

Hans Peter Lehofer

Bestandsgarantie für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk – zu den Folgen des VfGH-Erkenntnisses über die ORF-Gremien¹⁾

Im Erkenntnis über die Bestellung und Zusammensetzung der ORF-Gremien führt der VfGH seine Rechtsprechung zur Funktions- und Finanzierungsverantwortung des Bundes für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk weiter und leitet aus dem BVG Rundfunk sowie aus Art 10 EMRK auch eine institutionelle Garantie für die Einrichtung eines öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalters ab. Neben diesen verfassungsrechtlichen Rahmen wird in naher Zukunft mit dem Europäischen Medienfreiheitsgesetz auch eine unionsrechtliche Absicherung der Unabhängigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks treten.

ÖJA 2024/6

- I. „Mit einem Mal verfassungswidrig“?
- II. Bestandsgarantie und funktionsadäquate Stellung
 - A. Die verfassungsrechtlich zweifach eingehegte Rundfunkordnung
 - B. Bestandsgarantie
 - C. Funktionsadäquate Stellung
- III. Wozu das Erkenntnis schweigt
 - A. Ausgewählte Bestellungsmechanismen
 - B. Staatsferne
 - C. Freundeskreise
- IV. Ein Blick nach Deutschland
- V. EGMR
- VI. Europäisches Medienfreiheitsgesetz
- VII. Rechtsdurchsetzung
- VIII. Ausblick: Reparatur

I. „Mit einem Mal verfassungswidrig“?

Dass der VfGH nach der gerätebezogenen Finanzierung²⁾ auch die Zusammensetzung der Gremien des ORF als (teilweise) verfassungswidrig beurteilen würde³⁾, haben nicht alle erwartet: *„Überraschend ist jedenfalls, dass die Gremienstruktur [des ORF] seit Jahrzehnten im*

Hon.-Prof. Dr. Hans Peter Lehofer ist Senatspräsident des VfGH.

¹⁾ Der Beitrag beruht auf einem Vortrag im Judikaturseminar an der WU Wien am 16. 1. 2024, im Anschluss an einen Vortrag von Vašek (s dazu dessen Beitrag „Die Zusammensetzung von ORF-Stiftungs- und Publikumsrat vor dem Verfassungsgerichtshof“, ÖJA 2024, 107). Die Vortragsform wurde im Wesentlichen beibehalten.

²⁾ VfGH 30. 6. 2022, G 226/2021 VfSlg 20.553/2022, im Folgenden auch „Finanzierungserkenntnis“; s dazu Lehofer, Der VfGH als medienpolitischer Weichensteller, ÖJZ 2022, 773.

³⁾ VfGH 5. 10. 2023, G 215/2022, im Folgenden auch „Gremienerkenntnis“; s dazu im Detail Vašek, ÖJA 2024, 107.

*Wesentlichen unverändert ist und dies jetzt mit einem Mal verfassungswidrig ist.*⁴⁾ Diese Reaktion des ressortzuständigen Mitglieds der BReg auf das Erkenntnis des VfGH zeigt deutlich, dass von verantwortlicher politischer Seite die Diskussion über den politischen Einfluss auf die Gremien des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, die auch in Österreich nicht erst seit dem „Staatsferne“-Urteil des dBVerfG⁵⁾ intensiv geführt wurde, weniger als verfassungsrechtliche, denn als bloß medienpolitische Diskussion wahrgenommen wurde.

In diesem Beitrag gehe ich – aufbauend auf dem Beitrag von Vašek⁶⁾ – auf die vom VfGH postulierte Bestandsgarantie und die „funktionsadäquate Stellung“ des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ein (II.), versuche eine kurze Einordnung der im Erkenntnis nicht ausdrücklich angesprochenen Fragen (III.) und möchte daran anschließend die deutsche Rechtslage (IV.), die EGMR-Rechtsprechung (V.) und das neue Europäische Medienfreiheitsgesetz (VI.), jeweils in Bezug zum aktuellen VfGH-Erkenntnis, ansprechen. Schließen möchte ich mit Fragen zur Rechtsdurchsetzung (VII.) sowie einem Ausblick auf die vom Gesetzgeber bis 31. 3. 2025 vorzunehmende Reparatur des ORF-G (VIII.).

Zunächst möchte ich aber noch die von der Bundesministerin geäußerte Überraschung über das VfGH-Erkenntnis zum Anlass für drei kurze Anmerkungen nehmen:

Zunächst muss ihr Hinweis auf eine angeblich „seit Jahrzehnten“ im Wesentlichen unveränderte Gremienstruktur etwas relativiert werden. Konzeptionell mag man zwar eine Kontinuität zwischen dem nach dem Rundfunkgesetz 1974⁷⁾ eingerichteten Kuratorium und dem mit der Novelle 2001⁸⁾ eingerichteten Stiftungsrat erkennen, denen jeweils aufsichtsratsähnliche Funktion zukam bzw. zukommt. Allerdings haben sich sowohl Zusammensetzung und Bestellungsmodus dieses Gremiums als auch dessen Aufgaben durch die Novelle 2001 geändert; zudem haben sich va durch die ORF-Reform 2001 und die ORF-G-Novelle 2010⁹⁾ wesentliche Änderungen im Unternehmensgegenstand und im Auftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalters ergeben. Ähnliches gilt im Hinblick auf den Publikumsrat, der mit der Novelle 2001 der bis dahin bestehenden Hörer- und Sehervertretung nachfolgte.¹⁰⁾

Zweitens ist anzumerken, dass die Bestellung der Mitglieder des mit der Novelle 2001 neu geschaffenen Stiftungsrats zwar bereits einmal an den VfGH herangetragen wurde, der damalige Antrag aber schon an der Zulässigkeitshürde scheiterte.¹¹⁾ Die bglD LReg hat aus diesen (nicht von ihr begangenen) Fehlern gelernt und ihre Anfechtung entsprechend großzügiger abgegrenzt, sodass der VfGH nunmehr inhaltlich in das Thema einsteigen musste.

⁴⁾ BM Raab, zit in <https://www.derstandard.at/story/3000000190435/hoechstgericht-erklaert-besetzung-der-orf-gremien-fuer-verfassungswidrig> (Stand 24. 4. 2024).

⁵⁾ BVerfG 25. 3. 2014, 1 BvF 1/11 BVerfGE 136, 9; s dazu Abschnitt IV.

⁶⁾ ÖJA 2024, 107.

⁷⁾ BGBl 1974/397.

⁸⁾ BGBl I 2001/83, mit dieser Novelle erfolgte auch die Umbenennung in ORF-G.

⁹⁾ BGBl I 2010/50.

¹⁰⁾ Für den Publikumsrat ist überdies zu berücksichtigen, dass der Bestellungsmodus durch die mit der Novelle BGBl I 2001/83 eingeführte Direktwahl eines Teils seiner Mitglieder auch konzeptionell deutlich verändert wurde; die diesbezüglichen Bestimmungen wurden allerdings durch den VfGH aufgehoben (VfSlg 19.509/2011); eine Neuregelung erfolgte nicht.

¹¹⁾ VfSlg 16.911/2003; angefochten (durch die Wr LReg) waren damals nur die Bestimmungen über die Bestellung der Stiftungsratsmitglieder auf Vorschlag der Parteien, durch die Länder, die BReg und den Publikumsrat, nicht aber jene über die Bestellung von fünf Mitgliedern durch den Zentralbetriebsrat; der VfGH sah damit den Anfechtungsumfang als falsch abgegrenzt, da bei einem Erfolg der Anfechtung der Stiftungsrat dann nur noch aus den vom Zentralbetriebsrat zu bestellenden Mitgliedern bestünde, was dem Gesetzgeber nicht mehr zusinnbar sei.

