

Urteilstkopf

149 I 146

15. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. A. AG gegen Gemeinde U. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) 2D\_53/2020 / 2D\_25/2021 vom 31. März 2023

Regeste (de):

Art. 29a BV; Rechtsweggarantie; Ermessenssubventionen.

Dem Entscheid über die Ausrichtung von Beiträgen aus dem kommunalen Kurtaxenertrag, die nach dem kantonalen Recht Ermessenssubventionen darstellen, kommt kein vorwiegend politischer Charakter zu. Verletzung von Art. 29a BV (E. 3).

Regeste (fr):

Art. 29a Cst.; garantie de l'accès au juge; subvention discrétionnaire.

La décision sur le versement de contributions prélevées sur le produit de la taxe de séjour communale, qui représentent selon le droit cantonal des subventions discrétionnaires, ne revêt pas un caractère politique prépondérant. Violation de l'art. 29a Cst. (consid. 3).

Regesto (it):

Art. 29a Cost.; garanzia dell'accesso al giudice; sovvenzioni di natura discrezionale.

La decisione relativa alla concessione di contributi prelevati sul prodotto della tassa di soggiorno comunale, che in base al diritto cantonale costituiscono sovvenzioni di natura discrezionale, non ha un carattere prevalentemente politico. Violazione dell'art. 29a Cost. (consid. 3).

Sachverhalt ab Seite 146

BGE 149 I 146 S. 146

A. Die A. AG stellte mit Schreiben vom 7. Oktober 2019 bei der Gemeinde U. das Gesuch, ihr seien Beiträge aus dem Kurtaxenertrag in der Höhe von Fr. 185'000.- für die Jahre 2016 bis 2018, von Fr. 47'500.- für das Jahr 2019, von Fr. 70'000.- für das Jahr 2020 und von Fr. 70'000.- für das Jahr 2021 auszurichten. Zur Begründung ihres Gesuchs machte die A. AG im Wesentlichen geltend, die B. AG betreibe in der Gemeinde U. wie sie ein Thermalbad und Fitnessstudio und erhalte hierfür aus dem Kurtaxenertrag Beiträge für die Infrastruktur-Fixkosten. Sie sei im Vergleich mit ihrer direkten Konkurrentin gleich zu behandeln.

B. Die Gemeinde U. wies das Gesuch mit Verfügung vom 2. Dezember 2019 ab.

BGE 149 I 146 S. 147

B.a Gegen die Verfügung der Gemeinde U. vom 2. Dezember 2019 erhob die A. AG am 24. Dezember 2019 beim Staatsrat des Kantons Wallis Verwaltungsbeschwerde und beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung der Gemeinde U. sowie die Ausrichtung von Beiträgen aus dem Kurtaxenertrag in der Höhe von Fr. 185'000.- für die Jahre 2016 bis 2018, von Fr. 47'500.- für das Jahr 2019, von Fr. 70'000.- für das Jahr 2020 und von Fr. 70'000.- für das Jahr 2021. Eventualiter sei die Sache an die Gemeinde U. zur Neubeurteilung zurückzuweisen. Im Wesentlichen machte die A. AG geltend, sie werde im Vergleich zur B. AG ungleich behandelt. Mit Beschwerdeentscheid vom 25. November 2020 wies der Staatsrat die Beschwerde ab, soweit er darauf eintrat.

B.b Gegen den Beschwerdeentscheid des Staatsrats vom 25. November 2020 erhob die A. AG am 11. Dezember 2020 Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Kantonsgericht Wallis. Ebenfalls gelangte die A. AG gegen den Beschwerdeentscheid des Staatsrats vom 25. November 2020 mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde vom 23. Dezember 2020 an das Bundesgericht (Verfahren 2D\_53/2020). Sie beantragte mit Rechtsbegehren Ziffer 1 die Aufhebung des Beschwerdeentscheids des Staatsrats vom 25. November 2020 und der Verfügung der Gemeinde U. vom 2. Dezember 2019. Sie rügte im Wesentlichen, der Staatsrat verletze den Grundsatz der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten im Sinne von Art. 27 Abs. 1 BV und das allgemeine Gleichbehandlungsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV. Mit Verfügung vom 5. Januar 2021 sistierte der damalige Abteilungspräsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts das Verfahren 2D\_53/2020, bis das Kantonsgericht im kantonalen Beschwerdeverfahren einen Entscheid getroffen habe.

