

Gutachten

**Betreff : Abgeltung ungedeckter Kosten im regionalen Personenverkehr,
unter besonderer Berücksichtigung von Konzernstrukturen**
an : Verband öffentlicher Verkehr
von : Prof. Dr. Andreas Abegg und Privatdozent Dr. Goran Seferovic
Datum : 3. Juni 2018

A M T

I. Ausgangslage und Auftrag

1 Im regionalen Personenverkehr (RPV), wie er in Art. 4 der Verordnung über die Abgeltung des regionalen Personenverkehrs (ARPV)¹ definiert wird, bestellen der Bund und die Kantone bei den Transportunternehmen (TU) Verkehrsleistungen, für welche sie den TU Abgeltungen für die ungedeckten Kosten der betriebenen Linien entrichten.² Aktuell werden von Bund und Kantonen bei 120 TU rund 1400 Linien bestellt,³ wozu Bund und Kantone im Rahmen eines Bestellverfahrens mit den TU jeweils für eine Fahrplanperiode, welche gegenwärtig zwei Jahre dauert, eine Angebotsvereinbarung abschliessen und damit Angebot (Fahrplan) und Abgeltung regeln. Die allermeisten dieser Linien können nicht kostendeckend betrieben werden, weshalb Bund und Kantone den RPV mit rund zwei Milliarden Franken jährlich subventionieren.⁴

2 Im Zuge konzerninterner Verrechnungen zwischen der PostAuto Schweiz AG und ihrer Tochtergesellschaften im Bereich des RPV, für welchen die Gesellschaft staatliche Abgeltungen erhält, hat das Bundesamt für Verkehr (BAV) die konzerninternen Verrechnungsmethoden kritisch untersucht. Das BAV kam zum Schluss, die Verrechnungsmethoden seien anzupassen, sodass keine Zwischengewinne aus konzerninternen Verrechnungen anfallen. Da Offerten keine Gewinnzuschläge enthalten dürfen,⁵ sei es unzulässig, die Kosten des abgeltungsberechtigten RPV aufgrund von Marktpreisen oder nach der «cost-plus-Methode» (Vollkosten plus Gewinnaufschlag) zu bestimmen.⁶

¹ Verordnung über die Abgeltung des regionalen Personenverkehrs vom 11. November 2009 (ARPV), SR 745.16.

² Vgl. Art. 28 Abs. 1 PBG sowie Art. 5 ARPV; zum Begriff der «Linie» auch Art. 4 lit. b. ARPV.

³ Angabe des BAV, <https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/das-bav/aufgaben-des-amtes/finanzierung/finanzierung-verkehr/personenverkehr/rpv-mit-erschliessungsfunktion.html>. Das BAV stellt auch ein Verzeichnis der Transportunternehmen zur Verfügung, <https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/themen/alphabetische-themenliste/verzeichnisse/tu-verzeichnis.html> (beide besucht am 16. Mai 2018)

⁴ Angabe BAV, <https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/das-bav/aufgaben-des-amtes/finanzierung/finanzierung-verkehr/personenverkehr/rpv-mit-erschliessungsfunktion/bestellverfahren.html> (besucht am 16. Mai 2018); vgl. auch Hermann/König, N. 98 zum Stand 2016.

⁵ Bericht BAV, S. 3 (Empfehlungen 1 und 2).

⁶ Bericht BAV, S. 11.

A M T

- 3 Der Verband öffentlicher Verkehr hat die Gutachter anlässlich dieser Einschätzung des BAV beauftragt, die geltende Rechtslage in Bezug auf abgeltungsberechtigte Kosten und konzerninterne Verrechnungen im abgeltungsberechtigten RPV im Rahmen eines Kurzgutachtens zu untersuchen. Das Gutachten stellt hierzu zunächst die Grundzüge des Bestellverfahrens kurz dar (unten Ziff. II) und untersucht danach folgende Fragen:
- Wie ist der Begriff der (ungedeckten) «Kosten» gemäss PBG auszulegen? (unten Ziff. III)
 - Rechtfertigt es sich, in Anbetracht dieses Kostenbegriffs, den im schweizerischen Gesellschaftsrecht geltenden Grundsatz, wonach Konzerngesellschaften in der Regel als separate rechtliche Einheiten betrachtet werden (Trennungsprinzip), im RPV zu durchbrechen und den Konzern als Einheit zu betrachten? (unten Ziff. IV)
 - Welches sind die Rechtsfolgen, falls Leistungen von Konzerngesellschaften zu Marktpreisen oder mit Gewinnzuschlägen verrechnet wurden? (unten Ziff. V)
 - Wie sind die aktuellen Reformvorschläge im Bereich des RPV zu bewerten? (unten Ziff. VI)
- 4 Das Gutachten schliesst mit einem Vergleich der Rechtslage in der EU (unten Ziff. VII) und einer kurz gefassten Beantwortung der Fragen (unten Ziff. VIII).

II. Grundzüge des Bestellverfahrens im RPV

A. Direktvergabefahren und Ausschreibungsverfahren

5 Im RPV gilt seit 1996 das sogenannte Bestellprinzip,⁷ wonach Bund und Kantone bei den TU das Verkehrsangebot nach Art. 31b PBG⁸ jeweils alle zwei Jahre bestellen.⁹ Dabei sieht das PBG zwei Verfahrensmöglichkeiten vor. Im Direktvergabeverfahren handeln Besteller und TU Angebot und Abgeltung im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben aus, während das Verkehrsangebot im Ausschreibungsverfahren an den TU «mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot» vergeben wird.¹⁰ Dabei ist aber nicht nur der Preis ausschlaggebend, sondern die Behörden berücksichtigen nach Art. 32g Abs. 2 PBG etwa auch die Umweltverträglichkeit eines Angebots.¹¹ Obwohl Art. 32 Abs. 1 PBG das Ausschreibungsverfahren für den RPV auf der Strasse zum Regelfall erklärt,¹² bestehen im Gesetz viele Ausnahmen vom Ausschreibungsverfahren. In der Praxis ist das Direktvergabeverfahren nach wie vor auch bei den Buslinien das häufigste Vergabeverfahren geblieben.¹³ Laut Angaben des Bundesrates fanden von 1996 bis 2018 lediglich 35 Ausschreibungen im gemeinsam von Bund und Kantonen bestellten regionalen Personenverkehr statt.¹⁴

6 Das Ausschreibungsverfahren wird dabei mit dem Verfahren zur Erteilung oder Erneuerung der Konzession koordiniert.¹⁵ So kommt das Ausschreibungsverfah-

⁷ Vgl. zum Bestellprinzip Kern, S. 1812 f.; zur Vorgeschichte des geltenden Rechts Hermann/König, N. 53 f.

⁸ Bundesgesetz über die Personenbeförderung vom 20. März 2009 (Personenbeförderungsgesetz, PBG), SR 745.1

⁹ Den Ortsverkehr sowie Verkehrsangebote ohne Erschliessungsfunktion haben hingegen Kantone und Gemeinden zu finanzieren, vgl. Art. 28 Abs. 2 PBG sowie Art. 3 ARPV; dazu auch Kern/König, N. 9.54 ff.

¹⁰ Art. 32 g Abs. 1 PBG; vgl. zum Ausschreibungsverfahren Art. 32 ff. PBG sowie zu den Vergabeverfahren im Allgemeinen Kern, 1814 ff.; Kern/König, N. 9.48 ff.

