

# **BVGer A-4568/2021 vom 19. Oktober 2023**

Bundesverwaltungsgericht, 2023-10-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-4568\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-4568_2021)

FR: TAF A-4568/2021 du 19 octobre 2023

IT: TAF A-4568/2021 del 19 ottobre 2023

## **Regeste**

Eisenbahnen (Übriges)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Wie das Bundesverwaltungsgericht im vorangegangenen Beschwerdeverfahren erwog, ist es grundsätzlich zuständig für Beschwerden gegen Investitionsbeiträge, welche die Vorinstanz gestützt auf Art. 8 GüTG gewährt (Art. 31 ff. des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32] und Urteil des BVGer A-5315/2018 vom 8. Oktober 2019 E. 1). Die Beschwerdeführerinnen sind zur Beschwerde aufgrund des Konkurrenzverhältnisses zur Beschwerdegegnerin legitimiert (Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021)). Es kann dazu ebenfalls auf die Erwägungen des Urteils A-5315/2018 vom 8. Oktober 2019 (E. 9) verwiesen werden. Die angefochtenen Verfügungen hängen sachlich zusammen und wurden in einem einheitlich geführten Verfahren erlassen; sie sind gemeinsam zu behandeln. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 2.1**

Nach Art. 8 GüTG kann der Bund Investitionsbeiträge an den Bau, die Erweiterung und die Erneuerung von KV-Umschlagsanlagen leisten (Abs. 1). Der Investitionsbeitrag des Bundes darf 60 % der anrechenbaren Kosten nicht überschreiten. Bei Projekten von nationaler verkehrspolitischer Bedeutung kann er auf höchstens 80 % erhöht werden (Abs. 2). Bei der Gewährung und der Bemessung der Beiträge sind verkehrs-, energie- und umweltpolitische Ziele, wirtschaftliche Kriterien, die Vorteile Dritter und insbesondere das Konzept für den Gütertransport auf der Schiene nach Art. 3 GüTG angemessen zu berücksichtigen (Abs. 3). Die Gewährung der Beiträge wird mit Auflagen verbunden, insbesondere soll damit ein diskriminierungsfreier Zugang zu den KV-Umschlagsanlagen sichergestellt werden (Abs. 5). Die Anforderungen des Gesetzes werden auf Verordnungsstufe in Art. 4 ff. der Gütertransportverordnung vom 25. Mai 2016 [GüTV, SR 742.411]) weiter ausgeführt.

### **E. 2.2**

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen - einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ermessensausübung - sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG). Es auferlegt sich indes bei der Prüfung von sogenannten Ermessenssubventionen Zurückhaltung. Bei Fragen, die durch die Justizbehörden schwer überprüfbar sind, weicht es nicht ohne Not von den Beurteilungen des erstinstanzlichen Fachgremiums ab, zumal der Rechtsmittelbehörde zumeist nicht alle

massgebenden Faktoren und Fachkenntnisse für die Bewertung von Gesuchen um Subventionen durch die Vorinstanz bekannt sind. Die dargelegte Zurückhaltung gilt jedoch nur in Bezug auf die Ermessensausübung der Subventionsbehörde, nicht hingegen, wenn die Auslegung und Anwendung von Rechtsvorschriften streitig ist oder Verfahrensmängel gerügt werden (Urteile des BVGer A-5315/2018 vom 8. Oktober 2019 E. 11 und A-1653/2017 vom 20. Februar 2018 E. 2).

### **E. 3**

In prozessualer Hinsicht beantragen die Beschwerdeführerinnen, es seien Akten von der Wettbewerbskommission (WEKO) zu edieren und ohne Schwärzungen zur Stellungnahme herauszugeben (Antrag Nr. 4).

#### **E. 3.1**

Die betroffenen Unterlagen gehören zum abgeschlossenen Verfahren der WEKO zur Prüfung des Zusammenschlussvorhabens der Schweizerischen Bundesbahnen SBB, der Hupac SA und der Rethmann SE & Co. KG mit dem Ziel, direkt oder indirekt die gemeinsame Kontrolle über die Beschwerdegegnerin zur Realisierung der betroffenen KV-Umschlagsanlage zu erlangen. Die WEKO hat den Zusammenschluss im Juni 2019 mit detaillierter Begründung genehmigt und diese publiziert (in: Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2020/2, S. 658-758). Um Zugang zu denselben Dokumenten haben die Beschwerdeführerinnen am 18. September 2019 gestützt auf das Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ, SR 152.3) bei der WEKO ersucht. Diese gewährte bereits weitgehend Einsicht und stellte die Unterlagen den Beschwerdeführerinnen zu; bestimmte Textstellen schwärzte sie zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen. Dagegen gelangten die Beschwerdeführerinnen an das Bundesverwaltungsgericht. Mit Urteil A-722/2021 vom 29. Juni 2023 ordnete das Bundesverwaltungsgericht eine zusätzliche Offenlegung lediglich für eine kurze Textpassage und die Namen von Gutachtern an. In weiten Teilen wies es die Beschwerde ab und bestätigte, dass die geschwärzten Passagen gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ wegen Geschäftsgeheimnissen nicht einsehbar seien (E. 8 ff.). Das Urteil ist beim Bundesgericht angefochten.

