

# Öffentliches Gut als Gegenstand von Public Private Partnerships – Das Beispiel der Bundesstraßen

*Franz Merli*

- I. Einführung
- II. Empirischer Befund
- III. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen
  - A. Ausgangssituation
  - B. Maßstab
  - C. Anwendung
- IV. Gemeingebrauch, Ausgliederung und Public Private Partnership
  - A. Nutzungsfreiheit und Entgeltlichkeit
  - B. Gemeingebrauch und Mautverhältnis
  - C. Gemeingebrauch und Überwachungsverhältnis
  - D. Sonderstreckenmauten

## I. Einführung

Öffentliches Gut sind nach § 287 ABGB „Sachen, welche allen Mitgliedern des Staates nur zum Gebrauche verstattet werden“, nach heutiger Terminologie also gemeingebrauchsunterworfenen Sachen im Staatseigentum.<sup>1</sup> Unter Public Private Partnerships werden hier dauerhafte Formen der Zusammenarbeit zwischen Staat und Privaten bei der Erfüllung von Staatsaufgaben verstanden.<sup>2</sup> Das Musterbeispiel und den wirtschaftlich wichtigsten Fall einer solchen Zusammenarbeit bei der Bereitstellung eines öffentlichen Gutes bilden die Bundesstraßen.

Public Private Partnerships im Straßenbau haben derzeit Konjunktur. Der Grund dafür liegt offensichtlich im hohen Finanzierungsbedarf für die Infrastruktur, der über traditionelle Haushaltsmittel nicht mehr gedeckt werden kann. Daher ist man in vielen Ländern mittlerweile dazu übergegangen, privaten Kapitalgebern einen Rahmen zur Verfügung zu stellen, in dem sie sich unter Wahrung ihrer Interessen an Finanzierung, Bau, Erhaltung und Betrieb von öffentlichen Straßen beteiligen können.

Grundsätzlich lassen sich dabei zwei Modelle unterscheiden: Im Ersten finanziert, baut und unterhält ein Privater die Straße, was ihm vom Staat durch Ratenzahlungen abgegolten wird. Der Vorteil dieser Konstruktion liegt vor allem

<sup>1</sup> Zum Begriff und seiner Geschichte *Merli*, Gemeingebrauch und öffentliche Nutzungsrechte (1995) 13 ff mwN.

<sup>2</sup> Vgl die Definitionen in den anderen Beiträgen dieses Bandes; weiters zB *Vofßkuhle*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003) 266 (283 Fn 60 mwN).

in der privaten Finanzierung der Baumaßnahmen und damit in der früheren Realisierbarkeit der entsprechenden Projekte in Zeiten knapper Kassen. Eine echte Entlastung öffentlicher Haushalte geht damit freilich nicht einher, weil die Zahlungen der öffentlichen Hand ja nur auf einen späteren Zeitpunkt verschoben werden. Das zweite, meist „Betreiber-“ oder „Mautmodell“ genannte Konzept vermeidet diesen Nachteil, indem es dem Privaten nicht nur Finanzierung, Bau und Unterhaltung der Straße überträgt, sondern auch das Recht einräumt, Nutzungsentgelte von den Straßenbenutzern einzuheben, sodass er im Idealfall ohne staatliche Zahlungen auskommen kann. Daher sind diese Modelle aus staatlicher Sicht besonders attraktiv, und deshalb stehen sie auch im Mittelpunkt der Diskussion.

## II. Empirischer Befund

Nach einer langen und komplizierten Gesetzgebungsgeschichte<sup>3</sup> hat der Bund die Finanzierung, die Erhaltung und den Ausbau des Bundesstraßennetzes auf die bundeseigene Autobahnen- und Schnellstraßenfinanzierungsaktiengesellschaft (ASFINAG)<sup>4</sup> übertragen. Die Grundlage dafür bilden ein nach den §§ 2, 3 und 9 ASFINAG-Ermächtigungsgesetz 1997<sup>5</sup> abgeschlossener Fruchtgenussvertrag<sup>6</sup> zwischen dem Bund und der ASFINAG und § 34b Bundesstraßengesetz<sup>7</sup>. Die Übertragung betrifft zwar nur die mautpflichtigen Bundesstraßen (einschließlich der früher den Straßensondergesellschaften übertragenen Streckenabschnitte<sup>8</sup>), doch ist nach der „Verlängerung“ der „normalen“ ehemaligen Bundesstraßen „B“<sup>9</sup> das verbliebene, aus Autobahnen und Schnellstraßen bestehende Bundes-

<sup>3</sup> Dazu zB *Funk*, Sondergesellschaften in der Bundesstraßenverwaltung, ÖZW 1984, 65; *Stolzlechner/Kostal*, Das Bundesstraßenfinanzierungsgesetz 1996, ZVR 1999 Sonderheft 5a, 1; *Stolzlechner*, Neue Entwicklungen bei der Bundesstraßenfinanzierung, in: Dittrich-FS (2000) 787; *Resch*, Verkehrsrecht, in: Holoubek/Potacs (Hsrg), Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts I (2002) 799 (834 ff). Eine instruktive Zusammenfassung findet sich auch in VfSlg 16.107/2001.

<sup>4</sup> Rechtsgrundlage für die Gesellschaft ist das ASFINAG-Gesetz, BGBl 1982/591, zuletzt idF BGBl I 2002/50. In seinem § 2 findet sich auch eine entsprechende Festlegung des Unternehmensgegenstandes und zusätzlicher Aufgaben der ASFINAG.

<sup>5</sup> Das G wurde als Art I des Infrastrukturfinanzierungsgesetzes 1997, BGBl I 1997/113, erlassen und zuletzt durch BGBl I 2002/50 novelliert.

<sup>6</sup> Der Vertrag ist nicht veröffentlicht. Hinweise zu seinem Inhalt bei *Resch* (FN 3) und in den beiden Vorlagebeschlüssen des OGH JBl 2002, 663 = ZVR 2002/65 und 1 Ob 126/02i v 25.6.2002.

<sup>7</sup> BGBl 1971/286, zuletzt idF BGBl I 2002/50; im Folgenden: BStG.

<sup>8</sup> Möglicherweise schon § 9 ASFINAG-Ermächtigungsgesetz iVm dem Fruchtgenussvertrag, jedenfalls aber § 34b BStG bewirkte eine materielle Derogation von früheren (gesetzlichen oder ordnungsförmigen) Zuweisungen der entsprechenden Aufgaben an die Straßensondergesellschaften und ihre Rechtsnachfolger ÖS-GmbH und ASG (zu diesen gleich unten).

<sup>9</sup> Durch das BG über die Auflassung und Übertragung von Bundesstraßen (= Art 5 Bundesstraßen-ÜbertragungsgG), BGBl I 2002/50.

straßennetz durchgehend mautpflichtig.<sup>10</sup> Im Ergebnis betreut die ASFINAG also das ganze Bundesstraßennetz.

Die ASFINAG bedient sich bei der operativen Erfüllung ihrer Aufgaben zT ihrer Tochtergesellschaften – der Österreichischen Autobahnen- und Schnellstraßen-Gesellschaft mbH (im Folgenden: ÖS-GmbH) und der Alpen Straßen Aktiengesellschaft (im Folgenden: ASG)<sup>11</sup> –, zT, im Wege der vertraglichen Beauftragung, der Dienststellen der Länder, die früher die Bundesstraßenverwaltung als Auftragsverwaltung für den Bund durchführten.<sup>12</sup>

Parallel zur Übertragung der Bundesstraßenverwaltung an die ASFINAG wurde auch die Finanzierung der Bundesstraßen auf eine neue Grundlage gestellt. Früher wurde sie vom Bund aus Haushaltsmitteln und aus den in Sondergesetzen<sup>13</sup> vorgesehenen, dem Bund zustehenden Sonderstreckenmauten für einzelne alpenquerende Autobahn- und Schnellstraßenabschnitte<sup>14</sup> oder aber von den Straßenbausondergesellschaften aus Zuwendungen des Bundes und Kreditaufnahmen bestritten. Nunmehr räumt der erwähnte Fruchtgenussvertrag auf der Grundlage des § 6 ASFINAG-Ermächtigungsgesetz der ASFINAG selbst das Mauteinhebungsrecht (auch auf den Sonderstrecken) ein. Der Bund ist daher

<sup>10</sup> §§ 1, 31 BStMG 2002, BGBl I 2002/109; im Folgenden: BStMG. Einzelne Ausnahmen legt die Mautstreckenausnahmereverordnung, BGBl II 2002/109, fest. Zu den Problemen der Vorgängerregelung (Bestimmung der mautpflichtigen Bundesstraßen durch nicht ausreichend detreminierte Verordnung) VfSlg 14.895/1997 und *Stolzlechner* (FN 3). Zur Übertragung der Erhaltung von früher von der Mautpflicht ausgenommenen Strecken an die ASFINAG Art 5 § 13 Bundesstraßen-ÜbertragungsgG.

<sup>11</sup> Rechtsgrundlage der aus Verschmelzung verschiedener Sondergesellschaften hervorgegangenen beiden Gesellschaften ist das BG betreffend Maßnahmen im Bereich der Bundesstraßengesellschaften, BGBl 1992/826, zuletzt idF BGBl I 2002/50 (im Folgenden: MaßnahmenG). Die Bundesanteile an ihnen wurden gem § 1 ASFINAG-ErmächtigungsgG als Sacheinlage in die ASFINAG eingebracht, und nach § 4 gingen mit In-Kraft-Treten des Fruchtgenussvertrages alle (privatrechtlichen) Rechte und Pflichten des Bundes an ihnen auf die ASFINAG über. Die übrigen Gesellschaftsanteile halten die Länder. Die ehemalige Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen Aktiengesellschaft (ÖSAG) wurde aufgrund der Ermächtigung in § 2 Abs 5 MaßnahmenG in eine GmbH umgewandelt.

<sup>12</sup> Die Verordnung BGBl 1963/131, die die Auftragsverwaltung der Länder begründete, wurde formell erst durch die Verordnung BGBl II 2002/137 mit Wirkung zum 31.3.2002 (also gleichzeitig mit dem In-Kraft-Treten des § 34b BStG) aufgehoben, dürfte aber, was die der ASFINAG übertragenen Bundesstraßen anbelangt, schon vorher außer Kraft getreten sein (vgl FN 8). Zum Inhalt der Verträge zwischen ASFINAG und Ländern Hinweise bei *Resch* (FN 3) 836, und in VfSlg 15.733/2000.

<sup>13</sup> § 1 Abs 1 G betreffend die Finanzierung der Autobahn Innsbruck-Brenner, BGBl 1964/135; § 2 Abs 1 Tauernautobahn-FinanzierungsgG, BGBl 1969/115; § 2 Abs 1 Pyhrn Autobahn-FinanzierungsgG, BGBl 1971/479; § 2 Abs 1 Arlberg Schnellstraße FinanzierungsgG, BGBl 1973/113; § 2 Karawanken Autobahn-FinanzierungsgG, BGBl 1978/442, und Art 12 StV über den Karawankentunnel, BGBl 1978/441.