B.c Mit Urteil vom 7. Mai 2021 trat das Kantonsgericht auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 11. Dezember 2020 mit der Begründung nicht ein, gemäss Art. 75 lit. e des Gesetzes des Kantons Wallis vom 6. Oktober 1976 über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege (VVRG/VS; SGS 172.6) sei die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Bewilligung oder Verweigerung von Beiträgen, Krediten, Garantien, Entschädigungen und anderen öffentlich-rechtlichen Zuwendungen, auf die kein Rechtsanspruch bestehe, unzulässig. Bei der Verweigerung von Beiträgen aus dem Kurtaxenertrag handle es sich um einen Entscheid mit politischem Charakter. Auch wenn aber auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingetreten würde, so die Vorinstanz weiter, wäre sie abzuweisen.

#### BGE 149 I 146 S. 148

C. Mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde vom 9. Juni 2021 gelangt die A. AG gegen das Urteil des Kantonsgerichts vom 7. Mai 2021 an das Bundesgericht (Verfahren 2D\_25/2021). Sie beantragt mit Rechtsbegehren Ziffer 1 unter anderem die Aufhebung des Urteils des Kantonsgerichts vom 7. Mai 2021, des Beschwerdeentscheids des Staatsrats vom 25. November 2020 und der Verfügung der Gemeinde U. vom 2. Dezember 2019. Die A. AG macht mit Blick auf den Nichteintretensentscheid zunächst eine Verletzung der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV geltend und beanstandet im Hinblick auf die Eventualbegründung in der Sache - wie im Verfahren 2D\_53/2020 - eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten. Mit Präsidialverfügung vom 14. Juni 2021 wurde das Verfahren 2D\_53/2020 wieder aufgenommen und mit dem Verfahren 2D\_25/ 2021 vereinigt. (Zusammenfassung)

#### Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3. Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV.

3.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz sei in verfassungswidriger Weise auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 11. Dezember 2020 nicht eingetreten. Die Vorinstanz lege zwar zutreffend dar, dass das kantonale Recht in Art. 75 lit. e VVRG/VS eine Bestimmung enthalte, die eine Beurteilung gewisser Angelegenheiten ausschliesse. Eine solche kantonale Beschränkung des Rechtswegs sei aufgrund des Vorrangs des Bundesrechts indes nur zulässig, sofern die Bestimmung Streitsachen erfasse, die überwiegend politischen Charakter hätten. Andernfalls verletze das kantonale Recht Art. 29a BV in Verbindung mit Art. 86 Abs. 3 BGG. Die Vorinstanz spreche der vorliegenden Streitsache zu Unrecht politischen Charakter zu. In der vorliegenden Angelegenheit, so die Beschwerdeführerin weiter, verlange sie, für den Betrieb von Anlagen, die dem Tourismus, der Kultur und dem Sport dienen, gleich entschädigt zu werden wie ihre direkte Konkurrentin, die B. AG. Die B. AG sei eine vom Gemeindepräsidenten der Beschwerdegegnerin als Verwaltungsratspräsident geführte Aktiengesellschaft, welche unter anderem in Konkurrenz zur Beschwerdeführerin ein Thermalbad mit gleichem Angebot betreibe. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin hat die Frage, ob ihr gleich wie der B. AG Beiträge aus

#### BGE 149 I 146 S. 149

dem Kurtaxenertrag auszurichten sei, keinen politischen Charakter. Ein solcher Charakter müsse nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vielmehr überwiegend und offensichtlich sein, was vorliegend nicht der Fall sei.

3.2 Die Vorinstanz erwägt, die Ausrichtung von Beiträgen aus dem Kurtaxenertrag liege allein im Ermessen der Beschwerdegegnerin. Die Beschwerdegegnerin entscheide, wem die Beiträge zufließen sollten, um dann im Interesse der Kurtaxenzahlenden verwendet zu werden. Sie könne damit indirekt beeinflussen, wie sie den Tourismus auf dem Gebiet der Gemeinde fördern wolle. Die Ausrichtung von solchen Beiträgen, so die Vorinstanz folgernd, stelle somit eine Ermessenssubvention dar. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Verweigerung von Beiträgen, auf die kein Rechtsanspruch bestehe, sei gemäss Art. 75 lit. e VVRG/VS indes ausgeschlossen. Nach Auffassung der Vorinstanz hat der kantonale Gesetzgeber bei der Revision von Art. 75 VVRG/VS dieser Bestimmung politischen Charakter zugesprochen. Begründet worden sei diese Ansicht damit, so die Vorinstanz, dass der Entzug eines Vorteils, auf welchen kein Rechtsanspruch bestehe, nicht angefochten werden könne, da weder ein Schaden zu ersetzen sei noch die Gesetzeskonformität wiederhergestellt werden müsse. Da kein Rechtsanspruch auf die Leistungen bestehe, würde die Beschwerde jeglicher Grundlage entbehren.

3.3 Art. 29a BV sieht vor, dass jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde hat. Bund und Kantone können durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen.

