



Abteilung II  
B-2893/2022

## Zwischenentscheid vom 21. Juni 2023

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),  
Richter David Aschmann, Richter Christian Winiger,  
Gerichtsschreiberin Beatrice Grubenmann.

Parteien

**Kanton Graubünden,**  
vertreten durch Departement für Volkswirtschaft  
und Soziales Graubünden,  
Ringstrasse 10, 7001 Chur,  
Beschwerdeführer/Kläger,

gegen

**Staatssekretariat für Wirtschaft SECO,**  
Holzikofenweg 36, 3003 Bern,  
Vorinstanz,

**Schweizerische Eidgenossenschaft**

handelnd durch das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO,  
Holzikofenweg 36, 3003 Bern,  
Beklagter.

Gegenstand

Härtefallmassnahmen für Unternehmen (Kostenbeteiligung  
des Bundes) - Rechtsverweigerungsbeschwerde.

**Sachverhalt:****A.**

Die X.\_\_\_\_\_ AG ist eine private Aktiengesellschaft, welche je zu 50% der Rhätischen Bahn AG (im Folgenden: RhB) und der Aktiengesellschaft Matterhorn Gotthard Bahn gehört.

Am 17. Februar 2021 reichte die X.\_\_\_\_\_ AG beim Departement für Volkswirtschaft und Soziales des Kantons Graubünden ein Gesuch um Unterstützung im Rahmen der Härtefallmassnahmen für Unternehmen im Zusammenhang mit der COVID-19-Epidemie ein.

**B.**

Gestützt auf die kantonale Ausführungsverordnung über Härtefallmassnahmen für Unternehmen im Zusammenhang mit der COVID-19-Epidemie gewährte der Kanton Graubünden der X.\_\_\_\_\_ AG einen Beitrag von Fr. 750'000.–.

Weiter gewährte er der X.\_\_\_\_\_ AG gestützt auf das Covid-19-Gesetz des Bundes und die Covid-19-Härtefallverordnung des Bundes mit Verfügung vom 5. Mai 2021 eine Nachzahlung von Fr. 291'287.– und mit Verfügung vom 22. September 2021 einen Beitrag von Fr. 366'439.–.

**C.**

Am 29. Juni 2021 schlossen der Kanton Graubünden und die Schweizerische Eidgenossenschaft, handelnd durch das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), einen öffentlich-rechtlichen Vertrag gemäss Art. 16 der Covid-19-Härtefallverordnung vom 25. November 2020 ab (im Folgenden: HFMV 20, zitiert in E. 1.3).

Der Vertrag wurde in der Folge am 18. August 2021, 22. Februar 2022, 26. April 2022 und 16. Mai 2022 ergänzt.

**D.**

Mit E-Mail vom 9. Dezember 2021 reichte der Kanton Graubünden beim SECO eine Rechnung für die Auszahlungen bis zum 30. Juni 2021 im Betrag von Fr. 104'008'518.26 ein.

**E.**

Mit E-Mail vom 13. Dezember 2021 teilte das SECO dem Kanton Graubünden mit, dass im Fall der X.\_\_\_\_\_ AG Härtefallgelder für ein sich mehrheitlich in staatlicher Hand befindendes Unternehmen eingesetzt würden.

Gemäss Art. 1 Abs. 2 Bst. a HFMV 20 seien Unternehmen von Unterstützungen (mit Bundesbeteiligung) ausgeschlossen, an denen die öffentliche Hand (Bund, Kantone, Gemeinden) mit mehr als 10% beteiligt seien. Der Begriff der "Beteiligung" werde in der Bestimmung weder relativiert noch eingeschränkt, weshalb sie auch indirekte staatliche Beteiligungen erfasse. Die RhB halte 50% der Aktien der X.\_\_\_\_\_ AG. Die RhB befinde sich zu 51.3% im Besitz des Kantons Graubünden und zu 43,1% im Besitz des Bundes. Damit sei die öffentliche Hand auch an der X.\_\_\_\_\_ AG klar mit mehr als 10% beteiligt.

