

BVGer A-5315/2018 vom 8. Oktober 2019

Bundesverwaltungsgericht, 2019-10-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-5315_2018

FR: TAF A-5315/2018 du 8 octobre 2019

IT: TAF A-5315/2018 del 8 ottobre 2019

Regeste

Eisenbahnen (Übriges)

Erwägungen

E. 1

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern sie von einer Vorinstanz nach Art. 33 VGG stammen und keine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG vorliegt. Die angefochtene Verfügung ist ein zulässiges Anfechtungsobjekt. Sie stammt von einem Bundesamt und damit von einer zulässigen Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. d VGG. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist demnach für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

E. 2

In der angefochtenen Verfügung vom 4. Juli 2018 sichert die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin Investitionsbeiträge gemäss Art. 8 GüTG an den Bau der bimodalen KV-Umschlagsanlage Gateway Basel Nord (Baustufe 1.1+) zu, welche in einer zweiten Etappe zu einer trimodalen Anlage erweitert werden soll. Die Beschwerdeführerinnen sind nicht formelle Adressatinnen der angefochtenen Verfügung. Es ist deshalb im Wesentlichen fraglich und zu prüfen, ob sie als Drittbetroffene die Voraussetzungen zur Beschwerdeerhebung erfüllen. Nach Darlegung der einschlägigen Rechtsgrundlagen (E. 3) ist nachfolgend zunächst über die prozessualen Anträge betreffend Zulässigkeit einzelner Stellungnahmen zu entscheiden (E. 4) sowie der Streitgegenstand des Beschwerdeverfahrens zu klären (E. 5). Danach ist zu beurteilen, ob die Beschwerdeführerinnen zur Beschwerde legitimiert sind (E. 6 ff.) und welche Rechtsfolgen sich daraus ergeben (E. 10 ff.). Auf das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerinnen ist abschliessend gesondert einzugehen (E. 14 f.).

E. 3.1

Zum besseren Verständnis sind vorab die einschlägigen Rechtsgrundlagen darzulegen.

E. 3.2

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 Bundesversammlung bewilligt durch einfachen Bundesbeschluss die für die Investitionsbeiträge notwendigen mehrjährigen Rahmenkredite (Abs. 7). Die Anforderungen des Gesetzes werden auf Verordnungsstufe in Art. 4 ff. GüTV weiter ausgeführt.

E. 3.3

Gemäss Art. 3 Abs. 1 Satz 1 des Subventionsgesetzes vom 5. Oktober 1990 (SuG, SR 616.1) sind Finanzhilfen geldwerte Vorteile, die Empfängern ausserhalb der Bundesverwaltung gewährt werden, um die Erfüllung einer vom Empfänger gewählten Aufgabe zu fördern oder zu erhalten. Die Finanzhilfen werden unterteilt in sog. Anspruchs- und Ermessenssubventionen. Eine Ermessenssubvention liegt nach Lehre und Rechtsprechung dann vor, wenn die Voraussetzungen zur Gewährung der Subvention nicht abschliessend geregelt sind. Liegt eine Ermessenssubvention vor, besteht kein Anspruch auf Subventionen. Auch beim Entscheid über die Ausrichtung einer Ermessenssubvention ist die Behörde indes nicht völlig frei, sondern sie hat die Verfassung zu beachten und dem Willkürverbot, dem Gebot der Rechtsgleichheit und dem Verhältnismässigkeitsprinzip Folge zu leisten (vgl. statt vieler Urteil des BVGer A-4995/2018 vom 6. Mai 2019 E. 3.5 und 5.1; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 409 und 2520, Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 46 Rz. 11 ff., Fabian Möller, Rechtsschutz bei Subventionen, 2006, S. 44 f.; je mit Hinweisen). Die gesetzliche Grundlage von Art. 8 GüTG enthält zwar gewisse Voraussetzungen für die Investitionsbeiträge und legt (relative) Höchstbeträge fest. Weder Voraussetzungen noch Beitragshöhe sind jedoch abschliessend und erschöpfend bestimmt. Die Regelung ist als sog. Kann-Bestimmung ausgestaltet und die Finanzhilfe wird zudem nur im Rahmen der vom Parlament bewilligten Kredite gewährt (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 30. April 2014 zur Totalrevision des Gütertransportgesetzes, BBl 2014 3945 [nachfolgend: Botschaft GüTG]). Daraus ist zu schliessen, dass es sich bei den Investitionsbeiträgen nach Art. 8 GüTG um eine typische Ermessenssubvention handelt (vgl. auch Urteile des BVGer A-6549/2011 vom 23. Oktober 2013 E. 4.3, A-7092/2009 vom 25. Mai 2010 E. 7 und A-6121/2007 vom 3. April 2008 E. 5).

E. 4.1

Im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens sind zunächst die prozessualen Anträge der Parteien betreffend Zulässigkeit einzelner Stellungnahmen zu prüfen. Mit Schreiben vom 14. Mai 2019 verlangt die Beschwerdegegnerin, das Bundesverwaltungsgericht dürfe die Schlussbemerkungen der Beschwerdeführerinnen vom 6. Mai 2019 nicht berücksichtigen. Diese würden neue Anträge, zahlreiche Beilagen und umfangreiche materielle Ausführungen enthalten, was nicht dem Charakter von Schlussbemerkungen gemäss der Instruktionsverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. März 2019 entspreche. Ferner stellen die Beschwerdeführerinnen in ihrer Eingabe vom 2. September 2019 den Antrag, die Vorinstanz habe die Vernehmlassung vom 19. August 2019 zu spät eingereicht, weshalb diese aus dem Recht zu weisen sei.

E. 4.2

Im Beschwerdeverfahren gilt, dass die Beschwerdeführerinnen in der Beschwerdeschrift sämtliche Begehren zu nennen haben (vgl. Art. 52 Abs. 1 VwVG). Einzig Nebenbegehren, wie Gesuche um vorläufigen Rechtsschutz oder um Sistierung des Verfahrens, sind ihrer prozeduralen Natur wegen grundsätzlich auch nachträglich noch zuzulassen (vgl. BVGE 2013/56 E. 1.5, 2012/7 E. 2.4.2; Seethaler/Portmann, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar VwVG, 2. Aufl. 2019, Art. 52 Rz. 40 [nachfolgend: Kommentar VwVG]; Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.218). Das Bundesverwaltungsgericht hat sodann vorbehaltlich der Mitwirkungspflichten der Parteien den streitgegenständlichen Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (vgl. Art. 12 und Art. 13 VwVG). Es hat auf den festgestellten Sachverhalt das Recht von Amtes wegen anzuwenden, ohne an die rechtlichen Begründungen der Parteien gebunden zu sein (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht dürfen im Rahmen des Streitgegenstands neue Tatsachen, neue Beweismittel sowie eine neue rechtliche Begründung vorgebracht werden. Dabei spielt es keine Rolle, zu welchem Zeitpunkt sich die Tatsachen verwirklicht haben; folglich sind sowohl echte Noven (Sachverhaltsumstände, die sich im Laufe des Rechtsmittelverfahrens zugetragen haben) als auch unechte Noven (Sachverhaltsumstände, die sich zeitlich vor dem Rechtsmittelverfahren zugetragen haben) zulässig (statt vieler Urteil des BVGer A-688/2018 vom 1. Oktober 2018 E. 3.1; vgl. zum Ganzen Kölz/Häner/ Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 1019 ff. und 1133 ff.; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 1.54, 2.196 und 2.204 ff.).

