

EU-Kommission: Konsultation zu Konzessionen und öffentlich-privaten Partnerschaften

Michael A. Wagner

Dr. iur., Rechtsberater, Europäische Rundfunkunion, Genf

Resumé: *Au printemps 1999, la Commission européenne a ouvert une procédure de consultation au sujet de l'impact du droit communautaire sur l'octroi de concessions. Cette consultation est basée sur le «Projet de communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire des marchés publics». Ce projet laisse ouverte la question de savoir si les éléments qui y sont présentés s'appliquent également lorsqu'un organisme est investi d'une mission de radiodiffusion de service public. Le présent article examine les répercussions possibles d'une telle application sur le système de radiodiffusion publique dans les Etats membres.*

Am 23 Februar 1999 hat die Europäische Kommission beschlossen, eine Konsultation über die Anwendung der Rechtsvorschriften des Binnenmarkts auf bestimmte Formen von Partnerschaften zwischen dem öffentlichen und dem privaten Sektor, und insbesondere den Konzessionen, einzuleiten. Hierzu hat sie am 7. April 1999 den Entwurf einer Mitteilung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht; die Mitteilung soll klären, wie die Grundsätze des EG-Vertrags sowie bestehende Richtlinien über das öffentliche Auftragswesen auf Konzessionsvergaben und ähnliche Verträge angewandt werden sollen. Der Entwurf ist auch abrufbar unter: <http://europa.eu.int/comm/dg15> (Europäische Kommission, Generaldirektion XV, Öffentliches Auftragswesen, Allgemeines). Die betroffenen Kreise hatten nach der Veröffentlichung zwei Monate Zeit zur Stellungnahme.

Konzessionen und analoge Formen öffentlich-privater Partnerschaften

Die Kommission weist einleitend darauf hin, dass die öffentliche Verwaltung sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben gegenüber der Allgemeinheit zunehmend des privaten Sektors bedient, sei es durch herkömmliche Konzessionen oder neue Formen der Zusammenarbeit.

Im Unterschied zum Baubereich gibt es im Dienstleistungsbereich keine Legaldefinition von Konzessionen. Für den Zweck der Mitteilung schlägt die Kommission die folgende Definition von «Konzessionen und analogen Formen der öffentlich-privaten Partnerschaft» vor: staatliche Akte, durch die eine Behörde einem Dritten entweder vertrag-

lich oder durch einen einseitigen Akt mit Zustimmung des Dritten die vollständige oder teilweise Durchführung von (wirtschaftlichen) Dienstleistungen überträgt, die grundsätzlich in ihre Zuständigkeit fallen und für die der Dritte das Hauptrisiko der Nutzung übernimmt.

Diese Definition deckt weder die Betrauung eines Dritten mit Dienstleistungen, die mit der Ausübung von Hoheitsgewalt verbunden sind, noch die einfache Genehmigung zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit. Jedoch bezieht die Kommission Beziehungen zwischen Behörden und öffentlichen Unternehmen, die mit Aufgaben von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, ausdrücklich mit ein. Die Kommission untersucht unter dem Blickwinkel des öffentlichen Auftragswesens, welche Anforderungen sich aus bestimmten Prinzipien des Gemeinschaftsrechts ergeben (Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, freier Dienstleistungsverkehr, Niederlassungsfreiheit, Transparenz und Verhältnismässigkeit).

Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz leitet die Kommission ab, dass die Konzessionsvergabe in einem transparenten Verfahren und die Wahl der Kandidaten nach objektiven Kriterien zu erfolgen hat, auch wenn der Konzessionsgeber grundsätzlich frei ist, das Verfahren und die Anforderungen an Bewerber festzulegen. Unzulässig wäre es z.B., Konzessionen Gesellschaften vorzubehalten, die ganz oder teilweise in öffentlicher Hand sind. Das Kriterium der Transparenz erfordert nach Ansicht der Kommission, dass Behörden, die Dritte mit der Durchführung von Dienstleistungen beauftragen wollen, ihre Absicht in geeigneter Art und Weise bekanntgeben. Obwohl dies

nicht so deutlich ausgesprochen wird, legt das Kommissionspapier nahe, dass Mitgliedstaaten, bevor sie Dritte mit der Erbringung von Dienstleistungen beauftragen, eine öffentliche Ausschreibung durchführen und Bietern aus anderen Mitgliedstaaten gleichberechtigten Zugang einräumen müssen.

Anwendbarkeit auf den öffentlichen Rundfunk?

