

Bescheid

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

I. Spruch

Gemäß § 40 Abs. 2 Satz 7 bis 9 ORF-G, BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 15/2012, wird dem Österreichischen Rundfunk der Vergütungsbedarf der Prüfungskommission für die im Zeitraum Jänner bis März 2012 erbrachten Leistungen im Bereich

1. der Plausibilitätsprüfung der Neufestlegung des Programmentgelts gemäß § 31 Abs. 1 bis 9 ORF-G in der Höhe von netto EUR XXX, zuzüglich 20 % Umsatzsteuer (USt), somit brutto EUR XXX, sowie
2. der Prüfung der Einhaltung der Strukturmaßnahmen für das Jahr 2011 gemäß § 31 Abs. 13 und 14 ORF-G in der Höhe von netto EUR XXX, zuzüglich 20% USt, somit brutto EUR XXX,

in Summe daher netto EUR XXX bzw. brutto **EUR XXX** vorgeschrieben und weiters aufgetragen, diesen Betrag binnen zwei Wochen auf das Konto der Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH), Konto Nr. 696170109 bei der UniCredit Bank Austria AG, BLZ 12000, zu überweisen.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit je einem Schreiben vom 27.04.2012, beide am selben Tag bei der KommAustria eingelangt, übermittelte die gemäß § 40 ORF-G bestellte Prüfungskommission, bestehend aus den Mitgliedern BDO Austria GmbH Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft und Grant Thornton Unitreu GmbH Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft, der KommAustria per Adresse ihrer Geschäftsstelle RTR-GmbH Honorarnoten über die im Zeitraum von Jänner bis März 2012 nach dem ORF-G erbrachten Leistungen im Bereich der Plausibilitätsprüfung für die Neufestlegung des Programmentgelts und der Prüfung der Einhaltung der Strukturmaßnahmen für das Jahr 2011 und den daraus entstandenen Vergütungsanspruch.

Mit Schreiben vom 07.05.2012 wurden dem Österreichischen Rundfunk (ORF) die Honorarnoten zur allfälligen Stellungnahme binnen zwei Wochen übermittelt. Der ORF gab keine Stellungnahme ab.

Am 31.05.2012 entrichtete die RTR-GmbH im Auftrag der KommAustria den in Rechnung gestellten Vergütungsbedarf an die Mitglieder der Prüfungskommission und übermittelte hierüber am 31.05.2012 den Nachweis.

2. Sachverhalt

2.1. Bestellung der Prüfungskommission und Leistungsvertrag

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

Der von der KommAustria mit der Prüfungskommission abgeschlossene Leistungsvertrag umfasst – soweit für das vorliegende Verfahren relevant – gemäß dessen Pkt. 3.3. Sonderleistungen nach Maßgabe des ORF-G. Sonderleistungen sind sämtliche über die Standardleistungen hinausgehenden Leistungen, die vom Auftragnehmer als Prüfungskommission gemäß den Bestimmungen des ORF-G zu erbringen sind.

Die Vergütung von Sonderleistungen gemäß Pkt. 3.3. des Leistungsvertrags erfolgt grundsätzlich nach den in Pkt. 5.2. des Leistungsvertrags vereinbarten Modalitäten bzw. Einheitspreisen, sofern der Auftraggeber deren Erbringung nicht zu einem Pauschalpreis beauftragt. In diesem Fall erfolgt die Abrechnung der Sonderleistung nach den gemäß Pkt. 5.3. letzter Spiegelstrich vereinbarten Modalitäten:

