



Fall-Nr.: B 2013/11
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 30.04.2013
Entscheiddatum: 30.04.2013

Urteil Verwaltungsgericht, 30.04.2013

Baurecht, Art. 75b und Art. 197 Ziff. 9 BV. Ob Art. 75b Abs. 1 BV, welcher den Anteil von Zweitwohnungen am Gesamtbestand der Wohneinheiten auf 20 Prozent begrenzt, unmittelbar anwendbar ist, kann offen bleiben. Die am 1. Januar 2013 in Kraft getretene Verordnung über Zweitwohnungen (SR 702) konkretisiert die in Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV vorgegebene Nichtigkeit von Baubewilligungen für Zweitwohnungen, die seit 1. Januar 2013 erteilt wurden. Das von Art. 75b BV geschützte öffentliche Interesse an der Verhinderung einer weiter voranschreitenden Zersiedelung der Landschaft spricht dafür, die Verordnung über Zweitwohnungen in hängigen Baubewilligungs- und Rechtsmittelverfahren anzuwenden, auch wenn die erstinstanzliche Baubewilligung noch vor dem 1. Januar 2013 erging. Die Berücksichtigung von Leerwohnungen und durch Wochenaufenthalter genutzten Wohnungen als Zweitwohnungen widerspricht einem sachbezogenen Verständnis von Art. 75b Abs. 1 BV. Unter Berücksichtigung dieser Umstände ist die Vermutung, der Zweitwohnungsanteil in der politischen Gemeinde Bad Ragaz übersteige 20 Prozent des Gesamtbestandes der Wohneinheiten, widerlegt (Verwaltungsgericht, B 2013/11).

Urteil vom 30. April 2013

Anwesend: Präsident lic. iur. B. Eugster; Verwaltungsrichter lic. iur. A. Linder, Dr. B. Heer, lic. iur. A. Rufener, Dr. S. Bietenharder-Künzle; Gerichtsschreiber Dr. Th. Scherrer

In Sachen

X.Y.,



St.Galler Gerichte

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Urs Pfister, Museumstrasse 35, Postfach 41,
9004 St. Gallen,

gegen

Baudepartement des Kantons St. Gallen, Lämmli brunnenstrasse 54, 9001 St. Gallen,

Vorinstanz,

und

Politische Gemeinde Bad Ragaz, vertreten durch den Gemeinderat, 7310 Bad Ragaz,

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Neubau Mehrfamilienhaus W.-weg 0, Bad Ragaz

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ X.Y. ist Eigentümer des Grundstücks Nr. 001 in der Politischen Gemeinde Bad Ragaz. Am 25. April 2012 ersuchte er um die Bewilligung des Neubaus eines Mehrfamilienhauses mit je zwei 4½- und 2½-Zimmer-Wohnungen sowie einer 3½-Zimmer-Wohnung. Der Gemeinderat erteilte am 23. August 2012 die Bewilligung, die jedoch den Bau von Zweitwohnungen ausschliesst (Ziff. 4 des Dispositivs). Zur Begründung führte er aus, der Anteil der Zweitwohnungen dürfte in Bad Ragaz bereits über zwanzig Prozent liegen.

B./ Mit Rekurs vom 31. August 2012 beantragte X.Y. beim Baudepartement des Kantons St. Gallen die Aufhebung der Beschränkung. Am 7. Dezember 2012 wandte er sich zudem unmittelbar an den Vorsteher des Baudepartements, welcher am 21. Dezember 2012 die Baubewilligung mit Ausnahme der Ziff. 4 rechtskräftig erklärte und den Rekurs abwies (Ziff. 1 und 2 des Dispositivs). X.Y. wurden die amtlichen Kosten



St.Galler Gerichte

von 2'500 Franken auferlegt; sein Gesuch um ausseramtliche Entschädigung wurde abgewiesen.

Zur Begründung des Rekursentscheides wurde im Wesentlichen ausgeführt, die Verfassungsbestimmung zur Beschränkung des Zweitwohnungsanteils sei mit der Annahme durch Volk und Stände am 11. März 2012 in Kraft getreten und genügend bestimmt, um von den Baubewilligungsbehörden direkt angewendet zu werden. Am 31. Dezember 2011 seien gemäss eidgenössischem Gebäude- und Wohnungsregister in Bad Ragaz von 2995 Wohnungen 2381 – also 79,5 Prozent - von niedergelassenen Personen dauernd bewohnt worden. Aus der Erhebung ergebe sich zwar nicht, wieviele der verbleibenden 614 Wohnungen leer gestanden seien. Auf dieser Datengrundlage beruhe aber auch die seit 1. Januar 2013 anwendbare Verordnung über Zweitwohnungen, nach deren Anhang der Anteil an Zweitwohnungen in Bad Ragaz vermutlich mehr als zwanzig Prozent betrage. Die Gemeinde könne diese Vermutung widerlegen, sei dazu aber nicht verpflichtet. Bis 31. Dezember 2012 müssten die Gemeinden alle Wohnungen und Gebäude bestimmten Personen zuordnen. Vom Bundesamt für Statistik publizierte Zahlen zum Anteil der Zweitwohnungen seien frühestens Ende 2013 zu erwarten. Bis dahin geniesse die – von der Politischen Gemeinde Bad Ragaz nicht widerlegte – Vermutung gemäss dem Anhang zur Verordnung vorrangige Bedeutung.

