



KOA 11.450/17-013

Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat II, bestehend aus der Vorsitzenden-Stellvertreterin Dr. Susanne Lackner als Senatsvorsitzender und den weiteren Mitgliedern Mag. Michael Truppe und Dr. Katharina Urbanek, im Rahmen der Rechtsaufsicht über den Österreichischen Rundfunk (ORF) gemäß § 2 Abs. 1 Z 9 KommAustria-Gesetz (KOG), BGBl. I Nr. 32/2001 idF BGBl. I Nr. 50/2016, wie folgt entschieden:

I. Spruch

Der Einspruch von XY gegen die Nichtaufnahme in die Liste der wahlberechtigten journalistischen Mitarbeiter für die Redakteurssprecherwahl am 15.12.2017 wird gemäß § 33 Abs. 5 und 6 iVm § 32 Abs. 2 und 3 ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 115/2017, abgewiesen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 23.10.2017 übermittelte der Österreichische Rundfunk (ORF) der Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) ein Exemplar der Liste der für die Redakteurssprecherwahlen am 15.12.2017 wahlberechtigten journalistischen Mitarbeiter mit dem Hinweis, dass diese am 20.10.2017 von der Generaldirektion in allen Bereichen des ORF veröffentlicht worden sei.

Mit Schreiben an die KommAustria vom 31.10.2017 erhob XY (im Folgenden: Einspruchswerber) Einspruch gegen die Liste der Wahlberechtigten zur Redakteurssprecherwahl 2017.

Der Einspruch wurde dem ORF (im Folgenden: Einspruchsgegner) am 02.11.2017 zur Stellungnahme übermittelt. Gleichzeitig wurde dem Einspruchswerber und dem Einspruchsgegner die für den 14.11.2017 in Aussicht genommene Durchführung einer mündlichen Verhandlung angekündigt.

Mit Schreiben vom 09.11.2017 nahm der Einspruchsgegner zum Einspruch Stellung und führte darin aus, der Einspruchswerber sei ausschließlich als Musikaufnahmeleiter und somit nicht als Journalist im Sinne des ORF-Gesetzes bzw. Redakteurstatuts beschäftigt.

Mit Schreiben an den Einspruchswerber und den Einspruchsgegner jeweils vom 10.11.2017 wurde die mündliche Verhandlung für 14.11.2017 anberaumt. Dem Einspruchswerber wurde gleichzeitig die Stellungnahme des Einspruchsgegners zur Kenntnis übermittelt.

Am 14.11.2017 fand in der gegenständlichen Angelegenheit eine mündliche Verhandlung vor der KommAustria statt.

Mit Schreiben an die KommAustria vom 20.11.2017 ergänzte der Einspruchswerber – in Reaktion auf die Übermittlung des Tonbandprotokolls der mündlichen Verhandlung – sein Vorbringen.

2. Sachverhalt

Aufgrund des Einspruchs sowie des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

Am 20.10.2017 wurde vom Einspruchsgegner die Liste der für die Redakteurssprecherwahlen am 15.12.2017 wahlberechtigten journalistischen Mitarbeiter veröffentlicht. Der Einspruchswerber war auf dieser nicht aufgeführt.

Der Einspruchswerber, der über ein Tonmeister- und ein Instrumentalmusik-Studium verfügt, ist beim ORF seit 2006 als Musikaufnahmeleiter für das Hörfunkprogramm Ö1 tätig. In dieser Funktion trägt er die Verantwortung für die Herstellung von Mitschnitten von Konzerten und Opern, aber auch von solchen Produktionen, bei denen eigens zum Zweck der Ausstrahlung im Programm von Ö1 Aufnahmen mit Ensembles bzw. Künstlern hergestellt werden. In seltenen Fällen münden die vom Einspruchswerber erstellten Aufzeichnungen auch in die Produktion von CDs. Bei der Herstellung der Mitschnitte kommen neben dem Einspruchswerber noch ein Tonmeister sowie dessen Assistenten zum Einsatz, wobei diese Personen primär für die technische Abwicklung verantwortlich sind, während der Einspruchswerber als „künstlerischer Produzent“ nicht nur die technische Abwicklung, sondern auch ästhetische Aspekte, etwa die Herstellung einer entsprechenden „Klangbalance“ der Aufnahme, verantwortet. Seine Aufgabe besteht im Wesentlichen darin, ein sendefähiges Musikprodukt abzugeben, wobei er der Auftraggeber gegenüber dem für die technischen Aspekte zuständigen Tonmeister ist.