3.3.1 Art. 29a BV vermittelt einen individualrechtlichen Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz - mithin auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde mit voller Sachverhalts- und Rechtskontrolle, und zwar unter der Voraussetzung, dass eine Rechtsstreitigkeit vorliegt. Das Bundesgericht legt den Begriff der Rechtsstreitigkeit dahin aus, dass die Streitigkeit im Zusammenhang mit einer individuellen, schützenswerten Rechtsposition stehen muss (vgl. BGE 144 I 181 E. 5.3.2.1; BGE 143 I 336 E. 4.1; BGE 139 II 185 E. 12.4). Die Verfassungsnorm dehnt die richterliche Kontrolle auf alle Rechtsmaterien aus, auch auf Handlungen der Verwaltung, indem sie eine allgemeine Garantie auf Zugang zum Gericht festlegt (vgl. BGE 147 I 333 E. 1.6.1; BGE 141 I 172 E. 4.4.1; BGE 136 I 323 E. 4.2). Die in Art. 29a Satz 2 BV genannten Ausnahmefälle betreffen Entscheidungen, die nur

schwer justiziabel sind, wie beispielsweise Regierungsakte, die im Wesentlichen politische Fragen aufwerfen und sich nicht für eine richterliche Kontrolle eignen (vgl. BGE 147 I 333 E. 1.6.1; BGE 134 V 443 E. 3.1).

3.3.2 Einen Ausnahmefall von Art. 29a Satz 2 BV bildet die in Art. 86 Abs. 3 BGG gesetzlich verankerte Möglichkeit, wonach die Kantone für Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter anstelle eines Gerichts eine andere Behörde als unmittelbare Vorinstanz des Bundesgerichts einsetzen können. Was unter dem unbestimmten Rechtsbegriff "Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter" zu verstehen ist, wird in den Materialien nicht näher erläutert. Die mit Art. 86 Abs. 3 BGG vorgesehene Ausnahme von der Rechtsweggarantie ist jedoch restriktiv auszulegen (vgl. BGE 147 I 1 E. 3.3.2). Der politische Charakter der Angelegenheit muss offensichtlich sein. Dass die Sache eine politische Bedeutung hat, genügt nicht. Diese muss vielmehr unzweifelhaft im Vordergrund stehen und mögliche, auf dem Spiel stehende private Interessen in den Hintergrund treten lassen (vgl. BGE 147 I 1 E. 3.3.2; BGE 141 I 172 E. 4.4.1; BGE 136 I 42 E. 1.5.4 ["si l'aspect politique prévaut sans discussion"]).

3.3.3 Der Ausschluss der gerichtlichen Überprüfung kann wegen des politischen Inhalts eines Entscheids oder seines politischen Umfelds infrage kommen (vgl. BGE 147 I 1 E. 3.3.2; vgl. auch BGE 141 I 172 E. 4.4.2). Folglich ist der Begriff des vorwiegend politischen Charakters namentlich durch die fehlende Justiziabilität sowie die spezifische Ausgestaltung der demokratischen Mitwirkungsrechte und die damit verbundenen Aspekte der Gewaltenteilung geprägt. Die Zuständigkeit einer oberen politischen Behörde oder die Einräumung von Ermessen bei der Entscheidungsfindung sind zwar mögliche Indizien für den politischen Charakter, rechtfertigen für sich allein aber noch nicht eine Ausnahme (vgl. Urteile 1C\_479/2018 vom 31. Januar 2019 E. 3.2; 2C\_266/2018 vom 19. September 2018 E. 4; 8C\_353/2013 vom 28. August 2013 E. 6.2).

3.4 Im Folgenden ist der vorinstanzliche Nichteintretensentscheid im Lichte von Art. 29a BV zu überprüfen.

3.4.1 Entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen beurteilt sich die Frage, ob ein Entscheid vorwiegend politischen Charakter hat und damit als Ausnahmefall im Sinne von Art. 29a Satz 2 BV infrage kommt, grundsätzlich nicht nach dem kantonalen Recht, sondern aufgrund der Einheit des Verfahrens gestützt auf Bundesrecht (vgl.

Art. 111 Abs. 1 BGG i.V.m. Art. 86 Abs. 3 BGG). Das kantonale Recht darf bei der Beschränkung des Zugangs zum Gericht nicht strenger sein als die Regelung im Bundesgerichtsgesetz (vgl. BGE 144 I 43 E. 2.1; BGE 141 II 307 E. 6.1). Die vorinstanzlichen Erwägungen mit Hinweis auf die Überlegungen des kantonalen Gesetzgebers greifen denn auch zu kurz: Selbst wenn der Beschwerdegegnerin bei der Verwendung des Kurtxenertrags ein grosser Ermessensspielraum zusteht, lässt die Vorinstanz in ihrer Würdigung ausser Acht, dass jegliches Ermessen pflichtgemäss auszuüben ist. Bleibt eine Behörde zwar im Rahmen des ihr eingeräumten Ermessens, lässt sich aber von unsachlichen, dem Zweck der massgebenden Vorschriften fremden Erwägungen leiten, handelt sie nicht pflichtgemäss. Es liegt ein Ermessensmissbrauch vor. Rechtsfehlerhaft handelt eine Behörde auch bei Überschreitung oder Unterschreitung ihres Ermessens (vgl. BGE 142 II 268 E. 4.2.3; BGE 137 V 71 E. 5.1 f.).

