

Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat II, bestehend aus dem Vorsitzenden-Stellvertreter Dr. Florian Philapitsch, LL.M. als Senatsvorsitzenden sowie den weiteren Mitgliedern Dr. Susanne Lackner und Mag. Michael Truppe, über die Beschwerde von SK gegen den Österreichischen Rundfunk (ORF) wegen Verletzung des ORF-Gesetzes, BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 169/2013 (ORF-G), wie folgt entschieden:

I. Spruch

1. Die Beschwerde wird, soweit eine Verletzung des § 27 Abs. 2 ORF-G behauptet wird, gemäß §§ 35 und 36 Abs. 1 Z 1 lit. a iVm § 27 Abs. 2 ORF-G, als unbegründet abgewiesen.
2. Die Beschwerde wird, soweit mittelbar eine Verletzung des § 30g ORF-G behauptet wird, gemäß §§ 35 und 36 Abs. 1 Z 1 lit. a iVm § 30g ORF-G wegen Unzuständigkeit zurückgewiesen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

1. Beschwerde

Mit Schreiben vom 07.01.2013, eingelangt am 08.01.2013, brachte SK („Beschwerdeführer“), vertreten durch Dr. Wolfgang Buchner (Vollmacht ausgewiesen), Kupelwiesergasse 47/8, 1130 Wien, den Antrag ein, die KommAustria möge als Rechtsaufsichtsbehörde gemäß § 2 Abs. 1 Z 9 KOG

1. feststellen, dass durch die Bestellung des Herrn EW („Bestellte“) zum Ressortleiter Innenpolitik in der Abteilung Hörfunk, HD 1, § 27 Abs. 2 ORF-G verletzt wurde (§ 37 Abs. 1 ORF-G);
2. die in Z 1 genannte Bestellung aufheben (§ 37 Abs. 2 ORF-G) und
3. auf Veröffentlichung ihrer Entscheidung erkennen (§ 37 Abs. 4 ORF-G).

Der Beschwerdeführer brachte vor, am 03.07.2012 sei im ORF („Beschwerdegegner“) die Stelle „Redakteur/in (Leitung Ressort Innenpolitik) für die Information Hörfunk, HD 1, ausgeschrieben worden. Der Beschwerdeführer habe sich um diese Stelle beworben. Das Bewerbungsschreiben sei in ein Datensystem des ORF online eingegeben worden. Am 14.12.2012 sei vom Beschwerdegegner verlautbart worden, dass der Bestellte und nicht der Beschwerdeführer auf die ausgeschriebene Stelle bestellt worden sei.

Dieser Sachverhalt sei Grundlage der folgenden Beschwerde: hinsichtlich der Verfahrensvoraussetzungen beruhe die Beschwerdelegitimation auf § 36 Abs.1 lit. a ORF G, nämlich der Behauptung, durch die Beschwerde unmittelbar geschädigt worden zu sein. Die Schädigung ergäbe sich aus der Nichtbestellung des Beschwerdeführers auf die ausgeschriebene Stelle, die mit einer Beförderung verbunden gewesen wäre. Die Anerkennung der Beschwerdelegitimation um eine ausgeschriebene Stelle sei Standardjudikatur. Die sechswöchige Beschwerdefrist des § 36 Abs. 3 ORF-G sei eingehalten worden.

Als ergänzende Sachverhaltsdarstellung brachte der Beschwerdeführer vor, dass

a) am 03.10.2012 eine Abstimmung der Redakteure über die Besetzung der ausgeschriebenen Stelle stattgefunden habe. Dabei erhielt der Beschwerdeführer 26 Stimmen, der Mitbewerber AJ 19 Stimmen; lediglich eine Stimme hätte auf den Bestellten gelautet. Dies sei nicht nur Ausdruck der internen Stimmungslage, sondern auch der fachlichen Einschätzung der Bewerber durch die Redaktion;

b) der Redakteursrat sich im Rahmen seiner Möglichkeiten gegen die Beförderung des Bestellten ausgesprochen habe. Diese Haltung habe auf der Ansicht beruht, dass die fachliche Eignung des Beschwerdeführers jene des Bestellten übertraf;

c) im internen Redaktionssystem des Beschwerdegegners für den Bestellten im Zeitraum 01.01.2012 bis 24.12.2012 für die Ö1-Information eine einstellige Anzahl von Beiträgen ausgewiesen sei (neun), für den Beschwerdeführer hingegen für denselben Zeitraum eine um ein Vielfaches höhere Anzahl (424 bzw. 434). Auch daraus sei ableitbar, wer in der innenpolitischen Berichterstattung erfahrener sei;

Nicht zu übersehen sei jedoch, dass der Bestellte 2012 für Radio Wien etwa 95 Beiträge gestaltet habe. Das ergebe sich aus dem dortigen Redaktionssystem. Zudem habe er fünf

Beiträge für die Fernsehsendung „Wien heute“ gestaltet. Von den genannten 95 Beiträgen hätten knapp die Hälfte Chronikales wie Mord-Ermittlungen, Leichenobduktionen Verkehrsunfälle, Polizeiberichte etc... betroffen. Bei mehr als einem Drittel sei es um Stadtpolitik wie Parkpickerl, Wiener Volksbefragung, Mietpreise in Wien oder die Baustelle um den Wiener Hauptbahnhof gegangen. Dazu kämen einige wenige Geschichten überregionaler Bedeutung, wie Probleme des Flüchtlingslagers Traiskirchen, Haltung der Ärzte zur Gesundheitsreform oder die Meinung des Bürgermeisters Häupl zum Transparenzpaket. Außerdem habe der Bestellte im fraglichen Zeitraum einige Auslandsreisen unternommen, nach Polen, China oder Singapur, um über Wiener Aktivitäten in diesen Gegenden zu berichten;

d) mangels vorliegender Begründung für die Bestellung durch den Beschwerdegegner eine vergleichende Wertung nicht vorgenommen werden könne. Sie werde jedoch dem Senat aufgrund einer Stellungnahme des Beschwerdegegners und der vorzulegenden Bewerbung des Bestellten möglich werden; dazu sei auf die Qualifikation des Beschwerdeführers, wie sie sich aus der Bewerbung ergäbe, verwiesen;

e) es als allgemein bekannt gelten könne, dass die tagespolitische Diskussion häufig Personalentscheidung im Unternehmen des Beschwerdegegners auf politische Einflussnahme zurückführe, so auch hier. Da der Senat das ohnehin verfolgt habe und das Material ausufere, würden lediglich Mutmaßungen des Standard vom 28.12.2012 über Beziehungen des Bestellten zu SPÖ-Politikern der Stadt Wien und ausländische Pressestimmen beigelegt. Der Senat werde sich eine eigene Meinung zu bilden haben. Politische Interventionen zugunsten des Beschwerdeführers seien nicht berichtet worden.

Hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung brachte der Beschwerdeführer vor, dass bei der Auswahl von Bewerbern um eine ausgeschriebene Stelle sowie bei der Beförderung von Dienstnehmern in erster Linie die fachliche Eignung zu berücksichtigen sei (27 Abs. 2 ORF-G). Zu der gleichlautenden Bestimmung des § 14 Abs. 2 RFG habe der VfGH (VfSlg. 8320) zwar einen weiten Ermessensspielraum zugestanden, wohl aber sei zu untersuchen, ob das zuständige Organ im Rahmen seines personal- und unternehmenspolitischen Spielraums geblieben sei; auch seien alle in Betracht kommenden Komponenten zu berücksichtigen, doch sei der fachlichen Eignung relativ größeres Gewicht beizulegen. Die Berufung einer fachlich qualifizierten Person unter mehreren an sich geeigneten Bewerbern schließe eine Gesetzesverletzung noch nicht aus. Ausdrücklich gebiete die Bestimmung, *„dann, wenn mehrere Bewerber auftreten, eine Auswahl (...) zu treffen, dass der für die Stelle am besten geeignete Bewerber bestellt würde.“*

Zu unterstreichen sei, dass nach dem ORF-G in *erster Linie die fachliche Eignung* zu berücksichtigen sei, während etwa § 4 Abs. 1 Z 3 BDG auf die „persönliche und fachliche Eignung“ abstelle. Aus dem sei zu schließen, dass es primär auf die Fähigkeit zur Leitung des Ressorts ankomme, wozu man sowohl die Kenntnisse im Fach (Innenpolitik) als auch die Leitungskompetenz zu zählen habe. In jedem Fall komme es auf die Verpflichtung zur Bestenauswahl an (VwGH 02.05.2001, 98/12/0417, 10.09.2004, 2001/12/0081, 29.02.2008, 2005/12/0008).

Die Beschwerde bestritt, dass diesem Gebot Rechnung getragen wurde. Die fachliche Eignung sei nicht in erster Linie berücksichtigt worden, womit § 27 Abs. 2 ORF-G verletzt worden sei. Wenn auch mangels Begründung der getroffenen Personalentscheidung nicht gesagt werden könne, aus welchen Gründen die Bestellung erfolgt sei, sei es für den Beschwerdeführer – ebenso wie für die Redakteursvertretung – nicht nachvollziehbar, dass dabei nach dem Gesetzesauftrag in erster Linie die fachliche Eignung ausschlaggebend gewesen sei.

Abschließend wurde ausgeführt, dass das Veröffentlichungsbegehren sich auf das öffentliche Interesse, das durch die Medienberichterstattung geweckt worden sei, stütze (VfSlg. 12.497).

Als Beweisanträge wurden ein Sachverständigenbeweis aus dem Bereich des Journalismus, die Einvernahme eines Vertreters des Redakteursrats und die Vernehmung des Beschwerdeführers gestellt.

Schließlich wurden der Beschwerde die interne Ausschreibung für die betreffende Stelle, ein Konzept „Ressortleitung HD1 Innenpolitik“ einschließlich eines Lebenslaufs des Beschwerdeführers, ein Vergleich der Beiträge, die vom Beschwerdeführer gegenüber jenen, die vom Bestellten erstellt wurden, sowie Zeitungsartikel, die die politische Natur dieser Postenbesetzung deutlich machen sollten, beigelegt.

Die Beschwerde wurde dem Beschwerdegegner am 11.01.2013 zur Stellungnahme übermittelt.

1.1. Stellungnahme des Beschwerdegegners

Der Beschwerdegegner stellte den Antrag, die Beschwerde abzuweisen (bzw. soweit die Aufhebung der Bestellung beantragt wurde, zurückzuweisen).

Der Beschwerdegegner hielt fest, dass aus den Beweisanträgen und dem sonstigen Vorbringen des Beschwerdeführers deutlich werde, dass dieser sowohl die Aufgaben der ausgeschriebenen Stelle als auch die nachprüfende Kontrolle der Regulierungsbehörde verkenne: Bei der ausgeschriebenen Stelle handle es sich nicht um eine Redakteursstelle, sondern um eine redaktionelle Leitungsfunktion, wie aus der Ausschreibung vom 03.07.2012 und dem Redakteursschema, ersichtlich sei. Es sei also nicht mehr Hauptaufgabe, die *„eigenverantwortliche Planung, Gestaltung und Herstellung (Abwicklung) ... insbesondere von Sendungen (Sendungsteilen)“* sondern die *„Leitung größerer Redaktionen (gestalterische, budgetäre, personelle und organisatorische Verantwortung für Sendungen oder Sendeflächen)“* gemäß dem Redakteursschema zu übernehmen.