Zum Zweck der Erstellung einer solchen Aufnahme begleitet der Einspruchswerber die Orchester bzw. Ensembles über längere Zeit, etwa in der Probenphase für die jeweiligen Aufführungen, und wägt in der Folge mehrere Aufnahmen (etwa von Proben und Konzert bzw. von mehreren Konzerten) gegeneinander ab. Fallweise werden auch Nachaufnahmen vorgenommen, wenn eine Aufnahme nicht entspricht, wobei es dem Einspruchswerber obliegt, auf die Erstellung einer solchen hinzuwirken. Anschließend ist der Einspruchswerber für die Finalisierung des Produktes im Rahmen der „Postproduktion“ verantwortlich, wobei das Endprodukt mitunter in zahlreichen Einzelschnitten aus mehreren Aufnahmen zusammengefügt wird.

Der Einspruchswerber entscheidet nicht, welche Aufnahmen durchzuführen sind, sondern wird mit konkreten Aufnahmen beauftragt. Der Entscheidungsprozess für eine konkrete Aufnahme findet in der Ö1-Musikredaktion statt, der Einspruchswerber macht dazu allenfalls in Einzelfällen Vorschläge. Nach Abschluss seiner Tätigkeit liefert der Einspruchswerber die jeweils finalisierte Aufnahme an die Redaktion ab, indem er sie im Rahmen der dort üblichen EDV-Systeme einspielt. In diesem Rahmen weist er auch darauf hin, wenn ein Endprodukt bestimmte Defizite aufweist

und allenfalls nicht den herrschenden qualitativen Ansprüchen genügt. Er kann eine finalisierte Aufnahme aus diesem Grund auch „sperrern“, womit sie in der Folge nicht zur Verwendung kommen kann. Demgegenüber kann der Einspruchswerber aber nicht erzwingen, dass eine bestimmte Aufnahme zur Ausstrahlung gelangt.

Die inhaltliche Aufarbeitung des vom Einspruchswerber abgegebenen Materials und die redaktionelle Vorbereitung der auszustrahlenden Sendung obliegen wiederum der Redaktion. Die Tätigkeit des Einspruchswerbers besteht hier lediglich darin, üblicherweise – aber außerhalb eines formalisierten Ablaufs – Kontakt mit dem jeweiligen Redakteur aufzunehmen und auf Besonderheiten der Aufnahme hinzuweisen. Die Entscheidung über eine Berücksichtigung der Hinweise des Einspruchswerbers obliegt aber wiederum dem verantwortlichen Redakteur.

Typische Sendungen, in denen Aufnahmen, für die der Einspruchswerber verantwortlich zeichnet, zur Ausstrahlung gelangen, sind etwa „Matinee“, „Das Ö1 Konzert“, „Zeit-Ton“ und „Intrada“. Diese Sendungen enthalten durchwegs einen bestimmten Wortanteil, wobei der Einspruchswerber jedoch nicht an der inhaltlichen Gestaltung des Wortanteils der Sendungen, in denen die von ihm erstellten Aufnahmen zur Ausstrahlung gelangen, beteiligt ist.

Der Einspruchswerber sieht sich im Rahmen seiner Tätigkeit regelmäßig divergierenden Anforderungen unterschiedlicher Akteure ausgesetzt, wenn etwa Künstler mit einer Aufnahme unzufrieden sind oder der ORF Mittel in eine Aufnahme investiert hat, die der Einspruchswerber in der Folge aber als nicht sendefähig erachtet.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen zur vom Einspruchsgegner am 20.10.2017 veröffentlichten der Liste der für die Redakteurssprecherwahlen am 15.12.2017 wahlberechtigten journalistischen Mitarbeiter sowie zum Umstand, dass der Einspruchsgegner auf dieser nicht aufgeführt war, ergeben sich aus dem unbestritten gebliebenen Einspruchsvorbringen und der korrespondierenden amtswegigen Einsichtnahme in die Liste.

Die Feststellungen zu den konkreten Tätigkeiten des Einspruchswerbers im Rahmen seiner Verwendung als „Musikaufnahmeleiter“ für das Programm Ö1 beruhen im Wesentlichen auf seinen Angaben in der mündlichen Verhandlung, denen seitens des Einspruchsgegners nicht widersprochen wurde.

Soweit seitens des Einspruchsgegners in der mündlichen Verhandlung die Letztverantwortung des jeweiligen Redakteurs für das, was schließlich im Hörfunk zur Ausstrahlung gelangt, betont wurde, ist dies ebenfalls mit den Angaben des Einspruchswerbers in Übereinstimmung zu bringen. Dessen Zusammenfassung, dass er zwar entscheiden kann, dass etwas nicht gesendet wird, weil es den qualitativen Ansprüchen nicht genügt („sperrern“ von Aufnahmen), aber nicht erzwingen kann, dass etwas gesendet wird, wurde vom Einspruchsgegner nicht widersprochen. Dass der Einspruchswerber Einfluss auf den Wortanteil der Sendungen hätte, in denen seine Aufnahmen zur Ausstrahlung gelangen, wurde von diesem ausdrücklich nicht behauptet. Nähere Feststellungen zum Umfang des Wortanteils der Sendungen, in denen die vom Einspruchswerber erstellten Aufnahmen zur Ausstrahlung gelangen, waren ausgehend von der Feststellung, dass der Einspruchswerber auf diesen keinen Einfluss hat, und der davon abgeleiteten rechtlichen Beurteilung (vgl. unten, Punkt 4.2.) nicht erforderlich.

