

**Kurzgutachten zur rechtlichen Beurteilung
der Rückforderungen des BAV und des VVL
für die Jahre 2010 bis 2017
gegenüber den Verkehrsbetrieben Luzern AG (VBL AG)**

im Auftrag der

Verkehrsbetriebe Luzern AG

erstattet von Prof. Dr. iur. Paul Richli

em. Ordinarius für öffentliches Recht, Agrarrecht und Rechtsetzungslehre
an der Universität Luzern, Rektor der Universität Luzern

6. April 2020

17. Mai 2020 (Ziff. 5)

Inhalt

1. Welche rechtliche Bedeutung kann dem Bericht BAV 2012 zugemessen werden?	2
1.1 Sachverhalt	2
1.2. Rechtliche Beurteilung	3
1.2.1 Die Frage nach einer rechtlichen Bindungswirkung des Berichts BAV 2012.....	3
1.2.2 Vorbehaltlose Auskunft der Behörden	5
1.2.3 Bezug der Auskunft auf eine konkrete Angelegenheit	7
1.2.4 Zuständigkeit der Amtsstelle	7
1.2.5 Unrichtigkeit der Auskunft konnte nicht ohne weiteres erkannt werden	7
1.2.6 Dispositionen, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können	9
1.2.7 Unveränderte Rechtslage	9
1.2.8 Kein überwiegendes Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts.....	11
1.2.9 Ergebnis zu Frage 1	12
2. Welche Bedeutung kommt den Prüfungen bzw. Genehmigungen der Jahresrechnungen – allgemein und im Fall vbl – durch das BAV zu? Dies auch im Lichte des Berichts BAV 2012 betrachtet?	13
2.1 Sachverhalt	13
2.2 Rechtliche Beurteilung	14
2.3 Ergebnis zu Frage 2.....	15

3.	Welche Bedeutung kommt dem Schweigen des VVL auf die Jahresrechnungen vbl bzw. auf die Genehmigung durch das BAV – allgemein und im Fall vbl – zu? Dies auch im Lichte des Berichts BAV 2012 betrachtet, der von VVL in Auftrag gegeben wurde?	16
3.1	Sachverhalt	16
3.2	Rechtliche Beurteilung	16
3.3	Ergebnis zu Frage 3	17
4.	Wären Rückforderungsansprüche für allenfalls zu viel bezogene Bundesbeiträge und kantonale Beiträge verjährt?	18
4.1	Sachverhalt	18
4.2	Rechtliche Beurteilung	18
5.	Nachtrag: Welche Bedeutung kommt zusätzlichen Dokumenten über die rechtlichen Beziehungen zwischen der vbl ag und dem BAV sowie dem VVL nach der Erstellung des Berichts BAV 2012 zu?	20
5.1	Sachverhalt	20
5.2	Rechtliche Beurteilung	20
5.2.1	Relevante Beurteilungselemente	20
5.2.2	Mangelnde Transparenz	20
5.2.3	Kalkulatorische Zinsen	22
5.2.4	Eigenkapitalverzinsung, Gewinnzuschläge und Dividendenzahlungen der VBL AG an die Stadt Luzern	22
5.2.5	Ergebnis zu Frage 5	24
6.	Ergebnis	25

1. Welche rechtliche Bedeutung kann dem Bericht BAV 2012 zugemessen werden?

1.1 Sachverhalt

- Am 15. Mai 2012 erstellte das Bundesamt für Verkehr (BAV) einen Revisionsbericht zum Thema «VBL – Strukturen, Rechnungslegung und Ergebnisverwendung» (**Bericht BAV 2012**). Gemäss Information der Verkehrsbetriebe Luzern AG (VBL AG) wurde der Bericht **vom Verkehrsverbund Luzern (VVL) beim BAV** zwecks Überprüfung der Holdingstruktur der VBL AG **in Auftrag gegeben**. Der Prüfplan stützte sich auf eine Besprechung vom 30. September 2011 des Geschäftsführers des VVL mit der Revision BAV (Bericht BAV 2012, S. 2).
- Das **Ziel des Berichts** von 2012 bestand darin, Klarheit über die Einhaltung der spezialrechtlichen Vorgaben über den öffentlichen Personenverkehr, die Leistungsverrechnungen, die Ermittlung der Spartenergebnisse und die Gewinnverwendung zu erhalten. Bei der Zuschreibung des Personenverkehrserlöses wurde nur die Methodik beurteilt und keine detaillierten Prüfungen vorgenommen (Bericht BAV 2012, S. 2).

1.2. Rechtliche Beurteilung

1.2.1 Die Frage nach einer rechtlichen Bindungswirkung des Berichts BAV 2012

- 3 Die erste hier bedeutungsvolle Rechtsfrage ist diejenige nach der Einordnung des Berichts BAV in die **verwaltungsrechtlichen Handlungsformen**, insbesondere in die Trias Verfügung, verfügungsfreies (tatsächliches) Verwaltungshandeln, verwaltungsrechtlicher Vertrag (siehe etwa ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 843 ff.). Negativ kann vorweg ohne weiteres festgehalten werden, dass dieser Bericht keine Vertragsqualität hat. Es handelt sich nicht um eine auf Willensübereinstimmung beruhende Regelung eines Rechtsverhältnisses (siehe etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 843). Der Bericht hat weiter auch keine Verfügungsqualität. Er begründet weder Rechte noch Pflichten in einem Einzelfall, was für eine Verfügung begriffswesentlich ist (Art. 5 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG; SR 172.021; siehe etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 866 ff.). Der Bericht BAV enthält Beschreibungen und auch Beurteilungen. Er fällt damit in den Bereich des tatsächlichen (schlichten) Verwaltungshandeln. Anders formuliert geht es um einen Realakt (siehe etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1420 f.).
- 4 Demnach entfaltet der Bericht unter Aspekten der verwaltungsrechtlichen Handlungsform keine Rechtswirkung. Er fällt daher nicht in den Geltungsbereich von Verwaltungsakten, welche mit Rechtsmitteln ohne Weiteres anfechtbar sind. Eine Anfechtung ist u.U. auf dem Weg der Veranlassung einer Verfügung über den Realakt möglich (siehe dazu etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1425 ff.). Diese Thematik braucht hier aber nicht vertieft zu werden.
- 5 Mangelnde Rechtswirkung unter Aspekten der Handlungsform bedeutet nun allerdings nicht, dass der Bericht keinerlei rechtliche Bindung zulasten des BAV entfalten könnte. Eine Rechtswirkung kann sich nicht nur durch Verfügung oder öffentlich-rechtlichen Vertrag ergeben, sondern u.U. auch direkt aus der Bundesverfassung (BV). Insbesondere fragt sich, ob der Bericht BAV in den Geltungsbereich des Vertrauensschutzes bzw. Treu und Glauben fällt, der in Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV verankert ist.
- 6 Vertrauensschutz erstreckt sich ausser auf Verfügungen im Rechtssinn nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch auf Berichte einer Behörde, welche Inhalte mit dem Charakter von Auskünften, behördlichen Zusicherungen oder welche auf andere Weise ein bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten einer Behörde aufweisen. Damit eine rechtliche Bindungswirkung zulasten der handelnden Behörde entsteht, muss allerdings eine Reihe strenger Voraus-

setzungen erfüllt sein. Vorausgesetzt wird (BGE 143 V 95 E. 3.6.2 S. 103 mit Hinweisen), «dass

- a) es sich um eine vorbehaltlose Auskunft der Behörde handelt;
- b) die Auskunft sich auf eine konkrete, den Bürger berührende Angelegenheit bezieht;
- c) die Amtsstelle, welche die Auskunft gegeben hat, hierfür zuständig war oder der Bürger sie aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte;
- d) der Bürger die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres hat erkennen können;
- e) der Bürger im Vertrauen hierauf nicht ohne Nachteil rückgängig zu machende Dispositionen getroffen hat;
- f) die Rechtslage zur Zeit der Verwirklichung noch die gleiche ist wie im Zeitpunkt der Auskunftserteilung;
- g) das Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts dasjenige des Vertrauensschutzes nicht überwiegt».

7 Als **Vertrauensgrundlage** kommen vorliegend jene Aussagen im Bericht BAV 2012 in Frage, welche sich auf die Praxis der VBL AG beziehen, für die ihrer Tochtergesellschaft vbl ag aufgrund von Leistungsvereinbarungen zur Verfügung gestellten Fahrzeuge **kalkulatorische Zinsen** zu bestimmten Sätzen (rund 3 %) zu verrechnen. Im Einzelnen sind folgende Aussagen von Bedeutung:

- «Die fixen Fahrzeugkosten beinhalten je Fahrzeugkategorie u.a. kalkulatorische Zinsen und Abschreibungen sowie effektive Versicherungskosten. Die jährlichen Fixkosten sind kalkulatorischer Art, d.h. sie tragen der Wiederbeschaffung Rechnung. In den der vbl ag verrechneten Sätzen bzw. kalkulatorischen Zinsen wird das unternehmerische Risiko angemessen berücksichtigt.» (Bericht BAV 2012, S. 6)
- «Die Stadt Luzern hat in ihrer Eigentümerstrategie für die VBL AG vom Mai 2005 u.a. als Ziele eine ausgeglichene Rechnung und eine Stärkung der Eigenmittel festgehalten. Sofern es das Unternehmensergebnis erlaubt, soll eine Dividende von 3–5 % ausbezahlt werden. Aufgrund dieser strategischen Vorgabe sind Verwaltungsrat und Management gehalten, für die Eignerin eine Dividende zu erwirtschaften. (...) Die Festlegung der Dividende liegt in der Kompetenz der Generalversammlung nach Massgabe des OR.» (Bericht BAV 2012, S. 8)
- «Durch die Kostenzuscheidung aufgrund der Leistungsmengen (Std., km, Fahrzeugtyp, etc.) erfolgen Zuschreibungen verursachergerecht. (...) Mit der Verwendung der Verrechnungssätze aus der Planung resultieren in den

