

Bescheid

Die Kommunikationsbehörde Austria (KommAustria) hat durch Senat I, bestehend aus dem Vorsitzenden Mag. Michael Ogris als Senatsvorsitzenden sowie den weiteren Mitgliedern Dr. Susanne Lackner und Mag. Michael Truppe, über den Antrag des Österreichischen Rundfunks auf Durchführung einer Maßnahme zur Eigenkapitalsicherung nach § 39b ORF-Gesetz (ORF-G), BGBl. Nr. 379/1984 idF BGBl. I Nr. 50/2010, wie folgt entschieden:

I. Spruch

Gemäß § 39b Abs. 5 iVm § 39b Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 4 Z 3 iVm § 35 ORF-G werden

1. im Einzelabschluss 2010 des Österreichischen Rundfunks die Verwendung des Jahresüberschusses nach derzeitigem Stand (vor Abschluss der Abschlussprüfung) in Höhe von EUR 2.477.856,26 nach Abzug der aus kommerziellen Tätigkeiten ohne Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag stammenden Überschüsse (stand alone kommerzielle Überschüsse) in Höhe von EUR 2.282.788,00 zur Bildung einer freien Rücklage zur Eigenkapitalsicherung gemäß § 39b Abs. 4 Z 3 ORF-G in Höhe von EUR 195.068,26,
2. im Einzelabschluss der ORF-Enterprise GmbH die Verwendung des Jahresüberschusses 2010 in Höhe von EUR 3.169,21 zur Bildung einer freien Rücklage zur Eigenkapitalsicherung gemäß § 39b Abs. 4 Z 3 ORF-G in dieser Höhe,
3. im Einzelabschluss der ORF-Enterprise GmbH & Co KG die Verwendung des Jahresüberschusses 2010 in Höhe von EUR 1.865.629,95 zur Bildung einer freien Rücklage zur Eigenkapitalsicherung gemäß § 39b Abs. 4 Z 3 ORF-G in dieser Höhe,
4. im Einzelabschluss der GIS Gebühren Info Service GmbH die Verwendung des Jahresüberschusses 2010 aus Dienstleistungen im Sinne des § 5 Abs. 1 lit. b RGG in Höhe von EUR 38.311,90 zur Bildung einer freien Rücklage zur Eigenkapitalsicherung gemäß § 39b Abs. 4 Z 3 ORF-G in dieser Höhe,
5. im Einzelabschluss der Österreichischen Rundfunksender GmbH die Verwendung des Jahresüberschusses 2010 in Höhe von EUR 2.063,06 zur Bildung einer freien Rücklage zur Eigenkapitalsicherung gemäß § 39b Abs. 4 Z 3 ORF-G in dieser Höhe,

6. im Einzelabschluss der Österreichischen Rundfunksender GmbH & Co KG die Verwendung des Jahresüberschusses 2010 in Höhe von EUR 15.448.416,46 nach Auflösung unversteuerter Rücklage in Höhe von EUR 53.737,78, nach Dotierung von nach einkommenssteuerlichen Vorschriften zulässigen Rücklagen in Höhe von EUR 1.119.006,26, nach Abzug von aus kommerziellen Tätigkeiten ohne Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Auftrag stammenden Überschüsse (stand alone kommerzielle Überschüsse) in Höhe von EUR 1.236.755,91 sowie nach Abzug von Anteilen anderer Gesellschafter am Jahresüberschuss in Höhe von EUR 5.753.259,19 zur Bildung einer dem ORF zugeordneten freien Rücklage zur Eigenkapitalsicherung gemäß § 39b Abs. 4 Z 3 ORF-G in Höhe von EUR 7.393.132,88,
7. im Einzelabschluss der ORF Online und Teletext GmbH die Verwendung des Jahresüberschusses 2010 in Höhe von EUR 2.604,04 zur Bildung einer freien Rücklage zur Eigenkapitalsicherung gemäß § 39b Abs. 4 Z 3 ORF-G in dieser Höhe,
8. im Einzelabschluss der ORF Online und Teletext GmbH & Co KG die Verwendung des Jahresüberschusses 2010 in Höhe von EUR 1.964.730,56 zur Bildung einer freien Rücklage zur Eigenkapitalsicherung gemäß § 39b Abs. 4 Z 3 ORF-G in dieser Höhe,
9. im Einzelabschluss der ORF Radio Service GmbH die Verwendung des Jahresüberschusses 2010 in Höhe von EUR 22.776,17 zur Bildung einer freien Rücklage zur Eigenkapitalsicherung gemäß § 39b Abs. 4 Z 3 ORF-G in dieser Höhe,
10. im Einzelabschluss der ORF Budapest Rádío-és Tel'evizió Kft die Verwendung des Jahresüberschusses 2010 in Höhe von HUF 3.046.252,- (rd. EUR 10.960,-) zur Bildung einer freien Rücklage zur Eigenkapitalsicherung gemäß § 39b Abs. 4 Z 3 ORF-G in dieser Höhe,
11. im Einzelabschluss der ORF Mediaservice GmbH die Verwendung des Jahresüberschusses 2010 in Höhe von EUR 38.551,03 zur Bildung einer freien Rücklage zur Eigenkapitalsicherung gemäß § 39b Abs. 4 Z 3 ORF-G in dieser Höhe,

als Maßnahmen zur Durchführung genehmigt.

II. Begründung

1. Gang des Verfahrens

Mit Schreiben vom 12.05.2011 übermittelte der Österreichische Rundfunk (ORF) einen Antrag auf Genehmigung der Durchführung von Maßnahmen zur Eigenkapitalsicherung gemäß § 39b Abs. 4 Z 3 iVm § 39b Abs. 5 ORF-G samt Beilagen.

Mit Schreiben vom 13.05.2011, KOA 10.400/11-003, übermittelte die KommAustria den Antrag an die gemäß § 40 ORF-G eingerichtete Prüfungskommission mit dem Ersuchen, iSd § 39b Abs. 5 letzter Satz ORF-G zum Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen für die beantragten Maßnahmen zur Eigenkapitalsicherung sowie zum Ausmaß der zulässigen Erhöhung des frei verfügbaren Eigenkapitals Stellung zu nehmen.