Obwohl der öffentliche Rundfunk primär eine kulturelle und demokratische Funktion hat, wird heute weithin angenommen, dass er gemeinschaftsrechtlich als «Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse» anzusehen ist (im Sinne von Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag). Daraus könnte man folgern, dass auch die Übertragung des öffentlichen Rundfunkauftrags den im Kommissionspapier dargelegten Grundsätzen unterliegt.

In einer Fussnote räumt die Kommission allerdings ein, dass im audiovisuellen Sektor das Protokoll über den öffentlichen rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten berücksichtigt werden muss. Dieses Protokoll ist ein integraler Bestandteil des 1997 in Amsterdam beschlossenen neuen Vertragswerks der Europäischen Union, das am 1. Mai dieses Jahres in Kraft getreten ist. Das Protokoll erkennt zum einen an, dass der öffentliche Rundfunk unmittelbar mit den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen einer jeden Gesellschaft verknüpft ist.

Zum anderen stellt es fest, dass es Sache eines jeden Mitgliedstaats ist, den Auftrag des öffentlichen Rundfunks zu definieren, und ihn zu übertragen und auszugestalten, d.h. die zu seiner Erfüllung notwendigen organisatorischen Massnahmen zu treffen. Die Rolle der Mitgliedstaaten geht somit klar über die rein inhaltliche Definition des Auftrags hinaus.

Heisst das nun, dass die Übertragung eines öffentlichen Auftrags an eine Rundfunkanstalt von den gemeinschaftsrechtlichen Regeln zum öffentlichen Auftragswesen (und dementsprechend vom Anwendungsbereich der Mitteilung zu den

Konzessionen) ausgenommen werden muss?

Die Position der Europäischen Rundfunkunion

Dies ist in der Tat die Position, die von der Europäische Rundfunkunion (EBU/ UER) in ihrer Stellungnahme vertreten wird («EBU comments on the draft Commission interpretative communication on concessions» v. 7.6.1999, abrufbar auf der EBU-Website unter «Legal activities»: <http://www.ebu.ch>).

Wenn nach dem Amsterdamer Protokoll die inhaltliche und organisatorische Ausgestaltung des öffentlichen Rundfunks Sache der Mitgliedstaaten ist, dann ist es auch ihre Aufgabe, zu entscheiden, ob sie zur Erfüllung des öffentlichen Auftrags eine gemeinnützige Rundfunkanstalt - öffentlichen oder privaten Rechts - einrichten, oder ob sie zumindest Teile dieses Auftrags kommerziellen Anbietern übertragen. Die Anwendung der im Kommissionspapier entwickelten vergaberechtlichen Grundsätze würde diese Wahlfreiheit des nationalen Gesetzgebers aufheben und die Erreichung legitimer medienpolitischer Ziele auf demokratischem, sozialem und kulturellem Gebiet gefährden. Die EBU weist ausserdem darauf hin, dass die (national recht unterschiedliche) Übertragung des öffentlichen Rundfunkauftrags praktisch nie all die oben erwähnten Definitionskriterien für Konzessionen erfüllt, so dass auch nach dem Ansatz der Kommission das Papier keine Anwendung auf den öffentlichen Rundfunk finden dürfte:

Die Meinungs- und Informationsfreiheit und das daraus abgeleitete Gebot der Staatsfreiheit des Rundfunks gebieten es, die Erbringung von Rundfunkdiensten als staatsunabhängige Tätigkeit auszugestalten. Damit unvereinbar wäre es, die Erfüllung des öffentlichen Rundfunkauftrags grundsätzlich als Sache einer staatlichen Behörde anzusehen. Dem steht nicht entgegen, dass aus der Meinungs- und Informationsfreiheit eine Verpflichtung des Staates folgt, das Rundfunksystem in einer Weise auszugestalten, dass die Meinungsvielfalt gewährleistet ist und die Informations-, Kultur-, Bildungs- und Unterhaltungsbedürfnisse der Ge-

Zusammenfassung:
Im Frühjahr 1999 hat die Europäische Kommission ein Konsultationsverfahren zu den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen an die Vergabe von Konzessionen eingeleitet. Grundlage der Diskussion ist der «Entwurf einer Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen und gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen zum öffentlichen Auftragswesen». Der Entwurf lässt offen, ob die darin enthaltenen Aussagen auch Anwendung finden sollen auf die Übertragung des öffentlichen Rundfunkauftrags. Der Beitrag untersucht mögliche Auswirkungen auf das System des öffentlichen Rundfunks in den Mitgliedstaaten.

