

# Abgeltung ungedeckter Kosten im regionalen Personenverkehr unter besonderer Berücksichtigung von Konzernstrukturen

---

Andreas Abegg / Goran Seferovic \*

*Die Linien des regionalen Personenverkehrs auf der Strasse werden von staatlichen Unternehmen wie der PostAuto AG und privaten Unternehmen betrieben. Bund und Kantone gelten den Unternehmen jeweils die prognostizierten ungedeckten Kosten ab. Der Begriff der ungedeckten Kosten ist jedoch umstritten, was für Transportunternehmen und insbesondere für solche in Konzernstrukturen zu Rechtsunsicherheit führt. Die Meinung, Leistungen dürften lediglich nach Aufwand und ohne marktübliche Gewinnzuschläge verrechnet werden, steht denn auch mit grundsätzlichen Bestimmungen des Gesellschaftsrechts im Widerspruch und läuft den Bestrebungen des Gesetzgebers zu mehr Wettbewerb im regionalen Personenverkehr zuwider.*

I. Einleitung.....	361
II. Grundzüge des Bestellverfahrens im regionalen Personenverkehr .....	362
1. Direktvergabeverfahren und Ausschreibungsverfahren .....	362
2. Vergabevereinbarung .....	363
3. Gewinnverwendung.....	363
III. Begriff der «ungedekten Kosten» nach PBG .....	364
IV. Verrechnungen in Konzernstrukturen .....	367
V. Gegenwärtige Reformvorschläge im Bereich des RPV .....	370
VI. Exkurs: Staatliche Beihilfen im Personenlandverkehr der Europäischen Union (EU) .....	371
VII. Fazit.....	372

Zitiervorschlag: Andreas Abegg/Goran Seferovic, Abgeltung ungedeckter Kosten im regionalen Personenverkehr unter besonderer Berücksichtigung von Konzernstrukturen, in: *sui-generis* 2018, S. 360

URL: [sui-generis.ch/80](https://sui-generis.ch/80)

DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.80>

\* Prof. Dr. Andreas Abegg ([abeg\[at\]zhaw.ch](mailto:abeg[at]zhaw.ch)), LL.M., ist Professor für öffentliches Wirtschaftsrecht an der ZHAW School of Management and Law und Partner bei AM T Rechtsanwälte; PD Dr. iur. Goran Seferovic ([sefe\[at\]zhaw.ch](mailto:sefe[at]zhaw.ch)) ist Privatdozent an der Universität Zürich, Dozent für öffentliches Recht an der ZHAW School of Management and Law und Konsulent bei AM T Rechtsanwälte. Die vorliegende Untersuchung basiert auf einem wissenschaftlichen Gutachten im Auftrag des Verbands öffentlicher Verkehr (VöV).

## I. Einleitung

<sup>1</sup> Gegenwärtig bestellen Bund und Kantone bei 120 Transportunternehmen (TU) rund 1400 Linien<sup>1</sup> des regionalen Personenverkehrs (RPV)<sup>2</sup>. Die allermeisten dieser Linien können nicht kostendeckend betrieben werden, weshalb sie von Bund und Kantonen mit rund zwei Milliarden Franken jährlich subventioniert werden.<sup>3</sup> Die PostAuto Schweiz AG, eine Tochtergesellschaft der PostAuto AG, welche wiederum eine Tochtergesellschaft der Schweizerischen Post AG ist, betreibt eine grosse Zahl abgeltungsberechtigter Linien des RPV.<sup>4</sup> Innerhalb dieser Konzerngesellschaften hat die PostAuto Schweiz AG nicht gerechtfertigte Umbuchungen zwischen abgeltungsberechtigten Sparten und den übrigen Sparten vorgenommen, um Gewinne aus den abgeltungsberechtigten Sparten zu verschieben.<sup>5</sup> Das Bundesamt für Verkehr (BAV) hat diese konzerninternen Verrechnungen zwischen der PostAuto Schweiz AG und anderen Tochtergesellschaften der PostAuto AG kritisch untersucht und kam nicht nur zum Schluss,

dass die konkreten Umbuchungen unrechtmässig seien, sondern dass bei konzerninternen Verrechnungen generell keine Zwischengewinne anfallen dürfen.<sup>6</sup> Es sei daher unzulässig, die Kosten des abgeltungsberechtigten RPV aufgrund von Marktpreisen oder nach der «cost-plus-Methode» (Vollkosten plus Gewinnaufschlag) zu bestimmen und weiterzuverrechnen.<sup>7</sup>

<sup>2</sup> Die Feststellung des BAV betrifft nicht nur die PostAuto AG, sondern die ganze Branche. Der vorliegende Beitrag prüft deshalb unabhängig vom konkreten Fall der PostAuto AG diese Haltung sowie die zugrundeliegenden Rechtsfragen kritisch und kommt zu anderen Schlüssen. Hierzu werden zunächst die Grundzüge des Bestellverfahrens im RPV dargelegt (Ziff. II), der Begriff der «ungedeckten Kosten» nach [Art. 28 Abs. 1](#) des Bundesgesetzes über die Personenbeförderung (PBG) erörtert (Ziff. III)<sup>8</sup> und geklärt, wie anhand dieses Kostenbegriffs konzerninterne Leistungen der rechtlich selbständigen Gesellschaften zu beurteilen sind (Ziff. IV). Anschliessend bewertet der Beitrag kurz die aktuellen Reformvorschläge im Bereich des RPV (Ziff. V) und schliesst mit einem Rechtsvergleich zur Vergabe von Dienstleistungsaufträgen öffentlicher Personenverkehrsdienste in der EU (Ziff. VI).

<sup>1</sup> So die [Angabe des BAV](#); Das BAV stellt auch ein [Verzeichnis der Transportunternehmen](#) zur Verfügung.

<sup>2</sup> Gem. Definition in [Art. 4](#) der Verordnung über die Abgeltung des regionalen Personenverkehrs vom 11. November 2009 (ARPV; [SR 745.16](#)).

<sup>3</sup> Vgl. [Angabe des BAV zum Bestellverfahren](#); vgl. auch Regula Herrmann/Peter König, Gelenkter oder beschränkter Wettbewerb? Konzession, Bestellverfahren und Ausschreibung im öffentlichen Verkehr heute, in: Jean-Baptiste Zufferey et al. (Hrsg.), *Aktuelles Vergaberecht 2016*, S. 447 ff., N. 98 zum Stand 2016.

<sup>4</sup> Vgl. zur Konzernstruktur BAV, [Prüfungsbericht Revision BAV: Leistungsverrechnungen zwischen den PostAuto-Gesellschaften vom 1. Februar 2018](#), S. 4 f.

