

# **GUTACHTEN**

## **zu Handlungsoptionen betreffend das Bauprogramm der ASFINAG**

erstattet für

**Wirtschaftskammer Wien**  
Straße der Wiener Wirtschaft 1  
1020 Wien

von der

**KWR KARASEK WIETRZYK**  
Rechtsanwälte GmbH  
Fleischmarkt 1  
1010 Wien

**Wien, am 11.04.2022**



# INHALTSVERZEICHNIS

A.	Einleitung .....	4
B.	Gutachtensauftrag .....	4
C.	Sachverhalt.....	5
I.	Handlungsablauf.....	5
II.	Mögliche Deutungen des Handelns der BMK.....	6
D.	Schadenersatzansprüche gegen den Vorstand der ASFINAG.....	7
I.	Rechtliche Voraussetzungen.....	7
1.	Schaden.....	8
2.	Kausalität .....	9
3.	Rechtswidrigkeit.....	9
4.	Verschulden .....	11
5.	Außenhaftung .....	12
II.	Geltendmachung durch die WKW .....	13
III.	Geltendmachung durch Dritte .....	13
E.	Schadenersatzansprüche gegen Aufsichtsratsmitglieder der ASFINAG.....	14
I.	Rechtliche Beurteilung .....	14
II.	Geltendmachung durch die WKW .....	17
III.	Geltendmachung durch Dritte .....	17
F.	Schadenersatzansprüche von Vertragspartnern gegen die ASFINAG.....	18
I.	Rechtliche Voraussetzungen.....	18
II.	Geltendmachung durch die WKW .....	20
III.	Geltendmachung durch Dritte .....	20
G.	Schadenersatzansprüche der ASFINAG gegenüber dem Bund.....	20
I.	Rechtliche Beurteilung .....	20
II.	Geltendmachung durch die WKW .....	24
III.	Geltendmachung durch Dritte .....	24
H.	Ansprüche gegen den Bund nach AHG .....	25
I.	Rechtliche Voraussetzungen.....	25
II.	Geltendmachung durch die WKW .....	27
III.	Geltendmachung durch Dritte .....	27
I.	Untreue des Vorstands .....	27
I.	Rechtliche Voraussetzungen.....	27
II.	Geltendmachung durch die WKW .....	30
III.	Geltendmachung durch Dritte .....	30
J.	Untreue des Aufsichtsrats .....	31
I.	Rechtliche Voraussetzungen.....	31
II.	Geltendmachung durch die WKW .....	31
III.	Geltendmachung durch Dritte .....	32
K.	Ministeranklage gegen die BMK vor dem VfGH.....	32
I.	Rechtliche Voraussetzungen.....	32

II.	Geltendmachung durch die WKW .....	33
III.	Geltendmachung durch Dritte .....	33
L.	Misstrauensvotum gegen die BMK.....	33
I.	Rechtliche Voraussetzungen.....	33
II.	Geltendmachung durch die WKW .....	33
III.	Geltendmachung durch Dritte .....	33
M.	Bescheidbeschwerde gemäß Art 130 B-VG .....	34
I.	Rechtliche Voraussetzungen.....	34
II.	Geltendmachung durch die WKW .....	35
III.	Geltendmachung durch Dritte .....	35
N.	Verordnungsprüfung gemäß Art 139 B-VG .....	36
I.	Rechtliche Voraussetzungen.....	36
1.	Vorliegen einer Verordnung? .....	36
2.	Sonstige rechtliche Einordnung .....	37
II.	Geltendmachung durch die WKW .....	40
III.	Geltendmachung durch Dritte .....	40
O.	Zusammenfassung.....	40

## A. Einleitung

Wir, die KWR Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH, wurden von der Wirtschaftskammer Wien beauftragt, die vorliegende Stellungnahme zu verfassen. Diese Stellungnahme ist ausschließlich für den Auftraggeber bestimmt und wird auf der Basis unserer Allgemeinen Auftragsbedingungen erstattet, die unter <https://www.kwr.at/agb> abrufbar sind.

## B. Gutachtensauftrag

Das Ziel der vorliegenden Stellungnahme besteht darin, mögliche Handlungsoptionen der WKW sowie auch sonstiger Dritter im Zusammenhang mit dem offensichtlich am 14.12.2021 beschlossenen neuen Bauprogramm der ASFINAG aufzuzeigen. Wir gehen dabei von dem sogleich unter C. beschriebenen Sachverhalt aus. Teile unserer Überlegungen wurden bereits in früheren Stellungnahmen präsentiert, und zwar

- Stellungnahme zur (Un)Zulässigkeit von Weisungen an den Vorstand der ASFINAG vom 21.7.2021 (nachfolgend Gutachten I).
- Gutachten zu Rechten, Pflichten und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder der ASFINAG im Zusammenhang mit Änderungen des Bauprogramms vom 9.12.2021 (Gutachten II) sowie
- Gutachten zum Entscheidungsablauf hinsichtlich des Bauprogramms der ASFINAG vom 18.1.2022 (Gutachten III).

Zum Teil wird auf Ausführungen in diesen Gutachten verwiesen.

Die vorliegende Stellungnahme ist wie folgt aufgebaut: Einzelne mögliche Handlungen (zB Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen den Vorstand der ASFINAG) werden jeweils zunächst dahingehend analysiert, welche Voraussetzungen dafür gegeben sein müssen und ob diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall vorliegen.

Danach wird jeweils gesondert geprüft, ob bezüglich des jeweiligen Anspruchs eine direkte Handlungsmöglichkeit der WKW besteht. In der Folge wird untersucht, ob entsprechende Handlungen von sonstigen Personen gesetzt werden können und wie wahrscheinlich eine derartige Handlung ist.

## C. Sachverhalt

### I. Handlungsablauf

Frau Leonore Gewessler, BA hat als Bundesministerin für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie (nachfolgend kurz „die BMK“, ihr Ministerium nachfolgend kurz „das BMK“) am **1.12.2021** im Rahmen einer **Pressekonferenz** einen Baustopp bzw die Nichtaufnahme der Bautätigkeit für gewisse Autobahn- und Schnellstraßenbauprojekte verkündet.

Darunter fällt insbesondere die S 1 Wiener Außenring Schnellstraße in dem noch fehlenden Abschnitt zwischen dem Knoten Schwechat und dem Knoten Süßenbrunn. Dieser Bereich umfasst zwei Teilabschnitte, nämlich einerseits den nördlich gelegenen sogenannten Verwirklichungsabschnitt (VA) 1 zwischen Groß-Enzersdorf und Süßenbrunn und andererseits den Verwirklichungsabschnitt (VA) 2 zwischen Groß-Enzersdorf und dem Knoten Schwechat. Ein Großteil dieses VA 2 soll unterirdisch in Form des sogenannten Lobautunnels erfolgen.<sup>1</sup>

In der **Pressekonferenz vom 1.12.2021** meinte die BMK wörtlich: *„Die Lobauautobahn mit dem Tunnel mitten durch das Naturschutzgebiet wird nicht gebaut. Viele der Voraussetzungen, die wir vor Jahrzehnten bei den Planungen angenommen haben, haben sich als falsch herausgestellt. [...] Aus diesem Grund wird die Lobauautobahn mit dem Tunnel nicht gebaut, sämtliche Planungsarbeiten werden wir deswegen einstellen und natürlich dann entsprechend auch keine Baumaßnahmen setzen [...]“*

In einem **Interview** in der Zeit im Bild 2 vom selben Tag führte die Ministerin aus: *„...aufbauend auf dieser Evaluierung habe ich eine Entscheidung getroffen. Und die Entscheidung ist, den Lobautunnel nicht weiterzuverfolgen, nicht weiter zu planen [...] und genau aus diesem Grund ist diese Entscheidung auch gefallen und genau aus diesem Grund wird die ASFINAG dieses Projekt auch nicht weiterverfolgen [...]“*

Aus der **Pressemitteilung der BMK vom 1.12.2021**<sup>2</sup> ergibt sich: *„Die Lobau-Autobahn mit ihrem Tunnel durch ein Naturschutzgebiet wird nicht weiterverfolgt.“*

Die Entscheidung der Ministerin basiert auf einer von ihrem Ministerium (ohne Nennung konkreter Autoren) verfassten „Evaluierung des Bauprogramms der Zukunft in Umsetzung des Regierungsprogramms – Schlussfolgerungen“ (GZ 2021-0.747.473).<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Plandarstellung abrufbar unter [https://www.asfinag.at/media/ajrhaxol/s1\\_schw-sbr\\_ba-bl-2\\_2-20.pdf](https://www.asfinag.at/media/ajrhaxol/s1_schw-sbr_ba-bl-2_2-20.pdf)

<sup>2</sup> [https://www.bmk.gv.at/service/presse/gewessler/20211201\\_klimacheck-ASFINAG-bauprogramm.html](https://www.bmk.gv.at/service/presse/gewessler/20211201_klimacheck-ASFINAG-bauprogramm.html).

<sup>3</sup> Abrufbar unter [https://www.bmk.gv.at/dam/jcr:2196bd8a-cc6e-4e61-b625-ed2f29f621c2/ASFINAG-Bauprogramm\\_Schlussfolgerungen\\_20211129.pdf](https://www.bmk.gv.at/dam/jcr:2196bd8a-cc6e-4e61-b625-ed2f29f621c2/ASFINAG-Bauprogramm_Schlussfolgerungen_20211129.pdf)

Bereits einige Monate zuvor hatte das BMK, vertreten durch den zuständigen Sektionschef, der gleichzeitig auch stellvertretender AR-Vorsitzender der ASFINAG ist, mit **Schreiben vom 25.06.2021 an den Vorstand der ASFINAG** einen vorläufigen Stopp von Ausschreibungen und Vorbereitungsmaßnahmen bis zum Abschluss einer Evaluierung im Hinblick auf die Zielsetzungen des Regierungsprogramms 2020 „mitgeteilt“.

In einer **Aufsichtsratssitzung** am **14.12.2021** hat der Aufsichtsrat der ASFINAG laut Medienberichten einem vom Vorstand der ASFINAG vorgelegten **geänderten Bauprogramm zugestimmt**, in welchem der oben beschriebene Streckenabschnitt der S1 und damit insbesondere der Lobautunnel nicht mehr enthalten ist. Die Beschlussfassung erfolgte laut Medienberichten mehrheitlich und **nicht einstimmig**, d.h. einige Aufsichtsratsmitglieder haben offenbar gegen den entsprechenden Beschluss gestimmt.

Alternativen zum nunmehr gestoppten Bau der S 1 wurden bisher nicht präsentiert, allerdings hat die BMK in einem Interview angekündigt, dass sie diesbezüglich mit der Stadt Wien und dem Land Niederösterreich „ins Gespräch kommen“ wolle.<sup>4</sup>

**Der konkrete Inhalt des neuen Bauprogramms ist uns nicht bekannt, da wir den entsprechenden Aufsichtsratsbeschluss nicht kennen.** Auf der **Website der ASFINAG** wird ausgeführt, dass das neue Bauprogramm und die Mittelfrist-Planung basierend auf den gesetzlichen Rahmenbedingungen unter Berücksichtigung der Evaluierung und der Zielvorgaben des Klimaschutzministeriums durch den Aufsichtsrat beschlossen wurde, sowie dass die betreffenden Bauprojekte derzeit überarbeitet und aktualisiert werden.<sup>5</sup>

## II. Mögliche Deutungen des Handelns der BMK

Ein Grundproblem bei der rechtlichen Analyse besteht darin, dass die Handlung der BMK selbst **verschieden gedeutet werden kann**. In der medialen Berichterstattung und auch in den Pressemitteilungen des BMK wird jeweils die Botschaft eines „**Baustopps**“ vermittelt, dh dass gewisse Projekte, darunter insbesondere der Lobautunnel, „nicht gebaut werden“.<sup>6</sup>

In der Evaluierung des Bauprogramms selbst wird die Formulierung verwendet, dass dieses Bauprojekt (und andere) **ruhend zu stellen** ist. Der Begriff der „Ruhendstellung“ lässt selbst mehrere Deutungen zu. Damit kann einerseits ein „ewiges Ruhen“ und damit ein endgültiger Baustopp gemeint sein. Theoretisch könnte eine Ruhendstellung aber auch im Sinne eines bloß vorübergehenden Ruhens interpretiert werden. Dabei könnte es lediglich um ein kurzfristiges Innehalten mit dem Bauprojekt gehen, oder aber um eine mittel- oder langfristige Aussetzung oder gar um einen Abbruch des Bauprojekts.

<sup>4</sup> „Meine Hartnäckigkeit überrascht“, Interview mit der BMK, Die Presse 27.12.2021, 4.

<sup>5</sup> <https://www.asfinag.at/bauen-erhalten/bauprojekte/>

<sup>6</sup> So die Aussage der BMK bei der Pressekonferenz.

Dabei wäre es auch denkbar, dass seitens der BMK hinsichtlich **unterschiedlicher Adressaten differenzierte Erklärungen** abgegeben werden. Die Erklärung gegenüber der Öffentlichkeit war eindeutig im dem Sinne zu verstehen, dass ein endgültiger und nicht bloß vorübergehender Baustopp erfolgen sollte. Ob es zusätzlich eine direkte Kommunikation des BMK mit der ASFINAG, insbesondere mit deren Vorstand, gegeben hat, und ob der Inhalt einer derartigen Kommunikation mit der gegenüber der Öffentlichkeit geäußerten Botschaft vollständig übereinstimmt ist uns nicht im Detail bekannt.

Es muss daher bei der nachfolgenden Analyse von der Grundannahme ausgegangen werden, dass hinsichtlich bestimmter Bauprojekte, insbesondere des Lobautunnels, ein endgültiger Baustopp gemeint war. Zusätzlich ist auch das Alternativszenario zu berücksichtigen, dass lediglich ein zeitlich befristetes Innehalten mit dem Bauprojekt gemeint war. Dabei wäre freilich ein mehrjähriges „Innehalten“, dessen Ende in keiner Weise determiniert und absehbar ist, in seinen Wirkungen wiederum einem endgültigen Baustopp angenähert.

Entscheidend ist dabei letztlich, wie der **Vorstand** die ihm direkt und/oder indirekt übermittelte „Botschaft“ der BMK **verstanden hat** und in welcher Art und Weise er diese Botschaft **umgesetzt hat**, insbesondere durch Gestaltung des Rahmenplans und seiner Bestandteile, insbesondere des Bauprogramms, sowie der Plan-Gewinn- und Verlustrechnungen und der Plan-Bilanzen.

## **D. Schadenersatzansprüche gegen den Vorstand der ASFINAG**

### **I. Rechtliche Voraussetzungen**

Die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen der Gesellschaft (ASFINAG) gegenüber dem Vorstand kommt gemäß § 84 AktG bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs in Betracht. Dies sind

1. Vorliegen eines Schadens
2. Kausalität
3. Rechtswidrigkeit sowie
4. Verschulden

## 1. Schaden

Das Erfordernis eines Schadens dürfte gegeben sein. Laut Medienberichten hat die ASFINAG im Zusammenhang mit den bereits seit 17 Jahren stattfindenden Planungen einschließlich Probebohrungen bereits **EUR 59 Mio zzgl 9 Mio für den Ankauf von Grundstücken** ausgegeben.<sup>7</sup> Laut einer parlamentarischen Anfrage ist angeblich sogar von Kosten in Höhe von **EUR 147 Mio** für Planungskosten und Grundstücksankäufe die Rede. Insgesamt dürfte die ASFINAG damit bereits erhebliche Geldmittel aufgewendet haben, die im Falle eines Baustopps als **frustrierte Aufwendungen** zu behandeln sind, die im Falle eines Projektstopps ganz oder teilweise bilanziell wertüberichtig wären, und daher einem Schaden der Gesellschaft entsprechen.

