

STELLUNGNAHME

zur (Un-)Zulässigkeit von Weisungen an den Vorstand der ASFINAG

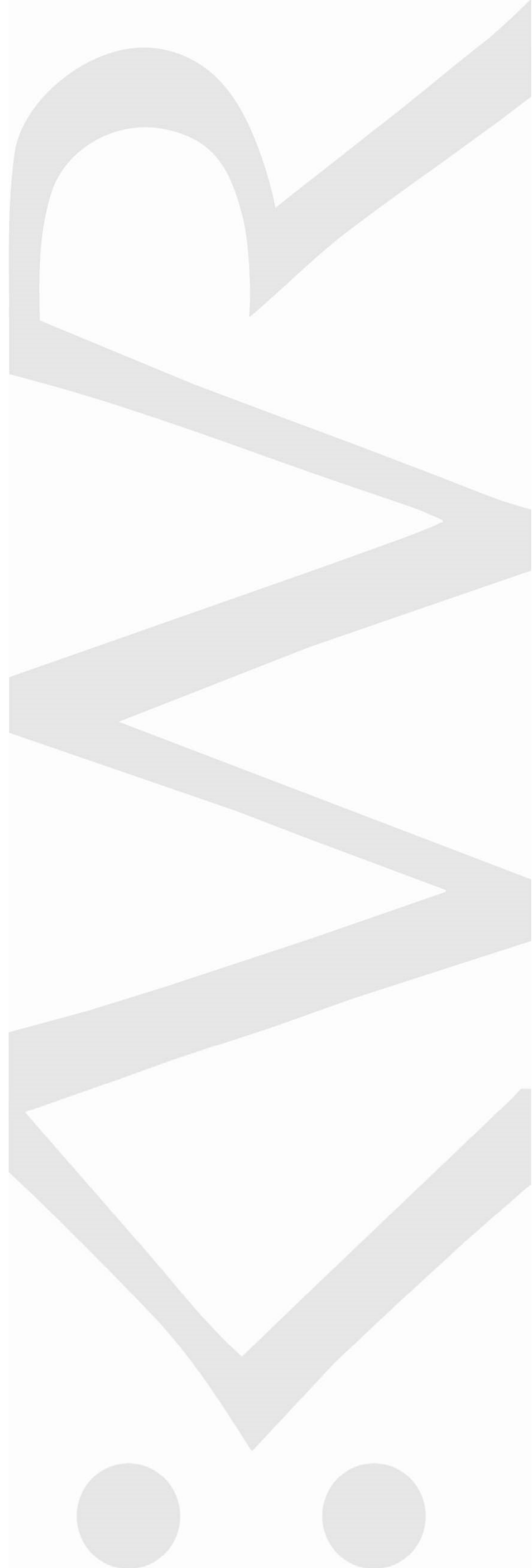
erstattet für

Wirtschaftskammer Wien
Straße der Wiener Wirtschaft 1
1020 Wien

von der

KWR KARASEK WIETRZYK
Rechtsanwälte GmbH
Fleischmarkt 1
1010 Wien

Wien, am 21.07.2021



INHALTSVERZEICHNIS

A.	Einleitung	3
B.	Sachverhalt und Gutachtensauftrag	3
C.	Rechtliche Beurteilung.....	5
I.	Zur Zuständigkeit der Bundesministerin für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie	5
II.	Zur Auslegung des Schreibens vom 25.6.2021	6
III.	Zur Weisungsfreiheit generell	6
IV.	Zur Vorlagepflicht des Vorstands.....	9
V.	Vertragliche Weisungsbindung (?).....	11
1.	„Fruchtgenussvertrag“	11
2.	Beherrschungsvertrag?	13
3.	Satzung, Geschäftsordnung und Anstellungsvertrag.....	14
VI.	Keine rechtswidrigen Weisungen.....	15
VII.	Berücksichtigung öffentlicher Interessen	17
VIII.	Mögliche Handlungsoptionen für den Vorstand.....	19
IX.	Zusammenfassung	22

A. Einleitung

Wir, die KWR Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH, wurden 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/fileadmin/res/2016/Sonstiges/KWR_AGBs_DE_2016.pdf abrufbar sind.

B. Sachverhalt und Gutachtensauftrag

Mit Schreiben vom 25.06.2021 hat Herr DI Herbert Kasser als Sektionschef des Bundesministeriums für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie (nachfolgend BMK) ein Schreiben an den Vorstand der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (nachfolgend ASFINAG) gerichtet. Darin wird ausgeführt wie folgt:

„GZ 2021-0.381.345

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

Sehr geehrte Herren Vorstände!

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

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 ASFINAG bis zum Abschluss der Evaluierung fortgeführt werden. Diese Vorgehensweise dient aber ausschließlich zur Erreichung der Einvernehmensherstellung 2021 ff (bzw 2022 ff) und nimmt keine Entscheidung im Hinblick auf den laufenden Evaluierungsprozess vorweg.

Sämtliche Maßnahmen und Projekte zur Erhaltung, technischen Verbesserung oder Maßnahmen zur Verbesserung der Verkehrssicherheit des Bestandes können weitergeführt werden.

Der Prozess der Einvernehmensherstellung für das Bauprogramm 2021ff (bzw. 2022ff) wird fortgeführt.

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

*Mit freundlichen Grüßen
Dipl.-Ing. Herbert Kasser“¹*

Das Schreiben ist generell gehalten, betrifft in der medialen Wahrnehmung² aber insbesondere auch das **Infrastruktur-Großprojekt „Lobautunnel“**, hinsichtlich dessen bereits höchstgerichtliche Entscheidungen zu den Umweltverträglichkeitsprüfungen vorliegen (VwGH vom 22.12.2020 zur GZ Ra 2020/06/0199 ua hinsichtlich Spange Seestadt Aspern; VwGH vom 09.06.2021 hinsichtlich S1 [GZ derzeit unbekannt]).

Beim Projekt S1/Lobautunnel herrscht insofern ein **besonderer Zeitdruck**, als es dort nach der erfolgten letztinstanzlichen Entscheidung nur mehr um eine Anzeige des geplanten Baubeginns nach dem WasserrechtsG³ geht, die aufgrund entsprechender Auflagen in den Wasserrechtsbescheiden bis spätestens 30.07.2021 erfolgen müsste. Wird dieses kurze Zeitfenster nicht genutzt, wäre nach unseren Informationen eine Aufhebung der bestehenden Wasserrechtsbescheide und damit eine mehrjährige Verzögerung des Projekts samt deutlicher Verteuerung zu gewärtigen. Mit dieser Anzeige geht keine Verpflichtung einher, den Baubeginn tatsächlich in Angriff zu nehmen. Überdies wäre bei Nichteinhaltung der obigen Frist eine neue Vereinbarung mit der ÖBB-Infrastruktur AG bezüglich Gleissperren, verbunden mit der Einholung neuer eisenbahnrechtlicher Bewilligungen erforderlich.

Im vorliegenden Zusammenhang sind daher die **folgenden Fragen rechtlich zu prüfen:**

1. Handelt es sich bei dem Schreiben vom 25.06.2021 um eine Weisung an den Vorstand, oder wie ist das Schreiben sonst rechtlich zu qualifizieren?
2. Falls es sich um eine Weisung handelt, ist eine solche Weisung aktienrechtlich bzw. sonst rechtlich zulässig?
3. Welche Rechte und Pflichten ergeben sich für den Vorstand der ASFINAG anlässlich dieses Schreibens?

¹ Das Schreiben liegt uns nicht im Original vor.

² Vgl nur *Krutzler*, Untertunnel, Der Standard 10./11.7.2021, Seiten 4 und 5, wonach das Milliardenprojekt Lobautunnel nach 20 Jahren Vorarbeiten wieder in Schwebe ist.

³ § 112 Abs 6 WRG.

C. Rechtliche Beurteilung

I. Zur Zuständigkeit der Bundesministerin für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie

Das Bundesministeriengesetz (BMG) regelt in Punkt J in Teil 2 der Anlage zu § 2 die Zuständigkeit der Bundesministerien und dabei auch jene des BMK. Nach Z 12 fallen in die Zuständigkeit des BMK Angelegenheiten der Unternehmungen, die durch Bundesgesetz mit dem Bau und der Erhaltung von Bundesstraßen betraut sind. Dazu gehören insbesondere auch: Die Verwaltung der Anteilsrechte des Bundes an der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, sowie an der Alpen Straßen Aktiengesellschaft und der Österreichischen Autobahnen- und Schnellstraßen Aktiengesellschaft, solange der Bund Aktionär dieser Gesellschaften ist. Daraus folgt, dass die Bundesministerin für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie die Republik Österreich als Alleinaktionärin der ASFINAG (die auch als solche im Firmenbuch eingetragen ist⁴) vertritt.