Am 24.05.2011 übermittelte die Prüfungskommission ihre Stellungnahme in Form eines Berichts über die Prüfung des Antrags des ORF (KOA 10.400/11-004).

Die Stellungnahme wurde dem ORF von der KommAustria mit Schreiben vom 24.05.2011, KOA 10.400/11-004, zur allfälligen Stellungnahme bis zum 26.05.2011 übermittelt. Der ORF gab keine Stellungnahme ab.

2. Sachverhalt

2.1. Ergebnis des Geschäftsjahres 2010

Der vorläufige Jahresabschluss des ORF-Konzerns hat im Geschäftsjahr 2010 einen Jahresüberschuss von TEUR 23.123 ergeben. Die in den Einzelabschlüssen voraussichtlich erzielten Überschüsse entsprechen den im Spruchpunkt I.1. bis I.11. genannten Zahlen.

Im Konzern ergibt sich nach Verrechnung mit Jahresverlusten 2010 öffentlich-rechtlicher oder konnex kommerzieller verbundener Unternehmen des ORF in Höhe von EUR 0,00 eine *mögliche* konsolidierte Rücklage zur Eigenkapitalsicherung in Höhe von EUR 11.482.818,93.

2.2. Ergebnisse der Geschäftsjahre 2004-2009

Der ORF-Konzern hat in den Geschäftsjahren 2004 bis 2009 folgende Ergebnisse erzielt:

im Jahr 2004	TEUR 1.143
im Jahr 2005	TEUR 5.686
im Jahr 2006	TEUR 9.022
im Jahr 2007	TEUR 3.569
im Jahr 2008	TEUR -79.810
im Jahr 2009	TEUR -44.358

Die kumulierten Verluste in den Jahren von 2004 bis 2009 belaufen sich auf TEUR -104.748.

Eine gesonderte Berechnung der Verluste aus öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten legt folgende Annahmen zu Grunde:

- Eliminierung des aus § 5 Abs. 1 lit. a RGG gebildeten Eigenkapitals der GIS Gebühren Service GmbH
- Berücksichtigung von Gewinnen aus kommerziellen Tätigkeiten
- nicht berücksichtigt werden allfällige Gewinne aus nicht durch den ORF gesondert erfassten bzw. erfassbaren stand alone Tätigkeiten (zB nicht betriebsnotwendige Grundstücke oder Musikverlag)

Daraus ergibt sich folgendes Bild:

Jahresergebnis in TEUR	2004	2005	2006	2007	2008	2009	vlf 2010
ORF Einzelabschluss	1.171	51.582	-4.549	-12.197	-104.457	-65.759	2.478
- <u>Ergebnisbeitrag Lotterien</u>	-1.308	-1.308	-1.440	-1.440	-1.440	-1.946	-2.283
ORF bereinigt	-137	50.274	-5.989	-13.637	-105.897	-67.705	195
ORF-Enterprise GmbH	72	37	34	2	236	26	3
ORF-Enterprise GmbH & Co KG	452	1.430	1.717	904	1.286	659	1.866
GIS-Gebühreninfoservice GmbH	0	179	-44	42	35	2	38
Österreichische Rundfunksender GmbH & Co KG	0	3.954	3.798	4.935	10.803	13.516	15.448
Zuweisung unverst. Rücklagen							
- abzügl Auflösung						-1.641	-1.065
- ORScomm							-1.237
- <u>Fremdanteile</u>	0	-1.582	-1.519	-1.974	-4.321	-4.750	-5.753
ORS KG bereinigt	0	2.373	2.279	2.961	6.482	7.125	7.393
ORF Online u Teletext GmbH & Co KG	200	858	1.168	1.417	1.257	2.428	1.965
ORF Radio Service GmbH & Co KG	2	23	45	71	25	15	23
Summe	589	55.172	-791	-8.239	-96.576	-57.450	11.483

2.3. Eigenkapitalentwicklung

Das Eigenkapital des ORF-Konzerns betrug

im Jahr 2007 EUR 294,1 Mio (entspricht einer Eigenkapitalquote von 29,0 %)
im Jahr 2008 EUR 212,3 Mio (entspricht einer Eigenkapitalquote von 23,5 %)
im Jahr 2009 EUR 162,0 Mio (entspricht einer Eigenkapitalquote von 19,0 %)

Das Eigenkapital des ORF-Konzerns reduzierte sich demnach um EUR 132,1 Mio.

2.4. Mögliche Szenarien für die Folgejahre

Bei Wiederholung einer Verlustsituation wie in den Jahren 2008 und 2009 würde das verfügbare Eigenkapital zur Gänze verbraucht werden:

	in Mio EUR; vorläufige Werte ORF-Konzern
Eigenkapital zum 31.12.2010 vor Ergebnisverwendung	162,0
Fremdanteil am Konzerneigenkapital	-19,0
abzüglich GIS Gebühren Info Service GmbH	-20,5
Verfügbares Konzerneigenkapital	122,5
max. kumulierter Verlust aus der Vergangenheit	-132,1
Differenz	-9,6

Aus der Finanzvorschau des ORF ergibt sich, dass bereits für die Jahre 2012 bis 2015 bisher noch nicht geplante Maßnahmen zu definieren sind, um Lücken zur Erreichung eines ausgeglichenen Ergebnis der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit (EGT) zu schließen (weitere noch zu definierende Maßnahmen).

in Mio. €	IST 2009	vorl. IST 2010	FPL 2011	VS 2012	VS 2013	VS 2014	VS 2015
Umsatzerlöse	868,5	920,5					
Programmtergelte	526,4	580,2					
Werbeerlöse	222,8	216,2					
sonstige Umsatzerlöse	119,3	124,0					
Bestandsveränderungen	0,2	-1,1					
sonstige betriebliche Erträge	24,0	29,5					
Material, bezogene Leistungen, sonstige betriebliche	-567,7	-584,3					
Personalaufwand	-375,3	-346,0					
Abschreibungen	-41,3	-38,2					
Finanzerfolg	26,0	22,3					
ORF-EGT	-65,7	2,7					
Konzernausgleich (inkl. Abzug Fremdanteile)	21,3	20,4					
Konzern EGT inkl. Maßnahmen (MIZ)	-44,4	23,1					
Weitere noch zu definierende Maßnahmen							
Konzern EGT nach noch zu definierenden Maßnahmen	-44,4	23,1					

