



---

Abteilung II  
B-2893/2022

## Urteil vom 4. März 2024

---

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,  
Kläger,

gegen

**Schweizerische Eidgenossenschaft,**  
handelnd durch Staatssekretariat für Wirtschaft SECO,  
Holzikofenweg 36, 3003 Bern,  
Beklagte.

---

Gegenstand

Härtefallmassnahmen für Unternehmen (Kostenbeteiligung  
des Bundes) – verwaltungsrechtliche Klage.

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

Die X. \_\_\_\_\_ AG ist eine private Aktiengesellschaft, welche je zu 50% der Rhätischen Bahn AG 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 (im Folgenden: Kläger) der X. \_\_\_\_\_ AG mit Verfügungen vom 23. März 2021, 5. Mai 2021 und 22. September 2021 Beiträge von insgesamt Fr. 1'407'725.–.

**C.**

Am 29. Juni 2021 schlossen der Kläger, vertreten durch das Departement für Volkswirtschaft und Soziales Graubünden, und die Schweizerische Eidgenossenschaft, handelnd durch das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (im Folgenden: Beklagte oder SECO), einen öffentlich-rechtlichen Vertrag "gemäss Art. 16 der Covid-19-Härtefallverordnung vom 25. November 2020" ab (im Folgenden: öffentlich-rechtlicher Vertrag). In der Folge ergänzten die Parteien diesen Vertrag mehrmals.

**D.**

Mit E-Mail vom 9. Dezember 2021 reichte der Kläger beim SECO eine Rechnung für die beantragten Bundesbeiträge an die Härtefallmassnahmen des Kantons ein.

**E.**

Mit E-Mail vom 13. Dezember 2021 teilte das SECO dem Kläger mit, dass im Fall der X. \_\_\_\_\_ AG Härtefallgelder für ein sich mehrheitlich in staatlicher Hand befindendes Unternehmen eingesetzt worden seien. Gemäss Art. 1 Abs. 2 Bst. a der Covid-19-Härtefallverordnung seien Unternehmen, an denen die öffentliche Hand (Bund, Kantone, Gemeinden) mit mehr als 10% beteiligt sei, von Unterstützungen mit Bundesbeteiligung ausgeschlossen. Der Begriff der "Beteiligung" erfasse auch indirekte staatliche Beteiligungen. Die Rhätische Bahn AG halte 50% der Aktien der X. \_\_\_\_\_ AG und befinde sich ihrerseits 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 Kläger 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 der 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 Kläger geltend, im massgeblichen Zeitpunkt Februar/März 2021 hätten die Erläuterungen zur Covid-19-Härtefallverordnung 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 Kläger mit E-Mail vom 29. März 2022 mit, die Voraussetzungen, um eine Verfügung zu erlassen, seien nicht gegeben, da sich vorliegend zwei Gemeinwesen – die Beklagte und der Kläger – gegenüberstünden. Dem Kläger stehe das Beschreiten des Rechtswegs selbstverständlich dennoch offen.

**J.**

Am 1. Juli 2022 erhebt der Kläger Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit 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 der Kläger 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 Covid-19-Härtefallverordnung ersucht. Verweigere die Beklagte die Übernahme des Bundesanteils, müsse das SECO eine Verfügung erlassen. Daran ändere auch der zwischen der Beklagten und dem Kläger abgeschlossene Vertrag nichts, denn 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 X.\_\_\_\_\_ AG sei eine private Aktiengesellschaft und gehöre zu je 50% den ebenfalls privatrechtlich organisierten Unternehmen Rhätische Bahn AG und Matterhorn Gotthard Bahn. Die Rhätische Bahn AG sei zu über 95% in Staatshand. Am Kapital der X.\_\_\_\_\_ AG seien aber weder der Bund, noch Kantone oder Gemeinden beteiligt. Art. 1 Abs. 2 Bst. a der Covid-19-Härtefallverordnung, welcher besage, dass sich der Bund nicht an den Kosten oder Verlusten, die einem Kanton aus seinen Härtefallmassnahmen für Unternehmen entstünden, an deren Kapital Bund, Kantone oder Gemeinden mit mehr als 12 000 Einwohnern insgesamt zu mehr als 10 Prozent beteiligt seien, könne daher nicht auf die X.\_\_\_\_\_ AG angewendet werden.

Das Gesuch der X.\_\_\_\_\_ AG vom 17. Februar 2021 sei gemäss den Regeln der damals geltenden Covid-19-Härtefallverordnung behandelt worden. Der Kläger habe ihr den Betrag von Fr. 750'000.– mit Verfügung

vom 23. März 2021 zugesichert. Es habe keine Diskussionen oder Hinweise betreffend Staatsbeteiligung gegeben. Da die Beklagte die neue Auslegung trotz anderslautendem Wortlaut der Covid-19-Härtefallverordnung erst in den Erläuterungen ab dem 1. April 2021 eingeführt habe, habe sie den Betrag von Fr. 750'000.– auf jeden Fall zu übernehmen.

#### **K.**

Mit Vernehmlassung vom 8. September 2022 beantragt die Beklagte, 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.

Zwischen der Beklagten und dem Kläger liege kein Subordinationsverhältnis vor, vielmehr stünden sie sich als gleichberechtigte Akteure gegenüber. Für die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Vertrag vom 29. Juni 2021 müsse grundsätzlich der Klageweg beschritten werden, doch sei bei Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen zwischen Bund und Kantonen als einzige Instanz das Bundesgericht zuständig, weshalb das Bundesverwaltungsgericht nicht zuständig sei. Überdies sei gemäss Ziffer 6 des in Frage stehenden Vertrags zunächst ein Mediationsverfahren einzuleiten. Darauf könne nur verzichtet werden, wenn beide Parteien damit einverstanden seien.

