

Mitteilung

des Rechnungshofs

Prüfung der Haushalts- und Wirtschaftsführung des Südwestrundfunks (SWR) und seiner Beteiligungsgesellschaft SWR Media Services GmbH (SMS), insbesondere der kommerziellen Tätigkeiten, in den Jahren 2010 bis 2014 durch den Rechnungshof Rheinland-Pfalz

Schreiben des Rechnungshofs vom 27. Oktober 2017 Az.: IV-0201M00100-1601.10:

Der Rechnungshof Rheinland-Pfalz hat die Haushalts- und Wirtschaftsführung der SMS, insbesondere die kommerziellen Tätigkeiten, und die Umsetzung der Vorschriften der Marktkonformität bei dem SWR in 2010 bis 2014 geprüft. Das Prüfungskonzept im Vorfeld wie auch die endgültige Fassung der Prüfungsmitteilung sind mit dem Rechnungshof Baden-Württemberg abgestimmt.

Anbei übersendet der Rechnungshof Baden-Württemberg gemäß § 35 Absatz 3 SWR-Staatsvertrag die Prüfungsmitteilung über die Ergebnisse der Prüfung, einschließlich einer elektronischen Fassung.

In Vertretung

Berberich



RECHNUNGSHOF
RHEINLAND-PFALZ

Prüfung
der Haushalts- und Wirtschaftsführung
des Südwestrundfunks (SWR)
und seiner Beteiligungsgesellschaft
SWR Media Services GmbH (SMS),
insbesondere der
kommerziellen Tätigkeiten,
in den Jahren 2010 bis 2014

Az.: 4-P-4000.01-34-14/2015
Speyer, 23. Oktober 2017

- | -

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | Vorbemerkung | 1 |
| 1.1 | Anlass, Ziel, Gegenstand und Art der Prüfung | 1 |
| 1.2 | Prüfungsrechte der Rechnungshöfe | 1 |
| 2 | Allgemeines | 3 |
| 3 | Wesentliches Ergebnis..... | 4 |
| 4 | Rechtliche Rahmenbedingungen | 9 |
| 4.1 | Rechtlicher Rahmen | 9 |
| 4.2 | Kommerzielle Tätigkeiten | 10 |
| 5 | Maßnahmen zur Umsetzung und Sicherstellung der §§ 16a ff. Rundfunkstaatsvertrag..... | 12 |
| 5.1 | Gemeinsame Maßnahmen aller öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten | 12 |
| 5.2 | Maßnahmen der Rechnungshöfe und der Wirtschaftsprüfungsgesellschaften | 12 |
| 5.3 | Maßnahmen des SWR und der SMS | 12 |
| 5.3.1 | Maßnahmen des SWR und der SMS zur Umsetzung des Rundfunkstaatsvertrags | 12 |
| 5.3.2 | Maßnahmen des SWR und der SMS zur Sicherstellung der Vorgaben..... | 13 |
| 5.3.3 | Grundsätzliche Anmerkungen zu den Maßnahmen des SWR und der SMS.... | 14 |
| 6 | Beteiligungen..... | 17 |
| 6.1 | Allgemeines | 17 |
| 6.2 | Rechtliche Rahmenbedingungen für Beteiligungen | 17 |
| 6.2.1 | Rechtsform..... | 17 |
| 6.2.2 | Kontrollgremien..... | 18 |
| 6.2.3 | Prüfungsrecht bei Beteiligungen..... | 18 |
| 7 | Kommerzielle Tätigkeiten des SWR | 19 |
| 7.1 | Abgrenzung gegenüber nicht-kommerziellen Tätigkeiten | 19 |
| 7.2 | Untersuchung der Erträge | 19 |
| 7.2.1 | Erträge von Beteiligungsunternehmen | 19 |
| 7.2.2 | Erträge von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten | 19 |
| 7.2.3 | Beurteilung einzelner Tätigkeiten | 19 |
| 8 | Kommerzielle Tätigkeiten der Beteiligungsunternehmen..... | 28 |
| 8.1 | SWR Media Services GmbH | 28 |
| 8.2 | Prüfung der Marktkonformität bei Beteiligungsgesellschaften | 28 |

- II -

| | | |
|----------|---|-----------|
| 9 | Beschreibung der für die Marktkonformität relevanten Sachverhalte und Bewertung der Marktkonformität | 30 |
| 9.1 | Der SWR als Investor | 30 |
| 9.1.1 | Eigenkapitalausstattung | 30 |
| 9.1.2 | Rentabilität der Geschäftstätigkeit | 30 |
| 9.1.3 | Überschuldung und Gesellschafterdarlehen | 30 |
| 9.2 | Leistungsbeziehungen zwischen dem SWR und der SMS | 31 |
| 9.2.1 | Gegenseitige Dienstleistungen | 31 |
| 9.2.2 | Darstellung der einzelnen Tätigkeitsbereiche | 34 |
| 9.3 | Besteuerung der Erträge aus den Betrieben gewerblicher Art des SWR..... | 63 |

Anlage Beteiligungsübersicht

- III -

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-----------------|---|
| AEUV | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union |
| AOD | Audio on demand |
| ARD | Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland |
| AS&S | ARD-Werbung SALES & SERVICES GmbH |
| bbp | Baden-Badener Pensionskasse |
| BgA | Betrieb gewerblicher Art |
| CD | Compact Disc |
| DRS | Digital Radio Südwest GmbH |
| DV | Dienstleistungsvertrag 2010 |
| DVD | Digital Versatile Disc |
| EU | Europäische Union |
| HA | Hauptabteilung |
| IDW | Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V., Düsseldorf |
| IKS | Informations- und Kommunikationssysteme |
| ILV | Interne Leistungsverrechnung |
| KFZ | Kraftfahrzeug |
| PS | Prüfungsstandard |
| RÄStV | Rundfunkänderungsstaatsvertrag |
| RfA | Rundfunkanstalt |
| RStV | Rundfunkstaatsvertrag |
| SMS | SWR Media Services GmbH |
| SWR | Südwestrundfunk |
| SWR-StV | Staatsvertrag über den Südwestrundfunk |
| TuP | Direktion Technik und Produktion |
| TV | Television |
| Tz. | Textziffer |
| VOD | Video on demand |
| VPR | Verrechnungspreisrichtlinie |
| VRV | Verwertungsrahmenvertrag |
| VZÄ | Vollzeitäquivalent |
| WDR | Westdeutscher Rundfunk |
| WP-Gesellschaft | Wirtschaftsprüfungsgesellschaft |
| ZSO | ARD-Werbung Zentrale Systemorganisation |

- 1 -

1 Vorbemerkung

1.1 Anlass, Ziel, Gegenstand und Art der Prüfung

Aufgabe des SWR ist es, den ihm obliegenden Rundfunkauftrag zu erfüllen. Seine diesbezügliche Haushalts- und Wirtschaftsführung ist regelmäßig Bezugspunkt der Prüfungen der Rechnungshöfe. Darüber hinaus ist der SWR berechtigt, sogenannte kommerzielle Tätigkeiten zu erbringen (im Einzelnen s. Textziffern [Tz.] 4.1 und 4.2). Durch den am 1. Juni 2009 in Kraft getretenen Zwölften Rundfunkänderungsstaatsvertrag (12. RÄStV) haben die kommerziellen Tätigkeiten erstmals eine Regelung erfahren (§§ 16a ff. Rundfunkstaatsvertrag [RStV], ausführlich vgl. Tz. 4.1). Danach sind diese unter bestimmten Voraussetzungen zulässig, – insbesondere haben sie zu Marktbedingungen zu erfolgen. Die Rechnungshöfe sind ermächtigt, die Einhaltung der relevanten Vorgaben im Einzelfall zu prüfen, und gehalten, über einschlägige Verstöße die Rechtsaufsicht zu unterrichten (s. insbesondere § 16d Abs. 1 S. 7 und S. 8 RStV, nunmehr § 16d Abs. 2 S. 2 i. V. m. §14a RStV).

Eine solche (Ordnungsmäßigkeits-)Prüfung ist alleiniger Gegenstand der vorliegenden Mitteilung. Diese Schwerpunktprüfung ist zudem als Orientierungsprüfung angelegt. Der Rechnungshof widmet sich beim SWR erstmals dieser – jenseits der Maßgabe des wirtschaftlichen Umgangs mit öffentlichen Mitteln angesiedelten – Thematik. Deren zugleich grundlegende Aufbereitung soll ferner die Basis zukünftiger Prüfungen der Marktkonformität kommerzieller Tätigkeiten bilden, um diese dann jeweils auf Einzelmaßnahmen beschränken zu können.

1.2 Prüfungsrechte der Rechnungshöfe

Die Prüfung der Haushalts- und Wirtschaftsführung des SWR obliegt nach § 35 Abs. 1 des Staatsvertrags über den Südwestrundfunk (SWR-StV) den Rechnungshöfen der beteiligten Länder gemeinsam. Dabei umfasst die Prüfung die gesamte Haushalts- und Wirtschaftsführung der Anstalt sowie gemäß § 35 Abs. 2 SWR-StV die Wirtschaftsführung bei solchen Unternehmen des privaten Rechts, an denen der SWR unmittelbar, mittelbar oder zusammen mit anderen Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts mit der Mehrheit beteiligt ist und deren Gesellschaftsvertrag diese Prüfungen durch die Rechnungshöfe vorsieht. Diese sind zudem gemäß § 16d Abs. 1 S. 7 RStV ausdrücklich befugt, bei den kommerziellen Beteiligungen zu prüfen, ob diese die Bestimmungen der Marktkonformität beachten. Die Gesamtschau der §§ 16a ff. RStV verdeutlicht, dass sich das Prüfungsrecht der Rechnungshöfe namentlich auch auf die vorgelagerten Fragen erstreckt, welche Tätigkeiten der Anstalt selbst ggf. kommerziell sind (§ 16a Abs. 1 S. 1 i. V. m. S. 2 RStV), ob diese auszulagern sind oder, da nur von geringer Marktrelevanz, ausnahmsweise in der Anstalt verbleiben können (§ 16a Abs. 1 S. 5 RStV) und auf die Leistungsbeziehungen zwischen der Anstalt und ihren kommerziellen Beteiligungen (§ 16a Abs. 1 S. 6 RStV). An dieser Stelle wird darauf hingewiesen, dass die Beteiligung des SWR an der Baden-Badener Pensionskasse VVaG (bbp) und die Frage der Prüfungsrechte der Rechnungshöfe bei der bbp nicht Gegenstände der Prüfungsmitteilungen sind, da sie bereits gesondert zwischen dem Rechnungshof Baden-Württemberg und dem SWR/der bbp erörtert werden.

- 2 -

Die vorliegende Prüfung hat der Rechnungshof Rheinland-Pfalz (im Folgenden: der Rechnungshof) allein durchgeführt. Das Prüfungskonzept und die Prüfungsergebnisse hat er mit dem Rechnungshof Baden-Württemberg abgestimmt.

- 3 -

2 Allgemeines

Der Prüfungszeitraum umfasst die Jahre 2010 bis 2014.

Mit der Prüfung beauftragt waren Frau Regierungsdirektorin Dr. Altes, Herr Regierungsdirektor Gies, Herr Oberrechnungsrat Schultz und Frau Oberrechnungsrätin Walo.

Der Rechnungshof hatte dem SWR und der SMS am 22. Dezember 2016 den Entwurf der Prüfungsmitteilungen übersandt. Der SWR und die SMS haben am 14 März 2017 dazu schriftlich Stellung genommen. Der Entwurf wurde im Rahmen der Schlussbesprechung am 4. Mai 2017 erörtert. Die abgegebenen Stellungnahmen sind in die Prüfungsmitteilungen eingegangen.

Im Interesse der Lesbarkeit wird zwischen weiblicher und männlicher Form nicht unterschieden. In Zahlenübersichten kann es durch den Verzicht auf Dezimalstellen zu Rundungsdifferenzen kommen.

3 Wesentliches Ergebnis

Mit dem 12. RÄStV, der Vorgaben des europäischen Beihilferechts umsetzt, erfahren die kommerziellen Tätigkeiten der Rundfunkanstalten (RfA) erstmals eine spezifische Regelung (§§ 16a ff. RStV). Danach darf der SWR solche Leistungen auch für Dritte im Wettbewerb anbieten, aber „nur unter Marktbedingungen“ (§ 16a Abs. 1 S. 1 bis 3 RStV). Um dies sicherzustellen, sind kommerzielle Tätigkeiten grundsätzlich durch rechtlich selbständige Tochtergesellschaften wahrzunehmen (§ 16a Abs. 1 S. 4 RStV). Dem SWR ist lediglich gestattet, kommerzielle Tätigkeiten „geringer Marktrelevanz“ selbst zu erbringen, – marktkonform und mit getrennter Buchführung (§ 16a Abs. 1 S. 5 RStV). Der SWR hat dafür zu sorgen, dass der jeweilige Abschlussprüfer die Marktkonformität der kommerziellen Tätigkeiten der Tochterunternehmen prüft (§ 16d Abs. 1 S. 2 RStV). Der Rechnungshof ist verpflichtet, diese Prüfungen auszuwerten, und ermächtigt, seinerseits einschlägige Prüfungen vorzunehmen (s. insbesondere § 16d Abs. 1 S. 7 RStV). Eine all diese Aspekte umfassende Prüfung ist Gegenstand der vorliegenden Prüfungsmitteilungen (Tz. 4).

Als eine ihrer gemeinsamen Maßnahmen, die den Bestimmungen der Marktkonformität Rechnung tragen sollen, haben sich die RfA auf eine Verrechnungspreisrichtlinie (VPR) verständigt. Die Rechnungshöfe haben ihrerseits den von ihnen festzulegenden Fragenkatalog (§ 16d Abs. 1 S. 3 RStV) mit dem Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V., Düsseldorf (IDW), abgestimmt. Dieser ist als IDW Prüfungsstandard (PS) 721 in dessen berufsständisches Regelwerk eingegangen. Des Weiteren hat der SWR zusammen mit der SMS eigene Maßnahmen ergriffen, u. a. die Erstellung von Compliance-Dokumenten und einer Vertragsdatenbank (Tz. 5.3.1 und 5.3.2).

Beim SWR ist keine Organisationseinheit grundsätzlich für die Einhaltung der Marktkonformität verantwortlich. Die SMS untersucht in der Regel ihrerseits, ob sie einzelne Geschäftsbereiche marktkonform führt. Der SWR trägt nach dem RStV aber selbst die Letztverantwortung, die Marktkonformität zu sichern. Der Rechnungshof fordert den SWR auf, dieser Pflicht nachzukommen (Tz. 5.3.3).

Der SWR ist an zahlreichen Unternehmen unmittelbar oder mittelbar beteiligt, wovon einige kommerziell tätig sind. Ungeachtet einer i. S. d. § 16a Abs. 1 RStV kommerziellen Ausrichtung darf sich der SWR an Unternehmen mit gewerblichem oder wirtschaftlichem Zweck nur beteiligen, wenn diese die Rechtsform einer juristischen Person besitzen (§ 16b Abs. 1 Nr. 2 RStV). Er ist jedoch an einem Unternehmen beteiligt, das keine juristische Person ist. Der Rechnungshof weist beim Eingehen von Beteiligungen auf die bestehende Rechtslage hin. Auch die Voraussetzung, wonach das Beteiligungsunternehmen über ein Kontrollorgan zu verfügen hat (§ 16b Abs. 1 Nr. 3 RStV), war bei einem Unternehmen nicht gegeben. Der Rechnungshof fordert den SWR auf, darauf hinzuwirken, dass dort ein Kontrollorgan eingerichtet wird. Bei einer Gesellschaft, an dem die Anstalt – mit anderen Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts – mehrheitlich beteiligt ist, fehlte das vorgeschriebene Prüfungsrecht zugunsten des Rechnungshofs (§ 16c Abs. 3 RStV). Der SWR hat weiterhin im Rahmen seiner gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten dafür Sorge zu tragen, dass den Rechnungshöfen das Prüfungsrecht eingeräumt wird (Tz. 6.2).

- 5 -

Der Rechnungshof hat untersucht, ob und welche kommerziellen Tätigkeiten der SWR ausgeübt hat, ob diese auszulagern waren und – wenn nicht – ob der SWR diese marktkonform erbracht hat. Nach Auffassung des Rechnungshofs stammten die Erträge aus der Geräte- und Speichermedienabgabe, der Betriebstankstelle und Kantine, der Garageneinfahrtgebühr, aus der Durchführung eigener Veranstaltungen, aus Ko-produktionsbeiträgen, Produktionsbeihilfen, Programmpräsentationen und Gewinnspielen nicht aus einer kommerziellen Tätigkeit. Dagegen behält er sich vor, die ausländischen Kabelerlöse abschließend zu bewerten. Bei Vermietungen und Verpachtungen (Tz. 7.2.3.4), der Einräumung von Drittwerbemöglichkeiten bei SWR-Veranstaltungen (Tz. 7.2.3.6.1) sowie bei singulären Auftritten von SWR-Klangkörpern bei Veranstaltungen Dritter (Tz. 7.2.3.6.3) handelt es sich nach Auffassung des Rechnungshofs um kommerzielle Tätigkeiten. Diese waren jedoch als gering marktrelevant einzustufen. Die Anstalt hatte keine getrennte Buchführung erstellt, da sie diese Tätigkeiten als nicht-kommerziell ansieht. Der Rechnungshof fordert den SWR auf, für diese Tätigkeiten eine getrennte Buchführung einzurichten und marktkonforme Konditionen zu gewährleisten (Tz. 7.2.3.1 bis 7.2.3.7).

Der SWR und die SMS haben ihre Leistungsbeziehungen grundsätzlich in einem Dienstleistungsvertrag 2010 (DV) geregelt. Es wird danach bei einigen Leistungen die Kostenaufschlagsmethode, bei anderen die Preisvergleichsmethode angewandt. Die Leistungen der Poststelle werden mit der Kostenaufschlagsmethode abgerechnet. Der SWR sollte bei diesen Leistungen überlegen, ob er sie nicht in der Internen Leistungsverrechnung (ILV) bewerten und somit die Preisvergleichsmethode anwenden könnte (Tz. 9.2.1.3).

Die Sach- und Dienstleistungen der Personalabteilung und des Sozialreferats des SWR für die SMS sind nicht im DV, sondern in gesonderten Dienstleistungsverträgen geregelt. Die vereinbarten Beträge sind danach regelmäßig anzupassen. Dies ist nicht geschehen. Der Rechnungshof fordert den SWR auf, auch diese Dienstleistungen in den DV zu integrieren, die Höhe der Beträge zu überprüfen und ggf. anzupassen (Tz. 9.2.1.4).

Die SMS ist zuständig für den Vertrieb der Mitbenutzung der Sendemasten und -anlagen des SWR gegen Entgelt durch Dritte. Zudem übernimmt sie die Verwaltung der SWR-Sendergrundstücke. Für die Verwaltung der Sendergrundstücke erhält die SMS eine Dienstleistungspauschale. Sie ist nach der Kostenaufschlagsmethode ermittelt. Der Rechnungshof empfiehlt, die Ermittlung der Pauschale in den Compliance-Dokumenten zu dokumentieren (Tz. 9.2.2.1.2).

Der SWR erzielte selbst Erträge aus der Sendermitbenutzung der Digital Radio Südwest GmbH (DRS) für DAB/DAB+. Nach Auffassung des Rechnungshofs handelt es sich dabei um eine kommerzielle Tätigkeit mit Marktrelevanz. Insoweit hat der SWR das Auslagerungsgebot nicht beachtet (Tz. 9.2.2.1.3 a)).

Mit Wirkung vom 1. Januar 2016 verständigten sich der SWR und die SMS auf eine Neuregelung des Bereichs Sendermitbenutzung. Danach sind u. a. die Infrastrukturdienstleistungen für die SWR-Senderstandorte zur SMS ausgelagert. Der Rechnungshof empfiehlt, die SMS-Vergütungen zwei Jahre nach Vertragsbeginn auf Basis der dann vorhandenen Ist-Zahlen erstmals zu überprüfen. Hierbei sollte, soweit weiterhin

- 6 -

keine Vergleichswerte vorhanden sind, die Kostenaufschlagsmethode angewendet und die einzelnen Bereiche getrennt betrachtet werden (Tz. 9.2.2.1.4).

Im Geschäftsfeld Technische Dienstleistungen der SMS waren auch Personalkostenberechnungen an den SWR enthalten. Anhaltspunkte für überhöhte Zahlungen der Anstalt ergaben sich keine. Es bestanden allerdings hierfür keine vertraglichen Regelungen. Der Rechnungshof fordert den SWR auf, die Berechnung der Personalkosten schriftlich mit der SMS zu regeln (Tz. 9.2.2.2.3 a)).

Die SMS erbringt gegenüber Dritten selbst technische Dienstleistungen. Diese sind in den Compliance-Dokumenten nicht aufgeführt. Hinweise für eine Quersubventionierung dieser Eigengeschäfte ergaben sich nicht. Der Rechnungshof empfiehlt jedoch, in den Compliance-Dokumenten auch die Eigengeschäfte eindeutig auszuweisen (Tz. 9.2.2.2.3 b)).

Die Aufgaben des Geschäftsfelds Programmvertrieb umfassen die Bereiche Lizenzen (Programmlicenzierungen an Verlage, Ton- und Bildtonträger und Televisions[TV]-Rechte) und Programmservices. Die Umsatzrendite des Gesamtbereichs bewegte sich 2010 bis 2014 im Durchschnitt bei rd. 10 %. Bei vergleichbaren Unternehmen liegt sie zwischen 3 % und 10 % – je nachdem wie risikoreich die geschäftliche Tätigkeit ist (Tz. 9.2.2.3.1 bis 9.2.2.3.4). Der Rechnungshof geht daher vorliegend von der Marktkonformität aus.

Nach dem Verwertungsrahmenvertrag (VRV) zwischen dem SWR und der SMS überträgt die RfA der Gesellschaft die Verwertungsrechte an ihren Produktionen. Der SWR erhält als Gegenleistung für die übertragenen Rechte nach § 9 VRV grundsätzlich eine Erlösbeteiligung von 18 % an den Bruttoerlösen der SMS. Die unterschiedlichen Verwertungsarten – bis auf die Ausschnittverwertung und die Kleinlizenz – sind einheitlich geregelt. Der Rechnungshof empfiehlt, künftig die Vertriebsarten und deren Umsatzrentabilität differenziert zu betrachten, da die Kosten für die einzelnen Verwertungsarten unterschiedlich hoch sind. Unterschiedliche prozentuale Erlösbeteiligungen je nach Verwertungsart sollten daher erwogen werden (Tz. 9.2.2.3.4 a)).

Die SMS plant den Ausbau der Online-Verwertungen Video on demand (VOD) und Audio on demand (AOD), wobei sie kommerzielle Auftritte erwägt. Der SWR und die SMS sollten genau unterscheiden, was zur Erfüllung des Auftrags des SWR gehört und was kommerzielle Tätigkeit der SMS ist (Tz. 9.2.2.3.4 a)).

Der SWR hatte mit den Vorständen der SWR-Klangkörper und der SMS über die Verwertung der Produktionen der Klangkörper jeweils Sondervereinbarungen getroffen. Die SMS bekommt aus der Vermarktung je nach Klangkörper unterschiedliche Anteile an den Erlösen. Sie wendet hierbei die Wiederverkaufspreismethode an, da kein Drittvergleich möglich sei. Der Rechnungshof kann nicht nachvollziehen, weshalb unterschiedliche Regelungen für die Klangkörper bestehen. Er schlägt deshalb vor, die Kostenaufschlagsmethode einheitlich für alle Klangkörper anzuwenden und die Regelungen in den VRV zu integrieren. Dies gilt ebenso für die Vereinbarungen mit dem Experimentalstudio e. V. und der Schwetzingen SWR Festspiele GmbH (Tz. 9.2.2.3.4 c), d) und e)).

- 7 -

Die SMS vereinnahmt die Lizenzerlöse aus der Verwertung mit kommerziellen Mitschnittdiensten und erhält für ihre Dienstleistung die auf den SWR entfallenden Erlöse. Diese stehen in keinem Zusammenhang mit der Höhe der Verwaltungskosten der Gesellschaft. Die SMS sollte die tatsächlichen Personalleistungen erfassen und mit einem marktkonformen Kostenaufschlag dem SWR in Rechnung stellen. Zudem sollte der SWR diese Dienstleistung in den VRV aufnehmen (Tz. 9.2.2.3.4 f)).