#### **E. 3.2**

Die Editionsanträge der Beschwerdeführerinnen betreffen vorab das Gutachten zu den Effizienzgewinnen durch ein trimodales Terminal Gateway Basel Nord vom 15. März 2019 und damit zusammenhängende Unterlagen. Sie machen geltend, die Vorinstanz verweise in ihrer Begründung auf die WEKO, welche die Effizienzvorteile der Anlage für den Schienengütertransport gestützt auf das Gutachten beurteilt habe. Es gehe ihnen darum, die zu Grunde liegende Argumentation zu überprüfen. Soweit gesamtwirtschaftliche bzw. wettbewerbsrelevante Effizienzvorteile für die Prüfung des Subventionsgesuchs relevant sein sollten, gibt jedoch die Publikation der WEKO hierüber Aufschluss. Die WEKO hat sich als spezialisierte Fachbehörde ausführlich mit den Effizienzvorteilen befasst und nicht einzig auf das genannte Gutachten abgestellt (RPW 2020/2, S. 658-758, Rz. 662 ff.). Es ist den Beschwerdeführerinnen möglich, diese Argumentation zu beurteilen und ihren Standpunkt darzulegen. Zudem verfügen sie über die Dokumente bereits in weitgehend einsehbarer Versionen (E. 3.1). Es war ihnen unbenommen, die erlangten Informationen in das Verfahren einzubringen. Die Anträge der Beschwerdeführerinnen auf Beizug von Verfahrensakten der WEKO sind daher in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen (zu

dieser bereits Urteil des BVGer A-5315/2018 vom 8. Oktober 2019 E. 7.2 und Urteil A-6841/2016 vom 6. März 2018 E. 4).

### **E. 3.3**

Darüber hinaus besteht kein Anlass, von den Erwägungen des Urteils vom 29. Juni 2023 (A-722/2021) abzuweichen. Widersprüchliche Entscheide sind nach dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung zu vermeiden (vgl. BGE 139 II 460 E. 3.3, BVGE 2013/33 E. 4.3; Urteil A-3757/2016 vom 3. Mai 2017 E. 9.2.4). Geschäftsgeheimnisse, die den Beschwerdeführerinnen gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. g BGÖ vorenthalten wurden, müssen auch im Zusammenhang mit dem verfahrensrechtlichen Anspruch auf Akteneinsicht (Art. 26 ff. VwVG) als solche gelten. Darüber hinaus überwiegt das Geheimhaltungsinteresse der Beschwerdegegnerin dasjenige der Beschwerdeführerinnen an der Einsicht, zumal sie zu den Effizienzgewinnen anhand der zugänglichen Unterlagen sowie der Publikation der WEKO Stellung nehmen können und nichts Gegenteiliges näher darlegen. Die Akten der WEKO könnten den Beschwerdeführerinnen im Fall der Edition daher nicht - wie beantragt - ohne Schwärzung herausgegeben werden (Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG).

### **E. 3.4**

Die Anträge auf Edition der Akten der WEKO und auf uneingeschränkte Einsichtnahme sind abzuweisen.

### **E. 4**

Die Beschwerdeführerinnen rügen in formeller Hinsicht, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Sie habe die Akteneinsicht im erstinstanzlichen Verfahren in zeitlicher sowie sachlicher Hinsicht zu Unrecht beschränkt und dies ungenügend begründet.

### **E. 4.1**

Das Recht auf Akteneinsicht ist Teilgehalt des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV). Es soll den Parteien ermöglichen, sich im betreffenden Verfahren wirkungsvoll zu äussern und geeignete Beweise führen oder bezeichnen zu können. Für das Bundesverwaltungsverfahren wird das Akteneinsichtsrecht in den Bestimmungen von Art. 26-28 VwVG ergänzt und konkretisiert. Eine Verfahrenspartei hat insbesondere Anspruch auf Einsicht in die Eingaben von Parteien, die Vernehmlassungen von Behörden und alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke (Art. 26 Abs. 1 Bst. a und b VwVG). Eine Behörde darf die Einsichtnahme in Akten verweigern, wenn wesentliche öffentliche oder private Interessen die Geheimhaltung erfordern (Art. 27 Abs. 1 Bst. a und b VwVG). Zu den privaten Interessen zählen namentlich Geschäftsgeheimnisse von Gegenparteien oder Dritten (Konkurrenten). Die Behörde hat eine Interessenabwägung vorzunehmen. Die Verweigerung der Einsichtnahme darf sich nur auf die Aktenstücke erstrecken, für die Geheimhaltungsgründe bestehen (Art. 27 Abs. 2 VwVG), d.h. sie muss sich auf das Erforderliche beschränken. Diese gesetzliche Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips führt zu einem Anspruch auf Einsicht in alle übrigen Akteninhalte, deren Offenlegung keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Die Folgen der Verweigerung der Einsichtnahme sind in Art. 28 VwVG geregelt (zum Ganzen BVGE 2019 VII/6 E. 4.2; BVGE 2015/44 E. 5.1; Urteile des BVGer A-2844/2010 vom 20. März 2013 E. 3.1 f. und A-3103/2011 vom 9. Mai 2012 E. 7).

### **E. 4.2.1**

Die Beschwerdeführerinnen rügen zunächst, die Vorinstanz habe einen Teil der Akten vollständig von der Akteneinsicht ausgenommen. Sie habe die Einsicht zeitlich auf die Periode bis zum Erlass der Verfügungen vom 4. Juli 2018 begrenzt und später angelegte Akten in keiner Weise offengelegt. Über weitere Akten habe die Vorinstanz sie überhaupt nicht informiert und deren Existenz erst im Beschwerdeverfahren zu erkennen gegeben. Es sei daher im vorinstanzlichen Verfahren nur eingeschränkt möglich gewesen, Einsichtnahme zu beantragen. Die Sache sei an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit das rechtliche Gehör korrekt gewähre. Zumindest habe sie ein korrektes Aktenverzeichnis zu erstellen.