Der Beschwerdeführer sei im ORF seit 01.01.2004 angestellter Redakteur der Verwendungsgruppe 13, d.h. ohne Führungsfunktion. Der Bestellte sei seit 01/2004 Redakteur der Verwendungsgruppe 15, d.h. dauernd mit Führungsaufgaben betraut. Als Leiter des aktuellen Dienstes (Wortredaktion) im ORF Landesstudio Wien habe der Bestellte ein Team von mehr als zehn Journalisten geleitet und somit die gestalterische, budgetäre, personelle und organisatorische Verantwortung übernommen, und in dieser Funktion und auch als stellvertretender Chefredakteur im Landesstudio Wien hervorragende Arbeit geleistet. Dass ein leitender Redakteur quantitativ weniger Beiträge als ein Redakteur ohne dauernde Führungsaufgaben gestaltet, sei nicht weiter verwunderlich. Die Qualität insbesondere der Radio-Wien Weltnachrichten und -journale mit Innen- und Außenpolitik, Chronik, Kultur, Sport usw., die der Bestellte verantwortet habe, sei unbestritten und einer der Gründe der Beliebtheit von Radio Wien. Die journalistischen bzw. redaktionellen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen des Bestellten seien außergewöhnlich gut und könnten auch vom Beschwerdeführer nicht durch bloße Mutmaßungen über politische Einflussnahmen entkräftet werden.

Schon die ausgeführte Gegenüberstellung zeige, dass nach begründeter Einschätzung der Bestellte für die ausgeschriebene Stelle besser qualifiziert bzw. fachlich geeigneter sei, da er sich auch in der Organisation und Menschenführung und nicht nur als hervorragender Experte bewährt habe. Auch § 27 Abs. 2 ORF-G verlange daher nicht, den Beschwerdeführer zum Leiter des Ressorts Innenpolitik-Hörfunk zu bestellen: nach der ständigen Entscheidungspraxis stehe fest, dass bei Personalentscheidungen – anders als der Beschwerdeführer glauben machen wolle (vgl. demgegenüber Twaroch - Buchner,

Rundfunkrecht, 5. Auflage, E 1 bis E 7 zu § 14 RFG) – dem Beschwerdegegner ein weiter Spielraum eingeräumt sei, wobei nach der Judikatur es sich „*verbietet, die Stelle mit einem Bewerber zu besetzen, der nicht über die erforderliche fachliche Eignung verfügt*“ und dass „*der fachlichen Eignung relativ größeres Gewicht beizulegen ist*“ (vgl. VfSlg 8320/1978). Der VfGH hebe andererseits auch hervor, dass „*alle in Betracht kommenden Komponenten zu berücksichtigen sind, die für die Beurteilung [...] von Relevanz sein können [...]*“. So werde angeführt, dass die „*Fähigkeit zur Menschenführung oder eine besondere organisatorische Fähigkeit*“ ebenso geeignet sei, die fachliche Eignung zu begründen. Ferner führe der VfGH an, dass sich neben der fachlichen Eignung „*die im einzelnen Fall getroffene Personalentscheidung auch in das personalpolitische Gesamtkonzept einfügen muss, da nur so der optimale Unternehmenserfolg erzielbar ist.*“ Schließlich könne die Entscheidung auch davon abhängen, „*ob die Inhaber anderer Stellen voraussichtlich mit ihm vertrauensvoll zusammenarbeiten können*“.

Der Beschwerdegegner habe bereits dargetan, dass der Bestellte insbesondere aufgrund seiner journalistischen Qualifikation und Führungserfahrung seiner Einschätzung nach als Ressortleiter im Ergebnis – im Sinne einer Prognoseentscheidung – die beste Arbeit erwarten ließe. Im vorliegenden Fall sei im Besetzungsverfahren deutlich mehr als das gesetzlich Geforderte unternommen worden, um den geeignetsten Kandidaten, als der sich letztlich der Bestellte herausgestellt habe, auszuwählen. Es habe sich im Laufe des Auswahlverfahrens gezeigt, dass insgesamt vier Kandidaten in die engste Wahl als Ressortleiter in Frage gekommen seien, darunter der Beschwerdeführer, für den sich auch die Redakteure ausgesprochen hätten, aber auch der Bestellte (vgl. Entscheidungspraxis bei Twaroch - Buchner, Rundfunkrecht, 5. Auflage, E 4 zu § 14 RFG). Abgesehen von der eingehenden Prüfung der schriftlichen Bewerbungen seien durch den Hörfunkdirektor persönliche Gespräche geführt und auch aktuelle (von den Kandidaten gestaltete) Berichte gehört worden, um sich vom Potenzial der Bewerber zu überzeugen. Betreffend den Bestellten habe man auch auf sehr gute Erfahrungswerte aus der Zeit der gemeinsamen Zusammenarbeit mit dem Hörfunkdirektor in seiner Zeit als Chefredakteur im Landesstudio Wien, zurückgreifen können. Der Beschwerdeführer verschweige, dass es am 10.12.2012 auch ein offizielles „Hearing“ gegeben habe, dem sich insgesamt acht Kandidaten – darunter der Beschwerdeführer und der Bestellte – unterzogen hätten, dessen Ergebnis im konkreten Fall mitentscheidend gewesen sei, um aus der engsten Wahl an geeigneten Personen die geeignetste auszuwählen.

Dieses „Hearing“ sei der Betriebsvereinbarung „Betriebliche Personalauswahl und Personalbeurteilung“, das für Personalauswahlverfahren bestimmte Grundsätze bereithalte und zur Beurteilung von Bewerbern im Hinblick auf ihre Eignung für eine zu besetzende Stelle diene, gefolgt. Gegenstand des Hearings seien jeweils mehrere Fragen an die Kandidaten zu Zielen und Strategien für die Position und zur Bewerbung (z.B. zu dringendem Umsetzungsbedarf, Führung, Motivation, etc.), zu Selbsteinschätzung und Kooperation (z.B. zu Lernbedarf für die Anforderungen an die Ressortleitung), zu Entscheidungs-Situationen (z.B. betreffend externen politischen Druck) und abschließende Fragen gewesen. Vier (zur Beurteilung hochqualifizierte) „Assessoren“ (vgl. die Betriebsvereinbarung) hätten anhand der Antworten der Kandidaten festgelegte „Beobachtungskriterien“ gewertet und dann in einem Ergebnisprotokoll eine Reihung der Bewerber festgehalten. Bestgereihter sei der Bestellte gewesen, an zweiter Stelle habe der Beschwerdeführer gestanden.

Aufgrund dieser Ergebnisse habe der Hörfunkdirektor dem Generaldirektor schließlich den Bestellten als Leiter des Ressorts Innenpolitik – Hörfunk vorgeschlagen, der diesem Vorschlag aus den dargestellten, nachvollziehbaren Gründen gefolgt sei. Dass das „Abstimmungsergebnis“ der Redakteure anders ausfiel, sei berücksichtigt worden, konnte aber im Endergebnis der Einschätzung des Beschwerdegegners nach der besseren fachlichen Eignung des Bestellten nichts ändern. Der Wunsch der Redakteure sei zu respektieren; im konkreten Fall erscheine dem Beschwerdegegner auch beachtlich, eine

vakante Leitungsfunktion mit einer Person zu besetzen, die nicht unmittelbar aus der betroffenen Abteilung bzw. Redaktion stamme, zumal bei „internen Nachbesetzungen“ durchaus gruppenspezifische Verwerfungen möglich seien – wie letztlich gerade die bei der KommAustria erhobenen Beschwerden aus der betroffenen Redaktion nahelegten.

Dazu stellte der Beschwerdegegner einen Beweisantrag zur Einvernahme des Hörfunkdirektors KA.

Er legte weiters dem Schreiben eine Anlage zum ORF-Kollektivvertrag 2003, die Bewerbung und den Lebenslauf des Bestellten, sowie das Dokument „Betriebliche Personalauswahl und Personalbeurteilung vom 02.03.2009 in der Fassung vom 04.08.2011“ bei.

1.2. Ergänzungsersuchen der KommAustria

Am 01.03.2013 übermittelte die Behörde betreffend die Unterlage „Grundsätze von Personalbeurteilungsverfahren“, nach der der Beschwerdegegner die Stellen besetzt, Fragen dahingehend, dass der Stellungnahme nicht entnommen werden könne, ob und in welcher Form die besagte Unterlage im Zeitpunkt der Personalauswahl, auf den konkreten Bestellungsvorgang angewendet bzw. umgesetzt wurde. So werde etwa ein „Hearing“ erwähnt, das Ergebnisprotokoll sei jedoch nicht vorgelegt worden. Auch die angesprochenen, angewandten „Beobachtungskriterien“ seien nicht näher ausgeführt und ein Ergebnis des Beurteilungsschemas nicht vorgelegt worden.

Weiters hielt die KommAustria unter Bezugnahme auf § 27 Abs. 1 ORF-G fest, dass neben der internen Ausschreibung eine öffentliche Verlautbarung im „Amtsblatt zur Wiener Zeitung“ zu erfolgen habe. Diese sei jedoch nicht vorgelegt worden.

Die Behörde forderte den Beschwerdegegner auf, diese Fragen bzw. die entsprechenden Unterlagen vorzulegen.

Am 01.03.2013 erschien der rechtliche Vertreter des Beschwerdeführers persönlich und ersuchte um Akteneinsicht. Es wurde ihm eine Kopie des Schriftsatzes des Beschwerdegegners vom 12.02.2013 ausgehändigt, und er teilte mit, binnen 14 Tagen eine Replik erstatten zu wollen.

1.3. Urkundenerklärung und Replik des Beschwerdeführers

In einer Replik vom 11.03.2013 hielt der Beschwerdeführer alle in der Beschwerde gestellten Anträge aufrecht und ergänzt diese um einen Antrag auf Feststellung einer Rechtsverletzung in Hinblick auf § 30g ORF-G.

Der Beschwerdeführer hielt zu den drei vorgelegten Urkunden fest, dass diese echt seien. Zur Richtigkeit wurde auf das eigene Vorbringen verwiesen.

Er stellte die vom Beschwerdegegner vorgelegte Stellenbeschreibung laut Kollektivvertrag außer Streit. Diese sei auch richtig. Der Beschwerdeführer habe sich um eine dort beschriebene Leitungsfunktion im journalistischen Bereich beworben.

Hinsichtlich des Lebenslaufs und der Bewerbung des Bestellten falle das im Vergleich zum Beschwerdeführer drei Jahre jüngere Alter kaum ins Gewicht, wohl aber dessen lokale Karriere bis 1994 („NÖ-Rundschau und „Stadtstreicher ... für St. Pölten“). Der Beschwerdeführer sei bereits ab 1990 Leiter der Wiener Redaktion und Ressortleiter Innenpolitik einer Qualitätszeitung („Tiroler Tageszeitung“) gewesen. Dass der Beschwerdeführer über einen akademischen Abschluss verfüge und auch seit 2007 Vortragender an der Donau-Universität Krems zum Thema Trimedialität sei (wie im Feedbackgespräch vermittelt eine angebliche Stärke des Bestellten), sei ergänzend

erwähnt. Diese Fakten würden den Beschwerdeführer jedenfalls nicht gegenüber dem Bestellten zurückstehen lassen.