Linienrechnungen aufgrund der Ist-Mengen keine Kostenverschiebungen zwischen den Sparten.» (Bericht BAV 2012, S. 5)

- «Die Kosten und Erlöse erfolgen verursachergerecht aufgrund der einheitlichen Kosten- oder Verrechnungssätze und der tatsächlichen Leistungsmengen auf die Linien / Sparten. Die vbl ag führt die geforderten Linienrechnungen nach den Vorgaben des BAV.» (Bericht BAV 2012, S. 5)

8 Der Bericht des BAV von 2012 hielt somit gegenüber der VBL AG explizit fest, dass die der vbl ag verrechneten Sätze bzw. kalkulatorischen Zinsen der Wiederbeschaffung Rechnung tragen und darin **«das unternehmerische Risiko angemessen berücksichtigt»** wird. Weiter enthält der Bericht die Bemerkung, dass **aufgrund der Eigentümerstrategie der Stadt Luzern Verwaltungsrat und Management der VBL AG gehalten sind, für die Eignerin eine Dividende zu erwirtschaften**. Nicht zuletzt wird darin festgehalten, dass die Kosten und Erlöse aufgrund der einheitlichen Kosten- oder Verrechnungssätze und der tatsächlichen Leistungsmengen verursachergerecht auf die Linien und Sparten aufgeteilt werden.

9 Nach diesen Ausführungen kann als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass der Bericht des BAV von 2012 grundsätzlich eine Vertrauensgrundlage darstellt. Er enthält relevante Ausführungen mit dem Charakter von Auskünften bzw. Feststellungen mit verbindlichem Charakter gegenüber der VBL AG (und damit auch gegenüber der vbl ag). Das BAV ist aufgrund von Treu und Glauben an seine Aussagen im Bericht gegenüber der VBL AG bzw. der vbl ag rechtlich gebunden, sofern die vom Bundesgericht entwickelten, vorstehend aufgeführten Voraussetzungen erfüllt sind. Dies gilt es im Folgenden zu prüfen:

1.2.2 Vorbehaltlose Auskunft der Behörden

10 Die Ausgangslage lautet, dass der Bericht des BAV von 2012 mit den vorne zitierten Aussagen eine behördliche Auskunft bzw. Feststellung darstellt.

11 Der Bericht enthält nun allerdings zu Beginn die **folgende Aussage**: «Für die Besteller ist es deshalb naheliegend, dass sie über die notwendigen Informationen verfügen müssten, um die Angemessenheit der vereinbarten Verrechnungssätze u.a.m. überprüfen und beurteilen zu können» (Bericht BAV 2012, S. 4). Diese Aussage steht in einem Spannungsverhältnis zu den vorne zitierten spezifischen Aussagen zur damaligen Verrechnungspraxis der VBL AG gegenüber der vbl ag. Insbesondere enthält der Bericht die Aussage, dass die für die Fahrzeuge verrechneten kalkulatorischen Zinsen der Wiederbeschaffung Rechnung tragen und in den verrechneten Sätzen bzw. kalkulatorischen Zinsen das unternehmerische Risiko angemessen berücksichtigt wird (Bericht BAV 2012, S. 6).

12 Dieses Spannungsverhältnis weist eine Qualität und eine Intensität auf, welche die in der «Beurteilung Revision BAV» zu Beginn des Berichts (S. 4) stehende Aussage (Feststellung) in die **Nähe eines Vorbehalts** gegenüber den nachfolgenden positiven Aussagen über die Angemessenheit der kalkulatorischen Zinsen rücken könnte. Die Beurteilung, ob die Qualität und Intensität des Vorbehalts tatsächlich erreicht sei, fällt nicht leicht und erfordert eine differenzierte Argumentation: Gegen die Auslegung, dass es sich um einen Vorbehalt handeln könnte, welcher den Vertrauensschutz aufzuheben in der Lage wäre, spricht die sehr klar positive Formulierung hinsichtlich der Angemessenheit der kalkulatorischen Zinsen. Im gleichen Sinn lassen sich die wiederkehrenden Genehmigungen der Jahresrechnungen durch das BAV lesen, in denen nie ein Vorbehalt gemacht worden ist. Die Interpretation ist daher naheliegend, dass die Aussage auf S. 4, wenn auch farbig hervorgehoben und unter die Überschrift «Beurteilung Revision BAV» gesetzt, nachfolgende positive Formulierungen nicht in grundsätzlicher Weise zu entwerten vermag. Die gegenteilige Auffassung würde die positiven Aussagen inhaltlich vollständig entwerten. Die Frage liegt daher nahe, ob das Vorgehen des BAV hinsichtlich der Formulierungen widersprüchlich sei. Widersprüchliches Verhalten widerspricht Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) und verdient keinen Rechtsschutz. Ein widersprüchliches Verhalten liegt typischerweise insbesondere vor, wenn eine Behörde einen in einer Angelegenheit eingenommenen Standpunkt ohne sachlichen Grund (nachträglich) wechselt (siehe etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 712 f.). Einzuräumen ist, dass im vorliegenden Zusammenhang keine nachträgliche Änderung eines Verhaltens Platz gegriffen hat. Es geht vielmehr um ein inhaltliches Spannungsverhältnis innerhalb ein und desselben Dokuments. Damit liegt kein typisches widersprüchliches Verhalten vor. Dem BAV ist aber dennoch anzulasten, dass es das Verhältnis zwischen der allgemeinen Aussage und den konkreten Stellungnahmen nicht thematisiert. Gegen diese Auslegung mag man geltend machen, die Annahme eines Verhaltens, das mindestens in der Nähe eines rechtlich unzulässigen widersprüchlichen Verhaltens komme, würde die allgemeine Feststellung inhaltlich völlig entwerten. Weiter mag man zugunsten des BAV anführen, die VBL AG (und die vbl ag) hätten sich nach der Bedeutung des allgemeinen Vorbehalts erkundigen sollen. Dass sie dies unterlassen haben, sei eine Verletzung der Sorgfaltspflicht bzw. Mitwirkungs- und Auskunftspflicht im Rahmen des Subventionsverfahrens (Art. 10 Staatsbeitragsgesetz LU; Art. 11 SuG). Die Auskunfts- und Mitwirkungspflicht bezieht sich grundsätzlich aber nur auf die Angaben zur Erlangung einer Subvention und nicht auch darauf, die Behörde auf unklare Aussagen im Lauf des Verfahrens hinzuweisen. Per Saldo sind im Rahmen einer Abwägung der beidseitig schützenswerten Interessen die Gründe für die Ablehnung der Auslegung, die Aussage bzw. Feststellung in der «Beurteilung Revision BAV» sei ein den Vertrauensschutz völlig aufhebender Vorbehalt, aber gewichtiger.

13 Per Saldo der Erwägungen durfte die VBL AG (und die vbl ag) die erwähnte positive Aussage des Berichts zur Angemessenheit der kalkulatorischen Zinsen für die fixen Fahrzeugkosten demnach als verlässlich interpretieren, **weshalb nicht auf einen deutlichen, den Vertrauensschutz vernichtenden Vorbehalt zu schliessen ist.**

14 Dass die Verrechnungspraxis der VBL AG vom BAV per Saldo der Erwägungen für korrekt befunden wurde, wird sodann **bestätigt** durch die weiteren, vorne zitierten Aussagen des Berichts, wonach die VBL AG gehalten ist, für die Eignerin eine Dividende zu erwirtschaften, und wonach die Kosten und Erlöse aufgrund der einheitlichen Kosten- oder Verrechnungssätze und der tatsächlichen Leistungsmengen verursachergerecht auf die Linien und Sparten aufgeteilt werden.

1.2.3 Bezug der Auskunft auf eine konkrete Angelegenheit

15 Diese Voraussetzung ist offensichtlich erfüllt: Die Auskunft bzw. die Feststellungen des BAV zur Angemessenheit der kalkulatorischen Zinsen für die Fahrzeuge bezieht sich auf eine konkrete, die VBL AG und die vbl ag berührende Angelegenheit.

1.2.4 Zuständigkeit der Amtsstelle

16 Das BAV war und ist Aufsichtsbehörde über konzessionierte Transportunternehmen (Art. 52 des Bundesgesetzes vom 20. März 2009 über die Personenbeförderung, Personenbeförderungsgesetz, PBG, SR 745.1) sowie zuständig für subventionsrechtliche Prüfung (Art. 37 PBG). Die Revision des BAV ist Teil des Amtes. Die Auskunft erfolgte damit durch die zuständige Amtsstelle.

1.2.5 Unrichtigkeit der Auskunft konnte nicht ohne weiteres erkannt werden

17 Gemäss dem bereits seit dem Erlass der Verordnung vom 11. November 2009 über die Abgeltung des regionalen Personenverkehrs (ARPV, SR 745.16) in Kraft stehenden Art. 15 können Bund und Kantone den Transportunternehmen gemeinsam die Verzinsung des Eigenkapitals zugestehen (Abs. 1). Dabei teilt das BAV denjenigen Transportunternehmen, denen eine Verzinsung des Eigenkapitals zugestanden wurde, spätestens 12 Monate vor Beginn einer Fahrplanperiode den für die Offerte anwendbaren Zinssatz mit; als Zinssatz für die Offertstellung gilt der Zehn-Jahres-Kassazinssatz der Bundesanleihen zum Zeitpunkt der Mitteilung (Abs. 2).