#### **E. 4.2.2**

Die Beschwerdegegnerin entgegnet, es gebe keine Anhaltspunkte, dass die Vorinstanz das Akteneinsichtsrecht oder andere Teilgehälte des rechtlichen Gehörs verletzt habe. Es habe der Vorinstanz obliegen, das Verfahren zu führen und die Modalitäten der Akteneinsicht festzulegen. Es sei nicht ihre Aufgabe zu kommentieren, wie die Vorinstanz Einsicht gewährt habe, solange ihre Geschäftsgeheimnisse geschützt seien. Die Vorinstanz habe die Akten, wo notwendig, zu Recht geschwärzt. Es komme nicht in Frage, einer direkten Konkurrentin Einblick in geheime, geschäftsstrategische Informationen zu gewähren.

#### **E. 4.3.1**

Die Vorinstanz stellte den Beschwerdeführerinnen am 14. Januar 2021 teilweise geschwärzte Akten in elektronischer Form zu. Am 17. März 2021 beantragten sie Einsicht auch in diejenigen Akten, die nach dem 4. Juli 2018 Eingang in das Verfahren gefunden hatten. Mit Schreiben vom 22. März 2021 teilte die Vorinstanz ihnen mit, sie verfügten bereits über die Unterlagen, die zu den Verfügungsentwürfen geführt hätten. Diese seien weiterhin aktuell. Es gebe keine weiteren Akten mit Einfluss auf die Beurteilung des Gesuchs. Mit Eingabe vom 31. März 2021 ersuchten die Beschwerdeführerinnen erneut darum, es sei ihnen vor Erlass der Verfügung Einsicht in den aktualisierten Aktenbestand zu gewähren. Diesen Antrag wies die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid ab mit der Begründung, die gewährte Einsicht ermögliche bereits ein Bild der relevanten Sachlage.

#### **E. 4.3.2**

Demgemäss hat die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen keine Einsicht in diejenigen Aktenstücke gewährt, die laut dem im Beschwerdeverfahren eingereichten Aktenverzeichnis ab dem 11. März 2020 angelegt wurden (Akten Teil 2, Ordner Nr. 8; A1 ff.). Die Vorinstanz hat sie ebenfalls nicht darüber informiert, welche einzelnen Dokumente den Akten seither zugefügt wurden (z.B. durch Zustellung eines aktualisierten Aktenverzeichnisses). Dazu gehören unter anderem die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom 3. August 2021 und die Zustimmung der Eidgenössischen Finanzverwaltung (EFV) vom 6. September 2021, die gemäss Art. 11 Abs. 2 GütV für Investitionsbeträge von mehr als 5 Mio. Fr. erforderlich ist.

#### **E. 4.3.3**

Das Akteneinsichtsrecht umfasst, anders als die Vorinstanz erwog, nicht nur diejenigen Aktenstücke, welche die Behörde im konkreten Fall tatsächlich als Beweismittel heranzieht. Es bezieht sich auf sämtliche Akten, die im betreffenden Verfahren erstellt, eingebracht oder beigezogen wurden und damit geeignet sind, Grundlage des Entscheides zu bilden. Dies gilt unabhängig davon, ob die fraglichen Akten aus Sicht der Behörde für den Ausgang des Verfahrens bedeutsam sind. Einsicht in Akten eines bestimmten Verfahrens kann nicht

mit der Begründung verweigert werden, sie seien für den Verfahrensausgang belanglos. Sonst wäre es den Parteien nicht möglich nachzuvollziehen, ob die ihnen unbekanntem Akten relevant sind oder nicht (vgl. BGE 144 II 427 E. 3.1.1; BGE 132 V 387 E. 3.2; BVGE 2019 VII/6 E. 4.2; Urteil des BVGer A-1178/2020 vom 27. Oktober 2020 E. 3.4.3). Die Vorinstanz hat das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerinnen verletzt, indem sie mit dieser Begründung die Akteneinsicht in zeitlicher Hinsicht eingeschränkt und den Verfahrensabschnitt nach Abschluss des Beschwerdeverfahrens A-5315/2018 davon ausgenommen hat. Die Beschwerde ist in diesem Punkt begründet.

#### **E. 4.4.1**

Weiter hat die Vorinstanz dem Bundesverwaltungsgericht Akten mit der Bezeichnung «AX» (Nr. AX1-AX40) eingereicht (Teil 1, Ordner Nrn. 4 und 5). Es handelt sich gemäss den Erläuterungen der Vorinstanz zum Aktenverzeichnis um Aktenstücke, die den Beschwerdeführerinnen wegen Geschäftsgeheimnissen im vorinstanzlichen Verfahren überhaupt nicht übermittelt wurden. Soweit ersichtlich gab die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen auch nicht bekannt, dass diese Unterlagen sich bei den Akten befinden. Dem E-Mail vom 14. Januar 2021 zur elektronischen Übermittlung der teilweise offengelegten Akten ist keine Auflistung zu entnehmen, welche die Existenz der AX-Dokumente für sie erkennbar gemacht hätte (Teil 2, Ordner Nr. 8, A15b).