<sup>14</sup> Vereinfacht: Brennerautobahn zwischen Innsbruck und Staatsgrenze, Tauern- und Katschbergtunnel auf der Tauernautobahn, Bosruck- und Gleinalmtunnel auf der Pyhrnautobahn, Arlbergtunnel, Karawanken-Tunnel; genaue Beschreibung in § 10 Abs 2 BStMG.

durch die Übertragung an die ASFINAG nicht nur von der (unmittelbaren) Straßenverwaltung befreit, sondern soll der ASFINAG auch keine Zuwendungen mehr leisten müssen, weil sie über eigene Mauteinnahmen verfügt.<sup>15</sup> Im Idealfall werden also die Bundesstraßen nicht mehr hauptsächlich von den Steuerzahlern, sondern nur mehr von den Benützern finanziert.<sup>16</sup>

Entsprechend der Differenzierung in der EG-Wegekostenrichtlinie<sup>17</sup> gibt es derzeit zwei Formen von Mauten:

- einerseits die im früheren Bundesstraßenfinanzierungsgesetz<sup>18</sup> und seit 1. Jänner 2003 im BStMG<sup>19</sup> vorgesehene zeitabhängige Maut für Fahrzeuge bis 12 Tonnen, die durch Erwerb der Vignette an die ASFINAG<sup>20</sup> bezahlt wird, und für Güterfahrzeuge über 12 Tonnen die Straßenbenützungsabgabe, eine ausschließliche Bundesabgabe, die durch Zahlungen an das zuständige Finanz- oder Zollamt, also den Bund, zu entrichten ist;<sup>21</sup>
- andererseits für alle Fahrzeuge eine fahrleistungsabhängige Maut für die in FN 14 genannten Sonderstrecken, die von der ÖS-GmbH und der ASG für die ASFINAG<sup>22</sup> eingehoben wird; die Benützung dieser Sonderstrecken ist von der zeitabhängigen Maut, nicht aber von der Straßenbenützungsabgabe ausgenommen.<sup>23</sup>

Hält man an diesem Punkt der Entwicklung inne, hat man eine interessante Ausgliederungsvariante in Form eines Betreibermodells vor sich. Freilich geht sie über eine Organisationsprivatisierung nicht hinaus, weil nach wie vor kein

<sup>15</sup> Vgl den AB 1023 BlgNR XXI. GP, 3, zur Änderung des § 6 BStG durch das Bundesstraßen-Übertragungsg, BGBl I 2002/50. Ob das angesichts der hohen Schulden, die die ASFINAG übernehmen musste (§ 5 ASINAG-Ermächtigungsg), funktionieren kann, ist zweifelhaft. Vgl auch § 10 ASFINAG-G zur Verpflichtung des Bundes, die Liquidität und das Grundkapital der ASFINAG zu sichern.

<sup>16</sup> Die RV 1139 BlgNR XXI. GP, 13, 15, begründet das mit dem Verursacherprinzip als „notwendig und zeitgemäß“. Da die Einnahmen auch zur Schuldentilgung verwendet werden, muss der derzeitige Benützer freilich auch die Kosten der Vergangenheit mittragen: *Stolzlechner/Kostal* (FN 3) 2.

<sup>17</sup> RL 1999/62/EG, AB 1999/L 187/42.

<sup>18</sup> § 7 Bundesstraßenfinanzierungsg 1996, das als Art 20 des Strukturanpassungsg 1996, BGBl 201, erlassen und dann mehrfach novelliert wurde; im Folgenden: BStFG.

<sup>19</sup> §§ 10, 31 Abs 4 BStMG.

<sup>20</sup> Die Stellung der ASFINAG als Mautgläubigerin regelt § 3 BStMG iVm dem Fruchtgenussvertrag.

<sup>21</sup> § 1 Abs 1 StraßenbenützungsabgabeG, 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.

<sup>22</sup> Die Stellung der ASFINAG als Mautgläubigerin ergibt sich insoweit aus den §§ 6 und 9 ASFINAG-Ermächtigungsg iVm dem Fruchtgenussvertrag.

<sup>23</sup> § 10 Abs 2 BStMG; § 2 Z 6 StraßenbenützungsabgabeG.

Privater beteiligt ist, so dass wir es allenfalls mit einer Public Public Partnership zu tun haben. Das wird sich jedoch ändern.

Nach den Regelungen des BStMG sollen nämlich für Fahrzeuge ab 3,5 Tonnen (vereinfacht: LKW) die zeitabhängige Maut (die Vignette bzw die Straßenbenützungsabgabe) und die Sonderstreckenmaturen durch eine allgemeine fahrleistungsabhängige Maut für alle Bundesstraßen ersetzt werden.<sup>24</sup> (Für Fahrzeuge bis 3,5 Tonnen bleibt dagegen das Nebeneinander von Vignette und Sonderstreckenmaturen bestehen.<sup>25</sup>) Die Einführung dieses Systems setzt Vorrichtungen zur elektronischen Entrichtung der Maut im Wege der Abbuchung von Mautgut haben oder der zugelassenen Verrechnung im Nachhinein voraus.<sup>26</sup> Die Schaffung der entsprechenden Voraussetzungen ist Aufgabe der ASFINAG, die sich dabei auch Dritter bedienen kann. Die ASFINAG hat<sup>27</sup> daher die Einrichtung und den Betrieb eines vollelektronischen Mautsystems für LKW ausgeschrieben und auf der Grundlage dieses Verfahrens<sup>28</sup> einen Vertrag mit der Firma Europass LKW-Mautsystem GmbH geschlossen, mit dem Europass mit der Planung, Errichtung, Finanzierung und dem Betrieb des LKW-Mautsystems beauftragt wird. Die Maut wird von Europass allerdings für die ASFINAG und namens der ASFINAG eingehoben, sodass die ASFINAG Mautgläubiger bleibt. Die Firma Europass gehört der italienischen Autostrade International SpA, der Tochtergesellschaft für das Auslandsgeschäft der gleichnamigen italienischen Mautgesellschaft, die wiederum von der Familie Benetton dominiert wird. An der Autostrade International hat sich nunmehr auch die Bauholding Strabag des Industriellen *Hans-Peter Haselsteiner*, die sich ebenfalls um den Auftrag bemüht hatte, über ihr Tochterunternehmen A-Way GmbH mit 30 Prozent beteiligt.<sup>29</sup> Mit der Einbeziehung von Europass liegt eine Public Private Partnership vor, die freilich nur zT dem eingangs geschilderten Betreibermodell entspricht, weil zwischen Staat und Privaten ein ausgegliederter Rechtsträger gestellt und dem Privaten kein eigenes Mauteinhebungsrecht zugestanden wurde.

<sup>24</sup> §§ 6, 31 Abs 4 e contrario, 32 Abs 1 BStMG. Für die Sonderstrecken kann nach § 9 Abs 6 BStMG ein erhöhter Tarif festgelegt werden; vgl dazu die MauttarifVO, BGBl II 2002/406. Dass die fahrleistungsabhängige Maut entgegen den ursprünglichen Planungen Fahrzeuge bis 3,5 Tonnen nicht erfassen soll, wurde mit technischen Schwierigkeiten begründet: so schon die RV 1853 BlgNR XX. GP, 7, zur BStFG-Novelle, BGBl I 1999/107; zur Bewertung dieser gespaltenen Lösung *Stolzlechner* (FN 3) 799 f.

<sup>25</sup> Zur Nichteinbeziehung der Sonderstreckenmaturen in das BStMG und ihrer Weitergeltung neben der Vignettenpflicht die RV 1139 BlgNR XXI. GP, 25, und unten IV.D.

<sup>26</sup> Vgl § 7 BStMG.

<sup>27</sup> Die folgenden Angaben beruhen auf Pressemitteilungen der ASFINAG, die über [www.asfinag.at](http://www.asfinag.at) zugänglich sind. Für ergänzende Informationen danke ich *Hubert Resch* und *Ewald Wiederin*.

<sup>28</sup> Vgl zum Vergabeverfahren BVA, RPA 2002, 103; bbl 2002/114; RPA 2002, 223.

<sup>29</sup> Frankfurter Allgemeine Zeitung 5.11.2002, 26; 10.3.2003, 19; Salzburger Nachrichten 11.3.2003, 16.

### III. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

#### A. Ausgangssituation

Ausgangspunkt für die folgenden Überlegungen ist die Tatsache, dass der Bund durch die geschilderten Regelungen die Aufgaben des Baus, der Erhaltung und Finanzierung einschließlich der Einhebung von Mauten der ASFINAG „als solche“ übertragen hat, so dass diese sie im eigenen Namen erfüllt, also nicht nur stellvertretend für den Bund tätig wird.<sup>30</sup> Trotzdem bleiben die genannten Aufgaben staatliche, deren ordnungsgemäße Erfüllung der Bund zwar nicht mehr selbst leisten, aber eben gewährleisten muss.

#### B. Maßstab

Die Staatspraxis geht bei Ausgliederungen und Privatisierungen recht unbekümmert vor. Die Rechtsprechung des VfGH hat ihr Grenzen dort gezogen, wo es um die Übertragung von Hoheitsrechten auf ausgegliederte Rechtsträger geht.<sup>31</sup> Ausgliederungen und funktionelle Privatisierungen im nichthoheitlichen Bereich waren jedoch bislang vor allem<sup>32</sup> Gegenstand von Diskussionen in der Lehre.<sup>33</sup> Die dabei vertretenen Positionen unterscheiden sich natürlich im Einzelnen, doch lässt sich mE doch ein gemeinsamer Kern ausmachen. Demnach

<sup>30</sup> Vgl VfSlg 15.733/2000, 16.107/2001; VwGH 10.6.2002, 98/17/0301 = JusExtra 2002/4/1764.

<sup>31</sup> Vgl VfSlg 8844/1980, 14.473/1996, 15.946/2000; VfGH G 269/01 v 12.12.2001.

<sup>32</sup> Vgl aber VfSlg 14.075/1995 zur Ausgliederung der ÖBB, der nach Ansicht des Gerichtshofs – abgesehen von eigentumsrechtlichen Grenzen für das Auswechseln des Dienstgebers des Personals – „keinerlei verfassungsrechtliche Hindernisse“ entgegenstanden. In VfSlg 15.733/2000 ließ der Gerichtshof in einem obiter dictum Zweifel anklängen, ob die für die Bundesstraßenverwaltung „gewählte Konstruktion der Aufgabenübertragung den verfassungsrechtlichen Vorgaben und Grenzen entspricht, wie sich etwa aus dem dem Gleichheitssatz innwohnenden Sachlichkeitsgebot, dem Effizienzgebot oder dem Organisationskonzept der Bundesverfassung, das den Art 20 Abs 1, Art 77 Abs 1 und Art 104 Abs 2 B-VG zugrundeliegt, ergeben“.

<sup>33</sup> Funk (Hrsg), Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte (1981); Raschauer, Keine Grenzen für Privatisierungen?, eolex 1994, 434; Rill, Grenzen der Ausgliederung behördlicher Aufgaben aus der unmittelbaren Staatsverwaltung, ÖBA 1996, 748; Adamowitsch/Funk/Holzinger, Österreichisches Staatsrecht II (1998) Rz 26.027; Kucsko-Stadlmayer, Verfassungsrechtliche Schranken der Reduzierung und Ausgliederung von Staatsaufgaben, in: ÖJK (Hrsg), Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat (1998) 171; Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht (1998) Rz 34 ff, 377 f, 404, 410; Hengstschläger, Art 51, in: Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Kommentar (1999 ff) Rz 56 ff; Raschauer, Art 20 Abs 1 B-VG, in: Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Kommentar (1999 ff) Rz 49 ff, 63 ff, 100; Holoubek, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Konsequenzen der Ausgliederung, Privatisierung und Beleihung, ÖZW 2000, 33; Korinek, Staatsrechtliche Bedingungen und Grenzen der Ausgliederung und Beleihung, ÖZW 2000, 46; Kahl, Öffentliche Unternehmen, in: Holoubek/Potacs (FN 3) 1175 (1202 ff); Potacs, in diesem Band.