Hinzu kommen mögliche **Schadenersatzansprüche von Dritten**, insbesondere von (potentiellen) Vertragspartnern. Hier ist anzunehmen, dass einerseits bereits gültig abgeschlossene Verträge mit Dritten bestehen, so etwa für Planungsarbeiten, Beratungsleistungen oder Probebohrungen. Diese Ansprüche wären aufgrund des Vorhandenseins von **rechtlich gültigen Verträgen** durchsetzbar. Aus **laufenden Ausschreibungsverfahren** stehen den Bietern hingegen in der Regel keine Schadenersatzansprüche für Aufwendungen zu, die ihnen im Zuge der Teilnahme an dem Ausschreibungsverfahren entstanden sind. Im Detail kann dazu nicht Stellung genommen werden, weil uns nicht bekannt ist, welche laufenden bzw bereits abgeschlossenen Vergabeverfahren im Zusammenhang mit dem Bauprojekt S1 vorhanden sind.<sup>8</sup>

Der Schaden tritt bei der **ASFINAG als eigenständiger Rechtsträger** ein. Eine automatische Haftungs- oder Verlustübernahme durch den Bund besteht offensichtlich nicht (möglich sind natürlich vertraglich vereinbarte Haftungsübernahmen). In § 5 Abs 2 ASFINAG-Gesetz ist vorgesehen, dass Kreditoperationen, soweit dadurch Haftungen des Bundes begründet werden, nur mit Zustimmung des Bundesministers für Finanzen vorgenommen werden dürfen. Hieraus kann man jedoch nicht ableiten, dass für Schadenersatzansprüche, die in keinem Zusammenhang mit einer „Kreditoperation“ stehen, der Bund haftet. Auch § 8 ASFINAG-Ermächtigungsgesetz sieht nur eine eingeschränkte Haftung des Bundes gemäß § 1357 ABGB für die Vergangenheit vor. Der OGH hat in einer die Rückerstattung von rechtswidrig erhobenen Mautgebühren betreffenden Entscheidung eine direkte Haftung des Bundes verneint.<sup>9</sup> Auch aus dem Fruchtgenussvertrag ergebe sich keine derartige Haftung.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Preusser/Gaul, Gewessler's Nein löst Politbeben aus, Kurier 02.12.2021, 4.

<sup>8</sup> Dazu Kary, Baustopp: Was für Auftragnehmer gilt, Die Presse 23.12.2021, 22.

<sup>9</sup> OGH 17.5.2004, 1 Ob 57/04w, ecolex 2004, 947.

<sup>10</sup> OGH aaO.

## 2. Kausalität

Die Kausalität wird dahingehend geprüft, ob das Handeln des Schädigers (hier: Vorstand) für den Eintritt des Schadens ursächlich war. Dies wird dadurch geprüft, dass man überlegt, ob der Schaden entfele, wenn man sich die schädigende Handlung wegdenkt. Ohne entsprechende Handlungen des Vorstands, insbesondere durch Vorlage und Beschluss eines geänderten Bauprogramms, in dem die genannten Streckenabschnitte nicht (mehr) enthalten sind, und dessen nachfolgende Umsetzung würden die oben unter I. beschriebenen Schäden der ASFINAG nicht eintreten. Die Kausalität ist daher gegeben.

## 3. Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit des Verhaltens ergibt sich unseres Erachtens bereits aus dem Verstoß gegen die Einhaltung der allgemeinen **Sorgfaltspflichten** des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gemäß § 84 Abs 1 AktG.<sup>11</sup> Es handelt sich im vorliegenden Fall auch um **keine unternehmerische Ermessensentscheidung**, die gemäß § 84 Abs 1a AktG (vgl. auch § 25 Abs 1a GmbHG) haftungsmäßig privilegiert wäre. Zu den allgemeinen Kriterien der Business Judgment Rule wird auf das Gutachten III Seite 10 ff verwiesen. Die Privilegierung durch die Business Judgment Rule kommt im vorliegenden Fall schon deshalb nicht zur Anwendung, weil es sich bei der Entscheidung hinsichtlich des Bauprogramms um eine **rechtlich gebundene Entscheidung** handelt.

Auch nach der Rechtsprechung des OGH sind Entscheidungen, die die sogenannte **Legaltätspflicht** verletzen, wozu insbesondere eine Missachtung zwingender rechtlicher Vorgaben zählt, außerhalb des Anwendungsbereichs der Business Judgment Rule.<sup>12</sup> Ist nämlich das Verhalten bereits gesetzlich determiniert, bedarf es keines Entscheidungsermessens und damit keiner Privilegierung durch einen sicheren Hafen mehr.<sup>13</sup> Darunter werden einerseits interne Regelungen verstanden, die den Vorstand beziehungsweise Aufsichtsrat selbst adressieren, insbesondere die zwingenden Bestimmungen des **Aktiengesetzes** selbst.<sup>14</sup> Weiters gehören aber auch **externe Pflichten** hinzu, worunter nach der Literatur etwa Vorschriften des öffentlichen Aufsichtsrechts, des Arbeits-, Kapitalmarkt-, Wettbewerbs- oder Datenschutzrechts verstanden werden.<sup>15</sup>

Im vorliegenden Fall liegt eine derartige rechtlich gebundene Entscheidung vor, weil die S 1 (samt konkreter Beschreibung der Strecke) in der **Anlage 2 zum Bundesstraßengesetz**

---

<sup>11</sup> Reich-Rohrwig/Grossmayer in Artmann/Karollus AktG<sup>6</sup> § 84 Rz 353.

<sup>12</sup> OGH 23.02.2016, 6 Ob 160/15w, ecolex 2016, 695 mit Anmerkung Reich-Rohrwig

<sup>13</sup> Eckert/Schopper/Madari in Eckert/Schopper, AktG-ON § 84 Rz 21; Hüffer/Koch, AktG<sup>15</sup> § 93 Rz 16; Spindler in Münchner Kommentar AktG<sup>5</sup> § 93 Rz 88.

<sup>14</sup> Reich-Rohrwig/Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup> § 84 Rz 212.

<sup>15</sup> Reich-Rohrwig/Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup> § 84 Rz 213.

1971 (BStG) enthalten ist. Damit ergibt sich aus dem BStG bzw dessen Anlage 2 der **ausdrückliche Gesetzesauftrag**, die S 1 einschließlich der bislang noch nicht gebauten Abschnitte zu bauen.

Diese Gesetzesbestimmung kann auch **nicht als bloße Ermächtigung** zum Bau der darin enthaltenen Straßenabschnitte gedeutet werden.<sup>16</sup> Zwar ergeben sich aus dem BStG keine konkreten zeitlichen Vorgaben, die BMK hat aber medial nicht etwa verkündet, dass der Bau der S 1 (etwa aus budgetären Gründen) verschoben wird, sondern dass der Bau überhaupt nicht stattfindet. Dies widerspricht einerseits § 1 Abs 3 BStG, worin ausgedrückt wird, dass der Bund (Bundesstraßenverwaltung) seiner **Aufgabe zur Errichtung von Bundesstraßen gemäß den Verzeichnissen 1 und 2** durch Übernahme bestehender Straßen oder Straßenteile nachkommen kann,<sup>17</sup> soweit sie zur Bemaatung geeignet sind. Bereits dem Wortlaut nach ergibt sich hieraus eine **Verpflichtung**, die durch Gesetz definierten Knoten straßenbautechnisch zu verbinden. **Diese Verpflichtung bleibt so lange aufrecht, bis die gesetzliche Vorgabe von den dafür zuständigen Gesetzgebungsorganen (Nationalrat und Bundesrat) geändert wird.**

Die Entscheidung, ob eine bestimmte (Schnell-)Straße gebaut wird oder nicht, obliegt damit **alleine dem Gesetzgeber** und nicht einem Organ der Vollziehung, sohin auch nicht der BMK.

Andererseits widerspricht diese Vorgangsweise auch dem Verständnis des **Verwaltungsgerichtshofes (VwGH)**, der in einem die Pyhrnautobahn (A9) betreffenden Erkenntnis ausdrücklich festgehalten hat, dass es **nicht im Belieben der Bundesstraßenverwaltung** liegt, den Bau von im Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Straßen **hinauszuschieben**, da dies letztlich auf eine **Prüfung von Gesetz oder Verordnung hinausläufe, die Verwaltungsorganen nicht zusteht.**

Daher muss nach Ansicht des **VwGH** davon ausgegangen werden, dass nach den gegebenen wirtschaftlichen Möglichkeiten die vorgesehenen Straßenprojekte **ehestens durchzuführen** sind.<sup>18</sup> Dieses Gesetzesverständnis bildete auch die Grundlage für eine spätere Novelle des Bundesstraßengesetzes.<sup>19</sup> Im Ausschussbericht wird ausdrücklich festgehalten, dass der Verwaltungsgerichtshof in diesem Erkenntnis die Straßenverzeichnisse des Bundesstraßengesetzes nicht als bloße Kompetenzabgrenzung zu den Straßenbau- und Erhaltungsagenden

---

<sup>16</sup> Gegen eine solche Deutung auch *Strejcek*, Rechtsfragen der Planung, Festlegung und Errichtung von Bundesstraßen am Beispiel der Wiener-Außenring-Schnellstraße S 1, ÖZW 2021, 163 (170).

<sup>17</sup> Das Wort „kann“ bezieht sich hier auf die Möglichkeit der Einbeziehung bestehender Straßen oder Straßenteile, räumt aber kein Recht ein, von Bauverpflichtungen insgesamt abzurücken.

<sup>18</sup> VwGH 11.10.1990, GZ 90/06/0091 (im Volltext ist das Wort „EHESTENS“ in Großbuchstaben hervorgehoben).

<sup>19</sup> Bericht des Bautenausschusses, 1439 BlgNR 17. GP, 3.

der Länder und Gemeinden eingestuft hat, sondern vielmehr daraus eine Verpflichtung der Verwaltung zum Bau ableitet.<sup>20</sup>

Der VwGH geht damit inhaltlich noch weiter und untersagt einem Organ der Vollziehung nicht nur die **endgültige Absage**, sondern auch die **zeitliche Hinausschiebung** von im (Anhang zum) BStG vorgesehenen Bauprojekten. Ob es dabei eine zeitliche Untergrenze gibt und kurzfristige Verzögerungen ausgenommen sind beantwortet der VwGH streng dahingehend, dass die vorgesehenen Projekte zwar nach den wirtschaftlichen Möglichkeiten, aber doch **ehestens** durchzuführen sind.

Insgesamt ist daher für den Vorstand der ASFINAG die **gesetzliche Vorgabe des BStG weiterhin aufrecht, dass die S 1 in den genannten Streckenabschnitten zu bauen ist**.

Es kann damit **keine unternehmerische Ermessensentscheidung** im Sinne des § 84 Abs 1a AktG vorliegen. Die Privilegierung durch die Business Judgement Rule kommt somit nicht zur Anwendung. Damit muss auf die weiteren Voraussetzungen der Business Judgement Rule (keine sachfremden Interessen, angemessene Information, Wohl der Gesellschaft) nicht mehr eingegangen werden, prima facie sind diese aber ebenfalls nicht, jedenfalls nicht vollständig erfüllt.

#### 4. Verschulden

Für das Verschulden genügt jeder Grad der Fahrlässigkeit. Es genügt somit bereits **leichte Fahrlässigkeit**, wobei der Vorstand im Sinne einer **Beweislastumkehr** beweisen muss, dass ihn kein Verschulden trifft.<sup>21</sup> Der Sorgfaltsmaßstab dabei ist der ordentliche und gewissenhafte Geschäftsleiter gemäß § 84 Abs 1 AktG. Es gilt somit ein objektiver Sorgfaltsmaßstab, sodass sich einzelne Vorstandsmitglieder nicht auf eine allfällige subjektive Unkenntnis oder mangelnde Fähigkeiten berufen können.

Der Vorstand kann sich auch nicht darauf berufen, dass er eine entsprechende Weisung der BMK befolgen müsse. Derartige **Weisungen** wären nämlich **aktienrechtlich unzulässig**, da der Vorstand gem § 70 AktG, wonach er die Gesellschaft unter eigener Verantwortung leitet, **zwingend<sup>22</sup> weisungsfrei** ist.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> Bericht des Bautenausschusses, 1439 BlgNR 17. GP, 3.

<sup>21</sup> § 84 Abs 2 AktG; *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 84 Rz 27. Zur umstrittenen Frage der Beweislastumkehr (auch) hinsichtlich der Rechtswidrigkeit ausf *Reich-Rohrwig/Grossmayer in Artmann/Karollus*, AktG II<sup>6</sup> § 84 Rz 448 ff.

<sup>22</sup> *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 92 f; *J. Reich-Rohrwig in Artmann/Karollus*, AktG II<sup>6</sup> § 70 Rz 45.

<sup>23</sup> *Adensamer in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 70 Rz 2; *J. Reich-Rohrwig in Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 70 Rz 18; *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 70 Rz 6; *Hüffer/Koch*, AktG<sup>15</sup> § 76 Rz 25; *Spindler in MünchKomm AktG<sup>5</sup> § 76 Rz 22*.

Der Vorstand kann sich auch nicht erfolgreich auf die Regelung des § 84 Abs 4 AktG berufen, wonach der Gesellschaft gegenüber die Ersatzpflicht nicht eintritt, wenn die Handlung auf einem **gesetzmäßigen Beschluss der Hauptversammlung** beruht. Bislang liegt nämlich offensichtlich überhaupt kein derartiger Hauptversammlungsbeschluss vor, sondern lediglich eine mediale Stellungnahme der BMK. Auch eine sonstige Kommunikation mit der Gesellschaft, etwa in Briefform, wäre nicht ausreichend.

**Selbst wenn** ein solcher **HV-Beschluss** gefasst werden würde (was für eine Alleinaktionärin grundsätzlich jederzeit möglich wäre), wäre zu beachten, dass die HV über Geschäftsführungsmaßnahmen gemäß § 103 Abs 2 AktG nur dann entscheiden darf, wenn dies vom Vorstand oder vom Aufsichtsrat verlangt wird.

Selbst bei Vorliegen eines derartigen Verlangens wäre der Beschluss aber weiterhin **inhaltlich rechtswidrig**, weil er wie eben unter D.I.3 erörtert im **Widerspruch zum Bundesstrafengesetz** stünde, in dem der Bau der kompletten S 1 gesetzlich vorgegeben ist.

Insgesamt sind daher die materiell-rechtlichen Voraussetzungen einer **Innenhaftung** gemäß § 84 AktG erfüllt.

## 5. Außenhaftung

Hingegen dürfte eine direkte Haftung von Vorstandsmitgliedern gegenüber Dritten (Außenhaftung) nicht vorliegen. Eine derartige Außenhaftung ist im AktG selbst nicht geregelt, sie besteht nach allgemeinem Zivilrecht insbesondere dann, wenn eine sogenannte Schutzgesetzverletzung im Sinne von § 1300 ABGB vorliegt. Eine solche Schutzgesetzverletzung dürfte im vorliegenden Fall nicht gegeben sein.

Darüber hinaus kommt eine Haftung des Vorstands gegenüber Dritten nach den Grundsätzen der *Culpa in contrahendo* in Betracht, wenn der Vorstand als Stellvertreter im Verhältnis zum Dritten ein ausgeprägtes eigenes wirtschaftliches Interesse am Zustandekommen des Vertrages hat oder bei Vertragsverhandlungen im besonderen Maße persönliches Vertrauen in Anspruch genommen und dadurch die Verhandlungen beeinflusst hat.<sup>24</sup> Wir nehmen an, dass ein derartiges besonders ausgeprägtes eigenes wirtschaftliches Interesse des Vorstands im vorliegenden Fall nicht gegeben ist.