„Bei neu hinzukommenden Leistungen (Sonderleistungen) der Prüfungskommission hat der Auftraggeber das Wahlrecht, diese zu den vereinbarten Einheitspreisen oder zu neu zu vereinbarenden Pauschalpreisen (mit Abrechnung zu einem Pauschalpreis pro Geschäftsjahr, unabhängig davon, ob die neu hinzukommende Leistung nur in einem oder in mehreren Geschäftsjahren anfallen wird) zu vergüten. Der Auftragnehmer hat auf Ersuchen des Auftraggebers binnen einer Woche ein entsprechendes Zusatzangebot in Form eines Pauschalpreises samt Aufschlüsselung (entsprechend den Angaben in den „*Zusatzangaben zu dem Pauschalpreis*“, Anlage./1) vorzulegen. Der Auftragnehmer hat diesen neuen Pauschalpreis auf Basis der Preisgrundlagen und Leistungsansätze der ursprünglichen Pauschalpreise dieses Vertrages zu kalkulieren. [...]“

Mit Schreiben vom 21.12.2011 legte die Prüfungskommission der KommAustria demgemäß ein Angebot für die Plausibilitätsprüfung der dem Antrag des Generaldirektors bzw. den genehmigenden Beschlüssen des Stiftungsrates vom 15.12.2011 und des Publikumsrates vom 19.12.2011 auf Neufestlegung des Programmentgelts zugrunde liegenden Annahmen und deren Übereinstimmung mit den Vorgaben des § 31 ORF-G. Der in diesem Angebot beschriebene Leistungsumfang umfasste im Wesentlichen die Prüfung der Nachvollziehbarkeit der der Neufestlegung des Programmentgeltes zugrunde liegenden fünfjährigen Planungsrechnung sowie die Rückführbarkeit des zusätzlichen Finanzbedarfs auf die bestehende Geschäftsgebarung („*Nettokostenrechnung*“). Die Durchführung dieser Leistungen wurde zu einem auf Basis eines abgeschätzten Zeitaufwands von rund 540 Stunden (wovon rund 190 Stunden auf Schlüsselpersonen und rund 350 Stunden auf sonstiges Personal entfallen) ermittelten Pauschalhonorars in Höhe von EUR XXX zuzüglich USt und Barauslagen angeboten.

Die KommAustria beauftragte hierauf am 22.12.2011 die Prüfungskommission gemäß § 40 Abs. 4 ORF-G, wonach die Regulierungsbehörde der Prüfungskommission jederzeit und auch abseits der Jahresprüfung spezifische Prüfungsaufträge erteilen kann, mit der Prüfung der Plausibilität der dem Antrag des Generaldirektors und den genehmigenden Beschlüssen des Stiftungsrates vom 15.12.2011 und des Publikumsrates vom 19.12.2011 auf Neufestlegung des Programmentgelts zugrunde liegenden Annahmen und deren Übereinstimmung mit den Vorgaben des § 31 ORF-G.

Die Prüfung wurde gemäß Pkt. 5.2. des Leistungsvertrages als Sonderleistung beauftragt, wobei gemäß Pkt. 5.3. letzter Spiegelstrich des Leistungsvertrages der von der Prüfungskommission angebotene Pauschalpreis von EUR XXX zuzüglich USt und allfälliger Barauslagen vereinbart wurde. Diesem Pauschalpreis lag das Angebot vom 21.12.2011 einschließlich der Kalkulation der Leistungsansätze und der Prüfschritte zu Grunde.

Hinsichtlich der Abrechnung ist nach dem Vertrag grundsätzlich vereinbart, dass die Rechnungslegung für die Sonderleistungen nach vollständiger Erbringung des der jeweiligen Sonderleistung zugrunde liegenden Prüfungsauftrags erfolgt. Die Zahlungsfrist beträgt sechs Wochen ohne Skonto nach ordnungsgemäßer Rechnungslegung.