E. 4.3

Vorliegend besteht kein Anlass, die Schlussbemerkungen der Beschwerdeführerinnen vom 6. Mai 2019 ganz oder teilweise aus dem Recht zu weisen. Die nachträglich gestellten Anträge betreffend WEKO sind angesichts ihres prozeduralen Charakters grundsätzlich als zulässig zu erachten. Sofern die strittigen Schlussbemerkungen neue Tatsachen, Beweismittel oder rechtliche Begründungen - namentlich betreffend Zusammenschlussverfahren - enthalten, erweisen sich diese gemäss der aufgezeigten Rechtslage im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht ebenfalls als grundsätzlich zulässig. Die Schlussbemerkungen der Beschwerdeführerinnen vom 6. Mai 2019 sind für die nachfolgende Urteilsfindung somit zu berücksichtigen, soweit ihnen Entscheiderrelevanz zukommt. Der entgegenstehende Antrag der Beschwerdegegnerin ist abzuweisen. Der Antrag der Beschwerdeführerinnen, die Vernehmlassung vom 19. August 2019 infolge Verspätung aus dem Recht zu weisen, ist sodann ohnehin abzuweisen, da der Vorinstanz jene Frist bis zum 23. August 2019 erstreckt wurde.

E. 5.1

Zur Beurteilung der strittigen Beschwerdelegitimation ist im Folgenden zu klären, was Gegenstand des Beschwerdeverfahrens bildet. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, der Bau der bimodalen KV-Umschlagsanlage Gateway Basel Nord (Baustufe 1.1+) sei untrennbar mit der geplanten trimodalen Anlage verknüpft (Baustufe 2.0). Die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz stellen sich hingegen übereinstimmend auf den Standpunkt, Gegenstand der angefochtenen Verfügung bilde allein das Gesuch um Investitionsbeiträge an den Bau der bimodalen Anlage und nicht die geplante Erweiterung zu einer trimodalen Anlage.

E. 5.2

Der Streitgegenstand des Beschwerdeverfahrens bestimmt sich nach dem in der vorinstanzlichen Verfügung geregelten Rechtsverhältnis, soweit es angefochten wird. Der Streitgegenstand kann sich im Laufe des Beschwerdeverfahrens verengen, darf jedoch grundsätzlich nicht erweitert oder qualitativ verändert werden. Es ist mithin das in der angefochtenen Verfügung (Anfechtungsobjekt) geregelte Rechtsverhältnis, welches den äusseren Rahmen des Streitgegenstandes bestimmt (vgl. BGE 136 II 457 E. 4.2; statt vieler Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 1.3; Auer/Binder, Kommentar VwVG, Art. 12 Rz. 11, Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 2.8 und 2.213).

E. 5.3

Das Projekt Gateway Basel Nord ist in mehrere Etappen aufgeteilt. Vorgesehen ist, in einer ersten Etappe eine bimodale KV-Umschlagsanlage zu errichten (Baustufe 1.1+) und diese in einer zweiten Etappe zu einer trimodalen Anlage zu erweitern (Baustufe 2.0). Auch wenn gemäss Angaben der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin die bimodale Anlage selbst unabhängig von den weiteren Ausbaumassnahmen langfristig nachhaltig betrieben werden könnte, liegt das erklärte eigentliche Ziel des Projekts doch in der Errichtung einer trimodalen Anlage. Darauf wurde auch sichtbar die gesamte Planung der bimodalen Anlage ausgerichtet. Insofern besteht ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen den einzelnen Baustufen und diese können nicht gänzlich losgelöst von einander betrachtet werden. In den Erwägungen der angefochtenen Verfügung weist die Vorinstanz darauf hin, dass die Erweiterung der KV-Umschlagsanlage Gateway Basel Nord zu einer trimodalen Terminal (Baustufe 2.0) Inhalt einer eigenständigen Verfügung sei. Trotz dieser vorinstanzlichen Abgrenzung ist festzuhalten, dass nicht nur über die Investitionsbeiträge an die Baustufe 1.1+ entschieden wurde. Aus der angefochtenen Verfügung ergibt sich, dass in Bezug auf die Baustufe 2.0 einerseits Investitionsbeiträge für Vorinvestitionen in erheblicher Höhe zugesichert und andererseits bereits gewisse Rechtsfolgen in Bezug auf die Realisierung der Baustufe 2.0, wie z.B. Rückzahlungspflichten, rechtsverbindlich geregelt werden. In diesem Umfang ist auch die Baustufe 2.0 des Projekts vom Gegenstand der angefochtenen Verfügung miterfasst. Soweit die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin die Auffassung vertreten, die Erweiterung zu einem trimodalen Terminal liege ausserhalb des Streitgegenstands, ist ihnen in dieser Absolutheit nicht zu folgen. Soweit die Anträge der Beschwerdeführerinnen indes über das Vorgenannte hinausführen, ist auf die Beschwerde in Übereinstimmung mit den Begehren der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin nicht einzutreten.

E. 6.1

In der Hauptsache strittig ist, ob die Beschwerdeführerinnen zur Beschwerdeführung legitimiert sind. Die Beschwerdeführerinnen begründen ihre Beschwerdelegitimation als Konkurrentinnen in mehrfacher Hinsicht. Die Vorinstanz sowie die Beschwerdegegnerin erachten demgegenüber keine der Fallgruppen der Konkurrentenbeschwerde als gegeben.

E. 6.2

Das GüTG enthält keine spezialgesetzliche Regelung zur Beschwerdebefugnis von Konkurrenten. Die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerinnen richtet sich daher nach den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsverfahrens (vgl. Art. 35 Abs. 1 SuG; Möller, a.a.O., S. 278). Als Parteien in einem Verwaltungsverfahren gelten Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen

oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht (Art. 6 VwVG). Zur Beschwerde legitimiert ist gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung geltend machen kann (Bst. c). Wer in diesem Sinne zur Beschwerde legitimiert ist, hat auch Parteistellung im erstinstanzlichen Verfügungsverfahren samt den damit verbundenen Parteipflichten und -rechten (Art. 13, 18, 26 ff. VwVG). Die Regelung von Art. 48 Abs. 1 VwVG entspricht Art. 89 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) und ist in Anlehnung an diese auszulegen; sie soll die Popularbeschwerde ausschliessen und den Charakter des allgemeinen Beschwerderechts als Instrument des Individualrechtsschutzes unterstreichen. Diese Anforderungen sind besonders bedeutend bei der Beschwerde eines Dritten, der nicht Verfügungsadressat ist. Die Beschwerdeführerinnen müssen durch den angefochtenen bzw. den zu erlassenden Entscheid stärker als ein beliebiger Dritter betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache stehen. Neben der spezifischen Beziehungsnähe zur Streitsache müssen die Beschwerdeführerinnen einen praktischen Nutzen aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids ziehen, d.h. ihre Situation muss durch den Ausgang des Verfahrens in relevanter Weise beeinflusst werden können. Das schutzwürdige Interesse besteht im Umstand, einen materiellen oder ideellen Nachteil zu vermeiden, den der angefochtene Entscheid mit sich bringen würde. Ein bloss mittelbares oder ausschliesslich allgemeines öffentliches Interesse begründet - ohne die erforderliche Beziehungsnähe zur Streitsache selber - keine Parteistellung. Wo die Grenze zur unzulässigen Popularbeschwerde verläuft, ist für jedes Rechtsgebiet gesondert zu beurteilen (BGE 142 II 451 E. 3.4.1 f., 139 II 279 E. 2.2 f., 135 II 172 E. 2.1; vgl. Gregor Bachmann, Anspruch auf Verfahren und Entscheid, 2019, S. 82 ff., Isabelle Häner, Kommentar VwVG, Art. 6 Rz. 1 ff. und Art. 48 Rz. 12, Marantelli/Huber, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 6 Rz. 16 ff. und Art. 48 Rz. 10 ff. [nachfolgend: Praxiskommentar], Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 278 f.).

E. 6.3

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts sind Konkurrenten nicht schon aufgrund der blossen Befürchtung, einer verstärkten Konkurrenz ausgesetzt zu sein, beschwerdebefugt; diese Art des Berührtseins liegt vielmehr im Prinzip des freien Wettbewerbs. Erforderlich ist eine schutzwürdige besondere Beziehungsnähe, die sich aus der einschlägigen gesetzlichen Ordnung ergibt (BGE 139 II 328 E. 3.3, 138 I 378 nicht publ. E. 1.2.4, je mit Hinweisen). So kann ein schutzwürdiges Interesse für Konkurrenten in Wirtschaftszweigen vorliegen, in welchen sie durch wirtschaftspolitische oder sonstige spezielle Regelungen in eine solche besondere Beziehungsnähe untereinander versetzt werden (BGE 136 II 291 nicht publ. E. 1.1; vgl. BGE 135 II 243 E. 1.2; Moor/Poltier, Droit administratif, Bd. II, 3. Aufl. 2011, S. 740). Ferner ist ein Konkurrent beschwerdebefugt, soweit er geltend macht, andere Konkurrenten würden privilegiert behandelt. Hingegen kann das bloss allgemeine Interesse der Konkurrenten, dass die für alle geltenden Vorschriften gegenüber den anderen Wirtschaftsteilnehmern korrekt angewendet werden, keine Beschwerdebefugnis begründen (BGE 125 I 7 E. 3g/bb, 123 II 376 E. 4b/bb), und zwar auch nicht zugunsten der Konkurrenten, welche befürchten, infolge einer angeblich rechtswidrigen Zulassung neuer Produkte einen Umsatzrückgang zu erleiden (BGE 123 II 376 E. 5b; Urteil des BGer 2C_348/2011 vom 22. August 2011 E. 2.3). Konkurrenten sind

sodann nicht beschwerdebefugt, wenn sie nicht eine Dritten zugestandene Begünstigung rügen, sondern im Gegenteil verhindern wollen, dass - ohne Vorliegen einer "Schutznorm" im genannten Sinne - Dritten das zugestanden wird, was ihnen auch zusteht (BGE 131 I 198 E. 2.6). Im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle bejahte das Bundesgericht die Beschwerdelegitimation von Privatversicherern, die gegen das Glarner Gesetz über die Kantonale Sachversicherung Beschwerde führten. Das Gesetz sah vor, dass die kantonale Gebäudeversicherungsanstalt nebst ihrer Monopoltätigkeit auch weitere Versicherungsaufgaben in Konkurrenz zu privaten Versicherungsunternehmen wahrnehmen kann. Die Beschwerdeführer machten einen Verstoß gegen die Wirtschaftsverfassung sowie eine Privilegierung des Monopolisten geltend (BGE 138 I 378 nicht publ. E. 1.2.5). Währenddessen begründet das Versicherungsaufsichtsgesetz vom 17. Dezember 2004 (VAG, SR 961.01) keine wirtschaftspolitische Sonderordnung. Folglich sind Privatversicherer nicht legitimiert, Bewilligungen bzw. aufsichtsrechtliche Entscheide der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) im Bereich von Zusatzversicherungen anzufechten, die die kantonale Versicherungsanstalt bzw. deren Tochtergesellschaft neben ihrer Monopoltätigkeit anbietet (Urteil des BGer 2C_94/2012 vom 3. Juli 2012 E. 2). Des Weiteren erkannte das Bundesgericht, dass die Kartellgesetzgebung als Ordnung zur Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs die Konkurrenten in eine besondere, beachtenswerte, nahe Beziehung zueinander versetzt. Die Parteistellung und die Beschwerdebefugnis der Konkurrenten im kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren setzen voraus, dass diese einen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil erleiden. Über das Vorliegen eines wirtschaftlichen Nachteils hinaus kann keine weitere Schranke für die Beschwerdebefugnis gesetzt werden. So kann sie nicht erst dann bejaht werden, wenn der wirksame Wettbewerb nicht mehr funktioniert. Damit würde die materiell-rechtliche Beurteilung auf der Stufe der Beschwerdebefugnis vorweggenommen, mit der Folge, dass der Rechtsschutz von Konkurrenten weitgehend ausgeschlossen wäre, sofern die WEKO eine Einstellungsverfügung getroffen und damit das Vorhandensein von wirksamem Wettbewerb bejaht hat. Einen solchen Ausschluss der Beschwerdebefugnis und damit der gerichtlichen Kontrolle der Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden hat der Gesetzgeber jedoch bei der Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen - im Unterschied zur Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 43 Abs. 4 KG) - gerade nicht vorgesehen. Es muss daher für die Beschwerdebefugnis genügen, dass sich die Abrede oder Verhaltensweise in wesentlichem Ausmass nachteilig auf den Konkurrenten auswirkt (BGE 139 II 328 E. 3.5 und 4.5 f.). Schliesslich hat das Bundesgericht entschieden, dass Art. 29 des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen vom 24. März 2006 (RTVG, SR 784.40) als Schutznorm andere Medienunternehmen vor Tätigkeiten der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) schützt, soweit diesen eine erhebliche Einschränkung ihres Entfaltungsspielraums droht (Urteil des BGer 2C_1024/2016 vom 23. Februar 2018 E. 3; vgl. zum Ganzen Bernhard Waldmann, in: Niggli/Übersax/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl. 2018, Art. 89 Rz. 23 ff.; vgl. auch Häner, Kommentar VwVG, Art. 48 Rz. 15, Wiederkehr/Eggenschwiler, Die allgemeine Beschwerdebefugnis Dritter, 2018, Rz. 103 ff., Marantelli/Huber, Praxiskommentar, Art. 48 Rz. 28, Lorenz Kneubühler, Beschwerdebefugnis vor Bundesgericht: Konkurrenten, Gemeinden, Pläne und Realakte, ZBl 2016 S. 25 ff., René Wiederkehr, Die Beschwerdebefugnis des Konkurrenten, recht 2014 S. 81 ff., Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 2.80, Möller, a.a.O., S. 279 ff., je mit Hinweisen).