In diesem Umfang - also bei Missbrauch, Überschreitung oder Unterschreitung des Ermessens - ist auch eine Angelegenheit, die sich durch einen grossen Ermessensspielraum auszeichnet, ohne Weiteres justiziabel. Deshalb gilt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung, dass die Einräumung von Ermessen bei der Entscheidungsfindung zwar ein mögliches Indiz für den politischen Charakter sein kann, für sich allein aber noch nicht eine

Ausnahme von der Rechtsweggarantie rechtfertigt (vgl. Urteile 8C\_231/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 3.4; 1C\_479/2018 vom 31. Januar 2019 E. 3.2; 8C\_353/2013 vom 28. August 2013 E. 6.2). Der Umstand, dass einer Behörde bei der Ausrichtung von Subventionen Ermessen zukommt, kann bei der Beurteilung, ob der Entscheid über deren Ausrichtung politischen Charakter hat, daher nicht ausschlaggebend sein.

3.4.2 Ebenso erwägt selbst die Vorinstanz, dass die Verwendung des Kurtaxenertrags in den Grundzügen gesetzlich geregelt sei (vgl. Art. 22 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a-c des Gesetzes des Kantons Wallis vom 9. Februar 1996 über den Tourismus [SGS 935.1]). Innerhalb dieser kantonrechtlichen Vorgaben verbleibt der zuständigen Behörde bei der Verwendung möglicherweise ein Ermessen. Die Frage, ob die Verwendung des Kurtaxenertrags diesem gesetzlich vorgegebenen Rahmen entspricht, ist jedoch gleichermassen justiziabel wie die Frage des pflichtgemäss ausübenden Ermessens und muss im Lichte von Art. 29a BV einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich

BGE 149 I 146 S. 152

sein. Der Ausrichtung von Beiträgen aus dem Kurtaxenertrag von vornherein einen politischen Charakter zuzusprechen, erweist sich somit als mit der Rechtsweggarantie nicht vereinbar. Daran vermag nichts zu ändern, dass der Entscheid, wie die Beschwerdegegnerin auf dem Gebiet der Gemeinde den Tourismus fördern möchte, auch von (kommunal-)politischen Überlegungen beeinflusst wird. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 29a BV muss der politische Charakter einer Angelegenheit offensichtlich sein. Dass die Sache eine politische Bedeutung hat, genügt, wie dargelegt, nicht. Diese Bedeutung muss vielmehr unzweifelhaft im Vordergrund stehen und mögliche, auf dem Spiel stehende private Interessen in den Hintergrund treten lassen (vgl. E. 3.3.2 i.f. hiervor). Vorliegend ist der politische Charakter nicht offenkundig.

3.5 Im Lichte des Gesagten überwiegen die auf dem Spiel stehenden privaten Interessen und der politische Charakter der Streitsache erweist sich als untergeordnet. Die vorinstanzliche Anwendung von Art. 75 lit. e VVRG/VS steht somit im Widerspruch zu Art. 29a BV in Verbindung mit Art. 86 Abs. 3 BGG und Art. 111 Abs. 1 BGG. Die Vorinstanz verletzt folglich die Rechtsweggarantie von Art. 29a BV, indem sie auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde der Beschwerdeführerin vom 11. Dezember 2020 nicht eingetreten ist. Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde im Verfahren 2D\_25/2021 ist mit Blick auf die Eintretensfrage gutzuheissen. Aufgrund der vorinstanzlichen Eventualbegründung ist im Verfahren 2D\_25/2021 die Angelegenheit nachfolgend auch in der Sache - namentlich mit Blick auf die Rüge der Verletzung von Art. 27 Abs. 1 BV - zu prüfen (vgl. BGE 139 II 233 E. 3.2; vgl. auch BGE 141 I 36 E. 5.2). Angesichts der (eigentlichen) Zuständigkeit der Vorinstanz verliert die Beschwerdeführerin im Verfahren 2D\_53/2020 das Interesse an der Beurteilung ihrer subsidiären Verfassungsbeschwerde gegen den Beschwerdeentscheid des Staatsrats vom 25. November 2020. Das Verfahren 2D\_53/2020 ist als gegenstandslos abzuschreiben (vgl. BGE 142 I 135 E. 1.3.1; BGE 137 I 23 E. 1.3.1).