

GUTACHTEN

Zu Rechten, Pflichten und Haftung der Aufsichtsratsmitglieder der ASFİNAG im Zusammenhang mit Änderungen des Bauprogramms

erstattet für

Wirtschaftskammer Wien
Straße der Wiener Wirtschaft 1
1020 Wien

von der

KWR KARASEK WIETRZYK
Rechtsanwälte GmbH
Fleischmarkt 1
1010 Wien

Wien, am 09.12.2021



INHALTSVERZEICHNIS

A.	Einleitung	3
B.	Sachverhalt.....	3
C.	Relevante Rechtsgrundlagen.....	4
D.	Zur Position des Aufsichtsrats generell	7
I.	Allgemeine Aufgaben.....	7
II.	Verpflichtung auf das Unternehmensinteresse	8
III.	Berücksichtigung öffentlicher Interessen	9
IV.	Haftung des Aufsichtsrats.....	10
1.	Grundsatz	10
2.	Beweislast	12
3.	Aktivlegitimation.....	12
V.	Informationsrechte und -pflichten des Aufsichtsrats.....	13
E.	Schlussfolgerungen im konkreten Fall.....	14
I.	Beschlussfassung über das Bauprogramm	14
1.	Vertragliche Grundlagen	14
2.	Business Judgement Rule und Rechtspflichten	14
a)	Vorgaben des Bundesstraßengesetzes.....	16
b)	Keine bloße Ermächtigung	16
3.	Legalitätsprinzip	18
II.	Vorgehen bei Änderung des Bauprogramms	20
1.	Vorgesehene Abfolge	20
2.	Änderung der Abfolge	21
3.	Vorliegen einer Weisung?	21
III.	Mögliche Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern	22
1.	Schaden.....	22
2.	Kausalität	23
3.	Rechtswidrigkeit.....	24
4.	Verschulden	24
5.	Interessenskonflikte	25
6.	Möglicher Haftungsausschluss	25
7.	Verjährung	27
8.	Ergebnis	28
F.	Zusammenfassung.....	29

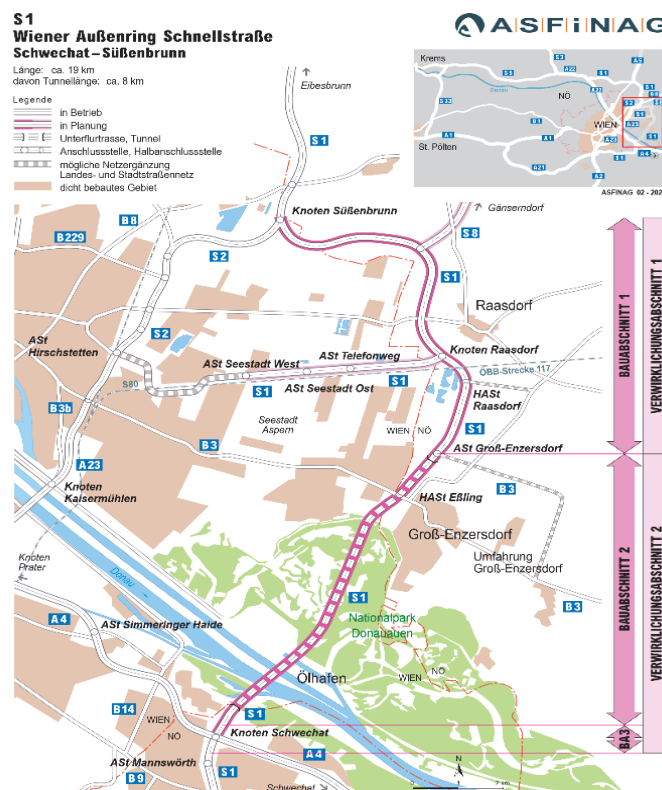
A. Einleitung

Wir, die KWR Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH, wurden von der Wirtschaftsmammer 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. Sachverhalt

Frau Leonore Gewessler, BA hat als Bundesministerin für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie (nachfolgend 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.¹



¹ Plandarstellung abrufbar unter https://www.asfinag.at/media/ajrhaxol/s1_schw-sbr_ba-bl-2_2-20.pdf

Der noch fehlende Streckenabschnitt der S 1 (insgesamt ca 19 km, darunter 8,2 km unterirdisch) ist der letzte noch fehlende Bestandteil eines Autobahnringes um Wien (sogenannter „Regionenring Ost“) von insgesamt 190 km Länge.

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).²

Bereits einige Monate zuvor hatte das BMK 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 angekündigt. Zu Rechtsfragen im Zusammenhang mit dieser unseres Erachtens als Weisung zu qualifizierender Erklärung haben wir bereits in einer gesonderten **Stellungnahme vom 20.07.2021** Stellung genommen.

In naher Zukunft, konkret am 14.12.2021 ist eine Aufsichtsratssitzung der ASFINAG geplant.

Ziel dieses Gutachtens ist, aufzuzeigen, welche gesellschaftsrechtlichen Rechte und Pflichten, einschließlich möglicher Haftungsrisiken, die Aufsichtsratsmitglieder der ASFINAG im Zusammenhang mit einer Beschlussfassung über Maßnahmen bezüglich geplanter Bauprojekte, insbesondere der erwähnten S 1, treffen.

C. Relevante Rechtsgrundlagen

§ 2 Abs 1 ASFINAG-Gesetz³ sieht vor, dass als Unternehmensgegenstand der ASFINAG insbesondere vorzusehen ist *„die Finanzierung, die Planung, der Bau und die Erhaltung von Bundesstraßen, einschließlich der hierzu notwendigen und zweckdienlichen Infrastruktur“*.

Eine entsprechende Umschreibung des Gegenstands des Unternehmens ist in § 2 Abs 2 Z 1 der Satzung der ASFINAG enthalten.

Gemäß § 5 Abs 4 ASFINAG-Gesetz hat die ASFINAG bei der Führung ihrer Geschäfte die Grundsätze der **Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit** zu beachten.

² Abrufbar unter https://www.bmk.gv.at/dam/jcr:2196bd8a-cc6e-4e61-b625-ed2f29f621c2/ASFINAG-Bauprogramm_Schlussfolgerungen_20211129.pdf

³ BGBl 591/1982 in der geltenden Fassung.

§ 10 ASFINAG-Gesetz enthält eine Verpflichtung des Bundes, der ASFINAG die **notwendigen Mittel** zur Verfügung zu stellen, soweit die Aufgaben in jährlich mit dem Bund abzustimmenden Planungsrechnungen umfasst sind:

„Der Bund, vertreten durch den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie, hat nach Maßgabe der im jährlichen Bundesfinanzgesetz erteilten Ermächtigung dafür Sorge zu tragen, daß der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft die zur Erfüllung ihrer Aufgaben und Aufrechterhaltung der Liquidität und des Eigenkapitals notwendigen Mittel zur Verfügung stehen, soweit die Aufgaben in den jährlich im vorhinein mit dem Bund abgestimmten Plan-Gewinn- und Verlustrechnungen und Plan-Bilanzen umfaßt sind.“

§ 2 Abs 1 ASFINAG-Ermächtigungsgesetz 1997⁴ enthält die Einräumung eines Rechts der **Fruchtnießung** an allen Bestandteilen bestehender und künftig zu errichtender Bundesstraßen und lautet wie folgt:

„Der Bundesminister für Finanzen hat der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft das Recht der Fruchtnießung (§§ 509 ff ABGB) an allen Bestandteilen (§ 3 Bundesstraßengesetz 1971) bestehender und künftig zu errichtender Bundesstraßen gemäß §§ 1 und 7 Abs. 1 Bundesstraßenfinanzierungsgesetz 1996, BGBl. Nr. 201/1996, in der jeweils geltenden Fassung zu übertragen.“

In § 10 ASGINAG-Ermächtigungsgesetz sind nähere Vorgaben bezüglich des gemäß § 2 leg cit abzuschließenden **Fruchtgenussvertrags** enthalten:

„In dem mit der Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft gemäß § 2 abzuschließenden Fruchtgenußvertrag ist dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie das Recht einzuräumen, der Autobahnen- und 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.“

Dieser Fruchtgenussvertrag liegt uns nicht zur Gänze vor. Im vorliegenden Zusammenhang von besonderer Relevanz ist aber Punkt IV Abs 2 des Fruchtgenussvertrags⁵, der lautet wie folgt:

⁴ BGBl 113/1997 in der geltenden Fassung.

⁵ Abgedruckt ua im Evaluierungsbericht, 12 f.

„Der Bund ist berechtigt, der ASFINAG und ihren Tochtergesellschaften Zielvorgaben hinsichtlich der verkehrs-, sicherheits- und bautechnischen Ausgestaltungen sowie umweltschutzbezogenen Maßnahmen zu setzen und eine begleitende Kontrolle hinsichtlich der Maßnahmen der ASFINAG und ihrer Tochtergesellschaften einschließlich der Planungsmaßnahmen durchzuführen. Dem Bund, vertreten durch den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie, bleibt die Erlassung der für die technische Durchführung entsprechend den im Bereich der Wirtschaftsverwaltung des Bundes anzuwendenden Vorschriften vorbehalten. Die ASFINAG hat zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach Artikel II § 2 Abs 1 ASFINAG-Gesetz einen sechsjährigen Rahmenplan, der die jahresweise geplanten Investitionen samt den für Erhaltung und den Betrieb erforderlichen Ausgaben umfasst, sowie darauf aufbauend Plan-Gewinn- und Verlustrechnungen und Plan-Bilanzen zu erstellen und jeweils bis zum 15. Oktober dem Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie vorzulegen. Diese Plan-Gewinn- und Verlustrechnungen und Plan-Bilanzen gemäß Art. II § 10 ASFINAG-Gesetz, BGBl Nr. 591/1982, bedürfen der Zustimmung des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Finanzen. Der Rahmenplan ist jährlich jeweils um ein Jahr zu ergänzen und auf den neuen sechsjährigen Zeitraum anzupassen. Er hat alle für das Unternehmen entscheidungsrelevanten Informationen zu enthalten, insbesondere eine Beschreibung und einen Zeitplan für die Planung und den Bau der Neubauprojekte mit einer aktuellen Kostenschätzung und einer Wirtschaftlichkeitsbetrachtung. Ebenso sind Konzepte betreffend die Ausbauprojekte und die allgemeine bauliche Erhaltung der Bundesstraßen für diesen Zeitraum vorzulegen.“

§ 8 der Satzung der ASFINAG enthält einen **Katalog von Geschäften**, zu deren Vornahme der Vorstand die **Zustimmung des Aufsichtsrats** einholen muss. Gemäß § 8 lit (f) gehört dazu die *„Vorlage des jährlichen, gemäß den Bestimmungen des Fruchtgenussvertrages gemäß § 2 des ASFINAG-Ermächtigungsgesetzes 1997, BGBl I 113/1997 zu erstellenden 6-jährigen Rahmenplanes sowie der darauf aufbauenden Plan-Gewinn- und Verlustrechnungen und Plan-Bilanzen.“*

Gemäß § 34b Bundesstraßengesetz⁶ kommen der ASFINAG hinsichtlich jener Bundesstraßen, über die sie mit dem Bund den Fruchtgenussvertrag gemäß § 2 des ASFINAG-Ermächtigungsgesetzes 1997, BGBl. I Nr. 113/1997 Art. I, abgeschlossen hat, alle Rechte und Pflichten des Bundes (Bundesstraßenverwaltung) nach diesem Bundesgesetz zu.

