

I. Gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 05.03.2024, W271 2266166-1/10E und W271 2266361-1/10E LVwG-451-7/2018-R1, zugestellt am 11.03.2024, wird fristgerecht

Beschwerde

gemäß Art 144 Abs 1 B-VG wegen Verletzung in verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten und wegen Verletzung in ihren Rechten durch Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes erhoben.

Das zur Gänze angefochtene Erkenntnis verletzt die Beschwerdeführer in ihrem

- a) durch Art 83 Abs 2 B-VG gewährleisteten Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter bzw. durch das rechtsstaatliche Prinzip gewährleisteten Recht auf Rechtsschutz,
- b) durch Art 7 B-VG gewährleisteten Recht auf Gleichheit,
- c) durch Art 47 iVm Art 11 Charta der Grundrechte der Europäischen Union gewährleisteten Recht auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf einen wirksamen Rechtsbehelf sowie auf Informationsfreiheit.

Weiters werden die Beschwerdeführer durch Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes in ihren Rechten verletzt.

II. ZULÄSSIGKEIT DER BESCHWERDE:

Das angefochtene Erkenntnis wurde am 11.03.2024 zugestellt, die Beschwerde ist somit rechtzeitig.

Zur Legitimation: Der Verfassungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung B303/75 vom 13.12.1975 festgestellt, dass es nicht ausgeschlossen ist, dass die Beschwerdeführer einer Populärbeschwerde gem. § 27 Abs 1 Z 1 lit. b Rundfunkgesetz 1974 (nunmehr § 36 Abs 1 Z 1 lit. b ORF-G) durch einen abschlägigen Bescheid der Rundfunkkommission (in zweiter Instanz ist nunmehr das Bundesverwaltungsgericht zuständig) in irgendeinem subjektiven öffentlichen Recht verletzt worden und daher legitimiert sind, gegen einen solchen abschlägigen Bescheid gemäß Art 144 B-VG beim VfGH Beschwerde zu führen.

III. SACHVERHALT:

Mit Populärbeschwerde gemäß § 36 Abs 1 Z 1 lit. b ORF-G vom 8.6.2022 haben die Beschwerdeführer bei der KommAustria Verletzungen des ORF-G moniert und 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 und darüber hinaus auch die Einladung zur Erstattung von Vorschlägen für die Bestellung von Mitgliedern des Publikumsrates des Österreichischen Rundfunks gemäß § 28 Abs 4 ORF-G nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprochen hat,

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 durch den Publikumsrat 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.

Beweis: Beschwerde vom 08.06.2022

Mit Bescheid vom 15.12.2022 hat die belangte Behörde die Beschwerde zurückgewiesen und dies hinsichtlich der einzelnen Beschwerdepunkte jeweils gesondert begründet.

1. Das Feststellungsbegehren, dass durch die Bestellung der Publikumsratsmitglieder am 27.04.2022 durch die Bundesministerin für Frauen, Familie, Integration und Medien, Drⁱⁿ Susanne Raab, Bestimmungen des ORF-G verletzt wurden, wurde gemäß § 35 Abs 1 und § 36 iVm § 28 Abs 4 bis 6 ORF-G wegen Unzuständigkeit zurückgewiesen, da § 35 Abs 1 ORF-G keiner Auslegung zugänglich sei, die für die KommAustria Aufsichtsbefugnisse begründe, die über die Prüfung der Tätigkeiten des ORF und seiner Tochtergesellschaften hinausgehe. Die Prüfung der Einhaltung einer an einen anderen Rechtsträger als den ORF und seiner Tochtergesellschaften gerichteten Anordnung des ORF-G falle nicht in den Zuständigkeitsbereich der KommAustria. Darüber hinaus stünden der rechtlichen Kontrolle von Entscheidungen der Bundesministerin für Frauen, Familie, Integration und Medien auch verfassungsgesetzliche Erwägungen entgegen, da es an einer verfassungsgesetzlichen Ermächtigung der KommAustria, eine rechtliche Kontrolle über Entscheidungen oberster Organe der Vollziehung im Sinne des Art 19 B-VG auszuüben mangle.

Im Übrigen wurde die Beschwerde 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:

2. Das Feststellungsbegehren, dass durch den Publikumsratsbeschluss vom 5.5.2020, mit dem sechs Mitglieder zum Stiftungsrat bestellt wurden, Bestimmungen des ORF-G verletzt wurden, wurde als unzulässig zurückgewiesen, da die KommAustria damit wiederum mittelbar über das Handeln oberster Organe abzusprechen hätte, was ihr aber (aus obigen Gründen) verwehrt sei. Sie würde damit eine materielle Prüfung in einem Bereich vornehmen, der ihrer Kognitionsbefugnis aus verfassungsrechtlichen Gründen entzogen sei.

3. Das Feststellungsbegehren, 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 durch den Publikumsrat bestellte Mitglieder zum Stiftungsrat teilgenommen haben, wurde als unzulässig zurückgewiesen,

da die KommAustria auch damit mittelbar über das Handeln oberster Organe abzusprechen hätte, was ihr aber (aus obigen Gründen) verwehrt sei und sie damit eine materielle Prüfung in einem Bereich vornehmen würde, der ihrer Kognitionsbefugnis aus verfassungsrechtlichen Gründen entzogen sei,

3.2. an der Beschlussfassung Mitglieder zum Stiftungsrat teilgenommen haben, die den Unvereinbarkeitsbestimmungen des § 20 Abs 3 nicht genügen, wurde als unzulässig zurückgewiesen,

da die KommAustria auch hier mittelbar über das Handeln oberster Organe abzusprechen hätte, was ihr aber (aus obigen Gründen) verwehrt sei und sie damit eine materielle Prüfung in einem Bereich vornehmen würde, der ihrer Kognitionsbefugnis aus verfassungsrechtlichen Gründen entzogen sei,

3.3. bei der Beschlussfassung die Unabhängigkeitsverpflichtung gem. § 19 Abs 2 ORF-G verletzt wurde, wurde als unzulässig zurückgewiesen,

da lediglich eine konkrete Anordnung an einzelne Mitglieder des Stiftungsrates durch Dritte, mit der die Adressaten zu einem Tun oder Unterlassen

aufgefordert werden, eine Verletzung der Unabhängigkeit darstellen könne, und es diesbezüglich an einem konkreten Tatsachensubstrat mangle.

Beweis: Bescheid der belangten Behörde vom 15.12.2022

Gegen diese Entscheidung haben die Beschwerdeführer am 17.01.2023 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben und den Bescheid wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts zur Gänze bekämpft. In der Beschwerde haben sie auch die Durchführung einer mündlichen Beschwerdeverhandlung und die Einvernahme von 4 namentlich angeführten Zeugen beantragt.

Beweis: Beschwerde vom 17.01.2023

Nach Einräumung des Parteiengehörs haben die Beschwerdeführer am 30.11.2023 zu Äußerungen der KommAustria und des ORF Stellung genommen. In dieser Stellungnahme habe die Beschwerdeführer auch Bezug auf die Entscheidung des VfGH vom 05.10.2023, G 215/2022, genommen und begründet, warum diese Entscheidung ihre Rechtsansicht bestätigt.

Beweis: Stellungnahme vom 30.11.2023

Mit dem angefochtenen Erkenntnis vom 05.03.2024 hat das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Dagegen richtet sich die eingebrachte Beschwerde.

IV. BEGRÜNDUNG:

Öffentlich-rechtlicher Rundfunk ist ein Rundfunk der Gesellschaft: Er ist für die Allgemeinheit eingerichtet, von der Allgemeinheit finanziert und von der Allgemeinheit

kontrolliert.¹ Deshalb ist der ORF als Stiftung des öffentlichen Rechts eingerichtet.² Begünstigt ist die Allgemeinheit.³ Stiftungszweck ist die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrages⁴, der in seiner öffentlichen Aufgabe⁵ verfassungsgesetzlich grundgelegt ist.⁶ Dabei hat das Interesse der Öffentlichkeit die Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen zu leiten.⁷

Die Aufsichtsgremien des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sollen die Gesellschaft in ihrer ganzen Vielfalt repräsentieren.⁸ 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 soll dies durch die Nominierung in Form von Dreivorschlägen repräsentativer Einrichtungen gewährleistet werden⁹. Für die Mitglieder des Stiftungsrates ist ein beschränktes Anforderungsprofil in § 20 Abs 1 und 2 ORF-G vorgesehen. Dazu kommen bei Publikumsrat¹⁰ und Stiftungsrat¹¹ jeweils Unvereinbarkeitsbestimmungen.

