

An die Wirtschaftskammer Wien
zH Herr Direktorstellvertreter
Dr. Alexander Biach
Straße der Wiener Wirtschaft 1
1020 Wien

Vorab per Mail: Alexander.Biach@wkw.at

Wien, im April 2022

Sehr geehrter Herr Standortanwalt!

Ich beziehe mich auf Ihre E-Mails vom 17.12.2021, 02.01.2022 und vom 10.01.2022 und erstatte zur Frage eines „**Aus für den Lobautunnel**“, wie von Frau BMK Gewessler mehrfach öffentlich verkündet, nachstehendes

RECHTSGUTACHTEN.

I. Sachverhalt

Am 01.12.2021 hat die Frau Bundesministerin für Klimaschutz die Öffentlichkeit darüber informiert, dass das Projekt „Lobau-Tunnel“ nicht weiterverfolgt werde. Die Frau Bundesministerin bezog sich in diesem Zusammenhang auf eine von ihr in Auftrag gegebene „Evaluierung des Bauprogramms der Zukunft in Umsetzung des Regierungsprogramms – Schlussfolgerungen“ (November 2021; GZ. 2021-0.747.473). Die Äußerung der Frau Bundesministerin ließ keinen Zweifel darüber offen, dass sie nicht bloß einen Aufschub der Errichtung, sondern das endgültige „Aus“ meinte.

Diese Nachricht kam für den Beobachter nicht ganz überraschend. Bereits Ende Juni 2021 wurde bekannt, dass der Generalsekretär des BMK eine mit 25.06.2021 datierte Weisung (GZ. 2021-0.381-345) an die Vorstände der ASFINAG gerichtet hat. Wörtlich wird in dieser Weisung ausgeführt:

„...in diesem Zusammenhang wird mitgeteilt, dass derzeit keine Ausschreibungen für etwaige Bauphasen oder behördliche Vorbereitungsmaßnahmen (!) wie Grabungen, Bodenerkundungen, Rodungen, öffentlich-rechtliche Anzeigen etc. vorzunehmen sind. Die derzeit aktiven Planungen zu den übrigen Projekten können seitens der ASFINAG bis zum Abschluss der Evaluierungen fortgeführt werden [...].“

Es kann dabei keinem Zweifel unterliegen, dass der Generalsekretär eine bindende Anordnung, d.h. eine Weisung, intendiert hat. Die Diktion ist eindeutig.

Die Vorgangsweise des Generalsekretärs ist bemerkenswert, ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft (AG) doch gem § 70 Abs 1 AktG weisungsfrei (vgl statt vieler *Reich-Rohrwig*, Rz 18 zu § 70 AktG in *Artmann/Karollus* [Hrsg] Kommentar zum AktG⁶ II [2018] 23f mit zahlreichen weiteren Nachweisen).

Der Vorstand ist also nach dem AktG nicht dem Bundesministerium für Klimaschutz nachgeordnet, sondern hat seine Leitungsbefugnisse zum Wohl des Unternehmens auszuüben (§70 Abs 1 AktG).

Der Vorstand der AG hat sich offenbar veranlasst gesehen, den Wünschen des Bundesministeriums nachzukommen; er hat dem Aufsichtsrat ein geändertes Bauprogramm vorgelegt, das in der Aufsichtsratssitzung vom 14.12.2021 mehrheitlich angenommen wurde. In diesem Bauprogramm war das Projekt „Lobau-Tunnel“ nicht mehr enthalten. Bislang wurde auch kein Alternativprojekt präsentiert.

Dieses Rechtsgutachten hat sich mit der öffentlich-rechtlichen Seite des Projekts zu befassen; gesellschafts-, zivil-, oder strafrechtliche Aspekte sind nicht Gegenstand dieses Gutachtens.

II. Das Projekt „Lobau-Tunnel“

Die Projektbezeichnung „Lobau-Tunnel“ hat sich in der öffentlichen Diskussion durchgesetzt und findet in dieser ständige Verwendung. In genauerer Betrachtung ist festzustellen, dass dieses Projekt in einer Anlage zum Bundesstraßengesetz (BStG) enthalten ist. Im Verzeichnis 2-Bundesstraßen S (Bundesschnellstraßen) ist dieses Projekt an erster Stelle genannt: es ist bezeichnet als „Wiener Außenring Schnellstraße“.