Soweit seitens des Einspruchsgegners die technischen Aspekte der Aufgaben (insbesondere Aufnahme und Schnitt) des Einspruchswerbers betont und alle übrigen Tätigkeiten als unbedeutende Nebentätigkeiten beurteilt wurden, konnte dem insofern nicht uneingeschränkt gefolgt werden, als einerseits der Kontakt zu den Künstlern vom Einspruchswerber glaubwürdig und nachvollziehbar als maßgeblicher Teil seiner Arbeit angeführt wurde und dieser überdies unwidersprochen dargestellt hat, dass für die technischen Abläufe der Aufnahme neben ihm noch ein Tonmeister eingesetzt wird.

Darüber hinaus hat der Einspruchsgegner in der mündlichen Verhandlung – wie schon in der schriftlichen Stellungnahme zuvor – weitgehend nur seine rechtliche Einschätzung geäußert, wonach die beschriebenen Tätigkeiten nicht zur Einordnung als journalistischer Mitarbeiter führen. Diese Beurteilung ist Gegenstand der untenstehenden rechtlichen Subsumtion durch die KommAustria.

Soweit der Einspruchswerber mit Schreiben vom 20.11.2017 Anmerkungen zum ihm übermittelten Tonbandprotokoll gemacht hat, konnten diese bei der Sachverhaltsfeststellung (soweit inhaltlich relevant) insoweit Beachtung finden, als darin lediglich nochmals jene Sendungen konkret (und mit den richtigen Bezeichnungen nach altem und neuem Sendeschema) angeführt wurden, in denen die vom Einspruchswerber erstellten Aufnahmen zur Ausstrahlung kommen, und zu diesen ergänzt wurde, dass sie zwar jeweils über einen Wortanteil verfügen, dieser aber im Einzelnen vom Einspruchswerber nicht quantifiziert werden könne. Diese Tatsachen waren im Rahmen des vorangegangenen Verfahrens unstrittig und die Anmerkungen somit im Ergebnis lediglich Ergänzungen/Konkretisierungen des inhaltlich bereits Gesagten. Da durch keine der Anmerkungen des Einspruchswerbers die „Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit der Übertragung“ im Sinn des § 14 Abs. 7 AVG behauptet wurde, war jedoch keine Korrektur des Verhandlungsprotokolls vorzunehmen.

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Gesetzliche Grundlagen und Verfahren

Gemäß § 2 Abs. 1 Z 9 KOG obliegt der KommAustria die Wahrnehmung der Rechtsaufsicht über den Österreichischen Rundfunk und seine Tochtergesellschaften sowie das Führen von Verwaltungsstrafverfahren nach Maßgabe des ORF-Gesetzes.

Die §§ 32 und 33 ORF-G lauten (samt Überschriften) auszugsweise:

„Stellung der programmgestaltenden Mitarbeiter

Unabhängigkeit

§ 32. (1) *Der Österreichische Rundfunk und seine Tochtergesellschaften haben die Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit aller programmgestaltenden Mitarbeiter sowie die Freiheit der journalistischen Berufsausübung aller journalistischen Mitarbeiter bei Besorgung aller ihnen übertragenen Aufgaben im Rahmen dieses Bundesgesetzes zu beachten. Die journalistischen Mitarbeiter dürfen in Ausübung ihrer Tätigkeit insbesondere nicht verhalten werden, etwas abzufassen oder zu verantworten, was der Freiheit der journalistischen Berufsausübung widerspricht. Aus einer gerechtfertigten Weigerung darf ihnen kein Nachteil erwachsen.*

(2) *Programmgestaltende Mitarbeiter im Sinne dieses Bundesgesetzes sind alle Personen, die an der inhaltlichen Gestaltung von Online-Angeboten und Hörfunk- und Fernsehsendungen mitwirken.*

(3) *Journalistische Mitarbeiter im Sinne dieses Bundesgesetzes sind alle Personen, die an der journalistischen Gestaltung von Online-Angeboten und Programmen im Hörfunk und Fernsehen mitwirken, insbesondere Redakteure, Reporter, Korrespondenten und Gestalter.*

(4) ...

