

# Lobautunnel – rechtswidriger Bau- stopp oder sachentsprechende Ent- scheidung angesichts geänderter Voraussetzungen?

*Dem Plan ist es inhärent, dass er geändert und angepasst wird. Ebenso ist es dem Planungsrecht immanent, dass es unter Zurückhaltung des strengen Legalitätsprinzips auf gesetzlicher Ebene nur vage Vorgaben macht und der Verwaltung eine entsprechende Entscheidungselastizität belässt. Dazu zählt insbesondere auch, Planungen an geänderte Gegebenheiten anzupassen. Vor diesem Hintergrund beleuchtet der vorliegende Beitrag am Beispiel des umstrittenen Straßenbauprojekts Lobautunnel, wie der Rechtsrahmen für die Bundesstraßenplanung und -bauausführung die Aufgaben zwischen Gesetzgebung, BMK und ASFINAG verteilt. Ein besonderer Fokus liegt auf der Rechtsfrage, ob dieser Rechtsrahmen der Bundesministerin tatsächlich keinen Spielraum belässt, derartige Entscheidungen wie im Fall des Lobautunnels zu treffen.*

**Dragana Damjanovic\*)**

- I. Ein Rückblick
- II. Die einzelnen Schritte bei der Planung und dem Bau von Bundesstraßen in einem groben Überblick
- III. Die rechtliche Bedeutung des Verzeichnisses im BStG: eine Verpflichtung zu bauen oder ein Auftrag eine sachentsprechende Planungsentscheidung zu treffen?
  - A. Bindung der BMK bei der Trassenfestlegung
  - B. Bindung der BMK und der ASFINAG im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung
- IV. Zusammenwirken von BMK und ASFINAG bei der Entscheidung über die Realisierung von Straßenbauprojekten
- V. Begründung für die Nichtrealisierung eines bereits genehmigten Straßenbauprojekts
- VI. Conclusio

## I. Ein Rückblick

Der Lobautunnel als Teil der S1-Donauquerung ist bereits seit Beginn seiner Planungen vor mehr als 20 Jahren ein besonders kontrovers diskutiertes Straßenbauprojekt. Es wurde als schlechteste aller Varianten der 2003 abgeschlossenen „Strategischen Umweltprüfung für den Nordosten Wiens“ (kurz „SUPerNOW“<sup>1)</sup>) von der Politik beschlossen.<sup>2)</sup> Seitdem laufen die Planungen und Genehmigungsverfahren. Sie sind angesichts der Komplexität des Projekts<sup>3)</sup> und des großen Widerstands der Umweltorganisationen noch immer nicht zur Gänze abgeschlossen.<sup>4)</sup> Angesichts dieser langen Vorlaufzeiten wirkt das Projekt mittlerweile „wie von vorgestern“.<sup>5)</sup> Dennoch war die Aufregung groß, als die Bundesministerin für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie (im Folgenden kurz: BMK) im Sommer 2021 ankündigte, dieses Straßenbauprojekt sowie einige andere zu evaluieren, und

der ASFINAG dementsprechend mitteilte, allfällige Bauausführungen dieser zu evaluierenden Projekte bis aus

\*) Der Beitrag beruht zum Teil auf einem für das BMK im September 2021 erstellten Rechtsgutachten. Ein großer Dank gilt Sabine Reissner und Dominik Wagner für die Unterstützung bei der Recherche zu diesem Beitrag, und im Besonderen Arzu Sedeff für die Erarbeitung der privat- und gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen.

1) Der Endbericht dieser Prüfung ist abrufbar unter: [https://www.fhn.tuwien.ac.at/fileadmin/mediapool-verkehrsplanung/Archiv\\_Studien/SUPer\\_NOW/sup\\_er\\_now\\_endbericht\\_02\\_1\\_.pdf](https://www.fhn.tuwien.ac.at/fileadmin/mediapool-verkehrsplanung/Archiv_Studien/SUPer_NOW/sup_er_now_endbericht_02_1_.pdf).

2) Zu den Hintergründen dieser Entscheidung s etwa den Artikel v Gebhard, Wie der Tunnel unter die Lobau kam, Kurier 27.07.2021, oder den Gastkommentar v Högelsberger, Die unendliche Lobau-Ausbahngeschichte, Wiener Zeitung 06.07.2021.

3) „Ein viel aufwendigeres Projekt als den jetzt geplanten Lobautunnel kann man sich gar nicht vorstellen“ wird Christof Schrammer, Österr. chisches Institut für Raumplanung) im Beitrag v Gebhard, FN 21, zitiert.

4) Gegen die Bescheide im Naturschutz- und Wasserecht wurde Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben. Die Verfahren sind noch anhängig.

5) So die Umschreibung bei Högelsberger (FN 2).

weiteres auszusetzen. Ein von der Wirtschaftskammer Wien in Auftrag gegebenes Gutachten<sup>6)</sup> etwa befand, dass die Bundesministerin der ASFINAG derartige Anordnungen gar nicht erteilen dürfe, weil die Vorstände einer Aktiengesellschaft grundsätzlich weisungsfrei seien. Als die Bundesministerin am 1. Dezember 2021 schließlich mitteilte, dass nach erfolgter Evaluierung ua das Straßenbauprojekt S1-Donauquerung nicht mehr verfolgt werden soll, war von einem Rechtsmissbrauch der Verkehrsministerin und sogar einem Verstoß gegen die rechtsstaatlichen Grundsätze die Rede, denn – so im Kern die Argumentationslinie – das Projekt sei im Verzeichnis des Bundesstraßengesetzes verankert und verpflichte die Bundesministerin daher, zu bauen.<sup>7)</sup> Kritisiert wurde, dass die BMK nicht allein durch ihre Entscheidung die Festlegung des Gesetzgebers im Bundesstraßengesetz aushebeln<sup>8)</sup> und die bisherigen Planungs- und Genehmigungsverfahren mit einem Mal ungültig machen könne.<sup>9)</sup>

Vor dem Hintergrund dieser Entwicklungen und Behauptungen will der vorliegende Beitrag die Verteilung der Aufgaben zwischen Gesetzgeber, Bundesminister\*in und ASFINAG nach dem Rechtsrahmen für die Bundesstraßenplanung und -bauausführung näher beleuchten und der Frage nachgehen, ob dieser Rechtsrahmen der Bundesministerin tatsächlich keinen Spielraum belässt, derartige Entscheidungen wie im Fall des Lobautunnels zu treffen.

Für eine erste Orientierung soll der Ablauf bei der Planung und dem Bau von Bundesstraßen nach dem Bundesstraßengesetz (im Folgenden kurz: BStG)<sup>10)</sup>, dem ASFINAG-G<sup>11)</sup> und dem ASFINAG-Ermächtigungsg<sup>12)</sup> grob skizziert werden. Darauf aufbauend wird die rechtliche Bedeutung des Verzeichnisses im BStG analysiert und hinterfragt, inwieweit dieses tatsächlich eine Pflicht zum Bauen normiert. Schließlich wird das Verhältnis zwischen dem/der Bundesminister\*in und der ASFINAG untersucht und erörtert, welche Durchgriffsrechte der BMK bei der Frage, welche Straßenbauprojekte realisiert werden sollen, gegenüber der ASFINAG zukommen?

## II. Die einzelnen Schritte bei der Planung und dem Bau von Bundesstraßen in einem groben Überblick

Die Aufnahme eines Straßenzuges in das Verzeichnis des Bundesstraßengesetzes stellt im System der Bundesstraßenplanung den ersten Planungsakt dar. Seit Inkraft-Treten des BG über die strategische Prüfung im Verkehrsbereich (SP-V-G)<sup>13)</sup> am 12. August 2005 ist dieser Entscheidung eine strategische Umweltprüfung voranzustellen. Diese soll „eine sachliche Basis für ausgewogene und nachhaltige Entscheidungen“ bieten.<sup>14)</sup> Im Fall des Straßenbauprojekts um den Lobautunnel ist – da dieses in der Erstversion bereits vor Inkraft-Treten des SPV-G beschlossen wurde – eine strategische Umweltprüfung nicht auf dieser gesetzlichen Grundlage, sondern bloß in Form der sog „SUPerNOW“ erfolgt.<sup>15)</sup>

Im Gesetz wird der Straßenzug lediglich in groben Zügen durch die Festlegung bestimmter Fixpunkte umschrieben; im gegenständlichen Fall lautet diese Streckenbeschreibung im Verzeichnis 2 des BStG wie folgt: „Knoten Vösendorf (A 2, A 21) – Knoten Rustenfeld (Einschließstrecke) – Knoten Schwechat (A 4) – Knoten bei Raasdorf (Einschließstrecke) – Knoten bei Raasdorf (S 8) – Knoten Wien/Süßenbrunn (S 2) – Knoten Eibesbrunn (A 5) – Knoten Korneuburg/West (A 22), einschließlich Knoten Rustenfeld – Leopoldsdorf (B 16) sowie einschließlich Knoten bei Raasdorf – Wien/Donaustadt (Am Heidjöchl, Höhe Johann- Kutschera-Gasse).“

Auf Grundlage dieser Streckenbeschreibung kann der/die Bundesminister\*in nach § 14 Abs 1 BStG ein in einem Lageplan bezeichnetes Gelände zum Bundesstraßenplanungsgebiet erklären.<sup>16)</sup> Ein solcherart erfasstes Gelände dient mittels Verhängung einer umfassenden

6) S die Stellungnahme zur (Un-)Zulässigkeit von Weisungen an den Vorstand der ASFINAG erstattet für die Wirtschaftskammer Wien von der KWR Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH v 21. 07. 2021 (abrufbar unter: <https://news.wko.at/news/wien/Gutachten-210721web.pdf>).

