



Technische Universität Wien
Institut für Raumplanung
Rechtswissenschaften

Zusammenwirken der BMK und der ASFINAG bei der Planung und Bauausführung von Bundesstraßen

Rechtliche Stellungnahme
zur Zulässigkeit eines Schreibens der Bundesministerin für Klimaschutz,
Bauausführungen bis zum Erreichen der Einvernehmensherstellung zum
Bauprogramm 2021ff auszusetzen

Univ.-Prof. Dr. Dragana Damjanovic, LL.M. (Berkeley)

September 2021

im Auftrag des Bundesministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität,
Innovation und Technologie

Inhaltsverzeichnis

I. AUSGANGSLAGE.....	3
II. AUSGLIEDERUNG DER BUNDESSTRAßENVERWALTUNG AUF DIE ASFINAG: AUFGABEN DER ASFINAG UND VERANTWORTUNG DES BUNDES	4
III. DIE INGERENZRECHTE DES BUNDES GEGENÜBER DER ASFINAG ZUR WAHRNEHMUNG SEINER VERANTWORTUNG	6
IV. ZUR EINORDNUNG DES SCHREIBENS DER BMK IM RAHMEN DES ABSTIMMUNGSPROZESSES NACH § 10 ASFINAG-ERMÄCHTIGUNGSG UND PKT IV ABS 2 FRUCHTGENUSSVERTRAG.....	9
V. ZU DEN IN DER STELLUNGNAHME VON KWR UND IM MEMO VON FWP VORGEBRACHTEN ARGUMENTEN ZUR VERMEINTLICHEN RECHTSWIDRIGKEIT DES SCHREIBENS UND DER DARAUS FOLGENDEN NICHTBEACHTLICHKEIT FÜR DIE VORSTÄNDE IM EINZELNEN	11
1. ZUM VERMEINTLICHEN VORLIEGEN EINER UNZULÄSSIGEN WEISUNG	11
2. ZUM ARGUMENT, DIE INGERENZRECHTE DER BMK GEGENÜBER DER ASFINAG WÜRDEN SICH NUR AUF ALLGEMEINE ZIELVORGABEN UND EINE BEGLEITENDE KONTROLLE SOWIE NUR AUF VERKEHRSTECHNISCHE ASPEKTE ODER TECHNISCHE DURCHFÜHRUNGSMABNAHMEN, ABER NICHT AUF DEN KLIMASCHUTZ BEZIEHEN	12
3. ZUM ARGUMENT DES VERMEINTLICHEN EINGRIFFS IN DEN FRUCHTGENUSSVERTRAG.....	13
4. ZUM ARGUMENT, DER „BAUSTOPP“ SEI EINE UNZULÄSSIGE GESETZESÄNDERNDE MAßNAHME.....	13
5. ZUM ARGUMENT, DIE AUSSETZUNG DER BAUAUSFÜHRUNG STEHE DEN GRUNDSÄTZEN DER SPARSAMKEIT, WIRTSCHAFTLICHKEIT UND EFFIZIENZ ENTGEGEN UND DAMIT AUCH DEN UNTERNEHMENSINTERESSEN DER ASFINAG	14
<u>VI. ZUSAMMENFASSUNG</u>	<u>17</u>

I. Ausgangslage

Am 25. Juni 2021 richtete das Bundesministerium für Klimaschutz ein Schreiben an die ASFINAG (GZ 2021-0.381.345) mit folgendem Inhalt:

„Vorlage des Bauprogramms 2021ff; (Artikel II § 10 ASFINAG Gesetz iVm § 10 ASFINAG Ermächtigungsgesetz 1997; Punkt IV Abs. 2 Fruchtgenussvertrag vom 22.5.2014)

Sehr geehrte Herren Vorstände!

Wie bereits im Schreiben GZ. 2020-0.772.174 vom 24.11.2020 mitgeteilt wurde, werden die Neubau- und Kapazitätserweiterungsprojekte des Bauprogramms der ASFINAG einer umfassenden Evaluierung in Hinblick auf die Zielsetzungen des Regierungsprogramms 2020 unterzogen („Bauprogramm der Zukunft“).

In diesem Zusammenhang wird mitgeteilt, dass derzeit keine Ausschreibungen für etwaige Bauphasen oder bauliche Vorbereitungsmaßnahmen wie Grabungen, Bodenerkundungen, Rodungen, öffentlich-rechtliche Anzeigen, etc. vorzunehmen sind. Die derzeit aktiven Planungen zu den übrigen Projekten können seitens ASFINAG bis zum Abschluss der Evaluierung fortgeführt werden. Diese Vorgehensweise dient aber ausschließlich zur Erreichung der Einvernehmensherstellung 2021 ff (bzw. 2022 ff) und nimmt keine Entscheidungen in Hinblick auf den laufenden Evaluierungsprozess vorweg.

Sämtliche Maßnahmen und Projekte zur Erhaltung, technischen Verbesserung oder Maßnahmen zur Verbesserung der Verkehrssicherheit des Bestandes können weitergeführt werden. Der Prozess der Einvernehmensherstellung für das Bauprogramm 2021ff (bzw. 2022ff) wird fortgeführt.

Betreffend die weiteren Bearbeitungsschritte zur Einvernehmensherstellung wird ersucht, mit den zuständigen BMK Abteilungen Kontakt aufzunehmen.“

In der Folge sind eine „Stellungnahme zur (Un-)Zulässigkeit von Weisungen an den Vorstand der ASFINAG“ von KARASEK WIETRZYK (im Folgenden KWR) und ein „Memo zur Tätigkeit der BMK hinsichtlich Straßenbauvorhaben der ASFINAG“ von fellner wratzfeld partner (im Folgenden fwp) verfasst worden, die beide im Kern argumentieren, dass es sich bei dem vorliegenden Schreiben um eine Weisung der Bundesministerin für Klimaschutz (im Folgenden BMK) an die Autobahnen- und Schnellstraßenfinanzierungsaktiengesellschaft (im Folgenden ASFINAG) handle, die angesichts der Weisungsfreiheit des Vorstands einer Aktiengesellschaft und mangels eines sondergesetzlichen Weisungsrechts der Bundesministerin rechtswidrig und daher in weiterer Folge vom Vorstand auch nicht zu befolgen sei.

Vor diesem Hintergrund werden nachfolgend die Ausgliederung der Aufgaben der Bundesstraßenverwaltung auf die ASFINAG und der in diesem Rahmen gesetzlich und vertraglich verankerte Abstimmungsprozess zwischen der ASFINAG und der BMK hinsichtlich Planung und Bauausführung von Bundesstraßen näher beleuchtet (II und III). Auf dieser Grundlage erfolgt eine Einordnung des oben genannten Schreibens der BMK und die Bewertung über dessen rechtliche Zulässigkeit (IV). Abschließend setzt sich die

Stellungnahme mit zentralen Aussagen aus der Stellungnahme von KWR und dem Memo von fwp, die die vermeintliche Rechtswidrigkeit des Schreibens untermauern sollen, auseinander (V).

II. Ausgliederung der Bundesstraßenverwaltung auf die ASFINAG: Aufgaben der ASFINAG und Verantwortung des Bundes

Der Bund hat auf Grundlage des ASFINAG-Ermächtigungsg¹, des ASFINAG-G² und §34b BundesstraßenG (BStG)³ die Aufgaben der Bundesstraßenverwaltung auf die Autobahnen- und Schnellstraßenfinanzierungsaktiengesellschaft (ASFINAG) übertragen. Gesetzlich festgeschriebener Alleinaktionär der Gesellschaft ist der Bund (§1 ASFINAG-G).