<sup>5</sup> Vgl. Andreas Donatsch/Stephan A. J. Bachmann/Felix Uhlmann, Gutachten PostAuto Schweiz AG erstattet zuhanden des Präsidenten der Schweizerischen Post AG, Zürich, 29. Mai 2018, N. 36 ff.

<sup>6</sup> [Prüfungsbericht BAV](#) (Fn. 4), S. 3 (Empfehlungen 1 und 2).

<sup>7</sup> [Prüfungsbericht BAV](#) (Fn. 4), S. 11; vgl. zu möglichen Kostenberechnungsmethoden und deren Bedeutung für die Konzernleitung Karin Beyeler, *Konzernleitung im schweizerischen Privatrecht*, Diss. Zürich 2004, S. 172 ff.

<sup>8</sup> Bundesgesetz über die Personenbeförderung vom 20. März 2009 (Personenbeförderungsgesetz, PBG; [SR 745.1](#)).

## II. Grundzüge des Bestellverfahrens im regionalen Personenverkehr

### 1. Direktvergabeverfahren und Ausschreibungsverfahren

<sup>3</sup> Im RPV gilt seit 1996 das sogenannte Bestellprinzip<sup>9</sup>, wonach Bund und Kantone bei den TU das Verkehrsangebot nach [Art. 31b PBG](#) jeweils alle zwei Jahre bestellen.<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup> Dabei ist aber nicht nur der Preis ausschlaggebend, sondern die Behörden berücksichtigen nach [Art. 32g Abs. 2 PBG](#) etwa auch die Umweltverträglichkeit eines Angebots.<sup>12</sup> Obwohl [Art. 32 Abs. 1 PBG](#) das Ausschreibungsverfahren für den RPV auf der Strasse zum Regelfall erklärt,<sup>13</sup> bestehen im Ge-

setz viele Ausnahmen.<sup>14</sup> In der Praxis ist das Direktvergabeverfahren nach wie vor auch bei den Buslinien das häufigste Vergabeverfahren geblieben.<sup>15</sup> Laut Angaben des Bundesrates fanden von 1996 bis 2018 lediglich 35 Ausschreibungen im gemeinsam von Bund und Kantonen bestellten RPV statt.<sup>16</sup>

<sup>4</sup> Das Ausschreibungsverfahren wird mit dem Verfahren zur Erteilung oder Erneuerung der Konzession koordiniert.<sup>17</sup> So kommt das Ausschreibungsverfahren zwar grundsätzlich bei Neuerteilungen sowie bei der Erneuerung von Konzessionen zur Anwendung, letzteres zumindest falls die Ausschreibungsplanung dies vorsieht.<sup>18</sup> 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 die Zielvereinbarung diese Sanktion vorsieht.<sup>19</sup> Wie die Ausschreibung selber scheint jedoch auch die Sanktion aus faktischen Gründen, insbe-

<sup>9</sup> Vgl. zum Bestellprinzip Markus Kern, Zwischen Effizienz- und Qualitätsbestrebungen: Die Vergabe von Transportleistungen im öffentlichen Personenverkehr in der EU und der Schweiz, in: *AJP* 2013, S. 1806 ff., S. 1812 f.; zur Vorgeschichte des geltenden Rechts Herrmann/König (Fn. 3), N. 53 f.

<sup>10</sup> 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 Markus Kern/Peter König, Kapitel 9, Verkehr: Öffentlicher Verkehr, in: Giovanni Biaggini et al. (Hrsg.), *Fachhandbuch Verwaltungsrecht*, Zürich 2015, S. 389 ff., N. 9.54 ff.

<sup>11</sup> [Art. 32g Abs. 1 PBG](#); vgl. zum Ausschreibungsverfahren [Art. 32 ff. PBG](#) sowie zum Vergabeverfahren im Allgemeinen Kern (Fn. 9), S. 1814 ff.; Kern/König (Fn. 10), N. 9.48 ff.

<sup>12</sup> Vgl. zur Kritik an mangelnden Vorgaben zur Gewichtung der einzelnen Kriterien Kern (Fn. 9), S. 1817.

<sup>13</sup> Vgl. Herrmann/König (Fn. 3), N. 67; Kern (Fn. 9), S. 1815 f.; Kern/König (Fn. 10), N. 9.43.

<sup>14</sup> [Art. 32 Abs. 2 PBG](#), etwa wenn eine Zielvereinbarung zwischen TU und Besteller vorliegt und das Unternehmen die Ziele erreicht oder wenn nicht mehr als eine Offerte zu erwarten ist.

<sup>15</sup> Vgl. Kern (Fn. 9), S. 1815; ähnlich auch Herrmann/König (Fn. 3), N. 87, 91. Die Ausnahmen von Ausschreibungsverfahren sind in [Art. 32 Abs. 2 PBG](#) geregelt; vgl. dazu auch die Übersicht bei Herrmann/König (Fn. 3), N. 71. Vgl. auch Ecoplan, *Evaluation Bestellverfahren im Regionalen Personenverkehr: Schlussbericht vom 29. Januar 2014* zuhanden des Bundesamts für Verkehr, Bern/Altdorf 2014, S. 210.

<sup>16</sup> Stellungnahme des Bundesrates vom 9. März 2018 zur Dringlichen Interpellation von Hans Grunder, *Postauto-Debakel* (18.3035).

<sup>17</sup> [Art. 32b PBG](#). Vgl. zum Zusammenhang von Bestellung und Konzession George Ganz, *Öffentliches Beschaffungswesen: Ausschreibung von Verkehrsdienstleistungen*, in: *AJP* 2001, S. 975 ff., S. 978.

<sup>18</sup> [Art. 32c Abs. 1 und 3 PBG](#).

<sup>19</sup> [Art. 32c Abs. 2 lit. b PBG](#); vgl. auch Herrmann/König (Fn. 3), N. 67.

sondere der kleinen Zahl an Interessenten, regelmässig schwer zu verwirklichen.<sup>20</sup> Demgegenüber ist eine Linie nicht auszuschreiben, falls mit einem Unternehmen eine Zielvereinbarung besteht und das Unternehmen diese Ziele erfüllt.<sup>21</sup> Im Ausschreibungsverfahren machen die Besteller Vorgaben zum gewünschten Angebot (Fahrplan) sowie zu den zur Verfügung stehenden Mitteln und fordern die TU zur Offertstellung auf.<sup>22</sup> Die interessierten TU reichen daraufhin für jede Linie eine Offerte ein, welche unter anderem eine verbindliche Planrechnung enthalten muss.<sup>23</sup> In dieser weist das Unternehmen das verbleibende Defizit, die sogenannten «geplanten ungedeckten Kosten» gemäss [Art. 28 Abs. 1 PBG](#) aus. Diese ungedeckten Kosten werden von den Bestellern abgegolten.<sup>24</sup>