#### **E. 4.4.2**

Das Akteneinsichtsrecht kann von den Parteien nur tatsächlich ausgeübt werden, wenn sie über die Existenz einer Akte informiert werden. Die Wahrnehmung des Einsichtsrechts setzt weiter eine Aktenführungspflicht der Verwaltung voraus. Die Behörde ist verpflichtet, ein vollständiges Aktendossier über das Verfahren zu führen, um gegebenenfalls ordnungsgemäss Akteneinsicht gewähren. Sie hat alles in den Akten festzuhalten, was zur Sache gehört. Die Akten sind grundsätzlich von Beginn weg in chronologischer Reihenfolge abzulegen und müssen bei Vorliegen eines Gesuchs um Akteneinsicht bzw. spätestens im Zeitpunkt des Entscheids durchgehend paginiert werden. In der Regel ist ein Aktenverzeichnis zu erstellen, welches eine chronologische Auflistung sämtlicher in einem Verfahren gemachter Eingaben enthält. Hierzu gehört auch eine kurze Beschreibung der Dokumentart bzw. des Inhalts des jeweiligen Dokuments (zum Ganzen BGE 138 V 218 E. 8.1.2, BGE 130 II 473 E. 4.1; Urteile des BVGer A-5757/2015 vom 19. Februar 2016 E. 2.5 und A-5275/2015 vom 4. November 2015 E. 8.7.4; Waldmann/Oeschger, in: Waldmann/Krauskopf, Praxiskommentar VwVG [nachfolgend Praxiskommentar VwVG], 3. Aufl. 2023, Art. 27 Rz. 72).

#### **E. 4.4.3**

Bei den betroffenen Akten der Kategorie «AX» handelt es sich, soweit ersichtlich, um Beilagen zum Beitragsgesuch der Beschwerdegegnerin. Es mag zwar allenfalls zutreffen, dass sie in weitem Umfang Geschäftsgeheimnisse beinhalten. Doch hätte die Vorinstanz zumindest die Beschwerdeführerinnen über die Existenz dieser Aktenstücke in geeigneter Weise orientieren müssen. Die erwähnte Pflicht zur Erstellung eines Aktenverzeichnisses und zur Bezeichnung der einzelnen Aktenstücke besteht grundsätzlich auch bei vertraulichen Akten. Es verletzt den Anspruch auf rechtliches Gehör, wenn für eine Partei nicht ersichtlich ist, ob ihr sämtliche Aktenstücke übermittelt worden sind. Aus dem Verzeichnis muss zumindest erkennbar sein, ob und welche Akten der Behörde eingereicht worden sind. Die betroffene Partei hat Anspruch auf die Benennung der einzelnen Akten,

damit sie nachzuvollziehen kann, warum ihr Einsicht gewährt oder verweigert wird. Weiter gilt das Unkenntlichmachen sämtlicher Aktenbezeichnungen im Verzeichnis in der Regel als unverhältnismässig. Es ist wenig wahrscheinlich, dass bereits die Bezeichnung der aufgeführten Dokumente mit wesentlichen Geheimhaltungsinteressen kollidiert. Wo dies ausnahmsweise der Fall ist, können diese durch Abdeckung der heiklen Stellen gewährt werden. Die Behörde hat in diesem Fall eine angemessene Umschreibung für die abgedeckte Bezeichnung zu finden (zum Ganzen BVGE 2019 VII/6 E 4.3.2; Entscheide des BVGer B-3374/2019 vom 12. November 2019 E. 3.2 und B-6136/2007 vom 30. Januar 2008 E. 12.2.2).

#### **E. 4.4.4**

Diesen Anforderungen wird das Verfahren der Vorinstanz ebenfalls nicht gerecht. Die Beschwerdeführerinnen konnten aus keinem Aktenverzeichnis nachvollziehbar erkennen, dass die erwähnten Akten existieren und um welche Unterlagen es sich der Bezeichnung nach handelt. Aus den offengelegten Stellen des Beitragsgesuchs und der weiteren Eingaben der Beschwerdegegnerin konnten sie ebenfalls nicht oder nur teilweise ersehen, ob und welche Dokumente eingereicht wurden. Die Stellen, in denen die betroffenen Beilagen erwähnt sind, sind überwiegend geschwärzt oder deren Bezeichnungen wenig aussagekräftig. Es liegt somit eine weitere Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Im Übrigen gibt auch das im Beschwerdeverfahren eingereichte Aktenverzeichnis über den Inhalt der AX-Dokumente nicht oder nur rudimentär Aufschluss (z.B. X1: «9\_Beilagen AI-I bis D8-9 Beilage BI-4a»). Wann und in welchem Zusammenhang die in den Ordnern Nrn. 4 und 5 isoliert abgelegten Unterlagen der Vorinstanz eingereicht worden und welches Thema sie betreffen, wird teilweise erst mit Hilfe der übrigen ungeschwärzten Ordner nachvollziehbar und bleibt dem Gericht in Teilen ganz verschlossen.

#### **E. 4.5**

Zu prüfen bleibt derjenige Teil der Akten, den die Vorinstanz teilweise offengelegt hat. Die Beschwerdeführerinnen machen im Wesentlichen geltend, die Vorinstanz habe ungenügend begründet, weshalb sie die geschwärzten Stellen von der Akteneinsicht ausgenommen habe. Sodann habe sie diese Akten zu weitgehend geschwärzt und die Einsicht unverhältnismässig eingeschränkt.

#### **E. 4.5.1**

In Frage steht in diesem Zusammenhang, ob und inwieweit die betroffenen Akten Geschäftsgeheimnisse enthalten. Gegenstand eines Geschäftsgeheimnisses bilden alle weder offenkundig noch allgemein zugänglichen Tatsachen (relative Unbekanntheit), die der Geheimnisherr tatsächlich geheim halten will (Geheimhaltungswille) und an deren Geheimhaltung der Geheimnisherr ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse hat (objektives Geheimhaltungsinteresse). Ein Geschäftsgeheimnis muss geschäftlich relevante Informationen betreffen und demnach einen betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Charakter aufweisen. Entscheidend ist, ob die geheimen Informationen Auswirkungen auf das Geschäftsergebnis haben können. Geschützt sind Informationen, die zu einer Beeinträchtigung des geschäftlichen Erfolgs des Unternehmens beziehungsweise zu einer Verfälschung des Wettbewerbs führen könnten, würden sie Konkurrenzunternehmen bekannt. Geschäftsgeheimnisse sind etwa Marktanteile, Umsätze, Preiskalkulationen, Rabatte und Prämien, Bezugs- und Absatzquellen, interne Organisation eines Unternehmens, Geschäftsstrategien und Businesspläne sowie Kundenlisten und

-beziehungen (zum Ganzen BGE 142 II 268 E. 5.2; BGE 142 II 340 E. 3.2, Urteil des BGer 2C\_1009/2014 vom 6. Juli 2015 E. 3.3).

