

# **BVGer B-2893/2022 vom 21. Juni 2023**

Bundesverwaltungsgericht, 2023-06-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-2893\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-2893_2022)

FR: TAF B-2893/2022 du 21 juin 2023

IT: TAF B-2893/2022 del 21 giugno 2023

## **Regeste**

Subventionen

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Im vorliegenden Fall ist vorab umstritten, ob das SECO verpflichtet ist, eine anfechtbare Verfügung bezüglich der Kostenbeteiligung des Bundes an der Härtefallmassnahme des Kantons Graubünden zugunsten der X. \_\_\_\_\_ AG zu erlassen.

#### **E. 1.1**

Gegen das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer anfechtbaren Verfügung kann grundsätzlich jederzeit Beschwerde geführt werden (vgl. Art. 50 Abs. 2 VwVG). Beschwerdeinstanz ist dabei diejenige Behörde, die zuständig wäre, wenn die Verfügung ordnungsgemäss ergangen wäre (Urteile des BVGer B-2127/2020 vom 28. Juli 2020 E. 1; B-337/2019 vom 7. Mai 2019 E. 1.1; B-1290/2017 vom 22. September 2017 E. 1.1; A-36/2013 vom 7. August 2013 E. 1; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler/Martin Kayser, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 3. Aufl. 2022, Rz. 5.18 m.H.). Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG, die von den in Art. 33 VGG aufgeführten Vorinstanzen erlassen wurden (vgl. Art. 31 VGG). Das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO ist eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts in diesem Sinn. Ein in Art. 32 VGG aufgeführter ausgeschlossener Sachbereich liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist folglich für die Beurteilung der vorliegenden Rechtsverweigerungsbeschwerde zuständig.

#### **E. 1.2**

Anfechtungsobjekt einer Rechtsverweigerungsbeschwerde ist das (unrechtmässige) Verweigern einer Verfügung. Zu einer derartigen Beschwerde legitimiert ist daher nur, wer zuvor ein Begehren um Erlass einer anfechtbaren Verfügung bei der betroffenen Behörde gestellt hat und ein aktuelles praktisches Interesse an einer derartigen Verfügung hat. Im vorliegenden Fall ist aktenkundig und unbestritten, dass der Kanton Graubünden mit E-Mails vom 7. März 2022 und 15. März 2022 vom SECO den Erlass einer Verfügung verlangt hat und dass das SECO dies verweigert hat. Unbestritten und nachvollziehbar ist, dass der Kanton Graubünden ein aktuelles praktisches Interesse an der Klärung der zwischen ihm und dem SECO umstrittenen Frage über die Kostenbeteiligung des Bundes an der Härtefallmassnahme des Kantons Graubünden hat. Weniger offensichtlich ist indessen, warum er auch ein praktisches Interesse daran haben sollte, dass das SECO in dieser Frage eine Verfügung erlässt, welche er mit Beschwerde anfechten kann, statt dass er direkt mittels Klage an das Bundesverwaltungsgericht gelangen kann. Diese Frage kann indessen

offenbleiben, da die Rechtsverweigerungsbeschwerde ohnehin abzuweisen ist, wie noch darzulegen sein wird. In der älteren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wurde teilweise die Auffassung vertreten, der Beschwerdeführer habe im Sinne einer Eintretensvoraussetzung zumindest glaubhaft zu machen, dass ein Anspruch auf Erlass einer solchen Verfügung bestehe, indem einerseits die Behörde nach dem anzuwendenden Recht verpflichtet sei, in Verfügungsform zu handeln, und andererseits der Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren Parteistellung beanspruchen könne. Zutreffender ist indessen die Auffassung, dass die Frage, ob ein Beschwerdeführer Anspruch auf den Erlass der von ihm verlangten Verfügung hat oder ob er diesen Anspruch - beispielsweise mangels Parteistellung - nicht hat, keine Eintretensfrage darstellt, sondern im Rahmen der materiellen Beurteilung der Rechtsverweigerungsbeschwerde zu beantworten ist (vgl. Urteile des BVGer B-310/2023 vom 27. April 2023 E. 1; A-4423/2022 vom 27. Februar 2023 E. 3.2; A-6329/2019 vom 23. April 2021 E. 3.1; B-5740/2017, B-6561/2017 vom 30. Oktober 2018 E. 4; B-4726/2016 vom 10. April 2017 E. 2.2; nicht ausdrücklich, aber implizit wohl auch BGE 144 II 184 E. 3; Urteile des BGer 2D\_36/2020 vom 17. November 2020 E. 1.2 und 2C\_658/2016 vom 25. August 2016 E. 1.3).