Gemäß § 4 Abs 1 BundesstraßenG hat vor dem Bau einer neuen Bundesstraße oder ihrer Teilabschnitte die Bundesministerin bzw. der Bundesminister für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie über Antrag des Bundes (Bundesstraßenverwaltung) unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen der §§ 7 und 7a, die Umweltverträglichkeit und die Erfordernisse des Verkehrs, darüber hinaus die funktionelle Bedeutung des Straßenzuges sowie unter Bedachtnahme auf die Ergebnisse der Anhörung (Abs. 5) den

⁶ BGBl 286/1971 in der geltenden Fassung.

Straßenverlauf im Rahmen der Verzeichnisse durch Festlegung der Straßenachse, im Falle eines Ausbaues durch Beschreibung, beides auf Grundlage eines konkreten Projektes, durch **Bescheid** zu bestimmen. Hierzu können im Bescheid die erforderlichen Auflagen, Bedingungen und Befristungen vorgeschrieben werden. Dieser Bescheid hat dingliche Wirkung und tritt außer Kraft, wenn nicht binnen **10 Jahren ab Rechtskraft** mit wesentlichen Baumaßnahmen zur Errichtung begonnen wurde. Wenn dies zweckmäßig erscheint, kann die Verwirklichung des Straßenbauvorhabens über Antrag in Abschnitten genehmigt werden (so auch im vorliegenden Fall).

Es liegt bereits ein **UVP-Bescheid** ua nach § 4 Abs 1 BStG 1971 für das Bundesstraßenbauvorhaben S 1 Wiener Außenring Schnellstraße, Abschnitt Schwechat – Süßenbrunn vom 26.3.2015 zur Zahl BMVIT-312.401/0020-IV/ST-ALG/2015 vor. Diese Genehmigung wurde durch Erkenntnis des BVwG vom 18.5.2018 zur Zahl W104 2108274-1/243E teilweise abgeändert. Gegen dieses Erkenntnis wurden Revisionen eingebracht; diese sind derzeit – soweit ersichtlich – vor dem VwGH noch anhängig. Weiters sind 2021 **natur-schutzrechtliche, luftfahrt- und wasserrechtliche Verfahren** vor dem BVwG betreffend S 1 abgeschlossen worden.

Die Bewilligung im UVP-Bescheid 2015 erfolgte ohne Durchführung einer sogenannten Strategischen Prüfung Verkehr (SP-V) aufgrund des Bundesgesetzes über die strategische Prüfung im Verkehrsbereich (SP-V-Gesetz)⁷. Eine solche war nach Argumentation des BMK nicht erforderlich, weil die S 1 bereits vor dem Inkrafttreten des SP-V-Gesetzes und vor dem Ende der Umsetzungsfrist der diesem zugrunde liegenden SUP-RL in das Bundesstraßengesetz aufgenommen wurde.⁸ Der Rechnungshof sah dies anders und empfahl eine SP-V auch bei künftigen Entscheidungen über die Nichtdurchführung von Bauprojekten wie der Stadtautobahn A 24.⁹ Auch anlässlich des angekündigten Baustopps der S 1 erfolgte keine derartige strategische Prüfung.

D. Zur Position des Aufsichtsrats generell

I. Allgemeine Aufgaben

Die Aufsichtsratsmitglieder üben ihr Amt **höchstpersönlich** aus, sie sind **unabhängig** und **weisungsfrei** gegenüber der Hauptversammlung.¹⁰

⁷ BGBl I 96/2005 in der geltenden Fassung.

⁸ Bescheid BMVIT-312.401/0020-IV/ST-ALG/2015, S 284.

⁹ Bericht des Rechnungshofes GZ 004.417/007-1B1/18, S 50 ff.

¹⁰ *Kalss in Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² § 3 Rz 27; *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 99 Rz 10.

Zu den wichtigsten Aufgaben des Aufsichtsrats zählen die Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern sowie die laufende Überwachung des Vorstands.¹¹ Letztere ist in § 95 Abs 1 AktG generalklauselartig geregelt und bedeutet, dass der Aufsichtsrat zu prüfen hat, ob die **Geschäftsleitung durch den Vorstand** den durch **Gesetz und Satzung vorgegebenen Zielen** entspricht sowie **ordnungs- und zweckmäßig** ist.¹² Die Überwachung des Vorstands besteht dabei nicht lediglich darin, eine nachfolgende Kontrolle vorzunehmen. Vielmehr ist die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats selbst eine unternehmerische Tätigkeit und Bestandteil der Verwaltung der Gesellschaft. Der Aufsichtsrat ist somit als Begleiter und Berater des Vorstands bei strategischen Fragen anzusehen.¹³

In die Überwachungskompetenz des Aufsichtsrats fällt es etwa, über Maßnahmen des Vorstands zu entscheiden, die per Gesetz (zB § 95 Abs 5 AktG) oder Satzungsregelung der Zustimmung des Aufsichtsrats unterworfen sind.¹⁴ Hintergrund dafür ist, dass der Aufsichtsrat bei wichtigen Geschäften als Kontrollinstanz bei der Entscheidungsfindung mitwirken soll.¹⁵ Der Vorstand hat daher die Zustimmung des Aufsichtsrats einzuholen, bevor er eine zustimmungspflichtige Maßnahme setzt.

II. Verpflichtung auf das Unternehmensinteresse

Bei der Ausübung seiner Aufgaben hat der Aufsichtsrat zum **Wohl des Unternehmens** zu handeln. Dies folgt zum einen aus der **Treuepflicht** der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber der Gesellschaft¹⁶ und zum anderen aus § 99 iVm § 84 AktG, wonach die Aufsichtsratsmitglieder die **Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters** anzuwenden haben. Das bedeutet, dass der Aufsichtsrat stets im Unternehmensinteresse handeln muss. Er hat Interessen der Aktionäre, der Arbeitnehmer, der Gläubiger und – was vor allem hier relevant ist – öffentliche Interessen zwar mitzuberücksichtigen.¹⁷ Doch das Unternehmenswohl ist den sonstigen Interessen übergeordnet.¹⁸ Dies ergibt sich aus den Vorgaben des § 70 AktG (für den Vorstand, die aber ebenso auch für den Aufsichtsrat gelten), wonach

¹¹ *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 95 Rz 6; *Eckert/Schopper in Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 95 Rz 1; *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 3/580; *Frotz/Schörghofer in Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² § 11 Rz 2, 6.

¹² *Frotz/Schörghofer in Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² § 11 Rz 20.

¹³ *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 95 Rz 6; *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 3/580; *Frotz/Schörghofer in Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² § 11 Rz 34.

¹⁴ *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 3/650; *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 95 Rz 81.

¹⁵ *Frotz/Schörghofer in Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² § 11 Rz 36.

¹⁶ *Eckert/Schopper in Artmann/Karollus*, AktG II⁶ § 99 Rz 26; *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 99 Rz 19.

¹⁷ *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 99 Rz 5a.

¹⁸ *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 99 Rz 5a; vgl zum Vorstand *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 3/427; *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 70 Rz 11; *J. Reich-Rohrwig in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 70 Rz 91.

dieser unter **eigener Verantwortung** (also **weisungsfrei**) die Gesellschaft so zu leiten hat, wie das **Wohl des Unternehmens** unter **Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre, der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses** es erfordert.

III. Berücksichtigung öffentlicher Interessen

Fraglich ist, ob sich aus dem öffentlichen Interesse bei staatsnahen Unternehmen wie der ASFINAG besondere Schlussfolgerungen ergeben, und um welche öffentlichen Interessen es dabei überhaupt geht.

Auch der **Natur- und Klimaschutz** gehört zum öffentliche Interesse. Dieser wird bereits in der Einleitung zum Evaluierungsbericht¹⁹, aber auch in der Schlussfolgerung bezüglich der Evaluierung des Lobau-Tunnels²⁰ besonders betont, wenn die Ausweisung des Nationalparks Donauauen als Schutzgebiet besonders hervorgehoben wird. Überdies wird darauf hingewiesen, dass das Projekt die höchste Flächeninanspruchnahme der zur evaluierenden Projekte aufweise.

Die Schlussfolgerungen bezüglich des Klimaschutzes sind freilich, soweit aus den Medienberichten ersichtlich, in der Fachwelt keineswegs unumstritten. Es wird nämlich auch die Ansicht vertreten, das Bauprojekt Lobau-Tunnel wäre auch aus Klimaschutzüberlegungen zweckmäßig, weil es dazu führe, den bisher mit sehr hoher Staubildung verbundenen Durchzugsverkehr auf der mitten durch die Stadt gehenden Südost-Tangente (A 23) und die damit verbundenen Abgase zu vermindern.

