

# **BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2020 196 vom 25. Januar 2023**

BE Verwaltungsgericht, 2023-01-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_verwaltungsgericht\\_100\\_2020\\_196](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_100_2020_196)

FR: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2020 196 du 25 janvier 2023

IT: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 100 2020 196 del 25 gennaio 2023

## **Regeste**

Einsicht in Geschäftsunterlagen und Verwaltungsratsprotokolle (Verfügung der Finanzkontrolle des Kantons Bern vom 24. April 2020) | Andere

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Dezember 1999 über die Finanzkontrolle [Kantonales Finanzkontrollgesetz, aKFKG; BAG 00-029 bzw. in der letzten massgeblichen Fassung vom 8.6.2021, BAG 21-109]; zum anwendbaren Recht hinten E. 3.1). Sie steht damit ausserhalb der Verwaltungshierarchie und ist nicht «untergeordnete» Verwaltungseinheit im Sinn von Art. 62 Abs. 1 Bst. a VRPG, sondern als oberstes Fachorgan der Finanzaufsicht (Art. 4 Abs. 1 aKFKG) zwischen dem Grossen Rat und dem Regierungsrat positioniert (vgl. Vortrag des Regierungsrats zur Totalrevision des KFKG, in Tagblattbeilagen zur Wintersession 2021 des Grossen Rates [Geschäfts-Nr. 2018.STA.916; nachfolgend: Vortrag KFKG] S. 6; dazu auch hinten E. 3.3). Gegen die angefochtene Verfügung der Finanzkontrolle ist unmittelbar die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig, womit auch die Beschwerde an den Regierungsrat entfällt (Art. 64 Bst. a VRPG; weiterführend zum Ganzen VGE 2020/461 vom 16.11.2022 [zur Publ. bestimmt] E. 1.1; zur Verfügungsbefugnis und Anfechtbarkeit E. 1.2 hiernach).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 4

### **E. 1.1**

Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als einzige und letzte kantonale Instanz gemäss Art. 74 Abs. 1 i.V.m. Art. 76 und 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig: Die Finanzkontrolle bildet eine selbständige Organisationseinheit innerhalb der Verwaltung (Art. 106 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Bern [KV; BSG 101.1] i.V.m. Art. 4 Abs. 3 des Gesetzes vom

### **E. 1.2**

Die Beschwerde richtet sich gegen die Verfügung der Finanzkontrolle vom 24. April 2020, mit der diese die BLS AG zur Offenlegung von Verwaltungsratsprotokollen und weiteren Geschäftsunterlagen verpflichtet hat (vorne Bst. A). Zu Recht wird nicht geltend gemacht, der Finanzkontrolle fehle die Kompetenz zum Erlass einer entsprechenden Verfügung: Zwar ordnet sie bei ihren Prüfungen weder Massnahmen an noch trifft sie verbindliche Entscheidungen in der Sache, sondern nimmt fachliche Beurteilungen vor und erstattet über

die Ergebnisse ihrer Prüfungen Bericht (vgl. Art. 24 aKFKG). Insofern ist ihre Tätigkeit nicht auf Erlass einer Verfügung ausgerichtet (vgl. Vortrag des Regierungsrats betreffend Teilrevision aKFKG, in Tagblatt des Grossen Rates 2007, Beilage 8 [nachfolgend: Vortrag Teilrevision aKFKG] S. 7 f., wonach das Prüfverfahren kein Verwaltungsverfahren, sondern ein «Verfahren eigener Art» darstelle; ferner Vortrag KFKG S. 19). Daraus lässt sich jedoch nicht ableiten, dass es der Finanzkontrolle verwehrt wäre, die Mitwirkungspflicht (Art. 19 aKFKG), die ihr die Wahrnehmung ihrer Aufgaben überhaupt erst ermöglicht, im Streitfall verfügungsweise anzuordnen (vgl. Art. 49 Abs. 1 VRPG). Dies jedenfalls dann nicht, wenn sich die Anordnung wie hier an eine rechtsfähige Stelle richtet (Stöckli/Joller, Mitwirkungspflichten gegenüber der Finanzkontrolle im Kanton Bern, in SVVOR [Hrsg.], Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2020/2021, 2022, S. 139 ff., 261 ff.; vgl. ferner BGer 1C\_353/2019 vom 18.3.2020 E. 2.2 betreffend die Zulässigkeit, verfahrenslitende Anordnungen im freiburgischen Zugangsverfahren zu amtlichen Dokumenten auf dem Verfügungsweg zu treffen, obschon der Behörde in der Sache keine Entscheidkompetenz zukommt; teilweise kritisch dazu Bernhard Waldmann, Verfahren für den Zugang zu amtlichen Dokumenten: Immer weiter weg vom ursprünglichen Konzept?, in FZR 2020 S. 1 ff., 15 f.). Das per 1. Januar 2023 totalrevidierte Kantonale Finanzkontrollgesetz vom 7. März 2022 (KFKG; BSG 622.1) sieht diese Möglichkeit in Art. 29 Abs. 1 nun ausdrücklich vor, wobei die Finanzkontrolle die Mitwirkungspflicht allerdings gegenüber sämtlichen ihrem Aufsichtsbereich unterliegenden Stellen, also insbesondere auch gegenüber der kantonalen (Zentral-)Verwaltung mitteilt Verfügung anordnen kann. Gegen die Anfechtbarkeit der strittigen Anordnung spricht auch nicht, dass diese die BLS AG als (andere) Trägerin öffentlicher Aufgaben (gemäss Art. 95 Abs. 1 KV) betrifft (dazu hinten E. 3.6.2 f.). Selbst wenn trotz des Umstands, dass der BLS AG eigene

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 5 Rechtspersönlichkeit zukommt und sie ausserhalb der (Zentral-) Verwaltung steht, von einem sog. innengerichteten Betriebsakt auszugehen wäre (zum Begriff Tschannen/Müller/Kern, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2022, N. 631, 634), würde die Anordnung hier zugleich Aussenwirkungen entfalten: Die streitige Verpflichtung zur Offenlegung von Geschäftsunterlagen und Verwaltungsratsprotokollen berührt auch Geschäftsbereiche, in welchen die Beschwerdeführerin keine Verwaltungsaufgaben erfüllt (so etwa bei der Bewirtschaftung nicht betrieblicher Immobilien; vgl. auch hinten E. 2.5), womit sie insofern in schutzwürdigen Interessen wie eine Privatperson betroffen ist. Da zudem keine alternativen Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen, wären damit die Voraussetzungen einer direkten Anfechtung der Anordnung auch gegeben, wenn sie als verwaltungsintern zu qualifizieren wäre (vgl. BGE 128 I 167 E. 4.3; BVR 2007 S. 441 E. 3.3; Markus Müller, Grenzsituationen in der Verwaltungsrechtspflege, Beschwerdeobjekte zwischen Verfügung und Realakt, in ZBl 2019 S. 295 ff., 303 f.). Im Übrigen gehen die Beteiligten zu Recht davon aus, dass eine Beschwerde- und nicht eine Klage gematerie vorliegt, auch wenn das strittige Einsichts- und Prüfrecht der Finanzkontrolle (zusätzlich mit Ziffer 9 der Abgeltungsvereinbarung vom 21. Dezember 2018 bzw. 18. Januar 2019 zusammenhängt (Beschwerdebeilage [BB] 4 [act. 1C]). Die Anordnung rührt weder nach den Behauptungen der BLS AG aus einem befugterweise vertraglich fundierten Anspruch noch beschlägt sie nach der Ansicht der Finanzkontrolle eine Vertragsstreitigkeit, da das Vereinbarte bloss eine «Feststellung gesetzlicher Aufsichtskompetenzen der Finanzkontrolle» sei (Vernehmlassung Rz. 54).

### **E. 1.3**

Die Finanzkontrolle tritt in der vorliegenden Beschwerdesache nicht handelnd für den Kanton Bern auf, sondern als verfügende Behörde (vgl. die entsprechende Ausgestaltung des Rubrums). Sie ist mit anderen Worten in Erfüllung einer Aufgabe am vorliegenden Verfahren als Vorinstanz beteiligt, wie dies für alle Organe in ihrem Aufgabenbereich zutrifft (Art. 12 Abs. 3 VRPG; weiterführend VGE 2020/461 vom 16.11.2022 [zur Publ. bestimmt] E. 1.3 mit Hinweisen; zur Parteistellung betreffend Strafandrohung [Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung] hinten E. 7.3).

### **E. 1.4**

Zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist nach Art. 79 Abs. 1 VRPG befugt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 6 Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung oder den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung oder des Entscheids hat (Bst. c). Diese Umschreibung der Beschwerdebefugnis ist auf Private in Abgrenzung zu Verwaltungsträgern (darunter auch öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform, vgl. Michael Pflüger, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 65 N. 36) zugeschnitten. Letztere können nur dann im Rahmen von Art. 79 Abs. 1 VRPG Beschwerde führen, wenn sie selbst Adressaten einer Verfügung und durch diese beschwert sind oder wenn sie von einer Verfügung wie beschwerdebefugte Drittpersonen intensiv betroffen werden, mithin in eigenen schutzwürdigen Interessen berührt sind (vgl. BVR 2013 S. 251 E. 1.2, 2008 S. 1 E. 2.3; Michael Pflüger, a.a.O., Art. 65 N. 40 ff., Art. 79 N. 8). Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung (vgl. auch BVR 2016 S. 402 E. 1.2 betreffend die BLS Netz AG; BGE 138 I 274 E. 1.5 betreffend die SBB AG). Sie ist damit zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde befugt. Die Bestimmungen über Form und Frist sind eingehalten (Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 VRPG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 1.5**

Das Verwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG).

## **E. 2**

Sachverhaltliche und rechtliche Grundlagen Umstritten ist, ob die BLS AG der Finanzkontrolle im Rahmen der Staatsbeitragsprüfung Einsicht in die Geschäftsunterlagen und die Verwaltungsratsprotokolle der Jahre 2018 bis 2020 zu gewähren hat. Weiter ist streitig, ob eine allfällige Offenlegungspflicht mit der Strafandrohung nach Art. 292 StGB im Fall des Ungehorsams verbunden werden darf.

### **E. 2.1**

Die BLS AG ist eine Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. des Schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220). Sie bezweckt die Erbringung von Dienstleistungen in den Bereichen Eisenbahn, Bus und Schifffahrt sowie

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 7 Tourismus und Freizeit (vgl. Handelsregisterauszug, einsehbar unter:

<www.zefix.ch>). Zusammen mit ihren Tochtergesellschaften BLS Netz AG, BLS Cargo AG, BLS Immobilien AG, BLS Schifffahrt AG, Busland AG und BLS Fernverkehr AG bildet sie die BLS-Gruppe (Geschäftsmodelle der BLS- Gruppe, einsehbar unter: <www.bls.ch>, Rubriken «Unternehmen/Über uns/Wer wir sind/Organisation»). Gemessen am Umsatz ist sie das zweit- grösste Bahnunternehmen der Schweiz (Bericht der Eidgenössischen Fi- nanzkontrolle [EFK] zur Prüfung der Spartenrechnung BLS AG, Busland AG vom 3.8.2020 [nachfolgend: EFK-Bericht Spartenrechnung] S. 4, 16, einsehbar unter: <www.efk.admin.ch>, Rubriken «Publikationen/Verkehr und Umwelt/Archiv»; auch als Beilage 1 zur Duplik [act. 14A]).

## **E. 2.2**

Die grössten Aktionäre der BLS AG sind (Stand Ende 2021) der Kan- ton Bern (55.75 %) und der Bund (21.7 %). Daneben halten andere Kantone sowie Gemeinden zusammen weitere 7.36 % (Stand 2018 7.02 % bzw. 2019 7.44 %, vgl. Finanzbericht BLS AG 2019 S. 54, einsehbar unter: <www.bls.ch>, Rubriken «Unternehmen/Über uns/Wer wir sind/ Zahlen/Geschäftsbericht», auch zum Folgenden). Im Übrigen sind zu 6.01 % natürliche und juristische Personen beteiligt (Stand 2018 5.9 %, 2019 6.11 %, 2020 5.97 %) oder es handelt sich im Umfang von 9.18 % um Aktien ohne Stimmrecht (Stand 2018 9.63 %, 2019 9 %, 2020 9.22 %; vgl. zum Ganzen Finanzbericht BLS AG 2021 S. 56, einsehbar unter: <www.bls.ch>, Rubriken «Unternehmen/Über uns/Wer wir sind/Zahlen/Geschäftsbericht»). Der Kanton Bern ist damit nicht nur Mehrheitsaktionär, sondern auch mit ei- nem Mitglied im Verwaltungsrat der BLS AG vertreten (vgl. <www.bls.ch>, Rubriken «Unternehmen/Über uns/Wer wir sind/Organisation/Der Verwal- tungsrat»). Da die BLS AG somit massgeblich (aber nicht vollständig) von der öffentlichen Hand getragen und beherrscht wird und unmittelbar öffentli- che Aufgaben erfüllt (dazu hinten E. 3.6), handelt es sich unstreitig um ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen (Beschwerde Rz. 46; vgl. bereits BGE 95 II 157 E. 19; ferner BVR 2016 S. 402 E. 7.2 in Bezug auf die BLS Netz AG; Tschannen/Müller/Kern, a.a.O., N. 234 ff., insb. 236 betreffend die BLS AG).

## **E. 2.3**

Bund und Kantone sorgen für ein ausreichendes Angebot im öffent- lichen Schienenverkehr (Art. 81a Abs. 1 der Bundesverfassung [BV;

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 8 SR 101]), so namentlich auch im regionalen Personenverkehr. Dabei gilt das sog. Bestellerprinzip: Bund und Kantone bestellen das Verkehrsangebot ge- meinsam bei den Transportunternehmen. Sie gelten die laut Planrechnun- gen ungedeckten Kosten des gemeinsam bestellten Angebots ab (Art. 28 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. März 2009 über die Personenbeförde- rung [Personenbeförderungsgesetz, PBG; SR 745.1]). Die ungedeckten Kosten sind je nach Sparte einzeln nachzuweisen, wobei mindestens der regionale Personenverkehr als eigene Sparte zu führen ist (Art. 29 Abs. 1 Bst. b und c PBG; vgl. auch Art. 29 der Verordnung vom 11. November 2009 über die Abgeltung des regionalen Personenverkehrs [ARPV; SR 745.16]). Das Verkehrsangebot und die Abgeltung werden im Voraus in schriftlichen Angebotsvereinbarungen zwischen Bestellern und Unternehmen festgelegt (Art. 31a Abs. 1 PBG; Art. 21 ff. ARPV). Dabei werden in erster Linie die Nachfrage und die bestehende Infrastruktur berücksichtigt. Daneben werden weitere Anliegen in Betracht gezogen, nämlich eine angemessene Grunder- schliessung,

Anliegen der Regionalpolitik, insbesondere die Bedürfnisse der wirtschaftlichen Entwicklung der Rand- und Berggebiete, Anliegen der Raumordnungspolitik, des Umweltschutzes und der Behinderten (Art. 31a Abs. 3 PBG; vgl. auch Art. 7 ff. ARPV). Das Bestellverfahren wird jeweils für eine Fahrplanperiode, in der Regel für zwei Jahre, durchgeführt (Art. 31b PBG; Art. 11 Abs. 1 ARPV).

#### **E. 2.4**

Trotz der grossen Nachfrage kann das Angebot im regionalen Personenverkehr nicht kostendeckend erbracht werden. Im Durchschnitt finanzieren die Passagiere rund die Hälfte der Kosten, während die andere Hälfte von der öffentlichen Hand abgegolten wird. Bund und Kantone teilen sich die ungedeckten Kosten insgesamt wiederum hälftig (vgl. Art. 30 Abs. 1 PBG), wobei der Bundesanteil je nach Kanton variiert (vgl. Art. 30 Abs. 2 PBG). Der Kanton Bern trug in den hier unter anderem interessierenden Fahrplanjahren 2016-2019 einen Anteil von 47 % (vgl. Art. 29b i.V.m. Anhang 2 ARPV, in der Fassung vom 14.10.2015 [AS 2015 4165]). Pro Jahr zahlen Bund und Kantone insgesamt je rund eine Milliarde Franken Abgeltung für die ungedeckten Kosten des regionalen Personenverkehrs (zum Ganzen Botschaft des Bundesrats zur Änderung des PBG, in BBl 2021 1485 S. 6 f.).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 9

#### **E. 2.5**

Die BLS-Gruppe erbringt sowohl abgeltungsberechtigte als auch nicht abgeltungsberechtigte Leistungen. Zu den abgeltungsberechtigten Leistungen (Sparten) zählen unter anderem der Regionalverkehr Bahn national und Strasse national bei der BLS AG und der Busland AG (vgl. Übersicht Geschäftsmodelle der BLS-Gruppe, abrufbar unter <www.bls.ch>, Rubriken «Unternehmen/Über uns/Wer wir sind/Organisation»). Besteller der Leistungen sind Bund und mehrere Kantone (nachfolgend auch Bestellerkantone), darunter der Kanton Bern. Die BLS-Gruppe erstellt dazu zwei Spartenrechnungen: eine für den Regionalverkehr Bahn national und eine für den Regionalverkehr Strasse national. Die jährlichen Abgeltungen von Bund und Kantonen für den regionalen Personenverkehr an die BLS-Gruppe bewegen sich im Bereich von rund 190 Mio. Franken (EFK-Bericht Spartenrechnung S. 4, 17; 2021 beliefen sich die Abgeltungen auf insgesamt 184.3 Mio. Franken, vgl. Finanzbericht BLS AG 2021 S. 7). Im Fahrplanjahr 2018 betrug die Abgeltungssumme ca. 170 Mio. Franken, wovon rund 65 Mio. Franken auf den Kanton Bern und 90 Mio. Franken auf den Bund entfielen (vgl. Angebotsvereinbarung zwischen Kanton Bern und BLS AG vom 21.12.2018 bzw. 18.1.2019 für das Fahrplanjahr 2018 S. 3, BB 4 [act. 4B]).

#### **E. 2.6**

Der angefochtenen Verfügung der Finanzkontrolle gingen folgende Ereignisse voraus:

##### **E. 2.6.1**

Im Jahr 2018 stellte die interne Revision des Bundesamts für Verkehr (BAV) fest, dass die BLS AG aufgrund eines fehlerhaften Zinsglättungsmodells vom Bund und von den beteiligten Kantonen (inkl. Gemeinden) zu hohe Abgeltungen erhalten hat (rund 45.6 Mio. Franken). Darüber informierte das BAV die für den öffentlichen Verkehr zuständigen Ämter der Bestellerkantone (darunter auch das Amt für öffentlichen Verkehr und

Verkehrskoordination des Kantons Bern [AÖV]) mit Schreiben vom 31. Mai 2018 und riet diesen, mit dem Abschluss von Angebotsvereinbarungen mit der BLS AG zuzuwarten (Vernehmlassungsbeilage 2 [act. 4B]). Erst am 21. Dezember 2018 bzw. 18. Januar 2019 schlossen das AÖV und die BLS AG für das Fahrplanjahr 2018 nachträglich eine Angebotsvereinbarung ab (BB 4 [act. 1C]). Das BAV wies die kantonalen Ämter in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Abklärungen «deutlich» länger gedauert hätten als er-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 10 wartet und es sich «aus zeitlichen Gründen» einzig mit dem «federführenden Kanton Bern» habe abstimmen können (E-Mail BAV vom 6.12.2018, Vernehmlassungsbeilage 4 [act. 4B]).

### **E. 2.6.2**

Am 15. März 2019 informierte das BAV die Öffentlichkeit über die zu hohen Abgeltungen im Zusammenhang mit dem fehlerhaften Zinsglättungsmodell. In der Medienmitteilung wurde weiter festgehalten, das BAV habe mit der BLS AG vereinbart, dass diese die zu hohen Abgeltungen für die Periode 2014 bis 2017 durch eine Kürzung des Abgeltungsbetrags für die kommenden Jahre (2019-2022) vollständig kompensieren werde. Die Differenzbeträge aus dem Zeitraum 2004 bis 2013 werde es nicht zurückfordern, da diese auf zulässige Planabweichungen zurückzuführen seien (Medienmitteilung des BAV vom 15.3.2019 mit Beilagen, einsehbar unter: <[www.bav.admin.ch](http://www.bav.admin.ch)>, Rubriken «Publikationen/Medienmitteilungen»; auch als Vernehmlassungsbeilage 5 [act. 4B]).

### **E. 2.6.3**

Im Rahmen der Prüfung der Jahresrechnung 2018 ersuchte die Finanzkontrolle mit E-Mail vom 25. März 2019 die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE; heute: Bau- und Verkehrsdirektion [BVD]) um Zustellung verschiedener Unterlagen im Zusammenhang mit der BLS AG, darunter insbesondere die in der Medienmitteilung des BAV genannte Vereinbarung sowie Unterlagen bzw. Informationen der BLS AG an den Kanton betreffend die laufenden Untersuchungen der Revision des BAV (Vernehmlassungsbeilage 6 [act. 4B]). Die BVD teilte der Finanzkontrolle daraufhin mit, dass ihr die Vereinbarung zwischen BAV und BLS AG nicht vorliege, weshalb sich die Finanzkontrolle an das BAV wenden solle. Sie stellte sich zudem auf den Standpunkt, dass die Finanzkontrolle «ihre Einsichtsrechte in Geschäftsunterlagen des Transportunternehmens» direkt bei der BLS AG geltend machen müsse (E-Mail vom 29.3.2019, Vernehmlassungsbeilage 7 [act. 4B]). Mit (separaten) Schreiben vom 2. April 2019 wandte sich die Finanzkontrolle sowohl an das BAV als auch an die BLS AG und bat um Zustellung der erwähnten Vereinbarung sowie weiterer damit zusammenhängender Korrespondenz. Zentral sei dabei die Frage, wie der Kanton Bern als «federführender Kanton» in die Verhandlungen einbezogen worden sei. Von Bedeutung seien auch die Gründe, weshalb auf eine Rückforderung der zu hohen Abgeltungen für die Jahre 2002 [richtig wohl 2004] bis 2013 ver-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 11 zichtet worden sei (Vernehmlassungsbeilagen 8 und 9 [act. 4B]). Die BLS AG verwies die Finanzkontrolle mit Schreiben vom 11. April 2019 an das BAV, da es gemäss der Vereinbarung diesem obliege, die kantonalen Stellen zu informieren (Vernehmlassungsbeilage 12 [act. 4B]). Mit Schreiben gleichen Datums liess das BAV der Finanzkontrolle die Vereinbarung zukommen (datierend vom 6.3.2019;

Vernehmlassungsbeilage 11 [act. 4B]). Es hielt fest, dass die Kantone weder in den Abschluss der Vereinbarung einbezogen worden seien noch diese erhalten hätten. Inwiefern die BLS AG den Kanton Bern als Mehrheitsaktionär über die Vorgänge informiert habe, entziehe sich der Kenntnis des BAV. Auf eine Rückforderung der zu hohen Abgeltungen vor 2014 sei verzichtet worden, weil eine solche nach Einschätzung des BAV «rechtlich nicht durchsetzbar» sei und ein «erhebliches Prozessrisiko» beinhaltet hätte (Vernehmlassungsbeilage 10 [act. 4B]). In ihrem Antwortschreiben vom 24. April 2019 zeigte sich die Finanzkontrolle erstaunt darüber, dass die Bestellerkantone nicht in die Verhandlungen zur Vereinbarung einbezogen wurden. Es stelle sich daher die Frage, ob die Vereinbarung für die Kantone überhaupt verbindlich sei oder ob die Kantone gegenüber der BLS AG weitergehende Ansprüche geltend machen könnten bzw. müssten. Der Verzicht auf die Rückforderung zu hoher Abgeltungen für die Periode 2004 bis 2013 müsse unter Umständen vom zuständigen finanzkompetenten Organ der Bestellerkantone ebenfalls getragen werden. Als «vertrauensbildende Massnahme» prüfe die Finanzkontrolle eigene Prüfungstätigkeiten bei der BLS AG (Vernehmlassungsbeilage 13 [act. 4B]). Gleichentags wandte sich die Finanzkontrolle auch an die BLS AG und führte aus, es bleibe für sie die Frage offen, weshalb das Unternehmen die Unstimmigkeiten nicht selber festgestellt habe und welche Massnahmen in Absprache mit dem Verwaltungsrat bzw. den Verwaltungsrats-Vertretungen der Eigentümer einerseits und den Bestellerkantonen andererseits getroffen worden seien, um «Reputationsschäden» sowie ähnliche Mängel im Zusammenhang mit Abgeltungen zu vermeiden. Sie, die Finanzkontrolle, behalte sich für das Jahr 2019 oder 2020 eigene Prüfungstätigkeiten bei der BLS AG vor, gegebenenfalls in Zusammenarbeit mit anderen kantonalen Finanzkontrollen oder der EFK (Vernehmlassungsbeilage 14 [act. 4B]).

#### **E. 2.6.4**

Mit Schreiben vom 13. Juni 2019 an die BVD äusserte die Finanzkontrolle Kritik an deren Verhalten seit Bekanntwerden der Vorkommnisse

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 12 bei der BLS AG und stellte sich auf den Standpunkt, die BVD habe ihre Reportingpflichten gegenüber dem Regierungsrat verletzt und ihre Rolle als Vertretung des Kantons als (Haupt-)Eigentümer der BLS AG ungenügend wahrgenommen. Zudem warf sie der BVD eine Verletzung ihrer Mitwirkungspflicht nach Art. 19 aKFKG vor. Die Finanzkontrolle beurteilte die festgestellten Mängel als wesentlich im Sinn von Art. 24 Abs. 7 aKFKG und stellte in Aussicht, die Ergebnisse ihrer Prüfungshandlungen der Finanzkommission (FiKo) und der Geschäftsprüfungskommission (GPK) des Grossen Rates sowie dem Regierungsrat mitzuteilen (Vernehmlassungsbeilage 15 [act. 4B]).

#### **E. 2.6.5**

Im Verlauf des Jahres 2019 wurden weitere Umstände bekannt, die dazu geführt hatten, dass der BLS AG (zusätzlich) überhöhte Abgeltungen zugeflossen waren. Im ersten Halbjahr 2019 hatte die BLS AG das Wirtschaftsprüfungsunternehmen PwC beauftragt, den seit einigen Jahren bestehenden Lokomotivpool («Lokpool») zu untersuchen, welcher innerhalb der BLS-Gruppe eine verbesserte Auslastung der Lokomotiven ermöglichen soll. PwC kam dabei zum Schluss, dass sich aufgrund der unterschiedlichen Nutzung der Lokomotiven, der unterschiedlichen Anwendungen von Abschreibungsmodellen und von Zinsannahmen sowie pauschaler Verrechnungsannahmen «Inkonsistenzen» zwischen

abgeltungsberechtigten und nicht abgeltungsberechtigten Sparten ergeben hätten. Dies teilte die BLS AG dem BAV (in Kopie auch dem AÖV und der EFK) mit Schreiben vom 2. September 2019 mit (Vernehmlassungsbeilage 18 [act. 4B]). Das AÖV wandte sich mit Schreiben vom 1. Oktober 2019 an die BLS AG und wies neben den Differenzen aufgrund des Zinskostenmodells und des Lokpools auf Fehler bei der Budgetierung von Libero-Halbtaxerlösen hin. Vor diesem Hintergrund sei das Vertrauen in die von der BLS AG den Bestellerkantonen vorgelegten Offerten «erschüttert». Nebst einer entsprechenden Bereinigung bzw. Berücksichtigung bei den Offerten 2019 bis 2021 forderte das AÖV auch die Rückerstattung bzw. eine entsprechende Aufarbeitung der zu tief verbuchten Libero-Halbtaxerträge und der zu hoch veranschlagten Kosten beim Lokpool im massgeblichen Zeitraum davor (Vernehmlassungsbeilage 19 [act. 4B]). Die BLS AG erteilte diesbezüglich wiederum PwC den Auftrag, den Libero-Sachverhalt zu untersuchen (sog. «Projekt Continuum», vgl. Schreiben BLS AG an BAV vom 15.4.2020 S. 2 f., Vernehmlassungsbeilage 41 [act. 4B]). Am 16. Dezember 2019 orientierte der Vorsteher der BVD die

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 13 Finanzkontrolle, dass aufgrund der Fehler, die das AÖV festgestellt habe, die Abgeltungsvereinbarung 2019 bisher nicht unterzeichnet worden sei. Gegenüber der ursprünglichen Offerte reduziere sich der Abgeltungsbetrag aufgrund der Korrekturen (Zinskostenmodell, Libero-Halbtaxerträge und Lokpool) um 13.3 Mio. Franken, wobei sich der Anteil des Kantons Bern auf einen Drittel (brutto) belaufe. Im Zusammenhang mit den fehlenden Libero-Halbtaxerträgen und zu hohen Lokpool-Kosten müsse die BLS AG den Bestellern für die Jahre 2014 bis 2018 32.8 Mio. Franken zurückzahlen. Weitere Abklärungen für die Offerten vor 2014 seien in Gang. In Bezug auf die zu hohen Abgeltungen aufgrund des fehlerhaften Zinskostenmodells sei das AÖV zum Schluss gekommen, dass der Kanton Bern auf eine Rückforderung der Beträge im Zeitraum 2004 bis 2013 verzichten sollte, da das Prozessrisiko zu gross sei. Der Regierungsrat und die anderen betroffenen Kantone würden diese Einschätzung teilen. Im Übrigen werde die BLS AG seinen Forderungen nach umfassenden Verbesserungen im Bereich Governance nachkommen; sie habe hierzu einen Auftrag an PwC erteilt (Vernehmlassungsbeilage 20 [act. 4B]).

#### **E. 2.6.6**

Mit E-Mail vom 6. bzw. 13. Dezember 2019 kündigten das AÖV und die Finanzkontrolle der BLS AG eine Staatsbeitragsprüfung im November 2020 an (Vernehmlassungsbeilagen 16 und 17 [act. 4B]). Die BLS AG stellte sich dazu zusammengefasst auf den Standpunkt, dass der Finanzkontrolle keine Kompetenz zukomme, «Subventionssachverhalte nach Personenbeförderungsgesetz [...] zu prüfen», da dies ausschliesslich Sache des Bundes bzw. des BAV sei (E-Mail vom 18.12.2019, Vernehmlassungsbeilage 21 [act. 4B]). In der Folge kam es zu weiterem E-Mail-Verkehr zwischen der Finanzkontrolle und der BLS AG, wobei die Finanzkontrolle unter anderem festhielt, sie werde die Sichtweise der BLS AG kantonsintern besprechen (E-Mail-Verkehr vom 18.12.2019-17.1.2020, Vernehmlassungsbeilagen 22-24 [act. 4B]). Mit E-Mail vom 18. Januar 2020 wies die BLS AG die Finanzkontrolle auf die bevorstehende Prüfung der EFK hin. Diese hatte im Oktober 2019 entschieden, ihren Prüfauftrag von den Leistungen des Lokpools auf die gesamte BLS-Spartenrechnung auszuweiten (vgl. Schreiben BLS AG an das BAV vom 15.4.2020 S. 2, Vernehmlassungsbeilage 41 [act. 4B]; EFK-Bericht Spartenrechnung S. 18

Ziff. 1.3). Die BLS AG riet der Finanzkontrolle, ihre Bedürfnisse mit der EFK zu koordinieren und in die laufende Prü-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 14 fung einzubringen, da eine «nochmalige und eigenständige Prüfung der gleichen Sachverhalte» durch die Finanzkontrolle die Ressourcen der BLS AG «übermässig beanspruchen» würde. Unabhängig von einer allfälligen Zusammenarbeit zwischen Finanzkontrolle und EFK sei die BLS AG bereit, hinsichtlich offen gebliebener Fragen Auskünfte zu erteilen. Was die «Zuständigkeitsfrage» betreffe, verweise sie auf ihre E-Mail vom 18. Dezember 2019 (Vernehmlassungsbeilage 25 [act. 4B]).

#### **E. 2.6.7**

Mit schriftlicher «Ermächtigung» vom 10. Februar 2020 erteilte die BLS AG der EFK «unpräjudiziell» die Befugnis, die unabhängigen Finanzaufsichtsorgane der Kantone über ihre Prüfungsdurchführung und deren Resultate zu informieren und zu dokumentieren, sofern dies für die Wahrnehmung der Finanzaufsicht der Kantone geeignet sei (Vernehmlassungsbeilage 28 [act. 4B]).

#### **E. 2.6.8**

Die EFK teilte der Finanzkontrolle am 6. März 2020 per E-Mail mit, dass sich ihre Prüfung «auf eine Aussage zur korrekten Verbuchung innerhalb der Spartenrechnung» konzentriere. Nicht Bestandteil der Prüfung sei zumindest aktuell die «Frage der Verantwortlichkeiten für die bekannten Fehler». Für ihre Prüfungshandlungen benötige sie die Protokolle der Geschäftsleitung und des Verwaltungsrats höchstens in Einzelfällen. Es sei aus ihrer Sicht «nicht im Sinn der Vereinbarung», wenn die EFK zusätzliche Informationen bzw. Unterlagen von der BLS AG verlange, welche sie für ihre Prüfungshandlungen nicht benötige. Sie habe die Protokolle deshalb nicht eingefordert und könne diese auch nicht verfügbar machen. Die Finanzkontrolle müsste die Protokolle daher direkt bei der BLS AG einfordern (Vernehmlassungsbeilage 29 [act. 4B]). Bezugnehmend auf diese E-Mail der EFK wandte sich die Finanzkontrolle darauf an die BLS AG. Sie führte aus: «zur Beurteilung, wie das oberste Leitungsorgan der BLS AG mit den Feststellungen der zu hohen Abgeltungen aufgrund des fehlerhaften Zinsglättungsmodells sowie den fehlenden Libero-Halbtaxerträgen umgegangen» sei, sei sie auf die Verwaltungsratsprotokolle der Jahre 2018, 2019 und (soweit vorhanden) 2020 angewiesen, und ersuchte die BLS AG, ihr diese offenzulegen (Schreiben vom 13.3.2020, Vernehmlassungsbeilage 30 [act. 4B]). In ihrem Antwortschreiben vom 19. März 2020 hielt die BLS AG fest, sie könne der Forderung, die Verwaltungsratsprotokolle herauszuge-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 15 ben, «aus grundsätzlichen Erwägungen» nicht nachkommen, da dafür eine gesetzliche Grundlage fehle. Wie sie bereits in früheren Korrespondenzen festgehalten habe, verfügten einzig die «zuständigen Bundesstellen» über eine Prüfungskompetenz. Der Herausgabe stünden überdies aktienrechtliche Überlegungen entgegen, da die BLS AG auf alle Aktionäre Rücksicht zu nehmen habe (Vernehmlassungsbeilage 31 [act. 4B]). In der Folge kam es zu einem weiteren Schriftwechsel zwischen der BLS AG und der Finanzkontrolle, in welchem beide Seiten an ihren Standpunkten festhielten (E-Mail- bzw. Briefverkehr vom 25.3.2020-17.4.2020, Vernehmlassungsbeilagen 32-39 [act. 4B]). Darauf erliess die Finanzkontrolle am 24. April 2020 die angefochtene Verfügung.

#### **E. 2.7**

Weiter ist sachverhaltlich im Nachgang zur strittigen Verfügung auf Folgendes hinzuweisen:

#### **E. 2.7.1**

Mit Zwischenbericht vom 30. Juni 2020 (Titel: «Follow-up zur offenen Feststellung Quartalsbericht: Offene Aufarbeitung des Falles Zinsglattungsmodell BLS / Passivität bei der Wahrnehmung der Eigentümerrolle durch die BVD») informierte die Finanzkontrolle die GPK, die FiKo sowie den Regierungrat, dass sie rund um die Geschehnisse bei der BLS AG (Bestreitung der Aufsichtszuständigkeit) und den involvierten Stellen der BVD (Nichterstattung aller für die Wahrnehmung des gesetzlichen Auftrags der Finanzkontrolle notwendigen Unterlagen) ihre Aufsichtspflicht nicht mehr vollumfänglich wahrnehmen können; die Finanzaufsicht über die BLS AG sei (vorläufig) nicht mehr möglich (vgl. Tätigkeitsbericht Finanzkontrolle 2020 S. 6 f. Ziff. 3.1).

#### **E. 2.7.2**

Am 3. September 2020 veröffentlichte die EFK ihren Bericht zur Prüfung der Spartenrechnung der BLS AG und der Busland AG. Sie stiess dabei auf weitere Fehler in der Abgeltungsberechnung. Sie kam zu folgendem Schluss (EFK-Bericht Spartenrechnung S. 4): «Die EFK stiess im Rahmen ihrer Prüfung der Spartenrechnung auf Fehler in der Abgeltungsberechnung im tiefen einstelligen Millionenbereich. Die BLS-Gruppe muss künftig eine Verbesserung der Transparenz und Zuverlässigkeit der Spartenrechnungen gewährleisten. Durch die Einrechnung von kalkulatorischen Elementen und Fehlallokationen fallen die Abgeltungen der üblichen Hand teilweise zu hoch aus oder das jeweilige Spatenergebnis ist nicht korrekt. Rückwirkende Korrekturen sind vorzunehmen.»

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 16

#### **E. 2.7.3**

Am 4. September 2020 trat der (damalige) CEO der BLS AG, Bernard Guillelmon, zurück. In der entsprechenden Medienmitteilung wurde auf die PwC-Untersuchung zu den Libero-Halbtaxerträgen Bezug genommen (dazu vorne E. 2.6.5). Die BLS AG habe im Sinn einer «vorsichtigen Unternehmensführung» die erwarteten Kosten eher zu hoch und die erwarteten Erlöse zu niedrig geplant. Die PwC-Untersuchung habe in diesem Zusammenhang ergeben, dass die Geschäftsleitung der BLS AG bereits im Frühling 2017 darüber in Kenntnis gesetzt worden sei, dass die Halbtaxerlöse nicht budgetiert worden waren. Die Geschäftsleitung habe dies als «betriebswirtschaftliche Risikominimierung» akzeptiert (Medienmitteilung der BLS AG vom 4.9.2020, einsehbar unter: <www.bls.ch>, Rubriken «Unternehmen/Medien/Medienmitteilungen»; Beilage 2 zur Duplik [act. 14A]).

#### **E. 2.7.4**

Das BAV reichte am 24. November 2020 Strafanzeige gegen die BLS AG bzw. die Verantwortlichen der BLS AG und der Verkehrsbetriebe Luzern AG ein (Medienmitteilung des BAV vom 24.11.2020, einsehbar unter: <www.bav.admin.ch>, Rubriken «Publikationen/Medienmitteilungen»; Beilage 3 zu den Bemerkungen der Finanzkontrolle vom 2.8.2021 [act. 19A]; vgl. dazu auch Medienmitteilung der BLS AG vom 24.11.2020, einsehbar unter: <www.bls.ch>, Rubriken «Unternehmen/Medien/Medienmitteilungen»; Beilage 1 zu den Bemerkungen der Finanzkontrolle vom 2.8.2021 [act. 19A]).

informierte die BLS AG in einer Medienmitteilung über den Abschluss der Untersuchungen von PwC zum Libero-Sachverhalt («Projekt Continuus»; dazu vorne E. 2.6.5), äusserte ihr Bedauern über das vom BAV eingeleitete Strafverfahren und hielt gleichzeitig fest, sie werde die anstehende strafrechtliche Aufarbeitung unterstützen. Zudem publizierte sie eine Zusammenfassung des PwC-Berichts. Laut diesem scheint unter anderem «in der mit den Ertragsschätzungen für die Offerten betrauten Abteilung mindestens seit 2013 bekannt gewesen zu sein, dass die Libero Halbtaxerlöse in den Offerten nicht enthalten waren». Diese seien offenbar «bewusst» nicht berücksichtigt worden. Weiter sei davon auszugehen, dass ab 2017 «mit Wissen zumindest eines Teils der Geschäftsleitung», weiterhin keine Halbtaxerlöse in den Offerten aufgeführt wurden. Der Verwaltungsrat sei im September 2019 von der Geschäftsleitung über den Sachverhalt informiert worden. Insgesamt stelle sich die Frage «nach einem Organisationsverschulden und der Verantwortung der Geschäftsleitung kraft ihrer Funktion,

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 17 insbesondere des jeweiligen CFO und CEO sowie auch des VR» (Medienmitteilung der BLS AG vom 24.11.2020 sowie Zusammenfassung des PwC-Berichts vom 18.10.2020, beides einsehbar unter: <[www.bls.ch](http://www.bls.ch)>, Rubriken «Unternehmen/Medien/Medienmitteilungen»).

### **E. 2.7.5**

Nach dem Bekanntwerden des Umstands, dass die BLS AG im Zusammenhang mit den Libero-Halbtaxerträgen ebenfalls zu hohe Abgeltungen bezogen hatte, entschied die GPK, die Aufsicht des Regierungsrats und der BVD über die BLS AG vertiefter zu überprüfen. Die bereits Ende 2019 eingeleitete Untersuchung wurde entsprechend ausgeweitet (vgl. Medienmitteilung der GPK vom 11.3.2020, einsehbar unter: <[www.be.ch](http://www.be.ch)>, Rubrik «Medienmitteilungen», zuletzt besucht am 6.9.2022). Anfang 2021 beschloss die GPK, durch ein juristisches Gutachten abklären zu lassen, wie weit die Aufsicht und Oberaufsicht von Regierung und Parlament über die anderen Träger öffentlicher Aufgaben nach Art. 95 KV reicht. Zudem verlangte sie vom Regierungsrat dafür zu sorgen, dass sie ein ungeschwärztes Exemplar des PwC-Berichts zu den Libero-Halbtaxerlösen erhält (Medienmitteilung der GPK vom 15.1.2021, einsehbar unter: <[www.be.ch](http://www.be.ch)>, Rubrik «Medienmitteilungen», zuletzt besucht am 6.9.2022). Am 28. Mai 2021 machte die GPK die Ergebnisse des Gutachtens (von Prof. Dr. Markus Müller und Dr. Ueli Friederich mit dem Titel: «Umfang der Aufsicht und Oberaufsicht über andere Träger öffentlicher Aufgaben im Kanton Bern [Art. 78, Art. 95 KV]») publik (Medienmitteilung vom 28.5.2021, einsehbar unter: <[www.be.ch](http://www.be.ch)>, Rubrik «Medienmitteilungen», zuletzt besucht am 6.9.2022; die wesentlichen Ergebnisse des Gutachtens gibt folgender Beitrag wieder: Müller/Friederich, Aufsicht und Oberaufsicht über «andere Träger öffentlicher Aufgaben», Ausgewählte Fragen zur Beaufsichtigung staatlicher Aktiengesellschaften, am Beispiel des Kantons Bern, in Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2020/2021, 2022, S. 69 ff. [nachfolgend: Aufsicht]; teilweise kritisch zum Gutachten Peter V. Kunz, Kurzgutachten für die Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion des Kantons Bern [WEU] betreffend Aktienrechtsfragen zum Verhältnis zwischen Kanton Bern und BKW AG vom 2.6.2021). Am 18. August 2021 verabschiedete die GPK zuhanden des Grossen Rates ihren Bericht mit dem Titel «Die BLS und die Aufsicht durch den Kanton». Darin kam sie zusammengefasst zum Schluss, dass der Regierungsrat und die

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 18 BVD bei der Aufarbeitung der Vorfälle betreffend die zu hohen Abgeltungen der BLS AG «zu wenig aktiv» gewesen seien und ortete in verschiedenen Bereichen Handlungsbedarf (vgl. Bericht der GPK vom 12.8.2021, in Tag- blattbeilagen zur Herbstsession 2021 des Grossen Rates [Geschäfts- Nr. 2021.RRGR.254]; Medienmitteilung der GPK vom 18.8.2021, einsehbar unter: <www.be.ch>, Rubrik «Medienmitteilungen», zuletzt besucht am 6.9.2022). Der Regierungsrat hielt zum Bericht gleichentags fest, er beurteile den Sachverhalt in «wichtigen Punkten» anders als die GPK. So obliege die subventionsrechtliche Aufsicht über die Abgeltungen im RPV dem Bund bzw. dem BAV. Auch sei der Verwaltungsrat der BLS AG nach Feststellen der Unregelmässigkeiten aktiv geworden. Der Regierungsrat und die BVD hätten «entsprechend ihren Zuständigkeiten und Verantwortungen gehandelt» und eine Verletzung der Aufsicht sei nicht erkennbar (Medienmitteilung des Re- gierungsrats vom 18.8.2021, einsehbar unter: <www.be.ch>, Rubrik «Medienmitteilungen», zuletzt besucht am 6.9.2022).

### **E. 3**

Aufsichtskompetenzen der Finanzkontrolle Umstritten und zu prüfen ist zunächst, ob die BLS AG nach kantonalem Recht der Aufsicht der Finanzkontrolle untersteht und deshalb grundsätzlich zur Mitwirkung verpflichtet ist (hinten E. 3.5 ff.). Vorab ist auf die Grundlagen staatlicher Aufsicht im Kanton Bern einzugehen (hinten E. 3.2 f.). An erster Stelle ist das anwendbare Recht zu klären.

#### **E. 3.1**

Am 1. Januar 2023 ist das totalrevidierte KFKG in Kraft getreten. Die Frage nach dem anwendbaren Recht ist mangels einer Übergangsregelung anhand der allgemeinen übergangsrechtlichen Prinzipien zu beantworten. Danach ist die Rechtmässigkeit von Verwaltungsakten nach der Rechtslage im Zeitpunkt ihres Ergehens zu beurteilen (statt vieler BGE 147 V 278 E. 2.1, 144 II 326 E. 2.1.1 [Pra 108/2019 Nr. 14]; BVR 2021 S. 530 E. 2.2, 2017 S. 483 E. 2.2), womit auf das im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung vom 24. April 2020 geltende Recht, d.h. auf das aKFKG abzustellen ist.

#### **E. 3.2**

Nach Art. 87 Abs. 1 KV führt der Regierungsrat die Verwaltung. Er sorgt für eine rechtmässige, bürgernahe und wirkungsvolle Verwaltungstä-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 19 tigkeit (Art. 87 Abs. 2 KV). Dazu beaufsichtigt er einerseits die ihm unterstell- ten Einheiten der Zentral- und Bezirksverwaltung (Dienstaufsicht). Anderer- seits unterstehen seiner Aufsicht auch die anderen Träger öffentlicher Auf- gaben (Verbandsaufsicht; Art. 95 Abs. 3 KV). Der Regierungsrat trägt damit die (primäre) Hauptverantwortung für die gesetzmässige Erfüllung der Ver- waltungsaufgaben (vgl. Art. 2 Abs. 1 Bst. f, Art. 23 Abs. 1 und Art. 24 Abs. 2 Bst. c des Gesetzes vom 20. Juni 1995 über die Organisation des Regie- rungsrates und der Verwaltung [Organisationsgesetz, OrG; BSG 152.01]; Müller/Feller, Verwaltungsorganisationsrecht, in Müller/Feller [Hrsg.], Berni- sches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2021, S. 1 ff., 16 N. 41). Die Regierung und die anderen Träger öffentlicher Aufgaben stehen wiederum unter der Auf- sicht des Grossen Rates (Art. 78 KV; Art. 4 Abs. 1 des Gesetzes vom 4. Juni 2013 über den Grossen Rat [Grossratsgesetz, GRG; BSG 151.21]). Die par- lamentarische Oberaufsicht bezweckt die politische Kontrolle der Staatstä- tigkeit (Art. 4 Abs. 2 GRG). Sie knüpft grundsätzlich an die Aufsicht

der Regierung an und ist insofern akzessorisch zu dieser, d.h. dem Grossen Rat kommen keine weiterreichenden Aufsichtsbefugnisse zu als sie dem Regierungsrat zustehen (vgl. betreffend die Bundesebene Georg Müller/Stefan Vogel, Oberaufsicht der Bundesversammlung über verselbständigte Träger von Bundesaufgaben, in ZBl 2010 S. 649 ff. [nachfolgend: Oberaufsicht], 660). Wahrgenommen wird die parlamentarische Oberaufsicht in erster Linie durch die Aufsichtskommissionen des Grossen Rates (FiKo, GPK und die Justizkommission [JuKo]; Art. 28 GRG; zu deren weitgehenden Informationsrechten vgl. Art. 37 Abs. 1 und insb. Bst. b GRG).

### **E. 3.3**

Die Finanzkontrolle ist das oberste Fachorgan der Finanzaufsicht. Sie unterstützt gleichermassen den Grossen Rat und den Regierungsrat (Art. 4 Abs. 1 aKFKG). Sie ist fachlich unabhängig, in ihrer Tätigkeit nur der Verfassung und dem Gesetz verpflichtet (Art. 4 Abs. 2 aKFKG; vgl. bereits Art. 106 Abs. 1 KV) und bildet eine selbständige Organisationseinheit innerhalb der Verwaltung (vorne E. 1.1; vgl. auch Art. 2 Abs. 1 KFKG). Ihre Kernaufgaben sind insbesondere die Prüfung der Jahresrechnung, der Rechnungsführung und Rechnungslegung sowie der Haushaltsführung der Organisationseinheiten (Art. 15 Abs. 1 aKFKG). Die Finanzkontrolle nimmt überdies Spezialprüfungen vor, welche einerseits die Prüfung der Verwendung von Staatsbeiträgen, andererseits die Prüfung als Revisionsstelle bei Orga-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 20 nisationen umfassen (Art. 16 Bst. a und b aKFKG). Sie führt zudem auf Anordnung oder Antrag der gesetzlich bezeichneten Behörden Sonderprüfungen durch (Art. 16a Abs. 1 und 2 aKFKG; vgl. auch Lienhard/Engel/Schmutz, Finanzverwaltungsrecht, in Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2021, S. 953 ff., 1012 ff.). Die Finanzkontrolle verkehrt direkt mit den Institutionen und Personen, die sie kontrolliert (Art. 18 aKFKG). Über das Ergebnis ihrer Prüfungen erstellt sie einen Bericht (Art. 24 aKFKG; dazu auch vorne E. 1.2; zum Ganzen VGE 2020/461 vom 16.11.2022 [zur Publ. bestimmt] E. 2.1).

### **E. 3.4**

Der Aufsicht der Finanzkontrolle unterliegen gemäss Art. 14 aKFKG die kantonale Verwaltung (Bst. a), die Gerichtsbehörden und die Staatsanwaltschaft (Bst. b), die kantonalen Anstalten, sofern die besondere Gesetzgebung keine andere Bestimmung enthält (Bst. c), Organisationen und Personen ausserhalb der kantonalen Verwaltung, denen der Kanton öffentliche Aufgaben übertragen hat (Bst. d), sowie Organisationen und Personen, die kantonale Leistungen empfangen (Bst. e; hinsichtlich der Empfänger kantonaler Leistungen ausdrücklich bereits Art. 106 Abs. 2 KV). Die Kontrollierten sind zur Mitwirkung verpflichtet und können sich nicht auf gesetzliche Geheimhaltungspflichten berufen (Art. 19 Abs. 1 aKFKG). Die Finanzkontrolle ist ihrerseits an die gesetzlichen Geheimhaltungsbestimmungen gebunden (Art. 19 Abs. 3 aKFKG).

### **E. 3.5**

Zu prüfen ist, ob die BLS AG nach Art. 14 aKFKG der Aufsicht der Finanzkontrolle unterliegt. Umstritten ist, ob der Kanton Bern der BLS AG im Sinn von Art. 14 Bst. d aKFKG öffentliche Aufgaben übertragen hat. Zwar ist grundsätzlich unbestritten, dass die BLS AG im regionalen Personenverkehr unmittelbar öffentliche Aufgaben erfüllt (vgl. BGE 144 II 77 E. 5.6, 138 I 274 E. 1.4 betreffend SBB AG). Sie bringt aber vor, ihr sei das

Recht zur regel- mässigen Personenbeförderung durch den Bund gestützt auf Bundesrecht mittels Linienkonzession erteilt worden, die durch die Abgeltungsvereinba- rung «unter der Federführung des BAV und Beteiligung der Kantone» kon- kretisiert werde. Dadurch werde der regionale Personenverkehr jedoch nicht zu einer öffentlichen Aufgabe, die durch den Kanton übertragen werde. Wei- ter stellt die BLS AG zwar zu Recht nicht in Abrede, dass sie vom Kanton Bern Abgeltungen erhält (vorne E. 2.5). Sie vertritt aber den Standpunkt, da-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 21 bei handle es sich nicht um «kantonale Leistungen» gemäss Art. 14 Bst. e aKFKG, da die Abgeltungen ihre Grundlage im Bundesrecht hätten (zum Ganzen Beschwerde Rz. 28; Replik Rz. 39 ff.; Eingabe vom 23.9.2021 Rz. 23 f.).

### **E. 3.6**

Zur Frage, ob die BLS AG gestützt auf Art. 14 Bst. d aKFKG der Auf- sicht der Finanzkontrolle untersteht, da ihr der Kanton öffentliche Aufgaben übertragen hat, ergibt sich Folgendes:

#### **E. 3.6.1**

Der Bund verfügt gestützt auf Art. 87 und Art. 92 BV über umfassende (Gesetzgebungs-)Kompetenzen im Bereich der Personenbeförderung (BGE 143 I 109 E. 5.2 f. [Pra 106/2017 Nr. 69], wobei offengelassen wurde, ob es sich um ausschliessliche oder konkurrierende Bundeskompetenzen handelt; jüngst BGer 2C\_230/2020 vom 25.3.2021 E. 4.1 mit weiteren Hin- weisen). Art. 81a BV, wonach Bund und Kantone (gemeinsam) für ein aus- reichendes Angebot im öffentlichen Schienenverkehr sorgen (vorne E. 2.3), begründet insofern keine neuen Zuständigkeiten (BGE 143 I 109 E. 5.1 [Pra 106/2017 Nr. 69] mit Verweis auf die Botschaft des Bundesrats zur Volksinitiative «Für den öffentlichen Verkehr» und zum direkten Gegenent- wurf [Bundesbeschluss über die Finanzierung und den Ausbau der Eisen- bahinfrastruktur, FABI], in BBl 2012 S. 1577 ff., 1675 f.; so auch Giovanni Biaggini, BV Kommentar, 2. Aufl. 2017, Art. 81a N. 2; teilweise wird in die- sem Zusammenhang dennoch von einer Verbundaufgabe gesprochen, vgl. Markus Kern, in Basler Kommentar, 2015, Art. 81a BV N. 6; darauf verwei- send Stöckli/Joller, a.a.O., S. 193 Fn. 259). Die umfassende Gesetzge- bungskompetenz hindert den Bundesgesetzgeber jedoch nicht, den Kanto- nen Verantwortung für regionale Verkehrsnetze und Verkehrsdienstleistun- gen zu überbinden (Lendi/Uhlmann, in St. Galler Kommentar zur BV, 3. Aufl. 2014, Art. 87 N. 7). Kantonale Zuständigkeiten bestehen mit anderen Worten weiter, wenn sie in der Bundesgesetzgebung ausdrücklich vorgesehen sind (BGE 139 I 242 E. 3.2, 138 I 468 E. 2.6). Das PBG belässt den Kantonen in verschiedenen Bereichen eigene Zuständigkeiten bzw. Aufgaben (BGE 143 I 109 E. 5.3 und 6.5.1 [Pra 106/2017 Nr. 69]; Müller/Friederich, Aufsicht, S. 84 f.). So ist die Bestellung des Angebots des regionalen Perso- nenverkehrs eine gemeinsame Aufgabe von Bund und Kantonen (vgl. Art. 28 ff. PBG; Art. 7 ff. ARPV; vorne E. 2.3), wobei den Kantonen massge-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 22 bliche Einfluss- und Gestaltungsmöglichkeiten verbleiben (vgl. etwa Art. 12 Abs. 3 ARPV, wonach die Kantone insbesondere bei der Festlegung des An- gebots, bei der Offertprüfung und bei Verhandlungen mit den Transportun- ternehmen sowie bei der Festlegung und Überprüfung der Leistungsqualität federführend sind; vgl. auch BGer 2C\_735/2014 vom 7.8.2015 E. 1.2.4, wo- nach ein «grosser Ermessensbereich» der

Besteller von Verkehrsleistungen bestehe; ferner Stöckli/Joller, a.a.O., S. 204 f.). Weiter hat der Bund zwar nach Art. 4 PBG das ausschliessliche Recht, Reisende mit regelmässigen und gewerbsmässigen Fahrten zu befördern, soweit dieses Recht nicht durch andere Erlasse oder völkerrechtliche Verträge eingeschränkt ist (Personenbeförderungsregal). Er übt diese Tätigkeit jedoch nicht selber aus, sondern hat für die gewerbsmässige Personenbeförderung ein Konzessions-system eingeführt (Art. 6 ff. PBG; Art. 5 ff. der Verordnung vom 4. November 2009 über die Personenbeförderung [VPB; SR 745.11]). Damit lässt der Bundesgesetzgeber offen, wer als Konzessionärin bzw. Konzessionär die Leistungen im regionalen Personenverkehr erbringt, solange die Vorausset-zungen nach Art. 9 PBG eingehalten sind. Die Kantone (und Gemeinden) sind folglich befugt (aber nicht verpflichtet), eigene Transportunternehmen zu gründen (BGE 143 I 109 E. 6.4.2 [Pra 106/2017 Nr. 69]). Insgesamt be- stehen damit trotz umfassenden Bundeskompetenzen im Bereich des regio- nalen Personenverkehrs weite kantonale Gestaltungsspielräume sowohl in der Rechtssetzung als auch in der Rechtsanwendung bzw. im Vollzug (Müller/Friederich, Aufsicht, S. 84 f.; vgl. auch Lendi/Uhlmann, a.a.O., Art. 87 N. 7; Markus Kern, a.a.O., Art. 87 BV N. 9). Dass die Kantone dabei nicht im eigenen (autonomen; vgl. Art. 3 BV), sondern im übertragenen Wirkungs- bereich tätig sind, ändert nichts daran, dass ihnen (auch hier) eigene (Voll- zugs-)Aufgaben verbleiben, für deren bundesrechtskonforme Erfüllung sie gegenüber dem Bund in der Verantwortung stehen (vgl. Art. 49 Abs. 2 BV; Müller/Friederich, Aufsicht, S. 79 f., 84; vgl. auch BGE 143 I 109 E. 4.2.2 [Pra 106/2017 Nr. 69], 138 I 435 E. 3.4.1 [Pra 102/2013 Nr. 32], jeweils am Ende; vgl. zur Unterscheidung auch Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl. 2021, N. 965).

### **E. 3.6.2**

Der bernische Gesetzgeber hat den bundesrechtlich vermittelten Spielraum unter anderem durch den Erlass von Ausführungsbestimmungen ausgefüllt, in denen er insbesondere die Grundsätze näher umschrieben hat,

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 23 nach welchen sich das Angebot des öffentlichen Verkehrs im Kanton Bern richten soll (Art. 3 Abs. 1 und Art. 4 ff. des Gesetzes vom 16. September 1993 über den öffentlichen Verkehr [nachfolgend: ÖVG; BSG 762.4]; Art. 1 ff. der Verordnung vom 10. September 1997 über das Angebot im öf- fentlichen Verkehr [Angebotsverordnung, AGV; BSG 762.412]). Der Kanton Bern hat sich als Haupteigentümer der BLS AG (vorne E. 2.2) zudem dazu entschieden, ein eigenes Transportunternehmen zu führen (vgl. auch Art. 2 Abs. 3 ÖVG). Insofern hat er das Erbringen von Verkehrsdienstleistungen zur eigenen (Vollzugs-)Aufgabe gemacht (vgl. auch Art. 34 KV). Die BLS AG nimmt damit entgegen ihren Ausführungen (auch) für den Kanton Bern eine öffentliche Aufgabe wahr (so auch Müller/Friederich, Aufsicht, S. 85; ferner Stöckli/Joller, a.a.O., S. 193), zumal das von ihr im regionalen Personenver- kehr erbrachte Angebot vom Kanton Bern mitbestellt und (massgeblich) mit- abgegolten wird. Sie fällt folglich gestützt auf Art. 14 Abs. 1 Bst. d aKFKG in den Kontrollbereich der Finanzkontrolle und ist dieser gegenüber nach Art. 19 Abs. 1 aKFKG grundsätzlich zur Mitwirkung verpflichtet.

### **E. 3.6.3**

Dieses Ergebnis steht im Einklang mit der der Finanzkontrolle gesetz- lich zugeschriebenen Funktion, den Regierungsrat und den Grossen Rat (in deren Aufsichts- bzw.

Oberaufsichtstätigkeit) gleichermassen zu unterstützen (Art. 4 Abs. 1 aKFKG; vorne E. 3.3). So ist die BLS AG nach dem Gesagten ohne Weiteres als «andere Trägerin öffentlicher Aufgaben» im Sinn von Art. 95 Abs. 1 KV zu qualifizieren (zum Begriff ausführlich Müller/Friederich, Aufsicht, S. 74 ff.), auch wenn die für die Aufgabenübertragung erforderliche gesetzliche Grundlage (Art. 95 Abs. 2 KV) nach wie vor ausstehend ist (vgl. auch etwa Müller/Friederich, Aufsicht, S. 85; ferner Richtlinien über die Führung, Steuerung und Aufsicht von anderen Trägern öffentlicher Aufgaben und Beteiligungen im öffentlichen Interesse [Public Corporate Governance – Richtlinien Kanton Bern] vom 18.5.2022 [nachfolgend: PCG-Richtlinien] S. 3 [Kommentar zu Ziff. 1.1] und 10). Als solche unterliegt sie (auch) der regierungsrätlichen Verbandsaufsicht (Art. 95 Abs. 3 KV) sowie der parlamentarischen Oberaufsicht (Art. 78 KV; vorne E. 3.2; vgl. auch PCG-Richtlinien S. 14 und 40, wonach die BLS AG im Dreikreisemodell der Träger öffentlicher Aufgaben dem Kreis 1 zugeordnet ist, in dem die Intensität der Führung, Steuerung und Aufsicht «relativ hoch ist»). Insofern verhält sich auch der Aufsichtsbereich der Finanzkontrolle kongruent bzw.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 24 akzessorisch zu jenem von Regierung und Grosse Rat (vgl. Vortrag KFKG S. 7, 17 mit Hinweis auf Müller/Vogel, Oberaufsicht, S. 660, sowie Lorenz Meyer, Gutachten vom 29.2.2016 betreffend Finanzaufsicht im Kanton Basel-Stadt, Rz. 35).

### **E. 3.7**

Zur Frage, ob die BLS AG auch als Empfängerin kantonaler Leistungen gemäss Art. 14 Bst. e aKFKG in den Aufsichtsbereich der Finanzkontrolle fällt, ist Folgendes festzuhalten: Gemäss Art. 2 Abs. 1 des Staatsbeitragsgesetzes vom 16. September 1992 (StBG; BSG 641.1) gilt dieses Gesetz für alle Staatsbeiträge, die der Kanton gewährt. Der Geltungsbereich des StBG ist somit auf diejenigen Staatsbeiträge beschränkt, welche der Kanton «im eigenen Wirkungsbereich» zuspricht. Auf Staatsbeiträge, die zwar vom Kanton gewährt werden, aber ihre Grundlage im Bundesrecht haben, findet – mit Ausnahme derjenigen Fälle, bei welchen dem Kanton ein Spielraum verbleibt – das Bundesgesetz vom 5. Oktober 1990 über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz, SuG; SR 616.1) Anwendung (vgl. Art. 2 Abs. 1 SuG; Vortrag des Regierungsrats betreffend das StBG, in Tagblatt des Grossen Rates 1992, Beilage 24 [nachfolgend: Vortrag StBG], S. 10; zum Ganzen auch VGE 2009/374 vom 3.9.2010 E. 5.2.1). Die vom Kanton Bern an die BLS AG ausgerichteten Leistungen gründen auf Art. 28 PBG (vorne E. 2.3). Es handelt sich dabei unstreitig um Abgeltungen im Sinn von Art. 3 Abs. 2 SuG (BGer 2C\_735/2014 vom 7.8.2015 E. 1.2.1; dazu auch hinten E. 4.3). Die BLS AG leitet daraus ab, Art. 14 Bst. e aKFKG sei auf solche Leistungen nicht anwendbar (vgl. Eingabe vom 23.9.2021 Rz. 23 f.; ferner Replik Rz. 39). Dem kann nicht gefolgt werden: Art. 14 Bst. e aKFKG enthält keine einschränkende Formulierung, die darauf hindeutet, dass einzig Leistungen des Kantons darunter fallen, die in den Geltungsbereich des StBG fallen. Vielmehr wird im Gesetzestext anstelle des (im Kanton Bern üblichen) Begriffs der Staatsbeiträge jener der «kantonalen Leistungen» verwendet, was auf ein weiter gefasstes Begriffsverständnis hindeutet. Im Vortrag des Regierungsrats betreffend das aKFKG ist zwar auch von Staatsbeiträgen und den «Beitragsbestimmungen» die Rede (Tagblatt des Grossen Rates 1999, Beilage 27 [nachfolgend: Vortrag aKFKG] S. 20). Allein damit lässt sich aber eine einschränkende Lesart der Norm nicht begründen: So wird an derselben Stelle auf die Vorgängerbestimmung von Art. 14 Bst. e aKFKG verwiesen (Art. 45 Abs. 2 des Gesetzes

vom

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 25 10. November 1987 über den Finanzhaushalt [Finanzhaushaltgesetz, FHG; GS 1988 S. 10 ff.]). Bei der FHG-Bestimmung hatte man sich an die Terminologie des Entwurfs des damals erst noch zu verabschiedenden SuG angelehnt («Körperschaften, Anstalten, Stiftungen und Gesellschaften, denen der Staat [...] Finanzhilfen oder Abteilungen entrichtet»). Das StBG war zu diesem Zeitpunkt im Übrigen noch nicht in Kraft. Im Vortrag des Regierungsrats zum FHG wird dazu erläutert, die Begriffe müssten später allenfalls an die erst noch in Bearbeitung stehende kantonale Subventionsgesetzgebung angepasst werden. Als Grundsatz wird aber festgehalten, dass möglichst alle finanziellen Beiträge und geldwerten Leistungen des Staates an Dritte auf ihre ordnungsgemässe Verwendung hin überprüft werden sollten (Tagblatt des Grossen Rates 1988, Beilage 25, S. 28). Auch mit Blick auf das neue Finanzkontrollrecht ist ein (gemessen am Wortlaut) eher weiteres Normverständnis angezeigt: Nach der Neufassung der Bestimmung in Art. 10 Bst. d KFKG unterliegen dem Aufsichtsbereich der Finanzkontrolle Organisationen und Personen, die Staatsbeiträge oder andere kantonale Leistungen im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Verhältnisses empfangen. Der Vortrag KFKG hält dazu fest, Staatsbeiträge seien im StBG «sowie in weiteren kantonalen und eidgenössischen Spezialgesetzen» (bspw. im ÖVG oder im SuG) definiert (S. 15, auch zum Folgenden). Es bestehen keine Hinweise, dass damit gegenüber Art. 14 Bst. e aKFKG eine Ausweitung des Anwendungsbereichs beabsichtigt war. Zusammenfassend legen weder der Wortlaut noch die einschlägigen Materialien nahe, Art. 14 Bst. e aKFKG einschränkend so zu verstehen, dass als kantonale Leistungen einzig Staatsbeiträge gelten, auf die das StBG anwendbar ist. Vielmehr fallen auch die auf Art. 28 PBG beruhenden Abteilungen des Kantons an die BLS AG darunter.

### **E. 3.8**

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die BLS AG nach Art. 14 Bst. d und e i.V.m. Art. 16 Bst. a aKFKG der Aufsicht der kantonalen Finanzkontrolle unterliegt. Entsprechend ist sie dieser gegenüber grundsätzlich zur Mitwirkung verpflichtet, insbesondere hat sie der Finanzkontrolle Auskunft zu erteilen und Einsicht in die Akten zu gewähren (Art. 19 Abs. 1 aKFKG). Bei diesem Ergebnis braucht nicht geklärt zu werden, ob dem in Ziffer 9 der Abgeltungsvereinbarung vom 21. Dezember 2018 bzw. 18. Januar 2019 (BB 4 [act. 1C]) enthaltenen Einsichts- und Prüfrecht der Finanzkontrolle neben

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 26 den gesetzlichen Grundlagen eine eigenständige Bedeutung zukommt (so Duplik Rz. 48). Im Folgenden ist zu prüfen, ob die kantonalrechtlichen Aufsichts- und Einsichtsbefugnisse der Finanzkontrolle mit dem Bundesrecht vereinbar sind.

### **E. 4**

Die Unternehmen müssen die endgültigen Ausweise nach Absatz 2 den Kantonen, die ihnen Abteilungen, Beiträge oder Darlehen gewährt haben, innert sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres zustellen.

#### **E. 4.1**

Die BLS AG ist der Ansicht, selbst wenn das kantonale Recht der Finanzkontrolle die Befugnis einräumen würde, die Verwendung der vom Kanton Bern an die BLS AG

ausgerichteten Abgeltungen zu überprüfen, stünde dies im Widerspruch zum Bundesrecht. So handle es sich dabei um bundesrechtliche Abgeltungen, womit grundsätzlich auf das SuG abzustellen sei. Dieses sei jedoch nur anwendbar, soweit andere Bundesgesetze nichts Abweichendes vorschreiben. Art. 37 Abs. 1 PBG sehe vor, dass Unternehmen, die Gelder von der öffentlichen Hand erhalten, dem BAV periodisch die Jahresrechnung und die dazugehörigen Nachweise einreichen. Das BAV könne weitere Unterlagen verlangen und darüber hinaus eine vertiefte Prüfung nach Art. 37 Abs. 4 PBG vornehmen. Ein eigentliches Prüfrecht bzw. ein vollumfängliches Einsichtsrecht der Kantone sei demgegenüber nicht vorgesehen. Nichts anderes ergebe sich aus der Verordnung des UVEK vom 18. Januar 2011 über das Rechnungswesen der konzessionierten Unternehmen (RKV; SR 742.221), die allein dem Bund bzw. dem BAV ein Prüfrecht einräume, während den beteiligten Kantonen nur ein Auskunftsrecht zustehe, das sich einzig auf das Rechnungswesen und die Verkehrsstatistik beziehe. Diese «systematische Trennung» entspreche im Übrigen auch dem Leitgedanken des SuG, das in Art. 8 bezüglich Finanzhilfen der Kantone festhalte, dass die Tätigkeit der Behörden zu koordinieren und mehrfacher Verwaltungsaufwand zu vermeiden sei. Das Bundesrecht sehe somit eine abschliessende Regelung zur Prüftätigkeit im Bereich des regionalen Personenverkehrs vor. Für entgegenstehende Regelungen der Kantone bestehe kein Raum. Die bundesrechtlichen Regelungen gingen gestützt auf Art. 49 Abs. 1 BV den Bestimmungen des aKFKG vor. Der Finanzkontrolle komme somit keine Kompetenz zur vollumfänglichen Einsicht in die Geschäftsunterlagen der BLS AG zu (Beschwerde Rz. 18 ff.; Replik Rz. 29 ff.; Bemerkun-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 27 gen vom 16.11.2020 Rz. 10). – Die Finanzkontrolle hält dem im Wesentlichen entgegen, nach Art. 6 RKV in der hier zu beachtenden aktuellen Fassung seien die Bestellerkantone ausdrücklich zur Vornahme einer subventionsrechtlichen Prüfung befugt. Nichts anderes habe aber nach bisherigem Recht gegolten. Die Behauptung der BLS AG, dass allein dem BAV das Recht zur Vornahme einer umfassenden subventionsrechtlichen Prüfung zustehe, sei unzutreffend (Vernehmlassung Rz. 30 ff.; vgl. auch Duplik Rz. 14 ff.).

#### **E. 4.2**

Der Grundsatz des Vorrangs von Bundesrecht nach Art. 49 Abs. 1 BV schliesst in Sachgebieten, welche die Bundesgesetzgebung abschliessend regelt, eine Rechtsetzung durch die Kantone aus. In Sachgebieten, die das Bundesrecht nicht abschliessend ordnet, dürfen die Kantone nur solche Vorschriften erlassen, die nicht gegen Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen und dessen Zweck nicht beeinträchtigen oder vereiteln (BGE 148 I 198 E. 3.4 [Pra 111/2022 Nr. 64], 147 III 351 E. 6.1.1 [Pra 111/2022 Nr. 21], 146 II 309 E. 4.1 [Pra 109/2020 Nr. 73], 138 I 356 E. 5.4.2). Auch wenn eine bundesrechtliche Regelung in einem bestimmten Bereich umfassend ist, kann ein kantonales Gesetz im gleichen Bereich Bestand haben, wenn es ein anderes Ziel verfolgt als jenes nach Bundesrecht. Kantonale Zuständigkeiten bestehen zudem weiter, wenn sie in der einschlägigen Bundesgesetzgebung ausdrücklich vorgesehen sind. Im Übrigen können den Kantonen Kompetenzen verbleiben, die sich aufgrund von Art. 46 BV aus dem Vollzug des Bundesrechts ergeben. Nur wenn die Bundesgesetzgebung jegliche Regelung ausschliesst, erlischt die Zuständigkeit des Kantons selbst zum Erlass ergänzender Bestimmungen, die dem Bundesrecht nicht widersprechen oder sogar mit diesem im Einklang stehen (zum

Ganzen BGE 143 I 109 E. 4.2.2 [Pra 106/2017 Nr. 69], 140 I 218 E. 5.1 [Pra 104/2015 Nr. 1], 139 I 242 E. 3.2). Ob eine bundesrechtliche Regelung abschliessenden bzw. ausschliesslichen Charakter hat oder Raum für kan- tonales Recht belässt, bedarf einer Auslegung der verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsnormen und der darauf gestützten Bestimmungen (vgl. BGE 138 I 356 E. 5.4.2; Bernhard Waldmann, in Basler Kommentar, 2015, Art. 49 BV N. 15, 19; Pierre Tschannen, a.a.O., N. 858).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 28

### **E. 4.3**

Die vom Kanton Bern an die BLS AG ausgerichteten Abgeltungen fussen auf Art. 28 PBG. Auf Abgeltungen, die ihre Grundlage im Bundesrecht haben, findet wie erwähnt grundsätzlich das SuG Anwendung (Art. 2 Abs. 1 SuG; vorne E. 3.7 und hinten E. 4.10). Abweichende Bestimmungen in an- deren Bundesgesetzen gehen dem SuG jedoch vor (Art. 2 Abs. 2 SuG; BGE 144 V 224 E. 6.3.1). Aus dem Bundespersonenbeförderungsgesetz ergibt sich Folgendes: Nach Art. 52 PBG untersteht die Personenbeförde- rung im öffentlichen Verkehr der Aufsicht des BAV. Deren Inhalt ist nament- lich in Art. 37 PBG geregelt, der den Titel «Subventionsrechtliche Prüfung durch die Aufsichtsbehörde» trägt; die Bestimmung lautet im Einzelnen wie folgt: 1 Die Rechnungen und Bilanzen sind auf Ende des Geschäftsjahres abzuschliessen. Unternehmen, die von der öffentlichen Hand Bei- träge oder Darlehen erhalten, reichen die Jahresrechnung mit den dazugehörigen Nachweisen dem BAV ein. Das BAV kann von den Unternehmen zusätzliche Unterlagen verlangen. 2 Das BAV prüft periodisch oder nach Bedarf, ob die Rechnungen mit den gesetzlichen Vorschriften und den darauf basierenden Vereinba- rungen über Beiträge und Darlehen der öffentlichen Hand überein- stimmen. Es umschreibt den Prüfumfang näher. Die subventions- rechtliche Prüfung durch die Aufsichtsbehörde ergänzt die Prüfung der Revisionsstelle des Unternehmens. 3 Das Unternehmen publiziert den Befund der subventionsrechtlichen Prüfung in seinem Geschäftsbericht.

### **E. 4.4**

Anders als in der ursprünglichen werden in der aktuellen Fassung von Art. 6 Abs. 1 RKV neben den Abgeltungen, Beiträgen oder Darlehen des Bundes neu auch jene der Kantone erwähnt und müssen die Transportun- ternehmen die Jahresrechnung (inkl. Beilagen) neben dem Bund nun aus- drücklich auch den «betreffenden Kantonen» zur subventionsrechtlichen Prüfung einreichen. In der neuen Fassung fällt sodann die subventionsrecht- liche Prüfung in Form der Rechnungsgenehmigung durch das BAV weg, hin- gegen müssen die Unternehmen neu eine «Erklärung der Einhaltung der subventionsrechtlichen Grundsätze» sowie die «Linienerfolgsrechnungen al- ler Sparten» (inkl. Summen pro Sparte sowie Abgrenzungen zur Finanz- buchhaltung) einreichen. Die Unterlagen bzw. Nachweise sind jedoch erst nach der Genehmigung durch die Generalversammlung, das heisst in ihrer endgültigen Fassung einzureichen. Anders als bisher sind nun die «Bestel-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 31 ler» befugt, im Rahmen ihrer Prüftätigkeit weitere Unterlagen zu verlangen (zuvor war nur das BAV erwähnt, vgl. aArt. 6 Abs. 3 RKV).

### **E. 4.5**

Die BLS AG ist der Auffassung, der revidierte Art. 6 RKV sei hier nicht anwendbar, da nach den intertemporalen Grundsätzen das im Verfügungszeitpunkt am 24. April 2020 geltende Recht, mithin aArt. 6 RKV massgeblich sei. Selbst wenn die neue Fassung massgeblich wäre, müsse dieser die Anwendung versagt bleiben, da zum einen im PBG keine Delegationsnorm existiere, die den Ordnungsgeber ermächtige, eine von Art. 37 PBG abweichende Zuständigkeitsordnung zur subventionsrechtlichen Prüfung zu schaffen; auf dem Ordnungsweg könne gemäss Art. 35 Abs. 2 PBG einzig die Auskunftspflicht, jedoch nicht die Kompetenz zur Vornahme einer subventionsrechtlichen Prüfung konkretisiert werden. Zum anderen seien die Voraussetzungen für eine hier vorliegende echte Rückwirkung nicht gegeben (Replik Rz. 13 ff.; Bemerkungen vom 16.11.2020 Rz. 6 ff.).

#### **E. 4.6**

Soweit die BLS AG rügt, Art. 35 Abs. 2 PBG genüge nicht als Delegationsnorm für Art. 6 RKV, erweist sich dieser Einwand als unbegründet. Wie aus den nachfolgenden Erwägungen hervorgeht (hinten E. 4.8 f.), schliesst Art. 37 PBG kantonale Bestimmungen zur Kontrolle von Staatsbeiträgen nicht aus, weshalb keine Rede davon sein kann, der Ordnungsgeber habe mit Art. 6 RKV eine davon «abweichende Zuständigkeitsordnung» geschaffen. Ohnehin hält sich die Bestimmung an den von Art. 35 Abs. 2 PBG als Delegationsnorm gesetzten Rahmen, zumal die Grundsätze der Gesetzesdelegation in der hier betroffenen Leistungsverwaltung nur in herabgesetztem Mass gelten; insbesondere sind die Anforderungen an die Bestimmtheit der formell-gesetzlichen Grundlage geringer (BGE 138 I 378 E. 7.2; VGE 2017/77 vom 13.3.2018 E. 4.1). Art. 35 Abs. 2 PBG unterscheidet hinsichtlich des Umfangs der Auskunftspflicht nicht zwischen Bund und Kantonen. Der Ordnungsgeber ist damit befugt, die Auskunftspflicht gegenüber den Kantonen gleich zu regeln wie jene gegenüber dem Bund (Art. 37 PBG), was er mit Art. 6 RKV denn auch getan hat.

#### **E. 4.7**

Zur Frage des anwendbaren Rechts ist Folgendes festzuhalten:

##### **E. 4.7.1**

Die RKV enthält für die hier interessierenden Fragen keine Übergangsbestimmungen (Art. 23 Bst. b RKV bezieht sich einzig auf den revidier-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 32 ten Art. 6 Abs. 1 Bst. a RKV über die Erklärung der Einhaltung der subventionsrechtlichen Grundsätze). Folglich beurteilt sich die Rechtmässigkeit von Verwaltungsakten grundsätzlich nach der Rechtslage im Zeitpunkt ihres Ergehens (vgl. vorne E. 3.1). Die Finanzkontrolle hat am 24. April 2020 und damit in einem Zeitpunkt verfügt, in welchem an sich noch aArt. 6 RKV galt. Der Ordnungsgeber hat aber die Änderungen vom 1. Mai 2020 rückwirkend per 1. Januar 2020 in Kraft gesetzt (AS 2020 S. 1653), womit die vorliegende Sache in den zeitlichen Geltungsbereich von Art. 6 RKV in der revidierten Fassung fällt. Die BLS AG ist allerdings der Ansicht, die rückwirkende Inkraftsetzung der Änderungen der RKV verstosse gegen das Rückwirkungsverbot; aus diesem Grund bleibe aArt. 6 RKV anwendbar.

##### **E. 4.7.2**

Nach allgemeinen Grundsätzen entfalten Erlasse ihre Wirkungen grundsätzlich nur für Sachverhalte, die sich nach ihrem Inkrafttreten ereignet haben. Wenn neues Recht auf einen Sachverhalt angewendet wird, der sich abschliessend vor Inkrafttreten dieses Rechts verwirklicht hat, liegt eine echte Rückwirkung vor. Eine solche ist grundsätzlich unzulässig, denn sie führt dazu, dass ein Sachverhalt im Nachhinein neuen Regeln unterstellt wird, wobei die von der Rückwirkung Betroffenen keine Möglichkeit hatten, sich auf die künftige Rechtslage einzustellen, was der Rechtssicherheit, dem Gleichheitsgebot sowie dem Vertrauensschutz widerspricht (Art. 8 und 9 BV). Soll ein Erlass ausnahmsweise dennoch rückwirkend Geltung haben, so muss die Rückwirkung im fraglichen Erlass ausdrücklich angeordnet oder klar gewollt, durch triftige Gründe gerechtfertigt sowie zeitlich mässig sein und darf keine stossenden Rechtsungleichheiten und keinen Eingriff in wohl- erworbene Rechte bewirken (BGE 147 V 156 E. 7.2.1; BVR 2011 S. 220 E. 5.2, 2008 S. 289 E. 6.2). Liegt hingegen ein zeitlich offener Sachverhalt vor, mithin ein Vorgang, der zwar unter altem Recht eingesetzt hat, bei In- krafttreten des neuen Rechts aber noch fort dauert, ist die Anwendung neuen Rechts grundsätzlich zulässig, sofern nicht wohl erworbene Rechte bzw. der Grundsatz des Vertrauensschutzes entgegenstehen (sog. unechte Rückwir- kung; BGE 148 II 1 E. 5.1, 144 II 427 E. 9.2.1, 138 I 189 E. 3.4; BVR 2021 S. 530 E. 2.2, 2016 S. 293 E. 4.4.1, je mit weiteren Hinweisen; zum Ganzen Michel Daum, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 25 N. 8).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 33

### **E. 4.7.3**

Eine (grundsätzlich) verpönte Rückwirkung würde nach dem Gesag- ten dann vorliegen, wenn sich der massgebliche Sachverhalt vor dem 1. Ja- nuar 2020 abschliessend verwirklicht hätte. Art. 6 Abs. 1 RKV knüpft für die subventionsrechtliche Prüfung an den Empfang von Abgeltungen als Dauer- sachverhalt an (vgl. Georg Müller, Zulässigkeit der begünstigenden Rückwir- kung, in ZBl 2017 S. 268 ff., 269), welcher regelmässig überprüft wird. Ab- gestellt wird zudem auf die definitive Fassung der Jahresrechnung des Vorjahres, die allerdings von der Generalversammlung erst während des laufenden Jahres genehmigt wird. Auch insofern liegt im Zeitpunkt des In- krafttretens kein abgeschlossener Sachverhalt vor. Eine echte Rückwirkung könnte nur insofern zur Diskussion stehen, als die revidierte RKV auf diesen zeitlich offenen Sachverhalt nicht bloss für die Zukunft, sondern rückwirkend für die Zeit vor ihrer Inkraftsetzung am 1. Mai 2020 zur Anwendung gelangt (vgl. BVR 2013 S. 282 E. 2.7; Madeleine Camprubi, Ungeschriebene Gren- zen der Rückwirkung von Rechtssätzen in der Schweiz, 2020, S. 158 f. mit Hinweisen). Wie es sich damit im Einzelnen verhält, muss nicht abschlies- send geklärt werden: Da das bisherige und das neue Recht in Bezug auf die hier interessierenden Fragen inhaltlich zu keinen unterschiedlichen Beur- teilungen führen (E. 4.8 f. hiernach), ist es in materieller Hinsicht nicht von Belang, auf welches Recht abgestellt wird (vgl. auch BVR 2021 S. 530 E. 2.2, 2005 S. 203 E. 2).

### **E. 4.8.1**

Zwar erwähnt Art. 37 PBG, der die «Subventionsrechtliche Prüfung durch die Aufsichtsbehörde» regelt, gemäss seinem Wortlaut (auch in den französischen und italienischen Sprachfassungen) einzig das BAV, während die Bestellerkantone nicht ausdrücklich genannt werden. Auch in aArt. 6 Abs. 1 und 3 RKV wird in diesem

Zusammenhang lediglich das BAV aufgeführt. Allein daraus kann aber entgegen der Ansicht der BLS AG nicht darauf geschlossen werden, dass kein Raum für kantonale Bestimmungen zur Staatsbeitragsprüfung besteht. Vielmehr müsste die Bundesgesetzgebung jegliches kantonales Recht in diesem Bereich ausschliessen (vorne E. 4.2). Aus den Materialien zu den angeführten Bestimmungen ergeben sich jedoch keine Anhaltspunkte, dass der Gesetz- bzw. Verordnungsgeber ein alleiniges Prüferecht des BAV statuieren und den Kantonen bewusst untersagen

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 34 wollte, eigene subventionsrechtliche Prüfungen vorzunehmen. Zwar könnte aufgrund von Art. 5 RKV auf den ersten Blick der Eindruck entstehen, die Auskunftspflicht gegenüber den Kantonen beziehe sich lediglich auf das Rechnungswesen und die Verkehrstatistik. Indessen ging der Verordnungsgeber offenbar bereits beim Erlass der RKV davon aus, dass die (weitergehende) Auskunftspflicht nach aArt. 6 Abs. 3 auch ohne ausdrückliche Erwähnung der Kantone diesen gegenüber ebenfalls gelte (vgl. Gegenüberstellung mit Erläuterungen der RKV und deren Vorgängererlass, der Verordnung des [damaligen] Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartements [EVED] vom 18. Dezember 1995 über das Rechnungswesen der konzessionierten Transportunternehmungen [REVO; AS 1996 I 458 ff.] S. 3, einsehbar unter: <www.bav.admin.ch>, Rubrik «Suchen»). Dies steht im Einklang mit der Delegationsnorm von Art. 35 Abs. 2 PBG, welche das UVEK ermächtigt, die Auskunftspflicht gegenüber Bund und Kantonen im gleichen Umfang zu regeln (vorne E. 4.6). Schliesslich wird dieses Normverständnis systematisch durch aArt. 6 Abs. 4 RKV gestützt, wonach die endgültigen Ausweise nach aArt. 6 Abs. 2 RKV auch den Kantonen, die den Transportunternehmen Abgeltungen gewährt haben, zuzustellen sind, auch wenn anders als bei aArt. 6 Abs. 1 RKV nicht eigens erwähnt wird, dass die Unterlagen «zur subventionsrechtlichen Prüfung» zu unterbreiten sind; dies ergibt sich bereits aus dem Titel der Vorschrift.

#### **E. 4.8.2**

Die Materialien zur Änderung der RKV vom 1. Mai 2020 führen zu keinem anderen Schluss. Hintergrund der Revision bildet die sog. Postauto-Subventionsaffäre, aufgrund derer das BAV sein Aufsichtskonzept anpasste. Dabei fällt bei der subventionsrechtlichen Prüfung die bis anhin vorgesehene Genehmigung der Jahresrechnung durch das BAV weg (vorne E. 4.4). Den Erläuterungen des Verordnungsgebers lässt sich zu Art. 6 RKV entnehmen, mit dem Wegfall der Rechnungsgenehmigung könnten Bund und Kantone als Besteller gleichzeitig mit den definitiven Fassungen der Jahresrechnung und der dazugehörigen Nachweise bedient werden, und die vorgängige Einreichung von Entwürfen beim BAV erübrige sich. Damit entfalle auch die Pflicht zur nachträglichen Zustellung der endgültigen Nachweise an die Kantone nach aArt. 6 Abs. 4 RKV (Erläuterungen des BAV zur Änderung der RKV S. 3, einsehbar unter: <www.bav.admin.ch>, Rubriken «Publikationen/Vernehmlassungen/Abgeschlossene Verfahren/Änderung der RKV»).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 35 Dass nun in Art. 6 Abs. 1 und 3 RKV nicht mehr nur das BAV, sondern ausdrücklich die «betreffenden Kantone» bzw. die «Besteller» genannt werden, scheint folglich allein auf den Wegfall der Rechnungsgenehmigung und die damit verbundene Änderung der zeitlichen Abläufe beim Einreichen der Jahresrechnung (samt Nachweisen) zurückzuführen zu sein. Jedenfalls finden sich in den Erläuterungen keinerlei Hinweise,

dass der Verordnungsgeber den Kantonen neu die Befugnis zur subventionsrechtlichen Prüfung einräumen wollte (so auch Stöckli/Joller, a.a.O., S. 206 f. Fn. 321). Dies wäre aber zu erwarten gewesen, wenn mit der Revision eine Anpassung von dieser Tragweite beabsichtigt gewesen wäre. Die dargelegte Lesart entspricht im Übrigen auch dem Verständnis des BAV, das bereits vor der Änderung der RKV davon ausging, dass neben dem BAV und der EFK auch die kantonalen Finanzkontrollen zu «vertieften subventionsrechtlichen Prüfungen» befugt seien (vgl. BAV-News Nr. 58 März 2018, einsehbar unter: <www.bav.admin.ch>, Rubriken «Publikationen/BAV-News/Ausgabe März 2018»; vgl. damit übereinstimmend auch das Konzept der EFK für die Koordination der Aufsichtstätigkeiten im öffentlichen Verkehr vom Oktober 2010 [Vernehmlassungsbeilage 43]).

### **E. 4.8.3**

In die gleiche Richtung weist das künftige Recht: Am 4. Juni 2021 hat der Bundesrat die Botschaft zur Änderung des PBG (Reform des regionalen Personenverkehrs und der Rechnungslegung) verabschiedet (BBl 2021 1485). Der Gesetzesentwurf sieht vor, dass die konzessionierten Transportunternehmen den Gemeinwesen, von denen sie Finanzhilfen oder Abgeltungen erhalten, den Geschäftsbericht einschliesslich weiterer Unterlagen vorzulegen haben. Auf Verlangen müssen sie diesen Gemeinwesen zusätzliche Unterlagen vorlegen und Auskünfte erteilen (Art. 35 Abs. 1 des Entwurfs; BBl 2021 1486). Auch hier lässt sich der Botschaft an keiner Stelle entnehmen, dass damit den beteiligten Kantonen gegenüber dem geltenden Recht neue Aufsichtsbefugnisse eingeräumt werden sollen. Im Gegenteil wird laut Botschaft mit der Vorlage die Kompetenzverteilung im Bereich der Aufsicht «nicht angepasst». Weiter wird auf die Feststellungen der Geschäftsprüfungskommission des Ständerats im Nachgang zur Postauto-Subventionsaffäre Bezug genommen, wonach die Hauptverantwortung für die Beaufsichtigung des subventionierten regionalen Personenverkehrs beim BAV liege. Zu verbessern sei die Koordination zwischen Bund und Kantonen. Im Rah-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 36 men des zu erarbeitenden neuen Controlling-Konzepts des BAV werde eine vertiefte Klärung der Rollen von Bund und Kantonen bei der Prüfung der Offerten sowie der Jahresrechnungen vorgenommen. Weiter erfolge jährlich ein formalisierter Austausch zwischen der EFK, einigen kantonalen Finanzkontrollen und der Revisionsstelle des BAV (BBl 2021 1485 S. 17 betreffend Erledigung des Postulats 19.4387 GPK-SR, Kompetenzverteilung im Bereich der Aufsicht über den regionalen Personenverkehr). Diese Feststellungen, die sich auf die Rechtslage vor der Änderung der RKV am 1. Mai 2020 beziehen, unterstreichen, dass nach allgemeinem Verständnis den Kantonen bzw. den kantonalen Finanzkontrollorganen neben den Bundesbehörden bereits nach bisherigem Recht eigene Prüfkompetenzen zustehen.

### **E. 4.9**

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass Art. 37 PBG und aArt. 6 RKV auch ohne ausdrückliche Erwähnung von eigenen subventionsrechtlichen Prüfrechten der Bestellerkantone mit entsprechenden Auskunftspflichten der Transportunternehmen ausgehen. Doch selbst wenn dies anders zu beurteilen wäre, würden die bundesrechtlichen Bestimmungen kantonale Kompetenzen in diesem Bereich weder ausdrücklich noch stillschweigend ausschliessen. Sie regeln die Materie insofern nicht abschliessend und äussern sich nicht zu den

Befugnissen der kantonalen unabhängigen Finanzkontrollbehörden – wie im Übrigen auch nicht zu jenen der EFK. So hat die Finanzaufsicht Finanzgebaren auf der jeweiligen staatlichen Ebene im Blick und stellt keine «Verbundaufgabe» bzw. gemeinsame Aufgabe dar (Grüter/Riedi, Finanzaufsicht und Finanzkontrolle, in Andreas Lienhard [Hrsg.], Finanzrecht, 2011, S. 444 ff., 532 N. 175; Lienhard/Mächler/Zielniewicz, Öffentliches Finanzrecht, 2017, S. 397; zur Koordination aufsichtsrechtlicher Tätigkeiten hinten E. 6.5.2). Während auf Bundesebene das Bundesgesetz vom 28. Juni 1967 über die Eidgenössische Finanzkontrolle (Finanzkontrollgesetz, FKG; SR 614.0) zur Anwendung gelangt, richten sich die Aufsichtsbefugnisse der kantonalen Finanzkontrollbehörden primär nach kantonalem Recht (vgl. auch BGE 143 I 109 E. 6.4.2 [Pra 106/2017 Nr. 69], wonach sich die Kantone gegenüber ihren Transportunternehmen Interventions- und Aufsichtsmöglichkeiten vorbehalten können). Zusammenfassend ergibt sich, dass die kantonalrechtlichen Aufsichts- und Einsichtsbefugnisse der Finanzkontrolle nach Art. 14 Bst. d und e i.V.m. Art. 16 Bst. a und Art. 19 aKFKG dem Personenbeförderungsrecht des Bundes nicht widersprechen.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 37

#### **E. 4.10**

Zu keinem anderen Ergebnis führt eine Konsultation des SuG: Dieses sieht in Art. 11 in der hier massgeblichen und bis zum 31. Dezember 2020 gültigen (ursprünglichen) Fassung (AS 1991 S. 857; nachfolgend: aArt. 11 SuG; vgl. auch den inhaltlich unveränderten Art. 15c in der seit 1.1.2021 geltenden revidierten Fassung vom 21.6.2019, AS 2020 S. 641) ebenfalls eine Auskunftspflicht der Gesuchstellerin bzw. Subventionsempfängerin vor. Diese muss der zuständigen Behörde alle erforderlichen Auskünfte erteilen und hat ihr Einsicht in die Akten und den Zutritt an Ort und Stelle zu gewähren (Abs. 2). Die Auskunftspflicht gilt auch nach der Gewährung von Finanzhilfen und Abgeltungen, damit die zuständige Behörde die notwendigen Kontrollen durchführen und Rückforderungsansprüche abklären kann (Abs. 3). Sie ist umfassend (vgl. BBl 2019 S. 6985 ff., 7001) und unterscheidet sich folglich nicht von jener nach Art. 37 Abs. 1 PBG bzw. Art. 6 Abs. 3 bzw. aArt. 6 Abs. 3 RKV. Insofern gelangt auch das SuG zur Anwendung (Art. 2 Abs. 2 SuG; vorne E. 4.3). Im Übrigen kann daraus, dass in aArt. 11 Abs. 2 und 3 SuG von der «zuständigen Behörde» (Einzahl) die Rede ist, nicht abgeleitet werden, dass damit einzig das BAV gemeint ist (so aber Replik Rz. 31). Wer die «zuständige Behörde» ist, definiert das SuG nicht, sondern ergibt sich aus der Spezialgesetzgebung. Werden bundesrechtlich vorgesehene Abgeltungen durch die Kantone gewährt, kann es sich bei der «zuständigen Behörde» gestützt auf die einschlägige besondere Bundesgesetzgebung und das hierzu ergänzend erlassene kantonale Recht auch um eine kantonale Behörde handeln (so auch Stöckli/Joller, a.a.O., S. 199 f.; vgl. zum Begriff der Subventionsbehörde auch Etienne Poltier, Les subventions, in: Andreas Lienhard [Hrsg.], Finanzrecht, SBVR, Bd. X, Basel 2011, S. 393 N. 87). Soweit sich die BLS AG schliesslich auf Art. 8 SuG beruft, wonach die Tätigkeit der beteiligten Behörden zu koordinieren und mehrfacher Verwaltungsaufwand zu vermeiden ist, und (auch) daraus ein ausschliessliches Prüfrecht des BAV ableiten will, kann ihr ebenfalls nicht gefolgt werden. Dies schon deshalb, weil die Bestimmung nur auf Finanzhilfen und nicht auf (hier vorliegende) Abgeltungen anwendbar ist, zumal sich das 2. Kapitel des SuG ohnehin an Bundesrat und Bundesverwaltung als rechtsetzende Behörden richtet (vgl. Art. 4 SuG; August Mächler, Subventionsrecht, in Biaggini et al. [Hrsg.],

Verwaltungsrecht, 2015, N. 21.7; zur Koordination hinten E. 6.5.2).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 38

## **E. 5**

Vereinbarkeit mit Bundeszivilrecht

### **E. 5.1**

Die BLS AG bringt weiter vor, sie müsse als gemischtwirtschaftlich organisierte Aktiengesellschaft nach privatem Recht alle Aktionäre gleichbehandeln. Die im öffentlichen Bundesrecht vorgesehenen Prüf- und Einsichtsbefugnisse des BAV würden insofern dem Aktienrecht vorgehen, weshalb sie der Bundesbehörde vollumfängliche Einsicht zu gewähren habe. Demgegenüber fehle es für die kantonalen Prüforgane an einer entsprechenden bundesrechtlich eingeräumten Kompetenz, weshalb der Verwaltungsrat der BLS AG diesen «aus aktienrechtlichen Gründen» keine weitergehenden Rechte einräumen dürfe (Beschwerde Rz. 46). – Die Finanzkontrolle hält dem entgegen, der Kanton trete hier nicht in seiner Rolle als Aktionär, sondern als Finanzkontrolle auf. Es sei für eine subventionsrechtliche Prüfung unerheblich, welche Rechtsform die BLS AG aufweise, zumal es um die rechtmässige Verwendung von Steuergeldern gehe. Wäre dem nicht so, könnten sich privatrechtlich organisierte Subventionsempfängerinnen unter Verweis auf ihre Rechtsform regelmässig der Überprüfung der rechtmässigen Verwendung von Subventionen entziehen (Vernehmlassung Rz. 60).

### **E. 5.2**

Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts ist Sache des Bundes (Art. 122 Abs. 1 BV). Dabei handelt es sich um eine umfassende Kompetenz mit nachträglich derogatorischer Kraft (BVR 2020 S. 17 E. 6.2; Christoph Leuenberger, in St. Galler Kommentar zur BV, 3. Aufl. 2014, Art. 122 N. 4). In ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen werden die Kantone durch das Bundeszivilrecht hingegen nicht beschränkt (Art. 6 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210]). Eine Materie kann daher sowohl von Regeln des Bundeszivilrechts wie von solchen des kantonalen öffentlichen Rechts erfasst werden. Kantonale Regelungen sind in diesem Fall zulässig, wenn der Bundesgesetzgeber die Materie nicht abschliessend regelt, die kantonale Regelung durch ein schutzwürdiges öffentliches Interesse begründet ist und sie nicht gegen Sinn und Geist des Bundesrechts verstösst oder dessen Durchsetzung beeinträchtigt oder vereitelt. In diesem Rahmen kann jedoch das kantonale öffentliche Recht das Bundesprivatrecht nicht nur ergänzen, sondern auch in seiner Tragweite beeinflussen; Art. 6 ZGB anerkennt insofern eine expansive Kraft des kantonalen öffentlichen Rechts (Lardelli/Vetter, in Basler Kommentar, 7. Aufl. 2022, Art. 6 ZGB N. 2).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 39 Auch wenn eine bundesrechtliche Regelung in einem bestimmten Bereich umfassend ist, kann ein kantonales Gesetz im gleichen Bereich Bestand haben, wenn es ein anderes Ziel anstrebt als das vom Bundesrecht verfolgte (zum Ganzen BGE 146 I 70 E. 5.2.1, 138 I 331 E. 8.4.3, je mit zahlreichen Hinweisen; BVR 2020 S. 17 E. 6.3; vgl. auch vorne E. 4.2).

### **E. 5.3**

Gemischtwirtschaftliche Unternehmen in der Form von Aktiengesellschaften wie die BLS AG unterstehen den Bestimmungen von Art. 620 ff. OR (BGE 116 II 158 E. 3a; BGer 1C\_22/2010 vom 6.10.2010 E. 3.3.2, auch zum Folgenden). An die darin enthaltene Organisations- und Zuständigkeitsordnung ist auch der Kanton in seiner Rolle als Aktionär gebunden (Bolz/Lienhard/Greuter, Einflussnahme der Politik auf städtische Aktiengesellschaften, Möglichkeiten und Grenzen, in *Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht*, Jahrbuch 2017/2018, 2018, S. 67 ff., 79, Müller/Friederich, Aufsicht, S. 92; ferner Arnold Marti, in *Zürcher Kommentar*, 3. Aufl. 1998, Art. 6 ZGB N. 283, sowie Andreas Stöckli, *Behördenmitglieder in den obersten Führungs- und Aufsichtsgremien von öffentlichen Unternehmen*, Diss. Freiburg 2012, S. 288 f., welche die Ordnung der Handelsgesellschaften bzw. das Gesellschaftsrecht als grundsätzlich abschliessend bezeichnen). Entsprechend dürfen sich nach wohl herrschender Lehrmeinung die Kantone keine «Sonderrechte» bzw. im Aktienrecht nicht vorgesehene Steuerungsinstrumente vorbehalten; stattdessen haben sie als Aktionäre die Aufsicht primär über die aktienrechtlichen Kontrollrechte (Art. 696 ff. OR) bzw. über das Stimmrecht an der Generalversammlung (Art. 692 ff. OR) und (gegebenenfalls) über einen abgeordneten Vertreter (Art. 762 OR) auszuüben (Patrick Freudiger, *Anstalt oder Aktiengesellschaft?*, Diss. Bern 2015, S. 123 f., 132 ff., 140 f., mit Hinweisen; Georg Müller/Stefan Vogel, *Rechtsgutachten betreffend Aufsicht und Oberaufsicht über verselbstständigte Träger von öffentlichen Aufgaben, insbesondere Regionale Spitalzentren*, in *Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht*, Jahrbuch 2011, 2012, S. 1 ff. [nachfolgend: *Gutachten*], 13 f.; Stöckli/Joller, a.a.O., S. 194 f., 222 ff.; Häfelin/Müller/Uhlmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8. Aufl. 2020, N. 1711; Andreas Lienhard, *Grundlagen der Public Corporate Governance*, in *Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht*, Jahrbuch 2008, 2009, S. 43 ff., 64 f.; ferner Bericht des Regierungsrats vom

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 40 24.10.2007 an den Grossen Rat betreffend Überprüfung der VKU-Grundsätze: Bericht über das Beteiligungscontrolling im Kanton Bern betreffend gemischtwirtschaftliche Unternehmen, S. 55 [VKU: Verhältnis des Kantons zu seinen öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmen]). Teilweise wird allerdings eine informationelle Privilegierung des staatlichen (Gross-)Aktionärs befürwortet (so etwa Patrick Freudiger, a.a.O., S. 121; Müller/Friederich, Aufsicht, S. 115 ff.; kritisch dazu Peter V. Kunz, *Kurzgutachten für die Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion des Kantons Bern [WEU] betreffend Aktienrechtsfragen zum Verhältnis zwischen Kanton Bern und BKW AG vom 2.6.2021*). Weiter wird gestützt auf das Ausgeführte vertreten, es stehe den Kantonen nicht zu, ihre öffentlichen Unternehmen in der Rechtsform der privatrechtlichen AG einer direkten (Rechnungs-)Kontrolle durch kantonale Finanzkontrollbehörden zu unterstellen, da sie dadurch die abschliessende aktienrechtliche Ordnung abändern würden. Insofern sei die Aufsichtstätigkeit der Finanzkontrollbehörden subsidiär und erfolge in erster Linie über den Kanton als Aktionär bzw. den allfälligen abgeordneten Vertreter im Verwaltungsrat der Gesellschaft (Patrick Freudiger, a.a.O., S. 351 ff., mit Bezug zum bernischen aKFKG; Stöckli/Joller, a.a.O., S. 195 f., auch zum Folgenden). Dieser Auffassung wurde Rechnung im revidierten KFKG getragen. So unterliegen Organisationen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts, an denen der Kanton beteiligt ist, nun ausdrücklich dem Aufsichtsreich der Finanzkontrolle (Art. 10 Bst. f KFKG). Die Finanzaufsicht ist aber auf die Überprüfung der Wahrnehmung der Aufsichts-

und Controllingaufgaben durch die zuständigen Stellen beschränkt (Art. 14 Abs. 3 KFKG; vgl. dazu Vortrag KFKG S. 7, 18; ferner bereits Vortrag aKFKG S. 21).

#### **E. 5.4**

Anders zu beurteilen ist die Sachlage dagegen, wenn es – wie hier – um die Kontrolle von Abgeltungen für den regionalen Personenverkehr geht, die der Gesellschaft von der öffentlichen Hand entrichtet wurden: Der Bundesgesetzgeber selber hat in diesem Bereich ergänzend zum Bundeszivil- bzw. Gesellschaftsrecht öffentlich-rechtliche Normen erlassen und spezielle Mitwirkungs- und Auskunftspflichten der Subventionsempfängerin festgelegt (vgl. Art. 37 Abs. 1 PBG; [a]Art. 6 RKV; aArt. 11 SuG bzw. Art. 15c SuG; vorne E. 4.3 f., 4.10), die ungeachtet von deren Rechtsform – also insbesondere auch bei einer privatrechtlichen AG – gelten. Insofern besteht im Bundeszivilrecht folglich keine abschliessende Regelung (für eine vergleichbare

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 41 Würdigung BGE 110 Ia 111 E. 3c betreffend zürcherischen Tarif über die Höchstansätze für den Maklerlohn; zum Begriff der abschliessenden Bundesregelung auch Arnold Marti, a.a.O., Art. 6 ZGB N. 248 ff. und insb. 255). Dementsprechend geht die herrschende Lehre davon aus, dass (auch) die Kantone bei der Prüfung von Subventionen besondere gesetzliche Kontrollrechte statuieren dürfen (vgl. Etienne Poltier, *Les entreprises d'economie mixte*, Diss. Lausanne 1982, S. 274 ff.; Patrick Freudiger, a.a.O., S. 137, 352 f.; Müller/Vogel, Gutachten, S. 17 f.; Andreas Stöckli, a.a.O., S. 294 f. mit weiteren Hinweisen; Stöckli/Joller, a.a.O., S. 195 f., 255 f., auch zum Folgenden). Wie bereits ausgeführt (vorne E. 4), lässt das einschlägige Bundesverwaltungsrecht Raum dafür. So unterstellt das revidierte KFKG Organisationen und Personen, die Staatsbeiträge oder andere kantonale Leistungen empfangen, anders als jene, an denen der Kanton lediglich beteiligt ist (E. 5.3 hiervor), der direkten Aufsicht der Finanzkontrolle (vgl. Art. 10 Bst. d i.V.m. Art. 14 Abs. 2 KFKG). Die kantonalen Aufsichtsbefugnisse bezwecken nicht eine Umgehung der aktienrechtlichen Vorgaben, namentlich des Gleichbehandlungsgebots aller Aktionärinnen und Aktionäre, sondern dienen der zweifellos im öffentlichen Interesse liegenden Überprüfung einer ordnungsgemässen, rechtmässigen und wirtschaftlichen Verwendung der zweckgebundenen öffentlichen Gelder. Der Kanton handelt insofern nicht in seiner Eigenschaft als Aktionär der Gesellschaft, sondern als Finanzaufsichtsbehörde; die Aufsicht knüpft denn auch nicht an die Rechtsform der Leistungsempfängerin an. Das Gleichbehandlungsgebot erscheint nicht tangiert, solange gewährleistet ist, dass die öffentliche Hand ihren Informationsvorsprung nicht zum Nachteil der anderen (privaten) Aktionärinnen und Aktionäre ausnützt (vgl. auch Stöckli/Joller, a.a.O., S. 256 f.). Nach dem Gesagten ist auch ausgeschlossen, dass die kantonalrechtlichen Aufsichts- und Einsichtsbefugnisse der Finanzkontrolle gegen Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen. Sie erweisen sich damit auch mit Blick auf das Bundeszivilrecht als zulässig.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 42

#### **E. 6**

Umfang der Mitwirkungspflicht und Verhältnismässigkeit der angeordneten Verpflichtung zur Offenlegung

##### **E. 6.1**

Die BLS AG rügt sodann, es sei nicht ersichtlich, inwiefern die Verwaltungsratsprotokolle erforderlich seien, um die Verwendung der ausgerichteten Staatsbeiträge zu prüfen. Hierfür seien die Jahresrechnung und die dazugehörigen Nachweise ausreichend. Die Prüfung der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats liege ausserhalb des Kompetenzbereichs der Finanzkontrolle. Die Herausgabe der Protokolle sei daher «exzessiv und nicht verhältnismässig», zumal diese auch Geschäftsgeheimnisse enthalten würden (Beschwerde Rz. 44 ff.; Replik Rz. 35, 46 f.). – Die Finanzkontrolle hält die Einsicht in die Protokolle der Jahre 2018 bis 2020 zur Beurteilung, wie das oberste Leitungsorgan der BLS AG mit den «Feststellungen der zu hohen Abgeltungen aufgrund des fehlerhaften Zinsglättungsmodells sowie den fehlenden Libero-Halbtaxerträgen» umgegangen sei, für «zwingend erforderlich». Sie bewege sich damit innerhalb ihrer Kompetenzen. Die Einsichtnahme sei auf drei Jahre beschränkt und erweise sich insbesondere vor dem Hintergrund, dass das «mutmassliche und zu überprüfende Fehlverhalten zu einem riesigen Schaden des Gemeinwesens» geführt habe, insgesamt als verhältnismässig. Die geltend gemachten Geschäftsgeheimnisse seien aufgrund von Art. 19 Abs. 1 Satz 1 aKFKG kein Hinderungsgrund. Im Übrigen könnten allfälligen (besonderen) Geschäftsgeheimnissen durch Schwärzung Rechnung getragen werden (Vernehmlassung Rz. 58 f.; Duplik Rz. 37 f., 50 ff.).

## **E. 6.2**

Die Finanzkontrolle prüft die Ordnungsmässigkeit der Rechnungsführung und der Rechnungslegung, die Rechtmässigkeit, die Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit, die Zweckmässigkeit sowie die Wirksamkeit der Haushaltsführung (Art. 3 Abs. 2 aKFKG; vgl. fürs neue Recht Art. 10 Bst. d i.V.m. Art. 14 Abs. 2 KFKG, wonach der Prüfungsumfang bei Staatsbeiträgen und anderen kantonalen Leistungen die Ordnungs- und Rechtmässigkeit sowie Zweckmässigkeit der Mittelverwendung umfasst; ebenso bereits Vortrag Teilrevision aKFKG S. 7). Die Prüfung der Ordnungsmässigkeit richtet sich in erster Linie nach dem Begriffsverständnis des Rechnungslegungsrechts. Die Grundsätze der ordnungsmässigen Buchhaltung und Rechnungsführung verlangen nicht nur rechnerische Richtigkeit, sondern etwa auch Zuverläss-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 43 sigkeit und Sicherheit der IT-Anwendungen sowie interne Kontrollsysteme. Für letztere sind bei der Aktiengesellschaft der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung verantwortlich (Grüter/Riedi, a.a.O., S. 485 f. N. 55; Lienhard/Mächler/Zielniewicz, a.a.O., S. 367). Bei der Prüfung der Rechtmässigkeit wird die Beachtung des Legalitätsprinzips untersucht, mithin die Einhaltung finanzrechtlich relevanter Bestimmungen der Verfassung, der Gesetze oder anderer Erlasse. Darunter fallen bspw. Fragen um die gesetzes- und tarifkonforme Erhebung der Gebühren oder die korrekte Abwicklung von öffentlichen Beschaffungen. Im Zusammenhang mit dem Informatikprojekt «Insieme» wurde auf Bundesebene etwa untersucht, ob innerhalb der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) Beschaffungsprozesse bestanden, welche die Erfüllung der gesetzlichen Bestimmungen sicherstellten, ob bei der Auftragsvergabe die beschaffungsrechtlichen Vorgaben eingehalten wurden und wer gegebenenfalls für Verstösse gegen die Vergaberegeln in welchem Umfang verantwortlich war (Lienhard/Mächler/Zielniewicz, a.a.O., S. 367; Grüter/Riedi, a.a.O., S. 486 N. 57). Im Rahmen der Zweckmässigkeit wird beurteilt, ob die gewählten Massnahmen zu den gesetzlichen Zielen führen (Lienhard/Mächler/Zielniewicz, a.a.O., S. 368; vgl. zum Ganzen auch Vortrag KFKG S.

17). Der mögliche Prüfungsumfang ist damit weit gefasst, was zugleich auf eine weitgehende Mitwirkungspflicht nach Art. 19 aKFKG hinweist. In dem Sinn machen Stöckli/Joller (a.a.O., S. 217, 258) darauf aufmerksam, dass Art. 19 aKFKG im Zusammenhang mit dem Aufsichtsbereich und dem möglichen Prüfungsumfang der Finanzkontrolle gesehen werden müsse. So zu schliessen deckt sich mit den umfassenden Mitwirkungspflichten des Transportunternehmens bzw. der Subventionsempfängerin nach Bundesrecht (vorne E. 4.10). Bei der Frage, was als angemessene Kontrolle erscheint, kommt der Finanzkontrolle zudem ein erheblicher Beurteilungs- bzw. Ermessensspielraum zu (vgl. Felix Uhlmann, Kontrolle von und in öffentlichen Unternehmen des Bundes unter besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen Post, in Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2018/2019, 2019, S. 89 ff., 101). Sie hat bei ihren Prüfungstätigkeiten allerdings den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren (Art. 5 Abs. 2 BV; vgl. für das neue Recht ausdrücklich Art. 12 Bst. c KFKG), d.h. ihre Anordnungen müssen zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet und erforderlich sein, und das verfolgte Ziel hat in einem vernünftigen Verhältnis zu den eingesetzten Mitteln zu stehen (sog.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 44 Zumutbarkeit bzw. Verhältnismässigkeit im engeren Sinn; statt vieler BGE 146 I 70 E. 6.4 ff.; BVR 2020 S. 17 E. 7.5.2). Der Mitwirkungspflicht sind insoweit Grenzen gesetzt, als das Ersuchen der Finanzkontrolle um Auskunft und Akteneinsicht den Empfängern von kantonalen Leistungen keine Belastungen auferlegen darf, die zur Bedeutung des Prüfgegenstands in keinem Verhältnis stehen. Die Einschätzung der Bedeutung einer Prüfungshandlung obliegt freilich grundsätzlich der Finanzkontrolle, ansonsten deren Unabhängigkeit in Frage gestellt wäre (vgl. Stöckli/Joller, a.a.O., S. 218, 257).

### **E. 6.3**

Die Finanzkontrolle verlangt einerseits vollumfängliche Einsicht in die Geschäftsunterlagen, soweit dies zur Überprüfung der Verwendung der vom Kanton Bern gewährten Staatsbeiträge notwendig ist. Dass sie sich damit ausserhalb ihres Prüfungsbereichs bewegen würde, stellt die BLS AG zu Recht nicht in Frage. Andererseits fordert sie die BLS AG auf, ihr die Protokolle des Verwaltungsrats (inkl. seiner Ausschüsse) der Jahre 2018, 2019 und 2020 offenzulegen (Ziff. 1 und 2 der angefochtenen Verfügung; vorne Bst. A). Diese benötige sie «zur Beurteilung, wie das oberste Leitungsorgan [der BLS AG] mit den Feststellungen der zu hohen Abgeltungen aufgrund des fehlerhaften Zinsglättungsmodells sowie den fehlenden Libero-Halbtaxerträgen umgegangen» sei (Vernehmlassung Rz. 22) und ob die Korrekturen im Nachgang der internen Revision des BAV «im Quartal 1/2018 bzw. aufgrund der Feststellungen des AÖV während der Offertverhandlungen zur Angebotsvereinbarung 2020/2021 korrekt und vollständig vom Verwaltungsrat getragen» worden seien (Vernehmlassung Rz. 58; vgl. auch Duplik Rz. 38, Bemerkungen der Finanzkontrolle vom 2.8.2021 Rz. 11 sowie Eingabe vom 20.6.2022 Rz. 5). Soweit die BLS AG vorbringt, damit überschreite die Finanzkontrolle ihre Prüfkompetenzen, kann ihr nicht gefolgt werden: Wie gesehen ist der Prüfungsbereich weit gefasst. Dies gilt insbesondere für den Begriff der Rechtmässigkeit der Mittelverwendung, in dessen Rahmen ganz allgemein untersucht wird, ob finanzrechtlich relevante Bestimmungen eingehalten wurden (vgl. E. 6.2 hiervor). Darunter fällt auch die Beurteilung, ob der Verwaltungsrat mit Blick auf seine

unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben, innerhalb der Gesellschaft die Oberleitung, die Finanzverantwortung sowie die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen wahrzunehmen (Art. 716a Ziff. 1, 3 und 5 OR), nach Bekanntwer-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 45 den der Geschehnisse rund um die von der BLS AG zu viel bezogenen öffentlichen Gelder die Einhaltung der subventionsrechtlichen Bestimmungen genügend überwacht und sichergestellt hat. Weiter zielt die Frage, wie der Verwaltungsrat mit den festgestellten Mängeln umgegangen ist, auch auf die Implementierung geeigneter und ausreichender interner Kontrollsysteme ab, was (zugleich) Teil der Ordnungsmässigkeit der Rechnungsführung bildet. Insgesamt bewegt sich die Finanzkontrolle damit – auch mit Rücksicht auf den ihr zuzubilligenden Beurteilungs- und Ermessensspielraum – grundsätzlich innerhalb des Rahmens, den ihr Art. 3 Abs. 2 aKFKG eröffnet. Zu prüfen bleibt die Verhältnismässigkeit der verfügten Pflicht zur Herausgabe der fraglichen Geschäftsunterlagen und Verwaltungsratsprotokolle.

#### **E. 6.4**

Zur Frage, ob die verlangten Unterlagen zur Erreichung dieser Prüfungsziele geeignet und erforderlich sind, ist zunächst festzuhalten, dass die Verwaltungsratsprotokolle der Jahre 2018 bis 2020 ohne Weiteres ein taugliches Mittel darstellen, um das finanzkontrollrelevante Verhalten des Verwaltungsrats (und dessen Ausschüssen) nach dem Bekanntwerden der zu hohen öffentlichen Abgeltungen zu untersuchen. Namentlich können sie zur Beurteilung dienlich sein, ob der Verwaltungsrat im Nachgang zu den Vorkommnissen ausreichende Massnahmen ergriffen hat. Wenn die Finanzkontrolle zu diesem Zweck zusätzlich Einsicht in die Geschäftsunterlagen verlangt, soweit dies zur Staatsbeitragsprüfung notwendig ist, bewegt sie sich (auch) damit innerhalb des ihr zuzubilligenden Spielraums. Gegenteiliges wird von der BLS AG jedenfalls nicht substantiiert vorgebracht. Der Klarheit halber ist jedoch festzuhalten, dass sich Dispositiv-Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung in Bezug auf das Jahr 2020 sinnvollerweise nur auf im Verfügungszeitpunkt bereits vorhandene Protokolle beziehen kann (vgl. auch Vernehmlassung Rz. 22 mit Verweis auf Vernehmlassungsbeilage 30 [act. 4B]). Weiter geht die in Dispositiv-Ziffer 1 geforderte Herausgabe (Gewährung «volumfängliche[r] Einsicht in die Geschäftsunterlagen») trotz der Begrenzung auf Dokumente, die «zur Überprüfung der Verwendung der vom Kanton Bern gewährten Staatsbeiträge notwendig» sind, zwar weit. Wird jedoch berücksichtigt, dass sich die Anordnung mit Blick auf die Prüfungsziele der Finanzkontrolle (E. 6.3 hiervor) einschränkend auf die Jahre 2018 bis 2020 bezieht und dass (auch hier) nur bereits vorhandene Unterlagen erfasst werden, ist sie auch unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit nicht zu

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 46 beanstanden. Dasselbe gilt in Bezug auf die Verwaltungsratsprotokolle; ein milderes Mittel, das gleich tauglich wäre, ist nicht ersichtlich und wird von der BLS AG auch nicht zur Diskussion gestellt (zu allfälligen davon berührten Geschäftsgeheimnissen hinten E. 6.5.3).

#### **E. 6.5**

Weiter ist die Zumutbarkeit der angeordneten Herausgabe der Geschäftsunterlagen und Verwaltungsratsprotokolle zu prüfen.

### **E. 6.5.1**

Die BLS AG macht geltend, die Auffassung der Finanzkontrolle führe dazu, dass jedem der Bestellerkantone eine «eigenständige Prüfungs- und vollumfängliche Einsichtskompetenz» zukommen würde. Dies führe nicht nur zu einem mehrfachen Verwaltungsaufwand der Behörden, sondern sei auch mit einem unverhältnismässigen Aufwand für die BLS AG verbunden, was nicht der Wille des Gesetzgebers sei, der eine Konzentration von Prüfungsbefugnissen im regionalen Personenverkehr beim BAV vorsehe (Beschwerde Rz. 26). – Die Finanzkontrolle hält dem entgegen, Art. 12 Abs. 2 SuG sehe zwar eine Koordinationspflicht vor, wenn mehrere Behörden Leistungen an ein Vorhaben erbringen. Sie habe sich aber mit der EFK dahingehend abgesprochen, dass diese nur die korrekten Verbuchungen innerhalb der Spartenrechnung prüfe, während es ihr darum gehe, die Verantwortlichkeiten festzustellen. Es treffe somit nicht zu, dass die angefochtene Anordnung mit einem unverhältnismässigen mehrfachen Aufwand für die BLS AG verbunden sei, zumal der Aufwand geringer ausfalle, wenn sich diese kooperativ verhielte. Der ihr entstehende Aufwand würde zudem in keinem Verhältnis zur Sache stehen (Vernehmlassung Rz. 34 ff.).

### **E. 6.5.2**

Soweit die BLS AG mit der alleinigen Aufsichtskompetenz des BAV im regionalen Personenverkehr argumentiert, kann ihr nicht gefolgt werden (vorne E. 4). Wie ausgeführt (vorne E. 4.9), ist die Finanzaufsicht (wie auch die Kompetenz zur Gestaltung der Finanzen an sich) der jeweiligen Staatsebene zugeordnet und insofern keine gemeinsame Aufgabe der auf den verschiedenen föderativen Stufen involvierten Behörden. Für ein Nebeneinander von Aufsichtstätigkeiten besteht damit durchaus Raum. Jedoch gilt es Doppelspurigkeiten (wie auch Kontrolllücken) soweit wie möglich zu vermeiden, weshalb die Zusammenarbeit der eidgenössischen und kantonalen Finanzkontrollorgane von grosser praktischer Bedeutung ist (Grüter/Riedi, a.a.O., S. 532 N. 175 f.; Lienhard/Mächler/Zielniewicz, a.a.O., S. 397 f.,

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 47 auch zum Folgenden; vgl. auch PCG-Richtlinien S. 11). Eine eigentliche Pflicht zur Zusammenarbeit besteht jedoch in der Regel nicht. Art. 12 Abs. 2 SuG, auf den die Finanzkontrolle in diesem Zusammenhang verweist, hält fest, dass wenn mehrere Behörden Leistungen an ein Vorhaben erbringen, in der Regel jene Behörde das Vorgehen koordiniert, auf die voraussichtlich die grösste Finanzhilfe oder Abgeltung entfällt. Die Bestimmung bezieht sich nach ihrem Wortlaut auf die Gewährung von Subventionen durch mehrere Behörden. Ob sie darüber hinaus auch für die subventionsrechtliche Aufsicht massgeblich sein soll, ist zweifelhaft. Die Frage nach der Tragweite von Art. 12 Abs. 2 SuG muss jedoch nicht abschliessend geklärt werden und es kann offenbleiben, ob die Bestimmung hier anwendbar ist, weil so oder anders keine Überschneidung der Aufsichtstätigkeiten der EFK und der Finanzkontrolle erkennbar ist, die zu einem unzumutbaren Aufwand bei der BLS AG führen könnte. So beschränkte sich die Prüfung der EFK auf eine Aussage zur korrekten Verbuchung innerhalb der Spartenrechnungen für den regionalen Personenverkehr, und zwar hauptsächlich bezogen auf das Geschäftsjahr 2018 (EFK-Bericht Spartenrechnung S. 18). Die von der Finanzkontrolle beabsichtigte Prüfung (vgl. vorne E. 6.3) bildete nicht Gegenstand der Prüfungshandlungen der EFK. Entsprechend riet die EFK der Finanzkontrolle, sich mit ihren Prüfzielen direkt an die BLS AG zu wenden (vorne E. 2.6.8 und 2.7.2). Damit hat die Finanzkontrolle ihre

Aufsichtstätigkeit durchaus mit jener der EFK abgestimmt und Doppelspurigkeiten soweit möglich vermieden. Dasselbe gilt im Übrigen auf kantonaler Ebene: Auch hier hat sich die Finanzkontrolle mit dem AÖV verständigt und das Vorgehen koordiniert (vorne E. 2.6.6), nachdem sie zuvor bereits von der BVD direkt an die BLS AG verwiesen worden war (E. 2.6.3). Ohnehin stünde es der Finanzkontrolle als unabhängigem obersten Fachorgan der Finanzaufsicht (vorne E. 3.3) zu, auch eigenständig tätig zu werden, gerade wenn sie der Ansicht ist, dass die zuständige (kantonale) Fachdirektion ihre Aufsichtspflicht allenfalls nur ungenügend wahrnimmt oder ihr Informationen vorenthält (vgl. vorne E. 2.6.4; vgl. auch Müller/Friederich, Aufsicht, S. 108, in Bezug auf die parlamentarische Oberaufsicht). Es trifft nach dem Gesagten nicht zu, dass der BLS AG aufgrund der verfügbaren Offenlegung von Geschäftsunterlagen und Verwaltungsratsprotokollen ein unverhältnismässiger mehrfacher Aufwand entsteht. Vielmehr überwiegt das öffentliche Interesse, dass die Finanzkontrolle die ordnungs- und rechtmässige Verwendung der namhaften

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 48 kantonalen Abgeltungen im Nachgang zu den Vorkommissionen rund um die zu hohen Abgeltungen bei der BLS AG unabhängig und kritisch prüft, bei weitem die von der BLS AG geltend gemachten Interessen, den mit der Staatsbeitragsprüfung verbundenen (weiteren) Aufwand zu vermeiden. Dies muss umso mehr gelten, als die GPK im Rahmen ihrer Oberaufsichtstätigkeit (vorne E. 3.2) hinsichtlich der ungerechtfertigten Abgeltungen an die BLS AG selber aktiv geworden ist (vorne E. 2.7.5), woraus zumindest auf Anzeichen eines aufsichtsrechtlichen «Krisenfalls» geschlossen werden kann (dazu Müller/Friederich, Aufsicht, S. 108 f.).

### **E. 6.5.3**

An der Zumutbarkeit der angeordneten Offenlegung ändert nichts, dass die herausverlangten Dokumente allenfalls Geschäftsgeheimnisse enthalten, können sich doch kontrollierte Stellen, die wie hier der Mitwirkungspflicht unterliegen, nicht auf gesetzliche Geheimhaltungspflichten berufen (Art. 19 Abs. 1 Satz 2 aKFKG; Art. 28 Abs. 3 KFKG). Im Gegenzug zu dieser umfassenden Offenlegungspflicht unterliegt die Finanzkontrolle ihrerseits der Geheimhaltungspflicht, soweit sie Kenntnis von Tatsachen erhält, die gesetzlichen Geheimhaltungsbestimmungen unterliegen (Art. 19 Abs. 3 aKFKG; vorne E. 3.4; vgl. fürs neue Recht Art. 31 KFKG, wobei nun nach Abs. 3 zur Geheimhaltung auch ausdrücklich verpflichtet ist, wer über die Berichterstattung der Finanzkontrolle Kenntnis von Tatsachen erhält, die gesetzlichen Geheimhaltungspflichten unterliegen). Der Geheimnisschutz wird weiter dadurch gewährleistet, dass die Akten und die Berichterstattung der Finanzkontrolle sowie die Akten des Verfahrens bei Beanstandungen nicht öffentlich sind (Art. 28 Abs. 1 aKFKG; Art. 26 Abs. 1 KFKG; zur Tragweite dieser Bestimmungen als absolute Geheimhaltungsnormen VGE 2020/461 vom 16.11.2022 [zur Publ. bestimmt] E. 3; zum Ganzen auch Stöckli/Joller, a.a.O., S. 218 ff.).

### **E. 6.6**

Zusammenfassend bewegt sich die strittige Verpflichtung zur Offenlegung der Geschäftsunterlagen und Verwaltungsratsprotokolle innerhalb des durch Art. 3 Abs. 2 aKFKG abgesteckten Rahmens und erweist sich überdies als verhältnismässig.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 49

### **E. 7**

## Zulässigkeit der Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB

### E. 7.1

Umstritten ist schliesslich, ob es zulässig ist, die in Dispositiv-Ziffer 2 angeordnete Herausgabe der Verwaltungsratsprotokolle mit der Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB zu verbinden (Dispositiv-Ziff. 3; vorne Bst. A). Die BLS AG verneint dies mit der Begründung, die Strafandrohung sei an sie als Verfügungsadressatin gerichtet. Juristische Personen seien aber grundsätzlich nicht deliktstfähig, weshalb ihnen auch keine Bestrafung nach Art. 292 StGB angedroht werden könne (Beschwerde Rz. 48; ferner Replik Rz. 48). – Die Finanzkontrolle entgegnet, die Formulierung in Dispositiv-Ziffer 3 sei «selbstredend so zu verstehen, dass die Verzeigung gegen die fehlbaren Organe der BLS AG» erfolge, «und nicht gegen die Aktiengesellschaft». Im Übrigen sei die Verfügung auch dem (damaligen) Verwaltungsratspräsidenten der BLS AG eröffnet worden bzw. dieser sei mitadressiert (Vernehmlassung Rz. 63).

### E. 7.2

Gemäss Art. 292 StGB wird mit Busse bestraft, wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet. Der Anwendungsbereich dieser Blankettstrafnorm erstreckt sich auf sämtliche Rechtsgebiete, in denen Verfügungen erlassen werden (Riedo/Boner, in Basler Kommentar, 4. Auflage 2019, Art. 292 StGB N. 19). Wird die Strafe wie hier in der Sachverfügung angedroht, ergibt sich die Befugnis dazu aus der Verfügungskompetenz (Herzog/Sieber, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 116 N. 5). Zwar wird Art. 292 StGB teilweise auch auf juristische Personen angewandt. Diese Praxis setzt sich aber darüber hinweg, dass grundsätzlich nur natürliche Personen schuld- und straffähig sind und juristische Personen einzig dann strafrechtlich belangt werden können, wenn das Gesetz dies ausdrücklich vorsieht. Art. 102 StGB bildet insoweit keine ausreichende Grundlage, bezieht sich die Bestimmung doch allein auf Verbrechen und Vergehen, während Art. 292 StGB als Übertretung ausgestaltet ist. Gegenüber juristischen Personen darf deshalb auch nach dem Inkrafttreten des Unternehmensstrafrechts keine Bestrafung nach Art. 292 StGB angedroht werden. Stattdessen ist die Strafandrohung an die zuständigen Organe bzw. Vertreter zu richten (BVGer A-5225/2015 vom 12.4.2017 E. 6.1; Riedo/Boner, a.a.O., Art. 292

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 50 StGB N. 74 f. mit Hinweisen; Bernhard A. Isenring, in StGB/JStG Kommentar, 21. Aufl. 2022, Art. 292 N. 3a). Diese müssen allerdings nicht namentlich genannt werden; es genügt, wenn die Adressaten ohne Weiteres und unzweifelhaft bestimmbar sind (BGE 131 IV 32 [6S.124/2004 vom 10.11.2004] nicht publ. E. 1 [Pra 94/2005 Nr. 94], 78 IV 237, 239; Riedo/Boner, a.a.O., Art. 292 StGB N. 73; vgl. etwa auch BGE 96 II 257 E. 3b, wo das Bundesgericht ein Urteilsdispositiv von Amtes wegen dahingehend berichtigte, dass die Strafandrohung nicht die Beklagte als juristische Person, sondern ihre Organe betraf). Die Androhung einer Bestrafung im Sinn von Art. 292 StGB muss weiter verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV; Herzog/Sieber, a.a.O., Art. 116 N. 6; Riedo/Boner, a.a.O., Art. 292 StGB N. 17, 87; Bernhard A. Isenring, a.a.O., Art. 292 N. 5a). Sie rechtfertigt sich nur, wenn eine gewisse Gefahr besteht, dass den Anordnungen in der Verfügung nicht nachgekommen wird (BVGE 2015/44 E. 5.5.1; vgl. auch BGE 147 I 103 E. 10.4).

### E. 7.3

Adressatin der angefochtenen Verfügung ist hier grundsätzlich die BLS AG (vgl. Dispositiv-Ziff. 1 und 2; vorne Bst. A). In der Adresszeile wird allerdings zugleich der damalige Verwaltungsratspräsident aufgeführt. Auch in der Anrede ist er namentlich erwähnt. Es ist damit hinreichend klar erkennbar, dass sich die Androhung nicht an die juristische Person, sondern an die natürlichen Personen richten soll, die als Organe zur Vertretung der Gesellschaft befugt sind (vgl. Art. 718 OR). Insofern ist entgegen der BLS AG grundsätzlich von einer gültigen Strafandrohung auszugehen, die als Grundlage für die Strafbarkeit ihrer Organe im Widerhandlungsfall dienen kann, zumal nicht geltend gemacht wird, diese hätten von der Verfügung keine Kenntnis. Hingegen erweist sich die Androhung unter den gegebenen Umständen als unverhältnismässig: Zwar ist die Verbindung der Anordnung der Herausgabe der Verwaltungsratsprotokolle mit der Strafandrohung nach Art. 292 StGB grundsätzlich eine geeignete Massnahme; sie erscheint jedoch nicht erforderlich, um das in Dispositiv-Ziffer 2 Angeordnete durchzusetzen. So legt die Finanzkontrolle nicht dar und es ist auch nicht ersichtlich, inwieweit Anlass zur Befürchtung besteht, dass die BLS AG im Fall der (rechtskräftigen) Abweisung ihrer Beschwerde (wobei sie hauptsächlich den grundlegenden Einwand der fehlenden Prüfungs- bzw. Aufsichtszuständigkeit der Finanzkontrolle erhebt) der angefochtenen Verfügung nicht Folge leisten wird. Auch könnte die Massnahme grundsätzlich noch im Voll-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 51 streckungsverfahren ergriffen werden (vgl. Art. 116 Abs. 1 VRPG; vgl. auch BGer 4C.206/1999 vom 14.3.2000 E. 5b). Allerdings wäre (gleich wie im Fall der Anordnung in der Sachverfügung) mit Blick auf die vom BAV veranlasste Strafuntersuchung (vorne E. 2.7.4) der Frage vertiefter nachzugehen, ob der unter Strafandrohung angeordnete Vollzug der Herausgabe der Verwaltungsratsprotokolle mit dem in Art. 6 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK; SR 0.101) verankerten Grundsatz «nemo tenetur se ipsum accusare» vereinbar ist. Dabei scheint zwar eher zweifelhaft, aber nicht restlos klar, ob die Bestimmung auf die vorliegende Streitigkeit überhaupt anwendbar ist (vgl. dazu das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte [EGMR] 11663/04 vom 5.4.2012, Chambaz gegen Schweiz, Ziff. 36 ff.; zu diesem Urteil BGE 144 II 427 E. 2.3.1 f.; vgl. auch Frank Meyer, in Karpenstein/Mayer, EMRK Kommentar, 3. Aufl. 2022, Art. 6 N. 146 mit weiteren Hinweisen).

#### **E. 7.4**

Demnach kann nicht gesagt werden, die Strafandrohung nach Art. 292 StGB erweise sich als erforderlich, um das in Dispositiv-Ziffer 2 Angeordnete durchzusetzen. Die Beschwerde erweist sich folglich in diesem Punkt (im Ergebnis) als begründet.

#### **E. 8**

Ergebnis Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die BLS AG nach Art. 14 Bst. d und e i.V.m. Art. 16 Bst. a aKFKG der Aufsicht der Finanzkontrolle unterliegt und dieser gegenüber gestützt auf Art. 19 Abs. 1 aKFKG zur Mitwirkung verpflichtet ist (vorne E. 3). Diese Aufsichts- und Einsichtsbefugnisse der Finanzkontrolle nach kantonalem Recht widersprechen weder dem Personenbeförderungs- und Subventionsrecht des Bundes (vorne E. 4) noch dem Bundeszivilrecht (vorne E. 5). Die angeordnete Verpflichtung zur Offenlegung der Geschäftsunterlagen und Verwaltungsratsprotokolle (Dispositiv-Ziff. 1 und 2) ist auch verhältnismässig (vorne E. 6); hingegen ist die Verbindung des in Dispositiv-Ziffer 2 Angeordneten mit einer Strafandrohung nach Art. 292 StGB

(Dispositiv-Ziff. 3) nicht erforderlich und folglich unverhältnismässig (E. 7 hiervor). Die Beschwerde erweist sich damit als teilweise be-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 25.01.2023, Nr. 100.2020.196U, Seite 52 gründet, und Ziffer 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung ist aufzuheben; soweit weitergehend ist die Beschwerde abzuweisen.

## **E. 9**

**Kosten** Bei diesem Ausgang des Verfahrens obsiegt die Beschwerdeführerin nur in einem Nebenpunkt. Es rechtfertigt sich nicht, für das teilweise Obsiegen Kosten auszuscheiden. Für das verwaltungsgerichtliche Verfahren sind aber keine Verfahrenskosten zu erheben, da die BLS AG als Behörde im Sinn von Art. 2 Abs. 1 Bst. c VRPG und nicht in Vermögensinteressen betroffen ist (Art. 108 Abs. 2 Satz 1 und 2 VRPG). Parteikosten sind keine zu sprechen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 3 VRPG). Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.