7) S etwa den Artikel v Aichinger und Wenzel, „Rechtsmissbrauch“: Der gewagte Baustopp in der Lobau, DiePresse 01. 12. 2021. Diese Rechtsansicht wird in einem weiteren von der KWR Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH für die Wirtschaftskammer Wien erstellten Rechtsgutachten vertreten. Siehe dazu die Infos unter: <https://news.wko.at/news/wien/Aktuelles-Rechtsgutachten-belegt-Lobautunnel-muss-umgese.html>.

8) S den Beitrag v 01. 12. 2021 „Gewessler sieht Kompetenz klar bei sich“ auf orf.at (abrufbar unter: <https://orf.at/stories/3238679/>).

9) S den Artikel v Neubauer, „Pflanzerei“: Ludwig kündigt nach Aus des Lobau-Tunnels juristische Schritte an, DiePresse 01. 12. 2021.

10) Bundesgesetz betreffend die Bundesstraßen (Bundesstraßengesetz 1971 – BStG 1971), BGBl 286/1971 idF BGBl 156/2021.

11) Bundesgesetz, 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 38/2016.

12) 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.

13) Bundesgesetz über die strategische Prüfung im Verkehrsbereich (SP-V-Gesetz), BGBl I 96/2005 idF BGBl I 25/2014.

14) So die Erläuterung 995 BldNR XXII. GP 2. Angesichts der grundsätzlich unverbindlichen Rechtsnatur einer SUP würde eine Abweichung von den Empfehlungen der SUP bei der Umschreibung des Straßenzuges im Verzeichnis des BStG allerdings nicht zur Rechtswidrigkeit (=Verfassungswidrigkeit) dieses Verzeichnisses führen. Vgl Mayrhofer, Bundes- und Landesstraßenplanungsrecht, in: Hauer/Nußbaumer (Hrsg), Österreichisches Raum- und Fachplanungsrecht (2006) 311. (328 f).

15) Die „S1 Außenring Schnellstraße“ wurde am 29. 03. 2002 (BGBl I 50/2002) in das Verzeichnis 2 des BStG aufgenommen; das SP-V-Gesetz ist am 12. 08. 2005 in Kraft getreten. Die nach Inkraft-Treten des SP-V-Gesetzes vorgenommenen Änderungen der Beschreibung des Streckenverlaufes der S1 Wiener Außenring-Schnellstraße wurden als Änderungen redaktioneller Natur bzw aufgrund der Änderungen angrenzender Netzelemente vorgenommen und insofern nicht als Netzveränderungen im Sinne des SP-V-Gesetzes behandelt. Diese Rechtsansicht wurde vom BVwG im Zuge der Überprüfung des UVP-Bescheids bestätigt. S BVwG, W104 2108274-1/243E v 18. 05. 2018 (128–131).

16) Im gegenständlichen Fall s VO des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie betreffend die Erklärung eines Bundesstraßenplanungsgebietes im Bereich der Gemeinden Wien, Aderklaa, Groß-Enzersdorf, Raasdorf und Schwechat, BGBl II 84/2007.

Bausperre der Sicherung des Baus. Es muss insofern für die spätere Führung der Bundesstraße in Betracht kommen.<sup>17)</sup>

In weiterer Folge wird der Straßenverlauf gemäß § 4 Abs 1 BStG im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens durch Trassenbescheid des/der Bundesminister\*in festgelegt. Vor der BStG-Novelle 2004<sup>18)</sup> erfolgte diese Festlegung der Straßenachse noch mittels Verordnung des/der Bundesminister\*in; zuvor – also auf Grundlage des BStG 1948<sup>19)</sup> – durch einen Akt der Privatwirtschaftsverwaltung.<sup>20)</sup> In der Regel wird das Genehmigungsverfahren zur Trassenfestlegung nach § 23a Abs 1 UVP-G als Umweltverträglichkeitsprüfung durchgeführt, in deren Rahmen auch die Genehmigungskriterien nach dem BStG zu beachten sind. Daneben ist – da die UVP für Bundesstraßen nur ein teilkonzentriertes Verfahren ist – über die Zulässigkeit des Straßenprojekts auch im Rahmen von Genehmigungsverfahren nach den LändermaterienG (zB Naturschutzrecht) zu entscheiden. Nach erfolgter Genehmigung und Festlegung der Straßenachse durch Trassenbescheid stellt die ASFINAG im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung einen sechsjährigen Rahmenplan auf (das sog. „Bauprogramm“ der ASFINAG), welcher ua eine Beschreibung und einen Zeitplan für die Planung und den Bau der Neubauprojekte mit einer aktuellen Kostenschätzung und einer Wirtschaftlichkeitsbetrachtung zu enthalten hat.<sup>21)</sup> Dieser Rahmenplan ist dem/der Bundesminister\*in jährlich vorzulegen und bedarf dessen/deren Zustimmung (im Einvernehmen mit dem/der BM für Finanzen).

### III. Die rechtliche Bedeutung des Verzeichnisses im BStG: eine Verpflichtung zu bauen oder ein Auftrag eine sachentsprechende Planungsentscheidung zu treffen?

Im Zuge der Diskussion über die Rechtmäßigkeit des Handelns der BMK bei der Entscheidung den Lobautunnel vorerst nicht weiter zu verfolgen, ist die Behauptung aufgestellt worden, aus der Festlegung der Straßenachse im Verzeichnis des BStG folge auch die Verpflichtung zu bauen; die Entscheidung der BMK sei insofern gesetzeswidrig.<sup>22)</sup>

#### A. Bindung der BMK bei der Trassenfestlegung

Das Bundesstraßengesetz und dessen Materialien geben zur Funktion und rechtlichen Bedeutung des Verzeichnisses zunächst nur an, dass dadurch – so wörtlich in § 1 Abs 1 BStG – die „angeführten Straßenzüge“ zu „Bundesstraßen erklärt“ werden. Auf Grundlage der mit Art 10 Abs 1 Z 9 geschaffenen Kompetenz-Kompetenz des einfachen Bundesgesetzgebers begründet das Verzeichnis insofern zunächst die eigene Zuständigkeit zur Regelung der Angelegenheiten der dort angeführten Straßen.<sup>23)</sup> Die konkrete Trassenfestlegung ist nach § 4 Abs 1 BStG durch den/die Bundesminister\*in „im Rahmen der Verzeichnisse“, sowie unter Bedachtnahme von verkehrsplanerischen<sup>24)</sup>, ökonomischen<sup>25)</sup> und ökologischen<sup>26)</sup> Kriterien zu bestimmen. Die Beurteilung

dieser Kriterien hat – wie auch sonst auf dem Gebiet der Planung – unter Einbezug von Fachwissen und insofern auf einer entsprechenden Entscheidungsgrundlage zu erfolgen.<sup>27)</sup> Liegt keine positive Beurteilung der Kriterien vor, weil zB erhebliche Umweltauswirkungen durch das Projekt nicht ausgeschlossen werden können,<sup>28)</sup> die Verkehrswirksamkeit nicht nachgewiesen werden kann<sup>29)</sup> oder die Wirtschaftlichkeit des Bauvorhabens nicht gegeben ist,<sup>30)</sup> ist die Genehmigung zu versagen und kann insofern keine Trassenfestlegung erfolgen.