Redakteurstatut

§ 33. (1) *Zur Sicherstellung der im § 32 Abs. 1 für die journalistischen Mitarbeiter niedergelegten Grundsätze ist zwischen dem Österreichischen Rundfunk (einer Tochtergesellschaft) einerseits und einer nach den Grundsätzen des gleichen, unmittelbaren und geheimen Verhältniswahlrechtes gewählten Vertretung der journalistischen Mitarbeiter andererseits ein Redakteurstatut abzuschließen. An den Verhandlungen über den Abschluss eines Redakteurstatuts sind auch zwei Vertreter der für die journalistischen Mitarbeiter zuständigen Gewerkschaft sowie zwei Vertreter des Zentralbetriebsrates, im Falle einer Tochtergesellschaft zwei Vertreter des Betriebsrates dieser Gesellschaft zu beteiligen.*

(2) *Ein Redakteurstatut kommt nicht zu Stande, wenn die journalistischen Mitarbeiter in einer, innerhalb von drei Wochen nach Abschluss der Verhandlungen durchzuführenden Abstimmung dem Verhandlungsergebnis, das unmittelbar nach Abschluss der Verhandlungen zu veröffentlichen ist, mehrheitlich die Zustimmung verweigern. Zwischen dem Abschluss der Verhandlungen und dem Wirksamwerden des Redakteurstatuts muss ein Zeitraum von mindestens drei Wochen liegen. Hinsichtlich des Stimmrechtes bei einer Abstimmung über das Verhandlungsergebnis gilt Abs. 6.*

(3) *Das Redakteurstatut hat insbesondere nähere Bestimmungen zu enthalten über*

1. *die Sicherstellung der Eigenverantwortlichkeit und der Freiheit der journalistischen Berufsausübung aller journalistischen Mitarbeiter bei der Besorgung der ihnen übertragenen Aufgaben;*

2. *den Schutz der journalistischen Mitarbeiter gegen jede Verletzung ihrer Rechte;*

3. *die Mitwirkung an personellen und sachlichen Entscheidungen, welche die journalistischen Mitarbeiter betreffen;*

4. *die Schaffung einer Schiedsinstanz zur Entscheidung von Streitigkeiten aus dem Redakteurstatut.*

(4) *Durch das Redakteurstatut dürfen die Rechte der Betriebsräte, überdies durch die Schaffung der vorstehend erwähnten Schiedsinstanz eine gesetzlich vorgesehene Anrufung von Gerichten oder Verwaltungsbehörden nicht berührt werden.*

(5) *Die Wahrnehmung der sich aus dem Redakteurstatut ergebenden Rechte der journalistischen Mitarbeiter obliegt den Redakteurssprechern, dem Redakteursausschuss bzw. dem Redakteursrat, die nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen für eine Funktionsperiode von zwei Jahren gewählt werden. In jedem Betriebsbereich des Österreichischen Rundfunks (Landesstudios, Hauptabteilungen) und einer Tochtergesellschaft wählt eine Versammlung aller journalistischen Mitarbeiter aus ihrer Mitte nach den Grundsätzen des Verhältniswahlrechtes in geheimer Wahl einen Redakteurssprecher. Umfasst der betreffende Betriebsbereich mehr als zehn journalistische Mitarbeiter, so ist für je angefangene weitere zehn journalistische Mitarbeiter ein weiterer Redakteurssprecher zu wählen.*

(6) *Spätestens acht Wochen vor der Wahl ist vom Generaldirektor, im Falle von Tochtergesellschaften vom Vorstand oder der Geschäftsführung eine Liste der wahlberechtigten*

journalistischen Mitarbeiter jedes Betriebsbereiches zu erstellen und zu veröffentlichen. Gegen diese Liste kann binnen zwei Wochen Einspruch erhoben werden von Personen, die behaupten, zu Unrecht in die Liste nicht aufgenommen worden zu sein, sowie von Wahlberechtigten, die behaupten, andere Personen wurden zu Unrecht in die Liste aufgenommen. Über Einsprüche entscheidet binnen weiterer vier Wochen die Regulierungsbehörde.

(7) ...“

Gemäß § 35 Abs. 3 ORF-G ist Regulierungsbehörde im Sinne dieses Bundesgesetzes, soweit nicht Abweichendes bestimmt wird, die KommAustria. Gemäß § 35 Abs. 1 letzter Satz ORF-G entscheidet die Regulierungsbehörde über Einsprüche gemäß § 33 Abs. 6 ORF-G.

Die Liste der für die Redakteurssprecherwahl am 15.12.2017 wahlberechtigten journalistischen Mitarbeiter wurde vom Einspruchsgegner am 20.10.2017 veröffentlicht. Der vorliegende Einspruch ist bei der KommAustria am 31.10.2017 eingelangt und wurde somit innerhalb der zweiwöchigen Einspruchsfrist erhoben. Ausgehend vom Ende dieser Einspruchsfrist am 03.11.2017 endet die Entscheidungsfrist der KommAustria gemäß § 33 Abs. 6 ORF-G (arg.: „binnen weiterer vier Wochen“) am 01.12.2017.

4.2. Zur Aufnahme des Einspruchswerbers in die Liste der wahlberechtigten journalistischen Mitarbeiter

§ 32 ORF-G beinhaltet eine Unabhängigkeitsgarantie für programmgestaltende (Abs. 2) und journalistische (Abs. 3) Mitarbeiter des ORF dahingehend, dass der ORF und seine Tochtergesellschaften die Unabhängigkeit und Eigenverantwortlichkeit aller programmgestaltenden und die Freiheit der journalistischen Berufsausübung aller journalistischen Mitarbeiter bei Besorgung aller ihnen übertragenen Aufgaben zu beachten haben.