¹¹ Vgl. zur Kritik an mangelnden Vorgaben zur Gewichtung der einzelnen Kriterien Kern, S. 1817.

¹² Vgl. Hermann/König, N. 67; Kern, S. 1815 f.; Kern/König, N. 9.43.

¹³ Vgl. Kern, S. 1815; ähnlich auch Hermann/König, N. 87, 91. Die Ausnahmen von Ausschreibungsverfahren sind in Art. 32 Abs. 2 PBG geregelt; vgl. dazu auch die Übersicht bei Hermann/König, N. 71. Vgl. auch Ecoplan, Evaluationsbericht, S. 210.

¹⁴ Stellungnahme des Bundesrates vom 9. März 2018 zur Dringlichen Interpellation von Hans Grunder, Postauto-Debakel, 18.3035.

¹⁵ Art. 32b PBG. Vgl. zum Zusammenhang von Bestellung und Konzession Ganz, S. 978.

A M T

ren zwar grundsätzlich bei Neuerteilungen sowie bei der Erneuerung von Konzessionen zu Anwendung, letzteres zumindest falls die Ausschreibungsplanung dies vorsieht.¹⁶ Während der Dauer bestehender Konzessionen findet eine Ausschreibung jedoch nur im Sinne einer Sanktion durch die Besteller statt, etwa falls Zielvereinbarungen nicht erfüllt werden und diese Sanktion in der Zielvereinbarung vorgesehen ist.¹⁷ Wie die Ausschreibung selber scheint jedoch auch die Sanktion aus faktischen Gründen, insbesondere der kleinen Zahl an Interessenten, regelmässig schwer zu verwirklichen.¹⁸ Demgegenüber ist eine Linie nicht auszuschreiben, falls mit einem Unternehmen eine Zielvereinbarung besteht und das Unternehmen diese Ziele erfüllt.¹⁹

7 Im Ausschreibungsverfahren machen die Besteller Vorgaben zum gewünschten Angebot (Fahrplan) sowie zu den zur Verfügung stehenden Mittel und fordern die TU zur Offertstellung auf.²⁰ Die interessierten TU reichen daraufhin für jede Linie eine Offerte ein, welche unter anderem eine verbindliche Planrechnung enthalten muss.²¹ In dieser weist das Unternehmen das verbleibende Defizit, die sogenannten «geplanten ungedeckten Kosten» gemäss Art. 28 Abs. 1 PBG aus, welche von den Bestellern abgegolten werden.²²

B. Vergabevereinbarung

8 Die Besteller vergeben das ausgeschriebene Angebot gestützt auf die Kriterien von Art. 32g PBG wie bereits erwähnt an das Unternehmen mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot, worauf das BAV den Vergabeentscheid verfügt.²³ Besteller und TU schliessen daraufhin eine Vergabevereinbarung,²⁴ in welcher gestützt auf die Offerte des TU u.a. Geltungsdauer, Verkehrsangebot, Qualität und

¹⁶ Art. 32c Abs. 1 und 3 PBG.

¹⁷ Art. 32c Abs. 2 lit. b PBG; vgl. auch Hermann/König, N. 67.

¹⁸ Vgl. Hermann/König, N. 82.

¹⁹ Art. 32 Abs. 2 lit. a PBG; vgl. die Kritik an der faktischen Monopolisierung durch Zielvereinbarungen Ganz, S. 983.

²⁰ Vgl. Art. 16 ARPV.

²¹ Vgl. Art. 17 Abs. 3 lit. b ARPV.

²² Vgl. auch Art. 27h Abs. 2 lit. d ARPV.

²³ Art. 32i Abs. 1 lit. d PBG.

²⁴ Art. 32k Abs. 1 PBG.

A M T

Kosten und damit auch die zu leistenden Abgeltungen der Besteller festgelegt werden.²⁵

- 9 Vergabevereinbarungen werden in der Regel für die Dauer von zehn Jahren abgeschlossen.²⁶ Geltungsdauer und Abgeltungen stehen dabei in einem gewissen Spannungsverhältnis, da sowohl das unternehmerische Risiko als auch der mögliche Gewinn des TU grösser sind, wenn die Vergabevereinbarung und damit die vereinbarte Abgeltung eine längere Laufzeit aufweist.²⁷ Um diese Unsicherheiten zu beschränken, sieht Art. 27m Abs. 3 ARPV vor, die Abgeltungsbeiträge für die ersten beiden Fahrplanperioden und damit für vier Jahre zu fixieren und anschliessend anhand eines bereits zuvor vereinbarten Mechanismus anzupassen.²⁸ Die Lehre spricht sich mitunter dafür aus, solche Anpassungen nur in engen Grenzen zuzulassen, um das wirtschaftliche Risiko tatsächlich den TU aufzuerlegen.²⁹ Sie kritisiert gleichzeitig, dass dieses Mischmodell besser zum Verfahren der Direktvergabe passt, da der Besteller hier auf die Kostenstruktur des TU Einfluss nehmen kann. Im Ausschreibungsverfahren führe dies aber zu Beeinträchtigungen, da es die Ausschreibungen als wirtschaftlich weniger attraktiv erscheinen lässt. Ausserdem werden dadurch Unternehmen mit bereits bestehender Spezialreserve aus angehäuften Gewinnen i.S.v. Art. 36 Abs. 2 PBG bevorzugt, da neu eintretenden Unternehmen diese Reserve anfänglich fehlt.³⁰

C. Gewinnverwendung

- 10 Als Ausgleich für das vom TU eingegangene wirtschaftliche Risiko sollte diesem aus der wirtschaftlichen Tätigkeit ein möglicher Gewinn in Aussicht stehen.³¹ Decken die Transporterlöse und die Abgeltungen der Besteller die Aufwendungen des TU nicht, so hat dieses den Verlust nach Art. 36 Abs. 1 PBG nämlich selber zu tragen. Einen allfälligen Gewinn hat das Unternehmen zu mindestens zwei Dritteln einer steuerfreien Spezialreserve zur Deckung künftiger Verluste abgel-

²⁵ Vgl. Art. 32k Abs. 2 PBG; vgl. auch Hermann/König, N. 83.

²⁶ Hermann/König, N. 83; vgl. auch Kern, S. 1817 f.

²⁷ Vgl. zu diesem Dilemma der Besteller Kern, S. 1818 f.

²⁸ Vgl. Hermann/König, N. 84; Kern, S. 1818 f.

²⁹ Kern, S. 1818 f.

³⁰ Vgl. Kern, S. 1823.

³¹ Vgl. in diesem Sinne auch Kern, S. 1822. Vgl. auch die diesbezüglichen Wortmeldungen in den Beratungen zur Bahnreform 2, AB 2009 N 126 ff.; AB 2009 S 122 ff.

A M T

tungsberechtigter Linien zuzuweisen. Erst wenn diese Reserve 25% des Jahresumsatzes der abgeltungsberechtigten Linien oder zwölf Mio. Franken beträgt, steht der Gewinn dem TU zur freien Verfügung.³² Die Möglichkeit, nicht allen Gewinn der Spezialreserve zuweisen zu müssen, sollte den TU Gewinnanreiz und damit Motivation zu kosteneffektivem Wirtschaften bieten. Unter solcher Effizienz verstand der Bundesrat aber lediglich die Verbesserung der «Ist-Rechnung gegenüber der Planrechnung».³³ In früheren Botschaften betonte der Bundesrat im Hinblick auf das Direktvergabeverfahren aber auch, dass die TU sich in Bezug auf ihre Leistung an der Effizienz von anderen Unternehmen in ähnlichen Verhältnissen messen lassen müssen.³⁴

11 Allerdings ist es nicht so, dass Subventionsnehmer in keinem Fall Gewinne erwirtschaften dürfen. Gerade im RPV ist anerkannt, dass Subventionsnehmer in nicht abgeltungsberechtigten Sparten nach Art. 36 Abs. 4 PBG Gewinne erwirtschaften dürfen, weshalb die TU auch eine nach Sparten gegliederte Rechnung zu führen haben.³⁵ In der Praxis beschränken die Besteller die Gewinnmöglichkeiten der TU im System der Direktvergabe aber in genereller Weise, indem sie darauf drängen, die Abgeltungen in der Folgeperiode zu reduzierten, falls das TU signifikante Gewinne erwirtschaften konnte.³⁶ Auf der anderen Seite kann das TU aber auch sein wirtschaftliches Risiko senken, indem kurze Abgeltungsperioden mit der Möglichkeit der Neuverhandlung dieser Abgeltungen verankert werden. Beide Entwicklungen stellen das Ausschreibungsmodell insgesamt jedoch in Frage.³⁷

III. Begriff der «ungedeckten Kosten» nach PBG

12 Sowohl im Ausschreibungsverfahren als auch im Verfahren der Direktvergabe haben die TU den Bestellern eine Planrechnung einzureichen, aus welcher die geplanten «ungedeckten Kosten» des Verkehrsangebots hervorgehen (Art. 28 Abs. 1 PBG). Die TU haben neben ihrer Finanzrechnung eine Betriebskosten- und

³² Art. 36 Abs. 2 PBG.

³³ Vgl. Botschaft Bahnreform 2, S. 2492; vgl. auch Kern, S. 1821 f.

³⁴ Botschaft EBG 1993, S. 531.

³⁵ Vgl. auch EFK, Hinweise, S. 18 f.

³⁶ Vgl. Kern, S. 1823; in diesem Sinne etwa auch die Wortmeldung von Ständerat Peter Bieri in den Beratungen zur Bahnreform 2, AB 2009 S. 123. Vgl. zur Wirkung des Spardrucks auf die Vergabeverhältnisse auch Keel, S. 125 f.

³⁷ Vgl. Kern, S. 1823, 1825 f.

A M T

Leistungsrechnung zu führen, welche nach Sparten zu gliedern ist.³⁸ Diese Betriebskosten- und Leistungsrechnungen sind gemäss Art. 13 Abs. 1 der Verordnung des UVEK über das Rechnungswesen der konzessionierten Unternehmen (RKV)³⁹ nach dem Prinzip der Vollkostenrechnung zu führen. Weder das PBG noch die den RPV regeln den Verordnungen erläutern den Begriff der «Vollkosten» resp. «Kosten» näher.⁴⁰

13 Da weder Gesetze noch Verordnungen einen Kostenbegriff definieren, ist nach Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht auf den betriebswirtschaftlichen Kostenbegriff abzustellen.⁴¹ Kosten stellen nach diesem Verständnis den betriebszweckbezogenen Verzehr von Wirtschaftsgütern in einer Rechnungsperiode dar.⁴² Dies schliesst es laut Bundesgericht gestützt auf das Vollkostenprinzip sowie das Periodizitätsprinzip⁴³ etwa aus, die Rückzahlung eines Darlehens auf den RPV abzuwälzen, welches in der fraglichen Periode nicht aufwandrelevant ist.⁴⁴

14 Damit ist allerdings noch nicht beantwortet, ob ein Gewinnanteil zum betriebswirtschaftlichen Kostenbegriff gehört. Gewinn bezeichnet in der Finanzbuchhaltung zunächst die Differenz zwischen Erträgen und Aufwendungen im Rahmen eines wirtschaftlichen Unternehmens. Der Gewinn dient dazu, das zur Verfügung gestellte Eigenkapital im Verhältnis zur Inflation zu erhalten und zu entschädigen, Risiken abzugelten sowie Kapital für zukünftige Unternehmen bereitzustellen.⁴⁵

15 Das BAV ist der Meinung, dass die «ungedeckten Kosten» nach PBG keinen Gewinnzuschlag beinhalten dürfen. Damit würden die «ungedeckten Kosten» nach dem Aufwand bemessen und vom Gewinn getrennt.

³⁸ Art. 29 Abs. 1 ARPV.

³⁹ Verordnung des UVEK über das Rechnungswesen der konzessionierten Unternehmen (RKV) vom 18. Januar 2011, SR 742.221.

⁴⁰ Vgl. Urteil des BVerwGer vom 24. Juni 2014, A-3505/2012 E. 8.4.

⁴¹ Urteil des BGer vom 7. August 2015, 2C_735/2014 E. 4.2; Urteil des BVerwGer vom 24. Juni 2014, A-3505/2012 E. 8.4. Das BVerwGer verweist dafür auf seine Praxis zum Kostenbegriff nach Stromversorgungsgesetz, vgl. dazu Urteil vom 17. Juni 2013, A-2836/2012 E. 6.2.2; Urteil vom 20. März 2013, A-2842/2010 E. 4.4.3.

⁴² Mumm, S. 10.

⁴³ Vgl. Art. 17 Abs. 3 lit. b ARPV.

⁴⁴ Urteil des BGer vom 7. August 2015, 2C_735/2014 E. 4.2.

⁴⁵ Grundlegend hierzu Weber, 48.

A M T

16 Eine Trennung von Aufwand und Gewinn widerspricht aber einer betriebswirtschaftlichen Sicht insofern, als infolgedessen nur Zinsaufwendungen für Fremdkapital als Aufwand erfasst werden, dagegen Eigenkapital keinen Wertverzehr nach sich zieht und «gratis» zur Verfügung steht. Letzteres mag in Einzelfällen zutreffen, falls das Eigenkapital vom Staat zur Verfügung gestellt wird.⁴⁶ Einem unternehmerischen Ansatz im RPV steht eine solche Sichtweise aber diametral entgegen,⁴⁷ denn mit dieser Sicht wäre die Höhe der Kosten abhängig von der Kapitalstruktur: Eigenkapitalfinanzierte Unternehmen hätten tiefere Kosten als (teil-) fremdfinanzierte Betriebe, was zu ungleichen Abgeltungen durch Subventionen je nach Kapitalstruktur führte. Nicht berücksichtigt würde, dass das zur Verfügung gestellte Eigenkapital andernorts Gewinn erzielen kann (Opportunitätskosten), weshalb in der betriebswirtschaftlichen Kostenrechnung kalkulatorische Zinsen auf das Eigenkapital angesetzt werden. Mit einer solchen betriebswirtschaftlichen Kostenrechnung wird jener Gewinn ausgewiesen, der über eine am Geld- und Kapitalmarkt alternativ erzielbare Verzinsung hinaus erwirtschaftet wird. Zinsen für Eigenkapital stellen somit betriebswirtschaftlich kalkulatorische Kosten dar.⁴⁸

17 Dieser betriebswirtschaftlichen Sicht entspricht, dass die Besteller den TU nach Art. 15 ARPV eine Verzinsung des Eigenkapitals gewähren können, womit solche Zinsen ebenfalls als abgeltungsberechtigte Kosten aufgefasst werden.⁴⁹ Indem allerdings Art. 15 ARPV die Eigenkapitalverzinsung gemäss Wortlaut von einer expliziten Erlaubnis von Bund und Kantonen abhängig macht, weicht die Verordnung insofern vom Grundsatz des Gesetzes (Art. 28 PBG) ab, als dem TU die gesamten «ungedeckten Kosten» abgegolten werden sollen – richtigerweise zu verstehen im betriebswirtschaftlichen Sinn als Vollkosten samt (oben erwähnter) Eigenkapitalverzinsung. Eine andere Sicht führt ohne sachlichen Grund zur erwähnten Schlechterstellung von stärker eigenkapitalfinanzierten Betrieben und widerspräche somit dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten (Art.

⁴⁶ So die Ansicht des BAV laut Ecoplan, Evaluationsbericht, S. 193.

⁴⁷ Immerhin sind sich TU und BAV einig, dass bei mehr Wettbewerb im RPV eine Eigenkapitalverzinsung bzw. eine Risikoprämie ermöglicht werden müsste, vgl. Ecoplan, Evaluationsbericht, S. 193.

⁴⁸ Vgl. etwa Mumm, S. 65 f.

⁴⁹ Vgl. auch Kern, S. 1813 f.

A M T

27 BV)⁵⁰ und dem Grundsatz der Rechtsgleichheit.⁵¹ Allerdings kann – im Umkehrschluss dazu – schon heute die Ungleichbehandlung vermieden werden, indem die Besteller ihre Zustimmung zu einer Eigenkapitalverzinsung geben.

IV. Durchbrechung des Trennungsprinzips im Gesellschaftsrecht

18 Die TU haben die Vollkosten pro Linie auszuweisen, welche ihnen, soweit sie nicht durch Erlöse gedeckt sind, gestützt auf Art. 28 Abs. 1 PBG von den Bestellern abgegolten werden. Unter Kosten ist der Mittelabfluss innerhalb der fraglichen Periode zu verstehen, dem eine Leistung des TU gegenübersteht,⁵² richtigerweise unter zusätzlicher Anrechnung der Eigenkapitalverzinsung.⁵³

19 Wenn ein TU über eine Konzernstruktur verfügt,⁵⁴ was heute nicht mehr nur bei grossen, sondern meist auch bei mittleren und oft selbst bei kleinen Unternehmen der Fall ist,⁵⁵ kann sich die Frage stellen, wie interne Leistungen der rechtlich selbständigen Gesellschaften innerhalb des Konzerns zu verrechnen sind.

20 Im Konzernrecht gilt grundsätzlich das Trennungsprinzip, wonach die rechtlich selbständigen Gesellschaften als juristisch eigenständige Einheiten betrachtet werden. Im Sinne einer Ausnahme werden die wirtschaftlich eine Einheit bildenden Gesellschaften jedoch als eine Gesamteinheit aufgefasst, wobei es hierfür sowohl einer besonderen Situation als auch einer besonderen Rechtsgrundlage bedarf (modifizierte Einheitstheorie).⁵⁶ Der umfassendste Tatbestand, in welchem

⁵⁰ Nach diesem Grundsatz sind Massnahmen untersagt, die eine Verzerrung des Wettbewerbs unter direkten Konkurrenten verursachen. Man versteht unter direkten Konkurrenten die Angehörigen der gleichen Wirtschaftsbranche, die sich mit den gleichen Angeboten an dasselbe Publikum richten, um die gleichen Bedürfnisse zu befriedigen (BGE 132 I 97 E. 2.1 S. 100 = Pra 2007 Nr. 2). Es ist zu bejahen, aber vom Bundesgericht bisher nicht entschieden, dass Konkurrenz auch zwischen Unternehmen besteht, welche sich auf die gleichen Konzessionen oder Regale bewerben.

⁵¹ Unzulässig sind nach Art. 8 Abs. 1 BV rechtliche Unterscheidungen, für die kein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, wenn also Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird (BGE 131 I 1 6). Art. 8 BV bietet einen geringeren Schutz als der in Fn. 50 erwähnte Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten: Urteile des BGer vom 10. Juli 2009, 2C_467/2008 E. 7.1 und vom 25. Oktober 2006, 2P.94/2005 E. 4.2.

⁵² Vgl. etwa Urteil des BVerwGer vom 24. Juni 2014, A-3505/2012 E. 8.4.

⁵³ Vgl. oben Ziff. 3.

⁵⁴ Vgl. zum Konzern im Allgemeinen etwa K. Beyeler, S. 3 ff.; Druey et al., § 1 N. 82 ff.

⁵⁵ Druey et al., § 1 N. 94.

⁵⁶ K. Beyeler, S. 3 ff.; Druey et al., § 1 N. 109 ff. m.w.H.

A M T

der Konzern als Einheit betrachtet wird, ist der Durchgriff wegen Rechtsmissbrauchs gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB.⁵⁷ Verwendet ein TU oder die Konzernmutter die Konzernstruktur, um absichtlich Gewinn bei einer Tochtergesellschaft anfallen zu lassen, welchen er im anderen Fall im Rahmen der Betriebs- und Leistungskosten eigentlich dem Betrieb einer abteilungsberechtigten Linie des RPV hätte ausweisen müssen, so ist je nach Konstellation ein Durchgriff nach Art. 2 Abs. 2 ZGB gerechtfertigt. Der TU verwendet die von ihm beherrschten juristischen Personen in diesem Fall zur Umgehung der öffentlich-rechtlichen Bestimmungen über die Berechnung der ungedeckten Kosten nach Art. 28 Abs. 1 PBG.⁵⁸

21 Fraglich erscheinen nun aber Fälle, in welchen die subventionsempfangende Gesellschaft Leistungen bei anderen Gesellschaften in einem Konzern zu Preisen bezieht, zu welchen sie die Leistungen auch von Dritten erwerben würde und somit kein Rechtsmissbrauch ersichtlich ist. Handelt es sich bei der Abgeltung der ungedeckten Kosten im RPV nach Art. 28 Abs. 1 PBG um eine besondere Situation, die es rechtfertigen würden, den Konzern als Einheit zu betrachten, und wäre diese einheitliche Betrachtung von einer besonderen Rechtsgrundlage gedeckt?

22 Art. 13 Abs. 2 RKV erlaubt es mehreren Unternehmen, welche unter einer gemeinsamen Leitung stehen, die Betriebskosten- und Leistungsrechnung über mehr als eine juristische Person zu führen. Nach den Erläuterungen des BAV soll es diese Bestimmung Betriebsgemeinschaften oder TU in Konzernen ermöglichen, eine einzige Betriebskosten- und Leistungsrechnung über alle Gesellschaften im Konzern zu führen.⁵⁹ Im Umkehrschluss muss es für die Gesellschaften eines Konzerns demnach, unter Vorbehalt der Pflicht zu einer Konzernrechnung nach Art. 963 ff. OR, zulässig sein, eine je eigene Betriebskosten- und Leistungsrechnung zu führen. Diese Betriebskosten- und Leistungsrechnung hat nach den Erläuterungen des BAV zu Art. 13 Abs. 1 RKV gestützt auf die Buchführungsprinzipien von Art. 4 RKV zu erfolgen, was Quersubventionierungen zwischen Kostenträgern oder Kostenstellen verhindern soll.⁶⁰ Art. 4 Abs. 1 RKV zur Rechnungslegung konzessionierter Unternehmen sieht vor, dass die Jahresrechnung

⁵⁷ Vgl. Druey et al., § 1 N. 111.

⁵⁸ Vgl. zur zweckwidrigen Verwendung einer juristischen Person als Tatbestand des Rechtsmissbrauchs nach Art. 2 Abs. 2 ZGB BSK ZGB I-Honsell Art. 2 N. 52.

⁵⁹ Erläuterungen RKV, S. 9.

⁶⁰ Erläuterungen RKV, S. 9.

A M T

ein «den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage vermitteln» muss.

23 Die Gesetzgebung zum RPV regelt nicht ausdrücklich, wie die Kosten zu berechnen sind, welche den einzelnen Linien verrechnet werden dürfen. Bei den Abgeltungen der ungedeckten Kosten durch die Besteller nach Art. 28 Abs. 1 PBG handelt es sich um Abgeltungen i.S.v. Art. 3 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Finanzhilfen und Abgeltungen (SuG)^{61, 62}. Rechtsprechung und Praxis erachten die Abgeltungsvereinbarung daher auch in erster Linie als Subventionsvertrag.⁶³ Nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts sind lediglich effektiv entstandene Kosten abzugelten, was etwa ausschliesse, geltend gemachte Kosten Dritter unbesehen zu übernehmen.⁶⁴ Auch Branchenvergleiche (wie Produktionskosten pro Sendestunde im Regionalfernsehen) könnten dabei nicht herangezogen werden,⁶⁵ da Zweck dieser Bestimmung nicht sei, dem Subventionsnehmer ein rentables Geschäft zu ermöglichen, sondern lediglich die effektiv angefallenen Kosten zu ersetzen.⁶⁶ Aus diesen Gründen seien bei einer Unternehmung mit Konzernstruktur die internen Verrechnungen aus der Rechnung zu eliminieren, um die tatsächlich entstandenen Kosten bestimmen zu können.⁶⁷ Nach dieser Praxis des Bundesverwaltungsgerichts könnten Kosten, welche bei einer Tochtergesellschaft im Konzern anfallen, nur dann geltend gemacht werden, wenn sie effektiv auch angefallen sind. Es scheint, als will das Bundesverwaltungsgericht dazu den Konzern als Einheit betrachten, wobei es sich nicht klar dazu äussert, auf welche gesetzliche Grundlage es sich dabei bezieht. Implizit leitet es diese Grundlage aus dem Zweck des Subventionsgesetzes und damit dem Zweck einer Finanzhilfe ab.⁶⁸

⁶¹ Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen vom 5. Oktober 1990 (Subventionsgesetz, SuG), SR 616.1.

⁶² Vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts vom 7. August 2015, 2C_735/2014 E. 1.2.1.

⁶³ Vgl. Urteil des BGer vom 26. April 2005, 2P.315/2004 E. 2.3; VPB 2002, Nr. 46, E. 2.4.1; Kern, S. 1820. Die Frage wird vor allem erörtert, um diesen Subventionsvertrag vom öffentlichen Beschaffungswesen abzugrenzen; vgl. dazu insb. Galli et al., N. 234 ff.; vgl. zur Kritik an dieser Auffassung auch Ganz, S. 975 ff. m.w.H.

⁶⁴ Urteil des BVerwGer vom 8. März 2012, A-1351/2011 insb. E. 5.1.

⁶⁵ Urteil des BVerwGer vom 8. März 2012, A-1351/2011 E. 6.1.

⁶⁶ Urteil des BVerwGer vom 21. Juni 2013, A4559/2011 E. 7.1.2.

⁶⁷ Urteil des BVerwGer vom 21. Juni 2013, A4559/2011 E. 6.2.

⁶⁸ Urteil des BVerwGer vom 21. Juni 2013, A4559/2011 E. 6.2, mit zwei Verweisen auf betriebswirtschaftliche Werke über konsolidierte Konzernrechnungen.

A M T

24 Diese Ansicht deckt sich mit der Empfehlung des BAV anlässlich der Leistungsverrechnungen zwischen den PostAuto-Gesellschaften, wonach die spezialgesetzlichen Zwecke des RPV Verrechnungen nach effektivem Aufwand erfordern.⁶⁹ Allerdings kennen weder das PBG noch das SuG eine konkrete Norm, welche das Trennungsprinzip ausdrücklich aufhebt. Dem Erfordernis der gesetzlichen Grundlage, welche es den betroffenen Personen gerade erlauben soll, die Abweichung von der Regel des Trennungsprinzips zu erkennen, wird somit nicht Rechnung getragen.

25 Zudem ist zu beachten, dass der Bund bei den vom Bundesverwaltungsgericht entschiedenen Fällen im Bereich des Regionalfernsehens Finanzhilfen leistete (i.S.v. Art. 3 Abs. 1 SuG), nicht aber Abgeltungen wie im Falle von Art. 28 Abs. 1 PBG.⁷⁰ Finanzhilfen sind Subventionen, welche der Staat an Private ausrichtet, um «die Erfüllung einer vom Empfänger gewählten Aufgabe zu fördern oder zu erhalten».⁷¹ Abgeltungen sind hingegen Subventionen, welche der Staat leistet, um die finanziellen Lasten der Empfänger auszugleichen oder zu mildern, welche ihnen bei der Erfüllung «öffentlichrechtliche[r] Aufgaben, die [ihnen] vom Bund übertragen worden sind», entstehen.⁷² Übertragen werden solche Aufgaben etwa durch Rechtssatz, Vertrag oder auch im Rahmen einer Konzession.⁷³ Da die Leistungen der TU eine öffentliche Aufgabe darstellen und diese im Rahmen eines synallagmatischen Vertrages erfolgen,⁷⁴ kann die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu den Finanzhilfen nicht unbesehen übernommen werden, denn der Zweck von Art. 28 Abs. 1 PBG ist, den TU die Kosten der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe (RPV) zu ersetzen. Die Frage ist daher weit weniger, ob die TU als Konzern betrachtet werden sollen, sondern vielmehr, wie diese ungedeckten Kosten zu berechnen sind.⁷⁵ Zu dieser Frage äussert sich das Bundesverwaltungsgericht im Falle der Finanzhilfen für Betreiber von Regionalfernsehsendern

⁶⁹ Bericht BAV, S. 12 (Empfehlung 1a).

⁷⁰ Vgl. Urteil des BVerwGer vom 8. März 2012, A-1351/2011 E. 4.4; Urteil vom 21. Juni 2013, A4559/2011 E. 5.1.

⁷¹ Art. 3 Abs. 1 SuG.

⁷² Art. 3 Abs. 2 lit. b SuG. Vgl. zur Abgrenzung von Finanzhilfen und Abgeltungen Bendi, S. 6 ff.; Wiederkehr/Richli, N. 1458 ff.

⁷³ Wiederkehr/Richli, N. 1462.

⁷⁴ Vgl. Kern, S. 1820 f.

⁷⁵ Dazu bereits oben Ziff. III.

jedoch nicht konkret und betont, dass es sich in dieser Hinsicht zurückhält, das Vorgehen der Vorinstanz zu überprüfen.⁷⁶

²⁶ Ebenfalls gegen die Aufhebung des Trennungsprinzips spricht der Umstand, dass Gesellschaften im RPV öffentliche Aufgaben ausüben und in diesem Rahmen dem Beschaffungsrecht unterstellt sein könnten oder dieses zumindest als Orientierungshilfe dient.⁷⁷ Nach den Regeln des Beschaffungsrechts dürfen Leistungen nur dann ohne Ausschreibung bei anderen Konzerngesellschaften bezogen werden, wenn die Schwellenwerte nicht erreicht werden oder Ausnahmen von der Beschaffungspflicht vorliegen. Sogenannte Quasi-in-House-Beschaffungen ohne Ausschreibung sind nur dann möglich, wenn der Leistungserbringer unter Kontrolle des Auftraggebers steht und nur für diesen, jedoch nicht in wesentlichem Umfang für Dritte (d.h. auf dem Markt) tätig ist.⁷⁸ Nimmt man diese Regelung mindestens als Orientierungsrahmen, so will das Beschaffungsrecht gerade sicherstellen, dass ein Konzessionär des RPV bei anderen rechtlich selbständigen Gesellschaften auch innerhalb eines Konzerns wirtschaftlich günstige Leistungen bezieht. In Umkehr von diesem grundlegenden Ziel des Beschaffungsrechts so- dann das Trennungsprinzip aufzuheben, wäre geradezu systemwidrig.

V. **Rechtsfolgen bei unzulässigen Verrechnungen zwischen den rechtlich selbständigen Gesellschaften im Konzern**

²⁷ Nach Art. 61 Abs. 5 PBG kann das BAV unabhängig von einem Strafverfahren Verwaltungsmassnahmen ergreifen. Es kann dabei nach Art. 61 Abs. 1 und 2 PBG insbesondere Bewilligungen zeitweilig oder dauernd entziehen. Im Übrigen sehen

⁷⁶ Urteil des BVerwGer vom 21. Juni 2013, A4559/2011 E. 7.2.2

⁷⁷ Die Frage, ob die Konzessionserteilung nach Art. 28 PBG dem Beschaffungsrecht untersteht, ist in der Lehre umstritten, vgl. M. Beyeler, N. 537, 785 f.; Kern, S. 1820 ff. m.w.H. zu den unterschiedlichen Lehrmeinungen Beide erachten die Regelung des RPV als *lex specialis* zum allgemeinen Beschaffungsrecht. Bei der vorliegenden Frage geht es aber um die Frage, ob der mit der Aufgabenerfüllung befasste Konzessionär dem Beschaffungsrecht untersteht. Diese Frage ist bisher vom Bundesgericht nicht geklärt und in der Lehre wenig diskutiert.

⁷⁸ M. Beyeler, N. 1223. Die gegenwärtig von der Bundesversammlung beratene Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB) sieht vor, die in dieser Frage vom EuGH entwickelte Teckal-Praxis weitgehend zu übernehmen. Nach Art. 10 Abs. 3 lit. d E-BöB soll ein Beauftragter maximal 20 Prozent seiner Leistungen in einem bestimmten Markt für Dritte erbringen dürfen, ohne dass die im Konzern nachgefragten Leistungen ausgeschrieben werden müssen, vgl. Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. Februar 2017, BBl 2017 1851 ff. (1907).

A M T

sowohl das PBG als auch die den RPV regelnden Verordnungen keine spezifischen Sanktionen vor. Die Frage ist somit unter Rückgriff auf das SuG zu beantworten, welches ein Rahmengesetz für die Gewährung von Subventionen bildet, während die gesetzliche Grundlage für die konkreten Subventionen in den jeweiligen Sachgesetzen zu suchen ist.⁷⁹

28 Das SuG sieht in Art. 30 Abs. 1 vor, dass die Behörde eine Subvention widerruft, falls diese unter Verletzung einer Rechtsvorschrift oder aufgrund eines unrichtigen oder unvollständigen Sachverhalts zu Unrecht erteilt wurde, was zur ursprünglichen Fehlerhaftigkeit der Vergabe führt.⁸⁰ Die Behörde verzichtet bei den in Art. 30 Abs. 2 SuG aufgezählten Konstellationen auf den Widerruf, falls der Schutz des Vertrauens des Subventionsempfängers dies erfordert und insbesondere, wenn die Rechtsverletzung nicht leicht erkennbar war (Art. 30 Abs. 2 lit. b SuG).⁸¹ Der Anspruch auf Rückerstattung verjährt gemäss Art. 32 Abs. 2 SuG ein Jahr, nachdem die Behörde vom Rechtsgrund des Anspruchs Kenntnis erhalten hat, in jedem Fall aber zehn Jahre nach dessen Entstehung.

29 Das Schweizer Recht basiert auf dem Trennungsprinzip. Eine Konzernsicht besteht nur in besonderen Situationen und mit gesetzlicher Grundlage. Das SuG und das PBG enthalten indes keine gesetzliche Grundlage zur Aufhebung des Trennungsprinzips.⁸² Zudem stellt bereits das Beschaffungsrecht – gestützt auf das Trennungsprinzip – den kostengünstigen Bezug von Leistungen sicher.⁸³ Die Rechtslage ist somit als unklar zu bezeichnen, zumal auch keine höchstrichterlichen Entscheide bestehen. In dieser Situation wird vom Widerruf der Vergabeverfügung und dem Rücktritt von der Abgeltungsvereinbarung und somit von der Rückforderung von Subventionen abzusehen sein,⁸⁴ wenn nicht geradezu in klar unzulässiger Weise Konzernstrukturen missbraucht wurden, um Gewinne zu verschleiern.

⁷⁹ Vgl. etwa Urteil des BVerwGer vom 21. Juni 2013, A4559/2011 E. 4.2.3.1.

⁸⁰ Vgl. Wiederkehr/Richli, N. 1574 m.w.H.

⁸¹ Vgl. Wiederkehr/Richli, N. 1574; zur Kasuistik auch Mächler, N. 21.58 (Fn. 98).

⁸² Vgl. zu dieser Voraussetzung oben bei Fn. 56 f.

⁸³ Vgl. schon oben bei Fn. 77 f.

⁸⁴ Vgl. zur Qualifikation der Abgeltungsvereinbarung als Subventionsvertrag bereits oben Fn. 63; vgl. zum Rücktritt Art. 31 SuG sowie Mächler, N. 21.58.

VI. Gegenwärtige Reformvorschläge im Bereich des RPV

30 Bund und Kantone verfolgen gegenwärtig ein Reformprojekt im Bereich des RPV, welches in zwei Varianten das System der Abgeltung ungedeckter Kosten der TU durch Bund und Kantone reformieren will:⁸⁵

— In der Variante «Optimierung» würden die Zuständigkeiten von Bund und Kantonen nicht grundsätzlich verändert, die Beteiligung der Besteller aber stärker nach wirtschaftlichen Kriterien ausgerichtet.

— In der Variante «Teilentflechtung» sollen hingegen die Kantone alleine das Angebot im Busverkehr bestellen, während der Bund sich lediglich mit einer zu indexierenden Pauschale an den Kosten beteiligen würde.⁸⁶

31 Nach den Reformvorschlägen soll die Bedeutung der Zielvereinbarungen im Bereich des RPV gestärkt werden, verbunden mit einem Bonus/Malus System,⁸⁷ während dem Ausschreibungsverfahren eher nicht zugetraut wird, das System wettbewerbsnaher zu gestalten. Die Projektgruppe erachtet das Ausschreibungsverfahren als schwer umsetzbar im schweizerischen System, das auf Zusammenarbeit ausgelegt sei, und für politisch «chancenlos».⁸⁸ Bei den weiterverfolgten Varianten ist nicht ausdrücklich vorgesehen, dass die TU Gewinn erzielen können, es sei denn, das Ergebnis weiche von der Planrechnung ab.⁸⁹

32 Eine im Auftrag des BAV durchgeführte Evaluation des Bestellverfahrens im RPV hat denn auch ergeben, dass die weit überwiegende Zahl sowohl der Fachspezialisten des BAV als auch der TU der Ansicht sind, dass die TU keinen angemessenen Gewinn erzielen können, der es ihnen ermöglichen würde, ihre Investitionen zu refinanzieren.⁹⁰ Die konzessionierten TU forderten in dieser Studie

⁸⁵ Vgl. Bericht Reform RPV, S. 4.

⁸⁶ Vgl. zur Übersicht Bericht Reform RPV, S. 4 sowie die detailliertere tabellarische Übersicht auf S. 10 f.

⁸⁷ Vgl. zur Rolle der Zielvereinbarung Bericht Reform RPV, S. 11 f.

⁸⁸ Bericht Reform RPV, S. 13.

⁸⁹ Bericht Reform RPV, S. 10 f. (Tabelle) sowie S. 12 (Varianten 2 und 3). Es sei denn, wie das auch bisher der Fall war, das Ist-Ergebnis weicht von der Planrechnung ab.

⁹⁰ Vgl. Ecoplan, Evaluationsbericht, S. 168 ff., 209.

denn auch, es seien angemessene Gewinnmöglichkeiten für die TU zu schaffen,⁹¹ was nicht zuletzt auch die Eigenfinanzierung der TU stärken sollte.⁹²

VII. Rechtsvergleich mit der Europäischen Union (EU)

33 In der EU regelt die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007⁹³ die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Bereich der öffentlichen Personenverkehrsdienste auf Schiene und Strasse.⁹⁴ Diese Verordnung sieht im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs grundsätzlich ein Wettbewerbsverfahren für die Vergabe ausschliesslicher Rechte oder die Abgeltung von gemeinwirtschaftlichen Leistungen vor.⁹⁵ Die Verordnung lässt aber auch weiterhin Direktvergaben⁹⁶ an Unternehmen unter kommunaler Kontrolle zu,⁹⁷ wobei diese Vergaben durch mehrere Restriktionen⁹⁸ faktisch auf den Kreis der traditionellen Verkehrsunternehmen der Gemeinwesen eingeschränkt werden.⁹⁹ Daneben sieht die Verordnung auch eine Reihe weiterer Ausnahmen vom wettbewerblichen Vergabeverfahren vor, welche an Minimalvorgaben wie Umsatz oder Verkehrsleistung anknüpfen.¹⁰⁰

34 Die Verkehrsunternehmen erhalten für die Übernahme sogenannter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen eine Ausgleichsleistung des Gemeinwesens.¹⁰¹ Obwohl das EU-Recht staatliche Beihilfen grundsätzlich restriktiv regelt,¹⁰² hat das Gemeinwesen Unternehmen, welche gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im

91 Ecoplan, Evaluationsbericht, S. 178.

92 Ecoplan, Evaluationsbericht, S. 193 f.

93 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates vom 23. Oktober 2007 (Amtsblatt 2007 Nr. L 315, S. 1) geändert durch Art. 1 ÄndVO (EU) 2016/2338 vom 14.12.2016 (Amtsblatt 2016 Nr. L 354, S. 22).

94 Vgl. ausführlich zum Vergabeverfahren in der EU Knauff, S. 65 ff.

95 Die Vergabe führt zu einem Dienstleistungsvertrag. Vgl. zu dessen Anwendungsbereich Art. 3 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007.

96 Vgl. zur Legaldefinition der Direktvergabe Art. 2 lit. h Verordnung (EG) Nr. 1370/2007.

97 Vgl. zum Begriff der Kontrolle Knauff, S. 69 ff.

98 Einschränkungen geografischer Art oder im Hinblick auf den Beizug von Subunternehmen. Vgl. Art. 5 Abs. 2 lit. b und e Verordnung (EG) Nr. 1370/2007.

99 Knauff, S. 70 f.

100 Vgl. Art. 5 Abs. 2, 4, 5 und 6 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007; vgl. auch Knauff, S. 71.

101 Art. 3 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007.

102 Vgl. Art. 107 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), Amtsblatt Nr. C 326 vom 26. Oktober 2012, S. 1 ff.; vgl. ausführlich zum Beihilferecht in der EU Bendi, S. 143 ff.

Bereich des Personenlandverkehrs erbringen, nicht nur die Nettokosten zu ersetzen, sondern bei den Ausgleichszahlungen auch einen angemessenen Gewinn aus der Übernahme der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen zu berücksichtigen.¹⁰³

35 Um für den Fall einer Direktvergabe zu verhindern, dass diese Ausgleichsleistung zu hoch angesetzt wird, enthält die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 im Anhang spezifische Vorgaben zu deren Berechnung.¹⁰⁴ Diese Regelung steht in Übereinstimmung mit dem Entscheid des Europäischen Gerichtshofs in der Sache «Altmark Trans» aus dem Jahre 2003, wonach es sich bei solchen Ausgleichsleistungen unter gewissen Voraussetzungen nicht um unzulässige Beihilfen im Sinne von Art. 107 AEUV¹⁰⁵ handelt.¹⁰⁶ Dies gilt laut Gerichtshof nicht nur bei der Vergabe unter Bedingungen des Wettbewerbs, sondern auch bei Direktvergaben. Die konkreten Kosten des Unternehmens sind dabei durch Vergleich mit einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen zu ermitteln, «wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind».¹⁰⁷

VIII. Beantwortung der Fragen

36 *Wie ist der Begriff der «ungedeckten Kosten» gemäss PBG auszulegen?*

37 Der Begriff der «ungedeckten Kosten» Kosten ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts im betriebswirtschaftlichen Sinne zu verstehen, womit den TU die Vollkosten abgegolten werden – richtigerweise zu verstehen als Vollkosten samt kalkulatorischer Kosten wie der Eigenkapitalverzinsung. Eine andere Sicht führt zu einer unzulässigen Schlechterstellung von stärker eigenkapitalfinanzierten Betrieben.

¹⁰³ Vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. b. ii. Verordnung (EG) Nr. 1370/2007.

¹⁰⁴ Vgl. Art. 6 Abs. 1 sowie Anhang Verordnung (EG) Nr. 1370/2007.

¹⁰⁵ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV, konsolidierte Fassung), Amtsblatt 2012 Nr. C 326, S. 1 ff.

¹⁰⁶ Urteil des EuGH vom 24. Juli 2003, Rechtssache C-280/00, Altmark Trans GmbH, Sammlung der Rechtsprechung 2003 I-07747, Randziffer 87 ff.

¹⁰⁷ Urteil des EuGH vom 24. Juli 2003, Rechtssache C-280/00, Altmark Trans GmbH, Sammlung der Rechtsprechung 2003 I-07747, Randziffer 93. Vgl. auch Ziff. 2 Abs. 5 Anhang Verordnung (EG) Nr. 1370/2007.