Indirekt kann sich freilich auch hier eine Haftung des Vorstands in einem zweistufigen Prozess ergeben, und zwar dann, wenn die ASFINAG selbst von Dritten in Anspruch genommen wird (dazu siehe unter F) und die somit in Anspruch genommene Gesellschaft in der Folge eine Art Regressanspruch gegen den eigentlichen Schadensverursacher, also den Vorstand, geltend macht.

---

<sup>24</sup> Nachweise bei Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB<sup>6</sup> § 1313a Rz 10.

## II. Geltendmachung durch die WKW

Eine direkte Geltendmachung durch die WKW ist mangels Aktionärsstellung in der ASFINAG nicht möglich.

## III. Geltendmachung durch Dritte

Die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen der Gesellschaft gegenüber dem Vorstand erfolgt entweder durch

1. den Aufsichtsrat
2. die Hauptversammlung durch Beschluss mit einfacher Mehrheit oder
3. eine Minderheit von 10 % des Grundkapitals bzw. ausnahmsweise 5 %, wenn im Prüfbericht des Abschlussprüfers oder eines Sonderprüfers Tatsachen festgestellt wurden, aus denen sich Ersatzansprüche ergeben (§ 134 Abs 1 AktG).

In der derzeitigen Situation wird sich wohl keiner dieser Akteure finden, um einen Schadenersatzanspruch geltend zu machen. Der Aufsichtsrat hat in seiner Sitzung vom 14.12.2021 dem vom Vorstand vorgelegten Bauprogramm seine Zustimmung erteilt und wird daher schon im Eigeninteresse keinen Schadenersatzanspruch aus eben diesem Bauprogramm ableiten. Minderheitsaktionäre kommen im vorliegenden Fall nicht in Betracht, da die ASFINAG im Alleineigentum des Bundes steht, und gerade die mit der Wahrnehmung der Eigentümerrechte betraute zuständige Ministerin (BMK) hat ja die Änderung des Bauprogramms durch ihre „Weisung“ verursacht.

Selbst wenn sich in der derzeitigen Konstellation möglicherweise niemand finden würde, der eine derartige Schadenersatzklage gegen den Vorstand erhebt, könnte sich diese Situation in der **Zukunft** ändern. Dies beispielsweise dann, wenn eine andere Ministerin oder ein anderer Minister im BMK tätig ist und es in der Folge auch zu einem Wechsel von Aufsichtsratsmitgliedern in der ASFINAG kommt.

Hierbei ist zu beachten, dass gemäß § 84 Abs 6 AktG grundsätzlich eine **fünfjährige Verjährungsfrist** für Ansprüche der Gesellschaft gegen Vorstandsmitglieder vorgesehen ist. Nach ständiger Rechtsprechung des OGH handelt es sich dabei um eine subjektive Frist, die somit erst mit **Kenntnis von Schaden und Schädiger** zu laufen beginnt.<sup>25</sup> Dabei ist auf die Kenntnis von nicht in die pflichtwidrige Entscheidung eingebundenen Organmitglie-

---

<sup>25</sup> RIS-Justiz RS0034715; *Reich-Rohrwig/Grossmayer in Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 84 Rz 496; *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 84 Rz 39; *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR<sup>2</sup> Rz 3/545.

dem abzustellen, während umgekehrt die Kenntnis der in die schädigende Handlung involvierten Personen selbst die Verjährungsfrist nicht auslöst.<sup>26</sup> Daher werden solche Ansprüche praktisch häufig nach einem **Wechsel der Organmitglieder** geltend gemacht.

Eine Kenntnis von Schadenersatzansprüchen könnte sich unter Umständen auch erst in einigen Jahren ergeben, etwa dann, wenn sich Vertragspartner (unter Umständen kurz vor Ablauf ihrer eigenen Verjährungsfrist) zur gerichtlichen Geltendmachung ihrer Ansprüche entschließen.

Neben der fünfjährigen Frist gemäß § 84 Abs 6 AktG kommt zusätzlich die absolute **drei-ßigjährige Verjährungsfrist** ab Schadenseintritt<sup>27</sup> zur Anwendung.

Insgesamt besteht daher für den Vorstand über **viele Jahre das Risiko** einer schadenersatzrechtlichen Inanspruchnahme durch die Gesellschaft.

## **E. Schadenersatzansprüche gegen Aufsichtsratsmitglieder der ASFI-NAG**

### **I. Rechtliche Beurteilung**

Die Haftung des Aufsichtsrats entspricht auf Grund des Verweises in § 99 AktG auf die Haftung des Vorstands gemäß § 84 AktG weitestgehend derjenigen des Vorstands. Freilich sind dabei gewissen Unterschiede in der Rechtsposition zu berücksichtigen, so etwa die Nebenamtlichkeit der Aufsichtsratsstätigkeit.

Sonderfragen stellen sich insbesondere hinsichtlich der Schadenersatzvoraussetzung der **Kausalität**. Hier ist nämlich zu berücksichtigen, dass nach den uns vorliegenden Informationen der Beschluss vom Aufsichtsrat lediglich **mehrheitlich gefasst wurde**, wohingegen einzelne Aufsichtsratsmitglieder gegen die Beschlussfassung über das geänderte Bauprogramm gestimmt haben.

Bei derartigen Mehrheitsentscheidungen entfällt idR eine Verantwortlichkeit bei denjenigen Mitgliedern des Kollegialorgans, die **gegen den schadensstiftenden Beschluss** gestimmt haben.<sup>28</sup> ZT wird darüber hinausgehend verlangt, dass das Mitglied alle zumutbaren

---

<sup>26</sup> Näher dazu *Reich-Rohrwig/Grossmayer in Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 84 Rz 500 f.

<sup>27</sup> In Betracht käme auch eine Frist von 40 Jahren gemäß § 1485 iVm § 1472 ABGB bei bestimmten juristischen Personen, dies hat der OGH aber (für die GmbH) abgelehnt, OGH 10.8.2010, 1 Ob 120/10v. Zum Ganzen auch *Zehetner in Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 44 Rz 7 mwN.

<sup>28</sup> *Reich-Rohrwig/Grossmayer in Artmann/Karollus* AktG<sup>6</sup> § 84 Rz 352.

Schritte ergreift, um die Ausführung des Beschlusses zu verhindern.<sup>29</sup> Jedenfalls empfiehlt es sich, einen **Widerspruch** und die Gründe für die von der Mehrheit abweichende Stimmabgabe im **Protokoll der Sitzung** zu dokumentieren. Eine bloße Stimmenthaltung wird hingegen in der Regel nicht als ausreichend beurteilt. Wir gehen daher davon aus, dass im vorliegenden Fall nur diejenigen Aufsichtsratsmitglieder zur Haftung herangezogen werden können, die **für den Beschluss** über das geänderte Bauprogramm **gestimmt haben**.

Die Ausführungen zum Nichtvorliegen einer unternehmerischen Ermessensentscheidung gelten ebenso für den Aufsichtsrat. Da eine **rechtlich gebundene Entscheidung** vorliegt, kommt eine Berufung auf die Privilegierung unternehmerische Ermessensentscheidungen im vorliegenden Fall auch für den Aufsichtsrat nicht in Betracht.

Hinsichtlich des Verschuldens genügt auch bezüglich der Aufsichtsratsmitglieder jeder Grad des Verschuldens, sohin bereits leichte Fahrlässigkeit. Dies gemessen am Maßstab des ordentlichen und gewissenhaften Aufsichtsratsmitglieds, wobei auch hier ein objektiver Sorgfaltsmaßstab gilt.

Ein Aufsichtsratsmitglied kann sich auch nicht darauf berufen, sich in einer möglichen **Drucksituation** befunden zu haben, weil ihm oder ihr bei einer Nichtumsetzung der „Weisung“ der BMK eine mögliche Abberufung droht. Zwar ist eine derartige Abberufung gemäß § 87 Abs 8 AktG durch die Hauptversammlung jederzeit mit einer Dreiviertelmehrheit und auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes möglich, sodass es die Alleinaktionärin jederzeit in der Hand hat, Aufsichtsratsmitglieder abzurufen. Dies darf die betroffenen Aufsichtsratsmitglieder aber bei ihrer Entscheidungsfindung nicht beeinflussen. Die Berufung auf eine derartige Drucksituation scheidet daher als Rechtfertigung aus.

Auch eine entschuldigende Wirkung möglicher **Interessenskonflikte** kommt nicht in Betracht. Oberste Leitlinie für das Aufsichtsratsmitglied ist und bleibt das Unternehmensinteresse seiner Gesellschaft. Dies gilt insb auch dann, wenn ein Aufsichtsratsmitglied gewählt oder entsandt ist, um die wirtschaftlichen Interessen des Bundes, eines Landes, einer sonstigen Gebietskörperschaft oder eines konzernmäßig verbundenen Unternehmens zu wahren (vgl § 86 Abs 3 AktG).<sup>30</sup> Auch haushaltsrechtliche Vorgaben, insb § 71 Abs 1 Z 3 Abs 1 BHG, wonach der Erwerb von Beteiligungen durch den Bund nur zulässig ist, wenn der Bund einen angemessenen Einfluss in dem Aufsichtsorgan der betreffenden Gesellschaft erhält und sichergestellt ist, dass die auf Veranlassung des Bundes gewählten oder entsandten Mitglieder dieses Aufsichtsorgans in Ausübung ihrer Tätigkeit auch die besonderen Interessen des Bundes berücksichtigen, ändert nichts daran, dass dieser Einfluss nur in dem

---

<sup>29</sup> *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, *GesR<sup>2</sup> Rz 3/537*; *Reich-Rohrwig/Grossmayer* in *Artmann/Karollus AktG<sup>6</sup> § 84 Rz 352*; *Hopt/Roth* in *Großkomm AktG<sup>5</sup> § 93 Rz 370*.

<sup>30</sup> So ausdrücklich *Frotz/Schörghofer* in *Kalss/Kunz*, *HB für den AR<sup>2</sup> § 25 Rz 2*.

vom Gesellschaftsrecht vorgegebenen Rahmen zulässig ist.<sup>31</sup> Bei Vorliegen eines konkreten **Interessenskonflikts** hat das davon betroffene Aufsichtsratsmitglied diesen zunächst im Aufsichtsrat offen zu legen. In der Folge kann daraus eine Pflicht zur Stimmenthaltung oder ein Stimmverbot folgen.<sup>32</sup>

Der Aufsichtsrat kann sich (ebenso wie der Vorstand) auch nicht darauf berufen, dass eine Haftung auf Grund eines Beschlusses der Hauptversammlung gemäß § 84 Abs 4 AktG in Verbindung mit § 99 AktG entfällt. Voraussetzung für die Anwendung dieser Bestimmung ist nämlich, dass es sich um einen **gesetzmäßigen Beschluss der Hauptversammlung** handelt. Ein derartiger Beschluss liegt aber hier nicht vor, und zwar aus drei Gründen:

1. Einerseits liegt nach den uns vorliegenden Informationen bislang überhaupt kein Hauptversammlungsbeschluss vor, sondern nur eine **mediale Stellungnahme** bzw Ankündigung auf Grundlage eines Evaluierungsberichts. Nach hM genügt eine Äußerung des Mehrheits- oder auch Alleinaktionärs außerhalb der HV nicht.<sup>33</sup>
2. Selbst wenn ein solcher HV-Beschluss aber gefasst würde (was für eine Alleinaktionärin unter Verzicht auf die sonst einzuhaltenden Einberufungsmodalitäten jederzeit möglich wäre), wäre dieser uE nichtig, weil die HV über Geschäftsführungsmaßnahmen nur dann entscheiden darf, wenn dies gem § 103 Abs 2 AktG vom Vorstand oder vom Aufsichtsrat (bei zustimmungspflichtigen Geschäften, was hier gegeben wäre) **verlangt wird**.<sup>34</sup> Ein solches Verlangen wurde aber unseres Wissens bislang nicht gestellt.
3. Drittens wäre ein derartiger Beschluss aber auch **inhaltlich rechtswidrig**, weil er wie unter D.I.3 erörtert im **Widerspruch zum BundesstraßenG** stünde, in dem der Bau der kompletten S 1 gesetzlich vorgegeben ist. Eine Änderung dieser Vorgabe könnte nur durch den Gesetzgeber, also den Nationalrat und Bundesrat, mit den entsprechenden Mehrheiten erfolgen.

---

<sup>31</sup> M. Gruber, Der Beamte als Aufsichtsratsmitglied, in *Kalss/Fleischer/Vogt*, Der Staat als Aktionär (2019) 57 (62).

<sup>32</sup> *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 92 Rz 87 ff; *Frotz/Schörghofer* in *Kalss/Kunz*, HB für den AR<sup>2</sup> § 25 Rz 33 ff.

<sup>33</sup> So *Eckert/Schopper/Madari*, AktG-ON § 84 Rz 56; *Kalss* in *Münchener Komm AktG*<sup>5</sup> § 93 Rz 422; *Hopt/Roth* in *Großkomm AktG*<sup>5</sup> § 93 Rz 478 und die hM in Deutschland; aA *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 84 Rz 29; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR<sup>2</sup> Rz 3/540.

<sup>34</sup> Dieses Erfordernis betonen ua auch *Reich-Rohrwig/Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 84 Rz 391; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 84 Rz 29.

Die Haftungsbefreiung entfällt jedenfalls bei Beschlüssen, die überhaupt außerhalb des Kompetenzbereichs der HV gefasst wurden, sowie bei nichtigen HV-Beschlüssen.<sup>35</sup> Nach der hL in Deutschland<sup>36</sup> und einem Teil der Lehre in Österreich entfällt sie auch bei anfechtbaren Beschlüssen, und zwar jedenfalls dann, wenn der Beschluss die Interessen der Gesellschaft (also hier der ASFINAG) verletzt.<sup>37</sup>

Aus den genannten Gründen ist ein allfälliger HV-Beschluss daher nicht als gesetzmäßig einzustufen. Somit kommt die Haftungsprivilegierung gemäß § 84 Abs 4 AktG in Verbindung mit § 99 AktG im vorliegenden Fall jedenfalls nicht zur Anwendung.

## II. Geltendmachung durch die WKW

Eine direkte Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen durch die WKW kommt mangels Aktionärsstellung in der ASFINAG nicht in Betracht.

## III. Geltendmachung durch Dritte

Die Geltendmachung von sonstigen Schadenersatzansprüchen gegenüber Aufsichtsratsmitgliedern erfolgt entweder durch:

1. den Vorstand
2. die Hauptversammlung durch Beschluss mit einfacher Mehrheit oder
3. durch Minderheitsaktionäre (10% bzw 5%, wenn im Prüfbericht bzw im Bericht eines Sonderprüfers Tatsachen festgestellt wurden, aus denen sich Ersatzansprüche ergeben).

Auch hinsichtlich der Aufsichtsratsmitglieder ist in der gegenwärtigen Konstellation nicht davon auszugehen, dass sich einer dieser drei genannten Berechtigten entschließen wird, Ansprüche geltend zu machen. Auch hier ist freilich zu bedenken, dass sich dies rasch ändern kann, wenn es zu einem Regierungswechsel und insbesondere zu einer Änderung an der Spitze des BMK kommt.

Hier ist weiter zu berücksichtigen, dass die oben unter D. III. ausgeführten Überlegungen zur **Verjährung** der Haftung des Vorstands auch hinsichtlich des Aufsichtsrats entsprechend gelten. Da § 99 AktG lediglich auf die Regelungen des § 84 AktG zur Vorstandshaftung verweist, gilt die Fünfjahresfrist ab Kenntnis auch für die Haftung des Aufsichtsrats.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> *Eckert/Schopper/Madari*, AktG-ON § 84 Rz 52 mwN; *Reich-Rohrwig/Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 84 Rz 399; OGH 3 Ob 287/02f.

<sup>36</sup> *Spindler* in *Münchener Komm AktG*<sup>5</sup> § 93 Rz 267 mwN.

<sup>37</sup> Dazu *Eckert/Schopper/Madari*, AktG-ON § 84 Rz 52.

