

stattfinden. Das steht im Rundfunkstaatsvertrag. Es ist eine politische Entscheidung, ob ich weiter eine Mischfinanzierung befürworte. Das Bundesverfassungsgericht sagt in der letzten Rundfunkentscheidung auch, dass es auch Gründe gibt, die vielleicht dafür sprechen. Aber es gibt auch deutliche Gründe, die dagegen sprechen. Weil die Werbefinanzierung Nachteile hat, so die Karlsruher Richter, muss man diese Nachteile mit den Vorteilen abwägen. Damit hat das Gericht dem Gesetzgeber, wenn Sie es juristisch formulieren, einen Prüfungsauftrag gegeben. Den nimmt der Gesetzgeber auch wahr. Der Gesetzgeber lässt jetzt von der KEF prüfen: Wie viel kostet das denn? Da gehen die Meinungen auseinander. Wie viel kostet der Verzicht auf Fernsehwerbung? Wie viel kostet der Verzicht auf Radiowerbung? Soll man das machen oder nicht? Er darf auch beides. Natürlich, Herr Loeb, darf der Gesetzgeber auch die Werbung beibehalten.

LOEB:

Darauf will ich direkt antworten. Diese Diskussion ist ja nicht neu. Fakt ist aber, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Mischfinanzierung aus Gebühren und Werbung für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk zulässig ist. Dies ist, beginnend mit dem Hessen-3-Beschluss und zwei Gebührenurteilen, immer wieder bestätigt worden. Sie versuchen zu interpretieren, was sich die Verfassungsrichter beim letzten Gebührenurteil noch gedacht haben könnten. Fakt ist, dass auch in diesem Urteil die Mischfinanzierung als zulässig erachtet worden ist. Dass bei jeder Rundfunkstaatsvertragsnovelle immer wieder diskutiert wird, ob Werbung im öffentlich-rechtlichen Rundfunk sein muss, was die Vor- und Nachteile, die wirtschaftlichen Auswirkungen für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, die Werbungtreibenden und den Werbemarkt sind, das erleben wir seit Jahren. Die Interessen, die zu diesen Diskussionen führen, liegen auf der Hand. Den privaten Mitbewerbern und ihren Lobbyisten geht es ganz klar darum, ökonomische Konkurrenz im Fernsehwerbemarkt auszuschalten und das bestehende Duopol aus den beiden großen privaten Vermarkterfamilien zu zementieren.

DÖRR:

Noch einen Satz hierzu. Ich habe nicht interpretiert, was sich die Verfassungsrichter gedacht haben könnten, sondern dies steht so kritisch in dem Urteil. Das braucht man nicht zu interpretieren, das kann man nachlesen.

HAIN:

Eine Frage, die sich mir im Zusammenhang mit der aus meiner Sicht alles andere als zwingenden Argumentation, die Negativliste für den öffentlich-rechtlichen Auftragsbereich müsse auch für die kommerziellen Aktivitäten gelten, stellt: Sind nicht Aktivitäten denkbar, die im Funktionsbereich zwar verboten sind, als kommerzielle Aktivitäten aber gleichwohl in einem sie legitimierenden Sachzusammenhang zum Funktionsbereich stehen können?

DÖRR:

Es ist durchaus möglich, so zu argumentieren. Das ist die Argumentation, die Herr Wichert eigentlich vorgenommen hat. Danach gelten zwar die Grenzen, die das Verfassungsgericht sinngemäß in der sechsten Rundfunkentscheidung aufgestellt hat, aber man darf den Funktionsbezug und die Aussage, der Aufgabenbereich dürfe nicht erweitert werden, nicht überinterpretieren, sondern muss sie immer im Zusammenhang mit der Gefährdung des Programmauftrags sehen. Es wäre unredlich, wenn ich sage, so könne man nicht argumentieren. Allerdings klingen die Aussagen in der sechsten Rundfunkentscheidung ein wenig anders. Da heißt es, die strikte Aufgabenbegrenzung müsse auch kommerziell eingehalten werden. Allerdings bezieht sich dies – und da stimme ich Carl-Eugen Eberle zu – auf eine bestimmte Kooperationsform, nämlich die Entwicklung gemeinsamer Hörfunkprogramme. Hier sind wir gefordert, dies zu interpretieren. Ich bin da – mit Bernhard Kempen und anderen – bezogen auf kommerzielle Tätigkeiten öffentlich-rechtlicher Einrichtungen ganz generell, nicht nur bezogen auf den Rundfunk, ausgesprochen zurückhaltend. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk kann nicht, indem er sich das Unternehmerkleid anzieht, seinen Bereich erweitern. Es ist meine feste Überzeugung, dass dies nicht geht. Das kann man auch anders sehen. Allerdings muss man auch überlegen, ob man sich damit letztendlich einen Gefallen tut oder ob man sich nicht zunehmend in einen kommerziellen Bereich hinein begibt. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk lebt ja letzten Endes auch von seinem Auftrag. Das ist seine Legitimationsberechtigung, und er ist damit beim Verfassungsgericht nicht schlecht gefahren.

