

# **BVGer A-4488/2021 vom 7. August 2023**

Bundesverwaltungsgericht, 2023-08-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-4488\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-4488_2021)

FR: TAF A-4488/2021 du 7 août 2023

IT: TAF A-4488/2021 del 7 agosto 2023

## **Regeste**

Eisenbahnen (Übriges)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG, die von einer Vorinstanz gemäss Art. 33 Bst. d VGG erlassen wurde. Da keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der Beschwerde zuständig (Art. 31 VGG; vgl. auch Art. 35 des Subventionsgesetzes vom 5. Oktober 1990, SuG, SR 616.1). Die Zahlungen der Vorinstanz an die vbl AG sind Abgeltungen im Sinne von Art. 3 Abs. 2 SuG, weshalb das Subventionsgesetz zur Anwendung kommt (Art. 2 Abs. 1 SuG). Nach Art. 30 Abs. 1 SuG widerruft die zuständige Behörde eine Finanzhilfe- oder Abgeltungsverfügung, wenn sie die Leistung in Verletzung von Rechtsvorschriften oder aufgrund eines unrichtigen oder unvollständigen Sachverhalts zu Unrecht gewährt hat. Diese Bestimmung gilt sinngemäss auch für Finanzhilfe- und Abgeltungsverträge. Liegt wie hier ein öffentlich-rechtlicher Vertrag vor, erklärt die zuständige Behörde jedoch anstelle des Widerrufs den Rücktritt vom Vertrag (Art. 31 SuG). Ein solcher Rücktritt kann auch durch Verfügung erfolgen, womit anschliessend das Beschwerdeverfahren gemäss Art. 44 ff. VwVG zur Anwendung kommt (und nicht das Klageverfahren nach Art. 35 VGG; vgl. Urteile des BVGer B-5483/2014, B-7516/2014 vom 10. März 2016 E. 1.2. und B-8031/2015 vom 4. November 2019 E. 1.1). Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

### **E. 1.2**

Die Beschwerdeführerin hat sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt und ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung sowohl formell als auch materiell beschwert, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG).

### **E. 1.3**

Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist somit einzutreten.

### **E. 2**

Streitig ist, ob die Vorinstanz zu Recht von den Angebotsvereinbarungen mit der Beschwerdeführerin (respektive der damaligen vbl AG) der Jahre 2010 bis 2017 teilweise zurückgetreten ist. Sie tat dies im Umfang der aus ihrer Sicht in diesen Jahren zu viel bezogenen Abgeltungen. Im Ergebnis kommt dieses Vorgehen einem Widerruf der Abgeltungen im entsprechenden Umfang gleich (vgl. Art. 31 SuG). Zu prüfen ist, ob der

Widerruf zu Recht erfolgte, weil die Vorinstanz die Abgeltungen in Verletzung von Rechtsvorschriften oder aufgrund eines unrichtigen oder unvollständigen Sachverhalts zu Unrecht gewährte (Art. 30 Abs. 1 SuG; E. 5.1 ff.) und kein Grund für einen Verzicht auf den Widerruf vorlag (Art. 30 Abs. 2 SuG; E. 5.6). Sollte beides der Fall sein, ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin sich bezüglich des Berichts BAV oder der jährlichen, subventionsrechtlichen Prüfungen der Vorinstanz auf eine Vertrauensgrundlage berufen kann (E. 6). Schliesslich ist gegebenenfalls die Frage der Verjährung der Rückforderungen zu beurteilen (E. 7).

### **E. 3.00**

%

### **E. 3.1**

Die Vorinstanz führt aus, die in den Plankosten der vbl AG einberechneten kalkulatorischen Zinsen auf verschiedenen Positionen seien in dem Umfang, in dem sie die effektiv bei der VBL AG angefallenen Zinsen überstiegen, nicht unbedingt erforderlich im Sinne von Art. 14 Abs. 1 SuG und deshalb rechtlich unbegründet und unzulässig. Nur effektiv angefallene Zinsen und durch die Besteller genehmigte Eigenkapitalverzinsungen könnten angerechnet werden. Darüber hinaus hätten die kalkulatorischen Zinsen bei der Beschwerdeführerin zu einer Eigenkapitalverzinsung geführt. Eine Eigenkapitalverzinsung bedürfe jedoch einer ausdrücklichen Zustimmung der Besteller, die nie erteilt worden sei. Schliesslich hätten die konzernintern verrechneten kalkulatorischen Zinsen auch dazu geführt, dass die Vorschriften über die Gewinnverwendung umgangen respektive verletzt worden seien. Die sich aus der Planrechnung ergebenden ungedeckten Kosten hätten für die Fahrplanjahre 2010-2017 nicht den tatsächlich ungedeckten Kosten entsprochen. Für die Fahrplanjahre 2010-2017 seien von Bund, Kanton und Gemeinden Fr. 16'706'718.- an Abgeltungen zu viel entrichtet worden; die Abgeltungen sei damit in dieser Höhe in Verletzung von Rechtsvorschriften und aufgrund eines unrichtigen Sachverhalts ausgerichtet worden. Entsprechend sei der (teilweise) Widerruf der Abgeltungen zu verfügen. Die Voraussetzungen für einen Verzicht auf den Widerruf seien nicht gegeben, da die Rechtsverletzung geradezu beabsichtigt gewesen sei. Zwar treffe es zu, dass die von der vbl AG ausgewiesenen ungedeckten Kosten aufgrund der Rechnungsstellung durch die VBL AG formell tatsächlich entstanden seien. Jedoch sei eine wirtschaftliche Betrachtungsweise geboten (sogenannter Durchgriff), um eine Umgehung der Vorschriften beziehungsweise der Vorgaben der Gesetzgebung betreffend die abgeltungsberechtigten, ungedeckten Kosten sowie der Gewinnverwendung zu verhindern. Die vbl AG sei eine hundertprozentige Tochter der VBL AG gewesen und sei durch diese beherrscht worden. Die Organe der beiden Gesellschaften seien identisch zusammengesetzt gewesen. Im Geschäftsverkehr sei zudem oft nicht ersichtlich gewesen, ob ein Organ im Namen der VBL AG oder der vbl AG aufgetreten sei. Die Holdingstruktur sei mit dem Ziel errichtet worden, Gewinne und Dividenden an die Stadt Luzern als Eignerin zu sichern und dazu die Vorschriften über die Gewinnverwendung gemäss dem Personenbeförderungsgesetz zu umgehen. Die Beschwerdeführerin habe sich wiederholt geweigert, die effektiv anfallenden Kosten offenzulegen. Vor diesem Hintergrund sei ein Durchgriff auf die VBL AG angezeigt. Und selbst wenn ein Durchgriff abgelehnt würde, sei eine wirtschaftliche Betrachtung angezeigt, was zum gleichen Ergebnis führe. Die vbl AG, welche die konzessionierten und abgegoltenen Transporte ausgeführt habe, habe nicht über die notwendigen Ressourcen verfügt, um diese Leistungen zu erbringen. Sie sei vollumfänglich

davon abhängig gewesen, dass die VBL AG die Fahrzeuge und das Personal zur Verfügung gestellt habe. Die Vorinstanz führt weiter aus, die Beschwerdeführerin könne sich nicht auf den Vertrauensschutz berufen. So stelle der Bericht der Sektion Revision BAV vom 15. Mai 2012 keine vorbehaltlose behördliche Auskunft dar. Der Bericht weise darauf hin, dass die Besteller über die notwendigen Informationen verfügen müssten, um die Angemessenheit der vereinbarten Verrechnungssätze überprüfen und beurteilen zu können. Auch halte er fest, dass zur VBL AG nur punktuelle Auskünfte erteilt worden seien und diese bezüglich Interessenkonflikte und Informationen an die Besteller eine andere Meinung vertrete als das BAV. Der Bericht enthalte damit den ausdrücklichen Hinweis darauf, dass die Angemessenheit der vereinbarten Verrechnungssätze nicht habe überprüft werden können, da das BAV keine Einsicht erhalten habe. Die Beurteilung sei in Unkenntnis der bei der Beschwerdeführerin tatsächlich anfallenden Zinskosten erfolgt und könne daher weder als vollständig, noch als vorbehaltlos betrachtet werden. Zudem sei 2011 aus den Abweichungen zwischen den effektiven und den verrechneten Kosten noch ein Verlust angefallen, so dass für das BAV nicht abschliessend feststellbar gewesen sei, dass aus den internen Verrechnungen Gewinne angefallen seien. Erst ab 2012 seien jährlich Gewinne bewirkt worden. Obwohl in dem Bericht stehe, dass die Fahrzeugkosten kalkulatorische Zinsen enthielten, sei davon auszugehen, dass die Abweichung zwischen den effektiven und den verrechneten Zinsen aufgrund der von der VBL AG verweigerten Akteneinsicht nicht bekannt war und eine solche nie akzeptiert worden wäre. Den für die Prüfung eingesehenen Leistungsvereinbarungen zwischen der VBL AG und der vbl AG sei zu entnehmen gewesen, dass nur die effektiven Ist-Kosten verrechnet würden. Nur deshalb komme der Bericht zum Schluss, eine Quersubventionierung könne ausgeschlossen werden. Weder dem Bericht noch den weiteren Unterlagen sei zu entnehmen, dass die Vorinstanz die Höhe der Zinsen und einen allfälligen Gewinn gekannt habe. Auch aus der Prüfung und Genehmigung der Jahresrechnungen durch sie, die Vorinstanz, könne die Beschwerdeführerin keine Vertrauensgrundlage ableiten. Selbst wenn sie dabei über die notwendigen Unterlagen verfügt hätte, könne aus der Genehmigung der Jahresrechnung kein Anspruch auf Vertrauensschutz abgeleitet werden.

### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführerin führt aus, dass die kalkulatorischen Zinsen, die in den Preisen für die Überlassung des Transportmaterials (insbesondere Fahrzeuge) an die vbl AG enthalten waren, verstosse weder im Grundsatz noch im Ausmass gegen die Gesetzgebung. Die Vorinstanz lasse unbeantwortet, wieso das von der VBL AG investierte Anlagevermögen nicht unbedingt für die Leistungserbringung notwendig im Sinne von Art. 14 Abs. 1 SuG gewesen sei und wieso die Stadt Luzern die Opportunitätskosten selbst hätte tragen müssen und sich nicht für das unternehmerische Risiko hätte entschädigen lassen dürfen. Es bestehe keine Rückerstattungspflicht, da die Abgeltungsanteile nicht rechtswidrig ausgerichtet worden seien. Eventualiter sei auf die Rückerstattung zu verzichten, da die Rechtsverletzung für die Beschwerdeführerin nicht leicht erkennbar gewesen sei. Sie habe den Sachverhalt nicht schuldhaft herbeigeführt. Zudem würde die Rückzahlung eine unzumutbare Härte bedeuten. Für die Definition der kalkulatorischen Zinsen sei auf eine betriebswirtschaftliche Umschreibung abzustellen. Kalkulatorische Zinsen seien unabhängig von der effektiven Verzinsung des Fremdkapitals. Für den Bericht BAV von 2012 habe die Vorinstanz den Begriff der kalkulatorischen Zinsen insofern in einem weiteren Sinn verstanden, als damit gemäss Bericht auch das unternehmerische Risiko angemessen berücksichtigt werden sollte. Die Vorinstanz habe zudem weder den

massgeblichen Zinssatz noch das massgebliche, betriebsnotwendige Kapital im Bereich Fahrzeuge ermittelt. Die gesetzlichen Grundlagen würden den Begriff der abgeltungsberechtigten Kosten im Sinne von Art. 28 PBG nicht näher definieren. Von einem Betriebserfolg könne erst gesprochen werden, wenn die kalkulatorischen Zinsen eine angemessene Verzinsung der Betriebsanlagen überschreiten würden und die Berücksichtigung des unternehmerischen Risikos abgegolten sei. Kalkulatorische Zinsen seien als Opportunitätskosten für die Bereitstellung des Eigenkapitals zur Bemessung der Abgeltungen durchaus anrechenbar und könnten damit ungedeckte Kosten im Sinne von Art. 28 PBG darstellen. Entsprechend könne es auch erst dann zu einem Überschuss im Sinne von Art. 36 PBG kommen, der zu mindestens zwei Dritteln einer Spezialreserve zuzuweisen sei. Es liege deshalb keine Verletzung von Art. 36 PBG vor, da eine ungerechtfertigte Gewinnverwendung erst entstehen könne, wenn es um den Gewinn gehe, hier gehe es aber um die Berücksichtigung von Kosten. Die Sektion Revision des BAV sei bei der Prüfung 2011/2012 zu Unrecht davon ausgegangen, dass die vbl AG und nicht die VBL AG Konzessionärin sei. Dass ihr nicht bewusst gewesen sei, dass die Konzession nie auf die vbl AG übertragen worden sei, habe sie sich selbst zuzuschreiben. Die VBL AG sei damit der direkten Aufsicht der Vorinstanz unterstanden, weshalb eine Berufung auf den Durchgriff oder eine wirtschaftliche Betrachtungsweise scheitere. Der Vorinstanz sei es seit 2012 jederzeit möglich gewesen, die Höhe der kalkulatorischen Zinsen zu ermitteln. Die Berufung auf den Durchgriff sei darüber hinaus sowieso unzulässig, da das BAV den Durchgriff 2012 verneint habe, dann aber trotzdem das Konzernkonstrukt und die verrechneten kalkulatorischen Zinsen als angemessen betrachtet und dies in späteren Jahren nie in Frage gestellt habe. Ein Durchgriff würde eine Änderung der massgeblichen Beurteilungsregeln ex post darstellen. Bestehe für einen Durchgriff kein Anlass, so könne nur dann von nicht unbedingt erforderlichen Kosten im Sinne von Art. 14 Abs. 1 SuG ausgegangen werden, wenn die verrechneten Beträge einem Drittvergleich nicht standhielten. Dies belege die Vorinstanz jedoch nicht. Zudem sei es mit der damaligen Argumentation der vbl AG, mangels eines eingesetzten Eigenkapitals, und auch der VBL AG verwehrt gewesen, einen Antrag auf Eigenkapitalverzinsung zu stellen. Eventualiter sei zudem von einer Billigung der Eigenkapitalverzinsung auszugehen: Die Billigung sei durch den Bericht BAV erfolgt und in Kenntnis dieses Berichts sei konkludent eine Billigung der Jahresrechnungen im Rahmen ihrer Genehmigungen erfolgt. Bezüglich des Berichts BAV sei festzuhalten, dass die dem BAV zur Verfügung gestellten Unterlagen eine klare Beurteilung erlaubt hätten. Der Bericht enthalte die Aussage, dass in den kalkulatorischen Zinsen das unternehmerische Risiko angemessen berücksichtigt werde. Die Sektion Revision des BAV habe die Höhe der kalkulatorischen Zinsen offensichtlich gekannt, sonst hätte sie keine Beurteilung zu deren Angemessenheit abgeben können. Der Hinweis im Bericht, dass die Besteller über die notwendigen Informationen verfügen müssten, um die Angemessenheit der Verrechnungssätze prüfen zu können, stelle keinen Vorbehalt dar. Damit handle es sich bei dem Bericht um eine Auskunft der zuständigen Behörde, auf die sie sich im Sinne einer Vertrauensgrundlage habe verlassen dürfen. Darüber hinaus sei die Prüfung der Jahresrechnungen 2010 bis 2016 durch die Vorinstanz jeweils in Kenntnis des Hinweises auf die konzerninterne Verrechnungspraxis erfolgt. Die Vorinstanz habe dabei jederzeit die Möglichkeit gehabt, die Verrechnungspraxis auf ihre Vereinbarkeit mit den subventionsrechtlichen Vorgaben zu prüfen. Auch daraus ergebe sich eine Vertrauensgrundlage.

### **E. 3.11**

%

### **E. 3.18**

%

### **E. 3.30**

% 3.38 %

### **E. 4.00**

%

### **E. 4.1**

Vorab ist die Rüge der Beschwerdeführerin zu prüfen, die Vorinstanz habe den rechtserheblichen Sachverhalt nicht selbst festgestellt, sondern verweise wiederholt auf den Bericht der Kanzlei Recht & Governance vom 9. Oktober 2020 (Bericht Recht & Governance).

### **E. 4.2**

Der Untersuchungsgrundsatz beinhaltet die Pflicht der Behörden, den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (Art. 12 VwVG). Dies bedeutet, dass die Verwaltungsbehörden für die Beschaffung des die Urteilsgrundlage bildenden Tatsachenmaterials zuständig sind. Der Untersuchungsgrundsatz auferlegt den Behörden die Pflicht, den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen vollständig und richtig zu ermitteln (vgl. BGE 119 V 347 E. 1a). Die Behörden bedienen sich dazu der notwendigen Beweismittel (Art.12 VwVG).