Der ORF hat in seinem Antrag ein „Schockszenario“ rechnerisch dargestellt, das eine fortgesetzte Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags mittelfristig ausschließt. Die Szenarioberechnung geht von folgenden Annahmen aus:

- Entfall der Mittel aus der Refundierung nach § 31 Abs. 11 bis 17 ORF-G ist im Jahr 2012 berücksichtigt; hier wird davon ausgegangen, dass etwa auf Grund der Ergebnisverschlechterung die gesetzlichen Ziele nicht mehr erreicht, aber dafür im Folgejahr die damit zusammenhängenden Kosten entsprechend reduziert werden können. Abgezogen werden die Kosten der Verwertungsgesellschaften soweit sie direkt an der Höhe der Programmtergelte hängen;
- Rückgang der Werbeerlöse um 30 % gegenüber der Planung 2012 und 2013 und nachfolgende Stabilisierung auf -15 % gegenüber der Planung. Ursachen dafür können außerordentlichen Reichweitenverluste, Kürzung der Werbeetats durch die Werbekunden und/oder Verlagerung von TV-Werbeetats zu den Wettbewerbern oder in andere Medien sein;
- Einbruch auf den Kapitalmärkten, die Abwertungen bei den Wertpapieren und Nachschüsse in die Pensionskasse sowie eine Nichtrealisierung geplanter Erträge aus dem Verkauf von Anlagevermögen zur Folge haben; Beginn des Einbruchs auf den Kapitalmärkten wurde für das letzte Quartal 2011 mit den Auswirkungen auf die Konjunktur ab dem Jahr 2012 angenommen. Die verhältnismäßig geringe Abweichung bei den Wertpapieren beruht auf der Annahme, dass die angesetzten Rückgänge auf den Kapitalmärkten im Jahr 2011 durch die in den Wertpapieren vorhandenen stillen Reserven abgedeckt werden;

- Aufgrund der Verzögerungen bei der Verwertung des Rosenhügel-Areals und der Verschlechterung der Lage auf den Kapitalmärkten können die im Jahr 2011 geplanten einmaligen Erträge nicht realisiert werden; der Verkauf von Rosenhügel wird überhaupt bis zur Besserung des wirtschaftlichen Umfelds aufgeschoben;
- Zinsaufwand wurde angesetzt, weil im „Schockszenario“ davon ausgegangen wurde, dass der durch die Verluste anfallende Liquiditätsbedarf durch Fremdkapital und nicht durch den Verkauf von Wertpapieren, die für die Bedienung der Pensions- und Abfertigungsverpflichtungen gehalten werden, abgedeckt wird;
- Keine Veränderung beim Programmengelt

Die Berechnung dieses „Schockszenarios“ liefert folgende Ergebnisse:

in Mio Euro	2011	2012	2013	2014	2015
EGT Konzern vor noch zu def. Maßnahmen lt Finanzvorschau					
Entfall Refundierung (abzügl. Verwertungsgesellschaften)					
Rückgang Werbeerlöse (2012 u 13 -30%; 2014f -15% ggü Plan)					
Abweichung Wertpapiere					
Ausfall Ertrag aus Anlagevermögen					
Zinsaufwand					
Abweichung Personalaufwand (Dot Rst Nachschuss Pensionskasse)					
Konzern-Ergebnis nach Berücksichtigung Schockereignisse					
kumulierter EK-Verbrauch Konzern					

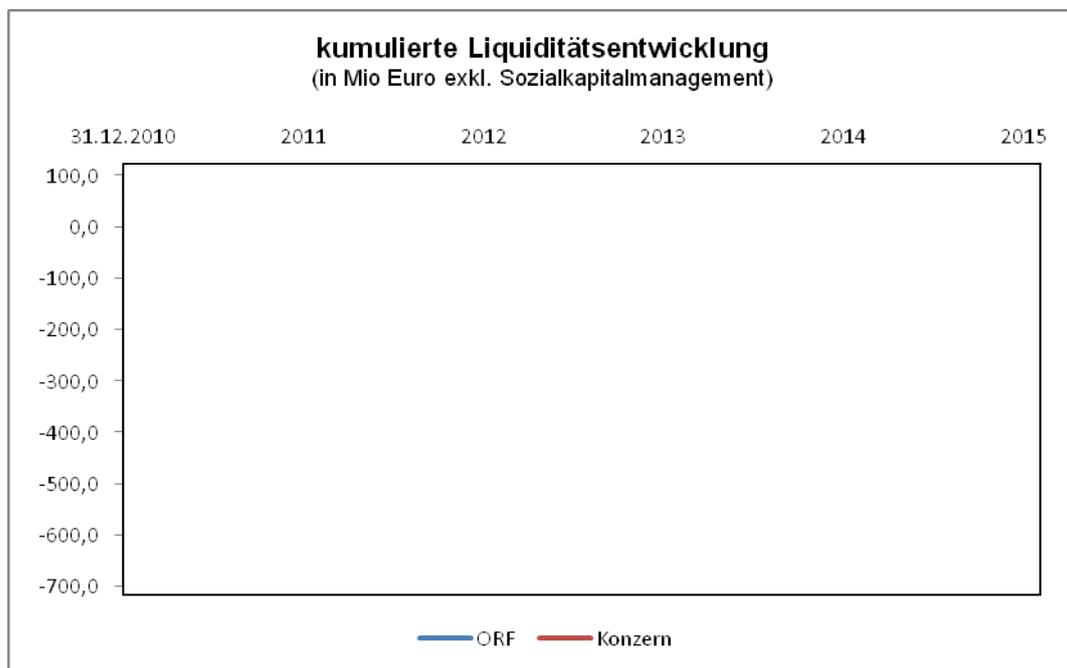
Diese Ergebnisentwicklung beinhaltet auch die positiven Ergebnisbeiträge aus den stand alone kommerziellen Tätigkeiten. Das (Netto)Ergebnis aus den öffentlich-rechtlichen Tätigkeiten, das Grundlage für die Beurteilung des Finanzierungsbedarfs aus Programmengelten ist, wäre dementsprechend schlechter.

