

Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat I, bestehend aus dem Vorsitzenden Mag. Michael Ogris als Senatsvorsitzenden sowie den weiteren Mitgliedern Dr. Susanne Lackner und Mag. Michael Truppe, im Verfahren betreffend die Vergütung der Mitglieder der Prüfungskommission wie folgt entschieden:

I. Spruch

Gemäß § 40 Abs. 2 Satz 7 bis 9 ORF-G, BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 15/2012, wird dem Österreichischen Rundfunk der Vergütungsbedarf der Prüfungskommission für die im Zeitraum von Juli bis November 2012 erbrachten Leistungen im Bereich der Gebarungskontrolle 2011 gemäß § 40 Abs. 3 ORF-G in der Höhe von netto EUR XXX, zuzüglich 20 % Umsatzsteuer (USt), somit **brutto EUR XXX** vorgeschrieben und diesem aufgetragen, diesen Betrag binnen zwei Wochen auf das Konto der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH), Konto Nr. 696170109 bei der UniCredit Bank Austria AG, BLZ 12000, zu überweisen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 10.12.2012, bei der KommAustria eingelangt am selben Tag, übermittelte die gemäß § 40 ORF-G bestellte Prüfungskommission, bestehend aus den Mitgliedern BDO Austria GmbH Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft und Grant Thornton Unitreu GmbH Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft, der KommAustria per Adresse ihrer Geschäftsstelle RTR-GmbH Honorarnoten über die im Zeitraum von Juli bis November 2012 nach dem ORF-G erbrachten Leistungen im Bereich der Gebarungsprüfung und den daraus entstandenen Vergütungsanspruch.

Mit Schreiben vom 11.12.2012 wurden dem Österreichischen Rundfunk (ORF) die Honorarnoten zur allfälligen Stellungnahme binnen zwei Wochen übermittelt. Der ORF gab keine Stellungnahme ab.

Am 20.12.2012 entrichtete die RTR-GmbH im Auftrag der KommAustria den in Rechnung gestellten Vergütungsbedarf an die Mitglieder der Prüfungskommission und übermittelte hierüber am 07.01.2013 den Nachweis.

2. Sachverhalt

2.1. Bestellung der Prüfungskommission und Leistungsvertrag

Mit Zuschlagserteilung gemäß § 134 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl. I Nr. 193/2006 idF BGBl. I Nr. 15/2010, vom 08.03.2011, KOA 10.500/11-050, wurden die BDO Austria GmbH Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft und die Grant Thornton Unitreu GmbH Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft gemäß § 40 Abs. 1 und 2 ORF-G für die Dauer von fünf Geschäftsjahren zu Mitgliedern der Prüfungskommission des ORF bestellt.

Der von der KommAustria mit der Prüfungskommission abgeschlossene Leistungsvertrag vom 08.03.2011 umfasst – soweit für das vorliegende Verfahren relevant – nach Maßgabe des ORF-G u.a. folgende Standardleistung:

- Position 3 („Gebarungskontrolle“): Prüfung der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der Führung der Geschäfte sowie auf die Übereinstimmung der Rechnungsführung und der Führung der Geschäfte mit den gesetzlichen Vorschriften, insbesondere mit § 8a, § 31c und §§ 39 bis 39b ORF-G, umfassend den ORF und dessen Tochtergesellschaften bzw. verbundene Unternehmen, die Tätigkeiten wahrnehmen, die im öffentlich-rechtlichen Auftrag liegen (§ 40 Abs. 3 in Verbindung mit § 2 Abs. 3 ORF-G);

Hinsichtlich des Entgelts wurde im Leistungsvertrag folgender Pauschalpreis vereinbart:

- Position 3 („Gebarungskontrolle“) EUR XXX

Ein Pauschalpreis ist dem Vertrag folgend ein Preis, dessen Höhe unabhängig vom tatsächlichen Aufwand des Auftragnehmers ist. Sämtliche Pauschalpreise beziehen sich auf sämtliche Leistungen der jeweiligen Standardleistungsposition für jeweils ein vollständiges Geschäftsjahr des ORF bzw. der zu prüfenden Gesellschaft(en). Sämtliche Pauschalpreise enthalten alle Nebenleistungen, die zu ihrer vollständigen und ordnungsgemäßen Erbringung erforderlich sind, insbesondere (aber nicht ausschließlich) das gesamte Prüfprozedere gemäß § 40 Abs. 3 bis 6 ORF-G, die Teilnahme an Sitzungen des Stiftungsrates gemäß § 20 Abs. 8 ORF-G sowie sämtliche gesetzlich oder vertraglich erforderlichen Berichte und Dokumentationen, sowie Vorbereitungs- und Hilfsleistungen des sonstigen Personals und von Gehilfen, Gebühren und Abgaben, Reisekosten (mit Ausnahme von notwendigen und angemessenen Reisekosten ins Ausland nach vorheriger Freigabe durch den Auftraggeber), Wegzeiten und Büromaterial.