Hinsichtlich der Betriebsvereinbarung habe nach dem Vorbringen des Beschwerdegegners ein „Personalauswahlverfahren“ gemäß einer Anlage dazu stattgefunden. Ziel eines solchen Verfahrens sei „*die Feststellung der Eignung [...] im Hinblick auf das festgelegte Anforderungsprofil*“. Das konkrete Verfahren habe sich jedoch schon nach dem Vorbringen des Beschwerdegegners auf Führungsthemen beschränkt, auf situatives Verhalten und habe in keiner Weise den Kern der Thematik berührt, nämlich „*umfassende Kenntnis der österreichischen Innenpolitik ...*“, „*Fähigkeit zur politischen Analyse bundes- und europaweiter Themen*“, „*Kenntnis der Rechtsgrundlagen*“ etc..., wie sie im Anforderungsprofil (Stellenausschreibung) festgelegt wurden. Das Personalauswahlverfahren sei also lückenhaft geblieben, das – nach der Betriebsvereinbarung – begründete Ergebnisprotokoll möge dem Beschwerdegegner noch zur Vorlage aufgetragen werden.

Das erste substantiierte Vorbringen des Beschwerdegegners sei die Behauptung gewesen, die Beschwerde verkenne die Aufgaben der ausgeschriebenen Stelle und die Kontrolle der Behörde. Dies könne angesichts der jahrelangen Tätigkeit des Beschwerdeführers im Ressort wohl nicht ernst gemeint sein. Dass sich der Beschwerdeführer für eine Leitungsfunktion beworben habe, stünde wohl außer Streit. Allerdings sei diese auf eine aus neun Journalisten bestehende Redaktion und ein Budget von rund € 50.000,- (ohne Personalkosten) beschränkt. Bei dieser Größenordnung sei es weder üblich noch möglich, sich ausschließlich auf die Leitung zu konzentrieren. Bildlich gesprochen könne der Ressortleiter Innenpolitik nicht wie ein General seine Truppen aus der Etappe heraus kommandieren, sondern müsse wie ein Vorarbeiter mit anpacken.

Wie man die „nachprüfende“ Kontrolle der Regulierungsbehörde“ verkennen könne, sei nicht zu verstehen.

Zur Rechtsfrage schiene doch Einmütigkeit zu bestehen, zitiere der Beschwerdegegner auch VfSlg 8320: weiter Ermessensspielraum, alle Komponenten seien zu berücksichtigen, doch sei der fachlichen Eignung relativ größeres Gewicht beizulegen, die Berufung einer fachlich geeigneten Person unter mehreren an sich geeigneten Bewerbern schließe eine Gesetzesverletzung noch nicht aus. Die Bestimmung gebiete, wenn mehrere Bewerber auftreten, eine Auswahl zu treffen, dass der für die Stelle am besten geeignete Bewerber bestellt werde (vgl. auch BKS 13.12.2002, 611.914/003-BKS/2002).

Der Beschwerdeführer halte sich auch für fachlich geeigneter und habe diesbezüglich Beweisanträge gestellt.

Das abgehaltene Hearing sei gesetzlich nicht vorgeschrieben gewesen. Es sei auch nicht an anerkannte Eignungsbeurteilungsnormen (vgl. DIN 33430, ISO 10667) gebunden, wengleich deren Einhaltung der Entscheidung des Beschwerdegegners Gewicht verliehen hätte, das nun fehle. Es sei daher auf diese Normen nicht näher einzugehen und nur deren Nichtanwendung festzustellen. Wohl aber sei § 30g 5. Satz ORF-G anzuwenden gewesen. Das Personalauswahlverfahren sei transparent und nachvollziehbar zu gestalten. An der Anwendung dieser Kriterien habe es gefehlt, weil das Hearing nur einen Teil der Anforderungen behandelt habe, seine Teilnehmer vom Arbeitgeber nominiert worden seien, dieser treffe letztlich die Entscheidung und könne damit Einfluss nehmen – eine Assessorin, Frau ME, sei sogar dem Hörfunkdirektor direkt unterstellt, und der Hörfunkdirektor habe als Vorschlagsberechtigter und Partei daran teilgenommen.

Das Auswahlverfahren sei, entgegen § 30g 5. Satz ORF-G, für die Bewerber intransparent gestaltet gewesen. Insoweit sei auch § 30g ORF-G verletzt. Aufgrund der mangelnden Nähe der Stellenbewerber zum Beweis, weil die notwendigen Informationen über die Auswahl-

und Beurteilungskriterien fehlten, und es auch schwer möglich sei, Motive zu beweisen – sie seien aber in den Medien vermutet worden –, obliege es dem Beschwerdegegner, den Gegenbeweis zur glaubhaft gemachten Gesetzesverletzung zu erbringen (vgl. OGH 07.07.2004, 9 ObA 46/04m, zu § 2a GIBG, wo es auch um Personalauswahl gegangen sei). Das Ausschreibungsgesetz 1989 verlange in § 10 Abs. 11 1. Satz, dass die Begutachungskommission nach den erforderlichen Erhebungen und unter Berücksichtigung ihrer Ergebnisse der ausschreibenden Stelle ein begründetes Gutachten zu erstatten habe. Dieses Gesetz sei hier nicht anwendbar, seine Nennung solle nur zeigen, was Standard eines transparenten und nachvollziehbaren Auswahlverfahrens sei. Eine solche umfassende Begründung fehle im vorliegenden Fall und habe bislang nicht vorgelegt werden können. Der Beschwerdeführer [gemeint wohl: der Beschwerdegegner] habe auch sonstige Gründe für die getroffene Personalentscheidung nicht nennen können, als da wären: persönliche Eignung, unternehmenspolitische Gründe, wirtschaftliche Motive, etc. ... Diese Gründe hätten zwar nach der Rechtsprechung des VfGH geringeres Gewicht als die fachliche Eignung, aber immerhin, sie hätten nicht genannt werden können.

Zu erwähnen sei in diesem Zusammenhang noch, dass sich der Hauptabteilungsleiter, dem die zu besetzende Stelle unterstehe, Herr HA, zuvor selbst Ressortleiter Innenpolitik, also mit dem Aufgabengebiet und Anforderungsprofil mehr als vertraut, nicht für den letztlich Bestellten ausgesprochen habe. Auch das sei ein Indiz für die an anderen als den gesetzlichen Kriterien orientierte Bestellung.

Der Beschwerdeführer fasste sein Vorbringen wie folgt zusammen: aus der Haltung der Redakteure bei der Abstimmung, der Haltung des Hauptabteilungsleiters HA, der Zusammenstellung des Assessorenteams durch den Arbeitgeber, der Teilnahme des vorschlagsberechtigten Hörfunkdirektors am Assessment, dem Umstand, dass es keine Beweisanbote des Beschwerdegegners zur Frage gebe, wodurch der Bestellte in Wort und Schrift als besonderer Analytiker der österreichischen Innenpolitik bisher vorgetreten sei oder bekannt wurde, und aus den wohl auf bislang geringer journalistischer Profilierung des Bestellten beruhenden Gerüchten über politische Einflussnahme ergebe sich schlüssig, warum das Assessment rein auf so genannte Führungsthemen beschränkt gewesen sei, weil das der Bestellte auf lokaler Ebene schon gemacht habe und man ihn hier gut habe aussehen lassen können.

Zu erwähnen sei abschließend, dass die so genannten Führungskompetenzen in hohem Maß spekulativ beurteilt würden, während die journalistische Qualifikation – Wissen, Ausdrucksfähigkeit, Recherche, Stringenz der Argumentation – ungleich deutlich objektivierbar sei. So habe man sich im abgehaltenen Assessment auf letztlich psychologische Momente beschränkt, weil im journalistischen Bereich der Wunschkandidat nicht habe punkten können.

Unzugänglich bleibe der letzte Absatz der Stellungnahme des Beschwerdegegners, wonach bei internen Nachbesetzungen „*durchaus gruppendynamische Verwerfungen möglich seien – wie letztlich gerade die ... erhobenen Beschwerden aus der betroffenen Redaktion nahelegen.*“ Wenn gemeint sei, die Anrufung der Rechtsaufsicht sei eine „Verwerfung“ – dann habe nicht eine interne Besetzung sondern eine externe dazu geführt.

Zum Beweis beantragte der Beschwerdeführer die Einvernahme des Zeugen HA.

Die Urkundenerklärung und Replik des Beschwerdeführers wurden dem Beschwerdegegner am 12.03.2013 übermittelt.

1.4. Stellungnahme des Beschwerdegegners

Der Beschwerdegegner hielt in einer Stellungnahme vom 21.03.2013 den – nunmehr ergänzten – Antrag aufrecht, die Beschwerde abzuweisen bzw. soweit die Aufhebung der Bestellung oder die Feststellung einer Verletzung des § 30g ORF-G sei, zurückzuweisen.

Er führte hinsichtlich des Ergänzungsersuchens aus, dass die Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 11.03.2013 im Wesentlichen nur Wiederholungen der verfahrenseinleitenden Beschwerde bzw. das Vorbringen, das im Hinblick auf den verfahrensgegenständlichen Prüfungsgegenstand der KommAustria ins Leere gehe, enthalte. Dies lasse auf eine gewisse Unzufriedenheit schließen, dass die Letztverantwortung betreffend das Personalverfahren und die Entscheidung im Hinblick auf die verfahrensgegenständliche und andere Stellen im Unternehmen des Beschwerdegegners beim Dienstgeber liege, was gesetzlich jedoch nicht zu beanstanden sei.

So ziele das neue Vorbringen des Beschwerdeführers zur mangelnden Transparenz und Nachvollziehbarkeit des Personalauswahlverfahrens ausdrücklich auf die Feststellung der Verletzung des § 30g ORF-G ab. Selbst bei Zutreffen der Behauptung der mangelnden Transparenz bzw. Nachvollziehbarkeit sei hierdurch rechtlich nichts zu gewinnen, da die KommAustria gemäß § 36 Abs. 1 ORF-G für die Entscheidung über Beschwerden wegen Verletzungen der §§ 30a bis 30p ORF-G (5a. Abschnitt des ORF-G) nicht zuständig sei, abgesehen davon sei das Vorbringen zur mangelnden Transparenz und Nachvollziehbarkeit, wie noch gezeigt werde, auch tatsächlich falsch. Die KommAustria werde dem diesbezüglichen Antrag des Beschwerdeführers daher nicht stattzugeben sondern diesen zurückzuweisen haben.

Insoweit seien auch vermeintlich dieses Vorbringen unterstützende Hinweise auf – rechtlich unverbindliche und/oder nicht anwendbare – weit hergeholte andere Normen als das ORF-G, wie DIN/ISO-Normen oder das AusG, irrelevant (nach der hM sei es bei der Besetzung einer Stelle sogar zulässig, auch solche Personen zu berücksichtigen, die sich nicht im Rahmen einer Ausschreibung beworben haben, vgl. Kogler/Trainer/Truppe, Rundfunkgesetz, 3. Auflage, 249). Dem gegenständlich anwendbaren AVG seien die vom Beschwerdeführer ins Treffen geführten Beweiswürdigungs- oder Beweislastverteilungsregeln in dieser Form unbekannt. Für den verfahrenseinleitenden Antrag des Beschwerdeführers habe das neue Vorbringen daher keinerlei Relevanz.