Nach § 7 BMG gliedern sich die Bundesministerien in Sektionen, diese wieder in Abteilungen. Alle zum Wirkungsbereich eines Bundesministeriums gehörenden Geschäfte sind unter Bedachtnahme auf ihre Bedeutung und ihren Umfang nach Gegenstand und sachlichem Zusammenhang auf die einzelnen Sektionen und Abteilungen aufzuteilen.

§ 10 BMG sieht vor, dass geeignete Bedienstete mit der Leitung der Sektionen zu betrauen sind. Nach Art 20 B-VG sind Organe der Verwaltung an die Leitung der obersten Organe des Bundes (und der Länder) gebunden. Ein Bundesminister kann zwar nach § 10 Abs 1 BMG den Sektions-, Gruppen-, Abteilungs- und Referatsleitern bestimmte Gruppen von Angelegenheiten zur selbständigen Behandlung übertragen. Davon unberührt bleibt aber gemäß § 10 Abs 3 BMG das Weisungsrecht nach Art 20 B-VG. Herr DI Herbert Kasser ist der Leiter der Sektion II „Mobilität“ im BMK. Damit unterliegt er dem Weisungsrecht der Bundesministerin.

Uns ist nicht bekannt, wie es ministeriumsintern zu dem Schreiben vom 25.06.2021 von Herrn DI Herbert Kasser gekommen ist. Weiters liegt uns nur der Wortlaut des Schreibens vor und nicht das Originaldokument. Nach den obigen Ausführungen wäre aber eine Weisung der Bundesministerien für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie an Herrn DI Herbert Kasser zur Erteilung einer Weisung an den Vorstand der

⁴ Im Firmenbuch unter FN 92191a als Alleinaktionärin eingetragen ist „Republik Österreich“ ohne nähere Angaben.

ASFINAG denkbar. Eine abschließende Beurteilung ist uns aber nicht möglich. Eine allfällige Verantwortlichkeit der Bundesministerin ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens.

II. Zur Auslegung des Schreibens vom 25.6.2021

Sollte das gegenständliche Schreiben nicht als Weisung der Bundesministerin zu qualifizieren sein, so wäre das Schreiben aus gesellschaftsrechtlicher Sicht jedenfalls nicht bindend für den Vorstand. Sofern aber das Schreiben als Weisung anzusehen ist, ist weiter zu prüfen, ob diese Weisung für den Vorstand der ASFINAG bindend ist.

Der Begriff „Weisung“ oder ein vergleichbar eindeutiger Begriff wird in dem Schreiben vom 25.6.2021 nicht verwendet. Dennoch ergibt sich aus der Wortwahl, dass nicht nur eine unverbindliche Anregung, etc gemeint sein dürfte. Es heisst nämlich ausdrücklich, dass keine Ausschreibungen, etc „vorzunehmen sind“. Dies wird „mitgeteilt“, ohne dass eine Zustimmung oder ein Einverständnis des Vorstands verlangt wird, der doch an sich das zuständige Organ für die Vornahme derartiger Handlungen wäre.

Wenn daher auch ein ausdrücklicher Imperativ (möglicherweise bewusst) vermieden wurde, ist die Botschaft an den Vorstand doch klar: Er soll und darf derartige Ausschreibungen, etc (zumindest vorläufig) nicht vornehmen.

Wir gehen daher davon aus, dass das Schreiben des BMK **inhaltlich als Weisung zu qualifizieren ist**, wenn auch die ausdrückliche Bezeichnung als solche fehlt. Dies deckt sich im Übrigen mit der ganz eindeutigen Interpretation in den Medien, die (ohne medial erkennbaren Widerspruch seitens des BMK) stets von einer Weisung an den Vorstand der ASFINAG sprechen.⁵

III. Zur Weisungsfreiheit generell

Der Vorstand leitet die Aktiengesellschaft seit dem AktG 1937 **gemäß § 70 AktG „unter eigener Verantwortung“**. Dies wird in der völlig einhelligen Lehre dahingehend interpretiert, dass der Vorstand die Gesellschaft **weisungsfrei und unabhängig leitet**.⁶ Damit sollte die Position des Vorstands gegenüber der Hauptversammlung bzw den Aktionären gestärkt

⁵ Vgl nur *Gebhart*, Kurz gegen Gewessler, Kurier 10.7.2021, wo es heißt: „Mit einer einzigen Weisung hat Verkehrs- und Klimaschutzministerin Gewessler (Grüne) alle neun Bundesländer gegen sich aufgebracht.“

⁶ *Adensamer in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 70 Rz 2; *J. Reich-Rohrwig in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 70 Rz 18; *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 70 Rz 6; *Hüffer/Koch*, AktG¹⁵ § 76 Rz 25; *Spindler in MünchKomm AktG*⁵ § 76 Rz 22.

werden. Hintergrund der Regelung war neben allgemein-politischen Vorstellungen zur Entstehungszeit des AktG 1937 (Stichwort „Führerprinzip“)⁷ auch die Vorstellung, dass die Aktiengesellschaft mit ihrem potenziell unüberschaubaren und rasch wechselnden Aktionärskreis am besten funktioniert, wenn der Einfluss der Aktionäre auf Grundlagengeschäfte wie Satzungsänderungen, etc beschränkt bleibt. Korrespondierend dazu ist die Position des Vorstands auch personell dadurch abgesichert, dass nicht die Hauptversammlung direkt, sondern nur der Aufsichtsrat ihn abberufen kann und dafür gem § 75 Abs 4 AktG zusätzlich ein wichtiger Grund erforderlich ist.⁸

Dieser Grundsatz der Weisungsfreiheit des Vorstands ist **zwingend** und kann daher auch nicht durch Satzungsgestaltung abgeschwächt oder aufgehoben werden.⁹ Eine Lockerung dahingehend, dass ein Weisungsrecht zumindest in nicht börsennotierten Aktiengesellschaften in der Satzung verankert werden kann, wurde zwar immer wieder in der Literatur diskutiert¹⁰, wie etwa im Juristentags-Gutachten von *Kalss/Schauer* zur Reform des Kapitalgesellschaftsrechts (2006), aber bis heute nicht umgesetzt.

Der Grundsatz der Weisungsfreiheit des Vorstandes gilt **unabhängig von der Aktionärsstruktur** der konkreten Aktiengesellschaft; er gilt somit nicht nur bei Aktiengesellschaften im Streubesitz, sondern auch bei solchen mit einem Mehrheitsaktionär oder gar einem Alleinaktionär.¹¹

Im vorliegenden Fall bestünde freilich die Möglichkeit des Gesetzgebers, durch **sondergesellschaftsrechtliche Regelungen** eine abweichende Regelung zur Weisungsfreiheit vorzusehen.¹² Im ASFINAG-Gesetz sowie im ASFINAG-Ermächtigungsgesetz ist freilich **keine derartige abweichende Regelung erfolgt**.

Aus der rechtlichen Unzulässigkeit von Weisungen folgt freilich in der Praxis nicht immer ihre gänzliche Unbeachtlichkeit. In der Praxis wird sich der Vorstand den mehr oder weni-

⁷ Vgl. *Kalss/Burger/Eckert*; Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts 320 ff; *P. Doralt/M. Doralt*, Die Unabhängigkeit des Vorstands nach österreichischem und deutschem Aktienrecht – Schein und Wirklichkeit in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch für den Vorstand § 2 Rz 9 ff.

⁸ *Adensamer/Bertsch in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 75 Rz 13; *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 75 Rz 21; *J. Reich-Rohrwig/Szilagyi in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 75 Rz 205.

⁹ *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 92 f; *J. Reich-Rohrwig in Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 70 Rz 45.

¹⁰ *Kalss/Schauer*, Gutachten 16.Österreichischer Juristentag (2006) 169 ff.

¹¹ *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 92 f; *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 70 Rz 7.