Hinsichtlich der Abrechnung ist nach dem Vertrag vereinbart, dass die Rechnungslegung für die Standardleistungen nach vollständiger Erbringung aller zur jeweiligen Pauschalposition gehörenden Leistungen je Geschäftsjahr erfolgt. Die Zahlungsfrist beträgt sechs Wochen ohne Skonto nach ordnungsgemäßer Rechnungslegung.

2.2. Konzernstruktur des ORF im Geschäftsjahr 2011

Neben der Stiftung „Österreichischer Rundfunk“, die primär die öffentlich-rechtlichen Programme und Angebote veranstaltet bzw. erbringt, bestanden im Geschäftsjahr 2011 folgende Tochtergesellschaften bzw. verbundenen Unternehmen des ORF, die (ausschließlich oder zumindest teilweise) Tätigkeiten wahrnehmen, die im öffentlich-rechtlichen Auftrag liegen:

- ORF Enterprise GmbH (nicht operativ)
- ORF Enterprise GmbH & Co KG
- GIS Gebühren Info Service GmbH
- ORF Marketing Service GmbH & Co KG
- ORF Marketing Service GmbH (nicht operativ)
- ORF Online und Teletext GmbH & Co KG
- ORF Online und Teletext GmbH (nicht operativ)
- Österreichische Rundfunksender GmbH (nicht operativ)
- Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG
- Digitales Fernsehen Förder GmbH
- TW1 Betriebsführungsgesellschaft mbH
- ORF Fernsehprogramm-Service GmbH (vormals Tourismus Fernsehen GmbH)
- ORF-Budapest Radio-es Televizio Kft
- ORF Mediaservice GmbH (nicht operativ)
- ORF Mediaservice GmbH & Co KG
- ORF Landesstudio Service GmbH
- ORF Landesstudio Service GmbH & Co KG
- ORF Promotion & Programmservice GmbH & Co KG
- ORF KONTAKT Kundenservice GmbH & Co KG
- ORS comm GmbH & Co KG
- ORS comm GmbH (nicht operativ)

2.3. Leistungen der Prüfungskommission 2012

Die Prüfungskommission hat im Zeitraum von Juli bis November 2012 die Leistung der Gebarungskontrolle für das Jahr 2011 in den folgenden zehn Prüffeldern erbracht

- Kostenrechnung: Aufteilung von programmbezogenen und sonstigen Sachkosten iSd § 31 Abs. 13 ORF-G (MIZ-Sachkosten)
- Trennungsrechnung gemäß § 8a ORF-G
- Verrechnungsmodalitäten der Landesstudioservice-Gesellschaften
- Smartcard-Tausch
- Technik: Überprüfung der Aufbau- und Ablauforganisation
- Organisation Werbezeitenverkauf und Tarifgestaltung
- Auftragsproduktion „Die große Chance“
- Personalbereich: Detailprüfung zu Sonderverträgen
- Risikomanagement im Bereich Finanzanlagevermögen
- Related parties: Prüfung des Prozesses zur Identifizierung, Evaluierung und Monitoring von related parties hinsichtlich der Erfüllung von gesetzlichen Erfordernissen sowie Prüfung der von diesen Personen und Unternehmen mit dem ORF-Konzern getätigten Geschäfte

und einen entsprechenden Prüfbericht an die Organe des ORF bzw. die KommAustria übermittelt. Seitens der Prüfungskommission wurden für die Erbringung dieser Leistung von den Schlüsselpersonen und sonstigen Mitarbeitern zumindest die im Leistungsvertrag in Tabelle 3 der Anlage .1 angegebenen Stunden aufgewendet. Die

Standardleistungsposition 3 (Gebärungsprüfung) für das Geschäftsjahr 2011 ist damit abgeschlossen.

2.4. Entrichtung des Vergütungsbedarfs

Im Auftrag der KommAustria entrichtete die RTR-GmbH am 20.12.2012 den Vergütungsbedarf von netto EUR XXX, zuzüglich 20 % Umsatzsteuer (USt) in Höhe von EUR XXX, somit brutto EUR XXX in zwei gleich hohen Teilbeträgen zu je brutto EUR XXX durch Überweisung an die BDO Austria GmbH Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft und die Grant Thornton Unitreu GmbH Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft als Mitglieder der Prüfungskommission.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zur Bestellung und zum Leistungsvertrag der Prüfungskommission ergeben sich aus den zitierten Verwaltungsakten der KommAustria und dem Leistungsvertrag vom 08.03.2011.