Zum anderen soll die Pluralität durch die Diversität jener Einrichtungen, die die einzelnen Mitglieder dieser Gremien bestellen, erreicht werden.¹² Die Bestellung kommt dabei ganz unterschiedlichen Rechtsträgern zu, manche von ihnen sind formell Teil der Verwaltung, andere nicht. Der Binnenpluralismus soll neben Weisungsfreiheit und Unabhängigkeitsverpflichtungen¹³ sicherstellen, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk als Instrument der Meinungsbildung weder dem Staat noch einer

¹ Vgl. *Pöschl, Magdalena*, Meinungsvielfalt im öffentlich-rechtlichen Rundfunk, in *Berka, Grabenwarter, Holoubek, (Hrsg.)*, Meinungsvielfalt im Rundfunk und in den Online Medien, 47mwN; *Holoubek/Kassai/Trainer*, Grundzüge des Rechts der Massenmedien⁴ (2010), 81.

² § 1 Abs 1 ORF-G.

³ RV 634, XXI. GP, 30; vgl. *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetze⁴ (2018), 6f.

⁴ § 1 Abs 2 ORF-G.

⁵ Art I Abs 3 BVG-Rundfunk, BGBl 396/1974.

⁶ Vgl. *Mayer, Heinz*, Der Rundfunk als öffentliche Aufgabe, in *Berka/Grabenwarter/Holoubek (Hrsg.)*, Public Value im Rundfunkrecht (2010), 54.

⁷ *Lehofer, Hans-Peter*, Aufwachen, Anrufen!, in *derFreiRaum (Hrsg.)*, Der Auftrag, 18.

⁸ Vgl. *Pöschl (FN 1)*, 58.

⁹ § 28 Abs 4 ff ORF-G.

¹⁰ § 28 Abs 2 ORF-G.

¹¹ § 20 Abs 3 ORF-G.

¹² Für den Publikumsrat: § 28 Abs 3 ff ORF-G, für den Stiftungsrat: § 20 Abs 1 ORF-G.

¹³ § 19 Abs 2 ORF-G

gesellschaftlichen Gruppierung ausgeliefert wird.¹⁴ Die Diversität der bestellenden Kräfte und die persönlichen Bestellungs voraussetzungen sind als wesentliches einfachgesetzliches Element für die Sicherstellung der verfassungsgesetzlich geforderten Unabhängigkeit des ORF¹⁵ vorgesehen. Die Möglichkeit zur Überprüfung der Bestellungs voraussetzungen und der Bestellvorgänge sichert deren Einhaltung und damit ebenfalls die Unabhängigkeit des ORF.

Die belangte Behörde vertritt in ihrem Bescheid vom 15.12.2022 die Rechtsauffassung, dass sie für eine Überprüfung von Handlungen, die durch vom ORF verschiedene Organe gesetzt werden, insbesondere für die Bestellung von Gremienmitgliedern durch oberste Staatsorgane 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 Bundesverwaltungsgerichts vom 18.12.2014, W194 2008697-1/3E, das ohne nähere Begründung in dem Wortlaut von § 35 Abs 1 ORF-G eine solche Unzuständigkeit erkennt.¹⁶ Diese Rechtsauffassung ist, wie zu zeigen sein wird, weder durch die einfachgesetzlichen Bestimmungen des ORF-G gedeckt, noch mit den verfassungsgesetzlichen Vorgaben vereinbar. Ebenso wenig vermag die zur Begründung herangezogene Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes, die im Wesentlichen mit den gleichen Argumenten operiert, zu überzeugen.

Der Verfassungsgerichtshof verweist in seiner Entscheidung vom 5.10.2023, G 215/2022 auf eine fehlende Kognitionsbefugnis für die Bestellung von Gremienmitgliedern durch die Bundesregierung oder die Länder (RZ 74 und RZ 97). Dazu verweist er in RZ 74 auf diese in *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetz⁴ (2018), 332, vertretene, aber nicht näher begründete Ansicht. Der VfGH hat sich in seinem Erkenntnis aber erkennbar nicht mit dem dahinter liegenden verfassungsrechtlichen Spannungsfeld auseinander gesetzt und keinerlei Erwägungen zu dieser Problematik angestellt. Darüber hinaus war die Kognitionsbefugnis der

¹⁴ Vgl. VfGH 5.10.2023 215/2022, RZ 66; Vgl. *Pöschl* (FN 8), 58.

¹⁵ Bundesverfassungsgesetz vom 10.7.1974 über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks, BGBl 396/1974.

¹⁶ BVwG vom 18.12.2014, W194 2008697-1/3E.

KommAustria in diesem Verfahren auch nicht Gegenstand der (durch den Anfechtungsumfang determinierten) Prüfung. Daher ist diese Frage als vom VfGH nicht abschließend beantwortet zu sehen.

IV.1. Bestellung von Mitgliedern zum Publikumsrat durch die Bundesministerin am 27.4.2022

IV.1.1. Einfachgesetzliche Erwägungen

Die Zuständigkeit der KommAustria für die Kontrolle der Bestellung von Mitgliedern des Publikumsrates durch die Bundesministerin ist zunächst nach den einfachgesetzlichen Bestimmungen des ORF-G zu beurteilen. 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. Ist ein Gesetz hingegen eindeutig, kann und darf es nicht verfassungskonform interpretiert werden, auch wenn dieser eindeutige Sinn der Verfassung widerspricht.¹⁷ 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 Bestimmung, nämlich § 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*

¹⁷ Vgl. Berka, Walter, Verfassungsrecht² (2008), 23, RZ 94 zu VfSlg, 11.036/1986.

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 Auslegung, die eine Kognitionsbefugnis der KommAustria über Handlungen anderer Einrichtungen ausschließt, keinen Raum.

Dies wird auch durch höchstgerichtliche Judikatur bestätigt. Wie der VfGH zu den im Wesentlichen gleich lautenden Vorgängerbestimmungen des Rundfunkgesetzes (RFG) festgestellt hat¹⁸, ergibt sich aus § 36 Abs 1 und aus § 37 Abs 1 ORF-G, dass im Rahmen der Rechtsaufsicht jede Verletzung des ORF-G wahrzunehmen ist.¹⁹

Somit besteht eine eindeutige Zuständigkeit der KommAustria auch für ORF-fremde Handlungen.

Die KommAustria versuchte im bekämpften Bescheid aus § 2 Abs 1 Z 9 KOG 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 verkennt in ihrer Argumentation aber, dass es sich dabei lediglich um eine deklarative und nicht um eine abschließende Aufzählung handelt, wie sich aus dem Begriff

¹⁸ VfGH vom 22.6.1978, B 111/78 unter III.3.b).

¹⁹ § 36 Abs 1 ORF-G entspricht § 27 Abs 1 RFG, § 37 Abs 1 ORF-G entspricht § 29 Abs 1 RFG.

„insbesondere“ ergibt. Auch aus dem KOG lässt sich daher keine Einschränkung der Kognitionsbefugnis der KommAustria ableiten.

Darüber hinaus 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. [...]“*

In ihrer Interpretation des § 35 Abs 1 ORF-G setzt die KommAustria offenbar 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.

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.)

§ 35 ORF-G dient also der Beschränkung der Aufsicht des Bundes (über den ORF), der diese Aufsicht nur durch die KommAustria ausüben darf. Ob der KommAustria weitere Zuständigkeiten für Handlungen von ORF-fremden Entitäten zukommen oder nicht ist § 35 ORF-G nicht zu entnehmen. Er sagt darüber schlicht nichts aus.

Eine historische Betrachtung bestätigt, dass § 35 ORF-G die staatliche Aufsicht (des Bundes) über den ORF beschränken soll (nicht jedoch die Aufsicht der

Regulierungsbehörde über die Einhaltung des ORF-G). Die Regelung wurde mit dem Rundfunkgesetz 1974 eingeführt.²⁰ Im Zuge dieser Reform wurde vor allem die Unabhängigkeit des ORF gestärkt.²¹ Nicht nur durch das BVG-Rundfunk²², sondern auch durch zahlreiche einfachgesetzliche Verbesserungen. Bis dahin war der ORF als GmbH organisiert²³, und der Bund hatte als Gesellschafter vielfältige Einflussmöglichkeiten.²⁴ Mit dem Rundfunkgesetz 1974 wurde 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.²⁵ Damit wurde die bis dahin existierende Staatsaufsicht über den ORF abgeschafft und durch eine Rechtsaufsicht eines richterlichen Kollegialorgans ersetzt:²⁶ 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.“²⁷

Aufgabe dieser Beschwerdekommision war es, ganz grundsätzlich die Einhaltung der Bestimmungen des Rundfunkgesetzes zu überwachen.²⁸ Von einer Beschränkung der Kognitionsbefugnis der Beschwerdekommision auf ORF-interne Handlungen ist auch hier nirgends die Rede.

²⁰ 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“*.

²¹ AB 1264, XIII. GP, 1.

²² AB 1265, XIII. GP.

²³ § 1 ORF-G 1966.

²⁴ §§ 6 und 7 ORF-G 1966.

²⁵ AB 1264, XIII. GP, 1.

²⁶ *Blecha, Karl*, Nationalrat XIII. GP, 111. Sitzung (9. Juli 1974), 10887.