Darüber hinaus umfasst der von der KommAustria mit der Prüfungskommission abgeschlossene Leistungsvertrag – soweit für das vorliegende Verfahren relevant – u.a. folgende Standardleistung:

- Position 5b („Strukturmaßnahmen-Nachprüfung“): Überprüfung der Einhaltung der Strukturmaßnahmen nach § 31 Abs. 14 ORF-G;

Hinsichtlich des Entgelts wurde im Leistungsvertrag folgender Pauschalpreis vereinbart:

- Position 5b („Strukturmaßnahmen-Nachprüfung“) EUR XXX

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

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

2.2. Leistungen der Prüfungskommission 2012

Die Prüfungskommission hat im Zeitraum von Jänner bis Februar 2012 die Leistung der Plausibilitätsprüfung der dem Antrag des Generaldirektors auf Neufestlegung des Programmentgelts zugrunde liegenden Annahmen sowie deren Übereinstimmung mit den Vorgaben gemäß § 31 ORF-G durchgeführt und am 22.02.2012 einen entsprechenden Prüfbericht an die KommAustria bzw. Organe des ORF übermittelt.

Seitens der Prüfungskommission wurde für die Erbringung dieser Leistung von den Schlüsselpersonen und sonstigen Mitarbeitern zumindest die im Angebot vom 21.12.2011 vorgesehenen Stunden aufgewendet. Die Sonderleistung „Plausibilitätsprüfung der Neufestlegung des Programmentgelts“ ist damit abgeschlossen.

Darüber hinaus hat die Prüfungskommission im Zeitraum von Februar bis März 2012 die Leistung der Nachprüfung der Maßnahmen-, Indikatoren- und Zielwerterreichung (Strukturmaßnahmen bzw. MIZ) für das Jahr 2011 nach § 31 Abs. 13 und 14 ORF-G durchgeführt und am 30.03.2012 einen entsprechenden Prüfbericht an die KommAustria übermittelt.

Seitens der Prüfungskommission wurden für die Erbringung dieser Leistung von den Schlüsselpersonen und sonstigen Mitarbeitern zumindest die im Leistungsvertrag in Tabelle 3 der Anlage./1 angegebenen Stunden aufgewendet. Die Standardleistungsposition 5b „Strukturmaßnahmen-Nachprüfung“ ist damit für das Jahr 2011 ebenfalls abgeschlossen.

2.3. Entrichtung des Vergütungsbedarfs

Im Auftrag der KommAustria entrichtete die RTR-GmbH am 31.05.2012 den Vergütungsbedarf von netto EUR XXX, zuzüglich 20 % USt in Höhe von EUR XXX, somit in Summe brutto EUR XXX in zwei gleich hohen Teilbeträgen zu je brutto EUR XXX durch Überweisung an die BDO Austria GmbH Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft und die Grant Thornton Unitreu GmbH Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft als Mitglieder der Prüfungskommission.

3. Beweiswürdigung

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

Die Feststellungen zu den Leistungen der Prüfungskommission im Zeitraum Jänner bis März 2012 ergeben sich ebenfalls aus den zitierten Verwaltungsakten der KommAustria. Hinsichtlich der Plausibilitätsprüfung für die Neufestlegung des Programmentgelts beruhen die Feststellungen insbesondere auf dem Angebot der Prüfungskommission vom 21.12.2011 samt Leistungsverzeichnis, dem Auftrag der KommAustria vom 22.12.2011 zur Durchführung der Plausibilitätsprüfung gemäß Pkt. 5.2. des Leistungsvertrags (Sonderleistungen), sowie auf dem der KommAustria vorgelegten Prüfbericht vom 22.02.2012, KOA 10.100/12-002, und der hierzu vorgelegten Honorarnote vom 27.04.2012.

Hinsichtlich der Strukturmaßnahmen-Nachprüfung gründen sich die Feststellungen zunächst auf die in Position 5b des Leistungsvertrags vom 08.03.2011 als Standardleistung vereinbarte Strukturmaßnahmen-Nachprüfung, sowie insbesondere auf den der KommAustria am 30.03.2012 vorgelegten Prüfbericht, welcher Eingang in das Verfahren zur Feststellung, ob die Bedingungen für die Abgeltung des dem ORF durch Befreiungen im Jahr 2011 entstandenen Entfalls an Einnahmen aus Programmentgelt erfüllt wurden (KOA 10.200/12-008), gefunden hat. Schließlich beruhen die hierzu getroffenen Feststellungen ebenfalls auf der vorgelegten Honorarnote vom 27.04.2012.

