



## Urteil vom 8. Oktober 2019

---

Besetzung

Richter Christoph Bandli (Vorsitz),  
Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot,  
Richter Jérôme Candrian,  
Gerichtsschreiberin Flurina Peerdeman.

---

Parteien

1. **swissterminal Holding AG**,  
Flachsackerstrasse 7, 4402 Frenkendorf,  
2. **swissterminal Basel AG**,  
Westquaistrasse 12, 4057 Basel,  
beide vertreten durch  
swissterminal AG,  
Flachsackerstrasse 7, 4402 Frenkendorf,  
3. **swissterminal AG**,  
Flachsackerstrasse 7, 4402 Frenkendorf,  
Beschwerdeführerinnen,

gegen

**Gateway Basel Nord AG**,  
c/o Rhenus Alpina AG, Wiesendamm 4, 4057 Basel,  
vertreten durch  
Dr. iur. Reto Jacobs, Rechtsanwalt, und  
Dr. iur. Daniel Zimmerli, Rechtsanwalt,  
Beschwerdegegnerin,

**Bundesamt für Verkehr BAV**,  
Abteilung Finanzierung, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Gesuch um Investitionsbeiträge an den Bau einer bimodalen KV-Umschlagsanlage Gateway Basel Nord.

## Sachverhalt:

### A.

Die Gateway Basel Nord AG, gegründet im Juli 2015 von der SBB Cargo AG, der Hupac SA und der Contargo AG, beabsichtigt eine Umschlagsanlage für den kombinierten Verkehr (KV) im Raum Basel Nord zu realisieren und zu betreiben (Grossterminalprojekt Gateway Basel Nord). In einer ersten Etappe soll eine bimodale Umschlagsanlage für Transporte auf der Strasse und Schiene entstehen. Damit werden neue Umschlagskapazitäten von rund 240'000 TEU pro Jahr geschaffen (TEU = Twenty-foot Equivalent Unit [international standardisierte Einheit für 20-Fuss-Container]). In einer zweiten Etappe soll die Anlage um ein neues Hafenbecken (Hafenbecken III) erweitert werden und als trimodale Anlage Umschlagsleistungen für Transporte auf der Strasse, Schiene und dem Wasser ermöglichen. Im Endausbau soll eine maximale Umschlagskapazität von 390'000 TEU pro Jahr erreicht werden. Das neue Hafenbecken III wird von den Schweizerischen Rheinhäfen (SRH) projektiert. Die Plangenehmigungsverfahren sind noch nicht abgeschlossen.

### B.

**B.a** Am 8. Juli 2016 reichte die Gateway Basel Nord AG beim Bundesamt für Verkehr (BAV) ein Gesuch um Investitionsbeiträge nach Art. 8 des Gütertransportgesetzes vom 25. September 2015 (GüTG, SR 742.41) ein. Gemäss dem aktualisierten Gesuch vom 23. September 2017 umfasst die erste Baustufe 1.1+ des Gateways Basel Nord den Bau einer bimodalen KV-Umschlagsanlage mit folgenden Elementen:

- 6 Ladegleise mit einer kranbaren Nutzlänge zwischen 600 m und 745 m
- 3 Portalkräne über den 6 Ladegleisen
- 1 Abstell-/Vorstellgleis, nicht kranbar
- Abstellflächen über 4 Längsreihen unter Kran für Wechselbehälter, Trailer sowie Containerstapelung von bis maximal 4 Containern. Ein Gefahrgutlager für Gefahrgutcontainer wird mit einem Trog unterfangen.
- Verkehrsflächen: Fahr- und Ladespuren für LKW
- Parkflächen/Vorstaufflächen für LKW
- Parkflächen für PW
- Gebäude: 1 Betriebsgebäude, 1 Werkstatthalle, 1 Zollgebäude und 1 Zollhalle

Die bimodale Anlage soll die Voraussetzungen schaffen für eine effiziente Abwicklung langer KV-Züge für den Import- und Exportverkehr als auch für

die Bündelung und Feinverteilung der Güter auf der Schiene in der Fläche der Schweiz.

**B.b** Mit Verfügung vom 4. Juli 2018 entsprach das BAV dem Gesuch der Gateway Basel Nord AG, sicherte ihr Investitionsbeiträge an den Bau der bimodalen KV-Umschlagsanlage Gateway Basel Nord (Baustufe 1.1+) unter Erlass verschiedener Auflagen zu und legte die Modalitäten der Auszahlung fest.

Das BAV erwog, die Voraussetzungen für Investitionsbeiträge seien vorliegend erfüllt. So erreiche die bimodale KV-Umschlagsanlage Gateway Basel Nord die notwendige Mindestumschlagsleistung. Die Gateway Basel Nord AG beteilige sich am Projekt mit den geforderten Eigenmitteln und sie habe bestätigt, den diskriminierungsfreien Zugang zur Anlage zu gewährleisten. Die Anlage, die von nationaler verkehrspolitischer Bedeutung sei, werde im Eigentum der Gesuchstellerin stehen (Art 5 Abs. 2 und 3 der Gütertransportverordnung vom 25. Mai 2016 [GüTV, SR 742.411]). Das Vorhaben genüge fast vollumfänglich den Kriterien, um den Höchstbetrag der Finanzhilfe von 80 % der anrechenbaren Kosten zu erreichen, welcher für KV-Umschlagsanlagen von nationaler verkehrspolitischer Bedeutung gelte. Insbesondere entspreche das Projekt dem Bedarf eines Grossterminals mit Gateway Funktion in der Nordwestschweiz gemäss Konzept für den Gütertransport auf der Schiene vom 20. Dezember 2017. Einzig bei der Beurteilung der Subventionseffizienz erziele es nicht die Höchstbewertung. Der Beitragssatz werde folglich auf 75 % der anrechenbaren Kosten festgesetzt (Art. 8 GüTV). In der Summe werde ein Höchstbetrag der Finanzhilfe von Fr. 82'893'280.- inkl. Mehrwertsteuer in Form von A-Fondsperdu-Beiträgen zugesichert. Im Rahmen der Baustufe 1.1+ beabsichtige die Gateway Basel Nord AG Vorinvestitionen für die Erweiterung zu einer trimodalen Anlage (Baustufe 2.0) zu tätigen. Die Finanzhilfe an diesen Vorinvestitionen in der Höhe von Fr. 5'586'175.- (inkl. Mehrwertsteuer, bei einem Beitragssatz von 75 % der anrechenbaren Kosten) sei im Sinne von Art. 4 Abs. 3 GüTV vorgängig der Auszahlung zu sichern. Sie werde anteilmässig zurückgefordert, wenn der Beitragssatz für die Baustufe 2.0 dereinst tiefer als 75 % liegen sollte. Werde der Vollausbau zur trimodalen KV-Umschlagsanlage nicht innert zehn Jahre nach Betriebsbeginn der Baustufe 1.1+ realisiert, könne die für Vorinvestitionen ausbezahlte Finanzhilfe zurückgefordert werden. Im Übrigen hielt das BAV fest, dass die Baustufe 2.0 Inhalt einer eigenständigen Verfügung sei.

**C.**

**C.a** Mit Medienmitteilung vom 9. Juli 2018 informierte das BAV die Öffentlichkeit über den Erlass der vorgenannten Verfügung vom 4. Juli 2018.

**C.b** In der Folge ersuchte die swissterminal AG mit Eingabe vom 17. Juli 2018 das BAV um Zustellung der Verfügung vom 4. Juli 2018. Ihr Gesuch begründete sie im Wesentlichen damit, als direkte Konkurrentin der Gateway Basel Nord AG komme ihr ein schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung der Verfügung zu.

**C.c** Am 24. Juli 2018 sandte das BAV der swissterminal AG die Verfügung vom 4. Juli 2018 zu. Im Begleitschreiben wies es darauf hin, dass die Zustellung keine formelle Eröffnung und keine Aussage zur allfälligen Beschwerdelegitimation der swissterminal AG darstelle.

**C.d** Am 27. Juli 2018 reichte die swissterminal AG beim BAV ein Gesuch um formelle Eröffnung der Verfügung vom 4. Juli 2018 ein.

**C.e** Mit Schreiben vom 7. August 2018 antwortete das BAV der swissterminal AG, es erachte sie nicht als Partei im Subventionsverfahren. Ihrem Ansinnen um formelle Eröffnung der Verfügung vom 4. Juli 2018 könne deshalb nicht entsprochen werden.

**D.**

Am 14. September 2018 erheben die swissterminal Holding AG, die swissterminal Basel AG und die swissterminal AG (nachfolgend: Beschwerdeführerinnen) gemeinsam Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragen, die angefochtene Verfügung vom 4. Juli 2018 sei aufzuheben. Eventualiter seien die Auflagen in der angefochtenen Verfügung zu ergänzen. In prozessualer Hinsicht beantragen sie, sie seien zum Verfahren zuzulassen. Des Weiteren sei ihnen Akteneinsicht zu gewähren und nach Gewährung der Akteneinsicht die Möglichkeit zu geben, die Anträge und Begründung der Beschwerde zu ergänzen. In der Beilage reichen die Beschwerdeführerinnen u.a. das Gutachten "Kartellrechtliche und wettbewerbspolitische Implikationen des Grossterminalprojekts Gateway Basel Nord (GBN)" ein, in Auftrag gegeben von der Wirtschaftskammer des Kantons Baselland (nachfolgend: Gutachten Krauskopf/Müller).

In der Begründung machen die Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen geltend, als Betreiberinnen der KV-Umschlagsanlagen in Basel, Birsfelden,