Mit dem Bau des noch fehlenden Streckenabschnitts der S 1 würde der sogenannte Umfahrungerring für die Stadt Wien („Regionenring Ost“) geschlossen werden. Dies wird im Evaluierungsbericht freilich nicht als Vorteil sondern als Nachteil gesehen, weil die damit verbundene große Kapazitätserweiterung zu einer Attraktiverung und Zunahme des Straßenverkehrs im Gesamtnetz führe.²¹ Dagegen wird vorgebracht, dass das Argument, wonach neue Autobahnen automatisch mehr Verkehr anziehen, jedenfalls hier falsch sei, weil es nur um die Verlagerung des internationalen Verkehrs, auf den Wien selbst keinen Einfluss hat, von dicht besiedelten Wohnvierteln an die Peripherie gehe.²² Darüber hinaus ist zu beach-

¹⁹ Dort heißt es: „Mit Blick auf die Klimakrise tragen wir alle eine große Verantwortung für die Zukunft unseres Landes und künftiger Generationen. Die fortschreitende Erderhitzung und ihre immer stärker sichtbar werdenden Folgen sind die größten Herausforderungen des 21. Jahrhunderts. Die rasante Geschwindigkeit, mit der die Erderhitzung voranschreitet, unterstreicht das Erfordernis einer raschen und tiefgreifenden Umgestaltung der globalen Gesellschafts- und Wirtschaftssysteme. Der Verkehrssektor zählt dabei zu den Hauptemittenten von Treibhausgasen.“

²⁰ Evaluierungsbericht, 78.

²¹ Evaluierungsbericht, 78.

²² *Stuhlpfarrer*, 5 Gründe für den Lobau-Tunnel, Die Presse 01.12.2021, 11.

ten, dass für beide Bauabschnitte bereits rechtskräftige Bewilligungen nach dem UVP-Gesetz 2000 vorliegen. Es wurden somit Umweltverträglichkeitsprüfungen behördlich durchgeführt und das Bauvorhaben genehmigt, in deren Rahmen öffentliche Interessen bereits berücksichtigt wurden.

Andererseits gibt es auch **zahlreiche andere öffentliche Interessen** neben dem Natur-, Umwelt- und Klimaschutz. Es geht dabei insbesondere um **standortpolitische Interessen**, vorrangig im 21. und 22. Bezirk, sowie um das Interesse an der **Schaffung von (auch leistbarem) Wohnraum**, insbesondere im Zusammenhang mit dem **Stadtentwicklungsgebiet Aspern** mit dem dort vorgesehenen Neubau von 60.000 Wohnungen. Zwar plant die Stadt Wien Medienberichten zufolge, die sogenannte Stadtstraße zur Seestadt jedenfalls zu bauen, was dazu führt, dass aufgrund entsprechender Vereinbarungen vom Bund auch die daran anschließende Spange S 1 gebaut werden müsste. Diese würde aber mangels Anschlussstelle beim Knoten Raasdorf sozusagen im Nichts enden, wie ua der Wiener Bürgermeister kritisch hervorhob.²³

Eine funktionierende Infrastruktur wird insbesondere auch als Voraussetzung für Betriebsansiedlungen und damit für die Schaffung von Arbeitsplätzen angesehen. Die Schaffung einer verbesserten Infrastruktur würde daher zur Stärkung des Wirtschaftsstandorts Wien führen, damit könnte auch der sich aus dem verstärkenden Bevölkerungswachstum in diesem Teil von Wien ergebende Bedarf von Arbeitsplätzen gesichert werden. Auf diese Aspekte haben insbesondere auch die Landeshauptleute von Wien und Niederösterreich in ihren überaus kritischen Stellungnahmen zum verkündeten Baustopp hingewiesen.

Eine Entscheidung darüber, ob der Bau oder vielmehr der Baustopp im öffentlichen Interesse überwiegend gerechtfertigt ist, kann im Rahmen der gegenständlichen Untersuchung nicht getroffen werden. Es soll nur darauf hingewiesen werden, dass es gerade im vorliegenden Fall divergierende öffentliche Interessen gibt, von denen manche für, viele jedoch gegen einen derartigen Baustopp sprechen.²⁴

IV. Haftung des Aufsichtsrats

1. Grundsatz

Die Haftung des Aufsichtsrats richtet sich aufgrund des in § 99 AktG enthaltenen Verweises grundsätzlich nach den Regeln über die Haftung des Vorstands gem § 84 AktG. Dabei sind

²³ Vgl *Krutzler*, Ludwig will Lobautunnel-Entscheid bekämpfen, Der Standard 2.12.2021, 2.

²⁴ Vgl die Gegenüberstellung der Argumente bei *Wirth*, Lobau-Tunnel vor dem Aus: Fünf Gründe gegen den Bau, Die Presse 1.12.2021, 10 einerseits und *Stuhlpfarrer*, Fünf Gründe für den Lobau-Tunnel, Die Presse 1.12.2021, 11 andererseits.

freilich die Regelungen nicht mechanisch übertragbar, vielmehr muss die Divergenz der Aufgaben (Leitung versus Überwachung; Haupt- versus Nebentätigkeit) berücksichtigt werden.²⁵

Unternehmerische Entscheidungen des Vorstands sind gemäß den ursprünglich von der (deutschen und österreichischen) Rechtsprechung entwickelten Regeln zu unternehmerischen Ermessungsentscheidungen gemäß den Regeln der Business Judgement Rule privilegiert. Diese Vorgaben wurden mittlerweile in § 84 Abs 1a AktG kodifiziert (vgl auch § 25 Abs 1a GmbHG). Die für den Vorstand normierte Business Judgement Rule gilt nach § 99 iVm § 84 AktG auch für unternehmerische Entscheidungen des Aufsichtsrats.²⁶ Der Vorteil der Business Judgement Rule liegt darin, dass sie bei Erfüllung ihrer Kriterien einen sog. Safe Harbour bietet, weil in diesem Fall das Handeln der Aufsichtsratsmitglieder jedenfalls als sorgfaltsgemäß angesehen wird und somit eine Haftung entfällt.²⁷

Die **Kriterien der Business Judgement Rule** sind:

1. Bei der betreffenden Maßnahme handelt sich um eine unternehmerische Entscheidung,
2. der Aufsichtsrat lässt sich nicht von sachfremden Interessen leiten,
3. der Aufsichtsrat entscheidet auf Grundlage angemessener Informationen und
4. der Aufsichtsrat darf annehmen, zum Wohl der Gesellschaft zu handeln.

Eine Schadenersatzpflicht kommt demnach erst dann in Betracht, wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, deutlich überschritten sind, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt worden ist oder das Verhalten des Vorstands (bzw Aufsichtsrats) aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten muss.²⁸

Wenn die Business Judgement Rule nicht anwendbar ist oder ihre Kriterien nicht erfüllt sind, so bedeutet dies nicht zwangsläufig eine Haftung der Aufsichtsratsmitglieder. Vielmehr ist in diesem Fall nach den allgemeinen Kriterien zu prüfen, ob ein Sorgfaltsverstoß vorliegt.²⁹

²⁵ Schauer in Kalss/Kunz, HB für den AR² § 45 Rz 8 f.

²⁶ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 99 Rz 5 f.

²⁷ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 99 Rz 5a.

²⁸ BGH 21.4.1997, II ZR 175/95, DB 1997, 883 ARAG/Garmenbeck.

²⁹ Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 99 Rz 14; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 99 Rz 5a.

2. Beweislast

Der Gesellschaft obliegt der Beweis für den Eintritt und die Höhe des Schadens sowie die Kausalität des Verhaltens des Aufsichtsratsmitglieds für den Schadenseintritt.³⁰

Dagegen hat das Aufsichtsratsmitglied zu beweisen, dass kein Sorgfaltsverstoß vorliegt, weil § 99 iVm § 84 AktG hinsichtlich des Verschuldens und wohl auch hinsichtlich der Rechtswidrigkeit eine Beweislastumkehr normiert.³¹ Demnach hat die Gesellschaft lediglich jene Tatsachen vorzubringen, aus denen ein Sorgfaltsverstoß grundsätzlich abgeleitet werden kann, während das **Aufsichtsratsmitglied beweisen muss, dass er sorgfaltsgemäß gehandelt hat.**³² Dabei genügt bereits **leichte Fahrlässigkeit**; die Haftung ist nach hM **zwingend.**³³

3. Aktivlegitimation

Der Gesellschaft kommt als Geschädigte bei der sogenannten Innenhaftung die Aktivlegitimation in einem Haftungsprozess gegen ein Aufsichtsratsmitglied zu.³⁴ Die Vertretung übernimmt dabei der Vorstand als deren vertretungsbefugtes Organ.³⁵ Dies kann in Fällen von Interessensübereinstimmungen von Vorstand und Aufsichtsrat zu praktischen Defiziten bei der Durchsetzung führen, die aber nichts am grundsätzlichen Bestehen von Ansprüchen der Gesellschaft ändern.

Nach § 134 Abs 1 AktG hat der Vorstand Ansprüche gegenüber einem Aufsichtsratsmitglied jedenfalls dann geltend zu machen, wenn es die Hauptversammlung beschließt oder eine 10%-Minderheit verlangt und die von ihr behaupteten Ansprüche nicht offenkundig unbegründet sind³⁶. Im gegenständlichen Fall kommt dieses Minderheitenrecht mangels Vorliegens von Minderheitsaktionären praktisch nicht in Betracht.