### **E. 4.3**

Der "Bericht über die Ergebnisse der externen Untersuchung zur Rolle der vbl-Gruppe, der Stadt Luzern als Eignerin und weiterer Beteiligter im Zusammenhang mit der Abgeltung von Leistungen im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs" vom 9. Oktober 2020 wurde im Auftrag des Stadtrats der Stadt Luzern von der Kanzlei Recht & Governance erstellt. Der Bericht ist umfassend, stellt die Situation und die Ereignisse ausführlich dar und beantwortet die gestellten Fragen konkret und fundiert. Unter diesen Umständen ist nicht zu bemängeln, dass die Vorinstanz sich bei der Erstellung des rechtserheblichen Sachverhalts auf den Bericht stützt. Die Vorinstanz verweist jedoch nicht pauschal oder umfassend auf den Bericht Recht & Governance und berücksichtigt auch andere Beweismittel. Eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes durch die Vorinstanz liegt damit nicht vor. Festzuhalten ist darüber hinaus, dass der rechtserhebliche Sachverhalt vorliegend grösstenteils unbestritten ist (insbesondere bezüglich Holdingstruktur der VBL AG, Verrechnung von kalkulatorischen Zinsen in den konzerninternen Leistungsvereinbarungen und die Prüfung durch die Sektion Revision des BAV 2011/2012; vgl. insbesondere Sachverhalt Bst. A, B und C sowie E. 5.2 und 6.3) und sich vor allem rechtliche Fragen stellen.

### **E. 5.1**

Gemäss Art. 14 Abs. 1 SuG sind nur diejenigen Aufwendungen an Abgeltungen anrechenbar, die tatsächlich entstanden sind und für die zweckmässige Erfüllung der Aufgaben "unbedingt erforderlich" ("absolument nécessaires" / "assolutamente necessarie"). Die zuständige Behörde widerruft eine Finanzhilfe- oder Abgeltungsverfügung, wenn sie die Leistung in Verletzung von Rechtsvorschriften oder

aufgrund eines unrichtigen oder unvollständigen Sachverhalts zu Unrecht gewährt hat (Art. 30 Abs. 1 SuG). Art. 30 SuG gilt sinngemäss für Finanzhilfe- und Abgeltungsverträge. Anstelle des Widerrufs erklärt die zuständige Behörde den Rücktritt vom Vertrag (Art. 31 SuG). Gemäss Art. 30 Abs. 2 SuG verzichtet die Behörde auf einen Widerruf, wenn der Empfänger aufgrund der Verfügung Massnahmen getroffen hat, die nicht ohne zumutbare finanzielle Einbussen rückgängig gemacht werden können (Bst. a), die Rechtsverletzung für ihn nicht leicht erkennbar war (Bst. b) und eine allfällige unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhaltes nicht auf ein schuldhaftes Handeln des Empfängers zurückzuführen ist (Bst. c). Sind diese Kriterien kumulativ erfüllt, ist der Widerruf ausgeschlossen (vgl. z.B. Urteil des BGer 2C\_650/2009 vom 22. Februar 2010 E. 2.3.1 und Urteil des BVerger A-5958/2020 vom 28. Oktober 2021 E. 5.4). Von der Bestimmung erfasst sind sowohl Fälle, in denen der Widerruf die gesamte gewährte Subvention in voller Höhe betrifft, als auch solche, in denen die Subvention - wie hier - lediglich teilweise widerrufen wird (Urteil des BVerger A-5958/2020 vom 28. Oktober 2021 E. 5.4). Bund und Kantone treten im Bereich des regionalen Personenverkehrs als Besteller von Verkehrsdienstleistungen auf. In dieser Funktion decken sie den Transportunternehmen die ungedeckten Kosten für die von ihnen gemeinsam bestellten Verkehrsdienstleistungen ab (Art. 28 Abs. 1 PBG). Bund und Kantone finanzieren dadurch den öffentlichen, regionalen Personenverkehr, soweit er sich nicht durch eigene Erträge finanzieren kann. Sie tun dies, indem sie die Kosten decken, die gemäss Planrechnung (Offerte) der Transportunternehmen nicht durch eigene Erträge gedeckt sind (Art. 28 Abs. 1 PBG). Es handelt sich damit um eine jährlich im Voraus eingeplante und vereinbarte Abgeltung. Erzielen die Transportunternehmen durch ihre eigenen Erträge und die Leistungen von Bund und Kantonen einen Überschuss, müssen sie davon mindestens zwei Drittel einer Spezialreserve zuweisen; diese ist zur Deckung künftiger Fehlbeträge bestimmt (Art. 36 Abs. 2 PBG). Der restliche Überschuss steht dem Unternehmen zur freien Verfügung zu. In diesem Sinne ist es den Unternehmen nicht verboten, in den abgeltungsberechtigten Verkehrssparten einen Gewinn zu erzielen, jedoch ist dessen Verwendung zumindest teilweise gesetzlich geregelt respektive eingeschränkt. Eine Verzinsung des Eigenkapitals kann vom Bund und von den Kantonen gemeinsam zugestanden werden, um insbesondere den Anteil des Eigenkapitals am Gesamtkapital zu erhöhen (Art. 15 der Verordnung über die Abgeltung des regionalen Personenverkehrs, ARPV, SR 745.16).

## **E. 5.2**

Die VBL AG verrechnete der vbl AG für die Benutzung ihrer Fahrzeuge gemäss den jährlich abgeschlossenen Leistungsvereinbarungen unter dem Titel "Fixe Fahrzeugkosten" unter anderem "kalkulatorische Zinsen" in der Höhe von 3 bis 4 %: 2010 2011 2012 2013 2014 2015 2016 2017

## **E. 5.3**

Es ist zu prüfen, ob diese Kosten der vbl AG im Sinne von Art. 14 Abs. 1 SuG tatsächlich angefallen sind und unbedingt erforderliche Aufwendungen darstellten.

### **E. 5.4.1**

Aufgrund der Holdingstruktur und des Umstandes, dass bei der Gründung der vbl AG sowohl die Sachmittel als auch die personellen Mittel bei der Muttergesellschaft, der VBL AG, verblieben, musste die vbl AG alle Mittel für die Erbringung der Verkehrsdienstleistungen von der VBL AG beziehen und diese entsprechend entschädigen.

Aus Sicht der vbl AG als Tochtergesellschaft waren die Kosten, die aufgrund der konzerninternen Vereinbarungen mit der Muttergesellschaft VBL AG anfielen, "tatsächlich entstandene Aufwendungen" im Sinne von Art. 14 Abs. 1 SuG, da sie vertraglich gegenüber der VBL AG zu deren Leistung verpflichtet war.

#### **E. 5.4.2**

Als "unbedingt erforderlich" im Sinne von Art. 14 Abs. 1 SuG können nur diejenigen Aufwendungen bezeichnet werden, welche die Erbringung der Verkehrsdienstleistungen erst ermöglichen oder diese zumindest wesentlich verbessern. Aufwendungen im Rahmen einer Holdinggesellschaft dürfen nur an die Abgeltungen angerechnet werden, wenn sie entweder ohne die Holdingstruktur direkt bei der die Dienstleistung erbringenden Gesellschaft anfallen und dort unbedingt erforderlich wären; oder wenn sie einen konkreten, zusätzlichen Nutzen für die Dienstleistungserbringung erlauben. Dies entspricht Art. 10 Abs. 1 Bst. a SuG, der vorsieht, dass die Aufgaben, für die Abgeltungen bezahlt werden, zweckmässig, kostengünstig und mit einem minimalen administrativen Aufwand zu erfüllen sind. Die in den Vereinbarungen zwischen der VBL AG und der vbl AG festgelegten Zinsen sind entsprechend insoweit unbedingt erforderlich, als sie Kosten entschädigen, die bei der Muttergesellschaft für Aufwendungen angefallen sind, die für die Erbringung der Verkehrsdienstleistungen der Tochtergesellschaft notwendig waren. Ein Rückgriff auf einen Drittvergleich zur Beurteilung der Notwendigkeit der Kosten, wie dies die Beschwerdeführerin fordert, ist weder angebracht noch notwendig.

#### **E. 5.4.3**

Soweit die VBL AG Zinsen auf ihrem Fremdkapital bezahlen musste, das sie für die von der vbl AG verwendeten Sachmittel eingesetzt hatte, ist die Entschädigung dieser Zinskosten durch die vbl AG gerechtfertigt: Diese Kosten wären ohne Holdingstruktur auf dem Fremdkapital der vbl AG angefallen und wären auch unbedingt erforderlich für die zweckmässige Erbringung der Personenverkehrsdienstleistungen gewesen. Damit handelt es sich insoweit nicht um kalkulatorische Zinsen, sondern um Entschädigungen für den Zinsaufwand, der bei der VBL AG auf ihrem Fremdkapital anfiel.