Frenkendorf Liestal und Niederhasli seien sie zur Konkurrentenbeschwerde zuzulassen. Im Raum Basel seien sie die wichtigsten Terminalbetreiberinnen beim Containerumschlag. Sie seien ebenfalls daran interessiert, den für das Gateway Basel Nord vorgesehenen privilegierten Zugang zum Rhein zu erhalten, dies um ihre Umschlagskapazitäten zu erweitern und um den im Jahr 2029 wegfallenden Standort am Westquai in Basel zu ersetzen. Das Projekt der bimodalen KV-Umschlagsanlage Gateway Basel Nord sei untrennbar mit der geplanten trimodalen Anlage verknüpft. Ein trimodales Grossterminal sei in der Schweiz faktisch nur am vorgesehenen Standort möglich. In Bezug auf das Basler Hafengebiet, wozu auch das zukünftige Hafenbecken III gehöre, komme den SRH eine Monopolstellung zu. Eine trimodale KV-Umschlagsanlage von nationaler verkehrspolitischer Bedeutung könne es in der Schweiz höchstens einmal geben, womit es den Beschwerdeführerinnen selbst verunmöglicht werde, eine vergleichbare Anlage zu betreiben. Infolge der dargelegten Monopolsituation stünden die Beschwerdeführerinnen in der geforderten besonderen Beziehungsnähe und seien stärker als jedermann von der angefochtenen Verfügung betroffen. Zudem sei die besondere Beziehungsnähe auch darin begründet, dass die zugesprochene Subvention zu einer spürbaren Verschlechterung ihrer wirtschaftlichen Position führe. Gemäss Gutachten Krauskopf/Müller sei der Markt für Güterumschlag im Raum Basel gegenwärtig durch einen funktionierenden Preiswettbewerb gekennzeichnet, wobei sich die Marktanteile auf die Contargo AG (ca. 25 %), die Hupac SA/SBB Cargo AG (ca. 25 %) und die Beschwerdeführerinnen verteilen würden (ca. 50 %). Mit dem Projekt Gateway Basel Nord würden sich die bimodalen Umschlagskapazitäten um 60 % erhöhen und die trimodalen Kapazitäten sich verdoppeln. Die damit geschaffene deutliche Überkapazität von bis zu 50 % im Endausbau führe zu einem starken Preisdruck mit weitreichenden Auswirkungen auf den Markt. Zunächst werde der Marktanteil von SBB Cargo AG/Hupac SA/Contargo AG auf 75 % ansteigen, während der Marktanteil der Beschwerdeführerinnen auf 25 % sinken werde. Gemäss der gutachterlichen Einschätzung könnten die Beschwerdeführerinnen mittel- bis langfristig aus dem Markt verdrängt und der Wettbewerb beseitigt werden. Überdies sei gemäss Gutachten Krauskopf/Müller zu berücksichtigen, dass auf dem Terminalmarkt ein Quasi-Monopol unter Führung der SBB Cargo AG entstehen könnte, weil diese über eine Monopolmacht auf dem Bahntransportmarkt verfüge. Eine Gutheissung der Beschwerde verhindere die markante Beeinträchtigung oder gar Beseitigung des Wettbewerbs und die Beschwerdeführerinnen könnten weiterhin auf dem betreffenden Markt tätig sei. Ihnen komme daher ein prakti-

sches und aktuelles Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung zu. Sie seien zum Verfahren zuzulassen und ihnen sei im Rahmen des Anspruchs auf rechtliches Gehör Einsicht in die Akten des Subventionsverfahrens zu gewähren. Danach sei ihnen die Gelegenheit zu geben, ihre Beschwerdeschrift gestützt auf die durch die Akteneinsicht gewonnenen Erkenntnisse zu ergänzen.

Als beschwerte Konkurrentinnen, so die Beschwerdeführerinnen in der weiteren Begründung, hätte das BAV ihnen Parteistellung einräumen und die Möglichkeit geben müssen, ihre Gehörsrechte wahrzunehmen. Bereits ohne Kenntnis der Aktenlage sei ersichtlich, dass die angefochtene Verfügung auf einer mangelhaften Sachverhaltsabklärung beruhe. Es sei höchst zweifelhaft, dass das Gateway Basel Nord die angegebenen Umschlagsmengen erreiche und die Anlage angesichts der hohen Investitionskosten wirtschaftlich betrieben werden könnte. Zudem erscheine es unrealistisch, dass 50 % als Vor- und Nachlauf-Verkehre auf der Schiene in der Schweiz geführt sowie die Produktivität des kombinierten Verkehrs verbessert werde. Es liege keine gesetzliche Grundlage vor, die es der Gateway Basel Nord AG als Staatsunternehmen erlaube, in den Wettbewerb für Containerumschläge einzutreten. Was die SBB Cargo AG betreffe, so erwirtschaftete diese seit ihrer Gründung Verluste, womit die von ihr zu investierenden Mittel mutmasslich aus dem Monopolbereich der SBB stammen würden. Das stelle eine unzulässige Quersubventionierung dar. Da die zugesicherten Investitionsbeiträge die Gateway Basel Nord AG in ihrer Marktposition übermässig begünstige, sei eine Verletzung der verfassungsrechtlich geschützten Wirtschaftsfreiheit und der Wettbewerbsneutralität absehbar. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten bleibe nicht gewahrt. Der Wettbewerb werde verfälscht und damit werde auch gegen das Freihandelsabkommen zwischen der Schweiz und der EU verstossen (Art. 23 Abs. 1 Bst. iii des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1972 [SR 0.632.401]). Von einer monopolistischen Preispolitik durch die SBB Cargo AG, welche den Warenverkehr zwischen der Schweiz und der EU beeinträchtigen könnte, seien die Beschwerdeführerinnen unmittelbar betroffen, würden sie doch prüfen, in Weil am Rhein (Deutschland) ein Containerterminal zu errichten.

Sollte das Gericht wider Erwarten die zugesicherten Investitionsbeiträge bestätigen, seien eventualiter zumindest die Auflagen angesichts der drohenden Monopolsituation und im Sinne des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes deutlich zu verschärfen.

**E.**

In der Vernehmlassung vom 21. November 2018 beantragt das BAV (nachfolgend: Vorinstanz), es sei auf die Beschwerde wegen fehlender Beschwerdelegitimation nicht einzutreten. Eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

Ihre Anträge begründet die Vorinstanz damit, die angefochtene Verfügung begünstige die Gateway Basel Nord AG gemäss den geltenden Bestimmungen zur Förderung von KV-Umschlagsanlagen. Die Verfügung betreffe ausschliesslich die bimodale KV-Umschlagsanlage Gateway Basel Nord (Baustufe 1.1+), welche unabhängig von den weiteren Ausbaumassnahmen langfristig nachhaltig betrieben werden könne. Soweit die Beschwerdeführerinnen den Bau des Hafensbeckens III in die Beschwerde miteinbezögen, führe dies über den Streitgegenstand hinaus. Die Beschwerdeführerinnen seien lediglich Drittbeschwerdeführerinnen. Selbst eine Aufhebung der angefochtenen Verfügung hätte nicht zur Folge, dass stattdessen sie die Investitionsbeiträge erhalten würden. Auch würden sie keine substantiierten Verfahrensmängel oder Rechtsverletzungen geltend machen, die verlangen würden, das Verfahren ganz oder teilweise zu wiederholen. Es gehe vielmehr um die Befürchtung der Beschwerdeführerinnen, einer verstärkten Konkurrenz ausgesetzt zu sein. Eine solche Befürchtung genüge nach ständiger Rechtsprechung nicht für die Beschwerdelegitimation eines Konkurrenten. Das Urteil des Bundesgerichts betreffend Wirtschaftsfreiheit, welches im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle ergangen sei, sei hier nicht einschlägig (BGE 138 I 378 nicht publ. E. 1.2.3). Wäre die vorliegende Beschwerde zulässig, so könnten auch weiteren Konkurrenten, wie z.B. Schienen- oder Strassentransportunternehmen, die Verfügung anfechten. Das wäre nicht praktikabel und würde das Gesetzesziel der Förderung von KV-Umschlagsanlage verunmöglichen. Die Beschwerdeführerinnen hätten bereits namentlich im Rahmen des Sachplans ihren Bedenken gegen das Projekt Gateway Basel Nord umfassend darlegen können.

Die Vorinstanz stelle die Wettbewerbsneutralität sicher, indem sie bei der Prüfung der Gesuche um Investitionsbeiträge jeweils die gleichen Kriterien anwende sowie entsprechende Auflagen erlasse. Den Beschwerdeführerinnen sei in der Vergangenheit nach denselben Bedingungen schon mehrfach Subventionen gewährt worden und sie hätten ihre heutige Marktposition auch dank der Inanspruchnahme von Fördermitteln erlangt. Entgegen dem Gutachten Krauskopf/Müller ständen im Markt für den kombinierten

Verkehr eine Vielzahl von Transportmöglichkeiten in Konkurrenz zueinander und dies über den Raum Basel hinaus. Sollte die Betreiberin einer KV-Umschlagsanlage ihre lokale Marktposition durch überhöhte Preise zu missbrauchen versuchen, werde sie durch die Vielzahl an alternativen Transportmöglichkeiten diszipliniert. Mit der Inbetriebnahme des Gateways Basel Nord würden die Transportmöglichkeiten nochmals erweitert werden. Die hier strittige bimodale KV-Umschlagsanlage Gateway Basel Nord sei von nationaler verkehrspolitischer Bedeutung und erhöhe die bestehenden Umschlagskapazitäten um maximal 39 % (bei Annahme der Schliessung der Anlage Basel Wolf und unter Einbezug des Terminals DUSS Weil). Eine Monopolsituation bestehe dennoch nicht. Die Beschwerdeführerinnen könnten wie bisher auf dem Markt tätig sein. Zwischen den Beschwerdeführerinnen und der Gateway Basel Nord AG seien zudem Unterschiede in den Geschäftsmodellen zu verzeichnen, so insbesondere betreffend Swiss-Split Anteile und Verkehre aus Italien. Die Anlagen der Beschwerdeführerinnen in Birsfelden und beim Hafenbecken I in Basel würden vornehmlich dem Umschlag vom Binnenschiff dienen. Durch die neue bimodale Anlage könnten die Beschwerdeführerinnen somit allein einen Umsatzverlust erleiden im Bereich für Import/Export-Verkehre aus dem Norden, die für die Nordwestschweiz bestimmt seien. Diese Betroffenheit sei jedoch nur Ausdruck eines dynamischen Wettbewerbs. Würden Unternehmen Leistungen effizienter als andere anbieten, seien Marktanteilsgewinne und -verluste Folgen der Wettbewerbssituation. Auch die Errichtung eines Quasi-Monopols, wie von den Beschwerdeführerinnen vorgebracht, sei nicht erkennbar, vor allem da die SBB Cargo AG ihren Anteil an der Gateway Basel Nord AG im Rahmen der Betreibergesellschaft auf eine Minderheitsbeteiligung reduzieren werde. Der Bahntransportmarkt sei ohnehin nicht monopolistisch organisiert, sondern seit nunmehr 20 Jahren für Dritte geöffnet. Die umfassenden Auflagen der angefochtenen Verfügung würden sicherstellen, dass der diskriminierungsfreie Zugang eingehalten werde. Die Beschwerdeführerinnen könnten aus all dem Angeführten ihr besonderes Berührtsein nicht belegen. Auf die Beschwerde sei daher nicht einzutreten.

In der weiteren Begründung führt die Vorinstanz aus, der Gesetzgeber sehe vor, KV-Umschlagsanlagen von nationaler verkehrspolitischer Bedeutung verstärkt zu fördern. Sie habe das Gesuch der Gateway Basel Nord AG eingehend und in der erforderlichen Tiefe geprüft. Ausserdem liege ein Gutachten vom 17. Januar 2017 der Studiengesellschaft für den Kombinierten Verkehr (SGKV) vor und der Bedarf an Umschlagskapazitäten sei in verschiedenen Studien des Bundes ausgewiesen. Mit der Möglichkeit

zur Abwicklung langer KV-Züge verbessere sich die Produktivität der Transportkette. Ihre Prüfung habe ergeben, dass die im Gesuch enthaltenen Darlegungen zur Wirtschaftlichkeit der Anlage plausibel seien. Die SBB Cargo AG sei von den Monopolbereichen der SBB rechnerisch getrennt. Überdies erlaube das Bundesgesetz über die Schweizerischen Bundesbahnen vom 20. März 1998 (SBBG, SR 742.31) der SBB eine Tätigkeit im Bereich Umschlagsanlagen. Die Wirtschaftsfreiheit werde bei den gegebenen Umständen nicht verletzt und der Wettbewerb in keiner Weise verfälscht. Das Landesverkehrsabkommen lasse es ausdrücklich zu, die vorliegenden finanziellen Unterstützungsmassnahmen zur Förderung des Schienengüterverkehrs zu ergreifen (Art. 35 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse vom 21. Juni 1999 [SR 0.740.72]).