**F.**

Der Kanton Graubünden informierte das SECO mit E-Mail vom 13. Dezember 2021 darüber, dass er mit dieser Auslegung nicht einverstanden sei.

**G.**

Mit E-Mail vom 16. Dezember 2021 hielt das SECO an seiner Auffassung fest, wonach eine Bundesbeteiligung an den Kosten des Kantons Graubünden im Zusammenhang mit der X.\_\_\_\_\_ AG nicht möglich sei.

**H.**

Mit E-Mail vom 7. März 2022 machte der Kanton Graubünden geltend, im massgeblichen Zeitpunkt Februar/März 2021 hätten die Erläuterungen zur HFMV 20 die Passage, dass auch eine indirekte Staatsbeteiligung erfasst sei, noch nicht enthalten. Falls der Bund die Beteiligung ablehne, verlange er eine anfechtbare Verfügung durch das SECO.

**I.**

Nach einem weiteren E-Mail-Austausch teilte das SECO dem Kanton Graubünden mit E-Mail vom 29. März 2022 mit, dass es ihm nicht möglich sei, eine Verfügung zu erlassen, da sich vorliegend zwei Gemeinwesen - der Bund und der Kanton Graubünden – gegenüberstünden. Dem Kanton Graubünden stehe das Beschreiten des Rechtswegs selbstverständlich dennoch offen.

**J.**

Am 1. Juli 2022 erhebt der Kanton Graubünden eine Rechtsverweigerungsbeschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Er stellt die folgenden Rechtsbegehren:

"1. In Gutheissung der Rechtsverweigerungsbeschwerde sei das SECO zu verpflichten, die Kostenbeteiligung des Bundes an den Härtefallmassnahmen des Kantons Graubünden zugunsten der X.\_\_\_\_\_ AG im Umfang von 1 407

725 Franken mittels Genehmigung und Überweisung dieses Betrags im Rahmen der periodischen Rechnungsstellung betreffend Härtefallmassnahmen durch den Kanton zu gewähren.

2. Eventualiter sei in teilweiser Gutheissung der Rechtsverweigerungsbeschwerde das SECO zu verpflichten, die Beteiligung des Bundes an den Kosten der Härtefallmassnahme des Kantons Graubünden zugunsten der X. \_\_\_\_\_ AG im Umfang von 750 000 Franken mittels Genehmigung und Überweisung dieses Betrags im Rahmen der periodischen Rechnungsstellung betreffend Härtefallmassnahmen durch den Kanton zu gewähren.

3. Subeventualiter sei das SECO anzuweisen, eine anfechtbare Verfügung bezüglich der Kostenbeteiligung des Bundes an der Härtefallmassnahme des Kantons Graubünden zugunsten der X. \_\_\_\_\_ AG zu erlassen.

4. Subsubeventualiter sei die vorliegende Eingabe als verwaltungsrechtliche Klage entgegenzunehmen, mit folgenden Begehren:

a) Dem Kanton Graubünden sei an die Härtefallmassnahme zugunsten der X. \_\_\_\_\_ AG ein Betrag von 1 407 725 Franken zu leisten.

b) Eventualiter sei dem Kanton Graubünden an die Härtefallmassnahme zugunsten der X. \_\_\_\_\_ AG ein Betrag von 750 000 Franken zu leisten.

5. Unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge."

Zur Begründung führt er aus, er habe mit dem Einreichen der Rechnung das SECO um Übernahme der Kostenbeteiligung beziehungsweise um die Auszahlung des Bundesanteils gemäss Covid-19-Gesetz und HFMV 20 ersucht. Verweigere das SECO die Übernahme des Bundesanteils, müsse es eine Verfügung erlassen. Der Auffassung des SECO, es könne keine Verfügung erlassen, weil sich zwei Gemeinwesen gegenüberstünden, könne nicht gefolgt werden. Der Bund trete hier einseitig und hoheitlich und als Entscheidbehörde auf, und der Kanton Graubünden befinde sich in einem Subordinationsverhältnis. Daran ändere auch der zwischen dem SECO und dem Kanton Graubünden abgeschlossene Vertrag nichts. Es handle sich bei diesem Vertrag 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. Die Verweigerung der Übernahme des Bundesanteils hätte daher mittels Verfügung ergehen müssen. Aufgrund des subsidiären Charakters der verwaltungsrechtlichen Klage und der vorliegend nicht besonderen Streitigkeit sei nicht der Weg einer verwaltungsrechtlichen Klage einzuschlagen.