²⁷ *Blecha, Karl*, Nationalrat XIII. GP, 111. Sitzung (9. Juli 1974), 10886.

²⁸ AB 1264, XIII. GP, 1; *Scheibengraf*, Nationalrat XIII. GP, 111. Sitzung (9. Juli 1974), 10871.

Bemerkenswert ist aber, dass erstmals in § 25 Abs 1 Rundfunkgesetz 1974, BGBl 1974/397 der noch heutige gültige Wortlaut für die „Aufsicht des Bundes über den Österreichischen Rundfunk“ verwendet wird. Die Bestimmung blieb nach der Wiederverlautbarung durch BGBl 1984/379 unverändert bis 31.03.2001 in Kraft. Danach oblag die Rechtsaufsicht dem Bundeskommunikationssenat und ab 01.10.2010 der Regulierungsbehörde. § 35 Abs 1 1.Satz ORF-G idgF ist wortident mit § 25 Abs 1 Rundfunkgesetz 1974:

„Die Aufsicht des Bundes über den Österreichischen Rundfunk beschränkt sich auf eine Aufsicht nach Maßgabe dieses Bundesgesetzes, unbeschadet der Prüfung durch den Rechnungshof.“

Es überzeugt daher nicht, wenn die belangte Behörde und das Bundesverwaltungsgericht § 35 Abs 1 ORF-G einschränkend auslegen und von ihrer beschränkten Prüfungsbefugnis ausgehen. Die in den vergangenen 50 Jahren eingetretenen Veränderungen im Medienbereich können nicht unberücksichtigt bleiben. Somit ist einerseits von einer Stärkung der Unabhängigkeit des Österreichischen Rundfunks auszugehen, was andererseits zu einer Beschränkung des politischen Einflusses auf den Österreichischen Rundfunk und damit einhergehend einer notwendigen Kontrolle über weiterhin gegebene Entscheidungsbefugnisse oberster Organe der Vollziehung, die in einem Spanungsverhältnis mit der verfassungsgesetzlich abgesicherten Unabhängigkeit stehen, führt. Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass Entscheidungen, die keiner Kontrolle unterliegen, missbrauchs anfälliger sind und somit die Unabhängigkeit des Österreichischen Rundfunks gefährden.

Daher ist nochmals darauf hinzuweisen, dass gemäß § 36 Abs 1 ORF-G, der die Rechtsaufsicht regelt, die Regulierungsbehörde über die Verletzung von Bestimmungen dieses Bundesgesetzes entscheidet. Eine Einschränkung oder gar ausdrückliche Ausnahme, dass § 28 Abs 4 ORF-G keine der Rechtsaufsicht unterliegende Bestimmung dieses Bundesgesetzes sei, ist weder § 36 Abs 1 ORF-G noch in irgendeiner anderen Bestimmung dieses Bundesgesetzes zu entnehmen.

Schließlich stützt auch eine systematische Betrachtung der einschlägigen Bestimmungen die Rechtsansicht der Beschwerdeführer. In den Blick zu nehmen sind dabei die Regeln der persönlichen Voraussetzungen für Publikumsräte²⁹ und Stiftungsräte³⁰ sowie die Regeln für die jeweiligen Bestellvorgänge in einer Zusammenschau mit den Regeln über die Rechtsaufsicht³¹. 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 derartige Absicht kann dem Gesetzgeber nicht ernsthaft unterstellt werden.

Auch ein weiteres Argument stützt diese Überlegungen. Wäre die Kognitionsbefugnis der KommAustria für Handlungen ORF-fremder Institutionen durch das ORF-G eindeutig ausgeschlossen, hätte das zur Folge, dass auch die Bestellungen von Publikumsräten nach § 28 Abs 3 ORF-G (etwa durch Kammern, Kirchen, durch die Rechtsträger der staatsbürgerlichen Bildungsarbeit im Bereich der politischen Parteien oder durch die Akademie der Wissenschaft) nicht überprüfbar wären. Damit würde dem Gesetz ein verfassungswidriger Inhalt unterstellt: auf verfassungsrechtlicher Ebene gibt es nämlich mehrere Argumente, vor allem die der Rundfunkfreiheit entspringende Unabhängigkeitsgarantie, die für eine Überprüfbarkeit dieser Bestellungen sprechen, jedoch keine, die dagegen sprechen. Die verfassungsrechtlichen Bedenken der KommAustria beziehen sich nämlich

²⁹ § 28 Abs 2 und 4 ff ORF-G.

³⁰ § 20 Abs 1 und 3 ORF-G.

³¹ § 35 und 36 ORF-G.

ausschließlich auf die Überprüfbarkeit von Akten oberster Verwaltungsorgane (siehe dazu unter 1.2.).

Die Ansicht, dass sich aus § 35 ORF-G eine eindeutige Beschränkung der Kognitionsbefugnis der KommAustria auf ORF-eigene Handlungen ergebe, ist aus diesen Gründen nicht vertretbar. Vielmehr ist, wie dargelegt, nach dem Wortsinn der einschlägigen Bestimmungen die Zuständigkeit der KommAustria für die 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 Bundesministerin 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, ist der Blick auf verfassungsrechtliche Argumente zu richten.

IV.1.2. Verfassungsgesetzliche Erwägungen

Die KommAustria führt in dem bekämpften Bescheid zur Begründung ihrer mangelnden Kognitionsbefugnis auch verfassungsgesetzliche Erwägungen an. Ohne ausdrückliche verfassungsgesetzliche Grundlage seien Verwaltungsbehörden nicht zur nachprüfenden Kontrolle von Entscheidungen eines obersten Organs der Verwaltung berufen. Dabei beruft sich die KommAustria auf Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes (VfGH)³². 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

³² VfSlg 15.578/199 und VfSlg 13.626/1993.

nur die Prüfung der Voraussetzungen von Handlungen, die dem ORF selbst zuzurechnen sind, nämlich der Willensbildung des Publikumsrates, also eines für die Funktion eines der 3 Organe des ORF entscheidenden Vorgangs.

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 15.578/1999 war die Aufhebung der überprüften Entscheidung im Falle ihrer Rechtswidrigkeit zwingend gemeinschaftsrechtlich vorgegeben.³³ In VfSlg 13.626/1993 war die Verwaltungsbehörde nach den Bestimmungen des Datenschutzgesetzes verpflichtet, mit den ihr zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln, unverzüglich den der Rechtsanschauung der Datenschutzkommission entsprechenden Zustand herzustellen.³⁴ Diese Argumente treffen im gegenständlichen Fall gerade nicht zu. 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 gemäß Abs 2 leg.cit. 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.³⁵

Das gegenständliche Verfahren unterscheidet sich weiters dadurch von den von der belangten Behörde und dem Bundesverwaltungsgericht angeführten Fällen (VfSlg. 15.578 und 13.626), dass kein rechtsstaatliche und die Grundsätze des AVG beachtendes Verfahren durchgeführt wurde. Die Bestellung von Mitgliedern des

³³ VfSlg 15.578/199, 6.

³⁴ VfSlg 13.626/1993, 5.

³⁵ Twaroch/Buchner, Rundfunkrecht in Österreich⁵ (2000), 220.

Publikumsrates erfolgt weitgehend verfahrensfrei und intransparent, sie bedarf auch keiner Begründung. Weder gibt es ein Ermittlungsverfahren gemäß §§ 37 und 45 AVG noch eine Begründung gemäß § 60 AVG. Somit ist aber auch zweifelhaft, ob es sich überhaupt um eine „Entscheidung“ iSd Judikatur des VfGH handelt. Auch in VfSlg 13.626 wurde darauf hingewiesen, dass insbesondere in der Möglichkeit der Durchsetzung ihrer Rechtsanschauung eine Überordnung der Datenschutzkommission gegenüber jenen Stellen, gegen deren Verhalten die Datenschutzkommission mit einer Beschwerde iS des §14 Abs1 DSG angerufen wird, liege. Eine Überordnung im Sinne einer Rechtsverbindlichkeit liegt somit in Fällen des § 36 Abs 1 ORF-G auch nicht vor.

In der gegenständlichen Popularbeschwerde wurde eine Aufhebung der Bestellung durch die Bundesministerin auch gar nicht beantragt, sondern lediglich die Feststellung der Rechtswidrigkeit.

Der unzulässigen Überordnung einer kollegialen Verwaltungsbehörde mit richterlichem Einschlag über ein oberstes Organ der Vollziehung kommt es nach der Rechtsprechung des VfGH gleich, wenn eine kollegiale Verwaltungsbehörde mit richterlichem Einschlag mit der Konsequenz ausgestattet ist, Entscheidungen oberster Organe nachprüfend zu kontrollieren und sie im Fall ihrer Rechtswidrigkeit zu beheben (VfSlg 15.578/1999). Notwendiges Merkmal einer unzulässigen Überordnung ist somit die Möglichkeit zur Behebung einer Entscheidung. Dass die KommAustria die Bestellung zu Mitgliedern des Publikumsrates gemäß § 28 Abs 6 ORF-G aufheben kann, ist weder in § 36 ORF-G noch in § 37 ORF-G vorgesehen. Die Feststellung der Verletzung von Bestimmungen des ORF-G durch eine Entscheidung der KommAustria aufgrund einer Beschwerde gemäß § 36 Abs 1 ORF-G, ohne dass damit die Aufhebung des geprüften Verwaltungsaktes verbunden wird, ist daher keine unzulässige Überordnung eines obersten Organs durch eine kollegiale Verwaltungsbehörde mit richterlichem Einschlag.