E. 7.1

Allein die Befürchtung der Beschwerdeführerinnen, infolge des Gateways Basel Nord einer verstärkten Konkurrenz der Beschwerdegegnerin ausgesetzt zu sein, genügt noch nicht, um ihre Beschwerdelegitimation zu bejahen. Dies hat auch dann zu gelten, wenn - wie vorliegend - nur ein verhältnismässig kleiner Kreis von Unternehmen KV-Umschlagsanlagen betreibt. Bei der Zusicherung von Investitionsbeiträgen nach Art. 8 GüTG ist es inhärent, dass der finanzielle Vorteil, den die privaten Leistungsempfänger vom Bund erhalten, gegebenenfalls zu einem entsprechenden wirtschaftlichen Nachteil bei anderen Konkurrenten führen kann. Ein solcher Nachteil alleine lässt noch nicht auf eine spezielle Regelung im Sinne der Rechtsprechung schliessen, die die Beschwerdeführerinnen und die Beschwerdegegnerin in eine besondere Beziehungsnähe untereinander versetzen würde. Andernfalls würde sich das Beschwerderecht im Subventionsbereich in der Tat der Popularbeschwerde annähern, wie dies die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin einwenden. Des Weiteren spricht der Umstand, dass zumindest aus rein rechtlicher Sicht auch die Beschwerdeführerinnen jederzeit eine private KV-Umschlagsanlage im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben errichten und ein Gesuch nach Art. 8 GüTG stellen können, gegen eine besondere Betroffenheit. Sofern sie die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen, wäre es von Gesetzes wegen für sie möglich, ebenfalls in den Genuss eigener Investitionsbeiträge des Bundes zu kommen, zumal der bewilligte Rahmenkredit unbestrittenermassen noch nicht ausgeschöpft ist (vgl. Bundesbeschluss vom 10. September 2015 über den Rahmenkredit für Investitionsbeiträge gemäss GüTG, GVVG und MinVG für die Jahre 2016-2019, BBl 2016 4463). Die Beschwerdeführerinnen haben denn auch in der Vergangenheit bereits verschiedentlich Investitionsbeiträge vom Bund für ihre KV-Umschlagsanlagen erhalten. Schliesslich vermögen weder die Unterstellung unter die gleiche gesetzliche Regelung des GüTG noch die Rügen der Beschwerdeführerinnen, die sich auf eine unrichtige Rechtsanwendung beziehen, für sich alleine eine Legitimation zu begründen.

E. 7.2

Demzufolge gibt es einige Gründe, die an sich gegen eine Legitimation der Beschwerdeführerinnen sprechen. Zu prüfen bleibt aber, ob ihre Legitimation deshalb zu bejahen ist, weil Art. 8 GüTG eine spezielle Regelung schafft, die im konkreten Einzelfall dazu geeignet sein könnte, den wirksamen Wettbewerb in den Märkten für Umschlagsleistungen in tatsächlicher Hinsicht zu beseitigen. Die WEKO als Fachbehörde in Wettbewerbsfragen kommt in ihrer Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens zum Ergebnis, dass das Grossterminal Gateway Basel Nord zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs beim Umschlag von Containern, Wechselbehältern und Sattelaufliegern im Import- und Exportverkehr führen könnte. Dies betreffe namentlich den Umschlag auf der Schiene sowie den Umschlag vom Schiff auf die Schiene (vgl. Sachverhalt Bst. I.a). Zu beachten ist, dass die von der WEKO erkannten Wettbewerbsvorteile für den Import- und Exportverkehr auf der Schiene wie auch die Gewährleistung des diskriminierungsfreien Zugangs hauptsächlich für die Marktgegenseite der Beschwerdegegnerin von Bedeutung ist, im hier massgebenden Verhältnis zwischen den einzelnen Betreiberinnen von KV-Umschlagsanlagen aber nicht greifen. Die zu den Akten genommene Medienmitteilung sowie der Presserohstoff der WEKO vom 13. Juni 2019 geben für die vorliegende Beurteilung hinreichend Aufschluss über ihre Einschätzung der Wettbewerbsverhältnisse, weshalb an dieser Stelle die Anträge der Beschwerdeführerinnen auf Einholen einer Stellungnahme der WEKO oder Beizug der Verfahrensakten schon in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen sind. Vorliegend lassen auch die Gesetzesmaterialien und

die verschiedenen Studien in den Vorakten die Schlussfolgerung zu, dass der KV-Umschlagsanlage Gateway Basel Nord in Anbetracht der projektierten Umschlagskapazitäten und der zu erwartenden Vorteile für den kombinierten Verkehr eine Sonderstellung in der schweizerischen Terminallandschaft zukommt (vgl. Botschaft GüTG BBl 2014 3866, 3873, 3901). Entscheidend hierbei ist, dass die Sonderstellung des Projekts nicht allein das Ergebnis der bestehenden Marktkräfte oder Ausdruck des freien Wettbewerbs ist. Vielmehr ist aufgrund der Aktenlage davon auszugehen, dass überhaupt erst die zugesicherten Investitionsbeiträge des Bundes nach Art. 8 GüTG der Beschwerdegegnerin eine Realisierung der Anlage in dieser Grössenordnung ermöglichen. Mit Art. 8 GüTG liegt somit eine Regelung vor, die in Sonderfällen wie dem vorliegenden den wirksamen Wettbewerb in einzelnen Märkten für Umschlagsleistungen in tatsächlicher Hinsicht beseitigen könnte. In derartigen Fällen könnte das staatliche Handeln die Beschwerdeführerinnen faktisch in vergleichbarer Weise in ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit einschränken, wie dies bei einer eigentlichen gesetzlichen Kontingentierungs- oder Konzessionierungsregelung zu erwarten wäre. Es ist daher festzuhalten, dass Art. 8 GüTG insoweit eine spezielle Regelung im Sinne der Konkurrentenbeschwerde schafft. Dabei kann es offenbleiben, ob die Beschwerdebefugnis von Konkurrenten im Rahmen von Art. 8 GüTG allenfalls auch in anderen Konstellationen zu bejahen wäre.

E. 8.1

Was die Beschwerdegegnerin sowie die Vorinstanz dagegen vorbringen, vermag im konkreten Fall nicht zu überzeugen.