Das Projekt wird in der Anlage 2 unter der Bezeichnung „S1“ genauer umschrieben; Teile dieses Projekts sind bereits verwirklicht; nicht verwirklicht ist bisher der Abschnitt Schwechat-Süßenbrunn. Dieser Abschnitt führt teilweise über das Gebiet der Gemeinde Wien, sowie über die Gebiete der niederösterreichischen Gemeinden Aderklaa, Raasdorf, Groß-Enzersdorf und Schwechat.

Dieser Straßenzug ist gem § 1 Abs 3 BStG vom Bund zu errichten. Diese Bestimmung spricht ausdrücklich von der „Aufgabe zur Errichtung von Bundesstraßen gemäß den Verzeichnissen 1 und 2“. Gemäß § 34b BStG wurden die Rechte und Pflichten des Bundes nach dem BStG der ASFINAG übertragen. Nach § 2 Abs 1 ASFINAG-Gesetz sind der Bau und die Erhaltung der Bundesstraßen (unter der Voraussetzung des § 34b BStG) als Unternehmensgegenstand vorzusehen. Nach dem ASFINAG-Ermächtigungsgesetz (§ 2) hat der Bundesminister für Finanzen der ASFINAG das Recht der Fruchtnießung an allen Bestandteilen

bestehender und künftig zu errichtender Bundesstraßen zu übertragen. Mit Abschluss dieses Fruchtgenussvertrags gehen alle Rechte und Pflichten des Bundes auf die ASFINAG über (§ 4 ASFINAG-Ermächtigungsgesetz); hoheitliche Kompetenzen des Bundes bleiben unberührt. Gemäß § 10 ASFINAG-Ermächtigungsgesetz ist in dem mit der ASFINAG abzuschließenden Fruchtgenussvertrag dem BMK das Recht einzuräumen, der ASFINAG „Zielvorgaben zu setzen und eine begleitende Kontrolle hinsichtlich der Maßnahmen der Gesellschaft einschließlich der Planungsmaßnahmen durchzuführen.“ Insbesondere ist auch vorzusehen, dass die Bundesministerin weiterhin für die Erlassung, der für technische Durchführung anzuwendenden Vorschriften, zuständig ist.

Ohne hier auf weitere Details eingehen zu müssen ist festzuhalten, dass die ASFINAG verpflichtet ist, das gegenständliche Straßenstück zu errichten; sie hat diese Aufgabe vom Bund übernommen. Der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) hat bereits im Jahr 1990 ausdrücklich festgehalten, dass es „keineswegs im Belieben der Bundesstraßenverwaltung, den Bau von im Gesetz ausdrücklich vorgesehen Straßen, für die noch dazu bereits eine rechtswirksame Trassenverordnung vorliegt, hinauszuschieben, da dies letztlich auf eine Prüfung von Gesetz oder Verordnung hinausliefe, die Verwaltungsorganen nicht zusteht“ (VwGH 11.10.1990, 90/06/0091).

Was der VwGH zur Verpflichtung der Bundesstraßenverwaltung gesagt hat, gilt heute für die ASFINAG; diese ist gem § 34b BStG in Verbindung mit dem

ASFINAG-Gesetz und dem ASFINAG-Ermächtigungsgesetz an die Stelle der „Bundesstraßenverwaltung“ getreten.

Weiters hat der VwGH in dem zitierten Erkenntnis ausgeführt, dass davon ausgegangen werden müsse, „dass nach den gegebenen wirtschaftlichen Möglichkeiten die vorgesehenen Straßenprojekte EHESTENS durchzuführen sind“. Daraus folgt, dass der Vorstand der ASFINAG verpflichtet ist, alles zu veranlassen, um eine möglichst rasche Umsetzung der ihn treffenden Verpflichtung zu gewährleisten. Er hat sich dabei ausschließlich vom Wohl des Unternehmens leiten zu lassen.

