

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

14.01.2009

Geschäftszahl

2006/04/0241

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsidenten Dr. Gruber und die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Bayjones, Dr. Grünstäudl und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Eisner, über die Beschwerde des K in W, vertreten durch Dr. Michael Krüger Rechtsanwalt GmbH, 1010 Wien, Seilergasse 4/15, gegen den Bescheid des Bundeskommunikationssenates vom 15. November 2006, Zl. 611.951/0007-BKS/2006, betreffend Bestellung eines Direktors (mitbeteiligte Parteien: 1. Österreichischer Rundfunk - ORF, vertreten durch Korn Rechtsanwälte OG in 1040 Wien, Argentinierstraße 20/1/3 und 2. P. p.A. Österreichischer Rundfunk, 1136 Wien, Würzburggasse 30), nach der am 14. Jänner 2009 durchgeführten mündlichen Verhandlung, zu Recht erkannt:

Spruch**Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.**

Der Beschwerdeführer hat der belangten Behörde Aufwendungen in Höhe von EUR 57,40 und den mitbeteiligten Parteien Aufwendungen in Höhe von insgesamt 2.234,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Am 22. August 2006 wurde in der Wiener Zeitung u.a. die Stelle des technischen Direktors des ORF für die Funktionsperiode 1. Jänner 2007 bis 31. Dezember 2011 ausgeschrieben, unter den Bewerbern war auch der Beschwerdeführer. Über Vorschlag des Generaldirektors des ORF bestellte der Stiftungsrat am 21. September 2006 den Zweitmitbeteiligten zum technischen Direktor.

Gegen diese Bestellung erhob der Beschwerdeführer mit Schriftsatz vom 10. Oktober 2006 "Beschwerde nach § 36 Abs. 1 Z 1 lit a ORF-G" und führte dazu im Wesentlichen aus, der Zweitmitbeteiligte sei nur deshalb bestellt worden, weil er Teil eines "Personalpaketes" gewesen sei, das bereits bei der Wahl des Generaldirektors am 17. August 2006, somit vor der Ausschreibung der Stelle des technischen Direktors, festgestanden sei. Die Bestellung des Zweitmitbeteiligten habe sowohl gegen § 27 Abs. 2 ORF-G als auch gegen § 4 Abs. 1 Stellenbesetzungsgesetz verstoßen, wonach bei der Auswahl von Bewerbern die fachliche Eignung zu berücksichtigen bzw. maßgeblich sei. Zum Beweis dafür und für sein Vorbringen, dass die fachliche Qualifikation der Bewerber nach erfolgter Ausschreibung gar nicht geprüft worden sei, beantragte der Beschwerdeführer die Durchführung einer Verhandlung vor der belangten Behörde und die Vernehmung namentlich genannter Zeugen.

Mit dem angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde (und zwar ohne Durchführung der beantragten Verhandlung) die Beschwerde gemäß § 36 Abs. 1 Z. 1 lit. a in Verbindung mit § 27 Abs. 2 ORF-G ab.

In der Begründung gab sie die Stellungnahmen der Parteien des Verwaltungsverfahrens wieder: Die erstmitbeteiligte Partei habe als wesentliches Entscheidungskriterium in fachlicher Hinsicht hervorgehoben, dass der Zweitmitbeteiligte die Funktion des technischen Direktors bereits in den Jahren 1998 bis 2002 ausgeübt habe. Zwar habe auch der Beschwerdeführer diese Funktion bereits einmal inne gehabt, dies jedoch wesentlich kürzer und schon längere Zeit zurückliegend. Aber nicht nur die gesammelten Unternehmenserfahrungen sprächen deutlich zu Gunsten des Zweitmitbeteiligten, sondern auch der Umstand, dass sich dieser auf dem Gebiet der Organisation und Menschenführung bewährt habe, was bei einem Personalstand von rund 1000 Mitarbeitern besonders wichtig sei. Demgegenüber verkörpere der Beschwerdeführer nach Ansicht der erstmitbeteiligten Partei eher den Typus des Konsulenten und Experten und nicht so sehr des Koordinators und Organisators. Neben der fachlichen Eignung sei bei der Auswahl auch das "personalpolitische Gesamtkonzept" zu berücksichtigen gewesen sowie der Umstand, ob der Bewerber vertrauensvoll mit anderen Mitarbeitern