Aus einer Zusammenschau von § 1 Abs 1 BStG und 4 Abs 1 BStG ergibt sich folgendes Bild zum Verhältnis von Gesetzgebung und Verwaltung (hier konkret der Hoheitsverwaltung<sup>31)</sup>) bei der Bundesstraßenplanung: Vom Gesetzgeber geht die Planungsinitiative aus; die Verwaltung kann nur auf Grundlage der gesetzlichen Festlegung einer Straßenachse im Verzeichnis tätig werden<sup>32)</sup> und eine konkrete Trassenfestlegung bestimmen. Die Verwaltung hat dabei – ausweislich des § 4

17) S Mayrhofer (FN 14) 331 f.

18) BGBl I 154/2004.

19) BGBl 59/1948.

20) Vor der BStG-Novelle 2004 erfolgte diese Festlegung der Straßenachse noch mittels Verordnung des/der Bundesminister\*in; zuvor – also auf Grundlage des BStG 1948 – durch einen Akt der Privatwirtschaftsverwaltung. Dazu Antonioli/Hrazdera, Die Trassenfestlegung nach dem BundesstraßenG 1971, ÖJZ 1973, 477.

21) Dazu noch näher unten Pkt IV.

22) S FN 7, FN 8 und FN 9.

23) Vgl Pürgy/Hofer, Verkehrsrecht, in: Holoubek/Potacs (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht<sup>4</sup>, Band I (2019) 1053 (1070).

24) Darunter sind die Verkehrserfordernisse, die funktionelle Bedeutung des Straßenzuges (wozu sämtliche raumordnungs- und strukturellen Gesichtspunkte zählen) und die sichere Benutzbarkeit des Straßenzugs zu verstehen.

25) Das Kriterium umfasst die Überprüfung der Wirtschaftlichkeit des Bauvorhabens.

26) Seit Inkrafttreten des UVP-G ist darunter konkret die Prüfung der Umweltverträglichkeit zu verstehen.

27) Die Erarbeitung ausreichender Entscheidungsgrundlagen ist eine sachliche Voraussetzung rationaler Planungsentscheidungen und auch eine zentrale Rechtmäßigkeitsvoraussetzung final determinierter Planungen im Rechtsstaat. Vgl Berka, Das Planungsermessens bei der Trassierung von Bundesstraßen, in: FS Winkler (1997) 67 (78).

28) Vgl etwa § 24 f Abs 1 UVP-G, wonach Genehmigungen nur erteilt werden dürfen, wenn im Hinblick auf eine wirksame Umweltvorsorge bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. S auch Abs 4, wonach der Antrag abzuweisen ist, wenn die Gesamtbewertung ergibt, dass „... schwerwiegende Umweltbelastungen zu erwarten sind, ...“.

29) S dazu etwa in den Erläuterungen 1.204 BlgNR XV. GP 3, zu § 4 BStG (in der Version von BGBl 63/1983, vor der BStG-Novelle 2004): „Daß die Bedachtnahme auf die funktionelle Bedeutung des Straßenzuges in sich schließt, daß nur verkehrswirksame Abschnitte gemäß § 4 Abs 1 BStG verordnet werden.“

30) S dazu etwa Berka (FN 27) 79 mit Verweis auf VfSlg 13.579/1993: Sprechen gewichtige sachliche Gründe gegen eine bestimmte Streckenführung, „kann sie aus den weiteren Überlegungen der Behörde ausgeschlossen werden, ohne daß dies eine Gesetzeswidrigkeit des Planungsverfahrens begründet.“

31) Zum Verhältnis zwischen Gesetzgebung und Privatwirtschaftsverwaltung und dem Zusammenspiel von Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung bei der Bundesstraßenplanung sogleich unten, Pkt III.B. und Pkt IV.

32) In diesem Sinn Berka (FN 27) 70: „Mit der Festlegung (Umlegung) einer Bundesstraße und der daraus folgenden Ermächtigung zur Errichtung der Straße ...“

Abs 1 BStG – im Rahmen der Verzeichnisse zu handeln, was im Wesentlichen bedeutet, dass sie eine Trasse nur innerhalb der gesetzlich verankerten Fixpunkte festlegen kann; die Festlegung einer Trasse abseits dieser Fixpunkte wäre – mangels entsprechender gesetzlicher Grundlage – gesetzeswidrig.<sup>33)</sup> Über diese allgemeine Grundentscheidung, dass eine Straße von A nach B verlaufen soll und die Verwaltung daher nicht zB von C nach D planen darf, kommt dem/der Bundesminister\*in weitgehendes Planungsermessen zu, – anhand der festgelegten Kriterien Verkehrserfordernisse, Umweltverträglichkeit, Wirtschaftlichkeit und freilich unter Zugrundelegung eines bestimmten Verfahrens und Heranziehung entsprechender Sachexpertise und Fachwissen – die konkrete Planungsentscheidung zu treffen. Das schließt freilich auch die Entscheidung mit ein, ob die Realisierung des Straßenverlaufs überhaupt machbar ist.

Das entspricht im Allgemeinen dem System des Planungsrechts, zu dem auch die Materie des Straßenrechts zählt.<sup>34)</sup> Der Gesetzgeber kann auf einem solchen Gebiet nur einen sehr allgemeinen Rahmen festlegen und Ziele vorgeben, die es zu erreichen gilt (hier: eine Straße von A nach B zu errichten). Die konkrete Planungsentscheidung und insbesondere auch die Bewertung, ob das Ziel überhaupt sinnvoll realisierbar ist und wie es konkret zu realisieren ist, muss angesichts der Natur der Sache bei der Verwaltung verbleiben. Der Gesetzgeber wäre zu der konkreten Planungsentscheidung – angesichts der vielfältigen Konkretisierungsfragen, die diese aufwirft (geologische, bodentechnische Verhältnisse, Baukosten, Erhaltungskosten, Verkehrserfordernisse, Umweltauswirkungen etc) – „weder arbeitstechnisch noch fachlich in der Lage“<sup>35)</sup>.

Zusammengefasst bedeutet dies: Das Verzeichnis im BundesstraßenG entfaltet der Verwaltung gegenüber insofern eine Bindung, als diese nicht abseits der festgelegten Fixpunkte und damit ohne gesetzliche Grundlage eine Straße planen und errichten darf. Da das Verzeichnis als eine Zielvorgabe zu verstehen ist, hat die Verwaltung auch grundsätzlich auf eine Realisierung der vorgesehenen Straßenzüge hinzuwirken. Eine Pflicht, die im Verzeichnis festgelegte Straßenachse jedenfalls zu realisieren, lässt sich aber daraus nicht ableiten. Das würde dem System im Planungsrecht widersprechen, denn es würde auf gesetzlicher Ebene eine konkrete Planungsentscheidung voraussetzen, die nur auszuführen ist. Diese liegt aber gerade nicht vor. Nach dem System des BStG ist es vielmehr Sache der Verwaltung zu entscheiden, ob ein konkretes Straßenprojekt realisiert werden kann, in welcher Form konkret<sup>36)</sup> und in welchem Zeitraum – das freilich nicht willkürlich, sondern anhand des im BStG vorgesehenen Verfahrens und Prozedere sowie anhand der dort festgelegten Kriterien (Verkehrserfordernisse, Umweltverträglichkeit, Wirtschaftlichkeit etc.).

In diesem Sinn ist auch die Judikatur des VfGH und VwGH zum Planungsermessen des/der Bundesminister\*in im Rahmen der Trassenfestlegung zu verstehen: So hielt