Gemäß § 33 ORF-G ist zur Sicherstellung der für die journalistischen Mitarbeiter niedergelegten Grundsätze zwischen dem ORF einerseits und einer nach den Grundsätzen des gleichen, unmittelbaren und geheimen Verhältniswahlrechts gewählten Vertretung der journalistischen Mitarbeiter andererseits ein Redakteurstatut abzuschließen. Die Wahrnehmung der sich aus dem Redakteurstatut ergebenden Rechte der journalistischen Mitarbeiter obliegt den Redakteurssprechern, dem Redakteursausschuss bzw. dem Redakteursrat.

§ 32 ORF-G unterscheidet also zwischen journalistischen und programmgestaltenden Mitarbeitern des ORF, wobei an diese Unterscheidung verschiedene Rechtsfolgen geknüpft werden und das gemäß § 33 abzuschließende Redakteurstatut der Sicherstellung lediglich der für die journalistischen Mitarbeiter geltenden Grundsätze dient. Demnach sind gemäß § 33 Abs. 5 und 6 ORF-G auch nur die journalistischen Mitarbeiter für die Wahl der Redakteurssprecher, des Redakteursausschusses und des Redakteursrates wahlberechtigt, wobei sich der Begriff der journalistischen Mitarbeiter aus der Definition gemäß § 32 Abs. 3 ORF-G ergibt.

Journalistische Mitarbeiter sind demnach alle Personen, die an der journalistischen Gestaltung von Online-Angeboten und Programmen im Hörfunk und Fernsehen mitwirken, insbesondere Redakteure, Reporter, Korrespondenten und Gestalter. Demgegenüber sind programmgestaltende Mitarbeiter definiert als Personen, die an der inhaltlichen Gestaltung von Online-Angeboten und Hörfunk- und Fernsehsendungen mitwirken.

Die Definition der journalistischen Mitarbeiter im Sinne des ORF-G war bereits mehrfach Gegenstand von Verfahren der Kommission zur Wahrung des Rundfunkgesetzes (RFK) sowie des Bundeskommunikationssenates (BKS), wobei angesichts der insoweit unveränderten Rechtslage auf deren Judikatur Bezug genommen werden kann.

Zunächst ist davon auszugehen, dass sich die Stellung der journalistischen Mitarbeiter von der der übrigen programmgestaltenden Mitarbeiter dadurch unterscheidet, dass die Freiheit ihrer Berufsausübung durch ein besonderes Redakteursstatut und eine eigene Vertretung, nämlich die aufgrund der vorliegenden Liste zu wählenden Redakteurssprecher, gesichert werden soll. Dieser Personenkreis sollte mit noch weitergehenden Schutzrechten ausgestattet werden (vgl. BKS 06.12.2005, GZ 611.007/0027-BKS/2005, unter Hinweis auf *Korn*, Der Begriff des programmgestaltenden und journalistischen Mitarbeiters des ORF, 1981, RFR 1981).

In diesem Zusammenhang statuiert das ORF-G nach herrschender Ansicht keinen eigenen Journalistenbegriff (vgl. BKS 06.12.2005, GZ 611.007/0027-BKS/2005, unter Bezugnahme auf RFK 03.02.1984, GZ 139/2-RFK/84). So kann einleitend etwa auch auf eine in anderem Zusammenhang ergangene Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs hingewiesen werden, wonach unter journalistischer Mitwirkung eine schöpferische, gestaltende selektive oder kontrollierende, insbesondere redigierende Tätigkeit zu verstehen ist (vgl. VwGH 22.04.1992, 92/14/0002).

Konkret hat die RFK zur Einordnung der Mitarbeiter des ORF in ihrer Entscheidung vom 18.01.1980, GZ 185/2-RFK/80, zur damaligen – soweit hier wesentlich gleichlautenden – Bestimmung gemäß § 17 Abs. 3 Rundfunkgesetz ausgesprochen, dass unter einer Tätigkeit mit journalistischem Inhalt etwa das Verfassen eigener und das Redigieren fremder Texte für Sendungen, die Durchführung von Interviews, die Auswahl der zu sendenden Werke und Beiträge, die Sammlung und Sichtung von Material, das bei einer Sendung verwendet werden soll, sowie die Koordinierung und Überwachung der Tätigkeit der mit solchen Arbeiten betrauten Mitarbeiter zu verstehen ist.