Dass die seit langem kritisierte Gremienstruktur nicht schon früher als verfassungswidrig beurteilt wurde,¹²⁾ liegt selbstverständlich nicht am VfGH – auch wegweisende verfassungsgerichtliche Entscheidungen brauchen jemanden, der zur richtigen Zeit die richtigen Anträge stellt.¹³⁾

Und schließlich greift die Bemerkung, die Gremienstruktur sei „mit einem Mal verfassungswidrig“, schon insofern zu kurz, als das Erkenntnis des VfGH keinen Anhaltspunkt für die Annahme bietet, die Verfassungswidrigkeit der nun aufgehobenen Bestimmungen sei kurzfristig, gleichsam über Nacht, unmittelbar vor Beschlussfassung des VfGH eingetreten. Dennoch könnte diese Bemerkung Anlass dafür bieten, über die Frage nachzudenken, unter welchen Umständen eine bei ihrem Inkrafttreten zunächst verfassungskonforme Bestimmung im Zeitverlauf durch tatsächliche oder rechtliche Entwicklungen in die Verfassungswidrigkeit „hineinrutscht“. So hat das jüngst ergangene Erkenntnis zur Handy-Sicherstellung¹⁴⁾ gezeigt, dass die Weiterentwicklung technischer Möglichkeiten dazu führen kann, dass das bislang bestehende Regime zum Schutz vor Grundrechtseingriffen nicht mehr den verfassungsrechtlich gebotenen Anforderungen genügt. Hinsichtlich der Bestellung von ORF-Gremienmitgliedern hat der VfGH nun Bestimmungen aufgehoben, die im Kern mit jenen vergleichbar sind, die er im Jahr 1975 – bei durchaus ähnlicher Stoßrichtung der Anfechtung¹⁵⁾ – noch als verfassungskonform beurteilt hat.¹⁶⁾ In den fast 50 Jahren seit diesem Erkenntnis haben sich aber nicht nur formal die rechtlichen Grundlagen im ORF-G, sondern auch weitere rechtliche und gesellschaftliche Rahmenbedingungen geändert, die eine Neubewertung rechtfertigen.¹⁷⁾

II. Bestandsgarantie und funktionsadäquate Stellung

A. Die verfassungsrechtlich zweifach eingehegte Rundfunkordnung

In unserem großen gleichsprachigen Nachbarland hat das BVerfG mit mittlerweile 16 sogenannten „Rundfunk-Urteilen“¹⁸⁾ den Rechtsrahmen des deutschen öffentlich-rechtlichen

¹²⁾ Mit Ausnahme der Direktwahl von Publikumsratsmitgliedern: VfSlg 19.509/2011.

¹³⁾ Aus rechtswissenschaftlicher Sicht ist dies banal; vor dem Hintergrund der Bedeutung verfassungsgerichtlicher Rsp im gesellschaftlichen Diskurs scheint mir die Rolle strategischer Prozessführung vor dem VfGH oft noch unterbelichtet.

¹⁴⁾ VfGH 14. 12. 2023, G 352/2021.

¹⁵⁾ Die Stmk LReg hatte in ihrem Antrag ua ausgeführt, dass auf Grund der gewählten Zusammensetzung die klare Mehrheit einer politischen Richtung durchaus wahrscheinlich erscheine, weil die jeweils gegebenen politischen Verhältnisse in Bund und Ländern die Zusammensetzung des Kuratoriums entscheidend bestimmten und hiedurch der ORF „den jeweiligen politischen Mehrheiten ausgeliefert“ werde.

¹⁶⁾ VfSlg 7593/1975.

¹⁷⁾ Hinzuweisen ist zB auf die Einführung der Unvereinbarkeitsbestimmungen in § 20 Abs 3 und § 28 Abs 2 ORF-G, die Rsp des EGMR (Urteile *Manole* und *Centro Europa 7*, dazu Abschnitt V.), aber auch die Rsp des VfGH selbst, insb VfSlg 20.553/2022 zur Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Zu den (noch) nicht rechtlich verdichteten Rahmenbedingungen, auf die der VfGH im Erk daher auch nicht eingeht, könnte man auch den sich entwickelnden europäischen Konsens hinsichtlich der Unabhängigkeitsanforderungen an den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zählen, wie er etwa in der Empfehlung des Ministerkomitees des Europarats, CM/Rec (2012)1, on public service media governance, oder in Art 5 EMFA (dazu Abschnitt VI.) zum Ausdruck kommt.

¹⁸⁾ Die Zählung ist nicht einheitlich; sie beginnt mit der kompetenzrechtlichen Grundlegung durch BVerfG 28. 2. 1961, 2 BvG 1/60 (BVerfGE 12, 205) und findet ihren vorläufigen Abschluss im Beschluss v 20. 7. 2021, 1 BvR 2756/20 (BVerfGE 158, 389), mit dem eine staatliche Handlungspflicht in Bezug auf die Gewährleistung der funktionsgerechten Finanzierung der öffentlich-rechtlichen Rund-

Rundfunks ganz entscheidend geprägt. In Österreich hat der VfGH die Rundfunkrechtsordnung zwar ebenfalls in vielerlei Hinsicht geprägt, aber er ist dabei bislang deutlich dezenter geblieben als das BVerfG, stärker auf den jeweils zu entscheidenden Fall fokussiert und ohne das den BVerfG-Entscheidungen gelegentlich anhaftende Pathos. Von einer Serie von grundlegenden „Rundfunk-Erkenntnissen“ war bislang in Österreich nicht die Rede.

Mit dem 2022 ergangenen Finanzierungserkenntnis und dem hier zu erörternden Gremienerkenntnis könnte sich dies nun ändern. Beide Erkenntnisse gehen sehr ins Grundsätzliche, weisen über den Anlassfall hinaus und legen wesentliche Rahmenbedingungen für die weitere gesetzliche Ausgestaltung der Rundfunkordnung fest.¹⁹⁾

Das Gremienerkenntnis baut dabei zentral auf dem Finanzierungserkenntnis auf; dort hat der VfGH bereits – unter Bezugnahme auch auf eine Arbeit des früheren BVerfG-Richters *Hoffmann-Riem*, der die Rundfunkrechtsprechung des BVerfG wesentlich mitgestaltete – eine **Funktions- und Finanzierungsverantwortung des Bundes für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk** konstatiert, die er unmittelbar aus Art I Abs 2 und 3 BVG Rundfunk ableitet. In Rn 37 dieses Erkenntnisses fasst er dies so zusammen: „*BVG Rundfunk und Art. 10 EMRK konstituieren [...] eine Funktionsverantwortung des Gesetzgebers in demokratischer und kultureller Hinsicht für die Ausgestaltung der Rundfunkordnung.*“

Daran ist zunächst schon bemerkenswert, dass der VfGH das BVG Rundfunk und Art 10 EMRK parallel führt: Es ist ein doppelter Schutz, der dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk durch diese beiden im Verfassungsrang stehenden Normen zukommt. Im Gremienerkenntnis spricht der VfGH nunmehr auch von der „so [nämlich durch das BVG Rundfunk und Art 10 EMRK] verfassungsrechtlich eingehegten Rundfunkordnung“. Es sind also gewissermaßen zwei Zäune, die rund um die einfachgesetzliche Rundfunkordnung stehen – mit der für die innerstaatliche verfassungsrechtliche Diskussion bedeutsamen Konsequenz, dass auch eine Aufhebung oder Abänderung des BVG Rundfunk allein diesen Schutz nicht – oder zumindest nicht gänzlich – beseitigen könnte.²⁰⁾

B. Bestandsgarantie

Schon im Finanzierungserkenntnis spricht der VfGH zudem an, dass für den im BVG Rundfunk umschriebenen Rundfunk „*die institutionellen Garantien des Art. I Abs. 2 und Abs. 3 BVG Rundfunk in Verbindung mit [...] Art. 10 EMRK*“ gelten. Diese „institutionellen Garantien“ könnte man in diesem Erkenntnis noch – ausgehend vom Wortlaut des BVG Rundfunk – dahin verstehen, dass sie sich auf die bundesgesetzlich festzulegende Organisation des öffentlich-rechtlichen Rundfunks beziehen, die ua die Objektivität und Unparteilichkeit der Berichterstattung, die Berücksichtigung der Meinungsvielfalt und die Unabhängigkeit der Organe gewährleisten muss. Mit anderen Worten: der öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstalter muss institutionell so ausgestaltet sein, dass die Unabhängigkeit gesichert wird.