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

Die Feststellungen zur Entrichtung des Vergütungsbedarfs durch die RTR-GmbH ergeben sich aus den vorgelegten Telebanking-Belegen vom 31.05.2012.

4. Rechtliche Beurteilung

§ 40 ORF-G lautet:

„Prüfungskommission und Jahresprüfung

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

(2) Die Mitglieder der Prüfungskommission sind von der Regulierungsbehörde für die Dauer von fünf Geschäftsjahren zu bestellen. Zum Mitglied der Prüfungskommission dürfen nur Wirtschaftsprüfer oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaften bestellt werden. Bei der Auswahl der Mitglieder der Prüfungskommission ist darauf zu achten, dass der Wirtschaftsprüfer oder die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft die Strukturen aufweist, die für eine effiziente Prüfung von Unternehmen und Konzernen mit ähnlichen Umsatzvolumina erforderlich sind, und über Erfahrung in der Prüfung solcher Unternehmen und Konzerne verfügt. Für die Auswahl der Mitglieder der Prüfungskommission gilt im Übrigen § 271 UGB sinngemäß, jedoch mit der Maßgabe, dass die Ausschlussgründe weder in der laufenden noch in der vorangegangenen Finanzierungsperiode vorgelegen sein dürfen. Die Mitglieder dürfen der Prüfungskommission nicht in zwei aufeinanderfolgenden Funktionsperioden angehören. Die Prüfungskommission kann sich eine Geschäftsordnung geben. Die Vergütung der Mitglieder der Prüfungskommission hat durch die Regulierungsbehörde zu erfolgen. Für die Vergütung gilt § 270 Abs. 5 UGB sinngemäß. Die Regulierungsbehörde hat dem Österreichischen Rundfunk den von ihr entrichteten Vergütungsbedarf mit Bescheid vorzuschreiben.

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

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

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

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

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

§ 31 Abs. 1 bis 9 ORF-G lauten:

„Programmengelt

§ 31. (1) Jedermann ist zum Empfang der Hörfunk- bzw. Fernsehsendungen des Österreichischen Rundfunks gegen ein fortlaufendes Programmengelt (Radioentgelt, Fernsehentgelt) berechtigt. Die Höhe des Programmengelts wird auf Antrag des Generaldirektors vom Stiftungsrat festgelegt. Der Generaldirektor hat einen Antrag auf Neufestlegung des Programmengelts nach Maßgabe der wirtschaftlichen Erfordernisse zu stellen, spätestens jedoch nach Ablauf von fünf Jahren ab dem letzten Antrag.

(2) Die Höhe des Programmengelts ist so festzulegen, dass unter Zugrundelegung einer sparsamen, wirtschaftlichen und zweckmäßigen Verwaltung der öffentlich-rechtliche Auftrag erfüllt werden kann; hierbei ist auf die gesamtwirtschaftliche Entwicklung Bedacht zu nehmen. Die Höhe des Programmengelts ist mit jenem Betrag begrenzt, der erforderlich ist, um die voraussichtlichen Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags angesichts der zu erwartenden Zahl der zur Entrichtung des Programmengelts Verpflichteten in einem Zeitraum von fünf Jahren ab Festlegung des Programmengelts (Finanzierungsperiode) decken zu können. Der Berechnung der Höhe des Programmengelts zu Grunde liegende Annahmen über zu erwartende Entwicklungen haben begründet und nachvollziehbar zu sein.