III. Rechtliche Historie des gegenständlichen Projekts

Soweit das nachvollziehbar ist, dürfte der Vorstand der ASFINAG zunächst die ihn treffende Verpflichtung zur Herstellung des gegenständlichen Straßenzugs wahrgenommen haben: die ASFINAG hat mit dem Schreiben vom 26.03.2009 beim Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie (bmvit) – dem heute bestehenden BMK – den Antrag auf Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung und auf Erlassung eines teilkonzentrierten Genehmigungsbescheids gem dem UVP-G, BStG, ForstG und Straßentunnel-Sicherheitsgesetz (STSG) gestellt. Nach zwei Änderungsanträgen wurde der ursprüngliche Genehmigungsantrag ergänzt auf Genehmigung nach dem Luftfahrtgesetz (LFG).

Der Antragstellung lagen mehrjährige Planungen zu Grunde; bereits im Jahr 2003 wurde unter der Bezeichnung „SUPerNOW“ eine freiwillige strategische Umweltprüfung durchgeführt.

Nach Durchführung eines jahrelangen Verfahrens wurde die Genehmigung unter Vorschreibung zahlreicher Nebenbestimmungen mit Bescheid des BMVIT vom 26.03.2015 erteilt (GZ. BMVIT-312.401/0020-IV/ST-ALG/2015). Der Genehmigungsbescheid ist ausführlich begründet und umfasst 339 Seiten.

Im Spruchpunkt A.I.2. wird der Straßenverlauf gem § 4 Abs 1 BStG bestimmt: unter anderem ist vorgesehen, dass der neu herzustellende Abschnitt der S1 beim Knoten Schwechat beginnt und „als Tunnel unter der Donau, der neuen Donau und dem Nationalpark Donau-Auen in Richtung Norden“ führt.

Der Genehmigungsbescheid wurde von mehreren Beschwerdeführern mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) bekämpft. Aufgrund dieser Beschwerde wurden einige Nebenbestimmungen geändert, neu eingeführt oder aufgehoben. Im Übrigen wurden die Beschwerden abgewiesen. Damit ist das gegenständliche Projekt nach dem Stand vom Mai 2018 rechtskräftig genehmigt.

Gegen das Erkenntnis des BVwG vom 18.05.2018 wurde Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof (VfGH) erhoben; der VfGH hat die Behandlung dieser

Beschwerden abgelehnt und diese antragsgemäß an den VwGH abgetreten. Der VwGH hat, mit Beschluss vom 09.06.2021, die Revision gegen das BVwG-Erkenntnis als unzulässig zurückgewiesen. Ein vom BVwG an den VfGH gestellter Antrag auf Verordnungsprüfung (Bundesstraßen-Lärmimmissionsschutzverordnung) wurde mit Erkenntnis des VfGH abgewiesen (VfGH 15.03.2017, V162/2015). Noch nicht rechtskräftig erledigt sind Anträge auf Erteilung wasser- und naturschutzrechtlicher Bewilligungen. Nach meinen Informationen liegen Bewilligungsbescheide vor; diese wurden mit Beschwerden an das Verwaltungsgericht angefochten.

Im Lichte des zitierten Erkenntnisses des VwGH vom 11.10.1990 (90/06/0091) wäre der Vorstand der ASFINAG verpflichtet, auf eine möglichst rasche Erteilung rechtskräftiger Entscheidungen hinzuwirken. Ebenso wäre er verpflichtet, alle nach dem Gesellschaftsrecht erforderlichen Maßnahmen zur Projektumsetzung zu veranlassen. Er hätte dabei zum Wohle des Unternehmens vorzugehen.

IV. Die zuständigen Organe und ihre rechtlichen Verpflichtungen

1. Allgemeines

Gemäß Art 10 Abs 1 Z 9 BVG, fallen die „Angelegenheiten“, der wegen ihrer Bedeutung für den Durchzugsverkehr durch Bundesgesetz als Bundesstraßen erklärten Straßenzüge, außer der Straßenpolizei in Gesetzgebung und

Vollziehung in die Kompetenz des Bundes. Das geltende BStG stützt sich auf diesen Kompetenztatbestand.