<sup>38</sup> *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 99 Rz 46; *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 99 Rz 40.

Damit werden im Ergebnis die Fristen für eine Geltendmachung gegenüber dem allgemeinen Zivilrecht, wo die Frist gem § 1489 ABGB 3 Jahre beträgt, **verlängert**. Kritische Stimmen in der Literatur, die für eine objektive Frist wie in § 275 Abs 5 UGB zur Abschlussprüferhaftung eintreten,<sup>39</sup> konnten sich nicht durchsetzen.

Nach überwiegender Ansicht kommt es dabei auf die Kenntnis von nicht in die pflichtwidrige Entscheidung eingebundenen Organmitgliedern an, während umgekehrt die Kenntnis der in die schädigende Handlung involvierten Personen selbst die Verjährungsfrist nicht auslöst.<sup>40</sup> Daher werden solche Ansprüche praktisch häufig nach einem **Wechsel der Organmitglieder** geltend gemacht.

Auch für die Aufsichtsratsmitglieder besteht daher ein langjähriges Risiko der schadenersatzrechtlichen Inanspruchnahme.

Eine **Außenhaftung** von Aufsichtsratsmitgliedern gegenüber Dritten kommt hingegen wohl nicht in Betracht, da eine Schutzgesetzverletzung nicht vorliegen dürfte und eine Haftung nach den Grundsätzen der *Culpa in contrahendo* (siehe D.I.5 zur Vorstandshaftung) mangels außenwirksamen Auftritts der Aufsichtsratsmitglieder jedenfalls nicht in Betracht kommt.

## **F. Schadenersatzansprüche von Vertragspartnern gegen die ASFINAG**

### **I. Rechtliche Voraussetzungen**

Derartige Schadenersatzansprüche richten sich nach allgemeinem Zivilrecht und können sich insbesondere aus der **Nichterfüllung von Verträgen** ergeben. In Betracht kommen einerseits bindend abgeschlossene Verträge, aus denen der jeweilige Vertragspartner seine eigene Leistung bereits erbracht hat und nunmehr die Gegenleistung (Bezahlung) seitens der ASFINAG ausständig ist. In Betracht kommen beispielsweise Planungs- oder Beratungsleistungen.

Weiters kommen aber auch **Ansprüche aus bereits abgeschlossenen Verträgen** in Betracht, bei denen die beiderseitige Leistungserbringung noch ausständig ist. Aufgrund der erfolgten Willensübereinstimmung im Vertrag kann der jeweilige Vertragspartner, der ja selbst leistungsbereit ist, die Erfüllung des Vertrags bzw. im Falle der Nichterfüllung das Erfüllungsinteresse verlangen. Dabei werden die Ansprüche unter Umständen dadurch gemindert, dass sich auch der Vertragspartner seine eigene Leistungserbringung ganz oder

---

<sup>39</sup> Schopper/Walch, Unternehmensrechtliche Verjährungsfristen und ihr Verhältnis zum allgemeinen Zivilrecht, ÖBA 2013, 418; Artmann, Entscheidungsanmerkung zu OGH 1 Ob 35/12x, GesRZ 2013, 52.

<sup>40</sup> Näher dazu Reich-Rohrwig/Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup> § 84 Rz 500 f.

teilweise erspart. Bei Werkverträgen kommt diesbezüglich § 1168 ABGB zur Anwendung, wonach dem Unternehmer das vereinbarte Entgelt gebührt, wenn er selbst zur Leistung bereit war und durch Umstände, die auf Seiten des Bestellers (hier: ASFINAG) liegen, daran verhindert worden ist. Der Vertragspartner muss sich dabei jedoch anrechnen, was er in Folge des Unterbleibens seiner eigenen Arbeit erspart oder durch anderwertige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat.<sup>41</sup>

Derartige Ansprüche können hier nicht im Detail zahlenmäßig festgemacht werden, wir gehen aber davon aus, dass hier noch Zahlungen in erheblicher Höhe auf die ASFINAG zukommen werden. Diese treten zusätzlich zu den bereits geleisteten und von der ASFINAG bezahlten Vorleistungen hinzu, die angesichts eines nunmehrigen Baustopps **frustrierte Aufwendungen** darstellen.

Wir nehmen an, dass darüber hinaus auch **laufende Ausschreibungsverfahren** von einem Baustopp betroffen wären. Aus derartigen laufenden Ausschreibungsverfahren stehen den-Bietern allerdings in der Regel keine Ersatzansprüche für Aufwendungen zu, die Ihnen im Zuge der Teilnahme an einer derartigen Ausschreibung entstanden sind.<sup>42</sup>

Derartige Schadenersatzansprüche würden von Dritten (Vertragspartnern) gegenüber der ASFINAG geltend gemacht werden. Direkte Ansprüche gegenüber dem Vorstand oder auch Aufsichtsrat würden diesfalls nur ausnahmsweise bestehen. Gemäß § 84 Abs 5 AktG können Ersatzansprüche der Gesellschaft auch von Gläubigern der Gesellschaft geltend gemacht werden, soweit sie von dieser (also der Gesellschaft) keine Befriedigung erlangen können. Dies ist im vorliegenden Fall angesichts der gegebenen Liquidität der ASFINAG nicht zu vermuten, sodass eine derartige Einziehungsermächtigung im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung gelangen dürfte.

Eine **direkte Haftung der BMK gegenüber Vertragspartnern** kommt hingegen wohl nicht in Betracht. Zwar gibt es auch bei der AG die (zur GmbH entwickelte) Rechtsfigur der Haftung des faktischen Geschäftsführers/Vorstands.<sup>43</sup> Diese setzt allerdings nach hM einen **nachhaltigen und dauerhaften Einfluss auf die Geschäftsführung** voraus, wie es für einen Geschäftsleiter typisch ist, wohingegen eine bloß punktuelle Übernahme von Geschäftsführungsfunktionen grundsätzlich nicht ausreichend ist.<sup>44</sup> Daher sind bloß einzelne Weisungen jedenfalls nicht ausreichend.<sup>45</sup> Im vorliegenden Fall liegt aber gerade ein derartiger punktueller Eingriff vor. Überdies würde eine solche Haftung als faktischer Geschäftsführer wegen der ihr zugrundeliegenden Analogie zu § 84 AktG nur zu einer **Innenhaftung**

---

<sup>41</sup> Vgl auch ÖNORM B2110 Pkt 7.4.5.

<sup>42</sup> Dazu bereits *Kari*, Baustopp: Was für Auftragnehmer gilt, Die Presse 23.12.2021, 22.

<sup>43</sup> Vgl *Artmann/Karollus* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 48 Rz 25 ff.

<sup>44</sup> *Artmann/Jabornegg* in *Artmann/Jabornegg*, AktG<sup>6</sup> § 48 Rz 27 mzwN.

<sup>45</sup> *Artmann/Jabornegg* in *Artmann/Jabornegg*, AktG<sup>6</sup> § 48 Rz 27.

gegenüber der Gesellschaft führen, es liegt also in Wahrheit gar kein Fall einer „Durchgriffshaftung“ vor.

## II. Geltendmachung durch die WKW

Eine direkte Geltendmachung durch die WKW kommt im vorliegenden Fall nur dann in Frage, wenn die WKW selbst Vertragspartner der ASFINAG wäre. Ob dies im Einzelfall gegeben ist, ist uns nicht bekannt, wir nehmen dies aber eher nicht an.

Sonst wäre es theoretisch denkbar, dass sich einzelne Vertragspartner (zB Unternehmer, die Mitglieder der WKW sind) finden, die ihre vorhandenen Ansprüche an die WKW zedieren. Diesfalls könnte auch die WKW direkt derartige Ansprüche geltend machen.

## III. Geltendmachung durch Dritte

Eine Geltendmachung durch Dritte ist durchaus möglich, deren Umfang ist davon abhängig, in welchem Ausmaß die ASFINAG derartige Verträge insbesondere bezüglich des Bauprojekts Lobautunnel abgeschlossen hat.

Die Frist zur Geltendmachung richtet sich nach den allgemein-zivilrechtlichen Regeln der Verjährung von Schadenersatzansprüchen, sie beträgt also drei Jahre ab Kenntnis von Schaden und Schädiger, längstens jedoch 30 Jahre (§ 1489 ABGB)<sup>46</sup>.

## G. Schadenersatzansprüche der ASFINAG gegenüber dem Bund

### I. Rechtliche Beurteilung

Derartige Ansprüche könnten auf die zwar im Gesetz enthaltene, aber dennoch in der Praxis weitgehend unbekannteste Bestimmung der §§ 100, 101 AktG gestützt werden. § 100 Abs 1 AktG sieht Folgendes vor: *„Wer zu dem Zwecke, für sich oder einen anderen **gesellschaftsfremde Sondervorteile** zu erlangen, vorsätzlich **unter Ausnutzung seines Einflusses auf die Gesellschaft ein Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats dazu bestimmt, zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu handeln**, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.“* (Hervorhebungen nicht im Original).

Zum Täterkreis gehört grundsätzlich jede natürliche oder juristische Person mit der Möglichkeit einer Einflussnahme auf die Gesellschaft. Der Grund für eine derartige Einfluss-

---

<sup>46</sup> Erfüllungsansprüche könnten binnen 30 Jahren geltend gemacht werden, vgl nur *Madl* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON § 1478 Rz 6 mwN. Praktisch werden aber wohl Schadenersatzansprüche verfolgt werden.

möglichkeit ist beliebig, er kann, muss aber nicht auf gesellschaftsrechtlicher Basis beruhen. Insbesondere kommen auch Aktionäre, auch ein Mehrheits- oder Alleinaktionär in Betracht.<sup>47</sup>

Die Ansicht, wonach eine Gesellschaft mit einem Alleinaktionär keine eigenen Interessen getrennt von ihrem Alleingesellschafter verfolgt, teilen wir in dieser Allgemeinheit nicht.<sup>48</sup> Dies insb deshalb, weil auch bei der Einpersonengesellschaft ein vom Gesellschafterinteresse losgelöstes Verbandsinteresse besteht, welches die Rechtfertigung für die Verleihung einer eigenen Rechtspersönlichkeit bildet.<sup>49</sup> Im Fall der AG findet dieses Verbandsinteresse durch die vorrangige Berücksichtigung des „Wohls des Unternehmens“ in § 70 AktG auch seine positiv-rechtliche Anerkennung.<sup>50</sup> Der Alleinaktionär hat daher die konkreten Eigeninteressen der AG auch dann zu respektieren, wenn er selbst andere Ziele anstrebt.<sup>51</sup> Auch im Fall eines Alleinaktionärs bleibt die AG eine eigene Interessen- und Zweckeinheit mit eigenem Vermögen, die für ihn eine fremde Person mit fremdem Vermögen darstellt.<sup>52</sup>

Die Anwendung der Haftungsbestimmung setzt die **Ausnützung eines Einflusses** voraus. Darunter wird ein nicht einwandfreies, missbräuchliches, anstößiges oder unehrenhaftes Verhalten, nicht aber notwendigerweise ein sittenwidriges Verhalten verstanden.<sup>53</sup>

Weiteres Tatbestandsmerkmal ist das Handeln zur Erzielung eines **gesellschaftsfremden Sondervorteils**. Der Begriff des Sondervorteils wird im Gesetz nicht näher definiert. Die Literatur versteht darunter in aller Regel vermögenswerte Vorteile. Im vorliegenden Fall geht es weniger um vermögenswerte Vorteile als vielmehr um die Durchsetzung politischer Interessen. Unseres Erachtens spricht aber nichts dagegen, auch derartige **politische Interessen als Sondervorteil** im Sinne des § 100 AktG zu qualifizieren. In der Literatur wird vertreten, dass „jeder Vorteil“ genügt.<sup>54</sup> Dies jedenfalls dann, wenn diesem Sondervorteil ein Schaden der Gesellschaft gegenübersteht. Ein derartiger Schaden der Gesellschaft ist

---

<sup>47</sup> Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> § 100, 101 Rz 7; Schopper in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup> § 100 Rz 7.

<sup>48</sup> So insbesondere Koppensteiner, Einpersonengesellschaften. Eine Skizze, GES 2015, 5; zur GmbH Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 61 Rz 12.

<sup>49</sup> So Jabornegg in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> § 1 Rz 21.

<sup>50</sup> Auch Koppensteiner, GES 2015, 5 (6) hält die gegenteilige Auffassung im Lichte des § 70 AktG für „nicht so leicht zu klären wie für die GmbH“.

<sup>51</sup> Jabornegg in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> § 1 Rz 21.

<sup>52</sup> Artmann/Karollus in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup> § 1 Rz 17, allerdings offenlassend zur Frage einer Unterscheidung von Gesellschaftsinteresse und Gesellschafterinteresse in Rz 18.

<sup>53</sup> Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> § 100, 101 Rz 8; Schopper in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup> § 100 Rz 11.

<sup>54</sup> So in Deutschland zur vergleichbaren Bestimmung in § 117 dAktG Hüffer/Koch, AktG<sup>15</sup> § 117 Rz 11; Leuering/Goertz in Hölter/Weber, AktG<sup>4</sup> § 117 Rz 13; nach Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> § 100 Rz 9 ist etwa auch die „Verstärkung des Einflusses gegenüber der Gesellschaft“ erfasst, also ein offenbar nicht direkt in Geld messbarer Vorteil.

im vorliegenden Fall gegeben, wie bereits oben in D. I.1 bei der Haftung des Vorstands ausgeführt.

Eine Haftung tritt gemäß § 100 Abs 3 AktG nicht ein, wenn der Einfluss benutzt wird, um einen Vorteil zu erlangen, der **schutzwürdigen Interessen** dient. Auch der Begriff der schutzwürdigen Interessen wird im Gesetz nicht näher definiert. Ursprünglich war damit wohl die gesetzliche Anerkennung eines Konzerninteresses gemeint. Die jüngere Lehre lehnt ein derartiges Konzernprivileg allerdings einhellig ab.<sup>55</sup> Auf den ersten Blick könnte man meinen, dass im vorliegenden Fall derartige schutzwürdige Interessen vorliegen, weil es doch das Ziel der BMK ist, gewisse öffentliche Interessen (insbesondere am Natur-, Umwelt- und Klimaschutz) zu verfolgen. Allerdings sind neben diesen öffentlichen Interessen auch **andere gerechtfertigte öffentliche Interessen** wie beispielsweise an der Standortentwicklung, an der Schaffung von Wohnraum mit einer entsprechenden Infrastruktur oder an der volkswirtschaftlichen Entwicklung zu berücksichtigen.<sup>56</sup> Überdies kann die Verwirklichung derartiger Interessen jedenfalls **nicht mit rechtswidrigen Mitteln** erfolgen. Wie oben bei D.I.3 ausgeführt ist die Vorgangsweise angesichts der klaren Vorgaben des Bundesstraßengesetzes rechtswidrig. Die Verfolgung derartiger Interessen kann daher jedenfalls nicht als schutzwürdiges Interesse im Sinne des § 100 Abs 3 AktG qualifiziert werden.

Weitere Voraussetzung ist die „Bestimmung“ der Organe, konkret von Mitgliedern des Vorstands oder des Aufsichtsrats. Dass diese rechtlich gesehen weisungsfrei und damit einer „Bestimmung“ gar nicht unterworfen sind ist in diesem Zusammenhang irrelevant. Es kommt lediglich darauf an, dass sich die genannten Organmitglieder faktisch beeinflussen (bestimmen) lassen. Dies ist im vorliegenden Fall jedenfalls passiert, da der Vorstand ein entsprechend geändertes Bauprogramm entworfen und der Aufsichtsrat diesem Bauprogramm zugestimmt hat. Die „Bestimmung“ war daher auch im Ergebnis erfolgreich.