zusammenarbeiten könne. Auch dieses Kriterium spreche für den Zweitmitbeteiligten, wie dessen erfolgreiche Zusammenarbeit mit dem derzeitigen Generaldirektor in den Jahren 1998 bis 2002 gezeigt habe. Demgegenüber sei das seinerzeitige Dienstverhältnis mit dem Beschwerdeführer wegen "nicht überbrückbarer Auffassungsunterschiede im Direktorium" schon nach weniger als zwei Jahren aufgelöst worden.

Der Stiftungsrat der erstmitbeteiligten Partei habe gegenüber der belangten Behörde in einer gesonderten Stellungnahme darauf hingewiesen, dass er die Bestellung der Direktoren nur auf Vorschlag des Generaldirektors vornehmen könne. Der Generaldirektor habe in der betreffenden Sitzung des Stiftungsrates die fachlichen Gründe dargelegt, aus denen er die Bestellung des Zweitmitbeteiligten zum technischen Direktor vorschlage. Der Stiftungsrat habe sich den vom Generaldirektor dargelegten Gründen angeschlossen, es habe im Gremium keine Einwände gegen die Bestellung des Zweitmitbeteiligten gegeben.

Der Beschwerdeführer habe zu diesen Stellungnahmen repliziert, dass der Generaldirektor der erstmitbeteiligten Partei vor der Erstattung seines Vorschlages an den Stiftungsrat die persönliche Eignung des Beschwerdeführers gar nicht geprüft habe. Dies hätte nämlich ein Vorstellungsgespräch erfordert, das dem Beschwerdeführer trotz seines Ersuchens vom Generaldirektor nicht gewährt worden sei. Der Bestellvorgang des Stiftungsrates sei nach Ansicht des Beschwerdeführers auch deshalb rechtswidrig, weil der Stiftungsrat - auf Grund des Gesamtvorschlages des Generaldirektors - über die Bestellung sämtlicher Direktoren in Einem abgestimmt habe, und zwar in Unkenntnis der Fähigkeiten der einzelnen Bewerber.

In ihrer rechtlichen Beurteilung bejahte die belangte Behörde zunächst die Beschwerdelegitimation des Beschwerdeführers gemäß § 36 Abs. 1 Z. 1 lit. a ORF-G. Eine unmittelbare Schädigung im Sinne der genannten Bestimmung liege wegen der Nichtbestellung des Beschwerdeführers zum technischen Direktor im Bereich des Möglichen, ebenso die behauptete Verletzung des § 27 Abs. 2 ORF-G.

Was die Auswahlentscheidung angehe, so sei gemäß § 27 Abs. 2 ORF-G in erster Linie die fachliche Eignung zu berücksichtigen. Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (Hinweis auf VfSlg. 7716/1977 und 8320/1978) zur Vorgängerbestimmung des § 14 Abs. 2 Rundfunkgesetz sei bei mehreren Bewerbern die Auswahl derart zu treffen, dass der am besten geeignete Bewerber bestellt werde, wobei aber alle in Betracht kommenden Komponenten, die für diese Entscheidung von Relevanz sein können, zu berücksichtigen seien. Nach dieser Rechtsprechung könne bei der fachlichen Eignung etwa auch die Fähigkeit zur Menschenführung oder eine besondere organisatorische Fähigkeit berücksichtigt werden und neben der fachlichen Eignung darauf Bedacht genommen werden, ob sich die getroffene Personalentscheidung in das personalpolitische Gesamtkonzept einfüge. Schließlich könne die Personalentscheidung auch davon abhängen, ob die Inhaber anderer Stellen mit dem Bewerber voraussichtlich vertrauensvoll zusammen arbeiten werden können. Nach dieser Rechtsprechung werde daher bei Personalentscheidungen ein weiterer Spielraum eingeräumt.