#### **E. 4.5.2**

Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) ergibt sich, dass die Behörde die Verweigerung oder Einschränkung der Akteneinsicht angemessen zu begründen bzw. die entgegenstehenden Interessen näher aufzuzeigen hat (vgl. BVGE 2019 VII/6 E. 4.2; BVGE 2014/38 E. 7.1; Urteile des BVerfG A-5275/2015 vom 4. November 2015 E. 8.7.1 und A-3103/2011 vom 9. Mai 2012 E. 7). Erforderlich ist eine Beurteilung anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls. Pauschale Hinweise auf Geheimhaltungsinteressen vermögen hingegen nicht zu genügen (vgl. Urteil des BVerfG 2A.651/2005 vom 21. November 2006 E. 2.6.2; BVGE 2014/38 E. 7.1.2; BVGE 2012/19 E. 4.1.1; Urteil des BVerfG B-6062/2011 vom 22. März 2012 E. 4.1.1; Waldmann/Oeschger, Praxiskommentar VwVG, Art. 27 Rz. 17, Rz. 44).

#### **E. 4.5.3**

Die Vorinstanz hat sich mit der abgelehnten Akteneinsicht in einem einzelnen Satz der angefochtenen Verfügungen befasst (Erw. A./1.2.1). Sie hat die Verweigerungsgründe in pauschaler Weise stichwortartig genannt («Geschäftsgeheimnisse, Personendaten»). Auf konkrete Akten des Dossiers hat sie dabei keinen Bezug genommen. Insbesondere hat sie nicht näher aufgezeigt, weshalb Geschäftsgeheimnisse vorliegen, die der Akteneinsicht entgegenstehen und - im abgedeckten Umfang - nicht offengelegt werden dürfen. Dies vermag der Begründungspflicht nach dem Ausgeführten nicht zu genügen. Wiederum liegt eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör der Beschwerdeführerinnen vor.

#### **E. 4.5.4**

Die vorläufige Durchsicht der teilweise geschwärzten Akten legt nahe, dass etliche geschwärzte Passagen offensichtlich Geschäftsgeheimnisse enthalten, zum Beispiel Informationen über die Schlüsselpersonen des Projekts bei der Beschwerdegegnerin, über deren bestehende und potentielle Kundenbeziehungen, strategische Überlegungen, technische Abläufe und Detailangaben über Kosten- und Preiskalkulationen. Für andere Stellen ist dies jedoch nicht unmittelbar ersichtlich und teilweise fraglich. Dies gilt zum Beispiel für geschwärzte Teile des Gutachtens der Studiengesellschaft für den Kombinierten Verkehr e.V. (SGKV) vom 17. Januar 2017, das eine Prüfung der Kostenkalkulationen und des Layouts (d.h. der Kapazität der Anlage am geplanten Standort) beinhaltet. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb Bewertungen der Gutachter abzudecken sind, soweit sie nicht direkt oder mittelbar Rückschlüsse auf Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdegegnerin zulassen. Unter anderem enthalten die zusammenfassenden Feststellungen (S. 22), soweit ersichtlich, keine Geschäftsgeheimnisse, sondern eine gesamthafte Bewertung des Layouts und der Investitionskosten, ohne dass deren detaillierte Kalkulation offenbart würde.

#### **E. 4.6**

Es ergibt sich, dass die Vorinstanz den Anspruch auf rechtliches Gehör der Beschwerdeführerinnen in mehrfacher Hinsicht verletzt hat.

#### **E. 4.7.1**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Seine Verletzung führt - ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache - zur Aufhebung des

angefochtenen Entscheids (BGE 144 I 11 E. 5.3 mit Hinweisen). Eine Verletzung, die nicht besonders schwer wiegt, kann ausnahmsweise geheilt bzw. die Gewährung des rechtlichen Gehörs nachgeholt werden, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung kann selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung von der Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abgesehen werden, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2, BVGE 2019 VII/6 E. 4.4; Urteil des BVGer A-1178/2020 vom 27. Oktober 2020 E. 3.1).

#### **E. 4.7.2**

Im konkreten Fall verhindern die unklare Aktenbezeichnung und -führung (E. 4.4.4) und die unterbliebene Begründung, dass sich das Bundesverwaltungsgericht ein hinreichendes Bild über die konkreten Geheimhaltungsinteressen der Beschwerdegegnerin machen und den Entscheid sachgerecht überprüfen kann. Im Beschwerdeverfahren hat sich die Vorinstanz zu den Gründen für die Verweigerung der Einsicht nicht vernehmen lassen. Die Beschwerdegegnerin hat solche ebenfalls nicht konkret anhand der Akten aufgezeigt. Ausserdem verfügt die Vorinstanz, die das Beitragsgesuch geprüft und mehrfach weitere Dokumente eingefordert hat, mit ihrer Nähe zur Streitsache über bessere Kenntnis zur Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse und der zahlreichen Unterlagen. Die mehrfache Gehörsverletzung ist daher einer Heilung nicht zugänglich. Die angefochtenen Verfügungen sind aufzuheben und die Sache muss an die Vorinstanz zurückgewiesen werden (Art. 61 Abs. 1 VwVG).