Zum Aufgabenspektrum der ASFINAG zählen Planung, Bau, Erhaltung und Finanzierung (einschließlich der Mauteinhebung),⁴ sofern diese in nicht-hoheitlicher Form durchgeführt werden. Nach dem BStG werden diese nicht-hoheitlichen Aufgaben mit dem Ausdruck der „Bundesstraßenverwaltung“ bezeichnet.⁵ Unberührt von dieser Übertragung verbleiben die hoheitlichen Befugnisse hingegen ausdrücklich beim Bund.⁶ Dazu zählen ua. die Festlegung der Bundesstraßen und die Auflassung von Bundesstraßen (§1 Abs 1 und 2 BStG), die Festlegung des Straßenverlaufs (§4 BStG) oder die Festlegung von Bundesstraßenplanungsgebieten (§14 BStG), die Festlegung der Mautpflicht und Mauthöhe (§§ 1, 6, 10, 12 BStMG) uvm.

Die Übersicht der beim Bund in unmittelbarer hoheitlicher Verantwortung verbleibenden Tätigkeitsbereiche zeigt, dass nach der Konzeption des ASFINAG-G, des ASFINAG-Ermächtigungsg und des BStG die Ausgliederung auf die ASFINAG in erster Linie **„Durchführungsaufgaben organisatorischer, wirtschaftlicher und technischer Art umfasst“**,⁷ während die zentralen **„politischen“ Entscheidungen**, zu denen im Besonderen

¹ Bundesgesetz über die Einbringung der Anteilsrechte des Bundes an den Bundesstraßengesellschaften in die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft und der Einräumung des Rechts der Fruchtnießung zugunsten dieser Gesellschaft (ASFINAG-Ermächtigungsgesetz 1997), BGBl I 113/1997 idF BGBl I 26/2006.

² Bundesgesetz vom 8. Oktober 1982, mit dem eine Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft errichtet wird, mit dem die Planung und Errichtung von Bundesstraßenteilstrecken übertragen wird und mit dem das Bundesministeriengesetz 1973 geändert wird (ASFINAG-Gesetz), BGBl 591/1982 idF BGBl I 38/2016.

³ Bundesgesetz vom 16. Juli 1971, betreffend die Bundesstraßen (Bundesstraßengesetz 1971 – BStG 1971) BGBl 286/1971 idF BGBl I 156/2021.

⁴ Art II § 2. (1) ASFINAG-Gesetz: „Als Unternehmensgegenstand der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft ist insbesondere vorzusehen die Finanzierung, der Bau und die Erhaltung von Bundesstraßen (...).“

⁵ § 34b BStG: „Hinsichtlich jener Bundesstraßen, über die sie mit dem Bund den Fruchtgenussvertrag gemäß § 2 des ASFINAG-Ermächtigungsgesetzes 1997, BGBl. I Nr. 113/1997 Art. I, abgeschlossen hat, kommen der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft alle Rechte und Pflichten des Bundes (Bundesstraßenverwaltung) nach diesem Bundesgesetz zu.“

⁶ So in §4 ASFINAG-Ermächtigungsg explizit festgelegt.

⁷ So mit einer weiteren Übersicht der hoheitlichen Befugnisse bei Planung und Bau von Bundesstraßen, sehr überzeugend, Merli, Öffentliches Gut als Gegenstand von Public Private Partnerships – Das Beispiel der Bundesstraßen, in: WiR (Hrsg), Public Private Partnership, 2003, 59, 67, 69.

auch **Planungsentscheidungen** zählen, vom Bund hoheitlich – entweder gesetzlich oder in traditioneller Verwaltungsform – erledigt werden sollen.⁸ Auf den Punkt gebracht bedeutet dies: wo, welche Straßen, mit welchem Verlauf realisiert werden sollen und ob diese überhaupt realisiert werden sollen, ist eine Frage, die in unmittelbarer Verantwortung beim Bund verbleibt.⁹

Nach den einschlägigen gesetzlichen Grundlagen sollen aber auch die auf die ASFINAG übertragenen „**Durchführungsaufgaben**“ der **Bundesstraßenverwaltung** von dieser nicht völlig frei und unabhängig wahrgenommen werden. Dem Bund ist zwar kein sondergesellschaftsrechtliches Weisungsrecht per Gesetz gegenüber der ASFINAG eingeräumt worden, aber es sind gesetzlich und vertraglich andere **Ingerenzrechte** des Bundes vorgesehen: zum einen das Recht, „die für die Planung, den Bau und die Erhaltung der Bundesstraßen erforderlichen **Verordnungen und Dienstanweisungen**“ zu erlassen (§ 7 Abs 2 BStG) und zum anderen das Recht der BMK, dem **Rahmenplan** der ASFINAG, welche diese zur Erfüllung ihrer Aufgaben zu erstellen hat, **jährlich zuzustimmen** (§ 10 ASFINAG-G, § 10 ASFINAG-ErmächtigungsgG und auf dieser Grundlage: Pkt IV Abs 2 Fruchtgenussvertrag).¹⁰ Denn auch für die Aufgaben, die der ASFINAG übertragen worden sind, trägt der Bund weiterhin Verantwortung, da es sich bei der Aufgabe der Verwaltung des Öffentliches Gutes Straße freilich weiterhin um eine staatliche Aufgabe handelt.¹¹ Aus verfassungsrechtlicher Perspektive sind Ausgliederungen im nicht-hoheitlichen Bereich aus Effizienzgründen zulässig; *„der Gewinn an Effizienz darf aber nicht durch einen unangemessen hohen Verlust an demokratischer Legitimation und Kontrolle erkaufte werden.“* Das gilt im Besonderen für *„planende oder verteilende Aufgaben, für die der öffentliche Rechtfertigungsbedarfs wegen ihres ‚politischen‘ Charakters höher ausfällt“*, als bei technischen oder wirtschaftlichen Aktivitäten, die aufgrund ihrer allgemein gültigen Sachlogik aus der staatlichen Verantwortung eher entlassbar sind.¹²

Die oben genannten **Ingerenzrechte des Bundes gegenüber der ASFINAG** sind als **Instrumente zur Sicherung seiner Verantwortung** zu begreifen. Ihr Umfang und ihre Reichweite sind daher im Sinn der oben geschilderten verfassungsrechtlichen Überlegungen zu interpretieren.

⁸ Merli, Öffentliches Gut als Gegenstand von Public Private Partnerships, 2003, 69. Die rein technische Planung der Bundesstraßen zählt hingegen wieder als Durchführung zum Aufgabenbereich der ASFINAG. S Pürgy/Hofer, Verkehrsrecht, in Holoubek/Potacs (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht, Band 1, 4. Auflage, 1053, 1084f.

⁹ Was aber im Ergebnis die Vorstellung zu sein scheint die den oben genannten Gutachten zugrunde liegt.

¹⁰ Zu diesem im Einzelnen gleich unten Pkt III.

¹¹ Merli, Öffentliches Gut als Gegenstand von Public Private Partnerships, 2003, 64: *„Trotzdem bleiben die genannten Aufgaben staatliche, deren ordnungsgemäße Erfüllung der Bund zwar nicht mehr selbst zu leisten, aber eben gewährleisten muss.“*

¹² Merli, Öffentliches Gut als Gegenstand von Public Private Partnerships, 2003, 65ff.

III. Die Ingerenzrechte des Bundes gegenüber der ASFINAG zur Wahrnehmung seiner Verantwortung

Das Recht der BMK gemäß §7 Abs 2 BStG, „*die für die Planung, den Bau und die Erhaltung der Bundesstraßen erforderlichen Verordnungen und Dienstanweisungen*“ zu erlassen, gibt der BMK zunächst die Möglichkeit den gesamten Tätigkeitsbereich der ASFINAG (arg. „die Planung, den Bau und die Erhaltung“) über **generelle Normen**¹³ zu steuern.¹⁴ Für das gegenständliche **konkrete Schreiben** der BMK an die Vorstände ist (mangels seines generellen Charakters) diese Vorschrift nicht relevant.