## 2. Vergabevereinbarung

- 5 Die Besteller vergeben das ausgeschriebene Angebot gestützt auf die Kriterien von [Art. 32g PBG](#), worauf das BAV den Vergabeentscheid verfügt.<sup>25</sup> Besteller und TU schliessen daraufhin eine Vergabevereinbarung,<sup>26</sup> in welcher gestützt auf die Offerte des TU u.a. Geltungsdauer, Verkehrsangebot, Qualität und Kosten und damit auch die zu leistenden Abgeltungen der Besteller festgelegt werden.<sup>27</sup> Vergabevereinbarungen werden in der Regel für die Dauer von zehn Jahren ab-

geschlossen.<sup>28</sup> Geltungsdauer und Abgeltungen stehen dabei in einem gewissen Spannungsverhältnis, da sowohl das unternehmerische Risiko als auch der mögliche Gewinn bei längerer Laufzeit grösser sind.<sup>29</sup> Um diese Unsicherheiten zu beschränken, sieht [Art. 27m Abs. 3 ARPV](#)<sup>30</sup> vor, die Abgeltungsbeiträge für die ersten beiden Fahrplanperioden und damit für vier Jahre zu fixieren und anschliessend anhand eines vordefinierten Mechanismus anzupassen.<sup>31</sup> Die Lehre spricht sich mitunter dafür aus, solche Anpassungen nur in engen Grenzen zuzulassen, um das wirtschaftliche Risiko tatsächlich den TU aufzuerlegen.<sup>32</sup> Sie kritisiert gleichzeitig, dass dieses Mischmodell aber besser zum Verfahren der Direktvergabe passt, da der Besteller hier auf die Kostenstruktur des TU Einfluss nehmen kann. Im Ausschreibungsverfahren führe dies hingegen zu Beeinträchtigungen, da es die Ausschreibungen 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.<sup>33</sup>

## 3. Gewinnverwendung

- 6 Als Ausgleich für das vom TU eingegangene wirtschaftliche Risiko sollte diesem aus der wirtschaftlichen Tätigkeit ein

<sup>20</sup> Vgl. Herrmann/König (Fn. 3), N. 82.

<sup>21</sup> [Art. 32 Abs. 2 lit. a PBG](#); vgl. die Kritik an der faktischen Monopolisierung durch Zielvereinbarungen Ganz (Fn. 17), S. 983.

<sup>22</sup> Vgl. [Art. 16 ARPV](#).

<sup>23</sup> Vgl. [Art. 17 Abs. 3 lit. b ARPV](#).

<sup>24</sup> Vgl. auch [Art. 27h Abs. 2 lit. d ARPV](#).

<sup>25</sup> [Art. 32i Abs. 1 lit. d PBG](#).

<sup>26</sup> [Art. 32k Abs. 1 PBG](#).

<sup>27</sup> Vgl. [Art. 32k Abs. 2 PBG](#); vgl. auch Herrmann/König (Fn. 3), N. 83.

<sup>28</sup> Herrmann/König (Fn. 3), N. 83; vgl. auch Kern (Fn. 9), S. 1817 f.

<sup>29</sup> Vgl. zu diesem Dilemma der Besteller Kern (Fn. 9), S. 1818 f.

<sup>30</sup> Vgl. Fn. 2.

<sup>31</sup> Vgl. Herrmann/König (Fn. 3), N. 84; Kern (Fn. 9), S. 1818 f.

<sup>32</sup> Kern (Fn. 9), S. 1818 f.

<sup>33</sup> Vgl. Kern (Fn. 9), S. 1823.

möglicher Gewinn in Aussicht stehen.<sup>34</sup> Denn decken die Transporterlöse und die Abgeltungen der Besteller die Aufwendungen des TU nicht, hat dieses den Verlust nach [Art. 36 Abs. 1 PBG](#) selber zu tragen. Einen allfälligen Gewinn hat das Unternehmen zu mindestens zwei Dritteln einer steuerfreien Spezialreserve zur Deckung künftiger Verluste abgeltungsberechtigter Linien zuzuweisen. Einen Drittel kann das Unternehmen hingegen frei verwenden. Wenn diese Spezialreserve 25% des Jahresumsatzes der abgeltungsberechtigten Linien oder 12 Mio. Franken beträgt, steht auch der übrige Gewinn dem TU zur freien Verfügung.<sup>35</sup> Die Möglichkeit, nicht den gesamten Gewinn der Spezialreserve zuweisen zu müssen, sollte bei den Unternehmen Gewinnanreize und damit Motivation zu kosteneffektivem Wirtschaften hervorrufen. Unter solcher Effizienz verstand der Bundesrat bisher allerdings lediglich die Verbesserung der «Ist-Rechnung gegenüber der Planrechnung».<sup>36</sup> 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.<sup>37</sup>

<sup>7</sup> Es ist allerdings nicht so, dass Subventionsnehmer in keinem Fall Gewinne erwirtschaften dürfen. Gerade im RPV sieht dies [Art. 36 Abs. 4 PBG](#) in nicht abgeltungsberechtigten Sparten vor, weshalb die TU auch eine nach Sparten gegliederte Rechnung zu führen haben.<sup>38</sup> In der Praxis beschränken die Besteller die Gewinnmöglichkeiten der TU im System der Direktvergabe jedoch in genereller Weise, indem sie darauf drängen, die Abgeltungen in der Folgeperiode zu reduzieren, falls das TU signifikante Gewinne erwirtschaften konnte.<sup>39</sup> 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.<sup>40</sup>

### III. Begriff der «ungedeckten Kosten» nach PBG

<sup>8</sup> 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 Leistungsrechnung zu führen, welche nach Sparten zu gliedern ist.<sup>41</sup> Diese

<sup>34</sup> Vgl. in diesem Sinne auch Kern (Fn. 9), S. 1822. Vgl. auch die diesbezüglichen Wortmeldungen in den Beratungen zur Bahnreform 2, AB 2009 N 126 ff.; AB 2009 S 122 ff. Deutlich das Votum von Bundesrat Leuenberger, wonach der Grundsatz unbestritten sei, dass ein Unternehmen Gewinn machen dürfe, AB 2009 S 124.

<sup>35</sup> [Art. 36 Abs. 2 PBG](#).

<sup>36</sup> Vgl. Botschaft zur Bahnreform 2 vom 23. Februar 2005 ([BBl 2005 2415](#)), S. 2492; vgl. auch Kern (Fn. 9), S. 1821 f.

<sup>37</sup> Botschaft über die Revision des Eisenbahngesetzes Abgeltung und Finanzhilfen für den Regionalverkehr vom 17. November 1993 ([BBl 1994 I 497](#)), S. 531.