¹² So auch *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ Rz 376, wonach bei Aktiengesellschaften durch den Gesetzgeber eine von § 70 AktG abweichende Bestimmung erlassen werden muss.

ger formell vorgebrachten „Wünschen“ eines Großaktionärs vielfach nicht entziehen (können). Auch für den staatsnahen Bereich ist eine derartige informelle Einflussnahme wohl immer wieder gegeben.¹³

Auch der **OGH** hat diese Realität, die sich vor allem in Konzernverhältnissen mit einem Mehrheitsaktionär zeigt, in gewissem Umfang zur Kenntnis genommen. In seiner aktuellen Entscheidung vom 25.11.2020, 6 Ob 209/20h, betreffend Waagner-Biro¹⁴ hat er dazu ausgeführt wie folgt: *„Vorstand und Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft sind – aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Position – gerade nicht befugt, in die Leitung der „untergeordneten“ Konzernglieder direkt – wie in der eigenen Gesellschaft – einzugreifen bzw rechtlich verbindliche Weisungen zu erteilen (Schima/Arlt in Haberer/Krejci, Konzernrecht Kap 9 Rz 9.14; ähnlich Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 3/1108). Auch der Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft ist nur Aufsichtsrat der Obergesellschaft und nicht des Konzerns (...). Allerdings entspricht es der üblichen Praxis, dass den Vorständen der Konzerngesellschaften von der Konzernleitung (etwa dem Vorstand der Obergesellschaft) Weisungen erteilt werden, die auch ungeachtet der Weisungsfreiheit nach § 70 Abs 1 AktG de facto befolgt werden; dass konzernrechtliche Weisungen nicht schlechthin der Nichtigkeit anheimfallen, solange sie den Vorstand nicht an der Wahrung der Unternehmensinteressen der beherrschten Gesellschaft hindern, erscheint nach der Entscheidung 9 ObA 28/07v als gangbare Lösung, um das beträchtliche Interesse der Wirtschaft an „funktionierenden“ Konzernen mit der zwingenden Regelung des § 70 AktG in Einklang zu bringen (vgl. Schima/Arlt in Haberer/Krejci, Konzernrecht Kap 9 Rz 9.29 und Rz 9.122 ff; Schima, Zustimmungsvorbehalte als Steuerungsmittel des Aufsichtsrates in der AG und im Konzern, GesRZ 2012, 35 [III.3]).“* In der früheren Entscheidung vom 28.9.2007, 9 ObA 28/07v, hatte der OGH bereits festgehalten, dass konzernrechtliche Weisungen nicht schlechthin der Nichtigkeit anheimfallen, solange sie den Vorstand nicht an der Wahrung der Unternehmensinteressen der beherrschten Gesellschaft hindern.

Daraus ergibt sich nach dem OGH die **Zulässigkeit einer gewissen Einflussnahme**, freilich nur insoweit, als dadurch der Vorstand nicht an der **Wahrung der Unternehmensinteressen** seiner (beherrschten) Gesellschaft gehindert wird. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall freilich nicht erfüllt, wie noch weiter unten gezeigt wird. Es ist nämlich anzunehmen, dass die jahrelangen behördlichen Verfahren mit Beratungskosten und sonstigem Aufwand, möglicherweise sogar im sechs- oder siebenstelligen Bereich, verbunden waren. Derartige Aufwendungen könnten sich aufgrund eines nunmehr verhängten „Baustopps“ als frustrierte Aufwendungen und damit als Schaden der Gesellschaft erweisen. Die Befolgung des gegenständlichen Schreibens würde daher nach unserer Ansicht nicht die Unternehmensinteressen der ASFINAG wahren.

¹³ Zum Verhältnis von Recht und Realität diesbezüglich *P. Doralt/M. Doralt*, Die Unabhängigkeit des Vorstands, in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch für den Vorstand § 2 Rz 49 ff.

¹⁴ OGH 25.11.2020, 6 Ob 209/20h ecollex 2021/366.

Überdies ist zu beachten, dass die Position des OGH in der Literatur keineswegs auf Zustimmung gestoßen ist. So hat etwa *Koppensteiner* in seiner jüngst erschienenen Glosse zur obigen OGH-Entscheidung wörtlich ausgeführt wie folgt: „*Deutlich zu widersprechen ist der auf die „übliche Praxis“ und das Interesse der Wirtschaft an „funktionierenden“ Konzernen gestützten Auffassung des OGH, an T¹⁵ gerichtete Weisungen des Vorstands seien nicht nichtig, solange sie den Vorstand (gemeint ist jener der T) nicht daran hindert, die Interessen „seiner“ Gesellschaft zu wahren. Nicht nichtig kann nur wirksam bedeuten. Damit würde dem Vorstand der T eine mit § 70 gewiss nicht vereinbare Darlegungslast aufgebürdet. Er müsste in jedem Einzelfall begründen, dass und warum die ihm angesonnene Maßnahme mit dem in der T gebündelten Interesse aller Aktionäre unverträglich ist. Das ist nicht nur rechtswidrig, sondern auch unzumutbar. Hätte der OGH recht, dann müsste der Vorstand von T unter dem Damoklesschwert leben, wegen Pflichtwidrigkeit in Anspruch genommen zu werden und/oder seine Position einzubüßen. Die übliche Praxis und das Interesse der Wirtschaft liefert demgegenüber kein taugliches Argument. In Deutschland hat sich, soweit ersichtlich auch noch niemand darauf berufen.*“¹⁶

In der Tat besteht uE angesichts des Charakters der **Weisungsfreiheit als Kernmerkmal der aktienrechtlichen Corporate Governance** kein Anlass, dieses Prinzip „aufzuweichen“. Das entspricht auch der ganz hM in Deutschland¹⁷, und zwar auch im faktischen Konzern.¹⁸

IV. Zur Vorlagepflicht des Vorstands

§ 103 Abs 2 AktG sieht ein **Recht des Vorstands** vor, Angelegenheiten der Hauptversammlung zur Beschlussfassung vorzulegen, wenn (und nur wenn) der Vorstand (bzw. der Aufsichtsrat bei zustimmungspflichtigen Geschäften) von sich aus entscheidet, eine Angelegenheit der Hauptversammlung vorzulegen.

In diesem Fall ist diese Entscheidung für den Vorstand bindend. Eine echte Ausnahme vom Prinzip der Weisungsfreiheit liegt darin freilich nicht, weil es eben die Entscheidung des Vorstands bleibt, ob er eine solche Vorlage vornimmt oder nicht. Hintergrund für derartige Vorlagen in der Praxis ist in der Regel die Absicht des Vorstands, dadurch eine **Absicherung gegen seine mögliche Haftung** zu erreichen. Gemäß § 84 Abs 4 AktG haftet der

¹⁵ = die Tochtergesellschaft.

¹⁶ *Koppensteiner*, WBl 2021/97, 346.

¹⁷ *Spindler* in Münchener Komm AktG⁵ § 76 Rz 22 mwN: „Er (Anm: der Vorstand) kann frei handeln und ist dabei allein den Beschränkungen des Marktes unterworfen. Weder die Hauptversammlung noch der Aufsichtsrat, weder ein Großaktionär noch ein außenstehender Dritter können ihm Weisungen erteilen.“

¹⁸ *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 70 Rz 7; *Spindler* in Münchener Komm AktG⁵ § 76 Rz 44; *Hüfner/Koch*, AktG¹⁵ § 76 Rz 52; *Grigoleit*, AktG² § 76 Rz 103. Eine Ausnahme besteht nur beim (in Deutschland gesetzlich geregelten) Beherrschungsvertrag, dazu siehe unter V.

Vorstand nämlich nicht gegenüber der Gesellschaft, wenn sein Handeln auf einem gesetzmäßigen Beschluss der Hauptversammlung beruht.¹⁹ Ein Ausschluss der Haftung gegenüber Gläubigern besteht hingegen gem § 84 Abs 5 AktG nicht, wenn diese Ansprüche für die Befriedigung der Gläubiger erforderlich sind.²⁰

Der deutsche BGH hat freilich darüber hinausgehend in der berühmten *Holz Müller*-Entscheidung aus 1982²¹ sowie in den nachfolgenden *Gelatine*-Entscheidungen aus 2004²² judiziert, dass bestimmte Angelegenheiten von grundsätzlicher Bedeutung sehr wohl der Hauptversammlung vorzulegen sind. Während dies früher mit einer „Ermessensschrumpfung“ zu § 103 Abs 2 AktG²³ begründet wurde,²⁴ liegt die Begründung heute nach hM in einer Gesamtanalogie zu den verschiedenen gesetzlich vorgesehenen Kompetenzen der Hauptversammlung in Strukturfragen. Der österreichische OGH hat diesbezüglich bisher eine klare Positionierung vermieden. In mehreren Entscheidungen²⁵ hat er aber Sympathien für die einschlägige Rechtsprechung des BGH anklingen lassen. In der österreichischen Lehre wird allgemein erwartet, dass sich der OGH, sollte diese in einem konkreten Fall tatsächlich relevant sein, für eine **Übernahme der Grundsätze des BGH** entscheiden würde.²⁶

Voraussetzung für die Anwendung dieser „ungeschriebenen Hauptversammlungskompetenzen“ ist aber, dass es sich um eine Maßnahme handelt, die **quantitativ und qualitativ mit erheblichen Eingriffen in die Rechte der Aktionäre** verbunden ist. Die quantitative Schwelle wird bei ca. 70 – 80 % des Gesellschaftsvermögens angesetzt.²⁷ Zusätzliche Voraussetzung ist aber auch ein qualitativer Eingriff in die Aktionärsrechte, wie er den gesetzlichen Hauptversammlungskompetenzen vergleichbare Intensität aufweist. Paradebeispiel sind Fälle der „Ausgliederung“ vom Vermögen der AG in eine Tochtergesellschaft, womit

¹⁹ *Adensamer in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 84 Rz 54; *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 84 Rz 29; *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 391.