Im Gremienerkenntnis geht der VfGH aber einen Schritt weiter. Zunächst hält er – wie bereits im Finanzierungserkenntnis – fest, dass dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk „*eine*

funkanstalten anerkannt wurde; s zu den Rundfunkentscheidungen näher auch *Grabenwarter*, Art 5 GG, in *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg), Grundgesetz Kommentar I (85. Lfg 2018) Rz 539 – 553.

¹⁹⁾ Wollte man eine „Zählung“ grundlegender Rundfunckerkenntnisse auch in Österreich beginnen, sollte diese allerdings mit dem Kompetenzerkenntnis VfSlg 2721/1954 beginnen und das zentrale Erk zum RFG 1974, VfSlg 7593/1975 [s FN 16], einbeziehen.

²⁰⁾ Ein dritter „Zaun“, wenngleich nicht verfassungsrechtlich, sondern unionsrechtlich, wird mit Wirksamwerden des EMFA (8. 8. 2025) errichtet werden (s dazu Abschnitt VI.).

nach Maßgabe des BVG Rundfunk und des Art. 10 EMRK funktionsadäquate Stellung zukommen“ muss. Daran anschließend konkretisiert er die institutionelle Garantie, die er in Richtung einer Bestandsgarantie weiterentwickelt. Den Gesetzgeber trifft demnach die Verpflichtung, die gesetzlichen Rahmenbedingungen so auszugestalten, dass (erstens) eine den Grundsätzen des Art I Abs 2 Satz 2 BVG Rundfunk entsprechende öffentlich-rechtliche Rundfunkveranstaltung gewährleistet ist, ebenso wie (zweitens), damit nach dem Konzept des BVG Rundfunk untrennbar zusammenhängend, „die institutionelle Verpflichtung, diese Programmveranstaltung durch einen öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter zu organisieren“.

So deutlich hat der VfGH dies bisher nicht ausgesprochen: Der Gesetzgeber muss zwingend einen öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter einrichten. Zwar könnte man auch das Finanzierungserkenntnis bereits in diese Richtung verstehen, denn welchen Sinn hätte eine Finanzierungsverpflichtung, wenn es keine Verpflichtung gäbe, auch eine Institution einzurichten, die finanziert werden muss? Allerdings wäre es auch denkbar, eine Finanzierungsverpflichtung nicht an der Institution, sondern an den zu finanzierenden Leistungen (Inhalten) festzumachen. So könnte man etwa ohne Einrichtung eines dezidiert öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalters die Herstellung bestimmter Programminhalte durch private Anbieter finanzieren, um auf diese Weise – verbunden mit entsprechenden gesetzlichen Vorgaben – zu gewährleisten, dass „materiell“ öffentlich-rechtlicher Rundfunk geboten wird. Mit dem nun ergangenen Gremienerkenntnis ist dieser Weg jedoch verbaut: Das BVG Rundfunk verlangt, so sieht es der VfGH, nicht nur die Veranstaltung öffentlich-rechtlicher Rundfunkprogramme, es verlangt auch die Einrichtung eines öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalters.²¹⁾

C. Funktionsadäquate Stellung

Da eine Bestandsgarantie für eine Einrichtung nichts wert ist, wenn nicht zumindest auch der Kern dessen festgelegt wird, das Bestand haben soll, verlangt der VfGH, dass dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk eine „funktionsadäquate Stellung“ zukommt. Dieser Begriff wird im Erkenntnis nicht näher erklärt oder definiert, aber man kann versuchen, sich einer Definition ein wenig anzunähern.

So ist aus dem Erkenntnis abzuleiten, dass die Garantie einer funktionsadäquaten Stellung insb bedeutet, dass der Rundfunkveranstalter „umfassend die Freiheit des öffentlichen Diskurses im Wege des Rundfunks gewährleisten“ muss²²⁾ und dass es bei den Gestaltungsvorgaben auf „die demokratische und kulturelle Bedeutung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der Gesamtrundfunkordnung“ ankommt.²³⁾

Allfällige Änderungen der Aufgabenstellung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks (also Änderungen des öffentlich-rechtlichen Auftrags), die grundsätzlich einfachgesetzlich möglich sind, müssen – ebenso wie Änderungen der Struktur oder der personellen und infrastrukturellen Ausstattung – diese verfassungsrechtlichen Grenzen beachten. Änderungen, durch die der öffentlich-rechtliche Rundfunk seine Bedeutung für den öffentlichen Diskurs verlieren

²¹⁾ Die vom VfGH postulierte Bestandsgarantie für einen öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter bedeutet nicht zwingend eine Bestandsgarantie des ORF; theoretisch könnte diese Aufgabe auch einem anderen, erst einzurichtenden Veranstalter übertragen werden.

²²⁾ Vgl Rn 61 im Gremienerkenntnis und Rn 37 im Finanzierungserkenntnis.

²³⁾ Vgl Rn 62 im Gremienerkenntnis und Rn 45 im Finanzierungserkenntnis; s auch Rn 23 des Finanzierungserkenntnisses, wo auf „die demokratische und kulturelle Aufgabe des öffentlich-rechtlichen Rundfunks“ abgestellt wird.

oder die ihm seine demokratische und kulturelle Bedeutung nehmen könnten, würden den verfassungsrechtlichen Rahmen, den das BVG Rundfunk und Art 10 EMRK setzen, überschreiten.

Um etwas konkreter zu werden: Die Beschränkung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks auf eine schlichte Basisversorgung (Stichwort: „Grundfunk“), die etwa wesentliche Teile des aktuellen Programmauftrags (beispielsweise ganze Segmente wie Unterhaltung oder Sport) ausklammert, wäre mit diesen Vorgaben nicht vereinbar. So wäre zB auch ein reiner „Informationssender“ schon deshalb nicht mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbar, weil dieser mE nicht jene Bedeutung im öffentlichen Diskurs – und damit in der Gesamtgesellschaft – haben könnte, wie sie der VfGH in seinem Erkenntnis voraussetzt. Überhaupt scheint mir jede Wegnahme wesentlicher Elemente des Kernauftrags mit der Gefahr der Verfassungswidrigkeit bedroht. Eine definitive Liste für ein „Mindestangebot“, das gewährleistet sein muss, um dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk seine funktionsadäquate Stellung einzuräumen, lässt sich mE allerdings nicht festlegen, da sich dies auch mit der Entwicklung des gesamten Medienmarkts – einschließlich des privaten Angebots – ändern kann und wird.