Es handelt sich daher bei der Frage der 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 im Rahmen von § 28 Abs 4 - 6 in funktionaler Hinsicht überhaupt als oberstes Verwaltungsorgan handelt, oder ob sie in diesem speziellen Fall nicht bloß als eine Art Treuhänderin der Allgemeinheit³⁶ fungiert und neben anderen Einrichtungen wie den Kammern, den Kirchen oder der Akademie der Wissenschaften³⁷ in einer Handlung sui generis Publikumsräte bestimmt. Sieht man in diesem Bestellungsakt kein funktionales Handeln als oberstes Verwaltungsorgan, stellt die Kognitionsbefugnis der KommAustria kein verfassungsrechtliches Problem dar.

Kommt man aber zu der Ansicht, dass es hier tatsächlich um die 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 2008³⁸ 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 B-VG. Darüber hinaus könnte man im Rahmen der Bestellungen von Gremienmitgliedern durch oberste Organe der Vollziehung die KommAustria auch als Behörde im Sinne des Art 20 Abs 2 Z 2 B-VG sehen, die zur „Kontrolle der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung“ berufen ist. Von dieser Kontrolle sind auch oberste Organe der Verwaltung nicht ausgenommen.

³⁶ Vgl. *Lehofer* (FN 7), 17f.

³⁷ § 28 Abs 3 ORF-G.

³⁸ BGBl. I 2008/2.

Die der KommAustria verfassungsrechtlich übertragene Aufgabe der „Aufsicht und Regulierung elektronischer Medien“ kann mit Blick auf § 36 Abs 1 ORF-G nur dann wahrgenommen werden, wenn sie über alle Verletzungen von Bestimmungen dieses Bundesgesetzes entscheiden kann. Gerade wenn es um Fragen der Unabhängigkeit des ORF geht, muss eine umfassende Kontrollbefugnis bestehen. Die KommAustria hat nicht zuletzt durch die ihr in §§ 6ff (Auftragsvorprüfung), § 7 Abs 1 (Erhalt des Jahresberichts), § 31 Abs 9 (Mitwirkung an der Festlegung des Programmertgelts) und § 40 Abs 4 ORF-G (Möglichkeit der Prüfungskommission spezifische Prüfungsaufträge zu erteilen) eingeräumten Befugnisse eine für den ORF maßgebliche Bedeutung. Sie ist auch die Wahrerin der Unabhängigkeit des ORF und daher gemäß § 36 Abs 1 ORF-G zuständig, über jede die Unabhängigkeit des ORF betreffende Verletzung des ORF-G zu entscheiden.

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 Zuständigkeitsregeln ein mit der Verfassung vereinbarer Sinn zuzumessen.³⁹ 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. Die Unabhängigkeitsgarantie schützt vor unzulässiger Einflussnahme durch den Staat oder

³⁹ *Raschauer, Bernhard*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ (2021), 248.

durch gesellschaftliche Gruppen.⁴⁰ Die Unabhängigkeit hängt dabei letztlich nicht „von den verschiedenen Nominalregelungen ab, daß der Rundfunk frei und unabhängig ist, die Organe an keine Weisungen gebunden sind, sondern davon, ob [...] die Struktur des Rundfunks so beschaffen ist, daß die Einflussnahme des Staates [...] auf ein Minimum eingeschränkt ist.“⁴¹ Und, der Gesetzgeber hat die Unabhängigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu gewährleisten.⁴² Das bedeutet, dass nicht erst die tatsächliche Einflussnahme, sondern schon die bloße Möglichkeit zur unzulässigen Einflussnahme mit der Unabhängigkeitsgarantie nicht in Einklang zu bringen ist.⁴³

Nun birgt jeder Bestellvorgang Loyalitätsbindungen und die Gefahr von Abhängigkeiten in sich⁴⁴ und schon die bloße Bestimmung zu einem Amt ist potenziell geeignet, Unabhängigkeit zu beeinträchtigen.⁴⁵ „Das kann zu einer Entsendung von [...] genehmen Personen führen, die, um auch in der nächsten Amtsperiode bedacht zu werden, ihr Verhalten an diesem Gesichtspunkt ausrichten.“⁴⁶ Dem kann einerseits durch eine Diversifizierung der bestellenden Entitäten begegnet werden.⁴⁷ Andererseits durch persönliche Anforderungen an die Gremienmitglieder, was auch der VfGH in seiner Entscheidung vom 5.10.2023 ausgesprochen hat. Er erblickt in verschiedenen Regeln des ORF-G, z.B. in den Bestimmungen über Unvereinbarkeiten, über Eignung und Kenntnisse von Stiftungsräten⁴⁸ sowie über das

⁴⁰ Vgl. VfGH 5.10.2023 215/2022, RZ 66; vgl. *Berka, Walter*, Rundfunkmonopol auf dem Prüfstand (1988), 28; vgl. *Mitter, Herwig*, Freie und Vielfältige Massenmedien (Dissertation 2021), 239; *Wittmann, Heinz*, Rundfunkfreiheit (1981), 46 spricht vom „Verbot an den Gesetzgeber, irgend einem Außenstehenden (Partei, Gruppe, Verband, Privater) eine rechtlich institutionalisierte Einflussmöglichkeit auf die Erfüllung der Programmaufgabe durch die [Gremienmitglieder] zu eröffnen.“ Der EGMR (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte) hat im Fall *Manole ua* (EGMR 17.9.2009) in RZ 102 festgehalten, dass die Mitgliedsstaaten die Unabhängigkeit von öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstaltern gegenüber politischen und wirtschaftlichen Einflüssen zu garantieren haben.

⁴¹ *Ermacora, Felix*, Verfassungsrechtliche Probleme der Rundfunkreform, in *Berichte und Informationen* 1974, H 1448/49, 5.

⁴² Art I Abs 2 BVG-Rundfunk, BGBl 396/1974.

⁴³ Vgl. *Ermacora* (FN 41), 6.

⁴⁴ *Holoubek, Michael*, Rundfunkgesetz wohin? (1995), 41, konstatiert „faktisch aufgrund des Bestellungsmodus bestehenden Loyalitätsbindungen“. *Berka* (FN 40), 11, hält fest, dass die „förmliche Weisungsfreiheit der Rundfunkorgane [...] durch faktische Parteiloyalitäten überlagert“ wird.

⁴⁵ Vgl. *Winkler, Roland*, Die Unabhängigkeit der Medien in der Gesellschaft, in *Berka/Grabenwarter/Holoubek* (Hrsg.), *Unabhängigkeit der Medien* (2011), 46; vgl. *Strobl, Walter*, Der Wille der Politik ist Macht, in *Der Standard* (1.12.2022), 31.

⁴⁶ *Hahn, Caroline*, Die Aufsicht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks (2010), 172.

⁴⁷ *Mitter* (FN 40), 214.

⁴⁸ Vgl. VfGH 5.10.2023, G215/2022, RZ 80 und RZ 98.

Bestellungsverfahren für Publikumsräte⁴⁹, eine pluralismus- und unabhängigkeitsichernde Wirkung. Vor allem die Unvereinbarkeitsbestimmungen gewährleisten die persönliche Unabhängigkeit von Gremienmitgliedern gegenüber den sie bestellenden Organen. Wesentlich für die Unabhängigkeit des ORF ist dabei aber, „dass für den Stiftungsrat und seine Mitglieder die Unabhängigkeit [...] auch tatsächlich besteht.“⁵⁰

Wenn aber Unvereinbarkeiten oder Eignungen und Kenntnisse bei der Auswahl von Gremienmitgliedern nicht berücksichtigt werden, oder der Auswahlprozess nicht den gesetzlichen Vorgaben entspricht, und dies nicht überprüfbar ist, sind die genannten Bestimmungen praktisch bedeutungslos, und ihre unabhängigkeits- und pluralismussichernde Wirkung geht ins Leere. Eine fehlende Kontrolle würde der Bundesministerin die Möglichkeit eröffnen, eine willkürliche Auswahl von Publikumsräten, etwa nach Parteizugehörigkeit oder politischer Willfährigkeit, zu treffen, Bestellungsregeln und insbesondere Unvereinbarkeitsregeln zu missachten und dadurch unzulässigen Einfluss auf den ORF zu nehmen. Das BVG-Rundfunk⁵¹ und auch Art 10 der EMRK⁵² verpflichten den Gesetzgeber aber dazu, gesetzliche Regeln zu schaffen, die die Unabhängigkeit des ORF garantieren, und vor allem die Möglichkeit von politischem Einfluss verhindern. Gerade die Unabhängigkeit von – insbesondere, aber nicht nur – politischen Kräften ist maßgebliche Voraussetzung dafür, dass Medien im Allgemeinen und der öffentlich-rechtliche Rundfunk im Besonderen ihre Rolle als ‚vierte Gewalt‘ ausüben können.⁵³

Dazu kommt, dass öffentlich-rechtlicher Rundfunk ein Rundfunk der Gesellschaft ist⁵⁴ und die Gremienmitglieder daher die Allgemeinheit repräsentieren müssen.⁵⁵ Eine Repräsentation kann zum Teil durch parlamentarisch-demokratische Legitimation

⁴⁹ Vgl VfGH 5.10.2023, G215/2022, RZ 105ff.