³⁰ *Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 99 Rz 41, 43; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 99 Rz 45.*

³¹ *Zur umstrittenen Frage der Beweislastverteilung hinsichtlich der Rechtswidrigkeit ausf Reich-Rohrwig/Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 84 Rz 448 ff (zum Vorstand).*

³² *Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 99 Rz 42; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 99 Rz 45.*

³³ *Vgl nur Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 500 ff.*

³⁴ *Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 99 Rz 44.*

³⁵ *Schauer in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat, Rz 58.*

³⁶ *Eine Minderheit von 5% genügt bereits, wenn im Prüfbericht des Abschlussprüfers oder in einem Sonderprüfungsbericht Tatsachen festgestellt wurden, aus denen sich Ersatzansprüche ergeben.*

V. Informationsrechte und -pflichten des Aufsichtsrats

Der Aufsichtsrat als Ganzes, ein Aufsichtsratsmitglied oder der Aufsichtsratsvorsitzende können nach § 95 Abs 2 AktG vom Vorstand jederzeit einen Bericht über die Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen. Ein einzelnes AR-Mitglied benötigt bei Ablehnung des Berichtsverlangens durch den Vorstand die Unterstützung durch ein weiteres Mitglied, ausgenommen der oder die AR-Vorsitzende. Dieses Recht ist ein wichtiges Instrument des Aufsichtsrats zur Überwachung des Vorstands.³⁷ Das Berichtsverlangen kann formlos ausgeübt werden und bedarf keiner inhaltlichen Begründung, Grenze wäre alleine ein rechtsmissbräuchliches Verhalten.³⁸

Allerdings darf das Informationsrecht des Aufsichtsrats nicht so verstanden werden, dass es schlicht im Ermessen des Aufsichtsrats liegt, ob er Informationen einholt oder nicht. Vielmehr ist der Aufsichtsrat **zur Einholung von Informationen verpflichtet**, wenn etwa die Berichte des Vorstands zu einem weiteren Informationsbedarf führen. In diesem Fall muss der Aufsichtsrat nachfragen und ergänzende Berichte verlangen.³⁹ Zudem wird auch bei Vorliegen eines konkreten Anlasses eine Pflicht des Aufsichtsrats angenommen, Informationen vom Vorstand einzuholen.⁴⁰

Nimmt der Aufsichtsrat seine Informationspflicht nicht wahr, so macht er sich potentiell haftbar.⁴¹

Im gegenständlichen Fall besteht nach unserer Ansicht ein konkreter Anlass für eine **Informationspflicht**. Da der Aufsichtsrat über den geplanten Baustopp einen Beschluss zu fassen hat, weil ein zustimmungspflichtiges Geschäft vorliegt, ist es erforderlich, **sämtliche für die Entscheidung notwendigen Informationen beim Vorstand einzuholen**. Nach unserer Ansicht könnten dem Vorstand in diesem Zusammenhang beispielsweise Fragen zu den folgenden Themen gestellt werden:

- Auf welcher gesetzlichen Grundlage erfolgte die Entscheidung der BMK?
- Welche Überlegungen hat dazu der Vorstand, der die ASFINAG unter eigener Verantwortung, also weisungsfrei zu führen hat, dazu angestellt, und welche Informationen wurden hiezu eingeholt?
- Hat der UVP-Bescheid ein Ablaufdatum?
- Wenn ja: bedeutet die Ruhendstellung der Planungsaktivitäten, dass eine zeitgerechte Finalisierung des Lobautunnels verunmöglicht wird?

³⁷ Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 95 Rz 10.

³⁸ Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 95 Rz 14.

³⁹ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 95 Rz 42.

⁴⁰ Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 95 Rz 13.

⁴¹ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 95 Rz 42.

- Müssten dann im Falle eines etwaigen neuerlichen Anlaufs alle Verfahrensschritte für eine Genehmigung dieses Bauvorhabens neu gesetzt werden?
- Welche Kosten und welcher Zeitverlust wären damit verbunden?
- Welche Kosten sind der ASFINAG bisher erwachsen?
- Gibt es bereits vertragliche Beziehungen? Zu wem?
- Welche Schadenersatzansprüche könnten daraus resultieren, wenn das Bauvorhaben ruht bzw dauerhaft nicht verfolgt wird?
- Wie hoch ist der Schaden für die ASFINAG durch das neue Bauprogramm?
- Warum wurden keine Alternativen aufgezeigt?
- Wie war die Zusammensetzung der Evaluierungskommission?
- Warum hatte der Aufsichtsrat keine Möglichkeit, selbst Fragen an die Kommissionsmitglieder zu richten, um sich ein eigenes Bild zu machen?

E. Schlussfolgerungen im konkreten Fall

I. Beschlussfassung über das Bauprogramm

1. Vertragliche Grundlagen

Gemäß **Fruchtgenussvertrag** hat die ASFINAG, konkret damit deren Vorstand, einen **sechsjährigen Rahmenplan** zu erstellen. Dieser ist jährlich um jeweils ein Jahr zu ergänzen und auf den neuen sechsjährigen Zeitraum anzupassen und hat alle für das Unternehmen entscheidungsrelevanten Informationen zu enthalten, insbesondere eine Beschreibung und einen Zeitplan für die Planung und den Bau der Neubauprojekte mit einer aktuellen Kostenschätzung und einer Wirtschaftlichkeitsbetrachtung.

Dieser vom Vorstand vorgelegte Plan bedarf gemäß § 8 lit (f) der Satzung der **Zustimmung des Aufsichtsrats**. Es handelt sich damit jedenfalls⁴² um ein Kraft Satzung zustimmungspflichtiges Geschäft im Sinne des § 95 Abs 5 AktG.

2. Business Judgement Rule und Rechtspflichten

Fraglich ist, welcher Pflichtenmaßstab dabei zur Anwendung gelangt. Die Entscheidung darüber, welche Straßen in welcher Art und Weise gebaut werden, wäre für sich genommen in der Regel als unternehmerische Entscheidung im Sinne der obigen Ausführungen (D.IV.1) zu qualifizieren. Demnach handelt ein Vorstandsmitglied jedenfalls im Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen und mit dem gewissenhaften Geschäftsleiters und haftet daher nicht, wenn er sich bei einer unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden

⁴² Eine Zustimmungspflicht würde sich auch aus dem gesetzlichen Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte ergeben, insb aus Z 4 (Investitionen) und Z 8 (Grundsätze der Geschäftspolitik).

Interessen leiten lässt und auf der Grundlage angemessener Information annehmen darf, zum Wohl der Gesellschaft zu handeln. Diese Vorgaben der Business Judgement Rule sind wie bereits unter D.IV.1 erwähnt auch auf unternehmerische Entscheidungen des Aufsichtsrates anzuwenden, worunter insbesondere auch die Entscheidung über zustimmungspflichtige Maßnahmen fällt.⁴³

Die Privilegierung durch die Business Judgement Rule kommt aber nach ganz herrschender Ansicht nicht zum Tragen, wenn es sich um rechtliche gebundene Entscheidungen handelt. Anders gesagt liegt eine unternehmerische Entscheidung im Sinne der Business Judgement Rule dann nicht vor, wenn die Entscheidung gegen eine **Rechtspflicht** verstößt.⁴⁴ Auch nach der Rechtsprechung des OGH sind Entscheidungen, die diese sogenannte **Legalitätspflicht** verletzen, wozu insbesondere eine Missachtung zwingender rechtlicher Vorgaben zählt, außerhalb des Anwendungsbereichs der Business Judgement Rule.⁴⁵ Ist nämlich das Verhalten bereits gesetzlich determiniert, bedarf es keines Entscheidungsermessens und damit keiner Privilegierung durch einen sicheren Hafen mehr.⁴⁶ Darunter werden einerseits interne Regelungen verstanden, die den Vorstand beziehungsweise Aufsichtsrat selbst adressieren, insbesondere die zwingenden Bestimmungen des **Aktiengesetzes** selbst.⁴⁷ Weiters gehören aber auch **externe Pflichten** hinzu, worunter nach der Literatur etwa Vorschriften des öffentlichen Aufsichtsrechts, des Arbeits-, Kapitalmarkt-, Wettbewerbs- oder Datenschutzrechts verstanden werden.⁴⁸

Diese Vorgaben und Einschränkungen der Business Judgement Rule hinsichtlich gesetzlich gebundener Entscheidungen gelten auf Grund des Verweises in § 99 AktG auch für Entscheidungen des Aufsichtsrats. Der Verweis in § 99 bezieht sich nämlich nicht nur auf die allgemeine Sorgfaltspflicht, sondern auch auf das unternehmerische Ermessen⁴⁹ und damit auch auf dessen Einschränkungen. Zum Teil wird auch ausdrücklich in der Literatur festgehalten, dass der Aufsichtsrat nur dort eine unternehmerische Entscheidung treffen kann, wo weder das Gesetz noch eine behördliche Anordnung eine entsprechende Handlungs- oder Unterlassungspflicht vorgibt.⁵⁰

⁴³ Vgl nur *Kalss in Doralt /Nowotny/Kalss*, AktG³ §99 Rz 5a; *Kalss in Kalss/ Nowotny /Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 3/447; *Eckert/Schopper in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 99 Rz 17.

⁴⁴ *Reich-Rohrwig/Grossmayer in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 185, 209; *Napokoj in Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch für den Vorstand § 13 Rz 13; *Hüffer/Koch*, AktG¹⁵ § 93 Rz 16; *Fleischer in Spindler/Stilz*, AktG³ § 93 Rz 14 ff.

⁴⁵ OGH 23.02.2016, 6 Ob 160/15w, ecolex 2016, 695 mit Anmerkung *Reich-Rohrwig*

⁴⁶ *Eckert/Schopper/Madari in Eckert/Schopper*, AktG-ON § 84 Rz 21; *Hüffer/Koch*, AktG¹⁵ § 93 Rz 16; *Spindler in Münchner Kommentar AktG⁵ § 93 Rz 88.*

⁴⁷ *Reich-Rohrwig/Grossmayer in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 212.

⁴⁸ *Reich-Rohrwig/Grossmayer in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 213.

⁴⁹ *Kalss in Doralt /Nowotny/Kalss*, AktG³ § 99 Rz 5a.

⁵⁰ *Brogyanyi/Rieder in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka* AktG Praxiskommentar § 99 Rz 24 mit weiteren Nachweisen.

a) *Vorgaben des Bundesstraßengesetzes*

Auch im vorliegenden Fall wird der Entscheidungsspielraum des Aufsichtsrats (und des Vorstands) **durch gesetzliche Vorgaben eingeschränkt**. In **Anlage 2 zum Bundesstraßengesetz 1971 (BStG)** ist nämlich ein Verzeichnis der Bundesschnellstraßen enthalten, in dem sich gleich an erster Stelle auch die S 1 (Wiener Außenring Schnellstraße) mit einer konkreten Beschreibung der Strecke befindet. Teil dieser vorgesehenen Strecke ist insbesondere auch der Bereich „*Knoten Schwechat (A 4) – Knoten bei Raasdorf (Einschließlichstrecke) – Knoten bei Raasdorf (S 8) – Knoten Wien/Süßenbrunn (S 2)*“.

