unterscheiden. Zentrales Argument für die Einordnung als nachprüfende Kontrolle war in diesen Entscheidungen jeweils eine direkte Auswirkung der Kontrolle auf die überprüfte Handlung selbst. In VfSlg 15.578/199 war die Aufhebung der überprüften Entscheidung im Falle ihrer Rechtswidrigkeit zwingend gemeinschaftsrechtlich vorgegeben.³¹ In VfSlg 13.626/1993 war die Verwaltungsbehörde nach den Bestimmungen des Datenschutzgesetzes verpflichtet, mit den ihnen zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln, unverzüglich den der Rechtsanschauung der Datenschutzkommission entsprechenden Zustand herzustellen.³² Diese Argumente schlagen im gegenständlichen Fall gerade nicht. Die KommAustria stellt nach § 37 Abs 1 ORF-G lediglich fest, „*ob und durch welchen Sachverhalt eine Bestimmung dieses Bundesgesetzes verletzt worden ist.*“ Nur in jenen Fällen, in denen Entscheidungen von Stiftungsrat, Publikumsrat (oder Generaldirektor) das ORF-G verletzen, kann die Regulierungsbehörde Entscheidungen auch aufheben. Diese Rechtsfolge ist also nicht zwingend vorgeschrieben. In diesem Sinne schreiben auch Twaroch/Buchner einer solchen Feststellung nur politische Wirkung zu, weil der Regulierungsbehörde bei der Überprüfung von Entscheidungen anderer Rechtsträger Exekutionsmöglichkeiten nicht zu Gebote stehen.³³ In der gegenständlichen Popularbeschwerde wurde eine Aufhebung der Bestellung durch die Bundesministerin auch gar nicht beantragt, sondern lediglich die Feststellung der Rechtswidrigkeit.

³⁰ VfSlg 15.578/199 und VfSlg 13.626/1993.

³¹ VfSlg 15.578/199, 6.

³² VfSlg 13.626/1993, 5.

³³ Twaroch/Buchner, Rundfunkrecht in Österreich⁵ (2000), 220.

Es handelt sich daher bei der Frage einer Kognitionsbefugnis der KommAustria über die Bestellung der Publikumsräte durch die Bundesministerin nicht um eine nachprüfende Kontrolle im Sinne der zitierten Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes.

Zum anderen sei auch die Frage in den Raum gestellt, ob die Bundesministerin in funktionaler Hinsicht überhaupt als oberstes Verwaltungsorgan handelt, oder ob sie in diesem speziellen Fall nicht bloß als eine Art Treuhänderin der Allgemeinheit³⁴ fungiert und neben anderen Einrichtungen wie den Kammern, den Kirchen oder der Akademie der Wissenschaften³⁵ in einer Handlung sui generis Publikumsräte bestimmt. Sieht man in diesem Bestellungsakt kein funktionales Handeln als oberstes Verwaltungsorgan, stellt eine Kognitionsbefugnis der KommAustria kein verfassungsrechtliches Problem dar.

Kommt man aber zu der Ansicht, dass es hier tatsächlich um eine nachprüfende Kontrolle einer Entscheidung eines obersten Organs der Verwaltung handelt, ist im Sinne einer harmonisierenden Auslegung der Bundesverfassung in Art. 20 Abs. 2 Z 2 bzw. Z 5 B-VG eine verfassungsgesetzliche Ermächtigung zu einer solchen Kontrolle zu erblicken. Die zitierten verfassungsgerichtlichen Entscheidungen stehen dem nicht entgegen, da diese Entscheidungen zu einer älteren Fassung des Art. 20 B-VG getroffen wurden. Art. 20 Abs. 2 B-VG ist 2008³⁶ neu gefasst worden. Seither ist die Weisungsfreistellung von bestimmten Behörden durch einfachgesetzliche Anordnung möglich. Eine solche weisungsfreie Behörde ist die KommAustria ausdrücklich nach Art. 20 Abs. 2 Z 5. Darüber hinaus ist die KommAustria auch als Behörde im Sinne des Art. 20 Abs. 2 B-VG zu sehen, die zur „Kontrolle der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung“ berufen ist. Auch obersten Organe der Verwaltung sind von dieser Kontrolle nicht ausgenommen.