Die Begleitzeitschrift „ARD-Buffer“ zur gleichnamigen Sendung basiert auf einer Kooperation zwischen dem SWR, der SMS und einem Verlag. Die SMS erstattet dem SWR pauschal Kosten. Der Rechnungshof hält die Erfassung der tatsächlichen Kosten und damit die Anwendung der Kostenaufschlagsmethode für möglich. Der SWR und die SMS sollten den Vertrag entsprechend ändern und in den VRV integrieren (Tz. 9.2.2.3.4 g)).

Der SWR sendet nach § 6 Abs. 6 VRV Hinweise auf Merchandising-Produkte. Die SMS trägt dafür lediglich die Produktionskosten. Die Hinweise sind keine kommerziellen Tätigkeiten des SWR, solange sie eine redaktionelle Zusatzleistung darstellen. Der SWR sollte weiterhin darauf achten, dass die Grenze zur Werbung nicht überschritten wird (Tz. 9.2.2.3.5).

Der SWR beauftragt nach § 1 VRV die SMS exklusiv, sämtliche audiovisuellen Produktionen zu vertreiben, wofür diese keine gesonderte Vergütung zahlt. Der Rechnungshof fordert den SWR auf, Entgelte für das Recht der exklusiven Verwertung vorzusehen (Tz. 9.2.2.3.5).

Die SMS vermarktet die Werbezeiten des SWR in eigenem Namen und auf eigene Rechnung und kann dafür Sendezeiten in Anspruch nehmen. Neben ihren Eigenkosten übernimmt sie damit zusammenhängende Kosten des SWR bis zu einer Höhe von 84 % der mit Werbesendungen erzielten Umsätze. Als Begründung für diese Handhabung gibt sie an, dass sich alle Werbegesellschaften der ARD an dieser Maßgabe orientieren. Der SWR wird aufgefordert, die Marktkonformität dieser Vorgehensweise zu prüfen, zu beurteilen, das Ergebnis zu dokumentieren und bei ggf. bestehendem Handlungsbedarf die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen (Tz. 9.2.2.4 a)).

Auch im Bereich Sponsoring sollte der SWR selbst die Leistungsbeziehung regelmäßig auf ihre Marktkonformität hin überprüfen und dies dokumentieren (Tz. 9.2.2.4 b)).

Die ARD-Werbung SALES & SERVICES GmbH (AS&S) vermarktet im Namen, im Auftrag und auf Rechnung der Werbegesellschaften die Werbezeiten in nationalen Kombinationsangeboten. Angaben zur gewählten Verrechnungspreismethode und zum Nachweis marktkonformen Verhaltens insgesamt macht die SMS bezüglich dieser Leistungsbeziehung nicht. Sie begründet dies damit, dass es sich um eine ARD-einheitliche Regelung handle. Sie teilte mit, dass keine andere ARD-Anstalt – auch nicht die für die Gesellschaft federführende – solche Erläuterungen gebe oder die Marktkonformität prüfe. Nach Auffassung des Rechnungshofs dürfte es im Sinne der Arbeitsteilung innerhalb der ARD ausreichen, dass zumindest die federführende Anstalt die Marktkonformität beurteilt und dies entsprechend hinterlegt. Er fordert den SWR auf nachzuweisen, dass er sich davon überzeugt hat, dass die Vorgaben des RStV bei der

- 8 -

Leistungsbeziehung zwischen der SMS und der AS&S eingehalten werden (Tz. 9.2.2.4 c)). Gleiches gilt für die Leistungsbeziehung zur DEGETO Film GmbH (Tz. 9.2.2.4 e)) und zur Bayerischen Rundfunkwerbung GmbH (Tz. 9.2.2.4 f)).

Daneben ist die AS&S mit dem nationalen Vertrieb von SWR-Hörfunkwerbezeiten im Rahmen von regionalen Verkaufspaketen beauftragt. Es besteht hierbei eine besondere Vergütungsregelung mit der SWR-Tochter. Auch hier verzichtet die SMS mit Hinweis auf eine ARD-einheitliche Regelung auf weitere Angaben. Der SWR hat jedoch grundsätzlich die Einhaltung der Vorgaben des RStV sicherzustellen. Daher fordert der Rechnungshof den SWR, insbesondere wegen der abweichenden Provisionsregelung, erneut auf, die Einhaltung der Vorgaben des RStV nachzuweisen (Tz. 9.2.2.4 d)).

Des Weiteren erbringt die AS&S Leistungen für die Werbetöchter im Bereich ARD-Live-Sport-Sponsoring. Dies geschieht aufgrund eines Beschlusses der Intendanten von 2003, infolge dessen diese Tätigkeit in die AS&S verlagert wurde. Der Beschluss ist nicht in der Vereinbarung mit der AS&S nachvollzogen. Dementsprechend erwähnt die SMS diese Leistung nicht in ihren Compliance-Dokumenten, nennt keine Preisgestaltung und beurteilt auch nicht die Marktkonformität. Der Rechnungshof fordert den SWR auf, für eine Aufnahme dieser Beauftragung in einen Vertrag mit der AS&S zu sorgen. Zudem hat er nachzuhalten, dass die federführende Anstalt die Marktkonformität prüft und beurteilt sowie dies entsprechend dokumentiert (Tz. 9.2.2.4 d)).

Das Geschäftsfeld Sponsoring war bei der SMS im Prüfungszeitraum nur 2011 und 2014 getrennt ausgewiesen. Der Bereich erwirtschaftete positive Deckungsbeiträge, war aber 2014 nach Umlage defizitär. Der Rechnungshof geht davon aus, dass der SWR überprüfen wird, ob sich das Geschäftsfeld durch die in der SMS geplanten Umstrukturierungsmaßnahmen in Zukunft rentabel gestaltet (Tz. 9.2.2.4).

Der Rechnungshof beurteilt die Vergütungspauschalen im Geschäftsfeld SWR Service als marktkonform. Allerdings sollte der SWR diese regelmäßig einer Überprüfung unterziehen, dies dokumentieren und ggf. Anpassungen vornehmen (Tz. 9.2.2.6).

Die Einkommenspauschale bei der Besteuerung der Erträge aus dem Betrieb gewerblicher Art (BgA) Werbung bestand in unveränderter Höhe seit seinerzeit 18 (mittlerweile 22) Jahren und die Gewinnpauschale bei der Besteuerung der Erträge aus dem BgA Programmverwertung ebenfalls unverändert seit seinerzeit 15 (mittlerweile 19) Jahren. Die Bundesregierung hat sich im Rahmen des Beihilfeverfahrens gegenüber der EU-Kommission 2007 verpflichtet, die steuerlichen Pauschalen für das Werbegeschäft sowie für den Bereich der Programmverwertung regelmäßig zu überprüfen und ggf. an die wirtschaftlichen Gegebenheiten anzupassen. Der Rechnungshof wird an die Landesregierungen herantreten, damit diese darauf hinwirken, dass die Bundesrepublik ihre Zusagen einhält (Tz. 9.3).

4 Rechtliche Rahmenbedingungen

4.1 Rechtlicher Rahmen

Die rechtlichen Grundlagen des SWR bilden der RStV sowie der SWR-StV. Im Rahmen der §§ 16a ff. RStV darf der SWR kommerzielle Tätigkeiten ausüben. Das Verständnis dieser Normen, insbesondere ihres Hintergrundes und ihrer Zielsetzung, ist für die Prüfung von erheblicher Bedeutung.

Der am 1. Juni 2009 in Kraft getretene 12. RÄStV hat die speziell den kommerziellen Tätigkeiten geltenden Regelungen eingeführt. Damit sind die staatsvertragsschließenden Länder Vorgaben des Rechts der Europäischen Union (EU) nachgekommen. Vorangegangen war ein beihilferechtliches Verfahren (Art. 107, Art. 108, Art. 106 Abs. 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union [AEUV]) der EU-Kommission. Diese hatte seit 2002 eine Reihe von Beschwerden, insbesondere von privaten Rundfunkveranstaltern, erhalten, die sich gegen die Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der Bundesrepublik richteten. Gegenstand der – dann zusammengefassten – Verfahren waren u. a. kommerzielle Tätigkeiten der Anstalten selbst sowie ihrer Beteiligungsunternehmen. Konkret ging es hierbei vor allem um Werbung und Sponsoring, um Merchandising, die Verwertungsaktivitäten sowie um das Produktionsgeschäft. Die Beschwerdeführer trugen vor, die Gebührenfinanzierung ermögliche den Anstalten, kommerzielle Tätigkeiten quer zu subventionieren. Aufgrund der „staatlichen Finanzierung“ könnten die Anstalten und, soweit vorhanden, ihre Beteiligungsunternehmen ihre Leistungen am Markt zu Dumpingpreisen anbieten und Leistungsangebote Dritter am Markt zu überhöhten Preisen nachfragen. Dies verzerre den Wettbewerb.

Die EU-Kommission hat das Verfahren mit Schreiben vom 24. April 2007 mit der Maßgabe eingestellt, dass Deutschland sogenannte zweckdienliche Maßnahmen ergreift, die geeignet sind, die wettbewerbsrechtlichen Bedenken auszuräumen. Die Länder haben die gegenüber der EU-Kommission abgegebenen Zusagen der Bundesrepublik in Gestalt des 12. RÄStV umgesetzt.

Nach § 16a Abs. 1 S. 2 RStV sind kommerzielle Tätigkeiten „Betätigungen, bei denen Leistungen auch für Dritte im Wettbewerb angeboten werden“. Diese dürfen „nur unter Marktbedingungen“ erbracht werden (§ 16a Abs. 1 S. 3 RStV). Das Gebot der Marktkonformität mit insbesondere dem Ausschluss jeglicher Quersubventionierung gilt uneingeschränkt. Es beinhaltet, dass sämtliche Konditionen im kommerziellen Bereich, also jenseits der Erfüllung des Rundfunkauftrages, den auf dem einschlägigen Markt üblichen entsprechen müssen.

Um dies sicherzustellen, ist es den Anstalten grundsätzlich verwehrt, kommerzielle Tätigkeiten selbst zu erbringen. Vielmehr sind diese durch rechtlich selbständige Tochtergesellschaften wahrzunehmen (§ 16a Abs. 1 S. 4 RStV). Von diesem Gebot der strukturellen Separierung ist eine Ausnahme bei kommerziellen Tätigkeiten von „geringer Marktrelevanz“ zulässig (§ 16a Abs. 1 S. 5, Halbsatz 1 RStV). Hintergrund ist, dass sich diese nicht spürbar auf dem Markt auswirken und ihn daher nicht nennenswert verfälschen können (*de minimis*-Gedanke). Kann danach die Anstalt weiterhin selbst

- 10 -

kommerziell tätig sein, so hat sie nicht nur sich insoweit ihrerseits marktkonform zu verhalten (s. o.), sondern zudem für eine zwischen diesem Bereich und dem Bereich der Auftragserfüllung getrennte Buchführung zu sorgen (§ 16a Abs. 1 S. 5, Halbsatz 2 RStV, Gebot der Transparenz). Für die Beurteilung, ob eine kommerzielle Tätigkeit lediglich gering marktrelevant ist, kommt es darauf an, ob auf dem jeweils sachlich und räumlich relevanten Markt eine Wettbewerbsverzerrung zumindest droht.

Für den Regelfall der Auslagerung betont der Staatsvertrag, dass auch die Beziehungen der Anstalten zu ihren Tochterunternehmen marktkonform zu gestalten sind (§ 16a Abs. 1 S. 6 RStV). Dies bedeutet insbesondere, dass die Anstalten ihre Töchter wie fremde Dritte zu behandeln haben. Der Grundsatz des Fremdvergleichs (*at arm's length principle*) wird im Bereich Kapitalausstattung und Gewinnverwendung durch den Grundsatz des marktwirtschaftlich tätigen Investors ergänzt. Maßstab zur Beurteilung ist insoweit der ordentliche Kaufmann, der zumindest mittelfristig eine angemessene Rendite erwartet.

Für die Anwendung und Einhaltung der Bestimmungen sind – als deren Adressaten – die Anstalten selbst verantwortlich (vgl. auch § 16d Abs. 1 S. 2 und S. 4 RStV). So müssen sie u. a. die WP-Gesellschaften beauftragen, neben dem Jahresabschluss die Marktkonformität der kommerziellen Tätigkeiten des betreffenden Tochterunternehmens zu prüfen (vgl. § 16d Abs. 1 S. 2, S. 5 und S. 6 RStV). Schließlich sind die Rechnungshöfe verpflichtet, diese Prüfungen auszuwerten, und ermächtigt, ihrerseits einschlägige Prüfungen vorzunehmen (§ 16d Abs. 1 S. 7, vgl. auch S. 2, S. 3, S. 5, S. 6, S. 8 und Abs. 2 RStV, Grundsatz der unabhängigen und externen *ex-post*-Kontrolle).

Eine all die genannten Aspekte umfassende Prüfung ist Gegenstand der vorliegenden Mitteilung. Hierbei handelt es sich nicht um eine Prüfung der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zur Entlastung des beitragszahlenden Rundfunkteilnehmers. Vielmehr geht es darum, die marktorientierten Vorschriften des EU-Rechtes zugunsten eines unverfälschten Wettbewerbs und zum Schutz kommerzieller Unternehmen zu erfüllen. Die Prüfung ist also gegenüber bisherigen Prüfungen der Haushalts- und Wirtschaftsführung anders ausgerichtet, aber dem Rechnungshof auferlegt.

4.2 Kommerzielle Tätigkeiten

Das Regime der §§ 16a ff. RStV ist allein auf kommerzielle Tätigkeiten anwendbar. Die grundlegende Weichenstellung verlangt mithin, diese von nicht-kommerziellen Tätigkeiten, also solchen, die der Erfüllung des Rundfunkauftrags zugeordnet sind, abzugrenzen.

Neben den gemäß § 16a Abs. 1 S. 2 RStV beispielhaft genannten Tätigkeiten gibt es eine Reihe weiterer Aktivitäten, die unstrittig dem definierten kommerziellen Bereich – wenn auch ggf. von lediglich geringfügiger Marktrelevanz (s. Tz. 4.1) – zugewiesen sind, namentlich Vermietung und Verpachtung. Es finden sich jedoch auch Tätigkeiten, die sich nicht ohne weiteres der einen oder anderen Kategorie zuordnen lassen.

- 11 -

Die in Zweifelsfällen erforderliche Auslegung anhand des Wortlauts, der Historie, der Systematik und vor allem des Sinns und Zwecks der Norm ist EU-beihilferechtlich orientiert. Unter Anerkennung des („hoheitlichen“) Bereiches der Betrauung bzw. Beauftragung („Daseinsvorsorge“ i. S. d. Art. 106 Abs. 2 AEUV, s. o.) geht es nur darum, den jeweiligen Markt, den zumindest potentiellen Konkurrenten, vor Verfälschungen zu schützen.

Demnach scheiden als von der Legaldefinition vorausgesetzte „Dritte“ die RfA selbst aus, – nicht aber ihre Beteiligungen. Ein Angebot „im Wettbewerb“ verlangt, dass es für die betreffende Leistung zumindest einen Markt geben könnte, also mögliche Wettbewerber diese anbieten oder nachfragen (könnten), s. Tz. 4.1.

Bei der Qualifizierung der Tätigkeit sollten, nach Auffassung des Rechnungshofs, letztlich aber auch die Folgen der Einordnung nicht völlig unberücksichtigt bleiben, zumal der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dem Unionsrecht eigen ist. Sobald eine Tätigkeit als kommerziell bewertet wird, muss diese entweder ausgelagert oder, wenn geringfügig (§ 16a Abs. 1 S. 5 RStV), jedenfalls einer getrennten Buchführung sowie einer Kontrolle der Marktkonformität unterworfen werden. Beides zieht entsprechenden Aufwand nach sich, der nur bei einer sonst mindestens drohenden Wettbewerbsverzerrung gerechtfertigt erscheint.

In welchen Fällen kommerzieller Tätigkeit eine geringe Marktrelevanz anzunehmen ist, ist staatsvertraglich nicht normiert. Die Gesetzesbegründung führt als Beispiel die entgeltliche Überlassung eines Mikrofons an. Hierbei wird deutlich, dass es sich um einen – stets eng zu interpretierenden – Ausnahmetatbestand handelt. Insbesondere gilt es zu vermeiden, dass durch eine extensive Auslegung das grundsätzlich geltende Auslagerungsgebot umgangen wird.

Allerdings sind absolute oder relative Werte, etwa des Ertrags, zur Qualifizierung ungeeignet. Entscheidend ist vielmehr die Frage, ob die konkret in Rede stehende kommerzielle Tätigkeit, würde sie nicht marktkonform erfolgen, geeignet wäre, zumindest potentiell den grenzüberschreitenden Wettbewerb zu verzerren und den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Um dies festzustellen, ist das konkrete Wettbewerbsumfeld im Einzelfall zu betrachten. Dies setzt grundsätzlich voraus, vorab den jeweils sachlich und räumlich relevanten Markt zu definieren.

Bei seinen Wertungen hat sich der Rechnungshof an dem in dem Begriff der Geringfügigkeit zum Ausdruck gebrachten allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Bagatelldanken (*de minimis*), stets mit Blick auf eine etwaige Spürbarkeit am relevanten Markt, orientiert.

- 12 -

5 Maßnahmen zur Umsetzung und Sicherstellung der §§ 16a ff. Rundfunkstaatsvertrag

Um die Vorgaben der §§ 16a ff. RStV umzusetzen und sicherzustellen, waren auf unterschiedlichen Ebenen Maßnahmen zu treffen.

5.1 Gemeinsame Maßnahmen aller öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten

Die Landesrundfunkanstalten und das ZDF verständigten sich über Positionen zu Grundsatzfragen, legten Mindeststandards fest und erarbeiteten gemeinsam eine VPR¹. Diese legt u. a. fest, welche Verrechnungspreise für den Leistungsaustausch zwischen den RfA und ihren kommerziellen Beteiligungsunternehmen gelten sollen. Nach einer Erprobungsphase beauftragten sie zwei WP-Gesellschaften, die VPR auf ihre Praxistauglichkeit zu überprüfen. Diese beurteilten die VPR grundsätzlich als geeignet, die Vorgaben des RStV umzusetzen, unterbreiteten jedoch den Anstalten einige Verbesserungsvorschläge². Diese sind in die überarbeitete Fassung der VPR eingegangen.

5.2 Maßnahmen der Rechnungshöfe und der Wirtschaftsprüfungsgesellschaften

Die Rechnungshöfe und die Abschlussprüfer sind staatsvertraglich in die Pflicht genommen, die Einhaltung der Vorschriften der §§ 16a ff. RStV weiter abzusichern. Die Rechnungshöfe hatten Fragestellungen festzulegen (§ 16d Abs. 1 S. 2, 3 RStV), die sie mit dem IDW abstimmten. Das IDW verabschiedete am 11. März 2010 einen entsprechenden Fragenkatalog, der als IDW PS 721 in dessen berufsständisches Regelwerk einging. Ziel des fünf Themenkreise umfassenden Kanons ist es, in Form von Mindeststandards eine möglichst einheitliche Bewertung der Marktkonformitätsbestimmungen zu gewährleisten.

Auf dieser Grundlage haben die Abschlussprüfer im Rahmen der Prüfung des Jahresabschlusses eines Beteiligungsunternehmens nunmehr zusätzlich die Marktkonformität von dessen kommerziellen Tätigkeiten zu prüfen und hierüber den Rechnungshöfen zu berichten (§ 16d Abs. 1 S. 2, 5, 6 RStV).

5.3 Maßnahmen des SWR und der SMS

5.3.1 Maßnahmen des SWR und der SMS zur Umsetzung des Rundfunkstaatsvertrags

Die SMS setzte 2009 eine Arbeitsgruppe „Marktkonformität“ ein, in der auch Mitglieder der Hauptabteilung (HA) Finanzen und des Justitiariates des SWR vertreten waren. Sie bereitete – begleitet von einer WP-Gesellschaft – folgende Maßnahmen vor, die der SWR und die SMS anschließend umsetzten:

¹ Verrechnungspreisrichtlinie der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland ARD, ZDF und Deutschlandradio zum Nachweis der Marktkonformität kommerzieller Tätigkeiten vom 16. Mai 2011, überarbeitet in der Fassung vom 1. April 2015.

² Gutachterliche Stellungnahme zweier WP-Gesellschaften vom 17. Juni 2013.

- 13 -

- Aufhebung der bestehenden Beherrschungs- und Ergebnisabführungsverträge zum 31. Dezember 2009,
- Identifikation und Inventarisierung aller kommerziellen Tätigkeiten sowie Leistungsbeziehungen zwischen dem SWR und der SMS,
- Klassifizierung und Beschreibung der Geschäftsvorgänge mit anschließender Definition der Vertragsart und Preisbildungsmethode,
- Überprüfung der Leistungsbeziehungen zu den Beteiligungsgesellschaften auf ihre Marktkonformität,
- Anpassung der Rechtsgrundlagen sowie der Verträge mit den Beteiligungsgesellschaften,
- Überprüfung der Einhaltung des § 16b RStV bei den Beteiligungsgesellschaften,
- Überprüfung der im SWR verbliebenen kommerziellen Tätigkeiten,
- Umstellung des Beteiligungsberichts auf ein innerhalb der Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD) vereinbartes Schema,
- freiwilliger Probelauf für die Prüfung der Marktkonformität für das Jahr 2009 und
- Beauftragung einer WP-Gesellschaft mit der Prüfung nach IDW PS 721 ab dem Jahresabschluss 2010.

Im Laufe der Umsetzung fanden mehrere Gespräche unter Beteiligung der Rechnungs-höfe statt.

5.3.2 Maßnahmen des SWR und der SMS zur Sicherstellung der Vorgaben

Der SWR und die SMS führen zur Sicherstellung der Marktkonformität verschiedene Maßnahmen durch.

5.3.2.1 Beteiligungsbericht

Die SMS erstellt für den SWR den Beteiligungsbericht, der sich an dem von der ARD-Arbeitsgruppe Marktkonformität vorgegebenen einheitlichen Grundraster orientiert. Dieser hat u. a. folgende Teile zu enthalten:

- Darstellung der unmittelbaren und mittelbaren Beteiligungen und ihrer wirtschaftlichen Bedeutung für die RfA,
- gesonderte Darstellung der kommerziellen Tätigkeiten und Nachweis der Erfüllung der staatsvertraglichen Vorgaben für kommerzielle Tätigkeiten und
- Darstellung der Kontrolle der Beteiligungen, einschließlich von Vorgängen mit besonderer Bedeutung.

Zusätzlich zu den SMS-Beteiligungen führt dieser nunmehr auch die direkten SWR-Beteiligungen auf. Seit 2010 legt der Intendant dem Verwaltungsrat des SWR den Bericht vor.

- 14 -

Der Inhalt des Beteiligungsberichts des SWR entspricht insgesamt den Vorgaben des RStV bezogen auf die Marktkonformität.

5.3.2.2 Compliance-Dokumente

Die SMS fertigt zu jedem Geschäftsfeld ein Compliance-Dokument, um der Pflicht zur Erfüllung der Sachverhalts- und Angemessenheitsdokumentation aus der VPR nachzukommen. Die Leistungsbeziehungen zwischen dem SWR und der SMS sind in der Regel vertraglich festgelegt und ebenfalls in den Compliance-Dokumenten niedergelegt.

Die Compliance-Dokumente schreibt die SMS jährlich fort. Die WP-Gesellschaft überprüft diese im Rahmen der Jahresabschlussprüfung auf Inhalt und zur Beantwortung des Fragenkatalogs.

Die Dokumente sollen zudem

- allgemeine Informationen zu den jeweiligen Geschäftsfeldern und
 - für jeden Geschäftsvorgang die Beschreibung der Preisbildung/Preisfindung am Markt und die Begründung der Auswahl der Verrechnungspreismethode
- enthalten.

Die SMS weist nach eigenen Angaben marktkonforme Preise – soweit möglich – mit Hilfe von Vergleichsangeboten Dritter nach.

5.3.2.3 Vertragsdatenbank

Die SMS pflegt zusätzlich eine Vertragsdatenbank, die sämtliche Verträge erfassen soll, welche das marktkonforme Verhalten sichern sollen. Mit ihr erhält die SMS einen Überblick über die Vielzahl der Verträge. Sie soll dazu dienen, die in der VPR vorgeschriebene Sachverhaltsdokumentation zu erreichen.