Die vom Beschwerdeführer wiederholt vermisste „umfassende Begründung“ sei deutlich in der Stellungnahme vom 12.03.2013 enthalten. Wenn der Beschwerdeführer nunmehr versuche, das Anforderungsprofil der verfahrensgegenständlichen Stelle festzulegen oder nachträglich „umzuinterpretieren“, sei er auf die ständige Entscheidungspraxis der Rundfunkbehörden zu verweisen. Es obliege nicht dem Bewerber sondern dem Beschwerdegegner zu entscheiden, wie der entscheidungsrelevante Sachverhalt zu werten sei, insbesondere welchen Voraussetzungen für die ausgeschriebene Stelle besondere Bedeutung zukomme und welche mehr oder weniger vernachlässigbar seien (VwGH 14.01.2009, 2006/04/0241). Es sei verfehlt, wenn der Beschwerdeführer meine, die mit der verfahrensgegenständlichen Stelle verbundene Führungsverantwortung sei gering („doch überschaubar“).

Nach begründeter Einschätzung des Beschwerdegegners sei der Bestellte für die ausgeschriebene Stelle besser qualifiziert bzw. fachlich geeigneter, da er sich auch in der Organisation und Menschenführung und nicht nur als hervorragender Experte bewährt habe. Es habe sich auch im Rahmen des Personalverfahrens, wie in der Stellungnahme des Beschwerdegegners vom 12.02.2013 enthalten, gezeigt, dass insgesamt vier Kandidaten in der engsten Wahl als Ressortleiter in Frage kamen, darunter der Beschwerdeführer und der Bestellte. Selbst wenn sich also – wie der Beschwerdeführer behauptet – das Hearing auf Führungsthemen beschränkt habe, was, wie noch gezeigt wird, nicht der Fall war, sei es

nicht zu beanstanden, dass das Ergebnis des Hearings im konkreten Fall mitentscheidend war, um aus der engsten Wahl an geeigneten Personen die geeignetste auszuwählen. Das Hearing sei nämlich eine von mehreren Informationsquellen, die einer Führungskraft zur Vorbereitung ihrer Personalentscheidung zur Verfügung stünde. Es fokussiere auf wichtige Aspekte der ausgeschriebenen Position bzw. auf solche, deren Ausprägung bei den Bewerberinnen und Bewerbern allein auf Basis anderer Quellen (Bewerbungsschreiben, Lebenslauf, Referenzen etc.) möglicher Weise nicht ausreichend beurteilbar sei.

In der Folge wollte der Beschwerdegegner – nun auch zum Ergänzungsersuchen der Behörde vom 01.03.2013, den gegenständlichen Hearingprozess mit seinen Querverbindungen zu den in der (mit Schreiben des Beschwerdegegner vom 12.02.2013 übermittelten) Betriebsvereinbarung in der Anlage formulierten „Grundsätzen“ näher darstellen:

Nach Festlegung der einzuladenden Bewerber und erfolgskritischer Kriterien für die Position, auf die im Hearing besonderes Augenmerk gerichtet werden sollte, sei die Einladung der Bewerber zum Hearing, der die Liste der Beobachtungskriterien sowie der Intranet-Link zur betreffenden Betriebsvereinbarung beigefügt wurde, erfolgt.

Die Auswahl der vier beurteilenden Assessoren sei nach folgenden Kriterien erfolgt: Umfassende journalistische Erfahrung, langjährige Führungserfahrung, derzeitige Verantwortung liegt zumindest eine hierarchische Ebene über der zu besetzenden Position, Geschlechterparität und Erfahrung als Assessoren in Hearings. Zusätzlich habe routinemäßig ein Gleichstellungsbeauftragter als unabhängiger Beobachter teilgenommen. Dass auch entscheidende Führungskräfte ohne Stimmrecht an Hearings teilnehmen dürfen, solle ermöglichen, dass diese Informationen „aus erster Hand“ erhalten. Neben dem Hörfunkdirektor sei auch ORF-Radio-Chefredakteur HA beim Hearing anwesend gewesen. Beide seien ohne Stimmrecht gewesen.

Beim Hearing seien jedem Kandidaten dieselben Fragen aus dem vorbereiteten Fragenkatalog gestellt worden, zusätzlich hätten die Assessoren eigene Fragen stellen können. Der Fragenkatalog habe auch Beschreibungen prototypischer erfolgskritischer Situationen aus dem Arbeitsalltag der ausgeschriebenen Position enthalten. Im konkreten Hearing seien nicht nur Führungsthemen sondern etwa auch Aspekte der journalistischen Erfahrung oder der Kenntnis der Innenpolitik etc... aufgrund der insoweit indirekten Fragen insbesondere zu Selbsteinschätzung und Entscheidungssituationen eingeflossen.

Die Beurteilung der Bewerber durch die Assessoren im Hearing sei auf Basis der Beobachtungskriterien auf Bewertungsbögen erfolgt. Bei Personalbeurteilungsverfahren verwendete Medien (Schriften, Bild/Tonträger etc...) mit personenbezogenen Angaben seien zu vernichten bzw. löschen gewesen – dies habe nicht für das Ergebnisprotokoll gegolten.

Die im Ergebnisprotokoll dokumentierte Reihung sei nach eingehender Besprechung jedes Bewerbers durch die vier beurteilenden Assessoren entstanden. Die im Protokoll angeführten Stärken hätten den am deutlichsten wahrgenommenen Beobachtungskriterien entsprochen, gereiht nach Stärke der Ausprägung (vgl. die vorgelegten Ergebnisprotokolle betreffend den Beschwerdeführer und den Bestellten).

Das Angebot für ein individuelles Feedback-Gespräch sei vom Beschwerdeführer genutzt worden. Die Möglichkeit zur internen Beschwerde über das Verfahren sei von keinem Bewerber wahrgenommen worden.

Der Stellungnahme wurden Nachweise über die Verlautbarung im „Amtsblatt zur Wiener Zeitung“, Beobachtungskriterien zum Hearing Ressortleiter/in Innenpolitik, HD1, die Einladung zum Hearing, die „Hearing-Arbeitsunterlage Ressortleiter/in Innenpolitik in der

Radio-Information / HD1", die Ergebnisprotokolle betreffend den Beschwerdeführer und den Bestellten, beigelegt.

1.5. Weiteres Auskunftsersuchen der KommAustria an den Beschwerdegegner

Mit Schreiben vom 04.04.2013 verwies die KommAustria darauf, dass zwar die Reihung der Kandidaten im Ergebnisprotokoll mit einer Kurzeinschätzung dargelegt worden sei, aus den vorgelegten Unterlagen jedoch nicht hervorgehe, aufgrund welcher Überlegungen der Bestellte schlussendlich zum „Leiter Ressort Innenpolitik“ bestellt worden sei. Insbesondere lasse sich die im Ergebnisprotokoll vorgenommene Reihung nicht zwingend ableiten. Die Behörde trug dem Beschwerdegegner auf, die entsprechenden Unterlagen vorzulegen.

1.6. Stellungnahme des Beschwerdegegners hinsichtlich des Auskunftsersuchens der KommAustria

Mit Schreiben vom 11.04.2013 wurde seitens des Beschwerdegegners die Beantwortung des Auskunftsersuchens an die Behörde übermittelt.

Darin wurde vorgebracht, dass die beurteilenden Assessoren im „Hearing“ 0 bis 6 Punkte pro Beobachungskriterium und Kandidaten vergeben – wie aus der bereits übermittelten „Hearing-Arbeitsunterlage“ hervorgehe – woraus dann der Mittelwert gebildet werde. Diese Mittelwerte werden je Kandidat über alle Beobachungskriterien summiert, wobei die Mittelwerte der Basiskriterien doppelt in die Punkte-Gesamtsumme einfließen. Diese Gesamtsumme je Kandidat bildet in der Abschlussbesprechung des Hearings die Basis, auf der die beurteilenden Assessoren ihre Entscheidung für die endgültige Reihung treffen (die Reihung aufgrund der Punkte-Gesamtsumme ist also nicht zwingend, sondern könne durch die Assessoren noch verändert werden).

Der Beschwerdeführer habe als Punkte-Gesamtsumme 69,1, während der – erstgereichte – Bestellte 69,3 erzielen konnte. Auch nach der Abschlussbesprechung des Hearings sei diese Reihung beibehalten worden, was aus dem Ergebnisprotokoll unzweifelhaft hervorginge.

Angeregt wurde eine zeugenschaftliche Einvernahme der Assessoren.

Die Stellungnahme vom 21.03.2013 sowie die obigen ergänzenden Ausführungen wurden per Datum vom 18.04.2013 dem Beschwerdegegner übermittelt.

1.7. Urkundenerklärung und Replik des Beschwerdeführers

Der Beschwerdeführer änderte seinen Antrag auf Verletzung des § 30g ORF-G in einem Schriftsatz vom 08.05.2013 insofern, als er dem Beschwerdegegner zugestand, dass die angerufene Behörde über die Verletzung des Abschnittes 5a ORF-G nicht entscheide, doch sei im Sinne der Einheitlichkeit der Rechtsordnung § 30g ORF-G bei der Auslegung des § 27 Abs. 2 leg.cit. ORF-G zweifelsfrei zu berücksichtigen. Das Feststellungsbegehren bezüglich § 30g ORF-G sei in diesem Sinn mittelbar aufrecht.

Der Beschwerdeführer gestand zu, dass die vom Beschwerdegegner vorgelegten Unterlagen echt seien. Zur Richtigkeit wurde auf das eigene Vorbringen verwiesen.

In der Replik wurde das Vorbringen des Beschwerdegegners insofern bestritten, als es die Behauptung enthalte, dass andere als Führungsthemen im Hearing zur Sprache gekommen seien. Es sei vom Arrangeur des Hearings Herrn TB sogar im Feedback-Gespräch erläutert worden, dass es eine Vorgabe gewesen sei, keine Fachbeurteilung zur innenpolitischen Qualifikation vorzunehmen. Die übermittelten Fragen würden auch auf konkrete innenpolitische Themen keinen Bezug nehmen.

Dies sei in mehrfacher Hinsicht auffällig: Zum einen seien die Assessoren als Journalisten durchaus geeignet gewesen, auch eine fachliche Beurteilung vorzunehmen. Zum anderen bestärke die Beschränkung auf Themen wie Führungsstärke, Authentizität, Überzeugungskraft etc..., wo eine Beurteilung in 30 Minuten von Unschärfe, Subjektivität und Beliebigkeit geprägt sein müsse, die Vermutung, dass das Hearing ein vorgegebenes Resultat hervorbringen sollte. Weiters mute es auffällig an, dass man ein so aufwändiges Verfahren auf Teilaspekte reduziere, etwa so, wie wenn man ein Assessment für die Einstellung eines Busfahrers auf die Verkehrspsychologie einengte.

Der Beschwerdeführer beantragte schließlich die zeugenschaftliche Einvernahme der Assessoren BB, ME, WL und KP sowie des TB zum Beweis dafür, dass das Hearing mit Vorgaben belastet war.

Diese Replik wurde am 17.05.2013 dem Beschwerdegegner übermittelt.

1.8. Ergänzende Replik des Beschwerdeführers

Am 23.05.2013 legte der Beschwerdeführer einen Artikel aus dem „Standard“ vor, die nach Ansicht des Beschwerdeführers die fachliche Eignung des Bestellten nicht untermauere. Der Fairness halber sei auch die Äußerung des Beschwerdegegners beigegeben, die der Regel folge „Was nicht sein soll, auch nicht sein kann.“.