E. 8.2

Die Vorinstanz erachtet die von der WEKO vorgenommene Marktabgrenzung als zu eng. Relevant sei nicht der Wettbewerb zwischen den KV-Umschlagsanlagen, sondern der Wettbewerb zwischen den verschiedenen verfügbaren Logistikketten. Zweifellos kommt der Vorinstanz ein besonderes Fachwissen zu, was die tatsächlichen Marktgegebenheiten im kombinierten Verkehr betrifft. Vorliegend ist indes zu berücksichtigen, dass die von der WEKO vorgenommene Marktabgrenzung das Ergebnis einer vertieften wettbewerblichen Prüfung ist. Demgegenüber hat sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zur bestehenden oder der zukünftigen Marktsituation bewusst nicht geäußert. Auch lässt die nachträglich vorgebrachte Begründung in der Vernehmlassung nicht den Schluss zu, die Marktabgrenzung der WEKO sei offensichtlich fehlerhaft, aktenwidrig oder für die Beantwortung der vorliegenden Fragestellungen ungeeignet. Bei diesen Gegebenheiten besteht im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens kein hinreichender Grund von der Marktabgrenzung, wie sie die WEKO als Fachbehörde in Wettbewerbsfragen ihrer Beurteilung zugrunde gelegt hat, abzuweichen. In diesem Zusammenhang wendet die Vorinstanz des Weiteren ein, die Beschwerdeführerinnen seien hauptsächlich in den Märkten Umschlag Schiff-Strasse und Schiene-Strasse tätig, in denen auch die WEKO keine marktbeherrschende Stellung durch das Projekt Gateway Basel Nord festgestellt habe. Es ist unbestritten, dass den Beschwerdeführerinnen aktuell die Marktführung beim Containerumschlag im Raum Basel zukommt. In Birsfelden und in Basel Hafenbecken I betreiben sie trimodale KV-Umschlagsanlagen. Selbst wenn der Umschlag Schiff-Schiene und Schiene-Schiene nicht die mehrheitliche Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführerinnen ausmacht, wie von der Vorinstanz dargelegt, so erscheint es angesichts des Betrieb der beiden trimodalen Anlagen doch überzeugend, dass sie zumindest in einem bedeutenden Umfang auch im Bereich Umschlag Schiff-Schiene tätig sind. Namentlich in diesem

Bereich könnte es gemäss WEKO zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kommen.

E. 8.3

Der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanz ist dahingehend zuzustimmen, dass das Subventionsverfahren nicht dazu dienen dürfe, die fehlende Parteistellung der Beschwerdeführerinnen im Zusammenschlussverfahren vor der WEKO (vgl. Art. 43 Abs. 4 KG; BGE 131 II 497 E. 5.5; vgl. BGE 139 II 328 E. 4.6) oder allgemein die kartellrechtliche Zuständigkeitsordnung zu missachten (vgl. auch Urteil des BGer 2C_94/2012 vom 3. Juli 2012 E. 2.10 mit Hinweisen). Dies ist jedoch vorliegend nicht der Fall. So ist bereits der Streitgegenstand im Verfahren der WEKO ein anderer als im Subventionsverfahren. Die WEKO hatte zu prüfen, ob das Zusammenschlussvorhaben der drei Unternehmen kartellrechtlich zulässig ist. Über die Zusicherung von Investitionsbeiträge des Bundes an den Bau des Gateways Basel Nord gemäss Art. 8 GüTG hatte sie nicht zu befinden. Zur letzteren Frage liegt somit auch kein rechtskräftiger Entscheid der WEKO vor, sondern diese Beurteilung fällt in die Zuständigkeit der Vorinstanz. Es ist zwar richtig, dass das GüTG und die GüTV der Vorinstanz nicht ausdrücklich vorgeben, die zu erwartenden Marktauswirkungen von Investitionsbeiträgen zu prüfen. Es handelt sich hier jedoch um eine sog. Ermessenssubvention, deren Voraussetzungen gerade nicht abschliessend gesetzlich festgelegt sind und bei deren Ausrichtung die Verfassung zu beachten ist (vgl. vorstehend E. 3.3). Insbesondere mit Blick auf die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 und Art. 94 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 ([BV, SR 101]) ist es geboten, dass die Vorinstanz sich gegebenenfalls auch mit der Zulässigkeit des Markteingriffs befasst, der mit der staatlichen Massnahme einhergehen könnte. Wie dargelegt, richtet sich sodann die Beschwerdelegitimation im Subventionsverfahren nach den allgemeinen Bestimmungen von Art. 48 VwVG (vgl. vorstehend E. 6.2). Der Ausschluss der Parteistellung gemäss Art. 43 Abs. 4 KG ist eine spezialgesetzliche Regelung, die hier nicht anwendbar ist. Ein allfälliger Widerspruch zu Kartellgesetzgebung ist demzufolge nicht erkennbar.

E. 8.4

Im Hinblick auf die öffentlichen Interessen, die von der Vorinstanz in der Vernehmlassung dargelegt werden, ist festzuhalten, dass Gesuche um Investitionsbeiträge, bei denen - wie beim Projekt Gateway Basel Nord - besonders weitreichende Marktauswirkungen zu erwarten sind, die Ausnahme darstellen dürften. Überdies ist der Kreis der Unternehmen beschränkt, die eine KV-Umschlagsanlage betreiben und die engen Voraussetzungen für eine Konkurrentenbeschwerde erfüllen. Nicht nur im vorliegenden Fall dürfte es der Vorinstanz daher möglich sein, mit einem vertretbaren Aufwand allfällige Drittbetroffene zu ermitteln und ihnen die Parteirechte zu gewähren (vgl. auch BGE 129 II 286 E. 4.3.3; Bachmann, a.a.O., S. 114 f., Häner, Kommentar VwVG, Art. 6 Rz. 6 f., Moor/Poltier, a.a.O., S. 287). Des Weiteren ist in Bezug auf die geltend gemachte Verfahrensverzögerung festzuhalten, dass der Aspekt der zeitlichen Dringlichkeit eines Vorhabens grundsätzlich kein eigenständiges, unmittelbar durch Gesetz oder Verordnung anerkanntes öffentliches Interesse darstellt. Allerdings kann das Gesetzziel der Förderung geeigneter KV-Umschlagsanlagen gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst c GüTG auch eine zeitliche Komponente beinhalten (vgl. auch Urteil des BVer A-702/2017 vom 26. März 2019 E. 7.4.3 mit Hinweisen). Das Projekt Gateway Basel Nord bedarf indes ohnehin einer längeren Planungszeit, zumal zusätzlich Plangenehmigungsverfahren durchzuführen sind. Davon wird auch der Gesetzgeber bei Erlass des GüTG ausgegangen sein. Es ist daher nicht

ersichtlich, dass die von den Beschwerdeführerinnen erhobene Beschwerde die gesetzgeberischen Ziele des GüTG in erheblicher Weise gefährden könnte. Im Subventionsverfahren gelten die allgemeinen Bestimmungen zur Beschwerdelegitimation im Verwaltungsverfahren, weshalb auch die Beschwerdegegnerin nicht davon ausgehen durfte, dass ein Beschwerderecht von Drittbetroffenen ausgeschlossen wäre. Die von ihr angestrebte Planungssicherheit dürfte zudem zumindest solange nicht zu erreichen sein, als die Plangenehmigungsverfahren noch nicht abgeschlossen sind. Es sind daher keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen erkennbar, die einer Konkurrentenbeschwerde der Beschwerdeführerinnen entgegenstehen könnten. Den diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin ist nicht zu folgen.