Die Auswirkungen dieses „Schockszenarios“ bedeuten, dass der ORF-Konzern im „Schockszenario“ ab dem Jahr 2013 rechnerisch überschuldet wäre, weil in diesem Jahr der kumulierte Eigenkapitalverbrauch im Konzern mit EUR --- Mio erstmals das bestehende Eigenkapital zum 31.12.2010 vor Ergebnisverwendung in der Höhe von EUR 162,0 Mio übersteigt.

In der Konzernbilanz stellt sich dieses „Schockszenario“ wie folgt dar:

In Mio Euro	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Aktiva						
Anlagevermögen	511,5					
Umlaufvermögen	311,0					
ARA	20,4					
Summe	842,9					
Passiva						
Fremdanteil am EK	19,9					
Eigenkapital	162,1					
Rückstellungen	425,0					
Verbindlichkeiten	203,7					
PRA	32,2					
Summe	842,9					

Eine Liquiditätsberechnung für dieses „Schockszenario“ ergibt eine kontinuierliche Verschlechterung der Liquidität sowohl für den ORF als auch für den ORF-Konzern. In dieser Berechnung wird die Thematik rund um den Standort Königberg nicht berücksichtigt; sowohl bei der Generalsanierung als auch beim Neubau wären erhebliche liquide Mittel zusätzlich zum dargestellten Ergebnis erforderlich:



2.5. Beschlussfassung im Stiftungsrat

Der Stiftungsrat hat am 12.05.2011 dem Antrag des ORF in der der KommAustria übermittelten Form zugestimmt.

2.6. Stellungnahme der Prüfungskommission

Die Prüfungskommission hat über Auftrag der KommAustria den Antrag des ORF gemäß § 39b Abs. 5 letzter Satz ORF-G einer Prüfung unterzogen und hierüber am 24.05.2011 eine Stellungnahme in Form eines Berichtes übermittelt.

Für die Durchführung der Prüfung bediente sich die Prüfungskommission folgender Unterlagen:

- Antrag vom 12.05.2011 auf Genehmigung der Durchführung einer Maßnahme zur Eigenkapitalsicherung gemäß § 39b Abs. 4 Z 3 iVm § 39b Abs. 5 ORF-G an die Kommunikationsbehörde Austria
- Bericht und Antrag des Generaldirektors
- Ergänzung zum Antrag des Generaldirektors
- Prüfungsberichte des ORF Konzernabschlusses der Jahre 2004 bis 2009
- Entwürfe der Jahresabschlüsse 2010 des ORF und seiner Töchter sowie des Konzernabschlusses 2010
- Bericht zur mittelfristigen Finanzvorschau 2011 – 2014
- Bericht zur mittelfristigen Finanzvorschau 2011 – 2015
- Dokumentation zur Erstellung der mehrjährigen Finanzvorschau
- Planbilanzen 2011 bis 2015 samt Liquiditätsdarstellungen

Die Prüfungskommission legte ihrem Bericht folgende Prämissen zu Grunde:

- Basis für die Beurteilung der rechnerischen Überschuldung ist der Konzernabschluss des ORF;
- das Fehlen von Liquidität (Risiko einer drohenden Zahlungsunfähigkeit) ist aus Sicht des ORF Einzelabschlusses unter Berücksichtigung der konzernal möglichen Hilfestellungen zu beurteilen;
- das Risiko einer drohenden Zahlungsunfähigkeit ODER einer rechnerischen Überschuldung ist jeweils für sich genommen ausreichend, um eine Gefährdung der Erfüllung des öffentlich rechtlichen Auftrages des ORF festzustellen;
- zur Beurteilung des Vorliegens der Voraussetzungen ist eine Prognose aufzustellen, welche sich am Verlauf der laufenden und letzten Finanzierungsperiode orientieren kann („Schockszenario“);
- die dargestellten Szenarien müssen realistische „Bedrohungsszenarien“ darstellen;
- der Beobachtungszeitraum, für den Plankonzernabschlüsse und Liquiditätspläne aufzustellen sind, beträgt 5 Jahre.

Zur Beurteilung der im Antrag gemachten Angaben hat die Prüfungskommission folgende Prüfungshandlungen gesetzt:

- Diskussion der Gesetzesmaterialien zu §§ 39 ORF-G mit KommAustria;
- Gespräche mit Herrn Dr. Hubert Püllbeck (Leitung Controlling)
- Gespräche mit dem kaufmännischen Direktor (Mag. Richard Grasl) sowie dem Leiter Rechnungswesen (Dr. Andreas Nadler)
- Gespräche mit Mitarbeitern in der Budgetierung
- Kritische Durchsicht folgender Unterlagen:
 - Bericht zur mittelfristigen Finanzvorschau 2011 – 2014
 - Bericht zur mittelfristigen Finanzvorschau 2011 – 2015
 - Dokumentation zur Erstellung der mehrjährigen Finanzvorschau
 - Planbilanzen 2011 bis 2015 samt Liquiditätsdarstellungen
 - Antrag vom 12.05.2011 auf Genehmigung der Durchführung einer Maßnahme zur Eigenkapitalsicherung gemäß § 39b Abs. 4 Z 3 iVm § 39b Abs. 5 ORF-G an die Kommunikationsbehörde Austria

- Rechnerische Kontrolle der im Antrag an die Kommunikationsbehörde Austria dargestellten Tabellen
- Ableitung der im Antrag an die Kommunikationsbehörde Austria dargestellten Szenarien aus der Finanzvorschau sowie aus dem vorläufigen ORF Konzernabschluss
- Plausibilisierung der für die Szenarien getroffenen Annahmen und der daraus resultierenden Liquiditäts- und Ergebniseffekte anhand der eingetretenen Vermögensverluste in den Geschäftsjahren 2007 bis 2009
- Sensitivitätsanalyse durch Veränderung der Annahmen im „Schockszenario“