Die Auflagen der angefochtenen Verfügung seien unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips erlassen worden und seien hinsichtlich der Zahl, Strenge und Regelungstiefe deutlich höher als bei Anlagen, die nicht von nationaler verkehrspolitischer Bedeutung seien.

#### **F.**

In der Beschwerdeantwort vom 23. November 2018 beantragt die Gateway Basel Nord AG (nachfolgend: Beschwerdegegnerin), es sei auf die Beschwerde nicht einzutreten. Eventualiter sei die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Ferner beantragt sie, es seien die prozesualen Anträge der Beschwerdeführerinnen abzuweisen. Eventualiter sei ihr die Gelegenheit zu geben, ihre Geschäftsgeheimnisse in den Vorakten zu bezeichnen und diese seien zu bereinigen, bevor den Beschwerdeführerinnen Einsicht gewährt werde.

Als Begründung legt die Beschwerdegegnerin dar, im Hinblick auf den Streitgegenstand sei auf die Beschwerde nicht einzutreten, soweit sie sich gegen den späteren Ausbau des Gateways Basel Nord zu einer trimodalen KV-Umschlagsanlage richte. Im Weiteren seien die Auswirkungen des Projekts Gateway Basel Nord auf den Wettbewerb allein Gegenstand des laufenden Zusammenschlussverfahrens vor der Wettbewerbskommission (WEKO). Die SBB Cargo AG, die Hupac SA und die Contargo AG möchten künftig je einen Drittel der Aktien der Beschwerdegegnerin halten, was als meldepflichtiges Vorhaben der WEKO vorgelegt worden sei (Art. 9 Abs. 1 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 [KG, SR 251]). Im Zusammenschlussverfahren komme den Beschwerdeführerinnen keine Parteistellung

zu (Art. 43 Abs. 4 KG; BGE 131 II 497 E. 5.5). Das vorliegenden Subventionsverfahren dürfe das Verfahren vor der WEKO nicht duplizieren oder den Beschwerdeführerinnen doch noch Parteistellung in Wettbewerbsfragen verschaffen. Die Behauptungen der Beschwerdeführerinnen zu den Wettbewerbsverhältnissen würden nicht zum Prüfprogramm im Subventionsverfahren gehören, weshalb die Vorinstanz hierfür nicht zuständig sei.

Die Beschwerdeführerin 1, so die Beschwerdegegnerin in der weiteren Begründung, sei gemäss Handelsregisterauszug eine reine Beteiligungsgesellschaft. Ohne eigene operative Tätigkeit sei nicht ersichtlich, wie die Beschwerdeführerin 1 von der angefochtenen Verfügung betroffen sein sollte. Sie sei deshalb nicht zum Verfahren zuzulassen. Doch auch den Beschwerdeführerinnen 2 und 3 würden die qualifizierte Beziehungsnähe zur angefochtenen Verfügung fehlen, die zu einer Konkurrentenbeschwerde legitimiere. Die Beschwerdeführerinnen, die bislang die grössten Empfängerinnen von Bundessubventionen für Terminals in der Schweiz seien, würden mit ihrer Beschwerde vornehmlich versuchen, ihre aktuelle Marktführerschaft im Raum Basel zu sichern und sich vor zusätzlichem Wettbewerb zu schützen. Das verdiene keinen Schutz. Allein der Umstand, dass das Projekt Gateway Basel Nord im Raum Basel realisiert werde, begründe keine besondere Beziehungsnähe der Beschwerdeführerinnen gemäss Praxis zur Konkurrentenbeschwerde. Die Beschwerdeführerinnen seien Konkurrentinnen unter vielen mit gleichen Aussichten auf Subventionen, solange die bewilligten Kredite – wie vorliegend – nicht ausgeschöpft seien. Der Entscheid zu Gunsten der Beschwerdegegnerin hindere die Beschwerdeführerinnen nicht daran, weiterhin an ihren Standorten zu wirtschaften und ihre Tätigkeit auszudehnen. Ein rechtliches Monopol infolge der Subvention werde nicht geschaffen. Die Beschwerdeführerinnen würden sogar selbst prüfen, in Weil am Rhein einen Containerterminal zu erstellen. Weshalb nur den Beschwerdeführerinnen und nicht der Beschwerdegegnerin gestattet sein sollte, KV-Umschlagsanlagen zu errichten, sei unverständlich. Dass die Finanzhilfe der Beschwerdegegnerin das Wirtschaften in einem gewissen Umfang erleichtere, liege in der Natur der Sache und sei vom Gesetzgeber gerade gewollt. Ob sich der Bund an einer Aktionärin der Beschwerdegegnerin indirekt beteilige, sei irrelevant, denn es bestehe kein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Schutz vor staatlicher Konkurrenz. Das Projekt Gateway Basel Nord sei das Ergebnis eines breit abgestützten Planungsprozesses auch unter Einbezug der Branche. Der Bund richte seit Jahren seine Infrastrukturplanung auf dessen Realisierung aus. Es sei nicht Sache der Beschwerdeführerinnen, diesen breit abge-

stützten, planerischen Entscheid über eine Konkurrentenbeschwerde umzustossen. Würde die Beschwerdelegitimation ausgeweitet werden, hätte dies eine Flut von Beschwerden zur Folge und die Realisierung würde sich aufgrund langwieriger Rechtsmittelverfahren um Jahre verzögern, selbst wenn an der KV-Umschlagsanlage wie vorliegend ein ausgewiesenes, öffentliches Interesse bestehe. Eine solche Rechtsunsicherheit sei für die Beschwerdegegnerin unzumutbar und widerspreche dem Normzweck von Art. 8 GüTG. Auf die Beschwerde sei daher wegen fehlender Beschwerdelegitimation nicht einzutreten. Damit würden sich auch die prozessualen Anträge der Beschwerdeführerinnen als unbegründet erweisen. Sollte das Bundesverwaltungsgericht wider Erwarten die Beschwerdelegitimation bejahen und den Beschwerdeführerinnen Akteneinsicht gewähren wollen, dürften keine Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdegegnerin offengelegt werden.

Im materieller Hinsicht betont die Beschwerdegegnerin, die Vorinstanz habe ihr technisches Ermessen bei der Gewährung der Ermessenssubvention pflichtgemäss ausgeübt und den rechtserheblichen Sachverhalt umfassend erhoben. Die Voraussetzungen für Investitionsbeiträge des Bundes gemäss Art. 8 GüTG und Art. 5 Abs. 2 und 3 GüTV seien vorliegend erfüllt. Die bimodale KV-Umschlagsanlage, welche von allen Marktteilnehmenden zu gleichen Bedingungen genutzt werden könne, trage dazu bei, die verkehrspolitisch angestrebten Verlagerungsziele zu erreichen. Die Effizienz sei gewährleistet. Die Beschwerdegegnerin trage das wirtschaftliche Risiko, sollte sich wider Erwarten herausstellen, dass die prognostizierten Umschlagsmengen oder der Modalsplit verfehlt würden. Die Beschwerdegegnerin sei eine privatrechtliche Aktiengesellschaft. Die SBB Cargo AG, eine privatrechtliche Aktiengesellschaft und 100 % Tochtergesellschaft der SBB, werde ab der Realisierung der KV-Umschlagsanlage nur noch mit einem Drittel an der Beschwerdegegnerin beteiligt sein. Die SBB Cargo AG betreibe bereits seit Jahren KV-Umschlagsanlagen, ohne dass je die Frage nach einer gesetzlichen Grundlage aufgeworfen worden wäre. Selbst wenn hierfür eine gesetzliche Grundlage erforderlich sein sollte, was bestritten werde, so liege eine solche mit Art. 3 Abs. 1 SBBG vor. Die Behauptung der Beschwerdeführerinnen, die SBB Cargo AG würde Gelder aus dem Monopolbereich verwenden, werde mit aller Deutlichkeit zurückgewiesen. Eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit und der Wettbewerbsneutralität liege nicht vor, besonders da das öffentliche Interesse an der Anlage planerische mehrfach erstellt sei. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen sei das Freihandelsabkommen vorlie-

gend nicht anwendbar. Eine Beeinträchtigung des Warenverkehrs zwischen der EU und der Schweiz sei nicht zu verzeichnen, sondern dieser werde im Gegenteil durch die Bereitstellung einer effizienten Infrastruktur gerade gefördert.

Schliesslich werde in der Beschwerde nicht substantiiert dargelegt, wie im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben noch strengere Auflagen formuliert werden könnten. Noch strengere Auflagen würden faktisch bedeuten, ihr die Investitionsbeiträge zu verweigern.

## **G.**

**G.a** Mit Eingabe vom 7. Dezember 2018 präzisieren die Beschwerdeführerinnen insbesondere ihr Gesuch um Akteneinsicht. Sie beantragen u.a. Einsicht in das Gutachten der SGKV vom 17. Januar 2017 (act. 40 der Vorakten).

**G.b** Mit Stellungnahme vom 17. Dezember schliesst die Vorinstanz auf teilweise Abweisung des Gesuchs der Beschwerdeführerinnen um Akteneinsicht. Hinsichtlich des Gutachtens der SGKV vom 17. Januar 2017 macht sie geltend, wesentliche öffentliche Interessen des Bundes würden dessen Geheimhaltung gegenüber der Beschwerdegegnerin sowie Dritten erfordern.

**G.c** Mit Eingabe vom 8. Januar 2019 legt die Beschwerdegegnerin dar, zwar habe sie keine Kenntnis vom Inhalt des Gutachtens der SGKV vom 17. Januar 2017. Es sei indes davon auszugehen, dass darin sensitive Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdegegnerin eingeflossen seien, die den Beschwerdeführerinnen nicht offengelegt werden dürften.

**G.d** Die Vorinstanz reicht am 8. Januar 2019 ein Schwärzungsvorschlag zum Gutachten der SGKV vom 17. Januar 2017 ein (Beilage act. 28). Sie erklärt, nur in geschwärzter Form könne sie einer Herausgabe zustimmen.

**G.e** Das Bundesverwaltungsgericht stellt am 10. Januar 2019 den Beschwerdeführerinnen und der Beschwerdegegnerin u.a. das Gutachten der SGKV vom 17. Januar 2017 in der von der Vorinstanz geschwärzten Fassung zu.