Daran anschließend hat der BKS im Bescheid vom 06.12.2005, GZ 611.007/0027-BKS/2005, betont, dass nicht jede Tätigkeit, die für die Ausstrahlung einer Sendung notwendig sein wird, unter den Begriff der journalistischen Tätigkeit subsumiert werden kann, da ansonsten für die im ORF-G vorgenommene Differenzierung zwischen programmgestaltenden und journalistischen Mitarbeitern keine Notwendigkeit bestünde. Zudem ist es nach der Judikatur des BKS für die „Auslösung“ der spezifischen Rechte und Schutzfunktionen des § 33 ORF-G entscheidend, dass es sich bei der journalistischen Tätigkeit nicht nur um eine bloß unbedeutende Nebentätigkeit des Mitarbeiters handelt.

Dabei kommt als journalistische Tätigkeit grundsätzlich nur die Gestaltung von Programmen oder Sendungen und Beiträgen, die sich mit der Information der Allgemeinheit befassen, in Frage, wobei Sendungen unterschiedlicher „Kategorien“ des § 4 Abs. 1 ORF-G im Wege „journalistischer Tätigkeit“ gestaltet werden können, solange diese Sendungen selbst Informationen beinhalten, deren Objektivität und Unabhängigkeit im Wege des Schutzes der sie gestaltenden Personen zu gewährleisten ist (vgl. BKS 06.12.2005, GZ 611.007/0027-BKS/2005, sowie weitere Bescheide des BKS vom selben Tag).

Im Ergebnis ist daher – auch insofern der zitierten Judikatur des BKS folgend – zur Beurteilung, was als „journalistisch“ anzusehen ist, immer auf den konkreten Einzelfall abzustellen. In einem

ersten Schritt ist daher auf die journalistische Tätigkeit selbst, in einem zweiten Schritt auf den Informationscharakter der gestalteten Sendungen und Beiträge abzustellen und schließlich in einem dritten Schritt zu berücksichtigen, in welchem Umfang eine konkrete Person in dieser Hinsicht tätig ist, wann also keine bloß unbedeutende Nebentätigkeit vorliegt.

Davon ausgehend wurden vom BKS – konkret bezogen auf den Bereich der Musiksendungen – etwa in der fachkundigen Musikauswahl, sofern die ausgewählten Musikstücke mit darauf abgestimmten, umfangmäßig bedeutsamen und journalistisch aufbereiteten Fachinformationen systematisch ergänzt werden (BKS 06.12.2005, GZ 611.007/0029-BKS/2005), in der Gestaltung von Live-Übertragung und dem Führen von Interviews mit Künstlern, Dirigenten oder Regisseuren in deren Wortanteil (BKS 06.12.2005, GZ 611.007/0031-BKS/2005) und in der Gestaltung von Beiträgen für die Kulturredaktion, die im Rahmen der Sendungen des Aktuellen Dienstes ausgestrahlt werden (BKS 06.12.2005, GZ 611.007/0028-BKS/2005), journalistische Tätigkeiten im oben genannten Sinn erkannt, nicht jedoch in der Organisation, Planung und Durchführung von Veranstaltungen im Rahmen des Radiokulturhauses, wobei die Verantwortung für deren Ausstrahlung im Hörfunkprogramm und die Entscheidung darüber bei den entsprechenden Hörfunkredaktionen gelegen war (BKS 06.12.2005, GZ 611.007/0027-BKS/2005), sowie im Führen von Gesprächen mit Anrufern für ein Gewinnspiel, das insofern als nicht dem Führen von Interviews vergleichbare Tätigkeit angesehen wurde (BKS 06.12.2005, GZ 611.007/0028-BKS/2005).

Im Fall des Einspruchswerbers scheidet die Einordnung als journalistischer Mitarbeiter gemäß § 32 Abs. 3 ORF-G im Rahmen der oben dargestellten zweistufigen Prüfung bereits an den von ihm ausgeführten Tätigkeiten selbst, die nach den dargestellten, maßgeblichen Kriterien nicht als „journalistisch“ anzusehen sind. Der Einspruchswerber ist als Musikaufnahmeleiter verantwortlich für die Herstellung von sendungstauglichen Aufnahmen von Opern, Konzerten oder sonstigen Aufführungen, wobei seine Tätigkeit sowohl technische (Aufnahme, Schnitt) als auch ästhetische Aspekte (Herstellung der „Klangbalance“) beinhaltet und er auch Kontakt zu den involvierten Künstlern hält und diesen Rückmeldung im Hinblick auf die Qualität der Aufnahmen gibt.

Darüber hinaus ist er an der Gestaltung der Sendungen, in denen seine Aufnahmen zur Ausstrahlung gelangen, aber nicht weiter beteiligt. Weder wählt er selbst aus, welche Musikstücke (Aufführungen oder Eigenproduktionen) aufgenommen und in der Folge zum Inhalt von Sendungen werden, sondern wird er vielmehr mit der Erstellung bestimmter Aufnahmen beauftragt, noch ist er an der Gestaltung des Wortanteils der jeweiligen Sendungen – also jener Teile, die allenfalls einen Informationscharakter im Sinne der dargestellten Rechtsprechung haben – in irgendeiner Weise beteiligt. Dass er einerseits zwar die Ausstrahlung von Aufnahmen verhindern kann, die nicht den Qualitätsansprüchen genügen, andererseits aber keinen Einfluss darauf hat, ob eine qualitativ einwandfreie Aufnahme ausgestrahlt wird, zeigt deutlich, dass sein Verantwortungsbereich mit der Bereitstellung qualitativ hochwertiger Musikbeiträge abgegrenzt ist und gerade nicht die inhaltliche Sendungsgestaltung umfasst.