Weitere Anspruchsvoraussetzung gemäß § 100 Abs 1 AktG ist, dass der Täter (Bestimmer) **vorsätzlich** handelt, wobei auch bedingter Vorsatz ausreicht. Bloß fahrlässiges Verhalten wäre hingegen nicht ausreichend. Der bedingte Vorsatz muss jedenfalls die folgenden Aspekte umfassen:

- die Ausnützung des eigenen Einflusses,
- die schädigende Handlung,

---

<sup>55</sup> Vgl nur *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> §§ 100, 101 Rz 20; *Schopper in Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 100 Rz 37.

<sup>56</sup> Dazu näher Gutachten III Seite 13 ff. Den Aspekt wirtschaftlicher Nachhaltigkeit betont *Strejcek*, ÖZW 2021, 163 (165).

- den Eintritt des Schadens bei der Gesellschaft, wobei die konkrete Art und Höhe des Schadens vom Vorsatz nicht umfasst sein müssen.<sup>57</sup>

Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall erfüllt, da der BMK genau bewusst war, dass sie hier den Vorstand und Aufsichtsrat beeinflusste. Dass die BMK dabei wohl aus subjektiv lauterer Motiven (Schutz des Klimas, etc.) gehandelt hat, ändert daran nichts, denn auch ein **vorwerfbarer Rechtsirrtum** ändert nichts an dem allfälligen Vorliegen eines rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens.<sup>58</sup>

Auch Vorstand und Aufsichtsrat handeln wohl vorsätzlich; darauf kommt es allerdings für die Anwendung von § 100 Abs 1 AktG nicht an, nur für eine allfällige eigene Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat gem § 100 Abs 2 AktG.<sup>59</sup>

Im Ergebnis kann somit auf § 100 AktG ein **Anspruch der Gesellschaft gegen den Bund**, der über die BMK einen vorhandenen Einfluss auf die Organmitglieder der Gesellschaft (Vorstand, Aufsichtsrat) ausgenützt hat, bejaht werden. Daneben haften gemäß § 100 Abs 2 AktG als Gesamtschuldner auch die **Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats**, wenn sie – wie oben unter D. und E. ausgeführt – unter Verletzung ihrer Pflichten gemäß §§ 84, 99 AktG gehandelt haben.

Zu beachten ist, dass § 101 Abs 3 AktG eine Ausnahme vorsieht, wenn gesellschaftsfremde Sondervorteile durch **Stimmrechtsausübung** in der Hauptversammlung verfolgt werden. Diesfalls besteht gemäß § 101 Abs 3 AktG kein Ersatzanspruch, vielmehr besteht lediglich gemäß § 195 Abs 2 AktG die Möglichkeit einer darauf gestützten Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen. Die Bestimmung des § 101 Abs 3 AktG ist allerdings eng auszulegen, sie bezieht sich ausschließlich auf das Stimmverhalten in der Hauptversammlung selbst, nicht hingegen auf sonstige Maßnahmen (auch von Großaktionären) außerhalb der Hauptversammlung.<sup>60</sup> Auch die Androhung eines bestimmten Stimmverhaltens in der Hauptversammlung ist nicht privilegiert.<sup>61</sup>

Im vorliegenden Fall ist nach unserem Informationsstand gar kein Hauptversammlungsbeschluss erfolgt, die entsprechenden Handlungen der BMK erfolgten vielmehr außerhalb des gesellschaftsrechtlich vorgesehenen Rahmens, konkret im Rahmen von Pressekonferenzen,

---

<sup>57</sup> Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> §§ 100, 101 Rz 13.

<sup>58</sup> Vgl § 2 ABGB. Grundsätzlich ist jedermann verpflichtet, sich Kenntnis von den ihn nach seinem Lebenskreis betreffenden Vorschriften zu verschaffen, Nw bei Kodek in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 2 Rz 10.

<sup>59</sup> Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> §§ 100, 101 Rz 13.

<sup>60</sup> Schopper in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup> § 101 Rz 9.

<sup>61</sup> Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> §§ 100, 101 Rz 22.

unter Umständen auch im Wege einer (uns nicht inhaltlich bekannten) direkten Kommunikation mit den Organen der ASFINAG. Derartige Verhaltensweisen sind nicht von der Ausnahme gemäß § 101 Abs 3 erfasst, da keine Stimmrechtsausübung vorliegt.<sup>62</sup>

Insgesamt sind daher unseres Erachtens die materiell-rechtlichen Voraussetzungen einer Haftung gemäß §§ 100, 101 AktG erfüllt.

## II. Geltendmachung durch die WKW

Eine direkte Geltendmachung durch die WKW ist nicht möglich, da ein Anspruch der Gesellschaft lediglich von deren Organen geltend gemacht werden kann.

## III. Geltendmachung durch Dritte

Es kommt wie erwähnt nur eine Geltendmachung durch die Organe der Gesellschaft in Betracht. Auch diese ist im vorliegenden Fall derzeit faktisch nicht zu erwarten, da ja Vorstand und Aufsichtsrat gemeinsam die Umsetzung des geänderten (rechtswidrigen) Bauprogramms umgesetzt haben. Allerdings kann sich dies ändern, wenn in der **Zukunft** entsprechende Änderungen in der Zusammensetzung des Aufsichtsrats und/oder des Vorstands eintreten.

Zu beachten ist auch, dass generell eine Verpflichtung des Vorstands als Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan der Gesellschaft besteht, der Gesellschaft zustehende Ansprüche zu verfolgen. Einerseits besteht eine Pflicht zur Geltendmachung von Ansprüchen gegen (ua) Aktionäre gem § 134 Abs 1 AktG dann, wenn es die **Hauptversammlung beschließt**. Dies ist im vorliegenden Fall allerdings nicht anzunehmen, weil die Alleinaktionärin nicht die Geltendmachung solcher Ansprüche gegen sich selbst beschließen wird.

Andererseits besteht aber eine allgemeine **Verpflichtung des Vorstands, Ansprüche der AG** gegen Dritte, mögen sie auch Aktionäre sein, **durchzusetzen**.<sup>63</sup> Eine Nichtverfolgung und damit ein Verjährenlassen derartiger Ansprüche wäre für den Vorstand selbst haftungsbegründend.<sup>64</sup> Zwar hat der Vorstand auch hier einen gewissen Entscheidungsspielraum, etwa kann eine Verfolgung uU unterbleiben, wenn der Anspruch erkennbar fraglich ist, die Erhebung gegen Treu und Glauben verstößt, wenn an der Zahlungsfähigkeit des Schuldners begründete Zweifel bestehen, wenn der zu erwartende Prozess langwierig ist und die Kosten

---

<sup>62</sup> Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> §§ 100, 101 Rz 22, Schopper in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup> § 101 Rz 9.

<sup>63</sup> Reich-Rohrwig/Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup> § 84 Rz 122.

<sup>64</sup> Reich-Rohrwig/Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup> § 84 Rz 122.

dafür außer Verhältnis zum verfolgten Anspruch stehen, oder wenn die Nichtgeltendmachung aus geschäftlichem Kalkül (Folgeaufträge) oder Kulanz geboten erscheint.<sup>65</sup> Der Vorstand hat dabei eine **Prozessrisikoanalyse** durchzuführen.<sup>66</sup>

Derartige Umstände liegen im vorliegenden Fall aber nicht vor. Ein mögliches eigenes Fehlverhalten des Vorstands und damit Angst vor einer eigenen Mithaftung kann nicht als Grund für die Unterlassung der Geltendmachung von Ansprüchen der AG ins Treffen geführt werden. Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass in der Unterlassung der Geltendmachung von Ansprüchen gegen einen Aktionär (hier: Alleinaktionärin) **gleichzeitig eine unzulässige Einlagenrückgewähr** iSd § 52 AktG läge, die ihrerseits ausdrücklich als haftungsbegründend in § 84 Abs 3 Z 1 AktG angeführt ist.

Vom

- **Anspruch der AG gegen die Aktionärin** gem § 100 Abs 1 AktG sind
- **Ansprüche der AG gegen Vorstand und Aufsichtsrat** als Mithaftende (Gesamtschuldner) gem § 100 Abs 2 AktG

zu unterscheiden. In der Literatur wird diesbezüglich vertreten, dass bei Ansprüchen der Gesellschaft sowohl gegen Vorstands- als auch gegen Aufsichtsratsmitglieder die Situation eintreten kann, dass der Vorstand im Namen der Gesellschaft Aufsichtsratsmitglieder und der Aufsichtsrat im Namen der Gesellschaft Vorstandsmitglieder klagt.<sup>67</sup>

Ansprüche der Gesellschaft **verjähren** gemäß § 101 Abs 2 AktG in **fünf Jahren**. Zum Beginn der Verjährung gelten dieselben Regelungen wie in § 84 Abs 6 AktG, sodass es für den **Beginn der Fünfjahresfrist** nicht auf den Schadenseintritt, sondern auf die Kenntnis der Gesellschaft, präziser von nicht in die schädigende Handlung eingebundenen Organmitgliedern, ankommt. Eine Geltendmachung von derartigen Ersatzansprüchen ist daher noch über einen langen Zeitraum möglich.

## H. Ansprüche gegen den Bund nach AHG

### I. Rechtliche Voraussetzungen

Gemäß § 1 Amtshaftungsgesetz (AHG) haften die Rechtsträger nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Rechts für Vermögens- oder Personenschäden, welche die als ihre Organe handelnden Personen in Vollziehung der Gesetze durch ein rechtswidriges Verhalten wem

---

<sup>65</sup> Beispiele bei *Reich-Rohrwig/Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 84 Rz 122; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 88.

<sup>66</sup> BGH 21.4.1997, II ZR 175/95, DB 1997, 883 *ARAG/Garmenbeck*.

<sup>67</sup> *Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 101 Rz 41 unter Berufung auf *Mertens/Cahn* in *Kölner Kommentar* AktG<sup>3</sup> § 117 Rz 35; *Witt* in *K. Schmidt/Luther*, AktG<sup>3</sup> § 117 Rz 20.

auch immer schuldhaft zufügen. Ein Anspruch nach dem AHG setzt somit ein **Tätigwerden im Rahmen der Hoheitsverwaltung** voraus.<sup>68</sup> Maßgebend für die Anwendung des AHG ist daher, ob das Handeln der BMK dem Bereich der Hoheitsverwaltung oder dem Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung zuzuordnen ist. Dafür entscheidend ist nach der Rechtsprechung die rechtliche Form des Handelns,<sup>69</sup> dh das zur Anwendung gelangende rechtstechnische Mittel.

Die entsprechende Kompetenzgrundlage für das Handeln des Bundes findet sich in Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG, wonach „Angelegenheiten der wegen ihrer Bedeutung für den Durchzugsverkehr durch Bundesgesetz als Bundesstraßen erklärten Straßenzüge außer der Straßenpolizei“ **Bundessache in Gesetzgebung und Vollziehung** sind.

Eine Besonderheit besteht darin, dass Angelegenheiten des Straßenbaus und der Straßenverwaltung überwiegend der **Privatwirtschaftsverwaltung** im Sinne des Art 17 B-VG zugeordnet werden.<sup>70</sup> Die Summe der auf den Bau und die Instandhaltung von Bundesstraßen abzielenden Verwaltungstätigkeiten ist dem privatwirtschaftlichen Aufgabenbereich des Bundes zu unterstellen und damit Angelegenheit der Privatwirtschaftsverwaltung.<sup>71</sup>

Allerdings sieht das Bundesstraßengesetz (BStG) an einigen Stellen Regelungen vor, die eine Bescheidkompetenz vorsehen und damit auf den Bereich der Hoheitsverwaltung hinweisen. Insbesondere hat die BMK vor dem Bau einer neuen Bundesstraße oder ihrer Teilabschnitte gemäß § 4 Abs 1 BStG den Straßenverlauf durch Bescheid zu bestimmen. Ein solcher Bescheid hat verbindliche Wirkung und tritt außer Kraft, wenn nicht binnen 10 Jahren ab Rechtskraft mit wesentlichen Baumaßnahmen zur Errichtung begonnen wurde. Gemäß § 4 Abs 3 BStG kann die BMK die Auflassung von Straßenteilen als Bundesstraße durch Bescheid verfügen, wenn Straßenteile für den Durchzugsverkehr entbehrlich werden oder sich eine wesentliche Änderung der Voraussetzungen des Baus ergeben hat. Die Bestimmung wird aber dahingehend interpretiert, dass sie lediglich die Auflassung bestehender Straßen umfasst, nicht hingegen die Entscheidung, dass eine im Bundesstraßengesetz vorgesehene Straße bzw ein Straßenteil überhaupt nicht gebaut wird.<sup>72</sup>

Da das Handeln der BMK im vorliegenden Fall der Privatwirtschaftsverwaltung zuzurechnen ist kommt eine Anwendung des AHG nicht in Betracht.

---

<sup>68</sup> Vgl nur *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> Rz 1651. Erfasst sind sowohl richterliche als auch verwaltungsbehördliche Organe.

<sup>69</sup> *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht<sup>11</sup> Rz 560.

<sup>70</sup> *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung 235 f; *Muzak*, B-VG Kommentar<sup>6</sup> Art 10 Rz 42; *Wallnöfer* in *Kneihs/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht Art 10 Abs 1 Z 9 Rz 61 ff.

<sup>71</sup> VfGH 15.12.1962, G 16/62, VfSlg 4329.

<sup>72</sup> *Strejcek*, Rechtsfragen der Planung, Festlegung und Errichtung von Bundesstraßen am Beispiel der Wiener Außenring-Schnellstraße S1, ÖZW 2021, 163 (173).

## II. Geltendmachung durch die WKW

Da überhaupt keine Ansprüche nach dem AHG bestehen, kommt eine Geltendmachung durch die WKW nicht in Frage.

## III. Geltendmachung durch Dritte

Da überhaupt keine Ansprüche nach dem AHG bestehen, kommt eine Geltendmachung durch Dritte nicht in Frage. Möglich ist alleine eine Geltendmachung nach allgemein-zivilrechtlichen oder gesellschaftsrechtlichen Grundlagen, vgl dazu oben G. zu Schadenersatzansprüchen der ASFINAG.

### I. Untreue des Vorstands

#### I. Rechtliche Voraussetzungen

Zu prüfen ist, ob das Verhalten des Vorstands auch den Straftatbestand der Untreue verwirklichen könnte. Diese liegt gemäß § 153 StGB vor, wenn jemand seine Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich missbraucht und dadurch den anderen am Vermögen schädigt.

Diese Voraussetzungen könnten grundsätzlich erfüllt sein, wenn dem **Vorstand bewusst** ist, dass er eine entsprechende **Änderung des Bauprogramms, in dem dann gesetzlich vorgesehene Bauprojekte nicht mehr enthalten sind, nicht vornehmen dürfte**. Wie bereits oben unter D.I.3 erörtert ergibt sich aus Anlage 2 zum BStG eine gesetzliche Verpflichtung, die von den zuständigen Stellen umzusetzen ist, solange die gesetzlichen Vorgaben nicht geändert wurden.

Gemäß § 34b BStG kommen der ASFINAG alle Rechte und Pflichten des Bundes (Bundesstraßenverwaltung) nach dem BStG hinsichtlich jener Bundesstraßen, über die sie mit dem Bund den Fruchtgenussvertrag gemäß § 2 ASFINAG-Ermächtigungsgesetz 1997 abgeschlossen hat, zu. Der sich aus dem BStG ergebende gesetzliche Auftrag zur Errichtung von Bundesstraßen wie der S 1 kommt daher unmittelbar der ASFINAG zu.

Wenn der Vorstand sich darüber hinwegsetzt und ein **geändertes Bauprogramm beschließt**, in dem die genannten Streckenabschnitte nicht mehr enthalten sind, so kann darin ein **wissentlicher Befugnismissbrauch** gesehen werden. Damit ist wie oben unter D.I.1 erörtert auch ein Schaden für die Gesellschaft (Verzögerungskosten, frustrierte Aufwendungen, mögliche Schadenersatzansprüche Dritter) in nicht genau bekannter, jedenfalls aber einen Millionenbetrag bildender Höhe verbunden. Der Strafrahmen beträgt demnach (bei einem EUR 300.000,- übersteigenden Schaden) 1 bis 10 Jahre Freiheitsstrafe (§ 153 Abs 3 StGB).

Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn damit einem „Wunsch“ des Aktionärs entsprochen wird. Dies hat der OGH in der sogenannten Styrian Spirit-Entscheidung festgehalten.<sup>73</sup> Darin ging es um eine wirtschaftlich unvertretbare Kreditvergabe trotz erkennbarer mangelnder Bonität und fehlender Sicherheiten im Zeitpunkt der Kreditvergabe. Die Tatsache, dass diese Kreditvergabe auf ausdrücklichen „Wunsch“ des Landeshauptmanns (das Land Kärnten war mittelbar 100%-Eigentümer der kreditgebenden Gesellschaft) erfolgte, änderte an der Beurteilung des OGH nichts.

In diesem Zusammenhang ist allerdings zu berücksichtigen, dass der Untreuetatbestand mit dem **Strafrechtsänderungsgesetz 2015**<sup>74</sup> geändert wurde. Dadurch wurde insbesondere § 153 Abs 2 StGB eingefügt, wonach seine Befugnis (nur) missbraucht, wer in unvertretbarer Weise gegen solche Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen. Nicht Gesetz geworden ist (wohl aus politischen Gründen im Hinblick auf laufende Verfahren) eine ursprünglich im Initiativantrag vom 23.4.2015 vorgesehene Formulierung in § 153 Abs 2 S 2 StGB: „Ein Missbrauch liegt nicht vor, wenn der Machgeber oder der wirtschaftlich Berechtigte der Vertretungshandlung zugestimmt hat.“ Dies aber ausweislich des Justizausschussberichts (JAB) nur deshalb, weil der unrichtige Eindruck, bei der Untreue würden hinsichtlich der Einwilligung Sonderregeln gelten, vermieden werden sollte.<sup>75</sup> Die Frage ist vielmehr nach dem allgemeinen Strafrecht zu beurteilen.<sup>76</sup> Da durch § 153 Abs 2 StGB klargestellt wird, dass das geschützte Rechtsgut der Untreue das Vermögen des wirtschaftlich Berechtigten ist, ergibt sich daraus, dass dieser auf den entsprechenden Schutz verzichten kann. Willigt der wirtschaftlich Berechtigte daher in einen an sich unvertretbaren Regelverstoß ein, so liegt keine Untreue des Machhabers vor.<sup>77</sup>

Im Falle einer AG kann das entsprechende Einverständnis, welches tatbestandsausschließend wirkt, von den Gesellschaftern (Aktionären) als Rechtsgutträgern gegeben werden, deren mängelfreie Einwilligung kann sohin den Befugnismissbrauch ausschließen.<sup>78</sup> Dabei

---

<sup>73</sup> OGH 21.8.2012, 11 Os 19/12x, ecolex 2014, 500. Dazu und zu Folgeentscheidungen kritisch *Chini*, Kreditentscheidungen und Untreue – OGH 11 Os 101/13g und 11 Os 139/13w, in *Hinterhofer*, Praxishandbuch Untreue 147 ff.

<sup>74</sup> BGBl I 112/2015.

<sup>75</sup> JAB 728 BlgNR 25.GP, 11; *McAllister* in *Preuschl/Wess*, Wirtschaftsstrafrecht Praktikerkommentar § 153 StGB Rz 3.

<sup>76</sup> JAB 728 BlgNR 25.GP, 11; *McAllister* in *Preuschl/Wess*, Wirtschaftsstrafrecht Praktikerkommentar § 153 StGB Rz 3.

<sup>77</sup> *Flora* in *Leukauf/Steininger*, StGB<sup>4</sup> § 153 Rz 20a; *Eckert/Spáni/Wess*, Neuregelung des § 153 StGB und Auswirkungen auf die Praxis, ZWF 2015, 262; *Fuchs*, Die Reform der Untreue durch das StRÄG 2015, in *Lewis*, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2015, 245 (256).

<sup>78</sup> *Kirchbacher/Sadoghi* in *Höpfel/Ratz*, WK StGB<sup>2</sup> § 153 Rz 30/2; OGH RIS-Justiz RS0132027; *Hinterhofer*, Voraussetzungen und Grenzen strafbefreiender Zustimmung der Gesellschafter bei der Untreue, in *Hinterhofer*, Praxishandbuch Untreue 123 (133); *McAllister*, Untreue bei gesellschaftsrechtswidriger Vermögensverschiebung

wird überwiegend eine Zustimmung aller Anteilsinhaber (im Gegensatz zu einem bloßen Mehrheitsbeschluss) gefordert,<sup>79</sup> dies ist im vorliegenden Fall, wo die ASFINAG eine Alleinaktionärin hat, unproblematisch.

Nach einer Ansicht in der Literatur soll es irrelevant sein, ob diese Zustimmung in einem förmlichen Beschluss oder überhaupt auf gesellschaftsrechtlich wirksame Weise erfolgt.<sup>80</sup> Nach der OGH-Entscheidung 11 Os 52/15d muss die Weisung oder Zustimmung der Aktionärin freilich überhaupt **rechtswirksam** sein, damit sie für den Machthaber (hier: Vorstand) verbindlich ist. Dies ist zwar bei bloß anfechtbaren, nicht hingegen bei absolut nichtigen Beschlüssen der Fall.<sup>81</sup> Der OGH bringt als Beispiel der absoluten Nichtigkeit diejenige wegen Strafgesetzwidrigkeit, das ist aber nicht die einzige Möglichkeit (arg „etwa“ wegen Strafgesetzwidrigkeit).<sup>82</sup> Absolute Nichtigkeit kann sich auch ergeben, wenn der **Einwilligende nicht selbst Machtgeber ist**, sondern für diesen (wie hier) als Organ (hier: Bundesministerin) handelt, damit selbst über fremdes Vermögen verfügt und dabei den eigenen Machtgeber schädigt.<sup>83</sup>

Zum Teil wird in der Literatur noch weiter differenziert zwischen

1. formal nichtigen Beschlüssen, etwa aufgrund von Einberufungsmängeln der Gesellschafterversammlung, die nicht strafbefreiend wirken.
2. materiell nichtigen Beschlüssen, die zwar zivilrechtlich nichtig sind, im strafrechtlichen Sinn aber doch eine strafbefreiende Wirkung entfalten. Dies gilt beispielsweise für Verstöße gegen Kapitalerhaltungsvorschriften und
3. anfechtbaren Beschlüssen, die strafbefreiend wirken.<sup>84</sup>

Wirken in **Konzernverhältnissen** beide Vertretungsorgane (nämlich jene von Mutter- und Tochtergesellschaft) **kollusiv zum Nachteil des wirtschaftlich Berechtigten zusammen**,

---

im Konzern? ÖJZ 2015, 780 (784). Eine Mindermeinung geht hingegen von der AG selbst als wirtschaftlich Berechtigtem aus, vgl Nw bei *Flora in Leukauf/Steininger*, StGB<sup>4</sup> § 153 Rz 10.

<sup>79</sup> *McAllister in Preuschl/Wess*, Wirtschaftsstrafrecht Praktikerkommentar § 153 StGB Rz 46.

<sup>80</sup> *McAllister in Preuschl/Wess*, Wirtschaftsstrafrecht Praktikerkommentar § 153 StGB Rz 46.

<sup>81</sup> *Flora in Leukauf/Steininger*, StGB<sup>4</sup> § 153 Rz 20b.

<sup>82</sup> OGH 20.10.2015, 11 Os 52/15d; ähnlich OGH 4.7.2017, 11 Os 126/16p, wo eine AG als Muttergesellschaft einer GmbH & Co KG den Geschäftsführern der GmbH die Weisung erteilte, eine Scheinrechnung eines Dritten zu bezahlen.

<sup>83</sup> *Schima*, Reform des Untreue-Tatbestandes und gesetzliche Verankerung der Business Judgement Rule im Gesellschaftsrecht, RdW 2015, 288 (288).

<sup>84</sup> Ausführlich *Hinterhofer*, Voraussetzungen und Grenzen strafbefreiender Zustimmung, in *Hinterhofer*, Praxishandbuch Untreue 123 (135 ff).

entfaltet das Einverständnis des Vertreters der Alleingesellschafterin nach der Rsp **keine tatbestandsausschließende Wirkung**.<sup>85</sup>

Wenn man daher die entsprechende „Weisung“ als absolut nichtig qualifiziert, könnte eine Strafbarkeit des Vorstands wegen Untreue weiterhin gegeben sein, andernfalls wäre eine Untreue wegen § 153 Abs 2 StGB wohl nicht gegeben. Dabei kommt es auch maßgeblich auf die Auslegung der „Weisung“ selbst an, dh das hier beschriebene Risiko der Qualifizierung als Untreue stellt sich vorrangig dann, wenn die „Weisung“ vom Vorstand im Sinne eines endgültigen Baustopps interpretiert und entsprechend umgesetzt wird, indem die betroffenen Projekte dauerhaft eingestellt werden. Bei einer bloß vorübergehenden Bauverzögerung wäre gesondert zu prüfen, inwiefern damit ein Schaden (Verzögerungskosten) für die ASFINAG verbunden ist.

Zusammengefasst kann daher festgehalten werden, dass eine Qualifikation des Vorstandshandelns als Untreue denkbar ist, wobei bei der Beurteilung sowohl faktische Unsicherheiten (Was genau hat der Vorstand beschlossen?) als auch rechtliche Unsicherheiten (Wirkt die „Weisung“ der BMK strafausschließend?) bestehen.

## II. Geltendmachung durch die WKW

Eine Geltendmachung durch die WKW ist (so wie durch jeden anderen) prinzipiell durch eine entsprechende Anzeige (Sachverhaltsdarstellung) möglich. Es muss aber natürlich bedacht werden, dass eine derartige strafrechtliche Vorgangsweise immer nur die *ultima ratio* und damit das letzte Mittel im Rahmen einer Auseinandersetzung sein sollte.

## III. Geltendmachung durch Dritte

Eine Geltendmachung ist grundsätzlich durch jedermann im Rahmen einer entsprechenden Anzeige (Sachverhaltsdarstellung) möglich. Es muss aber natürlich bedacht werden, dass eine derartige strafrechtliche Vorgangsweise immer nur die *ultima ratio* und damit das letzte Mittel im Rahmen einer Auseinandersetzung sein sollte.

---

<sup>85</sup> RIS-Justiz RS0132027. In der Leitentscheidung OGH 19.4.2018, 17 Os 15/17k, AnwBl 2018, 783 ging es um eine zweckwidrige Verwendung von Landesmitteln; aufgrund eines **kollusiven Zusammenwirkens der vertretungsbefugten Organe der Mutter- und der Tochter-Gesellschaft** zum Nachteil des wirtschaftlich Berechtigten wurde die Untreue hier bejaht.

## J. Untreue des Aufsichtsrats

### I. Rechtliche Voraussetzungen

Untreue kann nur begehen, wer eine Befugnis hat, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten. Die Untreue ist daher ein Sonderdelikt, das nur begehen kann, wer eine entsprechende **Vertretungsmacht** besitzt. Dies ist beim Aufsichtsrat in aller Regel nicht der Fall, da er (von Ausnahmen abgesehen) kein vertretungsbefugtes Organ der Gesellschaft ist.

Auch im Falle von (wie hier) zustimmungspflichtigen Geschäften wirkt die Zustimmung des Aufsichtsrats lediglich im **Innenverhältnis**. Daraus folgt, dass das Aufsichtsratsmitglied idR **nicht unmittelbarer Täter der Untreue** sein kann, weil eine bloße Überwachungsbefugnis dafür nicht ausreicht.<sup>86</sup> In Betracht kommt daher lediglich eine Strafbarkeit als **Beteiligungstäter** an der Untreuehandlung anderer Personen, konkret des Vorstands.<sup>87</sup> Eine unmittelbare Täterschaft des Aufsichtsrats kommt nur dann in Betracht, wenn diesem ausnahmsweise Vertretungsbefugnis zusteht, so gemäß § 97 AktG bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit Vorstandsmitgliedern oder bei der Führung von Rechtsstreitigkeiten mit diesen.<sup>88</sup> Derartige Fälle liegen hier jedoch unstrittig nicht vor.

Insgesamt kommt daher eine unmittelbare Täterschaft von Aufsichtsratsmitgliedern wegen Untreue nicht in Betracht. Im Falle einer Untreue des Vorstands (dazu oben I.I.1) kommt aber eine Strafbarkeit von Aufsichtsratsmitgliedern als Beteiligungstäter in Betracht. Sie trifft nur diejenigen Aufsichtsratsmitglieder, die dem rechtswidrigen Beschluss zugestimmt haben.<sup>89</sup>

### II. Geltendmachung durch die WKW

Eine Geltendmachung durch die WKW ist (so wie durch jeden anderen) prinzipiell durch eine entsprechende Anzeige (Sachverhaltsdarstellung) möglich. Es muss aber natürlich bedacht werden, dass eine derartige strafrechtliche Vorgangsweise immer nur die *ultima ratio* und damit das letzte Mittel im Rahmen einer Auseinandersetzung sein sollte.

Da der Aufsichtsrat nicht als unmittelbarer Täter, sondern lediglich als Beitragstäter in Betracht kommt, müsste gleichzeitig auch eine Anzeige gegen den Vorstand erfolgen.

---

<sup>86</sup> Kert/Komenda in Kalss/Kunz, HB für den AR<sup>2</sup> § 46 Rz 58.

<sup>87</sup> Kert/Komenda in Kalss/Kunz, HB für den AR<sup>2</sup> § 46 Rz 58.

<sup>88</sup> Kert/Komenda in Kalss/Kunz, HB für den AR<sup>2</sup> § 46 Rz 59.

<sup>89</sup> Stryjak, Untreue von Aufsichtsratsmitgliedern, in *Hinterhofer*, Praxishandbuch Untreue 77 (87).

### III. Geltendmachung durch Dritte

Eine Geltendmachung ist grundsätzlich durch jedermann im Rahmen einer entsprechenden Anzeige (Sachverhaltsdarstellung) möglich. Es muss aber natürlich bedacht werden, dass eine derartige strafrechtliche Vorgangsweise immer nur die *ultima ratio* und damit das letzte Mittel im Rahmen einer Auseinandersetzung sein sollte.

Da der Aufsichtsrat nicht als unmittelbarer Täter, sondern lediglich als Beitragstäter in Betracht kommt, müsste gleichzeitig auch eine Anzeige gegen den Vorstand erfolgen.

## K. Ministeranklage gegen die BMK vor dem VfGH

### I. Rechtliche Voraussetzungen

In Betracht kommt die Geltendmachung der rechtlichen Verantwortlichkeit in Gestalt einer sogenannten **Ministeranklage**.<sup>90</sup> Gemäß Art 142 Abs 1 B-VG erkennt der VfGH über eine Anklage, mit der die verfassungsmäßige Verantwortlichkeit der obersten Organe des Bundes bzw Landes für die durch ihre Amtstätigkeit erfolgten schuldhaften Rechtsverletzungen geltend gemacht wird. Eine solche Anklage kann insbesondere gemäß Art 142 Abs 2 lit b B-VG geltend gemacht werden **gegen Mitglieder der Bundesregierung wegen Gesetzesverletzung**, und zwar durch (Mehrheits-)Beschluss des Nationalrates. Eine Gesetzesverletzung liegt wie oben dargestellt unseres Erachtens vor, insbesondere weil gegen das BStG verstoßen wird. Die Verantwortlichkeit umfasst die gesamte Amtstätigkeit, dazu zählt auch das Handeln im Rahmen der **Privatwirtschaftsverwaltung**<sup>91</sup> wie im vorliegenden Fall.