Bei der Überprüfung der in der Vertragsdatenbank enthaltenen Dokumente hat der Rechnungshof festgestellt, dass in ihr nicht alle Verträge enthalten waren.

5.3.3 Grundsätzliche Anmerkungen zu den Maßnahmen des SWR und der SMS

Nach § 16a Abs.1 RStV hat sich der SWR bei den Beziehungen zu seinen kommerziellen Töchtern marktkonform zu verhalten und die entsprechenden Bedingungen, wie bei einer kommerziellen Tätigkeit, auch ihnen gegenüber einzuhalten. Der SWR hat nach § 16c RStV auch zur Sicherung der Marktkonformität ein effektives Controlling für seine kommerziellen Beteiligungen einzurichten. Die Leistungsbeziehungen des SWR zu seinen kommerziellen Beteiligungsunternehmen und zwischen diesen Gesellschaften sind zu steuern, zu dokumentieren und zu überwachen. Die Dokumentationspflicht gilt sowohl für den SWR als auch für seine kommerziellen Beteiligungsunternehmen. Die RfA haben in ihrer VPR festgelegt, dass zur Vorbereitung der jährlichen Marktkonformitätsprüfungen die relevanten Sachverhalte fortlaufend dokumentiert werden müssen. Der nach § 16c Abs. 2 S. 1 RStV vom Intendanten dem Verwaltungsrat

- 15 -

vorzulegende Teilungsbericht hat die Erfüllung der Marktkonformitätsvorgaben bei kommerziellen Tätigkeiten darzustellen.

Die SMS untersucht in der Regel, ob die einzelnen Geschäftsbereiche marktkonform geführt werden. Die Gesellschaft und die Verantwortlichen der jeweils fachlich zuständigen Bereiche der RfA überprüfen, ob die Verrechnungspreise zwischen dem SWR und der SMS der VPR entsprechen. Die Festsetzung der Verrechnungspreise basiert jedoch in der Regel auf Berechnungen und Vorschlägen der SMS. Die Verantwortung für die Aufstellung des Teilungsberichts, die Einhaltung und die Fortführung der Compliance-Dokumente sowie die Pflege der Vertragsdatenbank liegen in der Hand der SMS.

Es ist festzustellen, dass der SWR die Verantwortung für die Einhaltung der Marktkonformität übertragen hat. Faktisch obliegt es der SMS, für die Einhaltung der einschlägigen Normen zu sorgen. Die Anfrage bei der internen Revision, ob sie in die Prüfung, ob und wie die Regelungen der §§ 16a ff. RStV beachtet würden, eingebunden sei, verneinte sie. Sicherzustellen, dass die Vorgaben der Marktkonformität eingehalten würden, sei, ebenso wie die regelmäßige Jahresabschlussprüfung, eine operative Aufgabe. Eine Befassung der Revision mit operativen Aufgaben sei mit ihren Berufsstandards nicht zu vereinbaren. Die Revision sei gehalten, risikoorientiert vorzugehen. Das Risiko der Marktkonformität sei dabei nur eines unter vielen Risiken, die bei der Prüfungsplanung zum Tragen kämen. Insofern könne die Marktkonformität im Falle einer Revisionsprüfung eines Teilungsunternehmens ein besonderes Risiko darstellen, das im Rahmen der konkreten Prüfung in die Planung einbezogen werde.

Der SWR hat nach dem RStV selbst die Pflicht, die Marktkonformität zu sichern und die entsprechenden Darstellungen im Teilungsbericht zu verantworten. Er darf zwar bestimmte Aufgaben auf andere delegieren (z. B. auf die SMS oder WP-Gesellschaften). Die RfA muss aber letztendlich die Leistungsbeziehungen so steuern und kontrollieren, dass diese marktkonform sind.

- 1 Der Rechnungshof fordert den SWR auf, die Einhaltung der Marktkonformität in allen Bereichen selbst zu sichern. Er sollte gewährleisten, dass er seiner Letztverantwortung hierfür nachkommt. Aufgaben wären namentlich, die regelmäßigen Überprüfungen der Leistungsbeziehungen zwischen dem SWR und der SMS zu veranlassen und zu koordinieren, die Aktualität und Vollständigkeit der Compliance-Dokumente zu sichern, den Teilungsbericht zu erstellen und die Tätigkeiten in diesem Bereich zu dokumentieren.

In der Stellungnahme verwies der SWR darauf, dass er und die SMS im gegenseitigen Einvernehmen marktkonforme Preise sicherstellten. In der Schlussbesprechung vertrat er die Auffassung, dass die SMS und die Wirtschaftsprüfer dafür sorgten, dass sich die SMS marktkonform verhalte. Der SWR übe seinen Einfluss im Rahmen des allgemeinen Teilungscontrollings und qua seiner Gesellschafterstellung aus. Der SWR sagte zu zu erwägen, ob insoweit durch eine Ergänzung des Geschäftsverteilungsplans die Letztverantwortung des SWR zum Ausdruck gebracht werden könne.

- 16 -

Der Rechnungshof erachtet dies als einen gangbaren Weg, – solange gewährleistet ist, dass der SWR seiner Letztzuständigkeit dafür nachkommt, dass sämtliche kommerziellen Tätigkeiten marktkonform sind.

- 2** Der Rechnungshof kann der Argumentation der internen Revision nicht folgen, da diese grundsätzlich sämtliche Vorgänge und Maßnahmen erfassen und prüfen sollte, – unabhängig davon, ob sie kurzfristige oder langfristige Tätigkeiten betreffen. Dies zeigt sich auch bei anderen RfA, bei denen eine Überprüfung der Einhaltung der Marktkonformität zu den Tätigkeitsfeldern der Revision gehört. Der Rechnungshof regt gegenüber der SWR-Revision an, ihre Position zu überdenken.

Der SWR bemerkte in der Stellungnahme, dass die Revision die Marktkonformität prüfen werde, falls dies im Prüfungsplan vorgesehen sei.

- 17 -

6 Beteiligungen

6.1 Allgemeines

Die nachstehende Übersicht zeigt die Beteiligungen des SWR zum 31. Dezember 2015. Über diese Gesellschaften ist er an zahlreichen weiteren Unternehmen mittelbar beteiligt³ (Anlage).

Schaubild 1: Beteiligungsübersicht zum 31. Dezember 2015



6.2 Rechtliche Rahmenbedingungen für Beteiligungen

Der RStV enthält in § 16b – unabhängig von den Vorschriften der Marktkonformität – Vorgaben für das Eingehen oder Halten von unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligungen. Da die dort normierten Voraussetzungen auch für eine kommerzielle Beteiligung gelten, sind diese im Folgenden kurz dargestellt.

6.2.1 Rechtsform

Öffentlich-rechtliche RfA dürfen sich an Unternehmen mit gewerblichem oder wirtschaftlichem Zweck unmittelbar oder mittelbar beteiligen, wenn diese die Rechtsform einer juristischen Person besitzen (§ 16b Abs. 1 Nr. 2 RStV). Das Beteiligungsunternehmen Telepool GmbH (vgl. Anlage) ist als Kommanditist an einer Kommanditgesellschaft beteiligt. Hierbei handelt es sich nicht um eine juristische Person. Mit der Beteiligung als Kommanditist ist der mit der Vorschrift beabsichtigte Zweck der Haftungsbeschränkung zwar erreicht. Gleichwohl entspricht dies nicht der seit 2009 geltenden Vorschrift.

- 3 Der Rechnungshof weist auf die Beachtung der bestehenden Rechtslage beim Eingehen von Beteiligungen hin.

³ Aus Gründen der Übersichtlichkeit wurde die Darstellung auf die unmittelbaren Beteiligungen des SWR und der SMS beschränkt.

6.2.2 Kontrollgremien

Nach § 16b Abs. 1 Nr. 3 RStV dürfen sich öffentlich-rechtliche RfA unmittelbar oder mittelbar nur dann an kommerziellen Unternehmen beteiligen, wenn die Satzung oder der Gesellschaftsvertrag des Unternehmens einen Aufsichtsrat oder ein entsprechendes Organ vorsieht. Zum Zeitpunkt der Prüfung war bei dem Beteiligungsunternehmen D>A<V Der Audio Verlag GmbH (vgl. Anlage) kein Aufsichtsgremium eingerichtet.

- 4 Der Rechnungshof fordert den SWR auf, auf die Einrichtung eines Aufsichtsgremiums hinzuwirken.

Der SWR und die SMS merkten in ihrer Stellungnahme an, dass die SMS das Anliegen in die Gesellschafterversammlung einbringen werde, diese jedoch ihrerseits die Aufgaben des Aufsichtsrats wahrnehme. Nach Auffassung des Rechnungshofs ist Letzteres nicht ausreichend. Der SWR wird gebeten, über die SMS auf die Einrichtung eines Aufsichtsrats hinzuwirken.

6.2.3 Prüfungsrecht bei Beteiligungen

Der zuständige Rechnungshof prüft die Wirtschaftsführung bei solchen Unternehmen des Privatrechts, an denen die öffentlich-rechtlichen RfA unmittelbar oder mittelbar, auch zusammen mit anderen Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts, mit Mehrheit beteiligt sind. Die RfA sind verpflichtet, für die Aufnahme der erforderlichen Regelungen in den Gesellschaftsvertrag oder die Satzung des Unternehmens zu sorgen (§ 16c Abs. 3 RStV). Eine vergleichbare Regelung findet sich in § 35 Abs. 2 SWR-StV.

Grundsätzlich sahen die Gesellschaftsverträge oder Satzungen ein Prüfungsrecht für den Rechnungshof vor. Lediglich bei der Telepool GmbH (vgl. Anlage) enthielten die Regelungen der Gesellschaft kein Prüfungsrecht. Die Anstalt wies darauf hin, dass ein Mitgesellschafter der Aufnahme eines Prüfungsrechts widersprochen habe.

- 5 Der Rechnungshof fordert den SWR auf, weiterhin im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten dafür Sorge zu tragen, dass den Rechnungshöfen das Prüfungsrecht eingeräumt wird.

7 Kommerzielle Tätigkeiten des SWR

7.1 Abgrenzung gegenüber nicht-kommerziellen Tätigkeiten

Nach § 16a Abs. 1 S. 2 RStV liegen kommerzielle Tätigkeiten vor, wenn Leistungen auch für Dritte im Wettbewerb angeboten werden (vgl. hierzu Tz. 4.2). Diese sind gegenüber der Betätigung im Rahmen der Erfüllung des Rundfunkauftrags abzugrenzen. Der Rechnungshof hat daher untersucht, ob und welche kommerziellen Tätigkeiten der SWR ausübt, ob diese auszulagern sind und – wenn nicht – ob der SWR diese marktkonform erbringt und für diese eine getrennte Buchführung vorhält.

7.2 Untersuchung der Erträge

Zunächst analysierte der Rechnungshof für 2014 sämtliche Ertragskonten des SWR, soweit die Erträge eine Größenordnung von 10 T€ überschritten hatten. Konnten die Erträge nach einer überschlägigen Betrachtung nicht eindeutig entweder dem Bereich der Auftragserfüllung oder dem kommerziellen Bereich zugeordnet werden, beurteilte der Rechnungshof die den Erträgen zugrundeliegenden Tätigkeiten anhand einer Gesamtschau relevanter Kriterien.

7.2.1 Erträge von Beteiligungsunternehmen

Auf verschiedenen Konten⁴ sind Erträge von SWR-Beteiligungsgesellschaften verbucht. Die Erträge stammen von ausgelagerten kommerziellen Tätigkeiten, berechneten Dienstleistungen an die Beteiligungsgesellschaften oder sonstigen Leistungsbeziehungen mit diesen Gesellschaften. Soweit die Verrechnungen die Leistungsbeziehungen zur SMS betreffen, ist die Prüfung der Marktkonformität unter Tz. 8.1 dargestellt.

7.2.2 Erträge von öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten

Erträge aus solchen Leistungsbeziehungen sind auf verschiedenen Konten⁵ erfasst. Bei öffentlich-rechtlichen RfA handelt es sich nicht um Dritte i. S. d. § 16a Abs. 1 S. 2 RStV. Leistungsbeziehungen zu diesen sind nicht-kommerziell.

7.2.3 Beurteilung einzelner Tätigkeiten

7.2.3.1 Geräte- und Speichermedienabgabe (Leerkassettenabgabe)

Der SWR erzielt Erträge aus der Geräte- und Speichermedienabgabe. 2014 betragen diese 196 T€ und sind auf dem Konto 333300 verbucht.

Vor dem Hintergrund der §§ 54 ff. Urheberrechtsgesetz wertet der Rechnungshof die Tätigkeit als nicht-kommerziell.

⁴ 322500, 322520, 322530, 332010, 332050, 332100, 332150, 332160, 333100, 337600, 337610, 337620, 337630, 337640 und 337650.

⁵ 322100, 322210, 322260, 322280, 322350, 322400, 322800, 329001, 329002, 329003, 329004, 329005, 329006, 330020 und 331200.

- 20 -

7.2.3.2 Betriebstankstelle und Kantine

Die Anstalt unterhielt an verschiedenen Standorten Betriebstankstellen, welche seit Ende März 2015 geschlossen sind. Sie dienten der Betankung von SWR-eigenen Fahrzeugen. Darüber hinaus waren feste und freie Mitarbeiter berechtigt, dort zu tanken.

Weiter betreibt der SWR an den Standorten Baden-Baden und Stuttgart jeweils eine Kantine. Das Angebot der Kantinen ist für die festen und freien Mitarbeiter des SWR und der SMS bestimmt.

Aufgrund des engen Zusammenhangs mit dem Beschäftigungsverhältnis und damit des fehlenden Angebots am Markt sieht der Rechnungshof darin keine kommerziellen Tätigkeiten.

7.2.3.3 Kabelverbreitung

Der SWR und die ARD stellen ihr Sendesignal des linearen Fernsehprogramms Kabelunternehmen für eine Weiterverbreitung in deren Kabelnetzen zur Verfügung. Hieraus erzielte die Anstalt im Jahr 2014 folgende Erträge:

Tabelle 1: Kabelerträge

| Erträge aus | Konto | in T€ |
|------------------------------|--------|-------|
| Kabelverwertungen im Ausland | 331600 | 3.339 |
| Kabelverwertungen im Inland | 331610 | 929 |
| Summe | | 4.268 |

Bei der ausländischen Kabelverwertung stammen die Erträge von der Tochtergesellschaft des Westdeutschen Rundfunks (WDR), der WDR mediagroup GmbH. Sie übernimmt die Koordination, den Einzug und die Verteilung der ausländischen Kabelerträge. Die Ausschüttung aus der inländischen Kabelverwertung nimmt der WDR vor.

Äußerungen des SWR zufolge sieht er die vollständige, zeitgleiche und unveränderte Weiterleitung des Programms in ausländische Kabelnetze in direktem Zusammenhang mit seinem Programmauftrag. Dieser sei nicht auf Deutschland beschränkt. Nach den europäischen Regelungen habe er als Annexverpflichtung auch für eine grenzüberschreitende Verbreitung innerhalb Europas zu sorgen. Soweit er diesen Vorgaben nachkomme, biete er keine Leistung im Wettbewerb an. Daher seien die Kabelerlöse nicht-kommerziell.

Nach Auffassung des Rechnungshofs beschränkt sich der Programmauftrag auf das deutsche Hoheitsgebiet (§ 1 Abs. 1 i. V. m. § 11 Abs. 1 RStV). Nach der Konzeption der EU-Kommission sind alle Tätigkeiten, die nicht Teil des jeweils – national zu bestimmenden – Auftrags, mithin Teil einer Betrauung als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gemäß Art. 106 Abs. 2 AEUV sind, als kommerzielle Tätigkeiten zu erachten. Zudem könnte der Umstand, dass die Finanzverwaltung die erzielten Kabelerlöse im Rahmen eines BgA (§ 4 Abs. 1 Körperschaftsteuergesetz), dem BgA Programmverwertung, der Besteuerung unterwirft, ein Indiz für eine kommerzielle Tätigkeit sein. Allerdings ist die steuerliche Behandlung für eine entsprechende

- 21 -

Qualifizierung nicht bindend. Entscheidender könnte vorliegend sein, dass der SWR aufgrund urheberrechtlicher Bestimmungen (§§ 87 Abs. 5, 20b Urheberrechtsgesetz) bei der EU-ausländischen Kabelweiterverbreitung einem zivilrechtlichen Kontrahierungszwang unterliegt. Mit diesen Vorschriften hat der deutsche Gesetzgeber die Satelliten- und Kabelrichtlinie der EU (RL 93/83/EG) umgesetzt, die ihrerseits allein der Förderung des freien grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs dient. Aufgrund der danach bestehenden grundsätzlichen Verpflichtung der Sendeunternehmen, mit den EU-ausländischen Kabelunternehmen zu verhandeln und Verträge abzuschließen, könnte das Vorliegen eines Angebots im Wettbewerb fraglich sein. Allerdings besteht zum einen jedenfalls ein Nachfragemarkt und zum anderen ein – wenn auch gesetzlich „erzwungener“ – Vertrag, der zwei entsprechende Willenserklärungen bedingt. Hinzu kommt, dass zwar nicht auf der Ebene des „Ob“, dafür aber auf der Ebene des „Wie“ die Parteien, hier also das jeweilige Kabelunternehmen und der SWR, die „angemessenen Bedingungen“, d. h. grundsätzlich marktübliche Vergütungen, aushandeln.

- 6 Vor diesem Hintergrund hat der Rechnungshof, ungeachtet der Auslagerung der ausländischen Kabelerlöse in die WDR mediagroup GmbH, Bedenken, die Erträge aus der ausländischen Kabelverbreitung als nicht-kommerziell einzustufen. Angesichts der ARD-/ZDF-einheitlichen Handhabung und dem Anliegen, hier eine übereinstimmende Beurteilung des Sachverhaltes zu ermöglichen, behält er sich indes eine abschließende Bewertung vor.

7.2.3.4 Vermietung und Verpachtung

Der SWR vermietet und verpachtet an mehreren Standorten Wohneinheiten und sonstige Räume. Die hieraus stammenden Erträge verbucht die Anstalt auf dem Konto 334000. Im Jahr 2014 betragen die erzielten Erträge 489 T€.

Im Folgenden geht der Rechnungshof auf die Vermietungen und Verpachtungen ein, soweit die Erträge je Mieter/Pächter (Gegenkonto) hieraus 10 T€ pro Jahr übersteigen:

- a) Vermietung Gegenkonto 121507 (Erträge 17.369 €)
Die Erträge stammen aus einer Vermietung an den Rundfunk Berlin-Brandenburg. Auf Tz. 7.2.2 wird verwiesen.
- b) Vermietung Gegenkonto 122010 (Erträge 14.935 €)
Auf dem Konto ist die Vermietung/Verpachtung an einen Betreiber einer SWR-Kantine verbucht. Darin enthalten ist die Vermietung einer Wohnung. Basis für die Miete ist der Mietpreisspiegel. Die Miete beträgt 7,71 €/m². Weiter beinhalten diese Erträge die Pacht für die Kantine. Im Pachtpreis ist ein Zuschuss für den Betrieb der Kantine für die eigenen Mitarbeiter enthalten.
- c) Vermietung Gegenkonto 122461 (Erträge 231.535 €)
Mieter ist ein Verein zur Förderung der experimentellen Musik, der keinen gewerblichen Zweck verfolgt. In den Erträgen von 231 T€ ist zum einen die Miete für einen Studioraum von 26,45 €/m² enthalten, zum anderen die Miete für eine Wohnung von 7,72 €/m². Grundlage der Wohnungsmiete ist der Mietpreisspiegel.

- 22 -

d) Vermietung Gegenkonto 128005 (Erträge 19.000 €)

Der SWR vermietet an einen nicht gewerblich tätigen Verein gekühlte Regalflächen zur Lagerung von Filmmaterial. Die monatliche Miete beträgt 4,52 € je lfd. Meter Regal. Bei der Miethöhe orientierte sich die Anstalt nach eigenen Angaben an Marktpreisen für gekühlte Filmlager.

e) Vermietung Gegenkonten 128040 und 128066 (Erträge 142.356 €)

Am Standort Baden-Baden vermietet der SWR Büroflächen von 898 m² an seine Beteiligungsgesellschaft SMS sowie 262 m² an eine Gemeinschaftseinrichtung der ARD-Anstalten. Der Mietpreis beträgt 12,50 €/m² für außenliegende und 9,20 €/m² für innenliegende Räume. Nach den Feststellungen des Rechnungshofs bewegt sich der Mietpreis in der Bandbreite des Gewerbemietenspiegels 2013 der Industrie- und Handelskammer Karlsruhe für Büroräume in Baden-Baden.

Der SWR wertet die Vermietungs- und Verpachtungstätigkeit insgesamt als nicht-kommerziell. Mieter seien SWR-Mitarbeiter, die SMS, eine Gemeinschaftseinrichtung sowie nicht gewerbliche Vereine. Damit hätten die Vermietungen einen unmittelbaren Bezug zum Programm und dem SWR selbst. Zudem biete er die Objekte nicht am freien Markt an.

Bei der Vermietung an SWR-Mitarbeiter schließt sich der Rechnungshof wegen des engen Zusammenhangs mit dem Beschäftigungsverhältnis der Beurteilung der Anstalt an. Im Ergebnis gilt das Gleiche für die Vermietung an andere öffentlich-rechtliche RfA (vgl. Tz. 7.2.2).

Für die übrigen Vermietungen teilt der Rechnungshof die Auffassung des SWR nicht. Eine Vermietung an Mieter mit Bezug zum SWR hindert nicht, eine kommerzielle Tätigkeit anzunehmen.

Für die daher in einem zweiten Schritt vorzunehmende Beurteilung der Marktrelevanz der kommerziellen Tätigkeit ist nicht die Gesamtheit aller Vermietungs- und Verpachtungstätigkeiten zu betrachten, sondern die Auswirkung auf den relevanten Markt, mithin räumlich den einzelnen Standort und sächlich die Art des betreffenden Objekts. Nach der vorstehenden Darstellung der Vermietungstätigkeiten erachtet der Rechnungshof die Tätigkeiten in diesem Sinne als geringfügig. Diese Tätigkeiten sind daher nicht auszulagern. Der SWR hat demnach intern für eine entsprechende getrennte Buchführung zu sorgen. Hierfür bedarf es keiner doppelten Buchführung im handelsrechtlichen Sinne. Nach dem Zweck der Vorschrift ist eine Rechnung, die das Ergebnis der kommerziellen Tätigkeit ausweist und die Transparenz hinsichtlich der einzelnen Finanzströme herstellt, ausreichend.

7 Der Rechnungshof fordert den SWR auf, eine getrennte Buchführung für die Vermietungstätigkeiten einzurichten.

Die Anstalt sagte zu, für die Vermietungstätigkeiten, die nicht in Kürze beendet würden, der Forderung nachzukommen.

- 23 -

Für die Ermittlung der Miet- und Pachtpreise wendet der SWR die Preisvergleichsmethode an. In den betrachteten Fällen bewegte sich die Miete/Pacht im marktüblichen Bereich. Der Rechnungshof erachtet die Vermietungs- und Verpachtungstätigkeit als marktkonform.

7.2.3.5 Einnahmen Garageneinfahrtgebühr

Für die Nutzung der Tiefgarage haben die Mitarbeiter am Standort Stuttgart einen monatlichen Betrag (von zuletzt 15 €) zu entrichten. Diese Einnahmen verwendet der SWR zur Finanzierung seines Zuschusses zum Firmenjahresticket des öffentlichen Nahverkehrs. Die Erträge verbucht er auf dem Konto 334100 (Erträge aus der Garageneinfahrtberechtigung).

Der SWR beurteilt die Vorgänge als nicht-kommerziell. Aufgrund des zwingenden Zusammenhangs mit dem Beschäftigungsverhältnis schließt sich der Rechnungshof der Beurteilung an.

7.2.3.6 Kostenerstattungen aus Konzerten und öffentlichen Veranstaltungen

2014 verbuchte der SWR auf dem Konto 322300 (Kostenerstattungen aus Konzerten und öffentlichen Veranstaltungen) Erträge von 5.033 T€. Der Rechnungshof untersuchte stichprobenweise einige Sachverhalte.