Im vorliegenden Fall sei nicht erkennbar, dass sich die erstmitbeteiligte Partei nicht von objektiven Kriterien der genannten Art habe leiten lassen. So habe sie die Bestellung des Zweitmitbeteiligten zum technischen Direktor damit begründet, dass dieser nur wenige Jahre zurückliegend dieselbe Funktion erfolgreich bekleidet habe. Durch seine langjährige Tätigkeit und die volle Funktionsperiode als technischer Direktor habe der Zweitmitbeteiligte erheblich längere Erfahrungen auf dem Gebiet der Organisation und der Menschenführung als der Beschwerdeführer, sodass die Personalentscheidung sachlich begründet erscheine. Bei dieser Gesamtbetrachtung sei im Sinne der Judikatur auch zu berücksichtigen, dass sich der Zweitmitbeteiligte durch seine erfolgreiche Zusammenarbeit mit dem nunmehrigen Generaldirektor in der Vergangenheit in das personalpolitische Gesamtkonzept der erstmitbeteiligten Partei eingefügt habe. Wenn der Beschwerdeführer pauschal auf seine internationalen Erfahrungen verweise, so lege er nicht weiter dar, inwieweit diese die anderen Aspekte, die zu Gunsten des Zweitmitbeteiligten sprächen, überwiegen könnten. Nicht nachvollziehbar sei, wieso die Prüfung der persönlichen Eignung nur in einem Vorstellungsgespräch erfolgen könne.

Dem Argument des Beschwerdeführers, der Einfluss des Stiftungsrates bei der Auswahl des technischen Direktors sei dadurch, dass der Generaldirektor einen Gesamtvorschlag für alle sechs Direktoren erstattet habe, reduziert gewesen, hielt die belangte Behörde entgegen, dass der Stiftungsrat die Möglichkeit gehabt habe, diesen Vorschlag abzulehnen. Da es nach dem Gesagten bei der Auswahl nicht nur auf die fachliche Eignung im engsten Sinne ankomme, sei auf die Frage, ob zusätzlich das Stellenbesetzungsgesetz zur Anwendung komme, nicht weiter einzugehen, weil diesem Gesetz ebenso wie dem ORF-G ein weites Verständnis der fachlichen Eignung zu Grunde liege.

Dagegen richtet sich die vorliegende Beschwerde. Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt und auf die Erstattung einer Gegenschrift verzichtet. Die erstmitbeteiligte Partei hat eine Gegenschrift erstattet, die Zweitmitbeteiligte hat von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht.

Der Verwaltungsgerichtshof hat nach durchgeführter Verhandlung erwogen:

Der Beschwerdeführer erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid im Recht auf Bestellung als technischer Direktor des Österreichischen Rundfunks für die Funktionsperiode von 1. Jänner 2007 bis 31. Dezember 2011 auf Grund besserer fachlicher Eignung gemäß § 27 Abs. 2 ORF-G und § 4 Abs. 1 Stellenbesetzungsgesetz verletzt.

Die im vorliegenden Beschwerdefall maßgebenden Bestimmungen des ORF-Gesetzes (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 in der Fassung BGBl. I Nr. 97/2004 lauten auszugsweise:

"5. Abschnitt

Organisation

Organe des Österreichischen Rundfunks

§ 19. (1) Die Organe des Österreichischen Rundfunks sind:

1. der Stiftungsrat,
2. der Generaldirektor,
3. der Publikumsrat,
4. die Prüfungskommission.

(2) ...

Aufgaben des Generaldirektors

§ 23. (1) Der Generaldirektor besorgt die Führung der Geschäfte des Österreichischen Rundfunks und vertritt ihn gerichtlich und außergerichtlich.

(2) Dem Generaldirektor obliegt insbesondere

1. ...
2. die Ausschreibung der Posten von Direktoren und Landesdirektoren;
3. die Erstattung von Vorschlägen für die Bestellung und Abberufung von Direktoren und Landesdirektoren, bei Letzteren nach Einholung einer Stellungnahme des betreffenden Landes;
4. ...