<sup>38</sup> Vgl. auch Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK), [Hinweise für den Umgang mit Subventionen](#), Bern, Mai 2017, S. 18 f.

<sup>39</sup> Vgl. Kern (Fn. 9), 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 Thomas Keel, Rechnungslegung im öffentlichen Verkehr, in: *Der Schweizer Treuhänder* 2013, Nr. 3, S. 125 f.

<sup>40</sup> Vgl. Kern (Fn. 9), S. 1823, 1825 f.

<sup>41</sup> [Art. 29 Abs. 1 ARPV](#).

Betriebskosten- und Leistungsrechnungen sind gemäss [Art. 13 Abs. 1 RKV](#)<sup>42</sup> nach dem Prinzip der Vollkostenrechnung zu führen. Weder das [PBG](#) noch die den RPV regelnden Verordnungen erläutern den Begriff der «Vollkosten» resp. «ungedeckten Kosten» näher.<sup>43</sup>

- 9 Im allgemeinen bzw. betriebswirtschaftlichen Sprachgebrauch, auf den sich auch das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht abstützen, stellen Kosten den betriebszweckbezogenen Verzehr von Wirtschaftsgütern in einer Rechnungsperiode dar.<sup>44</sup> Im internen Rechnungswesen stehen die Kosten den Erlösen gegenüber, womit Kosten ungedeckt sind, soweit sie nicht durch Erlöse gedeckt werden und damit ein Defizit darstellen.<sup>45</sup> Diese betriebswirtschaftliche Sicht des Vollkosten- sowie das Periodizitätsprinzips<sup>46</sup> schliesst es laut Bundesgericht<sup>47</sup> etwa aus, die Rückzahlung eines Darlehens, welches in der fraglichen Periode nicht aufwandrelevant ist, auf den

RPV abzuwälzen.<sup>48</sup> Der Gewinn ist dagegen unmittelbar mit der unternehmerischen Tätigkeit der jeweiligen Periode verbunden: Gewinn bezeichnet in der Finanzbuchhaltung die Differenz zwischen Erträgen und Aufwendungen eines wirtschaftlichen Unternehmens. Er dient dazu, das zur Verfügung gestellte Eigenkapital im Verhältnis zur Inflation zu erhalten und zu entschädigen, Risiken abzugelten sowie Kapital für zukünftige Unternehmen bereitzustellen.<sup>49</sup>

- 10 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. Eine Trennung von Aufwand und Gewinn widerspricht aber einer betriebswirtschaftlichen Sicht insofern, als infolgedessen nur Zinsaufwendungen für Fremdkapital als Aufwand erfasst werden, während Eigenkapital, das keinen Wertverzehr nach sich zieht, «gratis» zur Verfügung steht. Letzteres mag dann argumentiert werden, wenn das Eigenkapital vom Staat zur Verfügung gestellt wird,<sup>50</sup> wie es etwa im Bereich der Bahninfrastruktur und dem Grossteil des dort eingesetzten Aktienkapitals der Fall ist.<sup>51</sup> Die Bahninfrastruktur unterliegt jedoch einem anderen Marktregime als der RPV auf der Strasse.<sup>52</sup> Einem unternehmerischen Ansatz im RPV steht eine solche Sichtweise denn auch diametral entge-

<sup>42</sup> Verordnung des UVEK über das Rechnungswesen der konzessionierten Unternehmen vom 18. Januar 2011 (RKV; [SR 742.221](#)).

<sup>43</sup> Vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [A-3505/2012](#) vom 24. Juni 2014, E. 8.4.

<sup>44</sup> Mirja Mumm, *Kosten- und Leistungsrechnung: Internes Rechnungswesen für Industrie- und Handelsbetriebe*, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2015, S. 10.

<sup>45</sup> Prägnant in dieser Hinsicht das Votum von Nationalrat Hanspeter Seiler (Berichterstatter) anlässlich der Revision des Eisenbahngesetzes im Jahre 1995, AB N 1995 277.

<sup>46</sup> Vgl. [Art. 17 Abs. 3 lit. b ARPV](#).

<sup>47</sup> Urteil des Bundesgerichts [2C\\_735/2014](#) vom 7. August 2015, E. 4.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [A-3505/2012](#) vom 24. Juni 2014, E. 8.4. Das Bundesverwaltungsgericht verweist dafür auf seine Praxis zum Kostenbegriff nach Stromversorgungsgesetz, vgl. dazu Urteile des Bundesverwaltungsgerichts [A-2836/2012](#) vom 17. Juni 2013, E. 6.2.2 und [A-2842/2010](#) vom 20. März 2013, E. 4.4.3.

<sup>48</sup> Urteil des Bundesgerichts [2C\\_735/2014](#) vom 7. August 2015, E. 4.2.

<sup>49</sup> Grundlegend hierzu Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 2. Aufl., Tübingen 1921–1922/1980, S. 48.

<sup>50</sup> So die Ansicht des BAV laut *Ecoplan* (Fn. 15), S. 193.

<sup>51</sup> [Art. 67 Eisenbahngesetz](#) vom 20. Dezember 1957, (EBG; [SR 742.101](#)).

<sup>52</sup> Vgl. Kern/König (Fn. 10), N. 9.23, 9.37 ff.

gen.<sup>53</sup> In dieser Sicht wäre die Höhe der Kosten abhängig von der Kapitalstruktur: Eigenkapitalfinanzierte Unternehmen hätten tiefere Kosten als stärker fremdfinanzierte Betriebe, was zu ungleichen Abgeltungen durch Subventionen je nach Kapitalstruktur führen würde. 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.<sup>54</sup>

- <sup>11</sup> Dieser betriebswirtschaftlichen Sicht entspricht, dass Bund und Kantone als Besteller den TU nach [Art. 15 ARPV](#) eine Verzinsung des Eigenkapitals gewähren können, womit diese als Aufwand und damit als Teil der abgeltungsberechtigten Kosten aufgefasst werden.<sup>55</sup> 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) kalku-

latorischer Eigenkapitalverzinsung. Entsprechend wurde auch der PostAuto AG regelmässig eine Eigenkapitalverzinsung gewährt.<sup>56</sup> Eine andere Sicht führte dagegen ohne sachlichen Grund zur erwähnten Schlechterstellung von stärker eigenkapitalfinanzierten Betrieben und widerspräche somit dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten ([Art. 27 BV](#))<sup>57</sup> und dem Grundsatz der Rechtsgleichheit ([Art. 8 BV](#)).<sup>58</sup> Allerdings kann – im Umkehrschluss dazu – schon heute die Ungleichbehandlung vermieden werden, indem die Besteller ihre Zustimmung zu einer Eigenkapitalverzinsung geben. Der Verordnungsgeber hat insofern die Mechanik erkannt, wonach Eigenkapital unter markt- oder marktähnlichen Bedingungen grundsätzlich

<sup>56</sup> [Untersuchungsbericht zuhanden des Verwaltungsrats der Schweizerischen Post AG](#), 31. Mai 2018, Publikationsexemplar, S. 190 ff.

