

# **BGer 9C\_77/2023 vom 5. September 2023**

Bundesgericht, 2023-09-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_9C\\_77\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_9C_77_2023)

FR: TF 9C\_77/2023 du 5 septembre 2023

IT: TF 9C\_77/2023 del 5 settembre 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Wie bereits im ersten Rechtsgang (Verfahren 2C\_981/2020) erfüllt der Beschwerdeführer auch vorliegend die Eintretensvoraussetzungen. Es kann an dieser Stelle auf die Ausführungen im Urteil 2C\_981/2020 vom 15. Juni 2022 E. 1 verwiesen werden.

### **E. 2.1**

Das Bundesgericht wendet das Recht zwar von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ), doch untersucht es unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungspflicht ( Art. 42 Abs. 1 und Abs. 2 BGG ) grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, es sei denn, die rechtlichen Mängel lägen geradezu auf der Hand ( BGE 147 I 73 E. 2.1 ; 142 I 99 E. 1.7.1). Die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten prüft das Bundesgericht in jedem Fall nur, falls eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und hinreichend begründet worden ist (qualifizierte Rüge- und Begründungspflicht gem. Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 147 I 73 E. 2.1; 140 IV 57 E. 2.2; 137 II 305 E. 3.3). Dasselbe gilt für Verletzungen kantonalen Rechts, soweit diese überhaupt in die Kognition des Bundesgerichts fallen (vgl. Art. 95 lit. c und d BGG ).

### **E. 2.2**

Das vorliegende bundesgerichtliche Normenkontrollverfahren ist, angesichts der fehlenden kantonalen Verfassungsgerichtsbarkeit in abgaberechtlichen Angelegenheiten im Kanton Wallis (anders beispielsweise im Raumplanungsrecht, vgl. Urteil 2C\_519/2016 vom 4. September 2017 E. 1.2.2), ein erstinstanzliches Verfahren ( Art. 87 Abs. 1 BGG ). Das Bundesgericht erhebt somit den Sachverhalt in Anwendung des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273) selbst ( Art. 55 Abs. 1 BGG ), wobei es sich insbesondere auf die von den Verfahrensparteien eingereichten Beweismittel, amtliche Verlautbarungen und notorische Tatsachen stützt und diese einer freien Beweiswürdigung unterzieht (Urteile 2C\_981/2020 vom 15. Juni 2022 E. 2.2; 2C\_198/2020 vom 23. Dezember 2021 E. 2.2).

### **E. 3**

Bevor auf die zulässigen Rügen des Beschwerdeführers eingegangen wird, ist darauf hinzuweisen, dass die von ihm gerügten Verletzungen kantonalen Gesetzesrechts vom Bundesgericht nicht geprüft werden können ( Art. 95 BGG e contrario; vgl. oben E. 2.1). Auf diese unzulässigen Rügen wird im Folgenden nicht näher eingegangen.

### **E. 4**

Der Beschwerdeführer rügt, dass es gegen Art. 8 Abs. 1 und Art. 9 BV verstosse, wenn die Gemeinde für die Berechnung der Kurtaxenpauschale auch auf die Logiernächte der ausschliesslich und gewerblich vermieteten Objekte zurückgreife. Das Willkürverbot ( Art.

9 BV ) sieht der Beschwerdeführer zudem verletzt durch den Belegungsgrad - im Allgemeinen und im Vergleich mit anderen Gemeinden - sowie durch die Differenzierung zwischen den beiden Sektoren, für welche die Gemeinde mit unterschiedlichen Belegungsgraden gerechnet hat.