Die Feststellungen zur ORF-Konzernstruktur im Geschäftsjahr 2011 ergeben sich aus dem offenen Firmenbuch sowie hinsichtlich der Einordnung der Tätigkeiten der Tochtergesellschaften aus der vom ORF gemäß § 39 Abs. 4 und 5 ORF G erstellten Anleitung zur Trennungsrechnung, KOA 10.400/10-002, bzw. hinsichtlich der im Jahr 2011 wirksam gewordenen Veränderungen in der ORF-Konzernstruktur zusätzlich aus Anlage./3 zum Leistungsvertrag.

Die Feststellungen zu den Leistungen der Prüfungskommission im Zeitraum von Juli bis November 2012 ergeben sich aus den vorgelegten Prüfberichten, der seitens des Stiftungsrates an die KommAustria übermittelten Stellungnahme zu diesen vom 20.12.2012, KOA 10.401/13-001, sowie der hierzu vorgelegten Honorarnote samt Leistungsverzeichnis vom 10.12.2012.

Darüber hinaus sind die Unterlagen allesamt nachvollziehbar und schlüssig. Auch seitens des ORF wurde die Richtigkeit der Honorarnoten bzw. des Leistungsverzeichnisses nicht bestritten.

Die Feststellungen zur Entrichtung des Vergütungsbedarfs durch die RTR-GmbH ergeben sich aus den vorgelegten Telebanking-Belegen vom 20.12.2012.

4. Rechtliche Beurteilung

§ 40 ORF-G lautet:

„Prüfungskommission und Jahresprüfung

§ 40. (1) Der Jahresabschluss und der Lagebericht sowie der Konzernabschluss und der Konzernlagebericht sind – unbeschadet der Kontrolle durch den Rechnungshof – durch eine Prüfungskommission bestehend aus mindestens zwei Mitgliedern zu prüfen, welche die Prüfung gemeinsam durchzuführen und hierüber einen gemeinsamen Bericht zu erstatten haben. Falls die Mitglieder der Prüfungskommission zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, ist dies im Prüfungsbericht gesondert festzuhalten.

(2) Die Mitglieder der Prüfungskommission sind von der Regulierungsbehörde für die Dauer von fünf Geschäftsjahren zu bestellen. Zum Mitglied der Prüfungskommission dürfen nur Wirtschaftsprüfer oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaften bestellt werden. Bei der Auswahl der Mitglieder der Prüfungskommission ist darauf zu achten, dass der Wirtschaftsprüfer oder die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft die Strukturen aufweist, die für eine effiziente Prüfung von Unternehmen und Konzernen mit ähnlichen Umsatzvolumina erforderlich sind, und über Erfahrung in

der Prüfung solcher Unternehmen und Konzerne verfügt. Für die Auswahl der Mitglieder der Prüfungskommission gilt im Übrigen § 271 UGB sinngemäß, jedoch mit der Maßgabe, dass die Ausschlussgründe weder in der laufenden noch in der vorangegangenen Finanzierungsperiode vorgelegen sein dürfen. Die Mitglieder dürfen der Prüfungskommission nicht in zwei aufeinanderfolgenden Funktionsperioden angehören. Die Prüfungskommission kann sich eine Geschäftsordnung geben. Die Vergütung der Mitglieder der Prüfungskommission hat durch die Regulierungsbehörde zu erfolgen. Für die Vergütung gilt § 270 Abs. 5 UGB sinngemäß. Die Regulierungsbehörde hat dem Österreichischen Rundfunk den von ihr entrichteten Vergütungsbedarf mit Bescheid vorzuschreiben.

(3) Die Prüfungskommission hat den Jahresabschluss einschließlich der Buchführung und den Lagebericht innerhalb von drei Monaten ab Vorlage zu prüfen. Für Gegenstand und Umfang der Prüfung gilt § 269 UGB sinngemäß. Ferner hat sich die Prüfung auch auf die Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der Führung der Geschäfte sowie auf die Übereinstimmung der Rechnungsführung und der Führung der Geschäfte mit den gesetzlichen Vorschriften, insbesondere mit § 8a, § 31c und §§ 39 bis 39b zu erstrecken. Zu diesem Zweck hat die Prüfungskommission auf Basis von Stichproben Einsicht in die gesamte Rechnungsführung des Österreichischen Rundfunks zu nehmen. Unbeschadet des § 2 Abs. 3 zweiter Satz umfasst die Prüfungsbefugnis auch die Kontrolle des Umfangs der Tätigkeiten von Tochtergesellschaften im Sinne dieser Bestimmung sowie die Einhaltung der Beschränkungen der §§ 8a und 31c Abs. 2 und 3.