<sup>57</sup> 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 = 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. Vgl. zur Pflicht des Staates, ein transparentes Verfahren für den Beizug Privater bei staatlichen Tätigkeiten durchzuführen auch Felix Uhlmann, [Art. 27](#), in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), [Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung \(BV\)](#), Basel 2015, N. 27.

<sup>58</sup> 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 E. 6](#)). [Art. 8 BV](#) bietet einen geringeren Schutz als der in Fn. 57 erwähnte Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten: Urteile des Bundesgerichts [2C\\_467/2008](#) vom 10. Juli 2009, E. 7.1 und [2P.94/2005](#) vom 25. Oktober 2006, E. 4.2.

<sup>53</sup> Immerhin sind sich TU und BAV einig, dass bei mehr Wettbewerb im RPV eine Eigenkapitalverzinsung bzw. eine Risikoprämie ermöglicht werden müsste, vgl. [Ecoplan \(Fn. 15\)](#), S. 193.

<sup>54</sup> Vgl. etwa [Mumm \(Fn. 44\)](#), S. 65 f.

<sup>55</sup> Vgl. auch [Kern \(Fn. 9\)](#), S. 1813 f.

nur dann investiert wird, wenn dieses auch verzinst wird.

- <sup>12</sup> Dieses Auslegungsergebnis steht auch in Übereinstimmung mit der historischen Auslegung von [Art. 28 Abs. 1 PBG](#), eine Bestimmung, welche ihrerseits auf [aArt. 49 Abs. 1 EBG](#)<sup>59</sup> zurückgeht.<sup>60</sup> Die [Botschaft zur Bahnreform 2](#) erläutert den Begriff der ungedeckten Kosten zwar nicht näher, doch nimmt bereits die Botschaft über die Revision des Eisenbahngesetzes von 1993 an verschiedenen Stellen Bezug auf ein betriebswirtschaftliches Kostenrechnungssystem, welches insbesondere als Führungsmittel der TU dienen sollte.<sup>61</sup> In der Debatte im Nationalrat fasste Berichterstatter Hanspeter Seiler den Zweck der Revision denn auch damit zusammen, dass diese den TU Anreize zu unternehmerischem Handeln bieten und das System dadurch auf eine marktwirtschaftliche Prägung «umgepolt» werden sollte.<sup>62</sup> Eine Stossrichtung, welche sich auch bereits aus der entsprechenden Botschaft des Bundesrates ergibt.<sup>63</sup> In den Beratungen zur Bahnreform 2 im Jahre 2009 war denn auch unbestritten, dass TU auch in abgeltungsberechtigten Sparten Gewinn sollten erwirtschaften dürfen. Bundesrat Leuenberger stellte in den Beratungen im Ständerat fest: «Der Grundsatz ist, glaube ich, nicht mehr bestritten, wonach auch bei subventionierten Unternehmen ein Gewinn gemacht werden darf und vielleicht gemacht werden soll.»<sup>64</sup>

<sup>59</sup> Vgl. Fn. 51.

<sup>60</sup> In der Fassung vom 24. März 1995, AS 1995 3680.

<sup>61</sup> Vgl. [Botschaft EBG 1993](#), S. 504 ff.

<sup>62</sup> AB 1995 N 277.

<sup>63</sup> [Botschaft EBG 1993](#), insb. S. 199, 505, 531.

<sup>64</sup> AB 2009 S 124.

#### IV. Verrechnungen in Konzernstrukturen

- <sup>13</sup> Wenn ein TU über eine Konzernstruktur verfügt,<sup>65</sup> was heute nicht mehr nur bei grossen, sondern meist auch bei mittleren und oft selbst bei kleinen Unternehmen der Fall ist,<sup>66</sup> kann sich die Frage stellen, wie interne Leistungen der rechtlich selbständigen Gesellschaften innerhalb des Konzerns zu verrechnen sind.
- <sup>14</sup> Im Konzernrecht gilt grundsätzlich das Trennungsprinzip, wonach die rechtlich selbständigen Gesellschaften als juristisch eigenständige Einheiten betrachtet werden. Im Sinne einer Ausnahme können die wirtschaftlich eine Einheit bildenden Gesellschaften jedoch als eine Gesamteinheit aufgefasst werden, wobei es hierfür sowohl einer besonderen Situation als auch einer besonderen Rechtsgrundlage bedarf (modifizierte Einheits-*theorie*).<sup>67</sup> Der umfassendste Tatbestand, in welchem der Konzern als Einheit betrachtet wird, ist der Durchgriff wegen Rechtsmissbrauchs gestützt auf [Art. 2 Abs. 2 ZGB](#).<sup>68</sup> Verwendet ein TU oder die Konzernmutter die Konzernstruktur, um

<sup>65</sup> Vgl. zum Konzern im Allgemeinen etwa K. Beyeler (Fn. 7), S. 3 ff.; Jean Nicolas Druey/Eva Druey Just/Lukas Glanzmann, *Gesellschafts- und Handelsrecht*, 11. Aufl., Zürich 2015, § 1 N. 82 ff.; Peter Kunz, *Konzernverträge: Möglichkeiten sowie Risiken*, in: *GesKR* 2017, S. 172 ff.

<sup>66</sup> Druey/Druey Just/Glanzmänn (Fn. 65), § 1 N. 94.

<sup>67</sup> K. Beyeler (Fn. 7), S. 3 ff.; Druey/Druey Just/Glanzmänn (Fn. 65), § 1 N. 109 ff. m.w.H.; Peter Kunz, *Grundlagen zum Konzernrecht der Schweiz*, Bern 2016, N. 240 ff.; vgl. zur Voraussetzung der wirtschaftlichen Einheit auch Martin Monsch/Hans Caspar Von der Crone, *Durchgriff und wirtschaftliche Einheit: Bundesgerichtsurteil 5A\_739/2012 vom 17. Mai 2013*, in: *SZW* 2013 S. 445 ff., S. 452 ff.

