

Strukturwandel im österreichischen und deutschen Bundesstraßenrecht

Franz Merli

I. Einleitung

Zu den vielen Neuerungen im Rechtsleben, die *Bernd-Christian Funk* in das Bewusstsein der Rechtswissenschaft gehoben, analysiert und für das allgemeine Staats- und Verwaltungsrecht erschlossen hat, gehört auch die Gründung von Straßensondergesellschaften zur Finanzierung und zum Bau bestimmter Autobahnstrecken und ihre Bemannung im Österreich der 60er und 70er Jahre des 20. Jahrhunderts.¹ Was damals noch als periphere Sondererscheinung wirken mochte, hat sich seit etwa der Mitte der 90er Jahre zu einer strukturprägenden Entwicklung des gesamten Bundesstraßenrechts verdichtet. Ein zwar nicht in den Einzelheiten, wohl aber in den Grundzügen gleichlaufender Prozess lässt sich auch in Deutschland beobachten.

Die Reformen sind in erster Linie der Finanznot der öffentlichen Haushalte geschuldet und verfolgen daher drei Ziele: die Steigerung der Einnahmen für Straßenbau und -erhaltung, die Aufbringung privaten Kapitals und die Effektivierung der staatlichen Straßenverwaltung. Dem entsprechen die drei zentralen Elemente, die den Wandel bestimmen:

- die Maut als zusätzliche Einnahmequelle;
- die Beteiligung Privater an Straßenbau und -erhaltung im Rahmen von Public Private Partnerships; und
- die Neuorganisation der staatlichen Straßenverwaltung in Form von Ausgliederungen.

Aufgegeben oder zumindest weitgehend modifiziert werden damit die klassische Steuerfinanzierung von Straßenbau und -erhaltung, ihre Durchführung durch den Staat und ihre Steuerung mit den Mitteln der Ministerial- oder Amtsverwaltung. Da dies alle oder weite Bereiche des Bundesstraßenrechts betrifft, lässt sich durchaus von einem Strukturwandel sprechen.

Die folgende Darstellung gibt einen vergleichenden Überblick über die drei genannten Elemente und damit zusammenhängende Rechtsfragen und widmet sich am Schluss der Frage nach der verbleibenden Rolle des Staates in seiner traditionellen Form.²

¹ *Funk*, Allgemeine Probleme, in: ders (Hrsg), Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte (1981) 1 (4 ff); *Funk*, Sondergesellschaften in der Bundesstraßenverwaltung, ÖZw 1984, 65; *Adamovich/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1987) 222.

² Literatur zu Österreich (chronologisch): *Funk* (FN 1); *Stolzlechner/Kostal*, Das Bundesstraßenfinanzierungsgesetz 1996, ZVR 1999, Sonderheft 5a, 1; *Stolzlechner*, Neue Entwicklungen

II. Nutzerfinanzierung statt Steuerfinanzierung: Maut

Mauten sind aus staatlicher Sicht aus zwei Gründen attraktiv: Zum einen verschaffen sie zusätzliche Einnahmen (wenn und weil die Steuern nicht gleichzeitig im selben Ausmaß gesenkt werden), und zum anderen kann ihre Zahlung im Inland nicht durch die Wahrnehmung von Gestaltungsfreiheiten im internationalen Verkehr und besonders im Binnenmarkt vermieden werden, wie dies bei verkehrsbezogenen Abgaben wie der Mineralölsteuer und der Kraftfahrzeugsteuer durch Tanken oder Zulassung im Ausland der Fall ist; insofern dienen Mauten auch der Angleichung der Wettbewerbsbedingungen von Gütertransportunternehmen in Ländern mit unterschiedlichen Gebührensystemen.³

bei der Bundesstraßenfinanzierung, in: FS Dittrich (2000) 787; Resch, Verkehrsrecht, in: Holoubek/Potacs, Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts I (2002) 799 (834 ff); Merli, Öffentliches Gut als Gegenstand von Public Private Partnerships – Das Beispiel der Bundesstraßen, in: Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg.), Public Private Partnerships (2003) 59; eine instruktive Zusammenfassung der Rechtsentwicklung findet sich auch in VfSlg 16.107/2001. Zu Deutschland (chronologisch): Steuring, Wirtschaftliche und rechtliche Aspekte bei der Finanzierung öffentlicher Objekte durch Private, BauR 1991, 703; Grupp, Rechtsprobleme der Privatfinanzierung von Verkehrsprojekten, DVBl 1994, 140; Grupp, Rechtsprobleme der Privatfinanzierung von Verkehrsprojekten, in: Blümel (Hrsg.) Verkehrsrecht im Wandel (1994) 129; Hahn, Privatisierung und Privatfinanzierung der Bundesautobahnen, ebd., 149; Steiner, Straßenbau durch Private, NJW 1994, 3150; Ewers/Rodi, Privatisierung der Bundesautobahnen (1995); Schmidt, Die hinkende Belichtung, NVwZ 1995, 38; Höfling, Private Vorfinanzierung öffentlicher Verkehrsinfrastrukturprojekte – ein staatschuldenrechtliches Problem? DÖV 1995, 141; Rofsnagel, Rechtliche Anforderungen an Telematiksysteme im Verkehr, ZRP 1995, 100; Rofsnagel/Pordesch, Road-Pricing-Systeme und Datenschutz, DuD 1995, 77; Hassemer/Topp, Datenschutz und Verkehrsrecht, NZV 1995, 169; Hassemer, Neuere Entwicklungen im Bereich von Datenschutz und Straßenverkehr, DAR 1996, 85; Pabst, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung im Fernstraßenbau (1996); Bucher, Privatisierung von Bundesfernstraßen (1996); Reidt, Verfassungsrechtliche Aspekte der Mautfinanzierung von Fernstraßen, NVwZ 1996, 1156; Reidt/Sickler, Das Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz und der Konzessionsvertrag – das „Pilotprojekt“ der Warnow-Querung in Rostock, BauR 1997, 241, 365; Stehlin, Einschaltung privatrechtlich organisierter Verwaltungseinrichtungen in die Verkehrswegeplanung (1997); Tomas, Die Privatfinanzierung von Bundesfernstraßen (1997); Rinke, in: Kodal/Krämer (Hrsg.), Straßenrecht⁴ (1999) Kapitel 16 Rz 18 ff, 24 ff; Schmitt, Bau, Erhaltung, Betrieb und Finanzierung von Bundesfernstraßen durch Private nach dem FStPrivFinG (1999); Seabreit, Das Betreibermodell im Fernstraßenbau, NVwZ 1999, 965; Reidt, Der Rechtsanspruch auf Erlass von untergesetzlichen Normen – Exemplarische Darstellung anhand der Gebührenverordnung nach dem Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz (FStPrivFinG), DVBl 2000, 602; Zeis, Mautmodelle zur Privatfinanzierung staatlicher Infrastruktur – Europarechtliche Probleme, EWS 2001, 418; Uechtritz, Mautfinanzierung des Alaufstiegs – Einstieg in die Nutzerfinanzierung des Fernstraßenbaus, VBilBW 2002, 317; Uechtritz, Möglichkeiten für private Verkehrsinfrastrukturbetreiber außerhalb der öffentlichen Haushalte, DVBl 2002, 739; Klimski, Der verfassungs- und europarechtliche Rahmen einer streckenbezogenen „Schwerverkehrsabgabe“, DVBl 2002, 221; Neumann/Müller, Die Einführung einer Lkw-Mautgebühr auf den Bundesautobahnen, NVwZ 2002, 1295; Kulle, Kooperation zwischen öffentlicher Hand und privaten Unternehmen (Public Private Partnership) – Erfahrungen aus unternehmerischer Sicht, ZfBR-2003, 129.

³ Dazu zB Mückenhausen, Die Harmonisierung der Abgaben auf den Straßengüterverkehr in der Europäischen Gemeinschaft, EuZW 1994, 519; Schmitt (FN 2) 35 ff; weiters die Begründungserwägungen der Wegkostenrichtlinie 1999/62/EG, ABl L 187/42. Zu den Möglichkeiten der Beeinflussung der Kfz-Steuerlast durch die Wahl des Zulassungsortes zB EuGH Rs C-115/00, Hoves, Slg 2002 I-5335.

In Österreich wie in Deutschland ging die Entwicklung von Mauten für bestimmte, durch besondere Schwierigkeiten des Baus gekennzeichnete Bundesstraßenstücke (Brücken, Tunnel und Gebirgspässe) zu einer allgemeinen Maut auf Autobahnen, und im Rahmen letzterer von zeitabhängigen zu „fahrleistungsabhängigen“, also streckenbezogenen Mautmodellen. Die entsprechenden Differenzierungen fanden dann auch Eingang in die EG-Wegekostenrichtlinie⁴ und bilden seither, soweit es um Lkw ab 12 Tonnen höchstzulässiges Gesamtgewicht geht, den Rahmen für die einzelstaatliche Ausgestaltung.

1. Sonderstreckenmauten

Sonderstreckenmauten werden in Österreich auf den seit den 60er Jahren nach und nach errichteten alpenquerenden Autobahn- und Schnellstraßenabschnitten erhoben, also für die Benutzung der Brennerautobahn zwischen Innsbruck und der italienischen Staatsgrenze, des Tauern- und Katschbergunnels auf der Tauernautobahn, des Bosruck- und Gleinalmtunnels auf der Pyhrnautobahn, des Arlbergtunnels und des Karawanken-Tunnels.⁵ Die Rechtsgrundlage dafür bilden Sondergesetze, die auch die Gründung der erwähnten Sondergesellschaften regeln.⁶ Die Mautpflicht gilt für alle Arten von Kraftfahrzeugen, also insbesondere Pkw und Lkw; mit Wirksamwerden des allgemeinen streckenbezogenen Mautsystems nach dem BStMG (voraussichtlich Anfang 2004) sollen Fahrzeuge ab 3,5 Tonnen aber in das neue System einbezogen werden, sodass die Sonderstreckenmauten nach den alten Rechtsgrundlagen im Wesentlichen nur mehr auf Pkw und Motorräder anwendbar sein werden.⁷ Die Mauthöhe wird vom Bund durch Erlass des Verkehrsministers im Einvernehmen mit dem Finanzminister festgelegt.⁸ Mautgläubiger war ursprünglich der Bund, der die Einnahmen den auch mit der Mauterhebung beauftragten Straßensondergesellschaften zur Deckung ihrer Kosten zu überlassen hatte; mittlerweile wird die Maut der bundeseigenen ASFINAG geschuldet und von ihren aus den Sondergesellschaften hervorgegangenen Tochterunternehmen eingehoben.⁹

In Deutschland sind Sonderstreckenmauten nach dem (Bundes-)Gesetz über den Bau und die Finanzierung von Bundesfernstraßen durch Private¹⁰ vorgesehen.

⁴ Art 2 lit a-c, Art 7 Abs 3 RL (FN 3).

⁵ Eine genaue Beschreibung der betroffenen Strecken findet sich in § 10 Abs 2 Bundesstraßenmautgesetz 2002, BGBl I 2002/109; im Folgenden: BStMG.

⁶ § 1 Abs 1 G betreffend die Finanzierung der Autobahn Innsbruck-Brenner BGBl 1964/135; § 2 Abs 1 Tauernautobahn-Finanzierungsg BGBl 1969/115; § 2 Abs 1 Pyhrn Autobahn-Finanzierungsg BGBl 1971/479; § 2 Abs 1 Arlberg, Schnellstraße Finanzierungsg BGBl 1973/113; § 2 Karawanken Autobahn-Finanzierungsg BGBl 1978/442 und Art 12 StV über den Karawankentunnel BGBl 1978/441.

⁷ Dazu gleich unten bei FN 20.