#### **E. 4.1**

Ein Erlass ist willkürlich, wenn er sich nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützt oder sinn- und zwecklos ist ( BGE 147 I 16 E. 4.2.1; 146 II 111 E. 5.1.1 ; 143 I 1 E. 3.3). Es ist am Beschwerdeführer, die Willkür in einer Art und Weise darzutun, die den Anforderungen von Art. 106 Abs. 2 BGG genügt (Urteil 2C\_353/2020 vom 22. September 2021 E. 6.1). Soweit die Beschwerde diesen Anforderungen gerecht wird, prüft das Bundesgericht den Erlass im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle grundsätzlich mit freier Kognition, auferlegt sich aber aus Gründen des Föderalismus, der Verhältnismässigkeit und - bei der Überprüfung kommunalen Rechts - der Gemeindeautonomie eine gewisse Zurückhaltung. Nach der Rechtsprechung ist dabei massgebend, ob der betreffenden Norm nach anerkannten Auslegungsregeln ein Sinn beigemessen werden kann, der sie mit dem angerufenen Verfassungs- oder Gesetzesrecht vereinbar erscheinen lässt. Das Bundesgericht hebt eine kantonale oder kommunale Norm nur auf, wenn sie sich jeder verfassungskonformen bzw. mit dem höherstufigen Bundesrecht vereinbaren Auslegung entzieht, nicht jedoch, wenn sie einer solchen in vertretbarer Weise zugänglich ist ( BGE 147 I 136 E. 1.4 ; 145 I 26 E. 1.4 ; 143 I 137 E. 2.2 ; 140 I 2 E. 4; je mit Hinweisen).

#### **E. 4.2**

Wie das Bundesgericht in seinem Urteil im ersten Rechtsgang eingehend beschrieben hat, erheben die Gemeinden im Kanton Wallis gemäss dem Gesetz des Kantons Wallis vom 9. Februar 1996 über den Tourismus (TG/VS; SGS 935.1) eine Kurtaxe (vgl. Urteil 2C\_981/2020 vom 15. Juni 2022 SV A. und E. 3.2). Nach Art. 21 Abs. 3bis TG /VS können die Gemeinden mittels Reglements eine pauschale Erhebung der Taxe vorsehen. Diese Pauschale ist auf der Grundlage objektiver Kriterien zu berechnen, unter Beachtung des durchschnittlichen Belegungsgrades der entsprechenden Beherbergungsform einschliesslich der gelegentlichen Vermietung.

#### **E. 4.3**

Im ersten Rechtsgang bezeichnete das Bundesgericht die Angaben der Gemeinde zu den Logiernächten, die ihren Berechnungen zugrunde gelegen hatten, als nicht nachvollziehbar. Es verglich dabei auch die Anstrengungen der Gemeinde zur Verifizierung der Berechnungsgrundlagen mit denjenigen anderer Gemeinden (Urteil 2C\_981/2020 vom 15. Juni 2022 E. 3.4.2). Vor allem weil adäquate statistische Daten fehlten, um die Logiernächte insbesondere von Eigentümern, die schon nach altem Reglement pauschal abgerechnet hatten, zu belegen (vgl. Urteil 2C\_981/2020 vom 15. Juni 2022 E. 3.4.3 und 3.4.4), versuchte das Bundesgericht, die von der Gemeinde in Art. 6 Abs. 2 und 3 KTR/BA festgesetzten Belegungsgrade zu plausibilisieren, indem es sie mit den Kurtaxenreglementen anderer, vergleichbarer Gemeinden verglich. Es kam zum Schluss, dass dieser Vergleich die von der Gemeinde festgesetzten Belegungsgrade nicht rechtfertigte, sondern im Gegenteil weiteren Erklärungsbedarf für die Gemeinde schuf, zumal vergleichbare Gemeinden mit teilweise deutlich tieferen Belegungsgraden gerechnet hatten (Urteil 2C\_981/2020 vom 15. Juni 2022 E. 3.5).