Damit ist im Bundesstraßengesetz selbst (bzw in dessen Anlage 2) der **ausdrückliche Gesetzesauftrag** enthalten, die S 1 (einschließlich der bislang noch nicht gebauten Abschnitte) zu bauen.⁵¹ Darin liegt eine **gesetzliche Vorgabe (auch) für den Aufsichtsrat**, was ein diesbezügliches **unternehmerisches Ermessen des Aufsichtsrats ausschließt**.

b) *Keine bloße Ermächtigung*

Zum vorliegenden Fall wurde in einer Stellungnahme die Ansicht vertreten, dass sich aus dem Bundesstraßengesetz keine Verpflichtung sondern lediglich eine **Ermächtigung** zum Bau der darin enthaltenen Autobahn- und Schnellstraßenabschnitte ergebe. Es handle sich lediglich um eine Ermächtigungsnorm, aus der keine Verpflichtung abzuleiten ist, jedenfalls nicht, dass die angeführten Straßen innerhalb einer bestimmten Frist zu realisieren sind.⁵²

Daran ist grundsätzlich richtig, dass sich aus dem Bundesstraßengesetz keine konkrete Zeitvorgabe ableiten lässt. Im vorliegenden Fall hat die BMK aber nicht entschieden, dass das konkrete Projekt S 1 geändert oder möglicherweise für einen bestimmten Zeitraum aufgeschoben wird, sondern, dass dieses Projekt überhaupt nicht mehr weiter verfolgt wird. Ein derartiges Recht ist jedoch **weder für die ASFINAG noch für die BMK aus dem Bundesstraßengesetz ableitbar**. Daher kann auch die Annahme, dass erst in den behördlichen Genehmigungsverfahren entschieden werde, ob und wie ein Projekt genehmigt werden kann, nicht überzeugen.

Ungeachtet der konkreten Genehmigungslage wird die S 1 in Anlage 2 des BStG als Wiener Außenring Schnellstraße mit mehreren näher definierten Knoten genannt. Vor diesem Hintergrund ist jedenfalls von einer **derzeit bestehenden gesetzlichen Verpflichtung zur Verwirklichung eines solchen Straßenzugs** auszugehen. Dafür spricht bereits etwa § 1 Abs 3

⁵¹ So auch die Ansicht des Verfassungsjuristen Univ.-Prof. *Peter Bußjäger* im Ö 1 Morgenjournal vom 2.12.2021.

⁵² Vgl Bericht „Gewessler legt Gutachten vor“, Die Presse 3.12.2021, 14. Die dort angesprochenen Gutachten liegen uns nicht vor.

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, soweit sie zur Bemaunung 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.

Auch in den Materialien zu § 1 Abs 3 BStG ist ausdrücklich von „*dem gesetzlichen Auftrag, Bundesstraßen im Rahmen der Verzeichnisse des BStG zu errichten*“ die Rede.⁵³

Dies entspricht auch dem **Verständnis des VwGH**. Dieser hat in einem die Phyrnautobahn (A 9) betreffenden Erkenntnis (in dem eine auf das BundesstraßenG gestützte Enteignung angefochten wurde) wörtlich folgender Rechtssatz gebildet (Hervorhebungen nicht im Original):

*„Es liegt **nicht im Belieben der Bundesstraßenverwaltung**, den Bau von im Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Straßen, für die noch dazu bereits eine rechtswirksame Trassenverordnung vorliegt, **hinauszuschieben**, da dies letztlich auf eine **Prüfung von Gesetz oder Verordnung hinausliefe, die Verwaltungsorganen nicht zusteht**. Daher muß - jedenfalls bei Anwendung des Bundesstraßengesetzes in der Fassung vor der Novelle BGBl 1990/159, die hier noch nicht anzuwenden ist - davon ausgegangen werden, daß nach den gegebenen wirtschaftlichen Möglichkeiten **die vorgesehenen Straßenprojekte ehestens durchzuführen sind**.“⁵⁴*

Dieses Verständnis des Höchstgerichts bildete auch die Grundlage für eine spätere Änderung der Strassenverzeichnisse durch eine Novelle des Bundesstraßengesetzes im Jahr 1993. Im Bericht des zuständigen **Bautenausschusses** heißt es wörtlich wie folgt⁵⁵ (Hervorhebungen nicht im Original):

„In einem Zuge werden auch die übrigen bestehenden Autobahnücken im Gesetz festgeschrieben.“

Da der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 11. Oktober 1990, Z 90/06/0091, die Straßenverzeichnisse des Bundesstraßengesetzes nicht als bloße Kompetenzabgrenzung zu den Straßenbau- und Erhaltungsagenden der Länder und Gemeinden eingestuft hat, sondern vielmehr daraus eine Verpflichtung der Verwaltung zum Bau ableitet, ist der

⁵³ RV 1333 BlgNR 22. GP, 10.

⁵⁴ VwGH 11.10.1990, GZ 90/06/0091 (im Volltext ist das Wort „EHESTENS“ in Großbuchstaben hervorgehoben).

⁵⁵ Bericht des Bautenausschusses, 1439 BlgNR 17. GP, 3. Es handelt sich dabei um Gesetzesmaterialien zur Änderung des BundesstraßenG in BGBl 1994/33.

neuen umweltbewußten Verkehrspolitik insbesondere in Hinblick der stark steigenden Verkehrsbelastung durch den Binnenmarkt der EG durch eine Gesetzesänderung kurzfristig Rechnung zu tragen.“

Sowohl die höchstgerichtliche Rechtsprechung als auch der Gesetzgeber selbst gehen daher **nicht** von einer bloßen **Ermächtigungsnorm**, sondern von einer **gesetzlichen Verpflichtung** aus, die von den zuständigen **Verwaltungsbehörden 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 abgeschlossen hat, zu. Die sich aus dem BStG ergebende **gesetzliche Aufgabe zur Errichtung von Bundesstraßen wie der S 1 kommt daher unmittelbar der ASFINAG zu.**

Daher ist aber für die entscheidungsbefugten Organe der ASFINAG, insbesondere für den Aufsichtsrat, die **gesetzliche Vorgabe** des Bundesstraßengesetzes weiterhin **aufrecht**, dass die S 1 in den genannten Streckenabschnitten zu bauen ist. Damit ist die Entscheidung, einen derartigen Bau nicht durchzuführen, **keine unternehmerische Ermessensentscheidung** im Sinne des § 84 Abs 1a in Verbindung mit § 99 AktG.

Daraus muss sich freilich noch nicht automatisch eine Haftung des Aufsichtsrats ergeben. Eine derartige Ausnahme aus der Business Judgement Rule bedeutet nur, dass sich der Aufsichtsrat nicht im sicheren Hafen (Safe Harbour) der Business Judgement Rule befindet, wonach sein Handeln „jedenfalls“ sorgfaltsgemäß ist. Das Aufsichtsratsmitglied trifft damit nicht automatisch eine Haftung, sehr wohl aber dann, wenn sein Verhalten im Einzelfall als sorgfaltswidrig einzustufen ist und die sonstigen Voraussetzungen für eine Ersatzpflicht gegeben sind.⁵⁶ Darauf wird noch weiter unten eingegangen.

3. Legalitätsprinzip

Das Vorgehen der Ministerin wirft auch grundsätzliche Fragen im Hinblick auf das Legalitätsprinzip auf. Gem Art 18 B-VG darf die gesamte staatliche Verwaltung nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden. Allerdings wird dabei zwischen Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung differenziert.

Für die Frage, ob sich die Bundesministerin mit ihrem Handeln im Rahmen der staatlichen Hoheits- oder Privatwirtschaftsverwaltung bewegt, ist zunächst entscheidend, in welcher Rechtsform der Handlungsakt gesetzt wird.⁵⁷ Ausschlaggebend ist nach gefestigter Judika-

⁵⁶ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 99 Rz 5a; OGH 6 Ob 58/20b; OGH 6 Ob 160/15w.

⁵⁷ Muzak, B-VG⁶ Art 17 Rz 3.

tur und hL als rein formeller Gesichtspunkt das zur Anwendung gelangende rechtstechnische Mittel.⁵⁸ Auf eine inhaltliche Qualifikation kommt es also nicht an. Im Zweifel vermutet die Rechtsprechung das Vorliegen privatwirtschaftlicher Akte.⁵⁹

Die Judikatur qualifizierte in der Vergangenheit die **Genehmigung eines Straßenprojektes** durch den zuständigen Bundesminister als Akt der **Privatwirtschaftsverwaltung**.⁶⁰ Allerdings hat der VfGH in einer anderen Entscheidung ausgesprochen,⁶¹ dass die Auflassung von Bundesstraßen mittels Erlass durch das Bundesministerium einen hoheitlichen Akt darstellt. Dies wurde vom VfGH damit begründet, dass durch die Auflassung die Straßenteile ihrer rechtlichen Eigenschaft als Bundesstraße entkleidet wurden und ihr rechtliches Schicksal nunmehr den Ländern oblag. Dieser Erlass hatte daher normativen Charakter.

Als einen solchen Akt normativen Charakters lässt sich das Handeln der Bundesministerin allerdings wohl nicht qualifizieren, zumal ohnehin noch nicht klar ist, wie der Projektstopp tatsächlich ausgestaltet wird. Mangels formeller Qualifikation des Handelns der Bundesministerin als hoheitlicher Akt handelt es sich daher wohl um einen Akt der **Privatwirtschaftsverwaltung**.