(3) Die Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags entsprechen den Kosten, die zur Erbringung des öffentlich-rechtlichen Auftrags anfallen, unter Abzug der erwirtschafteten Nettoerlöse aus kommerzieller Tätigkeit im Zusammenhang mit öffentlich-rechtlicher Tätigkeit, sonstiger öffentlicher Zuwendungen, insbesondere der Zuwendung nach Abs. 11, sowie der in der Widmungsrücklage (§ 39 Abs. 2) gebundenen Mittel sowie unter Berücksichtigung allfälliger Konzernbewertungen. Verluste aus kommerziellen Tätigkeiten dürfen nicht eingerechnet werden.

(4) Zusätzlich neben den Nettokosten im Sinne von Abs. 3 kann bei der Festlegung des Programmengelts ausnahmsweise ein allfälliger Finanzbedarf für Zuweisungen zum ungebundenen Eigenkapital unter den Voraussetzungen des § 39b berücksichtigt werden.

(5) Soweit zum Zeitpunkt der Festlegung der Höhe des Programmengelts Mittel auf dem Sperrkonto (§ 39c) vorhanden sind, sind diese Mittel von den Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags abzuziehen. Die Mittel des Sperrkontos sind über einen Zeitraum von längstens fünf Jahren gleichmäßig aufzulösen. Im Sinne dieses Gesetzes gelten diese Mittel als Mittel aus Programmengelt.

(6) Bei der Festlegung des Programmengelts können die über die nächste Finanzierungsperiode zu erwartenden Preis- bzw. Kostensteigerungen in die Kosten des öffentlichen Auftrags eingerechnet werden. Die dafür gebundenen Mittel sind vom Österreichischen Rundfunk gesondert dem Sperrkonto (§ 39c) zuzuführen und dürfen ausschließlich zur Abdeckung der für das jeweilige Jahr erwarteten Preis- und Kostensteigerungen herangezogen werden.

(7) Der Antrag des Generaldirektors hat alle Angaben zu beinhalten, die zur Festlegung des Programmengelts gemäß den vorangehenden Absätzen erforderlich sind.

(8) Der Beschluss des Stiftungsrates, mit dem die Höhe des Programmengelts festgesetzt wird, bedarf der Genehmigung des Publikumsrates. Wird innerhalb von acht Wochen nach der Beschlussfassung im Stiftungsrat vom Publikumsrat kein begründeter Einspruch erhoben, so gilt die Genehmigung als erteilt. Wird jedoch innerhalb dieser Frist vom Publikumsrat die Genehmigung ausdrücklich versagt, so wird der Beschluss des Stiftungsrates nur dann wirksam, wenn er einen Beharrungsbeschluss fasst.

(9) Nach Abschluss des Verfahrens gemäß Abs. 8 ist der Beschluss des Stiftungsrates der Regulierungsbehörde unter Anschluss des dem Beschluss zu Grunde liegenden Antrags zu übermitteln. Die Regulierungsbehörde hat binnen drei Monaten ab Übermittlung den Beschluss des Stiftungsrates gemäß § 37 Abs. 2 aufzuheben, wenn er mit den Bestimmungen der vorstehenden Absätze in Widerspruch steht. Diese Frist beginnt erst zu laufen, wenn der Regulierungsbehörde alle Informationen vorgelegt wurden, die sie zu dieser Beurteilung benötigt. Die Neufestlegung des Programmengelts wird nicht vor Ablauf dieser Frist wirksam. § 13 Abs. 3 AVG gilt mit Ausnahme seines letzten Satzes.“

§ 31 Abs. 13 und 14 ORF-G lauten:

(13) Ergänzend zur Erfüllung der allgemeinen und besonderen Voraussetzungen gemäß Abs. 11 und 12 hat der Österreichische Rundfunk nach Maßgabe der folgenden Regelungen Strukturmaßnahmen zur mittelfristigen substantiellen Reduktion der Kostenbasis zu setzen. Der Generaldirektor hat dazu jährlich, beginnend ab dem Jahr 2010 für das jeweils darauffolgende Kalenderjahr dem Stiftungsrat Maßnahmen, Indikatoren und Zielwerte zu den folgenden Bereichen zur Genehmigung vorzulegen:

1. zur strukturellen Reduktion der Personalkosten einschließlich einer Reduktion der Kapazitäten und der Reduktion der Pro-Kopf-Kosten;
2. zur nachhaltigen Senkung der Sachkosten, die nicht unmittelbar mit Programminvestitionen in Zusammenhang stehen und
3. zur Optimierung der Technologie- und Infrastruktur-Modernisierung.