Der SWR teilte mit, dass alle Erträge aus SWR-Programm- und Marketingveranstaltungen stammten. Er präsentiere dort sich und seine Programme. Über die Veranstaltungen berichte er redaktionell in seinen Programmen in Form von Beiträgen, Einspielern, Zusammenschnitten bis hin zu Livesendungen. Solche Aktionen seien Elemente des Programms und dienten der Zuschauer- und Hörerbindung. Daher seien sie dem Auftragsbereich des SWR zuzurechnen und als nicht-kommerziell zu beurteilen. Aus diesem Grund wickle er in diesen Fällen weder einzelne Veranstaltungen noch einzelne Vorgänge über die SMS ab.

Nach Auswertung der erhaltenen Unterlagen, Auskünfte sowie der dem Kostenrechnungssystem entnommenen Informationen ergaben sich mehrere Fallgruppen.

7.2.3.6.1 SWR-Veranstaltungen mit Drittwerbung oder Sponsoring

Veranstaltungen (off-air), z. B. Tour de Ländle, verwirklicht der SWR auch unter Einbeziehung von Dritten (Veranstaltungspartnerschaften). Der SWR führt die Veranstaltung gemeinschaftlich mit einem Vertragspartner durch. Dabei ist der SWR i. d. R. für programmliche Elemente zuständig. Der Vertragspartner erbringt zumeist infrastrukturelle Leistungen sowie einen finanziellen Beitrag. In den Vereinbarungen gehen die Parteien von einem beiderseitigen Imagegewinn aus. Die Anstalt sichert dem Vertragspartner Branchenexklusivität zu.

Eine weitere Form der Beteiligung Dritter ist die Ereignisförderung (z. B. Rheinland-Pfalz-Tag und SWR Sommerfestival). Hierbei erbringt der Vertragspartner einen Geldbetrag und/oder Sachleistungen an den SWR. Im Gegenzug erhält er das Recht, sich bei der Veranstaltung off-air werblich in einer festgelegten Form zu präsentieren.

- 24 -

Zudem wird er i. d. R. bei der Bewerbung der Veranstaltung in Printprodukten aufgenommen und bei Veranstaltungshinweisen benannt.

Die SWR-Veranstaltungen selbst beurteilt der Rechnungshof als nicht-kommerziell. Sie sind Bestandteil des programmnahe Marketings und werden jedenfalls ausschnittsweise programmlich verwertet.

Innerhalb der Veranstaltungen räumt die Anstalt Dritten Werbemöglichkeiten ein. Diese erbringen Geld-, Sach- oder Dienstleistungen an den SWR mit dem Ziel, einen werbewirksamen Vorteil zu erlangen. Der Rechnungshof erachtet diese Tätigkeit als kommerziell.

- 8 Aufgrund des geringen Umfangs dieser Art von Gegengeschäften wertet der Rechnungshof die Auswirkungen auf dem jeweils einschlägigen Markt als nicht relevant. Einer Auslagerung bedarf es folglich nicht. Für diese Tätigkeit ist jedoch eine getrennte Buchführung einzurichten. Marktkonforme Konditionen sind sicherzustellen.
- 9 Die Ausführungen gelten für Drittwerbemöglichkeiten, deren Erträge auf anderen Ertragskonten verbucht wurden (z. B. Konto 337660 Erträge aus Ereignissponsoring FS/HF), entsprechend.

Der SWR erkennt die Verpflichtung an, eine getrennte Buchführung einzurichten.

7.2.3.6.2 Einnahmen aus entgeltlichen Veranstaltungen

Der SWR führt auch Veranstaltungen durch, für die er ein Eintrittsgeld erhebt. Soweit diese mit der Welle SWR3 im Zusammenhang stehen, wickelt sie die SMS im Geschäftsfeld SWR Service (früher SWR3 Club) ab (vgl. Tz. 9.2.2.6). Zahlreiche Veranstaltungen, beispielsweise SWR1 Pop und Poesie, SWR1 Night Fever Party, Konzerte der SWR Big Band und SWR4 Schlagerparty, betrafen nicht SWR3. Sie wurden nicht über die SMS abgewickelt. Bei einigen dieser Veranstaltungen übernimmt eine externe Kartenagentur das Ticketing gegen eine Service-/Handlinggebühr. Den Restbetrag des Eintrittsgeldes erhält die Anstalt. Eine weitere Gestaltungsform besteht in der Beteiligung eines Dritten. Hierbei führt der SWR die Veranstaltung gemeinschaftlich mit einem Vertragspartner durch. Die Anstalt ist für die programmliche Durchführung verantwortlich. Der Vertragspartner übernimmt die Funktion und Verantwortung des örtlichen Veranstalters. Er ist für die infrastrukturellen Aufgaben zuständig und übernimmt den Kartenverkauf. Der SWR erhält für die Veranstaltung einen Festbetrag und/oder einen Anteil an den Erlösen des Kartenverkaufs.

Die i. d. R. off-air durchgeführten Veranstaltungen finden zwar ihren Niederschlag im Programm. Dieser entspricht etwa den Hinweisen auf oder der Berichterstattung über Drittveranstaltungen. Bei den Veranstaltungen selbst handelt es sich aber nicht um Programm. Der SWR führt die Veranstaltungen allerdings auch nicht als eigenes Veranstaltungsbusiness durch, sondern verfolgt eher den Zweck, selbst in Erscheinung zu treten (Eigenpräsentation).

Trotz bestehender Bedenken schließt sich der Rechnungshof in Anbetracht des Schwerpunktes „Marketing und Hörerbindung“ der Wertung der Anstalt als nicht-

- 25 -

kommerziell an. Er sieht jedoch die Grenze zur Kommerzialisierung als überschritten, sobald sich der Charakter der Tätigkeit in Richtung Veranstaltungsgeschäft ändern würde.

- 10** Der Rechnungshof empfiehlt, aus Gründen der Klarheit sowie einer einheitlichen Behandlung dennoch zu prüfen, ob die Events, wie auch bei vergleichbaren Veranstaltungen der Welle SWR3, in die SMS (Geschäftsbereich SWR Service) ausgelagert werden könnten.

Der SWR sagte zu, die Prüfung durchzuführen.

7.2.3.6.3 Auftritte der SWR-Klangkörper bei Veranstaltungen Dritter

Dritte engagieren für die Durchführung ihrer Konzertveranstaltungen auch SWR-Sinfonieorchester und -Vokalensemble. Ihnen stehen die Einnahmen aus ihrer Veranstaltung zu. Der SWR stellt hierfür den Klangkörper zur Verfügung und trägt dessen Kosten. Als Gegenleistung erhält er einen Pauschalbetrag. Im untersuchten Jahr 2014 betragen die Einnahmen hieraus mehr als 1 Mio. €. Weiter ist er i. d. R. berechtigt, das Konzert aufzunehmen und erhält die uneingeschränkten Senderechte.

Es handelt sich um eine Überlassung von SWR-Klangkörperkapazitäten an Dritte gegen Entgelt. Der Erhalt der Senderechte und somit die Möglichkeit zur programmatischen Verwertung stellen lediglich einen Annex zur Überlassung dar. Daher beurteilt der Rechnungshof Auftritte von SWR-Klangkörpern bei Veranstaltungen Dritter als kommerziell.

- 11** Wegen der fehlenden Spürbarkeit auf dem Markt erachtet es der Rechnungshof für ausreichend, dass der SWR für diese Tätigkeit eine getrennte Buchführung erstellt und marktconforme Bedingungen gewährleistet. Gleichwohl sollte die Anstalt aus Gründen einer einheitlichen Behandlung sowie eventuell möglicher Synergien eine Auslagerung prüfen. Beispielsweise sind Auftritte der SWR1 Band bei Veranstaltungen Dritter in die SMS ausgelagert (vgl. auch Tz. 9.2.2.3.4).

In seiner Stellungnahme erwiderte der SWR, dass es sich lediglich um vereinzelte Veranstaltungen handle und die Konzerte entweder aufgezeichnet oder das Renommee der Klangkörper verbessern würden. Weiter dienten die Einnahmen zur Deckung der hohen Kosten, die im Zusammenhang mit den Konzerten entstünden.

Ein direkter Bezug zum Programmauftrag ist nicht erkennbar. Allein die Möglichkeit der programmatischen Verwertung oder einer größeren Bekanntheit kann diesen nicht ohne Weiteres begründen. Sofern der Umfang dieser Engagements erneut den des Jahres 2014 erreicht, hält es der Rechnungshof für erforderlich, eine getrennte Buchführung einzurichten.

7.2.3.6.4 Kartenverkauf Gegenkonto Kasse Kartenbüro

Auf dem Konto verbuchte der SWR Erträge von 400 T€ mit dem Gegenkonto 160017 (Kasse Kartenbüro). Die Erträge stammten aus Eigenveranstaltungen im Bereich des

- 26 -

Studios Freiburg (insbesondere Sinfonieorchester und Experimentalstudio). Sämtliche Verkäufe wurden über eine Online-Kartenagentur abgewickelt.

Da es sich um eigene Programmveranstaltungen handelt, schließt sich der Rechnungshof der Beurteilung der Anstalt für die Veranstaltung selbst als nicht-kommerziell an. Das Ticketing für die Veranstaltungen ist ausgelagert. Spätestens nach Umsetzung der Orchesterfusion und Beginn der neuen Spielzeit 2016/2017 wird das Ticketing für die Eigenveranstaltungen der Klangkörper über die SMS (Geschäftsfeld SWR Service) abgewickelt.

7.2.3.6.5 Koproduktionsbeitrag

In den Erträgen des Kontos war mindestens ein Koproduktionsbeitrag einer ausländischen RfA für eine Musikveranstaltung enthalten.

Koproduktionsbeiträge ordnet der Rechnungshof dem nicht-kommerziellen Bereich zu.

7.2.3.7 Erträge aus Kommunikationsleistungen

Der SWR erzielte 2014 Erträge aus Kommunikationsleistungen, die er wie folgt verbuchte:

Tabelle 2: Erträge Kommunikationsleistungen

| Erträge aus | Konto | in T€ |
|---|--------|-------|
| Kommunikationsleistungen i. Z. m. Gewinnspielen | 335010 | 280 |
| Kommunikationsleistungen i. Z. m. Präsentationen | 335020 | 179 |
| Kommunikationsleistungen i. Z. m. Produktionshilfen | 335030 | 15 |
| Summe | | 474 |

Entsprechend den durchgeführten Erhebungen liegen den Erträgen die nachstehenden Sachverhalte zugrunde:

a) Kommunikationsleistungen im Zusammenhang mit Gewinnspielen

Für Gewinnspiele im Rahmen des Programms erhält die Anstalt von Dritten Sachpreise. Bei der Durchführung des Gewinnspiels präsentiert der SWR den Sachpreis und weist auf denjenigen hin, der ihn zur Verfügung gestellt hat. Die Hinweise haben unter Beachtung der Programmrichtlinien und Programmforderungen zu erfolgen.

b) Kommunikationsleistungen im Zusammenhang mit Präsentationen

Bei Konzerten vereinbart der SWR mit dem Veranstalter eine exklusive Medienpartnerschaft. Hierbei weist die Anstalt in ihrem Programm in redaktionell eigenständiger Verantwortung unter Beachtung der rechtlichen Vorgaben auf die Veranstaltung hin. Als Gegenleistung erhält der SWR das Recht, sich im Umfeld der Veranstaltung werblich zu präsentieren.

- 27 -

c) Kommunikationsleistungen im Zusammenhang mit Produktionshilfen

2014 übernahm ein Vertragspartner die Übernachtungskosten für das Produktionsteam und die Mitwirkenden. Der SWR beabsichtigte, über die betreffenden Veranstaltungen zu berichten. Für die senderelevanten Teile war er technisch, redaktionell und organisatorisch alleine verantwortlich. Eine Sendeverpflichtung bestand nicht.

Zu den Sachverhalten ist zusammenfassend festzuhalten:

Der SWR erbringt in diesen Fällen gegenüber den Dritten eine Kommunikationsleistung. Die gegenseitigen Leistungen werden erfasst, bewertet und verbucht. Die Finanzverwaltung wertet die von der Anstalt erbrachten Kommunikationsleistungen als BgA und versteuert die erzielten Erträge entsprechend den für die Werbeeinnahmen geltenden Regelungen.

Die Anstalt beurteilt die Sachverhalte als nicht-kommerzielle Tätigkeit, da es sich um programmliche Aktivitäten handele.

Der Rechnungshof hat zahlreiche Kooperationsvereinbarungen im Zusammenhang mit den Kommunikationsleistungen eingesehen. Danach stellen die Vertragspartner ihre Leistungen bereit, ohne Zusagen über Art und Umfang der Kommunikationsleistung zu erhalten.

Auch wenn der Rechnungshof grundsätzlich davon ausgeht, dass die Vertragspartner ihre Leistungen wegen der erwarteten Kommunikationsleistung erbringen, räumt er der programmlichen Unabhängigkeit Vorrang ein und schließt sich der Beurteilung des SWR an.

8 Kommerzielle Tätigkeiten der Beteiligungsunternehmen

8.1 SWR Media Services GmbH

Die SMS entstand 2006 aus einer Verschmelzung der Südwestwerbung GmbH, der SWR Media GmbH und der Südfunkwirtschaftsbetriebe GmbH zur SWR Holding GmbH. Im Zuge einer weiteren Verschmelzung mit der Fernsehturm Betriebs GmbH 2007 fand die Umbenennung in SMS statt.

Gegenstand des Unternehmens ist laut Gesellschaftsvertrag

- die Produktion und der Vertrieb von Rundfunksendungen,
- die Entwicklung, Produktion und Vermarktung von Werbeeinschaltungen,
- Onlineverwertungen,
- die Beschaffung, Produktion und Verwertung von Bild- und Tonträgern,
- der Betrieb und die Vermietung von Produktionsstätten,
- die den Medienbereich betreffende Meinungsforschung und Beratung,
- die Organisation, Durchführung und Vermarktung von Veranstaltungen,
- die Randnutzung von Vermögen oder Einrichtungen des SWR und seiner verbundenen Unternehmen und Beteiligungen und damit im Zusammenhang stehende Dienstleistungen.

Zum Gegenstand des Unternehmens zählt ferner die geschäftsleitende Verwaltung sowie unternehmerische Führung von verbundenen Unternehmen und Beteiligungen.

Die Gesellschaft weist acht Tätigkeitsbereiche aus:

- Verwaltung, Beteiligungen, Fernsehturm,
- Sendermitbenutzung und Grundstücksverwaltung,
- Technische Dienstleistungen,
- Mitschnitt,
- Programmvertrieb,
- Werbung und Sponsoring,
- ARD-Werbung Zentrale Systemorganisation und
- SWR Service (vormals SWR3 Club).

8.2 Prüfung der Marktkonformität bei Beteiligungsgesellschaften

Bis zum 30. Juni 2015 war die SMS an der Maran Film GmbH beteiligt. Diese wurde zum 1. Juli 2015 auf die SMS verschmolzen. Daher verzichtet der Rechnungshof auf eine Prüfung der Marktkonformität dieser Gesellschaft.

- 29 -

Die kommerziellen Bereiche der Schwetzingen SWR Festspiele GmbH (Ticketing und Programmvertrieb) werden über die SMS abgewickelt. Einzelheiten finden sich unter Tz. 9.2.2.3.4. Ansonsten ist die Gesellschaft nicht-kommerziell tätig.

Daneben sind der SWR und die SMS an mehreren ARD/ZDF-Beteiligungen als Minderheitsgesellschafter beteiligt⁶; deren Marktkonformitätsprüfung obliegt anderen Rechnungshöfen.

⁶ Vgl. Schaubild 1 und Anlage.

- 30 -

9 Beschreibung der für die Marktkonformität relevanten Sachverhalte und Bewertung der Marktkonformität

9.1 Der SWR als Investor

9.1.1 Eigenkapitalausstattung

Das Stammkapital der SMS beträgt 3,1 Mio. €. Die WP-Gesellschaft der SMS beurteilt die Eigenkapitalausstattung als angemessen. Anhaltspunkte dafür, dass sie nicht betriebsnotwendig sei, hätten sich nicht ergeben.

Die Eigenkapitalquote und die Eigenkapitalrendite nach Steuern entwickelten sich im Prüfungszeitraum wie folgt:

Tabelle 3: Kennzahlen zum Eigenkapital⁷

| | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 |
|----------------------------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| Eigenkapitalquote | 30 % | 36 % | 36 % | 40 % | 38 % |
| Eigenkapitalrendite nach Steuern | 67 % | 71 % | 72 % | 58 % | 61 % |

Der Rechnungshof schließt sich der WP-Gesellschaft an und beurteilt die Eigenkapitalausstattung als marktkonform.

9.1.2 Rentabilität der Geschäftstätigkeit

Der SWR muss sich bei der Beteiligung an kommerziell tätigen Gesellschaften wie ein privater Investor verhalten, der zumindest mittelfristig eine angemessene Rendite der Geschäftstätigkeit erwartet.

In seinen dem Verwaltungsrat vorgelegten jährlichen Beteiligungsberichten vermittelt der SWR einen Überblick über seine Geschäftstätigkeit anhand von Unternehmenskennzahlen und Stammdaten. Er stellt den Geschäftsverlauf des jeweiligen Jahres und einen Ausblick auf die beiden kommenden Jahre dar.

Die SMS erzielte danach 2010 bis 2014 Umsatzrenditen zwischen 8,46 % und 15,09 %. Im Durchschnitt lag die Rendite bei 11,81 %.

Dem Rechnungshof liegen Unterlagen vor, nach denen vergleichbare Gesellschaften eine Umsatzrendite von 3 bis 10 % erwirtschaften. Daher ist die Umsatzrentabilität der SMS insgesamt als marktkonform zu beurteilen.

9.1.3 Überschuldung und Gesellschafterdarlehen

Verlustübernahmen und Haftungsverhältnisse gab es im Prüfungszeitraum nicht.

Eine Beurteilung der Marktkonformität entfällt somit.

⁷ Die Angaben zur Eigenkapitalquote 2012 sind mit der SMS abgestimmt. Sie weichen von denen im Jahresabschlussbericht ab.

9.2 Leistungsbeziehungen zwischen dem SWR und der SMS

9.2.1 Gegenseitige Dienstleistungen

Der SWR stellt der SMS generell und nach Absprache im Einzelfall Dienst- und Sachleistungen zur Verfügung, die dem Gesellschaftszweck der SMS dienen. Diese müssen nach § 16a Abs. 1 S. 6 RStV marktkonform sein. Der SWR und die SMS haben ihre Leistungsbeziehungen grundsätzlich in einem DV vom 22. Dezember 2010 geregelt. Danach erbringt der SWR Leistungen für die SMS gegen Kostenerstattungen gemäß der VPR. Bei einigen Dienst- und Sachleistungen wird die Kostenaufschlagsmethode, bei anderen die Preisvergleichsmethode angewandt. Einige Leistungen werden explizit durch den Vertrag nicht erfasst und sind gesondert geregelt. Die SMS führt die Dienstleistung Erstellung des Beteiligungsberichts im Auftrag des SWR durch.

9.2.1.1 Verrechnungen nach der Kostenaufschlagsmethode aufgrund des Dienstleistungsvertrags 2010

Die Leistungen nach der Kostenaufschlagsmethode werden in der Regel berechnet, indem die Stunden der einzelnen Mitarbeiter oder Personenjahre erfasst werden. Diese Leistungen werden nach den jeweiligen Vergütungsgruppen bewertet. Zudem werden die Kosten der Sozialleistungen ermittelt und eine Pauschale für die Altersversorgung hinzu addiert. Diese Vergütungssumme ist Basis für den Kostenaufschlag in jedem Bereich. Der SWR rechnet 10 % für die Sachleistungen und als Gewinnaufschlag pauschal dazu. Grundlage des Kostenaufschlags ist das Gutachten „Kosten eines Arbeitsplatzes“ der Kommunalen Geschäftsstelle für Verwaltungsmanagement. Danach gilt ein Aufschlag von 10 % auf die ermittelten Personalkosten als marktkonform. Der SWR legte dieses Gutachten vor.

- 32 -

Die Abrechnung erfolgt jeweils zum 31. Januar eines jeden Jahres und ergab von 2010 bis 2014 folgende Werte:

Tabelle 4: Leistungen des SWR nach der Kostenaufschlagsmethode

| Leistungen | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 |
|--|------------|------------|------------|------------|------------|
| | in T€ | | | | |
| Leistungen der SWR-Mitarbeiter als Geschäftsführer | 32 | 32 | 33 | 34 | 34 |
| Leistungen des Bereichs IKS | 400 | 400 | 400 | 400 | 400 |
| Leistungen des Justitiariats | 29 | 30 | 30 | 31 | 32 |
| Leistungen der Finanzverwaltung | 5 | 5 | 5 | 5 | 5 |
| Leistungen der Steuerabteilung | 17 | 17 | 17 | 18 | 19 |
| Leistungen der Honorar- und Lizenzabteilung (Abrechnung) | 13 | 13 | 30 | 30 | 31 |
| Leistungen der Abteilung Lizenzen und Rechtemanagement | 14 | 16 | 16 | 15 | 16 |
| Leistungen der HA Service und Gebäudemanagement | 53 | 61 | 39 | 43 | 65 |
| Gesamt | 563 | 574 | 570 | 576 | 602 |

Das als Basis für den Kostenaufschlag von 10 % herangezogene Gutachten ist nachvollziehbar. Der Kostenaufschlag von 10 % ist als marktkonform anzusehen. Auskunftsgemäß überprüft der SWR – wie im DV vorgesehen – jährlich die Höhe der Abrechnungsbeträge und ändert diese, falls angebracht. Eine Anpassung findet allein schon durch die Verwendung der jeweiligen tariflich sich ändernden Vergütungshöhen statt.

Ausnahmen für die Anwendung dieser Berechnungsmethode bilden die Sach- und Dienstleistungen der HA Informations- und Kommunikationssysteme (IKS). Über die pauschale Abrechnung des HA IKS von jährlich 400.000 € legte die SMS eine Berechnung vor. Der SWR rechnet danach jährlich einen Gesamtbetrag mit der SMS ab, der auf Basis der von der HA betreuten Arbeitsplätze des SWR und der SMS und den gesamten Kosten der HA ermittelt wird. Diese wurde 2015 überprüft. Die Berechnung ist nachvollziehbar. Diese Abrechnung ist als marktkonform zu beurteilen.

9.2.1.2 Verrechnungen nach der Preisvergleichsmethode aufgrund des Dienstleistungsvertrags

Die Leistungen der Direktion Technik und Produktion (TuP) und die sonstigen Dienstleistungen (z. B. Betriebsarzt) rechnet der SWR aufgrund des DV nach der Preisvergleichsmethode ab.

Die Leistungen der TuP sind budgetierte Produktionsleistungen, deren Preise in der ILV festgelegt sind. Diese Preise orientieren sich an den Marktpreisen. Ein Gewinnaufschlag wurde deshalb nicht vorgenommen. Die Abrechnung der ärztlichen Leistungen des Betriebsarztes erfolgt nach einem Berechnungsschema. Dieses basiert auf dem Verhältnis der Mitarbeiter SWR zu SMS.

- 33 -

Die Leistungen der TuP und des Betriebsarztes wurden in den Jahren 2010 bis 2014 wie folgt abgerechnet:

Tabelle 5: Leistungen des SWR nach der Preisvergleichsmethode

| Leistungen | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 |
|-------------------------------|------------|------------|------------|------------|------------|
| | in T€ | | | | |
| Leistungen der TuP | 342 | 259 | 242 | 206 | 186 |
| Leistungen des Betriebsarztes | 7 | 6 | 6 | 8 | 8 |
| Gesamt | 349 | 265 | 248 | 214 | 194 |

Da die ILV bei den Produktionsleistungen der TuP grundsätzlich Marktpreise ermittelt, ist davon auszugehen, dass die Preise marktkonform sind. Die Abrechnungen der Leistungen des Betriebsarztes sind nachvollziehbar und als marktkonform zu sehen.

9.2.1.3 Einzelleistungen

Die Leistungen des Kraftfahrzeug-Wesens (KFZ, Nutzung des Fuhrparks), der Hausdruckerei und der Poststelle sind direkt abgerufene Einzelleistungen mit separaten Abrechnungen, d. h., sie werden nicht nach dem DV abgerechnet. Die Abrechnung des KFZ-Wesens erfolgt nach der ILV. Die Aufwendungen der Hausdruckerei werden in den Fachbereichen nachgefragt und ebenfalls nach der ILV abgerechnet. Die Leistungen des KFZ-Wesens und der Hausdruckerei verrechnet der SWR somit nach der Preisvergleichsmethode. Die Aufwendungen der Poststelle ermittelt er wie im DV bei den Sach- und Dienstleistungen nach der Kostenaufschlagsmethode. Es wird folglich die Stundenanzahl erfasst, mit der tariflich vereinbarten Vergütung bewertet und ein Kostenaufschlag von 10 % hinzu addiert.