²⁰ *Adensamer in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 84 Rz 54; *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 84 Rz 35; *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 413.

²¹ BGH 25.2.1982, II ZR 174/80 BGHZ 83, 122 = AG 1992, 1703.

²² BGH 26.4.2004, II ZR 155/02 BGHZ 159, 30 = AG 2004, 384; BGH 26. 4. 2004, II ZR 154/02 NZG 2004, 575.

²³ Bzw der deutschen Parallelbestimmung in § 119 Abs 2 AktG.

²⁴ BGH 25.2.1982, II ZR 174/80 BGHZ 83, 122 = AG 1992, 1703; *Koch in Hüffer/Koch*, AktG¹⁵ § 119 Rz 16 ff.

²⁵ OGH 11.3.1996, 1 Ob 566/95; OGH 9.10.2014, 6 Ob 77/14p GesRZ 2015, 136; OGH 26.4.2018, 6 Ob 38/18h; vgl jüngst *Rüffler*, Die Aktionärsklage, ÖJZ 2021, 405.

²⁶ *J. Reich-Rohrwig/Dibon in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 74 Rz 22; *Bydlinski/Potyka in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 103 Rz 21.

²⁷ *Arnold/Ettmayer in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 103 Rz 15; *Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 103 Rz 33; *Bydlinski/Potyka in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 103 Rz 22; *Hüffer/Koch*, AktG¹⁵ § 119 Rz 20; *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 473.

diese Vermögenswerte dem direkten Zugriff der Aktionäre entzogen werden (**Mediatisierungseffekt**). So ging es etwa im *Holz Müller*-Fall um die Ausgliederung des das Kernvermögen der AG bildenden Seehafenbetriebs in eine Tochtergesellschaft.

Im vorliegenden Fall sind unseres Erachtens sowohl die quantitativen als auch die qualitativen Kriterien derartiger ungeschriebener Hauptversammlungskompetenzen nicht erfüllt. Insbesondere handelt es sich bei der Frage, ob eine (wenn auch besonders bedeutende) Straße bzw. ein Tunnel gebaut werden soll oder nicht, um eine **klassische Geschäftsführungsmaßnahme**. Für derartige Geschäftsführungsmaßnahmen besteht mangels Mediatisierungseffekts gerade keine ungeschriebene Hauptversammlungskompetenz, mag es sich auch um betriebswirtschaftlich besonders bedeutsame Entscheidungen für die AG handeln.²⁸

Daran ändert auch die Klausel in § 7 Abs 3 der Satzung der ASFINAG nichts, wo es heißt: *„Maßnahmen, die zu einer erheblichen Veränderung der Geschäftstätigkeit oder zu einer grundlegenden Veränderung der Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage oder der Risikostruktur der Gesellschaft führen können, bedürfen jedenfalls der vorherigen Zustimmung der Hauptversammlung.“* Auch diese Klausel ist nämlich dahingehend zu interpretieren, dass sie keine reinen Geschäftsführungsmaßnahmen erfasst. Die satzungsmäßige Erweiterung (ungeschriebener) Hauptversammlungskompetenzen setzt nämlich voraus, dass der Eingriff in die Herrschafts- und Vermögensrechte der Aktionäre in Summe eine gewisse Intensität erreicht. Dies ist bei reinen Geschäftsführungsmaßnahmen, mögen sie auch finanziell bedeutsam sein, nicht der Fall.²⁹

Insgesamt ergibt sich im vorliegenden Fall daher auch **keine Pflicht des Vorstands**, von sich aus eine Beschlussfassung der Hauptversammlung einzuleiten. Eine solche Vorlage ist auch faktisch nicht erfolgt, vielmehr ging die Initiative von der Alleinaktionärin selbst aus.

V. Vertragliche Weisungsbindung (?)

1. „Fruchtgenussvertrag“

Das Schreiben des BMK beruft sich in seinem Betreff ausdrücklich auf einen „**Fruchtgenussvertrag** vom 22.5.2014“. Der Gesamtinhalt dieses Vertrages ist uns nicht bekannt. Grundlage dafür ist offenbar § 10 des ASFINAG-Ermächtigungsgesetzes 1997. Darin ist Folgendes festgehalten: *„In dem mit der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft gem § 2 abzuschließenden Fruchtgenussvertrag ist dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie das Recht einzuräumen, der Autobahnen- und*

²⁸ Arnold/Ettmayer in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 103 Rz 15 ff; Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 103 Rz 31; Bydlinski/Potyka in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 103 Rz 22.

²⁹ Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 473, 731.

Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft Zielvorgaben zu setzen und eine begleitende Kontrolle hinsichtlich der Maßnahmen der Gesellschaft einschließlich der Planungsmaßnahmen durchzuführen. Insbesondere ist vorzusorgen, dass dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie die Erlassung der für die technische Durchführung anzuwendenden Vorschriften vorbehalten bleibt und ihm jährlich im Vorhinein die Plan-, Gewinn- und Verlustrechnung und Plan-Bilanz vorgelegt werden.“

Laut den Erläuternden Bemerkungen zu § 10 ASFINAG-Ermächtigungsgesetz wird damit auf die Erhaltung des Rechts des zuständigen Bundesministers Rücksicht genommen, „auf Bau und Erhaltung des Straßennetzes auch weiterhin grundlegenden Einfluss zu nehmen.“³⁰

Der angesprochene Fruchtgenussvertrag liegt uns nicht zur Gänze vor. Uns wurde lediglich der Text von Punkt IV. Abs 2 übermittelt, also jener Bestimmung, auf die sich die „Weisung“ bezieht. Die Bestimmung lautet wie folgt:

„Der Bund ist berechtigt, der ASFINAG und ihren Tochtergesellschaften Zielvorgaben hinsichtlich der verkehrs-, sicherheits- und bautechnischen Ausgestaltung zu setzen und eine begleitende Kontrolle hinsichtlich der Maßnahmen der ASFINAG und ihrer Tochtergesellschaften einschließlich der Planungsmaßnahmen durchzuführen. Dem Bund, vertreten durch den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten, bleibt die Erlassung der für die technische Durchführung sowie der bei der Vergabe von öffentlichen Bauaufträgen geltenden Grundsätze entsprechend den im Bereich der Wirtschaftsverwaltung des Bundes anzuwendenden Vorschriften vorbehalten.“

Der in § 10 ASFINAG-Ermächtigungsgesetz und Punkt IV. Abs 2 des Fruchtgenussvertrags verwendete Begriff der „Zielvorgabe“ ist auslegungsbedürftig. Fraglich ist, ob derartige Zielvorgaben sich zu einer konkreten Weisung, wie im vorliegenden Fall wohl gegeben, „verdichten“ können.

Nach unserem Verständnis umfasst der Begriff der **Zielvorgabe** lediglich die Vorgabe von Zielen auf einer bestimmten höheren Abstraktionsebene, nicht hingegen konkrete Eingriffe in operative Entscheidungen. Der Duden nennt als synonyme Begriffe zur Zielvorgabe Begriffe wie Handlungshilfe, Leitfaden, Marschrichtung, Maßgabe, Programm, Richtlinie, Richtschnur, Zielsetzung oder Guideline. Daher kann unseres Erachtens ein konkreter, alle laufenden Projekte umfassender Stopp von Ausschreibungen, Grabungen, öffentlich-rechtlichen Anzeigen, etc auf die Vorgabe von „Zielvorgaben“ nicht gestützt werden.

Dafür sprechen auch die Gesetzesmaterialien zu § 10 ASFINAG-Ermächtigungsgesetz, die dem Bund einen „grundlegenden Einfluss“ auf Bau und Erhaltung des Straßennetzes zusichern, aber eben keine direkten operativen Eingriffe.