Die Strukturmaßnahmen sind vom Generaldirektor so festzulegen, dass mittelfristig ein ausgeglichenes Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit sichergestellt werden kann. Der Generaldirektor hat die Strukturmaßnahmen unverzüglich der Prüfungskommission (§ 40) zu übermitteln, die binnen sechs Wochen eine Stellungnahme abzugeben hat, ob sie den Voraussetzungen dieses Absatzes entsprechen. Gibt die Prüfungskommission innerhalb der Frist keine Stellungnahme ab, ist davon auszugehen, dass aus ihrer Sicht keine Einwände bestehen. Der Generaldirektor hat die Strukturmaßnahmen und die Stellungnahme der Prüfungskommission dem Stiftungsrat vorzulegen, der die Maßnahmen, Indikatoren und Zielwerte nach den Vorgaben dieses Absatzes bis zum 31. Dezember jeden Jahres zu beschließen hat. Der Beschluss ist unverzüglich der Prüfungskommission (§ 40) und der Regulierungsbehörde zu übermitteln.

(14) Die Regulierungsbehörde hat beginnend ab 2011 in jedem Jahr die Erfüllung der Anforderungen der Abs. 11 und 12 im vorangegangenen Kalenderjahr zu überprüfen. Ab 2012 ist auch die Durchführung und Erreichung der Maßnahmen, Indikatoren und Zielwerte nach Abs. 13 im vorangegangenen Kalenderjahr zu überprüfen. Die Erfüllung der Anforderungen der Abs. 11 und 12 ist vom Generaldirektor der Regulierungsbehörde bis spätestens 31. März nachzuweisen. Für die Überprüfung der Durchführung und Erreichung der Maßnahmen, Indikatoren und Zielwerte gemäß Abs. 13 im vorangegangenen Jahr ist der Prüfungskommission ab 2012 bis zum 28. Februar vom Generaldirektor ein Bericht einschließlich der erforderlichen Unterlagen zu übermitteln. Die Prüfungskommission hat die Maßnahmen, Indikatoren und Zielwerte bis zum 31. März zu überprüfen und ihr Prüfungsergebnis samt einem Prüfbericht der Regulierungsbehörde mitzuteilen.

[Hervorhebungen nicht im Original]

4.1. Zur Bestellung der Prüfungskommission

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

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

4.2. Zum Leistungsvertrag und zur Vergütung

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

Gemäß § 31 Abs.1 ORF-G hat der Generaldirektor einen Antrag auf Neufestlegung des Programmgeltes nach Maßgabe der wirtschaftlichen Erfordernisse zu stellen, spätestens jedoch nach Ablauf von fünf Jahren ab dem letzten Antrag. In seiner Sitzung am 15.12.2011 beschloss der Stiftungsrat gemäß § 21 Abs. 1 Z 7 und § 31 ORF-G entsprechend dem Antrag des Generaldirektors die Neufestlegung des Programmgeltes mit Wirksamkeit zum 01.06.2012; der Publikumsrat hat die Neufestlegung des Programmgeltes mit Beschluss vom 19.12.2011 ebenfalls genehmigt bzw. sich nicht dagegen ausgesprochen. Gemäß § 31 Abs. 9 ORF-G hat die Regulierungsbehörde den Beschluss des Stiftungsrates, mit dem das Programmgelt gemäß § 31 Abs. 1 bis 8 ORF-G festgelegt wurde, binnen einer Frist von

drei Monaten ab Übermittlung aufzuheben, wenn er mit den Bestimmungen der vorstehenden Absätze, also § 31 Abs. 1 bis 8 ORF-G, nicht übereinstimmt.