sellschaft befriedigt werden. Der unabhängige öffentliche Rundfunk ist dabei ein zentrales Instrument, um diese Ziele zu erreichen. Bei der Übertragung des öffentlichen Rundfunkauftrags an eine öffentliche Rundfunkanstalt macht es auch keinen Sinn, von einer Übernahme des Hauptrisikos der Nutzung durch einen Dritten zu sprechen. Davon abgesehen, dass man sich fragen muss, was in einem solchen Fall mit «Nutzung» gemeint sein soll (ein Begriff, der einfach von den Baukonzessionen übernommen wurde), wird das finanzielle Risiko keineswegs auf einen Dritten abgewälzt. Beim öffentlichen Rundfunk in seiner heutigen Form partizipieren keine privaten Kapitalgeber an Gewinnen und Verlusten, und der Staat sorgt weiterhin für eine angemessene Finanzierung. Die (nicht ausschliessliche) öffentliche Finanzierung ist ein charakteristisches Merkmal des öffentlichen Rundfunks, ohne die er seine spezifischen Aufgaben nicht erfüllen kann.

Die Schwächen des Ausschreibungsmodells

Obwohl bislang kein Staat in Europa diesen Schritt getan hat, wäre es natürlich theoretisch denkbar, dass der Gesetzgeber anstelle einer öffentlichen Rundfunkinstitution ein Verfahren vorsieht, in dem sich private Anbieter um die Erfüllung konkret definierter öffentlicher Rundfunkaufgaben bewerben können, natürlich gegen entsprechende Vergütung. Ein solches Ausschreibungsverfahren käme dann demjenigen Modell nahe, das die Kommission für Konzessionen im Auge hat. Allerdings ergäben sich dabei eine Reihe von Schwierigkeiten.

Der öffentliche Rundfunkauftrag ist umfassend und lässt sich schwerlich in einzelne und genau umschriebene Programmleistungen übersetzen. Wie soll man Qualität definieren? Wie Meinungs- und Programmviefalt? Ausserdem geht es nicht nur um die Bereitstellung einzelner Programme sondern um die Programmzusammenstellung insgesamt. Gerade hier, bei der Programmplanung und der Konkurrenz um Sendeplätze, würden Konflikte mit kommerziellen Erwerbsinteressen auftreten, wenn ein privater Rundfunkveranstalter mit öffentlichen Rundfunkaufgaben betraut wird. Wie lies-

se sich verhindern, dass den kommerziellen Interessen Vorrang eingeräumt wird, ohne ein aufwendiges Kontrollsystem, das wiederum die publizistische Unabhängigkeit und unternehmerische Freiheit des Rundfunkanbieters auszuhöhlen droht? Ausserdem: wie will man verhindern, dass inhaltliche Wertungen ins Auswahlverfahren einfließen? Eine staatsferne Organisation der Lizenzierung und Rundfunkaufsicht ist eine schwierige Aufgabe, die noch nicht überall in Europa voll bewältigt ist. Diese Schwierigkeiten werden potenziert, wenn öffentliche Behörden selbst einzelne Programme ausschreiben, ohne auf den Inhalt Einfluss nehmen zu dürfen. Es sei denn, man würde diese Behörden ähnlich organisatorisch, personell und finanziell ausstatten wie heutzutage die öffentlichen Rundfunkanstalten.

Es spricht deshalb vieles dafür, dass das Modell einer gemeinnützigen und unabhängigen öffentlichen Rundfunkanstalt auch in Zukunft die beste Lösung darstellt, um einerseits eine weitgehende Unabhängigkeit von staatlicher Einflussnahme und kommerziellen Zwängen und andererseits eine effektive Erfüllung des öffentlichen Rundfunkauftrags zu erreichen. Unabhängige, meist pluralistisch zusammengesetzte Aufsichtsorgane haben dabei die Aufgabe, dafür zu sorgen, dass der Rundfunkauftrag in einer den gesetzlichen Vorgaben und den aktuellen Bedürfnissen der Gesellschaft entsprechenden Weise wahrgenommen wird. Eine solche organisatorisch und verfahrensmässig abgesicherte Konkretisierung des öffentlichen Rundfunkauftrags ist entwicklungs offen und entspricht einem dynamischen Verständnis des Rundfunkauftrags. In einer Zeit schneller Veränderungen ist dieser Weg erfolgsversprechender als der Versuch, den öffentlichen Rundfunkauftrag in eine Vielzahl «ausschreibungsfähiger» Programmverpflichtungen aufzuspalten und festzuschreiben.

Wie auch immer man die Geeignetheit des Ausschreibungsmodells für die Erreichung des öffentlichen Rundfunkauftrags einschätzt, kann es jedenfalls nicht Sache der Europäischen Institutionen sein, ein verbindliches Modell vorzuschreiben. Die Kompetenz der Mitgliedstaaten wirkt hier als Schranke. ■