Direktoren und Landesdirektoren

§ 24. (1) Die Direktoren und Landesdirektoren werden vom Stiftungsrat auf Vorschlag des Generaldirektors für die Dauer dessen Funktionsperiode bestellt. ...

Aufgaben der Direktoren und Landesdirektoren

§ 25. (1) Die Direktoren und die Landesdirektoren haben im Rahmen der langfristigen Pläne für Programm, Technik und Finanzen, der Stellenpläne sowie der Jahressendeschemen die laufenden Geschäfte ihres Bereiches selbstständig zu führen. Sie sind außer an die Weisungen des Generaldirektors an keine Weisungen und Aufträge gebunden. Der Generaldirektor ist berechtigt, den Direktoren und Landesdirektoren in allen Angelegenheiten Weisungen zu erteilen.

(2) Die Landesdirektoren nehmen die Belange des Österreichischen Rundfunks für das Land wahr, für das sie bestellt sind. ...

Qualifikation

§ 26. (1) Personen, die im Österreichischen Rundfunk die Funktion des Generaldirektors, eines Direktors, eines Landesdirektors oder eines leitenden Angestellten ausüben, müssen folgende Voraussetzungen erfüllen:

1. sie müssen voll geschäftsfähige Personen sein;
2. sie müssen eine entsprechende Vorbildung oder eine fünfjährige einschlägige oder verwandte Berufserfahrung nachweisen können.

(2) ...

Stellenausschreibung

§ 27. (1) Sämtliche Stellen im Österreichischen Rundfunk - einschließlich der im § 26 Abs. 1 genannten Funktionen - sind neben der internen Ausschreibung durch Verlautbarung im 'Amtsblatt zur Wiener Zeitung' öffentlich auszuschreiben, soweit es sich nicht um untergeordnete Dienstleistungen handelt. Die Funktion des Generaldirektors ist vom Vorsitzenden des Stiftungsrates sechs Monate vor Ende der Funktionsperiode des Generaldirektors, bei vorzeitiger Beendigung der Funktionsperiode unverzüglich auszuschreiben; die Bewerbungsfrist beträgt vier Wochen.

(2) Bei der Auswahl von Bewerbern um eine ausgeschriebene Stelle sowie bei der Beförderung von Dienstnehmern ist in erster Linie die fachliche Eignung zu berücksichtigen.

8. Abschnitt

Rechtliche Kontrolle

Rechtsaufsicht

...

Beschwerden und Anträge

§ 36. (1) Der Bundeskommunikationssenat entscheidet neben den in § 11a KOG genannten Fällen gemäß § 35 Abs. 1 - soweit dafür nicht eine andere Verwaltungsbehörde oder ein Gericht zuständig ist - über die Verletzung von Bestimmungen dieses Bundesgesetzes

1. auf Grund von Beschwerden

a) einer Person, die durch eine Rechtsverletzung unmittelbar geschädigt zu sein behauptet;

b) eines die Rundfunkgebühr entrichtenden oder von dieser befreiten Rundfunkteilnehmers im Sinne des Rundfunkgebührengesetzes, sofern die Beschwerde von mindestens 120 solchen Personen oder Personen, die mit einem die Rundfunkgebühr entrichtenden oder mit einem von dieser Gebühr befreiten Rundfunkteilnehmer im gemeinsamen Haushalt wohnen, unterstützt wird;

c) ..."

Die Bestimmungen des Bundesgesetzes über Transparenz bei der Stellenbesetzung im staatsnahen Unternehmensbereich (Stellenbesetzungsgesetz), BGBl. I Nr. 26/1998, lauten auszugsweise:

"Geltungsbereich

§ 1. Die Bestellung von Mitgliedern des Leitungsorgans (Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer) von Unternehmungen mit eigener Rechtspersönlichkeit, die der Kontrolle des Rechnungshofes unterliegen, hat nach den Vorschriften dieses Bundesgesetzes zu erfolgen.

...

Besetzung

§ 4. (1) Das für die Besetzung zuständige Organ hat die Stelle ausschließlich auf Grund der Eignung der Bewerber zu besetzen.