Die KommAustria hat im Lichte des in weiten Teilen auf einem Vergleich der dem Antrag zugrunde liegenden Zahlen und Unterlagen mit den bestehenden Büchern beruhenden Prüfungsgegenstandes die Prüfungskommission am 22.12.2011 gemäß § 40 Abs. 4 ORF-G mit der Prüfung der Plausibilität der dem Antrag des Generaldirektors und den genehmigenden Beschlüssen des Stiftungsrates vom 15.12.2011 und des Publikumsrates vom 19.12.2011 auf Neufestlegung des Programmentgelts zugrunde liegenden Annahmen und deren Übereinstimmung mit den Vorgaben des § 31 Abs. 2 bis 6 ORF-G beauftragt. Die Prüfung wurde gemäß Pkt. 5.2. des Leistungsvertrages als Sonderleistung beauftragt.

Der Prüfung durch die Prüfungskommission wurden unter andere die folgenden Unterlagen zu Grunde gelegt:

- Antrag des GD auf Neufestlegung des Programmentgelts inkl. Finanzvorschau 2012-2016
- Erläuterung zur Systematik der vorgelegten Finanzvorschau
- Details zur Kostenstruktur
- Erläuterungen und Details zur Programmentgeltsstruktur
- Erläuterung und Details zur Berechnung des Radio- bzw Fernsehentgelts
- Nettoergebnisrechnung
- Vorschau (Hochrechnung) 2011
- Investitionsplan
- MIZ-Konzept 2012
- Finanzvorschaurechnungen der kommerziellen Tochtergesellschaften

Die Prüfungskommission hat in den Monaten Jänner und Februar 2012 eine Plausibilitätsprüfung der dem Antrag des Generaldirektors auf Neufestlegung des Programmentgelts zugrunde liegenden Annahmen sowie deren Übereinstimmung mit den Vorgaben gemäß § 31 ORF-G durchgeführt und am 22.02.2012 einen entsprechenden Prüfbericht an die KommAustria bzw. Organe des ORF übermittelt.

Der von der KommAustria mit der Prüfungskommission abgeschlossene Leistungsvertrag umfasst demgemäß – soweit im vorliegenden Verfahren relevant – gemäß Pkt. 3.3. Sonderleistungen gemäß § 40 Abs. 4 ORF-G.

Nach § 31 Abs. 13 ORF-G sind ergänzend zur Erfüllung der allgemeinen und besonderen Voraussetzungen gemäß Abs. 11 und 12 vom Österreichischen Rundfunk Strukturmaßnahmen zur mittelfristigen substantiellen Reduktion der Kostenbasis zu setzen. Hierzu hat der Generaldirektor jährlich, beginnend ab dem Jahr 2010 für das jeweils darauffolgende Kalenderjahr dem Stiftungsrat Maßnahmen, Indikatoren und Zielwerte zu bestimmen, sich aus der gegenständlichen Regelung ergebenden Bereichen zur Genehmigung vorzulegen. Als Determinante gilt dabei, dass die Strukturmaßnahmen so festzulegen sind, dass mittelfristig ein ausgeglichenes Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit sichergestellt werden kann. Zur Beurteilung, ob diesen Vorgaben entsprochen wird, ist vor Beschlussfassung, die bis spätestens 31.12. jeden Jahres zu erfolgen hat, auch eine Stellungnahme der Prüfungskommission vorgesehen.