<sup>68</sup> Vgl. Druey/Druey Just/Glanzmänn (Fn. 65), § 1 N. 111; Monsch/Von der Crone (Fn. 67), S. 448 ff. sowie ausführlich zum Durchgriff die Dissertation von Marlene Kobierski, *Der Durchgriff im Gesellschafts- und Steuerrecht*, Diss. Bern 2012.



absichtlich Gewinn bei einer Tochtergesellschaft anfallen zu lassen, welchen das Unternehmen eigentlich in der Betriebsrechnung einer abgeltungsberechtigten Linie des RPV hätte ausweisen müssen, so ist je nach Konstellation – neben allfälligen strafrechtlichen Konsequenzen – ein Durchgriff nach [Art. 2 Abs. 2 ZGB](#) gerechtfertigt, denn 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](#).<sup>69</sup>

<sup>15</sup> 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. Nach dem zentralen Grundsatz des «Dealing at arm's length» (Prinzip eines Drittvergleichs) sind Konzerngesellschaften, welche Verträge untereinander schliessen, verpflichtet, diese zu Konditionen zu schliessen, wie sie solche unter Berücksichtigung aller objektiven und subjektiven Faktoren auch mit konzernexternen Dritten schliessen würden.<sup>70</sup> Dieser aus dem Steuerrecht stammende Grundsatz wird im Konzernrecht u.a. herangezogen, um Gewinnverschiebungen im Konzern zu verhindern, da diese meist gleichzeitig verdeckte Gewinnaus-

schüttungen darstellen.<sup>71</sup> So könnte eine Konzerngesellschaft etwa willkürlich tiefe Transferpreise ansetzen, um ihren eigenen Reingewinn zu senken und damit sowohl Gläubiger als auch Aktionäre benachteiligen.<sup>72</sup> Aus dieser gesellschaftsrechtlichen Sicht müssen die Gesellschaften des Konzerns somit Leistungen untereinander grundsätzlich mit dem üblichen Gewinnaufschlag verrechnen.<sup>73</sup> Welche Gegenleistungen bei einem Drittvergleich berücksichtigt werden sollen und wie diese berechnet werden, darüber gehen die Meinungen in der Lehre auseinander.<sup>74</sup> Gleichwohl kann eine Konzerngesellschaft nicht dauernd auf einen angemessenen Gewinn für ihre Leistungen an eine andere Konzerngesellschaft verzichten, was das BAV mit seinem Standpunkt aber verlangt.<sup>75</sup>

<sup>69</sup> Vgl. zur zweckwidrigen Verwendung einer juristischen Person als Tatbestand des Rechtsmissbrauchs nach [Art. 2 Abs. 2 ZGB](#), Heinrich Honsell, Art. 2 ZGB, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl., Basel 2014, N. 52; Monsch/Von der Crone (Fn. 67), S. 455 ff.; vgl. dazu auch [BGE 137 III 550](#) E. 2.3; [BGE 113 II 31](#) E. 2c.

<sup>70</sup> Kunz, Grundlagen (Fn. 67), N. 296.

<sup>71</sup> Vgl. zur Bedeutung des Grundsatzes im Steuerrecht etwa Sonja Bossart/Diego Clavadetscher, Kommentar zu Art. 3 MWSTG, in: Zweifel Martin/Beusch Michael/Glauser Pierre-Marie/Robinson Philip (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht: Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer, Basel 2015, N. 164; zum Drittpersonentest bei Konzernfinanzierungen Kunz, Grundlagen (Fn. 67), N. 722 ff.; zur Praxis des Bundesgerichts im Bereich der Gestaltung von Vergütungen im Zusammenhang mit Dividendenzahlung und Arbeitslohn [BGE 134 V 297](#) E. 2.2 m.w.H.

<sup>72</sup> Die Pflichten ergeben sich etwa aus [Art. 717 Abs. 2 OR](#) (Gleichbehandlungsprinzip), [Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR](#) (ausschliessliche Kompetenz der Generalversammlung zur Beschlussfassung über die Verwendung des Bilanzgewinnes), vgl. zur Rückerstattungspflicht auch Art. 678 Abs. 2 OR. Vgl. Kunz, Konzernverträge (Fn. 65), S. 175 f.; ausführlich zum Ganzen K. Beyeler (Fn. 7), S. 168 ff.; zu den Arten möglicher Gewinnverschiebungen aus handelsrechtlicher Sicht auch Rolf Watter, Gewinnverschiebungen bei Aktiengesellschaften im schweizerischen Handelsrecht, in: AJP 1996, S. 135 ff.

<sup>73</sup> Entsprechend ist die Vertragsfreiheit im Konzernverhältnis relativiert, vgl. Kunz, Grundlagen (Fn. 67), N. 294 ff.

<sup>74</sup> Vgl. K. Beyeler (Fn. 7), S. 171 ff.

<sup>75</sup> Vgl. K. Beyeler (Fn. 7), S. 168 ff.; für eine ausführliche Übersicht der Lehre und Rechtsprechung

<sup>16</sup> Um entgegen dieser gesellschaftsrechtlichen Pflicht die rechtlich selbständigen Gesellschaften des Konzerns als wirtschaftliche Einheit behandeln zu können, bedürfte es somit einer besonderen Situation und einer Rechtsgrundlage, die die Einheitssicht auf den Konzern rechtfertigen würden. Die Vorgaben zur Abgeltung der ungedeckten Kosten im RPV nach [Art. 28 Abs. 1 PBG](#) erfüllen diese Voraussetzungen nicht, denn weder das PBG noch das Subventionsgesetz ([SuG](#))<sup>76</sup> kennen eine konkrete Norm, welche das Trennungsprinzip ausdrücklich aufhebt, womit dem Erfordernis der gesetzlichen Grundlage nicht Genüge getan wird.<sup>77</sup> [Art. 13 Abs. 2 RKV](#) erlaubt es mehreren Unternehmen, welche unter einer gemeinsamen Leitung stehen, ausdrück-

zum Verhältnis von Konzerninteresse und Interesse der einzelnen Konzerngesellschaften auch Peter Böckli, Konzern und Konzerninteresse aus dem Blickwinkel des Einordnungskonzepts, in: Rolf Sethe/Peter R. Isler (Hrsg.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII*, Zürich 2014, S. 203, S. 226 ff.; Kunz, *Grundlagen* (Fn. 67), N. 152 ff.

<sup>76</sup> Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen vom 5. Oktober 1990, ([SuG](#); [SR 616.1](#)).