18 Art. 15 ARPV betrifft die **Eigenkapitalverzinsung**. Wie der Bericht des BAV von 2012 festhielt, befinden sich die Ressourcen (Personal, Fahrzeuge, Gebäude, Informatik) bei der VBL AG. Deren Tochtergesellschaft, die vbl ag, verfügt demgegenüber über kein eigenes Personal und Betriebsmittel wie Fahrzeuge, Anlagen,

etc. Die Leistungen werden von der vbl ag mehrheitlich von der Muttergesellschaft mittels Leistungsvereinbarungen bezogen (zum Ganzen die Feststellungen in Bericht BAV 2012, S. 5). Wie das BAV weiter festhielt, unterlag einzig die vbl ag als Konzessionsträgerin der Kontrolle des Bundes, während die Konstruktion einer Holdingstruktur im Rahmen der Bundesgesetzgebung den Durchgriff auf die Muttergesellschaft VBL AG verunmöglichte (Bericht BAV 2012, S. 4). Die vbl ag war seit Februar 2010 Trägerin der Konzession für die abgeltungsberechtigten Linien und Empfängerin der Abgeltungen.

- 19 Da sich die Fahrzeuge im Eigentum der VBL AG befinden, stellt deren Verzinsung zulasten der vbl ag eine Eigenkapitalverzinsung durch die VBL AG dar. Die VBL AG war jedoch im Zeitpunkt des Berichts des BAV von 2012 (wie auch danach) nicht Empfängerin der Abgeltungen von Bund und Kanton (VVL). Vielmehr war die **vbl ag Abgeltungsempfängerin**. Die Bestimmung von Art. 15 ARPV zur Eigenkapitalverzinsung richtet sich an die Abgeltungsempfängerinnen. Die Abgeltungsempfängerin im vorliegenden Fall, d.h. die vbl ag, verrechnete jedoch keine Eigenkapitalzinsen. Vielmehr handelt es sich bei den der VBL AG zu entrichtenden kalkulatorischen Zinsen auf den (im Eigentum der VBL AG stehenden) Fahrzeugen aus Sicht der **vbl ag um Zinsen auf Fremdkapital**.
- 20 Art. 15 ARPV war somit zumindest formal auf die von der vbl ag zu bezahlenden kalkulatorischen Fahrzeugzinsen **nicht anwendbar**. Eine auf eine materielle Betrachtungsweise abstellende analoge Anwendung von Art. 15 ARPV auf die innerhalb der Holding verrechneten Zinsen wurde vom BAV nicht postuliert. Vielmehr stellte das BAV wie erwähnt fest, dass in den der vbl ag verrechneten kalkulatorischen Zinsen «das unternehmerische Risiko angemessen berücksichtigt» werde (Bericht BAV 2012, S. 6). Diese Aussage stand weder mit Art. 15 ARPV noch, soweit ersichtlich, mit einer sonstigen Rechtsgrundlage in Widerspruch. Selbst wenn aber (aus heutiger Sicht) von einer – über den Wortlaut hinausgehenden – analogen Anwendbarkeit von Art. 15 ARPV auf die innerhalb einer Holding verrechneten Zinsen ausgegangen und damit die damalige Auskunft des BAV als unrichtig beurteilt würde, hätte eine solche Unrichtigkeit von der VBL AG bzw. der vbl ag **nicht ohne weiteres erkannt werden können**.
- 21 Allerdings ist einzuräumen, dass es wohl auch für das BAV und für den VVL angesichts der Konzernstruktur nicht leicht war zu erkennen, dass die vbl ag den Prozentsatz von 3 % auch nach den Zinssatzreduktionen im Markt allgemein nicht reduzierte, was sich in steigenden Überschüssen niederschlug. Das Faktum der steigenden Überschüsse hätte indessen dem BAV und dem VVL auffallen und zu Nachfragen veranlassen können und sollen. Per Saldo ist das «nicht ohne weiteres erkennen können» wohl beidseitig einzuräumen. Mit Sicherheit haben die vbl ag und die VBL AG diesen Umstand nicht allein zu verantworten. Angemerkt sei

an dieser Stelle, dass Bund und Kantone die kontinuierlichen Zinssenkungen auch nicht zum Anlass genommen haben, die Verzugszinsen auf Steuerforderungen zu senken. So gilt für die direkte Bundessteuer gemäss Anhang zur Verordnung des EFD über Fälligkeit und Verzinsung der direkten Bundessteuer vom 10. Dezember 1992 (Stand am 1. Januar 2020; SR 642.124) seit 2012 unverändert ein Verzugszins von 3 %. Es gibt erst seit dem 1. März 2020 aufgrund der Verordnung über den befristeten Verzicht auf Verzugszinsen bei verspäteter Zahlung von Steuern, Lenkungsabgaben und Zollabgaben sowie Verzicht auf die Darlehensrückerstattung durch die Schweizerische Gesellschaft für Hotelkredit vom 20. März 2020 (AS 2020 861) auf der direkten Bundessteuer einen bis am 31. Dezember 2020 befristeten Verzicht auf den Verzugszins von 3 % (Art. 3). Bei den Staats- und Gemeindesteuern des Kantons Luzern präsentiert sich die Rechtslage ähnlich wie beim Bund, nur noch auf einem höheren Niveau: 5 % Verzugszins von 2008–2017 und 6 % für 2018–2019 sowie 0 % für 2020 (siehe Luzerner Steuerbuch, Link: https://steuerbuch.lu.ch/index/band_2a_weisungen_stg__bezug_anhang_zinssaetze; Luzerner Kantonsblatt 2020 1071). Die (vorübergehende) Reduktion auf 0 % wurde erst unter dem Eindruck der Corona-Krise beschlossen.

1.2.6 Dispositionen, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können

- 22 Die VBL AG wurde aufgrund der Auskunft des BAV zur Angemessenheit der für die fixen Fahrzeugkosten verrechneten kalkulatorischen Zinssätze darin bestätigt, dass ihre diesbezügliche Verrechnungspraxis korrekt war. Aufgrund dieser Bestätigung der Richtigkeit der Verrechnungspraxis durch das BAV gab es für die VBL AG keinen Anlass, diese Praxis zu ändern. Die VBL AG wurde somit durch die behördliche Vertrauensgrundlage veranlasst, die Verrechnungspraxis betreffend die fixen Fahrzeugkosten weiterzuführen bzw. davon abgehalten, diese zu ändern. Als Konsequenz traf sie kostenrelevante Entscheidungen, nämlich insbesondere Dividendenzahlungen, welche sie nicht hätte vornehmen können, wenn sie keine kalkulatorischen Zinsen hätte verrechnen dürfen. Darin liegt eine durch **unwiderrufliche finanziell nachteilige Disposition**.

1.2.7 Unveränderte Rechtslage

- 23 Weiter setzt das Bundesgericht voraus, dass die Rechtslage zur Zeit der Verwirklichung noch die gleiche ist wie im Zeitpunkt der Auskunftserteilung. Massgebend ist vorliegend der Zeitraum von der Kenntnisnahme des Berichts von 2012 durch die VBL AG bis Ende 2017, d.h. bis zum Zeitpunkt der von BAV und VVL gegenüber der VBL AG geltend gemachten Rückforderungen. In Bezug auf den vorliegend massgebenden Sachverhalt – die Verrechnung kalkulatorischer Zinsen für

Fahrzeuge innerhalb einer Holding – hat sich die **Rechtslage** bis zum Endzeitpunkt der geltend gemachten Rückforderungen, d.h. bis Ende 2017, nicht geändert. Insbesondere ist Art. 15 ARPV zur Eigenkapitalverzinsung unverändert geblieben.

- 24 Auf der **Sachverhaltsebene** haben sich seit dem Bericht des BAV von 2012 folgende Umstände geändert, die näher zu betrachten sind:
- Am 27. Januar 2014 stellte das BAV die – seit Februar 2010 auf die vbl ag lautende – **Konzession auf die VBL AG** aus. Dies könnte darauf zurückzuführen sein, dass das Gesuch für die Konzessionsänderung versehentlich auf dem Briefpapier der VBL AG und in deren Namen eingereicht wurde. Diese Änderung der Konzessionsträgerschaft ist in vorliegendem Zusammenhang schon deshalb irrelevant, weil die Abgeltungen nach wie vor an die vbl ag flossen. Für die Berechnung der Abgeltungen war somit – wie im Zeitpunkt des Berichts des BAV von 2012 – nach wie vor die Rechnung der vbl ag massgebend. Das BAV machte denn auch nach den hier vorliegenden Informationen im Zusammenhang mit der Ausstellung der Konzession auf die VBL AG keinerlei Bemerkungen in Bezug auf deren Verrechnungspraxis für die der vbl ag zur Verfügung gestellten Ressourcen.
 - Ab 2014 nahm die Differenz zwischen kalkulatorischen und effektiven Zinsen erheblich zu. Das **Tiefzinsumfeld** ermöglichte der VBL AG, die effektiven Zinsaufwendungen zu senken (Bericht Gfeller + Partner AG, 4. November 2019, S. 9). Aufgrund dieser Änderung der Sachlage wurde jedoch die von der VBL AG praktizierte und vom BAV im Bericht von 2012 anerkannte Zinsverrechnungspraxis nicht rechtswidrig. Die Veränderung des Zinsumfeldes führte somit nicht zu einer Änderung der massgebenden Rechtslage und war damit rechtlich nicht relevant. Die Veränderung des Zinsumfeldes wäre allenfalls nur dann von Bedeutung, wenn sie ein solches Ausmass erreicht hätte, dass die Thematisierung der sogenannten «Clausula rebus sic stantibus» eine Möglichkeit geworden wäre. Diese Rechtsfigur findet u.a. auf öffentlich-rechtliche Verträge Anwendung (BGE 122 I 328 E. 7b, 103 Ia 31 E. 3b). Danach kann eine derartige Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen dann zu einer Vertragsänderung oder -aufhebung führen, wenn das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung infolge ausserordentlicher und unvorhersehbarer Änderungen der Umstände so gestört ist, dass das Beharren des Gläubigers auf seinem Vertragsanspruch geradezu eine wucherische Ausbeutung des Missverhältnisses und damit einen offenbaren Rechtsmissbrauch bedeutet (VerwG ZH vom 10. Juli 2008, VK.2006.00007, E. 4.1; vom 27. Okt. 2000, in: ZBI 2001 S. 368 E. 4, 5c und E. 5d).
 - In dem von der vbl ag dem BAV und VVL am 28. März 2018 unterbreitenden Controlling-Bericht für das Fahrplanjahr 2017 sowie der darin enthaltenen