³⁰ EBRV 698 BlgNR 20. GP, 13.

Überdies spricht Punkt IV. Abs 2 des Fruchtgenussvertrags lediglich von Zielvorgaben hinsichtlich der verkehrs-, sicherheits- und bautechnischen Ausgestaltung. Im vorliegenden Fall geht es hingegen um Vorgaben aufgrund der Berücksichtigung von Umwelt- und Klimaschutzbelangen. Diese sind in der uns vorliegenden Fassung des Fruchtgenussvertrags aber nicht enthalten.

Selbst wenn aber aufgrund von § 10 ASFINAG-Ermächtigungsgesetz eine Kompetenz der Republik bzw des BMK bestehen sollte, dem Vorstand die Zielvorgabe zu machen, künftig Aspekte des Natur- und Klimaschutzes verstärkt zu berücksichtigen, so umfasst dies nicht das Recht, dem Vorstand die Vornahme von Ausschreibungen, öffentlich-rechtlichen Anzeigen, etc bis zur Vornahme einer entsprechenden Evaluierung generell zu untersagen. Dies ist nämlich eine eindeutig dem operativen Bereich zuzuordnende ausschließliche Kompetenz des Vorstands.

2. Beherrschungsvertrag?

Wie bereits oben unter III. erörtert ist die Weisungsfreiheit des Vorstands ein zwingendes Merkmal der AG. Eine vertragliche Konstellation, in der die ex lege gegebene Weisungsfreiheit des Vorstands vertraglich eingeschränkt wird, ist beim sogenannten **Beherrschungsvertrag** gegeben. Darunter versteht man einen Unternehmensvertrag, durch den sich eine Gesellschaft der Leitung eines anderen Unternehmens unterwirft.³¹ Dieser Beherrschungsvertrag ist im österreichischen Recht in Ermangelung eines kodifizierten Konzernrechts, anders als im dAktG, nicht geregelt, sodass seine Zulässigkeit in Österreich umstritten ist. Ein derartiger Beherrschungsvertrag steht nämlich notwendigerweise in einem Spannungsverhältnis zur Weisungsfreiheit gem § 70 AktG. Daher wurde seine Zulässigkeit in der älteren Lehre überwiegend verneint.³² Von der neueren Lehre wird hingegen seine Zulässigkeit, zumindest in gewissem Umfang, überwiegend bejaht. Insbesondere von *Rüffler* wurde herausgearbeitet, dass verschiedene Bedenken gegen den Beherrschungsvertrag, insbesondere die Verletzung von § 70 AktG, das Vorliegen einer sittenwidrigen Knebelung im Sinne von § 879 ABGB und ein Widerspruch zum Wesen der juristischen Person, nicht vorliegen.³³ Von Teilen der Lehre wird auch lediglich die Zulässigkeit eines sogenannten Beherrschungsvertrags mit beschränkter Wirkung anerkannt, bei welchem es der Gesellschaft verboten bleibt, für sie nachteilige Weisungen entgegenzunehmen, insbesondere solche, die gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen.³⁴

³¹ Vgl nur *Enzinger*, Unternehmensverträge, in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht Rz 14.4 ff.

³² Insbesondere *Vanis*, Beherrschung von Kapitalgesellschaften 89 ff; *Artmann*, Gesellschaftsrechtliche Fragen der Organschaft 165 ff, 199f.

³³ *Rüffler*, Lücken im Umgründungsrecht 46; *Rüffler*, Zur Zulässigkeit des Beherrschungsvertrags im österreichischen Recht, in FS Koppensteiner 149 (165 f).

³⁴ *Auer* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 15 Rz 24; *Doralt/Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 15 Rz 99.

Der Fruchtgenussvertrag dürfte seinem Inhalt nach **keinen derartigen Beherrschungsvertrag** bilden. Dafür spricht schon die schlichte Tatsache, dass er gerade nicht als solcher bezeichnet ist. Wäre sein Ziel tatsächlich eine organisatorische Eingliederung, wäre eine Bezeichnung als „Beherrschungsvertrag“ oder als „Organschaftsvertrag“ naheliegend. Dem gegenüber weist die Bezeichnung als Fruchtgenussvertrag in eine gänzlich andere Richtung.

Überdies wäre ein solcher Beherrschungsvertrag von gewissen formalen Voraussetzungen, insbesondere einem Hauptversammlungsbeschluss als Wirksamkeitsvoraussetzung abhängig.³⁵ Ob diese im Fall des „Fruchtgenussvertrags“ eingehalten wurden ist uns nicht bekannt.

Auch aus der gesetzlichen Grundlage in § 10 ASFINAG-Ermächtigungsgesetz ergibt sich keine Zulässigkeit einer solchen (vertraglichen) Beherrschungsmöglichkeit, sondern eben nur die im Fruchtgenussvertrag umgesetzte Möglichkeit abstrakter Zielvorgaben. Eine Abbedingung der Weisungsfreiheit des Vorstands gem § 70 AktG ist damit nicht verbunden.

Auch aus dem in Punkt IV. Abs 2 verwendeten Begriff der „begleitenden Kontrolle“ ergibt sich nichts Anderes. Eine solche ist nämlich nicht automatisch mit einem Weisungsrecht verbunden. Vielmehr kommt einem Dritten, der als begleitende Kontrolle eingesetzt wird, nur dann ein solches Weisungsrecht zu, wenn der Auftraggeber selbst sich ein solches ausbedungen hat. Dies ist im vorliegenden Fall aber wie oben erörtert gerade nicht gegeben.

3. Satzung, Geschäftsordnung und Anstellungsvertrag

Die Weisungsfreiheit kann dagegen nicht, wie erwähnt, durch Satzungsgestaltung abgeschwächt oder aufgehoben werden.³⁶ In der Satzung kann lediglich die Geschäftsführungsbefugnis dahingehend eingeschränkt werden, dass bestimmte Geschäfte der Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats unterworfen werden.³⁷ Dagegen kann die Entscheidungskompetenz der Hauptversammlung nur dann vorgesehen werden, wenn das AktG eine diesbezügliche Ermächtigung enthält.³⁸ Dies gilt nur für einzelne Bereiche wie etwa für die Erteilung der Zustimmung zur Übertragung vinkulierter Namensaktien gemäß § 62 Abs 2 AktG.³⁹ Weitere Beschränkungen der Geschäftsführungsbefugnis können sich aus einer Geschäftsordnung für den Vorstand oder aus einem Anstellungsvertrag ergeben.

³⁵ *Enzinger*, Unternehmensverträge, in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht Rz 14.35; *Gall* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 238 Rz 31.

³⁶ Vgl nur *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 92 f.

³⁷ *J. Reich-Rohrwig/Dibon* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 74 Rz 11; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 74 Rz 2.

³⁸ *J. Reich-Rohrwig/Dibon* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 74 Rz 16 FN 31; *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 103 Rz 16.

³⁹ *Bydlinski/Potyka* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 103 Rz 12; *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 103 Rz 17.

Nach § 8 der Satzung der ASFINAG hat der Vorstand bei bestimmten Geschäften die Zustimmung des Aufsichtsrats einzuholen. Zustimmungskompetenzen der Hauptversammlung sind in der Satzung nicht vorgesehen und wären wie ausgeführt ohnehin nur beschränkt möglich.

Die **Geschäftsordnung** für den Vorstand, die wohl nach § 7 Abs 1 der Satzung erlassen wurde, liegt uns nicht vor. Auch die **Anstellungsverträge** der Vorstandsmitglieder liegen uns nicht vor. Ob darin allfällige Zustimmungspflichten geregelt wurden, kann daher nicht beurteilt werden. Die Vereinbarung eines Weisungsrechts der Hauptversammlung oder des Alleinaktionärs wäre aber auch in einer Geschäftsordnung oder in einem Anstellungsvertrag nicht zulässig. Dies ergibt sich schon daraus, dass Geschäftsordnungen der Satzung hierarchisch untergeordnet sind.⁴⁰

VI. Keine rechtswidrigen Weisungen

Die bisherigen Ausführungen bezogen sich auf die Frage der Zulässigkeit von Weisungen, die grundsätzlich gesetz- und rechtmäßig sind. Wenn bereits grundsätzlich **rechtmäßige** Weisungen an den Vorgaben des Aktienrechts scheitern, muss dies umso eher für **rechtswidrige** Weisungen gelten. Derartige rechtswidrige Weisungen müssen schon im GmbH-Recht, welches eine Weisungsbindung ausdrücklich vorsieht,⁴¹ von den Geschäftsführern nicht befolgt werden. Das gilt jedenfalls für nichtige Gesellschafterbeschlüsse, die etwa gegen das Gesetz verstoßen oder zu einer strafbaren Handlung verleiten.⁴²

Es muss daher im vorliegenden Fall konkret geprüft werden, ob die gegenständliche „Weisung“ nicht rechtswidrige Inhalte umfasst. Insbesondere stellt sich die Frage, ob durch Befolgung dieser Weisung die ASFINAG bereits rechtsgültig abgeschlossene **Verträge** verletzen würde. Diesbezüglich liegen uns derzeit keine Informationen vor. Sollte dies aber der Fall sein, so würde nach unserer Ansicht eine rechtswidrige und damit jedenfalls eine nicht verbindliche Weisung vorliegen.