E. 8.5

Die Beschwerdeführerinnen konnten sich - wie auch die übrigen Branchenakteure - bereits verschiedentlich eingehend zum Projekt Gateway Basel Nord äussern, sei es anlässlich der Vernehmlassung zur Revision des GüTG, im Rahmen des Sachplans oder des Dialogs, den die Vorinstanz mit der Branche zur Entwicklung der Terminallandschaft in der Schweiz geführt hat. Diese Tatsache kann indes eine allfällige verfahrensrechtliche Parteistellung nicht ersetzen. Insbesondere ermöglicht erst die Parteistellung den Beschwerdeführerinnen, die Zusicherung der Investitionsbeiträge gerichtlich überprüfen zu lassen.

E. 9

Zur Beschwerdelegitimation ist zusammenfassend festzuhalten, dass Art. 8 GüTG eine Regelung schafft, die in Sonderfällen geeignet sein kann, den wirksamen Wettbewerb in einzelnen Märkten für Umschlagsleistungen in tatsächlicher Hinsicht zu beseitigen. Mindestens in diesen Fällen besteht eine spezielle Regelung, die die Konkurrenten in eine besondere Beziehungsnähe zueinander versetzen kann. Vorliegend haben die Beschwerdeführerinnen glaubhaft gemacht, dass sie in erheblichem Umfang auch auf den von der WEKO genannten Märkten - vor allem Umschlag Schiff auf Schiene - tätig sind. Auch haben sie glaubhaft gemacht, dass sie der Gefahr ausgesetzt sind, aus diesen Märkten verdrängt zu werden, sollte der dortige wirksame Wettbewerb durch die Investitionsbeiträge für das Gateway Basel Nord beseitigt werden. Wie aufgezeigt, ist die Sonderstellung des Projekts nicht allein ein Ergebnis der bestehenden Marktkräfte oder Ausdruck des freien Wettbewerbs. Vielmehr ist aufgrund der Aktenlage davon auszugehen, dass überhaupt erst die zugesicherten Investitionsbeiträge des Bundes nach Art. 8 GüTG der Beschwerdegegnerin eine Realisierung der Anlage in dieser Grössenordnung ermöglichen. Bei einer Gutheissung der Beschwerde würden die Investitionsbeiträge zwar nicht unmittelbar den Beschwerdeführerinnen zufließen, die geltend gemachte Gefahr einer möglichen Marktverdrängung könnte damit aber abgewendet oder zumindest erheblich verringert werden. Unter diesen Umständen kann den Beschwerdeführerinnen auch keine rechtsmissbräuchliche Beschwerdeführung vorgehalten werden, die keinen Rechtsschutz verdienen würde. Die Beschwerdeführerinnen sind damit durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und ihnen kommt ein eigenes, unmittelbares schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Abänderung zu (Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG). Die Beschwerdeführerinnen hatten unbestrittenermassen keine Möglichkeit zur Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren. Die Voraussetzung der formellen Beschwerde ist daher ebenfalls erfüllt (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG). Sie sind somit grundsätzlich zur Einreichung der Beschwerde legitimiert. Bei diesem Ergebnis ist auf die weiteren

Ausführungen der Beschwerdeführerinnen zur Beschwerdelegitimation nicht mehr näher einzugehen. Ergänzend bestreitet die Beschwerdegegnerin, dass die Beschwerdeführerin 1 beschwerdelegitimiert sei, da sie gemäss Handelsregisterauszug als reine Beteiligungsgesellschaft ohne operative Tätigkeit aufträte. Diese Frage kann jedoch vorliegend offen bleiben. Die Legitimation zur Beschwerde braucht nicht ausnahmslos bei allen Beschwerdeführerinnen gegeben zu sein, wenn sie gemeinsam eine Beschwerde einreichen und die Legitimation - wie vorliegend - zumindest bei einer von ihnen gegeben ist (vgl. statt vieler Urteil des BVGer A-1216/2018 vom 21. Mai 2019 E. 2.2.2 mit Hinweisen). Zumindest die Beschwerdeführerin 2 ist auch gemäss Handelsregisterauszug zum Betrieb von KV-Umschlagsanlagen berechtigt. Auf eine differenzierte Betrachtungsweise der einzelnen Beschwerdeführerinnen kann daher an dieser Stelle verzichtet werden.

E. 10.1

Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ist in der Regel innert 30 Tagen nach der Eröffnung des angefochtenen Entscheids einzureichen (Art. 50 Abs. 1 VwVG). Aus einer mangelhaften Eröffnung dürfen den Parteien aber keine Nachteile erwachsen (Art. 38 VwVG). Wird einer Partei ein Entscheid zu Unrecht nicht eröffnet, beginnt die Beschwerdefrist für sie daher nicht zu laufen. Sie kann den Entscheid deshalb auch noch nach Ablauf dieser Frist anfechten, sofern sie dies innert nützlicher Frist seit dessen Kenntnisnahme tut (vgl. Urteile des BVGer A-363/2016 vom 22. April 2016 E. 1.3.2 und A-5540/2013 vom 6. Januar 2014 E. 2.2.3; vgl. auch Urteile des BGer 1C_293/2018 vom 29. Januar 2019 E. 3.1 und 9C_202/2014 vom 11. Juli 2014 E. 4.2; Kneubühler/Pedretti, Kommentar VwVG, Art. 38 Rz. 9 und 18; Uhlmann/Schilling-Schwank, Praxiskommentar, Art. 38 Rz. 10; je mit Hinweisen).

E. 10.2

Die Beschwerdeführerinnen haben die Verfügung der Vorinstanz vom 4. Juli 2018 mit Beschwerde vom 14. September 2018 und damit nach Ablauf der an sich massgeblichen Beschwerdefrist von 30 Tagen angefochten. Die Verfügung wurde ihnen jedoch nicht eröffnet, obschon dies hätte geschehen müssen, weil ihnen im vorinstanzlichen Verfahren Parteistellung einzuräumen gewesen wäre. Die Medienmitteilung der Vorinstanz erging am 9. Juli 2018 und auf Ersuchen vom 17. Juli 2018 wurde ihnen am 24. Juli 2018 eine Kopie des Entscheids zugesandt. Hinreichende Anhaltspunkte, dass sie zu einem früheren Zeitpunkt Kenntnis von der Verfügung gehabt hätten, bestehen nicht. Die Beschwerde hat demnach als innert nützlicher Frist seit der Kenntnisnahme und damit als rechtzeitig eingereicht zu gelten.

E. 10.3

Zwischen den Parteien ist somit zu Recht unbestritten geblieben, dass die Beschwerde frist- und im Übrigen auch formgerecht (Art. 52 Abs. 1 VwVG) eingereicht wurde. Auf die Beschwerde ist mit den in E. 5.3 und 9 festgehaltenen Einschränkungen einzutreten.

E. 11

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es 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 Überprüfung der Gewährung von sog.