### **E. 1.3**

Zwischen den Parteien ist umstritten, ob der Kanton Graubünden Anspruch auf Erlass einer Verfügung durch das SECO hatte. Das SECO macht diesbezüglich geltend, zwischen dem Bund und dem Kanton Graubünden sei am 29. Juni 2021 ein öffentlich-rechtlicher Vertrag gemäss Art. 16 der Covid-19-Härtefallverordnung vom 25. November 2020 (HFMV 20, SR 951.262) abgeschlossen worden. Da sich damit zwei Gemeinwesen gegenüberstünden, sei es dem SECO nicht möglich, eine Verfügung zu erlassen. Der Kanton Graubünden macht dagegen geltend, der Bund trete einseitig und hoheitlich und als Entscheidbehörde auf, während er selbst sich in einem Subordinationsverhältnis befinde. Daran ändere auch der zwischen ihnen abgeschlossene Vertrag nichts. Dieser bilde nicht die Grundlage der Bundesbeteiligung, denn er beinhalte weder eine Leistungs- oder Programmvereinbarung noch Rechte und Pflichten auf beiden Seiten. Es seien darin nur die Vorgaben für den Kanton, die Bedingung für die Übernahme des Bundesanteils seien, aufgenommen. Diese Bedingungen ergäben sich aber bereits vollständig aus dem Gesetz und der Verordnung. Aufgrund der klaren Rechtsgrundlage habe es auch weder Ermessen noch Spielraum in der Rechtsanwendung gegeben, welche im Vertrag hätten geregelt werden können. Der Bund habe seine Leistungen zu den kantonalen Härtefallmassnahmen daher auch nicht durch diesen Vertrag aushandeln können. Vielmehr bilde der Vertrag lediglich eine formelle Voraussetzung, damit die Beteiligung des Bundes am Härtefallprogramm des Kantons erfolge. Durch das Unterschreiben des Vertrags bestätige der Kanton gegenüber dem Bund, dass er die Vorgaben des Gesetzes und der Verordnung erfülle, und der Bund quittiere dies mit seiner Unterschrift. Es handle sich beim in Frage stehenden Vertrag also gar nicht um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag im eigentlichen Sinn, sondern lediglich um eine Bestätigung respektive eine formelle Voraussetzung für die Unterstützung und die Übernahme der kantonalen Härtefallmassnahmen durch den Bund. Gemäss dem Subventionsgesetz hätte die Verweigerung der Übernahme des Bundesanteils daher mittels Verfügung ergehen müssen. Der Weg der verwaltungsrechtlichen Klage sei demgegenüber subsidiär.

#### **E. 1.3.1**

Ansprüche aus öffentlich-rechtlichen Verträgen sind mittels direkter Klage geltend zu machen. Auch das Gemeinwesen, welches als Partei am Vertrag beteiligt ist und einen Anspruch geltend machen will, darf nur dann auf den für es bequemeren Verfügungsweg ausweichen, wenn ein Bundesgesetz dies ausdrücklich vorsieht (BVG E. 10; Urteile des BVerfG B-7957/2007 vom 4. November 2008 E. 4.2 und B-6498/2020 vom 28. Januar 2021 E. 2.2).

### **E. 1.3.2**

Ein verwaltungsrechtlicher Vertrag wird definiert als eine auf einer übereinstimmenden Willenserklärung beruhende Vereinbarung zwischen zwei oder mehreren Rechtssubjekten, welche die Regelung einer konkreten verwaltungsrechtlichen Rechtsbeziehung, vor allem im Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe, zum Gegenstand hat (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 1286) beziehungsweise als Vereinbarung eines Verwaltungsträgers mit einem anderen Rechtssubjekt über die Regelung konkreter Verwaltungsrechtsverhältnisse (vgl. Pierre Tschannen/Markus Müller/Markus Kern, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2022, § 33 Rz. 966). Es ist unbestritten, dass der Vertrag vom 29. Juni 2021 alle diese Merkmale eines öffentlich-rechtlichen Vertrages aufweist: Er ist als Vereinbarung zwischen dem Bund und dem Kanton Graubünden ausgestaltet, er listet eine Reihe von konkreten Pflichten beider Vertragsparteien auf und er betrifft einen öffentlich-rechtlich normierten Gegenstand.