#### **E. 4.7.3**

Im Rahmen der Fortführung des Verfahrens hat die Vorinstanz den Beschwerdeführerinnen erneut Akteneinsicht zu gewähren. Davon ist kein zeitlicher Abschnitt des Verfahrens auszunehmen (vgl. E. 4.3). Weiter ist sie anzuweisen, das Aktenverzeichnis - einschliesslich der Akten der Kategorie «AX» - gemäss den genannten Vorgaben (E. 4.4.2 f.) so anzupassen, dass daraus erkennbar ist, um welche Aktenstücke es im Einzelnen geht. Sollte sie der Meinung sein, dass die Bezeichnung bestimmter Aktenstücke mit Geschäftsgeheimnissen oder dem Schutz von Personendaten kollidiere, ist es möglich, die Bezeichnungen teilweise abzudecken. Bei gesamthafter oder teilweiser Unkenntlichmachung ist eine angemessene Umschreibung für die abgedeckte Bezeichnung zu finden. Sodann hat die Vorinstanz, soweit sie Akten ganz oder teilweise von der Einsicht ausnimmt bzw. Stellen abdeckt, dies konkret anhand der Unterlagen zu begründen (vgl. E. 4.1, E. 4.5.2). Es dürfte angezeigt sein, die Beschwerdegegnerin vorgängig zur Mitwirkung aufzufordern, obliegt es doch primär dem betroffenen Unternehmen, die Gründe für die geltend gemachten Geschäftsgeheimnisse im erforderlichen Detailgrad zu liefern (vgl. Urteil des BVGer A-3103/2011 vom 9. Mai 2012 E. 7.3.3). Zu berücksichtigen ist, dass die Beschwerdegegnerin und die Beschwerdeführerinnen in einem direkten Konkurrenzverhältnis stehen. Mit Blick auf den erheblichen Aktenbestand erscheint denkbar, Aktenstücke oder Passagen, die in Art und Inhalt im Wesentlichen vergleichbar sind, zu einer Begründung von ausreichender Dichte zusammenzufassen (z.B. mehrere Zahlentabellen mit ähnlichen Aufstellungen). Die Begründung darf aber nicht rein abstrakt erfolgen, sondern hat sich auf die vorenthaltenen Akten bzw. Textstellen zu beziehen. Sie muss so abgefasst sein, dass der Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anfechtbar ist. Es

müssen zumindest kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten lässt (vgl. BGE 143 III 65 E. 5.2; Urteil des BVGer A-3103/2011 vom 9. Mai 2012 E. 7).

## **E. 5**

Die Beschwerdeführerinnen bringen in formeller Hinsicht weiter vor, die Vorinstanz habe im Zusammenhang mit dem eingeholten Gutachten der SGKV vom 17. Januar 2017 den verfassungsmässigen Anspruch auf Unparteilichkeit der begutachtenden Person gemäss Art. 29 Abs. 1 BV verletzt, indem sie die Anträge auf Ablehnung der Gutachterin und auf Einholen eines neuen Gutachtens abgewiesen habe. Aus prozessökonomischen Überlegungen rechtfertigt es sich, die Rüge an dieser Stelle zu beurteilen.

### **E. 5.1**

Die SGKV ist ein Verein mit Sitz in Berlin, der über eine Mitgliederversammlung, einen Vorstand und einen Beirat als Organe verfügt. Es ist unstrittig, dass im Zeitpunkt des Gutachtens im Vorstand sowie im Beirat der SGKV je eine Person Mitglied war, die eine geschäftsführende Funktion bei den Gesellschaften SBB Cargo International AG bzw. Contargo GmbH & Co KG (Ludwigshafen) innehatte (Beschwerde-Beilage 9). Die SBB Cargo AG und die Contargo AG, die diesen Gesellschaften nahestehen, halten unbestritten Anteile an der Beschwerdegegnerin.

#### **E. 5.2.1**

Die Beschwerdeführerin rügt, es bestehe eine persönliche Nähe bzw. eine organisatorische Verflechtung zwischen der Gutachterin und der Beschwerdegegnerin und damit der Anschein der Befangenheit. Zwei der Eigentümerinnen bzw. Aktionärinnen der Beschwerdegegnerin seien in leitender Funktion bei der SGKV tätig gewesen. Damit seien die Anforderungen an eine unparteiliche Gutachterin nicht erfüllt.

#### **E. 5.2.2**

Die Beschwerdegegnerin entgegnet, es gebe keinen Grund, an der Neutralität des Gutachtens zu zweifeln. Es liege in der Natur der Sache, dass Gutachten von Experten verfasst würden, die mit den Verhältnissen der Branche vertraut seien und deshalb über die nötigen Fachkenntnisse verfügten. Dadurch bestehe nicht sogleich ein Anschein der Befangenheit, ansonsten faktisch jeder Experte voreingenommen sei, nur weil er beruflich in diesem Markt tätig sei.