III. Wozu das Erkenntnis schweigt

A. Ausgewählte Bestellungsmechanismen

„Der Verfassungsgerichtshof hat den Großteil der Besetzungsmechanismen bestätigt“, meinte der ORF-Stiftungsratsvorsitzende in einem Interview nach Zustellung des Gremienerkenntnisses.²⁴⁾ Angesichts des Umstands, dass die Verfassungswidrigkeit die Hälfte jener Stiftungsratsmitglieder betrifft, gegen deren Bestellung in der Anfechtung Bedenken vorgebracht worden waren, und mehr als die Hälfte aller Publikumsratsmitglieder (bzw alle Publikumsratsmitglieder, gegen deren Bestellung Bedenken vorgebracht worden waren), ist dies eine sehr zweckoptimistische Ansicht. Aber es ist durchaus einzuräumen, dass der VfGH in seinem Erkenntnis zu einigen Bestellungsverfahren (und auch zu anderen in der Anfechtung angesprochenen Themen) schweigt, und zwar aus unterschiedlichen Gründen.

Zunächst gilt: Die Grenzen des Antrags sind auch die Grenzen der Entscheidungskompetenz des VfGH; dies betrifft sowohl die angefochtenen Bestimmungen als auch die geltend gemachten verfassungsrechtlichen Bedenken.

So hatte die bgld LReg in ihrem Antrag keine Bedenken gegen die Bestellung von fünf Stiftungsratsmitgliedern durch den **Zentralbetriebsrat** geäußert, und ebenso wenig gegen die Bestellung der **Publikumsratsmitglieder nach § 28 Abs 3 ORF-G**.²⁵⁾ Es ist nachvollziehbar, dass die antragstellende LReg weder die Belegschaftsvertretung noch Sozialpartner oder Kirchen angreifen wollte.

Die Bestellung der Publikumsratsmitglieder nach § 28 Abs 3 ORF-G wurde daher vom VfGH nicht geprüft – dass diese jedenfalls verfassungskonform wäre, kann man also aus dem Erkenntnis nicht ableiten. Es ist keineswegs gesichert, dass die in dieser Bestimmung vorgenommene Auswahl bestellender Einrichtungen – etwa die Beschränkung der Vertreter von

²⁴⁾ Zit nach <https://www.derstandard.at/story/3000000200828/stiftungsratschef-lockl-fair-dass-alle-beitrag-leisten-die-orf-nutzen> (Stand 24. 4. 2024).

²⁵⁾ Dies betrifft die Bestellung von (insg 13) Publikumsratsmitgliedern durch die Sozialpartner, die römisch-katholische und die evangelische Kirche, die politischen Akademien der Parteien und die Akademie der Wissenschaften.

Religionsgemeinschaften auf die römisch-katholische und die evangelische Kirche²⁶⁾ – einer Prüfung durch den VfGH standhielte. Freilich wird man eine verlässlichere Beurteilung erst dann vornehmen können, wenn die Neuregelung der Bestellung auch der weiteren Publikumsratsmitglieder und damit die gesamte neue Zusammensetzung des Publikumsrats bekannt ist.²⁷⁾

Recht zurückhaltend war der Antrag der bgld LReg – aus wohl naheliegenden Gründen – hinsichtlich der **von den Ländern bestellten Mitglieder des Stiftungsrats** ausgefallen. Diesbezüglich war lediglich allgemein die Bestellung durch staatliche Organe gerügt worden, sodass es dem VfGH leicht gemacht wurde, sich dazu auf die knappe Begründung zu beschränken, dass einerseits die Bestellung durch oberste staatliche Organe grundsätzlich zulässig ist und andererseits bei den von den Ländern bestellten Mitgliedern noch „ein Aspekt föderaler Vielfalt“ hinzukomme. Eine durchaus wünschenswerte nähere Auseinandersetzung mit diesem Teil des Bestellvorgangs – etwa zur Frage, nach welchen Kriterien die von den Ländern bestellten Mitglieder auszuwählen wären oder ob durch Kooperations- oder Koordinationsmechanismen zwischen den Ländern weiteren Pluralitätsanforderungen Rechnung getragen werden könnte – ist im Erkenntnis unterblieben.²⁸⁾

Kompetenzrechtlich²⁹⁾ ist es jedenfalls nicht geboten, in dem (ausschließlich) vom Bund einzurichtenden öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter den Ländern eine derart starke Stellung im zentralen Aufsichtsgremium einzuräumen. Weil das Erkenntnis die Zahl der von der BReg zu bestellenden Mitglieder indirekt³⁰⁾ limitiert und es zudem realpolitisch kaum vorstellbar ist, die Zahl der von den Ländern zu bestellenden Mitglieder auf weniger als neun zu reduzieren, führt die Bestätigung der Bestellung von neun Stiftungsratsmitgliedern durch die Länder im Ergebnis entweder zu einer deutlichen Stärkung der Stellung der Länder im ORF oder zu einer weiteren Aufblähung des Stiftungsrats, der mit 35 Mitgliedern ohnehin bereits weit größer ist, als es etwa für einen – von der Funktion her vergleichbaren – Aufsichtsrat einer AG zulässig wäre.³¹⁾

B. Staatsferne

Eine Auseinandersetzung mit dem in der deutschen Rechtsprechung entwickelten, aus Art 5 GG abgeleiteten Konzept der gebotenen „Staatsferne“ des öffentlich-rechtlichen Rundfunks³²⁾ ist dem Gremienkenntnis nicht zu entnehmen. Die umfangreichen Ausführungen zur Staatsferne im Normenkontrollantrag der bgld LReg greift der VfGH im Erkenntnis nicht

²⁶⁾ Obgleich sich ein größerer Teil der Bevölkerung zur orthodoxen Kirche (4,9%) oder zum Islam (8,3%) als zur evangelischen Kirche (3,8%) bekennt (Statistik Austria, Pressemitteilung: 12.813 – 111/22).

²⁷⁾ Wobei es mE ratsam wäre, den gesamten Bestellmodus für den Publikumsrat – also unter Einbeziehung des nicht aufgehobenen § 28 Abs 3 ORF-G – neu zu regeln, um eine ausgewogene Auswahl sicherzustellen.

²⁸⁾ Das Erk nimmt den Gesetzgeber zwar in die Pflicht, hinsichtlich der von der BReg zu bestellenden Mitglieder Anforderungen festzulegen, die eine Vielfalt im Stiftungsrat bewirken sollen, für die Länder – die sich diesbezüglich abstimmen könnten oder denen nach deutschem Muster (s Abschnitt IV.) jeweils ein bestimmter Vertretungsbereich zugeordnet werden könnte – wird eine derartige Vielfaltsverpflichtung hingegen nicht vorgegeben.

²⁹⁾ Vgl VfSlg 2721/1954.

³⁰⁾ Durch Verknüpfung mit der Zahl der vom Publikumsrat zu bestellenden Mitglieder.

³¹⁾ Vgl die in § 86 AktG festgelegte Höchstzahl von 20 Mitgliedern für den Aufsichtsrat einer AG.

³²⁾ Vgl insb BVerfG 25. 3. 2014, 1 BvF 1/11 BVerfGE 136, 9; s auch *Grabenwarter*, Art 5 GG, in *Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg), Grundgesetz Kommentar I (85. Lfg 2018) Rz 830–834.

auf; das Wort „staatsfern“ erwähnt er nur zweimal in etwas anderem Zusammenhang.³³⁾ Damit wird deutlich, dass der VfGH, dem die Orientierung an deutschen rundfunkrechtlichen Konzepten (etwa zur Funktionsgerechtigkeit oder zur Finanzierungsverantwortung) sonst der Sache nach nicht fremd ist, das Konzept der „Staatsferne“ nicht auf Österreich übertragen möchte.³⁴⁾

Der Gedanke der Staatsferne bleibt damit nicht gänzlich unbeachtet und mag im Hinblick auf die gebotene pluralistische Zusammensetzung des Publikumsrats eine gewisse Bedeutung haben, die Bestellung von Organmitgliedern durch staatliche Organe begegnet beim VfGH aber keinen grundsätzlichen Bedenken, da in Verbindung mit den Unvereinbarkeitsregelungen, dem Unabhängigkeitsgebot und den – aufgrund des Erkenntnisses noch zu schaffenden – Auswahlkriterien nach Ansicht des VfGH die Unabhängigkeit ausreichend gesichert werden kann.