### **E. 1.3.3**

Zwar ist die Argumentation des Kantons Graubünden, angesichts der klaren Rechtsgrundlage habe gar kein Spielraum bestanden, um die verschiedenen Punkte im Vertrag vor der Regelung auszuhandeln, durchaus nachvollziehbar und wird durch das SECO auch gar nicht substantiiert bestritten. Ein derartiger Spielraum bildet indessen kein Definitionsmerkmal eines öffentlich-rechtlichen Vertrages. Der Kanton Graubünden macht auch zu Recht nicht geltend, der in Frage stehende Vertrag sei wegen dieses mangelnden Spielraums beim Vertragsabschluss geradezu nichtig. Die Zwei-Stufen-Theorie, wonach die Offerte eines Gemeinwesens zum Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags als Verfügung einzustufen ist, wird zwar in der Literatur nicht durchgehend vertreten (vgl. Tschannen/Müller/Kern, a.a.O., § 34 Rz. 1000; vgl. dazu auch Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1342 ff.; René Wiederkehr/Paul Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. I, 2012, Rz. 2991 f.). Ob die Vertragsofferte im konkreten Einzelfall als Verfügung oder nur als Realakt einzustufen ist, hängt vom rechtlichen Kontext, der Vorgehensweise des Gemeinwesens und der genauen Formulierung der Vertragsofferte ab. Grundsätzlich gilt aber, dass ein potentieller Vertragspartner, der mit dem Inhalt der ihm unterbreiteten Vertragsofferte des Gemeinwesens, oder überhaupt mit dem Vorschlag, zu diesem Zweck einen öffentlich-rechtlichen Vertrag abzuschliessen, nicht einverstanden ist und das Vorgehen des Gemeinwesens als rechtswidrig erachtet, dagegen nur Beschwerde erheben kann, solange er die Vertragsofferte noch nicht angenommen hat. Erhebt er kein Rechtsmittel und unterzeichnet er den Vertrag, so tritt der Vertrag in Kraft. Unter Vorbehalt einer allfälligen Nichtigkeit ist eine spätere Anfechtung des Inhalts des Vertrags oder des Entscheids des Gemeinwesens, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag abzuschliessen, nicht mehr möglich. Der Vertragspartner des Gemeinwesens hat dann nur noch die Möglichkeit, mittels direkter Klage allfällige Ansprüche aus dem öffentlich-rechtlichen Vertrag geltend zu machen.

#### **E. 1.3.4**

Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Ansprüche, die der Kanton Graubünden geltend machen will, die Übernahme der Kosten von kantonalen Härtefallmassnahmen durch den Bund und damit den Gegenstand des öffentlich-rechtlichen Vertrags vom 29. Juni 2021 mit dem Bund betreffen. Eine spezialgesetzliche Vorschrift, welche dem SECO trotz diesem abgeschlossenen Vertrag oder neben diesem Vertrag eine Verfügungskompetenz über eine Kostenbeteiligung des Bundes einräumen würde, ist nicht ersichtlich. Das SECO macht zu Recht geltend, dass weder das Covid-19-Gesetz noch die HFMV 20 eine Verfügungskompetenz bei Streitigkeiten betreffend die Übernahme der Kosten der kantonalen Härtefallmassnahmen durch den Bund vorsehen. Auch das Subventionsgesetz vom 5. Oktober 1990 (SuG, SR 616.1), auf das der Kanton Graubünden sich beruft, sieht nicht vor, dass das Gemeinwesen nach dem Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages noch kompetent sei, über Leistungen, welche Gegenstand dieses Subventionsvertrages sind, auf dem Verfügungsweg zu entscheiden.

#### **E. 1.3.5**

Das SECO machte daher zu Recht geltend, aufgrund des zwischen dem Bund und dem Kanton Graubünden abgeschlossenen öffentlich-rechtlichen Vertrages über die Kostenbeteiligung des Bundes an den Härtefallmassnahmen des Kantons sei es nicht befugt, über diese Leistungen eine Verfügung zu erlassen.