C./ X.Y. (nachfolgend Beschwerdeführer) erhob gegen den Rekursentscheid des Baudepartements (nachfolgend Vorinstanz) vom 21. Dezember 2012 durch seinen Rechtsvertreter mit Eingabe vom 14. Januar 2013 und Ergänzung vom 12. Februar 2013 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit den Rechtsbegehren, unter Kosten- und Entschädigungsfolge seien Ziff. 2 des angefochtenen Entscheides und Ziff. 4 der Baubewilligung ersatzlos, eventualiter unter Rückweisung zur Sachverhaltsabklärung und neuer Entscheidung an die Vorinstanz oder die Politische Gemeinde Bad Ragaz, aufzuheben. Die amtlichen Kosten des Rekursverfahrens seien der Politischen Gemeinde Bad Ragaz aufzuerlegen und die Politische Gemeinde Bad Ragaz zu verpflichten, ihn für das Rekursverfahren ausseramtlich mit 3'750 Franken (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu entschädigen.



Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 18. Februar 2013, die Beschwerde sei abzuweisen. Die Politische Gemeinde Bad Ragaz (nachfolgend Beschwerdegegnerin) beantragte am 7. März 2013 unter Verweis auf die Baubewilligung und ihre Vernehmlassung im Rekursverfahren ebenfalls die Abweisung der Beschwerde. Der Beschwerdeführer nahm am 8. April 2013 Stellung.

Auf die Ausführungen des Beschwerdeführers und der Vorinstanz zur Begründung ihrer Anträge wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

Darüber wird in Erwägung gezogen:

1. Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 59bis Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege; sGS 951.1, abgekürzt VRP). Auf das Begehren, Ziff. 4 der Baubewilligung vom 23. August 2012 aufzuheben, ist nicht einzutreten, da an dessen Stelle der angefochtene Rekursentscheid vom 21. Dezember 2012 getreten ist (Devolutiveffekt; vgl. BGE 129 II 438 E. 1). Im Übrigen sind die Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt: Da der Ausschluss von Zweitwohnungen eine – nach Art. 6 der Verordnung über Zweitwohnungen (SR 702, nachfolgend ZWV) im Grundbuch anzumerkende – dauerhafte Beschränkung der Nutzung des Grundstücks bewirkt, ist der Beschwerdeführer zur Beschwerdeerhebung befugt, auch wenn er die Baute unabhängig von der umstrittenen Einschränkung erstellen will. Die Eingabe vom 14. Januar 2013 wurde rechtzeitig eingereicht. Sie erfüllt zusammen mit der Ergänzung vom 12. Februar 2013 in formeller und inhaltlicher Hinsicht die gesetzlichen Voraussetzungen (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1, Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 und 2 VRP). Auf die Beschwerde ist unter dem genannten Vorbehalt einzutreten.

2. Zwischen den Beteiligten ist umstritten, ob mit der Baubewilligung für das Mehrfamilienhaus auf dem Grundstück Nr. 001 in Bad Ragaz die Erstellung von Zweitwohnungen ausgeschlossen werden durfte.

2.1. Gemäss Art. 87 Abs. 2 des Gesetzes über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht (Baugesetz; sGS 731.1, abgekürzt BauG) kann die Baubewilligung mit einschränkenden Bedingungen und Auflagen verbunden werden. Solche Nebenbestimmungen bedürfen einer Rechtsgrundlage (vgl. B. Heer, St. Gallisches



Bau- und Planungsrecht, Bern 2003, Rz. 869). Die Beschwerdegegnerin hat den Ausschluss der Baubewilligung für Zweitwohnungen auf Art. 75b der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101, abgekürzt BV) gestützt (vgl. dazu nachfolgend E. 2.2, 2.3 und 2.4). Die Vorinstanz ist im angefochtenen Entscheid dieser Auffassung gefolgt. Sie vertritt in der Vernehmlassung vom 18. Februar 2013 die Auffassung, die Beschränkung sei neu auch im Licht der am 1. Januar 2013 in Kraft getretenen Verordnung über Zweitwohnungen zu beurteilen (vgl. dazu nachfolgend E. 2.5).

2.2. Volk und Stände haben am 11. März 2012 der Volksinitiative "Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen", beinhaltend Art. 75b BV samt Übergangsbestimmung (Art. 197 Ziff. 9 BV), zugestimmt. Mangels anderer ausdrücklicher Regelung in der Initiative sind die Bestimmungen entsprechend Art. 195 BV, wonach die ganz oder teilweise revidierte Bundesverfassung in Kraft tritt, wenn sie von Volk und Ständen angenommen ist, am Tag der Abstimmung in Kraft getreten (vgl. D. Biedermann, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender [Hrsg.], St. Galler Kommentar BV, 2. Aufl. 2008, N 10 zu Art. 195 BV). Bei der Beurteilung des Baugesuchs vom 25. April 2012 sind deshalb auch die neuen Verfassungsbestimmungen zu beachten.