Der in der Beilage enthaltene Artikel des „Standard“ informierte darüber, dass der Bestellte die Wahlplanung nach den Wahlen in Niederösterreich und Kärnten wieder abgegeben habe. Der Bestellte habe die Wahlberichterstattung für Salzburg und Tirol AJ übertragen. Letztverantwortung trage nach Auskunft von Chefredakteur HA der Bestellte. Es wurde die Frage gestellt, ob sich der neue Ressortchef bei seinen ersten Landtagswahlen nicht bewährt habe. Der Chefredakteur wollte das nicht so sehen. Nach seiner Ansicht sei letztlich wichtig, was über den Äther laufe. Er meinte weiters dass das Team professionell genug sei, Entscheidungen des Unternehmens nicht in Frage zu stellen. Schließlich wurde noch auf den gegenständlichen Rechtsstreit verwiesen.

Eine ebenfalls beigelegte OTS-Aussendung gab Aussagen von Chefredakteur HA wieder, wonach der Bestellte und sein Team sehr gute und professionelle journalistische Arbeit leisten. Der Bestellte werde selbstverständlich die Berichterstattung über die Nationalratswahlen leisten.

Mit Schreiben vom 07.06.2013 wurde diese Replik dem Beschwerdegegner übermittelt.

1.9. Devolutionsantrag des Beschwerdeführers

Mit Schreiben vom 11.07.2013, eingelangt beim Bundeskommunikationssenat (im Folgenden „BKS“) am 15.07.2013, brachte der Beschwerdeführer beim BKS einen Devolutionsantrag ein.

1.9.1. Bescheid des Bundeskommunikationssenats

Am 11.09.2013 erließ der BKS einen Bescheid (BKS GZ 611.811/0005-BKS/2013), mit dem er den Devolutionsantrag des Beschwerdeführers abwies.

2. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:

Am 03.07.2012 erschien im amtlichen Teil der Wiener Zeitung folgendes Inserat:

„Beim Österreichischen Rundfunk (ORF) wird folgender Dienstposten ausgeschrieben:

Redakteur/in (Leiter Ressort Innenpolitik) (40 Wochenstunden)

in der Verwendungsgruppe 16 (Bruttogehalt mindestens € 63.247,80 inkl. Sonderzahlungen und UDZ [unregelmäßige Dienstzulage]. Höheres Gehalt abhängig von Erfahrung und Ausbildung) für Information Hörfunk.

Bei den Besetzungen werden Gesichtspunkte der Hebung des Frauenanteils besonders berücksichtigt.

Bitte richten Sie Ihre Bewerbung mit Lebenslauf unter folgendem Link <http://jobs.orf.at/indexwrz.html> bis 16.07.2012 an die Personalabteilung des ORF (Vertraulichkeit wird zugesichert)“

Am 03.07.2012 erschien im Intranet des ORF die Ausschreibung für die gleiche Stelle mit folgendem Text:

„Interne Stellenausschreibung Nr. 32 vom 03.07.2012

Für Information Hörfunk, HD 1:

Redakteur/in (Leitung Ressort Innenpolitik) (40 Wochenstunden)

Stpl.Nr. --, Verw.Gr. 16

Bruttogehalt mindestens:

nach KV [Kollektivvertrag] 03 € 63.247,80 (inkl. Sonderzahlungen und UD)

nach KV96 € 62.245,35 (inkl. WZ [Wohnungszulage], Sonderzahlungen, UD). Höheres Gehalt jeweils abhängig von Erfahrung und Ausbildung.

Dienstort: unregelm. Dienst

Dienstort: Wien

Bewerbungen an: <https://bewerbungen.orf.at/orf/zpbw3?~int=3201>

Aufgaben:

- Verantwortung für die Planung und Herstellung von Beiträgen, Interviews, Diskussionssendungen und Analysen zur innenpolitischen Berichterstattung für Informationssendungen im Radio
- Mitwirkung bei der Erstellung des zugewiesenen Budgets und Einhaltung der finanziellen Vorgaben
- Kontaktpflege zu externen Personen und Institutionen
- Mitarbeiter/innenbezogene Führungsaufgaben

Anforderungen:

- Erfahrung in der Menschenführung, der innenpolitischen Berichterstattung sowie im Programm- und Redaktionsmanagement, Radioerfahrung vorteilhaft
- Erfahrung in Mitarbeiter/innen-Motivation und Teambildung
- Führungskompetenz, Führungserfahrung

- *umfassende Kenntnis der Österreichischen Innenpolitik, der Institutionen und Körperschaften*
- *Fähigkeit zur politischen Analyse bundes- und europaweiter Themen*
- *Kenntnis der ORF Sendungsstruktur und der des Mitbewerbes bezüglich innenpolitische Berichterstattung*
- *Kenntnis der Rechtsgrundlagen (Medien- und Urheberrecht, ORF-Gesetz, Programmrichtlinien, Arbeitsrecht)*
- *Verhandlungsgeschick und -sicherheit*
- *betriebswirtschaftliches Denken und Handeln*
- *selbstständiger und strukturierter Arbeitsstil*
- *analytische und organisatorische Fähigkeiten*
- *Kommunikations- und Konfliktfähigkeit*

Bei der Besetzung werden Gesichtspunkte der Hebung des Frauenanteils besonders berücksichtigt.

Bewerben Sie sich bitte bis 16.07.2012 über Intranet."

Der Beschwerdeführer ist seit 2002 als Redakteur in der Abteilung Information Hörfunk, HD 1, in unterschiedlicher Funktion tätig und bekleidet derzeit eine Stelle als Redakteur der Verwendungsgruppe (VG) 13 im ORF.

Der Bestellte war vor seiner Beförderung zum Leiter des Ressorts Innenpolitik seit 01.01.2004 im Landesstudio Wien als Leiter des aktuellen Dienstes (Wortredaktion) in der VG 15 tätig. Sein Team umfasste mehr als zehn Journalisten, er trug die gestalterische, budgetäre, personelle und organisatorische Verantwortung. Daneben war er als stellvertretender Chefredakteur im Landesstudio Wien tätig.

Der Beschwerdeführer erstellte für die Ö1-Information im Zeitraum 01.01. bis 24.12.2012 434, der Bestellte 9 Beiträge.

Der für den Personalvorschlag an den Generaldirektor verantwortliche Hörfunkdirektor prüfte die schriftlichen Bewerbungen, führte persönliche Gespräche mit den Bewerbern und hörte Radiobeiträge der Bewerber.

Mit E-Mail der Generaldirektion Personal und Schulung wurden insgesamt acht Kandidaten zu einem „Hearing“ am 10.12.2012 eingeladen, darunter der Beschwerdeführer.

Mit der Einladung wurde die Betriebsvereinbarung „Betriebliche Personalausbildung und Personalbeurteilung“ sowie eine Liste der Beurteilungskriterien übermittelt.

Das Hearing fand am 10.12.2012 in Anwesenheit von den vier Assessoren BB, ME, WL und KP, sowie, in nicht-beurteilender Funktion, Hörfunkdirektor WA und dem künftigen Vorgesetzten des Bestellten, HA, statt.

Im Rahmen des „Hearings“ wurde allen Kandidaten Fragen aus dem im Vorhinein vorbereiteten Fragenkatalog gestellt, daneben konnten die Assessoren eigene Fragen stellen.

Dieser Fragenkatalog umfasste folgende Bereiche:

„Hearing“-Arbeitsunterlage

Ressortleiter/in Innenpolitik in der Radio-Information / HD 1 (Oktober 2012)

Inhalt

1. *Fragen zu Zielen und Strategien für die Position*
2. *Fragen zu Selbsteinschätzung und Kooperation*
3. *Entscheidungs-Situation*
4. *Abschließende Frage*
5. *Profil-Erfassungsblatt*
6. *Notizen*

[...]"

Die Beurteilung durch die Assessoren erfolgte aufgrund von den im Vorhinein bestimmten Kriterien mittels Bewertungsbogen.

Diese Beobachtungskriterien lauteten wie folgt:

„Hearing Ressortleiter/in Innenpolitik, HD1

Basiskriterien

A Klarheit über die Anforderungen der Position

B Konkrete Vorstellungen über Ziele und Strategien zur Gestaltung des Aufgabenbereichs

Im Detail

1. *Führungsstärke*
2. *Analytisch, strukturiertes Denken*
3. *Argumentations-, Motivations- und Überzeugungskraft*
4. *Entscheidungsfähigkeit und Initiative*
5. *Kreativität, unterschiedliche Lösungsansätze*
6. *Teamfähigkeit, kooperative Haltung*
7. *Selbstvertrauen*
8. *Authentizität, klare Grundhaltungen und Werte*
9. *Gutes Auftreten, Kontaktfreude"*

Das aus der Auswertung des Bewertungsbogens entstandene Ergebnisprotokoll mündete in eine dokumentierte Reihung, die sich aus der Stärke der Ausprägung ergab.

Verwendete Medien (Schriften, Bild, Tonträger, etc...) mit personenbezogenen Angaben wurden vernichtet bzw. gelöscht, nicht aber das Ergebnisprotokoll.

Das Ergebnisprotokoll war wie folgt gestaltet:

„ERGEBNISPROTOKOLL

des Auswahlverfahrens für die Position einer/s Ressortleiter/in Innenpolitik in der HD 1, durchgeführt am 12.10.2012

Wien, 12.10.2012

Im Hinblick auf das Anforderungsprofil zeigten die Kandidat/innen vor allem Stärken in folgenden Kriterien (gereiht nach Ausprägung)

[...]"

Als Erstgereihter des Hearings wurde einstimmig der Bestellte bestimmt. Der Beschwerdeführer wurde einstimmig Zweiter.

Der Bestellte erhielt 69,3, während der Beschwerdeführer 69,1 Punkte erzielte.

In den jeweiligen Ergebnisprotokollen vom 10.12.2012 wurde zum Beschwerdeführer festgehalten:

Der Bestellte „konkrete Vorstellungen über Ziele und Strategien zur Gestaltung Aufgabenbereiches, Klarheit über die Anforderungen der Position, analytisch, strukturiertes Denken, Argumentations-, Motivations- und Überzeugungskraft, Selbstvertrauen“

Der Hörfunkdirektor legte diese Entscheidung dem Generaldirektor vor.

Der Beschwerdegegner gab am 14.12.2012 offiziell bekannt, dass der Bestellte zum Ressortleiter Innenpolitik in der Abteilung Information Hörfunk, HD 1, bestimmt wurde.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen hinsichtlich der internen und externen Ausschreibungen sowie zum Redakteursschema des Beschwerdegegners, die Lebensläufe der Kandidaten sowie die Auflistung der jeweiligen Radiobeiträge und die Betriebsvereinbarung „Betriebliche Personalausbildung und Personalbeurteilung“ ergeben sich aus den entsprechenden von den Parteien unbestritten gebliebenen Vorlagen. Die Feststellungen hinsichtlich des Inhalts der Unterlage zum „Hearing“ ergeben sich aus dessen Vorlage durch den Beschwerdegegner.

Das Ergebnisprotokoll ergibt sich aus den glaubwürdigen Angaben des Beschwerdegegners.

Es wurde ein Sachverständigenbeweis aus dem Bereich des Journalismus zur Frage beantragt, ob der Bestellte oder der Beschwerdeführer für die besetzte Stelle geeigneter im Sinne des § 27 Abs. 2 ORF-G war. Diesem Antrag war insofern nicht zu folgen, als die Beurteilung der fachlichen Eignung eine Rechtsfrage darstellt, die in der rechtlichen Würdigung insbesondere unter den Punkten 4.3.4. bis 4.3.5. behandelt wird.