(2) Die Eignung ist insbesondere auf Grund fachlicher Vorbildung und bisheriger Berufserfahrung der Bewerber, ihrer Fähigkeit zur Menschenführung, ihrer organisatorischen Fähigkeiten und ihrer persönlichen Zuverlässigkeit festzustellen. Wenn internationale Erfahrungen für die betreffende Stelle erforderlich sind, ist darauf besonders Bedacht zu nehmen.

(3) Das für die Besetzung zuständige Organ kann für die Suche nach geeigneten Personen und die Feststellung der Eignung der Bewerber auch Einrichtungen oder Unternehmungen heranziehen, deren Aufgabe oder Unternehmensziel die Abgabe derartiger Beurteilungen ist."

Zur Zulässigkeit der Beschwerde:

Im angefochtenen Bescheid hat die belangte Behörde die Beschwerdelegitimation des Beschwerdeführers gemäß § 36 Abs. 1 Z. 1 lit. a ORF-G als gegeben angenommen, weil zumindest die Möglichkeit einer unmittelbaren Schädigung des Beschwerdeführers infolge seiner Bewerbung und Nichtbestellung zum technischen Direktor auf Grund der behaupteten Verletzung des § 27 Abs. 2 ORF-G in Betracht kommt. Dieser Auffassung vermag der Verwaltungsgerichtshof im Hinblick auf die bestehende Judikatur zu der mit § 36 Abs. 1 Z. 1 lit. a ORF-G identen Bestimmung des § 27 Abs. 1 Z. 1 lit. a Rundfunkgesetz nicht entgegen zu treten (vgl. die Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofes vom 27. Februar 1989, B 1414/88, VfSlg. 11958, vom 25. September 1989, B 367/89, VfSlg. 12125, und vom 27. September 1993, B 1121/92, VfSlg. 13512, sowie - zum ORF-G - das hg. Erkenntnis vom 21. Dezember 2004, Zl. 2004/04/0208). Dem Beschwerdeführer kam somit im Verfahren vor der belangten Behörde ein Recht auf eine dem Gesetz entsprechende Sachentscheidung zu. Die gegen diese Entscheidung an den Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 131 Abs. 1 Z. 1 B-VG erhobene Beschwerde ist daher zulässig.

Zum Stellenbesetzungsgesetz:

Der Beschwerdeführer behauptet eine Rechtsverletzung unter anderem deshalb, weil ihm gegenüber dem Zweitmitbeteiligten eine breitere internationale Erfahrung und damit eine größere Eignung im Sinne des § 4 Abs. 2 Stellenbesetzungsgesetz zukomme. Dieses Vorbringen geht ins Leere, weil das Stellenbesetzungsgesetz in seinem § 1 den Geltungsbereich auf die Bestellung von "Mitgliedern des Leitungsorgans (Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer)" von näher genannten Unternehmungen beschränkt. Ein Direktor des ORF ist (abgesehen von seiner Weisungsgebundenheit gegenüber dem Generaldirektor des ORF gemäß § 25 Abs. 1 ORF-G) in der taxativen Aufzählung der "Organe des Österreichischen Rundfunks" des § 19 Abs. 1 ORF-G nicht genannt und daher kein "Leitungsorgan" im Sinne der genannten Bestimmung.

Zur behaupteten Verletzung des § 27 Abs. 2 ORF-G:

Der Verfassungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 22. Juni 1978, B 111/78, VfSlg. 8320, zu der mit § 27 Abs. 2 ORF-G wortgleichen Bestimmung des § 14 Abs. 2 Rundfunkgesetz Folgendes ausgeführt:

"Zu untersuchen ist nun, welchen Inhalt § 14 RFG hat, mit anderen Worten, welche Bindung für die Organe des ORF aus ihm erfließt.

c) aa) Diese Gesetzesbestimmung gebietet - wie sich aus ihrem Wortlaut und ihrem Zweck ergibt - zunächst, die Stelle des ORF mit einer Person zu besetzen, die sich darum auf Grund einer öffentlichen Ausschreibung beworben hat. Sie verbietet, die Stelle mit einem Bewerber zu besetzen, der nicht über die erforderliche fachliche