der VfGH – noch zur Rechtslage vor der BStG-Novelle 2004, als die Trassenfestlegung mit VO erfolgte – fest, dass dem BM bei der Trassenfestlegung nicht die Befugnis zusteht, abgehend von der im Verzeichnis festgelegten Streckenbeschreibung Alternativen zu prüfen (zB anderer Streckenverlauf, Ausbau des Schienennetzes oder Ausbau schon bestehender Bundesstraßen), „da nach dem einen Teil des BStG bildenden ‚Verzeichnis 1‘ die autobahnmäßig auszubauende Verbindung vorgeschrieben ist und die Festlegung einer Trasse nach § 4 Abs 1 BStG ‚im Rahmen der Verzeichnisse‘ zu erfolgen hat.“ Insofern stand dem BM auch nicht die Befugnis zur Prüfung der Frage zu, ob überhaupt ein Bedarf an der Bundesstraße besteht.<sup>37)</sup> In VfSlg 16.567/2002 wiederholt der VfGH diese Rechtsprechungslinie und formuliert, dass die Verzeichnisse dahin zu verstehen sind, „daß der Gesetzgeber damit eine verbindliche Regelung für den Bau der betreffenden Bundesstraße getroffen hat, die ein Ermessen des Bundesministers dahin ausschließt, ob überhaupt ein Bedarf nach Errichtung der betreffenden Bundesstraße besteht ...“<sup>38)</sup> Insbesondere die Wortfolge „daß der Gesetzgeber damit eine verbindliche Regelung für den Bau der betreffenden Bundesstraße getroffen hat“ könnte zur Stützung des Arguments, dass aus dem Verzeichnis allgemein die Pflicht zur Realisierung folgt,<sup>39)</sup> herangezogen werden. Das wäre allerdings zu kurz gegriffen. Mit dieser Judikatur bringt der VfGH lediglich zum Ausdruck: erstens, dass der/die Bundesminister\*in bei der Trassenfestlegung an die im Verzeichnis vorgegebenen Fixpunkte gebunden ist, und zweitens, dass der Bedarf – oder wie es der VwGH formuliert hat: die „Notwendigkeit des Bundesstraßenvorhabens“<sup>40)</sup> – kein Kriterium ist, dass der/die Bundesminister\*in bei der Trassenfestlegung zu berücksichtigen hätte. Offenbar gehen VfGH und VwGH<sup>41)</sup> davon aus, dass das politische Interesse an der Errichtung der Straße durch die Verankerung des Straßenzuges im Verzeichnis zumindest im Grundsatz bereits zum Ausdruck gebracht worden ist. Freilich wäre eine Detailbetrachtung (also eine verkehrswissenschaftliche

33) So auch Antonioli/Hrazdera (FN 20) 479.

34) Allgemeine Ausführungen dazu finden sich bei Pernthaler, Raumordnung und Verfassung III (1990) 86 oder Winkler, Gesetzgebung und Verwaltung im Wirtschaftsrecht (1970) 60ff.

35) Winkler (FN 34) 65: „das konkrete Wie liegt außerhalb seiner Funktion“.

36) Denn „die bloße Festsetzung, dass eine Straße ‚von A nach B‘ verlaufen soll, lässt der konkreten Trassenfestlegung noch jeden Spielraum“; s Pernthaler (FN 34) 86.

37) VfSlg 12.084/1989.

38) Anders dazu VwGH 20.09.2004, GZ 2002/06/0182: „... dass mit der Festlegung einer Bundesstraßen-trasse mit Verordnung gemäß § 4 BStG auch über die Frage des Bedarfs bzw. der Notwendigkeit des Bundesstraßenbauvorhabens entschieden wird.“ Verwirrend dabei ist, dass der VwGH sich bei dieser Aussage auf das oben im Text erläuterte Judikat des VfGH bezieht, in welchem dieser das Gegenteil zum Ausdruck bringt. Die Judikaturlinie scheint insofern in dieser Frage nicht konsistent.

39) S dazu FN 7.

40) VwGH 24.08.2011, GZ 2010/06/0002.

41) Jedenfalls in manchen Judikaten (s FN 38).

und evidenzbasierte Analyse) zum Nutzen der Straße im Rahmen der verwaltungsbehördlichen Trassenfestlegung durchaus sinnvoll, um die politische Entscheidung auch sachlich zu untermauern. Mit dem Kriterium des Verkehrserfordernisses und der funktionellen Bedeutung des Straßenzugs ist eine derartige Prüfung bei der Trassenfestlegung durch den/die Bundesminister\*in in § 4 Abs 1 BStG an sich auch ausdrücklich verankert. Insofern ist *Berka* zu folgen, der diese Rechtsprechung wie folgt relativiert: „Die durch eine Bundesstraße zu erfüllenden verkehrsfunktionellen Erfordernisse werden teilweise bereits durch die Aufnahme eines Straßenzuges in die Verzeichnisse zum BStG gesetzlich festgelegt. In diesem Umfang kann die verkehrspolitische Frage nach dem Nutzen einer neuen Bundesstraße im Verordnungsprüfungsverfahren<sup>42)</sup> nicht mehr aufgeworfen werden.“<sup>43)</sup> An dem Ergebnis, dass der BMK bei der Trassenfestlegung Planungsermessen zukommt und insofern aus dem Verzeichnis des BStG keine gesetzliche Verpflichtung folgt, ein Straßenbauprojekt jedenfalls zu realisieren, ändern diese Judikate insofern nichts – zumal sie auf die beiden anderen von der/dem Bundesminister\*in zu beurteilenden Kriterien – Wirtschaftlichkeit und Umweltverträglichkeit – gar nicht eingehen. Zudem beziehen sich diese Judikate nur auf das Handeln des/der Bundesminister\*in im Rahmen der Hoheitsverwaltung, nicht jedoch auf die Frage, inwieweit dem/der Bundesminister\*in im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung Ermessen zukommt.

### B. Bindung der BMK und der ASFINAG im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung

Das bislang Ausgeführte zum Verhältnis von Gesetz und Verwaltung und konkret der rechtlichen Bedeutung des Verzeichnisses im BundesstraßenG bei der Bundesstraßenplanung bezieht sich in erster Linie auf das Tätigwerden der BMK im Rahmen der Hoheitsverwaltung (konkret bei der Trassenfestlegung).<sup>44)</sup> Auch die oben behandelte Judikatur der Höchstgerichte nimmt ausschließlich auf diese Phase des Planungsprozesses Bezug und lässt sich nicht ohne weiteres auf das Handeln der BMK im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung übertragen, dh auf die Phase des Planungsprozesses, in welcher die Entscheidung getroffen wird, welche der genehmigten Straßenbauprojekte in welchem Zeitrahmen realisiert werden sollen. In der Sache Lobautunnel und S1-Donauquerung ist die Entscheidung, das Projekt vorerst nicht weiter zu verfolgen, in dieser letzten Phase bei der Abstimmung des Rahmenplans mit der ASFINAG erfolgt. Ebenso wie planungsrechtliche Materien ist auch privatwirtschaftliches Handeln in der Regel gesetzlich nicht stark determiniert – beides unterliegt nach hL<sup>45)</sup> aus sachlichen Erwägungen einem differenzierten Legalitätsprinzip. Für die Privatwirtschaftsverwaltung geht die hM als auch höchstgerichtliche Judikatur mittlerweile von der Nichtgeltung des Legalitätsprinzips im Bereich der nichthoheitlichen Verwaltung aus.<sup>46)</sup> Dementsprechend enthält das BundesstraßenG in Bezug auf diese Pla-

nungsphase kaum rechtliche Vorgaben. Es legt lediglich fest, dass es die Aufgabe der Bundesstraßenverwaltung (= ASFINAG) ist, Bundesstraßen zu errichten und dass sie dieser Aufgabe gemäß den Verzeichnissen nachzukommen hat. Die Erläuterungen sprechen in diesem Kontext von einem gesetzlichen Auftrag, „Bundesstraßen im Rahmen der Verzeichnisse des BStG zu errichten“.<sup>47)</sup> Daraus ist – entsprechend den Ausführungen zur rechtlichen Bedeutung des Verzeichnisses für die Trassenfestlegung<sup>48)</sup> – zunächst einmal nur abzuleiten, dass die Bundesstraßenverwaltung nicht abseits dieser Festlegungen, also ohne gesetzliche Grundlage, tätig werden darf.

ASFINAG-Gesetz und ASFINAG-ErmächtigungsgG legen den Fokus auf Fragen der Organisation der ASFINAG und schreiben in Bezug auf die Wahrnehmung ihrer Aufgaben nur fest, dass die ASFINAG bei der Führung ihrer Geschäfte die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu beachten habe.<sup>49)</sup> § 10 ASFINAG-G und § 10 ASFINAG-ErmächtigungsgG verankern, dass die ASFINAG ihre Aufgabenwahrnehmung (in der Form sog Plan-Gewinn- und Verlustrechnungen und Plan-Bilanzen) mit der BMK abzustimmen habe. Die genauen Modalitäten dieses Abstimmungsprozesses werden in einem auf Grundlage dieser Bestimmungen abgeschlossenen Fruchtgenussvertrag festgelegt, wonach die ASFINAG der BMK jährlich einen sog Rahmenplan vorlegt, der der Zustimmung der BMK bedarf.<sup>50)</sup> Der gesetzliche Rahmen geht allerdings nicht näher darauf ein, welche der genehmigten Straßenbauprojekte wann in den Rahmenplan aufzunehmen sind und ob diese verpflichtend aufzunehmen sind, und aus welchen Gründen die BMK die Zustimmung zu diesem Rahmenplan verweigern kann.