⁸ Die aktuellen Tarife finden sich in der von der ASFINAG erstellten und vom Verkehrsminister „freigegebenen“, unter www.asfinag.at zugänglichen Mautordnung für die Sonderstrecken vom 30. 10. 2002, Punkt 1.

⁹ Die Stellung der ASFINAG als Mautgläubigerin ergibt sich aus den §§ 6 und 9 ASFINAG-Ermächtigungsg IVm dem in diesem Gesetz vorgesehenen Fruchtgenussvertrag zwischen Bund und ASFINAG. Zur ASFINAG und den anderen Gesellschaften mehr unter Punkt IV.

¹⁰ BGBl I 1994, S 2243 idF der Nov BGBl I 2002, S 3442; Neukundmachung (Wiederverlautbarung) in BGBl I 2003, S 99. Der offizielle Kurztitel lautet Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz – FStPrivFinG.

Das Gesetz ermöglicht es dem Staat, Aufgaben des Neu- und Ausbaus von Bundesfernstraßen nach dem Betreibermodell Privaten vertraglich zur Ausführung zu übertragen und sie als Gegenleistung zeitlich befristet zu ermächtigen, für die Benutzung der im Zuge von Bundesautobahnen und Bundesstraßen errichteten Brücken, Tunnel und Gebirgspässe und von mehrstreifigen Bundesstraßen Mautgebühren zu erheben.¹¹ Die Auswahl der betroffenen Strecken erfolgt durch Verordnung des Bundesverkehrsministers im Einvernehmen mit den betroffenen Landesregierungen.¹² Nähere Bestimmungen über die Arten von Fahrzeugen enthält das Gesetz nicht, sodass alle von ihnen einer Mautpflicht unterworfen werden können. Für die Höhe der Maut soll zunächst eine Verordnung des Bundesverkehrsministers im Einvernehmen mit dem Bundesfinanzminister mit Zustimmung des Bundesrates die gesetzlichen Bestimmungen über die Kalkulation näher ausführen; auf dieser Grundlage hat dann der Bundesverkehrsminister nach Anhörung der zuständigen obersten Landesstraßenbaubehörde ohne Zustimmung des Bundesrates die Maut für die jeweilige Strecke festzulegen.¹³ Mautgläubiger ist der private Vertragspartner des Staates.

2. Allgemeine Autobahnmauten

Zeitabhängige Mauten für die Benutzung von Autobahnen (und bestimmten Schnellstraßen) insgesamt wurden in Österreich früher für Güterfahrzeuge ab 12 Tonnen als ausschließliche Bundesabgabe nach dem Straßenbenützungsgesetz erhoben.¹⁴ Für Fahrzeuge bis zwölf Tonnen, also (im Wesentlichen) Pkw und kleine Lkw, sah das Bundesstraßenfinanzierungsgesetz¹⁵ die Pflicht zum Erwerb einer Vignette von der ASFINAG vor. Das BStMG bewirkt nun einen Systemwechsel: Sobald das darin geregelte elektronische Mauteinhebungsmodell betriebsbereit ist (voraussichtlich Anfang 2004),¹⁶ wird die zeitabhängige Maut, also die Vignette bzw. die Straßenbenützungsgeldabgabe, für mehrspurige Fahrzeuge ab 3,5 Tonnen durch eine allgemeine fahrleistungsabhängige Mautpflicht ersetzt, die mit wenigen Ausnahmen¹⁷ für das ganze Bundesstraßennetz gilt (das nach der Übertragung der „normalen“ Bundesstraßen an die Länder¹⁸ nur mehr aus Auto-

bahnen und Schnellstraßen besteht); da auch die Sonderstrecken in das neue System integriert wurden, entfallen für die genannten Fahrzeuge, wie erwähnt, auch die Sonderstreckenmauten.¹⁹ Für ein- und mehrspurige Kraftfahrzeuge bis 3,5 Tonnen bleibt dagegen die zeitabhängige Maut in Form der Vignettenpflicht bestehen; sie gilt allerdings nicht für die Sonderstrecken, auf denen für diese Fahrzeuge weiterhin Streckenmaut zu bezahlen ist.²⁰ Mautgläubigerin ist in allen Fällen die ASFINAG. Die Vignettenpreise wie die Höhe der fahrleistungsabhängigen Maut werden auf Vorschlag der ASFINAG vom Verkehrsminister im Einvernehmen mit dem Finanzminister durch Verordnung festgelegt, letztere in Form eines nach Achszahl des Fahrzeugs differenzierenden Grundkilometertarifs, der dann von der ASFINAG auf einzelne Mautabschnitte umzulegen ist.²¹ Die entsprechende Mauttarifverordnung hat den Grundkilometerarif für Fahrzeuge mit zwei Achsen mit 13 Cent bestimmt; für dreiachsige und vier- oder mehrachsige Fahrzeuge gelten 140 bzw. 210 % dieses Betrags, gerundet also 18 und 27 Cent, und im Durchschnitt ergibt dies 22 Cent.²² Für die genannten Sonderstrecken sieht die Verordnung höhere Abschnittstarife vor, die zT während der Nacht abweichen. Auf eine Differenzierung nach Schadstoffklassen wurde vorläufig verzichtet. Die Gesamteinnahmen sollen jährlich rund 580 Mio Euro betragen.²³

In Deutschland erfolgte der Einstieg in eine allgemeine Maut für die Benutzung der Bundesautobahnen durch das Autobahnbenützungsgesetz (ABBG) von 1994.²⁴ Es regelte die Einhebung zeitabhängiger Gebühren für die Benutzung von Bundesautobahnen mit Güterkraftfahrzeugen ab 12 Tonnen („Euro-Vignette“). Mautgläubiger war der Bund; mit der Einziehung und Verwaltung der Gebühren wurde das Bundesamt für Güterverkehr (eine Bundesoberbehörde) betraut. Wie in Österreich wird diese zeitabhängige Maut nun durch eine streckenbezogene Maut ersetzt: Das Autobahnmautgesetz für schwere Nutzfahrzeuge (ABMG)²⁵, dessen Regime mit der Fertigstellung eines elektronischen Gebühreneinzugssystems am 31. 8. 2003 wirksam werden soll,²⁶ gilt für alle Bundesau-

¹⁹ §§ 1, 6, 31 Abs 4, 32 Abs 1 BStMG. Für die Sonderstrecken kann nach § 9 Abs 6 BStMG ein erhöhter Tarif festgelegt werden.

²⁰ §§ 10, 31 Abs 4 BStMG.

²¹ §§ 9, 12 BStMG; MauttarifVO BGBl II 2002/406; VignettenpreisVO BGBl II 2000/254 (erlassen noch auf der Grundlage des § 8 Abs 1 BStMG; Weitergeltung unter dem BStMG gem dessen § 35 Abs 2).

²² Die Durchschnittsberechnung beruht auf Angaben der ASFINAG und findet sich zB in der FAZ 12. 10. 2002, 12.

²³ Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage des BStMG, 1139 BgBl NR 21, GP, 14.

²⁴ BGBl II 1994, S 1765. Das Gesetz setzte einen Staatsvertrag über einen Gebührenverbindung zwischen Deutschland, Dänemark und den Benelux-Staaten (dem später auch Schweden beitrug) um. Dazu und zur Vorgeschichte *Schmitt* (FN 2) 34 ff.

²⁵ Gesetz zur Einführung von streckenbezogenen Gebühren für die Benutzung von Bundesautobahnen mit schweren Nutzfahrzeugen (Autobahnmautgesetz für schwere Nutzfahrzeuge – ABMG), BGBl 2002 I, S 1234, idF des Gesetzes zur Änderung des Autobahnmautgesetzes für schwere Nutzfahrzeuge und zur Errichtung einer Verkehrsinfrastrukturfinanzierungsgesellschaft, noch nicht publiziert, beschlossene Fassung in Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses, Bundestags-Drucksache 15/998.

²⁶ Nach § 12 ABMG legt der Bundesverkehrsminister durch Verordnung mit Zustimmung des Bundesrates den Zeitpunkt des Mauteinhebungsbeginns fest; zu diesem Zeitpunkt tritt das ABBG außer Kraft. Die Festlegung auf den 31. 8. 2003 findet sich in § 2 der Verordnung zur Erhebung, zum Nachweis der ordnungsgemäßen Entrichtung und zur Erstattung der Maut

¹¹ §§ 1 Abs 2, 2 Abs 1, 3 Abs 1 FStrPrivFinG.

¹² § 3 Abs 1 FStrPrivFinG.

¹³ §§ 2 Abs 1, 3 Abs 2-5, 3a FStrPrivFinG.

¹⁴ § 1 Abs 1 StraßenbenützungsgeldabgabeG BGBl 1994/629, zuletzt idF BGBl I 2001/144; die Erklärung zur ausschließlichen Bundesabgabe findet sich in § 8 Z 3 FAG 2001 BGBl I 2001/3. Davor (seit 1978) wurde nach dem Straßenverkehrsbeitragsgesetz BGBl 1978/302 eine (ausschließliche Bundes-)Abgabe für die Güterbeförderung mit Kraftfahrzeugen ab 5 Tonnen erhoben, die für Fahrzeuge mit ausländischem Kennzeichen auch nach der im Inland zurückgelegten Fahrstrecke berechnet werden konnte; ein unmittelbarer Bezug zur Nutzung bestimmter Straßen bestand aber nicht.

¹⁵ § 7 Bundesstraßenfinanzierungsg 1996, das als Art 20 des Strukturanpassungsg 1996, BGBl 2001, erlassen und dann mehrfach novelliert wurde; im Folgenden: BStFG.

¹⁶ Der Zeitpunkt ist gem § 31 Abs 1 BStMG vom Bundesverkehrsminister mit Verordnung festzusetzen.

¹⁷ Diese wurden durch die Mautstreckenausnahmenverordnung BGBl II 2002/497 auf der Grundlage des § 1 Abs 2 BStMG vom Bundesverkehrsminister im Einvernehmen mit dem Bundesfinanzminister bestimmt.

¹⁸ Durch das BG über die Aufassung und Übertragung von Bundesstraßen (= Art 5 Bundesstraßen-Übertragungsg) BGBl I 2002/50.

tobahnen mit einigen wenigen, bereits im Gesetz festgelegten Ausnahmen, darunter die genannten, von Privaten betriebenen Sonderstrecken; die Mautpflicht kann aus Sicherheitsgründen durch Verordnung auf bestimmte Bundesstraßenabschnitte erstreckt werden.²⁷ Erfasst wird die Benutzung durch Fahrzeuge iSd Art 2 lit d der Wegekostenrichtlinie, also ausschließlich für den Güterverkehr bestimmte Kraftfahrzeuge und Fahrzeugkombinationen mit mindestens 12 Tonnen zulässigem Gesamtgewicht.²⁸ Die Maut ist an das Bundesamt für Güterverkehr zu entrichten; der Bund bleibt also Mautgläubiger.²⁹ Ihre Höhe pro Kilometer wird, nach Achszahl und Emissionsklasse des Fahrzeugs differenziert, durch Verordnung der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates festgelegt.³⁰ Die entsprechende Verordnung zur Festsetzung der Höhe der Autobahnumaut für schwere Nutzfahrzeuge (Mauthöheverordnung – MautHV) war Gegenstand eines Streits zwischen den beiden Organen (der vor allem die Höhe der Maut und die Entlastung des deutschen Güterverkehrsgewerbes durch Kompensationen an anderer Stelle betraf) und ist noch nicht publiziert.³¹ Sie sieht in der letztlich beschlossenen Fassung je nach Schadstoffklasse für Fahrzeuge mit bis zu drei Achsen zwischen 9 und 13 Cent und für mehrachsige Fahrzeuge zwischen 10 und 14 Cent pro Kilometer und im Durchschnitt 12,4 Cent pro Kilometer vor. Das liegt unter den zunächst geplanten durchschnittlichen 15 Cent pro Kilometer. Im ursprünglichen Entwurf hatte die Bundesregierung mit Mauteinnahmen von 3,4 Mrd Euro pro Jahr gerechnet;³² nach der Senkung dürften die Einnahmen etwa 2,8 Mrd Euro ausmachen.³³ Eine allgemeine Maut für Fahrzeuge mit geringerem Gewicht, insbesondere Pkw, gibt es in Deutschland bislang nicht, obwohl dies schon vorgeschlagen wurde.³⁴

III. Einbeziehung Privater statt ausschließlich staatlicher Aufgabenerfüllung: Public Private Partnerships

Private haben „immer schon“, etwa über Werkverträge, verschiedene Aufgaben von Straßenbau und -erhaltung für den Staat erledigt. Auch Nebenbetriebe an Bundesautobahnen, etwa Tankstellen oder Raststätten, werden seit langem von Privaten geführt.³⁵ Neu an den Modellen der letzten Jahre ist daher nicht die

(Lkw-Maut-Verordnung – Lkw-MautV), deren Entwurf der Bundesrat schon zugestimmt hat (Drucksache 146/03), die aber noch nicht kundgemacht wurde.