(4) Die Regulierungsbehörde kann der Prüfungskommission jederzeit und auch abseits der Jahresprüfung spezifische Prüfungsaufträge erteilen.

(5) Sämtliche Organe und Bedienstete des Österreichischen Rundfunks haben den Mitgliedern der Prüfungskommission und der Regulierungsbehörde Einsicht in alle Unterlagen zu gewähren und alle erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Im Übrigen gilt § 272 UGB sinngemäß.

(6) Die §§ 273 und 274 UGB über den Prüfungsbericht und den Bestätigungsvermerk sind sinngemäß anzuwenden. Weiters hat der Bericht Aussagen über alle Feststellungen im Zusammenhang mit der Prüfung gemäß Abs. 3 dritter Satz enthalten. Ein Prüfungsbericht ist auch im Falle eigenständiger Prüfungen nach Abs. 4 zu erstellen. Der Prüfungsbericht ist dem Generaldirektor und dem Stiftungsrat zur Stellungnahme binnen vier Wochen und danach der Regulierungsbehörde mitsamt den abgegebenen Stellungnahmen vorzulegen. Die Prüfungsberichte sowie sämtliche einen Gegenstand der Prüfung bildenden Unterlagen sind über einen Zeitraum von zumindest drei Finanzierungsperioden aufzubewahren und für allfällige nachprüfende Kontrollen bereitzuhalten.

(7) Die Mitglieder der Prüfungskommission trifft gegenüber der Regulierungsbehörde keine Verschwiegenheitspflicht. Die Mitglieder der Prüfungskommission haben der Regulierungsbehörde alle Auskünfte zu erteilen sowie Unterlagen vorzulegen, welche die Regulierungsbehörde zur Ausübung der ihr gesetzlich eingeräumten Zuständigkeiten benötigt. Die Regulierungsbehörde kann bei der Ausübung der ihr gesetzlich eingeräumten Prüfpflichten darüber hinaus Sachverständige heranziehen.

4.1. Zur Bestellung der Prüfungskommission

Gemäß § 40 Abs. 1 und 2 ORF-G ist von der KommAustria für den ORF eine aus zumindest zwei Mitgliedern bestehende Prüfungskommission für die Dauer von fünf Geschäftsjahren zu bestellen.

Die Bestellung der Mitglieder erfolgte im Zuge eines Vergabeverfahrens nach dem BVergG 2006 auf Grundlage einer EU-weiten Ausschreibung im vierten Quartal 2010 und im ersten Quartal 2011. Als Bestbieter im Vergabeverfahren wurde am 08.03.2011 einer Bietergemeinschaft bestehend aus der BDO Austria GmbH Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft und der Grant Thornton Unitreu GmbH Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft gemäß § 134 BVergG 2006 der Zuschlag erteilt und diese beiden Wirtschaftsprüfungsgesellschaften gemäß § 40 Abs. 1 und 2 ORF-G zu Mitgliedern der Prüfungskommission bestellt. Die Zuschlagserteilung ist rechtskräftig.

4.2. Zum Leistungsvertrag und zur Vergütung

Die Aufgaben der Prüfungskommission ergeben sich aus dem ORF-G bzw. den entsprechenden Verweisen auf das Unternehmensgesetzbuch (UGB), DRGBI. 1897, S. 219 idF BGBl. I Nr. 35/2012.

Nach § 40 Abs. 1 iVm Abs. 3 ORF-G sind u.a. die Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der Führung der Geschäfte sowie die Übereinstimmung der Rechnungsführung und der Führung der Geschäfte mit den gesetzlichen Vorschriften, insbesondere mit § 8a, § 31c und §§ 39 bis 39b zu prüfen. Unbeschadet des § 2 Abs. 3 zweiter Satz umfasst die Prüfungsbefugnis auch die Kontrolle des Umfangs der Tätigkeiten von Tochtergesellschaften im Sinne dieser Bestimmung sowie die Einhaltung der Beschränkungen der §§ 8a und 31c Abs. 2 und 3. Ausgenommen sind nur jene Tochtergesellschaften und Unternehmen, die keinerlei Tätigkeiten wahrnehmen, die im öffentlich-rechtlichen Auftrag liegen.