#### **E. 1.4**

Die Rechtsverweigerungsbeschwerde ist daher abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

#### **E. 2**

Der Kanton Graubünden (im Folgenden: Kläger) beantragt subsubeventualiter, seine Eingabe sei als verwaltungsrechtliche Klage entgegenzunehmen mit dem Begehren, ihm sei an die Härtefallmassnahme zugunsten der X. \_\_\_\_\_ AG ein Betrag von Fr. 1'407'725.- zu leisten. Der Bund, handelnd durch das SECO (im Folgenden: Beklagter) macht dagegen geltend, bei Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen zwischen Bund und Kantonen sei als einzige Instanz das Bundesgericht zuständig. Das Bundesverwaltungsgericht sei daher für die Beurteilung der vom Kanton Graubünden klageweise geltend gemachten Ansprüche nicht zuständig. Auf die Klage sei daher nicht einzutreten.

#### **E. 2.1**

Art. 120 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110] sieht vor, dass das Bundesgericht als einzige Instanz auf Klage unter anderem öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen beurteilt (Art. 120 Abs. 1 Bst. b BGG). Andererseits sieht Art. 35 VGG vor, dass das Bundesverwaltungsgericht Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen des Bundes, seiner Anstalten und Betriebe und der Organisationen im Sinne von Art. 33 Bst. h VGG als erste Instanz auf Klage hin beurteilt (vgl. Art. 35 Bst. a VGG). Keines dieser Gesetze enthält eine ausdrückliche Regelung, wie dieser positive Kompetenzkonflikt zu entscheiden ist.

#### **E. 2.2**

In der Lehre finden sich nur wenige Meinungsäusserungen zu diesem Kompetenzkonflikt: So wird etwa auf die Programmvereinbarungen zur Umsetzung von Bundesrecht verwiesen,

welche als verwaltungsrechtliche (Subventions-)Verträge eingestuft werden (vgl. Art. 16 Abs. 3, Art. 19 Abs. 2 SuG). Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Nicht-, Schlecht- oder Späterfüllung einer Programmvereinbarung seien dem Bundesverwaltungsgericht auf dem Klageweg vorzutragen. Zwar erscheine es aus föderalistischer und staatspolitischer Sicht systemwidrig, dass das Bundesverwaltungsgericht in öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen involviert werde. Diese Zuständigkeit bilde aber die unmittelbare Konsequenz des bewussten Entscheids des Bundesgesetzgebers, Programmvereinbarungen als subventionsrechtliche Verträge zu behandeln (vgl. Bernhard Waldmann, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger/Kneubühler [Hrsg.], Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz [im Folgenden: BSK BGG], 3. Aufl. 2018, Art. 120 N. 21). Nach anderer Lehrmeinung sind nur die Klagen aus Verträgen zwischen Bund und Privaten mit Klage beim Bundesverwaltungsgericht geltend zu machen, nicht aber Klagen aus Verträgen zwischen Bund und Kantonen. Für diese sei in einziger Instanz das Bundesgericht zuständig (Hansjörg Seiler, in: Seiler/von Werdt/Güngerich/Oberholzer [Hrsg.], Bundesgerichtsgesetz [BGG], 2015, Art. 120 Rz.19). Art. 120 Abs. 1 BGG stelle eine *lex specialis* dar und gehe daher Art. 35 Bst. a VGG vor (Zheni Luks, Klage an das Bundesgericht bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen [Art. 120 BGG], 2022, Rz. 343 f.).

### **E. 2.3**

In der Tat liegt vom Wortlaut her die Auslegung nahe, dass Art. 120 Abs. 1 BGG eine *lex specialis* darstellt und daher Art. 35 VGG vorgeht.