Der VfGH bleibt in seinem Erkenntnis bei einer rein formalen Betrachtung: Geprüft wurde die Bestellung durch einzelne Organe, wobei es im Ergebnis darum geht, ob der BReg bzw dem Bundeskanzler ein Übergewicht zukommt. Keine Rolle spielte in diesem Fall, ob „staats- oder regierungsnahen Personen“ in den solcherart bestellten Gremien ein Übergewicht zukommt. Die bgld LReg hatte in ihrem Antrag auch dargelegt, dass etwa durch Zusammenrechnung von Stiftungsratsmitgliedern, die auf Parteivorschlag und solchen, die allein von der BReg bestellt werden, faktisch ein Übergewicht der Regierung entsteht.

Diese Fragen waren aber für das vom VfGH erzielte Ergebnis nicht zwingend relevant, da bereits das formale Übergewicht der von der BReg bzw dem Bundeskanzler zu bestellenden Gremienmitglieder den Ausschlag für die Aufhebung gegeben hat. Dass ein „Zusammenrechnen“ von partei- oder regierungsnahen Mitgliedern nicht gegebenenfalls doch relevant sein könnte, würde ich daher dem Erkenntnis nicht entnehmen. In der Idealwelt des VfGH freilich sollte sich diese Frage nach der „Reparatur“ der aufgehobenen Bestimmungen nicht (mehr) stellen, weil für die von der BReg bzw vom Bundeskanzler zu bestellenden Mitglieder besondere Kriterien bzw Auswahlregeln zur Gewährleistung der Pluralität festzulegen sein werden.

C. Freundeskreise

Der VfGH schweigt auch – zumindest vordergründig – zur Frage der „Freundeskreise“. Diese sind im Gesetz nicht verankert, und so kann der VfGH auch keine gesetzliche Bestimmung dazu prüfen und gegebenenfalls aufheben. Meines Erachtens spricht rechtlich de lege lata auch tatsächlich nichts gegen die Vorberatung von Gremiensitzungen in kleineren Gruppen von Gremienmitgliedern, selbst wenn sich diese entlang politischer Naheverhältnisse bilden. Fraglich ist jedoch, ob man auf Dauer die Augen vor der faktischen Situation verschließen kann, dass diesbezüglich jedenfalls in der Vergangenheit der Eindruck entstand, dass die Freundeskreise nicht nur der internen Vorbesprechung dienen, sondern darin auch unter

³³⁾ Zunächst in einem Hinw auf die Möglichkeit der Rückkoppelung an „beispielsweise Vorschlagsrechte staatsferner Einrichtungen“ (Rn 67) und ein weiteres Mal im Zusammenhang mit der Bestellung von Mitgliedern des Stiftungsrats durch den Publikumsrat als nicht-staatliches Organ, in der er einen „Ausdruck des Gedankens der Staatsferne“ erkennt (Rn 74).

³⁴⁾ Zu einer näheren Begründung, weshalb die angelegten Maßstäbe von BVerfG und VfGH einander in weiten Teilen dennoch gleichen s *Lukan*, Unabhängigkeit, Pluralismus und Staatsferne des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Österreich, Graz Law Working Paper Nr 01 – 2024, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4733967, 12 (Stand 24. 4. 2024).

Beziehung von Personen (aus der Politik), die dem Gremium nicht angehören,³⁵⁾ Verhaltensweisen abgestimmt werden. Dies ist allerdings kein Thema, das vom VfGH in der abstrakten Normenkontrolle abgehandelt werden kann, sondern gegebenenfalls eine Frage der Vollziehung des ORF-G.

Das Schweigen des VfGH zu den Freundeskreisen ist aber nicht vollständig: So weist er in Rn 66 des Erkenntnisses darauf hin, dass „*die Gremien nicht einseitig durch faktisch oder rechtlich zu einer Gruppe verbundene Personen dominiert werden dürfen*“, was als deutlicher Ordnungsruf in Richtung der Freundeskreise verstanden werden kann. Und weiters weist der VfGH in Rn 80 darauf hin, dass die Verschwiegenheitsverpflichtung der Mitglieder des Stiftungsrats in § 19 Abs 4 ORF-G „*insbesondere auch gegenüber den sie bestellenden oder vorschlagenden Organen bzw. Einrichtungen*“ besteht. Dies ist als Hinweis (auch) an die Freundeskreise zu sehen, dass eine Beratung von Gremiumsangelegenheiten im Beisein politischer Funktionäre jedenfalls nicht zulässig ist. Der VfGH ist also keineswegs blind gegenüber den Freundeskreisen, sie waren im konkreten Fall allerdings nicht entscheidend.

IV. Ein Blick nach Deutschland

Die „Staatsferne“-Diskussion zum öffentlich-rechtlichen Rundfunk nahm ihren Ausgang in Deutschland. Dort hat das BVerfG aus Art 5 GG eine Verpflichtung zur „hinreichenden Staatsferne“ des öffentlich-rechtlichen Rundfunks abgeleitet und in seinem Urteil zum ZDF-Staatsvertrag³⁶⁾ festgehalten, dass die Zusammensetzung der Aufsichtsgremien der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten am Gebot der Vielfaltsicherung auszurichten ist. Das BVerfG hat dem Gesetzgeber auch recht konkrete Vorgaben gemacht: Es sind Personen mit möglichst unterschiedlichen Perspektiven und Erfahrungshorizonten aus allen Bereichen des Gemeinwesens einzubeziehen, neben großen, das öffentliche Leben bestimmenden Verbänden müssen „*untereinander wechselnd*“ auch kleinere Gruppierungen Berücksichtigung finden und es müssen auch „*nicht kohärent organisierte Perspektiven abgebildet werden*“, was eine durchaus schwierige Aufgabe darstellt. Jedenfalls muss der Einfluss der staatlichen und staatsnahen Mitglieder in den Aufsichtsgremien konsequent begrenzt werden und deren Anteil darf insgesamt ein Drittel der Mitglieder des jeweiligen Gremiums nicht übersteigen. Vertreter der Exekutive dürfen auf die Auswahl der staatsfernen Mitglieder keinen bestimmenden Einfluss haben.

Der infolge dieses Urteils geänderte ZDF-Staatsvertrag versucht diesen Vorgaben gerecht zu werden. Im – nur zwölf Personen umfassenden – Verwaltungsrat werden vier Mitglieder von den Ländern³⁷⁾ „einmütig“ bestellt, die weiteren acht Personen werden vom Fernsehrat mit einer Mehrheit von drei Fünfteln gewählt (wobei die staatlichen Fernsehratsmitglieder nicht wählbar sind). Der deutlich größere Fernsehrat besteht aus 60 Mitgliedern, wobei wiederum

³⁵⁾ Vgl dazu den Bescheid der KommAustria v 1. 6. 2012, KOA 11.400/12-011, der sich mit möglichen Absprachen von Freundeskreisen mit nicht dem Stiftungsrat angehörenden Personen beschäftigte, wobei jedoch auf Tatsachenebene nicht festgestellt werden konnte, dass es solche „*Absprachen oder Termine mit nicht dem Stiftungsrat angehörigen Personen gegeben hat*“.