#### **E. 5.4.4**

Soweit die verrechneten kalkulatorischen Zinsen höher ausfielen, als die tatsächlich von der VBL AG zu leistenden Zinsen auf dem eingesetzten Fremdkapital, stellt sich die Frage, ob diese als Eigenkapitalverzinsung gerechtfertigt werden können. Die Verzinsung von Eigenkapital ist nur zulässig, wenn sie von den Bestellern, vom Bund und den Kantonen, gemeinsam genehmigt wurde (Art. 15 Abs. 1 ARPV). Daraus ergibt sich, dass Kosten der Tochtergesellschaft, die der Verzinsung von Eigenkapital der Muttergesellschaft dienen, höchstens dann als unbedingt erforderliche Aufwendung qualifiziert werden könnten, wenn die Eigenkapitalverzinsung von der zuständigen Behörde bewilligt wurde. Weder der vbl AG noch der VBL AG wurde die Verzinsung des Eigenkapitals genehmigt. Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin kann darin keine implizite Genehmigung der Eigenkapitalverzinsung gesehen werden, dass die Besteller die Planrechnungen der vbl AG jeweils annahmen und der Bund eine subventionsrechtliche Prüfung durchführte: Eine solche implizite Genehmigung scheidet nur schon deshalb aus, weil die subventionsrechtliche Prüfung nur durch den Bund erfolgte und nicht durch Bund und Kantone gemeinsam. Aber auch ansonsten kann in diesen Handlungen keine (implizite) Genehmigung einer Eigenkapitalverzinsung gesehen werden, da die Eigenkapitalverzinsung

weder den Planrechnungen noch den Unterlagen für die subventionsrechtliche Prüfung zu entnehmen war. Die Frage, wer die Eigenkapitalverzinsung überhaupt hätte beantragen können respektive müssen - die vbl AG oder die VBL AG - erübrigt sich damit, da weder die eine noch die andere Gesellschaft je ein solches Gesuch gestellt oder die Stellung eines solchen Gesuchs gegenüber dem Bund oder den Kantonen auch nur thematisiert hat. Nicht entscheidend ist, ob die VBL AG oder die vbl AG von 2010 bis 2017 Konzessionärin der angebotenen Linien im regionalen Personenverkehr war. Diese Frage kann entsprechend offenbleiben. Liegt keine Genehmigung zur Eigenkapitalverzinsung vor, ist diese unrechtmässig und es handelt sich bei den entsprechenden, von der Muttergesellschaft der Tochtergesellschaft verrechneten Kosten nicht um unbedingt notwendige Aufwendungen im Sinne von Art. 14 Abs. 1 SuG.

## **E. 5.5**

Die Ausführungen der Beschwerdeführerin vermögen daran nichts zu ändern.

### **E. 5.5.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, mit den kalkulatorischen Zinsen habe das unternehmerische Risiko berücksichtigt werden sollen. Auf diese Weise habe auch die Sektion Revision des BAV in ihrem Bericht von 2012 die kalkulatorischen Zinsen verstanden. Zu beachten ist jedoch, dass das unternehmerische Risiko im Bereich des regionalen Personenverkehrs aufgrund der umfangreichen finanziellen Beiträge vom Bund und von den Kantonen gerade nicht - oder nur sehr eingeschränkt - bei der VBL AG respektive deren Eigner (der Stadt Luzern) lag: Im freien Markt wird das unternehmerische Risiko über einen allfälligen Gewinn honoriert, der das Eingehen eines Verlustrisikos abgelden soll. Gerade dieses Verlustrisiko ist im Bereich des öffentlichen, regionalen Personenverkehrs stark eingeschränkt, da Bund und Kantone die ungedeckten Kosten (zu einem grossen Teil) tragen. Darüber hinaus sind die Regeln bezüglich Verwendung eines allfälligen Gewinns - und damit der Abgeltung des unternehmerischen Risikos - in Art. 36 PBG vorgegeben: Wird ein Gewinn erwirtschaftet, steht ein Drittel davon zur freien Verfügung des Unternehmens. Es besteht kein Raum für eine weitergehende Abgeltung des unternehmerischen Risikos. Auf die Ausführungen der Beschwerdeführerin zum Kostenbegriff muss deshalb nicht weiter eingegangen werden. Die Auffassung der Sektion Revision des BAV im Rahmen der Prüfung 2011/2011 ändert an diesen grundsätzlichen Überlegungen nichts; deren Äusserungen können höchstens im Rahmen einer Vertrauensgrundlage eine Rolle spielen (vgl. E. 6).

### **E. 5.5.2**

Die Beschwerdeführerin ist zwar zuzustimmen, wenn sie vorbringt, kalkulatorische Zinsen seien gemäss Definition unabhängig von der tatsächlichen Verzinsung des Fremdkapitals. Bei kalkulatorischen Zinsen handelt es sich um eine rechnerische Grösse, die aufzeigt, welche Zinsen mit dem (Eigen-)Kapital hätten erzielt werden können. In diesem Sinn handelt es sich um Opportunitätskosten. Würde man jedoch der Argumentation der Beschwerdeführerin folgen, wären die verrechneten kalkulatorischen Zinsen nach dem Gesagten (E. 5.4) insgesamt als nicht "unbedingt erforderlich" im Sinne von Art. 14 Abs. 1 SuG anzusehen. Jedoch stellt die Verrechnung von Zinsen an die Tochtergesellschaft respektive deren Entschädigung durch die Tochtergesellschaft in einem gewissen Umfang einen unbedingt notwendigen Aufwand dar, nämlich - wie dargelegt (E. 5.4.3) - im Umfang der bei der Muttergesellschaft anfallenden Zinsen auf ihrem Fremdkapital. Entsprechend

sind zwar die kalkulatorischen Zinsen wie die Beschwerdeführerin vorbringt unabhängig von den Zinsen auf dem Fremdkapital. Trotzdem ist das Vorgehen der Vorinstanz korrekt, die verrechneten (kalkulatorischen) Zinsen (nur) in dem Umfang als unrechtmässig zu qualifizieren, als sie die Zinskosten übersteigen, welche die VBL AG auf demjenigen Fremdkapital zu bezahlen hatte, das sie für die von der vbl AG verwendeten Sachmittel aufwendete (insbesondere Fahrzeuge).

### **E. 5.5.3**

Die Beschwerdeführerin richtet sich zwar wie in E. 5.5.1 und 5.5.2 dargelegt grundsätzlich gegen die Art der Berechnung der gemäss Vorinstanz zu viel ausgerichteten Abgeltungen. Gegen die konkrete Berechnung der Höhe der zurückgeforderten Abgeltungen bringt sie jedoch nichts Substantielles vor. Die Vorinstanz stützt sich für die Berechnung der von ihr zurückgeforderten Abgeltungen auf die Analyse und die Berechnungen des "Berichts über tatsächliche Feststellungen aus der Prüfung und Analyse der Rechnungsabschlüsse 2009-2017 sowie der Prüfung der Einhaltung der Betriebsmittelgenehmigungen bei der Verkehrsbetriebe Luzern AG" der Gfeller+Partner AG vom 4. November 2019 (Bericht Gfeller). Dieser berechnete das dem kalkulatorischen Zins zugrunde gelegte Anlagevermögen. Bei diesem Anlagevermögen geht er von einem Fremdfinanzierungsanteil gemäss Konzernbilanz der VBL AG aus und berechnet den Zins aufgrund der effektiven, durchschnittlichen Zinsbelastung. Daraus ergibt sich für jedes Jahr die Differenz zwischen den verrechneten kalkulatorischen Zinsen und dem effektiven Zinsaufwand der VBL AG (S. 9 des Berichts). Diese Vorgehensweise ist nachvollziehbar und sachgerecht. Der Eventualantrag der Beschwerdeführerin, das Verfahren sei zur Neuberechnung der Kürzungen und der Höhe des Rückerstattungsbetrags an die Vorinstanz zurückzuweisen, ist entsprechend abzuweisen.