Das **verurteilende Erkenntnis des VfGH** hat gemäß Art 142 Abs 4 B-VG auf **Verlust des Amtes**, in schweren Fällen auch auf zeitlichen Verlust der politischen Rechte zu lauten. Bei geringfügigen Rechtsverletzungen kann sich der VfGH auf die Feststellung beschränken, dass eine Rechtsverletzung vorliegt, dies gilt allerdings nicht im Fall von Mitgliedern der Bundesregierung.<sup>92</sup> Das Verfahren wird nur sehr selten angewendet; seit Bestehen der Republik gab es nur drei Anklagen und nur eine Verurteilung (eines Landeshauptmanns).<sup>93</sup>

Ein entsprechender Antrag kann gemäß § 80 VfGG auch **bis zu einem Jahr nach Ausscheiden** des obersten Organs (hier: BMK) geltend gemacht werden, was unter Umständen Bedeutung nach einem Regierungswechsel erlangen könnte.

<sup>90</sup> Zu den Arten der Verantwortlichkeit *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht<sup>11</sup> Rz 662.

<sup>91</sup> *Muzak*, B-VG<sup>6</sup> Art 142 Rz 2.

<sup>92</sup> Art 142 Abs 4 B-VG, der diese abgeschwächte Sanktion vorsieht, enthält keinen Verweis auf Art 142 Abs 2 lit b) zu den Mitgliedern der Bundesregierung.

<sup>93</sup> VfSlg 10.510/1985; *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>12</sup> Rz 1048.

Laut Medienberichten wurde ein derartiger Antrag gegen die BMK durch die FPÖ eingebracht und dem Verfassungsausschuss zugewiesen.<sup>94</sup>

## II. Geltendmachung durch die WKW

Die WKW könnte ein solches Verfahren über ihr nahestehende Abgeordnete zum Nationalrat initiieren. Dies ist aber in der derzeitigen politischen Situation wohl nicht zielführend, da ein Mitstimmen der ÖVP wohl einen Koalitionsbruch mit den entsprechenden Konsequenzen bedeuten würde.

## III. Geltendmachung durch Dritte

Erforderlich ist wie erwähnt eine (einfache) Mehrheit im Nationalrat, wie auch immer eine derartige Mehrheit zustande kommt. Derzeit ist das Zustandekommen einer solchen Mehrheit unwahrscheinlich.

## L. Misstrauensvotum gegen die BMK

### I. Rechtliche Voraussetzungen

Neben der rechtlichen Verantwortlichkeit kommt auch die **politische Verantwortlichkeit** durch Geltendmachung eines sogenannten Misstrauensvotums in Betracht. Hier bedarf es keiner rechtlichen Gründe für ein derartiges Misstrauensvotum, vielmehr kann es immer dann angewendet werden, wenn der Nationalrat das Vertrauen in die Amtsführung eines Bundesministers verloren hat.<sup>95</sup>

### II. Geltendmachung durch die WKW

Ein derartiges Verfahren könnte theoretisch über der WKW nahestehende Mitglieder des Nationalrats initiiert werden. Dies ist aber in der derzeitigen politischen Konstellation unwahrscheinlich, da ein Mitstimmen der ÖVP wohl einen Koalitionsbruch mit den entsprechenden Konsequenzen bedeuten würde.

### III. Geltendmachung durch Dritte

Erforderlich ist eine einfache Mehrheit im Nationalrat, wie immer sich diese zusammensetzt. Derzeit wird ein derartiges Misstrauensvotum nicht mit der erforderlichen Mehrheit

---

<sup>94</sup> <https://kurier.at/politik/inland/fpoe-beantragte-ministeranklage-gegen-gewessler/401844565>.

<sup>95</sup> *Muzak*, B-VG<sup>6</sup> Art 74 Rz 1.

zustande kommen, solange die regierende Koalition fortbesteht, da die Regierung die Mehrheit im Nationalrat hinter sich hat und daher kein Beschluss mit einfacher Mehrheit zustande kommen wird.

## M. Bescheidbeschwerde gemäß Art 130 B-VG

### I. Rechtliche Voraussetzungen

Gemäß Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG erkennen die Verwaltungsgerichte über Beschwerden gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit. Eine Verwaltungsbehörde liegt beim BMK grundsätzlich vor. Die Rechtswidrigkeit ergibt sich, wie bereits oben ausführlich dargestellt, insbesondere aus dem Verstoß gegen das Bundesstraßengesetz (BStG). Zuständig für die Beschwerde ist gemäß Art 131 Abs 2 B-VG das **Bundesverwaltungsgericht**, weil es sich bei der S1 Wiener Außenring-Schnellstraße um eine Bundesstraße handelt und damit der Bau nach Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG in die Zuständigkeit des Bundes hinsichtlich der Gesetzgebung und Vollziehung fällt.

Grundvoraussetzung für eine derartige Bescheidbeschwerde ist aber, dass überhaupt ein Bescheid vorliegt. Ein Bescheid ist durch folgende allgemeine Merkmale gekennzeichnet:<sup>96</sup>

1. Akt (positives Tun)
2. Bezeichnung als „Bescheid“. Das Fehlen einer solchen Bezeichnung führt im Zweifel zur Annahme, dass kein Bescheid vorliegt.
3. Staatliche Verwaltungsbehörde: Ein Bescheid kann nur von einem staatlichen Verwaltungsorgan ausgehen.
4. Hoheitsverwaltung: Ein Bescheid kann nur im Bereich der Hoheitsverwaltung aufgrund der Gesetze erlassen werden. Eine Behörde kann allerdings sowohl in der Hoheitsverwaltung als auch in der Privatwirtschaftsverwaltung Entscheidungen oder Anordnungen treffen. Ob ein Bescheid vorliegt, hängt daher davon ab, welchem dieser Bereiche der betreffende Akt zuzurechnen ist.
5. „Externer“ Akt: Ein Bescheid ist an Rechtsunterworfene adressiert (und nicht etwa intern an Organwalter); er muss daher gegenüber einem Rechtsunterworfenen erlassen, also förmlich bekanntgegeben werden.
6. Form- und Verfahrensgebundenheit: Bescheide werden grundsätzlich im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens erlassen. Dabei wird grundsätzlich ein Ermittlungsverfahren durchgeführt, ein Bescheid in einer bestimmten Form erlassen und dem Adressaten auf eine bestimmte Weise zugestellt.
7. Individuell bestimmte Adressaten: Ein Bescheid hat einen oder mehrere individuell bestimmte Adressaten.

---

<sup>96</sup> Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>6</sup> Rz 820 ff.

8. Normativer Akt: Ein Bescheid ist ein normativer Akt, der die Rechtslage gestaltet oder in verbindlicher Weise feststellt. Ein normativer Akt ist etwa eine Bewilligung, eine Strafe oder ein Auftrag. In einem Bescheid ist auch der „Bescheidwille“ verkörpert, also der Normsetzungswille der Behörde.

Als Wesenselemente und damit als Mindestbedingungen eines Bescheides werden angesehen, dass es sich dabei um einen individuellen, normativen und von einer Verwaltungsbehörde ausgehenden Akt handelt. Liegen diese Mindestbedingungen nicht vor, so ist der Bescheid absolut nichtig.<sup>97</sup>

Im gegenständlichen Fall liegt in der **Verkündung des „Baustopps“** durch die Verkehrsministerin wohl **kein Bescheid**. Dafür spricht vorrangig, dass der Bau des Lobau-Tunnels wie bereits erörtert in den Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung und nicht in jenen der Hoheitsverwaltung fällt. Es fehlt auch an einer gesetzlichen Grundlage zur Erlassung eines Bescheides hinsichtlich eines Baustopps, die aber erforderlich ist. Damit scheidet nach unserer Ansicht die Erlassung eines Bescheides aus.<sup>98</sup>

Wenn ein Bescheid überhaupt nicht vorliegt, ist eine **Beschwerde** dagegen im Sinne von § 28 Abs 1 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG)<sup>99</sup> **unzulässig**.<sup>100</sup> Sie wäre daher vom BVwG **zurückzuweisen**.<sup>101</sup> Dieses Rechtsmittel kommt daher im Ergebnis nicht in Betracht.

## II. Geltendmachung durch die WKW

Da die materiell-rechtlichen Voraussetzungen in einer Bescheidbeschwerde nicht vorliegen, kommt ihre Geltendmachung durch die WKW nicht in Betracht.

## III. Geltendmachung durch Dritte

Da die materiell-rechtlichen Voraussetzungen in einer Bescheidbeschwerde nicht vorliegen, kommt ihre Geltendmachung durch Dritte nicht in Betracht.

---

<sup>97</sup> Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>6</sup> Rz 515, 886.

<sup>98</sup> Gegen eine Qualifikation als Bescheid auch *Strejcek*, Rechtsfragen der Planung, Festlegung und Errichtung von Bundesstraßen am Beispiel der Wiener-Außenring-Schnellstraße S 1, ÖZW 2021, 163 (167).

<sup>99</sup> BGBl I 2013/33 idgF.

<sup>100</sup> *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrensrecht<sup>11</sup> Rz 824.

<sup>101</sup> *Kolonovits/Muzak/Stöger*, Verwaltungsverfahrensrecht<sup>11</sup> Rz 824.

## N. Verordnungsprüfung gemäß Art 139 B-VG

### I. Rechtliche Voraussetzungen

Zur Prüfung der Gesetzmäßigkeit von Verordnungen sieht Art 139 B-VG die Möglichkeit eines Antrags an den VfGH vor. Dieser kann gemäß Art 139 Abs 1 Z 3 B-VG als sogenannter **Individualantrag** auch auf Antrag einer Person, die unmittelbar durch die Gesetzeswidrigkeit in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, wenn die Verordnung ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides für diese Person wirksam geworden ist, erfolgen.

#### 1. Vorliegen einer Verordnung?

Ein derartiger Antrag setzt allerdings voraus, dass überhaupt eine (wenn auch fehlerhafte) Verordnung (VO) vorliegt.

Eine VO ist als eine von einer (staatlichen) Verwaltungsbehörde im Bereich der Hoheitsverwaltung erlassene generelle außenwirksame Norm zu verstehen. Aus dieser Definition lassen sich gewisse Mindestbedingungen für eine VO ableiten:<sup>102</sup>

1. Es handelt sich um einen Akt - eine Bezeichnung als „Verordnung“ ist nicht zwingend erforderlich.
2. Der Akt wurde von einer staatlichen Verwaltungsbehörde erlassen.
3. Er muss im Bereich der Hoheitsverwaltung erlassen werden, in Abgrenzung zu einem Handeln im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung.
4. Der Verwaltungsakt ist nach außen zu erlassen. Dies gilt für sogenannte Rechtsverordnungen, im Gegensatz zu Verwaltungsverordnungen, die ausschließlich an unterstellte Verwaltungsorgane adressiert sind.
5. Es handelt sich um einen generellen, dh an einen nach Gattungsmerkmalen bestimmten Adressatenkreis gerichteten Akt.
6. Der Akt hat einen normativen Gehalt, der in einer Gestaltung oder verbindlichen Feststellung der Rechtslage besteht.

Um einen Verwaltungsakt als Verordnung qualifizieren zu können, muss dieser die bereits genannten Mindestbedingungen für eine (allenfalls rechtswidrige) Verordnung erfüllen. Wurde ein Akt beispielsweise nicht von einer Verwaltungsbehörde erlassen, enthält er keinen normativen Inhalt oder wurde er nicht nach außen kundgemacht, so kann er nicht einmal eine fehlerhafte Verordnung sein. Demnach wäre eine Anfechtung eines solchen Akts nach Art 139 B-VG mangels Vorliegens eines tauglichen Anfechtungsobjekts zurückzuweisen.

---

<sup>102</sup> Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>6</sup> Rz 729 ff.

Das Vorliegen einer gesetzeskonformen (Rechts-)Verordnung scheidet hier schon daran, dass diese nicht gesetzeskonform (im Bundesgesetzblatt) kundgemacht wurde. In Betracht käme somit lediglich eine Deutung als sogenannte **Verwaltungsverordnung**, das sind generelle Anordnungen einer Verwaltungsbehörde, deren Adressaten ausschließlich nachgeordnete Verwaltungsorgane sind.<sup>103</sup> Verwaltungsverordnungen sind ausschließlich an unterstellte Verwaltungsorgane adressiert (vgl § 4 Abs 1 Z 2 BGG) und müssen, da sie bloß innerhalb der Verwaltung („intern“) wirken, den betroffenen Organwaltern lediglich bekannt gemacht werden. Wenn allerdings eine formell bloß an Verwaltungsorgane adressierte Anordnung Rechtswirkungen auch gegenüber Privatpersonen (**materielle Außenwirkung**) entfaltet, so qualifiziert sie der VfGH als Rechtsverordnung und hebt sie schon wegen fehlender Kundmachung auf.<sup>104</sup> Hingegen ignoriert der VwGH die Berufung einer Behörde auf eine solche Verwaltungsverordnung („Erlass“) und hält eine Antragstellung an den VfGH gemäß Art 89 iVm Art 139 B-VG nicht für erforderlich, worin eine gewisse Judikaturdivergenz zwischen den Höchstgerichten liegt.<sup>105</sup>

Auch eine ordnungsgemäß kundgemachte Verordnung unterläge freilich jedenfalls der Nachprüfbarkeit durch den VfGH am Maßstab der Gesetzwidrigkeit, insb am Maßstab des BStG. Bei einer Verordnung, die nicht einmal ordnungsgemäß kundgemacht wurde, erübrigt sich diese inhaltliche Prüfung freilich, weil (als Reaktion auf einen Antrag gem Art 139 B-VG) eine Aufhebung mangels Kundmachung erfolgt (VfGH) bzw eine Berufung auf deren Inhalt überhaupt ausscheidet, soweit sie nicht bloß das Gesetz wiedergibt (VwGH).

Im vorliegenden Fall ist nicht anzunehmen, dass es sich um eine (bloß intern geltende) Verwaltungsverordnung handelt, da die Organe, an die sich die Anweisung (offenbar) richtet, nämlich Vorstand und Aufsichtsrat der ASFINAG, der Privatwirtschaft zuzuordnen und gar keine Verwaltungsorgane sind und somit keiner Weisung durch übergeordnete Verwaltungsorgane unterstehen.<sup>106</sup>

## 2. Sonstige rechtliche Einordnung

Es bleibt daher weiterhin offen, als welche Art von Rechtsakt das Handeln der BMK qualifiziert werden kann. Unseres Erachtens kann die Handlung am ehesten als **privatrechtliche Weisung** der BMK qualifiziert werden. Derartige Weisungszusammenhänge sind im Pri-

---

<sup>103</sup> *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>12</sup> Rz 1005; VfSlg 13.637/1993. Nach *Walter*, ÖJZ 1965, 29 liegt eine „generelle Weisung“ vor.

<sup>104</sup> VfSlg. 18.468/2008; VfSlg. 19.999/2015.

<sup>105</sup> *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>6</sup> Rz 743.

<sup>106</sup> *Strejcek*, Rechtsfragen der Planung, Festlegung und Errichtung von Bundesstraßen am Beispiel der Wiener-Außenring-Schnellstraße S 1, ÖZW 2021, 163 (171) hält eine Deutung als (gesetzwidrige) „Rechts- oder Verwaltungsverordnung“ offenbar für möglich, ohne auf die Voraussetzungen im Detail einzugehen.

vatrecht (ungeachtet des das Privatrecht an sich prägenden Grundsatzes der Gleichrangigkeit)<sup>107</sup> durchaus verbreitet, man denke etwa an die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer als prägendes Element des Arbeitsvertrages oder an die Weisungsbindung der GmbH-Geschäftsführer gegenüber der Generalversammlung bei der Geschäftsführung gemäß § 20 GmbHG.