Der Kompetenztatbestand des Art 10 Abs 1 Z 9 BVG ist in mehrfacher Hinsicht eine Besonderheit:

Zunächst deshalb, weil dieser Kompetenztatbestand eine Kompetenz – Kompetenz des einfachen Bundesgesetzgebers normiert (*Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹¹ [2015] 185; vgl auch *Wallnöfer* Rz 63 ff zu Art 10 Abs 1 Z 9 BVG in *Kneihls/Lienbacher* [Hrsg] Bundesverfassungsrecht).

Zum anderen handelt es sich bei diesem Kompetenztatbestand insofern um eine Besonderheit, als er nicht nur Hoheitskompetenzen, sondern vor allem auch privatwirtschaftliche Kompetenzen des Bundes umfasst. Zutreffend spricht auch *Wallnöfer* (aaO Rz 62 zu Art 10 Abs 1 Zif 9 BVG) von einem „Zuständigkeitskonglomerat von Akten der Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung“. Konsequenterweise hat der VfGH bereits im Jahr 1962 ausgeführt (VfSlg 4329):

„Die unter dem Begriff der Bundesstraßenverwaltung zusammengefasste Summe der auf dem Bau und die Instandhaltung von Bundesstraßen abzielenden Verwaltungstätigkeiten, ist dem privatwirtschaftlichen Aufgabenbereich des Bundes zu unterstellen.“

Eine Analyse des BStG zeigt auch, dass dieses nur bestimmte hoheitliche Kompetenzen normiert; diese betreffen insbesondere die Trassenfestlegung und den

Schutz der Nachbarn. Zum inhaltlichen Verständnis des Kompetenztatbestandes ist festzuhalten, dass der Begriff „Durchzugsverkehr“ nicht lediglich den überregionalen Verkehr erfasst, sondern auch die Funktion hat, die „regionalen Verdichtungsräume“ zu erschließen (so *Pernthaler*, Raumordnung und Verfassung, 1. Band, Raumordnung als Funktion und Schranke der Gebietshoheit [1975] 175 f unter Berufung auf das Versteinerungsmaterial).

Hat man erkannt, dass das BStG in wesentlichen Bereichen Angelegenheiten der Privatwirtschaftsverwaltung des Bundes regelt – nämlich den Bau und die Instandhaltung von Bundesstraßen – so erkennt man, dass diese Regelungen sogenannte „Selbstbindungsgesetze“ sind (vgl *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts 11 [2015] 182 mit weiteren Nachweisen). Von „Selbstbindungsgesetz“ spricht man deshalb, weil gesetzliche Regelungen der Privatwirtschaftsverwaltung von Gebietskörperschaften nur das Verhalten der Organe des Rechtsträgers regeln dürfen, aber keine Rechte und Pflichten im Außenverhältnis festlegen dürfen (vgl zB *Muzak*, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁶ [2020] 153 mit weiteren Nachweisen).

Wenn daher § 1 Abs 3 BStG die Errichtung von Bundesstraßen als „Aufgabe“ des Bundes bezeichnet, so normiert diese Bestimmung eine Bindung der zuständigen Organe des Bundes (ASFINAG), die im BStG als Bundesstraßen normierten Straßen zu errichten. Die bindende Wirkung eines Selbstbindungsgesetzes

hat mit der Frage der Geltung des Legalitätsprinzips für die Privatwirtschaftsverwaltung nichts zu tun; in Lehre und Rechtsprechung herrscht Einigkeit darüber, dass die Organe Selbstbindungsgesetze jedenfalls zu beachten haben; diese Verbindlichkeit besteht ohne Rücksicht auf eine allfällige Fiskalwirkung. Daher ist es zutreffend, wenn der VwGH in seinem schon mehrfach zitierten Erkenntnis vom 11.10.1990 (90/06/0091) ausführt, dass es „keineswegs im Belieben der Bundesstraßenverwaltung liegt, den Bau von im Gesetz ausdrücklich vorgesehen Straßen hinauszuschieben, da dies letztlich auf eine Prüfung von Gesetz oder Verordnung hinausliefe, die Verwaltungsorganen nicht zusteht“.