Eignung verfügt, um die mit der Stelle verbundenen Aufgaben und Befugnisse ordnungsgemäß erfüllen zu können. Schließlich gebietet § 14 Abs. 2 RFG aber auch, dann, wenn mehrere Bewerber auftreten, eine Auswahl der Art zu treffen, dass der für die Stelle am besten geeignete Bewerber bestellt wird; hierbei sind alle in Betracht kommenden Komponenten zu berücksichtigen, die für die Beurteilung, wer der am besten geeignete Bewerber ist, von Relevanz sein können, jedoch ist der fachlichen Eignung ein relativ größeres Gewicht als allen anderen Komponenten beizulegen.

bb) Wodurch die fachliche Eignung begründet wird, kann nicht allgemein gesagt werden. Dies hängt von den der Stelle übertragenen Aufgaben und Befugnissen ab, aus denen sich die Anforderungen, die an den Stelleninhaber zu richten sind, ergeben. Es können dies in einem Fall qualifizierte theoretische Kenntnisse sein, die in Schulen oder sonstigen Lehrgängen erworben wurden; es können praktische Kenntnisse sein, die sich der Bewerber auf Grund seiner bisherigen Berufserfahrung angeeignet hat; es kann die Fähigkeit zur Menschenführung oder eine besondere organisatorische Fähigkeit sein.

Neben dieser 'fachlichen Eignung' ist aber auch zu berücksichtigen, ob der Bewerber voraussichtlich bereit sein wird, seine Kenntnisse und Fähigkeiten bestmöglich in den Dienst des ORF zu stellen. Ferner muss sich die im einzelnen Fall getroffene Personalentscheidung in das personalpolitische Gesamtkonzept einfügen, da nur so der optimale Unternehmenserfolg erzielbar ist. Schließlich kann die Entscheidung, welcher Bewerber für eine ausgeschriebene Stelle die beste Eignung besitzt, unter anderem auch davon abhängen, ob die Inhaber anderer Stellen voraussichtlich mit ihm vertrauensvoll werden zusammenarbeiten können; dies gilt im Besonderen für die Inhaber von so genannten Stabsfunktionen, die die obersten Führungskräfte bei ihren Führungsaufgaben zu unterstützen haben, also z.B. für die Funktion des Generalsekretärs des ORF.

cc) § 14 RFG räumt sohin dem die Personalentscheidung treffenden Funktionär des ORF einen weiten Spielraum ein. Die für die Entscheidung maßgeblichen Umstände sind - sofern es sich nicht um die Beurteilung der fachlichen Eignung handelt - vielfach psychische Faktoren und stellen häufig Prognosen über erwartetes künftiges Verhalten der Bewerber dar. Schon bei der Feststellung des Sachverhaltes kommt dem die Personalentscheidung treffenden Funktionär des ORF viel Beurteilungsfreiheit zu. Er hat auch einen Spielraum bei der Wertung dieses Sachverhaltes, insbesondere welchen Voraussetzungen für die ausgeschriebene Stelle besondere Bedeutung zukommt und welche mehr oder weniger vernachlässigbar sind.

3. Nachdem der Inhalt des § 14 RFG klargestellt ist, ist zu klären, welche Aufgaben der Kommission im Zusammenhang mit der Überprüfung der Besetzung einer Stelle im ORF zukommen.