Ermessenssubventionen Zurückhaltung, indem es bei Fragen, die durch die Justizbehörden naturgemäss schwer kontrollierbar sind, nicht ohne Not von den Beurteilungen des erstinstanzlichen Fachgremiums abweicht, 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 bei der Frage nach der Ermessensausübung durch die Subventionsbehörde. Ist hingegen die Auslegung und Anwendung von Rechtsvorschriften streitig oder werden Verfahrensmängel gerügt, hat die Rechtsmittelbehörde die erhobenen Einwendungen in freier Kognition zu prüfen, andernfalls sie eine formelle Rechtsverweigerung beginge (vgl. BVGE 2015/33 E. 4.3; Urteile des BVGer A-4995/2018 vom 6. Mai 2019 E. 2, A-1653/2017 vom 20. Februar 2018 E. 2 und A-1849/2013 vom 20. August 2013 E. 2; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 2.153 ff., Jérôme Candrian, Introduction à la procédure administrative fédérale, 2013, Rz. 189, Möller, a.a.O., S. 213).

E. 12.1

Nach der Systematik des VwVG sind Parteistellung und Beschwerdebefugnis aufeinander abgestimmt. Über den Kreis der beschwerdeberechtigten Personen werden mittelbar auch die Parteien im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren umschrieben (vgl. vorstehend E. 6.2). Wie sich aus dem bisher Gesagten ergibt, hätte die Vorinstanz im konkreten Fall die Beschwerdeführerinnen und die weiteren Konkurrenten, soweit sie die Vor-aussetzungen von Art. 6 i.V.m. Art. 48 VwVG erfüllen, als Parteien in das Verfahren einbeziehen und ihnen insbesondere das rechtliche Gehör gewähren müssen (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 26 bis 33 VwVG). Die Rüge der Beschwerdeführerinnen, ihre Verfahrensrechte seien verletzt, erweist sich damit als begründet.

E. 12.2

Die Beschwerdeinstanz entscheidet in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück. (Art. 61 Abs. 1 VwVG, Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 3.193 ff.). Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur; eine Verletzung führt grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids, ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst. Die Heilung solcher Mängel im Rechtsmittelverfahren ist zwar möglich, soll aber die Ausnahme bleiben. Eine Heilung setzt voraus, dass die Verletzung nicht besonders schwer wiegt und der Betroffene die Möglichkeit hat, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die zur freien Prüfung aller Sachverhalts- und Rechtsfragen berechtigt ist. Des Weiteren dürfen dem Betroffenen durch die Heilung keine unzumutbaren Nachteile entstehen (vgl. BGE 137 I 195 E. 2.3.2, 132 V 387 E. 5.1, 127 V 431 E. 3d/aa; statt vieler BVGE 2017 1/4 E. 4.2; Waldmann/Bickel, Praxiskommentar, Art. 29 Rz. 114 ff., Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 3.110 ff.).

E. 12.3

Eine nachträgliche Heilung der Verfahrensmängel, die sich aus der fehlenden Parteistellung der Beschwerdeführerinnen ergeben, kommt vorliegend nicht in Betracht. Es dürfte mit einem erheblichen Aufwand verbunden sein, zu klären, ob tatsächlich allen drei Beschwerdeführerinnen Parteistellung zukommt und welche weiteren Konkurrenten in das Verfahren einzubeziehen sind. Die Vorinstanz als Fachbehörde ist besser geeignet, die betroffenen Konkurrenten zu ermitteln, ihnen das rechtliche Gehör zu gewähren (vgl. zur Akteneinsicht nachstehend E. 14 f.) sowie die neuen Vorbringen erstmals vertieft zu prüfen

und zu würdigen. Für eine Rückweisung spricht zudem, dass die Zusicherung einer Ermessenssubvention im Streit liegt, bei deren Überprüfung sich das Bundesverwaltungsgericht Zurückhaltung auferlegt. Auf diese Weise bleibt den Parteien auch der Instanzenzug erhalten.

E. 13

Als Folge vorstehender Erwägungen ist die angefochtene Verfügung somit aus formellen Gründen aufzuheben und die Angelegenheit zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beschwerde ist gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist.

E. 14.1

Abschliessend bleibt auf das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerinnen sowie auf die superprovisorischen Anordnungen vom 11. Januar 2019 einzugehen, die das Bundesverwaltungsgericht zum Schutz der Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdegegnerin getroffen hat. Die Beschwerdeführerinnen halten daran fest, ihnen sei vollständige Einsicht in das Gutachten der SGKV vom 17. Januar 2017 zu gewähren, während die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin nach wie vor überwiegende öffentliche resp. private Interessen geltend machen, die einem vollständigen Zugang entgegenstünden.

E. 14.2

Nach ständiger Rechtsprechung und Lehre umfasst der Anspruch auf rechtliches Gehör im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV das Recht der Parteien auf Akteneinsicht. Dieses wird auf Gesetzesebene für das Bundesverwaltungsverfahren in den Art. 26 ff. VwVG konkretisiert, wobei Art. 26 VwVG die Grundsätze des Akteneinsichtsrechts festlegt, Art. 27 VwVG die davon bestehenden Ausnahmen und Art. 28 VwVG die Folgen der Verweigerung der Akteneinsicht regelt. Nach Art. 27 Abs. 1 VwVG darf die Behörde die Einsichtnahme in die Akten nur verweigern, wenn wesentliche öffentliche oder private Interessen die Geheimhaltung erfordern. Die einander entgegenstehenden Interessen an der Akteneinsicht auf der einen Seite und an deren Verweigerung auf der andern sind im Einzelfall sorgfältig gegeneinander abzuwägen (vgl. zum Ganzen Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O. Rz. 493 ff., Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 390 ff.; je mit Hinweisen).

E. 14.3

Angesichts der Rückweisung aus formellen Gründen sind die vorgebrachten materiellen Rügen der Beschwerdeführerinnen nicht mehr zu prüfen. Folglich kann das Bundesverwaltungsgericht darauf verzichten, über das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Einsicht in die Vorakten abschliessend zu befinden sowie materielle Schlussbemerkungen der Parteien einzuholen. Im wiederaufzunehmenden Verfahren wird es Aufgabe der Vorinstanz sein, über die Akteneinsicht zu entscheiden. Namentlich wird sie zu beurteilen haben, in welchem Umfang den Beschwerdeführerinnen Einsicht in das hauptsächlich strittig gebliebene Gutachten der SGKV vom 17. Januar 2017 zu gewähren ist. Hierzu kann sie die bisherigen Stellungnahmen der Parteien zur Akteneinsicht mitberücksichtigen. Aufgrund der superprovisorisch getroffenen Anordnungen vom 11. Januar 2019 haben die Beschwerdeführerinnen die Sendung des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. Januar 2019 vollständig retourniert und damit auch das Gutachten der SGKV vom 17. Januar 2017 in der von der Vorinstanz geschwärzten Fassung vom 8. Januar 2019 (vgl. Sachverhalt Bst. G). Der Entscheid über das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerinnen ist noch ausstehend. In Berücksichtigung der Stellungnahmen der