<sup>77</sup> Daran krankt auch die Praxis des Bundesverwaltungsgerichts zu Finanzhilfen, wonach bei Finanzhilfen lediglich effektiv entstandene Kosten abzugelten seien. Das Bundesverwaltungsgericht scheint den Konzern in diesen Entscheiden als Einheit betrachten zu wollen, ohne eine klare gesetzliche Grundlage dafür anzuführen. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [A-1351/2011](#) vom 8. März 2012, insb. E. 5.1. und 6.1 f.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [A-4559/2011](#) vom 21. Juni 2013, E. 6.2 und 7.1.2. Überdies sind Regeln der Finanzhilfen nicht ohne weiteres auf Abgeltungen anzuwenden: Bei Abgeltungen ersetzt der Staat die Kosten der Erfüllung öffentlicher Aufgaben ([Art. 28 PGB](#); [Art. 3 Abs. 2 SuG](#)). Mit Finanzhilfen werden dagegen vom Empfänger gewählte Aufgaben gefördert oder erhalten ([Art. 3 Abs. 1 SuG](#)). Vgl. zur Abgrenzung von Finanzhilfen und Abgeltungen Livio Bindi, *System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit von Subventionen in der Schweiz und von Beihilfen in der EU*, Diss. Luzern, Zürich 2016, S. 6 ff.; René Wiederkehr/Paul Richli, *Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts*, Bd. 2, Bern 2014, N. 1458 ff.

lich, die Betriebskosten- und Leistungsrechnung über mehr als eine juristische Person zu führen. Nach den Erläuterungen des BAV wollte der Verordnungsgeber Betriebsgemeinschaften oder TU in Konzernen mit dieser Bestimmung ermöglichen, eine einzige Betriebskosten- und Leistungsrechnung über alle wirtschaftlich verbundenen Gesellschaften zu führen.<sup>78</sup> 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.<sup>79</sup> [Art. 4 Abs. 1 RKV](#) zur Rechnungslegung konzessionierter Unternehmen sieht vor, dass die Jahresrechnung ein «den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage vermitteln» muss. Während diese Bestimmungen Quersubventionierungen zwischen abgeltungsberechtigten Linien und den übrigen Aktivitäten der TU verhindern soll, würde die Aufhebung des Trennungsprinzips unter Missachtung des Grundsatzes, wonach im Konzern nach dem Prinzip «Dealing at arm's length» verrechnet wird, die tatsächlichen Verhältnisse geradezu verunklären.

<sup>17</sup> Ebenfalls gegen die Aufhebung des Trennungsprinzips spricht der Umstand, dass

<sup>78</sup> [Erläuterungen der Verordnung des UVEK über das Rechnungswesen der konzessionierten Unternehmen](#) vom 24. März 2011, S. 9.

<sup>79</sup> [Erläuterungen RKV](#) (Fn. 78), S. 9.

Gesellschaften im RPV öffentliche Aufgaben ausüben und in diesem Rahmen dem Beschaffungsrecht unterstellt sein könnten, oder dieses zumindest als Orientierungshilfe dient.<sup>80</sup> 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.<sup>81</sup> 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, was durch die grundsätzliche Ausschreibungspflicht sichergestellt werden soll. In Abkehr von diesem grundlegenden Ziel des Beschaffungsrechts sodann das Trennungsprinzip aufzuheben, wäre geradezu systemwidrig und würde dementsprechend auch dem bereits erwähnten Grundsatz des «Deal-ing at arm's length» widersprechen.

## V. Gegenwärtige Reformvorschläge im Bereich des RPV

- <sup>18</sup> 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:<sup>82</sup> 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.<sup>83</sup>
- <sup>19</sup> Gemäss den Reformvorschlägen sollen die Zielvereinbarungen im RPV gestärkt werden, verbunden mit einem Bonus/Malus System,<sup>84</sup> während dem Ausschreibungsverfahren eher nicht zuge-traut wird, das System wettbewerbsnaher

<sup>80</sup> Die Frage, ob die Konzessionserteilung nach Art. 28 PBG dem Beschaffungsrecht untersteht, ist in der Lehre umstritten, vgl. Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Habil. Bern, Zürich 2012, N. 537, 785 f.; Kern (Fn. 9), S. 1820 ff. m.w.H. zu den unterschiedlichen Lehrmeinungen. Beide erachten die Regelung des RPV als *lex specialis* zum allgemeinen Beschaffungsrecht. Vorliegend 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.

<sup>81</sup> M. Beyeler (Fn. 80), N. 1223. Die gegenwärtig von der Bundesversammlung beratene Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB; SR 172.056.1) 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), S. 1907.

<sup>82</sup> Vgl. Bericht Reform des Regionalen Personenverkehrs (RPV): Grundlagen für einen Stossrichtungs-Entscheid: Ein gemeinsames Projekt des Bundes und der Kantone vom 22. August 2017, S. 4.

<sup>83</sup> Vgl. zur Übersicht Bericht Reform RPV (Fn. 82), S. 4 sowie die detailliertere tabellarische Übersicht auf S. 10 f.

<sup>84</sup> Vgl. zur Rolle der Zielvereinbarung Bericht Reform RPV, S. 11 f.

zu gestalten. Die Projektgruppe erachtet das Ausschreibungsverfahren für politisch «chancenlos» und rechtlich schwer umsetzbar im schweizerischen System, das auf Zusammenarbeit ausgelegt ist.<sup>85</sup>

- <sup>20</sup> Bei den weiterverfolgten Varianten ist nicht ausdrücklich vorgesehen, dass die TU Gewinn erzielen können, es sei denn, das Ergebnis weiche von der Planrechnung ab.<sup>86</sup> Eine im Auftrag des BAV durchgeführte Evaluation des Bestellverfahrens im RPV hat denn auch ergeben, dass die weit überwiegende Zahl der Fachspezialisten des BAV und der TU der Ansicht sind, dass die TU keinen angemessenen Gewinn erzielen können, der es ihnen ermöglichen würde, ihre Investitionen zu refinanzieren.<sup>87</sup> Die konzessionierten TU forderten in dieser Studie deshalb auch, es seien ihnen angemessene Gewinnmöglichkeiten zuzugestehen,<sup>88</sup> was nicht zuletzt auch die Eigenfinanzierung der TU stärken sollte.<sup>89</sup>

## VI. Exkurs: Staatliche Beihilfen im Personenlandverkehr der Europäischen Union (EU)

- <sup>21</sup> In der EU regelt die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007<sup>90</sup> die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Bereich der öffentlichen Personenverkehrsdienste auf Schie-

ne und Strasse.<sup>91</sup> Diese Verordnung sieht im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs grundsätzlich ein Wettbewerbsverfahren für die Vergabe ausschliesslicher Rechte oder die Abgeltung von gemeinwirtschaftlichen Leistungen durch das Gemeinwesen in der Form eines Dienstleistungsauftrags vor.<sup>92</sup> Die Verordnung lässt aber auch weiterhin Direktvergaben<sup>93</sup> an Unternehmen unter kommunaler Kontrolle zu,<sup>94</sup> wobei diese Vergaben durch mehrere Restriktionen – etwa geografischer Art oder im Hinblick auf den Beizug von Subunternehmern<sup>95</sup> – faktisch auf den Kreis der traditionellen Verkehrsunternehmen der Gemeinwesen eingeschränkt werden.<sup>96</sup> Daneben sieht die Verordnung auch eine Reihe weiterer Ausnahmen vom wettbewerblichen Vergabeverfahren vor, welche an Minimalvorgaben wie Umsatz oder Verkehrsleistung anknüpfen.<sup>97</sup>

- <sup>22</sup> Auch das EU-Recht sieht vor, dass die Verkehrsunternehmen für die Übernahme

(Amtsblatt EU vom 3. Dezember 2007, Nr. L 315, S. 1) geändert durch Verordnung (EU) 2016/2338 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2016 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 hinsichtlich der Öffnung des Marktes für inländische Schienenpersonenverkehrsdienste, Amtsblatt EU vom 14. Dezember 2016, Nr. L 354, S. 22 ff.