### **E. 5.5.4**

Ein unzulässiger Durchgriff von der vbl AG auf die VBL AG ist im Vorgehen der Vorinstanz nicht zu erblicken. Ein Durchgriff bedeutet die (ausnahmsweise) Aufhebung der Trennung zwischen einer Aktiengesellschaft und ihren Aktionären, mithin das Ausserachtlassen der eigenen Rechtspersönlichkeit der juristischen Person. Soweit hier überhaupt ein Durchgriff vorliegt, ist dieser durch die wirtschaftliche Identität von vbl AG und VBL AG gerechtfertigt: Als Tochtergesellschaft gehörte die vbl AG zu 100 % der VBL AG. Zudem rechtfertigt der Umstand, dass die vbl AG vollständig von der VBL AG abhängig war - alle Sachmittel und personellen Mittel befanden sich bei der VBL AG -, einen Durchgriff. Schliesslich waren die Führungsorgane der beiden Unternehmen identisch. Die VBL AG beherrschte die vbl AG mithin vollständig. Da wirtschaftlich zwischen den beiden Gesellschaften nicht unterschieden werden konnte, ist die Berufung auf deren Selbständigkeit zweckwidrig und damit rechtsmissbräuchlich (vgl. zum Ganzen BGE 145 III 351 E. 4.2 und 144 III 541 E. 8.3.1 f.).

### **E. 5.5.5**

Soweit die von der VBL AG der vbl AG verrechneten kalkulatorischen Zinsen damit eine Weiterverrechnung der bei der VBL AG auf ihrem Fremdkapital angefallenen Zinskosten darstellen, das sie für die von der vbl AG verwendeten Sachmittel eingesetzt hatte, stellen sie unbedingt notwendige Aufwendungen der vbl AG im Sinne von Art. 14 Abs. 1 SuG dar. Soweit sie diese Höhe jedoch übersteigen, sind sie keine unbedingt notwendigen Aufwendungen der vbl AG. Deren Anrechnung an die Abgeltung durch die Vorinstanz

erfolgte entsprechend in Verletzung von Art. 14 Abs. 1 SuG. Damit liegt insoweit ein Grund für deren Widerruf im Sinne von Art. 30 Abs. 1 SuG vor.

#### **E. 5.6**

Bezüglich Verzichtes auf den Widerruf macht die Beschwerdeführerin zwar geltend, die Rückzahlung würde für sie eine unzumutbare Härte bedeuten, da sie für die betroffenen Jahre bereits Dividenden an die Stadt Luzern ausgeschüttet habe. Sie konkretisiert jedoch nicht, inwiefern die finanziellen Einbussen für sie unzumutbar wären. Die Vorinstanz fordert insgesamt Fr. 242'737.- an unrechtmässig bezahlten Abgeltungen zurück. Angesichts eines totalen Betriebsertrags 2022 von über 86 Millionen Franken (davon über 45 Millionen Verkehrsertrag; siehe den "vbl Geschäftsbericht 2022", S. 19), ist nicht ersichtlich, inwiefern diese Rückzahlung für die Beschwerdeführerin unzumutbar sein sollte. Selbst unter Berücksichtigung des Umstandes, dass sich die Rückforderungen der Besteller (BAV und VVL) insgesamt auf über 16 Millionen Franken belaufen - wobei nur die erwähnten Fr. 242'737.- Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bilden -, ist nicht von einer unzumutbaren Härte auszugehen, zumal die Beschwerdeführerin Zeit hatte, Rückstellungen zu machen. Unzumutbare finanzielle Einbussen liegen damit nicht vor. Da die Voraussetzungen des Verzichts nach Art. 30 Abs. 2 SuG kumulativ erfüllt sein müssen, kann dahingestellt bleiben, ob die übrigen Erfordernisse gegeben sind. Es liegt kein Grund für einen Verzicht auf den Widerruf respektive auf den Rücktritt von den Abgeltungsvereinbarungen vor.

#### **E. 5.7**

Zusammenfassend liegen genügende Gründe für einen Widerruf vor und die Voraussetzungen für einen Verzicht auf den Widerruf sind nicht erfüllt.

#### **E. 6.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Sektion Revision der Vorinstanz habe 2011/2012 eine Kontrolle der Unternehmensstruktur der VBL AG/vbl AG durchgeführt. Im abschliessenden Bericht von 2012 habe sie die konzernintern verrechneten kalkulatorischen Zinsen genehmigt. Darauf habe sie vertrauen dürfen. Die Rückforderungen durch die Vorinstanz verstiesse deshalb gegen Treu und Glauben. Die Vorinstanz ist hingegen der Meinung, der Bericht stelle keine vorbehaltlose Auskunft dar. Insbesondere sei damals keine abschliessende Beurteilung möglich gewesen, da die VBL AG die volle Einsicht in ihre Unterlagen verweigert habe.

#### **E. 6.2**

Gemäss Art. 9 BV hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Das Gebot von Treu und Glauben verhindert illoyales und widersprüchliches Verhalten der Behörden. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes bedeutet, dass die Privaten Anspruch darauf haben, in ihrem berechtigten Vertrauen in behördliche Zusicherungen oder in anderes, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten geschützt zu werden. Deshalb kann eine (unrichtige) Auskunft einer Behörde unter gewissen Umständen Rechtswirkungen entfalten. Dieser Vertrauensschutz greift unter den folgenden, kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen: (1) Es handelt sich um eine vorbehaltlose Auskunft der Behörden. (2) Die Auskunft bezieht sich auf eine konkrete, die betroffene Person berührende Angelegenheit. (3) Die Amtsstelle, welche die Auskunft gegeben hat, war dafür zuständig oder die betroffene Person durfte sie aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten. (4) Die betroffene Person konnte die Unrichtigkeit der

Auskunft nicht ohne Weiteres erkennen. (5) Die betroffene Person hat im Vertrauen hierauf nicht ohne Nachteil rückgängig zu machende Dispositionen getroffen. (6) Die Rechtslage ist zur Zeit der Verwirklichung noch die gleiche wie im Zeitpunkt der Auskunftserteilung. (7) Das Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts überwiegt dasjenige am Vertrauensschutz nicht (vgl. zum Ganzen BGE 143 V 95 E. 3.6.2 und 137 II 182 E. 3.6.2; Urteil des BVGer A-472/2021 vom 11. Januar 2022 E. 5.1).

### **E. 6.3**

2011/2012 führte die Sektion Revision des BAV im Auftrag des VVL eine Prüfung zum Thema "VBL - Strukturen, Rechnungslegung und Ergebnisverwendung" durch. Der Bericht der Prüfung datiert vom 15. Mai 2012 (Bericht BAV; vgl. Sachverhalt Bst. D). Ziel der Prüfung war, "Klarheit über die Einhaltung der spezialrechtlichen Vorgaben über den öffentlichen Personenverkehr, die Leistungsverrechnungen, die Ermittlung der Spartenergebnisse und die Gewinnverwendung zu erhalten". Bezüglich Durchführung der Prüfung hält der Bericht fest, dass zur vbl AG vollständige Akteneinsicht gewährt worden sei und "zur VBL AG [...] lediglich punktuelle Auskünfte zu den Schnittstellen und Leistungen für den öv-relevanten Teil erteilt [worden seien] soweit dies für die Prüfung bedeutungsvoll" gewesen sei (S. 2). Im Bericht wird festgehalten, dass die vbl AG die Trägerin der Konzession sei; die Holdingstruktur verunmögliche im Rahmen der Bundesgesetzgebung den Durchgriff auf die Muttergesellschaft (VBL AG) und nur die vbl AG unterliege der Kontrolle des Bundes. Für die Besteller sei es "naheliegend, dass sie über die notwendigen Informationen verfügen müssten, um die Angemessenheit der [zwischen der VBL AG und der vbl AG] vereinbarten Verrechnungssätze u.a.m. überprüfen und beurteilen zu können" (S. 4). Der Bericht enthält die Aussage, eine Quersubventionierung zwischen den Tochtergesellschaften respektive den Sparten Ortsverkehr und Regionalverkehr könne ausgeschlossen werden. Dabei wird darauf verwiesen, dass die fixen Fahrzeugkosten unter anderem kalkulatorische Zinsen und Abschreibungen enthielten: "In den der vbl ag verrechneten Sätzen bzw. kalkulatorischen Zinsen wird das unternehmerische Risiko angemessen berücksichtigt" (S. 6). Die Höhe der kalkulatorischen Zinsen wird im Bericht nicht genannt.