²⁷ § 1 Abs 1, 3, 4 ABMG.

²⁸ § 1 Abs 1 ABMG.

²⁹ §§ 4 Abs 1, 11 ABMG.

³⁰ § 3 Abs 1, 2 ABMG.

³¹ Der ursprüngliche Entwurf der Bundesregierung mit Begründung und die Änderungswünsche des Bundesrates, die er mit einer Entschließung verbunden hat, sind in der Bundesrats-Drucksache 142/03 enthalten. Die Bundesregierung hat die Änderungswünsche akzeptiert: FAZ 30. 5. 2003, 13.

³² Begründung zur MautHV (FN 31) 3.

³³ FAZ 21. 5. 2003, 13.

³⁴ FAZ 11. 7. 2003, 11.

³⁵ Die Modelle sind allerdings unterschiedlich und haben sich im Lauf der Zeit auch geändert: In Österreich wurden die Nebenbetriebe zunächst vom Bund und dann von der ASFINAG auf privatrechtlicher Basis verpachtet. In Deutschland wurden sie früher von der bundeseigenen

private Beteiligung also solche, sondern ihre Intensität und Dauer. Anders als früher sollen private Akteure nicht nur punktuelle Aufgaben erfüllen, sondern im Rahmen von so genannten „Public Private Partnerships“³⁶ den Bau, die Erhaltung und den Betrieb von Straßenabschnitten ganz und auf lange Frist übernehmen, und vor allem auch die Finanzierung bestreiten, um auf diese Weise den von Haushaltsnöten geprägten Staat zu entlasten, der ihnen dafür das Recht auf Mauteinhebung oder die Mauteinnahmen überlässt. Die Einbeziehung von Privaten gilt auch und besonders für die Einrichtung und den Betrieb von Systemen zur automatischen Mauteinhebung. Die Systeme sollen kein Anhalten der Fahrzeuge erfordern und den Verkehrsfluss auch durch Geschwindigkeitsreduktion oder die Bindung an eine bestimmte Fahrspur nicht behindern.³⁷ Daher erfordert ihr Aufbau neben Kapital auch spezifische Kenntnisse und Erfahrungen, über die der Staat bislang nicht verfügt.

In Österreich hat die ASFINAG, die das Bundesstraßennetz betreut, die Firma Europass Lkw-Mautsystem GmbH vertraglich als Generalunternehmer mit der Planung, Errichtung, Finanzierung und dem Betrieb des Lkw-Mautsystems beauftragt. Europass gehört der italienischen Autostrade International S.p.A., der für das Auslandsgeschäft zuständigen Tochtergesellschaft der gleichnamigen italienischen Mautgesellschaft, die wiederum von der Familie *Benetton* dominiert wird. An der Autostrade International ist mittlerweile über ihr Tochterunternehmen A-Way GmbH auch die Bauholding Strabag des Industriellen *Hans-Peter Haselsteiner* mit 30 Prozent beteiligt.³⁸ Der Vertrag, der ohne spezifische gesetzliche Ermächtigung abgeschlossen wurde,³⁹ ist nicht publiziert und dem Vernehmen nach mit strengen Geheimhaltungsklauseln versehen. Nach Mitteilungen der ASFINAG und Presseberichten wurde er auf die Dauer von zehn Jahren abge-

„Gesellschaft für Nebenbetriebe an Bundesautobahnen (GfN)“ geführt oder verpachtet; inzwischen werden auf der Grundlage von § 15 Bundesfernstraßengesetz (FStRG), BGBl I 1994, S 854 idR, Bau und Betrieb von Nebenbetrieben vom Staat mit öffentlichrechtlichem Vertrag oder Verwaltungsakt gegen eine Konzessionsabgabe an Dritte übertragen; die GfN wurde in eine Autobahn Tank und Rast AG umgewandelt und an Private verkauft, die dann entsprechende Konzessionen erworben haben; dazu zB *Bauer*, in: *Kodal/Krämer* (FN 2) Kapitel 41, Rz 53 ff; *Kastner*, in: *Marschall/Schroetel/Kastner*, Bundesfernstraßengesetz, Kommentar² (1998) zu § 15; *Pabst* (FN 2) 28 f; *Steiner*, Die Privatisierung der Nebenbetriebe an Bundesautobahnen, NJW 1994, 1712.

³⁶ Der Begriff ist in aller Munde, aber sehr vage: Vgl zB die Definitionen in den Beiträgen in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (FN 2) und *VofStAbL*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003) 266 (283 FN 60 mwN).

³⁷ Nach Art 7 Abs 5 WegekostenRL sind die Mauteinhebung und -kontrolle so zu gestalten, „daß dies den Verkehrsfluß möglichst wenig beeinträchtigt“.

³⁸ FAZ, 5. 11. 2002, 26; 10. 3. 2003, 19; Salzburger Nachrichten 11. 3. 03, 16.

³⁹ § 6 Abs 2 ASFINAG-ErmächtigungsG (das als Art I des Infrastrukturfinanzierungsgesetzes 1997, BGBl I 1997/113, erlassen und zuletzt durch BGBl I 2002/50 novelliert wurde), wonach die ASFINAG als Fruchtgenussberechtigte das Recht, „die Einhebung von Mauten und Benützungsgebühren ... vorzunehmen“, mit Zustimmung des Finanzministers an Dritte übertragen kann, dürfte sich nur auf die Stellung der ASFINAG als Mautgläubiger (also auf das der ASFINAG durch § 6 S 1 eingeräumte Recht), nicht aber auf die Beauftragung eines Dritten mit der Einhebung der Maut für die ASFINAG, beziehen und daher als Grundlage für den Vertrag mit Europass nicht in Frage kommen; im Übrigen ist die Ermächtigung des § 6 S 2, wenn sie so verstanden wird, durch die gesetzliche Festschreibung der ASFINAG als Mautgläubigerin in § 3 BStMG jedenfalls für den Anwendungsbereich des BStMG wohl überholt.

geschlossen und sieht als Gesamtvergütung während dieser Zeit 747 Mio Euro vor.⁴⁰ Das von Europass entwickelte System beruht auf Mikrowellentechnologie. Beim Vorbeifahren an jeder der auf allen Autobahn- und Schnellstraßenabschnitten zwischen den Auffahrten installierten Mautstationen stellt das System mittels berührungsloser Kommunikation mit einem im Fahrzeug installierten Gerät („GO-Box“) die Fahrzeugdaten fest und bucht den entsprechenden Mautbetrag entweder von vorher bezahlten und gespeicherten Guthaben oder im nachhinein von einem vom Nutzer angegebenen Konto ab.⁴¹ Europass wickelt zwar das Zahlungsverfahren ab und wird auch aus den Mauteinnahmen bezahlt, doch Mautgläubigerin bleibt die ASFINAG.

Auf ähnliche Weise, aber auf der expliziten Rechtsgrundlage des § 4 Abs 2 ABMG, ist auch in Deutschland die Errichtung und der Betrieb eines automatischen Mauteinhebungssystems vom Bundesamt für Güterverkehr einer privaten Gesellschaft übertragen worden. Gewinner des Vergabeverfahrens wurde ein Konsortium aus Deutscher Telekom, Daimler-Chrysler-Services und dem französischen Autobahnbetreiber Cofiroute, das zur Abwicklung des Auftrags eine Firma namens „Toll Collect GmbH“ gegründet hat.⁴² Die Vergütung für die Einrichtung und den Betrieb des Mauteinhebungssystems soll für einen Zeitraum von zwölf Jahren ca 600 Mio Euro jährlich betragen.⁴³ Das deutsche System beruht – anders als das österreichische – auf Mobilfunk und Satellitenortung der Fahrzeuge. Das Bordgerät („On Board Unit“) registriert die Fahrstrecke, berechnet die Mauten und funkt die Daten an eine Zentralstelle des Betreibers, der dann mit dem Transportunternehmer abrechnet. Mautstationen gibt es zwar auch, aber nicht flächendeckend, denn sie dienen nicht der primären Feststellung der Nutzung des entsprechenden Straßenstücks und der Auslösung von Mautabbuchungen, sondern nur der Kontrolle der Daten des Bordgeräts und der Zahlung.⁴⁴ Toll Collect wickelt die Mauteinhebung für das Bundesamt für Güterverkehr ab, wird also ebenfalls nicht selbst Mautgläubiger.

Was den Bau und die Erhaltung von Straßen anbelangt, ist man in Österreich bislang über eine – allerdings umfassende – Organisationsprivatisierung nicht hinausgegangen.⁴⁵ In Deutschland hat hingegen die Verwirklichung verschiedener Public Private Partnerships schon begonnen. Das zuständige Bundesverkehrsministerium unterscheidet dabei so genannte „A“ und „F“-Projekte.⁴⁶ Die A-Modelle werden erst mit den ABMG-Mauten möglich: Einem Privaten werden nach einer Ausschreibung der Ausbau zusätzlicher Fahrstreifen und die Erhaltung und der Betrieb aller Fahrstreifen bestimmter Autobahnabschnitte vertraglich übertragen. Dafür erhält er das streckenbezogene Aufkommen aus der Lkw-Maut und eine zusätzliche Vergütung in Form einer Anschubfinanzierung von etwa 50 % aus dem staatlichen Haushalt, die die Kosten aus der Benützung

⁴⁰ Pressemitteilungen unter www.asfinag.at; FAZ 25. 2. 2002, 14.

⁴¹ Mehr Informationen dazu unter www.go-maut.at und www.europass.at.

⁴² FAZ 7. 6. 2002, 16; 11. 6. 2002, 16; 5. 9. 2002, 11.

⁴³ Vorblatt zum Entwurf der Lkw-MautV (FN 26) 2.

⁴⁴ Eine ausführliche technische Beschreibung findet sich in FAZ 14. 1. 2003, T 1 (dort auch zu verschiedenen Problemen des Systems).

⁴⁵ Dazu unten Teil IV.

⁴⁶ Siehe www.bmfvw.de/Betreibermodelle-fuer-die-Bundesstraessen-739.htm.

durch Pkw und leichten Lkw abdecken soll. Da der Private nicht das Mauteinhebungsrecht selbst oder sonstige Außenrechtszuständigkeiten erhält, sind dafür keine spezifischen gesetzlichen Grundlagen erforderlich. Das weitergehende F-Modell beruht auf dem FStrPrivFinG. Wie erwähnt, ermöglicht das Gesetz, einem Privaten die Neuerrichtung von Brücken, Tunneln und Gebirgspässen und autobahnähnlich ausgebauten Bundesstraßen zu übertragen und ihm gleichzeitig das Recht zur Bemaunung einzuräumen. Das entspricht dem Betreibermodell, doch auch hier kann eine zusätzliche Finanzierung aus Haushaltsmitteln erforderlich sein.