#### **E. 4.4**

In ihrer Vernehmlassung erläutert die Gemeinde eingehend das Kalkulationsmodell, mit dem sie die Belegungsgrade bestimmt hat. In Anbetracht des Ausgangs des Verfahrens im ersten Rechtsgang ist vorliegend primär relevant, wie die Gemeinde die durchschnittlichen Logiernächte ermittelt hat. Bei Personen, die Ferienwohnungen an kurtaxenpflichtige Gäste vermieteten und über diese Logiernächte effektiv abrechnen mussten, waren der Gemeinde aus den Listen zum Kurtaxeninkasso die effektiv abgerechneten Logiernächte bekannt. Sie griff dabei auf die Zahlen aus dem Geschäftsjahr 2016/2017 zurück, wobei die Zahlen in den folgenden Geschäftsjahren laut der Gemeinde davon nur unwesentlich abwichen. Bei Personen, die schon nach altem Reglement pauschal abgerechnet hatten, ging die Gemeinde von 30 Logiernächten (Erwachsene) bzw. 15 Logiernächten (Jugendliche) aus. Im Urteil 2C\_981/2020 vom 15. Juni 2022 bezeichnete das Bundesgericht diese Werte als nicht plausibel (vgl. E. 3.4.3). Die Gemeinde äussert zwar ein gewisses Missfallen über die Kritik des Bundesgerichts, anerkennt aber eine "Lücke in der statistischen Grundlage". Diese Lücke habe sie nun mit einer Umfrage geschlossen. Diese Umfrage sei vom Institut für Tourismus der Fachhochschule Westschweiz (HES-SO Valais/Wallis) im Zeitraum August und September 2022 durchgeführt worden und decke alle sechs Gemeinden der Aletsch Arena ab. Es seien alle 3'378 Zweitwohnungsbesitzer in diesen Gemeinden angeschrieben worden. Davon hätten 1'539 Personen an der Umfrage teilgenommen (Rücklauf von 45 %). Nach der Bereinigung der Datenbasis seien 1'339 (recte: 1'393; vgl. Beleg Nr. 31 zur Stellungnahme der Gemeinde: Institut für Tourismus HES-SO Valais/Wallis, Analyse de l'enquête spécifique réalisée pour la destination de Aletsch Arena du 13 août 2022 au 6 septembre 2022, 24. Oktober 2022, S. 2) Rückmeldungen in den Analysen berücksichtigt worden.

Über alle sechs Gemeinden resultierten Durchschnittswerte von 46.76 (reine Eigennutzung), 65.01 (mit Vermietung und unentgeltlicher Überlassung) und 49.44 (total) Logiernächten (vgl. Beleg Nr. 31 zur Stellungnahme der Gemeinde: Institut für Tourismus HES-SO Valais/Wallis, Analyse de l'enquête spécifique réalisée pour la destination de Aletsch Arena du 13 août 2022 au 6 septembre 2022, 24. Oktober 2022, S. 4). Für die Gemeinde Bettmeralp im Speziellen weist die Umfrage einen durchschnittlichen Belegungsgrad (reine Eigennutzung) von 47 (Sektor 1) bzw. 51 (Sektor 2) Nächten aus. Unter Berücksichtigung der unentgeltlichen Überlassung und der gelegentlichen Vermietung (ohne ausschliesslich vermietende Eigentümer) resultierten Belegungsgrade von 84 (Sektor 1) bzw. 64 (Sektor 2) Nächten (vgl. Beleg Nr. 27 zur Stellungnahme der Gemeinde: Institut für Tourismus HES-SO Valais/Wallis, Enquête auprès des propriétaires de résidence secondaire, Résultats finaux - Rapport complet vom 2. November 2022, Folie "SYNTHESE: occupation par commune, par secteur et par type d'occupation"). Vergleiche mit anderen Umfragen und Analysen der HES-SO, des Wirtschaftsforums Graubünden sowie des Walliser Tourismusobservatoriums lassen diese Resultate laut der Gemeinde als plausibel erscheinen.

#### **E. 4.5**

Wie das Bundesgericht im Urteil 2C\_353/2020 vom 22. September 2021 E. 6.3.2 sinngemäss erwogen hat, ist eine Umfrage unter den Ferienwohnungsbesitzern ein geeignetes Mittel für eine Gemeinde, um den Belegungsgrad zu bestimmen respektive zu überprüfen und so Art. 21 Abs. 3bis TG /VS willkürfrei umzusetzen. Das gilt jedenfalls solange, als die Umfrage nicht offenkundige, gravierende Fehler (z.B. erhebliche methodologische Unzulänglichkeiten) aufweist, die es als willkürlich erscheinen lassen

würden, darauf abzustellen. Das ist hier nicht der Fall. Der Beschwerdeführer macht zwar geltend, dass eine substanzielle Zahl der Adressaten gewisse Fragen missverstanden und zu viele Übernachtungen angegeben hätten. Stichhaltige Hinweise hierfür bleibt er aber schuldig. Die vom Beschwerdeführer präsentierte Gegenumfrage (vgl. Beschwerde Rz. 13 und Beleg Nr. 7) kommt zwar zu erheblich anderen Ergebnissen. Selbst wenn aber diese Gegenumfrage methodologisch korrekt und statistisch stichhaltig wäre, was die Gemeinde anzweifelt, wäre sie höchstens ein Indiz für die und noch kein Beweis der Fehlerhaftigkeit der Umfrage der Gemeinde.