In materieller Hinsicht führt die Beklagte aus, mit der Präzisierung in den Erläuterungen zu Art. 1 Abs. 2 Bst. a der Covid-19-Härtefallverordnung sei nichts Neues eingeführt worden, sondern es sei das bestehende Konzept dieser Bestimmung wiedergegeben worden. Die Anwendung der 10%-Regel auf die X. \_\_\_\_\_ AG sei aufgrund der staatlichen Beteiligung sachlich und rechtlich gerechtfertigt.

#### **L.**

Mit Replik vom 28. Oktober 2022, Duplik vom 21. Dezember 2022, Triplik vom 13. Januar 2023 und Quadruplik vom 13. Februar 2023 halten die Parteien an ihren Rechtsbegehren fest.

**M.**

Mit Zwischenentscheid vom 21. Juni 2023 wies das Bundesverwaltungsgericht die Rechtsverweigerungsbeschwerde des Klägers ab und bejahte seine Zuständigkeit zur Beurteilung der Klage.

**N.**

Auf Anfrage des Gerichts verzichteten die Parteien mit Eingaben vom 29. September 2023 beziehungsweise 6. Oktober 2023 auf die Durchführung einer mündlichen Vorbereitungsverhandlung nach Art. 34 f. des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess (BZP) und/oder die Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung gemäss Art. 66 BZP.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:****1.**

**1.1** Mit Zwischenentscheid vom 21. Juni 2023 wies das Bundesverwaltungsgericht die Rechtsverweigerungsbeschwerde des Kantons Graubünden ab und bejahte seine Zuständigkeit zur Beurteilung der vorliegenden Klage (Subsubeventualbegehren).

Zur Begründung seiner Zuständigkeit führte das Bundesverwaltungsgericht aus, zwischen Art. 120 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) und Art. 35 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) bestehe ein positiver Kompetenzkonflikt, doch enthalte keines dieser Gesetze eine ausdrückliche Regelung, wie er zu entscheiden sei. Vom Wortlaut her liege zwar die Auslegung nahe, dass Art. 120 Abs. 1 BGG eine *lex specialis* darstelle und daher Art. 35 VGG vorgehe. In teleologischer Hinsicht sei indessen zu berücksichtigen, dass die *ratio legis* von Art. 120 BGG darin gesehen werde, 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; vgl. BERNHARD WALDMANN, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger/Kneubühler [Hrsg.], Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl. 2018, Art. 120 N. 9). Diese Überlegung sei aber 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. Auch ergebe sich aus der Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, dass mit jener Totalrevision beabsichtigt worden sei, die Überlastung des Bundesgerichts zu beseitigen, um seine Funktionsfähigkeit als oberstes Gericht sicherzustellen. Besonders arbeitsintensiv seien dabei die Fälle, in denen das Bundesgericht als erste und einzige Instanz urteile. Eine der vier Entlastungsmassnahmen sei daher der Ausbau der richterlichen Vorinstanzen. In der Botschaft sei daher ausgeführt worden, dass das Bundesgericht nur noch in jenen Fällen als einzige Instanz im Klageverfahren urteilen solle, wo sich dies aus staatspolitischen Gründen aufdränge (Botschaft Totalrevision Bundesrechtspflege, BBl 2001 4202, 4213 ff.). Dieses wesentliche Anliegen, das mit der Totalrevision der Bundesrechtspflege umgesetzt werden sollte, spreche somit eher für eine restriktive Auslegung von Art. 120 BGG und eine erstinstanzliche Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts. Gestützt auf diese teleologischen Überlegungen und entsprechend seiner bisherigen Praxis bejahte das Bundesverwaltungsgericht daher seine Zuständigkeit zur Beurteilung der vorliegenden Klage (vgl. Zwischenentscheid des BVGer B-2893/2022 vom 21. Juni 2023 E. 2.1-2.6).

**1.2** Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, vor der Einleitung des Beschwerdeverfahrens hätte das im öffentlich-rechtlichen Vertrag vom 29. Juni 2021 vereinbarte Mediationsverfahren durchgeführt und eine für beide Vertragsparteien einvernehmliche Lösung gesucht werden müssen. Dies sei indessen nicht geschehen. Auf das Mediationsverfahren könne nicht einseitig verzichtet werden, sondern nur mit Zustimmung der anderen Vertragspartei. Der Kläger hätte der Beklagten hierfür einen begründeten Antrag auf einen Verzicht unterbreiten müssen. Auch in Fällen, in welchen Einigkeit darüber bestehe, dass eine Mediation kaum zu einer Lösung führen würde, müssten beide Parteien dem Verzicht auf ein Mediationsverfahren formal zustimmen. Da es an einem derartigen beidseitigen Verzicht auf die Mediation fehle, sei auf die Klage nicht einzutreten. Die Beklagte verweist auch auf Art. 44 Abs. 3 BV: Danach habe die Streitbeilegung zwischen Bund und Kanton nach Möglichkeit auf dem Weg der Verhandlung und Vermittlung zu erfolgen. Die vorliegende Situation sei sodann vergleichbar mit einem dem Entscheidverfahren vorangehenden Schlichtungsversuch gemäss der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO, SR 272). Die Durchführung des Entscheidverfahrens bedinge dort eine gültige Klagebewilligung

der Schlichtungsbehörde im Sinne einer Prozessvoraussetzung, andernfalls sei auf die Klage nicht einzutreten.

Der Kläger bestreitet, dass ein Mediationsverfahren zwingend vorgenommen werden müsse. Gemäss dem Wortlaut der betreffenden Vertragsklausel stehe es jeder Vertragspartei frei, ein Mediationsverfahren einzuleiten, wenn keine Einigung möglich scheine. Verpflichtend sei einzig, vorab das Gespräch zu suchen. Die Beklagte habe auf ihrem Entscheid, die Rechnung nicht zu übernehmen, beharrt, weshalb der Kläger es als sinnlos angesehen habe, ein Mediationsverfahren durchzuführen. Es grenze an Trölererei, wenn die Beklagte dem Kläger nun vorwerfe, er habe die Mittel zur Streitbeilegung nicht ausgeschöpft und könne daher nicht den Rechtsweg beschreiten.