Der Einspruchswerber ist somit nicht mit solchen (oder vergleichbaren) Tätigkeiten befasst, die nach der herrschenden Judikatur (auch) für Musiksendungen bzw. Kulturprogramme als „journalistisch“ angesehen wurden (vgl. bereits oben: fachkundige Musikauswahl mit Ergänzung durch umfangmäßig bedeutsame und journalistisch aufbereitete Fachinformationen, Führen von Interviews mit Künstlern, Dirigenten oder Regisseuren, Gestaltung von Beiträgen für die Kulturredaktion...).

Ausgehend von der ständigen Rechtsprechung kommt die KommAustria somit zum Ergebnis, dass der Einspruchswerber nicht als journalistischer Mitarbeiter im Sinne des § 32 Abs. 3 ORF-G tätig ist.

Der Einspruchswerber bringt aber auch vor, dass dieser Journalistenbegriff auszuweiten bzw. der Schutz des Redakteurstatus, der sich aus der Wahlberechtigung zur Redakteurssprecherwahl ergibt, auch auf weitere Mitarbeitergruppen auszuweiten sei.

So führt er in seinem Einspruch – unter Hinweis auf das Bundesverfassungsgesetz über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks (BVG-Rundfunk) und Art. 17a Staatsgrundgesetz, der analog zur journalistischen Freiheit (Art. 13) auch die künstlerische Freiheit (und somit auch die Kunstvermittlung) schütze – aus, dass die aktuelle Regelung der Wahlberechtigung eine grobe Verletzung grundlegender Rechtsprinzipien darstelle, da sie sachlich unbegründet nur die journalistische Freiheit, nicht aber die äquivalenten Rechte der anderen Programmmitarbeiter schütze. Die Rundfunkfreiheit gelte für das ganze Programm und nicht nur für die journalistischen Anteile. Zudem seien künstlerische ebenso wie journalistische Inhalte geeignet, Meinungen zu repräsentieren.

In der mündlichen Verhandlung hat der Einspruchswerber dieses Vorbringen dahingehend ergänzt, dass seiner Ansicht nach auch seine (nicht im engeren Sinn journalistische) Tätigkeit des Schutzes aus dem Redakteurstatut bedürfe, zumal auch hier vergleichbare Konfliktsituationen (Vorgesetzten- und Untergebenenverhältnisse, Verpflichtung zur Objektivität bzw. Herstellung einer adäquaten Sendung, Unzufriedenheit der beteiligten Künstler mit der Aufnahme,...) vorkämen und er sich als im Brennpunkt verschiedener Interessenssphären stehend sehe. Es sei daher in Erwägung zu ziehen, die für Journalisten bestehenden Schutzrechte im Wege einer Analogie auch für seinen Tätigkeitsbereich zur Anwendung zu bringen.

Diesem Vorbringen kann aus Sicht der KommAustria nicht gefolgt werden: In der Rechtsprechung wurde bereits bisher betont, dass nicht jede Tätigkeit, die für die Ausstrahlung einer Sendung notwendig sein wird, unter den Begriff der journalistischen Tätigkeit subsumiert werden kann, da ansonsten für die im ORF-Gesetz vorgenommene Differenzierung zwischen programmgestaltenden und journalistischen Mitarbeitern keine Notwendigkeit bestünde (vgl. den bereits zitierten Bescheid des BKS vom 06.12.2005, GZ 611.007/0027-BKS/2005). Diese vorgenommene Abgrenzung zwischen journalistischen und (sonstigen) programmgestaltenden Mitarbeitern, wobei die Bestimmungen zum Redaktionsstatut auf letztere nicht anwendbar sind (sehr wohl aber beispielsweise § 32 Abs. 5 und 6 ORF-G), stellt eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers dar. Die davon abgeleitete Wahlberechtigung zur Redakteurssprecherwahl ist daher schon mangels Vorliegens einer planwidrigen Lücke einer Ausweitung durch Analogie nicht zugänglich.

Auch verfassungsrechtliche Erwägungen führen zu keiner abweichenden Beurteilung im Hinblick auf die Wahlberechtigung des Einspruchswerbers: Bei den hier maßgeblichen §§ 32 und 33 ORF-G handelt es sich gerade um jene Bestimmungen, mit denen – dem ausdrücklichen Auftrag des Art. I Abs. 2 BVG-Rundfunk folgend – die Verpflichtung zur Unabhängigkeit der mit der Gestaltung von Rundfunk betrauten Personen und Organe gewährleistet und näher ausgestaltet wird.