³⁶⁾ BVerfG 25. 3. 2014, 1 BvF 1/11 BVerfGE 136, 9.

³⁷⁾ Kompetenzrechtlich ist Rundfunk in Deutschland im Gegensatz zu Österreich Ländersache. Auffallend ist, dass dem Bund in Deutschland eine deutlich schwächere Rolle in den Gremien eingeräumt wird als – bei umgekehrter Kompetenzlage – den Ländern in Österreich.

das vom BVerfG erlaubte Drittel staatlicher Vertreter voll ausgeschöpft wird.³⁸⁾ Die weiteren Fernsehratsmitglieder kommen aus einer Vielzahl unterschiedlicher Einrichtungen oder Bereichen, wobei einerseits bestimmte Einrichtungen ausdrücklich genannt sind (vom Deutschen Olympischen Sportbund bis zur Vereinigung der Opfer des Stalinismus) und andererseits den Ländern jeweils ein Bereich zugeordnet ist, aus dem sie einen Vertreter zu entsenden haben: So hat zB Berlin einen Vertreter aus dem Bereich „Internet“ zu bestellen oder Hamburg einen Vertreter aus dem Bereich „Musik“.

Die Situation in Deutschland ist mit der österr nicht direkt zu vergleichen: zum einen aufgrund der unterschiedlichen Gremienstruktur (und der unterschiedlichen Aufgabenverteilung zwischen den Gremien), zum anderen weil Deutschland den Weg gegangen ist, Staatsferne – entsprechend der BVerfG-Rechtsprechung – durch eine zahlenmäßige Begrenzung „staatlicher“ Gremiumsmitglieder umzusetzen, während Österreich, dem VfGH folgend, die staatliche Bestellung auch der Mehrzahl der Gremienmitglieder nicht zwingend ändern muss, sofern nähere Kriterien für die Auswahl und strenge Unvereinbarkeitsbestimmungen festgelegt werden. Diese Unterschiede hindern es freilich nicht, von Deutschland zu lernen, etwa bei der möglichen Zuordnung bestimmter Vertretungsbereiche zu den einzelnen Ländern oder bei einer Reduzierung der Ländervertreter im Verwaltungsrat (in Österreich Stiftungsrat) durch eine Verpflichtung zur einmütigen Bestellung.

V. EGMR

Der VfGH stützt sich in seinem Gremienkenntnis, wie bereits beim Finanzierungserkenntnis, nicht nur auf das BVG Rundfunk, sondern auch auf Art 10 EMRK.³⁹⁾ Es liegt daher nahe, auch in der EGMR-Rechtsprechung nach Anhaltspunkten zu suchen, die für oder allenfalls auch gegen das Ergebnis des VfGH sprechen. Der VfGH selbst zitiert nur das Urteil *Manole*,⁴⁰⁾ aus dessen Abs 98 der Grundgedanke abzuleiten ist, dass die Organisation der kollegialen Leitungsorgane des öffentlich-rechtlichen Rundfunks „*einem gewissen Pluralismusgebot dahingehend Rechnung zu tragen hat, dass diese Gremien nicht einseitig durch faktisch oder rechtlich zu einer Gruppe verbundene Personen dominiert werden dürfen*“. Der VfGH leitet diesen Grundsatz jedoch nicht allein aus dem Urteil *Manole* ab, sondern zuvor schon unmittelbar aus Art I Abs 2 Satz 2 BVG Rundfunk. Der EGMR-Rechtsprechung kommt daher im Erkenntnis keine tragende Bedeutung zu.

Neben dem Urteil *Manole* ist aus der Rechtsprechung des EGMR allenfalls noch das in der Großen Kammer ergangene Urteil *Centro Europa 7*⁴¹⁾ zu nennen, das zwar keinen öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstalter betraf, aber die aus Art 10 EMRK resultierende positive staatliche Verpflichtung zur Schaffung eines Rechtsrahmens betonte, der effektive Medienvielfalt garantiert. Der EGMR hielt darin fest, dass der Staat in einem so empfindlichen Sektor wie jenem der audiovisuellen Medien zusätzlich zu seiner negativen Pflicht, Eingriffe

³⁸⁾ Die 20 staatlichen Vertreter werden von den Ländern (16), dem Bund (2), dem Deutschen Landkreistag (1) und abwechselnd vom Deutschen Städtetag oder vom Deutschen Städte- und Gemeindebund (1) entsandt. Bemerkenswert ist, dass die staatlichen Vertreter in der Regel hohe Funktionsträger sind (zB Staatsminister, Staatssekretäre oder Abgeordnete); Inkompatibilitätsregeln bestehen nur für die nichtstaatlichen Mitglieder.

³⁹⁾ Der VfGH betont dabei auch (seit VfSlg 20.500/2021), dass das BVG Rundfunk und Art 10 EMRK „über Art 10 Abs 1 Satz 3 EMRK verbunden“ sind; s im Gremienkenntnis Rn 61.

⁴⁰⁾ EGMR 17. 9. 2009, 13.936/02, *Manole ua*.

⁴¹⁾ EGMR (GK) 7. 6. 2012, 38433/09, *Centro Europa 7 S.r.l. und Di Stefano*.

zu unterlassen, auch eine positive Verpflichtung hat, einen angemessenen gesetzlichen und administrativen Rahmen zu schaffen, um effektive Vielfalt zu gewährleisten.⁴²⁾

Daneben ist anzumerken, dass der EGMR in gänzlich anderem Zusammenhang, nämlich im Hinblick auf die Möglichkeit von öffentlich-rechtlichen Rundfunkveranstaltern, selbst als Opfer einer behaupteten EMRK-Verletzung vor dem EGMR Beschwerde zu führen, bereits mehrfach über die Frage zu entscheiden hatte, ob ein öffentlich-rechtlicher Rundfunkveranstalter als Regierungsorganisation anzusehen ist (und damit nicht beschwerdeberechtigt wäre). Er hat das für den ORF – übrigens entgegen dem Vorbringen Österreichs – ebenso verneint⁴³⁾ wie jüngst im Hinblick auf den kroatischen öffentlich-rechtlichen Rundfunk HRT.⁴⁴⁾ Dass ein öffentlich-rechtlicher Rundfunkveranstalter idS keine Regierungsorganisation ist, heißt jedoch nicht, dass dessen Organisation auch den Anforderungen des Art 10 EMRK entspricht.

VI. Europäisches Medienfreiheitsgesetz

Das Europäische Medienfreiheitsgesetz (EMFA) ist nunmehr kundgemacht und wird ab 8. 8. 2025 in Geltung stehen.⁴⁵⁾ Art 5 dieser VO enthält auch (ausdrücklich so bezeichnete) „Schutzvorkehrungen für die unabhängige Funktionsweise öffentlich-rechtlicher Mediendiensteanbieter“. Demnach müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass öffentlich-rechtliche Mediendiensteanbieter „redaktionell und funktional unabhängig sind“ und ihrem Publikum „auf unparteiische Weise eine Vielzahl von Informationen und Meinungen bieten“. Für die Ernennung und Entlassung der Geschäftsführung und die Mitglieder des geschäftsführenden Gremiums – nicht aber für die Mitglieder der Aufsichtsgremien – enthält die VO zudem die Verpflichtung, transparente, offene, wirksame und nichtdiskriminierende Verfahren vorzusehen sowie dafür auch transparente, objektive, nichtdiskriminierende und verhältnismäßige Kriterien vorab festzulegen.⁴⁶⁾

Die Anforderungen des EMFA sind mit den sich aus dem Gremienerkenntnis des VfGH ergebenden Anforderungen ohne Weiteres kompatibel. Sie weisen insoweit über die bestehende österr Rechtslage hinaus, als derzeit keine expliziten Kriterien und Verfahren für die Bestellung und Enthebung des Generaldirektors bestehen, erfordern aber darüber hinaus nur wenige und eher geringfügige Anpassungen im ORF-G. Die besondere Bedeutung des EMFA im hier vorliegenden Zusammenhang liegt allerdings nicht in einer allfälligen Schärfung der Vorgaben für die Unabhängigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, sondern im Um-

⁴²⁾ EGMR (GK) 7. 6. 2012, 38433/09, *Centro Europa 7 S.r.l. und Di Stefano*, Abs 134.