Gemäß Abs. 14 hat die Regulierungsbehörde ab dem Jahr 2012 die Durchführung und Erreichung der Maßnahmen, Indikatoren und Zielwerte nach Abs. 13 im vorangegangenen Kalenderjahr zu überprüfen, wobei hiefür der Prüfungskommission vom Generaldirektor bis zum 28. Februar ein Bericht einschließlich der erforderlich Unterlagen zu übermitteln ist. Die Prüfungskommission hat daraufhin die Durchführung der Maßnahmen, Indikatoren und Zielwerte bis zum 31. März zu überprüfen und ihr Prüfungsergebnis samt einem Prüfbericht der Regulierungsbehörde mitzuteilen. Die Regulierungsbehörde wiederum legt die Ergebnisse dieses Prüfberichtes ihrem Feststellungsbescheid gemäß § 31 Abs. 15 ORF-G

zugrunde, ob die Bedingungen für die Abgeltung nach Abs. 14 im vorangegangenen Jahr erfüllt wurden.

Mit Schreiben vom 30.03.2012 übermittelte die Prüfungskommission ihren Bericht über die Überprüfung der Durchführung und Erreichung der Maßnahmen, Indikatoren und Zielwerte nach § 31 Abs. 13 ORF-G gemäß § 31 Abs. 14 ORF-G samt Erläuterungen.

Der von der KommAustria mit der Prüfungskommission abgeschlossene Leistungsvertrag umfasst demgemäß – soweit im vorliegenden Verfahren relevant – als Standardleistungsposition die Position 5b („Strukturmaßnahmen-Nachprüfung“) zur Überprüfung der Einhaltung der Strukturmaßnahmen nach § 31 Abs. 14 ORF-G.

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

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

4.3. Leistungen der Prüfungskommission und Entstehen des Vergütungsanspruchs

Nach den vorliegenden Unterlagen hat die Prüfungskommission die Sonderleistung hinsichtlich der oben unter 2.2. angeführten Prüfung der Plausibilität der dem Antrag des Generaldirektors und dem Beschluss des Stiftungsrates auf Neufestlegung des Programmentgeltes zugrunde liegenden Annahmen sowie deren Übereinstimmung mit den Vorgaben des § 31 ORF-G vollständig und vertragsgemäß erbracht.

Ebenso wurde die Standardleistungsposition 5b hinsichtlich der oben unter 2.2. angeführten Leistung der Überprüfung der Einhaltung der Strukturmaßnahmen nach § 31 Abs. 14 ORF-G vollständig und vertragsgemäß erbracht.

Es ist daher der hierfür vereinbarte Vergütungsanspruch in Höhe von netto EUR XXX entstanden (vgl. oben 2.1.).

4.4. Entrichtung des Vergütungsbedarfs

Da die Leistungen der Prüfungskommission vertragsgemäß erbracht wurden, war der daraus entstandene Vergütungsbedarf in Höhe von netto EUR XXX, zuzüglich 20 % USt in Höhe von EUR XXX, somit in Summe brutto EUR XXX in zwei gleich hohen Teilbeträgen zu je brutto EUR XXX gemäß § 40 Abs. 2 Satz 7 ORF-G an die Mitglieder der Prüfungskommission zu entrichten. Dies geschah mit Überweisung vom 31.05.2012 durch die RTR-GmbH als nach § 17 Abs. 1 KOG eingerichteter Geschäftsapparat im Auftrag der KommAustria.

4.5. Vorschreibung des Vergütungsbedarfs an den ORF

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

Nach § 59 Abs. 2 AVG ist in Leistungsbescheiden im Spruch zugleich eine angemessene Frist zur Leistung zu bestimmen. Die Frist zur Überweisung binnen zwei Wochen ist angemessen, zumal im Verfahren keine Anhaltspunkte hervorgetreten sind, dass Gründe vorliegen könnten, die den ORF an einer rechtzeitigen Erfüllung dieses Auftrags hindern würden.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

III. Rechtsmittelbelehrung

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

Wien, am 06. Juni 2012

Kommunikationsbehörde Austria
Der Senatsvorsitzende:

Mag. Michael Ogris
(Vorsitzender)

Zustellverfügung:

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

Zur Kenntnis in Kopie:

- **RTR-GmbH**, im Haus