Parteien kann zumindest nicht ausgeschlossen werden, dass das Gutachten der SGKV vom 17. Januar 2017 in der von der Vorinstanz geschwärzten Fassung Geschäftsgeheimnisse enthält, an denen der Beschwerdegegnerin ein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse zukommt. Des Weiteren ist es - trotz der vollständigen Retournierung - nicht auszuschliessen, dass die Beschwerdeführerinnen Kenntnis von möglicherweise schutzwürdigen Geschäftsgeheimnissen der Beschwerdegegnerin erhalten haben. Zum jetzigen Zeitpunkt besteht daher ein hinreichender Grund an den superprovisorisch erlassenen Anordnungen weiterhin im nachfolgenden Umfang festzuhalten: Den Beschwerdeführerinnen 1-3 und den Mitgliedern des Verwaltungsrats der Beschwerdeführerinnen 1-3 bleibt es untersagt, Informationen aus dem Gutachten der SGKV vom 17. Januar 2017 (in der von der Vorinstanz geschwärzten Fassung vom 8. Januar 2019) zu irgendwelchen Zwecken innerhalb und ausserhalb des vorliegenden Verfahrens zu verwenden oder diese Informationen an Dritte weiterzugeben. Sollten sie allenfalls Kopien des Gutachtens der SGKV vom 17. Januar 2017 (in der von der Vorinstanz geschwärzten Fassung vom 8. Januar 2019) angefertigt haben, sind diese umgehend zu vernichten, soweit dies nicht bereits geschehen ist. Die Anordnungen gelten bis die Vorinstanz im wiederaufzunehmenden Verfahren über das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Einsicht in das Gutachten der SGKV vom 17. Januar 2017 entschieden hat und dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist. In jenem Entscheid wird die Vorinstanz die Anordnungen ausdrücklich entweder zu erneuern, anzupassen oder aufzuheben haben.

E. 14.4

Die Behörde kann gemäss Art. 41 Abs. 1 Bst. d und Abs. 2 VwVG in Verbindung mit Art. 292 StGB eine Partei unter Hinweis auf die Strafandrohung von Art. 292 StGB dazu anhalten, einer an sie erlassenen Verfügung Folge zu leisten. Die Androhung einer Strafverfolgung muss jedoch verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV; vgl. BVGE 2015/44 E. 5.5.1; Gächter/ Egli, Kommentar VwVG, Art. 41 Rz. 39 ff.; Jaag/Häggi Furrer, Praxiskommentar, Art. 41 Rz. 38 ff.; je mit Hinweisen). Die Strafandrohung ist vorliegend an die zuständigen Organe und nicht an die juristische Person zu richten (vgl. Urteil des BGer 6B_280/2010 vom 20. Mai 2010 E. 3.1; BVGE 2018/18 nicht publ. E. 4.7.3; Urteil des BVGer A-5225/2015 vom 12. April 2017 E. 6.1; Riedo/Boner, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar Strafrecht II, 4. Aufl. 2019, Art. 292 StGB Rz. 74 ff.; je mit Hinweisen). Werden die vorgenannten Anordnungen von den Adressaten nicht eingehalten, können erhebliche Nachteile zu Lasten der Beschwerdegegnerin eintreten. Für den Fall der Nichtbeachtung ist den Mitgliedern des Verwaltungsrats der Beschwerdeführerinnen 1-3 daher weiterhin die Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB anzudrohen. Zwar sind seitens der Beschwerdeführerinnen oder der Mitglieder des Verwaltungsrats keine Anhaltspunkte ersichtlich, wonach sie den Anordnungen keine Folge leisten würden. Eine einmal erfolgte Verwendung des Dokuments bzw. einzelner Informationen könnte jedoch weder kontrolliert noch rückgängig gemacht werden. Die Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB ist deshalb verhältnismässig, zumal sich keine andere, mildere Massnahme gemäss Art. 41 Abs. 1 VwVG zu deren Durchsetzung ebenso gut eignet. Die Strafandrohung gilt bis die Vorinstanz im wiederaufzunehmenden Verfahren über das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Einsicht in das Gutachten der SGKV vom 17. Januar 2017 entschieden hat und dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist. In jenem Entscheid wird die Vorinstanz die Strafandrohung ausdrücklich entweder zu erneuern, anzupassen oder aufzuheben haben.

E. 15

Zum Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Einsicht in die Vorakten ist zusammenfassend festzuhalten, dass die Vorinstanz darüber im wiederaufzunehmenden Verfahren zu befinden hat. Betreffend Gutachten der SGKV vom 17. Januar 2017 bleiben die erlassenen Anordnungen sowie die damit verbundene Strafandrohung im genannten Umfang einstweilen bestehen.

E. 16.1

Die Verfahrenskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Kosten zu tragen hat die Vorinstanz (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Die Spruchgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien. Sie beträgt bei einer Streitigkeit mit Vermögensinteresse 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]). Die Verfahrenskosten sind vorliegend auf Fr. 15'000.- festzusetzen. Die Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz zur weiteren Abklärung und neuem Entscheid (mit noch offenem Ausgang) - wie im vorliegenden Fall in Bezug auf das Endurteil und im Wesentlichen auch in Bezug auf die erlassene Zwischenverfügung - gilt praxisgemäss als volles Obsiegen der beschwerdeführenden Partei (vgl. BGE 137 V 57 E. 2, 132 V 215 E. 6.1; statt vieler Urteil des BVGer A-6259/2018 vom 8. Juli 2019 E. 6.1). Bei diesem Ausgang gelten die Beschwerdeführerinnen als obsiegend, weshalb ihnen keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 15'000.- ist ihnen nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückzuerstatten. Demgegenüber gilt die Beschwerdegegnerin mit ihren Anträgen als unterliegend und wird demzufolge kostenpflichtig. Aufgrund der besonderen Umstände, die zum Erlass der superprovisorischen Anordnungen vom 11. Januar 2019 geführt haben, erscheint es indes gerechtfertigt, ihr einen Teil der Verfahrenskosten zu erlassen und ihr Verfahrenskosten im Umfang von Fr. 10'000.- zur Bezahlung aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 Satz 3 VwVG und Art. 6 Bst. b VGKE). Die verbleibenden Kosten von Fr. 5'000.- sind auf die Gerichtskasse zu nehmen.

E. 16.2

Die nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerinnen sowie 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 Parteientschädigung hat die Vorinstanz als Bundesbehörde (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

E. 17

Die Beschwerde an das Bundesgericht ist unzulässig gegen Entscheide betreffend Subventionen, auf die kein Anspruch besteht (Art. 83 Bst. k BGG). Vorliegend dürfte es sich um die Zusprechung einer Ermessenssubvention handeln (vgl. vorstehend E. 3.3), womit gegen dieses Urteil die Beschwerde an das Bundesgericht nicht möglich und dieser Entscheid endgültig ist. Der Entscheid, ob eine Beschwerde an das Bundesgericht möglich ist oder nicht, liegt indes letztlich nicht im Kompetenzbereich des Bundesverwaltungsgerichts. Es obliegt vielmehr dem Bundesgericht, im Rahmen der Eintretensvoraussetzungen die Zulässigkeit einer Beschwerde zu prüfen. Diese Überlegungen führen zur Rechtsmittelbelehrung, wie sie im Nachgang zum

Entscheiddispositiv formuliert sind. (Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)

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