IV. Neuorganisation staatlicher Tätigkeiten: Ausgliederung

Zur Nutzerfinanzierung und zur Einbeziehung Privater kommt als drittes Element des Strukturwandels die zunehmende Ausgliederung staatlicher Tätigkeiten in staatseigene Gesellschaften des Privatrechts, also die Organisationsprivatisierung der Straßenverwaltung. Die Motive dafür sind letztlich ebenfalls finanzieller Natur: Zum Teil ging es um die Beschleunigung von Straßenbauvorhaben durch außerbudgetäre Finanzierungen oder um die Verlagerung von Staatsschulden auf Dritte zur Erfüllung der Maastricht-Kriterien im Rahmen der Währungsunion, somit um eine nur nominelle Entlastung des Staatshaushalts, und zum Teil geht es um eine echte Entlastung durch Effizienzgewinne privatrechtsförmigen Handelns. Ergänzend können noch andere Gründe hinzukommen, etwa die Schaffung eines Rahmens zur Beteiligung der Länder an Bundesfinanzierungen.

In Österreich hat die Ausgliederungswelle schon in den 60er Jahren mit der erwähnten Gründung von Sondergesellschaften für den Autobahnbau begonnen. Es handelte sich zunächst um projektbezogene Aktiengesellschaften, die im Eigentum des Bundes und der jeweils betroffenen Länder standen und mit Bau, Erhaltung und außerbudgetären (Kredit-)Finanzierung der entsprechenden alpenquerenden Autobahn- und Schnellstraßenabschnitte betraut wurden, aber kein eigenes Mauteinhebungsrecht hatten. 1982 wurde ihnen die Finanzierungsaufgabe entzogen und auf die neu gegründete „Autobahnen und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft“ (ASFINAG) übertragen, die sich im Alleineigentum des Bundes befindet.⁴⁷ 1992 wurden die Sondergesellschaften zu zwei Bundesstraßengesellschaften verschmolzen⁴⁸ und 1997 die (mehrheitlichen) Bundesanteile daran in die ASFINAG eingebracht,⁴⁹ sodass sie nun als Tochtergesellschaften der ASFINAG fungieren. Diese selbst wurde durch das ASFINAG-Ermächtigungsgesetz 1997 zu einer umfassenden Bundesstraßenplanungs-, -errichtungs-, -erhaltungs- und -finanzierungsgesellschaft. In einem Fruchtgenussvertrag auf der Grundlage dieses Gesetzes hat der Bund der ASFINAG gegen ein Entgelt von rund 5,8 Mrd Euro, das mit den Verpflichtungen des Bundes gegenüber der ASFINAG zur Finanzierung der Schulden, die diese für den Straßenbau aufgenommen hatte, in gleicher Höhe verrechnet wurde, alle seine nicht hoheitlichen Rechte und Pflichten als Verwalter der mautpflichtigen Bundesautobahnen und

⁴⁷ ASFINAG-Gesetz, BGBl 1982/591, zuletzt idF BGBl I 2002/50.

⁴⁸ Bundesgesetz betreffend Maßnahmen im Bereich der Bundesstraßengesellschaften, BGBl 1992/896, zuletzt idF BGBl I 2002/50.

⁴⁹ Rechtsgrundlage dafür war § 1 ASFINAG-ErmächtigungsgG.

-schnellstraßen übertragen und ihr zugleich auch die Befugnis eingeräumt, die gesetzlich vorgesehenen Mauten (im eigenen Namen) einzuheben. Letzteres war eine wesentliche Voraussetzung dafür, dass die bei der ASFINAG „gelandeten“ Schulden nicht mehr als solche des Bundes galten und Österreich damit die Kriterien für die letzte Stufe der Währungsunion erfüllen konnte.⁵⁰ Da die übrigen Bundesstraßen inzwischen an die Länder abgegeben wurden,⁵¹ obliegt der ASFINAG seither gem. § 34b Bundesstraßengesetz⁵² Planung, Bau und Erhaltung des gesamten Bundesstraßennetzes und auch die Verwaltung der – privatrechtlich verstandenen – Nebenrechte etwa im Zusammenhang mit Werbungen oder Betrieben an Bundesstraßen. Die Finanzierung (und auch die Tilgung der gewaltigen Schulden) soll die ASFINAG grundsätzlich aus den Mauteinnahmen bestreiten;⁵³ der Bund ist allerdings immer noch verpflichtet, die ausreichende Mittelausstattung und die Aufrechterhaltung der Liquidität und des Grundkapitals der ASFINAG sicherzustellen.⁵⁴

In Deutschland betraf und betrifft die Ausgliederung bislang nur einzelne Aufgaben. Sieht man von den Nebenbetrieben ab,⁵⁵ machte den Anfang die „Deutsche Gesellschaft für öffentliche Arbeiten“ (Öffa), deren Wurzeln bis 1930 zurückreichen und die nach dem Zweiten Weltkrieg in vollständigen Bundesbesitz überging. Zwischen 1955 und 1973 fungierte sie als Finanzierungsgesellschaft hauptsächlich für den Bundesautobahnbau, indem sie außerbudgetär Kredite aufnahm und dem Bund weitergab, der sich gegenüber der Öffa verpflichtete, Mittel für Zinsen und Tilgungen zur Verfügung zu stellen.⁵⁶ Nach der Wiedervereinigung wurde zur Beschleunigung des Bundesstraßenbaus in den neuen Bundesländern eine „Deutsche Einheit Fernstraßenplanungs- und Baugesellschaft mbH (DEGES)“ gegründet, an der der Bund mittlerweile mit 50 % und die betroffenen Länder mit je 10 % beteiligt sind. Die Gesellschaft übernimmt vertraglich von den jeweiligen Ländern, die nach Art 90 GG im Rahmen der Auftragsverwaltung für den Bundesstraßenbau zuständig sind, die Bauvorbereitung und Überwachung der Bundesfernstraßenprojekte Deutsche Einheit, dh sie plant sie in Abstimmung mit den zuständigen Landesbehörden, vergibt die Aufträge und schließt die Verträge über den Bau im Namen und auf Rechnung des Bundes und wickelt sie ab. Die Kosten dafür tragen Bund und Länder in einem bestimmten Verhältnis.⁵⁷

⁵⁰ Zum Ziel, die betroffenen Staatsschulden „in einen nicht dem öffentlichen Bereich zuzuordnenden Gesellschaftsverbund zu überführen“, vgl die EB zur RV des Infrastrukturfinanzierungsgesetz 1997, 698 BldNR 20. GP, 11; zum Erfolg European Commission, Convergence Report 1998, in: European Economy 1998 Nr 65, 110, 119 f.

⁵¹ FN 18.

⁵² BGBl 1971/286, zuletzt idF BGBl I 2002/50; im Folgenden: BStG.

⁵³ Vgl den AB 1023 BldNR 21. GP, 3, zur Änderung des § 6 BStG durch das Bundesstraßen-Übertragungsgesetz (BGBl I 2002/50).

⁵⁴ § 10 ASFINAG-G.

⁵⁵ Zur (inzwischen verkauften) bundeseigenen Gesellschaft für Nebenbetriebe oben FN 35.

⁵⁶ Die Rechtsgrundlage dafür bildete das Verkehrsfinanzierungsgesetz BGBl I 1955, S 166 und das Straßenbaufinanzierungsgesetz BGBl I 1960, S 201. Dazu zB Bucher (FN 2) 67 ff; Grupp, DVBl 1994 (FN 2) 141 f; Höfling (FN 2) 142 f; Pabst (FN 2) 40 ff; Schmitt (FN 2) 46 ff.

⁵⁷ Zur DEGES zB Bucher (FN 2) 60 ff, 128 ff; Rinke (FN 2) Rz 25; Pabst (FN 2) 240 ff; Schmitt (FN 2) 67 ff, 108; Stehlin (FN 2) mwN 28 FN 5.

Mit dem Verkehrsinfrastrukturfinanzierungsgesellschaftsgesetz aus 2003⁵⁸ wurde schließlich die Grundlage für die Gründung einer bundeseigenen GmbH geschaffen, der Aufgaben der Finanzierung von Neubau, Ausbau, Erhaltung, Betrieb und Unterhaltung von Bundesfernstraßen (und ähnliche Aufgaben im Zusammenhang mit Bundeswasserstraßen und Schienenwegen der Bundeseisenbahnen) und die Vorbereitung, Durchführung und Abwicklung von Projekten nach dem FStrPrivFinG und vergleichbarer Projekte übertragen werden können.⁵⁹ Die Gesellschaft soll die Mauteinnahmen des Bundes nach dem ABMG (und die Schiffsabgaben) zur Verfügung gestellt bekommen und nach Maßgabe der jeweiligen haushaltsrechtlichen Festlegungen und nach den Weisungen des Bundesverkehrsministers zur Finanzierung der genannten Aufgaben verteilen. Damit soll der „Kreislauf Gebührenerhebung/Gebührenverwendung“ verdeutlicht, die Finanzierung von verkehrsträgerübergreifenden Bauprogrammen im Rahmen einer integrativen Verkehrspolitik erleichtert und die öffentliche Hand entlastet werden.⁶⁰ Im Zusammenhang mit der Einbeziehung Privater soll die Gesellschaft Prüfungsaufgaben übernehmen, zB die Ermittlung geeigneter Betreibermodelle, die Betreuung und Auswertung von Machbarkeitsstudien, weiters die Ausschreibung und Aufbereitung der Vergabeunterlagen und die Vergabe von Konzessionen sowie die Koordinierung der Rückgabe- und Übernahmespektion des Bauwerks.⁶¹ Eine Weiterentwicklung zu einer Betreibergesellschaft ist durchaus möglich.⁶²

Keine Ausgliederung im eigentlichen Sinn, aber doch eine Verselbständigung innerhalb der Bundesverwaltung bewirkte die Übertragung der Mautverwaltung an das Bundesamt für Güterverkehr.⁶³

V. Ausgewählte Rechtsfragen

Die geschilderten Reformen des Bundesstraßenrechts ziehen eine Vielzahl von Rechtsfragen nach sich, die noch keineswegs alle geklärt sind. Einige von ihnen sind eher technischer, andere grundsätzlicher Natur. Die folgende Übersicht ist weder vollständig noch auf Problemlösung angelegt. Sie soll vielmehr eine Einführung geben und zugleich deutlich machen, dass zum Teil unterschiedliche rechtliche Konstruktionen verwendet wurden, um dieselben Ergebnisse zu erreichen.

⁵⁸ Gesetz zur Errichtung einer Verkehrsinfrastrukturgesellschaft zur Finanzierung von Bundesverkehrswegen (Verkehrsinfrastrukturfinanzierungsgesellschaftsgesetz – VIFGG) = Art 2 des Gesetzes zur Änderung des Autobahnmautgesetzes – schwere Nutzfahrzeuge und zur Errichtung einer Verkehrsinfrastrukturgesellschaft, noch nicht publiziert, vom Vermittlungsausschuss gebilligte Fassung in Bundesrats-Drucksache 353/03.

⁵⁹ § 1 VIFGG.

⁶⁰ Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Bundestags-Drucksache 15/199, 4.

⁶¹ Begründung (FN 60) 5. Ob tatsächlich die Vergabe der Konzessionen selbst gemeint ist, erscheint wegen der gesetzlichen Beschränkung der Gesellschaft auf nichthöheitliche Aufgaben des Bundes (§ 1 Abs 1 und 2 VIFGG) fraglich; zum Streit über den hoheitlichen oder privatrechtlichen Charakter der Konzessionerteilung zB Arnds (FN 2) 243; Reidt/Strickler (FN 2) 365; Schmitt (FN 2) 128 ff; Uechtritz, VBIBW 2002 (FN 2) 318 f.