**1.2.1** Der öffentlich-rechtliche Vertrag vom 29. Juni 2021 enthält die folgende Klausel mit dem Titel "Rechtsschutz und Mediationsverfahren":

#### **"6. Rechtsschutz und Mediationsverfahren**

Bei Konflikten, welche aus diesem Vertrag entstehen, suchen die Vertragsparteien zunächst das Gespräch und bemühen sich um eine einvernehmliche Lösung. Scheint keine Einigung möglich, so steht es jeder Vertragspartei frei, ein Mediationsverfahren einzuleiten.

Das Mediationsverfahren wird von drei Mediatoren respektive Mediatorinnen durchgeführt, die wie folgt eingesetzt werden: Je ein Mitglied wird vom Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) und dem Kanton benannt. Die beiden benannten Mitglieder bezeichnen einvernehmlich das dritte Mitglied. Bei Uneinigkeit entscheidet die Vorsteherin bzw. der Vorsteher des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF). Die Mediatoren respektive Mediatorinnen entscheiden unter sich mit einfachem Mehr.

Im Mediationsverfahren vermitteln die Mediatoren zwischen den Parteien und unterbreiten ihnen Lösungsvorschläge zu den streitigen Fragen.

Die Mediatoren respektive Mediatorinnen geben sich eine Geschäftsordnung. Diese ist durch die Vertragsparteien zu genehmigen.

Die Kosten der Mediation, deren Kostenfaktoren in der Geschäftsordnung festzulegen sind, tragen der Kanton und der Bund je zur Hälfte.

Falls innert sechs Monaten seit Einleitung des Mediationsverfahrens durch die Vertragsparteien keine einvernehmliche Lösung der streitigen Fragen erzielt werden konnte, steht es jeder Vertragspartei frei, den ordentlichen Rechtsweg zu beschreiten. Im Übrigen richtet sich der Rechtsschutz nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege."

**1.2.2** Entscheidet das Bundesverwaltungsgericht als erste Instanz in einem Klageverfahren, so sieht Art. 44 Abs. 1 VGG vor, dass sich das Verfahren nach den Art. 3 - 73 und 79 - 85 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP, SR 273) richtet (vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER/MARTIN KAYSER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2022, Rz. 5.6; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 1240). Einer der Unterschiede zwischen der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO, SR 272) und dem Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess liegt darin, dass es nach dem Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess kein Schlichtungsverfahren gibt, wie es grundsätzlich im Geltungsbereich der Zivilprozessordnung vorgesehen ist (vgl. Art. 202 ff. ZPO). Auch ist im Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess – anders als in Art. 213 ff. ZPO – kein Mediationsverfahren vorgesehen (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 1264 f.).

Sieht aber das massgebliche Prozessrecht keine derartige vorgängige Durchführung eines Mediationsverfahrens vor, so kann eine entsprechende Prozessvoraussetzung auch nicht durch eine vertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien begründet werden.

**1.2.3** Ohnehin verhält die Beklagte sich rechtsmissbräuchlich, wenn sie dem Kläger nun vorwirft, er hätte zuerst ein Mediationsverfahren einleiten müssen:

Aktenkundig und unbestritten ist, dass die Vertragsparteien im Zeitraum vom 13. Dezember 2021 bis zum 29. März 2022 insgesamt sieben E-Mails ausgetauscht hatten, in welchen sie ihren jeweiligen rechtlichen Standpunkt zur streitigen Frage der Übernahme der kantonalen Härtefallmassnahmen zu Gunsten der X.\_\_\_\_\_ AG durch den Bund dargelegt hatten. So schrieb der Kläger mit E-Mail vom 7. März 2022:

"Wir hegen nach wie vor die Erwartung oder Hoffnung, dass der Bund die Fr. 1.4 Mio. übernimmt. Wir kennen Ihre Haltung, möchten aber gerne nochmals an Sie appellieren. Gerne können wir uns auch telefonisch austauschen, um eine Lösung zu besprechen. Auf jeden Fall sehen wir eine Übernahme des bereits im März 2021 zugesicherten Beitrags von Fr. 750'000.– durch den Bund, da dort die Passage betr. indirekte Staatsbeteiligung noch nicht in den Erläuterungen aufgenommen war. Insofern ginge es "nur" noch um einen Betrag von rund Fr. 650'000.–. Wir erachten es für möglich, dass wir hier eine Einigung erzielen. Wäre eine Einigung über den ganzen Betrag oder den Teil-

betrag nicht möglich, müssten wir - vor allem aufgrund der allgemeinen Verantwortung, die wir als Verwaltung gegenüber dem Kanton haben, diejenigen Forderungen, die uns gemäss unseres Erachtens zustehen, auch geltend zu machen - weitere Schritte unternehmen, um den Fall endgültig zu klären, sprich eine anfechtbare Verfügung verlangen. Wir würden aber sehr gern davon absehen und eine gütliche Einigung finden. Ich bitte Sie deshalb nochmals um eine Prüfung des Falles und, falls Sie einverstanden sind, um ein Gespräch, um die Möglichkeiten zu eruieren und eine gütliche Einigung zu finden."

Nach einer schriftlichen Antwort der Beklagten fand am 16. März 2022 ein Telefongespräch zwischen den Parteien statt. Am 29. März 2022 teilte die Beklagte dem Kläger mit:

"Wie wir Ihnen bereits mitgeteilt haben, ist eine Beteiligung des Bundes an den Kosten, die dem Kanton aus seinen Härtefallmassnahmen entstehen, gestützt auf Art. 1 Abs. 2 Covid-19-Härtefallverordnung 2020 (HFMV 20; Fassung vom 18. Dezember 2021) nicht möglich, wenn Bund, Kantone oder Gemeinden zu mehr als 10 % am infrage stehenden Unternehmen beteiligt sind. Von der Bestimmung erfasst werden auch indirekte staatliche Beteiligungen (Erläuterungen zu Art. 2 HFMV 20, S. 4). Dieser Sachverhalt liegt bei der X. \_\_\_\_\_ AG, wie wir Ihnen bereits aufgezeigt haben, vor.