Weiters stellt sich die Frage, ob sich nicht aus den laufenden bzw. bereits abgeschlossenen **öffentlich-rechtlichen Verfahren** nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten für die ASFINAG ergeben. Sollte dies der Fall sein, wäre die Verletzung derartiger Pflichten ebenfalls rechtswidrig. An der Verlängerung der S1 hängt laut Medienberichten auch die sogenannte

⁴⁰ *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 342 ff.

⁴¹ § 20 Abs 1 GmbHG.

⁴² Bei anfechtbaren Beschlüssen haben die Geschäftsführer eine Abwägung der Wahrscheinlichkeit einer erfolgreichen Anfechtung sowie eine Folgenabschätzung vorzunehmen, soweit die Ausführung nicht gemäß § 42 Abs 4 GmbHG einstweilig untersagt ist. Wenn ein Beschluss unangefochten geblieben ist, bindet er dagegen die Geschäftsführer; *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 20 Rz 32; *U.Torggler* in *U.Torggler*, GmbHG § 20 Rz 17; *Rieder* in *FAH*, GmbHG § 20 Rz 12.

Stadtstraße zur Seestadt Aspern, deren Baustart im September 2021 erfolgt und die als solche von der „Evaluierung“ nicht betroffen ist (weil kein Bundesvorhaben). Laut Auskunft der zuständigen Stadträtin müssen die Zufahrten zur Seestadt von West und Ost laut UVP-Bescheid in Betrieb sein, was nach der „Evaluierung“ nicht mehr der Fall wäre.⁴³

Zudem ist zu prüfen, ob sich aus der „Weisung“ nicht konkrete **Schäden für die Gesellschaft** ergeben. Dies liegt nahe, da sich die ASFINAG in der Vergangenheit über viele Jahre bemüht hat, die nunmehr „auf Eis gelegten“ Bauprojekte, darunter insbesondere den Lobau-Tunnel, zu betreiben. Es ist anzunehmen, dass die jahrelangen behördlichen Verfahren mit hohen Beratungskosten und sonstigem Aufwand verbunden waren. Derartige Aufwendungen könnten sich aufgrund eines nunmehr verhängten „Baustopps“ als frustrierte Aufwendungen und damit als Schaden der Gesellschaft erweisen. Dies könnte auch dem in § 5 Abs 4 ASFINAG-Gesetz verankerten Grundsatz widersprechen, dass die Gesellschaft (und damit deren Vorstand) bei der Führung der Geschäfte die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu beachten hat.

Sollte daher eine rechtswidrige Weisung vorliegen und der Vorstand sie befolgen, was in weiterer Folge zu einem Schaden der Gesellschaft führt, so würde der Vorstand Gefahr laufen, selbst gegenüber der Gesellschaft ersatzpflichtig zu werden. Denn selbst bei freiwilliger Vorlage einer Maßnahme an die Hauptversammlung (§ 103 Abs 2 iVm § 84 Abs 4 AktG) vermag nur ein gesetz- und rechtmäßiger Beschluss eine Haftung des Vorstands auszuschließen.⁴⁴ Nichtigkeitsbeschlüsse befreien jedenfalls nicht von einer Haftung.⁴⁵ Bei anfechtbaren Weisungsbeschlüssen wird eine Anfechtungspflicht des Vorstands bejaht, wenn für ihn erkennbar ist, dass die Ausführung des rechtswidrigen Beschlusses Schäden für die Gesellschaft verursacht.⁴⁶

Im gegenständlichen Fall liegt nach unseren Informationen gar kein Hauptversammlungsbeschluss vor (sondern nur das Schreiben vom 25.6.2021), sodass eine Anfechtung technisch nicht in Frage kommt. Freilich wird in der Literatur vertreten, dass von einem Alleinaktionär (oder allen Aktionären gemeinsam) im Kontext des § 84 Abs 4 AktG auch außerhalb einer Hauptversammlung formfreie Beschlüsse abgegeben werden können.⁴⁷ Dann ist zwar nicht wie sonst in einer HV eine notarielle Beurkundung erforderlich, es bleibt aber dennoch dabei, dass der Beschluss (inhaltlich) rechtmäßig sein muss. Sollte die Ausführung der „Weisung“ laut dem gegenständlichen Schreiben zu einem Schaden für die Gesellschaft

⁴³ Krutzler, Untertunnelt, Der Standard 10./11.7.2021, S 4. Die Stadtstrasse wurde von der früheren (grünen) Wiener Vizebürgermeisterin Vassilakou genehmigt.

⁴⁴ J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 396, 399.

⁴⁵ J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 399.

⁴⁶ J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 404.

⁴⁷ Nach J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 394 f ist ein überspitzter Formalismus nicht angebracht und die Norm bezüglich der notariellen Beurkundung daher teleologisch zu reduzieren.

führen, so wäre dieser nach unserer Ansicht rechtswidrig und damit nicht zu befolgen, andernfalls der Vorstand gegenüber der ASFINAG haften könnte, wobei er sich nicht auf eine „Weisung“ berufen könnte.

VII. Berücksichtigung öffentlicher Interessen

Bei den in § 70 AktG genannten Interessen, die der Vorstand bei seinen Entscheidungen zu berücksichtigen hat, ist auch das „**öffentliche Interesse**“ genannt. Gerade bei staatsnahen Unternehmen wird eine derartige Berücksichtigung öffentlicher Interessen besonders nahe liegen. Aber auch sonst hat der Gesetzgeber des AktG 1937 angesichts der (auch volkswirtschaftlichen) Bedeutung der AG als Rechtsform der Großunternehmungen das öffentliche Interesse explizit als Handlungsmaxime für den Vorstand festgeschrieben. Es stellt sich daher die Frage, ob die Zulässigkeit der „Weisung“ auf die Beachtung öffentlicher Interessen gestützt werden kann. Das Schreiben vom 25.6.2021 deutet in diese Richtung, ist doch dort von einer *Evaluierung in Hinblick auf die Zielsetzung des Regierungsprogramms 2020* die Rede.

Dabei ist grundsätzlich zu berücksichtigen, dass das öffentliche Interesse gem § 70 AktG (neben den Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer) vom Vorstand lediglich zu „berücksichtigen“ ist, während das vorrangige Handlungsziel für den Vorstand die Maximierung des **Unternehmensinteresses** bleibt.⁴⁸

Da einer AG auch volkswirtschaftliche Bedeutung zukommt, trägt diese mit positiven Ergebnissen durch ihre Unternehmenstätigkeit zum Wohlstand der Gesellschaft und somit zum Gemeinwohl bei.⁴⁹ Insofern besteht also umgekehrt sogar ein öffentliches Interesse am Wohlbestehen einer Aktiengesellschaft.⁵⁰ Auch aus diesem Grund decken sich das öffentliche Interesse und das vom Vorstand zu beachtende Unternehmenswohl regelmäßig.⁵¹ Nach einer Aussage in der Literatur findet die Beachtung des öffentlichen Interesses (für den Vorstand) seine Grenze dort, wo die nachhaltige Rentabilität und der Bestand des Unternehmens gefährdet sind.⁵²

⁴⁸ Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 70 Rz 11; J. Reich-Rohrwig in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 70 Rz 91.

⁴⁹ Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 70 Rz 14.

⁵⁰ Adensamer in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka (Hrsg), AktG § 70 Rz 22.

⁵¹ Adensamer in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka (Hrsg), AktG § 70 Rz 22; J. Reich-Rohrwig in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 70 Rz 102.

⁵² J. Reich-Rohrwig in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 70 Rz 102.