Vertritt man hingegen die Ansicht, dass es für die gegenständliche Kognitionsbefugnis der KommAustria an einer ausdrücklichen Ermächtigung durch den Verfassungsgesetzgeber mangelt, eröffnet sich ein Spannungsverhältnis widerstreitender verfassungsrechtlicher Interessen. Denn neben dem von der KommAustria ins Treffen geführten Argument eines Verbotes der Kontrolle von obersten Verwaltungsorganen gibt es noch weitere verfassungsrechtliche Schutzgüter, die hier im Wege einer Abwägung zu berücksichtigen sind. In einer verfassungskonformen Auslegung ist dabei den einfachgesetzlichen

³⁴ Vgl. *Lehofer, Hans-Peter, Aufwachen, Anrufen!*, in *derFreiRaum (Hrsg.)*, Der Auftrag, (15) 17f.

³⁵ § 28 Abs 3 ORF-G.

³⁶ BGBl. I 2008/2.

Zuständigkeitsregeln ein mit der Verfassung vereinbarer Sinn zuzumessen.³⁷ Dabei stehen sich die widerstreitenden verfassungsrechtlichen Argumente grundsätzlich gleichwertig gegenüber.

Zum ersten stünde der Ausschluss einer Kognitionsbefugnis der Regulierungsbehörde im Widerspruch mit der durch das BVG-Rundfunk und Art. 10 der EMRK verfassungsgesetzlich garantierten Unabhängigkeit des Rundfunks. Eine fehlende Kontrolle würde es der Bundesministerin erlauben, eine willkürliche Auswahl von Publikumsräten, etwa nach Parteizugehörigkeit oder politische Willfähigkeit, zu treffen, Unvereinbarkeitsregeln zu missachten und dadurch direkten Einfluss auf den ORF zu nehmen³⁸. Das BVG-Rundfunk³⁹ und auch Art. 10 der EMRK⁴⁰ verpflichten den Gesetzgeber aber gerade dazu, gesetzliche Regeln zu schaffen, die die Unabhängigkeit des ORF garantieren, und vor allem die Möglichkeit von politischem Einfluss verhindern.

Zweitens gebietet das verfassungsrechtliche Rechtsschutzsystem als zentrale Säule des rechtsstaatlichen Prinzips, dass die Rechtmäßigkeit jedes Staatsaktes überprüft werden kann. In einem Rechtsstaat darf es keine unüberprüfbaren Staatsakte geben. Eine Einschränkung im Einzelfall bedarf entweder gewichtiger öffentlicher Interessen oder gewichtiger Interessen Dritter.⁴¹ Solche gewichtigen Interessen sind hier nicht erkennbar, im Gegenteil. Zum dritten würde ein Ausschluss der Zuständigkeit der Regulierungsbehörde für die Kontrolle der Bestellung durch die Bundesministerin auch zu einer Ungleichbehandlung führen. Es erschließen sich keine sachlichen Gründe, warum die Kontrolle der Bestellung von Gremienmitgliedern durch die Kammern, die Kirchen oder die Akademie der Wissenschaft zulässig ist, die Bestellung durch die Bundesministerin jedoch nicht. Eine derartige Ungleichbehandlung der bestellenden Einrichtungen führt im Ergebnis auch zu einer Ungleichbehandlung der Gremienmitglieder. Dadurch würde ein Zweiklassensystem von Publikums- bzw. Stiftungsräten geschaffen, das sachlich nicht zu rechtfertigen ist. Im Abwägungsprozess findet sich somit in der einen Waagschale das Argument, eine Kontrolle von obersten Verwaltungsorganen sei nicht zulässig. In der anderen Waagschale finden sich mit der Unabhängigkeit des Rundfunks, dem Rechtsschutzsystem und dem Gleichheitsgrundsatz die wohl gewichtigeren Argumente. Im Ergebnis ist deshalb auch bei

³⁷ *Raschauer, Bernhard*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ (2021), 248.

³⁸ Siehe dazu schon oben, Seite 8.

³⁹ Bundesverfassungsgesetz vom 10.7.1974 über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks, BGBl 396/1974.

⁴⁰ Europäische Menschenrechtskonvention, BGBl 210/1958

⁴¹ *Berka, Walter*, Verfassungsrecht, 29 RZ 94.

einer verfassungskonformen Auslegung der einfachgesetzlichen Bestimmungen eine Kognitionsbefugnis der KommAustria zu bejahen.