In ihrem Bericht kommt die Prüfungskommission zu folgenden Schlussfolgerungen im Hinblick auf das Vorliegen der Voraussetzungen des § 39b ORF-G:

- Die vom ORF dem Antrag an die KommAustria zu Grunde gelegten Zahlen erweisen sich rechnerisch als richtig.
- Das im Antrag des ORF dargestellte „Schockszenario“ lässt sich aus der Finanzvorschau und dem vorläufigen ORF-Konzernabschluss für 2010 ableiten und ist auf Grund der in der Vergangenheit beobachteten wirtschaftlichen Entwicklungen nicht unplausibel.
- Im Ergebnis führt das „Schockszenario“ in der Plankonzernbilanz 2015 zu einer rechnerischen Überschuldung in Höhe von rd. EUR --- Mio und einem dargestellten Finanzierungsbedarf in Höhe von rd. EUR --- Mio.
- Unter den vom ORF angenommenen Bedingungen ist ohne die Erhöhung des Eigenkapitals die fortgesetzte Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags des ORF mittelfristig (über einen Zeitraum von fünf Jahren) nicht mehr sichergestellt.
- Die Minderung des Eigenkapitals des ORF aus der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags ist durch die Verluste insbesondere der Jahre 2008 und 2009 außer Streit zu stellen.
- Das ORF-G enthält keine klare Regelung darüber, ob diese Messgröße – Verlust aus der Erfüllung des öffentlich rechtlichen Auftrages in der laufenden oder vorangegangenen Finanzierungsperiode – auf Basis des konsolidierten Ergebnisses oder auf Basis der Summe der Einzelabschlüsse zu ermitteln ist bzw. ob die Ergebnisse seit Beginn der vorangegangenen Finanzierungsperiode oder ab dem ersten Verlustjahr zu berücksichtigen sind. Gemäß den geprüften ORF Konzernabschlüssen der Jahre 2004 (Beginn der vorangegangenen Finanzierungsperiode) bis 2009 bzw. der Summe der Jahresergebnisse der Einzelabschlüsse nach Abzug der kommerziellen Tätigkeiten des ORF und seiner Tochtergesellschaften ergibt sich unabhängig von der Berechnungsmethode ein kumulierter Verlust in der Größenordnung von mehr als EUR 100 Mio.
- Insgesamt liegen daher die materiellen und formellen Voraussetzungen für die Genehmigung der Durchführung einer Maßnahme zur Eigenkapitalsicherung gemäß § 39b Abs. 4 Z 3 ORF-G vor.

3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen ergeben sich aus den zitierten Verwaltungsakten der KommAustria, dem Antrag des ORF vom 12.05.2011, dem Beschlussprotokoll des Stiftungsrates vom 12.05.2011 samt Beilagen, den vorliegenden Jahresabschlüssen der vergangenen Geschäftsjahre sowie der Stellungnahme der Prüfungskommission vom 24.05.2011.

Die Prüfungskommission hat insbesondere bestätigt, dass die vom ORF dem Antrag an die KommAustria zu Grunde gelegten Zahlen rechnerisch richtig sind (rundungsbedingte Rechendifferenzen eingeschlossen), das dargestellte „Schockszenario“ sich aus der Finanzvorschau und dem vorläufigen ORF-Konzernabschluss für 2010 ableiten lässt und auf Grund der in der Vergangenheit beobachteten wirtschaftlichen Entwicklungen nicht

unplausibel ist. Die KommAustria kann die getroffenen Annahmen daher ihrer Entscheidung zu Grunde legen.

4. Rechtliche Beurteilung

§ 39b ORF-G lautet:

„Eigenkapitalsicherung

§ 39b. (1) *Ist in vergangenen Geschäftsjahren, beschränkt auf die laufende und die vorangegangene reguläre Finanzierungsperiode, das Eigenkapital des Österreichischen Rundfunks durch Verluste aus der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrages gesunken, kann der Österreichische Rundfunk sein für die Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags frei verfügbares Eigenkapital erhöhen, sofern die fortgesetzte Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags mittelfristig ohne diese Erhöhung nicht mehr sichergestellt ist.*

(2) *Die Erhöhung ist an folgende Voraussetzungen gebunden:*

- 1. ohne die Erhöhung ist die fortgesetzte Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags mittelfristig (über einen Zeitraum von fünf Jahren) nicht mehr sichergestellt;*
- 2. das zugeführte Eigenkapital darf ausschließlich zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags und nicht für kommerzielle Tätigkeiten verwendet werden;*
- 3. das Eigenkapital des Österreichischen Rundfunks ist in der laufenden und/oder in der vorangegangenen Finanzierungsperiode durch Verluste aus der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags gesunken;*
- 4. die Erhöhung überschreitet die Höhe dieser Verluste nicht.*

(3) *Die Beurteilung der Erforderlichkeit einer Erhöhung des Eigenkapitals für die fortgesetzte Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags hat sowohl das Risiko einer Zahlungsunfähigkeit als auch einer rechnerischen Überschuldung zu berücksichtigen.*

(4) *Folgende Formen der Erhöhung des frei verfügbaren Eigenkapitals sind zulässig:*

- 1. Bildung einer freien Rücklage aus allfälligen, bereits der Widmungsrücklage zugeführten Überschüssen der Einnahmen über die Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrages;*
- 2. Bildung einer freien Rücklage aus allfälligen dem Sperrkonto zugeführten Überschüssen der Einnahmen über die Nettokosten des öffentlich-rechtlichen Auftrages;*
- 3. Bildung einer freien Rücklage aus Einnahmen aus Programmengelt;*
- 4. Bildung einer freien Rücklage aus gesondert zugeführten staatlichen Mitteln nach Genehmigung durch die Europäische Kommission; diesfalls auch über die Voraussetzungen des Abs. 2 und 3 hinaus. Ein Rechtsanspruch des Österreichischen Rundfunks hierauf besteht nicht.*

(5) *Die Maßnahmen zur Eigenkapitalsicherung nach Abs. 4 Z 1 bis 3 sind vom Stiftungsrat zu genehmigen. Weiters ist in den Fällen des Abs. 4 Z 1 die geplante Heranziehung von Mitteln der Widmungsrücklage der Prüfungskommission und der Regulierungsbehörde zur Kenntnis zu bringen, sobald sich eine solche im Vorfeld der Erstellung des Jahresabschlusses abzeichnet. Im Zuge der Jahresprüfung ist die Maßnahme gesondert zu prüfen. In den Fällen des Abs. 4 Z 2 und 3 ist die Durchführung der Maßnahme vorab bei der Regulierungsbehörde zu beantragen. Die Regulierungsbehörde hat auf Grundlage einer Stellungnahme der Prüfungskommission festzustellen, ob und in welchem Ausmaß eine Erhöhung zulässig ist und die Maßnahme bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen zu genehmigen.“*

Vorauszuschicken ist, dass die Maßnahmen nach § 39b ORF-G eine Abweichung von jenem grundsätzlichen Prinzip darstellen, wonach Überschüsse der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt nach Ablauf eines Finanzierungszeitraums für die Neuberechnung des Finanzierungsbedarfs in Anschlag zu bringen und insoweit „rückzuführen“ sind (sog. „netting out“; vgl. insb. Rz 79 der Rundfunkmitteilung, ABl. 2009 C 257/1). Im Rahmen der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 28.10.2008, K(2009)8113, in dem den ORF betreffenden Beihilfeverfahren E 2/2008 (im Folgenden: Kommissionsentscheidung), wurden der Republik Österreich – in Anbetracht der Besonderheiten der Finanzierung des ORF sowohl aus Programmengelten als auch zu einem erheblichen Teil aus kommerziellen Einnahmen – Sonderregeln zugestanden, die in eingeschränktem Maße eine Rekapitalisierung des ORF in Form der Erhöhung des frei verfügbaren Eigenkapitals erlauben, wenn und soweit dies tatsächlich zur fortgesetzten Erfüllung des öffentlich-

rechtlichen Rundfunkauftrags erforderlich ist (vgl. insb. Rz 256 der Kommissionsentscheidung).

§ 39b ORF-G setzt diesen unionsrechtlich durch die Kommissionsentscheidung in Rz 245-258 vorgegebenen Rahmen der zulässigen Erhöhung des Eigenkapitals in innerstaatliches Recht um.

Für eine eigenkapitalerhöhende Maßnahme des ORF kommen nach § 39b Abs. 4 ORF-G mehrere Varianten grundsätzlich in Frage. Konkret beantragt ist vom ORF eine Erhöhung des Eigenkapitals in Form der Bildung einer freien Rücklage aus Einnahmen aus Programmengelt nach § 39b Abs. 4 Z 3. Hierzu ist auszuführen, dass ausweislich der Materialien zu dieser Bestimmung (Erl. zur RV 611 BlgNR, 24. GP) von der Umwidmungsmöglichkeit eines Jahresüberschusses auszugehen ist, es also nach dem dem ORF-G innewohnenden Grundsatz der Gesamtbetrachtung (vgl. an anderer Stelle auch § 31 Abs. 3 sowie § 38a Abs. 1 letzter Satz ORF-G) keines näheren Nachweises bezüglich der Mittelherkunft aus „Programmengelt“ bedarf (vgl. auch *Kogler/Traimer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetz³, 375, wonach gedanklich die im Jahresüberschuss enthaltenen Programmengelterlöse in die freie Rücklage gebucht werden).

Festzuhalten ist weiters, dass nach dem Ergebnis der Prüfung durch die Prüfungskommission auch tatsächlich Jahresüberschüsse in dem dem Antrag zu Grunde liegenden Ausmaß vorliegen, die einer Bildung einer freien Rücklage nach § 39b Abs. 4 Z 3 ORF-G grundsätzlich zugänglich sind. Dabei ist zu berücksichtigen, dass zutreffenderweise die Einzelabschlüsse bzw. das Konzernergebnis um jene Ergebnisanteile zu berichtigen sind, die aus stand alone kommerziellen Aktivitäten stammen bzw. bei denen die Verfügungsbefugnis des ORF anderweitig eingeschränkt ist. In letztere Kategorie fallen vor allem Ergebnisanteile anderer Gesellschafter bzw. sondergesetzliche Bestimmungen zur Ergebnisverwendung (vgl. § 5 Abs. 5 RGG).

Nach § 39b Abs. 5 ORF-G sind an die Durchführung einer Maßnahme nach Abs. 4 Z 3 zudem mehrere prozessuale Voraussetzungen geknüpft: Die Maßnahme bedarf der Genehmigung durch den Stiftungsrat, sie ist vorab bei der KommAustria zu beantragen, diese hat eine Prüfung durch die Prüfungskommission zu veranlassen sowie auf Basis der Stellungnahme gegebenenfalls eine Genehmigung zur Durchführung zu erteilen.

Diese Voraussetzungen sind erfüllt: Die Genehmigung durch den Stiftungsrat erfolgte im beantragten Ausmaß in der Sitzung am 12.05.2011; die von der KommAustria um Stellungnahme ersuchte Prüfungskommission übermittelte am 24.05.2011 ihren Bericht über die Prüfung des Antrages.

Der inhaltliche Maßstab der von der KommAustria vorzunehmenden Prüfung ergibt sich aus § 39b Abs. 1 bis 3 ORF-G:

Die erste nach § 39b Abs. 1 und Abs. 2 Z 3 ORF-G zu prüfende Voraussetzung ist die Frage, ob in den Geschäftsjahren der laufenden und vorangegangenen Finanzierungsperiode berücksichtigungsfähige Verluste aus der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags angefallen sind, die zu einem Absinken des Eigenkapitals geführt haben. Dies ist zu bejahen:

Die letzte Neufestsetzung des Programmengelts fand im Jahr 2008 statt; zuvor wurde das Programmengelt im Jahr 2004 neu festgesetzt. Zwar war dem ORF-Gesetz bis zur Novelle BGBl. I Nr. 50/2010 der Begriff der „Finanzierungsperiode“ fremd. Im Lichte der Übereinstimmung der Perioden mit dem nunmehr in § 31 Abs. 2 ORF-G explizit angeordneten fünfjährigen Zeitraum ist jedoch davon auszugehen, dass maßgeblich für die Beurteilung der Verluste im Sinne des § 39b Abs. 1 erster Satz ORF-G die Ergebnisse der Geschäftsjahre 2004 bis 2009 sind (in diese Richtung auch Rz 216 der Kommissionsentscheidung). In diesem Zeitraum sind insgesamt kumulierte Verluste aus der

Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags in Höhe von über EUR 100 Mio. angefallen. Wie auch die Prüfungskommission in ihrer Stellungnahme anführt, ließe sich sowohl eine Berechnung auf Basis der Einzelabschlüsse als auch auf Konzernebene mit dem Gesetzeswortlaut vereinbaren; ebenso eine (konsolidierte) Berechnung über beide Finanzierungsperioden hinweg bzw. eine Berechnung ab dem ersten Verlustjahr. Dies deckt sich nach Auffassung der KommAustria auch mit den Vorgaben der Kommissionsentscheidung (arg *und/oder* in Rz 251 letzter Satz). Unabhängig von der Berechnungsmethode ergeben sich jeweils die genannten Verluste aus der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags im Ausmaß von über EUR 100 Mio.

Korrespondierend liegt auch das geforderte Absinken des Eigenkapitals vor: Im Jahr 2007, d.h. vor Eintritt der Verlustsituation, lag das Eigenkapital im Konzern bei EUR 294,1 Mio. Bis zum letzten Jahresabschluss 2009 sank das Eigenkapital auf EUR 162,0 Mio.

Die zweite zu prüfende Voraussetzung ist nach § 39b Abs. 2 Z 4 ORF-G, dass die beantragte eigenkapitalerhöhende Maßnahme die Höhe der nach Abs. 2 Z 3 maßgeblichen Verluste aus der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrages nicht überschreiten darf. Auch diese Bedingung ist im vorliegenden Fall eingehalten: Vom ORF wurde konzernweit – nach Ausgleich von Jahresverlusten 2010 aus öffentlich-rechtlichen und konnexkommerziellen Aktivitäten – eine konsolidierte freie Rücklagenbildung nach § 39b Abs. 4 Z 3 ORF-G im Ausmaß von EUR 11.482.818,93 beantragt. Die solcherart vorgenommene Erhöhung des Eigenkapitals reicht daher bei weitem nicht an die berücksichtigungsfähigen Verluste aus der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags in der laufenden bzw. der vorangegangenen Finanzierungsperiode heran.

Nach dem Vorliegen dieser Voraussetzungen ist schließlich der Kernpunkt der Prüfung die Frage nach der „Erforderlichkeit“ der beantragten Maßnahme.

Hierzu ist vorzuschicken, dass die Europäische Kommission eine angemessene Eigenkapitalausstattung öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten nicht als Selbstzweck sieht, sondern ihren primären Zweck darin erachtet, die fortgesetzte Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags auch dann sicherzustellen, wenn außergewöhnliche Ereignisse eintreten, die von der Finanzierung des laufenden Betriebs unabhängige Auswirkungen auf die zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags erforderlichen Vermögenswerte haben (vgl. Rz 253 der Kommissionsentscheidung). Die Höhe des insoweit „erforderlichen“ Eigenkapitals soll es daher dem ORF ermöglichen, aus eigener Kraft heraus eine Situation abwenden zu können, in der eine mittelfristig fortgesetzte Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags nicht mehr sichergestellt wäre. Eine solche Situation läge bei der Möglichkeit eines Konkurses vor (vgl. Rz 256 sowie ausdrücklich Rz 251 der Entscheidung, wonach davon ausgegangen wird, *„dass eine Kapitalerhöhung des ORF durch Umwandlung eines Jahresüberschusses in Eigenkapital nur unter der Voraussetzung und in dem Umfang gerechtfertigt ist, dass sie erforderlich ist, um mittelfristig die Gefahr einer Insolvenz des ORF abzuwenden“*).

§ 39b Abs. 1 iVm Abs. 2 Z 1 ORF-G bestimmt demnach als Voraussetzung für die Genehmigung der beantragten Maßnahme, dass ohne die Erhöhung des frei verfügbaren Eigenkapitals die fortgesetzte Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags mittelfristig nicht mehr sichergestellt ist. Der Prognosezeitraum wird dabei ausdrücklich mit fünf Jahren festgesetzt. Aus § 39b Abs. 3 ORF-G und den Materialien (Erl zur RV 611 BlgNR, 24. GP) lässt sich – in weitestgehend wortidenter Entsprechung der Vorgaben in Rz 256 der Kommissionsentscheidung – ablesen, dass Prüfungsmaßstab sowohl das Risiko einer Zahlungsunfähigkeit als auch einer rechnerischen Überschuldung im Sinne der §§ 66 und 67 Konkursordnung (mittlerweile Insolvenzordnung – IO, RGBl. Nr. 337/1914 idF BGBl. I Nr. 111/2010) ist.

Ziel der Berechnung ist es, anhand einer Prognose eines plausiblen Verlustszenarios eine Eigenkapitalausstattung zu ermitteln, bei der es dem ORF möglich ist, den genannten

Risiken der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung aus eigener Kraft – nämlich unter Rückgriff auf diese insoweit notwendige Eigenkapitalausstattung – zu entgehen. Es kommt dabei auch nicht auf die Prognose des tatsächlichen Eintritts der beiden alternativen Tatbestände der §§ 66 und 67 IO an, sondern auf die Darstellung eines plausiblen Risikos des Eintritts, wobei die Plausibilität anhand eines Vergleichs der prognostizierten Aufwendungen und Erlöse über einen Zeitraum von fünf Jahren mit den entsprechenden Entwicklungen der Vergangenheit zu prüfen ist (vgl. *Kogler/Trainer/Truppe*, Österreichische Rundfunkgesetz³, 374 f).

Der ORF hat nun in seinem Antrag ein sogenanntes „Schockszenario“ in Form einer Vorausschau berechnet, das unter den im Sachverhalt dargestellten Prämissen (Entfall der Programmgehaltrefundierung nach § 31 Abs. 11 bis 17 ORF-G im Jahr 2012, Rückgang der Werbeerlöse um 30 % und Stabilisierung auf -15 % gegenüber der Planung, Abwertungen im Anlagevermögen aufgrund eines Einbruchs der Kapitalmärkte, Verzögerungen bei geplanten Verwertungen des Anlagevermögens, erhöhter Zinsaufwand, gleichbleibendes Programmgehalt) dazu führt, dass mittelfristig bis 2015 ein Eigenkapitalverbrauch im Konzern in Höhe von EUR --- Mio auftreten würde. Bereits im Jahr 2013 befände sich der ORF in der Situation einer rechnerischen Überschuldung, da in diesem Jahr der kumulierte Eigenkapitalverbrauch im Konzern mit EUR --- Mio erstmals das bestehende Eigenkapital zum 31.12.2010 vor Ergebnisverwendung in der Höhe von EUR 162,0 Mio übersteigen würde. Dieses Szenario beinhaltet dabei bereits eine – rechtlich nicht zwingend geforderte – Heranziehung der Ergebnisbeiträge der stand alone kommerziellen Aktivitäten sowie eine strukturelle Einschränkung des Leistungsumfangs öffentlich-rechtlicher Aktivitäten im Hinblick auf die in § 31 Abs. 11 bis 12 ORF-G genannten Voraussetzungen (vgl. zu diesem prüfrelevanten Kriterium auch Rz 257 Satz 2 der Kommissionsentscheidung).

Hinzu tritt für dieses „Schockszenario“ eine kontinuierliche Verschlechterung der Liquidität sowohl für den ORF als auch für den ORF-Konzern, die zwar nicht zwingend zu einer Zahlungsunfähigkeit, aber zu erheblich höheren Finanzierungskosten führen würde.

Die Plausibilität dieses vom ORF gerechneten „Schockszenarios“ wurde von der Prüfungskommission auf Basis einer rechnerischen Kontrolle der im Antrag dargestellten Tabellen, einer Ableitung der im Antrag dargestellten Szenarien aus der Finanzvorschau sowie aus dem vorläufigen ORF Konzernabschluss, einer Plausibilisierung der für die Szenarien getroffenen Annahmen und der daraus resultierenden Liquiditäts- und Ergebniseffekte anhand der eingetretenen Vermögensverluste in den Geschäftsjahren 2007 bis 2009 sowie einer Sensitivitätsanalyse durch Veränderung der Annahmen im „Schockszenario“ bewertet. Im Ergebnis kommt die Prüfungskommission zu dem Schluss, dass sich das Szenario aus der Finanzvorschau und dem vorläufigen ORF-Konzernabschluss für 2010 ableiten lässt und auf Grund der in der Vergangenheit beobachteten wirtschaftlichen Entwicklungen nicht unplausibel ist.

Es sind im Verfahren keinerlei Anhaltspunkte hervorgetreten, die Anlass geben würden, an diesen Feststellungen zu zweifeln; dies insbesondere angesichts des Umstandes, dass in der Vergangenheit bereits dem „Schockszenario“ vergleichbare Verlustsituationen eingetreten sind. Es wurde damit auch der Vorgabe in Rz 258 der Kommissionsentscheidung entsprochen, wonach die KommAustria *„qualifizierte und vollkommen unabhängige Wirtschaftsprüfer damit beauftragt zu prüfen, ob und in welchem Maße der ORF sein Eigenkapital erhöhen muss, um einen drohenden Konkurs abzuwenden.“*

Aufgrund des dargestellten plausiblen Risikos eines Aufbrauchs des Eigenkapitals und einer rechnerischen Überschuldung in Höhe von rd. EUR --- Mio bis zum Jahr 2015 bei Eintritt des „Schockszenarios“, wäre die fortgesetzte Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags im Sinne des § 39b Abs. 1 iVm Abs. 2 Z 2 ORF-G nicht mehr sichergestellt. Um dieses Szenario aus eigener Kraft vermeiden zu können, bedarf es daher einer Erhöhung des frei

verfügbaren Eigenkapitals. Die vom ORF beantragte Maßnahme der freien Rücklagenbildung aus Jahresüberschüssen in dem im Spruch *bewilligten* Ausmaß liegt dabei vom Umfang her weit unter dem sich aus der Szenarienrechnung ergebenden allenfalls *erforderlichen* Ausmaß. Das Vorliegen der Erforderlichkeit der konkret beantragten Maßnahme im Sinne des § 39b Abs. 1 iVm Abs. 2 Z 1 und Abs. 3 ORF-G ist daher zu bejahen, zumal auch eine teilweise Erhöhung des Eigenkapitals der Intention des Gesetzgebers zweifelsfrei entspricht.

Die letzte nach § 39b Abs. 2 Z 2 ORF-G zu beachtende Voraussetzung ist die Verpflichtung, das zugeführte Eigenkapital ausschließlich zur Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Auftrags und nicht für kommerzielle Tätigkeiten zu verwenden. Mit dieser Bestimmung wird der bereits an anderer Stelle, nämlich § 39 Abs. 2 und § 31 Abs. 3 ORF-G, festgelegte Grundsatz der Trennung der Kosten des öffentlich-rechtlichen Auftrags von der Finanzierung (stand alone) kommerzieller Aktivitäten wiederholt. Eine Überprüfung der Einhaltung dieser gesetzlichen Vorgabe wird daher im Zuge der Prüfung der Rechnungsführung und der Führung der Geschäfte durch die Prüfungskommission nach § 40 Abs. 3 ORF-G stattzufinden haben, ist aber nicht Gegenstand der Genehmigung der Durchführung der Maßnahme im Sinne des § 39b Abs. 5 ORF-G. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die Erforderlichkeit eines gesonderten Ausweises der Rücklage nach § 39b ORF-G in den Einzelabschlüssen bzw. auf Konzernebene.

Da die formellen und materiellen Voraussetzungen des § 39b ORF-G vorliegen, war die beantragte Maßnahme spruchgemäß zur Durchführung im Rahmen des Jahresabschlusses 2010 zu genehmigen.

III. Rechtsmittelbelehrung

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

Wien, am 27. Mai 2011

Kommunikationsbehörde Austria
Der Senatsvorsitzende

Mag. Michael Ogris
(Vorsitzender)