⁴³⁾ EGMR 7. 12. 2006, 35841/02, *Österreichischer Rundfunk*; in Abs 38 des Urteils wird das bemerkenswerte österr Vorbringen dargelegt: „The Government asserted that the applicant was, since 2001, a public law foundation without an owner. Nevertheless, it was under State control: the majority of the members of the Foundation Council, namely 18 out of 35, were appointed by the Federal Government and the Länder. Consequently, the public authorities were in a position to exercise a direct or indirect dominant influence on the applicant company [...]“

⁴⁴⁾ EGMR 2. 3. 2023, 52132/19 ua, *Croatian Radio-Television*.

⁴⁵⁾ Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines gemeinsamen Rahmens für Mediendienste im Binnenmarkt (Europäisches Medienfreiheitsgesetz) und zur Änderung der RL 2010/13/EU; ABl L 2024/1083 v 17. 4. 2024.

⁴⁶⁾ Weiters enthält Art 5 EMFA eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Einrichtung von Verfahren zur Finanzierung öffentlich-rechtlicher Mediendiensteanbieter, die sicherstellen müssen, dass diese über angemessene, nachhaltige und vorhersehbare finanzielle Mittel für die Erfüllung ihres Auftrags verfügen. Schließlich haben die Mitgliedstaaten auch unabhängige Behörden einzurichten, um die Einhaltung dieser Bestimmungen zu überwachen.

stand, dass damit die Organisationsvorgaben für den ORF erstmals unmittelbar in den Anwendungsbereich des Unionsrechts einbezogen werden. Somit wird die einfachrechtliche Ausgestaltung des österr öffentlich-rechtlichen Rundfunks nicht nur doppelt verfassungsrechtlich (BVG Rundfunk und Art 10 EMRK) eingeehgt, sondern zusätzlich auch noch mit einer unionsrechtlichen Umzäunung umgeben, für deren Effektivierung alle innerstaatlichen Behörden und Gerichte verantwortlich sind. Letztlich wird der EuGH diese neuen Bestimmungen auslegen und damit an die Seite des nationalen Verfassungsgerichts als Hüter der Unabhängigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks treten.

VII. Rechtsdurchsetzung

Gerade vor dem Hintergrund des unionsrechtlichen Effektivitätsgebots wird es nach Wirksamwerden des EMFA nicht reichen, Unabhängigkeitsvorschriften im Gesetz zu haben, sondern es ist auch sicherzustellen, dass diese durchgesetzt werden können.

Der VfGH thematisiert die Rechtsdurchsetzung in seinem Erkenntnis nur in einem Zusammenhang: Er erwähnt, dass die Bestellung (nur) der Stiftungsratsmitglieder durch den Publikumsrat der Rechtsaufsicht der KommAustria unterliegt. Dies ist wohl als impliziter Hinweis darauf zu verstehen, dass die sonstigen Bestellsakte (etwa die Bestellung von Publikumsratsmitgliedern nach § 28 Abs 3 ORF-G unmittelbar durch eine darin genannte Einrichtung und die Bestellung von Stiftungsratsmitgliedern durch die BReg auf Vorschlag einer Partei oder durch die Länder) keiner unmittelbaren rechtsförmigen Kontrolle unterliegen.⁴⁷⁾ Da der VfGH aber wesentliche Teile der Bestellungsregeln – insb § 28 Abs 6 Satz 1 ORF-G und § 20 Abs 1 Satz 1 Z 1 3 und 4 sowie Teile des § 20 Abs 2 ORF-G – aufgehoben hat, war er auch nicht mehr aufgerufen, darüber abzusprechen, ob die Bestellungsregeln allenfalls wegen mangelnder Effektivierungsmöglichkeit nicht geeignet sind, die verfassungsrechtlich gebotene Unabhängigkeit des ORF zu sichern.

Folgt man nämlich der Ansicht, wonach die KommAustria zur Überprüfung der Bestellsakte (mit Ausnahme der vom Publikumsrat vorzunehmenden Bestellung von Stiftungsratsmitgliedern) nicht zuständig ist, zeigt sich eine gravierende Rechtsschutzlücke. Werden Personen bestellt, die den im Gesetz festgelegten Anforderungen nicht entsprechen oder die zB nicht von vorschlagsberechtigten Einrichtungen vorgeschlagen wurden, so kann dies nicht im Rechtsmittelweg überprüft werden und bringt das Risiko mit sich, dass gegebenenfalls Gremienbeschlüsse, die unter Mitwirkung rechtswidrig bestellter Mitglieder gefasst wurden, nichtig oder vernichtbar sind. Jedenfalls wenn im Bestellungsprozess gravierende Fehler unterlaufen,⁴⁸⁾ wird man den jeweiligen Bestellsakt als unmittelbar nichtig ansehen müssen, sodass die davon betroffenen Personen bei den Gremiensitzungen nicht zuzulassen wären;

⁴⁷⁾ Dasselbe wird auch im Hinblick auf die vom VfGH nun aufgehobenen Bestimmungen zur Bestellung von Stiftungsratsmitgliedern durch die BReg und den Publikumsrat sowie von Publikumsratsmitgliedern durch den Bundeskanzler anzunehmen sein. IdS hat mittlerweile auch das BVwG zwei Beschwerden gegen Bescheide der KommAustria, mit denen Beschwerden gegen die von der Medienministerin vorgenommene Bestellung von Publikumsratsmitgliedern zurückgewiesen worden waren, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das Gremienerkenntnis des VfGH abgewiesen: BVwG 5. 3. 2024, W271 22661656-1/18E, und 5. 3. 2024, W271 2266166-1/10E, ua.

⁴⁸⁾ ZB wenn die BReg trotz Vorschlags einer Partei nicht diesen Vertreter, sondern den Vertreter einer anderen Partei bestellt, oder wenn – wie es zuletzt vorgekommen ist – die Medienministerin Personen bestellt, die von nicht für den jeweiligen Vertretungsbereich repräsentativen Einrichtungen vorgeschlagen wurden; s dazu im Detail *Lehofer*, ORF-Publikumsrat: Gremium mit beschränkter Repräsentativität (29. 4. 2022), <https://blog.lehofer.at/2022/04/publikumsrat.html> (Stand 24. 4. 2024).

allenfalls dennoch in ihrem Beisein getroffene Beschlüsse wären rechtswidrig zustande gekommen und (zumindest) anfechtbar.⁴⁹⁾

Es spricht daher viel dafür, bei der nach dem VfGH-Erkenntnis nun ohnehin vorzunehmenden Neuregelung auch die Frage der wirksamen Rechtskontrolle mit zu bedenken. Gerade wenn – dem VfGH-Erkenntnis folgend – neue Auswahlkriterien für die Bestellung von Stiftungsratsmitgliedern durch die BReg oder von Publikumsratsmitgliedern durch den Bundeskanzler festgelegt werden,⁵⁰⁾ kann man nicht darauf verzichten, auch sicherzustellen, dass die Einhaltung dieser Anforderungen gegebenenfalls (im Bedarfsfall auch: gerichtlich) durchgesetzt werden kann.⁵¹⁾