sind, wie zB die Art 17, 52 Abs 2 und 126b Abs 2 B-VG zeigen, Ausgliederungen zulässig, aber angesichts der Art 20 Abs 1, 77 Abs 1 und 104 Abs 2 B-VG doch eine rechtfertigungspflichtige Ausnahme gegenüber dem Standardmodell der bundeseigenen Ministerialverwaltung. Der Ausnahmekarakter und damit die Rechtfertigungspflicht äußert sich in der Literatur in der Forderung nach einem sachlichen Grund für Ausgliederungen oder darin, dass sie dem Effizienzgebot der Verwaltung (Art 126b Abs 5 B-VG) unterworfen werden; sie sollen also Anforderungen genügen, die für die Aufrechterhaltung der traditionellen Ministerialverwaltung nicht gestellt werden. Dies ist auch verständlich, weil mit der Ausgliederung neben anderen nachteiligen Effekten<sup>34</sup> vor allem eine Verdünnung der demokratischen Legitimation und Kontrolle der Aufgabenbesorgung verbunden ist, die vom B-VG für die traditionelle Verwaltung über die Leitungsbefugnis der obersten Bundesorgane und ihre parlamentarische Verantwortlichkeit und über die Budgethoheit des Parlaments hergestellt wird: Nach hL ist nur die Wahrnehmung von Eigentümer- und sonstigen Ingerenzrechten durch staatliche Organe gegenüber dem ausgegliederten Rechtsträger, nicht aber dessen Tätigkeit selbst Verwaltung iSd Art 20 B-VG<sup>35</sup> und damit weisungsgebunden zu erfüllen und zugleich Gegenstand der parlamentarischen<sup>36</sup> (und volksanwaltschaftlichen<sup>37</sup>) Kontrolle, und die Einnahmen und Ausgaben ausgegliederter Rechtsträger sind nicht solche des Bundes und deshalb auch nicht Inhalt des Bundesfinanzgesetzes<sup>38</sup>. Dieses verfassungsrechtliche Minus muss daher durch ein Plus zumindest ausgeglichen werden. Als Plus kommt eben nicht die Freistellung von verfassungsrechtlichen Bindungen als solche, sondern regelmäßig nur eine mit ihrer Hilfe erreichbare effizientere Aufgabenbesorgung iSd verfassungsrechtlichen Gebots der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit in Betracht,<sup>39</sup> die dann eben auch den sachlichen Grund für die gewählte Organisationsform abgibt.

Letztlich geht es also um eine Abwägung, die wie bei jeder Regel-Ausnahme-Beziehung in Anlehnung an die Grundrechtsdogmatik mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip strukturiert werden kann. Ausgliederungen müssen für die bessere Erfüllung der konkreten Verwaltungsaufgabe geeignet und notwendig sein, und

<sup>34</sup> ZB die Nichtanwendbarkeit Art 22 B-VG über die Amtshilfe – dazu Wiederin, Art 22 B-VG, in: Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Kommentar (1999 ff) Rz 19 ff – und wohl auch der Vorschriften über die Auskunftspflicht – vgl Wieser, Art 20 Abs 4 B-VG, in: Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Kommentar (1999 ff) Rz 14 ff.

<sup>35</sup> Nachweise und Kritik bei Raschauer (FN 33) Rz 63 ff.

<sup>36</sup> Daran ändert auch Art 52 Abs 2 B-VG nichts: Holoubek (FN 33) 43; Mayer, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht<sup>3</sup> (2002) 222.

<sup>37</sup> VfSlg 13.323/1992.

<sup>38</sup> Hengstschläger (FN 33).

<sup>39</sup> Zu typischen Ausgliederungsmotiven, die fast alle in diese Richtung gehen, zB Aicher, Zivil- und gesellschaftsrechtliche Probleme, in: Funk (Hrsg), Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte (1981) 191 (213 f); Kahl (FN 33) 1202; jeweil mwN.

der Gewinn an Effizienz darf nicht durch einen unangemessen hohen Verlust an demokratischer Legitimation und Kontrolle erkauft werden. Für die Abwägung spielt vor allem die Art der ausgegliederten Verwaltungsaufgabe eine Rolle. Technische oder wirtschaftliche Aktivitäten sind, weil sie ihrer eigenen, im öffentlichen wie privaten Bereich gleichermaßen gültigen Sachlogik folgen, eher aus der unmittelbaren staatlichen Verantwortung entlassbar als etwa planende oder verteilende Aufgaben, für die der öffentliche Rechtfertigungsbedarf wegen ihres „politischen“ Charakters höher ausfällt. Dass es unabhängig von der Art der Tätigkeit auch auf den Umfang der Übertragung ankommen soll,<sup>40</sup> erscheint mir dagegen weniger einleuchtend: Wenn eine Übertragung in allen ihren Teilen je für sich gerechtfertigt werden kann, ist schwer einzusehen, warum sie an ihrem Umfang scheitern sollte. Jedenfalls relevant für die Abwägung sind auf der anderen Seite die Tatsache, dass bei ausreichender Bundesbeteiligung die Rechnungshofkontrolle und damit ein Mindestmaß parlamentarischer Erörterung aufrecht bleibt und Kompensationen für die Lockerung des demokratischen Legitimationszusammenhangs durch besondere Informations- und Ingerenzrechte der staatlichen Organe, aber auch die Gesetzesförmigkeit der Ausgliederung selbst. Da es insgesamt regelmäßig um komplexe Bewertungen und Prognosen geht, ist den zuständigen staatlichen Organen ein weiter Beurteilungsspielraum zuzugestehen, und die Gerichtsbarkeit tut gut daran, sich auf eine Plausibilitäts- und Missbrauchskontrolle zu beschränken. Im Ergebnis mag das dann doch wieder auf eine weit gehende „Wahlfreiheit“ bei der Organisation der Aufgabenbesorgung hinauslaufen. Disziplinierend kann eine solche Kontrolle aber trotzdem wirken, weil sie dem Staat eine Begründungslast auferlegt, der er bisher kaum nachgekommen ist.

Diese Prinzipien gelten mE auch für funktionale Privatisierungen.<sup>41</sup> Die Einbeziehung Privater in die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben ist zwar weder etwas Neues – man denke nur an private Autoabschleppunternehmen im Dienste der Polizei, an nichtamtliche Sachverständige oder an Baufirmen, die Staatsgebäude errichten – noch etwas verfassungsrechtlich Dubioses, aber trotzdem aus denselben, letztlich aus dem Demokratieprinzip ableitbaren Gründen rechtfertigungspflichtig: Solange die Aufgabe eine staatliche bleibt, muss auch die staatliche Verantwortung für ihre Erfüllung gewährleistet bleiben. Der Bedarf an entsprechenden rechtlichen Vorkehrungen hängt wiederum davon ab, ob die Einbeziehung Privater punktuell oder auf Dauer erfolgt, wie weit sie mit eigenen Gestaltungsbefugnissen verbunden sind und ob der Private Funktionen auch gegenüber Dritten ausübt.

<sup>40</sup> So *Korinek* (FN 33) 50, der die vom VfGH für die Hoheitsverwaltung entwickelte Beschränkung der Ausgliederung auf „vereinzelte Aufgaben“ auch für den nichthoheitlichen Bereich für relevant hält.

<sup>41</sup> Vgl dazu VfSlg 8844/1980; *Holoubek* (FN 33) 43 ff mwN; und aus deutscher Sicht die Beiträge von *Heintzen* und *Loßkuhle* (FN 2) 220 und 266.

Im Übrigen müssen, soweit die Länder einbezogen werden, bundesstaatliche Regeln respektiert werden, und natürlich darf die Ausgestaltung rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht widersprechen.

### C. Anwendung

Wendet man nun diesen Maßstab auf die Bundesstraßenverwaltung an, ist zunächst wichtig, dass der Bund nur nichthoheitliche Aufgaben auf die ASFINAG übertragen hat. Die Rechte und Pflichten des Bundes, die nach § 34b BStG nunmehr der ASFINAG zukommen, sind ausdrücklich solche der „Bundesstraßenverwaltung“, werden also mit jenem Ausdruck bezeichnet, der im BStG durchgehend für die nichthoheitlichen Aufgaben in Abgrenzung von den behördlichen Befugnissen verwendet wird. Als hoheitliche Aufgaben bleiben beim Bund daher insbesondere die Festlegung der Bundesstraßen (§ 1 BStG und die Verzeichnisse im Anhang des Gesetzes), die Trassenfestlegung und die Auffassung von Bundesstraßen (§ 4 BStG), die Festlegung von Bundesstraßenplanungsgebieten (§ 14 BStG), die Genehmigung von Untersuchungen und Vorarbeiten (§ 16 BStG), die Entscheidung über Enteignungen und Rücküberweisungen (§§ 20 f BStG), die Festsetzung von privaten Beiträgen zur Straßenbaulast (§ 11 BStG), die Genehmigung von Ausnahmen und die Entscheidung über Modifikationen von Bauverboten im Bundesstraßenplanungs- und -baugebiet und entlang von Bundesstraßen (§§ 14 Abs 3, 15 Abs 1, 21 Abs 1 BStG), die Festlegung von Bewilligungspflichten für Arbeiten entlang von Bundesstraßen und Anordnungen zur Beseitigung benachbarten Waldes (§§ 22 f BStG) sowie Anordnungen zur Wiederherstellung des gesetzlichen Zustandes nach Verstößen gegen Vorschriften des Gesetzes (§§ 14 Abs 3, 21 Abs 6, 24 Abs 1, 25, 26 Abs 3, 27 Abs 2 BStG). Die ASFINAG hat in den meisten dieser Bereiche Vorschlags- oder Antragsrechte, in Einzelfällen kann sie selbständig Zustimmungen erteilen, aber im Streitfall hat sie keine endgültige Entscheidungsbefugnis.

Was die Maut betrifft, ist das der ASFINAG eingeräumte Recht der Fruchtnießung ein privatrechtliches, und auch die Mauteinhebung erfolgt in einem privatrechtlichen Verhältnis zu den Nutzern.<sup>42</sup> Hoheitlich ausgestaltete Komponenten wie die Festlegung der Mautpflicht (§§ 1, 6, 10 BStMG) und Mauthöhe (§§ 6, 12 BStMG) und das Verwaltungsstrafwesen für die Mautprellerei (§§ 20 ff, 26 BStMG) bleiben wiederum in unmittelbarer staatlicher Verantwortung. Die Kontrolle wird, wenn man von der Mitwirkung der Organe der Straßenaufsicht und der Zollwache (§ 29 BStMG) absieht, durch besondere Mautaufsichtsorgane

<sup>42</sup> RV zum BStMG, 1139 BlgNR XXI. GP, 13; so schon zur Rechtslage davor die RV 396 BlgNR X. GP, 3, des BG betreffend die Finanzierung der Autobahn Innsbruck-Brenner, BGBl 1964/135, dem dann die anderen Sondergesetze folgten; weiters zB OGH (FN 6); OGH JBl 2001, 453 = ZVR 2001/53; OGH ZVR 2001/90; VfSlg 16.107/2001; VwGH 27.2.1998, 98/06/0002; *Merli* (FN 1) 266 f, 275 f; *Stolzlechner/Kostal* (FN 3) 17 f; *Resch* (FN 3) 838 f, 840.

durchgeführt, die zwar von der ASFINAG vorgeschlagen und in der Regel von ihr angestellt und bezahlt werden dürften, aber als Organe öffentlicher Aufsicht, nach dem Muster von Jagdschutz- oder Forstschutzorganen, von der Bezirksverwaltungsbehörde bestellt und beliehen werden (§§ 17, 26 BStG), so dass ihre Handlungen auch dem Bund als Hoheitsträger zurechenbar bleiben.<sup>43</sup> Eine Beleihung der ASFINAG oder gar von Europpass findet daher auch in diesem Bereich nicht statt. Zweifel daran könnten sich allenfalls aus der Ermächtigung der ASFINAG zur Erlassung einer Mautordnung (§§ 14 ff BStMG) ergeben. Die Mautordnung ist zwar, da das gesamte Mautverhältnis zwischen ASFINAG und Straßenbenützern privatrechtlich ausgestaltet wurde, als privatrechtliche Willenserklärung der ASFINAG ähnlich allgemeinen Geschäftsbedingungen konstruiert,<sup>44</sup> doch bleibt die Tatsache, dass sie, wenn man eine vertragliche Konstruktion des Mautverhältnisses ablehnt,<sup>45</sup> einseitig bindendes Recht für die Straßenbenutzer schafft. Insofern kommt diese Konstruktion einer Beleihung mit Verordnungsmacht recht nahe. Allerdings ist der Inhalt der Mautordnung gesetzlich weitgehend vorgegeben, und vor allem bedarf sie – und wohl auch ihre Änderung – der ministeriellen Genehmigung (§ 14 Abs 2 BStMG), was im konkreten Fall als funktionales Äquivalent einer Weisungsbindung auch im Hinblick auf Art 20 Abs 1 B-VG ausreichen dürfte.