**G.f** Am 11. Januar 2019 teilt die Beschwerdegegnerin dem Bundesverwaltungsgericht mit, das Gutachten der SGKV vom 17. Januar 2017 in der von

der Vorinstanz geschwärzten Fassung enthalte nach wie vor Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdegegnerin. Gleichentags trifft das Bundesverwaltungsgericht die folgenden superprovisorischen Anordnungen: Die Beschwerdeführerinnen 1-3 und sämtliche Mitglieder des Verwaltungsrates der Beschwerdeführerinnen 1-3 werden unter Strafandrohung von Art. 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) aufgefordert, die Sendung des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. Januar 2019 nicht zu öffnen, sofern dies noch nicht erfolgt sein sollte und diese umgehend dem Bundesverwaltungsgericht zurückzuschicken sowie allfällige angefertigte Kopien des Gutachtens der SGKV vom 17. Januar 2017 umgehend zu vernichten. Den Beschwerdeführerinnen 1-3 und sämtliche Mitglieder des Verwaltungsrates der Beschwerdeführerinnen 1-3 wird unter Strafandrohung von Art. 292 StGB untersagt, allfällige Daten des Gutachtens der SGKV vom 17. Januar 2017 zu irgendwelchen Zwecken innerhalb und ausserhalb des Beschwerdeverfahrens zu verwenden oder die Daten an Dritte weiterzugeben.

**G.g** Die Beschwerdeführerinnen retournieren am 17. Januar 2019 die vollständige Sendung des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. Januar 2019.

**G.h** Die Beschwerdegegnerin beantragt mit Stellungnahme vom 28. Januar 2019, das Gutachten der SGKV vom 17. Januar 2017 dürfe den Beschwerdeführerinnen in keiner Form offengelegt werden. Sollte das Bundesverwaltungsgericht dennoch erwägen, den Beschwerdeführerinnen das Gutachten zuzustellen, so habe dies ausschliesslich in der beiliegenden Fassung unter vollständiger Abdeckung der Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdegegnerin zu geschehen. Die von ihr geschwärzten Informationen, die beispielsweise ihren Businessplan betreffen, seien als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizieren, die auch kartellrechtlich sensitiv seien. Sollte das Bundesverwaltungsgericht erwägen, das Gutachten den Beschwerdeführerinnen in einer anderen Fassung als in der beiliegenden geschwärzten Version zugänglich zu machen, so werde um den Erlass einer Verfügung ersucht.

**G.i** Mit Schreiben vom 11. Februar 2019 teilt die Vorinstanz mit, sie stelle keinen Antrag auf Erlass einer Verfügung betreffend Akteneinsicht.

**G.j** In der Stellungnahme vom 15. Februar 2019 beantragen die Beschwerdeführerinnen, es sei ihnen vollständige Einsicht in das Gutachten der SGKV vom 17. Januar 2017 zu gewähren. Hierüber sei eine Verfügung zu erlassen. Das Bedürfnis nach Transparenz sei im konkreten Fall höher zu

gewichten gegenüber den pauschal geltend gemachten Geheimhaltungsinteressen der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin.

**G.k** In den ergänzend eingeholten Stellungnahmen vom 12. resp. 13. März 2019 präzisieren die Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin u.a. die Geheimhaltungsinteressen, die sie in Bezug auf das Gutachten der SGKV vom 17. Januar 2017 geltend machen.

**G.l** Mit Instruktionsverfügung vom 27. März 2019 wird der weitere Schriftenwechsel zunächst auf die Eintretensfrage sowie auf das strittig gebliebene Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerinnen beschränkt. Den Verfahrensbeteiligten wird die Gelegenheit gegeben, hierzu Schlussbemerkungen einzureichen.

## **H.**

**H.a** Unter Verweis auf ihre bisherigen Ausführungen bekräftigt die Beschwerdegegnerin in ihren Schlussbemerkungen vom 10. April resp. 3. Mai 2019, dass die Beschwerdeführerinnen nicht beschwerdelegitimiert seien und ihnen keine Parteirechte zuständen. Entsprechend käme ihnen auch kein Recht auf Akteneinsicht zu. An den dargelegten Geheimhaltungsinteressen betreffend Gutachten der SGKV vom 17. Januar 2017 sei festzuhalten.

**H.b** Mit Vernehmlassung vom 12. resp. 15. April 2019 äussert die Vorinstanz sich ergänzend zum Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerinnen und verweisen im Übrigen auf ihre bisherigen Schwärzungsvorschläge.

**H.c** In den Schlussbemerkungen vom 6. Mai 2019 stellen die Beschwerdeführerinnen den Antrag, es sei eine Stellungnahme der WEKO einzuholen. Eventualiter sei die laufende vertiefte Abklärung der WEKO zum Zusammenschlussvorhaben Gateway Basel Nord abzuwarten und den Parteien hiernach Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Die Beschwerdeführerinnen bekräftigen ihren Standpunkt zur Beschwerdelegitimation und halten an den Ergebnissen des Gutachtens Krauskopf/Müller fest. Die bimodale Anlage sei untrennbar mit dem Hafenzugang, der unter dem Monopol der SRH stehe, verbunden. Es sei zu erwarten, dass das Projekt Gateway Basel Nord die gewachsenen Marktstrukturen grundlegend verändern und sie in ihrer Existenz bedrohen werde. Ein gesetzgeberischer Wille für einen derart weitreichenden, präzedenzlosen und rechtsungleichen Markteingriff sei nicht erkennbar. Angesichts der Sonderstellung des vorliegenden Falls

werde mit ihrer Beschwerde auch keine Popularbeschwerde eröffnet. Die staatliche Förderung erfolge über die staatliche SBB Cargo AG, deren Stellung weiterhin unklar sei. Es werde bestritten, dass bereits der bimodalen Anlage eine nationale verkehrspolitische Bedeutung zukomme. Die behaupteten Kapazitätsengpässe im Markt für Containerumschläge seien nicht erstellt, zumal das Gebiet der bestehenden Anlage Basel Wolf zukünftig zu Wohnzwecken genutzt werden sollte. Überdies fehle es der bimodalen Anlage, welche grösstenteils im Gebiet eines Trockenwiesen-Objekts von nationaler Bedeutung zu liegen komme, an der erforderlichen Standortgebundenheit (Art. 7 Abs. 1 der Trockenwiesenverordnung vom 13. Januar 2010 [TwwV, SR 451.37]). Ihre bei anderen Gelegenheiten geäusserten Bedenken gegen das Projekt Gateway Basel Nord seien von der Vorinstanz nicht ernsthaft gewürdigt worden. Die Prüfung und die erforderlichen Sachverhaltsabklärungen seien in diesem Verfahren nachzuholen. Von der WEKO sei eine Stellungnahme einzuholen zu den Fragen, wie der relevante Markt für Containerumschläge abzugrenzen sei und ob das Projekt bzw. die Investitionsbeiträge den relevanten Markt verzerren könnten. Mit der Beschwerdelegitimation komme ihnen auch das Akteneinsichtsrecht zu. Das Gutachten der SGKV vom 17. Januar 2017 in der von der Beschwerdegegnerin geschwärtzten Fassung sei nicht mehr nachvollziehbar und deshalb als ungenügend zu erachten.

**H.d** Mit Eingabe vom 14. Mai 2019 rügt die Beschwerdegegnerin, die Schlussbemerkungen der Beschwerdeführerinnen vom 6. Mai 2019 würden neue Anträge, zahlreiche Beilagen und umfangreiche materielle Ausführungen enthalten. Sie gingen weit über Schlussbemerkungen gemäss Instruktionsverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. März 2019 hinaus und seien daher nicht zu berücksichtigen.

## **I.**

**I.a** Mit Medienmitteilung und Presserohstoff vom 13. Juni 2019 informiert die WEKO die Öffentlichkeit darüber, sie erhebe nach einer vertieften Prüfung keine Einwände gegen das Zusammenschlussvorhaben von SBB, der Hupac SA und der Rethmann SE & Co. KG. Die drei Unternehmen würden beabsichtigen, direkt oder indirekt die gemeinsame Kontrolle über die Gateway Basel Nord AG zu erlangen. Das erste schweizerische Grossterminal mit Gateway-Funktion, so die WEKO in ihrer Mitteilung, vermöge zwar den wirksamen Wettbewerb beim Umschlag von Containern, Wechselbehältern und Sattelauflegern im Import- und Exportverkehr zu beseitigen.

Dies betreffe namentlich den Umschlag auf der Schiene sowie den Umschlag vom Schiff auf die Schiene. Die starke Marktstellung der Zusammenschlussparteien auf den vor- bzw. nachgelagerten Märkten – insbesondere die starke Stellung von SBB Cargo AG im Vor- bzw. Nachlauf der Import- und Exportverkehre auf der Schiene im Binnenverkehr – ermögliche die Bündelung dieser Umschläge auf der Umschlagsanlage Gateway Basel Nord. Die WEKO gehe davon aus, dass die Wettbewerber von Umschlagsanlagen diesbezüglich aufgrund der hohen Kosten- und Zeitvorteile des Gateways Basel Nord nicht im Stande seien, eine hinreichend disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der Gateway Basel Nord AG auszuüben. Bei anderen Umschlagsarten, insbesondere bei Umschlägen von der Schiene auf die Strasse und vom Schiff auf die Strasse, könne nicht von einer möglichen Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs ausgegangen werden. So würden in diesen Bereichen auch kleinere Umschlagsanlagen zukünftig mögliche Alternativen zum Gateway Basel Nord darstellen. Gleichzeitig führe das Vorhaben jedoch auch zu substantziellen Kosten- und Zeiteinsparungen im kombinierten Verkehr. Mit Blick auf die gesetzlichen Vorgaben für einen diskriminierungsfreien Zugang sowie die weiteren Auflagen des BAV sei zu erwarten, dass sich dank des Vorhabens der Wettbewerb im Import- und Exportverkehr auf der Schiene zum Teil verbessere. Diese Vorteile würden nach der Prüfung der WEKO die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung im Bereich Umschlagsleistungen überwiegen. Die Voraussetzungen für eine Untersagung des Zusammenschlussvorhabens oder Zulassung nur unter Auflagen und Bedingungen seien daher nicht gegeben. Anzumerken bleibe, dass in der Zusammenschlusskontrolle nach Kartellgesetz rein wettbewerbliche und keine verkehrs- und umweltpolitischen Aspekte zu prüfen seien.

**I.b** Mit Eingabe vom 18. Juni 2019 reichen die Beschwerdeführerinnen die vorgenannte Medienmitteilung und den Presserohstoff der WEKO ein. Sie erklären, die von der WEKO festgestellte marktbeherrschende Stellung der Beschwerdegegnerin bestätige, dass ihnen die erforderliche Beziehungsnähe zukomme, um im vorliegenden Verfahren Beschwerde zu führen.

**I.c** In der Stellungnahme vom 17. Juli 2019 führt die Beschwerdegegnerin aus, die WEKO habe – als vom Gesetzgeber speziell dafür geschaffene Fachbehörde – alle wettbewerbsrechtlichen Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Gateway Basel Nord abschliessend und rechtskräftig entschieden. Das betreffe sowohl die Marktstellung und die Auswirkungen auf den Wettbewerb als auch die Verbesserung der Wettbewerbsverhält-

nisse im Bereich des kombinierten Verkehrs. Diese Fragen könnten im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht noch einmal Gegenstand einer Beurteilung sein. Sie könnten deshalb auch keine Beschwerdelegitimation begründen. Vielmehr könnten die wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen eines Zusammenschlusses schon von Gesetzes wegen von Dritten nicht gerügt werden (Art. 43 Abs. 4 KG; BGE 131 II 497 E. 5.5).