⁶² Neumann/Müller (FN 2) 1299 mwN; zu verschiedenen weiteren Vorschlägen zB Ewers/Rodi (FN 2) 108 ff; Pabst (FN 2) 238 ff.

⁶³ Dazu oben bei FN 29 und vor FN 42 und unten bei FN 102.

1. Mautpflicht

Was die Mautpflicht auf Bundesstraßen anbelangt, besteht zunächst in beiden Ländern Übereinstimmung, dass ihre Einführung als solche zulässig ist, wenn gesetzlich verfügt wird, dass sie den Gemeingebrauch nicht beseitigt⁶⁴ und dass sie in die Kompetenz des Bundes fällt.⁶⁵ In anderen Punkten ist die Rechtslage weniger eindeutig.

2. Mauthöhe

Das beginnt mit der Höhe der Maut. Die verfassungsrechtlichen Maßstäbe⁶⁶ dafür dürften größerer Art sein als die Vorgaben des Art 7 Abs 9 Wegekostenrichtlinie, auf die auch die Mautgesetze verweisen⁶⁷ und nach denen die gewogenen durchschnittlichen Mautgebühren sich an den Kosten für den Bau, den Betrieb und den Ausbau des betreffenden Verkehrswegenetzes orientieren müssen. Nach der Entscheidung des EuGH zur Brennerautobahnmaut⁶⁸ ist klar, dass „Orientieren“ zumindest das Verbot einer erheblichen Kostenüberschreitung – auch wenn damit Lenkungsziele verfolgt werden – bedeutet und dass Kosten, die außerhalb des (strecken-)mautpflichtigen Straßennetzes anfallen, nicht in die Berechnung der Maut einbezogen werden können. Andererseits dürfte eine Durchschnittskalkulation in einem zusammenhängenden und einheitlich betriebenen (Strecken-)Mautstreckennetz, wie sie das deutsche und österreichische Recht außerhalb der „Erschwernisstrecken“ vorsehen, trotz der Deutung des Ausdruckes „Straßennetz“ als „Abschnitt des Straßennetzes“ durch den EuGH zulässig sein; nur Mischkalkulationen eines Betreibers, der (etwa nach dem deutschen FStPrivFinG) mehrere unabhängige Mautstrecken betreibt, wären damit ausgeschlossen.⁶⁹ Ob sich die – auch unter Ausklammerung der Sonderstrecken – deutlich höheren Mauttarife in Österreich tatsächlich mit der gegenüber Deutschland geringeren Benutzungsichte und schwierigeren topographischen Bedingungen rechtfertigen lassen,⁷⁰ muss sich erst herausstellen. Selbst gegen die niedrigeren – und nach den Wünschen des Bundesrates gegenüber den ursprünglichen Planungen noch abgesenkten – deutschen Mauttarife hat die Europäische Kommission offenbar noch Bedenken.⁷¹

Schwierig ist die Beurteilung ua deshalb, weil der Kostenbegriff der Richtlinie nicht klar ist. Auch wenn vieles auf einen betriebswirtschaftlichen Kostenbegriff deutet, sind auch damit noch nicht alle Fragen (etwa zu Abschreibungsregeln und -zeiträumen und zur kalkulatorischen Verzinsung des eingesetzten Eigenka-

⁶⁴ Zu Österreich zB *Merli* (FN 2) 75 ff mwN; zu Deutschland zB *Schmitt* (FN 2) 160 ff mwN.

⁶⁵ Grundlagen sind Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG und Art 74 Abs 1 Nr 22 GG.

⁶⁶ Dazu zB *Merli* (FN 2) 76 mwN; und *Klinski* (FN 2) 223 f; *Pabst* (FN 2) 171 ff; *Schmitt* (FN 2) 185 f; 191 ff.

⁶⁷ § 9 Abs 7 BStMG; § 3 Abs 2 ABMG.

⁶⁸ EuGH Rs C-205/98, Kommission/Österreich, Slg 2000 I-7367.

⁶⁹ *Klinski* (FN 2) 227; *Uechtritz*, NVwZ 2001 (FN 2) 407 f.

⁷⁰ Vgl FAZ 12. 10. 2002, 12.

⁷¹ FAZ 21. 2. 2003, 13; 22. 2. 2003, 11; 6. 5. 2003, 19; 5. 6. 2003, 15.

pitals) geklärt.⁷² Für die privaten Mautstraßenbetreiber hat der deutsche Gesetzgeber immerhin in einer Novelle zum ursprünglich sehr knappen FStPrivFinG mehr Sicherheit geschaffen, indem nun ausdrücklich ein „projektagemessener Unternehmergewinn“ zugestanden und eine betriebswirtschaftliche Kostenberechnung und ihre Elemente festgelegt wurden: Ua gelten als kalkulatorische Kosten Abschreibungen auf der Basis der Anschaffungs- oder Herstellungskosten, die auf die gewöhnliche Nutzungsdauer, höchstens jedoch auf die Konzessionslaufzeit umzulegen sind; und kalkulatorische Zinsen für das Eigenkapital in Höhe der durchschnittlichen Rendite deutscher Bundesanleihen in den letzten 20 Jahren vor der Kalkulationsperiode; dazu kommt ein angemessener Risikozuschlag.⁷³

3. Diskriminierungsfreie Mautgestaltung

Ein weiteres Problem besteht in der – ebenfalls europarechtlich gebotenen – diskriminierungsfreien Gestaltung der Maut. Dabei geht es nicht nur um die Maut selbst, sondern auch um ihr Umfeld: So scheiterte der erste deutsche Versuch der Einführung einer Straßenbenutzungsgebühr,⁷⁴ weil er mit der gleichzeitigen Senkung der Kraftfahrzeugsteuer (für inländische Unternehmen) verbunden war, was der EuGH als Verstoß gegen das Verbot des Art 72 (ex Art 76) EGV der Schlechterstellung von Verkehrsunternehmen aus anderen Mitgliedstaaten wertete.⁷⁵ Da inzwischen mit der Wegekostenrichtlinie sekundärrechtliche Regelungen bestehen, ist Art 72 EGV nicht mehr unmittelbar einschlägig. Das Problem ist damit freilich nicht aus der Welt – weder faktisch, wie die deutsche Diskussion um die Kompensation der deutschen Unternehmen im Zusammenhang mit der Einführung der Autobahnmaut⁷⁶ und die Bestimmung des § 3 Abs 3 S 1 ABMG zeigen, die die Festsetzung der Mauthöhe auch „unter sachgerechter Berücksichtigung von geleisteten sonstigen verkehrsspezifischen Abgaben der Mautschuldner im Geltungsbereich dieses Gesetzes“ erlaubt, „soweit dies zur Harmonisierung der Wettbewerbsbedingungen im europäischen Güterkraftverkehr erforderlich ist“; noch rechtlich, weil Art 7 Abs 4 Wegekostenrichtlinie ein spezielles, auch mittelbare Diskriminierungen erfassendes Verbot enthält, das zudem von Art 12 EGV ergänzt wird, und weil, wie die Kommission geltend gemacht hat, sonstige Abgabenerleichterungen auch am Beihilfenrecht gemessen werden müssen. Die ursprünglich geplante Anrechnung der in Deutschland gezahlten Mineralölsteuer auf die Mautgebühren ist daher wohl vom Tisch; derzeit geht es um die Beurteilung von Entlastungen bei der Kraftfahrzeugsteuer und staatlichen Zuschüssen zu den Kosten der Anschaffung abgasarmer Fahrzeuge.⁷⁷

⁷² *Uechtritz*, NVwZ 2001 (FN 2) 407 f. Zu Überlegungen der Kommission, hier Klarheit zu schaffen, FAZ 9. 7. 2003, 11.

⁷³ §§ 2 Abs 1, 3 Abs 3 und 4 FStPrivFinG idF BGBl I 2002, S 3442. Zu den Schwierigkeiten der Bestimmung der Mauthöhe nach der Sammfassung des Gesetzes zB *Reidl/Strickler* (FN 2) 369 ff; *Schmitt* (FN 2) 182 ff; *Stabreit* (FN 2) 965 f; *Uechtritz*, DVBl 2002 (FN 2) 741 ff; *ders*, VBIBW 2002 (FN 2) 319 ff.

⁷⁴ Durch das Straßenbenutzungsgebührengesetz BGBl I 1990, S 826.

⁷⁵ EuGH Rs C-195/90, Kommission/Deutschland, Slg 1992 I-3141.

⁷⁶ Siehe oben bei FN 31.

⁷⁷ FAZ 13. 6. 2002, 13; 2. 1. 2003, 13; 21. 5. 2003, 13; 5. 6. 2003, 15; 9. 7. 2003, 11; 10. 7. 2003, 11.

Was die Mauttarife selbst anbelangt, hat die Brennerautobahnentscheidung des EuGH⁷⁸ die Grenzen nationaler Findigkeit aufgezeigt. Diskriminierungsrechtlich von Bedeutung ist aber auch die technische Ausgestaltung des Systems, soweit sie die Anschaffung spezieller Geräte für die Mautabrechnung verlangt, weil damit für Gelegenheitsnutzer, die typischerweise aus dem Ausland kommen, unverhältnismäßige Kosten verbunden sein können. Das Problem ist in Deutschland gravierender, denn das dort vorgesehene Bordgerät muss mehr leisten und kostet daher auch mehr. Nach Informationen von Toll Collect⁷⁹ soll es den Nutzern zwar kostenlos, aber nur gegen eine Mautvorauszahlung von 300 Euro zur Verfügung gestellt werden (und verbleibt im Eigentum von Toll Collect); außerdem muss es von autorisierten Werkstätten auf Kosten des Nutzers in das Fahrzeug eingebaut und initialisiert werden (was bis zu vier Stunden dauern kann), und auch der Ausbau nach Ende der Nutzung kann nicht selbst vorgenommen werden. Da dieser Aufwand einem einmaligen oder Gelegenheitsnutzer nicht zugemutet werden kann, musste das deutsche Recht zur Vermeidung von Diskriminierungen auch eine manuelle Einbuchung in das System über (ca. 3.500) Zahlstellen und das Internet vorsehen, die nicht nur für den Systembetreiber teuer, sondern auch für den Nutzer nicht ganz einfach ist, weil sie die vorherige Angabe der Fahrtroute verlangt.⁸⁰ In Österreich wird das viel einfachere Bordgerät den Nutzern dagegen für 5 Euro Bearbeitungsgebühr zugesandt, und sie befestigen es einfach an der Windschutzscheibe des Fahrzeuges.⁸¹ Der Aufwand erscheint auch für seltene Nutzer vertretbar, sodass sich aus europarechtlichen Rücksichten kein Grund zur Ergänzung durch eine – nach § 7 Abs 2 BStMG von der ASFINAG in ihrer Mautordnung einfühbare – andere Form der Mautentrichtung ergeben dürfte. Trotzdem birgt auch das österreichische System europarechtliche Risiken.

4. Wahl und Interoperabilität der technischen Systeme

Der Aufwand für Anschaffung und Installierung der Fahrzeuggeräte ist nämlich nur ein Teil eines größeren Problems: der Wahl des technischen Mauteinhebungsverfahrens insgesamt. Europarechtlich gab es dazu bislang – abgesehen von Art 7 Abs 5 Wegekostenrichtlinie – keine spezifischen Vorgaben, und die Gesetze in Österreich und Deutschland überließen sie den ausschreibenden Stellen. Im Ergebnis hat dies zu den zwei geschilderten, unterschiedlichen Systemen geführt, die auch den beiden in anderen Ländern Europas verbreiteten Varianten entsprechen. Die mangelnde Interoperabilität der Systeme zwingt internationale Transportunternehmen dazu, ihre Fahrzeuge mit mehreren Geräten auszurüsten und sich auf eine Mehrzahl von Abrechnungssystemen einzustellen. Diese Behinderung der Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit hat die Europäische Kommission auf den Plan gerufen, die in einer Mitteilung vom April 2003 die Erlassung einer Richtlinie zur Vereinheitlichung der Systeme und zur Einführung eines europäischen Mautdienstes vorschlägt.⁸² Ziel ist dabei zunächst, die traditionelle

⁷⁸ FN 68.