Es wurde die Parteienvernehmung des Beschwerdeführers sowie eines Vertreters des Redakteursrats beantragt. Diesem Beweisantrag war nicht statt zu geben, da sich für die Behörde keine offenen Fragen stellten, aus einer Einvernahme kein Beitrag zur materiellen Entscheidungsfindung zu erwarten und eine Entscheidung aufgrund der Aktenlage möglich war. Ebenso verhält es sich mit der beantragten Vernehmung des Hörfunkdirektors, der zudem die Verantwortung für die verfahrensgegenständliche Auswahl trägt, der Einvernahme der Assessoren BB, ME, WL und KP, des Chefredakteurs HA sowie des TB zum Beweis dafür, dass das Hearing mit Vorgaben belastet war.

Dem Beweisantrag zur Einvernahme eines Vertreters des Redakteursrat war nicht stattzugeben, da das Ergebnis der Abstimmung der Redakteure, das zu einer großen Mehrheit für den Beschwerdeführer führte, als nicht verfahrensgegenständlich zu beurteilen war.

Nicht zu berücksichtigen war weiters die Vorlage von Presseartikeln zum Beweis dafür, dass es sich um die „politische Besetzung“ einer Stelle im Unternehmen des Beschwerdegegners handelte. Dies vor dem Hintergrund, dass – vgl. insbesondere Punkte 4.3.4. bis 4.3.5. der rechtlichen Beurteilung – dem Erfordernis der Bestellung des fachlich Geeignetsten Rechnung getragen wurde und Vorwürfe der politischen Intervention sich auf Mutmaßungen und Gerüchte bezogen, ohne den Nachweis eines konkreten Einflusses auf das Auswahlverfahren zu erbringen.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zuständigkeit der Behörde

§ 35 ORF-G lautet:

*„§ 35. (1) Die Aufsicht des Bundes über den Österreichischen Rundfunk beschränkt sich auf eine Aufsicht nach Maßgabe dieses Bundesgesetzes, unbeschadet der Prüfung durch den Rechnungshof. Die Rechtsaufsicht obliegt der Regulierungsbehörde. Ferner entscheidet die Regulierungsbehörde über Einsprüche gemäß § 33 Abs. 6.
(2) Der Regulierungsbehörde obliegt auch die Rechtsaufsicht über die Tätigkeit der Tochtergesellschaften des Österreichischen Rundfunks im Hinblick auf die Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes.
(3) Regulierungsbehörde im Sinne dieses Bundesgesetzes ist, soweit nicht Abweichendes bestimmt wird, die KommAustria.“*

Gemäß § 35 ORF-G obliegt die Rechtsaufsicht über den ORF der Regulierungsbehörde. Gemäß § 35 Abs. 3 ORF-G ist die Regulierungsbehörde die KommAustria.

4.2. Beschwerdevoraussetzungen

§ 36 ORF-G lautet auszugsweise:

„Rechtsaufsicht

§ 36. (1) Die Regulierungsbehörde entscheidet neben den anderen in diesem Bundesgesetz und im KommAustria-Gesetz genannten Fällen – soweit dafür nicht eine andere Verwaltungsbehörde oder ein Gericht zuständig ist – über die Verletzung von Bestimmungen dieses Bundesgesetzes mit Ausnahme der Bestimmungen des 5a. Abschnittes oder über die Verletzung des Umfangs eines Angebotskonzepts einschließlich allfälliger nach § 6b Abs. 2 erteilten Auflagen

1. auf Grund von Beschwerden

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

[...]

(3) Beschwerden sind innerhalb von sechs Wochen, Anträge sind innerhalb von sechs Monaten, gerechnet vom Zeitpunkt der behaupteten Verletzung dieses Bundesgesetzes, einzubringen. Offensichtlich unbegründete Beschwerden und Anträge sind ohne weiteres Verfahren zurückzuweisen.

[...].“

§ 27 ORF-G lautet:

„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.“

4.2.1. Beschwerdelegitimation

Der Beschwerdeführer beantragt die Feststellung, dass durch die verfahrensgegenständliche Personalentscheidung § 27 Abs. 2 ORF-G verletzt worden sei. Begründend führt er aus, dass er sich um die besagte Stelle beworben hätte, die Stelle sei jedoch mit dem fachlich weniger geeigneten Bestellten besetzt worden.

Dadurch fühle er sich unmittelbar geschädigt. Er stützt seine Beschwerdelegitimation auf § 36 Abs. 1 Z 1 lit. a ORF-G. Die Schädigung ergebe sich aus der Nichtbestellung hinsichtlich der ausgeschriebenen Stelle. Diese wäre überdies mit einer Beförderung verbunden gewesen. Die Anerkennung der Beschwerdelegitimation beruhe auf der eines Mitbewerbers um eine ausgeschriebene Stelle im Rahmen der Standardjudikatur.

Generell ist als Zulässigkeitsvoraussetzung für eine Beschwerde nach § 36 Abs. 1 Z 1 lit. a ORF-G die Behauptung einer Rechtsverletzung gefordert, die den Umständen nach zumindest im Bereich des Möglichen liegen und den Beschwerdeführer unmittelbar schädigen muss (vgl. dazu das zur gleich lautenden Vorgängerbestimmung des § 27 ORFG, § 14 RFG, ergangene Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes VfSlg. 11.958/1989). Es erscheint tatsächlich möglich, dass der Beschwerdeführer dadurch, dass der Bestellte zum Ressortleiter Innenpolitik befördert wurde, unmittelbar geschädigt wurde, weil er die in Rede stehende Stelle bzw. die damit verbundene Beförderung nicht erhalten hat.

Es entspricht überdies der ständigen Rechtsprechung (BKS 15.11.2006, GZ 61.951/0007-BKS/2006, der sich in dieser Frage auf die Entscheidungen des BKS 25.06.2002, GZ 611.905/005-BKS/2002 und BKS 13.12.2002, GZ 611.914/003-BKS/2002 bezieht), dass in Fällen der Bewerbung um eine Funktion im Unternehmen des Beschwerdegegners die Beschwerdelegitimation des unterlegenen Kandidaten gemäß § 36 Abs. 1 Z 1 lit. a ORF-G jedenfalls als gegeben angesehen wird.

Die Beschwerdelegitimation eines Beschwerdeführers nach § 36 Abs. 1 Z 1 lit. a ORF-G ist daher zu bejahen.

4.2.2. Rechtzeitigkeit der Beschwerde

Die Entscheidung des Beschwerdegegners wurde am 14.12.2012 offiziell mitgeteilt. Die Beschwerde wurde am 08.01.2013, somit innerhalb der 6-Wochenfrist und damit rechtzeitig erhoben.

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

Der Beschwerdeführer bestreitet, dass durch die verfahrensgegenständliche Bestellung dem Gebot des in § 27 Abs. 2 ORF-G verankerten Grundsatzes der in erster Linie zu berücksichtigenden fachlichen Eignung – worunter in gegenständlichem Fall die Fähigkeit zur Leitung des Ressorts, wozu Kenntnisse im Fach Innenpolitik als auch Leitungskompetenz zu zählen seien – durch die zugrundeliegende Entscheidung des Beschwerdegegners Rechnung getragen wurde. Somit sei § 27 Abs. 2 ORF-G verletzt.

Releviert wird auch eine Verletzung von § 30g ORF-G, wonach – unter anderem – das Personalauswahlverfahren transparent und nachvollziehbar zu gestalten sei.

4.3.1. Zur Rolle der KommAustria

Die Rechtsaufsicht der KommAustria erstreckt sich auf die Bestimmung des § 27 Abs. 2 ORF-G.

Zur Rolle der KommAustria in verfahrensgegenständlichem Zusammenhang kann auf das Teilerkenntnis des VfGH betreffend die Bestellung eines Generalintendanten im Unternehmen des Beschwerdegegners (vgl. dazu VfSlg 7716/1975) zurückgegriffen werden: *„Die Kommission ist keine Instanz über den Organen des Beschwerdegegners; sie hat lediglich eine – eingeschränkte – Rechtsaufsicht auszuüben [...]“*.

Auch § 35 Abs. 1 ORF-G in der geltenden Fassung spricht davon, dass sich die Aufsicht der Regulierungsbehörde auf eine Aufsicht nach Maßgabe des ORF-G beschränkt, insofern kann die Feststellung des VfGH auch auf die gegenwärtige Rechtslage umgelegt werden. Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers kann ein derartiges Verfahren jedoch keinesfalls dazu führen, dass die KommAustria an die Stelle des Beschwerdegegners bei seiner Personalauswahl tritt. Letzterer wird hierbei im Rahmen seiner Privatautonomie und nicht in Ausübung von Hoheitsgewalt tätig (vgl. dazu VfSlg. 7716/1975). Damit ist für ihn das Gesetz nicht Voraussetzung, sondern Schranke seines Handelns. Der Behörde kommt dabei die Aufgabe zu, zu prüfen, ob das Auswahlverfahren im Sinne der vom Beschwerdegegner aufgestellten Kriterien nachvollziehbar und sachgerecht erscheint und die daraus erfließende Auswahl den Vorgaben des § 27 Abs. 2 ORF-G entspricht oder ob gegebenenfalls diese Bestimmung verletzt ist.

Mag auch im Einzelfall die Grenze zwischen einer Überprüfung, ob durch eine Bestellung eine Gesetzesverletzung erfolgt ist, und einer eigenen Beurteilung bzw. Bewertung durch die KommAustria eine schwer zu ziehende sein, so gibt der Gesetzgeber vor, dass die Behörde gemäß § 37 Abs. 1 ORF-G „lediglich“ festzustellen hat, ob und durch welchen Sachverhalt das Gesetz verletzt wurde.

Der VfGH meint dazu sinngemäß, dass die Behörde zu überprüfen hat, ob der Beschwerdegegner seinen wenngleich sehr weiten Spielraum überschritten hat. Die (damals zuständige) RFK habe hierbei nicht ihre Auffassung, wer der geeignetste Bewerber ist, an die Stelle des für die Personalentscheidung zuständigen Organs des Beschwerdegegners zu setzen. Sie habe jedoch zu untersuchen, ob sich der Beschwerdegegner bei dieser Entscheidung im Rahmen seines personal- und unternehmenspolitischen Spielraums bewegt hat (vgl. dazu VfSlg. 8320/1978).

Der Beschwerdegegner bringt dazu vor, dass aus den vom Beschwerdeführer dargelegten Ausführungen hervorgehe, dass der Beschwerdeführer die nachprüfende Kontrolle der Regulierungsbehörde verkenne. Im Lichte der obigen Ausführungen ist dem Beschwerdegegner beizupflichten. Ein behördliches Auswahlverfahren würde der Aufgabenstellung einer nachprüfenden Kontrolle der Behörde nicht gerecht werden und die Privatautonomie des Beschwerdegegners verletzen.