Dieses Ergebnis wird auch bestätigt durch die Rechtsansicht von Twaroch/Buchner in Bezug auf die Zuständigkeit der Vorgänger-Regulierungsbehörde Rundfunkkommission, die noch im Rundfunkgesetz (RFG, § 29) geregelt war: „*diese ist auch berufen, eine Verletzung des RFG dann festzustellen, wenn sie nicht in der Sphäre des ORF erfolgt ist - also etwa bei der Bestellung der Kuratoren durch die Bundesregierung [...]*“⁴² Die gegenteilige Ansicht von Kogler/Trainer/Truppe ist hingegen aus den dargelegten Gründen zu verneinen“.⁴³

Es wird daher

beantragt,

den angefochtenen Bescheid aufzuheben und fest zu stellen, dass die belangte Behörde zur inhaltlichen Entscheidung zuständig war.

1.2. Antrag auf inhaltliche Entscheidung

Nach § 28 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Das Verwaltungsgericht hat dabei in der Sache selbst zu entscheiden, wenn der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

Es wird daher eine inhaltliche Entscheidung in der Sache selbst gemäß § 28 VwGVG

beantragt,

nämlich, dass durch die Bestellung der Publikumsratsmitglieder am 27.4.2022 durch die Bundesministerin für Frauen, Familie, Integration und Medien, Drⁱⁿ Susanne Raab, Bestimmungen des ORF-G verletzt wurden.

Zum inhaltlichen Vorbringen in der Sache wird auf die Popularbeschwerde vom 8.6.2022 verwiesen.

⁴² Rundfunkrecht in Österreich, Twaroch/Buchner⁵ (2000), 220.

⁴³ Kogler/Trainer/Truppe, Rundfunkgesetze⁴ (2018), 332.

2. BESTELLUNG VON SECHS STIFTUNGSRÄTEN DURCH DEN PUBLIKUMSRAT

AM 5.5.2022

2.1. Zur Kognitionsbefugnis

Die belangte Behörde weist den Antrag mit der Begründung zurück, dass sie eine materielle Prüfung einer Angelegenheit durchführen müsste, in der ihr die Kognitionsbefugnis aufgrund verfassungsgesetzlicher Überlegungen entzogen sei.

Dazu ist grundsätzlich auf die obige Argumentation unter Punkt 1. zur Kognitionsbefugnis hinsichtlich der Bestellung von Publikumsräten zu verweisen, insbesondere auf den Umstand, dass eine Heranziehung von verfassungsgesetzlichen Argumenten zur Beurteilung der Kognitionsbefugnis zu verneinen ist.

Darüber hinaus handelt es sich hier aber um eine andere Konstellation, als bei der Frage der Bestellung der Publikumsräte. Geht es dort um die Beurteilung von persönlichen Voraussetzungen für die Bestellung durch eine andere (vom ORF und seinen Tochtergesellschaften verschiedene) Einrichtung (der Bundesministerin), geht es hier um eine Handlung des ORF. Die in Frage stehende Handlung ist also jedenfalls nicht mehr außerhalb der Sphäre des ORF angesiedelt, sondern in seinem Zentrum. Es geht um die Willensbildung eines ORF-Organs. Dass die Rechtswidrigkeit ihren ursprünglichen Ausgang in einer Handlung der Bundesministerin hat, kann nicht dazu führen, dass solchermäßen die verfassungsgesetzlich garantierte Unabhängigkeit des ORF ausgehöhlt wird.

Eine Unzuständigkeit der KommAustria für eine so zentrale Unternehmensentscheidung widerspricht allen Anforderungen, die an öffentlich-rechtlichen Rundfunk als zentrale Säule der Demokratie gestellt werden.

Es wird daher

beantragt,

den angefochtenen Bescheid aufzuheben und fest zu stellen, dass die belangte Behörde zur inhaltlichen Entscheidung zuständig war.

2.2. Antrag auf inhaltliche Entscheidung

Es wird eine inhaltliche Entscheidung in der Sache gemäß § 28 VwGVG

beantragt,

nämlich, dass durch den Publikumsratsbeschluss vom 5.5.2020, mit dem sechs Mitglieder zum Stiftungsrat bestellt wurden, Bestimmungen des ORF-G verletzt wurden.

Zum inhaltlichen Vorbringen in der Sache wird auf die Popularbeschwerde vom 8.6.2022 verwiesen.

3. WAHL DES STIFTUNGSRATSVORSITZENDEN MIT STIFTUNGSRATS-BESCHLUSS AM 19.5.2022

3.1. Beschlussfassung unter Teilnahme von Mitgliedern, die durch den Publikumsrat rechtswidrig bestellt wurden.

Auch hier weist die belangte Behörde den Antrag mit der Begründung zurück, dass sie eine materielle Prüfung einer Angelegenheit durchführen müsste, in der ihr die Kognitionsbefugnis aufgrund verfassungsgesetzlicher Überlegungen entzogen sei.