Wie bereits telefonisch angekündigt, teilen wir Ihnen mit, dass das SECO keine Verfügung erlassen kann. Im vorliegenden Fall stehen sich der Bund und der Kanton Graubünden – d.h. zwei Gemeinwesen – gegenüber. Abklärungen mit unserem Rechtsdienst haben ergeben, dass es dem Bund aus diesem Grund nicht möglich ist, eine Verfügung zu erlassen. Selbstverständlich steht dem Kanton Graubünden aber das Beschreiten des Rechtswegs dennoch offen."

Aus dieser Korrespondenz geht hervor, dass der Kläger sich darum bemühte, zuerst mit der Beklagten das Gespräch zu suchen. Die Beklagte ihrerseits verweigerte das Gespräch zwar nicht, aber nachdem klar war, dass eine gütliche Einigung auf diesem Weg nicht zustande kommen würde, verlangte sie keine Mediation, sondern sie verwies den Kläger ausdrücklich auf den Rechtsweg.

Wenn die Beklagten dem Kläger aber ausdrücklich mitteilte, es stehe ihm offen, den Rechtsweg zu beschreiten, dann muss sie sich widersprüchliches Verhalten ("venire contra factum proprium") vorwerfen lassen, wenn sie nunmehr geltend macht, auf die Klage sei nicht einzutreten, weil der Kläger zuerst ein Mediationsverfahren in die Wege hätte leiten müssen.

**1.3 Auf die Klage ist daher einzutreten.**

## 2.

In materieller Hinsicht beantragt der Kläger, die Beklagte sei zu verpflichten, die Kosten der von ihm zugunsten der X. \_\_\_\_\_ AG geleisteten Beiträge für Umsatzrückgänge im Jahr 2020 und bis und mit Juni 2021 im Gesamtbetrag von Fr. 1'407'725.– vollständig zu übernehmen.

Die Beklagte verweigert die Übernahme dieser Beiträge mit der Begründung, die öffentliche Hand sei an der X. \_\_\_\_\_ AG mit mehr als 10% beteiligt, weshalb eine Bundesbeteiligung ausgeschlossen sei.

**2.1** Der Kläger und die Beklagte schlossen am 29. Juni 2021 einen öffentlich-rechtlichen Vertrag gemäss dem bis 31. Dezember 2021 in Kraft gestandenen Art. 16 der Covid-19-Härtefallverordnung vom 25. November 2020 (HFMV 20, SR 951.262, AS 2020 5849). Sie vereinbarten darin, dass der Kläger nicht rückzahlbare Beiträge gemäss der kantonalen Ausführungsverordnung vom 21. Januar 2021 über Härtefallmassnahmen für Unternehmen im Zusammenhang mit der COVID-19-Epidemie (COVID-19-AVHF, amtliche Gesetzessammlung des Kantons Graubünden [AGS] 2021-002) leiste an Unternehmen, welche die Kriterien der bundesrechtlichen Grundlagen erfüllten (vgl. Ziff. 2.2 des öffentlich-rechtlichen Vertrags). Der Bund verpflichtete sich, sich zu 70 Prozent an den Härtefallmassnahmen zugunsten von Unternehmen mit einem Jahresumsatz bis 5 Millionen Franken beziehungsweise zu 100 Prozent an den Härtefallmassnahmen zugunsten von Unternehmen mit einem Jahresumsatz von über 5 Millionen Franken zu beteiligen. Der Bund könne Auszahlungen an Kantone zurückbehalten oder geleistete Zahlungen von einem Kanton zurückfordern, wenn sich herausstelle, dass die Anforderungen der Covid-19-Härtefallverordnung oder dieses Vertrags nicht eingehalten worden seien (vgl. Ziff. 4 des öffentlich-rechtlichen Vertrags).

**2.2** Öffentlich-rechtliche Verträge sind praxisgemäss wie privatrechtliche Verträge auszulegen. Dabei ist in erster Linie auf den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien abzustellen (Art. 18 OR). Diese subjektive Vertragsauslegung bezieht sich auf den Willen der Vertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Nachträgliches Parteiverhalten kann berücksichtigt werden, wenn es Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen der Parteien zulässt. Lässt sich ein übereinstimmender Parteiwille nicht feststellen, ist der Vertrag so auszulegen, wie er nach dem Vertrauensgrundsatz verstanden werden durfte und musste (BGE 144 V 84 E. 6.2.1; Urteil des BGer 2C\_1055/2012 vom 22. Januar 2014 E. 2.1; BGE 137 III 145 E. 3.2.1, 136 III 186 E. 3.2.1; Urteil des BVGer B-8031/2015 vom

4. November 2019 E. 4.6.1; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2. Aufl. 2018, §13 Rz. 1019; ULRICH HÄFELIN/ GEORG MÜLLER/ FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 1343; PIERRE TSCHANNEN/ MARKUS MÜLLER/MARKUS KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2022, § 35 Rz. 1005).

Bei der Auslegung verwaltungsrechtlicher Verträge ist zu beachten, dass die Verwaltungsbehörde beim Abschluss von Verträgen dem öffentlichen Interesse Rechnung zu tragen hat. In Zweifelsfällen ist daher zu vermuten, dass sie keinen Vertrag abschliessen wollte, der mit dem öffentlichen Interesse im Widerspruch steht, und dass sich der Vertragspartner darüber Rechenschaft gab (BGE 144 V 84 E. 6.2; 139 V 82E. 3.2.1; 135 V 237 E. 3.6).