Im vorliegenden Fall ist eine derartige **privatrechtliche Weisung** freilich **unzulässig**, weil

1. der Vorstand gemäß § 70 AktG die Gesellschaft unter eigener Verantwortung und damit **weisungsfrei** leitet. Dieser Grundsatz der Weisungsfreiheit ist **zwingend** und gilt **unabhängig von der Aktionärsstruktur**, daher auch bei Vorliegen eines Mehrheitsaktionärs oder eines Alleinaktionärs<sup>108</sup>. Zwar hat der OGH in zwei Entscheidungen aus 2007<sup>109</sup> und 2020<sup>110</sup> ausgesprochen, dass "konzernrechtliche Weisungen nicht schlechthin der Nichtigkeit anheimfallen, solange sie den Vorstand nicht an der Wahrnehmung der Unternehmensinteressen der beherrschten Gesellschaften hindern". Dies wurde in der Literatur zT scharf kritisiert,<sup>111</sup> setzt aber jedenfalls voraus, dass die Weisung nicht gegen die Unternehmensinteressen der abhängigen Gesellschaft (hier: ASFINAG) verstößt. Genau dies ist hier aber der Fall, wie unter D.I ausgeführt. Dass Weisungen an den Vorstand einer beherrschten Gesellschaft unzulässig sind, deren Befolgung das Unternehmensinteresse der beherrschten Gesellschaft beeinträchtigt oder dieser gar schadet, ist in Österreich (auch weiterhin) unstrittig.<sup>112</sup> Der Vorstand muss sorgfältig prüfen, ob die Befolgung der Weisung keinen relevanten Vermögensnachteil für die Gesellschaft bedeutet. Ist dies doch der Fall und nimmt der Vorstand eine Schädigung der eigenen Gesellschaft somit in Kauf, verbleibt es bei der vollen Haftung nach § 84 AktG.<sup>113</sup>
2. auch kein sogenannter **Beherrschungsvertrag** vorliegt, also ein Unternehmensvertrag, durch den sich eine Gesellschaft der Leitung eines anderen Unternehmens unterwirft. Ganz unabhängig von der umstrittenen Frage der Zulässigkeit derartiger

---

<sup>107</sup> Dazu nur *Krejci/Zehetner*, Privatrecht<sup>9</sup> Rz 74 f.

<sup>108</sup> *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 70 Rz 7.

<sup>109</sup> OGH 28.9.2007, 9 ObA 28/07v.

<sup>110</sup> OGH 25.11.2020, 6 Ob 209/20h ecolex 2021/366.

<sup>111</sup> Nach *Koppensteiner*, wbl 2021, 346 würde dies dem Vorstand der Tochtergesellschaft eine mit § 70 AktG gewiss nicht vereinbare Darlegungslast aufbürden, die nicht nur rechtswidrig, sondern auch unzumutbar wäre.

<sup>112</sup> *Schima*, (Konzern-)Weisungen an den AG-Vorstand, GesRZ 2021, 310 (321 f) unter Verweis auf *Doralt/Diregger* in *MünchKomm AktG*<sup>5</sup>, Österreichisches Konzernrecht Rz 45; *Kunz/Liemberger* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch Vorstand § 15 Rz 111.

<sup>113</sup> *Schima*, GesRZ 2021, 310 (324).

Beherrschungsverträge im österreichischen Recht<sup>114</sup> ist festzuhalten, dass der zwischen der ASFINAG und dem Bund, vertreten durch den BMF abgeschlossene Fruchtgenussvertrag jedenfalls keinen derartigen Beherrschungsvertrag bildet. Dies ergibt sich bereits aus der Bezeichnung, sowie auch aus den Inhalten.

3. auch **keine sondergesellschaftsrechtliche Grundlage** für ein derartiges Weisungsrecht vorliegt. Insbesondere ist aus dem Recht der BMK gemäß § 10 ASFINAG-Ermächtigungsgesetz, der ASFINAG **Zielvorgaben** zu setzen und eine **begleitende Kontrolle** hinsichtlich der Maßnahmen der Gesellschaft einschließlich der Planungsmaßnahmen durchzuführen, kein derartiges Weisungsrecht abzuleiten. Der Begriff der Zielvorgabe umfasst nämlich lediglich die Vorgabe von Zielen auf höherer Abstraktionsebene, nicht hingegen konkrete Eingriffe in operative Entscheidungen. Dies umso mehr, wenn damit auch gegen gesetzliche Vorgaben (hier: des Bundesstraßengesetzes) verstoßen wird. Das Recht zur Ausübung einer begleitenden Kontrolle, das auch in Punkt IV. Abs 1 des Fruchtgenussvertrags vorgesehen ist, geht zwar über die gewöhnlichen Aktionärsrechte hinaus, kann aber ebenfalls ein Recht der BMK, einen Baustopp mit verbindlicher Wirkung für den Vorstand anzuordnen, nicht begründen.

Insgesamt liegt somit **weder ein öffentlich-rechtlicher Akt der BMK** (Bescheid, Verordnung) **noch eine wirksame privatrechtliche Weisung** vor. Es verbleibt damit lediglich die Qualifikation der Handlung als ein **Akt *ultra vires***, der überhaupt keine rechtlichen Wirkungen auslöst.<sup>115</sup> Es handelt sich somit im Ergebnis lediglich um einen **politischen „Wunsch“** der Ministerin, man kann auch von einer Absichtserklärung sprechen,<sup>116</sup> der freilich von den zuständigen Organen der ASFINAG (Vorstand und Aufsichtsrat) dennoch offenbar entsprechend „umgesetzt“ wurde.

Wenn der Vorstand und Aufsichtsrat sich trotz mangelnder rechtlicher Verbindlichkeit dennoch an eine derartige „Anordnung“ halten, kann dies für sie entsprechende Konsequenzen haben (siehe dazu oben, insbesondere Punkt D. und E.). Der Akt der BMK selbst kann aber als „Nicht-Akt“ nicht erfolgreich mit öffentlich-rechtlichen Mitteln bekämpft werden.

Dennoch kann die Befolgung solcher „Weisungen“ rechtliche Wirkungen über Ansprüche gegen Vorstand und Aufsichtsrat hinaus haben. Dies betrifft etwa die **Zurechenbarkeit der Schulden der ASFINAG zum Bundesbudget** (nach den Maastricht-Kriterien) und das da-

---

<sup>114</sup> Zu den Zulässigkeitsgrenzen vgl nur *Haberer/Krejci*, Grundfragen zum Konzernrecht, in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht Rz 1.219 ff.

<sup>115</sup> So auch *Strejcek*, Rechtsfragen der Planung, Festlegung und Errichtung von Bundesstraßen am Beispiel der Wiener-Außenring-Schnellstraße S 1, *ÖZW* 2021, 163 (171), der von Akten *ultra vires* spricht, für die eine gesetzliche Deckung oder eine vertragliche Ermächtigung fehlen.

<sup>116</sup> So *Strejcek*, *ÖZW* 2021, 163 (174).

mit im Zusammenhang stehende Rating der Republik Österreich. Die ASFINAG gilt diesbezüglich als ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen, das gemäß Eurostat als „Marktteilnehmer“ dargestellt wird und dessen Schulden (von derzeit etwa 10 Mrd Euro) daher nicht dem Bund zugerechnet werden.

Wird durch **rechtlich unzulässige (aber eben offenbar faktisch „wirksame“) Einflussnahme** staatlicher Organe diese rechtliche Positionierung untergraben oder in Frage gestellt, so läuft die ASFINAG Gefahr, den Status eines Marktteilnehmers zu verlieren, wobei fraglich ist, ob ein zwar massiver, aber letztlich doch punktueller Eingriff wie hier (Stopp einzelner konkreter Bauprojekte) dafür ausreichend ist. Ein Verlust der Stellung als Marktteilnehmer hätte jedenfalls die mögliche Folge, dass die Schulden der ASFINAG dem Staatshaushalt zugerechnet würden, was wiederum negative Auswirkungen auf das Rating der Republik Österreich hätte. Diesfalls müsste die gesamte Gestionierung der ASFINAG unter **beihilfenrechtlichen Gesichtspunkten** völlig neu ausgerichtet werden.

## II. Geltendmachung durch die WKW

Ein Antrag auf Verordnungsprüfung scheidet, wie soeben unter I. dargelegt, am Nichtvorliegen einer Verordnung. Außerdem wären auch die weiteren Voraussetzungen eines derartigen Individualantrags, nämlich insbesondere die Betroffenheit in einer Rechtsposition (im Gegensatz zu bloß wirtschaftlichen Auswirkungen)<sup>117</sup> problematisch, ebenso die weitere Voraussetzung der Unzumutbarkeit eines Umwegs, etwa über ein Verfahren vor den Zivilgerichten.<sup>118</sup> Diese Möglichkeit kommt daher nicht in Betracht.

## III. Geltendmachung durch Dritte

Mangels Vorliegens einer Rechts- oder Verwaltungsverordnung (siehe oben I.) kommt eine Geltendmachung durch Dritte ebenfalls nicht in Betracht, der VfGH würde einen derartigen Antrag mit größter Wahrscheinlichkeit als unzulässig zurückweisen.

## O. Zusammenfassung

Die Handlungsoptionen sind zunächst maßgeblich davon abhängig, **wie die Äußerungen der BMK überhaupt inhaltlich gedeutet werden können**. In der medialen Berichterstattung und auch in den Pressemitteilungen des BMK wird jeweils die Botschaft eines endgültigen „Baustopps“ vermittelt, in der Evaluierung des Bauprogramms selbst wird der Begriff der „Ruhendstellung“ verwendet, der selbst mehrere Deutungen zulässt. Damit kann einerseits ein „ewiges Ruhen“ und damit ein endgültiger Baustopp gemeint sein, oder auch ein

---

<sup>117</sup> Dazu *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>12</sup> Rz 1020 ff mit Nachweisen aus der Judikatur.

<sup>118</sup> Dazu *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>12</sup> Rz 1024 ff mit Nachweisen aus der Judikatur.

bloß vorübergehendes Ruhen, bei dem freilich die Zeitdauer und die Voraussetzungen seiner Beendigung unklar bleiben. Entscheidend ist letztlich die Deutung der Erklärung der BMK durch den Vorstand (und Aufsichtsrat) der ASFINAG.

Die materiell-rechtlichen Voraussetzungen einer Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft (ASFINAG) sind gegeben, wenn **der Vorstand den „Wunsch“ der BMK im Sinne eines Baustopps umsetzt**. Aufgrund des Verstoßes gegen die Legalitätspflicht **kann sich der Vorstand nicht auf die Privilegierung unternehmerischer Ermessensentscheidungen berufen**. Derzeit scheint eine Geltendmachung derartiger Ansprüche durch die Gesellschaft wenig wahrscheinlich, dies kann sich allerdings nach einem Wechsel der entscheidungsbefugten Personen rasch ändern.

Hingegen dürfte eine **Außenhaftung des Vorstands gegenüber Dritten** nicht in Frage kommen.

Auch gegen den **Aufsichtsrat** kommen Schadenersatzansprüche gemäß § 99 iVm § 84 AktG in Betracht, ausgenommen davon sind lediglich Mitglieder, die gegen das geänderte Bauprogramm gestimmt haben. Eine Außenhaftung von Aufsichtsratsmitgliedern kommt mangels Vertretungsbefugnis nicht in Betracht.

Möglich sind **Schadenersatzansprüche geschädigter Dritter gegenüber der ASFINAG**, insbesondere aufgrund wirksam abgeschlossener Verträge. Derartige Ansprüche könnten auch zediert werden, etwa an die WKW, und dann vom Zessionar prozessual geltend gemacht werden.

In Betracht kommen auch **Schadenersatzansprüche der ASFINAG gegenüber dem Bund** gemäß § 100 AktG wegen „Bestimmung“ von Vorstand und Aufsichtsrat zur Erlangung **gesellschaftsfremder Sondervorteile** durch die BMK als (Allein)Aktionärin. Ein derartiger Sondervorteil kann auch in der Durchsetzung politischer Interessen liegen, solange ihm ein Vermögensnachteil (Schaden) bei der ASFINAG gegenübersteht, was hier der Fall ist. Die Ausnahme gemäß § 101 Abs 3 AktG kommt nicht zum Tragen, weil die Sondervorteile nicht durch Stimmrechtsausübung verfolgt wurden. In der derzeitigen Konstellation ist eine Geltendmachung des Ersatzanspruchs durch den Vorstand nicht wahrscheinlich, was aber nichts daran ändert, dass der Vorstand rechtlich zur Geltendmachung entsprechender Ansprüche der Gesellschaft **verpflichtet** ist.

Ein Anspruch gegen den Bund nach **Amtshaftungsgesetz (AHG)** kommt im vorliegenden Fall nicht in Betracht, da das Handeln der BMK wohl dem Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung zuzurechnen ist.

Es wäre auch denkbar, das Verhalten des Vorstands als **Untreue** gemäß § 153 StGB zu qualifizieren, wenn man davon ausgeht, dass eine absolut nichtige und damit nicht wirk-

same Einwilligung der wirtschaftlich Berechtigten (Aktionärin) vorliegt. Bei der Beurteilung bestehen sowohl faktische (Was genau hat der Vorstand beschlossen?) als auch rechtliche Unsicherheiten (Wirkt die „Weisung“ der BMK straffausschließend?). Eine entsprechende Anzeige (Sachverhaltsdarstellung) kommt grundsätzlich durch jedermann in Betracht, sollte aber stets als ultima ratio in einer Auseinandersetzung betrachtet werden.

Der Aufsichtsrat kommt als unmittelbarer Täter der Untreue im vorliegenden Fall mangels Vertretungsbefugnis nicht in Betracht, aber als möglicher Beitragstäter zu einer Untreue des Vorstands. Auch hier sollte eine Anzeige (Sachverhaltsdarstellung) aber stets als ultima ratio betrachtet werden.

Eine **Ministeranklage gemäß Art 142 Abs 1 B-VG** kommt auch für Handlungen im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung in Betracht. Ebenso wie ein **Misstrauensvotum gemäß Art 74 B-VG** erfordert es eine Mehrheit im Nationalrat, die bei aufrechtem Bestand der Koalitionsregierung politisch nicht realistisch ist.

Eine **Beschreibbeschwerde gemäß Art 130 B-VG** kommt nicht in Betracht, da das Handeln der BMK nicht als Bescheid qualifiziert werden kann.

Auch ein **Antrag auf Verordnungsprüfung gemäß Art 139 B-VG** scheitert wohl daran, dass das Handeln der BMK nicht als Rechts- oder Verwaltungsverordnung qualifiziert werden kann. Überdies sind die sonstigen Voraussetzungen eines Individualantrags (Umwegsunzumutbarkeit, Präjudizialität) problematisch.

Das Handeln der BMK kann am ehesten als **privatrechtliche Weisung** qualifiziert werden, die freilich an der aktienrechtlichen Weisungsfreiheit des Vorstands scheitert. Auch nach der aktuellen Judikatur des OGH sind Weisungen unzulässig, die (wie hier) dem Unternehmensinteresse der ASFINAG widersprechen. Eine abweichende vertragliche Gestaltung liegt nicht vor, da der „Fruchtgenussvertrag“ nicht als Beherrschungsvertrag qualifiziert werden kann. Auch eine abweichende sondergesellschaftsrechtliche Regelung liegt nicht vor, das **Recht „Zielvorgaben“ zu setzen legitimiert nicht zur Verhängung eines Baustopps gesetzlich festgelegter Bundesstraßen.**

Wir stehen zur weiteren Besprechung gerne zur Verfügung und verbleiben mit freundlichen Grüßen

  
KWR KARASEK WIETRZYK  
Rechtsanwälte GmbH  
Hon.-Prof. DDR. Jörg Zehetner      Priv.-Doz. Dr. Thomas Haberer