⁷⁹ Zugänglich über www.toll-collect.de.

⁸⁰ Die Rechtsgrundlagen für die Mauteinhebungssysteme finden sich in §§ 4 ff Lkw-MautV.

⁸¹ Beschreibung unter www.go-maut.at.

⁸² Mitteilung der Kommission, KOM(2003)132 endg.

Bemautung mittels Mautschranken durch elektronische Verfahren zu ersetzen. In ihrer Analyse der technischen Möglichkeiten kommt die Kommission zum Schluss, dass das deutsche, auf Satellitenortung und Mobilfunk beruhende System langfristig das Bessere sei, weil es keine flächendeckenden Mautstationen verlangt und damit auch eine einfache Ausdehnung auf weitere Straßen oder Gebiete (etwa Innenstädte) erlaubt und weil es auch besser mit sonstigen Telematikdiensten verbunden werden kann; nicht zuletzt spielt die Erschließung eines Einsatzgebiets für das geplante europäische Satellitenortungssystem „Galileo“ eine Rolle, das ab 2008 die Abhängigkeit vom amerikanischen GPS-System beseitigen soll. Der „europäische Mautdienst“ soll die Benutzung des gesamten mautpflichtigen Straßennetzes in der EU aufgrund eines einzigen Vertrages ermöglichen, der mit einem beliebigen Betreiber eines seiner Teile abgeschlossen werden kann. Setzen sich die Vorstellungen der Kommission durch, müsste das österreichische System bis 2012 auf Satellitenortung und Mobilfunk umgestellt werden.

5. Die Maut als hoheitliche Gebühr oder privatrechtliches Entgelt

Man könnte erwarten, dass die Frage der rechtlichen Natur des Mautverhältnisses sich nach dem Mautgläubiger richtet, sich also zum Staat hoheitlich und zu Privaten privatrechtlich gestaltet. Das ist indessen nicht immer der Fall. Während in Österreich die Maut schon als privatrechtliches Entgelt verstanden wurde, als sie noch dem Bund geschuldet wurde, sah das deutsche FStrPrivFinG hoheitliche Mauten von Anfang an auch für jene Fälle vor, in denen der Mautgläubiger ein Privater ist, und ermächtigte dafür zu seiner Beilehung. Bei diesen Grundentscheidungen für ein öffentlich- bzw privatrechtliches Mautverhältnis ist es auch in den neuen Gesetzen geblieben,⁸³ doch hier entsprechen sie wieder den Erwartungen, weil ja nunmehr in Österreich die Maut durchgehend der privatrechtlich organisierten ASFINAG zu zahlen ist und in Deutschland der Bund nach dem ABMG Mautgläubiger auch dann bleibt, wenn er den entsprechenden Straßenabschnitt von Privaten betreiben lässt.

Die Entscheidung für die eine oder andere Lösung hat natürlich Konsequenzen etwa beim Rechtsweg für Streitigkeiten – Zivilrechtsweg bzw Festsetzung der Gebühren durch den beliehenen Privaten mittels Verwaltungsakt, der direkt oder nach einem Widerspruchsverfahren vor den Verwaltungsgerichten angefochten werden kann⁸⁴ – und bei der Vollstreckung; darüber hinaus sind die Unterschiede aber nicht allzu groß. Zunächst handelt es sich in beiden Fällen um gesetzliche Schuldverhältnisse. Beim Gebührenmodell versteht sich das von selbst, und für

⁸³ Für Österreich: RV zum BStMG, 1139 BlgNR 21. GP, 13; zur Rechtslage davor die RV 396 BlgNR 10. GP, 3, des BG betreffend die Finanzierung der Autobahn Innsbruck-Brenner (BGBl 1964/135), dem dann die anderen Sondergesetze folgten; weiters zB OGH JBl 2001, 453 = ZVR 2001/53; OGH ZVR 2001/90; OGH JBl 2002, 663 = ZVR 2002/65; VfSlg 16.107/2001; VwGH 27. 2. 1998, 98/06/0002; Merli (FN 2) 67 mwN. Für Deutschland zB: Schmitt (FN 2) 167; Uechteritz, DVBl 2002 (FN 2) 742 f; Neumann/Müller (FN 2) 1296.

⁸⁴ Eine Erledigung durch Verwaltungsakt ist in § 2 Abs 1 FStrPrivFinG (dort ohne Widerspruchsverfahren) und in § 7 Abs 7 sowie § 8 Abs 1 AMBG (mit der Möglichkeit eines Widerspruchs beim Bundesamt für Güterverkehr) vorgesehen, soll aber nur die Ausnahme in Streitfällen darstellen; vgl Neumann/Müller (FN 2) 1298, auch zu den Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Realakte ohne Verwaltungsaktscharakter.

das privatrechtliche Modell in Österreich wurde dies in den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage des BStMG klargestellt,⁸⁵ nachdem die Rechtsprechung bis dahin von vertraglichen Beziehungen ausgegangen war; Unklarheiten bestehen hier allerdings noch im Hinblick auf die nicht vom BStMG erfassten Sonderstreckenmauten.⁸⁶ Das gesetzliche Schuldverhältnis kann zwar durch vertragliche Elemente im Hinblick auf die Zahlungsmodalitäten konkretisiert werden – zB im Zusammenhang mit dem Fahrzeuggerät und der Kreditkartenverwendung –, doch die Zahlungspflicht als solche entsteht unabhängig von einem Vertragsabschluss. In beiden Fällen wird die Mauthöhe, wie gezeigt, durch staatliche Verordnungen festgelegt. In Österreich kann die ASFINAG zwar eine Mautordnung zur Regelung der Einzelheiten der Nutzung erlassen, doch ist ihr Inhalt weitgehend gesetzlich vorgegeben.⁸⁷ Einen echten Gestaltungsfreiraum hat der Betreiber auch im privatrechtlichen Modell nicht, und öffentlich-rechtlicher Ergänzungen bedarf das Mautverhältnis ohnehin, wenn es um die Durchsetzung der Zahlungspflicht geht.

6. Die Durchsetzung der Mautzahlungspflicht

Die Verhinderung der Mautprellerei und die Durchsetzung der Zahlungspflicht von ertappten „Schwarzfahrern“ bereiten Schwierigkeiten, weil der Lenker des Fahrzeuges möglicherweise kein Geld hat und das Fahrzeug ihm nicht gehört, vor allem aber, weil es in den automatisierten Systemen keine Mautschraken und damit kein Anhalten gibt und weil die Vollstreckung von Mautforderungen im Ausland zT unmöglich, zT sehr aufwendig ist. Die neuen Systeme der Autobahnmauterhebung sehen daher besondere Kontrollverfahren vor. In Österreich werden vorbeifahrende Fahrzeuge von Autobahnbrücken und Kontrollfahrzeugen aus als mautpflichtig identifiziert und auf das Vorhandensein eines abbuchungsfähigen Fahrzeuggeräts überprüft; ist keines vorhanden, wird das Fahrzeug zu Beweissicherungszwecken fotografiert und gegebenenfalls angehalten. Das deutsche System funktioniert ähnlich, fotografiert aber vorsorglich zunächst alle vorbeifahrenden Lkw und ermittelt dann im zentralen System, ob eine manuelle oder eine vom Fahrzeuggerät ausgelöste Bezahlung erfolgt ist; in Problemfällen wird das Fahrzeug ebenfalls angehalten; und dazu kommen noch Betriebskontrollen der Güterverkehrsunternehmen.⁸⁸ Diese Verfahren erfordern nicht nur eine aufwendige technische Ausstattung und viel Personal,⁸⁹ sondern auch entsprechende rechtliche Vorkehrungen.

Dazu gehören ua die gesamtschuldnerische Haftung für die Maut von Fahrzeuglenker und Zulassungsbesitzer (Österreich⁹⁰) bzw von Lenker, Eigentümer

⁸⁵ EB (FN 23) 13.

⁸⁶ Nachweise und Kritik an der – in erster Linie für Haftungszwecke entwickelten – vertraglichen Deutung bei Merli (FN 2) 77 ff, 80 ff.

⁸⁷ § 14 ff BStMG; dazu Merli (FN 2) 68, 78.

⁸⁸ Beschreibungen der Kontrollen finden sich unter www.toll-collect.de und www.asfinag.at.

⁸⁹ Die in Deutschland auf den Bund entfallenden Kontrollkosten sollen sich auf etwa 50 Mio Euro jährlich belaufen: Bundessam-Drucksache 14/7013, 1. In Österreich wird der Aufwand für die – allerdings nicht vom Bund zu bezahlenden – Mautaufsichtsorgane (dazu gleich unten) mit ca 4,5 Mio Euro jährlich beziffert: EB (FN 23) 14.

⁹⁰ § 4 BStMG; zur Rechtfertigung der Haftung des Zulassungsbesitzers EB (FN 23) 16.

oder Halter oder Verfügungsbefugten über den Gebrauch des Fahrzeugs (Deutschland⁹¹), weiters Ermächtigungen des Betreibers zur Feststellung von mautpflichtigen Straßenbenützungen und zur Erhebung, Speicherung, Verarbeitung und Übermittlung entsprechender Daten und Löschungspflichten (nur in Deutschland⁹² – in Österreich bestehen keine spezifischen datenschutzrechtlichen Regelungen), die Auskunftserteilung aus der Zentralen Kraftfahrzeugevidenz bzw dem Zentralen Kraftfahrzeugregister⁹³ und Befugnisse zur Anhaltung von Fahrzeugen.⁹⁴ Wenn die Maut nicht pflichtgemäß entrichtet wurde, kann eine nachträgliche Zahlungsaufforderung (Österreich⁹⁵) bzw ein Gebührenbescheid (Deutschland⁹⁶) ergehen, im – gerade bei ausländischen Fahrzeugen wichtigen – Fall der Anhaltung kann aber auch die Zahlung der (in Österreich immer und in Deutschland bei Nichtfeststellbarkeit der tatsächlichen Straßenbenutzung pauschalierten) Maut an Ort und Stelle verlangt und in Deutschland bei Zweifeln an der späteren Einbringlichkeit auch die Weiterfahrt untersagt werden.⁹⁷ In beiden Ländern wurden Verstöße gegen die Zahlungspflicht außerdem zu Verwaltungsstrafatbeständen bzw Ordnungswidrigkeiten erklärt.⁹⁸ In Österreich bestehen spezifische Regelungen über die Leistung von vorläufigen Sicherheiten und zur Anordnung von Fahrtunterbrechung zur Sicherung der Zahlung von Verwaltungsstrafen,⁹⁹ in Deutschland gelten dafür die allgemeinen Regelungen des Ordnungswidrigkeitengesetzes.