# Sicherstellung der Marktkonformität kommerzieller Tätigkeiten

WOLFGANG HURNIK

Vizepräsident des Rechnungshofs von Berlin

Sehr geehrte Damen und Herren,

dass wir diese Materie heute diskutieren und uns vertieft mit der Frage der Sicherstellung der Marktkonformität der kommerziellen Tätigkeiten der Beteiligungsunternehmen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten befassen, ist das Ergebnis des bereits zitierten Beihilfverfahrens und der Zusagen der Bundesrepublik Deutschland gegenüber der Europäischen Kommission, die letztlich zur Einstellung des Verfahrens durch die Kommission mit Entscheidung vom 24. April 2007<sup>1</sup> geführt haben. Die von Deutschland zugesagten Maßnahmen, die die Bedenken der Europäischen Kommission letztlich ausräumten, haben ausnahmslos ihren Niederschlag im 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag gefunden. Dieser enthält insbesondere in seinen §§ 16 a bis 16 e detaillierte Regelungen zur Ausübung kommerzieller Tätigkeiten seitens der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und setzt damit die in den Rdnrn. 342 - 348 des Einstellungsbeschlusses formulierten Forderungen der Kommission in innerstaatliches Recht um. Sinn und Zweck dieser Regelungen ist es zu gewährleisten, dass kommerzielle Tätigkeiten nur unter Marktbedingungen erbracht werden und die Beziehungen der Rundfunkanstalten zu ihren kommerziell tätigen Beteiligungsunternehmen marktkonform ausgestaltet sind. Zugleich dienen sie dazu sicherzustellen, dass sich die Finanzierung der Rundfunkanstalten aus Rundfunkgebühren/-beiträgen auf die Nettokosten ihres öffentlichen Auftrags beschränkt und eine Quersubventionierung kommerzieller Tätigkeiten ausgeschlossen wird.

---

<sup>1</sup> Entscheidung der Kommission vom 24. April 2007, K(2007), 1761 in epd-medien 39/2007, 3 ff. (teilweise).

## 1. Kommerzielle Tätigkeiten

Nach § 16 a RStV sind die Landesrundfunkanstalten, das ZDF und das Deutschlandradio grundsätzlich berechtigt, kommerzielle Tätigkeiten durch rechtlich selbständige Tochtergesellschaften zu erbringen. Lediglich bei geringer Marktrelevanz kann eine kommerzielle Tätigkeit auch durch die Rundfunkanstalt selbst erbracht werden, wenn eine getrennte Buchführung gewährleistet ist (§ 16 a Abs. 1 Satz 5 RStV).

Kommerzielle Tätigkeiten sind nach der Legaldefinition in § 16 a Abs. 1 RStV Betätigungen, bei denen Leistungen auch für Dritte im Wettbewerb angeboten werden, insbesondere Werbung und Sponsoring, Verwertungsaktivitäten, Merchandising, Produktionen für Dritte und die Vermietung von Senderstandorten an Dritte. Über die in § 16 a Abs. 1 RStV beispielhaft benannten kommerziellen Aktivitäten hinaus sind jedoch auch weitergehende kommerzielle Aktivitäten rechtlich selbständiger Tochtergesellschaften zulässig, wenn diese – wie § 16 b Abs. 1 Nr. 1 RStV formuliert – im sachlichen Zusammenhang mit den gesetzlichen Aufgaben der Rundfunkanstalten stehen. Gemeinsam ist jedoch all diesen Tätigkeiten, dass sie nur unter Marktbedingungen erbracht werden dürfen. Deshalb müssen sich die Rundfunkanstalten bei ihren Beziehungen zu ihren kommerziellen Tochterunternehmen marktkonform verhalten. Darüber hinaus schließt § 16 e RStV eine Haftung der Rundfunkanstalten für ihre kommerziell tätigen Beteiligungsunternehmen generell aus.