### **E. 6.4**

Der Bericht BAV erwähnt, dass zwischen der Mutter- und der Tochtergesellschaft kalkulatorische Zinsen verrechnet werden und hält fest, dass die verrechneten kalkulatorischen Zinsen angemessen seien. Unter dem Titel "Durchführung" enthält der Bericht zwar die Aussage, die Muttergesellschaft habe lediglich punktuell und nicht vollumfänglich Einsicht in ihre Buchhaltungsunterlagen gewährt. Darüber hinaus stellt er fest, dass die Besteller über die notwendigen Informationen verfügen müssten, um die Angemessenheit der Verrechnungssätze prüfen und beurteilen zu können. Der Bericht enthält jedoch keinen ausdrücklichen Vorbehalt in dem Sinne, dass aufgrund des fehlenden Einsichtsrechts keine abschliessende Beurteilung möglich gewesen sei oder die Revisoren aus anderen Gründen nicht über alle notwendigen Informationen verfügt hätten. Im Gegenteil hält er ausdrücklich fest, die VBL AG habe Auskunft erteilt, soweit dies für die Prüfung "bedeutungsvoll" gewesen sei. Die Vorinstanz legt auch nicht dar, in welche für die Beurteilung notwendigen Unterlagen die VBL AG die Einsicht verweigert habe. Festzuhalten ist insbesondere, dass den Revisoren des BAV die Leistungsvereinbarungen zwischen der VBL AG und der vbl AG mit den kalkulatorischen Zinsen für das Geschäftsjahr 2011 vorlagen. Es sind damit keine genügenden Hinweise dafür ersichtlich,

dass die Sektion Revision des BAV 2011/2012 nicht Einsicht in alle Dokumente gehabt hätte, die sie für ihre Beurteilung für notwendig erachtete. Den konzerninternen Leistungsvereinbarungen für das Geschäftsjahr 2011 ist die Höhe der kalkulatorischen Zinsen für dieses Jahr zu entnehmen (3.3 %). Die Leistungsvereinbarungen enthalten zudem die folgende Klausel: "Die Leistungen werden monatlich mittels Akontorechnungen abgegolten. Ende Jahr wird eine Schlussabrechnung mit den effektiven Ist-Kosten vorgenommen." Entgegen dem Vorbringen der Vorinstanz ist nicht davon auszugehen, dass die Revisoren aufgrund dieser Klausel zur Zahlungsmodalität davon ausgingen, dass nicht die vereinbarten Zinsen in der Höhe von 3.3 %, sondern nur die effektiven Kosten der von der VBL AG zu bezahlenden Zinsen verrechnet würden. Es handelt sich bei der Formulierung eindeutig um die Festlegung von Verrechnungsmodalitäten und nicht um eine Anpassung der tatsächlich zu verrechnenden Kosten. Für die vbl AG stellten die mit der VBL AG vereinbarten kalkulatorischen Zinsen zudem durchaus IST-Kosten dar. Die Klausel befand sich denn auch unter dem Titel "Verrechnungsmodalitäten". Darüber hinaus war aufgrund des Begriffs der kalkulatorischen Zinsen davon auszugehen, dass es sich nicht um tatsächlich anfallende, von der VBL AG weiterverrechnete Zinsen handelt, sondern um rechnerisch ermittelte. Auch der Umstand, dass die vbl AG im Geschäftsjahr 2011 einen Verlust auswies, ändert daran entgegen dem Vorbringen der Vorinstanz nichts. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern dies die Beurteilung der Revisoren beeinflusst haben sollte, zumal die verrechneten kalkulatorischen Zinsen auch im Jahr 2011 die tatsächlich bei der VBL AG angefallenen Zinsen um 1.8 Millionen Franken übertrafen. Die Revisoren des BAV wussten demzufolge beim Verfassen des Berichts und bei der Beurteilung der konzerninternen vereinbarten kalkulatorischen Zinsen, dass es sich dabei nicht um die Verrechnung von tatsächlich bei der VBL AG anfallenden Kosten handelt. Zudem kannten sie deren Höhe für das Geschäftsjahr 2011. Damit kann die Beurteilung der Revisoren bezüglich der Verrechnung kalkulatorischer Zinsen im Bericht BAV als vorbehaltlos angesehen werden. Daran ändert auch nichts, dass die Revisoren des BAV die Höhe der effektiv bei der VBL AG anfallenden Zinsen auf dem Fremdkapital und damit die Abweichung dieser Zinsen von den verrechneten kalkulatorischen Zinsen nicht kannten. Aufgrund der für die Prüfung verfügbaren Unterlagen war den Revisoren bewusst, dass es sich um rein rechnerische Zinsen handelt und nicht um die Weiterverrechnung tatsächlich bei der VBL AG anfallender Zinsen. Zudem liegen weder Hinweise dafür vor, dass die Revisoren Zweifel an der Höhe der kalkulatorischen Zinsen hatten, noch, dass diesbezüglich von ihnen geforderte Akteneinsicht verweigert wurde. In ihrem Bericht genehmigten die Revisoren die kalkulatorischen Zinsen als angemessen, ohne diesbezüglich Vorbehalte anzubringen. Vor diesem Hintergrund ist die Genehmigung der kalkulatorischen Zinsen im Bericht BAV als vorbehaltlose Aussage des BAV anzusehen, auf die sich die Beschwerdeführerin verlassen durfte. Die Aussage im Bericht ist zudem so klar formuliert, dass die Beschwerdeführerin deren allfällige Unrichtigkeit nicht ohne Weiteres hätte erkennen können. Die Aussagen des Berichts beziehen sich bezüglich kalkulatorischer Zinsen spezifisch auf das Jahr 2011 und damit auf eine konkrete Angelegenheit. Eine vorbehaltlose Zusicherung, dass Zinsen dieser Art und Höhe auch für andere Jahre und insbesondere in Zukunft akzeptiert würden, enthält der Bericht hingegen nicht. Im Gegenteil hält er ausdrücklich fest, dass die Angemessenheit der vereinbarten Verrechnungssätze nur beurteilt werden könne, wenn die Besteller über alle dafür notwendigen Informationen verfügten. Für das Jahr 2011 verfügten das BAV nach dem Gesagten über diese Informationen. Für die weiteren hier relevanten Jahre ist dies jedoch nicht der Fall. Zwar musste das BAV für die weiteren Jahre davon ausgehen, dass

kalkulatorische Zinsen vereinbart würden, jedoch kannte es deren Höhe nicht. Die Höhe der kalkulatorischen Zinsen ist auch in den Unterlagen für die jährlich (bis 2017) durch das BAV vorgenommenen subventionsrechtlichen Prüfungen nicht ersichtlich. Damit fehlte dem BAV ein wesentliches Element für die Beurteilung. Entsprechend können die subventionsrechtlichen Prüfungen - weder einzeln noch zusammen mit dem Bericht BAV gelesen - als vorbehaltlose Auskunft des BAV angesehen werden. Diesbezüglich ist zudem darauf zu verweisen, dass die primäre Verantwortung für die Richtigkeit der Jahresrechnung trotz subventionsrechtlicher Prüfung bei den geprüften Unternehmen liegt (vgl. Urteil des BVGer A-3505/2012 vom 24. Juni 2014 E. 11.3.7). Insgesamt besteht damit für das Jahr 2011 eine vorbehaltlose behördliche Auskunft des BAV, auf welche die Beschwerdeführerin vertrauen durfte. Für das Jahr 2010 und die Jahre ab 2012 liegt jedoch keine solche vorbehaltlose Auskunft vor.

#### **E. 6.5**

Es ist unbestritten, dass es sich bei dem BAV um die bezüglich der Abgeltungen des BAV zuständige Behörde handelte. Zudem hat sich die relevante Rechtslage seit 2012 nicht verändert.

#### **E. 6.6**

Schliesslich hat die Beschwerdeführerin im Vertrauen auf die Richtigkeit der Aussagen des BAV Dividenden ausbezahlt. Auch wenn wie dargelegt aus der Rückzahlung der unrechtmässig ausgezahlten Abgeltungen keine unzumutbare Härte für die Beschwerdeführerin entstehen würde, ist doch festzustellen, dass die Auszahlung der Dividenden nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden könnte.

#### **E. 6.7**

Zu prüfen bleibt, ob das Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts dasjenige des Vertrauensschutzes nicht überwiegt. Grundsätzlich ist das Interesse an einem gesetzeskonformen Einsatz öffentlicher Gelder des Bundes hoch zu gewichten. Gleichzeitig ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Sektion Revision des BAV 2011/2012 den konkreten Auftrag hatte, die Leistungsverrechnungen der Beschwerdeführerin zu prüfen und sie sich in ihrem Bericht auch klar dazu äusserte. Es handelte sich bei dem Bericht nicht lediglich um eine simple Auskunft der zuständigen Behörde, sondern die Auskunft beruhte auf umfassenden Abklärungen im Rahmen einer institutionell abgestützten Untersuchung. Damit kam der behördlichen Aussage ein besonderes Gewicht zu. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass der relevante Sachverhalt bereits über zehn Jahre zurückliegt, was das Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts zusätzlich mindert. Insgesamt überwiegt deshalb das Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts dasjenige am Vertrauensschutz nicht.