Im vorliegenden Fall bedeutet diese Einsicht, dass der von der Frau Bundesministerin für Klimaschutz angeordnete „Baustopp“, in Wahrheit die Bindung durch eine gesetzliche Regelung beseitigen will. Wenn die Frau Bundesministerin erklärt, diese Straße werde nicht gebaut, so stellt sie sich über das Gesetz und entkleidet eine Entscheidung des Gesetzgebers ihrer rechtlichen Wirkung.

Im Übrigen ist festzuhalten, dass sich auch der Bundesgesetzgeber ausdrücklich der Auffassung des VwGH, die im zitierten Erkenntnis vom 11.10.1990 zum Ausdruck gebracht wird, angeschlossen hat; im Ausschussbericht zur Novelle zum BStG BGBl 1994/33, wird ausdrücklich festgehalten, dass die Straßenverzeichnisse des BStG nicht als bloße Kompetenzabgrenzung, sondern vielmehr daraus eine Verpflichtung der Verwaltung zum Bau „der betreffenden Straßen folgt“ (1439 BlgNR, XVIII. GP, 3; vgl auch schon Gutachten KWR vom 09.12.2021, 17).

Dazu kommt, dass es keine gesetzliche Grundlage gibt, die die Frau Bundesministerin ermächtigt, den Bau einer im BStG zur Bundesstraße erklärten Straße zu verhindern. Die von der Frau Bundesministerin abgegebene Erklärung, der „Lobau Tunnel“ werde nicht gebaut, ist daher klar gesetzwidrig.

2. Die Rolle der Organe der ASFINAG

Die ASFINAG ist eine AG, deren sämtliche Anteile im Eigentum des Bundes stehen (§ 1 ASFINAG-Gesetz).

Gemäß § 34d BStG gingen mit Abschluss des Fruchtgenussvertrages gemäß § 2 ASFINAG-Ermächtigungsgesetz alle Rechte und Pflichten des Bundes (Bundesstraßenverwaltung) auf die ASFINAG über. Anstelle des Bundes ist daher die ASFINAG zum Bau der Wiener-Außenring-Schnellstraße verpflichtet. Diese Verpflichtung obliegt zunächst dem Vorstand, der gemäß § 70 Abs 1 AktG „unter eigener Verantwortung“ seine Leitungsbefugnisse wahrzunehmen hat. Der Vorstand hat – von bestimmten Ausnahmen abgesehen – daher ohne Bindung an Weisungen und unabhängig seine Aufgaben zu erfüllen. Weisungen an den Vorstand sind daher unwirksam (*Reich-Rohrwig* Rz 38 zu § 70 AktG in *Artmann/Karollus*, Kommentar zum AktG⁶ Band II [2018] 31 mit weiteren Nachweisen). Im Übrigen verweise ich zu den gesellschaftsrechtlichen Fragen auf die mir vorliegenden Gutachten von KWR vom 21.07.2021, 09.12.2021 und 28.12.2021. Ich teile die Ergebnisse dieser Gutachten.

Nach den mir zur Verfügung stehenden Unterlagen ist nicht nachvollziehbar, aus welchem Grund der Vorstand der ASFINAG offenbar bereit ist, das Projekt Wiener-Außenring-Schnellstraße nicht fortzuführen. Er tut dies jedenfalls in eigener Verantwortung und kann sich nicht auf eine rechtsverbindliche Weisung der Frau Bundesministerin oder eines anderen Organs berufen. Nach den mir vorliegenden Unterlagen kann ich den Entscheidungsprozess nicht im Einzelnen nachvollziehen und sehe keine rechtliche Befugnis des Vorstandes, den Bau des gegenständlichen Straßenstücks zu stoppen. Dazu kommt, dass bisher für Planung und Grundstücksankäufe ein höherer zweistelliger Millionenbetrag an Kosten angefallen ist; auch die Bewilligungsverfahren sind – von zwei Ausnahme abgesehen – rechtskräftig positiv erledigt.