Dazu ist grundsätzlich auf die obigen Ausführungen unter Punkt 1. und Punkt 2. zu verweisen.

Ergänzend ist anzumerken, dass es hier um die Willensbildung des einflussreichsten ORF-Organs, des Stiftungsrates, geht. Die Handlung deren Rechtswidrigkeit hier betroffen ist, betrifft gewissermaßen das Herz des ORF. Die Sphäre der ursprünglich die Rechtswidrigkeit auslösenden Handlung der Bundesministerin, ist von der Sphäre dieser ureigenen ORF-Entscheidung so weit entfernt, dass eine Nichtüberprüfbarkeit dieser Stiftungsratsentscheidung wegen einer Nichtzuständigkeit für die Überprüfung von Entscheidungen oberster Verwaltungsorgane grotesk anmutet und nicht nachzuvollziehen ist.

Es wird daher

beantragt,

den angefochtenen Bescheid aufzuheben und fest zu stellen, dass die belangte Behörde zur inhaltlichen Entscheidung zuständig war.

3.2. Beschlussfassung unter Verletzung der Unvereinbarkeitsbestimmungen gem. § 20

Abs. 3 Z 4 ORF-G

Auch hier weist die belangte Behörde den Antrag mit der Begründung zurück, dass sie eine materielle Prüfung einer Angelegenheit durchführen müsste, in der ihr die Kognitionsbefugnis aufgrund verfassungsgesetzlicher Überlegungen entzogen sei.

Dazu ist grundsätzlich auf die obigen Ausführungen unter Punkt 1. (insbesondere Seite 8), Punkt 2. und Punkt 3.1. zu verweisen

Anzumerken bleibt, dass eine Verneinung der Kognitionsbefugnis zu einer Nichtanwendung der Unvereinbarkeitsbestimmungen des § 20 Abs. 3 führen würde, was diese Bestimmungen ihres Anwendungsbereiches berauben würde. Ein derartiger Regelungsinhalt kann dem Gesetzgeber nicht ernsthaft zugesonnen werden.

Es wird daher

beantragt,

den angefochtenen Bescheid aufzuheben und fest zu stellen, dass die belangte Behörde zur inhaltlichen Entscheidung zuständig war.

3.3. Beschlussfassung unter Verletzung der Weisungsfreiheit gem. § 19 Abs. 2 ORF-G

Mit Spruchpunkt I.2. des bekämpften Bescheids wird die Beschwerde „im Übrigen“ gemäß § 35 Abs. 1 und § 36 iVm §§ 19 Abs. 2, 20 Abs. 1 und 3 sowie § 28 Abs. 4 bis 6 ORF-G als unzulässig zurückgewiesen. Begründet wird dies damit, dass zur behaupteten Rechtswidrigkeit des Beschlusses des Stiftungsrates vom 19.05.2022 (Wahl des Vorsitzenden) weder „auf etwa eine Vorbesprechung verwiesen, noch ein konkretes Verhalten aufgezeigt (wurde), in dessen Rahmen eine Rechtsverletzung stattfinden hätte können“ (S. 22 des angefochtenen Bescheides).

Dabei ignoriert die KommAustria das Beschwerdevorbringen. In der Beschwerde wurde dargelegt, dass am 28.1.2022 mit dem „Side-Letter“ eine Sammlung von Nebenvereinbarungen zum Regierungsübereinkommen zwischen den Grünen und der ÖVP aus dem Jänner 2020 auftauchte. Weiters wurde vorgebracht, dass es genau so kam, wie in dem Sideletter vorgesehen: am 10.8.2021 wurde der von der ÖVP favorisierte Kandidat als ORF-Generaldirektor bestellt, am 16.9.2021 je zwei den beiden Lagern zugeordnete

Direktoren, und am 19.5.2022, wie im Side-Letter vereinbart, mit Lothar Lockl ein Kandidat der Grünen zum Stiftungsratsvorsitzenden bestellt.

Die BF haben keine eigenen Wahrnehmungen zum Abschluss des Sideletters oder zu den Beschlussfassungen am 10.8.2021, 16.9.2021 und 19.5.2022. Sie können ihr Vorbringen daher nur auf Medienberichte stützen. Dieses Vorbringen wurde von der KommAustria ignoriert, entgegen der unrichtigen Rechtsansicht wurde ein konkretes Verhalten, das eine Rechtsverletzung darstellt, aufgezeigt, nämlich das Abstimmungsverhalten entgegen der in § 19 Abs. 2 ORF-G festgelegten Weisungsfreiheit.