**2.3** Zwischen den Parteien ist nicht bestritten, dass aufgrund des Verweises im öffentlich-rechtlichen Vertrag auf die "Kriterien der bundesrechtlichen Grundlagen" und die "Anforderungen der Covid-19-Härtefallverordnung" auch Art. 1 HFMV 20 als Vertragsbestandteil anzusehen ist. Umstritten ist lediglich, wie diese Bestimmung auszulegen ist.

Art. 1 HFMV 20 (in der Fassung gemäss Ziff. I der Verordnung vom 31. März 2021, in Kraft seit 1. April 2021 [AS 2021 184]) lautet wie folgt:

"Der Bund beteiligt sich gestützt auf Artikel 12 des Covid-19-Gesetzes vom 25. September 2020 im Rahmen des von der Bundesversammlung bewilligten Verpflichtungskredits an den Kosten und Verlusten, die einem Kanton aus seinen Härtefallmassnahmen für Unternehmen entstehen, sofern:

[...]

2 Er beteiligt sich nicht an den Kosten oder Verlusten, die einem Kanton aus seinen Härtefallmassnahmen für Unternehmen entstehen:

- a. an deren Kapital Bund, Kantone oder Gemeinden mit mehr als 12 000 Einwohnern insgesamt zu mehr als 10 Prozent beteiligt sind;
- b. die in der Schweiz weder eine Geschäftstätigkeit ausüben noch eigenes Personal beschäftigen."

**2.4** Der Kläger argumentiert, gemäss dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 Bst. a HFMV 20 würden nur Unternehmen erfasst, an **deren** Kapital Bund, Kantone oder Gemeinden mit mehr als 12 000 Einwohnern insgesamt zu mehr als 10 Prozent beteiligt seien. Art. 1 Abs. 2 Bst. a HFMV 20 schliesse eine Unterstützung eines Unternehmens aber nicht aus, wenn nicht das Unter-

nehmen selbst, sondern die Muttergesellschaften des Unternehmens teilweise vom Staat gehalten würden. Es bleibe kein Raum für eine Auslegung, dass der Ausschluss auch für eine indirekte Staatsbeteiligung gelte. Die X. \_\_\_\_\_ AG gehöre zu je 50% den beiden Aktiengesellschaften Rhätische Bahn AG und Matterhorn Gotthard Bahn. Die Rhätische Bahn AG sei zwar zu über 95% in Staatshand. Dagegen befänden sich die Aktien der Tochtergesellschaft X. \_\_\_\_\_ AG nicht im Eigentum des Bundes, des Kantons oder von Gemeinden. Die X. \_\_\_\_\_ AG werde damit nicht vom Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 Bst. a HFMV 20 erfasst.

Die Beklagte dagegen macht geltend, in den Erläuterungen zu Art. 1 Abs. 2 Bst. a HFMV 20 werde ausgeführt, dass eine höhere staatliche (auch indirekte) Beteiligung auf ein strategisches Interesse hindeute, das es den zuständigen Staatsebenen zumutbar mache, ein Unternehmen mit eigenen Mitteln zu stützen. Vorliegend sei davon auszugehen, dass ein strategisches Interesse der Rhätischen Bahn AG die Grundvoraussetzung für ihre Beteiligung an der X. \_\_\_\_\_ AG gewesen sei. Ein entsprechendes Interesse an der X. \_\_\_\_\_ AG sei darin zu erblicken, dass ihr durch die Rhätische Bahn AG und die Matterhorn Gotthard Bahn zu günstigen Konditionen Darlehen gewährt worden seien. Das zeige die Bereitschaft, die X. \_\_\_\_\_ AG zu unterstützen, klar. Im Übrigen sei Art. 1 Abs. 2 Bst. a HFMV 20 absolut formuliert: Der Ausschluss gelte nicht nur für Beteiligungen, die der Kanton als strategisch einstufe.

**2.5** Die Parteien machen nicht geltend, dass die Frage, wie der Begriff der Beteiligung auszulegen sei, vor dem Vertragsabschluss zwischen ihnen konkret diskutiert worden sei. Aus ihrer Korrespondenz ergibt sich denn auch nichts Derartiges.

Immerhin lagen in jenem Zeitpunkt bereits Erläuterungen zur HFMV 20 vor, welche als relevante Meinungsäusserung der Beklagten zu dieser Frage zu werten sind. Zu Art. 1 Abs. 2 Bst. a HFMV 20 wurde in den Erläuterungen vom 31. März 2021 ausgeführt,

"Absatz 2 hält fest, dass Unternehmen in staatlicher Hand keinen Anspruch auf kantonale Härtefallmassnahmen haben. Eine Härtefallmassnahme soll deshalb ab einer staatlichen Beteiligung von insgesamt mehr als 10 Prozent am gesuchstellenden Unternehmen nicht zur Anwendung kommen. Dies, weil eine höhere staatliche Beteiligung auf ein strategisches Interesse hindeutet, welches es für die zuständigen Staatsebenen zumutbar macht, das Unternehmen mit eigenen Mitteln zu stützen. Das Argument gilt auch für Unternehmen, an denen ein anderes staatliches Unternehmen beteiligt ist (indirekte staatliche Beteiligung). Kleine Gemeinden könnten allerdings mit der Stützung ihrer

Unternehmen finanziell überfordert sein. Die Verordnung sieht daher eine entsprechende Ausnahme vor. Damit wird verhindert, dass beispielsweise touristische Betriebe in Gebirgskantonen aufgrund der Beteiligung ihrer Standortgemeinde zum Vornherein von der Härtefallregelung ausgeschlossen werden (Bst. a). Dabei spielt es keine Rolle, ob nur eine oder mehrere kleine Gemeinden nach Buchstabe a an einem solchen Betrieb beteiligt sind (vgl. Erläuterungen vom 31. März 2021, S. 3).