Schließlich umfasst auch die Übertragung der Rechte und Pflichten des Bundes gegenüber der ÖS-GmbH und ASG auf die ASFINAG nur den privatrechtlichen Bereich, denn „die gesetzlich geregelten hoheitlichen Aufgaben des Bundes“ bleiben nach § 4 ASFINAG-ErmächtigungsG ausdrücklich „unberührt“.

Im nichthoheitlichen Bereich ist die Übertragung dagegen umfassend: Sie betrifft, wie gezeigt, alle Bundesstraßen und alle privatrechtlichen Befugnisse daran, die traditionellen – darunter die Befugnis, die privatrechtliche Zustimmung ua zu Werbungen an der Straße, zu Betrieben wie Tankstellen oder Raststätten und zu Sondernutzungen zu erteilen (§§ 25, 27, 28 BStG) und damit Geld zu verdienen – ebenso wie die neu gestalteten im Bereich der Mauteinhebung. Mit dem BSt-ÜbertragungsG wurde der ASFINAG auch das Eigentum am Betriebsvermögen der Bundesstraßenverwaltung und an Grundstücken, die der Erhaltung und Beaufsichtigung der von ihr betreuten Bundesstraßen dienen, übertragen.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> Diese Beleihung ist mE verfassungsrechtlich unproblematisch: vgl die Rechtfertigung in der RV zum BStMG, 1139 BlgNR XXI. GP, 13.

<sup>44</sup> So auch die RV 1139 BlgNR XXI. GP, 18, und – zur Mautordnung nach dem BStFG – *Stolzlechner/Kostal* (FN 3) 15; VfGH 25.9.2001, B 1658/00; als Verordnung deutete sie dagegen der VfGH 20.9.2001, 2001/06/0096, obwohl er auch in diesem Erkenntnis die Maut nach dem BStFG nicht als Abgabe, sondern als – offenbar privatrechtliches – „Entgelt“ qualifizierte.

<sup>45</sup> Dazu unten IV.B.

<sup>46</sup> Art 5 § 6 BSt-ÜbertragungsG. Die unmittelbar dem Verkehr dienenden Bundesstraßenflächen bleiben aber im Eigentum des Bundes und damit „öffentliches Gut“ iSd § 287 ABGB. Vgl auch § 7 ASFINAG-ErmächtigungsG, der den Finanzminister ermächtigte, das

Wer einen beschränkten Umfang von Ausgliederungen für ein selbständiges Kriterium ihrer Verfassungsmäßigkeit hält,<sup>47</sup> könnte hier in Schwierigkeiten geraten. Allerdings ist die Vollständigkeit der Aufgabenübertragung hier zunächst die Folge der Verländerung der ehemaligen Bundesstraßen „B“: Hätte der Bund diese Straßen behalten, wäre der straßenbezogene Umfang der Ausgliederung kleiner gewesen. Dieser Umstand kann aber für die verfassungsrechtliche Beurteilung kaum ausschlaggebend sein. Überhaupt wäre es merkwürdig, wenn die Ausparung einzelner Bundesstraßen von der Übertragung und die Aufrechterhaltung einer ministeriellen Parallelverwaltung dafür oder auch der Verbleib bestimmter privatrechtsförmiger Aufgaben beim Bund ohne Rücksicht auf ihre Sinnhaftigkeit die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Ausgliederung befördern könnte. Dies zeigt mE die Fragwürdigkeit eines eigenständigen Umfang-Kriteriums. Wenn man es trotzdem für relevant hält, bleibt jedenfalls der Hinweis darauf, dass die Aufgabenübertragung an die ASFINAG eben nur den privatrechtlichen Bereich und damit nur einen Teil des „Bundesstraßenwesens“ betrifft.

Vor allem aber macht die obige Übersicht über die beim Bund verbliebenen Hoheitsbefugnisse deutlich, dass die zentralen „politischen“ Entscheidungen entweder ohnehin gesetzlich getroffen werden oder nach wie vor in der traditionellen Verwaltungsform erledigt werden, während die Übertragung in erster Linie Durchführungsaufgaben organisatorischer, wirtschaftlicher und technischer Art umfasst, für die der demokratische Legitimationsbedarf nicht so hoch ist.

Dazu kommt, dass die der ASFINAG eingeräumte Gestaltungsmacht neben allgemeinen gesetzlichen Vorgaben<sup>48</sup> besonderen Ingerenz- und Informationsrechten des Bundes unterworfen wurde, die zu den Einwirkungsmöglichkeiten hinzukommen, die er als – gesetzlich festgeschriebener<sup>49</sup> – Alleinaktionär der Gesellschaft hat. So bedürfen Erlass und Änderung der Satzung der ASFINAG der Zustimmung der zuständigen Bundesminister, und diese können von der ASFINAG auch jede gewünschte Auskunft über ihre Tätigkeit verlangen.<sup>50</sup> Der Fruchtgenussvertrag zwischen dem Bund und der ASFINAG hat vorzusehen, dass der Verkehrsminister der ASFINAG Zielvorgaben setzen und eine begleitende Kontrolle ausüben kann, dass ihm die Erlassung der für die technische Durchführung anzuwendenden Vorschriften vorbehalten bleibt und dass ihm die

für die Betriebsführung der ASFINAG notwendige Bundesvermögen – ausgenommen Bundesstraßenbestandteile, auf die sich ihr Fruchtgenussrecht erstreckt – in die Gesellschaft einzubringen.

<sup>47</sup> Vgl oben FN 33, 40 und *Novak*, Verfassungsrechtliche Grundsatzfragen, in: Funk (Hrsg), Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte (1981) 37 (49), der aus dem Gesamtsinn des Art 104 Abs 2 B-VG ein Verbot der gesellschaftsrechtlichen Ausgliederung der Straßenverwaltung „in toto“ ableitet.

<sup>48</sup> So der Bindung an die Bau- und Erhaltungsgrundsätze der §§ 7 und 7a BStG durch § 34b BStG und § 9 ASFINAG-ErmächtigungsG.

<sup>49</sup> § 1 ASFINAG-G.

<sup>50</sup> § 9 ASFINAG-G.

ASFINAG regelmäßig Kostenpläne für Planung, Bau, Erhaltung und Verwaltung der ihr übertragenen Bundesstraßen vorzulegen hat.<sup>51</sup> Die Planungen der ASFINAG werden mit dem Bund abgestimmt und bilden die Grundlage für Erlassung von Trassenverordnungen; die Abstimmung ersetzt den früher in § 4a BStG vorgesehenen Beschluss der Bundesregierung über das gesamtwirtschaftliche Interesse am Bau<sup>52</sup> und ist vor allem Voraussetzung für die Verpflichtung des Bundes, finanzielle Zuwendungen zur Aufrechterhaltung der Liquidität und des Grundkapitals der ASFINAG zu leisten.<sup>53</sup> Von der Genehmigung der Mautordnung war schon die Rede.<sup>54</sup>

Ob die ASFINAG die ihr übertragenen Aufgaben letztlich effizienter erfüllt, als dies eine ministerielle Bundesstraßenverwaltung tun würde, kann ohne eine wirtschaftliche Untersuchung nicht beurteilt werden und muss hier offen bleiben.<sup>55</sup> Immerhin gibt es aber einige Anhaltspunkte, die eine größere Effizienz gegenüber dem vorigen Zustand einer Teilausgliederung plausibel machen. Dazu gehört, dass durch die Verschmelzung der Straßensondergesellschaften und ihre Einbringung in die ASFINAG sowie ihre Betrauung mit allen Bundesstraßen die Zersplitterung der Verantwortlichkeit<sup>56</sup> auf Bundesministerium, voneinander unabhängige Sonderbau- und Erhaltungsgesellschaften, eine Finanzierungsgesellschaft und die Länder als Träger der Auftragsverwaltung beseitigt wurde und dem Bund nun auch ein einheitlicher Ansprechpartner zu Verfügung steht. Auch die Zusammenführung von Ausgaben- und Einnahmenverantwortlichkeit durch die Einsetzung der ASFINAG als Mautgläubigerin könnte die Effizienz der Betriebsführung steigern und erleichtert auch die Rechtfertigung der Budgetierung außerhalb des Bundeshaushalts.<sup>57</sup>

Freilich ging es der Gesetzgebung dabei gar nicht vordringlich um Effizienzsteigerung, sondern um die Erfüllung der Maastricht-Kriterien zur Staatsver-

<sup>51</sup> § 10 ASFINAG-Ermächtigungsg.

<sup>52</sup> AB 1023 BlgNR XXI. GP, 3 zu Art 4 Z 6 BSt-Übertragungsg (Aufhebung von § 4a BStG).

<sup>53</sup> § 10 ASFINAG-G.

<sup>54</sup> Oben nach FN 45. § 6 ASFINAG-Ermächtigungsg, wonach die Übertragung des Mauterhebungsrechts der ASFINAG an Dritte mit Zustimmung des Finanzministers zulässig ist, dürfte sich nur auf die Übertragung der Stellung des Mautgläubigers („dieses Rechts“), nicht aber auf die Beauftragung eines Dritten mit der Einhebung der Maut für die ASFINAG beziehen (aA anscheinend *Stolzlechner/Kostal* [FN 3] 16) und durch die gesetzliche Festschreibung der ASFINAG als Mautgläubigerin in § 3 BStMG jedenfalls für den Anwendungsbereich des BStMG überholt sein.

<sup>55</sup> Zu den Schwierigkeiten bei einer umfassenden Bewertung *Obermann/Obermair/Weigel*, Evaluierung von Ausgliederungen, JRP 2002, 162 mwN, auch zu bisherigen Studien (allerdings nicht zur Straßenverwaltung). Zum Problem, dass ja auch die ministerielle Verwaltung effizienter gestaltet werden könnte, sodass der Vergleichsmaßstab ins Wanken gerät, zB *Rill* (FN 33) bei Fn 66.

<sup>56</sup> Zu ihren Nachteilen *Funk*, Allgemeine Probleme, in: *Funk* (Hrsg), Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte (1981) 1 (30, 31).

<sup>57</sup> Zu Letzterem *Hengstschläger*, Budgetrechtliche Probleme, in: *Funk* (Hrsg), Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte (1981) 85 (93).

schuldung als Voraussetzung des Beitritts zur dritten Stufe der Währungsunion, weil die Staatsschulden aus dem Straßenbau nicht mehr als Schulden des Staates galten, als sie der ASFINAG übertragen waren und diese mit der Maut auch eigene Einnahmen aus privaten Quellen hatte.<sup>58</sup> Das mag man für einen unlauteeren Trick halten, und doch wird man das Motiv in der zum Entscheidungszeitpunkt gegebenen Haushaltssituation wegen der Vorteile der Währungsunion nicht einfach als unsachlich abtun können. Akzeptiert man es als legitimen Grund, dann war die Ausgliederung auch notwendig, um das Ziel zu erreichen. Langfristig kann er sie allerdings nicht rechtfertigen, und dann spielt wieder die Effizienz der Aufgabenbesorgung die Hauptrolle.