Maßgeblich für das gegenständliche Schreiben ist hingegen § 10 ASFINAG-ErmächtigungsG¹⁵ und § 10 ASFINAG-G, wonach der BMK mit dem nach §2 abzuschließenden Fruchtgenussvertrag das Recht einzuräumen ist, der ASFINAG „**Zielvorgaben zu setzen und eine begleitende Kontrolle hinsichtlich der Maßnahmen der Gesellschaft einschließlich der Planungsmaßnahmen durchzuführen. Insbesondere ist vorzusorgen, daß der BMK die für die technische Durchführung anzuwendenden Vorschriften vorbehalten bleibt und ihr jährlich im vorhinein die Plan-Gewinn- und Verlustrechnung und Plan-Bilanz vorgelegt werden.**“

Nach dem Gesetzeswortlaut des § 10 ASFINAG-ErmächtigungsG ist der BMK grundsätzlich hinsichtlich der Maßnahmen der ASFINAG eine begleitende Kontrolle einzuräumen. Das folgt zum einen aus Satz 1, wonach Zielvorgaben zu setzen sind „und“ eine begleitende Kontrolle hinsichtlich der *Maßnahmen* der ASFINAG¹⁶, und nicht bloß hinsichtlich der Einhaltung der Zielvorgaben einzuräumen ist. Das folgt auch aus Satz 2, wo als ein Instrument dieser begleitenden Kontrolle (arg „insbesondere“) die Vorlage der **Plan-Gewinn- und Verlustrechnung und Plan-Bilanz** genannt wird und die **jährliche Zustimmung** der BMK dazu nach §10 ASFINAG-G explizit als Grundlage für die Sicherstellung der Finanzierung der Aufgaben der ASFINAG durch die BMK festgeschrieben wird. So gesehen muss der gesamte Aufgabenbereich der ASFINAG und dessen Realisierung mit der BMK abgestimmt werden, was auch eine logische Konsequenz der Finanzierungsverantwortung der BMK für die ASFINAG ist.

In einem solchen Abstimmungsprozess hinsichtlich der zu realisierenden und entsprechend vom Bund zu finanzierenden Maßnahmen durch die ASFINAG befinden sich der Bund und die ASFINAG derzeit. Im Rahmen von diesem Abstimmungsprozess ist auch das gegenständliche Schreiben ergangen.

¹³ Verordnungen sind generelle Rechtsakte der Verwaltung. Die Dienstanweisung, auch als Verwaltungsverordnung bezeichnet, ist eine generelle Regelungen der Verwaltung im Innenbereich. Dazu zB. *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵, Rz 741.

¹⁴ Dass diese Vorgaben sich nur auf technische Aspekte der Planung von Bundesstraßen erstrecken sollen (so im Memo von fwp, S9, 19) ist nicht nachvollziehbar und steht im Widerspruch zum Wortlaut der Bestimmung (§7 Abs 2 BStG), wonach die Bundesministerin allgemein die für die Planung, den Bau und die Erhaltung der Bundesstraßen erforderlichen Verordnungen und Dienstanweisungen erlässt.

¹⁵ In § 10 ASFINAG-G:

¹⁶ Die Planungsmaßnahmen werden entlang den verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Ausgliederung (dazu oben Pkt. II) besonders hervorgehoben.

Im dem zwischen Bund und ASFINAG gem § 2 ASFINAG-ErmächtigungsG abgeschlossenen Fruchtgenussvertrag wurde diese gesetzlichen Vorgabe in Pkt IV Abs 2 wie folgt umgesetzt: *„Der Bund ist berechtigt, der ASFINAG und ihren Tochtergesellschaften **Zielvorgaben hinsichtlich der verkehrs-, sicherheits- und bautechnischen Ausgestaltung sowie umweltschutzbezogene Maßnahmen** zu setzen **und eine begleitende Kontrolle hinsichtlich der Maßnahmen der ASFINAG und ihrer Tochtergesellschaften einschließlich der Planungsmaßnahmen** durchzuführen. Dem Bund, vertreten durch den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie, bleibt die Erlassung der für die technische Durchführung entsprechend den im Bereich der Wirtschaftsverwaltung des Bundes anzuwendenden Vorschriften vorbehalten. Die ASFINAG hat zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach Art. II § 2 Abs. 1 ASFINAG-Gesetz einen sechsjährigen Rahmenplan, der die **jahresweise geplanten Investitionen samt den für Erhaltung und den Betrieb erforderlichen Ausgaben umfasst, sowie darauf aufbauend Plan-Gewinn-und-Verlust-Rechnungen und Plan-Bilanzen** zu erstellen und jeweils bis zum 15. Oktober den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie **vorzulegen**. Diese Plan-Gewinn-und-Verlust-Rechnungen und Plan-Bilanzen gemäß Art. II § 10 ASFINAG-Gesetz **bedürfen der Zustimmung des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie** im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Finanzen. Der **Rahmenplan** ist jährlich jeweils um ein Jahr zu ergänzen und auf den neuen sechsjährigen Zeitraum anzupassen. Er **hat alle** für das Unternehmen **entscheidungsrelevanten Informationen** zu enthalten, insbesondere eine **Beschreibung und einen Zeitplan für die Planung und den Bau der Neubauprojekte** mit einer aktuellen Kostenschätzung und einer **Wirtschaftlichkeitsbetrachtung**. [...]“*

Im Memo von fwp wird ausgeführt, dass für das Verständnis dieses Vertragstextes auf die allgemeinen Regelungen der Vertragsauslegung im ABGB zurückzugreifen sei, wonach primär auf Wortlaut und Parteiwille abzustellen sei (S 10). Auf dieser Grundlage kommen sie, zu dem – nur schwer nachvollziehbarem – Ergebnis, dass die BMK nur befugt sei, sehr allgemeine Ziele vorzugeben; eine konkrete Weisung sei nur im Hinblick auf die technische Durchführung vertretbar. Die Anordnung konkreter Maßnahmen (wie im Schreiben) gehe weit über die Setzung von reinen Zielvorgaben und einer bloß begleitenden Kontrolle hinaus (S 10f). Auch in der Stellungnahme von KWR wird argumentiert, dass mit dem Begriff der Zielvorgabe lediglich die Vorgabe von Zielen „auf einer bestimmten höheren Abstraktionsebene“, nicht hingegen konkrete Eingriffe in operative Entscheidungen gemeint sei (S 12). Dass die BMK „keine direkten operativen Eingriffe“ tätigen dürfe, leiten sie auch aus den Gesetzesmaterialien zu § 10 ASFINAG-ErmächtigungsG¹⁷ ab, in denen recht unbestimmt festgelegt wird, dass diese Vorschrift den „grundlegenden Einfluss“ der BMK gegenüber der ASFINAG sichern solle (S 12). In der Stellungnahme von KWR wird zudem behauptet, dass Zielvorgaben nur hinsichtlich verkehrs-, sicherheits- und bautechnischer Ausgestaltung möglich seien, nicht aber im Hinblick auf Umwelt- und Klimaschutzbelange (S 13). Das entspricht allerdings nicht der aktuellen Fassung des Fruchtgenussvertrages, in dem in Pkt IV Abs 2 explizit festgelegt wird, dass die BMK berechtigt ist, auch umweltschutzbezogene Maßnahmen der ASFINAG gegenüber zu setzen.

¹⁷ EBRV 698 BlgNR 20. GP, 13.

Entgegen der Auffassung von fwp, ist bei der Auslegung dieses Vertragstextes freilich auch auf seine spezifische gesetzliche Grundlage zurückzugreifen: § 10 ASFINAG-Ermächtigungsgesetz und in weiterer Folge auch auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben, die hinter dieser gesetzlichen Regelung stehen. Diese muss man aber nicht einmal eigens bemühen, allein aus dem Wortlaut des Vertragstextes ergibt sich auch, dass nach dieser Bestimmung die **Ingerenzrechte der BMK auf die ASFINAG** freilich nicht bloß auf die Vorgabe nur sehr allgemeiner Ziele „auf einer bestimmten höheren Abstraktionsebene“ beschränkt sein sollen. Vielmehr wird eindeutig festgelegt, dass die ASFINAG ihren Tätigkeitsbereich jährlich mit der BMK abzustimmen hat (arg.: **zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach Art. II § 2 Abs. 1 ASFINAG-Gesetz** hat die ASFINAG jährlich einen **Rahmenplan** vorzulegen. Der Rahmenplan hat **alle für das Unternehmen entscheidungsrelevanten Informationen** zu enthalten, insbesondere eine Beschreibung und einen Zeitplan für die **Planung und den Bau der Neubauprojekte**). Dieser Rahmenplan mit all diesen umfassenden Informationen zum Tätigkeitsbereich der ASFINAG wird auch als Bauprogramm der ASFINAG bezeichnet. Die BMK hat nach Pkt IV Abs 2 Fruchtgenussvertrag daher nicht nur das Recht allgemeine Zielvorgaben zu formulieren, sondern es wird ihr vielmehr ein **jährliches Zustimmungsrecht** zu diesem sich auf sämtliche Maßnahmen der ASFINAG bezogenen Rahmenplan gewährt. Damit wird ihr auch das Recht eingeräumt, **Planung und Bau von Neubauprojekten** (die explizit als Inhalt des Rahmenplans genannt werden) **jährlich neu zu evaluieren** und diesen allenfalls nicht mehr zuzustimmen.