Der VwGH hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 1990<sup>51)</sup> – auf einer damals in dieser Hinsicht ähnlich vagen gesetzlichen Grundlage wie heute – mit Bezug

42) Nun: Genehmigungsverfahren zur Erlassung des Trassenfestlegungsbescheids.

43) *Berka* (FN 27) 80.

44) Bislang ist in erster Linie das Verhältnis von § 1 und § 4 BStG beleuchtet worden.

45) Zum Bereich des Planungsrechts s etwa *Pernthaler*, Raumordnung und Verfassung II (1978) 47 f; „... dass im Planungsrecht dem Art 18 B-VG Genüge geleistet wird, wenn die Zwecke und Ziele der Planung und die Planungsinstrumente gesetzlich festgelegt würden.“ In diesem Kontext ist auch von der „Finalprogrammierung“, der „eigenen Planungsgewalt der Exekutive“ oder der sog „Planikative“ die Rede. Konkret mit Bezug auf die Bundesstraßenplanung *Winkler* (FN 34) 60 ff.

46) *S Kahl*, Art 17 B-VG, in: *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), *Riil-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (11. Lfg 2013) 11 (mwN).

47) ErläutRV 1333 BlgNR XXII. GP 10.

48) Pkt III. A.

49) § 5 Abs 4 ASFINAG-G. Zur Frage was konkret aus der Festlegung dieser Grundsätze folgt und ob diese überhaupt justiziabel sind, s allgemein (also nicht mit konkretem Bezug zur ASFINAG) *Wiederin*, *Gemeinwohl, Effizienzprinzip und Rechtspersönlichkeit der Bundesländer*, wbl 2015, 669 (677).

50) Dazu noch im Einzelnen weiter unten bei der genauen Analyse des Verhältnisses von BMK und ASFINAG, Pkt IV.

51) VwGH 11. 10. 1990, GZ 90/06/0091.

auf das oben näher erläuterte Judikat des VfGH aus dem Jahr 1989<sup>52)</sup> ausgesprochen: „Zunächst liegt es keineswegs im Belieben der Bundesstraßenverwaltung, den Bau von im Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Straßen, für die noch dazu bereits eine rechtswirksame Trassenverordnung vorliegt, hinauszuschieben, da dies letztlich auf eine Prüfung von Gesetz oder Verordnung hinausliefe, die Verwaltungsorganen nicht zusteht. Daher muß – jedenfalls bei Anwendung des Bundesstraßengesetzes in der Fassung vor der Novelle BGBl. Nr. 159/1990, die hier noch nicht anzuwenden ist – davon ausgegangen werden, daß nach den gegebenen wirtschaftlichen Möglichkeiten die vorgesehenen Straßenprojekte EHESTENS durchzuführen sind.“ Auf dieses Judikat stützt ein weiteres von der Wirtschaftskammer in Auftrag gegebenes Gutachten im Wesentlichen die Behauptung, dass aus dem Verzeichnis im BStG eine Verpflichtung zur Realisierung des Straßenzuges folgt.<sup>53)</sup> Dieses VwGH Judikat taugt allerdings in mehrfacher Hinsicht nur bedingt für eine derart allgemeine Ableitung einer gesetzlichen Verpflichtung des Bundesstraßenverzeichnisses: es ist besonders knapp verfasst (insgesamt zwei Seiten) und die angeführte Rechtsansicht wird nicht näher begründet oder ausgeführt. Hervorzuheben ist, dass der VwGH explizit davon spricht, dass die Bundesstraßenverwaltung nicht *beliebig* über die Realisierung eines Projekts entscheiden kann; inwieweit dies aus sachlichen Erwägungen möglich ist, wird nicht angesprochen oder differenziert betrachtet. Allerdings wird explizit auf die wirtschaftlichen Möglichkeiten der Realisierung Bezug genommen, womit offenbar zum Ausdruck gebracht wird, dass wirtschaftliche Erwägungen wohl ins Treffen geführt werden können, um über die Realisierung bzw Nichtrealisierung eines Straßenprojekts zu entscheiden. Besonders interessant ist aber, dass der VwGH selbst die Gültigkeit seiner Rechtsansicht auf die Rechtslage vor der Novelle BGBl I 159/1990 einschränkt.<sup>54)</sup> Diese Novelle zum BundesstraßenG hat ua folgende Bestimmung neu eingeführt: „§ 4 a. Nach Vorliegen einer Verordnung nach § 4 Abs. 1 bedarf die Errichtung noch nicht bestehender Bundesautobahn- und Bundesschnellstraßenstrecken, ausgenommen Zu- und Abfahrtsstraßen (§ 2), eines Beschlusses der Bundesregierung über das gesamtwirtschaftliche Interesse am Bau der Strecke.“ Diese Bestimmung bringt unmissverständlich zum Ausdruck, dass weder aus dem Verzeichnis im BundesstraßenG noch aus der Trassenfestlegung (damals noch mit VO) automatisch von einer Verpflichtung zur Realisierung ausgegangen werden kann – vielmehr wird der Verwaltung auch nach erfolgter Trassenfestlegung die Möglichkeit eingeräumt, das Projekt im Hinblick auf das gesamtwirtschaftliche Interesse nochmals zu beurteilen. Den Materialien zu dieser Gesetzesänderung ist zu entnehmen, dass „Wegen der außerordentlichen Bedeutung des Neubaus von Autobahnen und Schnellstraßen [...] diese Maßnahmen künftighin nicht mehr bloß der Entscheidung des jeweils zuständigen Bundesministers – Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten bzw Bundesminister

für öffentliche Wirtschaft und Verkehr – vorzubehalten, sondern einer Beschlußfassung durch die Bundesregierung zuzuführen.“<sup>55)</sup> Der Gesetzgeber geht also ganz offenbar davon aus, dass dem/der Bundesminister\*in diese Möglichkeit zu einer solchen Evaluierung und gesamtwirtschaftlichen Betrachtung grundsätzlich zukommt.

Diese Bestimmung findet sich in der aktuellen Version des BStG nicht mehr. Sie ist im Zuge der Umstellung des Trassenfestlegungsverfahrens durch Integration einer Umweltverträglichkeitsprüfung und knapp vor Umstellung der Rechtslage auf Entscheidung über die Trassenfestlegung mit Genehmigungsverfahren und Bescheid (statt VO) gestrichen worden.<sup>56)</sup> Die Erläuterungen nehmen zu dieser Gesetzesänderung nicht weiter Bezug. Aus einer systematischen Gesamtbetrachtung des geltenden Rechtsrahmens ist aber weiterhin davon auszugehen, dass das Bundesstraßenrecht weiterhin die Möglichkeit miteinschließt, dass ein bereits genehmigtes Projekt allenfalls nicht realisiert wird und dass nach dem aktuellen Rechtsrahmen diese gesamtwirtschaftliche Evaluierung eines Straßenbauprojekts wieder allein dem/der Bundesminister\*in obliegt. Dafür sprechen die folgenden Gründe:

Anders als bei einer Entscheidung mit Verordnung kann aus dem Rechtstyp eines Genehmigungsbescheids von vornherein keine Verpflichtung zur Realisierung abgeleitet werden. Ein Genehmigungsbescheid berechtigt bloß zur Ausführung und legt die Bedingungen fest, unter denen eine Realisierung erfolgen kann.<sup>57)</sup> In § 4 Abs 1 BStG ist nach Änderung der Rechtslage, der Trassenfestlegung mit Bescheid statt mit Verordnung, folgender Satz eingefügt worden: „Ein Bescheid tritt außer Kraft, wenn nicht binnen 10 Jahren ab Rechtskraft mit wesentlichen Baumaßnahmen zur Errichtung begonnen wurde.“ Die Erl führen zu dieser Bestimmung aus, dass „sich die Gegebenheiten in Bezug auf Umwelt wesentlich geändert haben können“ und „die Realisierungsmöglichkeiten in Anbetracht der Größe von Straßenbauvorhaben von vornherein nicht immer abschätzbar sind ...“.<sup>58)</sup> Der aktuelle Rechtsrahmen geht also ganz explizit von der Möglichkeit aus, dass ein bereits genehmigtes Straßenbauprojekt allenfalls nicht realisiert wird. Die BMK hat dem von der ASFINAG jährlich vorgelegten Rahmenplan, in welchem die ASFINAG insbesondere auch eine Be-

52) FN 37.

53) FN 7.

54) Arg: „Daher muß – jedenfalls bei Anwendung des Bundesstraßengesetzes in der Fassung vor der Novelle BGBl. Nr. 159/1990, die hier noch nicht anzuwenden ist – davon ausgegangen werden, ...“

55) ErläutIA 285/A XVII. GP 4.