4.3.2. Zum Spielraum des Beschwerdegegners

Der Beschwerdegegner hat sich dazu entschieden, zur Erfüllung seiner Aufgaben einen Ressortleiter Innenpolitik in der Abteilung Information Hörfunk, HD1, einzusetzen. Demgemäß ist es auch der Beschwerdegegner, der die Kriterien für diese Funktion formuliert und Schwerpunktsetzungen hinsichtlich der fachlichen Eignung vornimmt. Er hat die verfahrensgegenständliche Stelle in Entsprechung des § 27 Abs. 1 ORF-G am 03.07.2012 extern, und am selben Tag im Wege des hauseigenen Intranet auch intern ausgeschrieben. Die interne Ausschreibung legte eine Reihe von Kriterien fest, die vor allem auf die Fähigkeit zur Wahrnehmung von Führungsaufgaben abzielen. Der Beschwerdegegner bringt in diesem Zusammenhang vor, dass es sich bei der in Rede stehenden Position nicht um eine Redakteursstelle, sondern um eine redaktionelle Leitungsfunktion, die sich auch in der internen Einordnung in der entsprechenden VG widerspiegelt, handle. Die

eigenverantwortliche Abwicklung von Sendungen sei nicht mehr Hauptaufgabe, sondern die Leitung größerer Redaktionen im Sinne einer gestalterischen, budgetären, personellen und organisatorischen Verantwortung für Sendungen. Diese Festlegung ist nach Auffassung der Behörde in Anbetracht des Umstandes, dass es sich, entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers, offenbar in erster Linie um eine Leitungsfunktion für eine Redaktion von zehn Mitarbeitern handelt, nicht zu beanstanden.

Der Beschwerdeführer gesteht nämlich zwar zu, dass es primär auf die Fähigkeit zur Leitung des Ressorts ankomme, vertritt jedoch die Ansicht, dass diese Fähigkeit sowohl aus Kenntnissen im Fach Innenpolitik wie auch einer Leitungskompetenz bestehe. Damit sei hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Stelle dem Gebot, dass es in erster Linie auf die fachliche Eignung ankomme, nicht Rechnung getragen worden, da der Beschwerdeführer sich für fachlich geeigneter hält. Er verkennt dabei jedoch in der Sache, dass den Beschwerdegegner die Verantwortung für die Organisationsstruktur im Rahmen des Personalwesens des Unternehmens trifft und dieser dementsprechend frei sein muss, seine Personalverwaltung zu gestalten, etwa durch Gewichtung der genannten Kriterien. Ein Anspruch auf Durchsetzung des gewünschten Auswahlprozesses und einer Auswahl des Bewerbers lässt sich, entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers, dem Gesetz nicht entnehmen und obliegt, wie bei jedem Dienstverhältnis, dem Arbeitgeber.

Der Verfassungsgerichtshof (vgl. dazu VfSlg. 8320/1978) hält in diesem Zusammenhang fest: *„§ 14 RFG räumt sohin dem die Personalentscheidung treffenden Funktionär des ORF einen weiten Spielraum ein. Die für die Entscheidung maßgeblichen Umstände sind - soferne es sich nicht um die fachliche 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.“* (Zur fachlichen Eignung vgl. unten).

Zusammenfassend ist festzuhalten: Der Beschwerdegegner ist nach Auffassung der KommAustria frei, organisationsrechtliche Vorgaben für die Besetzung von Funktionen im Bereich des Personalwesens im Rahmen des § 27 Abs. 2 ORF-G nach seinen Vorstellungen und Bedürfnissen frei zu gestalten. Die vorzitierte rechtliche Bestimmung ist dabei „lediglich“ Schranke seines Handelns. Dem Beschwerdegegner ist für sein personalpolitisches Gesamtkonzept ein breiter Ermessensspielraum eingeräumt (vgl. dazu VfSlg 7716/1975).

4.3.3. Zum Auswahlverfahren

Der Beschwerdeführer bringt vor, dass das vom Beschwerdegegner für die verfahrensgegenständliche Personalauswahl gewählte Instrument des „Hearings“ nicht gesetzlich vorgeschrieben sei. Es sei auch keineswegs an anerkannte Eigenbeurteilungsnormen (DIN 33430, ISO 10667) gebunden gewesen, die zwar nicht anzuwenden seien, der Entscheidung aber Gewicht verliehen hätten. Es sei allerdings § 30 5. Satz ORF-G (*„Das Personalauswahlverfahren ist transparent und nachvollziehbar zu gestalten.“*), wenn auch nicht unmittelbar, im Sinne der Einheitlichkeit der Rechtsordnung anzuwenden. Nach Auffassung des Beschwerdeführers seien (bundes)innenpolitische Fragestellungen beim „Hearing“ abzufragen, dieses sei jedoch lediglich allgemeinen Themen gewidmet gewesen.

Hinsichtlich des „Hearings“ selbst bemängelt der Beschwerdeführer Folgendes: die Beschränkung der Fragen auf Führungserfahrung, die Befangenheit einer Assessorin, die im Zusammenhang mit der verfahrensgegenständlichen Bestellung nach Ansicht des Beschwerdeführers nur teilweise kompetenten Assessoren, sowie die Teilnahme des Hörfunkdirektors und des Chefredakteurs.

Unter Bezugnahme auf die vorzitierte Judikatur des Verfassungsgerichtshofs (vgl. dazu VfSlg. 8320/1978) ging der Verwaltungsgerichtshof (vgl. dazu VwSlg. 17599 A/2009) im Falle der Bestellung eines technischen Direktors auf Vorschlag des Generaldirektors durch den Stiftungsrat davon aus, dass der Stiftungsrat bei der Bestellung der Direktoren im Rahmen der Privatautonomie handelt (vgl. dazu oben). Weil das Gesetz für die Organe des Beschwerdegegners nicht Voraussetzung, sondern bloß Schranke des Handelns sei, könne eine vom – damals zuständigen – BKS aufzugreifende Gesetzesverletzung nur dann vorliegen, soweit das Gesetz die Organe des Beschwerdegegners bindet. Darüber hinaus fänden sich jedoch keine verfahrensrechtlichen Bestimmungen die dem Beschwerdegegner in der der Entscheidung des VwGH zugrundeliegenden Fallkonstellation bindend vorgeben, wie sie bei der Prüfung der fachlichen Eignung der Bewerber um die Stelle vorzugehen haben. Auch schreibe das ORF-G nicht vor, dass die genannten Organe mit einzelnen oder allen Bewerbern Vorstellungsgespräche führen müssen.

Auch der BKS hat im Falle eines Bewerbers für die Funktion eines Generaldirektors hinsichtlich verfahrensrechtlicher Vorgaben bei Besetzungen im Unternehmen des Beschwerdegegners darauf hingewiesen, dass für diesen keine Verpflichtung besteht, die Bewerber in einem „Hearing“ zu ihrer Bewerbung Stellung nehmen zu lassen. Ebenso lasse sich auch keine gesetzliche Verpflichtung entnehmen, alle Bewerber auch persönlich anzuhören (vgl. dazu BKS 25.06.2002, GZ 611.905/005-BKS/2002).

Im Hinblick auf die im Gesetz festgelegten näheren Kriterien für die Bestellung von Generaldirektor und Direktoren kann die zitierte Judikatur per argumentum a maiore ad minus auf die Bestellung bzw. Einstellung von sonstigem Personal umgelegt werden, sohin auch für die verfahrensgegenständliche Personalentscheidung.

Der Beschwerdegegner hat dargelegt, dass der Personalentscheidung ein ausführliches Prozedere zugrunde gelegt worden war, bei dem das „Hearing“ nur eine von mehreren Entscheidungsgrundlagen gewesen sei. Dieses Prozedere bestand aus folgenden Vorgängen: Prüfung der Lebensläufe und bisher gestalteter Radiobeiträge der Bewerber, Gespräche des zuständigen Direktors mit den Kandidaten und deren Vorgesetzten sowie Abhaltung eines „Hearings“, bei dem die Beurteilung durch vier Assessoren, die aus verschiedenen journalistischen Bereichen des Hauses stammen und über langjährige Erfahrung verfügen, erfolgte.

Aus dem Vorbringen, der Bestellte habe bei einer Abstimmung der Redakteure eine Stimme und der Beschwerdeführer 26 Stimmen erhalten, was Ausdruck der internen Stimmungslage und der fachlichen Einschätzung der Redaktion sei, ist insofern nichts zu gewinnen, als interne Verfahren, wie Abstimmungen der Redakteure im Rahmen der Redakteursversammlung bzw. des Redakteursrats, im Zusammenhang mit § 27 Abs. 2 ORFG keine Rolle spielen.

Zum Vorwurf des Beschwerdeführers, eine Assessorin sei befangen gewesen, ist anzumerken, dass alleine der Umstand, dass sie dem Hörfunkdirektor direkt unterstellt ist, noch keine Befangenheit zu begründen vermag. Der Beschwerdeführer selbst legt auch nicht näher dar, worin sich die behauptete Beeinflussung bei der Bewertung der Kandidaten geäußert hätte, darüber hinaus hat er keine weiteren Befangenheitsgründe dargelegt.

Dass die Anwesenheit des Hörfunkdirektors bemängelt wird, ist nicht einsichtig, liegt doch die Entscheidung über die verfahrensgegenständliche Stelle dem Grunde nach beim Hörfunkdirektor, auch wenn der Generaldirektor die Bestellung förmlich ausspricht.

Der Beschwerdeführer bringt vor, dass sich das konkrete Verfahren auf Führungsthemen, situatives Verhalten beschränkt habe und dass in keiner Weise der Kern der Thematik im Sinne verschiedener Politikbereiche tangiert worden sei, dementsprechend sei das

Personalauswahlverfahren lückenhaft geblieben. Im Sinne der vorzitierten Judikatur ist darauf zu verweisen, dass die Abhaltung eines und die Gestaltung des „Hearings“, sowie allgemein die Gestaltung des Auswahlprozesses alleine dem Beschwerdegegner obliegen. Auch aus dem Argument, dass man das „Hearing“ rein auf so genannte Führungsthemen beschränkt habe, um den Bestellten „gut aussehen zu lassen“, weil im journalistischen Bereich „der Wunsch Kandidat nicht punkten konnte“, ist im Sinne des Ausgeführten nichts zu gewinnen.

Im Lichte der verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Judikatur stand es dem Beschwerdegegner frei, den Bestellvorgang zu gestalten. „Hearings“ bzw. deren Gestaltung, stellen im Lichte des § 27 Abs. 2 ORF-G kein rechtliches Erfordernis dar, können aber nach Ansicht der KommAustria durchaus als Beitrag zu der vom Beschwerdeführer eingemahnten Transparenz betrachtet werden. Vom Beschwerdeführer angeführte, dem ORF-G fremde Normen (DIN 33430, ISO 10667) sind hier nicht zu berücksichtigen. Ebenso verhält es sich mit der Anwendung des § 30g ORF-G, wo es an einer Zuständigkeit der KommAustria fehlt (vgl. dazu unten).

Zusammenfassend ist also festzuhalten, dass die Gestaltung des Auswahlverfahrens Sache des Beschwerdegegners ist. Darüber hinaus haben sich im Ermittlungsverfahren keine Anhaltspunkte ergeben, wonach dieses nicht sorgfältig durchgeführt wurde und die Bewerbungen der Kandidaten nicht eingehend geprüft worden sind.

4.3.4. Zum Begriff der fachlichen Eignung

Im Rahmen der Beurteilung des Begriffs der „fachlichen Eignung“ wird dem Beschwerdegegner, wie bereits ausgeführt, zunächst schon bei der Schaffung und Besetzung einer Stelle, bei der Festlegung von Eigenschaften, Qualifikationen und Anforderungen ein großer Spielraum eingeräumt. Darüber hinaus wird dem Beschwerdegegner ein weiterer Spielraum zugestanden, nämlich dass in erster Linie die fachliche Eignung zu berücksichtigen ist, dass also nach der gesetzlichen Bestimmung auch andere Überlegungen mit einfließen dürfen.