V. Der Evaluierungsbericht

Das BMK hat im November 2021 einen vom ihm in Auftrag gegebenen Bericht über die „Evaluierung des Bauprogramms der Zukunft in Umsetzung des Regierungsprogramms – Schlussfolgerungen“ (GZ. 2021-0.747.473) veröffentlicht. Es wird nicht offengelegt, wer diesen Bericht erarbeitet hat; dem Vernehmen nach sind die Autoren, zumindest im überwiegenden Maß, Beamte des BMK. Aus rechtlicher Sicht ist dieser Evaluierungsbericht nur schwer greifbar; im Wesentlichen erschöpft er sich darin, die bestehenden Rechtsgrundlagen als

unzureichend und „überholt“ darzustellen (vgl näher die rechtlich weithin irrelevanten Ausführungen auf den Seiten 53-78). Ganz grundsätzlich scheinen die Autoren zu verkennen, dass das gegenständliche Projekt auf dem Boden geltender österreichischer Gesetze rechtskräftig bewilligt wurde; daran ändert auch nichts, dass noch eine rechtskräftige wasserrechtliche Bewilligung sowie rechtskräftige naturschutzrechtliche Bewilligungen für Wien und Niederösterreich fehlen. Diese Bewilligungen wären selbstverständlich vor Inangriffnahme des Bauprojekts abzuwarten.

Es geht daher aus rechtlicher Sicht ins Leere, wenn wiederholt betont wird, dass dieses Projekt im Hinblick auf das Pariser Klimaabkommen, dem europäischen Grünen Deal und das österreichische Regierungsprogramm 2020-2024 einer Neubewertung zu unterziehen sei. Eine solche Neubewertung hat rechtlich keinerlei Konsequenzen. Das Thema „Luftschadstoffe und Klima“ war im übrigen Gegenstand des UVP Genehmigungsbescheides und dem zit Erk des BVerwG; die rechtskräftige Entscheidung ist zur Kenntnis zu nehmen.

Auffallend ist, dass dieser Bericht in weiten Teilen sehr rechtsfern ist. So wird zum Beispiel auf Seite 8 die „generelle Sinnhaftigkeit des Projekts“ in Frage gestellt. Dabei wird übersehen, dass der österreichische Bundesgesetzgeber in das Verzeichnis 2 zum BStG aufgenommen hat. Dies bedeutet, die Frage der „generellen Sinnhaftigkeit“ wurde vom Bundesgesetzgeber zuständigerweise bejaht. Im Lichte des VwGH-Erkenntnisses vom 11.10.1990 (90/06/0091) hat dies die

Konsequenz, dass dieses Projekt „nach den gegebenen wirtschaftlichen Möglichkeiten [...] EHESTENS durchzuführen ist“; eine Prüfung durch Verwaltungsorgane, ob dieses Projekt noch sinnhaft ist, hat der VwGH ausdrücklich ausgeschlossen. Gemäß § 1 Abs 3 iVm § 34b BStG hat die ASFINAG daher im Rahmen der wirtschaftlichen Möglichkeiten dieses Projekt raschest durchzuführen. Der Einwand des Evaluierungsberichtes ist daher irrelevant.

Ebenso unzutreffend ist die, ebenfalls auf Seite 8 des Evaluierungsberichts getroffene, Aussage, dass nicht Gegenstand der UVP die Prüfung sei, „ob Ziele durch andere Maßnahmen [...] besser erreicht werden können“. Dabei wird übersehen, dass das Naturschutzrecht in Umsetzung des Art 6 Abs 3 FFH-RL (Richtlinie 92/43/EWG: „Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie“; vgl auch Richtlinie 2011/92/EU) eine Genehmigung des beantragten Vorhabens ausschließt, wenn eine Alternativlösung vorhanden ist; dies gilt nicht, wenn das Vorhaben aus zwingenden oder überwiegenden Gründen des öffentlichen Interesses erforderlich ist (vgl *Schmelz/Schwarzer*, Kommentar zum Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz 2000 [2011] Rz 38 zu § 23a UVP-G). An der Kritik ist daher richtig, dass Alternativprojekte nicht im Rahmen der teilkonzentrierten UVP zu prüfen sind, sehr wohl aber in den noch ausstehenden naturschutzrechtlichen Verfahren (§§ 22 Abs 6 Wr NaturschutzG; § 10 Abs 5 und 6 NÖ NaturschutzG). Auch dieser Einwand ist daher ohne rechtliche Relevanz.