Die Geltung des Legalitätsprinzips für die Privatwirtschaftsverwaltung ist in der Lehre nach wie vor umstritten.⁶² Die hM, höchstgerichtliche Judikatur und Staatspraxis gehen aber mittlerweile von der Nichtgeltung des Legalitätsprinzips im Bereich der nichthoheitlichen Verwaltung aus.⁶³

Sehr wohl anerkannt ist aber, dass der Staat auch im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung an die Grundrechte gebunden ist (sog. „**Fiskalgeltung der Grundrechte**“).⁶⁴ In Betracht kommen all jene Grundrechte, die von Bedeutung für die privatautonome Gestaltung der Betroffenen sind, wie insbesondere der Gleichheitssatz.⁶⁵ Zur Durchsetzung dieser Fiskalgeltung dienen privatrechtliche Schutzmechanismen wie bspw Kontrahierungszwang oder Schadenersatzansprüche.⁶⁶ Die Zivilgerichte konkretisieren die gleichheitsrechtlichen

⁵⁸ Kahl in *Kneihs/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, 11. Lfg (2013) Art 17 Rz 4.

⁵⁹ VfSlg 10.357; VwGH 22.6.1987, 86/15/008; *Muzak*, B-VG⁶ Art 17 Rz 4.

⁶⁰ VfSlg. 5677.

⁶¹ VfSlg. 5536.

⁶² Zu den einzelnen Positionen vgl *Rill* in *Rill/Schäfer*, Bundesverfassungsrecht 1 Lfg. Art 18 Rz 34 ff.

⁶³ *Muzak*, B-VG⁶ Art 18 Rz 5; aA *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 570 („die heute überwiegende Auffassung verneint dies ohne überzeugende Argumente“).

⁶⁴ Kahl in *Kneihs/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, 11. Lfg (2013) Art 17 Rz 10; *Muzak*, B-VG⁶ Art 17 Rz 4.

⁶⁵ Kahl in *Kneihs/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, 11. Lfg (2013) Art 17 Rz 10

⁶⁶ OGH 24.2.2003, 1 Ob 272/02k; OGH 9.5.2007, 7 Ob 269/06v.

Pflichten etwa, indem sie jene Rechtsinstrumente durchsetzen, die das Zivilrecht zur Verfügung stellt, wie Sittenwidrigkeit, culpa in contrahendo, Kontrahierungszwang und Diskriminierungsverbote.⁶⁷

Auch im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung besteht daher kein Recht zu willkürlichem Vorgehen.

II. Vorgehen bei Änderung des Bauprogramms

1. Vorgesehene Abfolge

In Punkt IV Abs 2 des Fruchtgenussvertrags ist vorgesehen, dass die ASFINAG einen Sechsjahres-Plan bezüglich der geplanten Bauprojekte erstellt. Diese Aufgabe kommt zweifellos dem **Vorstand** der ASFINAG als deren Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan zu.

Nächster Schritt ist gemäß § 8 lit (f) der Satzung die **Zustimmung durch den Aufsichtsrat**.

In Punkt IV des Fruchtgenussvertrags ist weiters vorgesehen, dass dafür die **Zustimmung des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie**⁶⁸ im **Einvernehmen** mit dem **Bundesminister für Finanzen** herzustellen ist.

Daraus ergibt sich die vorgegebene Reihenfolge, dass ein derartiges Bauprogramm zunächst von der ASFINAG zu erstellen und dann mit den beiden genannten Ministerien abzustimmen ist.

Die BMK hätte also richtigerweise die Erstellung des (geänderten) Bauprogramms durch den Vorstand mit Zustimmung des Aufsichtsrats der ASFINAG abwarten müssen und entsprechende Vorstellungen im nachfolgenden Schritt der Zustimmung artikulieren müssen. Überdies ist in diesem nachfolgenden Schritt auch das Einvernehmen mit dem Bundesminister für Finanzen herzustellen. Dieser hat in einer ersten Reaktion darauf hingewiesen, dass es sich bei den nunmehr gestoppten Bauprojekten um ein „*wichtiges und wesentliches Infrastrukturprojekt handelt, das sowohl Anrainer entlastet als auch den Standort stärkt.*“

Es ist daher durchaus zweifelhaft, ob das erforderliche Einvernehmen mit dem BMF im vorliegenden Fall hergestellt werden kann. Kommt es zu **keinem Einvernehmen**, so gilt

⁶⁷ Kahl in *Kneih/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, 11. Lfg (2013) Art 17 Rz 10.

⁶⁸ Jetzt: Bundesminister für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie.

das aktuelle Bauprogramm der ASFINAG (auf Basis des geltenden BundesstraßenG) weiter, in welchem sowohl die S 1⁶⁹ als auch die Spange Seestadt Aspern⁷⁰ enthalten sind.

2. Änderung der Abfolge

Die BMK hat die sohin vorgegebene Reihenfolge umgedreht und die **Ergebnisse des Bauprogramms vorweggenommen**, indem sie die Ergebnisse des von ihrem Ministerium erstellten Evaluierungsberichts und insbesondere die Entscheidung, dass der Lobau-Tunnel nicht gebaut wird, bereits am 01.12.2021 in einer Pressekonferenz medial verkündet hat.

Mögliche Ansprüche gegen die Ministerin auf Grund dieser Vorgangsweise, insbesondere ob daraus Amtshaftungs- oder sonstige Schadenersatzansprüche abgeleitet werden könnten, sind nicht Gegenstand der vorliegenden Stellungnahme.

3. Vorliegen einer Weisung?

Inhaltlich ist die von der Ministerin stammende Aussage, dass der Lobau-Tunnel und auch die sonstigen noch fehlenden Streckenabschnitte der S 1 nicht gebaut werden, wohl als **Weisung** gedacht gewesen. Dafür spricht die apodiktische Form der Verkündung ihrer Entscheidung, die eine Vorwegnahme der Entscheidungen der Organe der ASFINAG bedeutet. Dies ungeachtet der Tatsache, dass der Begriff der Weisung nicht in der Kommunikation verwendet wurde. Die Aussage, wonach die Lobau-Autobahn „nicht gebaut“ werde, die von der BMK ua in der Pressekonferenz am 1.12.2021 getroffen wurde, kann aber nur im Sinne einer Weisung an die ASFINAG interpretiert werden, dies umzusetzen.

Derartige Weisungen sind freilich **aktienrechtlich unzulässig**, da nach ganz herrschender Meinung nicht nur der **Vorstand**⁷¹, sondern auch der **Aufsichtsrat zwingend**⁷² **weisungsfrei** ist. Daher wäre eine Weisung selbst dann unzulässig, wenn ihr Inhalt grundsätzlich rechtskonform wäre.

⁶⁹ www.asfinag.at/bauen-erhalten/bauprojekte/s-1-wiener-aussenring-schnellstrasse-neubau-schwechat-bis-sus-senbrunn/.

⁷⁰ www.asfinag.at/bauen-erhalten/bauprojekte/s-1-wiener-aussenring-schnellstrasse-neubau-spange-seestadt-aspern/.

⁷¹ 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 AktG⁵ § 76 Rz 22.

⁷² Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 92 f; J. Reich-Rohrwig in Artmann/Karollus, AktG II⁶ § 70 Rz 45.

Der Grundsatz der Weisungsfreiheit gilt auch unabhängig von der Aktionärsstruktur der konkreten Gesellschaft, daher insbesondere auch in Aktiengesellschaften mit einem Mehrheitsaktionär oder einem Alleinaktionär.⁷³ Grundsätzlich besteht die Möglichkeit einer Abweichung durch **sondergesellschaftsrechtliche Regelungen**. Im ASFINAG-Gesetz sowie im ASFINAG-Ermächtigungsgesetz ist freilich, anders als in den gesetzlichen Grundlagen von Vorgängergesellschaften, darunter der früheren Autobahn- und Schnellstraßen AG (ASAG)⁷⁴, keine derartige Abweichung erfolgt.

In § 10 ASFINAG-Ermächtigungsgesetz wird zwar die Vorgabe für den gemäß § 2 abzuschließenden Fruchtgenussvertrag gemacht, dass dem Bundesminister das Recht einzuräumen ist, der ASFINAG **Zielvorgaben** zu setzen und eine begleitende Kontrolle hinsichtlich der Maßnahmen der Gesellschaft einschließlich der Planungsmaßnahmen durchzuführen. Entsprechend ist in Punkt IV Abs 2 des Fruchtgenussvertrags das Recht des Bundes vorgesehen, „*Zielvorgaben hinsichtlich der verkehrs-, sicherheits- und bautechnischen Ausgestaltungen zu setzen*“. Dieser Begriff der Zielvorgabe umfasst nach unserem Verständnis allerdings lediglich die Vorgabe von Zielen auf höherer Abstraktionsebene, **nicht hingegen konkrete Eingriff in operative Entscheidungen**. Daher kann eine „Weisung“, den Bau einer bestimmten Schnellstraße nicht zu beginnen bzw nicht fortzuführen, unseres Erachtens nicht auf die genannte Regelung des Fruchtgenussvertrags gestützt werden. Dies umso mehr, wenn damit auch gegen gesetzliche Vorgaben (des BundesstraßenG) verstoßen wird.

III. Mögliche Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern

Hinsichtlich einer möglichen Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern ist zu prüfen, ob die allgemeinen Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs erfüllt sind. Die Haftungsprivilegierung aus der Business Judgment Rule („Sicherer Hafen“) kommt im vorliegenden Fall aus den oben unter E.I.2 ausgeführten Gründen nicht zur Anwendung, so dass es bei den allgemeinen Haftungsvoraussetzungen bleibt. Das Aktiengesetz enthält diesbezüglich lediglich Sonderregeln hinsichtlich des Sorgfaltsmaßstabs und der Beweislast, die sonstigen allgemein-zivilrechtlichen Vorgaben bleiben unberührt.

Demnach sind die folgenden Voraussetzungen einer Innenhaftung, also einer Haftung gegenüber der Gesellschaft, zu prüfen:

1. Schaden

Es ist davon auszugehen, dass ein Stopp des Bauprojekts Lobau-Tunnel mit einem Schaden für die Gesellschaft (ASFINAG) verbunden ist. Laut Medienberichten hat die ASFINAG

⁷³ Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 70 Rz 7.