Da die Mautzahlungspflicht unabhängig von ihrer privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Natur also nur mit massiven hoheitlichen Befehls- und Zwangsbefugnissen durchgesetzt werden kann, andererseits das Mauteinhebungssystem durch Private betrieben wird, stellt sich natürlich die Frage nach der Rollenverteilung zwischen Betreiber und Staat. In Österreich hat man weder die ASFINAG mit den genannten Befehls- und Zwangsbefugnissen beliehen noch auch den Staat unmittelbar für zuständig erklärt, sondern dafür nach dem Muster von Forst- oder Jagdschutzorganen besondere Mautaufsichtsorgane bestellt, die von der ASFINAG vorgeschlagen (und auch bezahlt), aber vom Staat nach einer entsprechenden Ausbildung bestellt und vereidigt werden.¹⁰⁰ In dieser Eigenschaft sind die betreffenden Personen als Beliehene der Weisungsgewalt der Bezirksverwaltungsbehörden unterworfen, und ihre Handlungen werden dem Bund zugerechnet, sodass keine Rechtsschutzprobleme entstehen. Verwaltungsstrafverfahren führt die Bezirksverwaltungsbehörde selbst, doch fließen die Straf gelder großteils der ASFINAG zu.¹⁰¹ In Deutschland fungiert der Betreiber des Mautsystems grundsätzlich als Verwaltungshelfer des Bundes; eine Beliehung findet nur zur Da-

⁹¹ § 2 ABMG; zur Rechtfertigung der vergleichbaren Regelung des § 5 FStrPrivFinG Schmitt (FN 2) 200 ff.

⁹² §§ 7 Abs 1-3, 9 ABMG.

⁹³ § 30 BStMG; § 35 Abs 1 Nr 10 und § 36 Abs 2b Straßenverkehrsg.

⁹⁴ § 18 Abs 2 BStMG; § 7 Abs 4 ABMG.

⁹⁵ § 19 Abs 3 BStMG.

⁹⁶ § 8 Abs 1 ABMG.

⁹⁷ § 19 Abs 1, 2, 5 BStMG; § 7 Abs 7 ABMG.

⁹⁸ § 20 BStMG; § 10 ABMG; in Österreich wirkt die nachträgliche Zahlung der pauschalierten „Ersatzmaut“ allerdings straffbefreiend.

⁹⁹ §§ 27 f BStMG.

¹⁰⁰ § 17 BStMG.

¹⁰¹ §§ 24, 26 BStMG.

tenerhebung und zur nachträglichen Vorschreibung von Mautgebühren durch Verwaltungsakt statt. Die Befugnis zu den genannten Maßnahmen von Befehls- und Zwangsgewalt hat dagegen das Bundesamt für Güterverkehr, das auch über Widersprüche gegen Bescheide des Betreibers entscheidet und Ordnungswidrigkeitenverfahren durchführt.¹⁰² In beiden Ländern wirken auch die Zollbehörden an der Kontrolle mit. Vergleicht man diese Lösungen miteinander und rechnet man die Mautaufsichtsorgane – rechtlich nicht korrekt, aber wirtschaftlich zutreffend – der ASFINAG zu, dann zeigt sich, dass die Kontrolle, ihre Kosten und ihr Ertrag in Österreich so weit wie möglich dem Betreiber zugeordnet werden sollten, während in Deutschland die Aufgaben eher geteilt wurden. Das hängt natürlich damit zusammen, dass in Deutschland der Bund sowohl Kostenträger als auch Maut- und Bußgeldgläubiger ist, während in Österreich grundsätzlich die gesamte Bundesstraßenfinanzierung und alle Mauteinnahmen über den Haushalt der ASFINAG und nicht jenen des Bundes laufen.

Die Befugnisse zur Durchsetzung der Mautpflicht auf den Sonderstrecken reichen dagegen in beiden Ländern weniger weit. Im deutschen FStrPrivFinG finden sich zwar entsprechende Regelungen über die Mautschuldner, die Datenverarbeitung sowie Ordnungswidrigkeiten,¹⁰³ aber keine Befehls- und Zwangsbefugnisse des privaten Betreibers oder staatlicher Behörden. In Österreich gibt es für jene Sonderstreckenmaturen, die nicht dem BStMG unterfallen, nicht einmal das.¹⁰⁴

7. Funktionale Privatisierung

Die Einbeziehung Privater in die staatliche Straßenverwaltung und Mauteinhebung kann auch wettbewerbsrechtliche Schwierigkeiten bereiten. Das betrifft zwar nicht so sehr den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch überhöhte Mautgebühren,¹⁰⁵ weil diese ohnehin durch staatliche Verordnungen festgelegt werden und einer Kollusion von Staat und Betreiber zu Lasten der Nutzer jedenfalls im Güterverkehr europarechtlichen Beschränkungen entgegenstehen. Vielmehr entstanden bei der Europäischen Kommission aus Anlass der Einführung des deutschen elektronischen Mauteinhebungssystems Bedenken, dass das beauftragte Konsortium mit dem Vertrieb der Fahrzeuggeräte zugleich ein Monopol bei anderen Telematikdiensten wie Flottensteuerung, Frachtlogistik, Routenoptimierung und Wegweishilfen erlangen könnte. Daher hat sie für die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Toll Collect nur nach der Zusage der beteiligten Unternehmen genehmigt, die so genannten „Mehrwertdienste“ auch für andere Anbieter zu öffnen.¹⁰⁶

Das Hauptproblem der Einbeziehung Privater scheint aber in einer angemessenen Risikoverteilung zwischen Staat und privatem Betreiber zu bestehen. Die

in Deutschland entwickelten Public Private Partnership Modelle für den Bau und den Betrieb von Straßen wurden bislang kaum angenommen.¹⁰⁷ Das dürfte nicht nur an der Zurückhaltung der Behörden, sondern auch und vor allem daran liegen, dass den privaten Interessenten das Geschäft zu riskant erscheint. In der 2002 in Kraft getretenen Novelle zum FStrPrivFinG hat man versucht, mehr Rechtssicherheit für Investoren zu schaffen. Die Änderungen betrafen ua die Trennung der Verordnungen über die Festlegung der Projekte und jener über die Mautgebührenhöhe, die früher in einem Akt erlassen wurde, der erst zu einem Zeitpunkt ergehen konnte, zu dem der private Interessent schon viel investiert haben musste; die erwähnte Festlegung des betriebswirtschaftlichen Kostenbegriffs und seine Konkretisierung sowie das ausdrückliche Zugeständnis eines angemessenen Gewinns des Betreibers; die Möglichkeit des Ausgleichs unverhältnismäßiger Kosten (unter-) und -überschreitungen und die Einräumung eines Anspruchs des Betreibers auf Erlassung der Mautgebührenverordnung.¹⁰⁸ Diese Maßnahmen verbessern sicherlich die Position der privaten Investoren, ändern aber nicht daran, dass viele Erfolgsparameter nicht von ihnen selbst, sondern vom Staat oder Entscheidungen auf EG-Ebene abhängen. Das gilt zB für den europarechtlichen Bestand der Festlegung der Mauthöhe, die Beeinflussung der Nutzerfrequenz durch verkehrspolitische Maßnahmen, die Wahl des technischen Systems und für steuerrechtliche Fragen.¹⁰⁹ Es ist nicht ganz einfach, alle diese Risiken vertraglich aufzufangen. Zudem stehen die Privaten, denen Bau, Erhaltung, Betrieb und Finanzierung der Bundesfernstraßenabschnitte nur „zur Ausführung“ übertragen werden, unter der – gesetzlich nicht näher definierten – Aufsicht der zuständigen Landesstraßenbaubehörde.¹¹⁰ Dahinter steht der Grundkonflikt, dass private Beteiligung Gestaltungsspielraum des Investors voraussetzt, der Staat aber andererseits aus demokratischen Gründen seine Verantwortung für die Infrastruktur und seine verkehrspolitische Gestaltungsbefugnis nicht aufgeben kann. Rechtlich äußert er sich ua in der Frage, wieweit der Staat sich gegenüber Privaten verpflichten kann, Hoheitsbefugnisse (oft: gegenüber Dritten) in bestimmter Weise auszuüben.

8. Ausgliederung

Ein ähnlicher Balanceakt zwischen Gewährung von Selbständigkeit und demokratischer Kontrolle ist auch bei Ausgliederungen notwendig.¹¹¹ Vergleicht man etwa die ausführlich und kompliziert geregelten Ingerenzbefugnisse des Bundes gegenüber der ASFINAG¹¹² mit der lapidaren Bestimmung des § 2 Abs 1 VIFGG, nach der die Verkehrsinfrastrukturgesellschaft die Bundesmittel „nach Maßgabe

¹⁰⁷ Hinweise zu einzelnen Projekten bei Arndt (FN 2) 105 ff; Reidl/Stickler (FN 2); Stabreit (FN 2) 965; Uechritz VBlBW 2002 (FN 2) 317 f; Kulle (FN 2) 132 f; FAZ 3. 5. 2003, 9; und unter www.bmvbw.de.

¹⁰⁸ Vgl die Begründung des Regierungsentwurfs, Bundesmgs-Drucksache 14/8447.

¹⁰⁹ Zu letzteren zB FAZ 11. 7. 2003, 41.

¹¹⁰ § 1 Abs 2, § 2 Abs 1 FStrPrivFinG.

¹¹¹ Vgl allgemein zB Löwer, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 60 (2001) 416 (440 ff).

¹¹² Dazu Merli (FN 2) 69 f.

¹⁰² §§ 7, 8 10 Abs 3 ABMG.

¹⁰³ § 5, § 6 Abs 3, 5, 6, § 8 Abs 2, § 9 FStrPrivFinG.

¹⁰⁴ Zu den damit verbundenen Schwierigkeiten Schmitt (FN 2) 212 ff (noch zur alten Rechtslage vor der Novelle 2002); Merli (FN 2) 82 f.

¹⁰⁵ In diese Richtung Zeis (FN 2).

¹⁰⁶ FAZ 6. 3. 2003, 11; 23. 4. 2003, 15; 2. 5. 2003, 12; 6. 5. 2003, 19. Die fusionskontrollrechtliche Entscheidung der Kommission vom 30. 4. 2003 ist zugänglich unter europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/decisions/m2903_de.pdf.

der jährlichen Haushaltsgesetze und nach den Weisungen des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen“ verteilt, dann wird aber auch deutlich, dass es nicht so sehr auf die gesetzliche Ausgestaltung, sondern in erster Linie auf die praktische Handhabung der Einflussmöglichkeiten des Staates ankommt.

Daneben bereiten Ausgliederungen oft haushaltsrechtliche Probleme. Wenn auch die Zeit der mehr oder weniger offensichtlich verfassungswidrigen Schattenhaushalte¹¹³ vorbei sein dürfte, haftet doch der Übertragung der Bundesstraßenbauschulden mittels Fruchtgenussvertrag auf die ASFINAG angesichts der Einstandspflicht des Bundes für ihre Liquidität¹¹⁴ etwas Unredliches an. Die weitere Praxis des Bundes, Anleihen zu den eigenen, wegen des besseren ratings und des größeren Volumens günstigeren Bedingungen aufzunehmen und das Geld dann der ASFINAG als Kredit zur Verfügung zu stellen („Rechtsträgerfinanzierung“), das Ergebnis aber wegen des Rückzahlungsanspruchs gegenüber der ASFINAG nicht als Erhöhung der Staatsschulden zu betrachten, scheiterte denn auch an den gemeinschaftsrechtlichen Regeln.¹¹⁵ Eine korrekte Buchführung erfordert eben eine klare Trennung der Haushalte, und dies hat auch Nachteile. Haushaltsrechtlich einfacher (aber finanziell schwieriger) ist es natürlich, wenn der ausgegliederte Rechtsträger keine Schulden machen darf, und der Klarheit und der demokratischen Legitimation dient es auch, wenn die über die Gesellschaft zu finanzierenden Projekte im Bundeshaushaltsplan aufzuführen sind und dem Parlament über ihren Fortgang regelmäßig Bericht erstattet wird.¹¹⁶

9. Bundesstaatliche Fragen

Die klassische Bundesstraßenverwaltung wurde in Österreich wie in Deutschland auf nachgeordneter Ebene entsprechend den verfassungsrechtlichen Vorgaben¹¹⁷ von den Ländern besorgt, die dabei zwar dem Bund weisungsgebunden waren, faktisch aber doch erhebliche Selbständigkeit genossen. Funktionale Privatisierungen und Ausgliederungen stellen diese Rolle der Länder in Frage. Freilich unterscheidet sich die verfassungsrechtliche Ausgangslage in den beiden Ländern.