Die Leistungen in den Bereichen KFZ-Wesen, Hausdruckerei und Poststelle beliefen sich von 2010 bis 2014 auf folgende Werte:

Tabelle 6: Einzelleistungen des SWR

| | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 |
|---------------|-----------|------------|-----------|-----------|-----------|
| | in T€ | | | | |
| KFZ-Wesen | 12 | 62 | 48 | 38 | 36 |
| Hausdruckerei | 22 | 24 | 14 | 18 | 12 |
| Poststelle | 25 | 25 | 25 | 27 | 28 |
| Gesamt | 59 | 111 | 87 | 83 | 76 |

- 12** Die ILV-Preise für die Leistungen des KFZ-Wesens und der Hausdruckerei sind Marktpreise und damit als marktkonform anzusehen. Die bei der Poststelle angewandte Kostenaufschlagsmethode ist ebenso marktkonform, da sie wie die im DV geregelten Leistungen behandelt wird. Der SWR sollte aber bei den Leistungen der Poststelle überlegen, ob er sie nicht in der ILV bewerten könnte. Dies würde ihm ermöglichen, auch bei der Poststelle die Preisvergleichsmethode anzuwenden. Diese Methode hat Vorrang

- 34 -

vor den anderen Verrechnungspreismethoden, da sie Preise festlegt, die sich nahe an den Marktpreisen bewegen.

Der SWR bemerkte in der Stellungnahme, dass er die Empfehlung des Rechnungshofs prüfen werde.

9.2.1.4 Leistungen der Personalabteilung und des Sozialreferats

Die Sach- und Dienstleistungen der Personalabteilung und des Sozialreferats des SWR für die SMS sind nicht im DV, sondern in gesonderten Dienstleistungsverträgen geregelt. Der SWR begründet die separaten Verträge damit, dass die Vertragspartner bereits 1994 einen Sach- und Dienstleistungsvertrag auch über diese Leistungen vereinbart hätten. Der SWR stelle die Leistungen der Personalabteilung und des Sozialreferats nach den Dienstleistungsverträgen vom 23. Oktober 2009 gegen Kostenverrechnung auf Basis des Entwurfs der VPR zur Verfügung. Es würden nach der Kostenermittlungsmethode die tatsächlich anfallenden Kosten zuzüglich eines Verwaltungskostenaufschlags in Rechnung gestellt.

2010 bis 2014 fielen danach jährlich in den Bereichen Personalabteilung und Sozialreferat Kosten in Höhe von 31.280 € an. Der Betrag von 31.280 € ergibt sich aus den Kosten für das Gehalt einer halben Planstelle in der VG 9 f (Hauptsachbearbeitung) nach dem Gehaltsschema 2009/2010. Dieses betrug 26.540 € p. a. Zusätzlich ermittelte der SWR unter Berücksichtigung der Beitragsbemessungsgrenze einen Aufschlag für den Arbeitgeberanteil Sozialversicherung in Höhe von 4.740 €.

Nach den Dienstleistungsverträgen soll der Betrag periodisch überprüft und ggf. angepasst werden. Dies fand bisher nicht statt, obwohl die Vergütungen der Mitarbeiter des SWR seit 2009 kontinuierlich stiegen.

- 13** Der Rechnungshof fordert den SWR auf, die Höhe der vereinbarten Beträge für die Leistungen der Personalabteilung und des Sozialreferats zu überprüfen und ggf. zu ändern. Er regt zudem an, die beiden separaten Verträge in den allgemeinen DV zu integrieren und wie bei Leistungen der anderen Organisationseinheiten des SWR abzurechnen. Die Begründung des SWR, dass die Verträge bereits vor dem allgemein geltenden DV existiert hätten, ist wenig stichhaltig.

Der SWR hat in der Stellungnahme zugesagt, die Leistungsumfänge und die Beträge zu überprüfen und eine Integration der Dienstleistungsverträge der Personalabteilung und des Sozialreferats in die DV aufgrund von Veränderungen in den Zuständigkeiten zu erwägen.

9.2.2 Darstellung der einzelnen Tätigkeitsbereiche

9.2.2.1 Geschäftsfeld Sendermitbenutzung

Der SWR unterhielt zum 31. Dezember 2014 insgesamt 369 Senderstandorte. Davon wurden 284 durch Dritte mitbenutzt.

- 35 -

Das Geschäftsfeld umfasste bis zum 31. Dezember 2015 den Vertrieb und die Verwaltung der Mitbenutzung von Sendemasten und -anlagen des SWR gegen Entgelt durch Dritte sowie die Verwaltung der Sendergrundstücke.

Bei der Mitbenutzung der Senderstandorte unterscheiden die SMS und der SWR zwischen der Mitbenutzung durch:

- a) Kommerzielle Nicht-Rundfunkdienste
Dies sind im Wesentlichen Mobilfunkbetreiber und Telekommunikationsunternehmen.
- b) Kommerzielle Rundfunkdienste
Hierzu zählt die Mitbenutzung durch private Unternehmen (insbesondere Media Broadcast) für die Verbreitung von Rundfunkinhalten über UKW, DVB-T oder DAB/DAB+.
- c) Nicht-kommerzielle Telekommunikationsdienste
Dies betrifft die Überlassung an Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben.

9.2.2.1.1 Umfang

Bis Ende 2015 waren im Geschäftsfeld vier Vollzeitäquivalent(VZÄ)-Stellen besetzt. Der Vertragsbestand der von der SMS verwalteten Mitbenutzungsverträge entwickelte sich wie folgt:

Tabelle 7: Anzahl der Sendermitbenutzungsverträge

| | 31.12.2010 | 31.12.2011 | 31.12.2012 | 31.12.2013 | 31.12.2014 |
|--|------------|------------|------------|------------|------------|
| Kommerzielle Nicht-Rundfunkdienste | 562 | 547 | 544 | 541 | 535 |
| Kommerzielle Rundfunkdienste | 26 | 33 | 53 | 58 | 57 |
| Nicht-kommerzielle Telekommunikationsdienste | 156 | 158 | 187 | 192 | 193 |
| Summe | 744 | 738 | 784 | 791 | 785 |

Tabelle 8: Vertragsvolumen Sendermitbenutzung

| | 31.12.2010 | 31.12.2011 | 31.12.2012 | 31.12.2013 | 31.12.2014 |
|--|--------------|------------|------------|------------|------------|
| | in T€ | | | | |
| Kommerzielle Nicht-Rundfunkdienste | 6.184 | 6.057 | 6.010 | 6.272 | 6.286 |
| Kommerzielle Rundfunkdienste | 1.168 | 1.275 | 4.236 | 4.833 | 4.863 |
| Nicht-kommerzielle Telekommunikationsdienste | 815 | 989 | 1.132 | 1.196 | 1.218 |
| Summe | 8.167 | 8.321 | 11.378 | 12.301 | 12.367 |

Anmerkung: Die Steigerung der Vertragsanzahl und des Umsatzes von 2011 auf 2012 um etwa 3 Mio. € ist auf die Übernahme der Vertragsverwaltung und des Inkassos für die Mitbenutzung durch kommerzielle Rundfunkdienste (DVB-T, DAB/DAB+) durch die SMS zurückzuführen.

- 36 -

2010 bis 2014 erzielte das Geschäftsfeld folgende Spartenergebnisse und Umsatzrenditen:

Tabelle 9: Spartenergebnisse und Umsatzrenditen Sendermitbenutzung

| | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 |
|-----------------------------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| Erträge in T€ (1) | 7.739 | 7.001 | 6.594 | 6.923 | 6.857 |
| Aufwendungen in T€ (2) | 7.305 | 6.591 | 6.177 | 6.439 | 6.452 |
| Deckungsbeitrag in T€ (1)-(2)=(3) | 434 | 410 | 417 | 484 | 405 |
| Umlage in T€ (4) | 251 | 229 | 300 | 192 | 260 |
| Spartenergebnis in T€ (3)-(4) | 183 | 181 | 117 | 292 | 145 |
| Umsatzrendite in % | 2,36 | 2,59 | 1,77 | 4,22 | 2,11 |

9.2.2.1.2 Vertragliche Grundlagen

Der SWR schloss am 17./18. November 2010 mit der SMS die Vereinbarung über die Vermietung von Infrastruktur an SWR-eigenen Senderstandorten für Mitbenutzungen ab. Die Vereinbarung trat rückwirkend zum 1. Januar 2010 in Kraft und endete durch Abschluss einer neuen Vereinbarung (vgl. Tz. 9.2.2.1.4) am 31. Dezember 2015. In beiden übertrug der SWR der SMS die Vermarktung der Senderstandorte für Zwecke der Mitbenutzung sowie die Verwaltung der Sendergrundstücke. Bei der Vermarktung der Senderstandorte hat die SMS den Vorrang des Versorgungsauftrags des SWR zu beachten.

In der Vereinbarung sind für die einzelnen Bereiche folgende Regelungen getroffen:

a) Mitbenutzung durch kommerzielle Nicht-Rundfunkdienste

Hierbei handelt die SMS im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. Die SMS übernimmt die vollständige kaufmännische Abwicklung der Mitbenutzungen wie beispielsweise Akquisition, Abschluss von Rahmen- und Standortmitbenutzungsverträgen einschließlich der inhaltlichen Ausgestaltung, Vertragsverwaltung und Inkasso. Bis Ende 2015 hatte der SWR die Mitbenutzungsangelegenheiten technisch bearbeitet. Für die Einräumung der Nutzungsrechte für die Mitbenutzungen erhielt er von der SMS eine Kostenerstattung von 92 % des Nettoentgeltes.

Die Höhe der bei der SMS verbleibenden Vergütung (8 %) wurde in Anlehnung an die Preisvergleichsmethode ermittelt. Da am Markt keine vergleichbaren Unternehmen mit ausgelagerter Vertriebsstruktur agieren, fragte die SMS bei Netzbetreibern nach. Ein Netzbetreiber schätzte den Anteil für den Vertrieb der Sendermitbenutzung auf 7 % bis 9 % der Mitbenutzungsentgelte.

b) Mitbenutzung durch kommerzielle Rundfunkdienste

In diesem Bereich handelt die SMS im Namen und auf Rechnung des SWR. Der Aufgabenbereich ist bei der Mitbenutzung durch kommerzielle Rundfunkdienste auf die Vertragsverwaltung und -abwicklung (einschließlich Inkasso) beschränkt. Grund ist, dass hierdurch die Verbreitung der eigenen Programme sowie medien-

- 37 -

und telekommunikationsrechtliche Fragen tangiert sind. Die technische Bearbeitung fand auch hier bis Ende 2015 im SWR statt. Für die Abwicklung der Mitbenutzungen erhielt die SMS eine Provision in Höhe von 2,5 % der gezahlten Nettoentgelte.

Der Provisionssatz wurde von den Vertragsparteien in Anlehnung an die Preisvergleichsmethode festgelegt. Da am Markt keine Vergleichswerte zu ermitteln waren, nahmen die Vertragsparteien einen Abschlag auf den unter lit. a) erläuterten Wert vor. Dieser soll dem deutlich niedrigeren Aufwand durch die Zuständigkeitsbeschränkung auf die Vertragsverwaltung und -abwicklung gerecht werden.

Nicht zuständig ist die SMS für Mitbenutzungen durch andere ARD-Anstalten oder das Deutschlandradio. Der SWR beurteilt solche Mitbenutzungen als nicht-kommerziell. Diese Verträge schließt er ohne Einbindung der SMS ab und verwaltet sie selbst.

Der Bereich kommerzielle Rundfunkdienste umfasst die Mitbenutzung für DVB-T und DAB/DAB+ für private Unternehmen. Nach Abschluss der Vereinbarung verblieb dieser Bereich zunächst im SWR. Ab 2012 übernahm die SMS auch die Abwicklung dieser Verträge. Das Auslagerungsgebot des § 16a RStV wurde damit im Nachhinein erfüllt.

c) Mitbenutzung durch nicht-kommerzielle Telekommunikationsdienste

Bei der Mitbenutzung durch nicht-kommerzielle Telekommunikationsdienste wird die SMS im Namen und auf Rechnung des SWR tätig. Sie übernimmt die vollständige kaufmännische Abwicklung der Mitbenutzungen. Inhaltliche Ausgestaltung der Verträge und Entgeltfragen hat die SMS mit dem SWR abzustimmen. Die technische Bearbeitung fand bis Ende 2015 im SWR statt. Für die Abwicklung dieser Mitbenutzungen erhielt die SMS eine Provision in Höhe von 8 % der gezahlten Nettoentgelte.

Zur Ermittlung der Provision gelten die Ausführungen zu lit. a) entsprechend.

Der SWR und die SMS beurteilen die Mitbenutzung durch nicht-kommerzielle Telekommunikationsdienste als nicht-kommerzielle Tätigkeit. In den Compliance-Dokumenten war die Beurteilung nicht eindeutig dargelegt. Die SMS teilte mit, dass sie in den Compliance-Dokumenten die Beurteilung künftig klar regeln wolle.

Der Beurteilung als nicht-kommerziell kann sich der Rechnungshof nicht anschließen, da die Mitbenutzung am Markt Dritten angeboten wird. Dabei ist es – im Gegensatz zur steuerlichen Behandlung – unerheblich, ob es sich bei den Dritten um Körperschaften des öffentlichen Rechts oder um Hilfsorganisationen, wie z. B. das Deutsche Rote Kreuz, handelt. Ungeachtet der abweichenden Beurteilung ist die Tätigkeit dennoch ausgelagert.

d) Verwaltung der Sendergrundstücke

Der Bereich beinhaltet u. a. Grundstückserwerb/-verkauf und sonstige Grundstücksregelungen, Bearbeitung aller im Zusammenhang mit Sendergrundstücken

- 38 -

anfallenden Fragen und Tätigkeiten, Bestandsverwaltung der Sendergrundstücke, Weiterverrechnung von Senderbetriebskosten sowie Ausschreibung und Vergabe von Leistungen für den Betriebsunterhalt. Zur Erledigung der Aufgaben handelt die SMS im Namen und auf Rechnung des SWR. Für die Verwaltung der Sendergrundstücke erhält sie eine jährliche Dienstleistungspauschale von 85 T€.

Die Höhe der Dienstleistungspauschale wurde mangels vergleichbarer Leistungen am Markt nach der Kostenaufschlagsmethode ermittelt. In den Compliance-Dokumenten war die Vorgehensweise selbst nicht erläutert. Nach Angaben der SMS entstanden 2014 für den Bereich Sendergrundstücksverwaltung Direktkosten von rd. 74 T€. Unter Berücksichtigung der anteiligen Umlagen und eines Gewinnzuschlags hatten die Parteien die Pauschale vereinbart.

Zu den Regelungen der Vereinbarung ist insgesamt festzuhalten:

- 14** Für die Bereiche sind Vergleichswerte für die Vergütungen nur schwierig oder nicht zu ermitteln. Die bis Ende 2015 gültigen Vergütungen für die Sendermitbenutzung sowie die Dienstleistungspauschale für die Sendergrundstücksverwaltung erachtet der Rechnungshof auch mit Blick auf die erzielte Umsatzrendite als marktkonform. Gleichwohl empfiehlt er, in den Compliance-Dokumenten künftig die Ermittlung der Dienstleistungspauschale aufzunehmen.

Die SMS erklärte, dass in den Compliance-Dokumenten ab die Ermittlung der Pauschale ab 2016 erläutert werde.

9.2.2.1.3 Durchführung der Leistungsbeziehungen

Der Rechnungshof hat für 2014 die Abrechnungen der Leistungsbeziehungen des Geschäftsfelds Sendermitbenutzung untersucht. Dabei ergab sich Folgendes:

a) Mitbenutzung für die Verbreitung von DAB/DAB+

Die Mitbenutzung für die Verbreitung von DAB/DAB+ durch private Unternehmen ist in der Vereinbarung in der Kategorie „Mitbenutzung durch kommerzielle Rundfunkdienste“ erfasst. Entsprechend den vorgelegten Aufstellungen über die von der SMS verwalteten Mitbenutzungsverträge sowie den eingesehenen Provisionsabrechnungen ist die Mitbenutzung durch Media Broadcast, Swisscom und Bayern Digital Radio in die SMS ausgelagert. Die Mitbenutzungsentgelte betragen 633 T€.

Die Durchsicht der SWR-Erträge zeigte, dass auch die Anstalt selbst Erträge aus der Mitbenutzung für DAB/DAB+ erzielt. 2014 betragen sie 1,4 Mio. € (Konto 332050). Sie stammten aus der Mitbenutzung durch die DRS. Diese Überlassung war nicht in die SMS ausgelagert.

Der SWR teilte mit, dass die DRS Netzbetreiberin für das DAB/DAB+-Netz sei. Über die von ihr betriebenen Multiplexe strahle diese sowohl Programme des SWR als auch privater Hörfunkanbieter aus. Wegen des Bezugs zur eigenen Programmverbreitung und des Beteiligungsverhältnisses habe er von einer Auslagerung dieser Mitbenutzung abgesehen.

15 Der Rechnungshof ist der Auffassung, dass es sich bei der Mitbenutzung durch die DRS um eine kommerzielle Tätigkeit i. S. d. § 16a Abs. 1 RStV handelt und das Auslagerungsgebot nicht beachtet wird. Der SWR teilte in der Schlussbesprechung mit, dass er erwäge, die Überlassung der Mitbenutzung für DAB/DAB+ an die DRS ab 2018 einzustellen.

b) Mitbenutzung durch nicht-kommerzielle Telekommunikationsdienste

Nach der Vereinbarung zur Sendermitbenutzung steht der SMS für die Abwicklung der Mitbenutzungen durch nicht-kommerzielle Telekommunikationsdienste eine Provision von 8 % der gezahlten Entgelte zu. 2014 betrug das Entgelt hieraus 1.220 T€. Für einen Teilbetrag von 452 T€ erhielt die SMS lediglich eine Provision i. H. v. 4 %.

Dem abweichenden Provisionsatz liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Viele der Senderstandorte sind statisch ausgelastet. Eine Mitbenutzung des Sendemastes durch weitere Interessenten scheidet daher aus.

Um eine weitere Mitbenutzung von ausgelasteten Senderstandorten zu ermöglichen, verpflichtete sich ein Interessent⁸ zum Austausch von zehn Antennenträgern auf eigene Kosten und Übereignung an den SWR. Im Gegenzug sollten die Kosten für den Tausch der Antennenträger, zuzüglich einer Verzinsung von 3,5 %, gegen künftige Forderungen der Anstalt aus der Mitbenutzung von SWR-Senderstandorten aufgerechnet werden. Da für diese Mitbenutzungen keine direkten Zahlungen erfolgten, vertrat der SWR die Auffassung, dass der SMS hierfür keine Provision zustehe. Abweichend von der Vereinbarung zur Sendermitbenutzung einigten sich beide für die Mitbenutzungen mit Entgeltaufrechnung auf einen Provisionsatz von 4 %.

Die abweichende Provision entspricht nicht der vertraglichen Regelung zwischen dem SWR und der SMS. Einerseits erhielt die Anstalt mit der Kostenübernahme für den Antennenträgertausch eine Vorauszahlung auf die künftigen Mitbenutzungsentgelte. Damit hat der Mitbenutzer, wenn auch im Wege der Aufrechnung, ein Entgelt für die Gestattung der Mitbenutzung geleistet. Andererseits kann der SWR mit dem Mitbenutzer keinen Vertrag zulasten der SMS abschließen. Nach Auffassung des Rechnungshofs hätte der SMS eine Provision von 8 % zugestanden.

Der Sachverhalt führt nicht zu einer gemäß §§ 16a ff. RStV unzulässigen Bevorzugung der Beteiligungsgesellschaft. Dennoch entspricht die Durchführung nicht den getroffenen Vereinbarungen. Der SWR und die SMS haben in der ab 2016 geltenden Vereinbarung nunmehr das Vertragsvolumen als Basis für die Provision festgelegt.

⁸ Vereinbarung über den Austausch von Antennenträgern vom 30. Januar 2012 / 7. Februar 2012.

- 40 -

9.2.2.1.4 Neuregelung ab 2016

Nach der bis 31. Dezember 2015 gültigen Regelung fand die gesamte technische Bearbeitung der Mitbenutzungsangelegenheiten im SWR statt. Mit der Zielsetzung, Doppelstrukturen beim SWR und bei der SMS zu vermeiden sowie kommerzielle und nicht-kommerzielle Tätigkeiten im Bereich der Sendermitbenutzung klarer zu trennen, verständigten sich der SWR und die SMS mit Wirkung vom 1. Januar 2016 auf eine Neuregelung. Dabei wurden die Infrastrukturdienstleistungen für SWR-Senderstandorte vom SWR zur SMS ausgelagert. Im Rahmen der Neukonzeption gingen für die Erbringung der Infrastrukturdienstleistungen 19,5 VZÄ-Planstellen vom SWR zur SMS über. Die SMS ist ab 2016 auch zuständig für die Instandhaltung, Modernisierung und Wartung der Standortinfrastruktur mit Ausnahme der Technik, die unmittelbar für die Programmverbreitung erforderlich ist. In diesem Zusammenhang schlossen die SMS und der SWR am 18./20. November 2015 eine neue Vereinbarung zur Mitbenutzung von Senderstandorten des SWR ab.

Die Vereinbarung enthält folgende Regelungen:

a) Mitbenutzung durch kommerzielle Nicht-Rundfunkdienste

Die SMS handelt bei diesen Mitbenutzern wie bisher im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. Sie übernimmt außer der kaufmännischen jetzt auch die vollständige technische Bearbeitung dieser Mitbenutzungsangelegenheiten. Lediglich die endgültige Freigabe bleibt wegen des Vorrangs seines Versorgungsauftrags dem SWR vorbehalten. Für die Einräumung der Nutzungsrechte für die Abwicklung dieser Mitbenutzungen erhält der SWR von der SMS eine Kostenerstattung von 80 % des Nettoentgeltes.

b) Mitbenutzung durch kommerzielle Rundfunkdienste und nicht-kommerzielle Telekommunikationsdienste

In diesem Bereich wird die SMS im Namen und auf Rechnung des SWR tätig. Für diese Mitbenutzungen erbringt sie im Wesentlichen das Inkasso, die Vertragsüberwachung und die technische Bearbeitung der Mitbenutzungsanfragen. Vertragsverhandlungen führt grundsätzlich der SWR. Soweit er sie der SMS übertragen hat, behält er sich die Genehmigung des Vertragsabschlusses vor. Für die Abwicklung der Mitbenutzungen durch kommerzielle Rundfunkdienste erhält die SMS eine Provision von 5 % der gezahlten Nettoentgelte. Bei Mitbenutzungen durch nicht-kommerzielle Telekommunikationsdienste beträgt die Provision 5 % des hinterlegten Vertragsvolumens.

c) Verwaltung der Sendergrundstücke

Zu den Aufgaben der SMS gehört weiterhin die Verwaltung der Sendergrundstücke, für die sie ab 2016 eine jährliche Dienstleistungspauschale von 90 T€ erhält.

- 41 -

d) Infrastrukturdienstleistungen

Die SMS erbringt für die Senderstandorte u. a. folgende Dienstleistungen: Standortinspektionen und -dokumentationen, Durchführung der Standorttermine mit Mitbenutzern, Prüfung, Reparatur und Instandhaltung der Antennenträger, Sicherheitskontrollen, Planung und Objektüberwachung von Um- oder Neubaumaßnahmen an Senderstandorten einschließlich der Wahrnehmung der Bauherrenaufgaben und der Inbetriebnahme sowie Prüfung und Instandsetzung der Senderstandortinfrastruktur. Verträge mit Dritten schließt die SMS im Namen und auf Rechnung des SWR nach dessen Freigabe ab. Für ihre Tätigkeit erhält sie eine jährliche Dienstleistungspauschale von 1.587 T€.

In der Vereinbarung ist in zwei- oder dreijährigen Abständen eine Überprüfung bzw. Neuverhandlung der SMS-Vergütungen vorgesehen.