#### **E. 4.6**

Das Bundesgericht hat es in seiner bisherigen Rechtsprechung nicht für willkürlich gehalten, wenn Gemeinden auch Logiernächte in ausschliesslich gewerblich genutzten Ferienwohnungen berücksichtigt hatten, um den durchschnittlichen Belegungsgrad gemäss Art. 21 Abs. 3bis TG /VS zu bestimmen (vgl. Urteile 2C\_981/2020 vom 15. Juni 2022 E. 3.4.4; 2C\_198/2020 vom 23. Dezember 2021 E. 3.6; 2C\_353/2020 vom 22. September 2021 E. 3.6). Ob daran auch in Zukunft festgehalten werden kann, ist zumindest zweifelhaft. Dem Beschwerdeführer ist nämlich zuzugestehen, dass es fragwürdig ist, Logiernächte in Objekten zu berücksichtigen, für welche die Pauschale schliesslich gar nicht zur Anwendung kommt (vgl. zum Anwendungsbereich der Pauschale Urteil 2C\_981/2020 vom 15. Juni 2022 E. 4.2 sowie unten E. 5). Aber selbst unter der Annahme, dass das Kalkulationsmodell der Gemeinde in diesem Punkt geradezu unhaltbar falsch und mit Art. 21 Abs. 3bis TG /VS nicht vereinbar ist, sind die Belegungsgrade in Art. 6 Abs. 2 und 3 KTR/BA dank der Umfrageergebnisse, die ausschliesslich vermietete Ferienwohnungen ausklammern, doch zumindest im Ergebnis noch nicht willkürlich und halten sie also der bundesgerichtlichen Überprüfung stand.

#### **E. 4.7**

Der Beschwerdeführer erkennt keinen sachlichen Grund für die Differenzierung zwischen den beiden Sektoren, welche die Gemeinde vorgenommen hat. Die Umfrageergebnisse zeigen jedoch, dass Ferienwohnungen im Sektor 1 insgesamt tendenziell intensiver genutzt werden als solche im Sektor 2. Die Ungleichbehandlung der beiden Gebiete ist angesichts dieses Unterschieds sachlich begründet. Fragen kann sich nur, ob der Unterschied in der Nutzungsintensität gross genug ist, um die Diskrepanz zwischen den beiden Pauschalansätzen zu rechtfertigen. Aufgrund des Spielraums, den das Bundesgericht den Gemeinden in solchen Fragen regelmässig gewährt (vgl. oben E. 4.1), erscheint die Differenzierung aber auch hinsichtlich ihres Umfangs als gerade noch verfassungskonform.

#### **E. 5**

In seiner Stellungnahme vom 30. Mai 2023 äussert der Beschwerdeführer sinngemäss den Verdacht, dass auch rein kommerzielle Vermieter in den Genuss der Pauschale kommen könnten, ohne die einkassierten Kurtaxen selbst abliefern zu müssen (vgl. Stellungnahme S. 7). Die Eingaben der Gemeinde und die Akten stützen diesen Verdacht: So gehen die Gemeinde und die Aletsch Arena AG offenbar davon aus, dass für alle Ferienwohneigentümer (inkl. "professionelle Vermieter") eine Einheitspauschale gelte und sich daran durch die streitbetreffene Anpassung des KTR/BA nichts ändere (vgl. etwa Beleg Nr. 7 zur Stellungnahme der Gemeinde vom 18. April 2023; Duplik der Gemeinde vom 13. Juli 2023 [act. 26] S. 3: "[...] wurden [...] Kurtaxenpauschalen für die Parahotellerie eingeführt").