In Deutschland ist die Zuständigkeit der Länder (mit der Ausnahme des Art 90 Abs 3 GG) nicht abdingbar. Das führt dazu, dass Gesetze, die die Organisation der Bundesstraßenverwaltung betreffen, und grundsätzlich auch Durchführungsverordnungen zu solchen Gesetzen nur mit Zustimmung des Bundesrates erlassen werden können.¹¹⁸ Das betrifft zB die allgemeine Festlegung der Kal-

¹¹³ Zu den österreichischen Straßensondergesellschaften zB *Hengstschläger*, Budgetrechtliche Probleme, in *Funk* (FN 1) 85; zur deutschen ÖffA Nachweise in FN 56 und allgemeiner zB *Arnold* (Fn 2) 182 ff; *Tomas* (FN 2) 182 ff.

¹¹⁴ Oben bei FN 50 ff.

¹¹⁵ Dazu Bundesministerium für Finanzen, Österreichisches Stabilitätsprogramm. Fortschreibung für die Jahre 2003 bis 2007 (2003) 28 (zugänglich unter www.bmf.gv.at); und die Kommissionsmitteilung KOM(2003) 283 endg. 198.

¹¹⁶ § 2 Abs 1 letzter Satz und Abs 2, § 3 VfGG.

¹¹⁷ Art 102 Abs 1, 104 Abs 2 B-VG; dazu zB *Raschauer*, Art 102 B-VG, Art 104 B-VG, in: *Korinek/Holoubek* (Hrsg) Österreichisches Bundesverfassungsrecht (Kommentar, 1999 ff); Art 90 Abs 2 GG; dazu zB *Krämer*, in: *Kodal/Krämer* (FN 2) Kapitel 1 Rz 25 ff.

¹¹⁸ Art 80 Abs 2, 85 Abs 1 GG; dazu zB *Schmitt* (FN 2) 220 f.

kulationsgrundlagen für die Mautgebühr nach dem FStPrivFinG sowie die Festlegung zusätzlicher mautpflichtiger Straßenabschnitte, der Mauthöhe und der Mitwirkungspflichten der Nutzer nach dem ABMG.¹¹⁹ Konsequent ist es auch, dass Konzessionsvergabe, Beleihung und Aufsicht nach dem FStPrivFinG den Landesbehörden obliegen.¹²⁰ Problematisch aber wird es, wenn die Festlegung der Straßenabschnitte für eine Konzessionsvergabe nach § 3 Abs 1 FStPrivFinG durch Verordnung des Bundesverkehrsministers im Einvernehmen mit den betroffenen Landesregierungen und ohne Zustimmung des Bundesrates erfolgt.¹²¹ Eine Gesamtausgliederung oder funktionale Privatisierung der Bundesstraßenverwaltung unter Ausschaltung der Länder wäre in Deutschland mit Art 90 Abs 2 GG nicht vereinbar.¹²²

In Österreich kann der Bund nach Art. 104 Abs 2 B-VG die nichthoheitliche Bundesstraßenverwaltung den Ländern übertragen, muss es aber nicht. Die – nach der „Verlängerung“ der sonstigen Bundesstraßen vollständige – Ausgliederung der nichthoheitlichen Befugnisse an den verbliebenen Bundesstraßen durch das ASFINAG-ErmächtigungsgG (die der Bundesrat nicht hätte verhindern können) vermag nach dieser Sicht Länderrechte nicht zu beeinträchtigen;¹²³ eher fragt sich, ob die Kompetenzverteilungsvorschrift zugleich einen Vorbehalt staatlicher Verwaltung enthält.¹²⁴ Bundesstaatlich nicht ganz unproblematisch ist allerdings, dass die ASFINAG den Ländern jene Straßenabschnitte, die sie früher im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung betreuten, nunmehr im vertraglichen Weg zur Erhaltung überlässt, sodass eine privatrechtliche Parallelkonstruktion zum verfassungsrechtlichen Modell des Art 104 Abs 2 B-VG entsteht.¹²⁵

Insgesamt zeigt jedenfalls, dass in Deutschland die Länder durchaus Herrn der Lage blieben, während sie in Österreich zu bloßen Vertragspartnern herabgestuft wurden. Nur im Rahmen der hoheitlichen Bundesstraßenverwaltung – etwa bei Enteignungen oder der Beleihung der Mautaufsichtsorgane und der Durchführung von Verwaltungsstrafverfahren – behalten sie hier echte Kompetenzen.

VI. Schlussbemerkung

Sieht man von allen diesen Einzelfragen ab, stellt sich die Frage nach der verbleibenden Rolle des Staates in seiner traditionellen Form. Schreibt man die bisherige Entwicklung in Richtung Nutzerfinanzierung, (funktionale) Privatisierung und Ausgliederung fort, bleiben ihm im Wesentlichen folgende Aufgaben:

- die Entscheidung über Vorschläge, wo welche Straßen gebaut und erhalten werden sollen (statt eigenständige Planung);
- die Organisation der Beteiligungen anderer (statt eigener Aufgabenerledigung);

¹¹⁹ § 3 Abs 1 FStPrivFinG; §§ 1 Abs 4, 3 Abs 2, 4 Abs 3, 5 Abs 1 ABMG.

¹²⁰ § 2 FStPrivFinG; dazu zB *Bucher* (FN 2) 194 ff.

¹²¹ Dazu *Schmitt* (FN 2) 221 ff; aA *Pabst* (FN 2) 233.

¹²² Vgl. *Pabst* (FN 2) 53 ff; 133 ff; 238 ff; *Schmitt* (FN 2) 245 ff; 267 f.

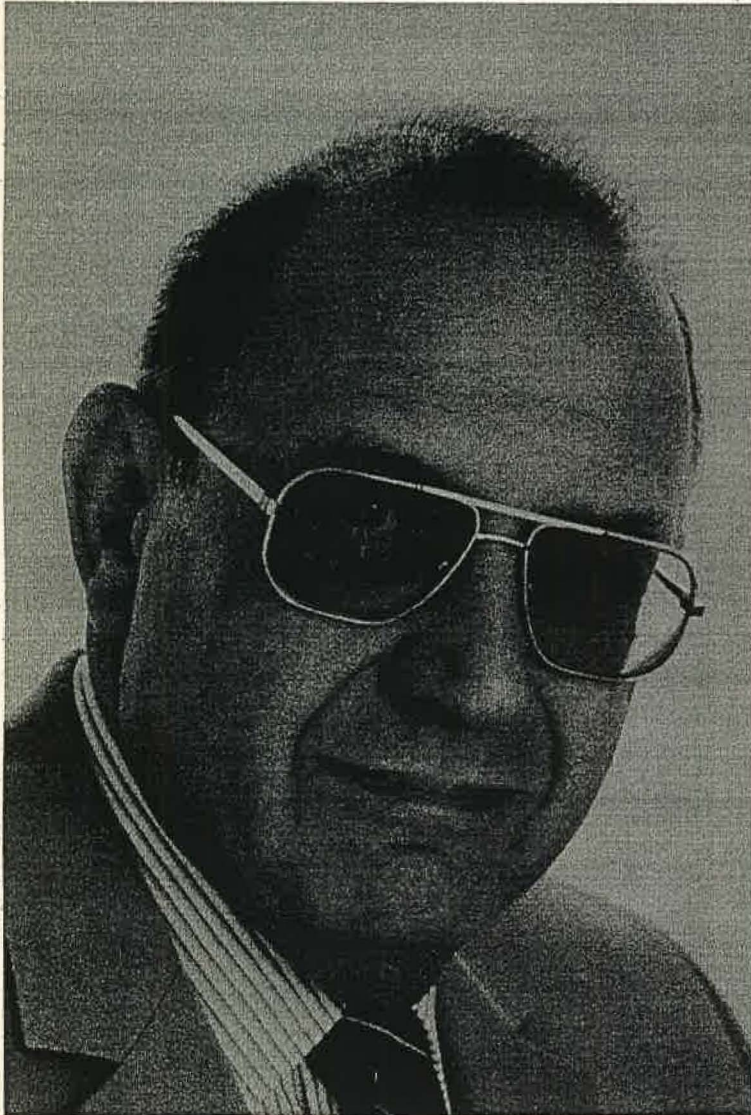
¹²³ *Merli* (FN 2) 72 mwN.

¹²⁴ Dazu *Merli* (FN 2) 64 ff; 69; zu vergleichbaren Überlegungen in Deutschland FN 122, weiters zB *Arnold* (FN 2) 144 ff; *Bucher* (FN 2) 105 ff.

¹²⁵ Zur Kritik daran *Merli* (FN 2) 72 ff.

- die Auftragsvergabe und die Aufsicht über die anderen Beteiligten – oder auch nur die Oberaufsicht über vergebende und kontrollierende Stellen;
- die Finanzierungsgewährleistung (statt Selbstfinanzierung; ua über Mautregelungen, Anschubfinanzierungen und Einstandspflichten);
- hoheitliche Durchsetzungshilfe (zB durch Enteignungen und Verfolgung von Mautprellerei);
- die Streitscheidung (über die Gerichtsbarkeit); und
- die politische Gesamtverantwortung.

Hoffentlich verliert er dabei nicht die Übersicht.



Norm und Normvorstellung

Festschrift für Bernd-Christian Funk
zum 60. Geburtstag

Herausgegeben von

Iris Eisenberger, Iris Golden, Konrad Lachmayer,
Gerda Marx und Daniela Tomasovsky

Springer Wien New York

HerausgeberInnen

Univ.-Ass. Mag^a. Iris Eisenberger, M.Sc.

Wiss.Mit. Mag^a. Iris Golden, LL.M

VAass. Dr. Konrad Lachmayer

Wiss.Mit. Mag^a. Gerda Marx

VAass. MMag^a. Daniela Tomasovsky

Institut für Staats- und Verwaltungsrecht
Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Wien, A-1010 Wien

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.
Die dadurch begründeten Rechte,
insbesondere die der Übersetzung, des Nachdruckes,
der Entnahme von Abbildungen, der Funksendung,
der Wiedergabe auf photomechanischem oder ähnlichem Wege
und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen,
bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten.

© 2003 Springer-Verlag/Wien
Printed in Austria

Produkthaftung: Sämtliche Angaben in diesem Fachbuch/wissenschaftlichen
Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung und Kontrolle
ohne Gewähr. Eine Haftung der Autoren, Herausgeber oder des Verlages
aus dem Inhalt dieses Werkes ist ausgeschlossen.

Reproduktionsfertige Vorlage des Herausgebers
Druck: Ferdinand Berger & Söhne Gesellschaft m.b.H., A-3580 Horn
Gedruckt auf säurefreiem, chlorfrei gebleichtem Papier – TCF
SPIN: 10926116

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deut-
schen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Mit 1 Frontispiz

ISSN 0071-7657

ISBN 3-211-02235-X Springer-Verlag Wien New York

Gedruckt mit Unterstützung von:
Bundeskanzleramt
Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur in Wien
Bundesministerium für Justiz
Bundesministerium für soziale Sicherheit und Generationen
Energie-Control GmbH
Land Niederösterreich – Abteilung Kultur und Wissenschaft
Land Oberösterreich
Land Steiermark
Land Tirol
Lansky, Ganzger & Partner Rechtsanwälte
Oesterreichische Nationalbank
Österreichische Notariatskammer
Österreichischer Rechtsanwaltskammertag
Österreichischer Rundfunk
Rechtsanwaltskammer Wien
Schönherr Rechtsanwälte OEG
Stadt Graz
Weiss-Tessbach Rechtsanwälte GmbH
Wirtschaftskammer Österreich
Wissenschafts- und Forschungsförderung der Stadt Wien, MA 7