**K.**

Mit Vernehmlassung vom 8. September 2022 beantragt das SECO, auf die Rechtsverweigerungsbeschwerde des Kantons Graubünden sei nicht einzutreten, eventualiter sei diese abzuweisen. Eventualiter sei auf die verwaltungsrechtliche Klage des Kantons Graubünden nicht einzutreten, subeventualiter sei diese abzuweisen. Auf den Antrag auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung sei nicht einzutreten, eventualiter sei dieser Antrag abzuweisen.

Zur Begründung führt das SECO aus, es treffe nicht zu, dass es sich beim öffentlich-rechtlichen Vertrag vom 29. Juni 2021 nicht um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag im eigentlichen Sinn handle. Das SECO habe mit dem Kanton Graubünden darin die Härtefallmassnahmen ausgehandelt und inhaltlich festgelegt. Das für einen Vertrag entscheidende Merkmal der Konsensualität sei damit gegeben. Auch treffe es nicht zu, dass zwischen der Vorinstanz und dem Kanton Graubünden ein Subordinationsverhältnis vorliege; sie stünden sich vielmehr als gleichberechtigte Akteure gegenüber. Beruhe eine Forderungsstreitigkeit auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag, müsse für die Geltendmachung von Ansprüchen aus einem solchen Vertrag grundsätzlich der Klageweg beschritten werden. Auf den Verfügungsweg könne nur ausgewichen werden, wenn das Bundesrecht dies vorsehe. Eine derartige Bestimmung sei in der Covid-19-Gesetzgebung nicht enthalten. Das SECO habe daher zu Recht keine Verfügung erlassen. Bei Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen zwischen Bund und Kantonen sei indessen als einzige Instanz das Bundesgericht zuständig. Das Bundesverwaltungsgericht sei daher für die Beurteilung der vom Kanton Graubünden geltend gemachten Rechtsbegehren nicht zuständig. Weil der öffentlich-rechtliche Vertrag Anknüpfungspunkt sein müsse, um den Rechtsmittelweg zu bestimmen, sei überdies zunächst ein Mediationsverfahren gemäss Ziffer 6 des in Frage stehenden Vertrags einzuleiten. Auf ein solches Mediationsverfahren könne nur verzichtet werden, wenn beide Parteien damit einverstanden seien.

**L.**

Mit Replik vom 28. Oktober 2022 hält der Kanton Graubünden an seinen Rechtsbegehren fest.

Zur Begründung führt er aus, der Abschluss eines Vertrags nach Art. 16 HFMV 20 stelle lediglich ein inhaltsleeres formelles Erfordernis dar, damit das Härtefallmassnahmenprogramm des Kantons Graubünden vom Bund unterstützt werde. Weder er noch das SECO hätten bei der Formulierung

des Vertrags freies Verhandlungsermessen gehabt. Die Voraussetzungen für das Härtefallmassnahmenprogramm des Bundes seien abschliessend in den Rechtserlassen enthalten. Gemäss dem Vertrag werde kein Mediationsverfahren verlangt, sondern die Einleitung eines solchen sei für beide Seiten freiwillig. Es müsse aber zuerst das Gespräch gesucht werden. Dies habe der Kanton Graubünden getan, was der E-Mail-Verkehr belege. Weil seit der Weigerung der Vorinstanz, den Bundesanteil an den Härtefallmassnahmen der X. \_\_\_\_\_ AG zu bezahlen, ein Abrücken von den Positionen der Parteien nicht ersichtlich sei, wäre ein Mediationsverfahren sinnlos gewesen, zumal nach sechs Monaten ohne eine Einigung ohnehin der Rechtsweg zu beschreiten wäre.