Im Evaluierungsbericht wird auch darauf hingewiesen, dass das gegenständliche Projekt keiner strategischen Umweltprüfung unterzogen wurde. Dabei wird offenbar übersehen, dass eine strategische Umweltprüfung für dieses Projekts weder nach Art 13 Abs 2 SUP-RL (Richtlinie 2001/42/EG: „strategische Umweltprüfung“) noch nach dem österreichischen Umsetzungsgesetz (SP-V-Gesetz, BGBl I 2002/50) durchzuführen war. Diese Rechtslage wird von den Autoren dieses Evaluierungsberichts offenbar nicht zur Kenntnis genommen.

Grundsätzlich verkennen die Autoren auch, dass das BVwG in seiner Entscheidung vom 18.05.2018 (W104 21082074-I/243E) die Genehmigung des gegenständlichen Projekts durch das Bundesministerium grundsätzlich bestätigt hat; dass das Erkenntnis des BVwG zahlreiche Auflagen und Nebenbestimmungen abgeändert hat, kann hier außer Betracht bleiben. Das BVwG hatte bei seiner Entscheidung die Sach- und Rechtslage zu berücksichtigen, die im Entscheidungszeitpunkt bestand (stRsp: VwGH 21.10.2014, Ro 2014/03; 24.03.2015, Ro 2014/09/0066; 27.04.2016, Ra 2015/05/0069; 23.02.2018, Ra 2017/03/0064; 24.09.2020, Ra 2019/03/0048-0051; 16.11.2021, Ra 2019/03/0065; vgl auch *Hengstschläger/Leeb*, Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz, Ergänzungsband [2017] 155, Rz 52). Das zit Erk des BVerwG bezieht sich also auf die Sachlage im Mai 2018; die Behauptung, das Projekt sei nicht mehr „zeitgemäß“ ist daher falsch und darüber hinaus irrelevant.

Es ist daher davon auszugehen, dass das BVwG dieser Verpflichtung auch nachgekommen ist und seinem Erkenntnis die Sach- und Rechtslage zugrunde gelegt hat, die im Zeitpunkt seiner Entscheidung bestand. Die Rechtskraft dieses Erkenntnisses hat freilich zur Folge, dass spätere Entwicklungen der Sach- und Rechtslage irrelevant bleiben, solange sie nicht wesentlich sind oder der Gesetzgeber diese Entwicklungen zum Anlass genommen hat, die bestehende Rechtslage zu ändern. Solange das nicht geschehen ist, ist daher von der rechtlichen Irrelevanz dieser Entwicklungen auszugehen. Auch in diesem Punkt scheinen die Autoren des Evaluierungsberichts eine große Distanz zur bestehenden Rechtslage einzuhalten.

Bestehende Gesetze und rechtskräftige Entscheidungen können durch einen solchen Bericht jedenfalls nicht wirkungslos gemacht werden.

VI. Rechtsfolgen eines Baustopps für die handelnden Organe

Zur zivil- und strafrechtlichen Haftung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder der ASFINAG finden sich nähere Ausführungen in den Gutachten von KWR 09.12.2021 und 28.12.2021. In einem Gutachten aus der Sicht des öffentlichen Rechts kann auf zivil- und strafrechtliche Haftungsfragen nicht näher eingegangen werden; freilich hat sich gezeigt, dass sich ein „Baustopp“ aus heutiger Sicht über das BundesstraßenG hinwegsetzt und schon deshalb klar rechtswidrig ist.

Anders könnte sich die Situation dann darstellen, wenn das wasserrechtliche Bewilligungsverfahren sowie die naturschutzrechtlichen Bewilligungsverfahren negativ enden sollten.

Schwierig zu beurteilen ist das Verhalten der zuständigen Bundesministerin; ihre öffentlichen Erklärungen sind rechtlich unvertretbar. Nach geltendem Recht hat sie keine Befugnis, auf die Organe der ASFINAG (Vorstand, Aufsichtsrat) dahingehend einzuwirken, dass diese Organe von der Projektdurchführung Abstand nehmen. Dies ungeachtet des Umstands, dass die zuständige Bundesministerin, als Vertreterin des Alleineigentümers Bund, die Funktion einer Hauptversammlung in der ASFINAG ausübt. Im vorliegenden Zusammenhang kann die Rolle, die die Frau Bundesministerin in diesem Geschehen tatsächlich gespielt hat, nach den vorliegenden Unterlagen nicht präzise bestimmt werden. Dass sie die Entscheidungen der Gesellschaftsorgane maßgeblich beeinflusst hat, liegt zwar nahe, kann aber aufgrund der bekanntgewordenen Abläufe nicht mit letzter Sicherheit beurteilt werden.