**I.d** Mit Instruktionsverfügung vom 18. Juli 2019 wird das Fristerstreckungsgesuch der Vorinstanz vom 16. Juli 2019 gutgeheissen und ihr die Frist zur Einreichung der Vernehmlassung bis zum 23. August 2019 erstreckt.

**I.e** In der Vernehmlassung vom 19. August 2019 weist die Vorinstanz darauf hin, die WEKO habe im Zusammenschlussverfahren eine zu enge Marktabgrenzung vorgenommen, indem sie den Wettbewerb zwischen KV-Umschlagsanlagen als relevant erachte. Die Nichtsubstituierbarkeit von Strassen- und Schienentransport gemäss WEKO entspreche nach Einschätzung der Vorinstanz nicht den tatsächlichen Marktgegebenheiten. Sie gehe von einer stärkeren disziplinierenden Wirkung der verschiedenen verfügbaren Logistikketten aus. Die Feststellungen der WEKO zur marktbeherrschenden Stellung des Gateways Basel Nord seien vorliegend nur für den Umschlag Schiene-Schiene von Relevanz, da nur die bimodale Anlage Verfahrensgegenstand sei. Gerade hier verweise die WEKO aber auf die Produktivitätsvorteile des Vorhabens sowie auf den diskriminierungsfreien Zugang, der mit den Auflagen der Vorinstanz gewährleistet werde. Für die wesentlichen Marktbereiche Umschlag Schiff-Strasse sowie Schiene-Strasse, in denen die Beschwerdeführerinnen tätig seien, habe die WEKO keine marktbeherrschende Stellung festgestellt. Der Umschlag Schiene-Schiene mache in der Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführerinnen nur einen kleinen Teil aus, aus dem sie kaum eine erhebliche Beeinträchtigung und eine Beschwerdelegitimation ableiten könnten. Der Entscheid der WEKO stelle sodann klar, dass die materiellen Einwendungen der Beschwerdeführerinnen unbegründet seien und keine wettbewerbsrechtlichen Massnahmen erforderlich seien. Das GÜTG und die GüTV sähen nicht vor, dass die Gewährung von Investitionsbeiträgen unter Einbezug wettbewerbsrechtlicher Fragestellungen zu erfolgen habe. Es zeige sich somit, dass die Eingaben der Beschwerdeführerinnen nur darauf abzielen würden, die Realisierung des Projekts Gateway Basel Nord weiter zu verzögern.

**I.f** In der unaufgefordert eingereichten Eingabe vom 2. September 2019 beantragen die Beschwerdeführerinnen, es seien die Unterlagen der

WEKO zum Zusammenschluss Gateway Basel Nord beizuziehen und den Parteien zur Stellungnahme zu geben, soweit Geschäftsgeheimnisse dies zulassen. Ferner stellen sie den Antrag, die Vernehmlassung der Vorinstanz vom 19. August 2019 sei infolge Verspätung aus dem Recht zu weisen. Als Ergänzung zu ihren bisherigen Ausführungen legen die Beschwerdeführerinnen insbesondere dar, auch im Bereich Umschlag Schiene-Schiene seien sie von der Marktmacht der Beschwerdegegnerin betroffen. Es sei branchenbekannt, dass sie die grössten Schienen-Schienen-Geschäfte der Schweiz umschlage, nämlich die maritimen Gütertransporte für (...), wobei sie die Transporte teils mit eigenen Zügen in Zusammenarbeit mit der BLS Cargo durchführe. Ferner sei der Entscheid der WEKO in Bezug auf die erkannten Effizienzvorteile des Gateways Basel Nord zu kritisieren und im Übrigen sei daran festzuhalten, dass dieser die Beurteilung der hier strittigen Investitionsbeiträge nicht vorwegnehme.

**J.**

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird, soweit entscheidrelevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

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

**2.**

In der angefochtenen Verfügung vom 4. Juli 2018 sichert die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin Investitionsbeiträge gemäss Art. 8 GüTG an den Bau der bimodalen KV-Umschlagsanlage Gateway Basel Nord (Baustufe

1.1+) zu, welche in einer zweiten Etappe zu einer trimodalen Anlage erweitert werden soll. Die Beschwerdeführerinnen sind nicht formelle Adressatinnen der angefochtenen Verfügung. Es ist deshalb im Wesentlichen fraglich und zu prüfen, ob sie als Drittbetroffene die Voraussetzungen zur Beschwerdeerhebung erfüllen.

Nach Darlegung der einschlägigen Rechtsgrundlagen (E. 3) ist nachfolgend zunächst über die prozessualen Anträge betreffend Zulässigkeit einzelner Stellungnahmen zu entscheiden (E. 4) sowie der Streitgegenstand des Beschwerdeverfahrens zu klären (E. 5). Danach ist zu beurteilen, ob die Beschwerdeführerinnen zur Beschwerde legitimiert sind (E. 6 ff.) und welche Rechtsfolgen sich daraus ergeben (E. 10 ff.). Auf das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerinnen ist abschliessend gesondert einzugehen (E. 14 f.).

### **3.**

**3.1** Zum besseren Verständnis sind vorab die einschlägigen Rechtsgrundlagen darzulegen.

**3.2** Nach Art. 8 GüTG kann der Bund Investitionsbeiträge an den Bau, die Erweiterung und die Erneuerung von KV-Umschlagsanlagen leisten (Abs. 1). Der Investitionsbeitrag des Bundes darf 60 % der anrechenbaren Kosten nicht überschreiten. Bei Projekten von nationaler verkehrspolitischer Bedeutung kann er auf höchstens 80 % erhöht werden (Abs. 2). Bei der Gewährung und der Bemessung der Beiträge sind verkehrs-, energie- und umweltpolitische Ziele, wirtschaftliche Kriterien, die Vorteile Dritter und insbesondere das Konzept für den Gütertransport auf der Schiene nach Art. 3 GüTG angemessen zu berücksichtigen (Abs. 3). Die Gewährung der Beiträge wird mit Auflagen verbunden, insbesondere soll damit ein diskriminierungsfreier Zugang zu den KV-Umschlagsanlagen sichergestellt werden (Abs. 5). Die Bundesversammlung bewilligt durch einfachen Bundesbeschluss die für die Investitionsbeiträge notwendigen mehrjährigen Rahmenkredite (Abs. 7). Die Anforderungen des Gesetzes werden auf Verordnungsstufe in Art. 4 ff. GüTV weiter ausgeführt.

**3.3** Gemäss Art. 3 Abs. 1 Satz 1 des Subventiongesetzes vom 5. Oktober 1990 (SuG, SR 616.1) sind Finanzhilfen geldwerte Vorteile, die Empfängern ausserhalb der Bundesverwaltung gewährt werden, um die Erfüllung einer vom Empfänger gewählten Aufgabe zu fördern oder zu erhalten. Die

Finanzhilfen werden unterteilt in sog. Anspruchs- und Ermessenssubventionen. Eine Ermessenssubvention liegt nach Lehre und Rechtsprechung dann vor, wenn die Voraussetzungen zur Gewährung der Subvention nicht abschliessend geregelt sind. Liegt eine Ermessenssubvention vor, besteht kein Anspruch auf Subventionen. Auch beim Entscheid über die Ausrichtung einer Ermessenssubvention ist die Behörde indes nicht völlig frei, sondern sie hat die Verfassung zu beachten und dem Willkürverbot, dem Gebot der Rechtsgleichheit und dem Verhältnismässigkeitsprinzip Folge zu leisten (vgl. statt vieler Urteil des BVGer A-4995/2018 vom 6. Mai 2019 E. 3.5 und 5.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 409 und 2520, TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 46 Rz. 11 ff., FABIAN MÖLLER, Rechtsschutz bei Subventionen, 2006, S. 44 f.; je mit Hinweisen).

Die gesetzliche Grundlage von Art. 8 GüTG enthält zwar gewisse Voraussetzungen für die Investitionsbeiträge und legt (relative) Höchstbeträge fest. Weder Voraussetzungen noch Beitragshöhe sind jedoch abschliessend und erschöpfend bestimmt. Die Regelung ist als sog. Kann-Bestimmung ausgestaltet und die Finanzhilfe wird zudem nur im Rahmen der vom Parlament bewilligten Kredite gewährt (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 30. April 2014 zur Totalrevision des Gütertransportgesetzes, BBl 2014 3945 [nachfolgend: Botschaft GüTG]). Daraus ist zu schliessen, dass es sich bei den Investitionsbeiträgen nach Art. 8 GüTG um eine typische Ermessenssubvention handelt (vgl. auch Urteile des BVGer A-6549/2011 vom 23. Oktober 2013 E. 4.3, A-7092/2009 vom 25. Mai 2010 E. 7 und A-6121/2007 vom 3. April 2008 E. 5).

#### **4.**

**4.1** Im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens sind zunächst die prozessualen Anträge der Parteien betreffend Zulässigkeit einzelner Stellungnahmen zu prüfen.

Mit Schreiben vom 14. Mai 2019 verlangt die Beschwerdegegnerin, das Bundesverwaltungsgericht dürfe die Schlussbemerkungen der Beschwerdeführerinnen vom 6. Mai 2019 nicht berücksichtigen. Diese würden neue Anträge, zahlreiche Beilagen und umfangreiche materielle Ausführungen enthalten, was nicht dem Charakter von Schlussbemerkungen gemäss der Instruktionsverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. März 2019 entspreche. Ferner stellen die Beschwerdeführerinnen in ihrer Eingabe

vom 2. September 2019 den Antrag, die Vorinstanz habe die Vernehmlassung vom 19. August 2019 zu spät eingereicht, weshalb diese aus dem Recht zu weisen sei.

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

**4.3** Vorliegend besteht kein Anlass, die Schlussbemerkungen der Beschwerdeführerinnen vom 6. Mai 2019 ganz oder teilweise aus dem Recht zu weisen. Die nachträglich gestellten Anträge betreffend WEKO sind angesichts ihres prozeduralen Charakters grundsätzlich als zulässig zu erachten. Sofern die strittigen Schlussbemerkungen neue Tatsachen, Beweismittel oder rechtliche Begründungen – namentlich betreffend Zusammenschlussverfahren – enthalten, erweisen sich diese gemäss der aufgezeigten Rechtslage im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht ebenfalls als grundsätzlich zulässig. Die Schlussbemerkungen der

Beschwerdeführerinnen vom 6. Mai 2019 sind für die nachfolgende Urteilsfindung somit zu berücksichtigen, soweit ihnen Entscheiderrelevanz zukommt. Der entgegenstehende Antrag der Beschwerdegegnerin ist abzuweisen. Der Antrag der Beschwerdeführerinnen, die Vernehmlassung vom 19. August 2019 infolge Verspätung aus dem Recht zu weisen, ist sodann ohnehin abzuweisen, da der Vorinstanz jene Frist bis zum 23. August 2019 erstreckt wurde.