⁵⁰ Vgl VfGH 5.10.2023, G215/2022, RZ 85; vgl VfSlg 10.948/1986; vgl *Berka* (FN 40), 24.

⁵¹ Bundesverfassungsgesetz vom 10.7.1974 über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks, BGBl 396/1974.

⁵² Europäische Menschenrechtskonvention, BGBl 210/1958

⁵³ Vgl. *Oswald, Stella*, Personelle und finanzielle Medientransparenz, in *Berka/Holoubek/Leitl-Staudinger* (Hrsg.), *Transparenz im Medienbereich* (2021), 12.

⁵⁴ Siehe dazu auch oben, IV., Seite 6.

⁵⁵ *Pöschl* (FN 1), 58.

erfolgen, also durch gesetzliche Vertretungskörper, allenfalls auch durch Organe der Vollziehung. Dem Grundsatz demokratischer Legitimation entspricht eine Bestellung durch Organe der Vollziehung aber nur dann, wenn die Auswahlentscheidung ausreichend gesetzlich determiniert und ihre Gesetzmäßigkeit auch überprüfbar ist.⁵⁶ Bei Gremienmitgliedern, die durch ein Vollziehungsorgan in einem Prozess bestellt werden, der nicht überprüfbar ist, herrscht demnach ein Mangel an demokratischer Legitimation. Es ist daher in Zweifel zu ziehen, dass solchermaßen bestellte Personen überhaupt Repräsentanten der Allgemeinheit im Sinne der Anforderungen an öffentlich-rechtlichen Rundfunk sein können.

Eine mangelnde Überprüfung von Bestellvorgängen kann auch nicht, wie von der KommAustria in Rede gestellt, durch eine politische Kontrolle nach Art 74 und 76 iVm 142 B-VG substituiert werden. Im Ergebnis würden dann politische Mehrheiten Vorgänge „kontrollieren“, die sie vorher, in Sidelettern⁵⁷, selbst vereinbart haben. Eine „politische Aufsicht“ wird daher den aus der Rundfunkfreiheit entspringenden Anforderungen nicht gerecht und ist ungeeignet, die Unabhängigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu gewährleisten. *„Denn es geht ja darum, die Demokratie auch und gerade gegen eine Regierung und gegen eine hinter ihr stehende Mehrheit abzusichern, die ihre Herrschaft perpetuieren will.“*⁵⁸

Zweitens gebietet das verfassungsrechtliche Rechtsschutzsystem als zentrale Säule des rechtsstaatlichen Prinzips, dass die Rechtmäßigkeit jedes Verwaltungshandelns überprüft werden kann. In einem Rechtsstaat darf es keine unüberprüfbaren Rechtsakte geben.⁵⁹ Der Rechtsstaat muss auch Rechtsschutzstaat sein und Normen aufweisen, die die Organe zur Vollziehung berufen, ihr Vorgehen regeln und die Einhaltung von Verfassung und Gesetzen durch entsprechende Einrichtungen sichern.⁶⁰ Eine Einschränkung im Einzelfall bedarf entweder gewichtiger öffentlicher

⁵⁶ vgl. *Kelsen, Hans*, Vom Wesen und Wert der Demokratie² (1929 – 2. Neudruck 1981, 75.

⁵⁷ Siehe dazu Popularbeschwerde vom 8.6.2022, Seite 12f.

⁵⁸ *Wiederin, Ewald*, Warum Meinungsfreiheit?, in *Grabenwarter/Holoubek/Leitl-Staudinger* (Hrsg.), Grundfragen der Medien und Kommunikationsfreiheit (2023), 9.

⁵⁹ Vgl. *Berka, Walter*, Verfassungsrecht² (2008), 48, RZ 194.

⁶⁰ Vgl. *Walter/Mayer*, Grundriss des österreichischen Verfassungsrechtes⁷ (1992), 70.

Interessen oder gewichtiger Interessen Dritter. 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. Verfassungsrechtliche Argumente, die gegen die Möglichkeit zur Überprüfung der Bestellung von Gremienmitgliedern gemäß § 28 Abs 3 ORF-G (z.B. durch die Kammern, die Kirchen oder die Akademie der Wissenschaft) sprechen, sind nicht ersichtlich. Wenn demgegenüber die Bestellung durch oberste Verwaltungsorgane nicht überprüfbar ist, kommt es im Ergebnis 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 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 [...]“*⁶¹ Die gegenteilige Ansicht von Kogler/Traimer/Truppe ist hingegen aus den dargelegten Gründen zu verneinen“.⁶²

⁶¹ Twaroch/Buchner, Rundfunkrecht in Österreich⁵ (2000), 220.

⁶² Kogler/Traimer/Truppe, Rundfunkgesetze⁴ (2018), 332.

IV.2. Bestellung von Stiftungsräten durch den Publikumsrat am 5.5.2022

Die Regeln für die Bestellung der Publikumsräte sollen allfällige Unvereinbarkeiten ausschließen und sicherstellen, dass die Allgemeinheit im Publikumsrat repräsentiert wird. Wenn aber Mitglieder, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen, und die daher gar nicht zu Publikumsräten bestellt werden dürfen, an Publikumsratsbeschlüssen mitwirken, ist dieser Akt mit dem Makel der Rechtswidrigkeit behaftet. Die betreffenden Mitglieder einfach nicht mit zu zählen, stellt keine sinnvolle Option dar. Auch die Anzahl der betreffenden Mitglieder und die Frage, ob das Stimmverhalten jedes einzelnen für das Ergebnis ausschlaggebend war, kann vernachlässigt werden. Es kommt nicht nur auf die arithmetische Kraft der einzelnen rechtswidrigen Stimme an, sondern überdies auf die Möglichkeit, Einfluss auf das Stimmverhalten der anderen, und des gesamten Kollegialorgans auszuüben.

Die Bestellung von sechs Mitgliedern zum Stiftungsrat durch den Publikumsrat gemäß § 20 Abs 1 Z 4 ORF-G ist daher in rechtswidriger Weise erfolgt.

Die belangte Behörde hat den Antrag mit der Begründung zurückgewiesen, 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 IV.1. zur Kognitionsbefugnis hinsichtlich der Bestellung von Publikumsräten zu verweisen.

Darüber hinaus handelt es sich hier aber um eine andere Konstellation, als bei der Frage der Bestellung der Publikumsräte durch die Bundesministerin. Geht es dort um die Beurteilung von Vorgaben für die Bestellung durch eine andere (vom ORF und seinen Tochtergesellschaften verschiedene) Einrichtung (der Bundesministerin), ist der Publikumsratsbeschluss eine Handlung, die dem ORF selbst zuzurechnen ist. Die in Frage stehende Handlung, die Willensbildung eines ORF-Organs, ist jedenfalls nicht mehr außerhalb der Sphäre des ORF angesiedelt, sondern in seinem Zentrum. Es geht dabei nicht mehr um die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Bestellvorgangs,

sondern um die Beurteilung der persönlichen Anforderungen an die Gremienmitglieder als Voraussetzung des rechtmäßigen Zustandekommens des Publikumsratsbeschlusses. § 28 Abs 2 ORF-G legt fest, dass Personen, die den Unabhängigkeitsanforderungen nicht gerecht werden, dem Publikumsrat nicht angehören dürfen. Darüber hinaus soll das Verfahren nach § 28 Abs 4 - 6 ORF-G gewährleisten, dass die einzelnen Publikumsräte die Allgemeinheit repräsentieren. Dass die Rechtswidrigkeit ihren ursprünglichen Ausgang in einer Handlung der Bundesministerin hat, kann nicht dazu führen, dass solchermaßen die verfassungsgesetzlich garantierte Unabhängigkeit des ORF ausgehöhlt wird.

Die Unzuständigkeit der KommAustria für eine so zentrale Unternehmensentscheidung, widerspricht allen Anforderungen, die an öffentlich-rechtlichen Rundfunk als zentrale Säule der Demokratie gestellt werden. Eine Bestimmung, die eine Überprüfung von Publikumsratsbeschlüssen der Kognitionsbefugnis der KommAustria entzieht, wäre verfassungswidrig, weil sie im Widerspruch zu Art 10 EMRK und dem BVG-Rundfunk steht.