Sollte der Umstand, dass Beschlüsse im Stiftungsrat gefasst wurden, die davor inhaltlich im Rahmen der Koalitionsvereinbarung durch die Regierungsparteien festgelegt wurden, als nicht ausreichendes Tatsachensubstrat, das eine rechtliche Prüfung der Beschlüsse ermöglicht angesehen werden, wird zur Klärung und Feststellung des entscheidungswesentlichen Sachverhalts die Durchführung einer mündlichen Beschwerdeverhandlung gemäß § 24 VwGGV

beantragt.

Zum Beweis dafür, dass die Beschlüsse des Stiftungsrates vom 10.8.2021, 16.9.2021 und 19.5.2022 § 19 Abs. 2 ORF-G verletzen, weil sich die dafür notwendige Mehrheit der Mitglieder des Stiftungsrates dabei an die im Sideletter vom Jänner 2020 festgehaltene Vereinbarung der Regierungsparteien hielt und somit die Weisungsfreiheit bzw. die Unabhängigkeitsverpflichtung gem. § 19 Abs. 2 ORF-G verletzte, wird die zeugenschaftliche Einvernahme von

- Vizekanzler, Bundesminister Mag. Werner Kogler,
p.A. Bundesministerium für Kunst, Kultur, öffentlichen Dienst und Sport
Büro des BM, Radetzkystraße 2, 1030 Wien
- Sebastian Kurz,
p.A. ÖVP (Österreichische Volkspartei) – Bundespartei, Lichtenfelsgasse 7, 1010 Wien
- Lothar Lockl, Stiftungsrat
p.A. ORF, Hugo-Portisch-Gasse 1, 1136 Wien
- Thomas Zach, Stiftungsrat
p.A. ORF, Hugo-Portisch-Gasse 1, 1136 Wien

beantragt.

Die Beweisaufnahme ist gemäß Art. 47 GRC geboten, weil das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf nicht dadurch eingeschränkt werden darf, dass der Rechtsschutzsuchende in unverhältnismäßiger Weise beschränkt wird. Eine derartige Beschränkung liegt aber vor, wenn eine Sachentscheidung verweigert wird, indem auf ein unzureichendes Vorbringen verwiesen oder eine erforderliche Beweisaufnahme unterlassen wird.

Weiters wird

beantragt,

den angefochtenen Bescheid aufzuheben und fest zu stellen, dass die belangte Behörde gesetzwidrig keine inhaltlichen Entscheidung getroffen hat.

3.4. Antrag auf inhaltliche Entscheidung

Darüber hinaus wird eine inhaltliche Entscheidung in der Sache gemäß § 28 VwGVG

beantragt,

nämlich, dass durch den Stiftungsratsbeschluss am 19.5.2022, mit dem der Stiftungsratsvorsitzende gewählt wurde, Bestimmungen des ORF-G verletzt wurden,

weil

1. an der Beschlussfassung rechtswidrig bestellte Mitglieder zum Stiftungsrat teilgenommen haben,
2. an der Beschlussfassung Mitglieder zum Stiftungsrat teilgenommen haben die den Unvereinbarkeitsbestimmungen des § 20 Abs. 3 nicht genügen und
3. bei der Beschlussfassung die Unabhängigkeitsverpflichtung gem. § 19 Abs. 2 ORF-G verletzt wurde.

Zum inhaltlichen Vorbringen in der Sache wird auch auf die Popularbeschwerde vom 8.6.2022 verwiesen.

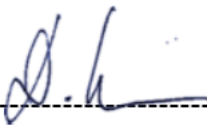
V. ANTRÄGE:

Es werden daher folgende Anträge gestellt:

1. eine Mündliche Verhandlung anzuberaumen,
2. den angefochtenen Bescheid aufzuheben,
3. festzustellen, dass die belangte Behörde zur inhaltlichen Entscheidung zuständig war und
4. den in der Beschwerde gestellten Anträgen statt zu geben.

IN EVENTU

1. Den angefochtenen Bescheid aufzuheben,
2. festzustellen, dass die belangte Behörde zur inhaltlichen Entscheidung zuständig war und
3. die Angelegenheit zur Erlassung eines erneuten Bescheides an die belangte Behörde zurück zu verweisen.



Dr.ⁱⁿ Daniela Kraus

Generalsekretärin Presseclub Concordia



Mag. Walter Strobl