<sup>85</sup> Bericht Reform RPV (Fn. 82), S. 13.

<sup>86</sup> Bericht Reform RPV (Fn. 82), 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.

<sup>87</sup> Vgl. Ecoplan (Fn. 15), S. 168 ff., 209.

<sup>88</sup> Ecoplan (Fn. 15), S. 178.

<sup>89</sup> Ecoplan (Fn. 15), S. 193 f.

<sup>90</sup> 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

<sup>91</sup> Vgl. ausführlich zum Vergabeverfahren in der EU Matthias Knauff, Möglichkeiten der Direktvergabe im ÖPNV (Schiene und Straße), in: Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (NZBau) 2012, S. 65 ff.

<sup>92</sup> Vgl. zum Anwendungsbereich des Dienstleistungsvertrages Art. 3 Abs. 1 Verordnung 1370/2007 (Fn. 90).

<sup>93</sup> Vgl. zur Legaldefinition der Direktvergabe Art. 2 lit. h Verordnung 1370/2007 (Fn. 90).

<sup>94</sup> Vgl. zum Begriff der Kontrolle Knauff (Fn. 91), S. 69 ff.

<sup>95</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 2 lit. b und e Verordnung 1370/2007 (Fn. 90).

<sup>96</sup> Knauff (Fn. 91), S. 70 f.

<sup>97</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 2, 4, 5 und 6 Verordnung 1370/2007 (Fn. 90); vgl. auch Knauff (Fn. 91), S. 71.

sogenannter gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen im Rahmen ihres Dienstleistungsauftrags eine Ausgleichsleistung des Gemeinwesens erhalten.<sup>98</sup> Obwohl das EU-Recht staatliche Beihilfen grundsätzlich restriktiv regelt,<sup>99</sup> hat das Gemeinwesen Unternehmen, welche gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im 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.<sup>100</sup> 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.<sup>101</sup> Diese Regelung steht in Übereinstimmung mit dem Entscheid des EuGH 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 AEUV handelt.<sup>102</sup> Dies gilt laut EuGH 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».<sup>103</sup>

## VII. Fazit

- <sup>23</sup> Dem Bundesgericht ist zuzustimmen, wenn es den Begriff der «ungedeckten Kosten» als Kosten im betriebswirtschaftlichen Sinne verstehen will. Unter diesen Vollkosten sind auch die kalkulatorischen Kosten wie die Eigenkapitalverzinsung zu verstehen, denn erstens führt dies zu einer Stärkung der Marktorientierung im RPV, wie es der Gesetzgeber wollte, und zweitens würden andernfalls stärker eigenkapitalfinanzierte Betriebe in unverhältnismässiger Weise schlechter gestellt und stärker fremdkapitalisierte Unternehmen bevorzugt.
- <sup>24</sup> Mit der vom BAV vertretenen Konzernsicht wird das Trennungsprinzip im Gesellschaftsrecht aufgehoben, was indes eine klare gesetzliche Grundlage bedingt. 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 dem

<sup>98</sup> Art. 3 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 1 Verordnung 1370/2007 (Fn. 90).

<sup>99</sup> Vgl. Art. 107 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV, konsolidierte Fassung), Amtsblatt EU vom 26. Oktober 2012, Nr. C 326, S. 1 ff.; vgl. ausführlich zum Beihilferecht in der EU Bundi (Fn. 77), S. 143 ff.

<sup>100</sup> Vgl. Art. 4 Abs. 1 lit. b. ii. Verordnung 1370/2007 (Fn. 90).

<sup>101</sup> Vgl. Art. 6 Abs. 1 sowie Anhang Verordnung 1370/2007 (Fn. 90).

<sup>102</sup> Urteil des EuGH C-280/00 vom 24. Juli 2003, Altmark Trans GmbH, Sammlung der Rechtsprechung 2003 I-07747, Randziffer 87 ff.

<sup>103</sup> Urteil des EuGH C-280/00 24. Juli 2003, Altmark Trans GmbH, Sammlung der Rechtsprechung 2003 I-07747, Randziffer 93. Vgl. auch Ziff. 2 Abs. 5 Anhang Verordnung 1370/2007 (Fn. 90); vgl. auch Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, Amtsblatt EU vom 11. Januar 2012, Nr. C 8, S. 4 ff.

zentralen Grundsatz des «Dealing at Arm's Length» entspricht und der Aufhebung des Trennungsprinzips zuwiderläuft.

<sup>25</sup> Wollten die Gerichte dennoch das Trennungsprinzip aufheben und eine Konzernsicht einnehmen, so müsste auch bei der Verrechnung von Leistungen zwischen Konzerntöchtern zumindest die Eigenkapitalverzinsung zugelassen werden. Entsprechend wurde auch der Post-Auto Schweiz AG eine Eigenkapitalverzinsung gewährt.

<sup>26</sup> Die Rechtslage bei Verrechnung von Leistungen zwischen den rechtlich selbständigen Gesellschaften eines Konzerns in Bezug auf Subventionsverhältnisse 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](#)). Richtigerweise ist aber die Verrechnung von Gewinnzuschlägen bei Leistungen, welche der Konzessionär bezieht, zulässig, wenn zugleich die Vorgaben des Beschaffungsrechts eingehalten wurden.

<sup>27</sup> Im Hinblick auf die Reform des RPV sehen die TU zusätzliche Gewinnanreize als unentbehrlich an, insbesondere auch um ihre Investitionen zu refinanzieren und die Eigenkapitaldecke zu stärken. Nur mit solchen Gewinnanreizen ist das Ziel der Reformvorschläge zu verwirklichen, das System der Auftragsvergabe im RPV auf der Strasse stärker mit wirtschaftlichen Anreizen auszugestalten. Diese Forderung, welche auch auf der Einschätzung der Fachspezialisten im BAV beruht, findet überdies im EU-Recht eine

weitere Stütze, wo im gemeinwirtschaftlichen Personenlandverkehr tätigen Unternehmen ebenfalls ein angemessener Gewinn aus der Übernahme der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen angerechnet wird.