IV.3. Beschlüsse des Stiftungsrats vom 19.5.2022

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

Die Bestellung von sechs Mitgliedern zum Stiftungsrat durch den Publikumsrat gemäß § 20 Abs 1 Z 4 soll sicherstellen, dass die Interessen der Hörer und Seher im Stiftungsrat vertreten sind. Eine rechtswidrige Bestellung kann das nicht gewährleisten. Stiftungsratsbeschlüsse an denen rechtswidrig vom Publikumsrat bestellte Stiftungsräte mitgewirkt haben, sind daher mit dem Makel der Rechtswidrigkeit behaftet. Arithmetische Überlegungen können auch hier außer Betracht bleiben.⁶³

⁶³ Siehe oben, IV.2. Seite 23f.

Die belangte Behörde hat auch diesen Antrag mit der Begründung zurückgewiesen, dass sie eine materielle Prüfung einer Angelegenheit durchführen müsste, in der ihr die Kognitionsbefugnis aufgrund verfassungsgesetzlicher Überlegungen entzogen sei.

Dazu ist grundsätzlich auf die Argumente unter IV.1. und IV.2. zu verweisen. Ergänzend ist anzumerken, dass in dieser Frage die Willensbildung des einflussreichsten ORF-Organs, des Stiftungsrates, betroffen ist. Wenn Stiftungsräte in rechtswidriger Weise durch den Publikumsrat bestellt wurden, dürfen sie an der Beschlussfassung des Stiftungsrates nicht teilnehmen. Überprüft wird also nicht, wie die KommAustria vermeint, die Rechtmäßigkeit des Bestellvorgangs durch die Bundesministerin, sondern das rechtmäßige Zustandekommen eines Stiftungsratsbeschlusses.

Die gegenständliche Handlung 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 der Voraussetzungen für die Beschlussfassung nicht zu vertreten ist.

IV.3.2. Beschlussfassung unter Verletzung der Unvereinbarkeitsbestimmungen gemäß § 20 Abs 3 ORF-G

Die Unvereinbarkeitsbestimmungen des ORF-G dienen insgesamt der Umsetzung der von Art 1 Abs 2 Satz 2 BVG-Rundfunk postulierten Unabhängigkeit, der mit der Veranstaltung von Rundfunk betreuten Personen und Organe.⁶⁴ § 20 Abs 3 enthält verschiedene Unvereinbarkeiten, die einen unzulässigen Einfluss auf Entscheidungen des Stiftungsrates verhindern und wesentlich zur Unabhängigkeit des ORF beitragen sollen. Personen, bei denen Unvereinbarkeiten vorliegen, dürfen nicht zu Stiftungsräten bestellt werden.

⁶⁴ Kogler/Traimer/Truppe, Rundfunkgesetze⁴ (2018), 240.

Mit [REDACTED] steht ein Mitglied des Stiftungsrates entgegen § 20 Abs 3 Z 4 ORF-G in einem Arbeits- oder Gesellschaftsverhältnis zu einem sonstigen Medienunternehmen.⁶⁵ [REDACTED] hätte nicht durch die Bundesregierung zum Stiftungsrat gemäß § 20 Abs 1 Z 3 ORF-G bestellt werden dürfen. Daher ist der gegenständliche Stiftungsratsbeschluss als rechtswidrig anzusehen.

Nimmt man die ratio legis von § 20 Abs 3 ORF-G in den Blick, zeigt sich darüber hinaus, dass ein Tätigkeitsbereich mit großem Unvereinbarkeitspotential in den Unvereinbarkeitsbestimmungen aus dem Jahr 2001⁶⁶ gar nicht berücksichtigt ist: der „Berater mit politischem Naheverhältnis und Geschäftssinn“. Dieses Geschäftsfeld ist erst später in den Fokus der Aufmerksamkeit gerückt, das Lobbying-Register etwa gibt es in Österreich erst seit dem Jahr 2013. Daher liegt es nahe, dass im Hinblick auf diese Verquickung von Politik-, Geschäfts- und Beratungsinteressen, die mit einer Funktion als Stiftungsrat unvereinbar sind, eine planwidrige, offene, nachträgliche Lücke⁶⁷ vorliegt. Diese ist im Sinne einer verfassungskonformen Auslegung im Wege einer Gesamtanalogie⁶⁸ unter Berücksichtigung der Regelungsabsicht und der Teleologie des Gesetzes⁶⁹ zu schließen.

Mit [REDACTED], [REDACTED] (beide bestellt durch die Bundesregierung gemäß § 20 Abs 1 Z 1 ORF-G), [REDACTED] (bestellt durch die Bundesregierung gemäß § 20 Abs 1 Z 3 ORF-G), und [REDACTED] (bestellt durch das Land Tirol gemäß § 20 Abs 1 Z 2 ORF-G) haben zumindest vier Stiftungsräte an der Beschlussfassung teilgenommen, die nach Medienberichten^{70,71,72} oder eigenen Angaben⁷³ als Berater im politischen

⁶⁵ Zur Argumentation im Detail siehe Popularbeschwerde gemäß § 36 Abs 1 Z 1 lit. b ORF-G vom 8.6.2022, Seite 17f.

⁶⁶ BGBl 83/2001.

⁶⁷ Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁵ (1983), 252f.

⁶⁸ Larenz (FN 67), 258.

⁶⁹ Larenz (FN 67), 247.

⁷⁰ <https://www.derstandard.at/story/2000121124663/oevp-nahe-agenturen-sind-bei-koestinger-gut-im-geschaef>

⁷¹ <https://www.derstandard.at/story/2000135857462/ischgl-moser-holding-storymachine-orf-der-gut-vernetzte-neue-tiroler>

⁷² <https://www.derstandard.at/story/2000134416729/kritik-an-staatlichen-auftraegen-an-ex-gruenen-lockl>

⁷³ <https://www.lederer-communication.at/>

Umfeld oder als Lobbyisten^{74,75} tätig sind und/oder als Unternehmensinhaber in Geschäftsbeziehungen mit Ministerien oder politischen Parteien stehen. Die Bestellung dieser Personen zu Stiftungsräten ist daher gemäß § 20 Abs 3 ORF-G unzulässig. Daher ist die gegenständliche Beschlussfassung des Stiftungsrates auch aufgrund der Mitwirkung dieser Personen rechtswidrig.

Die KommAustria weist auch diesen 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 bisherige Argumentation zu verweisen. Darüber hinaus bleibt festzuhalten, dass Personen, die die gesetzlichen Anforderungen nicht erfüllen, weil Unvereinbarkeiten bestehen, gemäß § 20 Abs 3 ORF-G nicht zu Stiftungsräten bestellt werden und daher dem Stiftungsrat auch nicht angehören dürfen. Wenn solche Personen an Stiftungsratsbeschlüssen mitwirken, sind diese Beschlüsse rechtswidrig. Begehrt wurde also auch hier nicht die Überprüfung der Rechtmäßigkeit des Bestellvorganges durch oberste Verwaltungsorgane (Bundesregierung, Landesregierung Tirol), sondern der persönlichen Voraussetzungen auf Seiten der Stiftungsräte als Grundlage für das rechtmäßige Zustandekommen des in Frage stehenden Stiftungsratsbeschlusses.

Wenn Mitglieder des Stiftungsrates diese Voraussetzungen nicht erfüllen und dennoch an seinen Beschlussfassungen mitwirken, eröffnet sich die Möglichkeit für eine unzulässige Einflussnahme, die der Unabhängigkeitsgarantie zuwiderläuft. Sind Unvereinbarkeiten nicht überprüfbar, wären sie ihres Anwendungsbereichs beraubt, und die vom VfGH geforderten unabhängigkeitssichernden Maßnahmen⁷⁶ gingen ins Leere. Ein derartiger Regelungsinhalt kann dem Gesetzgeber nicht ernsthaft zugesonnen werden.

⁷⁴ <https://lobbyreg.justiz.gv.at/edikte/ir/iredi18.nsf/liste!OpenForm&subf=a&RestrictToCategory=H>

⁷⁵ <https://lobbyreg.justiz.gv.at/edikte/ir/iredi18.nsf/liste!OpenForm&subf=a&RestrictToCategory=Z>

⁷⁶ Vgl VfGH 5.10.2023, G215/2022, RZ 80.

IV.3.3. Beschlussfassung unter Verletzung der Weisungsfreiheit gem. § 19 Abs 2

ORF-G

§ 20 Abs 1 Z 1-5- ORF-G regelt die Bestellung von Mitgliedern des Stiftungsrates durch die politischen Parteien, die Bundesregierung, die Länder, den Publikumsrat und den Zentralbetriebsrat.