Zielvereinbarung für die Fahrplanjahre 2017–2021 ist festgehalten, dass das Eigenkapital der vbl ag nicht verzinst wird (Ziff. 4.2, S. 5). Abgesehen davon, dass diese Zielvereinbarung auf die ihr vorangegangene Periode keine Anwendung findet, entspricht der Verzicht der vbl ag auf Eigenkapitalverzinsung der bisherigen Praxis.

25 Demzufolge ist festzuhalten, dass sich die massgebende Rechtslage seit dem Bericht des BAV von 2012 bis zum vorliegend relevanten Zeitpunkt der geltend gemachten Rückforderungen (Ende 2017) **nicht geändert** hat. Die eingetretenen Änderungen auf der Sachverhaltsebene (Konzessionserteilung an die VBL AG sowie verändertes Zinsumfeld) waren rechtlich nicht relevant.

1.2.8 Kein überwiegendes Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts

26 Schliesslich ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zum Vertrauensschutz vorausgesetzt, dass das Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts dasjenige des Vertrauensschutzes nicht überwiegt. Wie vorne in Ziff. 1.2.7 ausgeführt ist davon auszugehen, dass die mit dem Bericht von 2012 erteilten Auskünfte bzw. gemachten Feststellungen des BAV mit dem objektiven Recht, insbesondere mit Art. 15 ARPV, in Einklang standen und sich bis Ende 2017 die Rechtslage nicht verändert hat. Insofern **stellt sich die Frage nach einem überwiegenden (öffentlichen) Interesse** an der Durchsetzung des objektiven Rechts nicht.

27 Selbst wenn man trotz der Vereinbarkeit der Verrechnungspraxis mit Art. 15 ARPV von der Möglichkeit einer Rechtswidrigkeit der Verrechnungspraxis in der Holding ausginge, läge kein überwiegendes öffentliches Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts vor. Diese Auffassung lässt sich allein schon mit den Regelungen über den Widerruf von Subventionen im SuG und im Staatsbeitragsgesetz LU begründen:

- Nach Art. 30 Abs. 2 SuG verzichtet die Bundesbehörde insbesondere auf den Widerruf, wenn: a) der Empfänger aufgrund der Verfügung Massnahmen getroffen hat, die nicht ohne unzumutbare finanzielle Einbussen rückgängig gemacht werden können oder b) die Rechtsverletzung für ihn nicht leicht erkennbar war.
- Nach Art. 27 Abs. 2 Staatsbeitragsgesetz LU kann die Behörde insbesondere auf den Widerruf verzichten, wenn a) die Rechtsverletzung für die Empfängerin oder den Empfänger des Staatsbeitrags nicht leicht erkennbar war oder b) die Empfängerin oder der Empfänger des Staatsbeitrags aufgrund der Verfügung Massnahmen getroffen hat, die nicht ohne unzumutbare finanzielle Einbussen rückgängig gemacht werden können.

28 Im vorliegenden Zusammenhang steht der Verzicht Grund der nicht leichten Erkennbarkeit der (allfälligen) Rechtsverletzung im Vordergrund.

1.2.9 Ergebnis zu Frage 1

29 Der Bericht des BAV von 2012 erteilte der VBL AG die Auskunft bzw. machte ihr gegenüber die Feststellung, dass die in den fixen Fahrzeugkosten enthaltenen kalkulatorischen Zinsen der Wiederbeschaffung Rechnung tragen und das unternehmerische Risiko angemessen berücksichtigen. Die Ausführungen ergeben, dass sich damit die Frage des Vertrauensschutzes bzw. des Schutzes von Treu und Glauben nach Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV stellt (dazu vorn Ziff. 1.2). Nach Abwägung der Argumente für und gegen das Vorliegen der Voraussetzungen für das Eingreifen des Vertrauensschutzes zugunsten der VBL AG bzw. der vbl ag gibt es überzeugendere Gründe für das Eingreifen des Vertrauensschutzes als Gründe gegen das Eingreifen des Vertrauensschutzes (siehe vorn Ziff. 1.9).

30 Insbesondere fällt ins Gewicht, dass der allgemeine Vorbehalt hinsichtlich der Möglichkeit der Verrechnung von kalkulatorischen Zinsen zu Beginn des Berichts des BAV von 2012 und die klaren Aussagen für die Angemessenheit der verrechneten Zinsen im weiteren Verlauf des Berichts in einem Spannungsverhältnis stehen, das nicht zugunsten des BAV und des VVL aufzulösen ist, sondern zugunsten der VBL AG bzw. der vbl ag. Im Weiteren verankern sowohl das SuG als auch das Staatsbeitragsgesetz LU den Grundsatz, dass Beiträge nicht widerrufen werden (SuG) bzw. dass auf den Widerruf verzichtet werden kann (Staatsbeitragsgesetz LU), wenn die Rechtswidrigkeit einer Subvention für den Empfänger nicht leicht erkennbar war.

31 Es gibt damit überzeugendere Gründe dafür als dagegen, dass das BAV aufgrund von Treu und Glauben an seine Aussagen im Bericht von 2012 betreffend die Verrechnungspraxis der VBL AG, insbesondere die Verrechnung kalkulatorischer Zinsen für die Fahrzeuge, rechtlich gebunden ist.

32 Unter diesen Umständen spricht der Vertrauensschutz für den **Zeitraum ab der Mitteilung des Berichts von 2012** gegen die Rückleistung von bezogenen kalkulatorischen Zinsen seitens der VBL AG bzw. der vbl ag.

2. Welche Bedeutung kommt den Prüfungen bzw. Genehmigungen der Jahresrechnungen – allgemein und im Fall vbl – durch das BAV zu? Dies auch im Lichte des Berichts BAV 2012 betrachtet?

2.1 Sachverhalt

- 33 Das BAV hat für die Jahre 2010 bis 2016 die Jahresrechnungen der VBL AG bzw. vbl ag **geprüft und genehmigt**. Dabei richteten sich die Genehmigungsschreiben für die Jahre 2010 bis 2015 an die vbl ag, für das Jahr 2016 demgegenüber an die VBL AG. Es handelte sich bei den Prüfungen der Jahresrechnungen durch das BAV um subventionsrechtliche und formelle Prüfungen gestützt auf Art. 37 PBG und Art. 6 RKV (Verordnung des UVEK vom 18. Januar 2011 über das Rechnungswesen der konzessionierten Unternehmen; SR 742.221) bzw. Art. 4 der Vorgängerverordnung (aREVO; AS 1996 458). Die Genehmigungsklauseln in den einzelnen Genehmigungsschreiben lauteten von 2010 bis 2015 immer gleich. Das BAV schrieb jeweils: «... haben wir die Positionen der Bilanz und Rechnung, die einen Zusammenhang mit laufenden eisenbahngesetzlichen Beiträgen und Darlehen haben, formell geprüft und genehmigen sie hiermit. Es handelt sich um eine subventionsrechtliche Prüfung, in Ergänzung zu derjenigen der Revisionsstelle.»
- 34 Für das Jahr 2016 hielt das BAV im Genehmigungsschreiben vom 23. Februar 2017 fest, dass die Prüfung der subventionsrechtlich relevanten Positionen in der Bilanz und Rechnung «mit Stichproben auf wesentliche Fehlaussagen» erfolgte. Das Schreiben stellt sodann fest: «Dabei sind wir auf keine Sachverhalte gestossen, aus denen wir schliessen müssten, dass die Jahresrechnung (...) sowie der Antrag auf Verwendung des Bilanzgewinns nicht dem Subventionsgesetz und dem damit verbundenen Spezialrecht entsprechen.» Für das Jahr 2017 verzichtete das BAV in Einklang mit der auf den 1. Januar 2018 in Kraft getretenen Änderung von Art. 37 Abs. 2 PBG (nur noch periodische Prüfung oder Prüfung nach Bedarf) auf eine subventionsrechtliche Prüfung.
- 35 **Gegenstand der Prüfung** der Jahresrechnungen waren jeweils die für die Gewährung von Subventionen (Abgeltungen) relevanten Positionen der Bilanz und Rechnung. Dabei musste die vbl ag bzw. die VBL AG dem BAV gestützt auf Art. 6 Abs. 2 lit. e RKV unter anderem eine detaillierte Anlagen- und Abschreibungsrechnung einreichen. Gemäss dem bis Ende 2010 in Kraft stehenden Art. 4 Abs. 2 aREVO war unter anderem die IST-Betriebskostenrechnung einzureichen.

2.2 Rechtliche Beurteilung

- 36 Vorweg stellt sich die Frage, welcher verwaltungsrechtlichen Handlungsform (siehe dazu allgemein vorn Ziff. 1.2) diese Genehmigungsschreiben zuzuordnen sind.
- 37 Konsultiert man die Literatur und die Rechtsprechung, so wird – soweit ersichtlich – kaum auf diese Art von Genehmigungen eingegangen. Diskutiert und judiziert wird vor allem Frage, welche Rechtsnatur die Genehmigung von Erlassen, Plänen und Verfügungen habe und ob gegen die Nicht-Genehmigung ein Rechtsmittel gegeben sei (siehe etwa ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 883 ff.). Immerhin findet sich ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, aus dem hervorgeht, dass die Genehmigung einer Rechnung als Verfügung qualifiziert worden ist. Es handelt sich um das Urteil B-4993/2012 vom 24.06.2014 betr. Jahresrechnung und Vollzugskostenjahresrechnung des Kantons X., der sich mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht gegen die Nichtanerkennung von Investitionskosten in seiner Jahresrechnung 2011 mit einem Teilerfolg zur Wehr setzte. In der Tat ist es einleuchtend, dass gegen die Nichtgenehmigung einer Jahresrechnung durch eine Behörde eine Beschwerdemöglichkeit gegeben sein muss. Das setzt eine Verfügung voraus.
- 38 Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass die Genehmigungen der Jahresrechnungen der VBL AG bzw. der vbl ag durch das BAV den Charakter von Verfügungen im Sinn von Art. 5 Abs. 1 VwVG haben. Wäre die Genehmigung versagt worden, so hätte die VBL AG bzw. die vbl ag dagegen Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht führen können (Art. 56 Abs. 2 PBG in Verbindung mit Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes, VGG, SR 173.32).
- 39 Im Rahmen der Prüfung der Jahresrechnungen von 2010 bis 2016 hatte das BAV die Möglichkeit, die Verrechnungspraxis der VBL AG, insbesondere die Verrechnung kalkulatorischer Zinsen auf den Fahrzeugen, auf ihre Vereinbarkeit mit den subventionsrechtlichen Vorgaben zu beurteilen. Gestützt auf Art. 6 Abs. 2 Bst. e RKV musste das BAV seiner subventionsrechtlichen Prüfung unter anderem eine detaillierte Anlagen- und Abschreibungsrechnung bzw. (für das Jahr 2010) eine IST-Betriebskostenrechnung zugrunde legen. Aus dieser detaillierten Rechnung mussten die von der vbl ag zu entrichtenden Fahrzeugzinsen ersichtlich sein. Dessen ungeachtet hatte das BAV spätestens seit seinem Revisionsbericht vom 15. Mai 2012 von der Verrechnung kalkulatorischer Zinsen innerhalb der Holding Kenntnis. Das BAV hat somit die Jahresrechnungen von 2012 bis 2016 **in Kenntnis der Verrechnungspraxis** im VBL-Konzern genehmigt. Was die Jahre 2010 und 2011 betrifft, hätte das BAV aufgrund der einzureichenden Unterlagen von

der Verrechnungspraxis zumindest Kenntnis haben müssen. Dies ist insofern besonders bedeutungsvoll, als ausdrücklich festgestellt worden ist, es handle sich um eine ausschliesslich subventionsrechtliche Prüfung.

40 Die vorbehaltlose Genehmigung der Jahresrechnungen der VBL AG bzw. der vbl ag seitens des BAV ist geeignet, das Gewicht auf der Waage der Argumente für oder gegen eine Rechtsverletzung seitens der VBL AG bzw. der vbl ag weiter zugunsten der vbl ag als Empfängerin der Subventionen zu erhöhen. Der allgemeine Vorbehalt des BAV im Bericht von 2012 verlor mit der Genehmigung im Rahmen der Erwägungen zum Vertrauensschutz, der auch und vor allem im Zusammenhang mit Verfügungen zum Zug kommt (siehe vorn Ziff. 1.2.1), jährlich zusätzlich an Gewicht (siehe dazu auch die Ausführungen vorn Ziff. 2.2). Präzisiert sei an dieser Stelle noch folgendes:

- Zumindest die Genehmigungen der Jahresrechnungen von 2010 bis 2015 wurden durch das BAV vorbehaltlos erteilt, während das BAV bei der Genehmigung der Jahresrechnung von 2016 darauf hinwies, dass nur eine Stichprobenkontrolle auf wesentliche Fehlaussagen erfolgte.
- Bei der Prüfung der Jahresrechnungen hatte das BAV Kenntnis von der Verrechnungspraxis im VBL-Konzern bzw. musste davon Kenntnis haben. Die Genehmigungen bezogen sich damit auf den Sachverhalt, der für die vom BAV geltend gemachten Rückforderungen konkret massgebend ist.
- Das BAV war für die Genehmigungen zuständig.
- Die Genehmigung der Jahresrechnungen waren geeignet, die VBL AG in der Annahme zu bestärken, dass ihre Verrechnungspraxis fortgeführt werden kann. Damit traf die VBL AG Dispositionen, nämlich u.a. die Ausschüttung von Dividenden, was sie nicht ohne Nachteil rückgängig machen kann.
- Die Rechtslage blieb bis zum Zeitpunkt, bis zu dem das BAV und der VVL nunmehr Rückforderungen geltend machen, d.h. bis Ende 2017, dieselbe.
- Diese Sachlage spricht, wie schon mehrfach erwähnt, gegen die Rückforderung von bezogenen Beiträgen seitens der VBL AG bzw. der vbl ag. In jedem Fall lässt sich mit überzeugenden Argumenten sagen, dass die VBL AG bzw. die vbl ag nicht leicht erkennen konnte, dass die Anführung von kalkulatorischen Zinsen in den Subventionsgesuchen möglicherweise rechtswidrig sein könnte.

2.3 Ergebnis zu Frage 2

41 Aus der vorbehaltlosen Genehmigung der Jahresrechnungen der VBL AG bzw. der vbl ag ergeben sich weitere Argumente für die Auslegung, wonach die subventionsrechtliche Konformität der Verrechnung kalkulatorischer Zinsen auf den Fahrzeugen der VBL AG unter Aspekten von Treu und Glauben bzw. des Vertrauensschutzes als gegeben erachtet werden darf. Selbst wenn die Verrechnungspraxis

der VBL AG rechtswidrig gewesen wäre, sprächen keine hinreichenden Gründe dafür, dass sich das BAV nachträglich auf deren Rechtswidrigkeit berufen und die Rückforderung verlangen könnte.

3. Welche Bedeutung kommt dem Schweigen des VVL auf die Jahresrechnungen vbl bzw. auf die Genehmigung durch das BAV – allgemein und im Fall vbl – zu? Dies auch im Lichte des Berichts BAV 2012 betrachtet, der von VVL in Auftrag gegeben wurde?

3.1 Sachverhalt

42 Der Bericht des BAV von 2012 wurde vom VVL im Jahr 2011 zwecks Überprüfung der Holdingstruktur der VBL AG in Auftrag gegeben. Der Prüfplan stützte sich auf eine Besprechung vom 30. September 2011 des Geschäftsführers des VVL mit der Revision BAV (Bericht BAV 2012, S. 2).

43 Der **VVL** hatte im Zeitpunkt der Rückforderung von Beiträgen **Kenntnis** vom Bericht des BAV wie auch der Genehmigungen der Jahresrechnungen 2010 bis 2016 durch das BAV und des Schreibens des BAV betreffend Verzicht auf die subventionsrechtliche Prüfung für das Jahr 2017. Spätestens mit Kenntnisnahme des Berichts des BAV von 2012 hatte der VVL auch konkret Kenntnis von der Verrechnung kalkulatorischer Zinsen durch die VBL AG.

44 Der VVL gab nach den vorliegenden Informationen zu den fraglichen Dokumenten und Schreiben des BAV (Bericht BAV 2012, Genehmigungen der Jahresrechnungen 2010 bis 2016, Verzicht auf Prüfung der Jahresrechnung 2017) **keine Stellungnahmen** ab.

3.2 Rechtliche Beurteilung

45 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann auch das **Unterlassen einer Behörde** eine Vertrauensgrundlage begründen. Vorausgesetzt ist dabei, dass ein Handeln der Behörde gesetzlich vorgeschrieben oder «nach den im Einzelfall gegebenen Umständen geboten» war (BGE 131 V 472 E. 5 S. 480).

46 Vorliegend gibt es keine gesetzliche Vorschrift, die den VVL verpflichtet hätte, sich zu den Jahresrechnungen der VBL AG bzw. der vbl ag oder zum Bericht des BAV von 2012 zu äussern. Hingegen hätte erwartet werden können, dass der VVL als Bestellerin der Verkehrsleistungen und Beitragsgeberin nach den im Einzelfall gegebenen Umständen eingeschritten wäre, wenn er – entgegen dem Bericht des BAV von 2012 und den Genehmigungen der Jahresrechnungen durch das BAV,

welche dem VVL bekannt waren – von der Rechtswidrigkeit der Verrechnung kalkulatorischer Zinsen auf den Fahrzeugen der VBL AG ausgegangen wäre. Ein solches Einschreiten wäre umso mehr zu erwarten gewesen, als der VVL selber die Prüfung der Holdingstrukturen der VBL AG durch das BAV in Auftrag gab. Angesichts des Schweigens des VVL sind keine Gründe ersichtlich, welche gegen die Auslegung sprechen, die VBL AG bzw. die vbl ag habe davon ausgehen können, der VVL habe gegenüber den Prüfungen der Verrechnungspraxis durch das BAV keine Einwände. Damit wird das Gewicht der Argumente, dass der Vertrauensschutz gegen die Annahme der Rechtswidrigkeit der Verrechnungspraxis spreche, zusätzlich verstärkt.

- 47 Der Grundsatz von Treu und Glauben verbietet Behörden, wie schon ausgeführt (Ziff. 1.2.2), überdies **widersprüchliches Verhalten** (BGE 134 V 306 E. 4.2 S. 313). Wenn der VVL im Rahmen von Rückforderungsansprüchen nun vorbringt, dass die Verrechnungspraxis der VBL AG rechtswidrig war, verhält er sich insofern widersprüchlich, als er diese Verrechnungspraxis, von der er spätestens mit Kenntnisnahme des Berichts des BAV von 2012 Kenntnis hatte, während Jahren akzeptierte. Auch unter diesem Gesichtspunkt erhöht sich das Gewicht der Argumente zugunsten der VBL AG und der vbl ag für das Eingreifen des Vertrauensschutzes.

3.3 Ergebnis zu Frage 3

- 48 Aus dem Schweigen des VVL auf den Bericht des BAV von 2012 sowie auf die Genehmigungen der Jahresrechnungen durch das BAV ergeben sich zusätzliche Argumente zugunsten des Vertrauensschutzes zugunsten der VBL AG und der vbl ag und gegen einen Anspruch auf Rückforderung, zumal hier auf Art. 27 Abs. 2 Bst. a Staatsbeitragsgesetz LU hingewiesen werden kann, wonach die Behörde auf den Widerruf einer Staatsbeitragsverfügung bzw. eine Kündigung des Staatsbeitragsvertrags verzichten kann, wenn «die Rechtsverletzung für die Empfängerin oder den Empfänger des Staatsbeitrags **nicht leicht erkennbar** war». Zwar steht auf kantonaler Ebene der Widerruf bzw. die Kündigung und Rückforderung bei nicht leichter Erkennbarkeit der Rechtsverletzung im Unterschied zur Regelung im Bund (Art. 37 Abs. 2 SuG) im Ermessen der Behörde. Es handelt sich um ein sogenanntes Entschliessungsermessen (siehe etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 398). Danach kann eine Behörde eine Massnahme treffen oder sie unterlassen. Im Entscheid ist sie aber nicht frei, sondern sie muss nach pflichtgemäsem Ermessen handeln. Soweit hier von Belang, muss die Behörde das Verhältnismässigkeitsprinzip und das öffentliche Interesse befolgen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 409 ff.). Es ist nicht ersichtlich, welche Argumente im Rahmen der Verhältnismässigkeit angesichts des Gewichts der Argumente aus dem Vertrauensschutz für die Rückforderung sprechen könnten. Dasselbe gilt für

die öffentlichen Interessen. Ein öffentliches Interesse könnte lediglich finanzieller Art sein. Solche Interessen haben aber eine besonders schwache Kraft im Rahmen einer Interessenabwägung, weil finanzielle (fiskalische) Interessen prinzipiell keinen Vorrang vor anderen öffentlichen Interessen haben, wenn es um den Schutz von Grundrechten und damit auch um den Vertrauensschutz geht (siehe etwa BGE 134 I 293 E. 5.2.2, 128 I 3 E. 3a, 128 I 280 E. 4.2).

4. Wären Rückforderungsansprüche für allenfalls zu viel bezogene Bundesbeiträge und kantonale Beiträge verjährt?

4.1 Sachverhalt

49 Wollte man entgegen den vorstehenden Ausführungen die Frage des unrechtmässigen Bezugs von Beiträgen des Bundes und des Kantons Luzern durch die vbl ag bzw. durch die VBL AG bejahen, so würde sich die Zusatzfrage stellen, ob der Rückforderungsanspruch der beiden Gemeinwesen verjährt wäre.

4.2 Rechtliche Beurteilung

50 Gemäss Art. 32 Abs. 2 SuG verjähren Forderungen aus Finanzhilfe- und Abgeltungsverhältnissen nach fünf Jahren (Abs. 1). Der – unter der hier erwähnten Eventualität relevante – Anspruch auf Rückerstattung von Finanzhilfen und Abgeltungen verjährt ein Jahr, nachdem die verfügende oder den Vertrag abschliessende Behörde vom Rechtsgrund des Anspruchs Kenntnis erhalten hat, in jedem Falle aber zehn Jahre nach der Entstehung des Anspruchs (Abs. 2 in der bis am 31. Dezember 2019 geltenden Fassung; AS 1991 857, AS 2018 5343).

51 Eine gleiche Regelung findet sich im Luzernischen Recht. Gemäss § 28 des Staatsbeitragsgesetzes verjähren Forderungen aus Staatsbeitragsverhältnissen nach Ablauf von fünf Jahren seit ihrer Entstehung (Abs. 1). Der Anspruch auf Rückforderung von Staatsbeiträgen verjährt ein Jahr nachdem die verfügende oder den Vertrag schliessende Behörde vom Grund für die Rückforderung Kenntnis erhalten hat, in jedem Fall aber zehn Jahre nach Entstehung des Anspruchs (Abs. 2).

52 Im Vordergrund steht die Frage, ob und für welche Beitragsjahre die einjährige Frist seit Kenntnis der Behörden abgelaufen sei oder nicht.

53 Wie sich gezeigt hat, hielt das BAV in seinem Bericht 2012 fest, dass die vbl ag bzw. die VBL AG kalkulatorische Zinsen verrechneten und dass damit das unternehmerische Risiko angemessen berücksichtigt werde (siehe vorn Rz. 47). Davon hatte – neben dem BAV – auch der VVL Kenntnis. Diese Kenntnis darf für alle seitherigen Beitragsjahre vorausgesetzt werden.

- 54 Es kommt hinzu – obwohl rechtlich mit Bezug auf die hier zu beantwortende Frage angesichts der soeben erwähnten Kenntnis kaum erheblich –, dass die vbl ag bzw. die VBL AG jährlich Bericht erstattete und dass diese Berichte für den hier relevanten Zeitraum aufgrund einer subventionsrechtlichen Prüfung vom BAV bis 2015 ausdrücklich genehmigt wurden und dass auch für 2017 und 2018 von Verhaltensweisen des BAV ausgegangen werden kann, die auf eine mindestens stillschweigende Zustimmung schliessen lassen. Auch von Seiten des VVL kann von einer stillschweigenden Zustimmung ausgegangen werden. Ihm wurden jedenfalls ähnliche Informationen wie dem BAV zugeleitet, ohne dass dagegen je Widerspruch eingelegt noch Nachfragen gemacht wurden (siehe vorn Rz. 45 ff.).
- 55 Unter diesen Umständen wären heute allfällige Rückforderungsansprüche des BAV und des VVL jedenfalls bis zu den Beiträgen für 2017 verjährt, es wäre denn, der Fristenlauf der Verjährung wäre durch hinreichend konkrete Handlungen des BAV und des VVL unterbrochen worden. Den Unterlagen ist nicht zu entnehmen, dass solche Handlungen vorgenommen wären.
- 56 Im Streitfall ist die Verjährung von Forderungen staatlicher Stellen gegen private Rechtssubjekte von Amtes wegen zu beachten (siehe etwa BGE 133 II 366 E. 3.3, 111 Ib 269 E. 3a/bb, 106 Ib 357 E. 3a, 101 Ib 348 S. 349). Zudem gehen solche Forderungen mit der Verjährung vollständig unter; es besteht (auch) keine so genannte Naturalobligation mehr. Dies kann aus der Rechtsprechung im Zusammenhang mit Steuerforderungen abgeleitet werden. Eine verjäherte Steuerforderung kann auch nicht freiwillig erfüllt werden, und ein Verzicht auf eine Geltendmachung der Verjährung ist nicht denkbar, was zur Folge hat, dass mangels Verbleibs einer Naturalobligation die Bezahlung einer verjäherten Steuerforderung der Bezahlung einer Nichtschuld gleichkommt, welche zurückzuerstatten ist; Art. 63 Abs. 2 OR findet keine sinngemässe Anwendung (vgl. BVGE 2009/12 E. 6.3.2.2 und E. 6.3.2.3).

5. Nachtrag: Welche Bedeutung kommt zusätzlichen Dokumenten über die rechtlichen Beziehungen zwischen der vbl ag und dem BAV sowie dem VVL nach der Erstellung des Berichts BAV 2012 zu?

5.1 Sachverhalt

57 Aufgrund von zwischenzeitlichen Gesprächen zwischen der vbl ag und dem BAV sowie dem VVL stellt sich die Frage, ob die nachstehend erwähnten, seit dem Bericht BAV 2012 entstandenen Dokumente mit Angaben über die rechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien dazu veranlassen könnten, die vorstehende Beurteilung in Ziff. 1.2.2 (Vorbehaltlose Auskunft der Behörden) sowie in Ziff. 1.2.5 (Unrichtigkeit der Auskunft konnte nicht ohne weiteres erkannt werden) zu ändern, insbesondere mit Bezug auf die Gewichtung der Verantwortung der Beteiligten für das «nicht ohne weiteres erkennen können».

5.2 Rechtliche Beurteilung

5.2.1 Relevante Beurteilungselemente

58 Insbesondere der VVL hat sich wiederholt unbefriedigt über eine fehlende Transparenz gezeigt. Zu prüfen ist, ob darauf etwas zu seinen Gunsten und zu Lasten der vbl ag abzuleiten sei (Ziff. 5.2.2). Weiter ist wesentlich, ob Elemente aufzufinden seien, welche unzweideutig darauf hinweisen, dass das BAV oder der VVL die Höhe der kalkulatorischen Kosten kritisiert hätten (Ziff. 5.2.3). Nicht zuletzt ist von Interesse, ob sich Aussagen auffinden lassen, welche für eine unzulässige Eigenkapitalverzinsung sprechen würden (Ziff. 5.2.4).

5.2.2 Mangelnde Transparenz

59 Einem Protokollauszug des VVL zur Verbundratssitzung vom 17. Juni 2011 ist zu entnehmen, dass die Dividendenzahlungen der VBL AG an die Stadt Luzern schon früher diskutiert worden sind. Der VVL habe keine Einsicht über die tatsächlichen Kosten der Muttergesellschaft sowie die kommerzielle Sparte vbl transport ag. Deshalb könne der Verkehrsverbund Luzern nur indirekt über die Offertverhandlungen mit der vbl ag Einfluss auf den Gewinn/Verlust der VBL AG nehmen. Zu Hilfe nehme der VVL dabei Benchmark-Zahlen, Vorjahresvergleiche, Vergleiche zu IST-Rechnungen usw.

60 In einem Dokument erstellt mit Blick auf die Gespräche zur Zielvereinbarung 2017–2019 hält der VVL am 11. Januar 2016 fest, die vbl ag sei mit sämtlichen Linien am Kostenmodell, sie sei damit im interkantonalen Vergleich innerhalb der eher schwierigen Produktionsbedingungen ziemlich durchschnittlich unterwegs,

liege aber für alle Linien über dem Benchmark. Dies könne ein Indiz dafür sein, dass in den Plan- und Ist-Kostensätzen bereits Gewinnzuschläge bzw. Managementkosten eingerechnet seien. Der VVL schlage daher eine weitere Abgeltungsenkung von jährlich 2.5 % vor.

- 61 In einer Aktennotiz des VVL zum Gespräch zwischen der vbl, dem VVL und dem BAV vom 25. Januar 2016 wird die Transparenz zwar bemängelt. Es werden verschiedene Elemente erwähnt, welche nachgewiesen werden müssten, insbes. auch den Nachweis, dass die Dividendenzahlung nicht zu Lasten der abgeltungsberechtigten Sparte verrechnet wird. Der VVL führt aber aus, dass die vbl ag immerhin den gesetzlichen Minimalstandard erfülle, und es wurden keine Forderungen gestellt oder Sanktionen in Aussicht gestellt.
- 62 In einer Aktennotiz des VVL zum Gespräch zwischen der vbl und dem VVL vom 13. September 2016 bestätigt der VVL den Minimalstandard der erforderlichen Transparenz.
- 63 In einer Aktennotiz des VVL zum Gespräch zwischen der vbl, dem VVL und dem BAV vom 14. Juli 2016 wird festgehalten, dass es unterschiedliche Wahrnehmungen über die Transparenz gebe. Ohne Verbesserungen in der Transparenz bleibe die Vermutung im Raum stehen, dass z.B. Transferpreise zu hoch und Gewinnanteile in der abgeltungsberechtigten Sparte versteckt seien.
- 64 Aus der schriftlichen Beantwortung von Fragen des VVL und des BAV aus dem Gespräch vom 14. Juli 2016 durch vbl vom 08. August 2016 ist zu entnehmen, dass die vbl ag der Meinung war, die Antworten bzw. Aussagen zum Thema Transparenz seien abgeschlossen, und die vbl werde keine weiteren Daten abgeben.
- 65 In der Aktennotiz des VVL zum Gespräch zwischen der vbl, dem VVL und dem BAV vom 11. November 2016 wird hinsichtlich strittiger Punkte vermerkt, dass unterschiedliche Haltungen hinsichtlich der Gewinneinrechnung bzw. der Berücksichtigung eines Gewinnzuschlags in den verrechneten Standard-Kostensätzen bestünden.
- 66 Aus der Aktennotiz des VVL zum Gespräch zwischen der vbl und dem VVL vom 09. Januar 2017 lässt sich erkennen, dass man sich hinsichtlich Gewinneinrechnung bzw. Berücksichtigung eines Gewinnzuschlags in den verrechneten Standard-Kostensätzen geeinigt habe, womit das Anliegen gemäss der Aktennotiz des VVL zum Gespräch zwischen der vbl, dem VVL und dem BAV vom 11. November 2016 erfüllt war.

5.2.3 Kalkulatorische Zinsen

- 67 In der Aktennotiz des VVL zum Gespräch zwischen der vbl und dem VVL vom 04. April 2016, in der Aktennotiz des VVL zum Gespräch zwischen der vbl, dem VVL und dem BAV vom 14. Juli 2016 und in der unterzeichneten Zielvereinbarung für die Fahrplanjahre 2017–2021 zwischen der vbl, dem VVL und dem BAV vom März/April 2017 ist zu lesen, dass kalkulatorische Zinsen berechnet werden. Deren Höhe wird darin nicht angegeben. Hingegen fragt der VVL in einer E-Mail vom 23. März 2012 nach dem Zinssatz. Nach einer Warte-Antwort gemäss E-Mail vom 26. März 2012 der vbl gibt die vbl ag mit Schreiben vom 13. April 2012 aber ihre Auffassung für eine angemessene Verzinsung an, nämlich wie folgt: «3.3 % über einen Zeitraum von 20 Jahren betrachtet, (ist) sehr tief. Dies bestätigt sich in verschiedenen Betrachtungen zur langfristigen Zinsentwicklung über die letzten 20–25 Jahre.» Aus der Bewilligung Antrag zur Betriebsmittelbeschaffung DGT des VVL vom 28. September 2012, aus der Zielvereinbarung für die Fahrplanjahre 2013–2016 zwischen VVL und vbl vom 15. November 2012 sowie dem Schreiben des VVL an die vbl vom 06. Februar 2015 und dem Antwortschreiben der vbl an den VVL vom 21. Mai 2015 ergeben sich keine weiteren Erkenntnisse zur Thematik der kalkulatorischen Zinsen. Hingegen gehen daraus unterschiedliche Auffassungen hervor.
- 68 Gemäss Aktennotiz des VVL zum Gespräch zwischen der vbl, dem VVL und dem BAV vom 14. Juli 2016 wird von vbl ausgeführt, dass die vbl ag grundsätzlich kalkulatorische Zinsen einrechne, wie dies auch beim Kanton üblich sei. Eine Kritik an der Höhe oder eine Nachfrage nach der Höhe seitens des VVL wird nicht ersichtlich. Es wird nur gesagt, dass die Zinsen im Rahmen von Beschaffungsanträgen angegeben werden müssen.
- 69 Im Controllingbericht der vbl für das Fahrplanjahr 2017 vom 28. März 2018 wird ausgeführt, dass bei fixen Fahrzeugkosten und Fahrleitungsanlagen ein kalkulatorischer Zins berücksichtigt werde. Dieser habe sich in den letzten Jahren um rund 3 % bewegt. Wenn man bedenke, dass die Fahrleitungs-Anlagen auf 30 Jahre und die Trolleybusse auf 20 Jahre abgeschrieben werden, seien 3 % – bezogen auf diesen langen Zeithorizont – ein angemessener Zinssatz. Ein diesbezüglicher Widerspruch seitens BAV und VVL ist aus keinem Dokument ersichtlich.

5.2.4 Eigenkapitalverzinsung, Gewinnzuschläge und Dividendenzahlungen der VBL AG an die Stadt Luzern

- 70 Einem Schreiben des VVL an die vbl vom 06. Februar 2015 ist zu entnehmen, die vbl ag habe dem VVL zu bestätigen, dass in den mit der VBL AG vereinbarten

Kostensätzen, die den Offerten zugrunde gelegt werden, weder Gewinnanteile, Eigenkapitalverzinsung noch Überabschreibungen eingerechnet seien.