## **E. 5.3**

Im Verwaltungsverfahren müssen Sachverständige in den Ausstand treten, wenn sie in der Sache ein persönliches Interesse haben oder aus anderen Gründen in der Sache befangen sein könnten. Die Prozessbeteiligten haben gestützt auf Art. 29 Abs. 1 BV einen Anspruch auf Unparteilichkeit und Unbefangenheit der Sachverständigen (BGE 137 V 210 E. 2.1.3). Für Gutachten von beigezogenen Sachverständigen (Art. 12 Bst. e VwVG) gelten zudem die Ausstandsgründe nach Art. 34 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110) sinngemäss (vgl. Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 58 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess [BZP, SR 273]; Urteil des BVGer A-6841/2016 vom 6. März 2018 E. 10.3.1). Befangenheit ist anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit der begutachtenden Person zu erwecken. Solche Umstände können in einem persönlichen Verhalten der Person oder auch in funktionellen und organisatorischen

Gegebenheiten begründet sein. Tatsächliche Befangenheit wird nicht verlangt; es genügt, wenn Umstände vorliegen, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit zu begründen vermögen (vgl. zum Ganzen BGE 140 I 326 E. 5.1, BGE 125 II 541 E. 4; Urteil des BGer 1P.431/2002 vom 6. November 2002 E. 2.3.1; Kiener/Krüsi, Die Unabhängigkeit von Gerichtssachverständigen, ZSR 2006, 493; Moser/Beusch/Kneubühler/Kayser, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2022, Rz. 3.135).

#### **E. 5.4**

Ein Ausstandsbegehren kann sich in der Regel nur gegen einzelne (allenfalls mehrere) Personen, nicht aber gegen eine Gesamtbehörde bzw. eine Institution richten (BGE 139 I 121 E. 4.3, 137 V 210 E. 1.3.3, BGE 97 I 860 E. 4; Urteil des BVGer A-391/2007 vom 28. Januar 2008 E. 10.3). Dies gilt grundsätzlich auch, wenn eine Institution bzw. eine juristische Person von der Verwaltungsbehörde als externe Expertin beigezogen wird. Es ist in erster Linie zu prüfen, ob die handelnde natürliche Person befangen ist (vgl. BGE 137 V 210 E. 1.3.3, E. 2.3.4; Benjamin Schindler, Die Befangenheit der Verwaltung, S. 75 f. mit Hinweisen). Bei dieser Beurteilung können jedoch die interne Funktion der sachverständigen Person sowie die Organisation, die Zusammensetzung der Organe und die Beziehungen der juristischen Person, für welche diese tätig wird, von Bedeutung sein.

#### **E. 5.5**

Es sind keine Anzeichen dafür erkennbar, dass die beiden von den Beschwerdeführerinnen erwähnten Mitglieder des Vorstands bzw. des Beirats der SGKV bei der Erstellung des Gutachtens vom 17. Januar 2017 in irgendeiner Form mitgewirkt oder darauf Einfluss genommen hätten. Verfasst wurde das Gutachten von A.\_\_\_\_\_, dem geschäftsführenden Vorstandsmitglied der SGKV, und B.\_\_\_\_\_, einem damaligen Projektleiter bei der SGKV. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass die beiden Personen aufgrund ihres persönlichen Verhaltens befangen erscheinen. Eine rechtliche oder wirtschaftliche Beziehung zwischen ihnen und der Beschwerdegegnerin ist ebenso wenig ersichtlich wie ein Konkurrenzverhältnis zu den Beschwerdeführerinnen. Aus organisatorischer Sicht fällt weiter in Betracht, dass die SGKV gemäss ihrer allgemein zugänglichen Satzung ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke verfolgt; der Verein ist selbstlos tätig (§ 1 Ziffern 1 und 4; abrufbar unter <https://sgkv.de>). Gegenstand des Vereins ist die Förderung wissenschaftlicher Zwecke, die Förderung der Berufsbildung und des Umweltschutzes (§ 1 Ziffer 2). Der Satzungszweck wird insbesondere durch die in der Satzung aufgelisteten Aufgaben verwirklicht, darunter die Erstellung und Veröffentlichung wissenschaftlicher Bestandsaufnahmen, Marktuntersuchungen und Studien, die Durchführung von Forschungsprojekten, nationale und internationale Normenvorbereitungen sowie die Beratung und Information von Mitgliedern, staatlicher Stellen und der Öffentlichkeit (§ 1 Ziffern 2 und 3). Auf ihrer Webseite beschreibt sich die SGKV als neutrale Kommunikations- und Wissensplattform im Bereich des kombinierten Verkehrs mit zahlreichen Mitgliedern aus Wissenschaft und Praxis und mit dem Ziel, relevante Akteure aus der Branche zusammenzubringen. Es darf davon ausgegangen werden, dass die Gutachter (und allfällige weitere Personen) im Rahmen des Vereinszwecks gehandelt und sich nicht von Interessen einzelner Mitglieder haben leiten lassen. Kein Anschein von Befangenheit ergibt sich mit Blick auf die Aufgaben und die Zusammensetzung des Beirats. Er nimmt gemäss der Vereinssatzung zu wesentlichen strategischen Themen des Vereins Stellung (vgl. § 5 Ziffer 1) und nicht zu einzelnen