56) BGBl I 50/2002. Daraus wiederum folgt, dass nach aktueller Rechtslage nicht mehr die Bundesregierung in ihrer Gesamtheit sondern die BMK entscheidet.

57) Für Beispiele derartiger Trassenfestlegungsbescheide s <https://www.bmk.gv.at/themen/verkehr/strasse/infrastruktur/verfahren/schnellstrassen/s1.html>.

58) ErläutRV 1333 BlgNR XXII. GP 10.

schreibung und einen Zeitplan für die Planung und den Bau der Neubauprojekte mit aktueller Kostenschätzung ausweist, zuzustimmen. Die Verankerung eines solchen Zustimmungsrechts zur Planung der Neubauprojekte würde eigentlich wenig Sinn machen, wenn davon auszugehen ist, dass die genehmigten Neubauprojekte ohnehin jedenfalls zu realisieren sind. Schließlich sind Evaluierungen von (auch genehmigten) Bundesstraßenprojekten durch den/die Bundesminister\*in, auch mit dem Ergebnis, dass die Verwirklichung als Bundesstraße nicht mehr nötig ist, in der Praxis gängig und – wie weitere Erläuterungen zum BStG belegen – vom Gesetzgeber mitgedacht und gewollt: *„Im Zuge der Evaluierung aller großen Bundesstraßenprojekte hat sich herausgestellt, dass den zuvor angeführten Straßenteilen nicht jene Bedeutung zukommt, die eine Verwirklichung als Bundesstraße nötig macht. Im Zeichen der gebotenen Zweckmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit werden diese Straßenteile aus den Bundesstraßenverzeichnissen genommen.“*<sup>59)</sup>

Die zuletzt zitierten Erläuterungen bringen zum Ausdruck, dass eine derartige Evaluierung und Entscheidung zur Nichtrealisierung durch die BMK in einem letzten Schritt zu einer Bereinigung des BStG-Verzeichnisses führen sollte. Diese hat die BMK mittels entsprechender Regierungsvorlage zu initiieren. Dass dies der Fall ist, schließt aber nicht aus, dass die BMK eine solche Evaluierung von im Gesetz verankerten und genehmigten Straßenbauprojekten durchführen kann.<sup>60)</sup> Ganz im Gegenteil: Eine solche Evaluierung und die grundsätzliche Entscheidung, ein im Verzeichnis verankerten Straßenzug doch nicht zu realisieren, sind ja Voraussetzung dafür, dass das Verzeichnis wieder abgeändert werden kann, was ja auch schon mehrmals erfolgt ist. Geht man von der Annahme aus, dass das Verzeichnis jedenfalls verpflichtet zu realisieren, wäre dieser Prozess gar nicht möglich. Den rechtlichen Vorschriften sind keine Angaben zu entnehmen, wann nach einer derartigen Evaluierungsentscheidung die Bereinigung im BStG anzustreben ist. Es wird wohl im Rahmen des Zulässigen liegen (jedenfalls wäre dies ein sinnvoller Planungsprozess), dass die BMK vor diesem Schritt mit anderen politisch Verantwortlichen und Betroffenen über Alternativlösungen berät, bevor sie dem Gesetzgeber mittels Regierungsvorlage einen neuen Vorschlag macht. All diese Erwägungen sprechen dafür, auch nach erfolgter Genehmigung einer Trassenfestlegung ein Planungsermessen der BMK im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung anzunehmen – also auch in Bezug auf diesen Planungsprozess nicht von einer gesetzlichen Verpflichtung auszugehen, die im BStG-Verzeichnis angeführten Straßenzüge jedenfalls zu realisieren. In welchem Verhältnis dieses Planungsermessen der BMK zu Entscheidungen der ASFINAG, als privatrechtlich geführtes Unternehmen, steht und aus welchen Gründen und mit welchem Durchgriffsrecht der ASFINAG gegenüber die BMK eine solche Entscheidung treffen kann, soll im nachfolgenden Abschnitt näher erläutert werden.

#### IV. Zusammenwirken von BMK und ASFINAG bei der Entscheidung über die Realisierung von Straßenbauprojekten

Der Bund hat auf Grundlage des ASFINAG-Ermächtigungsgesetz, des ASFINAG-G und § 34b BStG auf die ASFINAG<sup>61)</sup> die Aufgaben der sog. „Bundesstraßenverwaltung“ übertragen. Dazu zählt im Kern das gesamte Aufgabenspektrum von Planung<sup>62)</sup>, Bau, Erhaltung und Finanzierung (einschließlich der Mauteinhebung),<sup>63)</sup> sofern es in nicht-hoheitlicher Form ausgeführt wird.<sup>64)</sup> In der Form einer Aktiengesellschaft organisiert, sind die Vorstände bei der Wahrnehmung dieser Aufgaben nach § 70 AktG grundsätzlich weisungsfrei. ASFINAG-G und ASFINAG-Ermächtigungsgesetz räumen der BMK gegenüber der ASFINAG zwar kein sondergesellschaftsrechtliches Weisungsrecht ein, sie sehen aber gesetzlich und vertraglich andere Ingerenzrechte des Bundes vor:

Zum einen behält § 7 Abs 2 BStG der BMK zunächst die Möglichkeit vor, den gesamten Tätigkeitsbereich der ASFINAG (arg. „die Planung, den Bau und die Erhaltung“) über generelle Normen – konkret: „Verordnungen und Dienstanweisungen“<sup>65)</sup> – zu steuern. Nach § 10 ASFINAG-Ermächtigungsgesetz soll dadurch insbesondere gewährleistet werden, dass dem/der Bundesminister\*in „die Erlassung der für die technische Durchführung anzuwendenden Vorschriften vorbehalten bleibt“.

Zum anderen wird der BMK nach § 10 ASFINAG-Ermächtigungsgesetz und § 10 ASFINAG-G, und einem auf dieser Grundlage abzuschließenden Fruchtgenussvertrag<sup>66)</sup> das Recht eingeräumt, der ASFINAG „Zielvorgaben zu setzen und eine begleitende Kontrolle hinsichtlich der Maßnahmen der Gesellschaft einschließlich der Planungsmaßnahmen durchzuführen“ und einem von der ASFINAG jährlich im Vorhinein vorzuverlegendem Rahmenplan (in der Form einer sog. „Plan-Gewinn- und Verlustrechnung und Plan-Bilanz“) zuzustimmen. Dieser Rahmenplan hat entsprechend der einschlägigen Bestimmung im Fruchtgenussvertrag 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.

59) ErläutRV 1204 BlgNR XXIV. GP 1.

60) S die Aussagen in dem in FN 7 zitierten Artikel.

61) Die Autobahnen- und Schnellstraßenfinanzierungsgesellschaft.

62) Im Sinn von technischer Detailplanung auf Grundlage der durch die BMK festgelegten Trasse.

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

64) Art II § 2 (1) ASFINAG-Gesetz § 34b BStG.

65) Verordnungen sind generelle Rechtsakte der Verwaltung. Die Dienstanweisung, auch als Verwaltungsverordnung bezeichnet, ist eine generelle Regelungen der Verwaltung im Innenbereich. Dazu zB Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>9</sup> (2016) Rz 741.

66) Vgl § 2 ASFINAG-Ermächtigungsgesetz.