### **E. 2.4**

In teleologischer Hinsicht ist indessen zu berücksichtigen, dass die *ratio legis* von Art. 120 BGG darin gesehen wird, dass es in einem Bundesstaat von zentraler Bedeutung sei, dass die Kantone als souveräne Gliedstaaten ihre Streitigkeiten untereinander direkt vor dem Bundesgericht als neutrale Instanz in einem Verfahren anhängig machen könnten, welches die Gleichberechtigung der Parteien sicherstelle (vgl. Urteil des BGer 2E\_3/2009, 2E\_4/2009 vom 11. Juli 2011 E. 2.1; Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege [im Folgenden: Botschaft Totalrevision Bundesrechtspflege], BBl 2001 4202, 4351; Waldmann, BSK BGG, a.a.O., Art. 120 N 9). Diese Überlegung ist offensichtlich nur relevant bei Konstellationen, bei denen die (erstinstanzliche) Zuständigkeit ansonsten bei einem kantonalen Gericht liegen würde, nicht aber in Bezug auf eine alternative Zuständigkeit einer unteren Bundesgerichtsbehörde. In seiner Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege führte der Bundesrat aus, um die Funktionsfähigkeit des Bundesgerichts als oberstes Gericht sicherzustellen, müsse die Überlastung beseitigt werden. Besonders arbeitsintensiv seien für das Bundesgericht die Fälle, in denen das Gericht als erste und einzige Instanz (Direktprozesse) urteile (Botschaft Totalrevision Bundesrechtspflege, BBl 2001 4202, 4213). Eine der vier Entlastungsmassnahmen sei daher der Ausbau der richterlichen Vorinstanzen. Das Bundesgericht solle nur noch in jenen Fällen als einzige Instanz im Klageverfahren urteilen, wo sich dies aus staatspolitischen Gründen aufdränge (vgl. Botschaft Totalrevision Bundesrechtspflege, BBl 2001 4202, 4225 f.). Dieses wesentliche Anliegen, das mit der Totalrevision der Bundesrechtspflege umgesetzt werden sollte, spricht somit eher für eine restriktive Auslegung von Art. 120 BGG und eine erstinstanzliche Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts, da Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen in der Regel - der vorliegende Fall ist diesbezüglich eine Ausnahme - in materieller Hinsicht sehr

aufwendig sind.

### **E. 2.5**

Urteile des Bundesgerichts zu dieser Frage sind dem Bundesverwaltungsgericht nicht bekannt, aber das Bundesverwaltungsgericht selbst geht gemäss seiner eigenen Praxis davon aus, dass es auch in Situationen, in denen sich der Bund und ein Kanton als Parteien gegenüberstehen, in erster Instanz zuständig ist zur Beurteilung von Klagen aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag (vgl. Urteil des BVGer B-3132/2010 vom 19. August 2015).

### **E. 2.6**

Gestützt auf die dargelegten teleologischen Überlegungen und entsprechend der bisherigen Praxis des Bundesverwaltungsgerichts ist die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Beurteilung der vorliegenden Klage daher auch im vorliegenden Fall zu bejahen.

### **E. 3**

In der Regel entscheidet das Bundesverwaltungsgericht nicht gesondert über die Prozessvoraussetzungen, sondern erst im Rahmen des Entscheids in der Sache. Im vorliegenden Fall rechtfertigt es sich jedoch, über diese Frage in einem selbständig anfechtbaren Zwischenentscheid zu befinden, damit der Bund, der die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts bestreitet, den Zwischenentscheid gestützt auf Art. 92 Abs. 1 BGG beim Bundesgericht anfechten und so einen Entscheid des Bundesgerichts über diese Frage bewirken kann. Sollte das Bundesgericht seine eigene Zuständigkeit bejahen, würden sich eine Prüfung der weiteren Eintretensvoraussetzungen und eine materielle Behandlung der Klage durch das Bundesverwaltungsgericht natürlich erübrigen.

### **E. 4**

Im vorliegenden Zwischenentscheid ist vorerst nur über die Kosten für die Abweisung der Rechtsverweigerungsbeschwerde zu befinden. In Bezug auf das Klageverfahren wird über die Kosten mit dem Entscheid in der Hauptsache zu befinden sein, sofern dieser durch das Bundesverwaltungsgericht zu fällen sein wird.

#### **E. 4.1**

Angesichts des Ausgangs des Verfahrens in Bezug auf die Rechtsverweigerungsbeschwerde ist der Kanton Graubünden diesbezüglich als unterliegende Partei anzusehen, weshalb ihm dafür Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG).

#### **E. 4.2**

Eine obsiegende Partei hat Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320]). Vorinstanzen - im Kontext der Rechtsverweigerungsbeschwerde ist das SECO als Vorinstanz zu qualifizieren - haben indessen keinen derartigen Anspruch (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE). Eine Parteientschädigung ist daher nicht zuzusprechen.

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