⁷⁴ Dazu Funk, Sondergesellschaften in der Bundesstraßenverwaltung, ÖZW 1984, 65.

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.⁷⁵ Laut einer parlamentarischen Anfrage ist angeblich sogar von Kosten in Höhe von **EUR 147 Mio** für Planungskosten und Grundstücksankäufe die Rede.

Die Richtigkeit dieser Daten kann im vorliegenden Zusammenhang nicht verifiziert werden. Es dürfte aber unstrittig sein, dass die ASFINAG bereits erhebliche Geldmittel aufgewendet hat, die im Falle eines Baustopps naturgemäß als **frustrierte Aufwendungen** gelten und damit einen Schaden für die Gesellschaft bilden.

Hinzu kommt, dass die ASFINAG **Schadenersatzansprüchen** auf Grund von **Vertragsverletzungen** mit Vertragspartnern ausgesetzt sein könnte, mit denen sie bereits rechtlich gültige Verträge abgeschlossen hat. Über den Umfang und Inhalt derartiger Verträge sind uns keine näheren Informationen bekannt. Ein entsprechendes **Informationsverlangen** des Aufsichtsrats (vgl oben D.V) wäre zweckmäßig.

2. Kausalität

Kausalität ist für alle Schäden zu bejahen, für denen deren Eintritt das aktive oder passive Verhalten des Aufsichtsratsmitglieds notwendige Bedingung ist⁷⁶. Unter der Annahme, dass die sonstigen Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs gegeben sind, ist die Kausalität jedenfalls bei allen Aufsichtsratsmitgliedern zu bejahen, die für die Verankerung eines entsprechenden Baustopps im künftigen Bauprogramm stimmen.

Nach allgemeinen Grundsätzen der Kausalität bei kollegialen Entscheidungen können sich einzelne pflichtwidrig handelnde Mitglieder nicht darauf berufen, dass ihre Stimmabgabe nicht kausal gewesen sei, weil der Kollegialbeschluss auch ohne ihre individuelle Stimme zu Stande gekommen wäre.⁷⁷

Hingegen entfällt idR eine Verantwortlichkeit bei denjenigen Mitgliedern eines Kollegialorgans, die **gegen den schadensstiftenden Beschluss** gestimmt haben.⁷⁸ ZT wird darüber hinausgehend verlangt, dass das Mitglied alle zumutbaren Schritte ergreift, um die Ausführung des Beschlusses zu verhindern.⁷⁹ Jedenfalls empfiehlt es sich, einen **Widerspruch** und

⁷⁵ *Preusser/Gaul*, Gewessler's Nein löst Politbeben aus, Kurier 02.12.2021, 4.

⁷⁶ *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 99 Rz 36; *Schauer* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² § 45 Rz 50.

⁷⁷ *Reich-Rohrwig/Grossmayer* in *Artmann/Karollus* AktG⁶ § 84 Rz 351; *Eckert/Schopper/Madari* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON § 84 Rz 40; *Kletečka/Kronthaler* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch für den Vorstand Rz 4/7 ff (zum Vorstand).

⁷⁸ *Reich-Rohrwig/Grossmayer* in *Artmann/Karollus* AktG⁶ § 84 Rz 352.

⁷⁹ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR² Rz 3/537; *Reich-Rohrwig/Grossmayer* in *Artmann/Karollus* AktG⁶ § 84 Rz 352; *Hopt/Roth* in *Großkomm* AktG⁵ § 93 Rz 370.

die Gründe für die von der Mehrheit abweichende Stimmabgabe im **Protokoll der Sitzung** zu dokumentieren.

3. Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit des Verhaltens ergibt sich im vorliegenden Zusammenhang aus dem Verstoß gegen die Einhaltung des **allgemeinen Sorgfaltsmaßstabs** des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (§ 84 Abs 1) bzw Aufsichtsratsmitglieds (über den Verweis des § 99 AktG).⁸⁰ Der objektive Sorgfaltsverstoß wird damit bereits auf der Ebene der Rechtswidrigkeit geprüft.⁸¹

Im vorliegenden Fall ist auch die sich aus § 5 Abs 4 ASFINAG-Gesetz ergebende Verpflichtung zur Einhaltung der Grundsätze der **Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit** zu beachten.

4. Verschulden

Für das Verschulden genügt jeder Grad der Fahrlässigkeit, sohin bereits **leichte Fahrlässigkeit**. Maßstab ist das ordentliche und gewissenhafte Aufsichtsratsmitglied. Es gilt ein **objektiver Sorgfaltsmaßstab**, so dass sich das einzelne Mitglied nicht auf subjektive Unkenntnis berufen kann.

Im vorliegenden Zusammenhang ist zu beachten, dass der Bund, vertreten durch die BMK, gleichzeitig Alleinaktionärin der ASFINAG ist. Dies erzeugt eine durchaus unangenehme Situation für die Kapitalvertreter im Aufsichtsrat, da diese gemäß § 87 Abs 8 AktG von der Hauptversammlung jederzeit mit einer Dreiviertelmehrheit, auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes abberufen werden können. Im hier gegebenen Fall einer Alleinaktionärin hat es diese somit in der Hand, diese Aufsichtsratsmitglieder jederzeit abzuberaufen.

Es besteht ein gewisses Risiko, dass die Alleinaktionärin Aufsichtsratsmitglieder, die die von ihr vorab geäußerten Vorstellungen nicht umsetzen, abberufen könnte. Dies darf die betroffenen Aufsichtsratsmitglieder aber de iure bei ihrer Entscheidungsfindung nicht beeinflussen. Anders gesagt kann eine allfällige sorgfaltswidrige und damit grundsätzlich haftungsbegründete Stimmabgabe nicht damit entschuldigt werden, dass sich das Aufsichtsratsmitglied in einer Drucksituation befunden hat, da es sonst seine Abberufung fürchten müsste.

⁸⁰ Reich-Rohrwig/Grossmayer in Artmann/Karollus AktG⁹ § 84 Rz 353.

⁸¹ Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 99 Rz 37.

5. Interessenskonflikte

Oberste Leitlinie für das Aufsichtsratsmitglied ist und bleibt das **Unternehmensinteresse** der Gesellschaft, dessen Aufsichtsrat die betroffene Person angehört (dazu oben D.II). Grund dafür ist insb die organschaftliche Treuepflicht, der jedes AR-Mitglied unterliegt.⁸² Angesichts der Konzeption des Aufsichtsratsmandats als Nebentätigkeit kann es hier durchaus zu **Interessenskonflikten** kommen, sei es mit Organmandaten in anderen Gesellschaften, sei es mit Funktionen bei einem Aktionär der Gesellschaft (hier: Republik Österreich).

Ein Aufsichtsratsmitglied ist diesfalls zwar berechtigt, die Interessen des sie oder ihn entsendenden, wählenden oder nominierenden Aktionärs in das Aufsichtsratsgremium einzubringen und diese Interessen auch deutlich zu artikulieren.⁸³ Dennoch bleibt auch für ein solches Aufsichtsratsmitglied die umfassende Verpflichtung zur Wahrung des Wohl der Gesellschaft die maßgebliche Richtschnur.⁸⁴ 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).⁸⁵

Diese Bindung an das Unternehmensinteresse gilt insb für die Ausübung des Stimmrechts bei AR-Beschlüssen, aber auch bei der Wahrnehmung von Informationsrechten⁸⁶ (dazu oben D.V). Bei einem konkreten Interessenskonflikt ist dieser im AR zunächst **offen zu legen**⁸⁷ und kann in der Folge zu einer Pflicht zur **Stimmhaltung** oder einem **Stimmverbot** führen.⁸⁸

6. Möglicher Haftungsausschluss

Gemäß § 84 Abs 4 AktG tritt der Gesellschaft gegenüber die Ersatzpflicht nicht ein, wenn die Handlung auf einem **gesetzmäßigen Beschluss der Hauptversammlung** beruht. Die Bestimmung des § 84 Abs 4 AktG gilt für den Vorstand, über den Verweis des § 99 AktG gilt aber auch für den Aufsichtsrat Entsprechendes.

Der Sinn dieser Bestimmung besteht darin, dass ein Vorstands- bzw Aufsichtsratsmitglied nicht zur Haftung gegenüber der Gesellschaft und damit wirtschaftlich betrachtet gegenüber

⁸² Frotz/Schörghofer in Kalss/Kunz, HB für den AR² § 25 Rz 2.

⁸³ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 99 Rz 10.

⁸⁴ Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 99 Rz 27.

⁸⁵ So ausdrücklich Frotz/Schörghofer in Kalss/Kunz, HB für den AR² § 25 Rz 2.

⁸⁶ Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 99 Rz 27.

⁸⁷ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 92 Rz 89; Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 99 Rz 27.

⁸⁸ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 92 Rz 87 ff; Frotz/Schörghofer in Kalss/Kunz, HB für den AR² § 25 Rz 33 ff.

den Aktionären als deren wirtschaftlichen Eigentümern herangezogen werden soll, wenn sein Handeln gerade die entsprechenden Vorgaben der Aktionäre bzw des Alleinaktionärs umsetzt.

Voraussetzung für die Anwendung dieser Bestimmung ist aber, 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.⁸⁹
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**.⁹⁰ Ein solches Verlangen wurde aber unseres Wissens bislang nicht gestellt.
3. Drittens wäre ein derartiger Beschluss aber auch **inhaltlich rechtswidrig**, weil er wie unter E.I.2 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.

Die Haftungsbefreiung entfällt jedenfalls bei Beschlüssen, die überhaupt außerhalb des Kompetenzbereichs der HV gefasst wurden, sowie bei nichtigen HV-Beschlüssen.⁹¹ Nach der hL in Deutschland⁹² 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.⁹³

⁸⁹ So *Eckert/Schopper/Madari*, AktG-ON § 84 Rz 56; *Kalss* in Münchener Komm AktG⁵ § 93 Rz 422; *Hopt/Roth* in Großkomm AktG⁵ § 93 Rz 478 und die hM in Deutschland; aA *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 84 Rz 29; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR² Rz 3/540.