Ausweislich der Materialien zu § 10 ASFINAG-Ermächtigungsg<sup>67)</sup> soll diese Vorschrift den „*grundlegenden Einfluss*“ der BMK gegenüber der ASFINAG sichern. Mit der Verankerung dieser Ingerenzrechte soll ein entsprechender Durchgriff auf die ASFINAG gewährleistet werden, damit der Bund weiterhin seiner Verantwortung für die Aufgabe der Verwaltung des Öffentlichen Gutes Straße nachkommen kann. Die Verankerung solcher Durchgriffsrechte ist auch verfassungsrechtlich geboten, jedenfalls sofern es um zentrale politische und strategische Entscheidungen geht, wie etwa die Frage, welche Straßenprojekte konkret und wann realisiert werden sollen. Derartige Entscheidungen sollen nach den Vorgaben der Verfassung beim Bund verbleiben.<sup>68)</sup> Dieses Durchgriffsrecht und damit die Sicherung der Letztentscheidung bei der BMK über die grundlegende strategische Frage der konkreten Realisierung eines Straßenzuges wird im Besonderen über das im Fruchtgenussvertrag ausdrücklich verankerte jährliche Zustimmungsrecht der BMK zum Rahmenplan niedergelegt. Eine Interpretation der einschlägigen Bestimmungen dahingehend, dass der BMK gegenüber der ASFINAG nur das Recht zukomme, Zielvorgaben „*auf einer bestimmten höheren Abstraktionsebene*“<sup>69)</sup> (was auch immer das bedeuten mag) zu formulieren, lassen weder der klare Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen (arg „*in den jährlich im Vorhinein mit dem Bund abgestimmten Plan-Gewinn- und Verlustrechnungen*“<sup>70)</sup>) noch die verfassungsrechtlichen Vorgaben in diesem Bereich zu. Mit dem Zustimmungsrecht der BMK zum Rahmenplan ist freilich kein umfassendes Weisungsrecht der BMK in sämtliche operative Tätigkeitsbereiche der ASFINAG verbunden – die Zustimmung bezieht sich vielmehr auf eine Mitsprache im Hinblick auf grundlegende strategische Entscheidungen des Unternehmens, die jährlich abzustimmen sind (zB betreffend die Realisierung eines Straßenbauprojekts).<sup>71)</sup> Eine Anordnung der BMK an die ASFINAG im Zuge eines noch laufenden Evaluierungsprozesses die Bauausführungen auszusetzen,<sup>72)</sup> um zu vermeiden, dass keine unnötigen Aufwendungen (= versunkene Kosten) entstehen, ist in diesem System schwierig einzuordnen. Ein sondergesetzliches Weisungsrecht ist ja nicht vorgesehen, sondern nur ein Zustimmungsrecht zum Rahmenplan. Ob diesem zuzustimmen ist, ist noch zu evaluieren, im Rahmen des Evaluierungsprozesses erfolgt die Anordnung, um diesen Prozess effizient zu gestalten. Diese „Anordnung“ ist wohl nicht als Weisung zu qualifizieren, sondern als bloße Wissensmitteilung. Zu diesem Ergebnis gelangt man, wenn man auf den objektiven Gehalt der Erklärung abstellt und gesetzeskonform auslegt<sup>73)</sup>: Wenn der BMK kein Weisungsrecht zukommt, kann ihr auch nicht unterstellt werden, sie wollte eine rechtswidrige Weisung erteilen. Oder anderes formuliert: „*im Rechtsstaat ist grundsätzlich zu vermuten, dass das staatliche Organ die Absicht hatte, rechtens zu handeln*“.<sup>74)</sup> Als „bloße“ Wissensmitteilung ist die Erklärung der BMK in diesem Fall<sup>75)</sup> von den Vorständen aufgrund ihrer Sorgfaltspflichten gem § 84 Abs 1 S 1 AktG dennoch zu beachten. Denn die Nicht-

beachtung und die Vornahme von Bauausführungen trotz Wissens über den Evaluierungsprozess könnte als Pflichtwidrigkeit qualifiziert werden, wenn dadurch dem Unternehmen unnötige Aufwendungen entstehen<sup>76)</sup>, weil etwa – wie nun eingetreten – die Entscheidung des Evaluierungsprozesses darauf hinausläuft, das Straßenprojekt nicht zu realisieren.

## V. Begründung für die Nichtrealisierung eines bereits genehmigten Straßenbauprojekts

Wenn man nach all dem bislang Gesagtem zu dem Ergebnis gelangt, dass weder aus dem Verzeichnis noch aus dem Genehmigungsbescheid die konkrete Verpflichtung zur Realisierung eines Straßenbauprojekts abgeleitet werden kann, und der Rechtsrahmen die Möglichkeit vorsieht, im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung ein bereits genehmigtes Straßenbauprojekt nochmals zu evaluieren, und im Verhältnis zur ASFINAG der BMK die Letztentscheidung darüber belässt, dann ist noch die letzte Frage zu beantworten, aus welchen Gründen die BMK zu der Entscheidung, dem Rahmenplan nicht

67) ErläutRV 698 BlgNR XX. GP 13.

68) Dazu sehr anschaulich *Merli*, Öffentliches Gut als Gegenstand von Public Private Partnerships – Das Beispiel der Bundesstraßen, in: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Public Private Partnerships (2003) 59 (65 ff): 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.

69) So im Rechtsgutachten von *KWR* (FN 6) 12.

70) § 10 ASFINAG-G.

71) Die Annahme eines umfassenden Weisungsrechts würde dem primären Motiv der Ausgliederung der Aufgaben der Bundesstraßenverwaltung zur Erfüllung der Maastricht-Kriterien zur Staatsverschuldung (dazu *Merli* [FN 68]) entgegenstehen. Zu den Voraussetzungen bei institutionellen Einheiten allgemein s *Koller*, „Maastricht-Relevanz“ von Public Private Partnerships, in: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Public Private Partnerships (2003) 43.

72) Wie im Sommer 2021 erfolgt, s dazu Pkt I.

73) Zur Auslegungsregel, dass im Zweifel (also wenn auf Grundlage des Wortlauts kein klares Ergebnis erzielt werden kann) die Erklärung gesetzeskonform auszulegen ist: 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*, Verfassungsrecht<sup>12</sup> (2019) Rz 36 (hinsichtlich der verfassungskonformen Interpretation; dies trifft gleichermaßen auf die gesetzeskonforme Interpretation zu).

74) So die Formulierung in *VwGH* 17.02.1994, GZ 93/06/0120.

75) Das ist freilich nicht bei jeder Erklärung bzw Anordnung der BMK an die ASFINAG so zu sehen. Dort wo die Nichtbeachtung nicht dem Unternehmenswohl entgegensteht, wird diese Nichtbeachtung als zulässig anzusehen sein.

76) Für einen vergleichbaren Fall s etwa *OGH* 07.07.1998, 5 Ob 490/97p. In dieser Entscheidung beurteilte der OGH 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.

zuzustimmen und damit vorerst nicht zu realisieren, gelangen kann.

Weder die gesetzlichen Bestimmungen noch der auf dieser Grundlage abgeschlossene Vertrag führen näher aus, aus welchen Gründen die Zustimmung verweigert werden kann. Es ist sohin, wie das dem Planungsrecht auch sonst eigentümlich ist, von einem weiten Ermessensspielraum der BMK in dieser Frage auszugehen, die ihre Grenze dort findet, wo die Entscheidung als unsachlich zu qualifizieren ist.<sup>77)</sup> Dass die Entscheidung auf sachlichen Erwägungen beruht, ist angesichts des durchgeführten Evaluierungsprozesses und der Zugrundelegung der Entscheidung auf das Ergebnis dieses Evaluierungsprozesses, in dem eine Vielzahl von Fachexpert\*innen eingebunden war, anzunehmen.

Man kann in dieser Frage auch einen restriktiveren Ansatz vertreten, nämlich dass eine Zustimmung zum Rahmenplan nur aus wirtschaftlichen Erwägungen versagt werden kann. Dafür spricht, dass Gegenstand des Abstimmungsverfahrens primär Plan-Gewinn-und-Verlust-Rechnungen und Plan-Bilanzen sind und dass im Hinblick auf Neubauprojekte im Rahmenplan va eine aktuelle Kostenschätzung und eine Wirtschaftlichkeitsbetrachtung vorzulegen sind. Für die Sichtweise, dass es in dieser letzten Phase des Planungsprozesses primär um wirtschaftliche Erwägungen gehen soll, sprechen auch die VwGH-Jud, die als Kriterium einer allfälligen Evaluierung die „wirtschaftlichen Möglichkeiten“ nennt<sup>78)</sup>, oder vormalige Bestimmungen im BStG, die diesbezüglich auf das „gesamtwirtschaftliche Interesse am Bau“ Bezug nehmen,<sup>79)</sup> oder der Wortlaut von in diesem Kontext stehenden Erläuterungen, die auf das Gebot der Zweckmäßigkeit, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verweisen.<sup>80)</sup>

Das lässt nun freilich nicht sogleich den Schluss zu, dass die Versagung der Zustimmung schon deshalb unzulässig sei, weil daraus der ASFINAG – betriebswirtschaftlich betrachtet – Nachteile drohen.<sup>81)</sup> Eine rein betriebswirtschaftliche Betrachtung bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung ist nur der ASFINAG vorbehalten, die BMK hat hingegen bei ihren Entscheidungen eine umfassende volkswirtschaftliche (= gesamtwirtschaftliche) Betrachtung vorzunehmen.<sup>82)</sup> Das wiederum bedeutet, dass bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung eines Projekts durch die BMK eine umfassende Kosten-Nutzen Analyse durchzuführen ist, die bei einem Straßenbauprojekt im Besonderen auch die negativen Externalitäten der Umweltverschmutzung und des Klimawandels miteinzubeziehen hat.<sup>83)</sup> Jedenfalls wird der Einbezug dieser Aspekte bei einer Wirtschaftlichkeitsbetrachtung von öffentlichen Infrastrukturprojekten als sachadäquat anzusehen sein.<sup>84)</sup> So gesehen spielt, selbst wenn man die Evaluierung in dieser Phase des Planungsprozesses auf wirtschaftliche Erwägungen reduziert, der Klimaschutz als Begründung für die Versagung der Zustimmung jedenfalls auch eine Rolle.