Die Passage "Das Argument gilt auch für Unternehmen, an denen ein anderes staatliches Unternehmen beteiligt ist (indirekte staatliche Beteiligung)", in diesen Erläuterungen bringt unzweideutig zum Ausdruck, dass die Beklagte die Auffassung vertrat, aufgrund von Sinn und Zweck der Bestimmung müssten auch indirekte staatliche Beteiligungen vom Ausschluss erfasst sein.

Der Kläger macht nicht geltend, dass er diese Erläuterungen nicht gekannt habe. Vielmehr führt er selber aus, dass er seit April oder Mai 2021 von dieser Passage Kenntnis hatte. Es ist indessen unbestritten, dass er dieser Auslegung von Art. 1 Abs. 2 Bst. a HFMV 20 vor dem Vertragsabschluss nicht widersprochen hatte.

**2.6** Der Kläger geht selbst offenbar davon aus, dass der Begriff "beteiligt" von seinem Wortsinn her nur direkte Beteiligungen, also das Halten eines Teils der Aktien oder anderer Beteiligungspapiere des betreffenden Unternehmens, beinhaltet. Anhaltspunkte dafür, dass diese Interpretation dem üblichen Wortsinn entsprechen würden, nennt er aber keine und sind für das Gericht auch nicht ersichtlich.

Im schweizerischen Recht wird der Begriff der Beteiligung in verschiedenen Gebieten verwendet. So enthält insbesondere das Rechnungslegungsrecht eine eigentliche Definition des Begriffs. Art. 960d Abs. 3 OR lautet:

" Als Beteiligungen gelten Anteile am Kapital eines anderen Unternehmens, die langfristig gehalten werden und einen massgeblichen Einfluss vermitteln. Dieser wird vermutet, wenn die Anteile mindestens 20 Prozent der Stimmrechte gewähren."

Auch diese Bestimmung verwendet in ihrem Wortlaut nur den Ausdruck "Beteiligungen", ohne näher zu definieren, ob die in Frage stehenden Beteiligungspapiere direkt gehalten sein müssen oder ob auch ein indirektes Halten als Beteiligung gilt. Bereits aus der Botschaft zu diesem Artikel ergibt sich indessen, dass darunter sowohl direkte wie auch wesentliche indirekte Beteiligungen an anderen Unternehmen zu verstehen sind (vgl.

Botschaft vom 21. Dezember 2007 zur Änderung des Obligationenrechts [Aktienrecht und Rechnungslegungsrecht sowie Anpassungen im Recht der Kollektiv- und der Kommanditgesellschaft, im GmbH-Recht, Genossenschafts-, Handelsregister- sowie Firmenrecht] [BBI 2008 1589, 1708]). Soweit diese Frage in der Literatur überhaupt thematisiert wird, wird diese Auslegung geteilt (vgl. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht 5. Aufl. 2022, S. 763).

Dass der Gesetzgeber es nicht als notwendig erachtete, die Auslegung des Begriffes "Beteiligung" in dieser Hinsicht weiter zu definieren, und die Frage in der Literatur praktisch nirgendwo thematisiert wird, zeigt, dass es sich bei dieser Auslegung um das im Rechnungslegungsrecht allgemein übliche Verständnis des Begriffes "Beteiligungen" handelt.

Es ist daher davon auszugehen, dass im Rechnungslegungsrecht – und überhaupt im Wirtschaftsrecht – unter dem Begriff "Beteiligung" von seinem Wortsinn her sowohl direkte wie auch wesentliche indirekte Beteiligungen an anderen Unternehmen zu verstehen sind.

**2.7** Der Kläger legt auch nicht dar, warum seine restriktive Auslegung des Begriffes "Beteiligungen" den Sinn der Ausnahme von Art. 1 Abs. 2 Bst. a HFMV 20 überzeugender wiedergeben würde als die Auslegung in den Erläuterungen der Beklagten. Er argumentiert zwar, dass im ganzen Härtefallprogramm immer nur das Unternehmen betrachtet werde, nicht die Eigentumsverhältnisse. Ob eine Muttergesellschaft einen Anspruch auf Härtefallmassnahmen habe oder nicht, spiele für die Beurteilung des Anspruchs einer Tochtergesellschaft keine Rolle. Die Konzernstruktur werde nie herangezogen. Eine Unterscheidung je nach Umstand, wer Aktionär eines Unternehmens sei, sei nie gemacht worden. Eine einzige Ausnahme gebe es gemäss Art. 1 Abs. 2 Bst. a HFMV 20 für den Fall, dass der Staat direkt am Unternehmen beteiligt sei. Die Begründung für diese Bestimmung gemäss den Erläuterungen laute, dass eine höhere staatliche Beteiligung auf ein strategisches Interesse der beteiligten Staatsebene hindeute, womit es für diese Staatsebene zumutbar sei, das Unternehmen mit eigenen Mitteln beziehungsweise mit öffentlichen Geldern zu stützen. Diese Annahme sei aber nicht fundiert. Einerseits sei es eine reine Mutmassung, dass bei einer solchen direkten Beteiligung ein strategisches Interesse vorhanden sei. Andererseits könnten öffentliche Gelder nicht ohne weiteres für Unternehmen eingesetzt werden, an denen ein Gemeinwesen direkt beteiligt sei. Auch wenn das Argument betreffend die direkte Beteiligung für den Bund und den Kanton bei einer hohen Beteiligung von 100 %

oder zum Beispiel über 66 % nachvollziehbar erscheine, könne es nicht für alle Situationen gelten. Es sei schlicht undenkbar, dass der Kanton im Markt tätige Unternehmen ausserhalb der Härtefallgesetzgebung mit Geldern zu unterstützen hätte, weil er an einem solchen Unternehmen in geringem Masse, beispielsweise nur zu 12 %, beteiligt sei. Umso weniger dürfe das Argument für indirekte Staatsbeteiligungen herangezogen werden. Da das Gerüst der Argumentation bereits für eine direkte Staatsbeteiligung eher wackelig erscheine, falle es in Bezug auf eine indirekte Beteiligung in sich zusammen. Es sei auch sehr fraglich, ob der Bundesrat eine solche – einschneidende – Einschränkung ohne Grundlage im Covid-19-Gesetz selbst erlassen könnte. Für eine derart schwere Ungleichbehandlung gegenüber anderen Unternehmen wäre eine Grundlage in einem formellen Gesetz erforderlich gewesen. Das gelte umso mehr, wenn die Regel noch auf eine indirekte Staatsbeteiligung ausgedehnt werde.