⁹⁰ Dieses Erfordernis betonen ua auch *Reich-Rohrwig/Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 391; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 84 Rz 29.

⁹¹ *Eckert/Schopper/Madari*, AktG-ON § 84 Rz 52 mwN; *Reich-Rohrwig/Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 399; OGH 3 Ob 287/02f.

⁹² *Spindler* in Münchener Komm AktG⁵ § 93 Rz 267 mwN.

⁹³ Dazu *Eckert/Schopper/Madari*, AktG-ON § 84 Rz 52.

Die in § 84 Abs 4 AktG zum Vorstand enthaltene Regelung zum Entfall der Haftung (nur) bei Vorliegen eines gesetzmäßigen Beschlusses der Hauptversammlung gilt über den Verweis in § 99 AktG auch für die Haftung des Aufsichtsrats.⁹⁴

Insgesamt ist ein allfälliger HV-Beschluss im vorliegenden Fall deshalb nicht als „gesetzmäßig“ einzustufen. Damit kommt die **Haftungsprivilegierung** des § 84 Abs 4 AktG in Verbindung mit § 99 AktG im gegenständlichen Fall **nicht zur Anwendung**.

7. Verjährung

Für die Geltendmachung der Haftung sieht § 84 Abs 6 AktG eine **fünfjährige Verjährungsfrist** vor. Dabei sagt das Gesetz nichts über den Beginn der Verjährung aus, so dass entweder eine objektive Verjährungsfrist vorliegen könnte, die bereits mit dem Eintritt des Schadens zu laufen beginnt, oder eine subjektive Frist, die (wie Schadenersatzansprüche nach allgemeinem Zivilrecht, § 1489 ABGB) erst mit Kenntnis des Geschädigten von Schaden und Schädiger zu laufen beginnt.

Nach ständiger Rechtsprechung des OGH zur Vorstandshaftung handelt sich hier um eine **subjektive Frist**, die somit (erst) mit **Kenntnis von Schaden und Schädiger** zu laufen beginnt.⁹⁵ Da § 99 AktG lediglich auf die Regelungen des § 84 AktG zur Vorstandshaftung verweist, gilt die Fünfjahresfrist ab Kenntnis auch für die Haftung des Aufsichtsrats.⁹⁶ 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,⁹⁷ konnten sich nicht durchsetzen.

Dabei ist durch die Rechtsprechung nicht geklärt, **wessen Kenntnis in der Gesellschaft** relevant ist. Nach überwiegender Ansicht kommt es aber 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.⁹⁸ Daher werden solche Ansprüche praktisch häufig nach einem **Wechsel der Organmitglieder** geltend gemacht.

⁹⁴ Brogyanyi/Rieder in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG Praxiskommentar § 99 Rz 32; einschränkend Habersack in Münchener Komm AktG⁵ § 116 Rz 76.

⁹⁵ RIS-Justiz RS0034715; Reich-Rohrwig/Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 84 Rz 496; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 84 Rz 39; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 3/545.

⁹⁶ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 99 Rz 46; Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 99 Rz 40.

⁹⁷ Schopper/Walch, Unternehmensrechtliche Verjährungsfristen und ihr Verhältnis zum allgemeinen Zivilrecht, ÖBA 2013, 418; Artmann, Entscheidungsanmerkung zu OGH 1 Ob 35/12x, GesRZ 2013, 52.

⁹⁸ Näher dazu Reich-Rohrwig/Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 84 Rz 500 f.

Da im vorliegenden Fall neben frustrierten Aufwendungen insb eine Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen durch Vertragspartner der ASFINAG möglich ist (vgl oben 1.), könnte eine Kenntnis der Gesellschaft von solchen Ansprüchen uU auch erst in fernerer Zukunft erfolgen, wenn sich nämlich der jeweilige Vertragspartner (uU kurz vor Ablauf seiner eigenen Verjährungsfrist hinsichtlich seines Anspruchs) zu einer gerichtlichen Geltendmachung entschließt. Selbst dann steht der Erfolg einer derartigen Geltendmachung und damit das Bestehen eines Schadens der Gesellschaft noch nicht fest, so dass man den Beginn der Verjährung auch noch später, zB mit Rechtskraft des Urteils oder mit Bezahlung des Anspruchs durch die Gesellschaft⁹⁹ festlegen könnte.

Neben der fünfjährigen Frist ab Kenntnis der Gesellschaft kommt eine **absolute 30jährige¹⁰⁰ Verjährungsfrist ab Schadenseintritt** zur Anwendung.¹⁰¹ Sollte also im Extremfall der Geschädigte zB erst nach 28 Jahren Kenntnis von Schaden erlangen, wären nur mehr 2 Jahre Zeit für eine gerichtliche Geltendmachung.

Die Verjährungsfrist ist nach hM **zwingend** und kann durch vertragliche Regelungen, etwa in der Satzung oder im Anstellungsvertrag nicht verkürzt werden.¹⁰²

8. Ergebnis

Insgesamt gehen wir daher davon aus, dass hinsichtlich der Aufsichtsratsmitglieder der ASFINAG, die einem geänderten Bauprogramm zustimmen, in dem gewisse im Bundesstraßengesetz vorgesehene Straßenteile nicht (mehr) enthalten sind, die materiell-rechtlichen Voraussetzungen einer Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft gemäß § 84 in Verbindung mit § 99 AktG erfüllt sind.

⁹⁹ So Kodek in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON § 896 Rz 3; P. Bydlinski in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁶ § 896 Rz 5; OGH RS0017572 zu Regressansprüchen.

¹⁰⁰ 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*, AktG⁶ § 44 Rz 7 mwN.

¹⁰¹ *Reich-Rohrwig/Grossmayer in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 498.

¹⁰² *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 84 Rz 39.

F. Zusammenfassung

Die Aufsichtsratsmitglieder sind vorrangig an das Unternehmensinteresse gebunden. Überdies haben sie (wenn auch nachgeordnet) sonstige, insbesondere öffentliche Interessen zu berücksichtigen, wobei es im vorliegenden Fall divergierende öffentliche Interessen gibt, von denen manche für, viele jedoch gegen einen Baustopp bei der S 1 sprechen.

Das Informationsrecht des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand verdichtet sich zu einer Informationspflicht, wenn die Informationen wie im vorliegenden Fall notwendige Grundlage der Entscheidung über ein zustimmungspflichtiges Geschäft sind.

Die Haftungsprivilegierung („Sicherer Hafen“) durch die Business Judgement Rule kommt nicht zur Anwendung, wenn es sich um rechtlich gebundene Entscheidungen handelt. Dies ist hier gegeben, weil der Bau der S 1 im BundesstraßenG festgelegt ist und dies nur vom Gesetzgeber geändert werden kann. Die Ansicht, es liege im BundesstraßenG eine bloße Ermächtigung vor, widerspricht der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs und auch dem aus den Materialien ersichtlichen Willen des Gesetzgebers.

Der vorgesehene zeitliche Ablauf, wonach zunächst ein Beschluss des Bauprogramms durch Vorstand und Aufsichtsrat der ASFINAG erfolgt und danach die Zustimmung bzw das Einvernehmen mit dem BMK und dem BMF herzustellen ist, wurde von der Ministerin umgedreht. Ihre Aussage unter anderem in einer Pressekonferenz vom 1.12.2021, wonach (insbesondere) der Lobau-Tunnel nicht gebaut werde, war wohl als Weisung (oder als Kommunikation der relevanten Entscheidung an sich) gedacht. Derartige Weisungen sind aber gegenüber dem Aufsichtsrat (und dem Vorstand) aktienrechtlich unzulässig. Abweichende sondergesellschaftsrechtliche Regelungen eines Weisungsrechts liegen im Fall der ASFINAG nicht vor.

Ein Schaden der ASFINAG liegt aufgrund frustrierter Aufwendungen für Planungen und Grundstücksankäufe in Millionenhöhe vor. Hinzu kommen wohl mögliche Inanspruchnahmen der Gesellschaft aus Vertragsverletzungen. Kausalität ist jedenfalls bei jenen Aufsichtsratsmitgliedern gegeben, die für die Verankerung eines entsprechenden Baustopps im künftigen Bauprogramm stimmen.


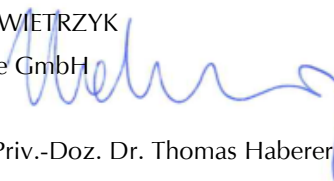
Bezüglich des Verschuldens genügt bereits leichte Fahrlässigkeit und ist eine Beweislastumkehr vorgesehen, maW die Aufsichtsratsmitglieder müssten sich freibeweisen, dh beweisen, dass sie sorgfaltsgemäß zum Wohl des Unternehmens gehandelt haben. Ein möglicher Interessenskonflikt einzelner Aufsichtsratsmitglieder, etwa mit Interes-

sen eines Aktionärs, ändert nichts an der vorrangigen Bindung an das Unternehmensinteresse. Ein möglicher Haftungsausschluss gemäß § 84 Abs 4 iVm § 99 AktG kommt nicht zur Anwendung, da kein und jedenfalls kein gesetzmäßiger Beschluss der Hauptversammlung vorliegt.

Schadenersatzansprüche der Gesellschaft verjähren innerhalb einer Frist von 5 Jahren ab Kenntnis der Gesellschaft von Schaden und Schädiger, längstens innerhalb von 30 Jahren ab Schadenseintritt. Eine solche Kenntnis kann uU erst Jahre nach dem schädigenden Ereignis (zB Aufsichtsratsbeschluss) erfolgen, wenn beispielsweise von Vertragspartnern Ersatzansprüche geltend gemacht werden.

Insgesamt sind daher hinsichtlich der Aufsichtsratsmitglieder der ASFINAG, die einem geänderten Bauprogramm zustimmen, in dem gewisse im BundesstraßenG vorgesehene Straßenteile nicht (mehr) enthalten sind, die materiell-rechtlichen Voraussetzungen einer Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft gemäß § 84 iVm § 99 AktG erfüllt.

Wir stehen für Rückfragen gerne zur Verfügung und verbleiben mit freundlichen Grüßen

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