In diesem Zusammenhang gibt die Verfassung aber weder konkrete Maßnahmen oder Garantien vor, mit denen die Unabhängigkeit der Mitarbeiter und Organe des ORF zu gewährleisten ist, noch

verbietet sie die in § 32 ORF-G vorgenommene Abstufung des gewährten Schutzes zwischen journalistischen und programmgestaltenden Mitarbeitern, wobei nur journalistische Mitarbeiter zur Redakteurssprecherwahl wahlberechtigt sind (und in der Folge den Schutz des Redakteurstatus genießen). Zudem erscheint die durch Gesetz und die darauf aufbauende Rechtsprechung vorgenommene Abgrenzung anhand der „journalistischen“ (also auf jene Inhalte, die über einen entsprechenden Informationsgehalt verfügen, bezogenen) Gestaltung von Programmen und Angeboten, auch nicht unsachlich.

Durch diese Auslegung wird zudem nicht ausgesagt, dass die vom Einspruchswerber erstellten Produktionen nicht dem Schutzbereich der Rundfunkfreiheit unterliegen – es erscheint jedoch unproblematisch, dass der (die verfassungsmäßig gewährleistete Rundfunkfreiheit insoweit ausgestaltende) einfache Gesetzgeber diese Freiheit für unterschiedliche Programmteile und unterschiedliche Kategorien von Mitarbeitern in abgestufter Weise ausgestaltet hat. Dabei kann nach Auffassung der KommAustria auch Berücksichtigung finden, dass der Bereich der „qualitativen“ Bewertung von Musikaufnahmen weniger von formalisierten Regeln abhängig ist (was sich auch aus dem vom Einspruchswerber zitierten Grundrecht der Freiheit der Kunst ergibt), als etwa der Bereich der Information, der vergleichsweise strikten Regeln, z.B. den „anerkannten journalistischen Grundsätzen“, unterliegt. Nur in letzterem Bereich ist auch verstärkt ein Schutz vor Eingriffen des Staates, parteipolitischer, wirtschaftlicher sowie gesellschaftlicher Interessengruppen erforderlich. Diese unterschiedliche „Gefährdungslage“ lässt sich bis zu einem gewissen Ausmaß auch empirisch nachvollziehen: Seit Inkrafttreten des BVG-Rundfunk bzw. des ausführenden RFG 1974 gab es – soweit ersichtlich – kein einziges Verfahren zur Frage der „materiellen Qualität“ der vom Einspruchsgegner in seinen Sendungen ausgestrahlten Musikstücke, während sich im selben Zeitraum unzählige Entscheidungen der Aufsichtsbehörden bzw. Gerichte mit Fragen der rechtskonformen Gestaltung von Informationssendungen des Einspruchsgegners auseinandersetzen.

Aus Sicht der KommAustria ist somit auch von Verfassungs wegen (und zwar auch unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Kunstfreiheit, der insofern keine nähere Determinierung der Unabhängigkeitsgarantien des ORF-Gesetzes zu entnehmen ist) keine („verfassungskonforme“) Auslegung von § 32 Abs. 2 und 3 ORF-G geboten, die zu einer Wahlberechtigung eines Musikaufnahmeleiters (mit den konkret für den Einspruchswerber festgestellten Aufgaben) zur Redakteurssprecherwahl führen würde.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III. Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Bescheid steht der/den Partei/en dieses Verfahrens das Rechtsmittel der Beschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG beim Bundesverwaltungsgericht offen. Die Beschwerde ist binnen vier 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 Beschwerde hat den Bescheid, gegen den sie sich richtet, ebenso wie die belangte Behörde, die den Bescheid erlassen hat, zu bezeichnen und die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, das Begehren sowie die Angaben zu enthalten, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob die Beschwerde rechtzeitig eingebracht wurde.

Für die Beschwerde ist eine Gebühr in Höhe von EUR 30,- an das Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel (IBAN: AT830100000005504109, BIC: BUNDATWW, Verwendungszweck: „Bundesverwaltungsgericht / KOA 11.450/17-013“, Vermerk: „Name des Beschwerdeführers“) zu entrichten. Bei elektronischer Überweisung der Beschwerdegebühr mit der „Finanzamtszahlung“ sind die Steuernummer/Abgabekontonummer 109999102, die Abgabenart „EEE – Beschwerdegebühr“, das Datum des Bescheides als Zeitraum und der Betrag anzugeben. Die Entrichtung der Gebühr ist durch einen Zahlungsbeleg oder einen Ausdruck über die erfolgte Erteilung einer Zahlungsanweisung nachzuweisen.

Wien, am 27. November 2017

Kommunikationsbehörde Austria
Die Senatsvorsitzende

Dr. Susanne Lackner
(Vorsitzende-Stellvertreterin)