(Begutachtungs-)Aufträgen; er setzt sich ausserdem vielfältig aus mehreren Vertretern der Verkehrsträger (darunter das Mitglied der Contargo GmbH & Co KG), der Hersteller von Transport- und Fördermitteln und der Verladenden Wirtschaft, je aus einem Vertretern der drei deutschen Bundesministerien für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, für Wirtschaft und Technologie und für Verteidigung, Mitgliedern aus der Forschung und weiteren Mitgliedern zusammen. Es besteht daher kein Anlass anzunehmen, das Gutachten sei aufgrund eines einzelnen Beiratsmitglieds auf die Interessen der Beschwerdegegnerin ausgerichtet. Dies gilt auch in Bezug auf den Vorstand. Das Gutachten wurde vom einzigen geschäftsführenden Vorstandsmitglied, der die Geschäftsstelle des Vereins leitet, und einem Projektleiter im Rahmen der Aufgaben der Geschäftsstelle erstellt. Die übrigen Vorstandsmitglieder, darunter dasjenige mit damaliger Funktion bei der SBB Cargo International AG, sind ehrenamtliche Mitglieder und nicht mit der Geschäftsführung und Erledigung der laufenden Aufgaben befasst (vgl. § 6 Ziffer 1 und § 7 Ziffer 1 der Vereinssatzung). Aus der Satzung ergibt sich nicht, dass der Inhalt des Gutachtens der Zustimmung des Vorstandes unterliegt. Zu inhaltlichen Anweisungen im Interesse eines einzelnen Mitglieds ist der Vorstand nach der Satzung nicht befugt - sie liefen dem erwähnten Vereinszweck zuwider. Im Übrigen dürften spezialisierte Fachverbände, die über die notwendige Sachkunde verfügen, kaum je ohne jegliche Personen bzw. Organmitglieder mit Erfahrung und Bezug zu Akteuren in der einschlägigen Branche auskommen. Insgesamt entsteht kein Anschein der Voreingenommenheit der Gutachter A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ aus funktionellen bzw. organisatorischen Gründen.

#### **E. 5.6**

Im Übrigen nimmt die angefochtene Verfügung nicht direkt auf das am Anfang des Verfahrens eingeholte Gutachten Bezug. Die Vorinstanz traf auf Empfehlung des Gutachtens weitere Sachverhaltsabklärungen und verlangte weitere Informationen und Unterlagen von der Beschwerdegegnerin ein. Diese aktualisierte ihr Gesuch in der Folge und ergänzte es mehrmals mit zusätzlichen Beilagen. Die Vorinstanz hat ausgeführt, ein Gutachten sei in den anwendbaren Rechtsgrundlagen (GütG/GütV) nicht zwingend vorgesehen. Das Gutachten sei lediglich ein zusätzliches Prüfungsinstrument, doch obliege es ihr, die relevanten Fragen abschliessend zu beurteilen. Beim vorstehenden Ergebnis zur Frage der Befangenheit kann indes offenbleiben, ob, wie die Vorinstanz sinngemäss verneint, ein Sachverständigengutachten i.S.v. Art. 12 Bst. e VwVG mit den damit verbundenen verfahrensrechtlichen Anforderungen und Folgen, oder allenfalls ein anderes Instrument der Sachverhaltsabklärung vorliegt (vgl. dazu Urteil des BVGer A-6841/2016 vom 6. März 2018 E. 10.3; BVGE 2014/2 E. 5.5.2; Waldmann, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 19 Rz. 55).

#### **E. 5.7**

Die Rüge der fehlenden Unparteilichkeit der begutachtenden Personen erweist demnach als unbegründet. Die Vorinstanz ist unter diesem Aspekt nicht verpflichtet, ein neues Gutachten anstelle desjenigen vom 17. Januar 2017 in Auftrag zu geben (und dieses nach den dargelegten Grundsätzen der Akteneinsicht zuzuführen).

#### **E. 6**

Zusammenfassend sind die angefochtenen Verfügungen in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben. Die Angelegenheit ist zur Weiterführung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

## **E. 7**

Es bleibt über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens zu befinden.

### **E. 7.1**

Die Verfahrenskosten bemessen sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien. Bei einer Streitigkeit mit Vermögensinteresse betragen sie Fr. 200.- bis Fr. 50'000.- (vgl. Art. 63 Abs. 4bis Bst. b VwVG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]; Urteil des BVGer A-5315/2018 vom 8. Oktober 2019 E. 16.1). Im konkreten Fall sind die Verfahrenskosten auf Fr. 10'000.- festzusetzen. In der Regel werden sie der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Kosten zu tragen hat die Vorinstanz (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Die Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz mit noch offenem Ausgang gilt praxisgemäss als volles Obsiegen der beschwerdeführenden Partei (BGE 137 V 57 E. 2, BGE 132 V 215 E. 6.1; Urteil des BVGer A-6259/2018 vom 8. Juli 2019 E. 6.1). Bei diesem Ausgang gelten die Beschwerdeführerinnen als obsiegend. Sie haben deshalb keine Verfahrenskosten zu tragen und die geleisteten Kostenvorschüsse von je Fr. 15'000.- sind ihnen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückzuerstatten. Demgegenüber gilt die Beschwerdegegnerin mit ihren Anträgen als unterliegend, weshalb die Verfahrenskosten ihr aufzuerlegen sind.

### **E. 7.2**

Die nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerinnen und die unterliegende Beschwerdegegnerin haben keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. VGKE). Ebenfalls keinen Anspruch auf eine Entschädigung hat die Vorinstanz als Bundesbehörde (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

## **E. 8**

Die Beschwerde an das Bundesgericht ist unzulässig gegen Entscheide betreffend Subventionen, auf die kein Anspruch besteht (Art. 83 Bst. k BGG). Bei Investitionsbeiträgen gemäss Art. 8 GüTG dürfte es sich um Ermessenssubventionen handeln (siehe Urteil des BVGer A-5315/2018 vom 8. Oktober 2019 E. 3.3 und E. 17), weshalb die Beschwerde an das Bundesgericht voraussichtlich nicht möglich und dieser Entscheid endgültig ist. Die Beurteilung dieser Frage liegt letztlich aber nicht im Kompetenzbereich des Bundesverwaltungsgerichts. Es obliegt dem Bundesgericht, die Zulässigkeit einer allfälligen Beschwerde zu prüfen. Diese Überlegungen führen zur offen formulierten Rechtsmittelbelehrung, wie sie dem nachfolgenden Entscheiddispositiv angefügt ist.

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