## 2. Marktkonformes Verhalten

Die Verpflichtung der Rundfunkanstalten aus § 16 a Abs. 1 RStV, ihre kommerziellen Tätigkeiten nur unter Marktbedingungen zu erbringen und die Beziehungen zu ihren kommerziell tätigen Tochterunternehmen marktkonform zu gestalten, bedeutet, dass der Leistungsaustausch zwischen Rundfunkanstalt und Beteiligungsunternehmen zu Bedingungen zu erfolgen hat, die auch unabhängige Dritte vereinbart hätten. Eine Quersubventionierung der Leistungsbeziehungen zwischen Rundfunkanstalt und Tochterunternehmen – insbesondere durch den Einsatz von Rundfunkgebühren/-beiträgen für kommerzielle Tätigkeiten – ist nicht gestattet. So dürfen die Rundfunkanstalten an ihre Tochterunternehmen keine unangemessen hohen Vergütungen, Leistungsentgelte oder Provisionen zahlen, aber auch keine zu niedrigen Entgelte für Leistungen vereinbaren, die sie ihrerseits für ihre kommerziellen Töchter erbringen. Ein finanzieller Ausgleich für Personalgestellungen muss

daher beispielsweise regelmäßig auf der Grundlage der tarifvertraglichen Vergütungen, eine Überlassung von Räumen oder technischer Infrastruktur im Rahmen marktüblicher Entgelte vereinbart werden.

Gesellschafterleistungen der Rundfunkanstalten gegenüber ihren kommerziell tätigen Tochterunternehmen bedürfen unter dem Gesichtspunkt der Marktkonformität besonderer Beachtung. Hier ist jeweils unter Beachtung des Prinzips des marktwirtschaftlichen Investors (Private-Investor-Test) zu prüfen, ob sich ein marktwirtschaftlich handelnder Investor im konkreten Einzelfall in gleicher Weise verhalten hätte, wie die Rundfunkanstalt, also z.B. eine entsprechende Kapitalerhöhung vorgenommen oder etwaige Verluste übernommen hätte.

### **3. Herstellung von Marktkonformität durch interne und externe Kontrolle**

#### **a) Aufgaben der Rundfunkanstalten**

Die Pflicht zur Gewährleistung von Marktkonformität trifft primär die Rundfunkanstalten und ihre Beteiligungsunternehmen. Dies wird bereits in § 16 a Abs. 2 RStV deutlich, wonach die zuständigen Gremien der Rundfunkanstalten die Tätigkeitsbereiche, in denen sich die Rundfunkanstalt betätigen will, vor Aufnahme der Tätigkeit genehmigen müssen. Voraussetzung dieser Genehmigung ist, dass die Tätigkeit nicht nur nach Art und Umfang beschrieben wird, sondern von der Rundfunkanstalt auch die Einhaltung der marktkonformen Bedingungen dargetan wird. Dies bedeutet, dass den Gremien der Rundfunkanstalten vor Aufnahme der Tätigkeiten darzulegen ist, dass und auf welche Weise sichergestellt wird, dass die jeweilige Tätigkeit unter marktkonformen Bedingungen ausgeübt wird. Dieser Nachweis soll der Begründung des 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrages zufolge<sup>2</sup> „in der Regel dadurch geführt werden müssen, dass ein sogenannter Fremdvergleich mit den Betätigungen vergleichbarer Unternehmen in diesem Marktsegment erfolgt“. Zu diesem Zweck bedarf es insbesondere eines Vergleichs mit Angeboten im selben Marktsegment tätiger privater Konkurrenten (vgl. § 16 a Abs. 2 Nr. 2 RStV). Schließlich hat das zuständige Gremium der Rundfunkanstalten vor Aufnahme der Tätigkeit zu prüfen, ob spezielle Vorgaben für eine effiziente Kontrolle der kommerziellen Tätigkeit geschaffen werden sollen.

---

<sup>2</sup> Amtliche Begründung zum 12. Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag) zu § 16 a.