#### **E. 6.8**

Nach dem Gesagten sind alle Voraussetzungen dafür gegeben, dass sich die Beschwerdeführerin bezüglich des Geschäftsjahres 2011 auf den Vertrauensschutz aufgrund des Berichts BAV berufen kann. Die Vorinstanz hat damit die für das Jahr 2011 zu viel bezahlten Abgeltungen zu Unrecht widerrufen und zurückgefordert.

#### **E. 7.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Forderungen der Vorinstanz seien verjährt. Es sei auf die altrechtliche Verjährungsfrist von einem Jahr seit Kenntnis des Anspruchs

abzustellen (Art. 32 aAbs. 2 SuG, Stand am 1. Januar 2016). Mangels Übergangsbestimmungen seien auf Tatsachen, die sich unter altem Recht verwirklichten, die altrechtlichen Verjährungsvorschriften anzuwenden. Die Einjahresfrist beginne mit dem Controlling-Bericht der vbl AG vom 28. März 2018 zu laufen. Die angefochtene Verfügung datiere vom 8. September 2021; zu diesem Zeitpunkt seien die Forderungen damit verjährt gewesen. Bezüglich der Jahre 2010 und 2011 komme zudem die absolute, nicht unterbrechbare Verjährungsfrist von zehn Jahren zur Anwendung. Die Vorinstanz bringt demgegenüber vor, es sei auf das neue, seit dem 1. Januar 2020 geltende Verjährungsrecht abzustellen. Dieses sehe in Art. 32 Abs. 2 SuG für Rückforderungen eine Verjährungsfrist von drei Jahren seit Kenntnis vor. Sie habe erst mit dem Bericht Gfeller genügend detaillierte Kenntnis gehabt. Den Bericht habe sie am 15. November 2019 erhalten, weshalb die Frist ab diesem Tag zu laufen beginne. Schliesslich sei auch die absolute Verjährungsfrist durch die Verfügung unterbrochen worden.

### **E. 7.2**

Gemäss dem aktuellen, seit dem 1. Januar 2020 in Kraft stehenden, Art. 32 Abs. 2 SuG verjährt der Anspruch auf Rückerstattung von Abgeltungen innert drei Jahren, nachdem die verfügende oder den Vertrag abschliessende Behörde vom Anspruch Kenntnis erhalten hat, in jedem Fall aber zehn Jahre nach der Entstehung des Anspruchs. Vor dem 1. Januar 2020 betrug die Verjährungsfrist ab Kenntnis des Anspruchs ein Jahr. Das Subventionsgesetz enthält keine Übergangsbestimmungen, die hier anwendbar wären. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind die Verjährungsregeln des neuen Rechts auf altrechtliche Forderungen anwendbar, wenn diese vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts entstanden und fällig geworden sind, aber bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts noch nicht verjährt sind (BGE 134 V 353 E. 3.2, 131 V 425 E. 5.2 und 102 V 206). Dieser allgemeine Grundsatz stellt keine verbotene echte Rückwirkung dar, da nicht neues Recht auf einen Sachverhalt angewendet wird, der sich abschliessend vor dessen Inkrafttreten verwirklicht hat (BGE 107 Ib 198 E. 7b/aa). Es handelt sich vielmehr um eine Anwendung von neuem Recht auf einen Vorgang, der beim Inkrafttreten des neuen Rechts noch fort dauert, also um eine unechte Rückwirkung, die grundsätzlich zulässig ist (BGE 146 V 364 E. 7.1 und 138 I 189 E. 3.4). Die von der Beschwerdeführerin angeführte, abweichende Rechtsprechung findet im Bereich der Bundessteuern Anwendung (vgl. Thomas Meier, Verjährung und Verwirkung öffentlich-rechtlicher Forderungen, 2013, S. 337). Aus diesem Bereich stammen denn auch die von der Beschwerdeführerin genannten Urteile des Bundesgerichts (BGE 137 II 17 E. 1.1 und 126 II 1 E. 2a). Es liegen keine Gründe dafür vor, vorliegend vom genannten allgemeinen Grundsatz abzuweichen, zumal es sich nicht um einen mit dem Steuerrecht verwandten Sachverhalt handelt. Der allgemeine Grundsatz entspricht zudem Art. 49 SchlT ZGB. Der bundesgerichtliche allgemeine Grundsatz findet damit hier umso mehr Anwendung, als die Änderung von Art. 32 Abs. 2 SuG unter anderem zum Ziel hatte, die Verjährungsfristen zu harmonisieren, und sie gleichzeitig mit der aktuellen Formulierung von Art. 49 SchlT ZGB in Kraft trat (vgl. Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Obligationenrechts (Verjährungsrecht) vom 29. November 2013, BBl 2014 235, S. 237, 240, 245, 264 und 272).

### **E. 7.3**

Damit ist das neurechtliche Verjährungsrecht anzuwenden, soweit die Forderungen bei deren Inkrafttreten noch nicht verjährt waren. Die dreijährige Verjährungsfrist beginnt zu laufen, wenn der Gläubiger seinen Anspruch dem Grundsatz und Umfang nach sicher

kennt, so dass er ihn mit Erfolg geltend machen kann. Es genügt nicht, dass er von seinem Anspruch bei Anwendung der nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit hätte Kenntnis haben können (vgl. Urteil des BGER 2C\_88/2012 vom 28. August 2012 E. 4.3.1). Mit dem Bericht der Sektion Revision des BAV von 2012 wusste die Vorinstanz, dass die VBL AG der vbl AG kalkulatorische Zinsen verrechnete. Die konkrete Höhe dieser Zinsen kannte das BAV jedoch nur für das Jahr 2011, zumal die kalkulatorischen Zinsen in den Unterlagen für die subventionsrechtlichen Prüfungen nicht enthalten waren. Die Vorinstanz hatte damit aufgrund des Berichts BAV und der Unterlagen der subventionsrechtlichen Prüfungen keine genügende Kenntnis, um ihre Forderung geltend zu machen. Im Controlling-Bericht Fahrplanjahr 2017 der vbl AG vom 28. März 2018 führt die vbl AG auf eine Frage des VVL aus, dass bei den fixen Fahrzeugkosten und den Fahrleitungsanlagen ein kalkulatorischer Zins berücksichtigt werde, der sich in den letzten Jahren um 3 % bewegt habe. Der Bericht enthält jedoch keine Aufstellung der Höhe der kalkulatorischen Zinsen für jedes Jahr. Darüber hinaus enthält der Bericht auch keine Ausführungen dazu, wie hoch die tatsächlichen Zinskosten der VBL AG in diesen Jahren waren. Die Vorinstanz wusste mit dem Controlling-Bericht zwar, dass die vbl AG ihrer Muttergesellschaft kalkulatorische Zinsen bezahlte, sie hatte jedoch aufgrund der diesbezüglich unvollständigen Angaben in dem Bericht keine genügende Kenntnis über die Höhe möglicher Rückforderungen: Weder kannte sie die genaue Höhe der kalkulatorischen Zinsen, noch die Höhe der tatsächlich bei der VBL AG angefallenen Zinsen. Damit war es ihr zu diesem Zeitpunkt nicht möglich, die Höhe der Rückforderungen zu berechnen. Die Höhe der jährlich neu vereinbarten kalkulatorischen Zinsen und die konkrete Höhe der daraus entstandenen zu hohen Abgeltungen erfuhr die Vorinstanz damit erst mit dem Bericht Gfeller. Die Verjährungsfrist begann entsprechend mit der Kenntnisnahme des Berichts durch die Vorinstanz am 15. November 2019.

#### **E. 7.4**

Der Beginn der Verjährungsfrist ist damit auf den 15. November 2019 festzulegen. Das neue Verjährungsrecht trat am 1. Januar 2020 in Kraft. Zu diesem Zeitpunkt war die altrechtliche Verjährungsfrist von einem Jahr noch nicht abgelaufen. Entsprechend ist die Verjährung nach dem neuen Recht zu beurteilen. Die dreijährige Verjährungsfrist von Art. 32 Abs. 2 SuG begann am 15. November 2019 zu laufen und endete im November 2022. Deshalb waren die Forderungen der Vorinstanz noch nicht verjährt, als sie am 8. September 2021 die angefochtene Verfügung erliess.