Die Mitglieder der Bundesregierung sind in aller Regel politisch gebunden. Da die Bundesregierung (derzeit noch) 17 Publikumsräte bestellt und die Regierungsparteien (einer Zweierkoalition) zumindest zwei Publikumsräte gemäß § 28 Abs 3 Z 5 bestellen, können die politischen Parteien hinter einer Bundesregierung mit zumindest 19 von 30 Publikumsräten indirekt auch die sechs vom Publikumsrat gemäß § 20 Abs 1 Z 4 zu bestellenden Stiftungsräte bestimmen. Zusammen mit den neun von der Bundesregierung gemäß § 20 Abs 1 Z 3 bestellten Stiftungsräten und den (bei fünf im Nationalrat vertretenen Parteien) drei Stiftungsräten, die gemäß § 20 Abs 1 Z 1 ebenfalls von den Regierungsparteien bestimmt werden, können die politischen Parteien hinter einer Bundesregierung 18 von 35 Stiftungsräten und damit eine einfache Mehrheit von Stiftungsräten bestimmen. Da auch die Mitglieder von Landesregierungen in aller Regel politisch gebunden sind, kann zumeist auch ein Teil der gemäß § 20 Abs 1 Z 2 bestellten Stiftungsräte den Koalitions-Parteien im Bund zugeordnet werden. Daher ist die Mehrheit der Stiftungsräte, die von den politischen Parteien hinter der Bundesregierung bestimmt wird, meist noch größer. Nun hat der VfGH in seiner Entscheidung vom 5.10.2023 festgehalten, dass die Gremien nicht einseitig durch faktisch oder rechtlich zu einer Gruppe verbundene Personen dominiert werden dürfen⁷⁷, und darunter muss man wohl auch eine Regierungskoalition verstehen. Da, wie oben gezeigt, jeder Bestellvorgang Loyalitätsbindungen und die Gefahr von Abhängigkeiten in sich birgt⁷⁸, ist die Gefahr nicht auszuschließen, dass eine Regierungskoalition, über die Mehrheit, der von ihr

⁷⁷ VfGH 5.10.2023, G215/2022, RZ 66. Bereits in VfGH 30.6.2022, G226/2021, RZ 39 hat der VfGH festgehalten, dass der Gesetzgeber die Unabhängigkeit des ORF von (Funktionsfähigkeit beeinträchtigenden) staatlichen und privaten Einflussnahmen und Abhängigkeiten zu gewährleisten hat.

⁷⁸ Siehe auch FN 44 und 45.

bestimmten Stiftungsräte, einen beherrschenden Einfluss auf das wichtigste Organ des ORF ausübt. Nun verlangt Art 1 Abs 2 BVG-Rundfunk, dass das ORF-G die Unabhängigkeit jener Personen und Organe zu gewährleisten hat, die mit der Besorgung der Aufgabe Rundfunk betraut sind.⁷⁹ Nimmt man den Wortlaut dieser Bestimmung ernst, bedeutet das, dass schon die bloße Möglichkeit unzulässigen Einfluss auf den Stiftungsrat auszuüben, vom Gesetzgeber zu unterbinden ist.⁸⁰ Die §§ 20 Abs 1 sowie 28 Abs 3 – 6 ORF-G über die Gremienbestellungen sind daher mit der verfassungsrechtlichen Unabhängigkeitsgarantie nicht zu vereinbaren.

Gemäß § 19 Abs 2 ORF-G⁸¹ sind die Mitglieder des Stiftungsrates bei der Ausübung ihrer Funktion im Österreichischen Rundfunk zwar formal an keine Weisungen und Aufträge gebunden und haben ausschließlich die sich aus den Gesetzen und der Geschäftsordnung ergebenden Pflichten zu erfüllen. Ungeachtet dieser Regelung und entgegen der verfassungsrechtlichen Garantie der Unabhängigkeit schließen sich die Mitglieder des Stiftungsrates aber ganz offen in Freundeskreisen entlang von Parteilinien zusammen und fassen ihre Beschlüsse, die sich immer wieder mit den Wünschen der Parteien decken, strikt entlang dieser Linien⁸². Möglich und effektiv wird diese akkordierte Umsetzung des Willens der Regierungs-Parteien aufgrund der skizzierten Mehrheitsverhältnisse im Stiftungsrat.

So auch im Fall des berüchtigten „Sideletter“: Am 28.1.2022 wurde diese Sammlung von Nebenvereinbarungen zum Regierungsübereinkommen zwischen den Grünen und der ÖVP aus dem Jänner 2020 bekannt. Wie in diesem „Sideletter“ zwischen den Koalitionsparteien vereinbart, wurden, jeweils durch Stiftungsratsbeschluss, der der ÖVP zugeordnete Kandidat als ORF-Generaldirektor (am 10.8.2021), je zwei den

⁷⁹ Art 1 Abs 2 BVG-Rundfunk.

⁸⁰ Siehe FN 43.

⁸¹ Auch diese Bestimmung dient der Umsetzung von Art 1 Abs 2 BVG-Rundfunk, der die Unabhängigkeit der mit der Veranstaltung von Rundfunk betrauten Personen und Organe postuliert. Siehe dazu zur Vorgängerbestimmung § 6 Abs 2 Rundfunkgesetz: Rundfunkrecht in Österreich, *Twaroch/Buchner*⁵ (2000), 125.

⁸² Kogler/Traimer/Truppe, *Rundfunkgesetze*⁴ (2018), 232: Die interne Bestimmung des Stimmverhaltens einzelner Mitglieder z.B. durch die Mehrheit ist zu problematisieren.

beiden Lagern zugeordnete Personen zu Direktoren (am 16.9.2021) und der Kandidat der Grünen zum Stiftungsratsvorsitzenden (am 19.5.2022) bestellt.

Die Regulierungsbehörde hat zwar ausgesprochen, dass keine Verletzung der Unabhängigkeit vorliegt, solange keine bestimmten Anweisungen an einzelne Mitglieder des Stiftungsrates erteilt werden, die diese zu einem Tun oder Unterlassen auffordern, und so zu einer Beeinträchtigung ihrer Funktion führen können.⁸³ Darauf, auf die Explizität, kann es aber nicht ankommen. Die Unabhängigkeit wird bereits entscheidend beeinträchtigt, wenn auch nur indirekt oder implizit zum Ausdruck gebrachte parteipolitische Wünsche kausal für das Abstimmungsverhalten der Mitglieder des Stiftungsrates werden. Im zitierten Sideletter⁸⁴ liegt auch keine direkte Anweisung an die Stiftungsräte, doch tritt die Kausalität so deutlich zu Tage wie nie zuvor. Zwei politische Parteien vereinbaren, wie unabhängige Stiftungsräte zu handeln haben, und diese Regierungsvereinbarung wird im Stiftungsrat dann auch genauso umgesetzt – von Stiftungsräten, die gemäß § 19 Abs 2 ORF-G ausschließlich dem Gesetz und der Geschäftsordnung verpflichtet sind. Daran zeigen sich klar politische Vorgaben und diesen folgendes Abstimmungsverhalten.

In dieser Umsetzung des Regierungswillens liegt daher ein Verstoß gegen die Weisungsfreiheit und die Unabhängigkeitsverpflichtung gemäß § 19 Abs 2 ORF-G. Daher haben die Beschwerdeführer in ihrer Beschwerde gemäß § 36 Abs 1 Z 1 lit b ORF-G vom 8.6.2022 mit ausführlicher Begründung die Feststellung beantragt, dass durch den Stiftungsratsbeschluss vom 19.05.2022, mit dem der Stiftungsratsvorsitzende gewählt wurde, Bestimmungen des ORF-G verletzt wurden.

Mit Spruchpunkt I.2. ihres Bescheides vom 15.12.2022 hat die belangte Behörde 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 wurde dies damit, dass zur behaupteten Rechtswidrigkeit des Beschlusses des Stiftungsrates vom 19.05.2022 (Wahl des Vorsitzenden) weder „auf etwa eine Vorbesprechung verwiesen,

⁸³ KommAustria am 14.08.2012, KOA 11.400/12-020.

⁸⁴ Siehe IV.3.3., Seite 12.

noch ein konkretes Verhalten aufgezeigt (wurde), in dessen Rahmen eine Rechtsverletzung stattfinden hätte können“ (S. 22 des Bescheides).

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

Die Beschwerdeführer haben daher in ihrer Beschwerde vom 17.01.2023 die zeugenschaftliche Einvernahme von Mag. Werner Kogler, Sebastian Kurz, Lothar Lockl und Thomas Zach beantragt, zum Beweis dafür, dass sich die für die Beschlüsse des Stiftungsrates am 10.08.2021, 16.09.2021 und 19.05.2022 notwendige Mehrheit der Mitglieder des Stiftungsrates dabei an die im Sideletter vom Jänner 2020 festgehaltene Vereinbarung der Regierungsparteien gehalten und dadurch die Weisungsfreiheit bzw. die Unabhängigkeitsverpflichtung gem. § 19 Abs 2 ORF-G verletzt hat. Die Durchführung einer mündlichen Beschwerdeverhandlung wurde ebenfalls beantragt.