Der VfGH führt zur Frage der fachlichen Eignung aus: *„Wodurch die fachliche Eignung begründet wird, kann nicht allgemein gesagt werden. Dies hängt von den der Stelle übertragenen Aufgaben 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.“* (vgl. VfSlg. 8320/1978).

Hinsichtlich der Formulierung, dass die fachliche Eignung in erster Linie zu berücksichtigen ist, hält der VfGH in der zitierten Entscheidung fest: *„Er [der Beschwerdegegner] hat auch einen Spielraum bei der Wertung dieses Sachverhalts, insbesondere welchen Voraussetzungen für die ausgeschriebene Stelle besondere Bedeutung zukommt und welche mehr oder weniger vernachlässigbar sind.“*

Es sei auch aus einer Entscheidung der RFK zitiert: *„Wenn § 14 Abs. 2 RFG normiert, dass bei der Auswahl von Bewerbern sowie der Beförderung von Dienstnehmern „in erster Linie die fachliche Eignung zu berücksichtigen“ ist, so stellt diese Bestimmung zwar eine Richtlinie für das betreffende Organ des ORF dar, bedeutet jedoch nicht, dass dem betreffenden Organ kein Spielraum für seine Entscheidung gegeben ist.“* (RFK 25.02.1976, 800015/2-RFK/776).

Es steht, wie bereits ausgeführt, dem Beschwerdegegner im Sinne der zitierten Judikatur frei, Anforderungen bezüglich der zu besetzenden Stelle festzulegen und dann

entsprechende Schwerpunkte bei der Beurteilung der Ausschreibungskriterien („in erster Linie“) vorzunehmen. In gegenständlichem Fall ist ersichtlich, dass der Beschwerdegegner eine klare Schwerpunktsetzung hinsichtlich der Führungskompetenz und -erfahrung in der Ausschreibung vorgenommen und diesen Kriterien auch entsprechendes Gewicht bei der Auswahl beigemessen hat. Hier ist der Begriff der fachlichen Eignung somit dahingehend auszulegen, dass Führungserfahrung die fachliche Eignung begründet. Im Hinblick auf die Zulässigkeit einer solchen Stellenbeschreibung ist wiederum auf das zitierte VfGH-Erkenntnis Bezug zu nehmen: „... es [das Auswahlkriterium] *kann die Fähigkeit zur Menschenführung oder eine besondere organisatorische Fähigkeit sein.*“. Damit geht das Vorbringen des Beschwerdeführers, die Kompetenz in Hinblick auf die verfahrensgegenständliche Stelle bestehe gleichermaßen in der Führungsfähigkeit wie auch in Kenntnissen der (Bundes)Innenpolitik, ins Leere.

Selbst wenn man aber die vom Beschwerdeführer angenommene Schwerpunktsetzung annähme, hat das Verfahren, insbesondere eine Durchsicht der Lebensläufe, keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass diese Voraussetzungen beim Bestellten nicht vorlägen. Dies vor dem Hintergrund, dass ein quantitativer Vergleich, wie ihn der Beschwerdeführer durch die Aufstellung der jeweils von dem Beschwerdeführer wie auch dem Bestellten verfassten Beiträge im Bereich der Innenpolitik vornimmt, per se über keine Aussagekraft verfügt.

Im Lichte des oben Ausgeführten kann dem Beschwerdegegner nicht unterstellt werden, dass er bezüglich des Begriffs der fachlichen Eignung Überlegungen angestellt hätte, die auf unsachliche Weise die hier zur Disposition stehende Funktion definieren. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers vertritt die KommAustria die Ansicht, dass diese eingehende Prüfung aller charakterlichen Aspekte der Kandidaten nicht zu beanstanden ist. Zu beachten ist zudem im Sinne des Gesetzes („in erster Linie“) und der vorzitierten Judikatur der RFK die Marge, die dem Beschwerdegegner trotz dieser eigenen Vorgabe bei der Beurteilung der fachlichen Eignung verbleibt.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Festlegung der Kriterien in der Ausschreibung zur fachlichen Eignung, die in diesem Fall in erster Linie durch Führungserfahrung begründet wird, im Lichte des § 27 Abs. 2 ORF-G nicht zu beanstanden ist.

4.3.5. Zur Auswahl

„Wenn das Gesetz dem Verhalten des betreffenden Organs, das zur Entscheidung berufen ist, einen weiten Rahmen setzt, so kann das Gesetz nicht verletzt werden, wenn sich das betreffende Organ in diesem weiten Rahmen bewegt.“ (vgl. VfSlg. 8320/1978).

Der Beschwerdegegner hat aus mehreren Bewerbungen für die ausgeschriebene Stelle, auf Basis der im Vorhinein in der Ausschreibung definierten Kriterien jenen Bewerber ausgewählt, von dem er sich im Sinne einer Prognoseentscheidung die beste Ausfüllung der Position versprochen hat. Dabei argumentiert er, dass insgesamt vier Kandidaten in die engere Auswahl gekommen seien, darunter der Beschwerdeführer, wobei der Bestellte sich abgesehen von seiner journalistischen Erfahrung auch in Organisation und Menschenführung als hervorragender Experte bewährt habe und damit als bester Kandidat erschien. Auch habe der Hörfunkdirektor aus seiner Zeit als Chefredakteur des Landesstudios Wien auf beste Erfahrungswerte mit dem Bestellten zurückgreifen können. Es sei auch nicht verwunderlich, dass der Bestellte weniger Beiträge als der Beschwerdeführer im Redaktionssystem aufweise, war dieser doch mit Führungsaufgaben beschäftigt.

Es ist zuzugestehen, dass der Beschwerdeführer ebenfalls über Führungserfahrung, nämlich 14 Jahre in der Wiener Redaktion der Tiroler Tageszeitung, verfügt. Der Bestellte ist demgegenüber seit 2002 Leiter der Wortredaktion im Studio Wien und verfügt damit über 11 Jahre Führungserfahrung. Diese Erfahrung bezieht sich jedoch auf den Bereich des Radios.

Der Beschwerdegegner hat ein Hearing abgehalten, dessen Ergebnisse nach verschiedenen anderen Eignungsverfahren offenbar den Ausschlag für die zu treffende Personalentscheidung gab. Bei diesem Hearing wurde der Bestellte als Erster und der Beschwerdeführer als Zweiter gereiht. Es erscheint vor dem Hintergrund dieses Auswahlverfahrens stringent, den Erstgereihten auch für die in Rede stehende Position zu bestellen.

Im Lichte der zitierten Judikatur kann dem Beschwerdegegner daher nicht entgegengetreten werden, wenn er vor dem Hintergrund der von ihm vorgenommenen Schwerpunktsetzung (vgl. dazu oben) hinsichtlich der Auswahlkriterien zu dem Schluss kam, dass der Bestellte der fachlich geeignetste Kandidat war.

Der Beschwerdegegner hat sich nach Auffassung der Behörde im Rahmen der Schranke des § 27 Abs. 2 ORF-G bzw. dem eingeräumten Spielraum bewegt, dies bei der Festlegung der Kriterien für die ausgeschriebene Position, wie auch bei der Auswahl des Kandidaten selbst, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war (vgl. Spruchpunkt 1.).

4.4. Weitere Vorbringen

Verletzung des 30g 5. Satz ORF-G

„Ausschreibung von Arbeitsplätzen und Funktionen

§ 30g. In Ausschreibungen von Stellen in der Stiftung gemäß § 27 sind die mit dem Arbeitsplatz oder der Funktion verbundenen Erfordernisse und Aufgaben so zu formulieren, dass sie Frauen und Männer gleichermaßen betreffen. Die Ausschreibung darf keine Kriterien enthalten, die nicht in den Anforderungen der Stelle sachlich gründen und keine zusätzlichen Anmerkungen aufweisen, die auf ein bestimmtes Geschlecht schließen lassen. Eine Ausschreibung hat jedenfalls den Hinweis zu enthalten, dass Bewerbungen von Frauen für Arbeitsplätze einer bestimmten Verwendung oder für eine bestimmte Funktion besonders erwünscht sind, wenn der Anteil der Frauen in einer solchen Verwendung oder Funktion unter 45vH liegt. Das Personalauswahlverfahren ist transparent und nachvollziehbar zu gestalten. Der Gleichstellungsplan gemäß § 30b kann weitere Maßnahmen zur Beseitigung einer bestehenden Unterrepräsentation sowie von bestehenden Benachteiligungen von Frauen bei der Personalauswahl für die Besetzung von Arbeitsplätzen und Funktionen vorsehen.“

Der Beschwerdeführer relativiert seinen ursprünglichen Antrag auf Feststellung einer Rechtsverletzung in Hinblick auf die Bestimmung des § 30g ORF-G dahingehend, dass er dessen Beachtung im Sinne der Einheitlichkeit der Rechtsordnung einfordert. Diese Sichtweise kann schon deshalb nicht geteilt werden, weil es der KommAustria gemäß § 36 Abs. 1 ORF-G ausdrücklich an einer Zuständigkeit für die Rechtsaufsicht im Hinblick auf die Bestimmungen des 5a. Abschnittes mangelt.

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen, war die Beschwerde, soweit eine Verletzung des § 30g ORF-G behauptet wird, jedenfalls zurückzuweisen (vgl. Spruchpunkt 2).

Politische Interventionen zugunsten des Bestellten und Befassung des Ethikrats

Durch die Beilegung einiger Presseberichte versucht der Beschwerdeführer den Nachweis zu führen, der Bestellte hätte die Position lediglich aufgrund politischer Interventionen bzw. seines Naheverhältnisses zur Wiener Stadtverwaltung erlangt. Auf dies ist jedoch nicht weiter einzugehen, handelt es sich doch um Mutmaßungen und Gerüchte die lediglich geeignet sind, den Bestellten zu diskreditieren.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht der/den Partei/en dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Berufung an den Bundeskommunikationssenat 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 Kommunikationsbehörde Austria einzubringen. Die Berufung hat den Bescheid, gegen den sie sich richtet, zu bezeichnen und einen begründeten Berufungsantrag zu enthalten.

Ab 01.01.2014 ist gemäß Art. 131 Abs. 2 B-VG das Bundesverwaltungsgericht für Beschwerden gegen Entscheidungen der Kommunikationsbehörde Austria zuständig. Auf § 3 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes betreffend den Übergang zur zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit (Verwaltungsgerichtsbarkeits-Übergangsgesetz), BGBl. I Nr. 33/2013, wird ausdrücklich hingewiesen.

Wien, am 2. Oktober 2013

Kommunikationsbehörde Austria
Der Senatsvorsitzende:

Dr. Florian Philapitsch LL.M.
(Vorsitzender-Stellvertreter)

Zustellverfügung:

1. Generaldirektor Dr. Alexander Wrabetz,
2. Österreichischer Rundfunk,
1. und 2. vertreten durch Dr. Klaus Kassai, LL.M., p.A. Österreichischer Rundfunk, Würzburggasse 30, 1136 Wien, **per RSb**;
3. SK. vertreten durch Dr. Wolfgang Buchner, Kupelwiesergasse 47/8, 1130 Wien, **per RSb**;
4. EW, p.A. Österreichischer Rundfunk, Argentinierstraße 30a, 1040 Wien, **per RSb**.