## **5.**

**5.1** Zur Beurteilung der strittigen Beschwerdelegitimation ist im Folgenden zu klären, was Gegenstand des Beschwerdeverfahrens bildet.

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

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

**5.3** Das Projekt Gateway Basel Nord ist in mehrere Etappen aufgeteilt. Vorgesehen ist, in einer ersten Etappe eine bimodale KV-Umschlagsanlage zu errichten (Baustufe 1.1+) und diese in einer zweiten Etappe zu einer trimodalen Anlage zu erweitern (Baustufe 2.0). Auch wenn gemäss Angaben der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin die bimodale Anlage selbst unabhängig von den weiteren Ausbaumassnahmen langfristig nachhaltig betrieben werden könnte, liegt das erklärte eigentliche Ziel des Projekts doch in der Errichtung einer trimodalen Anlage. Darauf wurde auch sichtbar die gesamte Planung der bimodalen Anlage ausgerichtet. Insofern besteht ein

enger sachlicher Zusammenhang zwischen den einzelnen Baustufen und diese können nicht gänzlich losgelöst von einander betrachtet werden. In den Erwägungen der angefochtenen Verfügung weist die Vorinstanz darauf hin, dass die Erweiterung der KV-Umschlagsanlage Gateway Basel Nord zu einer trimodalen Terminal (Baustufe 2.0) Inhalt einer eigenständigen Verfügung sei. Trotz dieser vorinstanzlichen Abgrenzung ist festzuhalten, dass nicht nur über die Investitionsbeiträge an die Baustufe 1.1+ entschieden wurde. Aus der angefochtenen Verfügung ergibt sich, dass in Bezug auf die Baustufe 2.0 einerseits Investitionsbeiträge für Vorinvestitionen in erheblicher Höhe zugesichert und andererseits bereits gewisse Rechtsfolgen in Bezug auf die Realisierung der Baustufe 2.0, wie z.B. Rückzahlungspflichten, rechtsverbindlich geregelt werden. In diesem Umfang ist auch die Baustufe 2.0 des Projekts vom Gegenstand der angefochtenen Verfügung miterfasst. Soweit die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin die Auffassung vertreten, die Erweiterung zu einem trimodalen Terminal liege ausserhalb des Streitgegenstands, ist ihnen in dieser Absolutheit nicht zu folgen. Soweit die Anträge der Beschwerdeführerinnen indes über das Vorgenannte hinausführen, ist auf die Beschwerde in Übereinstimmung mit den Begehren der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin nicht einzutreten.

## **6.**

**6.1** In der Hauptsache strittig ist, ob die Beschwerdeführerinnen zur Beschwerdeführung legitimiert sind.

Die Beschwerdeführerinnen begründen ihre Beschwerdelegitimation als Konkurrentinnen in mehrfacher Hinsicht. Die Vorinstanz sowie die Beschwerdegegnerin erachten demgegenüber keine der Fallgruppen der Konkurrentenbeschwerde als gegeben.

**6.2** Das GÜTG enthält keine spezialgesetzliche Regelung zur Beschwerdebefugnis von Konkurrenten. Die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerinnen richtet sich daher nach den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsverfahrens (vgl. Art. 35 Abs. 1 SuG; MÖLLER, a.a.O., S. 278).

Als Parteien in einem Verwaltungsverfahren gelten Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht (Art. 6 VwVG). Zur Beschwerde legitimiert ist gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder

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

**6.3** Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts sind Konkurrenten nicht schon aufgrund der blossen Befürchtung, einer verstärkten Konkurrenz ausgesetzt zu sein, beschwerdebefugt; diese Art des Berührtseins liegt vielmehr im Prinzip des freien Wettbewerbs. Erforderlich ist eine schutzwürdige besondere Beziehungsnähe, die sich aus der einschlägigen gesetzlichen Ordnung ergibt (BGE 139 II 328 E. 3.3, 138 I 378 nicht publ. E. 1.2.4, je mit Hinweisen). So kann ein schutzwürdiges Interesse für Kon-

kurrenten in Wirtschaftszweigen vorliegen, in welchen sie durch wirtschaftspolitische oder sonstige spezielle Regelungen in eine solche besondere Beziehungsnähe untereinander versetzt werden (BGE 136 II 291 nicht publ. E. 1.1; vgl. BGE 135 II 243 E. 1.2; MOOR/POLTIER, Droit administratif, Bd. II, 3. Aufl. 2011, S. 740). Ferner ist ein Konkurrent beschwerdebefugt, soweit er geltend macht, andere Konkurrenten würden privilegiert behandelt. Hingegen kann das bloss allgemeine Interesse der Konkurrenten, dass die für alle geltenden Vorschriften gegenüber den anderen Wirtschaftsteilnehmern korrekt angewendet werden, keine Beschwerdebefugnis begründen (BGE 125 I 7 E. 3g/bb, 123 II 376 E. 4b/bb), und zwar auch nicht zugunsten der Konkurrenten, welche befürchten, infolge einer angeblich rechtswidrigen Zulassung neuer Produkte einen Umsatzrückgang zu erleiden (BGE 123 II 376 E. 5b; Urteil des BGer 2C\_348/2011 vom 22. August 2011 E. 2.3). Konkurrenten sind sodann nicht beschwerdebefugt, wenn sie nicht eine Dritten zugestandene Begünstigung rügen, sondern im Gegenteil verhindern wollen, dass – ohne Vorliegen einer "Schutznorm" im genannten Sinne – Dritten das zugestanden wird, was ihnen auch zusteht (BGE 131 I 198 E. 2.6).

Im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle bejahte das Bundesgericht die Beschwerdelegitimation von Privatversicherern, die gegen das Glarner Gesetz über die Kantonale Sachversicherung Beschwerde führten. Das Gesetz sah vor, dass die kantonale Gebäudeversicherungsanstalt nebst ihrer Monopoltätigkeit auch weitere Versicherungsaufgaben in Konkurrenz zu privaten Versicherungsunternehmen wahrnehmen kann. Die Beschwerdeführer machten einen Verstoss gegen die Wirtschaftsverfassung sowie eine Privilegierung des Monopolisten geltend (BGE 138 I 378 nicht publ. E. 1.2.5). Währenddessen begründet das Versicherungsaufsichtsgesetz vom 17. Dezember 2004 (VAG, SR 961.01) keine wirtschaftspolitische Sonderordnung. Folglich sind Privatversicherer nicht legitimiert, Bewilligungen bzw. aufsichtsrechtliche Entscheide der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) im Bereich von Zusatzversicherungen anzufechten, die die kantonale Versicherungsanstalt bzw. deren Tochtergesellschaft neben ihrer Monopoltätigkeit anbietet (Urteil des BGer 2C\_94/2012 vom 3. Juli 2012 E. 2).

Des Weiteren erkannte das Bundesgericht, dass die Kartellgesetzgebung als Ordnung zur Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs die Konkurrenten in eine besondere, beachtenswerte, nahe Beziehung zueinander versetzt. Die Parteistellung und die Beschwerdebefugnis der Konkurrenten im kartellrechtlichen Untersuchungsverfahren setzen voraus, dass diese

einen deutlich spürbaren wirtschaftlichen Nachteil erleiden. Über das Vorliegen eines wirtschaftlichen Nachteils hinaus kann keine weitere Schranke für die Beschwerdebefugnis gesetzt werden. So kann sie nicht erst dann bejaht werden, wenn der wirksame Wettbewerb nicht mehr funktioniert. Damit würde die materiell-rechtliche Beurteilung auf der Stufe der Beschwerdebefugnis vorweggenommen, mit der Folge, dass der Rechtsschutz von Konkurrenten weitgehend ausgeschlossen wäre, sofern die WEKO eine Einstellungsverfügung getroffen und damit das Vorhandensein von wirksamem Wettbewerb bejaht hat. Einen solchen Ausschluss der Beschwerdebefugnis und damit der gerichtlichen Kontrolle der Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden hat der Gesetzgeber jedoch bei der Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen – im Unterschied zur Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen (Art. 43 Abs. 4 KG) – gerade nicht vorgesehen. Es muss daher für die Beschwerdebefugnis genügen, dass sich die Abrede oder Verhaltensweise in wesentlichem Ausmass nachteilig auf den Konkurrenten auswirkt (BGE 139 II 328 E. 3.5 und 4.5 f.).

Schliesslich hat das Bundesgericht entschieden, dass Art. 29 des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen vom 24. März 2006 (RTVG, SR 784.40) als Schutznorm andere Medienunternehmen vor Tätigkeiten der Schweizerischen Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) schützt, soweit diesen eine erhebliche Einschränkung ihres Entfaltungsspielraums droht (Urteil des BGer 2C\_1024/2016 vom 23. Februar 2018 E. 3; vgl. zum Ganzen BERNHARD WALDMANN, in: Niggli/Übersax/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl. 2018, Art. 89 Rz. 23 ff.; vgl. auch HÄNER, Kommentar VwVG, Art. 48 Rz. 15, WIEDERKEHR/EGGENSCHWILER, Die allgemeine Beschwerdebefugnis Dritter, 2018, Rz. 103 ff., MARANTELLI/HUBER, Praxiskommentar, Art. 48 Rz. 28, LORENZ KNEUBÜHLER, Beschwerdebefugnis vor Bundesgericht: Konkurrenten, Gemeinden, Pläne und Realakte, ZBI 2016 S. 25 ff., RENÉ WIEDERKEHR, Die Beschwerdebefugnis des Konkurrenten, recht 2014 S. 81 ff., MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.80, MÖLLER, a.a.O., S. 279 ff., je mit Hinweisen).

## 7.

**7.1** Allein die Befürchtung der Beschwerdeführerinnen, infolge des Gateways Basel Nord einer verstärkten Konkurrenz der Beschwerdegegnerin ausgesetzt zu sein, genügt noch nicht, um ihre Beschwerdelegitimation zu bejahen. Dies hat auch dann zu gelten, wenn – wie vorliegend – nur ein verhältnismässig kleiner Kreis von Unternehmen KV-Umschlagsanlagen betreibt. Bei der Zusicherung von Investitionsbeiträgen nach Art. 8 GÜTG

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

**7.2** Demzufolge gibt es einige Gründe, die an sich gegen eine Legitimation der Beschwerdeführerinnen sprechen. Zu prüfen bleibt aber, ob ihre Legitimation deshalb zu bejahen ist, weil Art. 8 GüTG eine spezielle Regelung schafft, die im konkreten Einzelfall dazu geeignet sein könnte, den wirksamen Wettbewerb in den Märkten für Umschlagsleistungen in tatsächlicher Hinsicht zu beseitigen.