VIII. Ausblick: Reparatur

Beim Ausblick auf die nach dem Erkenntnis notwendige „Gesetzesreparatur“ stellt sich zunächst die Frage, was geschieht, wenn keine rechtzeitige Neuregelung erfolgt. Der VfGH weist dazu ausdrücklich darauf hin, dass die Funktionsperiode der Gremien jedenfalls so lange dauert, bis das neu bestellte Gremium zusammentritt und dass, wenn von einem Organ keine Mitglieder bestellt werden, diese bei der Feststellung der Beschlussfähigkeit außer Betracht bleiben. Damit bleibt auch nach dem Ende der Aufhebungsfrist (31. 3. 2025) ein Mindestmaß an Funktionsfähigkeit der Gremien gewährleistet, wenngleich ein langsames „Abschmelzen“ nicht vermeidbar sein wird: Stiftungsratsmitglieder, die von der BReg oder vom Publikumsrat bestellt wurden, könnten, wenn sie aus welchen Gründen auch immer ausscheiden, nicht mehr nachbesetzt werden, ebenso wenig die vom Bundeskanzler bestellten Mitglieder des Publikumsrats. Im Extremfall würde der Stiftungsrat nur aus den neun Ländervertretern, den sechs Parteienvertretern und den fünf vom Zentralbetriebsrat bestellten Mitgliedern bestehen.

Für eine grundlegende Gremienreform dürfte der medienpolitische Gestaltungswille in der zu Ende gehenden Legislaturperiode nicht mehr ausreichen. Eine auf das absolut notwendige Minimum beschränkte Neuregelung sollte jedoch keine besonderen Probleme aufwerfen. Der einfachste Weg wäre die Anhebung der Zahl der vom Publikumsrat zu bestellenden Stif-

⁴⁹⁾ Eine Zuständigkeit der KommAustria zur Kontrolle solcherart zustande gekommener Beschlüsse hat diese verneint, was vom BVwG im oben (FN 47) zit Erk v 5. 3. 2024, W271 2266166-1/10E, ua, auch bestätigt wurde.

⁵⁰⁾ Wenn man überhaupt bei diesem Bestellungsmodus bleiben möchte, was ja keineswegs zwingend ist.

⁵¹⁾ Dabei könnte man insb daran denken, entweder eine bescheidmäßige Bestellung der Gremiumsmitglieder vorzusehen, sodass der verwaltungsgerichtliche Rechtsweg ohne Weiteres eröffnet wäre, oder die Bestellungsakte der BReg bzw des Bundeskanzlers im Wege einer Verhaltensbeschwerde nach Art 130 Abs 2 Z 1 (oder 4) B-VG an das BVwG gerichtlich überprüfbar zu machen. Das Recht zur Erhebung der Beschwerde könnte neben allenfalls übergangenen vorschlagenden Einrichtungen oder vorgeschlagenen Personen dem ORF selbst, anderen Organmitgliedern bzw einem bestimmten Quorum von Organmitgliedern sowie – in Anlehnung an die „Populärbeschwerde“ nach § 16 Abs 1 Z 1 lit b ORF-G – einer bestimmten Mindestanzahl von Personen eingeräumt werden (vgl etwa zur Beschwerdemöglichkeit übergangener vorschlagsberechtigter Vereinigungen bei der Bestellung von Mitgliedern der Volksgruppenbeiräte durch die BReg § 4 Abs 1 letzter Satz VoGrG). Als alternative Variante wäre eine Verfassungsbestimmung in Betracht zu ziehen, mit der die Rechtsaufsicht durch die KommAustria nach dem ORF-G auch auf die Bestellungsakte der BReg bzw des Bundeskanzlers erweitert wird, wobei in diesem Fall die Beschwerdebefugnis nach § 36 ORF-G im Wesentlichen unverändert gelassen werden könnte, allenfalls ergänzt durch die Verpflichtung der KommAustria, bei begründetem Verdacht, dass die Bestellungs Voraussetzungen nicht vorliegen, von Amts wegen vorzugehen.

tungsratsmitglieder auf neun, um der Anzahl der Ländervertreter und der Vertreter der BReg zu entsprechen.⁵²⁾ Dazu müssten Auswahlkriterien für die von der BReg zu bestellenden Stiftungsratsmitglieder und – wenngleich etwas abgeschwächt⁵³⁾ – auch für die vom Publikumsrat zu bestellenden Stiftungsratsmitglieder festgelegt werden.

In ähnlicher Weise wäre die Zahl der vom Bundeskanzler auszuwählenden Publikumsratsmitglieder entweder auf 13 abzusenken oder die Zahl der von in § 28 Abs 3 ORF-G genannten Einrichtungen zu entsendenden Mitglieder zu erhöhen; zugleich wären dem Bundeskanzler genauere Leitlinien für die von ihm vorzunehmende Auswahl vorzugeben. Schließlich wäre die Funktionsperiode der von der BReg, den Ländern und vom Publikumsrat zu bestellenden Stiftungsratsmitglieder zu fixieren. Wie bereits ausgeführt, halte ich es für geboten, auch die Frage der Rechtskontrolle im Hinblick auf die zu treffenden Auswahlentscheidungen gesetzlich eindeutig zu regeln.

Dass die Reparatur der vom VfGH aufgehobenen Bestimmungen relativ einfach möglich ist, bedeutet freilich nicht, dass der Gesetzgeber zwingend den einfachsten Weg einer derartigen Minimalregelung gehen müsste. Die sehr grundsätzlichen Aussagen des VfGH in seinem Erkenntnis könnten auch Anlass bieten, die Organisation des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Österreich ebenso grundsätzlich neu zu denken. Gerade die Zeit vor der nächsten Wahl – in der keine der Parteien sicher sein kann, welche Rolle ihr in der kommenden Legislaturperiode zukommt – böte zudem die Möglichkeit, die Gremienreform unter dem *Rawl'schen* „Schleier des Nichtwissens“ zu diskutieren.

Eines hat der VfGH jedenfalls deutlich gemacht: Der öffentlich-rechtliche Rundfunk wird bleiben – eine Abschaffung wäre verfassungsrechtlich ebenso wenig zulässig wie eine Unterstellung unter direkte staatliche Kontrolle. Neben die vom VfGH identifizierten Grenzen aufgrund des BVG Rundfunk und des Art 10 EMRK werden zudem in naher Zukunft auch die unionsrechtlichen Schranken treten, die sich aus dem Europäischen Medienfreiheitsgesetz ergeben.

⁵²⁾ Es scheint realpolitisch schwer vorstellbar, die Zahl der von der BReg zu bestellenden Mitglieder zu reduzieren, wenn nicht zugleich auch die Anzahl der Ländervertreter abgesenkt wird – was wiederum zur Folge hätte, dass nicht mehr jedes Land einen Vertreter im Stiftungsrat hätte (anzudenken wäre allerdings, nach deutschem Vorbild Vertreter jedes Landes im größeren Gremium – in Österreich also im Publikumsrat – vorzusehen und den Stiftungsrat zu verkleinern).

⁵³⁾ In Rn 97 des Gremienerkenntnisses schwächt der VfGH die Anforderungen für den Publikumsrat etwas ab: Vergleichbares wie für den Stiftungsrat gilt demnach *„grundsätzlich auch für die Bestellung von sechs Mitgliedern des Stiftungsrates durch den Publikumsrat“*, wobei zusätzlich für den Publikumsrat auch in Rechnung zu stellen sei, dass eine von ihm vorgenommene Bestellung der Rechtskontrolle durch die KommAustria unterliegt.