a) Der VfGH hatte sich im Erk. Slg. 7716/1975 gleichfalls mit einer Anfechtung der Bestellung eines leitenden Funktionärs des ORF, nämlich mit der Anfechtung der Bestellung des Generalintendanten des ORF durch das Kuratorium, zu beschäftigen. Damals war vor allem die Frage wesentlich, ob § 13 Abs. 1 Z. 3 RFG (der eine entsprechende Vorbildung oder eine fünfjährige einschlägige oder verwandte Berufserfahrung vorschreibt) eingehalten worden war. Der VfGH hat damals zum Ausdruck gebracht, dass es Aufgabe der Kommission sei, die inhaltliche Gesetzmäßigkeit (Rechtsrichtigkeit) des Bestellungsbeschlusses des Kuratoriums zu überprüfen. Die Bestellung des Generalintendanten durch das Kuratorium sei nicht in dem Sinn als politische Entscheidung zu betrachten, dass sie ausschließlich zweckorientiert, rational nicht nachvollziehbar und auf ihre Gesetzmäßigkeit hin nicht kontrollierbar sei. Vielmehr hat der VfGH damals angenommen, dass die im § 13 Abs. 1 Z. 3 RFG enthaltenen Begriffe einen besonderen Grad von Unbestimmtheit aufweisen, die den Organen des ORF viel Freiraum für die Rechtskonkretisierung lassen, einen Freiraum, der personal- und unternehmenspolitische Überlegungen des Kuratoriums zulasse. Da das Kuratorium im Rahmen der Privatautonomie handle, sei Art. 18 B-VG nicht anzuwenden, sodass verfassungsrechtliche Bedenken wegen mangelnder Determinierung nicht bestünden. Für die Organe des ORF sei - anders als für Behörden - das Gesetz nicht Voraussetzung, sondern Schranke ihres Handelns. Nur soweit das Gesetz das Kuratorium binde, könne eine - von der Kommission festzustellende -

Gesetzesverletzung vorliegen. Die Kommission sei keine Instanz über den Organen des ORF; sie habe lediglich eine - eingeschränkte - Rechtsaufsicht auszuüben. Setze das Gesetz dem Verhalten des Kuratoriums einen weiten Rahmen, so könne das Gesetz nicht verletzt werden, wenn sich das Kuratorium in diesem weiten Rahmen bewege; eine Gesetzesverletzung läge nur dann vor, wenn das Kuratorium diese Grenze überstiege. Aufgabe der Kommission sei es festzustellen, ob diese Schranken überschritten wurden.

Der VfGH bleibt bei der in diesem Erkenntnis geäußerten Meinung. Sie ist im Wesentlichen auf § 14 Abs. 2 RFG übertragbar.

b) Aus dem Einleitungssatz des § 27 Abs. 1 und aus § 29 Abs. 1 RFG ergibt sich, dass die Kommission verpflichtet ist, jede Verletzung des RFG, also auch jede Verletzung des § 14 leg. cit. wahrzunehmen. Sie hat daher auch zu überprüfen, ob der Generalintendant im Zusammenhang mit der Bestellung des Generalsekretärs des ORF unter mehreren Bewerbern den ihm eingeräumten - wenngleich sehr weiten - Spielraum überschritten hat. Die Kommission hat hierbei nicht ihre Auffassung, wer der geeignetste Bewerber ist, an die Stelle der Auffassung des zur Personalentscheidung zuständigen Organes zu setzen. Sie hat jedoch zu untersuchen, ob sich das Organ des ORF bei der Personalentscheidung im Rahmen seines personal- und unternehmenspolitischen Spielraumes bewegt hat. Diese Untersuchung darf sich nicht bloß auf die Nachprüfung in Ansehung der fachlichen Eignung des bestellten Bewerbers beschränken, sondern hat sich auch auf die Auswahl unter mehreren fachlich geeigneten Bewerbern zu beziehen."

Der Beschwerdeführer macht in seiner Beschwerde zunächst als Verfahrensmangel das Unterlassen der von ihm beantragten Verhandlung und die Vernehmung näher genannter Zeugen durch die belangte Behörde geltend. Deren Befragung habe er zum Beweis dafür beantragt, dass das Ergebnis der Bestellung des technischen Direktors unabhängig von den fachlichen Voraussetzungen bereits mit der Wahl des designierten Generaldirektors am 17. August 2006 festgestanden sei, sodass der Beschwerdeführer trotz fachlicher besserer Eignung keine Chance auf eine Bestellung gehabt habe. Die Zeugen hätten überdies darlegen können, dass weder vom Generaldirektor noch vom Stiftungsrat die fachlichen Voraussetzungen der Bewerber geprüft worden seien.