Die Beklagte dagegen macht geltend, bei einer indirekten staatlichen Beteiligung sei von einer wirtschaftlichen Einheit der involvierten Unternehmen auszugehen. Entsprechend müssten Unternehmen mit einer direkten oder indirekten staatlichen Beteiligung von mehr als 10 Prozent gleichbehandelt werden. Die Rhätische Bahn AG habe die X. \_\_\_\_\_ AG in ihrer Jahresrechnung 2020 als konsolidierte Tochtergesellschaft ausgewiesen. Die beiden Unternehmen seien entsprechend als wirtschaftliche Einheit zu betrachten, in der es für die Muttergesellschaft zumutbar sei, die Tochter zu unterstützen. Das strategische Interesse der Trägergesellschaften an der X. \_\_\_\_\_ AG sei daran ersichtlich, dass sie bereit gewesen seien, die X. \_\_\_\_\_ AG finanziell zu stützen und ihr Darlehen zu günstigen Konditionen gewährt hätten. Auch sei davon auszugehen, dass die X. \_\_\_\_\_ AG im betrieblichen Alltag (indirekt) von den Beiträgen des Bundes und von Covid-19-Finanzhilfen für den Personenverkehr von ihren Muttergesellschaften profitiert habe.

Aus der Argumentation des Klägers ergibt sich zwar, dass er die Ausnahmeregelung von Art. 1 Abs. 2 Bst. a HFMV 20 an sich ablehnt. Es gelingt ihm indessen nicht darzulegen, warum die Ausnahmeregelung von Art. 1 Abs. 2 Bst. a HFMV 20 einleuchtender begründet werden könnte, wenn sie im Sinne einer Beschränkung auf direkte Beteiligungen ausgelegt würde. Es lässt sich aus seiner Argumentation daher nichts entnehmen, das auf einen Vertragswillen der Parteien in dem von ihm vertretenen Sinn schliessen liesse.

Die Argumentation der Beklagten andererseits entspricht einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise und leuchtet daher ein, jedenfalls soweit es, wie im vorliegenden Fall, nicht um eine geringe Beteiligung einer Gemeinde, sondern um eine erhebliche Beteiligung eines Kantons selbst geht und das Unternehmen, an dem der Kanton direkt beteiligt ist, seinerseits eine derart hohe Beteiligung an der in Frage stehenden Tochtergesellschaft hält, dass es diese konsolidieren muss.

**2.8** Der Kläger stützt sich weiter auf ein Gutachten von Prof. Felix Uhlmann und MLaw Martin Wilhelm vom 15. September 2021 (im Folgenden: Gutachten Uhlmann/Wilhelm). Dieses sei zu einem anderen Fall, aber zur gleichen Rechtsfrage verfasst worden und es stütze seine Auffassung, dass Art. 1 Abs. 2 Bst. a HFMV 20 nur für Unternehmen gelte, an deren Kapital der Staat direkt beteiligt sei.

Die Beklagte macht dagegen geltend, das Ergebnis des Gutachtens Uhlmann/Wilhelm sei zurückhaltend formuliert. Es sei kein zwingender Anspruch auf eine Unterstützung festgestellt worden.

**2.8.1** Das Gutachten Uhlmann/Wilhelm kommt zum Schluss, Art. 1 Abs. 2 Bst. a HFMV 20 schliesse die Unterstützung eines Unternehmens nicht aus, auch wenn dessen Muttergesellschaften teilweise von Bund und Kantonen gehalten würden. Für diese Auslegung sprächen der Wortlaut, die Systematik, die übergeordneten gesetzlichen Ziele sowie tendenziell eine verfassungskonforme Auslegung.

**2.8.2** In seiner Begründung geht das Gutachten davon aus, dass der Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 Bst. a HFMV 20, der lediglich von "Beteiligungen" spricht, indirekte Beteiligungen nicht miteinschliesse. Diese Annahme wird aber im Gutachten nicht belegt. Soweit die weiteren Überlegungen des Gutachtens auf dieser – nach dem bisher Gesagten unzutreffenden – Annahme bezüglich des Wortlauts basieren, kann ihnen daher naheliegenderweise nicht gefolgt werden.

**2.8.3** Im Gutachten wird auch dargelegt, wie sich der Nationalrat während der Beratungen zu einer Änderung des Covid-19-Gesetzes (verabschiedet am 18. Dezember 2020, AS 2020 5821, BBl 2020 8819) mit der in Art. 1 Abs. 2 Bst. a HFMV 20 enthaltenen Regelung befasste, da eine Minderheit der vorberatenden Kommission vorgeschlagen hatte, die Regelung ins Covid-19-Gesetz zu überführen, dabei aber eine staatliche Beteiligung von "mehr als 50 Prozent" als massgebliche Grenze festzulegen (vgl. AB 2020

N 2139). In der Folge wurde dieser Antrag im Nationalrat abgelehnt (vgl. AB 2020 N 2141), so dass es bei der Regelung in der Verordnung blieb. Aus den Voten ging hervor, dass es bei der Regelung darum ging, dass einem Gemeinwesen, das zu mehr als 10 Prozent am betreffenden Unternehmen beteiligt sei, ein strategisches Interesse unterstellt werde, das es zumutbar mache, dass das betroffene Gemeinwesen die Unterstützung selbst trage, statt dass der Bund diese übernehmen müsse. Dies sei teilweise auch damit begründet worden, dass das betroffene Gemeinwesen von diesem Unternehmen auch besonders profitiere.