Das Bundesverwaltungsgericht hat auch die Beschwerde gegen Spruchpunkt I.2. des Bescheides der belangten Behörde abgewiesen. Begründet wird dies unter anderem damit, dass die Beschwerdeführer selbst davon ausgingen, dass keine Weisung und kein expliziter Auftrag gegenüber den Stiftungsräten erteilt wurde, und daher eine Verletzung des § 19 Abs 2 ORF-G nicht vorliegen könne (S. 23 des angefochtenen Erkenntnisses). Dabei übersieht das Bundesverwaltungsgericht, dass die Beschwerdeführer in ihrer Beschwerde vom 17.01.2023 eingeräumt haben, keine eigenen Wahrnehmungen zu haben und daher zur Feststellung des entscheidungswesentlichen Sachverhalts die Einvernahme von vier namentlich angeführten Zeugen beantragt haben, die einerseits den Sideletter unterfertigt haben andererseits von seinem Inhalt unmittelbar betroffen sind und an der beschwerdegegenständlichen Beschlussfassung mitgewirkt haben. Dieser Beweisantrag war daher geeignet, die Annahme der belangten Behörde zu widerlegen,

dass kein konkretes Verhalten aufgezeigt wurde, in dessen Rahmen eine Rechtsverletzung hätte stattfinden können,.

Dennoch hat das Bundesverwaltungsgericht die beantragte Beschwerdeverhandlung nicht durchgeführt und nicht begründet, warum die beantragte Beweisaufnahme nicht entscheidungswesentlich sei. Eine Begründung für die fehlende Relevanz des von den Beschwerdeführern gestellten Beweisantrags findet sich im angefochtenen Erkenntnis nicht, es wird nur auf das Vorbringen in der Beschwerde vom 08.06.2022 verwiesen, das ergänzende Vorbringen in der Beschwerde vom 17.01.2023 aber nicht erwähnt. Es ist daher auch nicht nachvollziehbar, ob das Bundesverwaltungsgericht dieses Vorbringen und den Beweisantrag überhaupt zur Kenntnis genommen hat.

IV.4. Absehen von der mündlichen Beschwerdeverhandlung

Das Absehen von der mündlichen Verhandlung begründet das Bundesverwaltungsgericht nur allgemein ohne konkreten Bezug auf das Verfahren oder das Vorbringen der Beschwerdeführer. Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest, dass die Beschwerdeführer selbst davon ausgingen, dass keine Weisung oder kein expliziter Auftrag gegenüber den Stiftungsräten erteilt wurde und verweist dazu auf Seite 18f der verfahrenseinleitenden Beschwerde. Abgesehen davon, dass ein derartiges Vorbringen in dieser einleitenden Beschwerde nicht erstattet wurde, hätte sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Vorbringen in der Beschwerde vom 17.01.2023, in der konkret auf die dem Sideletter entsprechenden Beschlussergebnisse des Stiftungsrates als ausreichendes Tatsachensubstrat eingegangen wurde, auseinandersetzen müssen. Das Bundesverwaltungsgericht hätte zumindest nachvollziehbar begründen müssen, warum es trotz der Auffälligkeit, dass Stiftungsratsbeschlüsse genau dem Inhalt des Sideletters entsprachen, einen unzulässigen Auftrag iSd § 19 Abs 2 ORF-G mit der für eine Sachverhaltsfeststellung erforderlichen Gewissheit ausschließt. Eine derartige Feststellung hat das Bundesverwaltungsgericht aber nicht getroffen. Es war daher auch eine rechtliche Würdigung nicht möglich, weshalb nicht überprüfbar ist, ob das Bundesverwaltungsgericht auch davon ausgeht, dass die Mitglieder des Stiftungsrates

bei den verfahrensgegenständlichen Beschlussfassungen § 19 Abs 2 2. Satz ORF-G entsprechend ausschließlich die sich aus den Gesetzen und der Geschäftsordnung ergebenden Pflichten erfüllt haben. Für die Klärung dieser Frage wäre die beantragte Einvernahme der beiden Mitglieder des Stiftungsrates Lothar Lockl und Thomas Zach erforderlich gewesen.

Die Voraussetzungen für das Absehen von der mündlichen Beschwerdeverhandlung gemäß § 24 Abs 4 VwGVG lagen somit nicht vor.

IV.5. Verletzung in verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten

Das Recht auf den gesetzlichen Richter wird auch dann verletzt, wenn zu Unrecht eine Sachentscheidung verweigert wird. Da die belangte Behörde und das Bundesverwaltungsgericht durch die Zurückweisung der Beschwerde vom 08.06.2022 eine Sachentscheidung verweigert haben, werden die Beschwerdeführer in ihrem Recht auf den gesetzlichen Richter verletzt.

Eine Entscheidung verletzt das Recht auf Gleichheit, wenn bei ihrer Erlassung Willkür geübt wird, insbesondere durch die gehäufte Verkennung der Rechtslage, durch Ignorieren des Parteienvorbringens oder durch Erlassung einer Entscheidung ohne jede rechtliche Begründung. Derartige Fehler sind dem Bundeverwaltungsgesicht unterlaufen, weil es in dem angefochtenen Erkenntnis das BVG-Rundfunk außer Acht lässt, das Vorbringen der Beschwerdeführer und einen entscheidungswesentlichen Beweisantrag ignoriert und in der Begründung sich nicht mit den Argumenten auseinandersetzt, die von den Beschwerdeführern gegen die Zurückweisung durch die belangte Behörde vorgebracht wurden. Die Begründung zum Absehen von einer mündlichen Verhandlung besteht aus der Zitierung des § 24 Abs 4 VwGVG und der unbegründeten Annahme, dass im Verfahren auch keine Rechtsfrage solcher Komplexität aufgetreten sei, dass die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung zu deren Erörterung geboten gewesen wäre.

Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofs kann die Durchführung einer mündlichen Verhandlung in Fällen unterbleiben, in welchen der Sachverhalt aus der Aktenanlage in Verbindung mit der Beschwerde geklärt erscheint oder sich aus den Ermittlungen zweifelsfrei ergibt, dass das Vorbringen tatsachenwidrig ist. Dies steht im Einklang mit Art 47 Abs 2 GRC, wenn zuvor bereits ein Verwaltungsverfahren stattgefunden hat, in dessen Rahmen Parteiengehör gewährt wurde. Da die Beschwerdeführer in ihrer Beschwerde vom 17.01.2023 der Begründung des Bescheides der belangten Behörde substantiiert entgegengetreten sind und einen entscheidungswesentlichen Beweisantrag gestellt haben, durfte das Bundesverwaltungsgericht nicht von der Durchführung einer mündlichen Beschwerdeverhandlung absehen.

IV.6. Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes

Sollte die in dieser Beschwerde bekämpfte Rechtsansicht der belangten Behörde und des BVwG dem Gesetz entsprechen, wäre dieses unsachlich und würde, wie dargelegt, gegen mehrere verfassungsrechtliche Vorgaben, insbesondere das BVG-Rundfunk, verstoßen, weshalb in diesem Fall

angeregt

wird, §§ 35 Abs 1 und 36 Abs 1 ORF-G einem amtswegigen Prüfungsverfahren gemäß Art 140 B-VG zu unterziehen. Eine „Rechtsaufsicht“ (§ 36 ORF-G), die bei einer offenkundigen Verletzung von § 28 Abs 6 ORF-G nicht einmal die Feststellung dieser Rechtsverletzung ermöglicht, ist nicht wirksam, ermöglicht politische Einflussnahme auf den ORF und steht daher im Widerspruch zur Rundfunkfreiheit, die durch Art 10 der EMRK und das BVG-Rundfunk garantiert wird. Art 1 Abs 2 BVG-Rundfunk sieht unter anderem vor, dass das Bundesgesetz, das die näheren Bestimmungen für den Rundfunk und seine Organisation festlegt, Bestimmungen zu enthalten hat, die die Unabhängigkeit der Personen und Organe, die mit der Besorgung der in Abs 1 genannten Aufgaben betraut sind, gewährleisten. Publikumsrat und Stiftungsrat sind

solche Organe, daher müssen die Bestellvorgänge in die beiden Gremien einer rechtsstaatlichen Überprüfung unterliegen

V. Aus den angeführten Gründen werden die

Anträge

gestellt,

das angefochtene Erkenntnis wegen Verletzung von verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten und wegen Verletzung von Rechten durch Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes aufzuheben und den Beschwerdeführern die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu ersetzen, wobei Kostenanspruch für alle tarifmäßig anfallenden Kosten zuzüglich USt begehrt wird.

An Kosten werden verzeichnet:

Beschwerde verfasst	€ 2.180,00
Streitgenossenzuschlag	€ 218,00
20% USt	€ 479,60
Gebühr	<u>€ 480,00</u>
sohin insgesamt:	<u>€ 3.357,60</u>