Ausgehend vom zitierten Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes VfSlg. 8320 zu § 14 Abs. 2 RFG, dessen Ausführungen auf Grund des identen Wortlautes auch für § 27 Abs. 2 ORF-G maßgebend sind, handelt der Stiftungsrat bei der Bestellung der Direktoren im Rahmen der Privatautonomie. Weil daher das Gesetz für Organe des ORF nicht Voraussetzung, sondern bloß Schranke des Handelns ist, kann eine vom Bundeskommunikationssenat aufzugreifende Gesetzesverletzung nur dann vorliegen, soweit das Gesetz die Organe des ORF bindet. Im ORF-G finden sich keine verfahrensrechtlichen Bestimmungen, die den Organen des ORF, namentlich dem Generaldirektor und dem Stiftungsrat, bindend vorgeben, wie sie bei der Prüfung der fachlichen Eignung der Bewerber um die Stelle eines Direktors vorzugehen haben. Auch schreibt das ORF-G nicht vor, dass die genannten Organe mit einzelnen oder allen Bewerbern Vorstellungsgespräche führen müssten. Ungeachtet dessen steht aber die Behauptung des Beschwerdeführers, der Stiftungsrat hätte seine Entscheidung "in Unkenntnis der Fähigkeiten der Bewerber" getroffen, auch mit dem im Akt befindlichen Sitzungsprotokoll des Stiftungsrates vom 21. September 2006, auf das der Beschwerdeführer in der Verhandlung selbst Bezug genommen hat, nicht im Einklang. Von daher ist das Beschwerdevorbringen, soweit es das Zustandekommen des Vorschlages des Generaldirektors über die Bestellung der Direktoren und das Zustandekommen des zugehörigen Beschlusses des Stiftungsrates betrifft, in rechtlicher Hinsicht nicht zielführend. Mit diesem Vorbringen gelingt es dem Beschwerdeführer daher nicht, die Relevanz der als Verfahrensmangel geltend gemachten Unterlassung der schon bei der belangten Behörde verlangten mündlichen Verhandlung aufzuzeigen.

Entscheidungswesentlich ist daher ausschließlich, ob das Ergebnis - also der Inhalt des Beschlusses des Stiftungsrates -, den Zweitmitbeteiligten zum technischen Direktor zu bestellen, dem § 27 Abs. 2 ORF-G widersprach. Im Sinne des zitierten Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes ist davon auszugehen, dass dem Stiftungsrat bei der gegenständlichen Personalentscheidung ein weiter Spielraum zukam und dass die belangte Behörde daher nur zu untersuchen hatte, ob sich die Bestellung des technischen Direktors im Rahmen des durch § 27 Abs. 2 ORF-G ergebenden "personal- und unternehmenspolitischen Spielraumes" bewegt hat.

Nach der Begründung des angefochtenen Bescheides hat der Stiftungsrat seine Entscheidung zu Gunsten des Zweitmitbeteiligten einerseits auf dessen (gegenüber dem Beschwerdeführer) längere Erfahrung als technischer Direktor und andererseits auf den Umstand gestützt, dass sich der Zweitmitbeteiligte in das personalpolitische Gesamtkonzept der Erstmitbeteiligten einfüge. Dass diese Eigenschaften des Zweitmitbeteiligten nicht zuträfen, wurde vom Beschwerdeführer weder im Verwaltungsverfahren noch in der Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof konkret behauptet. Soweit der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang auf seine eigene "erfolgreiche Tätigkeit in Führungspositionen öffentlichrechtlicher und privater Fernsehsender und seine umfassende internationale Erfahrung" verweist, ist aus seinem Vorbringen nicht zu erkennen, wieso ihn diese Eigenschaften gegenüber dem Zweitmitbeteiligten als den besser geeigneten Bewerber ausgezeichnet hätten.

Im vorliegenden Fall ist daher mit der belangten Behörde davon auszugehen, dass die Erstmitbeteiligte bei der Bestellung des technischen Direktors den ihr durch das ORF-G eingeräumten Spielraum nicht überschritten hat. Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Der Ausspruch über den Aufwandsersatz gründet sich im Rahmen des gestellten Begehrens auf die §§ 47ff VwGG, insbesondere § 49 Abs. 6 leg. cit. in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008.

Wien, am 14. Jänner 2009