Auch ein Blick in die deutsche Kommentarliteratur lässt erkennen, dass der Vorstand zwar öffentliche Interessen grundsätzlich beachten muss⁵³, allerdings keineswegs verpflichtet ist, primär (also vor dem Unternehmenswohl) solch öffentliche Interessen zu verfolgen⁵⁴. Dies gilt laut der deutschen Literatur (weitgehend) auch für gemischtwirtschaftliche Unternehmen, bei denen der Staat als Aktionär ebenfalls an den Gesellschaftszweck gebunden ist.⁵⁵ Im Ergebnis ist dem Staat als Aktionär die Durchsetzung spezifischer öffentlich-rechtlicher Interessen in der Hauptversammlung zum Nachteil der wirtschaftlichen Belange der Aktiengesellschaft sogar verwehrt.⁵⁶

Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass sich das BMK bei seiner „Weisung“ auf die Wahrnehmung öffentlicher Interessen, namentlich am **Klimaschutz, am Naturschutz und an der Eindämmung eines übergroßen Verkehrsaufkommens** orientiert bzw. sich darauf beruft. Soweit aus der öffentlichen Diskussion ersichtlich, sind aber diese öffentlichen Interessen keineswegs unumstritten. Einerseits gibt es Ansichten, wonach gerade aus Klimaschutzüberlegungen das Bauprojekt Lobau-Tunnel **zweckmäßig** wäre, weil es nämlich dazu führt, die durch exzessive Staubbildung auf der sogenannten Südost-Tangente verursachten Abgase zu reduzieren. Mit einer kompletten S1-Nordostumfahrung könnte laut Verkehrsstadträtin Sima die Südost-Tangente für den Transitverkehr gesperrt werden. Laut ÖAMTC würden jedes Jahr, in dem der Lobau-Tunnel nicht fertiggestellt ist, zusätzlich beinahe 75.000 Tonnen an Treibhausgasen freigesetzt. Das entspreche mehr als eineinhalbmal so viel, wie der gesamte Inlandsflugverkehr pro Jahr produziere. Es stellt sich also die Frage (die hier nicht entschieden werden kann), ob der per „Weisung“ angedachte Baustopp überhaupt geeignet wäre, das prinzipiell im öffentlichen Interesse gelegene Ziel des Natur- und Klimaschutzes zu erreichen.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass bereits rechtskräftige Bewilligungen nach dem UVP-G 2000 hinsichtlich der Spange Seestadt Aspern und der S1 Wiener Außenring Schnellstraße vorliegen (VwGH vom 22.12.2020 zur GZ Ra 2020/06/0199 ua hinsichtlich Spange Seestadt Aspern; VwGH vom 09.06.2021 hinsichtlich S1 [GZ derzeit unbekannt]). Es wurden somit Umweltverträglichkeitsprüfungen behördlich durchgeführt und das Bauvorhaben genehmigt, in deren Rahmen öffentliche Interessen bereits berücksichtigt wurden.

Umgekehrt ist zu berücksichtigen, dass es auch **zahlreiche andere öffentliche Interessen** neben dem Natur-, Umwelt- und Klimaschutz gibt, die durch einen derartigen Baustopp gefährdet sind. Es handelt sich dabei etwa um standortpolitische Interessen, insbesondere

⁵³ Koch in Hüffer/Koch, AktG¹⁵ § 76 Rz 28 ff; Spindler in MünchKomm AktG⁵ § 76 Rz 65 ff; aA, wonach weiterhin der Grundsatz des absoluten Geltungsanspruchs des Gewinnziels gilt, vgl etwa Grigoleit in Grigoleit, AktG² § 76 Rz 19 ff mwN.

⁵⁴ Koch in Hüffer/Koch, AktG¹⁵ § 76 Rz 28 ff; Spindler in MünchKomm AktG⁵ § 76 Rz 65 ff.

⁵⁵ Koch in Hüffer/Koch, AktG¹⁵ § 76 Rz 28 ff; Cannivé, Der Staat als Aktionär – Zu Möglichkeiten und Grenzen der gesellschaftsrechtlichen Steuerung im gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen, NZG 2009, 445 (448).

⁵⁶ Cannivé, NZG 2009, 445 (448).

im 21. und 22. Bezirk, um das Interesse an der Schaffung von Wohnraum, weil ohne Umfahungsstraße keine weiteren Wohnungen im Stadtentwicklungsgebiet Aspern gebaut werden dürfen und damit laut Medienberichten der Neubau von 60.000 Wohnungen gefährdet ist.

Es geht auch um andere öffentlichen Interessen, insbesondere **volkswirtschaftlicher Natur**. Die Fertigstellung von Infrastrukturprojekten kann deshalb durchaus im öffentlichen Interesse liegen. So würde die Schaffung einer verstärkten Infrastruktur zur Stärkung des Wirtschaftsstandorts führen, weil sich auch Betriebe verstärkt ansiedeln könnten; damit könnte der sich aus dem verstärkten Bevölkerungswachstum in Nord-Ost-Wien ergebende Bedarf an Arbeitsplätzen gesichert werden. Ohne die Schaffung einer S1-Donauüberquerung könnte dagegen die Siedlungs- und Wirtschaftsentwicklung im Wiener Nord-Ost Raum erheblich behindert und zeitlich verzögert werden. Weiters würde der Lobau-Tunnel zusätzlich den Verkehr auf der A23 sowie der Ortskerne umliegender Ortschaften entlasten.⁵⁷

Dass die Frage, ob der geplante Ausschreibungs- und Baustopp im öffentlichen Interesse liegt, auch bei den dafür verantwortlichen politischen Akteuren **sehr umstritten ist**, zeigt die Tatsache, dass sich die betroffenen Landeshauptleute von Wien, Niederösterreich und Burgenland parteiübergreifend gegen die Handlung des BMK ausgesprochen haben, ebenso der Bundeskanzler⁵⁸ und der im BMK selbst angesiedelte Staatssekretär Brunner⁵⁹.

Wenn daher auch die Berücksichtigung öffentlicher Interessen bei der Entscheidung des Vorstands grundsätzlich zulässig ist, führt dies im vorliegenden Fall rechtlich nicht weiter, da es **divergierende öffentliche Interessen gibt**, von denen manche für, viele jedoch gegen einen derartigen Baustopp sprechen.

VIII. Mögliche Handlungsoptionen für den Vorstand

Der Vorstand steht vor einem gewissen Dilemma, ob er die gegenständliche Weisung befolgen soll bzw. darf oder diese eben nicht tun darf. Nach dem oben Ausgeführten ist das Schreiben vom 25.6.2021, auch wenn es nicht ausdrücklich als solche bezeichnet wird, materiell-rechtlich wohl als Weisung zu qualifizieren.

⁵⁷ KWR orientiert sich bei den nun genannten öffentlichen Interessen dabei sowohl an Medien-Berichten, als auch an einer Untersuchung von *Weber*, Politisch-ökologische Konfliktanalyse des Autobahn- und Tunnelprojekts S1 Schwechat-Süßenbrunn („Lobautunnel“) (2020). KWR hat keine eigenständige Analyse der Werthaltigkeit dieser vorgebrachten Interessen oder eine Abwägung und Gewichtung dieser Interessen vorgenommen.

⁵⁸ [ASFINAG-Baustopp: Kurz auf Seite der Länder - noe.orf.at/stories/3112046/](https://www.noe.orf.at/stories/3112046/).

⁵⁹ „Wir brauchen den Lobautunnel“, Die Presse 10.7.2021, 15.

Eine derartige Weisung, selbst wenn es sich dabei um eine Weisung mit grundsätzlich **rechtmäßigem** Inhalt handeln sollte, wäre aber aufgrund der zwingenden Vorgabe des § 70 AktG für den Vorstand rechtlich nicht bindend. Umso mehr muss dies für ihren Inhalt nach **rechtswidrige** Weisungen gelten, insbesondere solche, die zu einer Verletzung bestehender Verpflichtungen der AG oder zu einem konkret messbaren Schaden für die AG führen. Ein Vorstand, der eine derartige Weisung befolgt, riskiert, selbst schadenersatzpflichtig zu werden.

Es darf aber nicht übersehen werden, dass der Vorstand dadurch in eine gewisse faktische Zwickmühle gerät. Er sieht sich nämlich im vorliegenden Fall einem Alleinaktionär gegenüber, der aus politischen Gründen entschlossen sein dürfte, diese „Weisung“ umzusetzen. Eine **Abberufung** des Vorstands vor Ende seiner Amtszeit ist grundsätzlich nur durch den Aufsichtsrat und nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes möglich. Ein solcher wichtiger Grund, insbesondere in Gestalt einer groben Pflichtverletzung, wird im vorliegenden Fall nicht vorliegen. Es besteht aber auch die Möglichkeit eines **Misstrauensvotums** durch die Hauptversammlung, an welches niedrigere inhaltliche Anforderungen gestellt werden. Ein derartiges Misstrauensvotum ist nämlich bereits dann beachtlich, wenn es nicht offenbar unsachlich ist.