#### **E. 7.5**

Zu prüfen bleibt die Verjährungsfrist von zehn Jahren seit Entstehung des Anspruchs. Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin wird bei doppelten Verjährungsfristen mit einer Unterbrechungshandlung auch die längere Verjährungsfrist ab Entstehung des Anspruchs unterbrochen (vgl. BGE 123 II 213 E. 6a und 112 II 231 E. 3e sowie Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl. 2023, Rz. 69.63, und Isabelle Wildhaber/Sevda Dede, Berner Kommentar zum OR, Art. 135 OR, Rz. 174; a.M. ohne Begründung Thomas Meier, Verjährung und Verwirkung öffentlich-rechtlicher Forderungen, 2013, S. 264). Die angefochtene Verfügung vom 8. September 2021 unterbrach damit auch die zehnjährige Verjährungsfrist von Art. 32 Abs. 2 SuG. Der Anspruch auf Rückzahlung von Abgeltungen bezüglich des Jahres 2010 verjäherte jedoch vor Ergehen der Verfügung. Zum Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung war der Anspruch der Vorinstanz auf Rückerstattung der zu viel ausgerichteten Abgeltungen für das

Jahr 2010 deshalb bereits verjährt. Die Vorinstanz konnte die Rückzahlung dieser Abgeltungen damit zu diesem Zeitpunkt nicht mehr fordern. Entsprechend ist die Beschwerde bezüglich der Rückforderungen für das Jahr 2010 gutzuheissen.

#### **E. 8.1**

Zu prüfen ist schliesslich die Erhebung eines Zinses von 5 % auf den geltend gemachten Rückforderungen.

#### **E. 8.2**

Hat der Empfänger der zurückgeforderten Leistungen schuldhaft gehandelt, erhebt die Behörde einen Zins von jährlich 5 % seit der Auszahlung (Art. 30 Abs. 3 SuG). Es genügt, dass dem Leistungsempfänger ein schuldhaftes Verhalten zum Vorwurf gemacht werden kann, sei es vorsätzlich oder fahrlässig erfolgt.

#### **E. 8.3**

Die Vorinstanz begründet die Erhebung des Zinses damit, dass die Holding vor allem mit dem Ziel errichtet worden sei, die geltenden Gewinnbestimmungen nach Art. 36 PBG zu umgehen. Die Beschwerdeführerin habe bewusst kalkulatorische Zinsen verrechnet, die über den tatsächlich zu leistenden Zinsen lagen, und auf die Einführung von mehr Transparenz verzichtet. Die Beschwerdeführerin bestreitet die ihr unterstellte Motivation der Umgehung von Art. 36 PBG. Mehr Transparenz sei nicht vorgeschrieben gewesen und die Vorinstanz hätte jederzeit Einsicht verlangen können.

#### **E. 8.4**

Die Beschwerdeführerin weigerte sich - trotz Aufforderungen der VVL -, für die öffentliche Rechnung einen transparenteren, auf dem Grundsatz von "true and fair view" beruhenden Rechnungslegungsstandard einzuführen (Swiss GAAP FER), obwohl sie für den internen Gebrauch ab 2011 parallel einen zweiten Jahresabschluss gemäss diesem Standard durchführte, der jedoch vertraulich behandelt wurde (vgl. Bericht Recht & Governance, Rz. 252 f. und 272). Darüber hinaus zeigen interne Dokumente, dass ein Ziel der Einführung der Holdingstruktur war, an der Regelung von Art. 36 PBG vorbei genügend Gewinn zu erzielen, um der Stadt Luzern die geforderte Dividende von 5 % jährlich ausrichten zu können (Bericht Recht & Governance, Rz. 229, 310, 252, 489 und 491 f.). Der Verzicht auf eine transparentere Rechnungslegung wurde damit auch begründet, man würde sonst "ein wertvolles Instrument zur Gewinnsteuerung" verlieren (Bericht Recht & Governance, Rz. 252). Entsprechend trug die Beschwerdeführerin zumindest dazu bei, dass der Missetand bezüglich kalkulatorischer Zinsen nicht früher aufgedeckt wurde. Sie stellt sich zwar auf den Standpunkt, sie sei nicht zu mehr Transparenz verpflichtet gewesen. Immerhin muss jedoch die Jahresrechnung von Unternehmen, die Subventionen erhalten, gemäss Art. 4 Abs. 1 der Verordnung des UVEK über das Rechnungswesen der konzessionierten Unternehmen (RKV, SR 742.221) ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage vermitteln. Ob die Beschwerdeführerin die Holdingstruktur geradezu mit dem Ziel errichtete, die gesetzlichen Regelungen zur Gewinnverwendung zu umgehen, kann hier offenbleiben. Insgesamt ist jedoch davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin schuldhaft handelte, indem sie konzernintern überhöhte (kalkulatorische) Zinsen verrechnete und nicht bereit war, gegen aussen diesbezüglich Transparenz zu schaffen. Die Vorinstanz hat damit zu Recht auf die Rückforderungen einen jährlichen Zins von 5 % seit der Auszahlung erhoben.

## **E. 9**

Zusammenfassend ist die Beschwerde damit bezüglich der Jahre 2010 (Verjährung) und 2011 (Vertrauensschutz) gutzuheissen. Im Übrigen ist sie abzuweisen. Die Rückforderungen für die Jahre 2010 und 2011 in der Höhe von Fr. 31'683.- sind damit vom Rückforderungsbetrag von Fr. 242'737.- gemäss Dispositiv-Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung abzuziehen. Dies ergibt einen neuen totalen Rückforderungsbetrag von Fr. 211'054.-. Hinzu kommen für die Jahre 2012-2017 die Zinsen von 5 % gemäss Dispositiv-Ziff. 2.3-2.8 der angefochtenen Verfügung.

## **E. 10.1**

Die Beschwerdeführerin ist mit ihrem Rechtsbegehren bezüglich zwei von acht Jahren und damit zu einem Viertel durchgedrungen. In diesem Umfang gilt sie als obsiegend. Entsprechend sind die Verfahrenskosten zu drei Vierteln der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Gemäss Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) beträgt die Gerichtsgebühr in Streitigkeiten mit Vermögensinteressen zwischen Fr. 200'000.- und Fr. 500'000.- zwischen Fr. 3'000.- und 14'000.-. Da es sich um ein komplexes und aufwändiges Verfahren handelt (vgl. Art. 2 Abs. 1 VGKE), sind die Verfahrenskosten auf Fr. 12'000.- festzulegen. Diese sind zu drei Vierteln, mithin in der Höhe von Fr. 9'000.- der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 7'000.- wird diesem Betrag angerechnet. Der Restbetrag von Fr. 2'000.- ist nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zu bezahlen. Die Vorinstanz trägt keine Verfahrenskosten (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

## **E. 10.2**

Ganz oder teilweise obsiegenden Parteien ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihnen erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 VGKE). Die Entschädigung wird der Körperschaft oder autonomen Anstalt auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat, soweit sie nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann (Art. 64 Abs. 2 VwVG). Keinen Anspruch auf Parteientschädigung haben Bundesbehörden und, in der Regel, andere Behörden, die als Parteien auftreten (Art. 7 Abs. 3 VGKE). Die Entschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (vgl. Art. 8 ff. VGKE). Wird wie hier keine Kostennote eingereicht, setzt das Gericht die Parteientschädigung aufgrund der Akten fest (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE). Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin hat Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung gemäss ihrem Obsiegen, das heisst im Umfang von einem Viertel. Unter Berücksichtigung der Komplexität des Falles, der eingereichten Rechtsschriften und des mutmasslichen Arbeits- und Zeitaufwandes für das Beschwerdeverfahren hält das Bundesverwaltungsgericht eine (reduzierte) Parteientschädigung von Fr. 1'500.- (inklusive Auslagen) für die Beschwerdeführerin für angemessen. Diese ist ihr von der Vorinstanz nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zu bezahlen. Die Vorinstanz hat als Bundesbehörde keinen Anspruch auf Parteientschädigung.

## **E. 11**

Gemäss Art. 83 lit. k BGG ist die Beschwerde unzulässig gegen Entscheide betreffend Subventionen, auf die kein Anspruch besteht. Mit dem Widerruf beziehungsweise der Rückforderung einer bereits ausgerichteten Subvention wird jedoch stets in die

Rechtsstellung der betroffenen Person eingegriffen. Deshalb ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Beschwerde in solchen Fällen zulässig (vgl. Urteil des BGer 2C\_429/2018 vom 25. Mai 2020 E. 1.2). (Dispositiv nächste Seite)

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