Ein weiteres in der Hand der Rundfunkanstalten liegendes Instrument zur Sicherstellung der Marktkonformität bildet nach § 16 c Abs. 2 RStV der jährliche Beteiligungsbericht, den die Intendanten der Rundfunkanstalten den jeweils zuständigen Aufsichtsgremien vorzulegen haben. Dieser auch den zuständigen Rechnungshöfen und der die Rechtsaufsicht führenden Landesregierung vorzulegende Bericht muss neben der gesonderten Darstellung der Beteiligungen mit kommerziellen Tätigkeiten auch den Nachweis der Erfüllung der staatsvertraglichen Vorgaben für kommerzielle Tätigkeiten sowie eine Darstellung der Kontrolle der Beteiligungen einschließlich von Vorgängen von besonderer Bedeutung enthalten. Zudem haben die Rundfunkanstalten ein effektives Controlling für ihre Beteiligungsgesellschaften einzurichten (§ 16 c Abs. 1 RStV). Ergänzend dazu hat der Intendant die zuständigen Aufsichtsgremien der Rundfunkanstalt regelmäßig – also auch außerhalb des Beteiligungsberichts – über die wesentlichen Vorgänge in den Tochterunternehmen zu unterrichten. Unabhängig davon haben die Rundfunkanstalten mit Blick auf die nach § 16 a Abs. 1 RStV bestehende Vorgabe, kommerzielle Tätigkeiten nur unter Marktbedingungen zu erbringen, immer die Pflicht, durch geeignete Regelungen und Kontrollen (z.B. durch Compliancebeauftragte, Innenrevision) zu gewährleisten, dass der Leistungsaustausch marktkonform gestaltet wird.

## **b) Kontrolle durch die Rechnungshöfe und Wirtschaftsprüfer**

Die Sicherstellung der Kontrolle der Einhaltung der Vorgaben zur Marktkonformität des Leistungsaustausches zwischen den Rundfunkanstalten und ihrer kommerziell tätigen Tochterunternehmen war ein zentrales Anliegen der Kommission. Dementsprechend war bereits in ihrem Einstellungsbeschluss vom 24. April 2007 unter Textziffer 392<sup>3</sup> die Forderung enthalten, dass den Rechnungshöfen zusätzliche Kontrollbefugnisse für die kommerziellen Beteiligungen der Rundfunkanstalten einzuräumen seien, damit diese überprüfen, inwieweit die Rundfunkanstalten die gesetzlichen Anforderungen hinsichtlich der organisatorischen Trennung bzw. der getrennten Buchführung und des Fremdvergleichs usw. einhalten. Dieser Forderung entspricht neben der Regelung des § 16 c Abs. 3 RStV insbesondere § 16 d RStV, auf dessen Grundlage unabhängige Kontrollorgane, nämlich die Rechnungshöfe sowie die im Einvernehmen mit den zuständigen Rechnungshöfen zu bestimmenden Abschlussprüfer/Wirtschaftsprüfer im Rahmen der Prüfung des Jahresabschlusses der Beteiligungsunternehmen auch die

---

<sup>3</sup> Entscheidung der Kommission vom 24. April 2007 a. a. O.

Marktkonformität ihrer kommerziellen Tätigkeiten prüfen. Im Mittelpunkt dieser Prüfung stehen die Leistungsaustauschbeziehungen zwischen der Rundfunkanstalt und ihren Beteiligungsunternehmen sowie der Beteiligungsunternehmen untereinander.

Prüfungsobjekte nach § 16 d Abs. 1 RStV sind – ebenso wie nach § 16 c Abs. 3 RStV – alle Unternehmen, an denen die Rundfunkanstalten unmittelbar, mittelbar, auch zusammen mit anderen Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Mehrheit beteiligt sind, soweit sie kommerzielle Tätigkeiten wahrnehmen. Keiner Prüfung der Marktkonformität bedarf es lediglich bei den Beteiligungsunternehmen, die zwar eine kommerzielle Tätigkeit ausüben, ihre Leistungen aber selbst nicht am Markt anbieten, sondern ausschließlich Geschäftsbeziehungen zur Rundfunkanstalt unterhalten. Die Prüfung der Marktkonformität ist in diesen Fällen entbehrlich, weil eine Verzerrung der Wettbewerbssituation durch eine etwaige Quersubventionierung seitens der Rundfunkanstalt von vornherein ausgeschlossen ist. Dies gilt allerdings nicht für Beteiligungsunternehmen, die zwar nicht selbst kommerziell am Markt tätig sind, aber Leistungsaustauschbeziehungen zu anderen ihrerseits am Markt tätigen Mehrheitsbeteiligungen der Rundfunkanstalt unterhalten.<sup>4</sup> Denn in einem solchen Fall ist eine Quersubventionierung auf dem Umweg über das Beteiligungsunternehmen nicht auszuschließen