Das Gutachten stellt in der Folge die Hypothese auf, dass mit diesem strategischen Interesse eine öffentliche Aufgabe gemeint sein könnte, was bei Tochtergesellschaften, welche kommerzielle Zielsetzungen verfolgten, nicht gegeben sein müsse. Gründe, warum Art. 1 Abs. 2 Bst. a HFMV 20 die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe voraussetzen sollte, nennt das Gutachten indessen nicht.

Die Gutachter führen in Bezug auf die in ihrem Gutachten betroffene Gesuchstellerin aus, dass diese soweit ersichtlich grundsätzlich keine wirtschaftlichen Vorteile gegenüber anderen kommerziellen Unternehmen genieße. Der Grundsatz der "gleich langen Spiesse" (Wettbewerbsneutralität) gelte in beide Richtungen: Die private Wirtschaft dürfe nicht gegenüber dem Staat, die staatliche Wirtschaft nicht gegenüber den Privaten diskriminiert werden. Eine verfassungskonforme Auslegung von Art. 1 Abs. 2 Bst. a HFMV 20 unter diesem Blickwinkel spreche für die Möglichkeit der Unterstützung der in jenem Gutachten gesuchstellenden Aktiengesellschaft.

Wenn der Ordnungsgeber annimmt, wie das Gutachten aufgrund der parlamentarischen Diskussion zutreffend darlegt, dass der am Unternehmen beteiligte Kanton die Härtefallunterstützung angesichts seines eigenen strategischen Interesses selbst leisten werde, so ist nicht nachvollziehbar, warum das Gutachten die Wettbewerbsneutralität im Vergleich mit der Behandlung von Unternehmen in rein privater Hand als gefährdet erachtet.

**2.8.4** Insgesamt erscheint das Gutachten Uhlmann/Wilhelm daher nicht als geeignet, einen relevanten Beitrag zur umstrittenen Auslegung des öffentlich-rechtlichen Vertrags zwischen den Parteien des vorliegenden Klageverfahrens zu leisten.

**2.9** Als Zwischenergebnis ist daher davon auszugehen, dass Art. 1 Abs. 2 Bst. a HFMV 20 unbestrittenermassen als Vertragsbestandteil anzusehen

ist und dass diese Bestimmung so zu verstehen ist, dass keine Bundesbeiträge geschuldet sind für Härtefallmassnahmen an Unternehmen, an deren Kapital der Bund, Kantone oder Gemeinden mit mehr als 12 000 Einwohnern insgesamt zu mehr als 10 Prozent direkt oder indirekt beteiligt sind.

### 3.

In sachverhaltlicher Hinsicht ist unbestritten, dass die Aktien der X. \_\_\_\_\_ AG zu je 50% von der Rhätischen Bahn AG und der Matterhorn Gotthard Bahn gehalten werden und dass der Kläger Hauptaktionär der Rhätischen Bahn AG mit einem Aktienanteil von 51.3 % ist. Er bestreitet denn auch nicht, dass seine indirekte Beteiligung an der X. \_\_\_\_\_ AG deutlich über den massgeblichen 10% liegt.

Die vom Kläger zugunsten der X. \_\_\_\_\_ AG geleisteten Härtefallbeiträge fallen daher unter Art. 1 Abs. 2 Bst. a HFMV 20, weshalb die Beklagte diese Beiträge weder ganz noch teilweise zu übernehmen hat.

### 4.

Die Klage erweist sich daher als unbegründet und ist abzuweisen.

### 5.

Die Gerichtsgebühren und die Parteientschädigung richten sich nach Art. 63 – 65 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), womit auch das Reglement vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) sinngemäss zur Anwendung gelangt (vgl. Art. 44 Abs. 3 VGG i.V.m. Art. 63 Abs. 5 VwVG; ASTRID HIRZEL/HANNA MARTI, in: Waldmann/Krauskopf [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl. 2023, Art. 2 VGKE N. 1). Die Gerichtsgebühr bestimmt sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG; Art. 2 Abs. 1 VGKE). Bei einem Streitwert zwischen Fr. 1'000'000.– und Fr. 5'000'000.– beträgt die Gebühr in der Regel zwischen Fr. 7'000.– und Fr. 40'000.– (Art. 4 VGKE).

In einem direkten Klageverfahren hat keine der Parteien die Stellung einer verfügenden Vorinstanz, da sie je eigene vermögensrechtliche Interessen geltend machen oder verteidigen, weshalb sie auch ein Verfahrenskostenrisiko tragen. Beim dargelegten Verfahrensausgang gilt der Kläger als vollumfänglich unterliegende Partei, weshalb ihm die Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG).

**6.**

Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei kann von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten zugesprochen werden (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE). Keinen Anspruch auf Parteientschädigung haben Bundesbehörden und, in der Regel, andere Behörden, die als Parteien auftreten (Art. 7 Abs. 3 VGKE). Ob dies auch für Gemeinwesen selber gilt, die in einem direkten Klageverfahren ihre eigenen finanziellen Interessen geltend machen oder verteidigen, oder ob in diesem Fall – entsprechend der Verfahrenskostspflicht der unterliegenden Partei – einem obsiegenden Gemeinwesen auch eine Parteikostenentschädigung zuzusprechen ist (vgl. MOSER/ BEUSCH/ KNEUBÜHLER/ KAYSER, a.a.O., Rz. 4.66), kann im vorliegenden Verfahren offenbleiben, da die Beklagte nicht anwaltlich vertreten war. Es ist ihr daher keine Parteientschädigung zuzusprechen.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Klage wird abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 10'500.– werden dem Kläger auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss in gleicher Höhe wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an den Kläger und die Beklagte.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Beatrice Grubenmann

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid 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 Rechtsschrift 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 (Art. 42 BGG).

Versand: 6. März 2024

Zustellung erfolgt an:

- den Kläger (Gerichtsurkunde)
- die Beklagte (Gerichtsurkunde)