



An das
Bundeskanzleramt – Verfassungsdienst
zH. Dr. Michael Kogler
E-Mail: v4@bka.gv.at

Wien, 8. April 2011

**Stellungnahme des Verbandes Österreichischer Zeitungen
zum Entwurf eines Bundesverfassungsgesetzes zur Transparenz von Medienkooperationen mit sowie
der Vergabe von Förderungen und Werbeaufträgen an Medienunternehmen (BVG Medienkooperation
und Medienförderung – BVG-MedKF)**

Sehr geehrter Herr Dr. Kogler,

wir danken für die Möglichkeit zum oben genannten Gesetzesentwurf Stellung nehmen zu können. Wir nehmen dies zum Anlass die Hintergründe, welche zur Transparenzschaffungsforderung des VÖZ und letztlich zum nunmehr vom BKA Verfassungsdienst vorgelegten Entwurf führten, offen beim Namen zu nennen:

Wie bekannt, treten wir seit längerem nachdrücklich für die Schaffung von Transparenz bei der Auftragsvergabe an Medien ein. Selbstverständlich halten wir die mediale öffentliche Kommunikationsarbeit von öffentlichen und staatsnahen Rechtsträgern für demokratiepolitisch wichtig. Zugleich sind diese öffentlichen Kommunikationsbudgets am österreichischen Medienmarkt durchaus ein Wirtschaftsfaktor.

Anlass und Grund für den von uns ausgemachten erhöhten Transparenzbedarf ist also keine Kritik an Kommunikationsausgaben der öffentlichen Hand an sich, sondern der unter österreichischen Medien, insbesondere unter unseren Mitgliedsmedien, weit verbreitete Eindruck, dass öffentliche Auftraggeber immer wieder gezielt versuchen, durch mehrseitige Werbebuchungen bei einzelnen Gratis-Medien deren Berichterstattung zu beeinflussen – und dadurch einerseits die Glaubwürdigkeit der Medien insgesamt als public watchdog untergraben und andererseits den Wettbewerb unter Medienunternehmen verzerren. Selbstverständlich sind solche Beeinflussungsversuche nicht nur durch Inseratenbuchungen möglich, sondern Geldflüsse zugunsten eines bestimmten Mediums, dessen Berichterstattung beeinflusst werden soll, können unter jedem beliebigen Titel dargestellt werden.

Der VÖZ hat dem Bundeskanzleramt daher bereits im vergangenen Jahr einen eigenen Entwurf für ein Bundesgesetz über die Vergabe von Medienaufträgen und Medienvermittleraufträgen vorgelegt. Der VÖZ-Entwurf sah die Schaffung umfassender und sanktionierter, zugleich aber Geschäftsgeheimnisse von Unternehmen berücksichtigender Transparenzbestimmungen im Zusammenhang mit Auftragsvergaben öffentlicher Auftraggeber, die zu Geldflüssen an Medieninhaber führen, im Bundesvergabegesetz 2006 vor.

Der nunmehr vom BKA Verfassungsdienst vorgelegte Entwurf geht legislativ einen anderen Weg: ein eigenes Bundesverfassungsgesetz, das im Kern an die Rechnungshofkontrollunterworfenheit anknüpfende Meldeverpflichtungen im Zusammenhang mit Werbebuchungen vorsieht. Dieser andere legislative Weg erschien uns prinzipiell gleichwertig, allerdings bedarf der vom BKA vorgelegte Entwurf dennoch einer grundlegenden Überarbeitung, um eine dem VÖZ-Entwurf gleichwertige Transparenz – oder, um es pointierter zu formulieren: um überhaupt Transparenz – im Zusammenhang mit Geldflüssen von der

Staatwirtschaft zuzurechnenden Rechtsträgern an Medienunternehmen und Diensteanbieter zu schaffen. Dieser Überarbeitungsbedarf betrifft die folgenden Punkte:

- **Die Publizität ist von der Erfüllung nicht sanktionierter Bedingungen durch alle erfassten Rechtsträger abhängig.** Der gravierendste Mangel zuerst: Der BKA-Entwurf sieht im Gegensatz zum VÖZ-Entwurf keinerlei Sanktion für eine mangelhafte oder unterbleibende Meldung seitens der erfassten Rechtsträger vor. Zugleich erfolgt eine Veröffentlichung aber nur unter der Bedingung, dass sämtliche der zur Bekanntgabe verpflichteten Rechtsträger ihrer Bekanntgabepflicht nachgekommen sind. In Anbetracht der Vielzahl an Rechtsträgern ist davon auszugehen, dass es nie oder wenn, dann nur erheblich und in einer jegliche Aktualität ausschließenden Weise verzögert, zur Veröffentlichung der relevanten Daten kommen wird. Wir können uns des Eindruckes nicht erwehren, dass hier gezielt totes Recht geschaffen werden soll bzw. implizit zum Verfassungsbruch eingeladen wird.
- **Nicht alle relevanten Rechtsträger erfasst.** Der BKA-Entwurf erfasst öffentliche Auftraggeber nicht lückenlos. Dies ermöglicht eine Kanalisierung von Geldflüssen zum Kauf genehmer Berichterstattung über bestimmte staatsnahe Unternehmen im Einflussbereich bestimmter Rechtsträger.
- **Nur Werbeaufträge erfasst.** Der BKA-Entwurf erfasst nur *Werbeaufträge*. Dies ermöglicht weiterhin intransparente Zahlungsströme unter anderen Titeln. Es sollten daher alle Aufträge, deren letzlicher Nutznießer Medieninhaber sind, erfasst sein. Auch kann es nicht darauf ankommen, auf welches Medium des Medienunternehmens (dessen periodisches Druckwerk oder ein einzelner, nicht periodischer Sondertitel) die Veröffentlichung vorgenommen wird.
- **Pflichtveröffentlichungen ausgenommen.** Der BKA-Entwurf nimmt Aufträge von Verwaltungsbehörden und Gerichten „in Verfolgung einer bundes- oder landesgesetzlich geregelten Veröffentlichungsverpflichtung“ von den Transparenzbestimmungen aus. Da solche Veröffentlichungen in gleicher Weise zu Wettbewerbsverzerrungen führen können, entbehrt deren Ausnahme jeder sachlichen Rechtfertigung.
- **Agenturaufträge nur teilweise erfasst.** Der BKA-Entwurf erfasst zwar „unter Vermittlung über einen Dritten“ erteilte Aufträge, jedoch lässt diese Formulierung breiten Interpretationsspielraum betreffend die Frage, ob auch Buchungen, die Agenturen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung vornehmen, von den Transparenzbestimmungen erfasst sind. Diese Lücke schafft einfache Möglichkeiten zur Umgehung der Transparenzverpflichtung.
- **Geschäftsgeheimnisse werden nicht berücksichtigt.** Der BKA-Entwurf sieht eine 1:1 Veröffentlichung der bekanntgegebenen Informationen vor. Dadurch würde eine Offenlegung der Konditionenpolitik von Medienunternehmen erzwungen. Dies wäre ein nicht rechtfertigbarer Eingriff in das auch Wirtschaftsdaten umfassende Grundrecht auf Datenschutz. Um dies zu verhindern sollten kumulierte Zahlen veröffentlicht werden, aus denen zwar ersichtlich ist, wie hoch die Summe der von einem von den Transparenzbestimmungen erfassten Unternehmen erworbenen Leistungsansprüche gegenüber öffentlichen Auftraggebern in Summe im Beobachtungszeitraum ist, jedoch ohne dass Rückschlüsse auf die individuelle Preispolitik gezogen werden können.
- **Verzerrte Darstellung.** Der BKA-Entwurf vermischt das Thema Förderungen, also gesetzlich geregelte Leistungen, denen keine wirtschaftliche Gegenleistung gegenübersteht, mit dem Thema öffentliche Auftragsvergabe, also Ausgaben der öffentlichen Hand, denen eine entsprechende vertragliche Gegenleistung gegenübersteht (bzw. stehen sollte). Zwar spricht prinzipiell nichts gegen die Einbindung von Leistungen an Medien, die Förderungscharakter haben. Allerdings sollte der Katalog solcher Leistungen dann, um kein verzerrtes Bild zu zeichnen, einerseits vollständig sein und insbesondere auch das an den Österreichischen Rundfunk fließende Programmentgelt und sonstige öffentliche Zuwendungen beinhalten, und andererseits klar zwischen Förderungen und Ausgaben für am Markt bezogene Leistungen unterscheiden.

Eine detaillierte juristische Erörterung der aufgezeigten Mängel finden Sie auf den folgenden Seiten.

DETAILS:**1. Bedingtheit der Veröffentlichung und mangelnde Sanktionierung**

Der Entwurf sieht keinerlei Rechtsschutzinstrumentarien bei unterbliebener, unvollständiger oder unrichtiger Veröffentlichung vor. Im Gegensatz hierzu eröffnet der VÖZ-Entwurf Mitbewerbern von Auftragsempfängern die Möglichkeit zur Erhebung von Feststellungsanträgen wegen Verletzung der Transparenzbestimmungen in Verbindung mit der Möglichkeit zur Verhängung von Geldbußen über Auftraggeber, welche die Transparenzbestimmungen verletzen.

Das Fehlen jeglicher Sanktionierung und insbesondere eines Rechtsschutzinstrumentariums zur Durchsetzung der Veröffentlichung durch von möglichen Wettbewerbsverzerrungen im Falle unsachlicher Auftragsvergaben potenziell betroffene Mitbewerber in Verbindung mit der Bedingung der vollständigen Meldung durch alle erfassten Rechtsträger führt dazu, dass totes Recht geschaffen wird, durch welches keine höhere Transparenz zu erwarten ist.

Der Entwurf ist jedenfalls um eine Sanktionierung von Verstößen gegen die Transparenzbestimmungen zu ergänzen, wobei Konkurrenten des Auftragsempfängers (also Medienunternehmen und Diensteanbietern iSd § 3 Z 2 ECG) ein Antragsrecht zukommen muss.

2. Kreis der umfassten Auftraggeber

Der BKA-Entwurf enthält eine lange taxative Aufzählung von Rechtsträgern, die neben bestimmten Körperschaften auch von Gebietskörperschaften beherrschte Unternehmen und sonstige der Rechnungshofkontrolle unterworfenen Rechtsträger umfasst. Im Gegensatz dazu stellte der VÖZ-Vorschlag auf „öffentliche Auftraggeber“ im Sinne des § 3 Abs. 1 BVergG 2006 ab. Da das Gesetz Transparenz insbesondere bei der Auftragsvergabe bezweckt und der Kreis öffentlicher Auftraggeber mit dem Kreis der aufgezählten Rechtsträger nicht deckungsgleich ist, erscheint es zweckmäßiger, an den Auftraggeberbegriff des Bundesvergabegesetzes anzuknüpfen. Auch wenn der Kreis der vom BKA-Entwurf erfassten Rechtsträger auf den ersten Blick weitgehend deckungsgleich erscheint, ist er bei näherem Hinsehen doch nicht kongruent mit dem VÖZ-Vorschlag:

Es sollte daher an den Auftraggeberbegriff des Bundesvergabegesetzes angeknüpft werden. Zugleich sollte im Bundesvergabegesetz aus diesem Anlass die Auftraggebereigenschaft des ORF klargestellt werden, da diese in Provisorialverfahren vor dem Bundesvergabeamt vom ORF aus unerfindlichen Gründen wiederholt bestritten wurde und zugleich bisher offenbar eine endgültige Entscheidung dieser Frage vermieden wurde (vgl. Bundesvergabeamt N/0047-BVA/09/2010-EV14 und N/0123-BVA/09/2009-EV19).

3. Gegenstand der Transparenzbestimmungen

Gegenstand der Transparenzbestimmungen sind neben medienbezogenen Förderungen folgende Aufträge:

- Werbe- und Patronanzaufträge an Rundfunkunternehmen und audiovisuelle Mediendienste, einschließlich Beiträgen im Dienste der Öffentlichkeit;
- erteilte Aufträge „an Medienunternehmen eines periodischen Druckwerks und einer Website“ über entgeltliche Einschaltungen gemäß § 26 Mediengesetz, sowie

- sonstige „Vereinbarungen über einen finanziellen Beitrag zur Gestaltung von Inhalten von periodischen Druckwerken eines Medienunternehmens oder periodischen elektronischen Medien gemäß § 1 Z 5a lit. b und c [MedienG] eines Medienunternehmens (Medienkooperationen)“.

Problematisch erscheint uns die Bezugnahme auf „*Medienunternehmen*“ im Zusammenhang mit bestimmten Internet-Hosting-Angeboten: Als Medieninhaber von Internetangeboten gelten nach hL primär Content-Provider, also jene, denen auch die inhaltliche und redaktionelle Letztverantwortung für über das Netz verbreitete Inhalte zukommt¹. Auch der Begriff des Medienunternehmens (§ 1 Abs. 1 Z 6 MedienG) knüpft explizit an die „inhaltliche Gestaltung des Mediums“ an. Gerade dies trifft etwa bei Social Network Plattformen wie zB „Facebook“ und erst recht bei Suchmaschinenbetreibern wie Google nicht zu: Im einen Fall wird eine Plattform zur Verfügung gestellt, auf der die Inhalte praktisch ausschließlich von Dritten (Nutzern) ohne redaktionelle Einflussnahme des anbietenden Unternehmens bereitgestellt werden, im anderen Fall werden Informationen automatisch generiert, wobei zweifellos von einem Medium auszugehen ist, das aber vom Betreiber nicht redaktionell inhaltlich gestaltet wird. Dennoch nehmen Soziale Netzwerke und Suchmaschinen (mit ihren zunehmend diversifizierten Zusatzangeboten) eine sich den klassischen Medien annähernde Bedeutung bei der Informationsbeschaffung ein, weshalb es unsachlich wäre, diese Angebote nicht in die Transparenzbestimmungen einzubeziehen.

Weiters ist die Begrenzung auf Werbeaufträge (im weiteren Sinne) nicht nachvollziehbar. Einflussnahme auf die Berichterstattung in einem Medium kann durch jegliche Art von Aufträgen genommen werden, etwa auch durch Abo-Großaufträge. Es sollten daher Aufträge an Medienunternehmen und Diensteanbieter unabhängig vom Auftragsgegenstand erfasst sein.

Überdies kann die Formulierung „*Aufträge an Medienunternehmen eines periodischen Druckwerks und einer Website über entgeltliche Einschaltungen gemäß § 26 Mediengesetz*“ in § 1 Abs. 2 lit. b in Zusammenschau mit den diesbezüglichen Erläuterungen auch so verstanden werden, dass die Transparenzverpflichtung nur in Bezug auf Aufträge zur Veröffentlichung in einem periodischen Druckwerk oder auf einer Website des Unternehmens, nicht aber bei Veröffentlichung in einem anderen Medium des Unternehmens – etwa einem nicht periodischen Sondertitel, zB in Form eines Sachbuches – greift. Auch diese Lesart würde Umgehungsmöglichkeiten eröffnen.

Schließlich nimmt der BKA-Entwurf Aufträge von Verwaltungsbehörden und Gerichten „*in Verfolgung einer bundes- oder landesgesetzlich geregelten Veröffentlichungsverpflichtung*“ von den Transparenzbestimmungen aus. Da solche Veröffentlichungen in gleicher Weise zu Wettbewerbsverzerrungen führen können, entbehrt deren Ausnahme jeder sachlichen Rechtfertigung.

Es sollte daher, um solche neuen Medienangebote jedenfalls auch lückenlos von den Transparenzbestimmungen zu erfassen, jeweils auf „*Medienunternehmen oder Diensteanbieter (§ 3 Z 2 ECG)*“ Bezug genommen werden.

Anstelle einer beschränkenden Aufzählung der Werbeaufträge (im weiteren Sinne) sollte ganz allgemein auf Aufträge abgestellt werden.

Schließlich ist klarzustellen, dass es auch bei Werbeaufträgen an die erfassten Medienunternehmen nicht darauf ankommt, in welchem Medium des Unternehmens die Werbung geschaltet wird, und die Transparenzbestimmungen also auch greifen, wenn die Veröffentlichung nicht in einem periodischen Druckwerk oder einer Website des Medienunternehmens, sondern etwa in einem Sondertitel erscheint.

Der vorgeschlagene § 1 Abs. 4 betreffend die Ausnahme der Pflichtveröffentlichungen von den Transparenzbestimmungen ist ersatzlos zu streichen.

¹ Noll in *Berka/Höhne/Noll/Polley*, Mediengesetz² § 1 Rz 25 iVm Rz 48f)

4. Bekanntzugebende Daten und Form der Veröffentlichung

Nach dem BKA-Entwurf sind von den umfassten Auftraggebern und Fördergebern folgende Daten bekannt zu geben:

- Name des Auftraggebers und Höhe des Entgelts bei Werbeaufträgen;
- Name des Förderungsempfängers und Höhe der Förderung bei Förderungen nach dem KOG, nach dem PresseFG und nach dem PubFG sowie bei sonstigen Fördermaßnahmen mit Bezug auf die inhaltliche Gestaltung, Herstellung oder Verbreitung eines periodischen Druckwerks oder die Ausstrahlung oder Abrufbarkeit eines wie immer gearteten periodischen elektronischen Mediums.

Die Veröffentlichung erfolgt halbjährlich zum 15. Juli für die Monate Jänner bis Juni und zum 15. Jänner für die Monate Juli bis Dezember unter „konkreter Aufschlüsselung hinsichtlich des jeweiligen Druckwerkes“, wobei Entgelte unter 1.000 Euro mit dem Vermerk „keine Bekanntgabepflicht“ aufzunehmen sind.

Nach dem BKA-Vorschlag ist scheinbar jeder einzelne Auftrag mit geleistetem Entgelt zu veröffentlichen. Der VÖZ Vorschlag sieht eine kumulierte Summenveröffentlichung pro Auftragnehmer (Medium) und Monat vor. Offengelegt werden soll nicht die Preispolitik der einzelnen Medienunternehmen hinsichtlich bestimmter Inseratenformate, sondern die Summe der Geldflüsse an Medienunternehmen.

Die Veröffentlichung von Förderungen ist unvollständig: Während alle Förderungen im Print- und Privatrundfunkbereich umfasst sind, soll das dem Österreichischen Rundfunk zufließende Programmengelt offenbar nicht ausgewiesen werden. Dies erzeugt eine verzerrte Optik. Erst durch die Gegenüberstellung der Förderungsbeträge im Print- und Rundfunkbereich mit dem aus Gebührengeldern finanzierten Programmengelt des übermächtigen staatlichen Konkurrenten kann die Öffentlichkeit diese Förderbeträge größenordnungsmäßig erfassen.

Die Veröffentlichung sollte daher monatlich oder quartalsweise erfolgen und streng zwischen Förderungsflüssen und Entgelten für vertraglich bezogene Leistungen unterscheiden.

Es sollten nicht einzelne Auftragsentgelte, sondern **nur Summen** der im Berichtszeitraum erworbenen Entgeltansprüche veröffentlicht werden, um durch das Datenschutzrecht grundrechtlich geschützte Wirtschaftsdaten von Unternehmen nicht der Öffentlichkeit Preis zu geben. Hierbei ist zu unterscheiden: Bei einer monatlichen Betrachtung sollte nur die Summe aller Leistungsansprüche eines Unternehmens gegenüber allen Auftraggebern ausgewiesen werden. Eine Aufschlüsselung dieser Summe nach Auftraggebern, wiederum ohne Bezugnahme auf einzelne Aufträge, kann nur in einem längeren Beobachtungszeitraum erfolgen, der gewährleistet, dass keine Rückschlüsse auf die individuelle Preispolitik hinsichtlich einzelner Aufträge möglich ist (zB bei Jahres- oder Halbjahresbetrachtung).

Die Darstellung der Förderungsflüsse ist jedenfalls um die an den ORF fließenden öffentlichen Mittel zu ergänzen.

Wir ersuchen um Berücksichtigung unserer Anmerkungen und stehen für eine Erörterung jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Mag. Gerald Grünberger
(Verbandsgeschäftsführer)