Der von der KommAustria mit der Prüfungskommission abgeschlossene Leistungsvertrag umfasst demgemäß – soweit im vorliegenden Verfahren relevant – als Standardleistungsposition 3 die Durchführung der Gebarungskontrolle.

§ 40 Abs. 2 vorletzter Satz ORF-G verweist hinsichtlich der Vergütung der Prüfungskommission auf die sinngemäße Anwendung des § 270 Abs. 5 Unternehmensgesetzbuch (UGB), BGBl. I Nr. 120/2005. Dieser bestimmt, dass der „vom Gericht bestellte Abschlussprüfer [...] Anspruch auf Ersatz der notwendigen baren Auslagen und auf angemessene Entlohnung für seine Tätigkeit [hat].“

Das im Leistungsvertrag zwischen KommAustria und Prüfungskommission vereinbarte Entgelt für die einzelnen Leistungspositionen ist ein direktes Ergebnis des nach dem BVergG 2006 durchgeführten Vergabeverfahrens, in dem der – nunmehr die Prüfungskommission bildenden – Bietergemeinschaft als Bestbieter der Zuschlag erteilt wurde. Es ist insoweit davon auszugehen, dass der solcherart ermittelte Vergütungsanspruch in Form von Pauschalpreisen als „angemessen“ im Sinne des § 270 Abs. 5 UGB anzusehen ist, zumal es sich um das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot im Vergabeverfahren gehandelt hat.

4.3. Leistungen der Prüfungskommission und Entstehen des Vergütungsanspruchs

Nach den vorliegenden Unterlagen hat die Prüfungskommission die Standardleistungsposition 3 hinsichtlich der oben unter 2.3. angeführten Leistungen der Gebarungskontrolle für das Jahr 2011 vollständig und vertragsgemäß erbracht. Mit diesen Leistungen ist die Standardleistungsposition 3 abgeschlossen; es ist daher der hiefür vereinbarte Vergütungsanspruch in Höhe von netto EUR XXX entstanden (vgl. oben 2.1.).

4.4. Entrichtung des Vergütungsbedarfs

Da die Leistungen der Prüfungskommission vertragsgemäß erbracht wurden, war der daraus entstandene Vergütungsbedarf in Höhe von netto EUR XXX, zuzüglich 20 % Umsatzsteuer (USt) in Höhe von EUR XXX, somit brutto EUR XXX in zwei gleich hohen Teilbeträgen zu je brutto EUR XXX gemäß § 40 Abs. 2 Satz 7 ORF-G an die Mitglieder der Prüfungskommission zu entrichten. Dies geschah mit Überweisung vom 20.12.2012 durch die RTR-GmbH als nach § 17 Abs. 1 KOG eingerichtetem Geschäftsapparat im Auftrag der KommAustria.

4.5. Vorschreibung des Vergütungsbedarfs an den ORF

Gemäß § 40 Abs. 2 letzter Satz ORF-G ist der von der KommAustria entrichtete Vergütungsbedarf in der genannten Höhe dem ORF mit Bescheid vorzuschreiben. Dies erfolgt im ersten Spruchteil des vorliegenden Bescheids, wobei dem ORF die Überweisung des Vergütungsbedarfs auf ein Konto der RTR-GmbH aufgetragen wird.

Nach § 59 Abs. 2 AVG ist in Leistungsbescheiden im Spruch zugleich eine angemessene Frist zur Leistung zu bestimmen. Die Frist zur Überweisung binnen zwei Wochen ist angemessen, zumal im Verfahren keine Anhaltspunkte hervorgetreten sind, dass Gründe

vorliegen könnten, die den ORF an einer rechtzeitigen Erfüllung dieses Auftrags hindern würden.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht der Partei dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Berufung offen. Die Berufung ist binnen zwei Wochen nach Zustellung dieses Bescheides schriftlich, telegraphisch, fernschriftlich, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise bei der Behörde, die diesen Bescheid erlassen hat, einzubringen. Die Berufung hat den Bescheid, gegen den sie sich richtet, zu bezeichnen und einen begründeten Berufungsantrag zu enthalten.

Wien, am 16. Jänner 2013

Kommunikationsbehörde Austria
Der Senatsvorsitzende:

Mag. Michael Ogris
(Vorsitzender)

Zustellverfügung:

- **Österreichischer Rundfunk**, Würzburggasse 30, 1136 Wien, z.H. GD Dr. Alexander Wrabetz, per **RSb**

Zur Kenntnis in Kopie:

- **RTR-GmbH**, im Haus