Die WEKO als Fachbehörde in Wettbewerbsfragen kommt in ihrer Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens zum Ergebnis, dass das Grossterminal Gateway Basel Nord zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs beim Umschlag von Containern, Wechselbehältern und Sattelaufliegern im Import- und Exportverkehr führen könnte. Dies betreffe namentlich den Umschlag auf der Schiene sowie den Umschlag vom Schiff auf die Schiene (vgl. Sachverhalt Bst. I.a). Zu beachten ist, dass die von der WEKO erkannten Wettbewerbsvorteile für den Import- und Exportverkehr auf der

Schiene wie auch die Gewährleistung des diskriminierungsfreien Zugangs hauptsächlich für die Marktgegenseite der Beschwerdegegnerin von Bedeutung ist, im hier massgebenden Verhältnis zwischen den einzelnen Betreiberinnen von KV-Umschlagsanlagen aber nicht greifen. Die zu den Akten genommene Medienmitteilung sowie der Presserohstoff der WEKO vom 13. Juni 2019 geben für die vorliegende Beurteilung hinreichend Aufschluss über ihre Einschätzung der Wettbewerbsverhältnisse, weshalb an dieser Stelle die Anträge der Beschwerdeführerinnen auf Einholen einer Stellungnahme der WEKO oder Beizug der Verfahrensakten schon in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen sind.

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

## **8.**

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

**8.2** Die Vorinstanz erachtet die von der WEKO vorgenommene Marktabgrenzung als zu eng. Relevant sei nicht der Wettbewerb zwischen den KV-

Umschlagsanlagen, sondern der Wettbewerb zwischen den verschiedenen verfügbaren Logistikketten. Zweifellos kommt der Vorinstanz ein besonderes Fachwissen zu, was die tatsächlichen Marktgegebenheiten im kombinierten Verkehr betrifft. Vorliegend ist indes zu berücksichtigen, dass die von der WEKO vorgenommene Marktabgrenzung das Ergebnis einer vertieften wettbewerblichen Prüfung ist. Demgegenüber hat sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zur bestehenden oder der zukünftigen Marktsituation bewusst nicht geäußert. Auch lässt die nachträglich vorgebrachte Begründung in der Vernehmlassung nicht den Schluss zu, die Marktabgrenzung der WEKO sei offensichtlich fehlerhaft, aktenwidrig oder für die Beantwortung der vorliegenden Fragestellungen ungeeignet. Bei diesen Gegebenheiten besteht im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens kein hinreichender Grund von der Marktabgrenzung, wie sie die WEKO als Fachbehörde in Wettbewerbsfragen ihrer Beurteilung zugrunde gelegt hat, abzuweichen.

In diesem Zusammenhang wendet die Vorinstanz des Weiteren ein, die Beschwerdeführerinnen seien hauptsächlich in den Märkten Umschlag Schiff-Strasse und Schiene-Strasse tätig, in denen auch die WEKO keine marktbeherrschende Stellung durch das Projekt Gateway Basel Nord festgestellt habe. Es ist unbestritten, dass den Beschwerdeführerinnen aktuell die Marktführung beim Containerumschlag im Raum Basel zukommt. In Birsfelden und in Basel Hafenbecken I betreiben sie trimodale KV-Umschlagsanlagen. Selbst wenn der Umschlag Schiff-Schiene und Schiene-Schiene nicht die mehrheitliche Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführerinnen ausmacht, wie von der Vorinstanz dargelegt, so erscheint es angesichts des Betrieb der beiden trimodalen Anlagen doch überzeugend, dass sie zumindest in einem bedeutenden Umfang auch im Bereich Umschlag Schiff-Schiene tätig sind. Namentlich in diesem Bereich könnte es gemäss WEKO zur Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kommen.

**8.3** Der Beschwerdegegnerin und der Vorinstanz ist dahingehend zuzustimmen, dass das Subventionsverfahren nicht dazu dienen dürfe, die fehlende Parteistellung der Beschwerdeführerinnen im Zusammenschlussverfahren vor der WEKO (vgl. Art. 43 Abs. 4 KG; BGE 131 II 497 E. 5.5; vgl. BGE 139 II 328 E. 4.6) oder allgemein die kartellrechtliche Zuständigkeitsordnung zu missachten (vgl. auch Urteil des BGer 2C\_94/2012 vom 3. Juli 2012 E. 2.10 mit Hinweisen). Dies ist jedoch vorliegend nicht der Fall. So ist bereits der Streitgegenstand im Verfahren der WEKO ein anderer als im Subventionsverfahren. Die WEKO hatte zu prüfen, ob das Zusammenschlussvorhaben der drei Unternehmen kartellrechtlich zulässig ist. Über

die Zusicherung von Investitionsbeiträge des Bundes an den Bau des Gateways Basel Nord gemäss Art. 8 GÜTG hatte sie nicht zu befinden. Zur letzteren Frage liegt somit auch kein rechtskräftiger Entscheid der WEKO vor, sondern diese Beurteilung fällt in die Zuständigkeit der Vorinstanz. Es ist zwar richtig, dass das GÜTG und die GüTV der Vorinstanz nicht ausdrücklich vorgeben, die zu erwartenden Marktauswirkungen von Investitionsbeiträgen zu prüfen. Es handelt sich hier jedoch um eine sog. Ermessenssubvention, deren Voraussetzungen gerade nicht abschliessend gesetzlich festgelegt sind und bei deren Ausrichtung die Verfassung zu beachten ist (vgl. vorstehend E. 3.3). Insbesondere mit Blick auf die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 und Art. 94 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 ([BV, SR 101]) ist es geboten, dass die Vorinstanz sich gegebenenfalls auch mit der Zulässigkeit des Markteingriffs befasst, der mit der staatlichen Massnahme einhergehen könnte. Wie dargelegt, richtet sich sodann die Beschwerdelegitimation im Subventionsverfahren nach den allgemeinen Bestimmungen von Art. 48 VwVG (vgl. vorstehend E. 6.2). Der Ausschluss der Parteistellung gemäss Art. 43 Abs. 4 KG ist eine spezialgesetzliche Regelung, die hier nicht anwendbar ist. Ein allfälliger Widerspruch zu Kartellgesetzgebung ist demzufolge nicht erkennbar.

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

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

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

## **9.**

Zur Beschwerdelegitimation ist zusammenfassend festzuhalten, dass Art. 8 GüTG eine Regelung schafft, die in Sonderfällen geeignet sein kann, den wirksamen Wettbewerb in einzelnen Märkten für Umschlagsleistungen in tatsächlicher Hinsicht zu beseitigen. Mindestens in diesen Fällen besteht eine spezielle Regelung, die die Konkurrenten in eine besondere Beziehungsnähe zueinander versetzen kann. Vorliegend haben die Beschwerdeführerinnen glaubhaft gemacht, dass sie in erheblichem Umfang auch auf den von der WEKO genannten Märkten – vor allem Umschlag Schiff auf Schiene – tätig sind. Auch haben sie glaubhaft gemacht, dass sie der Gefahr ausgesetzt sind, aus diesen Märkten verdrängt zu werden, sollte der dortige wirksame Wettbewerb durch die Investitionsbeiträge für das Gateway Basel Nord beseitigt werden. Wie aufgezeigt, ist die Sonderstellung des Projekts nicht allein ein Ergebnis der bestehenden Marktkräfte

oder Ausdruck des freien Wettbewerbs. Vielmehr ist aufgrund der Aktenlage davon auszugehen, dass überhaupt erst die zugesicherten Investitionsbeiträge des Bundes nach Art. 8 GÜTG der Beschwerdegegnerin eine Realisierung der Anlage in dieser Grössenordnung ermöglichen. Bei einer Gutheissung der Beschwerde würden die Investitionsbeiträge zwar nicht unmittelbar den Beschwerdeführerinnen zufließen, die geltend gemachte Gefahr einer möglichen Marktverdrängung könnte damit aber abgewendet oder zumindest erheblich verringert werden. Unter diesen Umständen kann den Beschwerdeführerinnen auch keine rechtsmissbräuchliche Beschwerdeführung vorgehalten werden, die keinen Rechtsschutz verdienen würde. Die Beschwerdeführerinnen sind damit durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und ihnen kommt ein eigenes, unmittelbares schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Abänderung zu (Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG). Die Beschwerdeführerinnen hatten unbestrittenermassen keine Möglichkeit zur Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren. Die Voraussetzung der formellen Beschwerde ist daher ebenfalls erfüllt (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG). Sie sind somit grundsätzlich zur Einreichung der Beschwerde legitimiert. Bei diesem Ergebnis ist auf die weiteren Ausführungen der Beschwerdeführerinnen zur Beschwerdelegitimation nicht mehr näher einzugehen.

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

## **10.**

**10.1** Die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ist in der Regel innert 30 Tagen nach der Eröffnung des angefochtenen Entscheids einzureichen (Art. 50 Abs. 1 VwVG). Aus einer mangelhaften Eröffnung dürfen den Parteien aber keine Nachteile erwachsen (Art. 38 VwVG). Wird einer Partei ein Entscheid zu Unrecht nicht eröffnet, beginnt die Beschwerdefrist

für sie daher nicht zu laufen. Sie kann den Entscheid deshalb auch noch nach Ablauf dieser Frist anfechten, sofern sie dies innert nützlicher Frist seit dessen Kenntnisnahme tut (vgl. Urteile des BVGer A-363/2016 vom 22. April 2016 E. 1.3.2 und A-5540/2013 vom 6. Januar 2014 E. 2.2.3; vgl. auch Urteile des BGer 1C\_293/2018 vom 29. Januar 2019 E. 3.1 und 9C\_202/2014 vom 11. Juli 2014 E. 4.2; KNEUBÜHLER/PEDRETTI, Kommentar VwVG, Art. 38 Rz. 9 und 18; UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, Praxis-Kommentar, Art. 38 Rz. 10; je mit Hinweisen).

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

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

## **11.**

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ermessensausübung – sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG). Es auferlegt sich indes bei der Überprüfung der Gewährung von sog. Ermessenssubventionen Zurückhaltung, indem es bei Fragen, die durch die Justizbehörden naturgemäss schwer kontrollierbar sind, nicht ohne Not von den Beurteilungen des erstinstanzlichen Fachgremiums abweicht, zumal der Rechtsmittelbehörde zumeist nicht alle massgebenden Faktoren und Fachkenntnisse für die Bewertung von Gesuchen um Subventionen durch die Vorinstanz bekannt sind. Die dargelegte Zurückhaltung gilt jedoch nur

bei der Frage nach der Ermessensausübung durch die Subventionsbehörde. Ist hingegen die Auslegung und Anwendung von Rechtsvorschriften streitig oder werden Verfahrensmängel gerügt, hat die Rechtsmittelbehörde die erhobenen Einwendungen in freier Kognition zu prüfen, andernfalls sie eine formelle Rechtsverweigerung beginge (vgl. BVGE 2015/33 E. 4.3; Urteile des BVGer A-4995/2018 vom 6. Mai 2019 E. 2, A-1653/2017 vom 20. Februar 2018 E. 2 und A-1849/2013 vom 20. August 2013 E. 2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.153 ff., JÉRÔME CANDRIAN, Introduction à la procédure administrative fédérale, 2013, Rz. 189, MÖLLER, a.a.O., S. 213).