- 71 Im Antwortschreiben der vbl an den VVL vom 21. Mai 2015 lautet die Antwort der vbl ag, nach Absprache mit der Stadt Luzern, dass man auf dieses Anliegen nicht eintrete, weil der VVL keine entsprechende Forderung an die anderen Transportunternehmen gestellt habe und daher das Gebot der Wettbewerbsneutralität verletzt werde. Es gebe keine Pflicht zur Umstellung auf Swiss GAAP FEER, und das BAV habe die Gesetzeskonformität der vbl ag bestätigt. Für die Beantwortung der Dividendenfrage sei die Stadt Luzern zuständig.
- 72 In einer Aktennotiz des VVL zum Gespräch zwischen der vbl, dem VVL und dem BAV vom 14. Juli 2016 steht, dass der VVL davon ausgehe, dass es keine Eigenkapitalverzinsung gebe, weil diesbezüglich eine Genehmigung des Bestellers (Art. 15 ARPV) nötig wäre.
- 73 In einer Aktennotiz des VVL zum Gespräch zwischen der vbl, dem VVL und dem BAV vom 11. November 2016, in einer Übersicht des VVL über die Differenzen zur Zielvereinbarung 2017–2021 vom 19. Dezember 2016 sowie in einer Aktennotiz des VVL zum Gespräch zwischen der vbl und dem VVL vom 09. Januar 2017 zeigen sich Meinungsverschiedenheiten zwischen VVL und vbl ag hinsichtlich der Frage von Gewinneinrechnungen. Diese enden aber in der Aktennotiz des VVL zum Gespräch zwischen der vbl und dem VVL vom 09. Januar 2017 mit der Einigung gemäss Position VVL mit Formulierungsvorschlag vbl.
- 74 Gemäss der unterzeichneten Zielvereinbarung für die Fahrplanjahre 2017-2021 zwischen der vbl, dem VVL und dem BAV vom März/April 2017 bestätigt die vbl ag, dass im abgeltungsberechtigten Regional- und Ortsverkehr keine Gewinnzuschläge bzw. Eigenkapitalzinsen berücksichtigt seien.
- 75 Schliesslich wird im Controllingbericht der vbl für das Fahrplanjahr 2017 vom 28. März 2018 festgehalten, dass das Eigenkapitel der vbl ag nicht verzinst werde.
- 76 Immer wieder Diskussionen entstanden auch über die Frage nach der Einrechnung von Kosten für die Entrichtung von Dividenden der VBL AG an die Stadt Luzern auf dem Aktienkapital. Die VBL AG verpflichtete sich diesbezüglich zur Bezahlung einer Dividende an die Stadt (von bis zu einer Million Franken). Die vbl ag verwies daher in einem Schreiben an den VVL vom 21. Mai 2015 auf die Zuständigkeit der Stadt Luzern für Auskünfte. Im Weiteren werden die Dividenden an die Stadt Luzern und die damit verbundene Kontroverse in einem Protokollauszug des VVL zur Verbundratssitzung vom 17. Juni 2011, in einem Dokument des VVL erstellt mit Blick auf die Gespräche zur Zielvereinbarung 2017–2019 am 11. Januar 2016, in einer Aktennotiz des VVL zum Gespräch zwischen

der vbl, dem VVL und dem BAV vom 25. Januar 2016 und in einer Aktennotiz des VVL zum Gespräch zwischen der vbl, dem VVL und dem BAV vom 14. Juli 2016 angesprochen.

5.2.5 Ergebnis zu Frage 5

- 77 [Exkurs (ausserhalb des Prüfauftrags): Es würde sich die Frage nach einer **Rückleistung von Dividenden seitens der Stadt Luzern** stellen, falls die vbl ag bzw. die VBL AG rund 16 Millionen Franken zurückleisten würde. Weder bei der vbl ag noch bei der VBL AG sind verwertbare Aktiven in auch nur annähernd ausreichender Höhe vorhanden. Es müssten (Bank-)Kredite in der Höhe von wohl erheblich mehr als 10 Millionen Franken aufgenommen werden.]
- 78 Die Verhaltensweise der vbl ag hinsichtlich Transparenz mag bemängelt werden. Der VVL hat aber erklärt, der Minimalstandard sei eingehalten, und er griff zur Kompensation zum Vergleich insbes. mit Benchmark-Zahlen und zum Vorjahresvergleich. Im Übrigen ist festzuhalten, dass der VVL und das BAV die Möglichkeit gehabt hätten, von der vbl ag die notwendigen Auskünfte zu verlangen und bei Säumnis auch entsprechende Verfügungen zu erlassen (Art. 11 Abs. 2 und 3 SuG; § 10 Abs. 2 und 3 Staatsbeitragsgesetz LU). Auf einer ungenügenden Informationslage hätten Beiträge gar nicht gewährt werden dürfen.
- 79 Es war dem VVL bewusst, dass kalkulatorische Zinsen eingerechnet wurden. Die vbl ag hat schon im April 2012 angegeben, dass sie 3.3 % für angemessen erachte, ohne dass dagegen ein klarer Einspruch erhoben worden wäre. Ebenso war diesen Beitragsgebern bewusst, dass die VBL AG verpflichtet war, der Stadt Luzern auf ihrem Aktienkapital von 20 Millionen Franken jährlich fünf Prozent Rendite, d.h. eine Million Franken Dividende auf dem Aktienkapital zu entrichten. Sodann und vor allem war dieser Sachverhalt bereits aus dem Bericht BAV 2012 bekannt (siehe dazu vorn Rz. 7).
- 80 Wiederholt bestätigt wurde, dass das Eigenkapital der vbl ag nicht verzinst werde. Angemerkt sei an dieser Stelle, dass eine solche Verzinsung im Übrigen angesichts des geringen Eigenkapitals der vbl ag von 500'000 Franken einen derart kleinen Betrag, nämlich bei fünf Prozent Verzinsung nur 25'000 Franken jährlich ergeben hätte, dass ein entsprechendes Fehlverhalten keinesfalls Anlass für die Rückforderung von Beiträgen im Umfang von rund 16 Millionen Franken hätte sein können. Ein solches Begehren wäre völlig unverhältnismässig.
- 81 Etwas irritieren mag die harsche Antwort der vbl ag auf die Aufforderung des VVL u.a. nach Offenlegung von Angaben über Gewinnanteile, Eigenkapitalverzinsung und Überabschreibungen, gegeben nach Absprache mit der Stadt Luzern. Sie lautete dahin, dass man auf die Anliegen nicht eintrete, weil der VVL keine

entsprechende Forderung an die anderen Transportunternehmen gestellt habe und daher das Gebot der Wettbewerbsneutralität verletzt werde. Es gebe keine Pflicht zur Umstellung auf Swiss GAAP FEER, und das BAV habe die Gesetzeskonformität der vbl ag bestätigt. Für die Beantwortung der Dividendenfrage sei die Stadt Luzern zuständig. Trotz des harschen Tons ist nicht ersichtlich, dass die Argumentation der vbl ag keine Berechtigung haben könnte, wenn sie denn zutreffen und sich auf alle angeforderten Elemente beziehen sollte.

82 Unter diesen Umständen ist nicht ersichtlich, dass an der Beurteilung und den Wertungen in Ziff. 1.2.2 (Vorbehaltlose Auskunft der Behörden; Rz. 12) sowie in Ziff. 1.2.5 (Unrichtigkeit der Auskunft konnte nicht ohne weiteres erkannt werden; Rz. 21) etwas geändert werden müsste. Per Saldo bleiben im Rahmen einer Abwägung der beidseitig schützenswerten Interessen in Ziff. 1.2.2 die Gründe für die Ablehnung der Auslegung, die Aussage bzw. Feststellung in der «Beurteilung Revision BAV» sei ein den Vertrauensschutz völlig aufhebender Vorbehalt, gewichtiger. Und im Rahmen von Ziff. 1.2.5 bleibt es per Saldo dabei, dass das «nicht ohne weiteres erkennen können» wohl beidseitig einzuräumen ist. Mit Sicherheit haben die vbl ag und die VBL AG diesen Umstand nicht allein zu verantworten. Im Übrigen kann man dem BAV und dem VVL allenfalls den Vorhalt nicht ersparen, zu wenig auf die Auskunfts- und Mitwirkungspflicht in Art. 11 Abs. 2 und 3 SuG und § 10 Abs. 2 und 3 Staatsbeitragsgesetz LU gepocht zu haben, insbesondere auf die harsche Antwort der vbl ag auf das Schreiben des VVL vom 6. Februar 2015 hin. Dies spricht ebenfalls gegen eine einseitige Verantwortung der vbl ag und für eine klare und erhebliche Mitverantwortung des VVL für die aufgetretenen Kontroversen.

83 Schliesslich ist festzuhalten, dass die zusätzlichen Dokumente und «Findings» auch keine Anhaltspunkte dafür enthalten, dass eine Verjährung, die – entgegen der hier dargelegten Rechtsauffassung – allenfalls relevant werden könnte, unterbrochen worden wäre (siehe dazu Ziff. 4.2, Rechtliche Beurteilung, Rz. 55).

84 Zusammenfassend kann daher gefolgert werden, dass die vorstehende Analyse der zusätzlichen, in Ziff. 5 nachgewiesenen und erschlossenen Dokumente die Rechtsauffassung der vbl ag erheblich deutlicher stärkt als die Rechtsauffassung des BAV und des VVL.

6. Ergebnis

85 Die rechtliche Analyse des Berichts BAV 2012 ergibt, dass auf «beiden Seiten» gewisse fragwürdige Verhaltensweisen festzustellen sind. Das BAV und der VVL vernachlässigen mit ihrem Rückforderungsanspruch von Beiträgen in der Höhe von rund 16 Millionen Franken die Tatsache, dass aus dem Bericht insbesondere

die Einrechnung kalkulatorischer Zinsen zugunsten der vbl ag hervorgeht, hingegen kein klarer Vorbehalt zulasten der vbl ag hinsichtlich der Höhe solcher Zinsen. Man hätte allerdings erwarten können, dass die vbl ag die Zinshöhe zur Diskussion stellt. Ebenso wäre aber auch vom VVL zu erwarten gewesen, dass er dieses Thema angesichts seiner gesetzlichen Abklärungspflichten selber aufgreift. Die erhebliche Zahl von analysierten Dokumenten lassen Meinungsverschiedenheiten insbesondere über die Transparenz der Verhältnisse und zähe Verhandlungen über Berechnungselemente erkennen. Es wird der vbl ag aber die minimal erforderliche Transparenz attestiert. Bei Abwägung der schützenswerten Interessen im Lichte des Vertrauensschutzes sprechen gewichtigere Argumente gegen als für die Begründetheit des Rückforderungsanspruchs. Die Gegenargumente werden nicht zuletzt durch die Rückforderungsbestimmungen des Staatsbeitragsgesetzes LU verstärkt. Zudem dürfte der Rückforderungsanspruch auch unter verjährungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht Stand halten.



Prof. em. Dr. iur. Paul Richli