Für ein Klageverfahren bleibe kein Raum, sofern rechtlich eine Rechtsverweigerungsbeschwerde möglich oder vorgesehen sei, weil das SECO mittels Verfügung hätte handeln müssen. Sollte indessen ein Klageverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht anstelle des Beschwerdeverfahrens für den Kanton insbesondere aus prozessualer und finanzieller Sicht nicht nachteilig sein und einer Verfahrensbeschleunigung dienen, stehe der Kanton Graubünden einem Klageverfahren nicht ablehnend gegenüber. Die Klage ans Bundesgericht sei auf Fälle beschränkt, für deren Beurteilung sich aufgrund ihrer Rechtsnatur und Bedeutung die Zuständigkeit des Bundesgerichts aufdränge. Vorliegend handle es sich dagegen um eine gewöhnliche verwaltungsrechtliche Streitsache. Ein Klageverfahren vor dem Bundesgericht sei daher abwegig.

#### **M.**

Mit Duplik vom 21. Dezember 2022 hält das SECO an seinen Rechtsbegehren fest. Der Rechtsweg könne erst beschritten werden, wenn innert sechs Monaten seit Einleitung der Mediation keine einvernehmliche Lösung zustande gekommen sei. Bislang sei kein Mediationsverfahren durchgeführt worden, weshalb die Beschreitung des Rechtswegs unzulässig sei. Dass sich der Kanton Graubünden um eine Einigung bemüht habe, könne das SECO nicht bestätigen. Auch reiche die blosser Behauptung, eine Mediation erscheine aussichtslos, nicht aus, um sich eingegangener Verpflichtungen zu entziehen. Es fehle an einem beidseitigen Verzicht auf die Mediation. Das Beschwerdeverfahren könne daher auch nicht in ein Klageverfahren umgewandelt werden. Bei Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen zwischen Bund und Kantonen sei das Bundesgericht zuständig, nicht das Bundesverwaltungsgericht. Der Vertragsinhalt sei in den Schranken der Covid-19-Gesetzgebung durchaus ausgehandelt worden. Eine Verfügungskompetenz des SECO bestehe auch deshalb nicht, weil die

Härtefall-Gesetzgebung als *lex specialis* und als jüngeres Recht dem Subventionsgesetz vorgehe und die Vertragsform ausdrücklich vorsehe.

**N.**

Mit Triplik vom 13. Januar 2023 hält der Kanton Graubünden an seinen Rechtsbegehren fest.

**O.**

Mit Quadruplik vom 13. Februar 2023 hält das SECO an seinen Rechtsbegehren fest.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**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.

**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.

**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).

**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.

**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 (BVGE 2009/49 E. 10; Urteile des BVGer B-7957/2007 vom 4. November 2008 E. 4.2 und B-6498/2020 vom 28. Januar 2021 E. 2.2).

**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 TSCHANEN/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.

**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. TSCHANEN/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.

**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.

**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.

**1.4.** Die Rechtsverweigerungsbeschwerde ist daher abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

## **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.

**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.

**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.).

**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.

**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.

**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).

**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.

### **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.

### **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.

**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).

**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.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Rechtsverweigerungsbeschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Beurteilung der Klage wird bejaht.

**3.**

Die Kosten für das Verfahren bezüglich der Rechtsverweigerungsbeschwerde werden auf Fr. 2'000.– festgelegt und dem Kanton Graubünden auferlegt.

**4.**

Für das Verfahren bezüglich der Rechtsverweigerungsbeschwerde wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**5.**

Über die Kostenfolgen des Klageverfahrens wird mit dem Entscheid in der Hauptsache befunden werden.

**6.**

Dieser Entscheid geht an den Kanton Graubünden, das SECO und den Bund.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Beatrice Grubenmann

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Zwischenentscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 22. Juni 2023

Zustellung erfolgt an:

- den Kanton Graubünden (Gerichtsurkunde)
- das SECO (Gerichtsurkunde)
- die Schweizerische Eidgenossenschaft (Gerichtsurkunde)