Offenbar unsachlich ist ein Misstrauensvotum dann, wenn seine Gründe, ohne dass dies einer näheren Untersuchung bedürfte, unsachlich sind. Der Begriff „offenbar“ ist mit „offensichtlich“ gleichzusetzen und bedeutet daher, dass die Unsachlichkeit der Gründe für jeden verständigen Dritten einsichtig sein muss.⁶⁰ Als unsachlicher Grund für ein Misstrauensvotum wurde etwa angesehen, dass sich das Vorstandsmitglied dem Verlangen des Großaktionärs nach einem die Gesellschaft schädigenden Verhalten widersetzt hat oder dass das Vorstandsmitglied rechtswidrigen Weisungen der Hauptversammlung keine Folge leistet.⁶¹

Da im gegenständlichen Fall die Gesellschaft nach unseren Informationen geschädigt würde, wenn in Befolgung der Weisung der Bau des Lobau-Tunnels gestoppt wird, so wäre ein Misstrauensvotum wohl offenbar unsachlich.

Das Begründungsmaß für die Abberufung ist aber in diesem Fall gegenüber den sonstigen „wichtigen Gründen“ deutlich herabgesetzt, so dass aus der Sicht des Vorstands eine erhebliche Unsicherheit verbleibt, ob ein Gericht ein Misstrauensvotum und eine darauf gestützte Abberufung tatsächlich als „offenbar unsachlich“ qualifiziert.

Sollte ein derartiges Misstrauensvotum nicht „offenbar unsachlich“ sein, wäre es ein ausreichender wichtiger Grund für den Aufsichtsrat, seinerseits eine Abberufung durch den Vorstand vorzunehmen. Überdies gerät der Vorstand dann in eine gewisse Drucksituation

⁶⁰ OGH 28.4.1998, 1 Ob 294/97k; *J. Reich-Rohrwig/Szilagyi in Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 75 Rz 226.

⁶¹ OGH 28.4.1998, 1 Ob 294/97k; *J. Reich-Rohrwig/Szilagyi in Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 75 Rz 227.

gegenüber dem Alleinaktionär, wenn in näherer Zukunft seine Vertragsverlängerung ansteht.

Diese faktischen Unwägbarkeiten dürfen allerdings rein rechtlich betrachtet den Vorstand **nicht bei seiner Entscheidung beeinflussen**, sich an Weisungen nicht gebunden zu fühlen, insbesondere wenn es sich dabei um rechtswidrige Weisungen handeln sollte. Die vorrangige Pflicht des Vorstands liegt vielmehr darin, den Unternehmensinteressen zu dienen und Schaden von der Gesellschaft abzuwenden. Darüber hinaus hat die ASFINAG (und damit deren Vorstand) gemäß § 5 Abs 4 ASFINAG-Gesetz bei der Führung ihrer Geschäfte die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu beachten.

Dies spricht insbesondere dafür, dass der Vorstand zur Wahrung der Rechtsposition der Gesellschaft rechtzeitig eine **erforderliche Anzeige nach dem WasserrechtsG macht**, die mit keiner Verpflichtung einhergeht, den Baubeginn tatsächlich in Angriff zu nehmen, wenn deren Unterlassung mit einer mehrjährigen Bauverzögerung und damit einem erheblichen Schaden für die Gesellschaft verbunden wäre.

IX. Zusammenfassung

Die Republik Österreich ist Alleinaktionärin der ASFINAG und wird durch die Bundesministerin für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie vertreten. Die Bundesministerin ist gegenüber Herrn DI Herbert Kasser, der Leiter der Sektion II „Mobilität“ im BMK ist, nach Art 20 B-VG weisungsbefugt. Es ist daher möglich, dass die Bundesministerin Herrn DI Kasser intern angewiesen hat, eine Weisung an den Vorstand der ASFINAG mit dem Inhalt des Schreibens vom 25.06.2021 zu erteilen.

Das Schreiben vom 25.6.2021 dürfte inhaltlich als Weisung an den Vorstand zu qualifizieren sein, wenn auch der Begriff „Weisung“ nicht ausdrücklich verwendet wurde. Es ergibt sich aber aus seinem Inhalt, dass dem Vorstand inhaltliche Vorgaben gemacht werden, ohne dass dafür seine Zustimmung oä eingeholt wurde.

Der Vorstand der ASFINAG leitet die Gesellschaft unter eigener Verantwortung und ist damit weisungsfrei. Diese Weisungsfreiheit kann auch nicht durch die Satzung, eine Geschäftsordnung und einen Anstellungsvertrag eingeschränkt werden. Sie besteht unabhängig von der Aktionärsstruktur und gilt auch gegenüber einem Alleinaktionär. Möglich wäre dies lediglich durch eine sondergesetzliche Regelung in Abweichung zu § 70 AktG, die aber bei der ASFINAG nicht vorliegt.

Der Vorstand kann zwar gewisse Angelegenheiten der Hauptversammlung von sich aus zur Beschlussfassung vorlegen, er ist dazu aber nicht verpflichtet. Auch aus den sogenannten „ungeschriebenen Hauptversammlungskompetenzen“ ergibt sich keine Vorlagepflicht, da es sich beim Bau des Lobau-Tunnels nach unserer Ansicht um eine klassische Geschäftsführungsmaßnahme handelt.

Eine allfällige Weisungsbindung ergibt sich auch nicht aus dem uns vorliegenden Teil des „Fruchtgenussvertrags vom 22.5.2014“, da dieser lediglich bestimmte „Zielvorgaben“, aber keine operativen Weisungen gestattet und keinen Beherrschungsvertrag bildet. Die Möglichkeit von Zielvorgaben umfasst nicht das Recht, dem Vorstand die Vornahme von Ausschreibungen, öffentlich-rechtlichen Anzeigen, etc bis zur Vornahme einer entsprechenden Evaluierung generell zu untersagen. Dies ist nämlich eine eindeutig dem operativen Bereich zuzuordnende ausschließliche Kompetenz des Vorstands.

Zu beachten ist, dass rechtswidrige Weisungen jedenfalls unverbindlich sind. Im gegenständlichen Fall könnte die „Weisung“ auch deshalb unverbindlich sein, weil die ASFINAG rechtsgültig abgeschlossene Verträge oder allfällige Pflichten aus den öffentlich-rechtlichen Verfahren verletzen würde. Weiters würde die Befolgung der „Weisung“ nach unseren Informationen zu Schäden für die ASFINAG führen, sodass

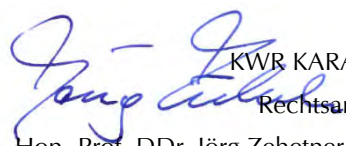
die „Weisung“ auch deshalb rechtswidrig und damit jedenfalls nicht verbindlich wäre.

Zwar hat der Vorstand bei seinen Entscheidungen auch öffentliche Interessen zu berücksichtigen. Doch ändert dies hier nach unserer Ansicht nichts an der Beurteilung, weil es divergierende öffentliche Interessen gibt, von denen manche für, andere jedoch gegen einen derartigen Baustopp sprechen.

Auch wenn der Vorstand der ASIFNAG nicht an die „Weisung“ gebunden sein sollte, so wäre dennoch möglicherweise seine Funktion bei Nichtbefolgung der „Weisung“ gefährdet. Nach unserer Ansicht würde kein wichtiger Grund für eine Abberufung des Vorstands insbesondere in Gestalt einer groben Pflichtverletzung vorliegen. Ein Misstrauensvotum wäre nach unserer Ansicht offenbar unsachlich, doch kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Alleinaktionär im gegenständlichen Fall dem Vorstand das Vertrauen entziehen könnte.

Diese faktischen Unsicherheiten dürfen aber den Vorstand bei seinen freien, dabei vorrangig am Unternehmensinteresse orientierten Entscheidungen nicht beeinflussen. Dies spricht insbesondere dafür, dass der Vorstand zur Wahrung der Rechtsposition der Gesellschaft rechtzeitig eine erforderliche Anzeige nach dem WasserrechtsG macht, die mit keiner Verpflichtung einhergeht, den Baubeginn tatsächlich in Angriff zu nehmen, wenn deren Unterlassung mit einer mehrjährigen Bauverzögerung und damit einem erheblichen Schaden für die Gesellschaft verbunden wäre.

Wir hoffen, Ihnen mit diesen Ausführungen gedient zu haben, und stehen für Rückfragen gerne zur Verfügung.


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