### **E. 5.1**

Die Gemeinde ist daran zu erinnern, dass das Bundesgericht im ersten Rechtsgang eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots ( Art. 8 Abs. 1 BV ) durch das KTR/BA nur deshalb verneint hat, weil es davon ausging, dass Personen mit Wohnsitz in der Gemeinde und solche, die ihre Ferienwohnung (-en) im Gemeindegebiet ausschliesslich vermieten, ohne selbst dort zu übernachten, gar nicht der Pauschale unterliegen, sondern für ihre Gäste nach effektiven Übernachtungen abrechnen müssen (Urteil 2C\_981/2020 vom 15. Juni 2022 E. 4.2). Mit anderen Worten ist also von Verfassungs wegen zu unterscheiden zwischen einerseits Personen, die ihre Ferienwohnung zumindest auch selbst benutzen, und andererseits ortsansässigen Personen sowie Personen, die ihre Ferienwohnung ausschliesslich vermieten. Eine verfassungskonforme Auslegung des KTR/BA gebietet, dass die Pauschale nur für die erste Gruppe von Ferienwohnungsbesitzern Anwendung findet, während die zweite Gruppe - als übrige Beherberger im Sinne von Art. 4 Abs. 4 KTR/BA - zwingend nach effektiven Übernachtungen abrechnen muss.

### **E. 5.2**

Personen mit Wohnsitz in der Gemeinde und solche, die ihre Ferienwohnung (-en) im Gemeindegebiet ausschliesslich vermieten, ohne selbst dort zu übernachten, haben mithin die gesamten Einnahmen aus den Kurtaxen ihrer Gäste - und nicht bloss die Differenz zur Pauschale - an die Gemeinde zu entrichten. In den Genuss der Pauschale kommen nur Personen, die nicht im Gemeindegebiet wohnen und ihre Ferienwohnung zumindest auch selbst benutzen. Die Pauschale gilt alle kurtaxenpflichtigen Übernachtungen im Objekt einschliesslich der gelegentlichen Vermietung ab (Art. 4 Abs. 3 KTR/BA). Die Bezahlung der Pauschale befreit demnach auch die (gelegentlichen) Gäste von Selbstnutzern von der Kurtaxenpflicht. Selbstnutzer können die Pauschale zwar über den Mietzins indirekt auf ihre (gelegentlichen) Gäste überwälzen, hingegen von diesen keine eigentlichen Kurtaxen verlangen.

### **E. 5.3**

Auch um weiteren Rechtsgängen in dieser Angelegenheit vorzubeugen, wird die Gemeinde aufgefordert, sich in der Umsetzung des KTR/BA an die Erwägungen in diesem und im Urteil 2C\_981/2020 vom 15. Juni 2022 zu halten. Insbesondere hat sie sicherzustellen, dass Personen, die ihre Ferienwohnungen ausschliesslich vermieten, von ihren Gästen die geschuldeten Kurtaxen einkassieren und diese Einnahmen vollständig an die Gemeinde abliefern. Verzichtet die Gemeinde darauf, die einkassierten Kurtaxen von den gewerblichen Vermietern herauszuverlangen, setzt sie sich dem Vorwurf aus, die Kurtaxen zur Subventionierung der Parahotellerie und damit zweckwidrig zu verwenden (vgl. zur Zweckbindung von Kurtaxen BGE 90 I 86 E. 4; Urteile 2C\_947/2019 vom 13. Februar 2020 E. 3.4; 2C\_1051/2017 vom 15. April 2019 E. 4.2).

### **E. 5.4**

Die Einhaltung dieser Vorgaben vorausgesetzt, bleibt eine verfassungskonforme Auslegung und Umsetzung des KTR/BA möglich. Wie bereits im ersten Rechtsgang rechtfertigt die Möglichkeit einer verfassungswidrigen Anwendung des KTR/BA nicht, den Erlass im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle aufzuheben.

### **E. 6**

Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. Die Gemeinde wird in der Umsetzung des Reglements die bundesgerichtlichen Vorgaben zu beachten haben. Aus diesem Grund erfolgt die Abweisung "im Sinne der Erwägungen". Die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens trägt der unterliegende Beschwerdeführer ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Eine Parteientschädigung ist nicht geschuldet ( Art. 68 Abs. 3 BGG ).

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