Auch die Rolle des Generalsekretärs des Ministeriums ist letztlich nicht genau bekannt; er ist aber jedenfalls Mitglied des Aufsichtsrats und hatte daher Einfluss auf die Entscheidungsfindung in der Aufsichtsratssitzung vom 14.12.2021, in welcher der Aufsichtsrat – laut Medienberichten – einem, vom Vorstand vorgelegten, geänderten Bauprogramm zugestimmt hat. In diesem geänderten Bauprogramm

war das gegenständliche Projekt nicht mehr enthalten; dies ist rechtswidrig und setzt sich über das Bundesstraßengesetz hinweg.

Ebenfalls laut Medienberichten erfolgte die Beschlussfassung mehrheitlich, was zur Folge hat, dass nur die Aufsichtsratsmitglieder, die für diesen Beschluss gestimmt haben, haftbar sind. Das Stimmverhalten des Generalsekretärs ist nicht bekannt. Sollte die Frau Bundesministerin dem Generalsekretär die Weisung erteilt haben, im Aufsichtsrat für einen Stopp des Projekts „Lobau-Tunnel“ Sorge zu tragen, so hätte sie jedenfalls rechtswidrig gehandelt.

Zu den sich daraus ergebenden Konsequenzen in zivil- und strafrechtlicher Hinsicht ist auf diese Rechtsgebiete zu verweisen. Aus verfassungsrechtlicher Sicht bestünde in diesem Fall auch eine rechtliche Verantwortung der Frau Bundesministerin gegenüber dem Nationalrat. Dieser könnte mit einfacher Mehrheit Anklage wegen schuldhafter Rechtsverletzung gem Art 142 Abs 2 lit b B-VG beim VfGH erheben. Sollte der VfGH einer solchen Anklage folgen, so hätte dies gem Art 142 Abs 4 B-VG den Amtsverlust der Bundesministerin zur Folge.

Verfassungsrechtlich wäre wohl auch ein Misstrauensvotum gem Art 74 B-VG möglich. Dieses setzt keine Rechtsverletzung voraus. Es genügt, dass die Mehrheit des Nationalrats eine Vertrauenswürdigkeit eines Regierungsmitglieds verneint.

Nach den vorliegenden Informationen über die Entscheidungsabläufe ist davon auszugehen, dass die Mitglieder des Vorstands der ASFINAG sowie die Aufsichtsratsmitglieder, die am 14.12.2021 dem geänderten Bauprogramm zugestimmt haben, rechtswidrig gehandelt haben. Die bekanntgewordenen öffentlichen Äußerungen der Frau Bundesministerin lassen zumindest vorläufig den Schluss zu, dass ihr Verhalten die Entscheidungen der genannten Organe maßgeblich bestimmt haben. Sollte dies der Fall sein, so ist auch sie sowohl zivil- und strafrechtlich haftbar. Dies ungeachtet ihrer politischen Verantwortung.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der von Frau BMK verkündete endgültige Baustopp für den Lobau Tunnel („er wird nicht kommen“) klar rechtswidrig ist. Auch Klimaschutzpolitik hat sich auf dem Boden des Rechtsstaates und damit auf dem Boden der geltenden Gesetze zu bewegen (vgl dazu jüngst ausführlich *Schneider*, Verfassungs- und europarechtliche Grundlagen und Schranken einer österreichischen Klimaschutzpolitik, ÖZW 2021, 95). Dazu gehört auch, dass rechtskräftige Entscheidungen zur Kenntnis zu nehmen sind, auch wenn sie den eigenen Wünschen nicht entsprechen. Das letzte Wort hat nicht ein Verwaltungsorgan, sondern der Gesetzgeber. So ist das im Rechtsstaat.