## **12.**

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

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

**12.3** Eine nachträgliche Heilung der Verfahrensmängel, die sich aus der fehlenden Parteistellung der Beschwerdeführerinnen ergeben, kommt vorliegend nicht in Betracht. Es dürfte mit einem erheblichen Aufwand verbunden sein, zu klären, ob tatsächlich allen drei Beschwerdeführerinnen Parteistellung zukommt und welche weiteren Konkurrenten in das Verfahren einzubeziehen sind. Die Vorinstanz als Fachbehörde ist besser geeignet, die betroffenen Konkurrenten zu ermitteln, ihnen das rechtliche Gehör zu gewähren (vgl. zur Akteneinsicht nachstehend E. 14 f.) sowie die neuen Vorbringen erstmals vertieft zu prüfen und zu würdigen. Für eine Rückweisung spricht zudem, dass die Zusicherung einer Ermessenssubvention im Streit liegt, bei deren Überprüfung sich das Bundesverwaltungsgericht Zurückhaltung auferlegt. Auf diese Weise bleibt den Parteien auch der Instanzenzug erhalten.

### **13.**

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

### **14.**

**14.1** Abschliessend bleibt auf das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerinnen sowie auf die superprovisorischen Anordnungen vom 11. Januar 2019 einzugehen, die das Bundesverwaltungsgericht zum Schutz der Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdegegnerin getroffen hat.

Die Beschwerdeführerinnen halten daran fest, ihnen sei vollständige Einsicht in das Gutachten der SGKV vom 17. Januar 2017 zu gewähren, während die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin nach wie vor überwiegende öffentliche resp. private Interessen geltend machen, die einem vollständigen Zugang entgegenstünden.

**14.2** Nach ständiger Rechtsprechung und Lehre umfasst der Anspruch auf rechtliches Gehör im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV das Recht der Parteien auf Akteneinsicht. Dieses wird auf Gesetzesebene für das Bundesverwaltungsverfahren in den Art. 26 ff. VwVG konkretisiert, wobei Art. 26 VwVG die Grundsätze des Akteneinsichtsrechts festlegt, Art. 27 VwVG die davon bestehenden Ausnahmen und Art. 28 VwVG die Folgen der Verweigerung der Akteneinsicht regelt. Nach Art. 27 Abs. 1 VwVG darf die Behörde die Einsichtnahme in die Akten nur verweigern, wenn wesentliche öffentliche

oder private Interessen die Geheimhaltung erfordern. Die einander entgegenstehenden Interessen an der Akteneinsicht auf der einen Seite und an deren Verweigerung auf der andern sind im Einzelfall sorgfältig gegeneinander abzuwägen (vgl. zum Ganzen KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O. Rz. 493 ff., MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 390 ff.; je mit Hinweisen).

**14.3** Angesichts der Rückweisung aus formellen Gründen sind die vorgebrachten materiellen Rügen der Beschwerdeführerinnen nicht mehr zu prüfen. Folglich kann das Bundesverwaltungsgericht darauf verzichten, über das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Einsicht in die Vorakten abschliessend zu befinden sowie materielle Schlussbemerkungen der Parteien einzuholen. Im wiederaufzunehmenden Verfahren wird es Aufgabe der Vorinstanz sein, über die Akteneinsicht zu entscheiden. Namentlich wird sie zu beurteilen haben, in welchem Umfang den Beschwerdeführerinnen Einsicht in das hauptsächlich strittig gebliebene Gutachten der SGKV vom 17. Januar 2017 zu gewähren ist. Hierzu kann sie die bisherigen Stellungnahmen der Parteien zur Akteneinsicht mitberücksichtigen.

Aufgrund der superprovisorisch getroffenen Anordnungen vom 11. Januar 2019 haben die Beschwerdeführerinnen die Sendung des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. Januar 2019 vollständig retourniert und damit auch das Gutachten der SGKV vom 17. Januar 2017 in der von der Vorinstanz geschwärzten Fassung vom 8. Januar 2019 (vgl. Sachverhalt Bst. G). Der Entscheid über das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerinnen ist noch ausstehend. In Berücksichtigung der Stellungnahmen der Parteien kann zumindest nicht ausgeschlossen werden, dass das Gutachten der SGKV vom 17. Januar 2017 in der von der Vorinstanz geschwärzten Fassung Geschäftsgeheimnisse enthält, an denen der Beschwerdegegnerin ein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse zukommt. Des Weiteren ist es – trotz der vollständigen Retournierung – nicht auszuschliessen, dass die Beschwerdeführerinnen Kenntnis von möglicherweise schutzwürdigen Geschäftsgeheimnissen der Beschwerdegegnerin erhalten haben. Zum jetzigen Zeitpunkt besteht daher ein hinreichender Grund an den superprovisorisch erlassenen Anordnungen weiterhin im nachfolgenden Umfang festzuhalten: Den Beschwerdeführerinnen 1-3 und den Mitgliedern des Verwaltungsrats der Beschwerdeführerinnen 1-3 bleibt es untersagt, Informationen aus dem Gutachten der SGKV vom 17. Januar 2017 (in der von der Vorinstanz geschwärzten Fassung vom 8. Januar 2019) zu irgendwelchen Zwecken innerhalb und ausserhalb des vorliegenden Verfahrens zu verwenden oder diese Informationen an Dritte weiterzugeben. Sollten sie

allenfalls Kopien des Gutachtens der SGKV vom 17. Januar 2017 (in der von der Vorinstanz geschwärzten Fassung vom 8. Januar 2019) angefertigt haben, sind diese umgehend zu vernichten, soweit dies nicht bereits geschehen ist. Die Anordnungen gelten bis die Vorinstanz im wiederaufzunehmenden Verfahren über das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Einsicht in das Gutachten der SGKV vom 17. Januar 2017 entschieden hat und dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist. In jenem Entscheid wird die Vorinstanz die Anordnungen ausdrücklich entweder zu erneuern, anzupassen oder aufzuheben haben.

**14.4** Die Behörde kann gemäss Art. 41 Abs. 1 Bst. d und Abs. 2 VwVG in Verbindung mit Art. 292 StGB eine Partei unter Hinweis auf die Strafandrohung von Art. 292 StGB dazu anhalten, einer an sie erlassenen Verfügung Folge zu leisten. Die Androhung einer Strafverfolgung muss jedoch verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV; vgl. BVGE 2015/44 E. 5.5.1; GÄCHTER/EGLI, Kommentar VwVG, Art. 41 Rz. 39 ff.; JAAG/HÄGGI FURRER, Praxis-kommentar, Art. 41 Rz. 38 ff.; je mit Hinweisen). Die Strafandrohung ist vorliegend an die zuständigen Organe und nicht an die juristische Person zu richten (vgl. Urteil des BGer 6B\_280/2010 vom 20. Mai 2010 E. 3.1; BVGE 2018/18 nicht publ. E. 4.7.3; Urteil des BVGer A-5225/2015 vom 12. April 2017 E. 6.1; RIEDO/BONER, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar Strafrecht II, 4. Aufl. 2019, Art. 292 StGB Rz. 74 ff.; je mit Hinweisen).

Werden die vorgenannten Anordnungen von den Adressaten nicht eingehalten, können erhebliche Nachteile zu Lasten der Beschwerdegegnerin eintreten. Für den Fall der Nichtbeachtung ist den Mitgliedern des Verwaltungsrats der Beschwerdeführerinnen 1-3 daher weiterhin die Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB anzudrohen. Zwar sind seitens der Beschwerdeführerinnen oder der Mitglieder des Verwaltungsrats keine Anhaltspunkte ersichtlich, wonach sie den Anordnungen keine Folge leisten würden. Eine einmal erfolgte Verwendung des Dokuments bzw. einzelner Informationen könnte jedoch weder kontrolliert noch rückgängig gemacht werden. Die Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB ist deshalb verhältnismässig, zumal sich keine andere, mildere Massnahme gemäss Art. 41 Abs. 1 VwVG zu deren Durchsetzung ebenso gut eignet. Die Strafandrohung gilt bis die Vorinstanz im wiederaufzunehmenden Verfahren über das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Einsicht in das Gutachten der SGKV vom 17. Januar 2017 entschieden hat und dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist. In jenem Entscheid wird die Vorinstanz die

Strafandrohung ausdrücklich entweder zu erneuern, anzupassen oder aufzuheben haben.

#### **15.**

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

#### **16.**

**16.1** Die Verfahrenskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Kosten zu tragen hat die Vorinstanz (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Die Spruchgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien. Sie beträgt bei einer Streitigkeit mit Vermögensinteresse Fr. 200.- bis Fr. 50'000.- (vgl. Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> Bst. b VwVG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

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

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

**17.**

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

(Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)

## **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

### **1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird. Die angefochtene Verfügung wird aufgehoben und die Angelegenheit zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

### **2.**

**2.1** Den Beschwerdeführerinnen 1-3 und sämtlichen Mitgliedern des Verwaltungsrats der Beschwerdeführerinnen 1-3 wird es untersagt, Informationen aus dem Gutachten der SGKV vom 17. Januar 2017 (in der von der Vorinstanz geschwärzten Fassung vom 8. Januar 2019) zu irgendwelchen Zwecken innerhalb und ausserhalb des Verfahrens zu verwenden oder die Informationen an Dritte weiterzugeben. Sollten sie allenfalls Kopien des Gutachtens der SGKV vom 17. Januar 2017 (in der von der Vorinstanz geschwärzten Fassung vom 8. Januar 2019) angefertigt haben, sind diese umgehend zu vernichten, soweit dies nicht bereits geschehen ist.

**2.2** Für den Fall der Nichtbeachtung der Anordnungen gemäss Dispositiv-Ziff. 2.1 wird den Mitgliedern des Verwaltungsrats der Beschwerdeführerinnen 1-3 die Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB angedroht.

Art. 292 StGB lautet wie folgt: "Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen: Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft". Die Busse kann bis zu Fr. 10'000.- betragen (vgl. Art. 106 Abs. 1 StGB).

**2.3** Die Anordnungen gemäss Dispositiv-Ziff. 2.1 und die damit verbundene Strafandrohung gemäss Dispositiv-Ziff. 2.2 bleiben bestehen, bis die Vorinstanz im wiederaufzunehmenden Verfahren über das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Einsicht in das Gutachten der SGKV vom 17. Januar 2017 entschieden hat und der Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist. Die Vorinstanz wird aufgefordert, in jenem Entscheid ausdrücklich über die Erneuerung, Anpassung oder Aufhebung der Anordnungen sowie der Strafandrohung zu befinden.

### **3.**

Der Beschwerdegegnerin werden Verfahrenskosten von Fr. 10'000.- zur Bezahlung auferlegt. Dieser Betrag ist nach Eintritt der Rechtskraft des vor-

liegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zahlungsfrist beträgt 30 Tage ab Rechnungsdatum. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post. Die verbleibenden Kosten von Fr. 5'000.- werden auf die Gerichtskasse genommen. Der von den Beschwerdeführerinnen einbezahlte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 15'000.- wird ihnen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**4.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerinnen (Gerichtsurkunde)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. BAV-224.1-00001/00005/00010/00010; Einschreiben)
- das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Christoph Bandli

Flurina Peerdeman

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern es sich um Subventionen handelt, auf die ein Anspruch besteht (Art. 83 Bst. k BGG e contrario) und die übrigen Voraussetzungen gemäss den Bestimmungen von Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG gegeben sind. 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: