

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)

Zusammenfassung vom 23. Mai 2020

Inhalt

1. Ausgangslage.....	1
2. Rechtliche Beurteilung.....	2
2.1 Zentrale Bedeutung des Berichts BAV 2012 (Kurzgutachten Rz. 1 ff.)	2
2.2. Bedeutung der Prüfungen bzw. Genehmigungen der Jahresrechnungen durch das BAV (Kurzgutachten Rz. 33 ff.)	4
2.3. Bedeutung des Schweigens des VVL auf die Jahresrechnungen vbl bzw. auf die Genehmigung durch den BAV (Kurzgutachten Rz. 42 ff.)	4
2.4. Wären Rückforderungsansprüche für allenfalls zu viel bezogene Bundesbeiträge und kantonale Beiträge verjährt? (Kurzgutachten Rz. 49 ff.)	5
2.5. Zusätzliche Dokumente (Kurzgutachten Rz. 57 ff.)	5
3. Ergebnis	5

1. Ausgangslage

- 1 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).
- 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).

- 3 Das **Kurzgutachten befasst sich mit** der rechtlichen Bedeutung des Berichts BAV 2012 einlässlich (Kurzgutachten Rz. Ziff. 1), und es behandelt nachher ergänzend die Bedeutung der Genehmigung der Jahresrechnungen durch das BAV (Kurzgutachten Rz. Ziff. 2), die Bedeutung des Schweigens des VVL auf die Jahresrechnungen vbl bzw. auf die Genehmigung durch das BAV (Kurzgutachten Rz. Ziff. 3), die Frage der Verjährung von Rückforderungsansprüchen allenfalls zu viel bezogener Bundesbeiträge und kantonaler Beiträge (Kurzgutachten Rz. Ziff. 4) sowie letztlich die Frage nach der Bedeutung der Analyse zusätzlicher Dokumente für die rechtliche Beurteilung (Kurzgutachten Rz. Ziff. 5). Nachfolgend werden im Sinne einer Zusammenfassung die wesentlichen Ergebnisse umrissen. Dabei werden die Ziffern 1–5 des Kurzgutachtens in fünf dessen Ziffern entsprechenden Punkten abgehandelt (2.1–2.5).

2. Rechtliche Beurteilung

2.1 Zentrale Bedeutung des Berichts BAV 2012 (Kurzgutachten Rz. 1 ff.)

- 4 Die erste **bedeutungsvolle Rechtsfrage** ist diejenige nach der Einordnung des **Berichts BAV** im Bereich der verwaltungsrechtlichen Handlungsinstrumente. Es zeigt sich, dass man es mit einem tatsächlichen (schlichten) Verwaltungshandeln (**Realakt**) und mit keiner rechtsverbindlichen Entscheidung (Verfügung) zu tun hat. Demnach entfaltet der **Bericht** unter Aspekten der verwaltungsrechtlichen Handlungsform **keine Rechtswirkung**. **Dennoch** kommen die **Grundsätze** über den Vertrauensschutz zur Anwendung (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV). Für **Vertrauensschutz** gelten gemäss Bundesgericht eine Reihe von Voraussetzungen (BGE 143 V 95 E. 3.6.2 S. 103 mit Hinweisen), wovon im vorliegenden Zusammenhang nur vier von zentraler Bedeutung für die **Schaffung einer Vertrauensgrundlage** durch den Bericht BAV 2012 sind:

(1) Bericht BAV 2012 als mögliche **Vertrauensgrundlage**;

(2) Vorbehaltlose Auskunft des BAV;

(3) Unrichtigkeit der Aussage konnte **nicht ohne weiteres erkannt** werden;

(4) Der Adressat traf im Vertrauen auf die Auskunft (Angaben) **nicht ohne Nachteil rückgängig zu machende Dispositionen**;

(5) Es gibt kein überwiegendes öffentliches Interesse an der Durchsetzung des objektiven Rechts.

- 5 **Zu (1)** (Kurzgutachten Rz. 7 ff.): 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 **vier Aussagen von Bedeutung**. Der Bericht des BAV von 2012 hielt 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 festgehalten, dass die Kosten und Erlöse aufgrund der einheitlichen Kosten- oder Verrechnungssätze und der tatsächlichen Leistungsmengen verursachergerecht auf die Linien und Sparten aufgeteilt werden.

- 6 Als **Zwischenergebnis** kann festgehalten werden, dass der **Bericht** des BAV von 2012 grundsätzlich eine **Vertrauensgrundlage schafft**. Eine Vielzahl von weiteren Dokumenten, die in Ziffer 5 des Kurzgutachtens nachgewiesen werden (Rz. 58 ff.), belegt die Stichhaltigkeit dieses Zwischenergebnisses. Der VVL hatte Kenntnis von den erwähnten Berechnungselementen für die Beitragsgesuche. Es gab zwar immer wieder Auseinandersetzungen über die mangelnde Transparenz. Aber der VVL anerkannte, dass die minimale Transparenz bestehe. Und er insistierte nicht auf angeforderten Auskünften, die er angeblich nicht erhielt. Er hätte aufgrund der einschlägigen Rechtsgrundlagen im Staatsbeitragsgesetz LU aber insistieren sollen.
- 7 **Zu (2)** (Kurzgutachten Rz. 10 ff.): Per Saldo ist dem **BAV** im Kontext der Frage nach einer **vorbehaltlosen Auskunft anzulasten**, dass es das Verhältnis zwischen der allgemeinen Aussage und den konkreten Stellungnahmen nicht thematisiert. Dadurch entsteht ein Spannungsverhältnis zwischen den Aussagen des BAV, welches qualitativ zwar in die **Nähe eines Vorbehalts** kommt, **aber noch kein solcher ist**. Andererseits ist das **Verhalten der vbl ag nicht ohne Fragwürdigkeit**. Sie hätte sich angesichts der gesetzlichen Mitwirkungspflicht im Rahmen des Beitragsverfahrens nach der Bedeutung des Spannungsverhältnisses zwischen den Aussagen erkundigen können und sollen. **Per Saldo** sind im Rahmen einer **Abwägung der beidseitig schützenswerten Interessen** die **Gründe für die Ablehnung** der Auslegung, wonach die Aussage bzw. Feststellung in der **«Beurteilung Revision BAV»** ein den Vertrauensschutz vollständig aufhebender Vorbehalt sei, aber **gewichtiger**.
- 8 **Zu (3)** (Kurzgutachten Rz. 17 ff.): Eine weitere Frage stellt sich mit Bezug auf die Anwendbarkeit von **Art. 15** der Verordnung vom 11. November 2009 über die Abgeltung des regionalen Personenverkehrs (**ARPV**), der von der möglichen **Verzinsung des Eigenkapitals** handelt. **Per Saldo** ist das **«nicht ohne weiteres erkennen können»** der Relevanz dieser Bestimmung für die vbl ag bzw. die VBL AG bzw. der Probleme mit dem Konzerndurchblick für den VVL **wohl beidseitig einzuräumen**. Mit Sicherheit haben die **vbl ag und die VBL AG diesen Umstand aber nicht allein zu verantworten**.
- 9 **Zu (4)** (Kurzgutachten Rz. 22 ff.): 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. 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 **unwiderrufliche finanziell nachteilige Disposition**. [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.]

- 10 **Zu (5)** (Kurzgutachten Rz. 26 ff.): Selbst wenn man zu einer gegenteiligen Abwägung der Argumente pro und contra Rechtmässigkeit der Verrechnungspraxis in der Holding gelangen würde, 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 Staatsbeitragsgesetz LU begründen: 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.
- 11 **Per Saldo der Abwägung aller 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 als Gründe gegen das Eingreifen des Vertrauensschutzes**. 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.

2.2. Bedeutung der Prüfungen bzw. Genehmigungen der Jahresrechnungen durch das BAV (Kurzgutachten Rz. 33 ff.)

- 12 Das BAV hatte spätestens seit seinem Revisionsbericht vom 15. Mai 2012 von der Verrechnung kalkulatorischer Zinsen innerhalb der Holding Kenntnis. Das **BAV** hat die Jahresrechnungen von 2012 bis 2016 **in Kenntnis der Verrechnungspraxis** im VBL-Konzern **ohne Vorbehalt 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, die Genehmigung beruhe auf einer ausschliesslich subventionsrechtlichen Prüfung.

2.3. Bedeutung des Schweigens des VVL auf die Jahresrechnungen vbl bzw. auf die Genehmigung durch den BAV (Kurzgutachten Rz. 42 ff.)

- 13 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 die Behörde nach Art. 27 Abs. 2 Bst. a Staatsbeitragsgesetz LU auf den Widerruf einer Staatsbeitragsverfügung bzw. auf die Kündigung des Staatsbeitragsvertrags verzichten kann (vorn Rz. 10).

2.4. Wären Rückforderungsansprüche für allenfalls zu viel bezogene Bundesbeiträge und kantonale Beiträge verjährt? (Kurzgutachten Rz. 49 ff.)

- 14 Allfällige Rückforderungsansprüche des BAV und des VVL wären heute 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. Im Streitfall wäre die Verjährung von Forderungen staatlicher Stellen gegen private Rechtssubjekte im Übrigen von Amtes wegen zu beachten.

2.5. Zusätzliche Dokumente (Kurzgutachten Rz. 57 ff.)

- 15 Die Analyse der zusätzlich in die Beurteilung einbezogenen Dokumente führt zu den folgenden abschliessenden Ausführungen:
- 16 Nach der Analyse der zusätzlichen Dokumente ist **nicht ersichtlich**, dass an der Beurteilung und den **Wertungen des Kurzgutachtens** 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 den Vorhalt nicht ersparen, zu wenig auf die Auskunftspflicht und Mitwirkungspflicht in Art. 11 Abs. 2 und 3 SuG und § 10 Abs. 2 und 3 Staatsbeitragsgesetz LU gepocht zu haben, insbesondere nach der harschen Antwort der vbl ag auf das Schreiben des VVL vom 6. Februar 2015 hin. 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).

3. Ergebnis

- 17 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