Da für die Tätigkeiten am Markt keine Vergleichswerte zu ermitteln waren, erfolgte die Festlegung der SMS-Vergütungen in Anlehnung an die Kostenaufschlagsmethode. Für die Abwicklung der Mitbenutzungen (lit. a) und b)) ermittelte die SMS die Kosten dieser Bereiche und nahm einen Margenaufschlag von 15 % vor. Im Bereich der Sendergrundstücksverwaltung basiert die Dienstleistungspauschale auf den Gesamtkosten zuzüglich eines Margenaufschlages von 15 % (siehe auch Tz. 9.2.2.1.2 d) vertragliche Grundlagen). Basis der Dienstleistungspauschale für die Infrastrukturdienstleistungen waren die Personalkosten der 19,5 VZÄ dieses Bereichs zuzüglich eines Bürokostenaufschlags. Diesen ermittelte die SMS anhand ihrer Buchführung mit 15 %.

Die so errechneten Werte für die Abwicklung der Mitbenutzungen und Dienstleistungspauschalen fasste die SMS in einem Businessplan zusammen. In diesem wurden auch bekannte sowie zu erwartende Ertrags- und Aufwandsentwicklungen berücksichtigt. Hiernach haben die Vertragsparteien die SMS-Provision für die Abwicklung der Mitbenutzungen so angepasst, dass für die vier Bereiche insgesamt eine Umsatzrendite von 5 % verblieb. Nach Aussage der WP-Gesellschaft bewegt sich die Umsatzrendite von 5 % in einer üblichen Bandbreite.

Mit der Neuregelung sind die kommerziellen Tätigkeiten des SWR im Zusammenhang mit der Sendermitbenutzung weitgehend in die SMS ausgelagert. Im SWR verbleiben Aufgaben, soweit sie die eigene Programmverbreitung berühren (z. B. endgültige Freigabe), und Vertragsverhandlungen bei Mitbenutzung durch kommerzielle Rundfunkdienste und nicht-kommerzielle Telekommunikationsdienste.

Für das Geschäftsfeld waren für die Vergütungen keine Vergleichswerte zu ermitteln. Daher findet die Kostenaufschlagsmethode nach der VPR Anwendung. Der Businessplan beruht auf realistisch einzuschätzenden Planzahlen. Der Rechnungshof erachtet die Vergütungen der SMS als marktkonform, da sich die angestrebte Umsatzrendite von 5 % in einer nicht überhöhten Größe bewegt.

- 16** Zwei Jahre nach Vertragsbeginn sind nach der Vereinbarung die SMS-Vergütungen erstmals zu überprüfen. Zu diesem Zeitpunkt liegen die tatsächlichen Erträge und Aufwendungen für die ersten beide Jahre vor. Der Rechnungshof empfiehlt, im Rahmen der Überprüfung, sofern weiterhin keine Vergleichswerte vorhanden sind, die Kosten-

- 42 -

aufschlagsmethode konsequent anzuwenden und die Ermittlung in den Compliance-Dokumenten festzuhalten. Grundlage der SMS-Vergütung bilden hierbei die Gesamtkosten der einzelnen Bereiche des Geschäftsfelds Sendermitbenutzung. Dabei ist jeder Bereich für sich zu betrachten. Die Kosten für die Infrastrukturdienstleistungen sind den einzelnen Mitbenutzungsrubriken zuzuordnen, soweit sie auf diese entfallen.

Der SWR und die SMS sagten eine entsprechende Überprüfung zu.

9.2.2.2 Geschäftsfeld Technische Dienstleistungen

Nach den Ausführungen in den Compliance-Dokumenten nehmen im Geschäftsfeld Technische Dienstleistungen Dritte freie Kapazitäten, insbesondere des SWR-Produktionsbetriebes, im Rahmen der Randnutzung über die SMS in Anspruch. Über diese Angaben hinaus beinhaltet dieses Geschäftsfeld aber auch noch Personalkostenberechnungen und Eigengeschäfte.

9.2.2.2.1 Personal und Finanzen

Nach den Compliance-Dokumenten waren in den Jahren 2010 bis 2014 zwischen sechs und acht Personen (VZÄ) in diesem Geschäftsfeld beschäftigt.

Im Prüfungszeitraum ergaben sich folgende Spartenergebnisse und Umsatzrenditen:

Tabelle 10: Spartenergebnisse und Umsatzrenditen Technische Dienstleistungen

| | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 |
|--------------------------------------|--------------|--------------|---------------|--------------|---------------|
| Erträge in T€ (1) | 1.615 | 1.322 | 1.045 | 1.112 | 1.181 |
| Aufwendungen in T€ (2) | 1.551 | 1.228 | 1.003 | 1.022 | 1.160 |
| Deckungsbeitrag in T€ (1)-(2)=(3) | 64 | 94 | 42 | 90 | 21 |
| Umlage in T€ (4) | 130 | 115 | 167 | 159 | 223 |
| Spartenergebnis in T€ (3)-(4) | -66 | -21 | -125 | -69 | -202 |
| Umsatzrendite in % | -4,09 | -1,59 | -11,96 | -6,21 | -17,10 |

Das Spartenergebnis war im gesamten Zeitraum negativ. Die SMS erachtet den Geschäftsbereich dennoch als rentabel, da sich vor Abzug der Verwaltungsumlage ein positiver Deckungsbeitrag ergebe. Derzeit finden in der SMS Überlegungen zur Optimierung aller Geschäftsbereiche statt. Hierbei strebt sie auch für die Technischen Dienstleistungen ein positives Spartenergebnis an.

- 43 -

Im Rahmen der Prüfung hat der Rechnungshof auch die im Geschäftsfeld erzielten Erträge eingesehen. Hierbei zeigte sich, dass in diesen neben den Erträgen aus der Vermarktung von SWR-Kapazitäten auch Erträge aus der Berechnung von Personalkosten an den SWR sowie Erträge aus eigenen technischen Dienstleistungen der SMS gegenüber Dritten (Eigengeschäfte) enthalten sind. Dies spiegelt sich in den Compliance-Dokumenten nicht wider. Dort ergibt sich der Eindruck, dass sämtliche Erträge aus der Vermarktung der freien SWR-Kapazitäten stammten. Die Erträge setzen sich tatsächlich wie folgt zusammen:

Tabelle 11: Zusammensetzung der Erträge Technische Dienstleistungen

| Erträge aus | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 |
|-------------------------------------|-------|-------|-------|-------|-------|
| | in T€ | | | | |
| Vermarktung von SWR-Kapazitäten | 1.155 | 792 | 647 | 605 | 660 |
| Personalkostenberechnung an den SWR | 127 | 127 | 143 | 159 | 170 |
| Eigengeschäfte | 333 | 396 | 255 | 348 | 351 |
| Summe | 1.615 | 1.315 | 1.045 | 1.112 | 1.181 |

9.2.2.2.2 Sicherstellung der Marktkonformität bei der Vermarktung der SWR-Kapazitäten

Zwischen dem SWR und der SMS besteht eine Vereinbarung vom 17./18. November 2010 über die Vermietung und Verpachtung von Produktionsmitteln des SWR an Dritte. Sie trat rückwirkend zum 1. Januar 2010 in Kraft und hatte eine Laufzeit bis 31. Dezember 2012. Sie verlängert sich automatisch um ein Jahr, wenn sie nicht gekündigt wird. Bisher hat noch keine Vertragspartei die Kündigung erklärt. Hierin überträgt der SWR der SMS die Vermarktung seiner freien Kapazitäten zur Erwirtschaftung weiterer Finanzmittel. Die SMS ist nur berechtigt, Aufträge von Dritten anzunehmen, wenn der SWR zuvor bestätigt hat, dass er die Kapazitäten nicht selbst benötigt. Sie betreibt dieses Geschäftsfeld im eigenen Namen und auf eigene Rechnung.

Zur Abwicklung der Aufträge ist i. d. R. folgender Ablauf vorgesehen: Nach einer Anfrage durch einen Dritten klärt die SMS mit dem SWR ab, ob zum gewünschten Termin die erforderlichen Kapazitäten zur Verfügung stehen. Soweit diese vorhanden sind, erstellt die SMS in Abstimmung mit dem SWR ein Angebot. Im Falle einer Auftragserteilung werden im SWR die Leistungen disponiert sowie ein Kostenträger zur Leistungsverbuchung angelegt. Nach erbrachter Leistung durch den SWR erstellt die SMS die Rechnung und übernimmt das Inkasso.

Für die Vermarktung der Restkapazitäten wird die Wiederverkaufsmethode angewandt. Hierzu hat die SMS im Rahmen eines äußeren Preisvergleiches für vergleichbare technische Leistungen Preise erhoben. Die Preiserhebung ist in den Compliance-Dokumenten ausgeführt.

Für die Auftragsabwicklung erhält die SMS von den erzielten Nettoerträgen pro Auftrag eine gestaffelte Vergütung. Sie beträgt für Aufträge mit einem Volumen

- bis 49.999 € 15 % und
- ab 50.000 € 5 %.

- 44 -

Den Restbetrag hat die SMS an den SWR abzuführen. Für Aufträge mit einem Volumen ab 50 T€ haben die Parteien eine geringere Vergütung vereinbart, da hier der Aufwand der SMS in Relation zum Volumen geringer ist. Zur Höhe der Vergütung holte die SMS Erkundigungen bei einem Unternehmen ein, das vergleichbare Produktionsleistungen erbringt. Dabei wurde der SMS bestätigt, dass sich die Vergütung in vergleichbarer Höhe bewege. Unterlagen sind hierzu nicht vorhanden.

Der Rechnungshof hat in Stichproben Aufträge und Abrechnungen eingesehen. Das Volumen der einzelnen Aufträge betrug, von Ausnahmen abgesehen, weniger als 50 T€. Damit erhielt die SMS aus nahezu allen Aufträgen eine Vergütung von 15 % des jeweiligen Vertragsvolumens.

Der Rechnungshof erachtet die Vergütung als marktkonform.

9.2.2.2.3 Weitere Feststellungen zur Marktkonformität

a) Personalkostenberechnung an den SWR

Für vier Mitarbeiter berechnet die SMS die Personalkosten – reine Gehaltskosten (einschließlich der Arbeitgeberbeiträge) ohne Aufschlag – an den SWR weiter, da diese für den SWR tätig sind.

Für die Ausführung der Eigengeschäfte stellt die Anstalt der SMS einen Mitarbeiter zur Verfügung. Im Gegenzug überlässt sie dem SWR für dessen Ausfall einen Mitarbeiter. Unterschiede im Gehalt und dem überlassenen Beschäftigungsumfang rechnet die SMS ohne Aufschlag gegenüber der Anstalt ab.

- 17** Bei der Überprüfung ergaben sich keine Anhaltspunkte für überhöhte Zahlungen der Anstalt. Grundlage für die Personalkostenberechnungen waren die reinen Personalkosten ohne Aufschlag. Dessen ungeachtet sind für die Leistungsbeziehungen zwischen der Anstalt und ihrem Beteiligungsunternehmen im Voraus schriftliche Vereinbarungen abzuschließen. In keinem der Fälle besteht eine solche Vereinbarung. Der Rechnungshof fordert den SWR auf, die Berechnung der Personalkosten schriftlich zu regeln, z. B. in der bestehenden Sach- und Dienstleistungsvereinbarung. Die Höhe des Entgelts wäre dabei nach der VPR zu ermitteln und zu dokumentieren. In diesem Zusammenhang ist auch zu überlegen, die vier erstgenannten SMS-Mitarbeiter in den SWR zu überführen, da sie seit Jahren für den SWR tätig sind.

Der SWR und die SMS schließen sich den Forderungen des Rechnungshofs an und prüfen bereits die kurzfristige Übergabe der Beschäftigungsverhältnisse von der SMS an den SWR.

b) Eigengeschäfte

Die Erträge stammen aus technischen Leistungen gegenüber Dritten, die die SMS selbst erbringt. Diese Geschäfte sind in den Compliance-Dokumenten nicht ausgewiesen. Der SWR erhält hieraus keine Erstattung. Es handelt sich hierbei im Wesentlichen um einen Vertrag mit dem Europäischen Parlament in Straßburg. Die SMS hat danach den störungsfreien Betrieb aller audiovisuellen Geräte

- 45 -

während der Sitzungswochen sicherzustellen. Sie ist zudem für die Wartung und Reparatur der Geräte verantwortlich. Der Auftragsvergabe ging eine Ausschreibung durch das Europäische Parlament voraus. Eine stichprobenweise Einsichtnahme von Abrechnungen ergab, dass sich die von der SMS berechneten Entgelte in einer marktüblichen Bandbreite bewegten. Hinweise für eine Quersubventionierung dieser Eigengeschäfte ergaben sich nicht.

- 18** Der Rechnungshof empfiehlt, in den Compliance-Dokumenten die Eigengeschäfte eindeutig auszuweisen.

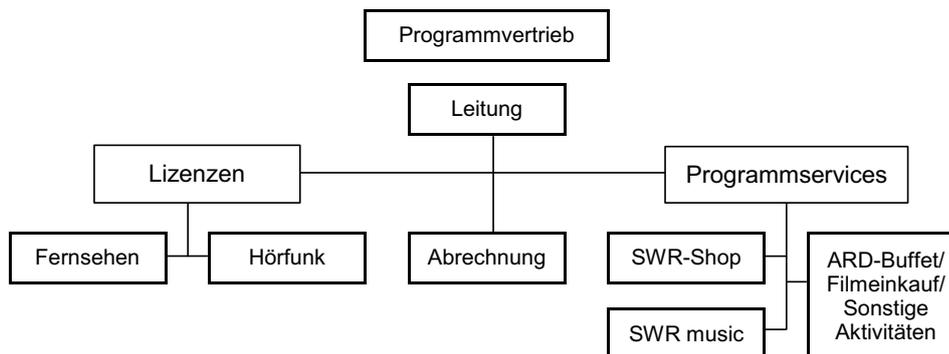
Entsprechend der Stellungnahme soll die Empfehlung umgesetzt werden.

9.2.2.3 Geschäftsfeld Programmvertrieb

9.2.2.3.1 Organisation

Der Programmvertrieb war im Prüfungszeitraum in die Bereiche Lizenzen und Programmservices gegliedert. Zum Lizenzbereich gehörten die Programmlicenzierungen an Verlage, Ton- und Bildtonträger und TV-Rechte. Das eigene unternehmerische Handeln war im Bereich Programmservices angesiedelt.

Schaubild 2: Organigramm des Programmvertriebs bei der SMS



9.2.2.3.2 Personal und Finanzen

2014 gab es nach den Compliance-Dokumenten im Geschäftsbereich Programmvertrieb 12,58 VZÄ-Stellen bei der SMS.

Die Umsatzrendite des Gesamtbereichs bewegte sich 2010 bis 2014 im Durchschnitt bei rd. 10 %.

- 46 -

Tabelle 12: Umsatzrendite im Programmvertrieb

| | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 |
|--------------------------------------|--------------|--------------|-------------|-------------|-------------|
| Erträge in T€ (1) | 5.000 | 4.839 | 4.096 | 4.168 | 3.718 |
| Aufwendungen in T€ (2) | 3.996 | 3.526 | 3.347 | 3.473 | 3.207 |
| Deckungsbeitrag in T€ (1)-(2)=(3) | 1.004 | 1.313 | 749 | 695 | 511 |
| Umlage in T€ (4) | 347 | 317 | 435 | 313 | 435 |
| Spartenergebnis in T€ (3)-(4) | 657 | 996 | 314 | 382 | 76 |
| Umsatzrendite in % | 13,14 | 20,58 | 7,67 | 9,17 | 2,04 |

9.2.2.3.3 Aufgaben

Die Aufgaben des Geschäftsfelds beinhalten den Lizenzhandel, Beziehungen zu Verlagen, den SWR-Shop und Serviceprojekte.

Der Lizenzhandel umfasst die rundfunkmäßige und außerrundfunkmäßige Verwertung des SWR-Programms. Das betrifft sowohl die Fernseh- als auch die Hörfunkproduktionen. Im Bereich rundfunkmäßiger internationaler Vertrieb von fiktionalen Programmen, Dokumentationen und Musikproduktionen arbeitet die SMS vorrangig mit der Global Screen GmbH und der Studio Hamburg GmbH zusammen. Im Bereich Ausschnitte stellt sie Material für Auftragsproduktionen von RfA und Dritten zur Verfügung. Verwertungen von Digital Versatile Discs (DVD-Verwertungen) erfolgen über am Markt tätige DVD-Hersteller. Das gleiche gilt für die VOD-Verwertung über Lizenzen an verschiedene Vertriebspartner.

Die außerrundfunkmäßige Verwertung umfasst Lizenzierungen an DVD-Produzenten, Videoportale und Einrichtungen, die Programme öffentlich vorführen oder veröffentlichen möchten. Lizenzen für Musik- und Wortproduktionen des Hörfunks verkauft die SMS an Musikträgerhersteller, Hörbuchverlage und Audioportale.

Die SMS vermarktet regional in eigener Regie und über Kooperationen mit Verlagen, wenn sie keine geeigneten Marktpartner findet.

Sie betreibt aus Promotionsgründen einen Shop, der nur im Internet aktiv ist. Der SWR-Shop wird als Spiegelbild der Produktpalette und als Mittel, aktionsgebunden auf Programmereignisse zu reagieren, gesehen. Die Lizenzprodukte umfassen u. a. Musik-Compact Discs (CDs), Hörspiele und DVDs. Der Shop war im Prüfungszeitraum – bis auf das Jahr 2012 – defizitär. Die Dienstleistung des Betreibens des SWR-Shops hat der SWR der SMS bisher nicht vergütet.

Serviceprojekte erstrecken sich einerseits auf die Zusammenarbeit mit Redaktionen, wenn in Produktionen Merchandising-Produkte integriert sind. Das gilt z. B. beim „ARD-Buffer“. Andererseits gehört auch die Beschaffung von Programmen Dritter für das SWR Fernsehen dazu.

9.2.2.3.4 Vertragliche Grundlagen

Der SWR und die SMS nennen im Compliance-Dokument zum Programmvertrieb folgende wesentliche Vertragsgrundlagen:

- a) Verwertungsrahmenvertrag
- b) Verwertungsvereinbarung SWR1 Band
- c) Verwertungsverträge bezüglich des SWR, der SMS und bestimmten SWR-Klangkörpern
- d) Vertrag zwischen der SMS und dem Experimentalstudio e. V.
- e) Vereinbarung zwischen der SMS und der Schwetzingen SWR Festspiele GmbH
- f) Vereinbarung über die kommerzielle Mitschnittverwertung
- g) Vereinbarung zwischen dem SWR und der SMS bezüglich des „ARD-Buffets“
- h) Vereinbarung zwischen dem SWR und der SMS zum Schulfernsehen
- i) Vereinbarung zwischen dem SWR und der SMS zum Programmankauf.

Die SMS hat mit externen Dritten Programmverwertungs- und Lizenzverträge abgeschlossen.

Im Einzelnen ist zu den Grundlagen des Programmvertriebs von SWR und SMS Folgendes zu sagen:

- a) Verwertungsrahmenvertrag

Der SWR schloss am 17./18. November 2010 mit der SMS einen VRV ab. Nach diesem überträgt der SWR der Gesellschaft die Verwertungsrechte an seinen Produktionen. Er dient vorrangig dazu, die Verwertungsstrukturen zu zentralisieren. Dabei sollen die Verwertungs- und Nutzungsrechte gesichert und das Programmvermögen des SWR finanziell zu marktkonformen Preisen ausgeschöpft werden. Die Programmhoheit und -unabhängigkeit des SWR darf nach der Präambel des VRV nicht beeinträchtigt oder behindert werden.

Der SWR erhält als Gegenleistung für die übertragenen Rechte nach § 9 VRV grundsätzlich eine Erlösbeteiligung von 18 % an den Bruttoerlösen der SMS. Die SMS hat von ihrem Anteil an den Bruttoerlösen neben sämtlichen Kosten, die im Zusammenhang mit der Verwertung entstehen, auch die Kosten zur Befriedigung sämtlicher Ansprüche von Dritten einschließlich etwaiger Rechtsverteidigung und die Kosten eines etwaigen Rechtenacherwerbs zu tragen (§§ 3, 4 und 9 VRV). Es handelt sich hierbei um einen zur Vereinfachung der Abrechnung vom SWR festgelegten Mittelwert. Die WDR mediagroup GmbH hatte eine Spanne von 15 bis 21 % als marktüblich ermittelt. Der Vertrieb erfolgt dabei in den Verwertungsbereichen durch Distributionspartner oder selbstverlegerisch.

- 48 -

Die einzelnen Verwertungsbereiche sind:

- TV-Senderechte

Die SMS hat mit der Global Screen GmbH – ein joint venture der Telepool GmbH und der Bavaria Media GmbH – und der Studio Hamburg GmbH Verträge über den Verkauf der internationalen TV-Senderechte des SWR abgeschlossen.

- Ausschnittverwertung

Die SMS rechnet die Ausschnittverwertung im ARD-Verbund nach § 11 Abs. 2 VRV pauschal ab, da bei dieser Verwertung keine Lizenzkosten anfallen. Aufgrund der Kleinteiligkeit und des damit verbundenen hohen Verwaltungsaufwands vereinbarten der SWR und die SMS eine Pauschale für die Bearbeitung der Ausschnittverwertung im ARD-Verbund. Der SWR erstattet nach § 11 Abs. 2 VRV der SMS eine Bearbeitungspauschale von 25.000 € pro Jahr. Zwischen 2010 und 2014 gab es durchschnittlich 136 Anfragen nach Ausschnitten, was einem Arbeitsentgelt von 184 € pro Ausschnitt entspricht. Dem Rechnungshof liegen Vergleichszahlen anderer RfA vor. Die durchschnittliche Bearbeitungsgebühr der SMS liegt im mittleren Preissegment und ist somit als marktkonform anzusehen.

- DVD-/CD-Verwertung

Die SMS verwertet sowohl Archivmaterial als auch neue Produktionen im Fernseh- und Hörfunkbereich auf DVD bzw. CD. Sie arbeitet dabei mit bekannten Herstellern und Verlagen zusammen und lizenziert die entsprechenden Produkte.

- VOD-/AOD-Verwertung

Unter der VOD- und AOD-Rechteverwertung ist der Verkauf von Rechten an Produktionen über das Internet zu verstehen. Meistens läuft die Verwertung bei Fernseh- und Hörfunkproduktionen parallel zur haptischen Verwertung über DVD bzw. CD.

Die ARD und das ZDF beabsichtigten eine gemeinsame VOD-Rechteverwertung über die eigens seinerzeit gegründete Gesellschaft Germany's Gold GmbH. Aus kartellrechtlichen Gründen scheiterte dieses Projekt 2013. Die Gesellschaft wurde am 10. Februar 2014 liquidiert.

Der SMS arbeitet heute vorrangig mit der Studio Hamburg GmbH zusammen. Diese stellt die Video-Programme auf bekannte Verkaufsportale.

Wortproduktionen stellt die SMS seit 2012 bekannten Audiportalen unter dem Namen SWR edition zur Verfügung.

- Marken-, Logo- und Merchandisinglizenzen

Die SMS lizenziert Bücher und Zeitschriften u. a. als Merchandisingprodukte.

- 49 -

- Kleinlizenzen

Personen und Einrichtungen fragen Lizenzen für eigene Zwecke (Schulungen, öffentliche Auftritte) nach. Die SMS bearbeitet diese Verfahren einheitlich.

Da bei dieser Verwertung kein positives Ergebnis zu erwarten ist, ist hier eine Ausnahmeregelung nach § 9 VRV vorgesehen. Die SMS erhält bei Kleinlizenzen alle aus der Verwertung resultierenden Erlöse.

Der Umfang dieser Verwertung ist gering. Sie kann sich daher nicht spürbar auf dem Markt auswirken.

- Weitere geplante Verwertungen

Die SMS plant in den nächsten Jahren den Schwerpunkt auf den Ausbau der Online-Verwertung VOD und AOD zu legen. Der SWR und die SMS beabsichtigen in diesem Zusammenhang, eine sendeplatzbezogene Strategie für die Platzierung von SWR-Produkten in YouTube auszuarbeiten. Dabei wird ein kommerzieller Auftritt der SMS dort erwogen. Es könnten Erlöse aus dem Einstellen in ein Werbeumfeld erzielt werden. Zudem ist zu bestimmten Programmen der Verkauf von Apps vorgesehen.

- 19** Der Rechnungshof weist darauf hin, dass der SWR und die SMS beim Ausbau dieses Verwertungsweges genau unterscheiden sollten, was zur Erfüllung des Auftrags des SWR gehört und was kommerzielle Tätigkeit der SMS ist.

Der SWR und die SMS schlossen sich in der Stellungnahme der Empfehlung des Rechnungshofs an. Sie sagten zu, den VRV entsprechend anzupassen.

Der Rechnungshof bittet den SWR und die SMS, ihm den geänderten VRV zeitnah zuzuleiten.

Insgesamt ist zu den Regelungen im VRV auszuführen:

Der VRV umfasst viele Verwertungsarten, die – bis auf die Ausschnittverwertung und die Kleinlizenzen – einheitlich geregelt sind. Dem SWR stehen als Gegenleistung für die übertragenen Rechte 18 % der Bruttoerlöse zu, d. h., es wird die Wiederverkaufpreismethode angewandt. Die Preisvergleichsmethode sei, so der SWR, nicht anwendbar, da in diesem Bereich kein Markt existiere. Die Vorgehensweise führe dazu, dass sowohl der SWR als auch die SMS ein positives Ergebnis erzielen. Nach den internen Compliance-Dokumenten reicht dieser Effizienznachweis der SMS als Beweis für ein marktkonformes Verhalten aus.

Der Rechnungshof stimmt der Argumentation des SWR zu, dass die Preisvergleichsmethode nicht angewandt werden kann und deshalb nach der Wiederverkaufpreismethode vorgegangen wird. Allerdings eignet sich die Effizienz der SMS nicht, um marktkonformes Verhalten nachzuweisen. Vielmehr muss die Gewinnspanne bzw. die Umsatzrentabilität anderer programmvertreibender Unternehmen als Vergleichsmaßstab herangezogen werden. Die Umsatzrentabilität bewegt sich nach Erkenntnissen des Rechnungshofs bei vergleichbaren Unternehmen

- 50 -

zwischen 3 % und 10 %, – je nachdem wie risikoreich die geschäftliche Tätigkeit ist. Die Umsatzrentabilität des Programmvertriebs der SMS liegt von 2010 bis 2014 durchschnittlich bei rd. 10 %. Die Regelungen des VRV sind ungeachtet der Argumentation des SWR insgesamt als marktkonform zu beurteilen.

- 20** Gleichwohl empfiehlt der Rechnungshof, künftig die Vertriebsarten und deren Umsatzrentabilität differenziert zu betrachten. Die VPR sieht bei der Wiederverkaufsmethode vor, dass aus den Erlösen eine marktübliche Marge abgezogen wird, die fremde unabhängige Unternehmen aus vergleichbaren Geschäften erzielen. Die Kosten für die einzelnen Verwertungsarten sind unterschiedlich hoch. Es sind deshalb unterschiedliche prozentuale Erlösbeteiligungen je nach Verwertungsart marktüblich. Die Höhe der zu erwartenden Umsatzrentabilität der SMS sollte Maßstab für die Höhe der Erlösbeteiligung des SWR sein, und zwar nach Vertriebsarten verschieden. Der SWR sollte mittelfristig eine solche Differenzierung erwägen, da sich auch die Umsätze in den Vertriebsarten verschieden entwickeln. So gilt die relativ geringe Kosten verursachende VOD-Verwertung als Wachstumsmarkt, während im kostenintensiveren DVD-Markt Umsatzeinbrüche prognostiziert werden.

Der SWR und die SMS haben angekündigt, die Vertriebsarten und deren Umsatzrentabilität differenziert nach den unterschiedlichen Verwertungsarten zu betrachten. Darüber hinaus befindet sich ein neuer VRV zur Aktualisierung des Leistungsumfangs und der Kostenerstattung in Abstimmung.

b) Verwertungsvereinbarung SWR1 Band

Der SWR beauftragte die SMS mit der Vermarktung der SWR1 Band bei externen Veranstaltungen, die er nicht selbst durchführt. Der SWR und die SMS schlossen über diese Dienstleistung am 14. Dezember 2009 einen Vertrag ab. Danach koordiniert die SMS bei den genannten Veranstaltungen mit den jeweiligen Dritten das Engagement der SWR1 Band. Die SMS erhält für ihre Leistungen 12 % der Nettogage. Nach den Compliance-Dokumenten 2014 bewegt sich der Gesamtumsatz in diesem Bereich bei ca. 39 T€.

Es liegt eine kommerzielle Tätigkeit der SMS vor, der die SMS die in der VPR vorgesehene Wiederverkaufsmethode zugrunde legt. Vergleiche mit anderen Agenturen ergaben, dass die vereinbarte Provision marktüblich ist.

c) Verwertungsverträge bezüglich des SWR, der SMS und bestimmten SWR-Klangkörpern

Der SWR, die Vorstände der SWR-Klangkörper und die SMS hatten über die Verwertung der Produktionen der Klangkörper 2001 jeweils Sondervereinbarungen getroffen. Die Klangkörper waren:

- Radio-Sinfonieorchester Stuttgart,
- SWR Sinfonieorchester Baden-Baden und Freiburg,

- 51 -

- SWR Rundfunkorchester Kaiserslautern, heute Deutsche Radio Philharmonie Saarbrücken Kaiserslautern,
- SWR Vokalensemble Stuttgart.

Die beiden – 2016 fusionierten – Sinfonieorchester besaßen jeweils einen gemeinnützigen Förderverein.

Über die Verwertung der SWR Big Band-Produktionen bestand seit 1991 zusätzlich eine eigene Vereinbarung.

Aus den Bruttoerlösen der Vermarktung der Produktionen der Klangkörper außer der SWR Big Band hatte die SMS zunächst die Rechte Dritter abzugelten sowie Material- und sonstige direkte Kosten zu decken. Die SMS erhielt aus den Bruttoerlösen 35 % für eigene Betriebskosten. Von den verbliebenen Nettoerlösen standen 50 % den beteiligten Klangkörpern zu. Die restlichen 50 % erhielten bei den Sinfonieorchestern die Fördervereine. Bei den anderen Klangkörpern blieben sie bei der SMS.

Die SWR Big Band erhielt als Gegenleistung dafür, die Nutzungsrechte einzuräumen, 50 % der bei der SMS eingehenden Nettoerlöse.

Nach den Sondervereinbarungen wurden alle Produktionen der Klangkörper unter dem Label SWR music in Kooperation mit einem Verlag vermarktet.

Tabelle 13: SWR music Deckungsbeitrag von 2010 bis 2014

| | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 |
|--|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|
| | - T€ - | | | | |
| Erträge (1) | 236 | 188 | 143 | 133 | 139 |
| Aufwendungen (2) | 155 | 135 | 118 | 114 | 90 |
| Deckungsbeitrag (1) – (2) = (3) | 81 | 53 | 25 | 19 | 49 |
| Deckungsbeitrags- rate in % (3) : (1) | 34,32 | 28,19 | 17,48 | 14,29 | 35,25 |

Der Deckungsbeitrag berücksichtigt die Rechte- und Honorarkosten, die Ausschüttung an Klangkörper und Fördervereine sowie den Personalaufwand im Programmvertrieb. Er sank im Zeitraum 2010 bis 2014 von 81 auf 49 T€.

Die SMS ist bei der Vermarktung der Produktionen der Klangkörper kommerziell tätig und wendet hierbei die Wiederverkaufspreismethode an. Sie bekommt aus der Vermarktung je nach Klangkörper unterschiedliche Anteile an den Brutto- und Nettoerlösen: Zunächst erhält sie – außer bei der SWR1 Band – 35 % der Bruttoerlöse. Beim Sinfonieorchester gibt sie danach sämtliche Nettoerlöse weiter, bei den anderen lediglich 50 % der Nettoerlöse.

In den Compliance-Dokumenten weisen der SWR und die SMS darauf hin, dass kein Drittvergleich möglich sei, da auch nicht profitable Musik veröffentlicht werde.

- 52 -

Die Provision von 35 % der Bruttoerlöse sei marktkonform, da die SMS kaum oder keine Erlöse erwirtschaftete. Die SMS teilte mit, dass im Rahmen der Fusion der Klangkörper 2016 eine Neufassung der Verträge angestrebt werde.

- 21** Der Rechnungshof kann der Argumentation des SWR nicht folgen. Tatsächlich ist zwar kein Drittvergleich möglich, weshalb die Preisvergleichsmethode nicht angewandt werden kann. Aber die unterschiedliche Behandlung der einzelnen Klangkörper kann nicht nachvollzogen werden. Der Rechnungshof schlägt deshalb vor, den Verrechnungspreis nach der Kostenaufschlagsmethode zu berechnen, und zwar einheitlich für alle Klangkörper. Er empfiehlt, die Regelungen für die Klangkörper in den VRV zu integrieren.

Der SWR hat die Vorschläge des Rechnungshofs aufgegriffen, die Regelungen für die Klangkörper zu vereinheitlichen, die Kostenaufschlagsmethode für alle Klangkörper anzuwenden und die Regelungen in den VRV zu integrieren; die Vertragsverhandlungen dazu zwischen SWR und SMS seien derzeit noch im Gange.

- d) Vertrag zwischen der SMS und dem Experimentalstudio e. V.

Der Experimentalstudio e. V. ist ein eingetragener Verein, an dem der SWR (73,57 %), der Bayerische Rundfunk (10,99 %), das Zentrum für Kunst- und Medientechnologie (8,26 %) und die Stadt Freiburg (7,18 %) Mitgliederanteile halten.

Der Experimentalstudio e. V. und die SMS haben am 10./17. August 2011 einen Lizenzvertrag über die Produktionen des Experimentalstudio e. V. geschlossen. Danach überträgt der Verein grundsätzlich die Rechte zur Verwertung der Vertragsproduktionen auf Bild- und Tonträgern der SMS. Er erhält hierfür

die Nettoerlöse
minus Kosten von Rechten Dritter
minus Betriebskosten der SMS, pauschaliert auf 35 % der Nettoerlöse.

Die SMS wendet bei dieser kommerziellen Tätigkeit die Wiederverkaufspreismethode an. Sie begründet dies damit, dass bei der Verwertung der Produktionen auch solche vermarktet werden, die nicht rentabel seien. Die Anwendung der Preisvergleichsmethode sei nicht angebracht. Ein Vergleich mit Wettbewerbern sei nicht möglich.

- 22** Der Rechnungshof forderte den SWR auf, die Verwertung im VRV mit zu berücksichtigen.

Der SWR und die SMS sagten zu, die Empfehlung zu prüfen.

- e) Vereinbarung zwischen der SMS und der Schwetzingen SWR Festspiele GmbH

Die Schwetzingen SWR Festspiele GmbH, an der der SWR 33,33 % der Gesellschaftsanteile hält, hat mit der SMS am 13. August 2010 einen Lizenzvertrag geschlossen. Danach erhält die SMS das exklusive Recht, die Ton- und Bildaufnahmen der Schwetzingen Festspiele auszuwerten und im Handel zu vermarkten.

- 53 -

Im Gegenzug bekommt sie die Nettoerlöse minus Kosten von Rechten Dritter minus Betriebskosten der SMS von 35 % der Nettoerlöse. Die Regelung entspricht der mit dem Experimentalstudio e. V. getroffenen (s. o. lit. d)).

23 Der SWR sollte entsprechend vorgehen.

Nach der Stellungnahme wollen der SWR und die SMS die vorgeschlagene Maßnahme prüfen.

f) Vereinbarung über die kommerzielle Mitschnittverwertung

Der SWR wickelt im Auftrag der ARD die Verträge mit kommerziellen Mitschnittdiensten ab. Die Nachfrager der Mitschnittdienste zahlen für die Verwertung der Sendungen eine Lizenzgebühr. Die SMS führt die Aufgaben aus, d. h., sie vereinbart die Lizenzerlöse und verteilt sie unter den ARD-Anstalten nach dem sog. Fernsehvertragsschlüssel. Diese Tätigkeit ist in einer Vereinbarung zwischen dem SWR und der SMS vom 16. Januar 2003 geregelt. Danach erhält die SMS für ihre Dienstleistung die auf den SWR entfallenden Erlöse aus dieser Verwertung.

Die Erlöse betragen nach Angaben des SWR 2014 rd. 63 T€.

24 Die Erlöse des SWR aus der kommerziellen Mitschnittverwertung stehen in keinem Zusammenhang mit der Höhe der Kosten der Dienstleistungen der SMS. Diese Vorgehensweise ist nicht marktkonform. Die SMS sollte die Personalleistungen für die Verwaltung der Mitschnittverwertung erfassen und mit einem marktkonformen Kostenaufschlag dem SWR in Rechnung stellen. Die Erlöse selbst stehen dem SWR zu. Zudem sollte der SWR diese Dienstleistung in den VRV aufnehmen und entsprechend den dort genannten Vereinbarungen regeln.

Der SWR und die SMS befinden sich bereits in Gesprächen, das Ergebnis der Mitschnittverwertung transparent darzustellen und damit für die Zukunft zu bewerten.

Der Rechnungshof hält das Modell für eine marktkonforme Lösung.

g) Vereinbarung zwischen dem SWR und der SMS bezüglich des „ARD-Bufferets“

Die Begleitzeitschrift „ARD-Bufferet“ zur gleichnamigen Sendung basiert auf einer Kooperation zwischen dem SWR, der SMS und einem Verlag. Der SWR und die SMS schlossen am 4. März 2010 einen Dienstleistungsvertrag ab, der rückwirkend ab 1. Januar 2010 gilt.

Danach erbringt der SWR Koordinationsleistungen u. a. für die Erstellung der Zeitschrift. Die SMS trägt nach dem Vertrag im Gegenzug den pauschalierten Aufwendersatz für die Koordinierungsleistungen. Die SMS teilte mit, dass es sich um eine pauschale Kostenerstattung an den SWR für die Adaption der TV-Rezepte für das Print-Magazin sowie für die Nennung der Themen und Protagonisten der Sendungen handele.

- 54 -

Der SWR hält nach den Compliance-Dokumenten eine Anwendung einer Verrechnungspreismethode für wenig sinnvoll. Die SMS übernimmt pauschal Kosten. Die Berechnung der Pauschale orientiert sich an den Tarifverträgen des SWR.

- 25** Der Rechnungshof kann die Argumentation des SWR nicht nachvollziehen. Die Anwendung der Kostenaufschlagsmethode, d. h. die Übernahme der tatsächlichen Kosten mit einem marktüblichen Aufschlag, ist möglich. Eine pauschale Kostenerstattung ist – wie sie vorliegt – nicht marktkonform. Der SWR und die SMS sollten den Vertrag entsprechend ändern. Der Rechnungshof empfiehlt, die Dienstleistung in den VRV zu integrieren und die dort grundsätzlich für Dienstleistungen vorgesehene Regelung hierauf zu erstrecken.

Der SWR und die SMS folgen – entsprechend ihrer Stellungnahme – der Empfehlung des Rechnungshofs. Danach beabsichtigen sie, einen neuen Kooperationsvertrag zu erarbeiten, nach dem sie nicht mehr pauschal abrechnen werden.

- h) Vereinbarung zwischen dem SWR und der SMS zum Schulfernsehen

Der SWR sendet ein Schulfernsehprogramm. Begleitend zu diesen Sendungen erscheint ein Schulfernsehmagazin pro Quartal. Die SMS organisiert den Druck, den Versand und den Vertrieb. Sie stellt dem SWR die dabei direkt anfallenden Kosten und eine zusätzliche Provision von 20 % in Rechnung. Diese Leistungen und Gegenleistungen haben der SWR und die SMS vertraglich am 19. März 2014 festgelegt.

Es handelt sich um eine kommerzielle Tätigkeit der SMS, auf die sie die Kostenaufschlagsmethode anwendet. Die Provision von 20 % liegt nach vorliegenden Vergleichsaufschlägen auf einer marktüblichen Höhe.

- i) Vereinbarung zwischen dem SWR und der SMS zum Programmankauf

Die SMS kauft im Auftrag des SWR für diesen in geringem Umfang Produktionen ein. Sie erhält dabei folgenden Handling-Aufschlag:

- 19 % bei einem Ankaufvolumen bis 25.000 €,
- 16 % bei einem Ankaufvolumen bis 200.000 € und
- 13 % bei einem Ankaufvolumen über 200.000 €.

- 55 -

Die SMS kaufte von 2010 bis 2014 im folgenden Volumen Produktionen für den SWR ein:

Tabelle 14: Programmankauf für den SWR (ohne anteilige Personalkosten)

| | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 |
|----------------------------------|--------------|--------------|-------------|-------------|--------------|
| Erträge in € | 360.887 | 61.596 | 106.486 | 33.271 | 60.187 |
| Aufwendungen in € | 315.798 | 49.645 | 102.342 | 31.681 | 50.855 |
| Deckungsbeitrag in € | 45.089 | 11.951 | 4.144 | 1.590 | 9.332 |
| Deckungsbeitragsrate in % | 12,49 | 19,40 | 3,89 | 4,78 | 15,51 |

Die Deckungsbeitragsrate lag zwischen 3,89 % und 15,51 %.

Die Höhe der Handling-Aufschläge und ihre degressive Gestaltung je nach Auftragsvolumen sind marktüblich. Der durchschnittliche Deckungsbeitrag bewegt sich in einer marktgerechten Höhe.

9.2.2.3.5 Einzelaspekte beim Programmvertrieb

- Hinweise auf Merchandising-Produkte

Der SWR sendet nach § 6 Abs. 6 VRV Hinweise auf Merchandising-Produkte. Die SMS trägt die Produktionskosten der Hinweise. Für die Ausstrahlung zahlt sie dem SWR nichts, da es sich nicht um Werbung, sondern um redaktionelle, programmbegleitende Hinweise handelt.

Die Hinweise sind keine kommerziellen Tätigkeiten des SWR, solange sie eine redaktionelle Zusatzleistung darstellen. Nach Auskunft des SWR testiert das Justizariat die Voraussetzungen eines programmbegleitenden Produkts nach § 16 Abs. 4 RStV. Erst dann erfolge die Herstellung eines entsprechenden Trailers.

- 26** Der Rechnungshof konnte nicht feststellen, dass der SWR für Produkte unmittelbar geworben hat. Er weist den SWR darauf hin, auch weiterhin darauf zu achten, dass diese Grenze zur Werbung nicht überschritten wird.

Der SWR und die SMS werden nach der Stellungnahme darauf achten, die Grenzen zur Hörfunkwerbung nicht zu überschreiten.

- Exklusivität

Der SWR beauftragt und berechtigt nach § 1 VRV die SMS exklusiv, sämtliche audiovisuellen Produktionen zu vertreiben. Die SMS zahlt für diese Exklusivrechte keine gesonderte Vergütung.

Die SMS betont, dass sie nur bedingt ein Exklusivrecht besitze. Der SWR verwerte die Programmrechte auch über Koproduktionsverträge und teilfinanzierte Auftragsproduktionsverträge.

- 56 -

Der Rechnungshof kann der Argumentation der SMS nicht folgen. Die Verwertung über Kofinanzierungs- und Auftragsproduktionsverträge stellt keine kommerzielle Programmverwertung dar. Bei diesen Produktionen spielen neben der Rechteübertragung an Dritte auch redaktionelle Aspekte eine Rolle. Folglich besitzt die SMS ein Exklusivrecht für den kommerziellen Programmvertrieb.

- 27 Der Rechnungshof fordert den SWR auf, Regelungen im VRV zu treffen, die Entgelte für das Recht der exklusiven Verwertung vorsehen.

Der SWR und die SMS sagten in der Stellungnahme zu, den empfohlenen Exklusivitätsaufschlag zu überprüfen. Sie bemerken allerdings, dass sich der SWR im VRV vorbehalte, selbst Verwertungen vorzunehmen.

Der Rechnungshof weist darauf hin, dass kommerzielle Verwertungen ausgelagert werden müssen, die Verwertungsmöglichkeit gegenwärtig exklusiv bei der SMS liegt und daher von ihr zu vergüten ist.

9.2.2.4 Geschäftsfeld Werbevermarktung und Sponsoring

Die SMS vermarktet die Werbezeiten in den Werbeträgerprogrammen des SWR. Sie ist auch verantwortlich für die wirtschaftliche Abwicklung des Sponsorings. Weitere Aufgaben sind die Koordination und Kontrolle der Werbe- und Sponsoring-Aktivitäten auf ARD-Ebene sowie die Zusammenarbeit und Unterstützung des zentralen und landesbezogenen SWR-Marketings.

Im Compliance-Dokument hat die SMS u. a. folgende wesentliche Vertragsgrundlagen als Geschäftsvorgänge aufgeführt und (teilweise) einer Marktkonformitätsbeurteilung unterzogen:

- a) Werbevertrag,
- b) Sponsoringvertrag,
- c) Geschäftsbesorgungsvertrag zur Werbezeitenvermarktung,
- d) Vertriebsvereinbarung über Werbezeiten,
- e) Geschäftsbesorgungsvertrag DEGETO Film GmbH und
- f) Geschäftsbesorgungsvertrag Bayerische Rundfunkwerbung GmbH.

Im Folgenden geht der Rechnungshof auf die einzelnen Geschäftsvorgänge ein:

- a) Werbevertrag

Der Werbevertrag trat rückwirkend zum 1. Januar 2010 in Kraft. Die SMS vermarktet die Werbezeiten des SWR in eigenem Namen und auf eigene Rechnung und kann dafür die erforderlichen Sendezeiten in Anspruch nehmen. Neben ihren Eigenkosten übernimmt sie auch die Kosten der Werberahmenprogramme, die Ausstrahlungs- und Abspielkosten für die Rahmenprogramme und die Werbeeinschaltungen sowie die Marketingkosten. Die Übernahme der Kosten ist jedoch begrenzt auf einen Betrag von höchstens 84 % der mit Werbesendungen erzielten Umsätze. Unterschreiten die direkt von der SMS getragenen Kosten die Kosten

- 57 -

nach dieser Rechnung, leistet die SMS dem SWR eine Ausgleichszahlung (sog. Leistungserstattung).

Diese Regelung erachtet die SMS als marktkonform. Als einzige Begründung gibt sie an, dass alle Werbegesellschaften der ARD sich an dieser Maßgabe orientierten.

- 28** Ein bloßer Verweis auf die einheitliche Verfahrensweise innerhalb der ARD reicht nicht aus, um die Marktkonformität der Leistungsbeziehung zwischen dem SWR und seiner Tochtergesellschaft zu bejahen. Der SWR wird aufgefordert, diese zu prüfen, zu beurteilen, das Ergebnis zu dokumentieren und bei einem ggf. bestehenden Handlungsbedarf die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen.

Der SWR und die SMS haben sich in ihrer Stellungnahme diesen Forderungen angeschlossen. Der SWR hat darauf hingewiesen, dass die Gewinnermittlungspauschale für Werbung und Sponsoring nach ausgiebiger Diskussion und in mehrjährigen Verfahren vom Bundesfinanzministerium festgelegt worden sei. Das Bundesfinanzministerium und das Bundesamt für Finanzen hätten deutlich gemacht, dass eine 16%ige Gewinnermittlungspauschale auf die erzielten Werbeumsätze marktgerecht sei.

Im Ergebnis verbleibt der SMS aus dem Werbegeschäft jährlich ein Gewinn von 16 % der Umsätze. Dieser liegt in etwa in der gleichen Höhe wie der Provisionsatz von Agenturgeschäften aus diesem Bereich (15 %). Als problematisch sieht es der Rechnungshof jedoch an, wenn die Aufwendungen der Gesellschaft 84 % übersteigen würden. In diesem – gegenwärtig nur theoretischen – Fall ist keine Leistungserstattung an den SWR zu zahlen. Die Begrenzung der Kostenübernahme ist zudem nicht im Detail geregelt, also z. B. eine Priorisierung oder quotale Berechnung der Übernahme einzelner Aufwandspositionen.

b) Sponsoringvertrag

Der Sponsoringvertrag trat zum 1. Januar 2011 in Kraft. Die SMS schließt die Sponsoringverträge im Namen, im Auftrag und auf Rechnung des SWR ab. Sie erhält dafür eine Provision i. H. v. 15 % des jeweiligen vereinnahmten Netto-Sponsoringentgelts.