## VI. Conclusio

Dem Plan ist es inhärent, dass er geändert und angepasst wird. Der VfGH hat dies in einem sehr frühen Judikat<sup>85)</sup> einmal so formuliert: „*Ein solcher Plan*<sup>86)</sup> muss stets die Möglichkeit offen lassen neue Einsichten und Erfahrungen die zur Besserung der Dinge dienen können zu verwirklichen und den sonstigen mitunter wechselnden Notwendigkeiten der Städteplanung Rechnung zu tragen.“ Dieser Aspekt der Anpassungsfähigkeit von Plänen gewinnt in Zeiten drängender Aufgaben im Klimaschutz und bei der Klimawandelanpassung zunehmend an Bedeutung. Im wissenschaftlichen Diskurs wird in diesem Kontext auch der Begriff der Resilienz verwendet.<sup>87)</sup> Der Gesetzgeber nimmt auf diese Besonderheiten auf dem Gebiet der Planung – dh im Planungsrecht – in der Regel soweit Rücksicht, als er auf der Gesetzesesebene selbst nur eine Grundentscheidung trifft, dh Ziele vorgibt, Verfahren und Kriterien definiert, nach denen diese Ziele zu erreichen sind. Die Lösung der Fachfrage, dh die konkrete Planungsentscheidung, belässt er aber der Vollziehung. Notwendigerweise wählt er dabei eine Gesetzestechnik, welche der Vollziehung einen Rahmen zubilligt, „*neue Einsichten und Erfahrungen sowie Fach-*

77) Vgl dazu etwa Winkler (FN 34) 60 f mit Verweis auf VfSlg 4592/1963.

78) FN 51; näher dazu Pkt III.B.

79) Konkret der durch BGBl I 159/1990 eingeführte § 4a; näher dazu Pkt III.B.

80) FN 59; näher dazu Pkt III.B.

81) Für eine solche Rechtsansicht s etwa das Rechtsgutachten von KWR (FN 6) 17 ff. Im Kern wird dort zum Ausdruck gebracht, 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.

82) Sdazu auch die ErläutRV 1347 B1gNR XXV. GP 2: „*Dabei soll der Schwerpunkt der Prüfung des Bundesministers auf der Gesamtschau, insbesondere hinsichtlich der volkswirtschaftlichen Aspekte, und der der ASFINAG auf der betriebswirtschaftlichen Sicht liegen, ...*“

83) Methodische Grundlage dafür ist der sog LCA (Life Cycle Assessment)-Ansatz, der in der Literatur (aber auch zB durch die Europäische Kommission als Standard für die Wirtschaftlichkeitsbetrachtung bei der Wahrnehmung Öffentlicher Aufgaben durch die Öffentliche Hand angesehen wird). S dazu etwa Bjørn et al, LCA History, in: Hauschild/Rosenbaum/Olsen (Hrsg), Life Cycle Assessment. Theory and Practice (2018) 20 ff mwN. EU Kommission, Better regulation „Toolbox“ (2017) 521 ff, abrufbar unter: [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](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); Deutscher Bundestag (Wissenschaftliche Dienste), Ökobilanzen zum Bau von Infrastrukturen des bodennahen Verkehrs WD 8 – 3000 – 002/21 (2021), abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/835692/89d1ef927ee7f5f42292b95cf37109eb/WD-8-002-21-pdf-data.pdf>.

84) FN 83.

85) VfSlg 2584/1953.

86) Der VfGH bezieht sich in diesem Judikat auf einen Flächenwidmungsplan, der freilich in Bezug auf bestimmte strukturelle Fragen Ähnlichkeiten zur Planung einer Straße aufweist. Dazu noch ausführlicher Winkler (FN 34) 66 ff.

87) Folke, Resilience: The emergence of a perspective for social-ecological systems analyses, Global Environmental Change 16 (2006), 253 ff. Zu den damit verbundenen rechtlichen Fragen s etwa Arnold/Gunderson, Adaptive Law and Resilience, Environmental Law Reporter, 5–2013.

kennnisse zu berücksichtigen und sich den unterschiedlichen Notwendigkeiten tatsächlicher Gegebenheiten und ihren Veränderlichkeiten anzupassen.“<sup>88)</sup> Die Verfassung ermöglicht eine solche Gesetzestechnik auf der Grundlage des sog differenzierten Legalitätsprinzips.<sup>89)</sup> Die in diesem Beitrag durchgeführte Analyse zur Verteilung der Aufgaben zwischen Gesetzgeber, Bundesminister\*in und ASFINAG hat gezeigt, dass der Gesetzgeber auch in diesem Bereich des Planungsrechts so vorgegangen ist und der Vollziehung im Bewusstsein über die Besonderheiten im Planungsrecht entsprechende Freiräume eröffnet hat. Das bedeutet freilich keine Ermächtigung zu freier politischer Entscheidung der BMK<sup>90)</sup>, sondern lediglich die Befugnis, auf der Grundlage klar festgelegter Verfahren und zur Verfügung gestellter Instrumente (zB Zustimmungsrecht der BMK zum Rahmenplan) auch den bisherigen Planungsprozess – va zB aufgrund geänderter Voraussetzungen im Tatsächlichen – nochmals evaluieren und anpassen zu können. Die BMK hat im Fall des Lobautunnels diese vom Rechtsrahmen zur Verfügung gestellten Verfahren und Instrumente genutzt, um unter Einbindung einer breiten Fachexpertise, eine sachentsprechende Entscheidung zu treffen. Eine Verletzung des Bundesstraßengesetzes durch diese Entscheidung liegt nicht vor.

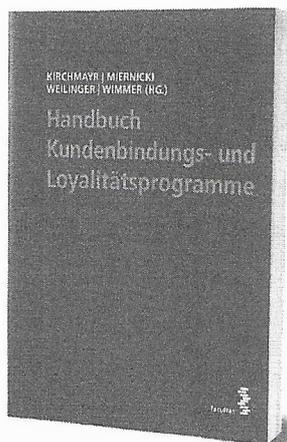
Im Grunde ist es dem Planungsrecht wesensfremd anzunehmen, der Gesetzgeber wollte mit der Verankerung eines Straßenzuges im Verzeichnis des BStG – mit der im Grunde nur eine politische Absichtserklärung und keine fachlich fundierte Planungsentscheidung niedergelegt wird<sup>91)</sup> – jedenfalls die Realisierung dieses Straßenzuges sicherstellen, unabhängig davon, welche Ergebnisse der nachfolgende Planungsprozess der Verwaltung zu diesem Projekt zu Tage befördert und wann und unter welchen Rahmenbedingungen diese Entscheidung über die Aufnahme ins Verzeichnis getroffen worden ist. Eine solche Sichtweise steht konträr zum System des Planungsrechts und würde vor dem Hintergrund der zunehmenden Notwendigkeit resilienter, dh anpassungsfähiger rechtlicher Rahmenbedingungen eine nicht gerade progressive Lesart des Bundesstraßenrechts mit sich bringen.

88) Winkler (FN 34) 67.

89) Dazu schon oben FN 45.

90) Für diese Formulierung s Winkler (FN 34) 71.

91) Die fachliche Fundierung erfolgt erst im nachfolgenden Planungsprozess, bei welchem entsprechend Fachexpert\*innen bei der Entscheidung eingebunden werden.



Kirchmayr, Miernicki, Weilingner, Wimmer (Hg.)

## Handbuch Kundenbindungs- und Loyalitätsprogramme

Kundenbindungs- und Loyalitätsprogramme nehmen mittlerweile eine bedeutende Rolle in der Unternehmenspraxis ein. Sie sind zum Erfolgsfaktor geworden. Neben sozial- und wirtschaftswissenschaftlichen Grundlagenbeiträgen enthält das Werk auch zahlreiche rechtswissenschaftliche Beiträge (unter anderem finanzmarkt-, steuer-, wettbewerbs- und zivilrechtliche Abhandlungen).

facultas 2022, 376 Seiten,  
gebunden  
ISBN 978-3-7089-2002-3  
EUR 72,-

Erhältlich im Buchhandel und auf  
facultas.at

facultas