Weder Gesetz noch Vertrag führen näher aus, aus welchen Gründen die Zustimmung verweigert werden kann. Es ist daher in dieser Frage von einem weiten Ermessensspielraum der BMK auszugehen: sofern sich die Entscheidung im Rahmen der Vorgaben des **Sachlichkeits- und Effizienzgebots**¹⁸ bewegt, wird sie als zulässig zu erachten sein. Da Gegenstand des Abstimmungsverfahrens *Plan-Gewinn-und-Verlust-Rechnungen und Plan-Bilanzen* sind und die Zustimmung auch vom BMF zu geben ist, werden Finanzierung und die Wirtschaftlichkeit der Projekte als entsprechend sachliche Kriterien für die Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung anzusehen sein. Dass im Hinblick auf Planung und Bau von Neubauprojekten **eine aktuellen Kostenschätzung** und eine **Wirtschaftlichkeitsbetrachtung** relevante Kriterien bei der Erteilung der Zustimmung sein sollen, ergibt sich auch aus Pkt IV Abs 2 Fruchtgenussvertrag, wonach der vorzulegende Rahmenplan „**alle für das Unternehmen entscheidungsrelevanten Informationen zu enthalten, insbesondere eine Beschreibung und einen Zeitplan für die Planung und den Bau der Neubauprojekte mit einer aktuellen Kostenschätzung und einer Wirtschaftlichkeitsbetrachtung.**“

Bei der **Wirtschaftlichkeitsbetrachtung** von Neubauprojekten ist mit Bezug auf die öffentliche Aufgabe der Errichtung und Verwaltung von Straßen eine gesamtwirtschaftliche Betrachtung zugrunde zu legen. Dh. die wirtschaftliche Betrachtung hat nicht nur Kosten in einem engen betriebswirtschaftlichen Sinn (wie bei jedem anderen privaten Unternehmen)

¹⁸ Damit ist gemeint, dass die einschlägige gesetzliche Regelung bzw. vertragliche Bestimmung so zu interpretieren ist, dass sie keine unsachliche oder dem Effizienzgebot widersprechende Verweigerung der Zustimmung erlaubt. Zu diesen allgemeinen Grundsätzen der Verfassung s *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹², Rz 765ff (hinsichtlich des Sachlichkeitsgebots) und Baumgartner, Art 126b B-VG, in: Kneihls/Lienbacher (Hrsg.), Rill-Schäffer-Kommentar. Bundesverfassungsrecht, 14. Lfg (2014), Rz 34.

zu berücksichtigen. Vielmehr ist auf die volkswirtschaftlichen Kosten abzustellen und dabei sind insb. auch die **negativen externen Effekte der Umweltverschmutzung und des Klimawandels** miteinzubeziehen, welche im Verkehrsbereich im Besonderen anfallen.¹⁹

Dieses Ergebnis, dass das Zustimmungsrecht der BMK nach § 10 ASFINAG-ErmächtigungsgG, § 10 ASFINAG-G und Pkt IV Abs 2 Fruchtgenussvertrag sicherstellen soll, dass die im Kern politische Frage der Realisierung von Neubauprojekten nicht allein von der ASFINAG zu treffen ist, sondern mit der BMK abzustimmen ist, deckt sich mit den eingangs dargelegten verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Ausgliederung von nicht-hoheitlichen Aufgaben.²⁰

IV. Zur Einordnung des Schreibens der BMK im Rahmen des Abstimmungsprozesses nach § 10 ASFINAG-ErmächtigungsgG und Pkt IV Abs 2 Fruchtgenussvertrag

Das gegenständliche Schreiben der BMK v 25. Juni 2021 erfolgt im Rahmen des oben geschilderten Abstimmungsprozesses. Das wird im Schreiben so auch ausdrücklich angeführt: „... werden die Neubau- und Kapazitätserweiterungsprojekte des Bauprogramms der ASFINAG einer umfassenden Evaluierung im Hinblick auf die Zielsetzungen des Regierungsprogramms 2020 unterzogen ... In diesem Zusammenhang wird mitgeteilt ...“. Im Betreff des Schreibens werden auch die einschlägigen Gesetzesstellen angeführt.

Das Schreiben betrifft somit nicht allein die operative Ebene der ASFINAG – wie im Memo von fwp (S 11) und in der Stellungnahme von KWR (S 12) argumentiert – sondern das Schreiben ist eingebettet in einen umfassenden Evaluierungsprozess und steht damit im Zusammenhang mit einer übergeordneten politischen Entscheidung: konkret, vor vielen Jahren geplante und zum Teil auch behördlich genehmigte Projekte aufgrund von veränderten Voraussetzungen hinsichtlich ihrer Wirtschaftlichkeitsbetrachtung allenfalls doch nicht zu realisieren. Das ist eine Aufgabe, die – wie bereits oben herausgearbeitet – in der Verantwortung des Bundes liegt und nicht allein von der ASFINAG zu entscheiden ist.²¹

Mit dem Schreiben wird mitgeteilt, „dass derzeit keine Ausschreibungen für etwaige Bauphasen oder bauliche Vorbereitungsmaßnahmen wie Grabungen, Bodenerkundungen, Rodungen, öffentlich-rechtliche Anzeigen, etc. vorzunehmen sind“ und dass diese Vorgehensweise zur Erreichung der Einvernehmensherstellung 2021ff diene. Das Schreiben verfolgt somit den Zweck, den in Art 10 ASFINAG-ErmächtigungsgG und Pkt IV Abs 2 Fruchtgenussvertrag vorgesehenen Abstimmungsprozess effizient zu gestalten. Es soll sichergestellt werden, dass keine unnötigen Aufwendungen getätigt werden; konkret sollen keine Bauausführungen vorgenommen werden bis zum Abschluss der Evaluierung, um zu vermeiden, dass diese im Falle einer Verweigerung der Zustimmung zu bestimmten Neubauprojekten als frustrierte Aufwendungen zu betrachten wären. Ein derartiges

¹⁹ Zur Wirtschaftlichkeitsbetrachtung der Öffentlichen Hand s ausführlicher auch unten Pkt. V.5.

²⁰ S. oben Pkt II.

²¹ S oben Pkt II und III.

Vorgehen der BMK entspricht jedenfalls den Maßstäben des verfassungsrechtlich verankerten Effizienzgebots.²²

Entgegen der im Memo von fwp (S 11f, 19) und der Stellungnahme von KWR (S 6) vertretenen Ansicht, handelt es sich beim vorliegenden Schreiben um **keine Weisung**. Das folgt nicht nur aus dem Wortlaut des Schreibens (arg. „*es wird mitgeteilt*“), sondern auch aus der Betrachtung des Gesamtkontextes, in welchem das Schreiben steht bzw. wenn man auf den **objektiven Erklärungsgehalt** des Schreibens abstellt. Das sind sowohl nach dem Verwaltungsrecht (die BMK als staatliches Organ) als auch nach dem Zivil- bzw. Gesellschaftsrecht (die BMK als Alleinaktionärin) neben dem Wortlaut die zentralen Parameter, um zu beurteilen, ob das Schreiben als Weisung zu qualifizieren ist oder nicht.²³ Das Gesetzmäßigkeitsgebot – sowohl Verwaltungshandeln als auch privatrechtliches Handeln hat im Einklang mit den Gesetzen zu erfolgen – führt bei Abstellen auf den objektiven Erklärungsgehalt zur Auslegungsregel, dass **im Zweifel** (also wenn auf Grundlage des Wortlauts kein klares Ergebnis erzielt werden kann) die Erklärung **gesetzeskonform auszulegen** ist.²⁴ Nachdem der BMK gegenüber der ASFINAG weder verwaltungsrechtlich (Art 20 Abs 1 B-VG ist auf ausgegliederte Rechtsträger nicht unmittelbar anwendbar)²⁵ noch aktienrechtlich (Art 70 Abs 1 AktG sieht die Weisungsfreiheit des Vorstands einer AktG vor) ein Weisungsrecht zukommt, **kann der BMK auch nicht unterstellt werden, sie wolle eine rechtswidrige Weisung erteilen**. Oder anderes formuliert: „*im Rechtsstaat ist grundsätzlich zu vermuten, dass das staatliche Organ die Absicht hatte, rechtens zu handeln*.“²⁶ Berücksichtigt man den Wortlaut des Schreibens und dessen Begleitumstände, insb. die Bezugnahme auf das Abstimmungsverfahren nach Pkt IV Abs 2 des Fruchtgenussvertrags iVm § 10 ASFINAG-ErmächtigungsgG, ist vielmehr von einer sog. bloßen „**Wissenserklärung über Umstände im Tatsächlichen**“²⁷ auszugehen. Die BMK erklärt im Schreiben, welche Konsequenzen aus ihrer Sicht aus dem laufenden Evaluierungsprozess für konkrete Bauausführungen betreffend der evaluierten Projekte folgen: sie sollen bis zum Abschluss des Evaluierungsprozesses nicht vorgenommen werden, um zu gewährleisten, dass keine Aufwendungen getätigt werden, die durch das Ergebnis des Evaluierungsprozesses allenfalls frustriert werden könnten. Auf den Punkt gebracht: das Schreiben soll den Evaluierungsprozess effizient gestalten.

²² Dazu etwa *Baumgartner*, Art 126b (2014), Rz. 34.

²³ ZB. VwGH 20.11.2003, 2002/09/0088; VwGH 12.11.2013, 2013/09/0044. Für das Zivilrecht s. zB. OGH RS0014160; OGH RS0014205; OGH RS0113932; *Bollenberger/P. Bydlinsky*, in KBB, ABGB Kurzkommentar, § 914 Rz 1.

²⁴ ZB. VwGH 17.02.1994, 93/06/0120 (zur gesetzeskonformen Auslegung eines Bescheides). Es handelt sich um eine Variante einer auf die Gesamtrechtsordnung abstellenden systematischen Interpretation, so *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹², Rz 36 (hinsichtlich der verfassungskonformen Interpretation; dies trifft gleichermaßen auf die gesetzeskonforme Interpretation zu).

²⁵ *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵, Rz 376.

²⁶ So die Formulierung in VwGH 17.02.1994, 93/06/0120.

²⁷ Dazu zB. VwGH 14.10.2013, 2013/12/0042. S. auch *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵, Rz 1234, der von einer „nicht formalisierten Erklärung eines Verwaltungsorgans“ spricht, oder für das Zivilrecht, *Bollenberger/P. Bydlinsky*, in KBB, ABGB Kurzkommentar, § 859 Rz 10, die die Bezeichnung „bloße Nachricht über Tatsachen ohne Rechtsfolgewillen“ verwenden.

Aus der Qualifikation des Schreibens als bloße Wissensmitteilung folgt nun nicht, wie in der Stellungnahme von KWR (S 6) vertreten, dass „das Schreiben aus gesellschaftsrechtlicher Sicht jedenfalls nicht bindend für den Vorstand“ wäre. Es handelt sich beim vorliegenden Schreiben vielmehr um eine **Wissensmitteilung**, die ein **sorgfältig handelnder Vorstand sehr wohl zu beachten haben wird**. Denn jedes Vorstandsmitglied hat gem. § 84 Abs 1 S 1 AktG bei seiner Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden.²⁸ Welche Handlungen ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter im konkreten Fall setzen oder unterlassen muss, richtet sich nach der Übung des redlichen Verkehrs unter Zugrundelegung der besonderen Verhältnisse der Gesellschaft.²⁹ Der OGH beurteilte etwa die Anordnung eines Vorstandsmitglieds, mit Bauarbeiten vor Erteilung der erforderlichen Baubewilligung und ohne Einholung des notwendigen Beschlusses der Miteigentümerschaft sowie des Aufsichtsrats zu beginnen und dadurch der Gesellschaft Kosten zu verursachen, als pflichtwidrig.³⁰ Umgelegt auf den vorliegenden Fall, könnte die Nichtbeachtung des Schreibens der BMK und die Vornahme von Bauausführungen trotz Wissen über den Evaluierungsprozess ebenso als eine derartige Pflichtwidrigkeit qualifiziert werden, wenn dadurch unnötige Aufwendungen entstehen, weil die BMK letztendlich ihre Zustimmung verweigert.

V. Zu den in der Stellungnahme von KWR und im Memo von fwp vorgebrachten Argumenten zur vermeintlichen Rechtswidrigkeit des Schreibens und der daraus folgenden Nichtbeachtlichkeit für die Vorstände im Einzelnen

1. Zum vermeintlichen Vorliegen einer unzulässigen Weisung

Kernargument der Stellungnahme von KWR (S 6, 22f) und des Memo von fwp (S 20) ist, dass das Schreiben als Weisung zu qualifizieren sei,³¹ welche unzulässig sei, weil der Vorstand der ASFINAG weisungsfrei sei und eine sondergesetzliche Regelung, die eine Abweichung von der Weisungsfreiheit vorsieht, nicht verankert sei.

Wie oben ausführlich dargelegt,³² sind im ASFINAG-Gesetz, im ASFINAG-ErmächtigungsG und daraus abgeleitet dem Fruchtgenussvertrag sehr wohl **Ingerenzrechte der BMK** vorgesehen, die zu einer **Modifikation der nach § 70 AktG grundsätzlich verankerten Weisungsfreiheit der Vorstände** führen. Die ASFINAG hat auf Grundlage des in § 10 ASFINAG-ErmächtigungsG und Pkt IV Abs Fruchtgenussvertrag festgelegten Abstimmungsverfahrens ihren Tätigkeitsbereich, jedenfalls die Planung und Durchführung von Neubauprojekten, mit der BMK abzustimmen. Konkret ist der BMK zu diesen Fragen ein

²⁸ OGH RS0116174; J. Reich-Rohrwig; Cl. Grossmayer; K. Grossmayer; Zimmermann in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 100.

²⁹ OGH 21. 12. 2010, 8 Ob 6/10f.

³⁰ OGH 7. 7. 1998, 5 Ob 490/97p.

³¹ Davon geht wohl auch das Memo von fwp aus, wobei die Frage nicht klar beantwortet wird. S. FN 18 und die Conclusio auf S 20, dass „die Befolgung einer solchen ‘Anordnung’, mag sie als Weisung bezeichnet sein oder nicht – durch den Vorstand der ASFINAG zu unterbleiben hätte.“

³² S. oben Pkt III.

jährliches Zustimmungsrecht eingeräumt. Die Weisungsfreiheit der Vorstände ist durch dieses Zustimmungsrecht freilich eingeschränkt.

Das Memo von fwp und die Stellungnahme von KWR klammern dieses Zustimmungsrecht der BMK bei ihren Ausführungen zur Weisungsfreiheit der Vorstände, zu konzernrechtlichen Weisungen, zur Frage der Vorlagepflicht der Vorstände, zur Qualifikation des Fruchtgenussvertrages als Beherrschungsvertrag oder zu den vertraglichen Weisungsrechten allerdings zur Gänze aus. Sie stellen daher nur einen Teil der Rechtslage und damit die Rechtssituation zu dieser Frage in ihrer Gesamtheit nicht korrekt dar. Eine nähere Auseinandersetzung mit diesem einen Teil der Rechtslage erübrigt sich damit.

Wie oben näher erläutert,³³ ist das Schreiben gar nicht als Weisung zu qualifizieren, sondern als bloße Wissensmitteilung, die im Rahmen des gesetzlich und vertraglich ausdrücklich verankerten Abstimmungsprozesses, erfolgt. Der BMK kommt freilich das Recht zu, eine derartige Wissensmitteilung zu äußern, um diesen Abstimmungsprozess effizient zu gestalten. Auch wenn es sich beim Schreiben um eine „bloße“ Wissensmitteilung handelt, ist diese von den Vorständen aufgrund ihrer Sorgfaltspflichten dennoch zu beachten.

2. Zum Argument, die Ingerenzrechte der BMK gegenüber der ASFINAG würden sich nur auf allgemeine Zielvorgaben und eine begleitende Kontrolle sowie nur auf verkehrstechnische Aspekte oder technische Durchführungsmaßnahmen, aber nicht auf den Klimaschutz beziehen

Diese sowohl in der Stellungnahme von KWR (S 12) als auch im Memo von fwp (S 7, 9) vertretene Auslegung von §10 ASFINAG-Ermächtigungsg und Art IV Abs 2 Fruchtgenussvertrag ist nicht nachvollziehbar.

Wie oben genauer erläutert,³⁴ bezieht sich das in diesen Vorschriften verankerte Zustimmungsrecht der BMK im Grunde auf den gesamten Aufgabenbereich der ASFINAG, jedenfalls auch auf die Planung und den Bau von Neubauprojekten.

In Art IV Abs 2 **Fruchtgenussvertrag wird explizit festgelegt**, dass die BMK berechtigt ist, der ASFINAG gegenüber, **auch umweltschutzbezogene Maßnahmen** zu setzen. Darüber hinaus kann die BMK auch im Rahmen des Abstimmungsprozesses und bei der im Kern politischen Entscheidung, ob sie die Zustimmung für die Realisierung bestimmter Projekte erteilt, Klima- und allgemein Umweltschutzüberlegungen miteinbeziehen. Denn die **Kosten der Umweltverschmutzung und Klimabelastung** von Straßenbauprojekten spielen als **negative externe Effekte** bei der **Wirtschaftlichkeitsbetrachtung**³⁵ dieser Projekte eine zentrale Rolle.

³³ Pkt. IV.

³⁴ Pkt III.

³⁵ Dazu noch näher unten Pkt V.5.

3. Zum Argument des vermeintlichen Eingriffs in den Fruchtgenussvertrag

Im Memo von fwp wird argumentiert (S 11f): *„Die Verhängung eines Baustopps würde eine wesentliche Einschränkung der durch den Fruchtgenussvertrag eingeräumten Befugnisse der ASFINAG bedeuten und würde sohin auch dem Wesen eines Fruchtgenussvertrags widersprechen. Darüber hinaus ist ganz allgemein die Erteilung von Weisungen hinsichtlich eines „Projektstopps“ der Typologie eines Fruchtgenussvertrages fremd.“*

Auch bei dieser Argumentation klammert fwp das Zustimmungsrecht der BMK gemäß §10 ASFINAG-ErmächtigungsgG und Art IV Abs 2 Fruchtgenussvertrag aus: Die persönliche Dienstbarkeit des Fruchtgenusses berechtigt den Fruchtnießer in der Tat eine fremde Sache (hier Eigentum des Bundes) ohne alle Einschränkungen zu nutzen. Der Umfang des Fruchtgenussrechtes kann aber freilich nur soweit reichen, wie dieser vertraglich und – im Falle der ASFINAG – auch gesetzlich determiniert ist. Das **Fruchtgenussrecht der ASFINAG ist gerade nicht uneingeschränkt vorgesehen**, da der Fruchtgenussvertrag in Pkt IV Abs 2 iVm § 10 ASFINAG-ErmächtigungsgG dieses Nutzungsrecht unter die Bedingung stellt, dass jährlich ein Abstimmungsverfahren mit abschließender Zustimmung durch die Bundesministerin erfolgt.

4. Zum Argument, der „Baustopp“ sei eine unzulässige gesetzesändernde Maßnahme

Fwp argumentieren offenbar, dass das Schreiben *„in gesetzesändernder Weise die Anhänge zum Bundesstraßengesetz (in Form eines „Baustopps“) außer Kraft setzen“* würde, wenn sie schreiben, dass die BMK dazu keine Kompetenz habe (S 9) oder dass der Baustopp zu einer *„Netzveränderung“* im Sinn des SP-V-Gesetzes führen würde (S 18).

Das ist aus mehreren Gründen nicht korrekt:

Zunächst kann ganz grundlegend, die Handlung einer Bundesministerin als Verwaltungshandeln ein Gesetz nicht außer Kraft setzen oder ändern. Es könnte nur gesetzeswidrig sein, was es aber aus all den bislang genannten Gründen nicht ist.

Zum zweiten wird mit dem Schreiben selbst nicht entschieden, dass die Straße nicht realisiert werden soll; das soll vielmehr Ergebnis des laufenden Evaluierungsprozesses sein. Dementsprechend wird in dem Schreiben auch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es keine Entscheidungen in Hinblick auf den laufenden Evaluierungsprozess vorwegnimmt.

Schließlich folgt aus der Festlegung der Bundesstraßen im BStG keine Verpflichtung diese auch tatsächlich zu realisieren. Mit der Festlegung der Straßen in Verzeichnis 1 und 2 des BStG, erklärt der Bundesgesetzgeber die Straßen zu Bundesstraßen und begründet damit seine Zuständigkeit.³⁶ **Das Verzeichnis ermächtigt sohin zum Bau der jeweiligen Straßen, es verpflichtet aber nicht dazu.** Ob und wie konkret die jeweilige Straße zu realisieren ist, ist

³⁶ S. Pürgy/Hofer, Verkehrsrecht⁴, 1070.

nach dem BStG durch die BMK auf Grundlage der verankerten Bewilligungsverfahren unter Heranziehung der in §4 Abs 1 genannten Kriterien zu entscheiden. Dazu zählen ua. Umweltverträglichkeit, Erfordernisse des Verkehrs, funktionelle Bedeutung des Straßenzugs (=raum- und strukturpolitische Gesichtspunkte der Straße) und die Wirtschaftlichkeit des Projekts.³⁷ Weiters kann die BMK – wie oben ausführlich dargelegt³⁸ - auch im Hinblick auf bereits bewilligte Projekte aufgrund von Wirtschaftlichkeitsüberlegungen und veränderter Voraussetzungen nach dem in §10 ASFINAG-ErmächtigungsgG festgelegtem Abstimmungsverfahren die Zustimmung zur tatsächlichen Realisierung verweigern.

Die Annahme, dass die Festlegung im BStG zu einer Verpflichtung führt, diese zu realisieren, würde die im BStG vorgesehenen Bewilligungsverfahren und die in der Regel durchzuführende Umweltverträglichkeitsprüfung, sowie auch das in §10 ASFINAG-ErmächtigungsgG sowie in Pkt IV Abs 2 festgelegte Zustimmungsrecht der BMK ad absurdum führen. Es würde bedeuten, dass die Genehmigungsverfahren (bei dem ua. die oben genannten Kriterien zu prüfen sind) nicht negativ entschieden werden könnten, oder die Zustimmung zu Planung und Bau eines Neubauprojekts nicht verweigert werden könnte (obwohl explizit in Pkt IV Abs 2 Fruchtgenussvertrag vorgesehen). Auch die Bestimmung in §4 Abs 1 BStG, dass der Bescheid über den Straßenverlauf außer Kraft tritt, wenn nicht binnen 10 Jahren ab Rechtskraft mit wesentlichen Baumaßnahmen zur Errichtung begonnen wurde, würde unter dieser Annahme keinen Sinn ergeben.

Die Festlegung in §4 Abs 1 BStG, dass die BMK den Straßenverlauf „im Rahmen der Verzeichnisse“ (gemeint sind die Anhänge des BStG) mit Bescheid zu bestimmen hat, kann insofern nur dahingehend verstanden werden, dass die BMK mit Bescheid freilich keine alternative Planung vornehmen kann, weil sie im Rahmen der Verzeichnisse zu agieren hat. Sie kann aber im Rahmen der Verzeichnisse entscheiden, dass ein konkretes Projekt nicht realisiert werden soll, zB. aufgrund der fehlenden Umweltverträglichkeit oder einer negativen Wirtschaftlichkeitsbetrachtung.³⁹ Das selbst würde die Verzeichnisse des BStG nicht ändern, sondern eine Änderung bzw. Streichung wäre über Regierungsvorlage und den entsprechenden Gesetzgebungsprozess zu veranlassen.

5. Zum Argument, die Aussetzung der Bauausführung stehe den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Effizienz entgegen und damit auch den Unternehmensinteressen der ASFINAG

Zur Frage der Wirtschaftlichkeit ist vorab festzuhalten, dass die volkswirtschaftlichen Konsequenzen der Entscheidung der BMK bestimmte Straßenbauprojekte zu evaluieren, mit rechtswissenschaftlichen Methoden bzw. von Jurist*innen nicht seriös beurteilt werden können. Die Aussagen zu Milliardenverlusten bei einer Unterbindung der

³⁷ Hörl/Winkler, Bundesstraßenrecht, 2008, 81f.

³⁸ Pkt. III.

³⁹ Nur in diesem Sinn kann die Rspr des VfGH (VfSlg 16579/2002; 11755/1989) zur vorherigen Rechtslage (=Festlegung des Straßenverlaufs durch VO) umgelegt auf die geänderte Rechtslage (=Festlegung durch Bescheid) verstanden werden.

Vorhabensumsetzung (Memo von fwp, S 16) oder zur Fraglichkeit des öffentlichen Interesses der Maßnahmen (Stellungnahme von KWR, S 18f) sind dementsprechend wenig substantiiert (Verweis auf „einige Medienberichte“ oder Verweis auf Berechnungen der ÖAMTC).

Einer näheren Auseinandersetzung bedarf allerdings die sowohl im Memo von FWP (S 15ff) als auch in der Stellungnahme von KWR (S 17ff) in diesem Kontext aufgestellte Behauptung, dass auch im Fall der ASFINAG – als öffentlichem Unternehmen mit einer öffentlichen Aufgabe – nach aktienrechtlichen Grundsätzen die Verfolgung öffentlicher Interessen stets dort ihre Grenze finde, wo das Unternehmensinteresse gefährdet sei. Im Sinn einer betriebswirtschaftlichen Betrachtung besteht dieses in der Rentabilität und im Bestand des Unternehmens. Wenn man diese Aussage ernst nimmt, würde sie zur Konsequenz haben – etwas zugespitzt formuliert – dass die Frage, wo, welche Straßen gebaut werden, nicht primär nach verkehrsplanerischen und ökologischen Erwägungen zu entscheiden wäre, sondern primär nach dem Kriterium der Gewinnmaximierung.

Dem ist daher entgegenzuhalten: Unternehmensgegenstand der ASFINAG ist das öffentliche Gut Straße zu verwalten. Das ist als solches ein öffentlicher Zweck. Dh., die **ASFINAG ist gegründet worden um per se einem öffentlichen Interesse zu dienen**. Eine **rein betriebswirtschaftliche Betrachtung** bei der Festlegung ihres **Unternehmensinteresses greift** insofern jedenfalls **zu kurz**.⁴⁰ Vielmehr fällt im Fall der ASFINAG, wie bei anderen öffentlichen Unternehmen, die Infrastrukturen der Daseinsvorsorge bereitstellen, das **Unternehmensinteresse mit dem öffentlichen Interesse zusammen** – aber nicht in dem Sinn, dass das Unternehmenswohl der Gewinnmaximierung sich regelmäßig mit dem Öffentlichen Interesse deckt (so in der Stellungnahme von KWR, S 17), sondern in dem Sinn, dass das Unternehmensinteresse einer solchen öffentlichen Einrichtung regelmäßig auch darin besteht, unrentable Entscheidungen zu treffen: zB. eine wenig frequentierte Buslinie im öffentlichen Interesse aufrecht zu erhalten, was eine ausschließlich betriebswirtschaftliche Betrachtungsweise verbieten würde;⁴¹ oder im Fall des ÖBB-Konzerns große Infrastrukturvorhaben zu verwirklichen, deren Kosten auch bei sparsamster Geschäftsführung die am Markt erzielbaren Erlöse oft um ein Vielfaches übersteigen, weshalb sie bei einer rein betriebswirtschaftlichen Betrachtung gar nicht realisiert werden dürften.⁴² Bei solchen öffentlichen Unternehmen gilt daher gerade im Gegenteil, dass die Erzielung von Gewinnen prinzipiell nur insoweit zulässig ist, als dadurch die Erfüllung eines öffentlichen Zwecks nicht beeinträchtigt wird.⁴³ Im Fall der ASFINAG: sofern dadurch nicht wesentliche verkehrspolitische und ökologische Zielsetzungen beeinträchtigt werden.

⁴⁰ S dazu auch zum vergleichbaren Beispiel der ÖBB: *Schelberger/Semtner*, Besonderheiten eines Konzernvorstands eines Staatsunternehmens, in Kalss/Frotz/Schörghofer (Hrsg), Handbuch für den Vorstand, 2017, Rz 149f.

⁴¹ Für dieses Bsp s. *Altmeyden*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz⁵, Rz 113.

⁴² Zu diesem Bsp *Schelberger/Semtner*, Besonderheiten eines Konzernvorstands eines Staatsunternehmens, 2017, Rz 149.

⁴³ So *Ehlers*, Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft, DVBl 1998, 497, 500; *Wenger*, Die öffentliche Unternehmung, 1969, 410.

Dieser Befund kann mit einem weiteren gesellschaftsrechtlichen Argument untermauert werden: In einer Konstellation wie der vorliegenden, in der eine Aktiengesellschaft lediglich einen Aktionär hat (der Bund ist Alleinaktionär der ASFINAG), kann es **kein von den Interessen des Alleinaktionärs unterscheidbares Interesse der Aktiengesellschaft** geben. Diese sind – so *Koppensteiner* – vielmehr identisch.⁴⁴ Begründet wird dies insb. damit, dass eine Interessensidentität bei einer Einzel-GmbH herrschende Ansicht in Lehre und Rspr ist und, dass aus Sicht des Unternehmenswohls es keinen Grund gibt, zwischen AG und GmbH zu unterscheiden.⁴⁵

In diesem Sinn ist auch der **Wirtschaftlichkeitsgrundsatz** bzw. das **Effizienzgebot**, an den sowohl die ASFINAG (§5 Abs 4 ASFINAG-G)⁴⁶ als auch die BMK (§7 Abs 7 BStG)⁴⁷ bei Planung, Bau und Erhaltung von Bundesstraßen gebunden sind, zu verstehen. Im gegebenen Kontext, wo die staatlichen Maßnahmen insbesondere auch dem Gemeinwohl, dh. dem Nutzen für die Allgemeinheit verpflichtet sind, **lässt es sich nicht auf betriebswirtschaftliche Kategorien, speziell was die Forderung nach Gewinnmaximierung betrifft, reduzieren.**⁴⁸ Entsprechend auch der verfassungsrechtlichen Festlegung dieser drei Effizienzkriterien in Art 126b Abs 5 B-VG als Maßstäbe der Gebarungskontrolle, ist damit relativ unbestimmt und wertungsoffen,⁴⁹ „lediglich“ ein **optimales Verhältnis zwischen Mitteleinsatz und Leistungsergebnis** angesprochen, dh. einen bestimmten Erfolg (=Nutzen) mit geringstmöglichem Aufwand (=Kosten) zu erzielen.⁵⁰ Dieser zentrale Aspekt der Nutzen-Kosten Relation im Rahmen des Effizienzgebots spiegelt sich auch in der auf Grundlage von §7 Abs 7 BStG erlassenen VO des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie über die Wirtschaftlichkeitsprüfung von Bundesstraßenbauvorhaben⁵¹ wider.⁵² Die Nutzen-Kosten Analyse ist bei einer öffentlichen Aufgabe wie dem Bau und der Erhaltung von Straßen, in einem **umfassenden volkswirtschaftlichen Sinn** durchzuführen und hat insofern nicht nur die unmittelbaren Kosten der ASFINAG für Errichtung und Erhaltung

⁴⁴ *Koppensteiner*, Einpersonengesellschaften. Eine Skizze. GES 2015, 5, 5 f; *Koppensteiner*, Beteiligungen im Kapitalgesellschaftsrecht, wbl 2021, 432, 436.

⁴⁵ *Koppensteiner*, Einpersonengesellschaften, 2015, 6.

⁴⁶ §5 (4) ASFINAG-G lautet: „Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft und die im § 2 Abs. 3 genannten Gesellschaften haben bei der Führung ihrer Geschäfte die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu beachten.“

⁴⁷ § 7 (7) BStG lautet: Bei der Planung, dem Bau, dem Betrieb und der Erhaltung von Bundesstraßen ist auch auf die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Zweckmäßigkeit Bedacht zu nehmen. Im Rahmen einer Verordnung im Sinne des Abs. 2 ist die Bundesministerin bzw. der Bundesminister für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie ermächtigt, Bestimmungen betreffend die Prüfung wirtschaftlicher Aspekte von Bauvorhaben und Erhaltungsmaßnahmen zu erlassen. In einer solchen Verordnung können insbesondere der Anwendungsbereich, Zuständigkeiten und die Methoden und Tiefe der Prüfung beschrieben und festgelegt werden.

⁴⁸ So bereits *Hengstschläger*, Grundlegende staatsrechtliche Prinzipien für eine wirksame öffentliche Finanzkontrolle, JBl 2010, 545, 548.

⁴⁹ Zur Diskussion, ob und inwieweit diese Bestimmung überhaupt justiziabel sei, *Wiederin*, Gemeinwohl, Effizienzprinzip und Rechtspersönlichkeit der Bundesländer, wbl 2015, 669, 677.

⁵⁰ *Hengstschläger*, JBl 2010, 548.

⁵¹ BGBl II 188/2018.

⁵² Nach §3 Abs 1 hat der/die BM die Wirtschaftlichkeitsprüfung anhand einer von der ASFINAG vorgelegten Nutzen-Kosten-Untersuchung (NKU) nach dem Stand der Technik zu unterziehen.

miteinzubeziehen, sondern freilich auch die gesamtgesellschaftlichen Kosten eines Projekts. Daraus folgt wiederum in weiterer Konsequenz, dass bei einer **nachhaltigen Wirtschaftlichkeitsbetrachtung** von Straßeninfrastrukturprojekten, welcher die BMK angesichts des neuen Regierungsprogramms politisch verpflichtet ist, **Kosten der Umweltverschmutzung und des Klimawandels mit einzubeziehen** sind. Methodische Grundlage dafür ist der **LCA (Life Cycle Assessment)-Ansatz**, der in der Literatur⁵³ aber auch zB. durch die Europäische Kommission⁵⁴ als Standard für die Wirtschaftlichkeitsbetrachtung bei der Wahrnehmung Öffentlicher Aufgaben durch die Öffentliche Hand angesehen wird.

VI. Zusammenfassung

1. Das gegenständliche Schreiben der BMK vom 25.Juni 2021 ist im Rahmen eines Abstimmungsprozesses erfolgt, welcher sowohl gesetzlich (§ 10 ASFINAG-G, §10 ASFINAG-Ermächtigungsg) als auch vertraglich (Fruchtgenussvertrag vom 22.05.2014) verankert ist und der BMK ein Zustimmungsrecht einräumt. Konkret wird der BMK ein jährliches Zustimmungsrecht in Bezug auf den Rahmenplan der ASFINAG gewährt, der alle für das Unternehmen entscheidungsrelevanten Informationen zu enthalten hat, insbesondere auch betreffend Planung und Bau von Neubauprojekten. Eine Verweigerung der Zustimmung kann auf Grundlage einer Wirtschaftlichkeitsbetrachtung der Projekte im Rahmen des allgemeinen Sachlichkeitsgebots erfolgen. Bei einer nachhaltigen Wirtschaftlichkeitsbetrachtung von Straßenbauprojekten – einer solchen ist die BMK angesichts des neuen Regierungsprogramms politisch verpflichtet – sind auch die gesamtgesellschaftlichen Kosten bzw. negativen externen Effekte der Umweltverschmutzung und des Klimawandels miteinzubeziehen. Umwelt- und Klimaschutz sind insofern für die BMK maßgebliche Kriterien bei der Erteilung der Zustimmung zum Bau von Neubauprojekten. Dieses sondergesetzlich festgelegte Zustimmungsrecht der BMK modifiziert die in §70 AktienG grundsätzlich verankerte Weisungsfreiheit der Vorstände der ASFINAG in entsprechendem Ausmaß.

2. Das gegenständliche Schreiben ist nicht als Weisung zu qualifizieren. Das folgt sowohl aus dem Wortlaut des Schreibens (arg.: „es wird mitgeteilt“) als auch aus seinem objektiven Erklärungsgehalt: Der BMK kann nicht unterstellt werden, sie wollte eine rechtswidrige Weisung erteilen. Es liegt eine Wissenserklärung über Umstände im Tatsächlichen vor, welche den oben beschriebenen Abstimmungsprozess effizient gestalten soll. Diese Wissenserklärung ist von den Vorständen angesichts der in §84 Abs 1 S1 AktG verankerten Sorgfaltspflichten zu beachten.

⁵³ S dazu etwa *Bjørn et al*, LCA History, in: Hauschild/Rosenbaum/Olsen (Hrsg), Life Cycle Assessment. Theory and Practice (2018) 20ff mwN.

⁵⁴ *EU Kommission*, Better regulation „Toolbox“ (2017) 521ff [https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox/better-regulation-toolbox_de].

3. Das Schreiben stellt keinen Eingriff in das Fruchtgenussrecht der ASFINAG dar, da dieses nach dem Fruchtgenussvertrag (sowie der entsprechenden gesetzlichen Grundlage) gerade nicht uneingeschränkt eingeräumt wird, sondern unter der Bedingung steht, dass jährlich ein Abstimmungsverfahren mit abschließender Zustimmung der BMK erfolgt.

4. Das Schreiben steht nicht im Widerspruch zur gesetzlichen Festlegung der Bundesstraßen im BStG. Denn zum einen, nimmt es keine Entscheidungen über den laufenden Evaluierungsprozess zur Realisierung dieser Bundesstraßen vorweg. Zum anderen, ermächtigt das Verzeichnis im BStG zum Bau der jeweils festgelegten Straßen, aber es verpflichtet nicht dazu. Die Annahme einer Verpflichtung zur Realisierung würde die im BStG vorgesehenen Bewilligungsverfahren (diese könnten nicht negativ entschieden werden) und das oben näher dargelegte Zustimmungsrecht der BMK zum Rahmenplan der ASFINAG sinnlos machen.

5. Das Schreiben steht nicht im Widerspruch zum Unternehmensinteresse der ASFINAG. Bei der ASFINAG – einem öffentlichen Unternehmen mit einer öffentlichen Aufgabe – kann das Unternehmensinteresse nicht auf eine rein betriebswirtschaftliche Betrachtung und insb. die Gewinnmaximierung reduziert werden. Das Unternehmensinteresse fällt vielmehr mit dem öffentlichen Interesse, verkehrspolitisch und ökologisch zweckmäßige Projekte zu realisieren, zusammen. Die Erzielung von Gewinnen ist nur im Rahmen dieses übergeordneten öffentlichen Interesses zulässig.