Zu diesem Bereich gehört auch die Abwicklung von After-Show-Partys bei großen TV-Sendungen. Grundlage für diese Leistung ist ein Schriftwechsel aus dem Jahr 2006 zwischen dem damaligen Leiter der HA Fernseh-Unterhaltung des SWR und dem Geschäftsführer der SMS. 2012 verlängerte der seinerzeitige Fernsehdirektor die Beauftragung. Die SMS erhält vom SWR ein Kartenkontingent, das sie im Paket mit Karten für die im Anschluss stattfindende Party verkauft. Aus diesen Verkaufserlösen finanziert sie die After-Show-Partys. Die SMS versucht, im Zeitablauf die Partys sowohl für sich als auch für den SWR kostendeckend zu organisieren. Die Vergütung der SMS für diese Leistung ist in der Sponsoring-Provision mit abgegolten.

- 58 -

Die SMS beurteilt die Provision für ihre Leistungen im Bereich Sponsoring als marktkonform. Sie sei am ehesten mit Leistungen von Agenturen vergleichbar. Eine Provision von 15 % sei marktüblich. Sie nennt in diesem Zusammenhang die Kostenaufschlagsmethode.

- 29** Der Rechnungshof geht von der Anwendung der Preisvergleichsmethode aus und stimmt im Übrigen der Bewertung zu. Allerdings sollte auch hier der SWR selbst die Leistungsbeziehung regelmäßig auf ihre Marktkonformität hin überprüfen und dies dokumentieren.

Auch hier schließen sich der SWR und die SMS der Empfehlung des Rechnungshofs an.

- c) Geschäftsbesorgungsvertrag zur Werbezeitenvermarktung

Der Vertrag zwischen der AS&S und den Werbegesellschaften stammt aus dem Jahr 2000 und wurde zwischenzeitlich bezüglich der Höhe des pauschalen Gewinnaufschlagsatzes geändert. Die AS&S vermarktet im Namen, im Auftrag und auf Rechnung der Werbegesellschaften die Werbezeiten in nationalen Kombinationsangeboten. Sie erhält dafür eine Provision i. H. v. 5 % der Nettoumsatzerlöse sowie ggf. zusätzlich Kostenersatz.

Angaben zur gewählten Verrechnungspreismethode oder zum Nachweis marktkonformen Verhaltens macht die SMS nicht. Sie begründet dies damit, dass es sich um eine ARD-einheitliche Regelung handle. Auf Nachfrage teilte sie mit, dass keine andere ARD-Anstalt – auch nicht die für die Gesellschaft federführende – solche Erläuterungen gebe oder die Marktkonformität prüfe.

Nach Auffassung des Rechnungshofs muss der SWR jedoch grundsätzlich auch die Einhaltung der Marktkonformität in den Leistungsbeziehungen zu seinen Einzelgesellschaften sicherstellen. Im Sinne der Arbeitsteilung innerhalb der ARD dürfte indes ausreichen, dass zumindest die federführende Anstalt die Marktkonformität beurteilt und dies entsprechend hinterlegt.

- 30** Der Rechnungshof fordert den SWR auf nachzuweisen, dass er sich davon überzeugt hat, dass die Vorgaben des RStV bei der Leistungsbeziehung zwischen der SMS und der AS&S eingehalten werden.

- d) Vertriebsvereinbarung über Werbezeiten

Mit dieser Vereinbarung von 2007 beauftragt die SMS die AS&S mit dem nationalen Vertrieb von Hörfunkwerbezeiten im Rahmen von regionalen Verkaufspaketen. Die AS&S erhält dabei eine Provision i. H. v. 1 % der eingehenden Zahlungen. Für Umsätze, die oberhalb der im Forecast prognostizierten Umsätze liegen, erhöht sich die Vergütung auf 4 %. Die letztgenannte Regelung gibt es nur bei der SMS und nicht bei den anderen ARD-Werbegesellschaften, die ansonsten gleichlautende Verträge abgeschlossen haben.

- 59 -

Auch hier verzichtet die SMS mit Hinweis auf eine ARD-einheitliche Regelung auf weitere Angaben. Gleichzeitig weist sie darauf hin, dass sie eine andere Provisionsregelung als die anderen ARD-Werbegesellschaften gewählt habe.

Der SWR kann, so der Standpunkt des Rechnungshofs, dies nicht auf sich beruhen lassen. Vielmehr hat er grundsätzlich die Einhaltung der Vorgaben des RStV sicherzustellen.

- 31** Daher fordert der Rechnungshof den SWR, insbesondere wegen der abweichenden Provisionsregelung, erneut auf, die Einhaltung der Vorgaben des RStV nachzuweisen.

Der SWR und die SMS wenden sich gegen die Empfehlungen gem. Rdnr. 31 und 32 mit der Begründung, die Grundsätze zum marktkonformen Verhalten gälten zunächst zwischen dem SWR und seinen kommerziellen Beteiligungen. Eine weitergehende Kontrollpflicht sei nicht statuiert.

Dem Rechnungshof ist bewusst, dass, soweit es um Beteiligungen geht, primärer Regelungsadressat der §§ 16a ff. RStV die unmittelbaren Beteiligungen der RfA sind. Sollten sich jedoch Anzeichen für nicht marktkonformes Verhalten bei Enkelgesellschaften ergeben, ist die RfA gehalten, dort eine Prüfung der Marktkonformität und ggf. Korrekturmaßnahmen zu veranlassen.

Daneben erbringt die AS&S Leistungen für die Werbetöchter im Bereich ARD-Live-Sport-Sponsoring. Dies geschieht aufgrund eines Beschlusses der Intendanten von 2003, infolge dessen diese Tätigkeit in die AS&S verlagert wurde. Der Beschluss ist nicht in der Vereinbarung mit der AS&S nachvollzogen. Dementsprechend erwähnt die SMS diese Leistung nicht in ihren Compliance-Dokumenten, nennt keine Preisgestaltung und beurteilt auch nicht die Marktkonformität.

- 32** Der Rechnungshof fordert den SWR auf, für eine Aufnahme dieser Beauftragung in einen Vertrag mit der AS&S zu sorgen. Zudem hat er nachzuhalten, dass die federführende Anstalt eine Prüfung und Beurteilung der Marktkonformität und eine entsprechende Dokumentation durchführt.

Der SWR und die SMS stimmen der Forderung des Rechnungshofs zu und teilen außerdem mit, dass die SMS das Thema in die nächste Gesellschafterversammlung der AS&S einbringen werde.

- e) Geschäftsbesorgungsvertrag DEGETO Film GmbH

Mit diesem Vertrag beauftragt die SMS die DEGETO Film GmbH u. a. mit der Beschaffung und dem Erwerb von Rechten an Spielfilmen und Fernsehproduktionen aller Art für Rechnung der SMS, entweder im eigenen Namen (Kommissionsverträge) oder im Namen der SMS (Agenturverträge). Die DEGETO Film GmbH erhält dafür eine Kostenerstattung mit einem Gewinnzuschlag i. H. v. 0,5 % bzw. 0,1 %.

- 60 -

Auch hier hat die SMS keine Angaben zur gewählten Verrechnungspreismethode und zum Nachweis marktkonformen Verhaltens gemacht mit Hinweis darauf, dass alle ARD-RfA denselben Vertrag abgeschlossen hätten.

- 33** Der Rechnungshof wiederholt seine unter lit. a), c) und d) erhobenen Forderungen gegenüber dem SWR.

Der Rechnungshof verweist auf die Bemerkungen zu den Rdnr. 31 und 32.

- f) Geschäftsbesorgungsvertrag Bayerische Rundfunkwerbung GmbH

Gegenstand dieses Vertrags ist die Ausgestaltung der Geschäftsbesorgung des ARD-Sponsorings im Namen und auf Rechnung einzelner RfA bzw. Werbetöchter. Vorliegend ist die SMS Vertragspartnerin der Bayerischen Rundfunkwerbung GmbH. Letztere erhält für ihre Tätigkeit von allen Vertragspartnern 50 % einer Provision, die nach der Höhe der vereinbarten Vertragssummen des Sponsorings gestaffelt ist (fallend von 7,5 % bis 2,5 %). Die anderen 50 % werden unter den ARD-Werbeesellschaften nach einem von deren Geschäftsführern zu bestimmenden Verteilungsschlüssel aufgeteilt.

Auch hier hat die SMS weder eine Verrechnungspreismethode angegeben noch den Nachweis marktkonformen Verhaltens erbracht.

- 34** Es gilt das unter lit. a), c), d) und e) Geschriebene.

Der SWR und die SMS teilen die Empfehlung des Rechnungshofs. Zum 1. Januar 2016 seien die Geschäftsbesorgungsverträge zum ARD-Sponsoring umgestellt worden. Ein Grund hierfür seien die Regeln der Marktkonformität gem. §§ 16a ff. RStV gewesen. Die neue Provisionsregelung basiere auf der Kostenaufschlagsmethode zuzüglich einem Gewinnaufschlag von 5 %.

- 61 -

Das Geschäftsfeld Werbevermarktung und Sponsoring stellte sich im Prüfungszeitraum wie folgt dar:

Tabelle 15: Spartenergebnis Werbung und Sponsoring

| Spartenergebnis | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 |
|---------------------------------|--------------|---------------|---------------|---------------|---------------|
| Geschäftsfeld Werbung | in T€ | | | | |
| Erträge | 76.825 | 71.812 | 72.739 | 72.982 | 78.090 |
| Aufwendungen | 67.325 | 57.781 | 59.540 | 60.074 | 63.536 |
| Umlage Allg. Verwaltung + GL | 1.258 | 1.056 | 1.815 | 1.664 | 2.369 |
| Summe | 8.242 | 12.975 | 11.384 | 11.244 | 12.185 |
| Umsatzrendite in % | 10,73 | 18,06 | 15,65 | 15,41 | 15,60 |
| | | | | | |
| Geschäftsfeld Sponsoring | in T€ | | | | |
| Erträge | | 818 | | | 214 |
| Aufwendungen | | 593 | | | 205 |
| Umlage Allg. Verwaltung + GL | | 35 | | | 51 |
| Summe | | 190 | | | -42 |
| Umsatzrendite in % | | 23,23 | | | -19,63 |

Das Geschäftsfeld Werbung erzielte im Prüfungszeitraum Umsatzrenditen zwischen 10,73 % und 18,06 %.

- 35** Das Geschäftsfeld Sponsoring war im Prüfungszeitraum nur 2011 und 2014 getrennt ausgewiesen. Der Bereich erwirtschaftete positive Deckungsbeiträge, war aber 2014 nach Umlage defizitär. Der Rechnungshof geht davon aus, dass der SWR überprüfen wird, ob sich das Geschäftsfeld Sponsoring durch die in der SMS geplanten Umstrukturierungsmaßnahmen in Zukunft rentabel gestaltet.

Der SWR und die SMS sagen dies zu.

Der Rechnungshof beurteilt die Leistungsbeziehung insgesamt als marktkonform. Zur Frage der steuerlichen Regelungen vgl. Tz. 9.3.

9.2.2.5 Geschäftsfeld ARD-Werbung Zentrale Systemorganisation

Die ARD-Werbung Zentrale Systemorganisation (ZSO) ist eine Gemeinschaftseinrichtung aller ARD-Werbegeellschaften. Wesentliche Aufgabe ist die Entwicklung, Wartung, Pflege und Administration der zentralen Datenverbundanwendung für den Werbezeitenverkauf sowie die Wartung, Pflege und Administration des dazugehörigen Data Warehouse Systems für die Werbegeellschaften.

Die ZSO arbeitet aufgrund von Beschlüssen der Geschäftsführer der Werbegeellschaften. Die Aufwendungen und Investitionen legt sie auf alle beteiligten Geellschaften nach der Anzahl der jeweils gebuchten Werbetermine um. Der Verteilschlüssel wird jährlich neu angepasst.

Aufsicht führen in dienstlicher Hinsicht der Geschäftsführer der SMS und in fachlicher Hinsicht der Geschäftsführer der hr werbung GmbH und der AS&S.

- 62 -

Leistungsbeziehungen bestehen nicht zu fremden Dritten, sondern nur zu den ARD-Werbegesellschaften sowie zur AS&S und zur AS&S Radio.

Es handelt sich laut SMS nicht um eine kommerzielle Tätigkeit, da die SMS keine Leistungen am Markt anbietet.

Der Rechnungshof schließt sich dieser Beurteilung an.

9.2.2.6 Geschäftsfeld SWR Service

Der SWR Service (bis 2013 SWR3 Club) wurde insbesondere als ein Instrument zur Hörerbindung für SWR3 gegründet. Inzwischen stellt er verschiedene Servicedienstleistungen für Hörer, Zuschauer, User, Kunden und Programme des SWR sowie für dessen Töchter bereit. Dazu gehören Infoarbeit zu Sendungen, Aktionen, Services und Events, Abonnements, der Verkauf von Eintrittskarten und der Versand von Magazinen, Programminformationen, Broschüren und Kampagnenartikeln. Des Weiteren veranstaltet er pro Jahr ca. 350 Einzel- und Tour-Events (vgl. Tz. 7.2.3.6.2). Außerdem entwickelt und betreut er für die o. g. Geschäftstätigkeiten eine eigene Software.

Bis auf die kommerzielle Tätigkeit des Verkaufs von Eintrittskarten einschließlich des Versands von Kampagnenartikeln erbringt die SMS hier keine Leistungen am Markt.

Das Spartenergebnis entwickelte sich wie folgt:

Tabelle 16: Spartenergebnis Geschäftsfeld SWR Service

| Spartenergebnis | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | Abweichung 2014 zu 2010 |
|--|--------------|-----------|------------|------------|-------------|----------------------------|
| Geschäftsfeld SWR3 Club/SWR Service | in T€ | | | | | |
| Erträge | 6.506 | 7.306 | 8.750 | 7.826 | 6.739 | 233 |
| Aufwendungen | 7.003 | 7.047 | 8.017 | 7.572 | 6.735 | -268 |
| Umlage Allg. Verwaltung + GL | 229 | 233 | 384 | 343 | 462 | 233 |
| Summe | -726 | 26 | 349 | -89 | -458 | 268 |
| Umsatzrendite in % | -11,2 | 0,4 | 4,0 | -1,1 | -6,8 | |

Das Geschäftsfeld war 2010, 2013 und 2014 nach Umlage defizitär. Auskunftsgemäß hat es aber im Durchschnitt der letzten zehn Jahre einen Deckungsbeitrag von 288 T€ vor und von 14 T€ nach Umlage erwirtschaftet. Durch die Ausweitung der Geschäftstätigkeiten über SWR3 hinaus erwartet die SMS für 2015 ein Ergebnis vor Umlage von 484 T€.

Die SMS erhält für ihre Leistungen im Bereich Ticketing vom SWR Umsatzbeteiligungen (5 % bzw. mindestens 488 € brutto je Veranstaltung) und Pauschalbeträge (z. B. für Abendkassenpersonal oder den Ausdruck von Konzertkarten). Die Festlegung der Vergütungen resultierte aus dem Vergleich mit den Beträgen, die externe Agenturen vorher für die Abwicklung dieser Leistungen erhalten hatten (interne Preisvergleichsmethode). Die Verträge sind jedoch seit 2010 unverändert und die Vergütungen seitdem nicht auf ihre Marktkonformität überprüft worden.

- 63 -

- 36** Der Rechnungshof beurteilt die Vergütungspauschalen als marktkonform. Allerdings sollte der SWR diese regelmäßig einer Überprüfung unterziehen, dies dokumentieren und ggf. Anpassungen vornehmen.

Der SWR und die SMS weisen darauf hin, dass sie ab dem Geschäftsjahr 2016 einen neuen Ticketvertrag mit dem Ziel abgeschlossen hätten, bei allen Veranstaltungen ein einheitliches Abrechnungsmodell mit prozentualer Beteiligung zu hinterlegen. Sie hätten eine Überprüfung auf Marktkonformität im Dienstleistungsvertrag bereits angestoßen.

9.3 Besteuerung der Erträge aus den Betrieben gewerblicher Art des SWR

Die Vermarktung von Werbung und Sponsoring, die Programmverwertung und die Sendermitbenutzung sind auf die SMS mittels Kommissions- bzw. Agenturmodell ausgelagert (vgl. Tz. 8.1 und Tz. 9.2.2.4). Die an den SWR weitergegebenen Erträge fließen den einzelnen BgAs des SWR zu und werden dort versteuert. Hierbei wendet der SWR die mit der Finanzverwaltung abgestimmten steuerlichen Pauschalregelungen an. Bemessungsgrundlage für die Körperschaftsteuer sind

- nach § 8 Abs. 1 Satz 3 Körperschaftsteuergesetz 16 % der Entgelte aus Werbesendungen (einschließlich Sponsoring),
- nach einem Schreiben des Bundesfinanzministeriums vom 12. Januar 1998 25 % der Erlöse aus der gewerblichen Programmverwertung sowie
- nach einer Übereinkunft mit der Finanzverwaltung 30 % der Erträge aus Sendermitbenutzung.

Im Umkehrschluss unterstellen diese Regelungen bei der Anstalt Aufwendungen i. H. der Differenz, also zwischen 70 % und 84 %.

Der Rechnungshof hat den SWR um Antwort zu der Frage gebeten, ob dieser im Prüfungszeitraum im Bereich Werbung und Sponsoring Aufwendungen i. H. v. 84 % hatte. Die Anstalt hat mitgeteilt, dass sie wegen der Anwendung der Pauschalregelung die Aufwendungen auf das Werbegeschäft nicht exakt zugeordnet habe. Daher könne sie dazu keine Aussage treffen.

Der Bundesrechnungshof hat im Rahmen der Prüfung „Besteuerung der öffentlichen Hand und ihrer Beteiligungen“ im Teilbericht „Besteuerung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten“ Berechnungen auf Basis der an die KEF gemeldeten Werbeumsätze und Werbeerträge angestellt. Die Werbeerträge der RfA setzen sich zusammen aus den Leistungserstattungen, die die Werbetöchter an die Muttergesellschaften zahlen, und aus dem Gewinn der Sparte Werbung, der ebenfalls abgeführt wird. Zu den Werbeumsätzen ins Verhältnis gesetzt ergaben sich für die ARD im Zeitraum 2009 bis 2012 Reingewinnsätze von 29 % und für 2013 bis 2016 von 28 %.

- 64 -

Für den SWR stellt sich das Verhältnis Werbeerträge zu den Werbeumsätzen für den Zeitraum 2010 bis 2014 wie folgt dar⁹:

Tabelle 17: Verhältnis Werbeerträge zu den Werbeumsätzen 2010 bis 2014

| Verhältnis Werbeerträge zu den Werbeumsätzen | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 |
|--|--------|--------|--------|--------|--------|
| | in T€ | | | | |
| Nettowerbeumsätze (2) | 74.690 | 69.456 | 70.177 | 70.142 | 76.159 |
| Leistungserstattungen | 26.500 | 20.757 | 19.678 | 24.770 | 23.605 |
| Spartengewinn SMS | 8.242 | 7.795 | 7.801 | 7.796 | 8.466 |
| Werbeerträge (1) | 34.742 | 28.552 | 27.479 | 32.566 | 32.071 |
| Verhältnis (1) : (2) in % | 46,5 | 41,1 | 39,2 | 46,4 | 42,1 |

Der SWR wies in der Schlussbesprechung darauf hin, dass hierbei nicht alle seine Aufwandspositionen berücksichtigt seien.

Der Spartengewinn ergibt sich aus den Werbeumsätzen der Tochtergesellschaft abzgl. deren Eigenkosten und den Leistungserstattungen. Daneben übernimmt die SMS die Kosten der Werberahmenprogramme, die Ausstrahlungs- und Abspielkosten für die Rahmenprogramme und die Werbeeinschaltungen sowie die Marketingkosten. Folgende Aufwendungen für das die Werbung umgebende Programm waren im Prüfungszeitraum verbucht:

Tabelle 18: Aufwendungen für das Werberahmenprogramm

| Werberahmenprogramm | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 |
|---|--------|--------|--------|--------|--------|
| | in T€ | | | | |
| Filmgemeinschaftseinkauf Degeto Vorabend | 11.094 | 12.751 | 14.930 | 12.533 | 13.639 |
| Fremdproduktionsleistungen Programm | 96 | 94 | 103 | 97 | 96 |
| Bundesliga Rechte, Lizenzen und Technikkosten | 8.870 | 9.141 | 8.680 | 9.058 | 9.007 |
| Summe | 20.060 | 21.986 | 23.713 | 21.688 | 22.742 |

Würde man bei diesen Programmaufwendungen den Bezug zu den gewerblichen Umsätzen verneinen und sie stattdessen dem Auftrag und somit dem SWR zurechnen, ergäben sich Reingewinnsätze von 73,4 % bis 82,3 %.

Die Bundesregierung hat im Rahmen des Beihilfeverfahrens gegenüber der EU-Kommission 2007 verschiedene Zusagen gemacht. So hat sie sich u. a. verpflichtet, die steuerlichen Pauschalen für das Werbegeschäft sowie für den Bereich der Programmverwertung regelmäßig zu überprüfen und ggf. an die wirtschaftlichen Gegebenheiten anzupassen.

⁹ Werbung und Sponsoring aus Vereinfachungsgründen zusammengefasst. Berechnung analog 12. KEF-Bericht vom Dezember 1999, Tz. 253.

- 65 -

Die Einkommenspauschale bei der Besteuerung der Erträge aus dem Betrieb gewerblicher Art Werbung bestand in unveränderter Höhe seit seinerzeit 18 (mittlerweile 22) Jahren und die Gewinnpauschale bei der Besteuerung der Erträge aus dem Betrieb gewerblicher Art Programmverwertung ebenfalls unverändert seit seinerzeit 15 (mittlerweile 19) Jahren. Für den Bereich Sendermitbenutzung stehen steuerliche Betriebsprüfungen der Jahre 2010 bis 2013 aus, bei denen der SWR davon ausgeht, dass die Finanzverwaltung die Gewinnpauschalierung noch akzeptieren wird. Ab 2014 soll der SWR jedoch eine Gewinnermittlung mit verursachungsgerechter Aufwandszuordnung erstellen.

- 37** Der Rechnungshof verweist auf die o. g. Prüfungsmitteilung des Bundesrechnungshofs und schließt sich der dort erhobenen Forderung an den Gesetzgeber nach einer Überprüfung der Pauschalen an. Im Kontext des EU-Beihilfverfahrens dürfen öffentlich-rechtliche RfA auch steuerlich nicht besser gestellt werden als private Dritte. Der Rechnungshof wird an die Landesregierungen herantreten, damit diese darauf hinwirken, dass die Bundesrepublik ihre Zusagen einhält.

gez.
Jörg Berres
Präsident

gez.
Dr. Johannes Siebelt
Direktor beim Rechnungshof

Anlage

Beteiligungsübersicht

2015

Südwestrundfunk

SWR Media Services GmbH, Stuttgart, Stammkapital 3.100 T€

100%

Tochtergesellschaften

Schwetzingen SWR Festspiele
gGmbH, Schwetzingen
Stammkapital 30 T€

33,33%

Beteiligungsgesellschaften

MFG Medien- und Filmgesellschaft
BaWü mbH, Stuttgart
Stammkapital 103 T€

49,00%

Digital Radio Südwest
Stuttgart
Stammkapital 250 T€

45,00%

Telepool GmbH
München
Stammkapital 5.000 T€

24,00%

D>A<V Der Audio Verlag GmbH
Berlin/Stuttgart
Stammkapital 750 T€

22,50%

Bavaria Film GmbH
München
Stammkapital 29.990 T€

16,67%

ARD-Werbung SALES & SERV. GmbH
Frankfurt
Stammkapital 135 T€

11,11%

Haus des Dokumentarfilms
Europ. Medienforum Stgt. e. V.
Stammkapital der Vereinsbeiträge

Mitglied

ARD/ZDF Beteiligungen

Verwertungsgesellschaft der
Film- u. Fernsehproduzenten mbH
München, Stammkapital 26 T€

36,00%

ARD/ZDF-Medienakademie
gGmbH, Nürnberg
Stammkapital 100 T€

14,60%

IRT Institut für Rundfunk- Technik
GmbH, München
Stammkapital 140 T€

11,42%

Degeto Film GmbH
München
Stammkapital 112,5 T€

11,11%

ARTE Deutschland TV GmbH
Baden-Baden
Stammkapital 256 T€

8,38%

SportA Sportrechte- u. Marketing-
agentur GmbH, München
Stammkapital 540 T€

5,56%

SWR Stiftungen

Experimentalfstudio des SWR e. V.
Baden-Baden

↑

Stiftung
Deutsches Rundfunkarchiv

↑

Stiftung
Hans-Bausch-Media-Preis
Stiftungsvermögen 89 T€

↑