Für die Einbeziehung eines privaten Partners durch die ASFINAG spricht offensichtlich, dass sie die Aufbringung der finanziellen Mittel, des Wissens und der Erfahrung für den Aufbau eines elektronischen Mautsystems erheblich erleichtert, wenn nicht erst ermöglicht. Die Beauftragung erfolgt zwar auf Dauer und betrifft einen ganz zentralen Bereich, nämlich die Aufbringung der Mittel für den Bundesstraßenbau. Sie unterliegt aber dem Vergaberecht, umfasst nur die technisch-organisatorische Seite der Mauteinhebung und vermittelt keine inhaltliche Gestaltungsbefugnis bei Nutzung oder Entgelt. Europass wird auch nicht zum Mautgläubiger,<sup>59</sup> sondern hebt die Maut nur namens der ASFINAG ein und verfügt auch über keinerlei Sanktionsbefugnisse bei Zahlungsverweigerungen. Von der konkreten Gestaltung des Vertrages zwischen Europass und ASFINAG hängt es schließlich ab, ob der Bund über die ASFINAG die notwendigen Informations- und Kontrollrechte geltend machen kann, damit er das Funktionieren des Europass anvertrauten Mautsystems beobachten und Fehlentwicklungen gegensteuern kann.<sup>60</sup>

Die Beauftragung der ÖS-GmbH und der ASG mit der Erfüllung von ASFINAG-Aufgaben bereitet ebenfalls dann keine Schwierigkeiten, wenn der Bund seine Gewährleistungsverantwortung weiter wahrnehmen kann. Vor der Übertragung der Straßenverwaltung an die ASFINAG hat der Bund gegenüber diesen Gesellschaften und ihren Vorgängerinnen weit reichende Informations- und Ingerenzrechte.<sup>61</sup> Unklar ist, inwieweit diese – durchwegs privatrechtlich gedeuteten<sup>62</sup> – Befugnisse entsprechend der allgemeinen Regelung des § 4

<sup>58</sup> Die RV zum Infrastrukturfinanzierungsg 1997, 698 BlgNR XXI. GP, 11, nennt als Ziel, die betroffenen Staatsschulden „in einen nicht dem öffentlichen Bereich zuzuordnenden Gesellschaftsverbund zu überführen“. Zu den gemeinschaftsrechtlichen Voraussetzungen dieses Unterfangens *Koller*, in diesem Band; zu seinem Erfolg *Convergence Report 1998*, *European Economy* 65 (1998) 110, 120.

<sup>59</sup> Vgl § 3 BStMG.

<sup>60</sup> Spannungen könnten sich hier etwa im Hinblick auf das Auskunftsrecht des Bundes gegenüber der ASFINAG (§ 9 ASFINAG-G) aus der Tatsache ergeben, dass der Vertrag mit Europass dem Vernehmen nach strengen Geheimhaltungspflichten unterliegt.

<sup>61</sup> §§ 5, 10 Abs 2-4. 11 MaßnahmenG; *Aicher* (FN 39) 227, 229 Fn 137, 241 f, 312; *Funk* (FN 3) 67 ff.

<sup>62</sup> ZB *Funk* (FN 3) 73; für das Auskunftsrecht nach § 11 MaßnahmenG auch AB 820 BlgNR XVIII. GP, 2.

ASFINAG-ErmächtigungsG auf die ASFINAG übergegangen sind, weil zugleich mit der Erlassung dieser Bestimmung auch die einschlägigen Spezialnormen des MaßnahmenG novelliert wurden, dabei jedoch nur einzelne Befugnisse zugunsten der ASFINAG angepasst wurden, während andere als Rechte des Bundes unangetastet blieben.<sup>63</sup> Aber auch wenn Letztere jetzt der ASFINAG zustehen sollten, ist über die Rechte des Bundes gegenüber dieser ein ausreichender Verantwortungszusammenhang zwischen Bund und Sondergesellschaften gewahrt.

Aus bundesstaatlicher Sicht nicht unproblematisch ist die Form der Einbeziehung der Länder in die ausgegliederte Bundesstraßenverwaltung. Art 104 Abs 2 BVG sieht dafür nämlich als Standardform die durch Verordnung begründete und durch Weisungsbeziehungen zwischen Bundesminister und Landeshauptmann geprägte Auftragsverwaltung vor, während die ASFINAG die Länder mit dem Bau und der Erhaltung jener Bundesstraßen, deren Betreuung sie nicht ihren Tochtergesellschaften vorbehält, vertraglich beauftragt. Diese Konstruktion wurde als offenkundiger und gravierender Verstoß gegen das Sachlichkeits- und das Effizienzgebot und als Umgehung von Verfassung und FAG zT heftig kritisiert.<sup>64</sup> Eine unmittelbare Verletzung des Art 104 B-VG wird freilich nicht behauptet. Eine Pflicht zur Aufgabenübertragung an die Länder erlegt diese Bestimmung dem Bund nicht auf,<sup>65</sup> und es wäre auch inkonsequent, sie nur als ausnahmefähigen Grundsatz zu verstehen, soweit sie die eigenhändige Führung der nichthoheitlichen Verwaltung im Bundesbereich vorsieht (siehe oben), ihr aber zugleich für die Einbeziehung der Länder exklusiven Charakter zuzusprechen. MaW: Wenn Art 104 B-VG kein absolutes Ausgliederungsverbot enthält, dann verbietet er auch nicht jedes von der Auftragsverwaltung abweichende Organisationsmodell für die Länderbeteiligung (auch nicht etwa die Gründung gemeinsamer juristischer Personen des Privatrechts wie der früheren Straßensondergesellschaften oder der heutigen ÖS-GmbH und ASAG). Soweit ein anderes Modell gewählt wurde, ist Art 104 B-VG – unter Einschluss seiner Kostentragungsregeln und des FAG – darauf nicht mehr anwendbar. Ob solch ein anderes Modell zulässig ist, hängt freilich davon ab, ob neben anderen auch die hinter Art 104 B-VG stehenden Verfassungsgrundsätze respektiert wurden – und daher rührt wohl auch der Umgehungsverwurf.

<sup>63</sup> Vgl einerseits die zugunsten der ASFINAG novellierten § 5 (Organbestellung und Zuständigkeit der Hauptversammlung) und § 10 Abs 2 und 4 (Vorlage von Kostenplänen, Zielvorgaben, begleitende Kontrolle und Koordinationsbefugnis), andererseits die nicht geänderten § 10 Abs 3 und § 11 über Rechte des Bundes (Festlegung von Grundsätzen für die technische Durchführung und Auftragsvergabe, Auskunftsrecht).

<sup>64</sup> Für verfassungswidrig hält sie *Raschauer*, Entscheidungsbesprechung, ÖZW 2000, 62; zurückhaltender *Raschauer*, Art 104 B-VG, in: Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Kommentar (1999 ff) Rz 22.

<sup>65</sup> Dies zeigt schon der Wortlaut des Abs 2 („Die ... Bundesminister können ... übertragen“); so auch zB *Funk* (FN 3) 71; *Resch* (FN 3) 811; *Raschauer* (FN 64) Rz 14. Deswegen kann es hier – anders als im Bereich des Art 102 B-VG – durch die Übertragung an die ASFINAG auch nicht zu einer verfassungswidrigen Beeinträchtigung des Systems der mittelbaren Bundesverwaltung wie in VfSlg 11.403/1987 kommen.

Dass die Einbeziehung jener Dienststellen der Länder, die die Bundesstraßen bislang im Rahmen der Auftragsverwaltung betreut haben, über die entsprechende Erfahrung und Mittel verfügen und für die Betreuung der Landesstraßen ohnehin weiter bestehen, von vornherein unsachlich oder ineffizient sei, will nicht recht einleuchten,<sup>66</sup> doch ist hier der Kostenaspekt zu beachten. In der Auftragsverwaltung trifft die Kostenbelastung grundsätzlich die Länder, aber das FAG sieht relativ umfangreiche Erstattungen durch den Bund vor; in der vertraglichen Gestaltung muss der Bund bzw die ASFINAG dagegen alle Kosten übernehmen.<sup>67</sup> Letzteres entspricht sowohl der üblichen Regelung bei der Beauftragung irgendwelcher Dritter als auch dem § 2 F-VG, der jeder Gebietskörperschaft die Kosten der Besorgung ihrer eigenen Aufgaben aufbürdet. Der Grundsatz der eigenen Kostentragung passt hier besser als Art 104 Abs 2 B-VG, denn anders als die verordnungsförmige Übertragung im Rahmen der Auftragsverwaltung macht die vertragliche Betrauung der Länder die Bundesstraßenerhaltung eben nicht zu „ihrer“ Aufgabe<sup>68</sup> und darf das auch nicht tun, weil für einen Übergang der in Art 34b BStG geregelten Zuständigkeit der ASFINAG im Außenverhältnis die gesetzliche Grundlage fehlt.<sup>69</sup> Im Ergebnis kann dies bedeuten, dass die Vertragslösung für den Bund teurer ist als die Auftragsverwaltung. Jedoch kann die vertragliche Kostenregelung zusätzliche Effizienzreize setzen,<sup>70</sup> und insgesamt handelt es sich nur um einen Gesichtspunkt in einer umfassenden Effizienzbeurteilung.

Schwerwiegender ist der Umgehungsverwurf mE, wenn er auf den Entfall des ministeriellen Weisungsrechts bezogen wird, weil mit der vertraglichen Lösung

<sup>66</sup> Vgl auch die Begründung in der RV RV 311 BlgNR XXI. GP, 277, der inzwischen außer Kraft getretenen Regelung des Art IX § 2 lit b ASFINAG-G idF BGBl I 2000/142: Die vertragliche Beauftragung der Länder durch die ASFINAG „ist notwendig, da die Länder auf Grund der ihr bisher übertragenen Aufgaben Personal und sonstige Ressourcen vorgehalten haben“.

<sup>67</sup> Vgl *Ruppe*, § 2 F-VG, in: Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Kommentar (1999 ff) Rz 20. Im Verhältnis Bund-ASFINAG ist die Kostentragungspflicht Letzterer nach *Stolzlechner/Kostal* (FN 3) 2 Fn 4 eine andere Regelung iSd § 2 F-VG. Vgl auch VfSlg 13.737/1994 zur analogen Anwendung von Regelungen des FAG im Fall der Einbeziehung der ASFINAG in die Auftragsverwaltung (was hier aber eben nicht der Fall ist).

<sup>68</sup> Dazu VfSlg 15.733/2030 und *Raschauer* (FN 64) 62.

<sup>69</sup> Der Abschluss von Verträgen mit den Ländern wird in § 6 ASFINAG-G angesprochen, betrifft nach dieser Bestimmung aber nur „Aufträge“ der ASFINAG an die Länder, „mit denen diese mit der Erfüllung der mit der Einräumung des Fruchtgenussrechtes ... verbundenen Aufgaben betraut werden“; ein Zuständigkeitsübergang ist damit nicht verbunden. Dasselbe gilt für die für einen Sonderfall geltende Übergangsbestimmung des Art 5 § 13 BSt-ÜbertragungsG, die die ASFINAG zum Abschluss von Verträgen mit den Ländern über die „Durchführung“ von Erhaltungsmaßnahmen verpflichtet; diese Bestimmung enthält auch eine Kostenregelung zu Lasten der Länder. Vgl auch die in FN 66 genannte frühere Regelung.

<sup>70</sup> Vgl dazu die Beispiele bei *Resch* (FN 3) 836.

der demokratische Verantwortungszusammenhang, dessen Sicherung eben auch Art 104 B-VG dient, über die Ausgliederung hinaus noch weiter gelockert wird. Hier wird es – wie bei der Beauftragung von ÖS-GmbH oder ASG und von Europass sowie von anderen Dritten wie auch dann, wenn die ASFINAG gem § 2 ASFINAG-G Tochterunternehmen gründet oder Beteiligungen eingeht – vor allem darauf ankommen, dass die vertragliche Gestaltung des Auftragsverhältnisses ein Leerlaufen der Informations- und Ingerenzrechte des Bundes gegenüber der ASFINAG verhindert.<sup>71</sup>

Aus rechtsstaatlicher Sicht ist die Gesamtkonstruktion sicher nicht optimal, weil sie sich aus einer Vielzahl von einander überlappenden, in unklarem Umfang derogierenden und überholenden Gesetzen zusammensetzt, so dass die Hauptaufgabe des Juristen nicht wie üblich in der Auslegung der Gesetzeslage besteht, sondern in ihrer Feststellung. Dazu kommt, dass ein zentraler Bestandteil des gesamten Regelungskomplexes, nämlich der Übergang der Straßenbaulast und der Mauteinhebungsberechtigung an die ASFINAG, gesetzlich an den Abschluss des Fruchtgenussvertrages gebunden ist oder durch ihn erfolgt,<sup>72</sup> dass aber weder der Fruchtgenussvertrag selbst noch auch nur die Tatsache seines Abschlusses formell kundgemacht wurden.<sup>73</sup> Im Übrigen hängt die rechtsstaatliche Beurteilung natürlich von der konkreten Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse zwischen Straßennutzern auf der einen, ASFINAG, Europass und den Trägern der Aufsichtsorgane auf der anderen Seite ab, die im Folgenden analysiert werden soll. Vorausgeschickt kann allerdings schon hier werden, dass Ausgliederung und (funktionelle) Privatisierung am Grundcharakter dieser Rechtsverhältnisse nichts ändern, weil ja auch schon das frühere Mautverhältnis zum Bund (mit Ausnahme des Aufsichtsverhältnisses) ein privatrechtliches war<sup>74</sup> und weil die ASFINAG nach allen dazu entwickelten Theorien – sei es über das Alleineigentum des Bundes, über den funktionalen Zusammenhang mit staatlichen Aufgaben oder die einseitige Machtakkumulation – grundrechtsgebunden ist wie der Bund als Pri-

<sup>71</sup> Zu weiteren Kritikpunkten *Raschauer* iZm der Anwendbarkeit des Gewerbe-, Ziviltechniker- und Vergaberechts vgl inzwischen die Streichung des mit BGBl I 2000/142 eingeführten § 12 ASFINAG-ErmächtigungsG durch Art 8 Z 2 BSt-ÜbertragungsG, „da die ASFINAG und die Bundesländer weder bei der Durchführung ihrer Aufgaben der Gewerbeordnung unterliegen noch Befähigungen nach dem Ziviltechnikerergesetz erwerben können“, so dass die aufgehobene Vorschrift, die den Erwerb entsprechender Berechtigungen vorsah, daher „ins Leere“ gegangen sei (AB 1023 BlgNR XXI. GP, 7); dazu auch *Holoubek* (FN 33) 44; sowie § 6 ASFINAG-G idF BGBl I 2000/142 und die RV 311 BlgNR XXI. GP, 278, zur Anordnung der Nichtanwendbarkeit des BundesvergabeG auf die Vergabe von Aufträgen an die Länder.

<sup>72</sup> §§ 6, 9 ASFINAG-ErmächtigungsG; § 34b BStG; § 3 BStMG.

<sup>73</sup> Vgl V1Slg 4329/1962, wo der Gerichtshof für die Auftragsverwaltung „einen besonderen und als solchen erkennbaren Übertragungsakt“ verlangt. Der Abschluss des Fruchtgenussvertrags wird allerdings immer wieder in Gesetzesmaterialien erwähnt: zB im AB zum BSt-ÜbertragungsG, 1023 BlgNR XXI. GP, 3.

<sup>74</sup> Oben FN 42.

vatrechtsträger selbst.<sup>75</sup> Soweit schließlich Europass in eigenem Namen handeln und Monopolstellung haben sollte – zB beim Vertrieb der in die Fahrzeuge einzubauenden elektronischen Verrechnungsgeräte („Go-Box“) –, unterliegt das Unternehmen schon deshalb einem Diskriminierungsverbot und Kontrahierungszwang.

Als Zwischenbilanz lässt sich damit festhalten, dass der Gesamtkonstruktion keine prinzipiellen verfassungsrechtlichen Hindernisse entgegenstehen – was zugleich zeigt, dass die Verfassung sinnvolle Ausgliederungen und PPPs keineswegs verhindert. Mehr als eine Zwischenbilanz kann das freilich nicht sein, weil ein zentraler Teil der Analyse noch fehlt, nämlich die Auswirkungen der gesamten Maßnahmen auf den Gemeingebrauch, der ja nun der Sinn des ganzen Unternehmens ist.

#### IV. Gemeingebrauch, Ausgliederung und Public Private Partnership

Nach einer jüngst geäußerten Literaturmeinung<sup>76</sup> bewirkt die Übertragung des Fruchtgenussrechts an den Bundesstraßen an die ASFINAG, dass es schon begrifflich keinen Gemeingebrauch an den Bundesstraßen mehr geben könne. Die These ist verblüffend einfach, aber kaum überzeugend. Sie ist schon intuitiv nicht plausibel, weil damit das gesamte Reformvorhaben, dessen Sinn ja in der Verbesserung der Voraussetzungen für den Gemeingebrauch und nicht in seiner Beendigung liegt, spektakulär gescheitert wäre. Die These ist aber auch rechtlich nicht haltbar. Sie deutet das Fruchtgenussrecht – in einer rein privatrechtlichen Sicht zutreffend – ua als Befugnis, Dritte von der Nutzung des Gutes auszuschließen, übersieht jedoch die öffentlich-rechtliche Beschränkung des Fruchtgenussrechts, die sich aus dem Gemeingebrauch ergibt. Nach wie vor steht gem § 28 Abs 1 BStG die Benützung der unmittelbar dem Verkehr dienenden Flächen der Bundesstraßen jedermann im Rahmen der straßenpolizeilichen und kraftfahrrechtlichen Vorschriften offen. Damit wird jedermann ein unmittelbares öffentlich-rechtliches Nutzungsrecht an diesen Flächen eingeräumt, und zwar unabhängig davon, wem sie privatrechtlich gehören. Umgekehrt werden damit alle anderen Träger von Rechten an den betroffenen Grundstücken öffentlich-rechtlich mit einer entsprechenden Duldungspflicht belastet. Der Gemeingebrauch ist daher gegenüber privatrechtlichen Vorgängen immun<sup>77</sup> und auch PPP-resistent. Die Duldungspflicht trifft den Eigentümer genauso wie den Fruchtnießer oder einen sonstigen Berechtigten am Grundstück, und auch die Übertragung des Eigentums

<sup>75</sup> Vgl allgemein *Holoubek* (FN 33) 39 ff. Außerdem kommen der ASFINAG für den Bereich des BStG nach dessen § 34b auch alle Pflichten der – grundrechtsgebundenen – Bundesstraßenverwaltung zu.

<sup>76</sup> *Gruber*, Überlegungen zum Fruchtgenussrecht der ASFINAG an Autobahnen, bbl 2002, 9 (10).

<sup>77</sup> Vgl *Merli* (FN 1) 224, 367 f, 386 ff mwN; OGH NZ 2000/460 (mit Anmerkung *Hoyer*).

oder anderer Rechte am Grundstück kann an der Belastung nichts ändern. Daraus folgt, dass das Fruchtgenussrecht der ASFINAG nicht die Befugnis umfasst, Nutzer, die sich auf den Gemeingebrauch berufen, auszuschließen, wie dies auch der Bund als Eigentümer nicht dürfte. Der Gemeingebrauch bleibt also bestehen und ersetzt eine Universaldienstleistungsverpflichtung der ASFINAG, doch erfährt er gegenüber dem traditionellen Modell eine etwas modifizierte Ausgestaltung.

### A. Nutzungsfreiheit und Entgeltlichkeit

Zunächst ist der Gemeingebrauch entgeltlich. Die rechtliche Zulässigkeit der Entgeltlichkeit des Gemeingebrauchs wurde immer wieder bezweifelt, jedoch haben sich diese Bedenken schon im 19. Jahrhundert nicht durchsetzen können. Heute lässt sich sagen, dass sowohl gemeinschaftsrechtlich als auch verfassungsrechtlich Entgelte für den Gemeingebrauch gefordert werden dürfen, wenn eine entsprechende gesetzliche Grundlage besteht,<sup>78</sup> die nunmehr mit dem BStMG kodifiziert zur Verfügung gestellt wurde.<sup>79</sup> Gemeinschaftsrechtliche Grenzen der Höhe des Entgelts ergeben sich aus der Wegekostenrichtlinie,<sup>80</sup> verfassungsrechtlich ist grundsätzlich wohl ein weit verstandener Äquivalenzgrundsatz Beurteilungsmaßstab auch dann, wenn es sich, wie hier, nicht um Abgaben im eigentlichen Sinne handelt. Aus den gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten<sup>81</sup> und Art 4 BVG<sup>82</sup> lässt sich schließlich eine Art Erdrosselungsverbot für den grenzüberschreitenden oder interregionalen Verkehr ableiten.

Die Entgeltlichkeit des Gemeingebrauchs bereitet jedoch nicht in erster Linie als solche Probleme, sondern sie stiftet, wie die erwähnte These vom Ende des Gemeingebrauchs belegt, Verwirrung, was seine Zulassungsfreiheit angeht. Die Zulassungsfreiheit ist ein konstitutives Merkmal des Gemeingebrauchs; sie bedeutet, dass die Befugnis zur Nutzung nicht von einer behördlichen oder privatrechtlichen Erlaubnis abhängt, sondern unmittelbar aufgrund des Gesetzes gegenüber jedermann besteht.<sup>83</sup> Argumentiert wurde immer wieder, dass die Entgeltlichkeit dazu führe, dass nur mehr der das betreffende Gut nutzen könne, der auch dafür zahle, sodass mit der Entgeltlichkeit zwangsläufig eine Zulassung ver-

<sup>78</sup> Merli (FN 1) 391 f mwN.

<sup>79</sup> Für die Sonderstrecken gelten allerdings statt jener des BStMG noch die alten Rechtsgrundlagen weiter; vgl unten IV.D.

<sup>80</sup> Vgl EuGH Rs C-205/98, *Kommission/Österreich*, Slg 2000 I-7367; und § 9 Abs 7 BStMG.

<sup>81</sup> Mit unzutreffenden Behauptungen zur Unvereinbarkeit der Mautpflicht mit dem EG-Binnenmarkt hatte sich der VwGH (27.2.1998, 97/06/0232 und Slg 14.811 A/1997) auseinander zu setzen.

<sup>82</sup> Dazu zB Merli (FN 1) 263, 277 mwN; Schwarzer, Art 4 B-VG, in: Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Kommentar (1999 ff) Rz 21; und die – letztlich nicht entscheidungsrelevanten – Argumente in Beschwerdevorbringen und Gegenschrift in VfSlg 14.895/1997.

<sup>83</sup> Merli (FN 1) 366 ff.

bunden sei und daher der traditionelle Gemeingebrauch entfalle.<sup>84</sup> Darin liegt jedoch ein Missverständnis. Die Schwierigkeiten, die hier auftauchen, resultieren aus einer bestimmten Sicht der Dinge, die sich auf die Formel „Wer zahlt, darf nutzen“ bringen lässt. Es ist zwar nicht von vornherein ausgeschlossen oder undenkbar, dass der Gesetzgeber eine Regelung nach diesem Muster trifft und damit tatsächlich für Mautstraßen den klassischen Gemeingebrauch beseitigt. Tatsächlich aber gibt es keinen Hinweis darauf, dass dies geschehen ist; vielmehr deutet alles darauf hin, dass er sich an der umgekehrten Formel „Wer nutzt, muss zahlen“ orientiert hat. Die mauteinhebungsberechtigte ASFINAG hat nämlich mangels gesetzlicher Grundlage eben nicht das Recht, jemandem die Nutzung entgegen § 28 Abs 1 BStG zu verweigern, und zwar auch dann, wenn er nicht zahlt. Wer nicht zahlt, kann angehalten und kontrolliert, zur strafbefreienden Zahlung einer Ersatzmaut aufgefordert, bei Verweigerung der Zahlung angezeigt und verwaltungsstrafrechtlich belangt werden, und zur Sicherung der Zahlungspflichten können vorläufige Leistungen verlangt, Fahrtunterbrechungen angeordnet und Vorkehrungen gegen das Weiterfahren getroffen, im schlimmsten Fall sogar Beschlagnahmen von Fahrzeugen verfügt werden.<sup>85</sup> Doch ändert das alles nichts an der gemeingebrauchlichen Nutzungsbefugnis an der Straße. Wer etwa ein Verwaltungsstrafverfahren und eine zivilrechtliche Klage in Kauf nehmen will und gegebenenfalls Sicherheit leistet, darf ungehindert fahren, auch ohne regulär bezahlt zu haben.<sup>86</sup>

Wenn man also die gemeingebrauchliche Nutzungsfreiheit gegenüber jedermann vom rein zahlungsbezogenen Mautverhältnis unterscheidet, in dem der Straßennutzer zur ASFINAG steht, gibt es auch keine Probleme mit der Zulassungsfreiheit des Gemeingebrauchs. Allerdings zeigt dies erst eine genauere Analyse des Mautverhältnisses.

### B. Gemeingebrauch und Mautverhältnis

Das Mautverhältnis besteht zwischen der ASFINAG als Mautgläubigerin auf der einen Seite und Lenkern und Zulassungsbesitzern als solidarisch haftenden Mautschuldern auf der anderen Seite.<sup>87</sup> Der Gesetzgeber hat es, wie erwähnt,<sup>88</sup> privatrechtlich ausgestaltet. Das hätte zwar auch anders, etwa über eine Beleihung mit Abgabehoheit, gelöst werden können, liegt aber insofern nahe, als es um eine Zahlung eines (idR) privaten Nutzers an einen privatrechtlich organisierten

<sup>84</sup> So auch Gruber (FN 76).

<sup>85</sup> §§ 18, 19, 20, 27, 28 BStMG.

<sup>86</sup> Das in § 25 BStMG geregelte „Abfahrtsrecht“ nach Betretung bei einem Verstoß gegen die Zahlungspflicht betrifft nur die Möglichkeit, das mautpflichtige Straßennetz zu verlassen, „ohne eine neuerliche Bestrafung gewärtigen zu müssen“ (RV 1139 BlgNR XXI. GP, 22), hat also mit der gemeingebrauchlichen Nutzungsfreiheit nichts zu tun.

<sup>87</sup> §§ 3 f BStMG; zur Rechtfertigung der Haftung des Zulassungsbesitzers die RV 1139 BlgNR XXI. GP, 16.

<sup>88</sup> Oben bei FN 42.

Straßenbetreiber geht, und immerhin dürfte die Wahl der Privatrechtsform die – im Transitverkehr wichtige – Vollstreckung von Entscheidungen über streitige Mautforderungen im Ausland erleichtern.<sup>89</sup>

Wichtig ist nun, dass die ErlRV des BStMG klarstellen, dass es sich dabei nicht mehr, wie früher angenommen,<sup>90</sup> um ein vertragliches, sondern um ein gesetzliches Schuldverhältnis handelt.<sup>91</sup> Das ist ein Fortschritt, denn die vertragliche Konstruktion mag zwar funktionieren, wenn die Maut bezahlt und die Straße genutzt wird und es nur mehr um die Haftung des Straßenhalters geht, doch in anderen Fällen leidet sie, zu Ende gedacht, unter verschiedenen Schwierigkeiten. Auf der einen Seite lässt sich die Unterstellung eines Vertragsabschlusses mit einem nicht zahlenden und nicht zahlungsbereiten Nutzers dogmatisch kaum durchhalten, und damit entfällt die Grundlage der primären Zahlungspflicht, sodass der ASFINAG – über die als Schutzgesetz interpretierbare Vorschrift zur Mautprellerei, in deren Verletzung die Rechtswidrigkeit liegt – allenfalls Schadenersatz- und Bereicherungsansprüche bleiben.<sup>92</sup> Eine vertragliche Begründung der Stellung des nicht lenkenden Zulassungsbesitzers (dem im Extremfall das Fahrzeug gestohlen worden sein kann) als Mautschuldner dürfte noch schwerer fallen. Auf der anderen Seite kann die Annahme selbst eines unbedingten – dh von der Zahlungsbereitschaft des Nutzers unabhängigen – Kontrahierungszwangs des Straßenbetreibers einen Widerspruch zum traditionellen Verständnis der Gemeingebrauchsvorschrift des § 28 BStG nicht vermeiden, denn ein Anspruch auf Vertragsabschluss ist viel weniger als die unmittelbare Nutzungsfreiheit. Die vertragliche Konstruktion beseitigt also letztlich die Zulassungsfreiheit des Gemeingebrauchs. Ein gesetzliches Schuldverhältnis vermeidet diese Schwierigkeiten hingegen.

Die Folgeprobleme sind durchaus lösbar. Die Mautordnung, die von der ASFINAG im Internet zu verlautbaren und jedermann auf Verlangen zuzusenden

<sup>89</sup> Zu den Problemen der Durchsetzung öffentlichrechtlicher Forderungen *Wessely*, Zur verwaltungsstrafrechtlichen Verfolgung ausländischer Täter, ZfV 2000, 391.

<sup>90</sup> Zu den Sonderstreckenmauten Nachweise bei *Merli* (FN 1) 295 Fn 410; zur Vignettenmaut OGH JBI 2001, 453 = ZVR 2001/53; ZVR 2001/90 (mit Anm *Schwarzenegger*); *Stolzlechner/Kostal* (FN 3) 15. Die Zivilrechtslehre ist allerdings vorsichtiger und spricht – mE zu Recht – von „quasivertraglichen“ Sonderverhältnissen“, „anderen rechtlichen Sonderverbindungen“ oder „mietähnlichen Verhältnissen, die nach Vertragsgesichtspunkten zu beurteilen seien“: *Posch*, Die Folgen des § 1319a ABGB – Zur Rechtsprechung des OGH in Weghaftungssachen, ZVR 1984, 257 (263); *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>2</sup> (1984) 206 f; *Reischauer*, in: Rummel (Hrsg), Kommentar zum ABGB II<sup>2</sup> (1992) § 1319a ABGB, Rz 25. Für ein gesetzliches Schuldverhältnis schon nach dem BStFG *Resch*, in: *Holoubek/Kalss*, Schnittstellen des privaten und öffentlichen Wirtschaftsrechts (Vortragsbericht), ÖZW 2000, 77.

<sup>91</sup> RV 1139 B1gNR XXI. GP, 13.

<sup>92</sup> Zu den Problemen einer vertraglichen Konstruktion im vergleichbaren Fall zahlungsunwilliger Fahrgäste öffentlicher Verkehrsunternehmen *Stefula*, Zivilrechtliche Fragen des Schwarzfahrens, ÖJZ 2002, 826 mwN.

ist (§ 16 BStMG), gilt dann eben aufgrund gesetzlicher Anordnung statt (zT fiktiver) vertraglicher Unterwerfung, was nichts daran ändert, dass sie von den Zivilgerichten, wohl in analoger Anwendung der Grundsätze für allgemeine Geschäftsbedingungen, kontrolliert und ihre Gültigkeit als Vorfrage von Strafbehörden und Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts beurteilt werden kann, so dass sich keine Rechtsschutzdefizite ergeben.<sup>93</sup> Für den verfassungsrechtlich gebotenen Entfall der Haftungseinschränkung für den Straßenhalter (§ 1319a ABGB)<sup>94</sup> ist aus systematischen Gründen und im Einklang mit der verfassungsrechtlichen Judikatur ohnehin die Entgeltlichkeit der Nutzung das bessere Anknüpfungskriterium als der von OGH herangezogene Vertrag,<sup>95</sup> und für den Wegfall von vertraglich begründeten, für den Straßennutzer günstigeren Regeln zur Gehilfenhaftung und Beweislastumkehr lassen sich Ersatzlösungen im Einklang mit der zivilrechtlichen Dogmatik finden.<sup>96</sup>

Kontrahierungspflichten der ASFINAG sind daher nur außerhalb des Gemeingebrauchs von Belang, vor allem im Bereich der Zustimmung zu Sondernutzungen.<sup>97</sup>

### C. Gemeingebrauch und Überwachungsverhältnis

Die Drohung mit Verfahren vor den ordentlichen Gerichten würde in einem nicht durchgehend durch Schranken abgesicherten System allein wohl kaum zur effektiven Durchsetzung der Mautzahlungspflicht ausreichen. Daher hat der Gesetzgeber, wie erwähnt,<sup>98</sup> die Mautprellerei auch verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert<sup>99</sup> und zur Kontrolle spezielle beliehene Mautaufsichtsorgane vorgesehen, die mit den geschilderten Befugnissen der unmittelbaren verwaltungsbehördlichen Befehls- und Zwangsgewalt ausgestattet wurden. Zur öffentlichrechtlichen Nutzungsfreiheit und zum privaten Mautverhältnis tritt also als drittes Element noch ein öffentlichrechtliches Überwachungs- und Strafverhältnis zwischen

<sup>93</sup> Vgl *Stolzlechner/Kostal* (FN 3) 15; dass, wie dort festgehalten, eine Geltung „kraft objektiven Rechts“, dh ohne vertragliche Grundlage, nicht in Betracht kommt, ist angesichts der Ermächtigung des BStMG und seiner Intention der Schaffung eines gesetzlichen Mautverhältnisses nicht überzeugend; vgl auch den Bericht über die Diskussion zum Vortrag von *Resch*, in: *Holoubek/Kalss* (FN 90).

<sup>94</sup> VfSlg 8254/1978, 14.801/1997; OGH JBI 2001, 453 = ZVR 2001/53; OGH ZVR 2001/90 (mit Anm *Schwarzenegger*); OGH 8.8.2002, 2 Ob 181/02k = JusExtra 2002/5/3446.

<sup>95</sup> ZB *Merli* (FN 1) 294 ff; *Schwarzenegger* (FN 90), jeweils mwN.

<sup>96</sup> *Schwarzenegger* (FN 90) mwN.

<sup>97</sup> Vgl zB OGH SZ 44/138.

<sup>98</sup> Bei FN 43 und 85. Zu den Vorgängerbestimmungen des BStFG *Stolzlechner/Kostal* (FN 3) 17 ff.

<sup>99</sup> Den Hinweis auf den in Art IX Abs 1 Z 2 EGVG geregelten vergleichbaren Fall einer verwaltungsstrafrechtlichen Ahndung der Verletzung zivilrechtlicher Zahlungspflichten in VfGH 29.11.2001, B 1658/00, darf man wohl als Ausdruck der Überzeugung des Gerichtshofs von der Unbedenklichkeit dieser Technik verstehen.

Straßennutzer/Zulassungsbesitzer<sup>100</sup> und Staat hinzu. Die darin vorgesehenen Maßnahmen dienen freilich nicht der Erzwingung der originären zivilrechtlichen Zahlungspflicht, sondern ein Zusammenhang besteht nur insoweit, als die Ersatzmaut, die der ertappte „Schwarzfahrer“ ähnlich einer Organstrafverfügung mit strafbefreiender Wirkung zahlen kann,<sup>101</sup> und zu einem guten Teil auch die Verwaltungsstrafen selbst letztlich der ASFINAG zugute kommen.<sup>102</sup>

Die entsprechenden Ermächtigungen gehen zwar relativ weit,<sup>103</sup> sind aber mE recht sorgfältig ausgestaltet worden, so dass einer rechtsstaatskonformen Anwendung unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nichts im Wege steht. Da die Handlungen der Mautaufsichtsorgane dem Staat, konkret der Bezirksverwaltungsbehörde, zugerechnet werden, stehen die normalen Wege des öffentlichen Rechtsschutzes zur Verfügung. Für Verwaltungsstrafentscheidungen gilt das natürlich ebenso.