Die Kontrolle, inwieweit die kommerziellen Tätigkeiten unter Marktbedingungen ausgeübt und der Grundsatz der Marktkonformität beachtet werden, umfasst ausschließlich den Leistungsaustausch zwischen Rundfunkanstalten und ihren Beteiligungsunternehmen bzw. von Beteiligungsunternehmen untereinander. Er erfasst nicht den Leistungsaustausch mit Dritten. Denn dort gelten regelmäßig Marktbedingungen, die eine vertiefte Betrachtung im Rahmen der Prüfung der Marktkonformität entbehrlich machen<sup>5</sup>. Selbst wenn ein kommerziell tätiges Tochterunternehmen einer Rundfunkanstalt im Leistungsaustausch mit Dritten „Dumpingangebote“ machen würde, wäre dies nicht zu beanstanden, soweit eine Quersubventionierung seitens der Rundfunkanstalt ausgeschlossen ist. In diesem Fall müsste das Tochterunternehmen nämlich die Erträge, die ihm durch derartige „Dumpingangebote“ entgehen, in einem anderen Geschäftsfeld erwirtschaften, anderenfalls würde es die alsbaldige Insolvenz riskieren.

<sup>4</sup> Vgl. auch IDW Prüfungsstandard IDW PS 721 vom 11. März 2010.

<sup>5</sup> Vgl. auch Hahn/Vesting-Eifert, Rundfunkrecht, 3. Aufl., § 16 a RStV, Rdnr. 50.

#### 4. Kontrollinstrumente

Geeignete Kontrollinstrumente zur Sicherstellung der Marktkonformität sind zum einen die Prüfungsrechte der Rechnungshöfe nach § 16 c Abs. 3 RStV, auf deren Grundlage die Rechnungshöfe die gesamte Wirtschaftsführung der Tochterunternehmen, an denen die Rundfunkanstalten unmittelbar, mittelbar, aber auch zusammen mit anderen Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Mehrheit beteiligt sind, prüfen dürfen.

Zentrales Kontrollinstrument zur Sicherstellung der Marktkonformität ist jedoch die jährliche Prüfung durch die im Einvernehmen mit den Rechnungshöfen zu beauftragenden Abschlussprüfer, die nach § 16 d Abs. 1 RStV im Rahmen der Prüfung des Jahresabschlusses auch die Marktkonformität der kommerziellen Tätigkeiten eines Tochterunternehmens auf der Grundlage zusätzlicher, von den jeweils zuständigen Rechnungshöfen festzulegender Fragestellungen zu prüfen haben. Die Rechnungshöfe haben sich zu diesem Zweck auf einen gemeinsamen Fragenkatalog verständigt, um im Interesse der größtmöglichen Einheitlichkeit und Standardisierung der Prüfung unterschiedliche Fragestellungen zu vermeiden. Aus dem gleichen Grunde haben sie den von ihnen entwickelten Fragenkatalog mit dem Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW) abgestimmt und damit die Grundlage für den IDW-Prüfungsstandard „IDW PS 721“ gelegt, der Grundlage der Prüfungen der Wirtschaftsprüfer ist. Dieser Prüfungsstandard enthält neben dem Fragenkatalog der Rechnungshöfe zahlreiche Erläuterungen zum Prüfungsverfahren, die ein einheitliches Prüfungsverfahren gewährleisten sollen. Dessen ungeachtet sind die Rechnungshöfe nicht gehindert, im Rahmen der Herstellung des Einvernehmens und der Beauftragung der Wirtschaftsprüfer bzw. nach Vorliegen der Berichte der Wirtschaftsprüfer auch zusätzliche Fragen zu stellen, soweit ihnen dies in Bezug auf ein Beteiligungsunternehmen erforderlich erscheint.

#### 5. Der Fragenkatalog der Rechnungshöfe (Prüfungsstandard IDW PS 721)

Die Inhalte der Fragen des Fragenkatalogs zielen unter unterschiedlichen Gesichtspunkten insbesondere auf den Nachweis der Einhaltung der staatsvertraglichen Vorgaben ab. Sie sind darauf ausgerichtet zu prüfen, inwieweit kommerzielle Tätigkeiten unter Marktbedingungen erfolgen, der marktkonforme Leistungsaustausch sichergestellt ist und eine Subventionierung insbesondere aus Rundfunkgebühren/-beiträgen ausgeschlossen ist. Dazu umfasst der Fragenkatalog fünf Fragenkreise.