A M T

38 *Rechtfertigt es sich, in Anbetracht dieses Kostenbegriffs, den im schweizerischen Gesellschaftsrecht geltenden Grundsatz, wonach Konzerngesellschaften in der Regel als separate rechtliche Einheiten betrachtet werden (Trennungsprinzip), im RPV zu durchbrechen und den Konzern als Einheit zu betrachten?*

39 Das Bundesamt für Verkehr wendet eine Konzernsicht an und hebt somit das Trennungsprinzip auf. Die Aufhebung des Trennungsprinzips bedingt indes einer klaren gesetzlichen Grundlage. Weder das PBG noch das SuG enthalten eine solche. Zudem übernehmen die TU im Bereich der Abgeltung für Verkehrsdienstleistungen eine öffentliche Aufgabe, weshalb das öffentliche Beschaffungsrecht – je nach Lehrmeinung – direkt oder zumindest analog beizuziehen ist. Dieses fordert mit der Ausschreibungspflicht, eine Leistung wirtschaftlich möglichst günstig zu beziehen, was der Aufhebung des Trennungsprinzips zuwiderläuft.

40 Sollte dennoch das Trennungsprinzip aufgehoben und eine Konzernsicht eingenommen werden, so müsste auch bei der Verrechnung von Leistungen zwischen Konzerntöchtern die Eigenkapitalverzinsung zugelassen werden.¹⁰⁸

41 *Welches sind die Rechtsfolgen, falls Leistungen von Konzerngesellschaften zu Marktpreisen oder mit Gewinnzuschlägen verrechnet wurden?*

42 Die Rechtslage in Bezug auf die Verrechnung von Leistungen zwischen den rechtlich selbständigen Gesellschaften eines Konzerns ist unklar. Soweit Konzernstrukturen nicht explizit dazu verwendet wurden, um Gewinne zu verschleiern, ist mindestens das Vertrauen der TU zu schützen, da die Rechtsverletzung für diese nicht leicht erkennbar war (Art. 30 Abs. 2 lit. b SuG). Unseres Erachtens ist aber die Verrechnung von Gewinnzuschlägen bei Leistungen, welche der Konzessionär bezieht, zulässig, wenn zugleich die Vorgaben des Beschaffungsrechts eingehalten wurden.

43 *Wie sind die aktuellen Reformvorschläge im Bereich des RPV zu bewerten?*

44 Die Reformvorschläge sehen vor, das System der Auftragsvergabe im RPV auf der Strasse stärker mit wirtschaftlichen Anreizen auszugestalten, insbesondere durch Leistungsvereinbarungen, welche mit einem Bonus/Malus-System gekoppelt werden sollen. Das Ausschreibungssystem erachten die Beteiligten für dieses Ziel hingegen als eher ungeeignet. Sowohl das BAV als auch die TU sehen dabei

¹⁰⁸ Oben Rz. 36.

A M T

Gewinnanreize für die TU als unentbehrlich, insbesondere auch um ihre Investitionen zu refinanzieren und die Eigenkapitaldecke zu stärken. Diese Forderung ist auch mit Blick auf das EU-Recht berechtigt, wo im gemeinwirtschaftlichen Personenlandverkehr tätigen Unternehmen ebenfalls ein angemessener Gewinn aus der Übernahme der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen angerechnet wird.

A M T

Anhang: Literatur- und Materialienverzeichnis

BAV, Erläuterungen der Verordnung des UVEK über das Rechnungswesen der konzessionierten Unternehmen (RKV; SR 742.221) vom 24. März 2011, https://www.bav.admin.ch/dam/bav/de/dokumente/themen/bahnreform/erlaeuterungen_rkv.pdf.download.pdf/erlaeuterungen_rkv.pdf. (besucht am 16. Mai 2018) [zit. Erläuterungen RKV].

BAV, Bericht Reform des Regionalen Personenverkehrs (RPV): Grundlagen für einen Stossrichtungs-Entscheid: Ein gemeinsames Projekt des Bundes und der Kantone vom 22. August 2017 [zit. Bericht Reform RPV].

BAV, Prüfungsbericht Revision BAV: Leistungsverrechnungen zwischen den PostAuto-Gesellschaften vom 1. Februar 2018, <https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/verkehrstraeger/tram-bus/postauto.html> (besucht am 16. Mai 2018) [zit. Bericht BAV].

Beyeler Karin, Konzernleitung im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 2004 [zit. K. Beyeler].

Beyeler Martin, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Habil. Bern, Zürich 2012 [zit. M. Beyeler].

Botschaft über die Revision des Eisenbahngesetzes Abgeltung und Finanzhilfen für den Regionalverkehr vom 17. November 1993, BBl 1994 I 497 ff. [zit. Botschaft EBG 1993].

Botschaft zur Bahnreform 2 vom 23. Februar 2005, BBl 2005 2415 ff. [zit. Botschaft Bahnreform 2].

Bundi Livio, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit von Subventionen in der Schweiz und von Beihilfen in der EU, Diss. Luzern, Zürich 2016.

Druey Jean Nicolas/Druey Just Eva/Glanzmann Lukas, Gesellschafts- und Handelsrecht, 11. Aufl., Zürich 2015.

Ecoplan, Evaluation Bestellverfahren im Regionalen Personenverkehr: Schlussbericht vom 29. Januar 2014 zuhanden des Bundesamts für Verkehr, Bern/Altdorf 2014 [zit. Ecoplan, Evaluationsbericht].

Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK), Hinweise für den Umgang mit Subventionen, Bern, Mai 2017 [zit. EFK, Hinweise].

A M T

Galli Peter/Moser André/Lang Elisabeth, Praxis des öffentlichen Beschaffungswesens: Eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone, 3. Aufl., Zürich 2013.

Ganz George, Öffentliches Beschaffungswesen: Ausschreibung von Verkehrsdienstleistungen, in: AJP 2001, S. 975–983.

Herrmann Regula/König Peter, Gelenkter oder beschränkter Wettbewerb? Konzession, Bestellverfahren und Ausschreibung im öffentlichen Verkehr heute, in: Jean-Baptiste Zufferey et al. [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2016, S. 447–492.

Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas [Hrsg.], Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl., Basel 2014 [zit. BSK ZGB I-Autor/in, Art. N.].

Keel Thomas, Rechnungslegung im öffentlichen Verkehr, in: Der Schweizer Treuhänder 2013, Nr. 3, S. 124–126.

Kern Markus, Zwischen Effizienz- und Qualitätsbestrebungen: Die Vergabe von Transportleistungen im öffentlichen Personenverkehr in der EU und der Schweiz, in: AJP 2013, S. 1806–1826.

Kern Markus/König Peter, Kapitel 9, Verkehr: Öffentlicher Verkehr, in: Giovanni Biaggini et al. [Hrsg.], Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, S. 389–441.

Knauff Matthias, Möglichkeiten der Direktvergabe im ÖPNV (Schiene und Straße), in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 2012, S. 65–74.

Mächler August, Kapitel 21 Subventionsrecht, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, S. 859–898.

Mumm Mirja, Kosten- und Leistungsrechnung: Internes Rechnungswesen für Industrie- und Handelsbetriebe, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2015.

Wiederkehr René/Richli Paul, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. 2, Bern 2014.

Weber Max, Wirtschaft und Gesellschaft, 2. Aufl., Tübingen 1921–1922/1980.

Zusatzbotschaft zur Bahnreform 2 (Revision der Erlasse über den öffentlichen Verkehr) vom 9. März 2007, BB1 2007 2681 ff. [zit. Zusatzbotschaft].