Aus alledem ergibt sich auch, dass der unmittelbare Kontakt zwischen Straßennutzer und Straßenbetreiber ASFINAG bzw. beauftragter Europass im Konfliktfall minimiert wird, was wiederum die Rechtfertigung von Ausgliederung und funktionaler Privatisierung erleichtert.

Nimmt man nun Gemeingebrauch, Maut- und Überwachungsverhältnis zusammen, präsentieren sich die Regelungen des BStMG aus rechtlicher Perspektive als originelle, öffentlichrechtliche und privatrechtliche Elemente geschickt miteinander kombinierende und grundsätzlich auch gelungene Lösung eines Problems, das schon Gegenstand vieler Diskussionen war.

#### D. Sonderstreckenmauten

Umso merkwürdiger mutet es an, dass das BStMG – wie schon das BStFG – die Mauten für Fahrzeuge bis 3,5 Tonnen auf Sonderstrecken von Arlberg bis Pyhrn nicht einbezieht,<sup>104</sup> wenn man davon absieht, dass § 13 Abs 3 BStMG<sup>105</sup> die zuständigen Minister zu Regelungen über den kostenlosen oder ermäßigten Erwerb von Sonderstreckenmautkarten durch bestimmte Vignettenbesitzer er-

<sup>100</sup> Letzterer haftet gem § 23 BStMG für Geldstrafen für Mautprellerei auf fahrleistungsabhängig bemauteeten Strecken und für die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand, allerdings anders als bei der Maut nur, wenn er dem Lenker das Fahrzeug überlassen hat. Eine ausführliche Rechtfertigung dazu liefert die RV 1139 BlgNR XXI. GP, 21.

<sup>101</sup> §§ 19, 20 Abs 3 BStMG.

<sup>102</sup> § 24 BStMG.

<sup>103</sup> Vgl nur als Beispiel die Einhebung von vorläufigen Sicherheiten, wenn der – näher qualifizierte – Verdacht besteht, dass irgendjemand, dem der Zulassungsbesitzer den LKW überlassen hat, innerhalb der letzten drei Monate damit Mautprellerei begangen hat, und die Lahmlegung des Fahrzeugs durch technische Sperren bis zur Leistung der Sicherheit durch den Lenker als Vertreter des Zulassungsbesitzers (§ 27 Abs 2 und § 28 Abs 2 BStMG; Begründung in der RV 1139 BlgNR XXI. GP, 22 ff).

<sup>104</sup> § 10 Abs 2 und § 31 Abs 3 BStMG und die RV 1139 BlgNR XXI. GP, 25.

<sup>105</sup> Zu den Vorgängerbestimmungen *Stolzlechner/Kostal* (FN 3) 12 f.

mächtigt. Als Rechtsgrundlage für die PKW-Sonderstreckenmauten stehen daher nur die spärlichen Bestimmungen der Sondergesetze<sup>106</sup> zur Verfügung, die nicht mehr sagen, als dass der Bund für die Nutzung der entsprechenden Strecken ein Entgelt verlangen muss, das nach bestimmten Kriterien in „allgemeinen Richtlinien“ festzusetzen ist. Durch das ASFINAG-ErmächtigungsG und den Fruchtgenussvertrag wurde die ASFINAG auch auf diesen Strecken zur Mautgläubigerin. Mautschuldner kann mangels anderer Regelung nur der Lenker des Fahrzeuges sein. Die Höhe der Mautentgelte für verschiedene Kategorien von Fahrzeugen wurde bislang durch Erlass des Verkehrsministers im Einvernehmen mit dem Finanzminister festgelegt.<sup>107</sup> Ob dies ein hoheitlicher oder privatrechtlicher Akt ist, hat die Judikatur bislang offen gelassen;<sup>108</sup> zutreffen dürfte Zweites. Jedenfalls ist das Mautverhältnis zwischen Nutzer und ASFINAG privatrechtlicher Art.<sup>109</sup>

Im Weiteren kann es auf dreierlei Weise gedeutet werden:

- Die Sondergesetze könnten die gemeingebrauchliche Nutzungsbefugnis an die Bedingung der Zahlung des Entgelts gebunden haben. Das hätte den Vorteil, dass die ASFINAG zahlungsunwilligen Lenkern die Straßennutzung verweigern und nicht zahlende zB mit Besitzstörungs- oder Unterlassungsklagen belangen könnte, ohne dass ein Vertragsabschluss unterstellt werden muss. Doch würde diese Konstruktion weder mit der traditionellen Gemeingebrauchsauffassung noch mit der Lösung des BStMG<sup>110</sup> im Einklang stehen. Mangels eindeutiger gesetzlicher Hinweise ist sie mE daher abzulehnen.
- Man könnte Nutzungsfreiheit und Mautverhältnis trennen und, wie dies die Rechtsprechung *va in* Haftungsfragen tut, von einer vertraglichen Begründung des Mautverhältnisses ausgehen, doch ist die Vertragskonstruktion aus den geschilderten Gründen kaum überzeugend.<sup>111</sup> Sie ist hier sogar besonders misslich, weil die ASFINAG einerseits wegen der Trennung von Gemeingebrauch und Mautverhältnis die Nutzung durch Nichtzahler nicht verhindern kann, andererseits bei Fehlen eines Vertrages gegenüber dem Nutzer nicht nur keinen Entgeltanspruch hat, sondern auch keinen Schadensersatz- und wohl auch keinen Bereicherungsanspruch geltend machen kann, da der – auch als Schutzgesetz zugunsten der ASFINAG interpretierbare – Verwaltungsstrafat-

<sup>106</sup> FN 13.

<sup>107</sup> Das Recht zur Tariffestsetzung ist keines, das die Sondergesellschaften betrifft, und daher nicht nach § 4 ASFINAG-ErmächtigungsG an die ASFINAG übergegangen, und auch der Fruchtgenussvertrag hat dies nicht bewirkt; vgl auch § 5 BStFG und § 31 Abs 3 BStMG. Von der ministeriellen Zuständigkeit geht auch die über [www.asfinag.at](http://www.asfinag.at) zugängliche, offenbar von der ASFINAG erstellt und vom Verkehrsminister „freigegebene“, derzeit gültige *Mautordnung* für die Sonderstrecken v 30.10.2002 aus (in der sich dann auch die aktuellen Tarife und Ausnahmen finden), Punkt 1; ebenso *Resch* (FN 3) 841.

<sup>108</sup> VfSlg 10.502/1985, 12.720/1991, 16.107/2001.

<sup>109</sup> S oben FN 42.

<sup>110</sup> Oben Teil IV.A., B.

<sup>111</sup> Oben Teil IV.B.

bestand der Mautprellerei im BStMG für Fahrzeuge bis 3,5 Tonnen auf den Sonderstrecken nicht gilt<sup>112</sup> und daher die entgeltlose Nutzung der Straße nicht einmal rechtswidrig wäre.

- Noch am ehesten empfindet sich daher, auch hier zusätzlich zum Gemeingebrauch ein (ausschließlich entgeltbezogenes) gesetzliches Schuldverhältnis anzunehmen.<sup>113</sup> Auch das fällt nicht ganz leicht, denn dazu muss man die entsprechenden Bestimmungen der Sondergesetze nicht nur als Ermächtigung und Verpflichtung des Bundes zur Forderung eines Entgelts, sondern auch als Verpflichtung der Nutzer zur Zahlung verstehen, die an die Inanspruchnahme der Ermächtigung durch den Bund in Form von Tariffestsetzung und Zurverfügungstellung von Zahlungsmöglichkeiten geknüpft ist. Die ASFINAG muss auch dann entgeltlose Nutzungen aus dem Titel des Gemeingebrauchs dulden, hat aber immerhin auch unabhängig von einem zweifelhaften Vertragsschluss einen Zahlungsanspruch.

Allerdings bleiben auch dann noch einige Schwierigkeiten: Eine von ihnen betrifft die Geltung der Mautordnung. Sie sieht sich selbst als Bestandteil eines Benützungsvertrages zwischen ASFINAG und Straßennutzer,<sup>114</sup> doch entfällt diese Begründung, wenn man jedenfalls bei zahlungsunwilligen und nicht zahlenden Nutzern die Vertragskonstruktion ablehnt. Eine einseitige Geltung unabhängig von vertraglicher Unterwerfung kommt auch nicht in Betracht, weil dafür die gesetzliche Grundlage fehlt. Das ist nicht weiter schlimm, soweit die Mautordnung nur über ohnehin bestehende gesetzliche Regelungen informiert oder die von den zuständigen Bundesministern gemäß der gesetzlichen Ermächtigungen in einem eigenen Rechtsakt festgelegten Tarife wiederholt, und auch ihre Gerichtsstandsregelungen dürften nicht unentbehrlich sein.

Problematischer dagegen ist die Nichtgeltung ihres Punktes 7 mit Vorschriften über „Konsequenzen bei nicht sachgemäßer Entrichtung des Tarifs“, nämlich die Befugnis von nicht näher bezeichneten „Mautaufsichtsorganen“, den fünffachen Einzelfahrttarif einzubeheben, kennzeichengebundene Karten einzuziehen und Einsicht in die Fahrzeugpapiere zu nehmen. Da für die Sonderstreckenmauten für Fahrzeuge bis 3,5 Tonnen auch weder die Regelungen des BStMG über Aufsichtsorgane, Ersatzmauten und Befehls- und Zwangsgewalt gelten<sup>115</sup> noch

<sup>112</sup> Die Mautprellerei betrifft nur die Nichtzahlung der im BStMG geregelten Mauten (§ 20 Abs 1 und 2).

<sup>113</sup> Zur Möglichkeit einer solchen Deutung vgl OGH JBl 1995, 582 = ÖZW 1996, 51 (mit Ann Kallss) zum Subventionsrecht: auf den Gleichheitssatz gestütztes Schuldverhältnis und daraus ableitbarer unmittelbarer Leistungsanspruch auf Förderung.

<sup>114</sup> *Mautordnung* (FN 107) Punkt 9.

<sup>115</sup> Die Ersatzmaut nach § 19 bezieht sich nur auf die nach BStMG geschuldeten Mauten; die Mautaufsichtsorgane nach dem BStMG werden nur zur Mitwirkung an der Vollziehung „dieses Gesetzes“ bestellt und haben nur insoweit Befugnisse (§ 17 Abs 1 und 18 Abs 1); dasselbe gilt für die Mitwirkung von Organen der Straßenaufsicht und der Zollwache (§ 29 Abs 1). Auch die Bestimmung über die Auskunftserteilung aus der zentralen Kraftfahrzeugvidenz (§ 30) ist nicht anwendbar.

andere einschlägig sind, bleibt der ASFINAG zur Durchsetzung ihrer finanziellen Ansprüche, wenn es sich denn dabei um notwehrfähige Rechtsgüter handelt, letztlich nur eine angemessene privatrechtliche Selbsthilfe (§ 19 ABGB), die unter Beachtung von Geboten der Verkehrssicherheit grundsätzlich wohl eine Verhinderung der Weiterfahrt bis zur Preisgabe der Identität des Lenkers und in Sonderfällen vielleicht sogar bis zur vorläufigen Zahlung der Maut erlaubt, aber jedenfalls keine Befugnis zur Verhängung von Sanktionen umfasst.

Aus rechtsstaatlicher Sicht ist dies sicher kein wünschenswerter Zustand, und man kann daher nur die gesetzliche Erstreckung des Regimes des BStMG auf die Sonderstreckenmauten auch von PKW empfehlen. Ein spezifisches Problem der Ausgliederung ist er aber nicht, und mit der Public Private Partnership zwischen ASFINAG und Europass hat er gar nichts zu tun, da Letztere in diesem Bereich nicht tätig wird.

# Public Private Partnership

Herausgegeben

von der

Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht

*2003*