2.3. Art. 75b Abs. 1 BV beschränkt den Anteil von Zweitwohnungen am Gesamtbestand der Wohneinheiten und der für Wohnzwecke genutzten Bruttogeschossfläche einer Gemeinde auf höchstens zwanzig Prozent. Gemäss Art. 75b Abs. 2 BV muss das Gesetz die Gemeinden verpflichten, ihren Erstwohnungsanteilplan und den detaillierten Stand seines Vollzugs alljährlich zu veröffentlichen. Abs. 1 der Übergangsbestimmung überträgt dem Bundesrat die Kompetenz, die nötigen Ausführungsbestimmungen über Erstellung, Verkauf und Registrierung im Grundbuch durch Verordnung zu erlassen, wenn die entsprechende Gesetzgebung nicht innerhalb von zwei Jahren nach Annahme von Art. 75b BV in Kraft getreten ist. Abs. 2 der Übergangsbestimmung erklärt zwischen dem 1. Januar des auf die Annahme von Art. 75b BV folgenden Jahres und dem Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen erteilte Baubewilligungen für Zweitwohnungen nichtig.

2.4. Vorab fragt sich, ob der mit der Baubewilligung verbundene Ausschluss von Zweitwohnungen unmittelbar auf Art. 75b Abs. 1 BV gestützt werden kann.



2.4.1. Verfassungsbestimmungen können genügend bestimmt sein, um mit ihrem Inkrafttreten ohne ausführende Gesetzgebung - ganz oder teilweise - mit Wirkungen auch für Private unmittelbar Anwendung zu finden. Ob dies der Fall ist, muss durch Auslegung ermittelt werden, wobei den verfassungsrechtlichen Besonderheiten Rechnung zu tragen ist (vgl. BGer 2C_828/2011 vom 12. Oktober 2012 E. 4.2.3 mit Hinweisen auf die Literatur, zur Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind Verfassungsbestimmungen grundsätzlich nach denselben Regeln auszulegen wie Normen des einfachen Gesetzesrechts. Danach muss die Norm in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihr zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Auszurichten ist die Auslegung auf die ratio legis, die zu ermitteln dem Gericht allerdings nicht nach seinen eigenen, subjektiven Wertvorstellungen, sondern nach den Vorgaben des Gesetz- bzw. Verfassungsgebers aufgegeben ist (vgl. BGE 131 I 74 E. 4.1 mit Hinweis unter anderem auf BGE 128 I 34 E. 3a).

2.4.2. Die Verfahrensbeteiligten sind sich einig, dass als Grundlage der verfügten Nutzungsbeschränkung lediglich das Verhältnis des Anteils der Zweitwohnungen in der Politischen Gemeinde Bad Ragaz am Gesamtbestand der Wohneinheiten, mangels ausreichender Datengrundlagen nicht aber das Verhältnis der Bruttogeschossflächen in Frage kommt. Die Ermittlung des Zweitwohnungsanteils, der in keiner Gemeinde zwanzig Prozent übersteigen darf, setzt nach einheitlichen Kriterien erhobene statistische Grundlagen voraus, die ihrerseits auf geklärten Begriffen beruhen müssen. Der Wortlaut von Art. 75b Abs. 1 BV erscheint klar, ist jedoch nicht eindeutig (vgl. Botschaft zur eidgenössischen Volksinitiative "Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen" vom 29. Oktober 2008, in: BBI 2008 S. 8757 ff., S. 8764 ff., nachfolgend Botschaft). Die Auffassung, Spielräume bei der Auslegung des Begriffs der Zweitwohnung hinderten die direkte Anwendbarkeit von Art. 75b Abs. 1 BV nicht, wird nicht weiter begründet (vgl. Bundesamt für Raumentwicklung, Erläuternder Bericht zur Verordnung über Zweitwohnungen vom 17. August 2012, nachfolgend Erläuternder Bericht ZWV, Bemerkungen zu Art. 9 ZWV; E. Dettwiler, Die Zweitwohnungsverordnung, in: SJZ 109/2013 S. 89 ff., S. 89 f.). Offen ist aber unter anderem, ob als Zweitwohnungen lediglich nicht bewirtschaftete oder aber auch bewirtschaftete Wohnungen (vgl. G. Ganz, Zweitwohnungsinitiative:



Verfassungsauftrag und Umsetzung, in: Jusletter vom 10. Dezember 2012, Rz. 41) und gar Leerwohnungen erfasst werden. Mit den relativ unbestimmten Begriffen der Zweitwohnung und der Wohneinheit öffnet die Verfassungsbestimmung dem Gesetzgeber einen erheblichen Gestaltungsspielraum.

2.4.3. In systematischer Hinsicht sind die weiteren mit der Annahme der Initiative in die Verfassung aufgenommenen Bestimmungen zu berücksichtigen. Art. 75b Abs. 2 BV sieht den Erlass eines Gesetzes vor, welches die Gemeinden zur jährlichen Veröffentlichung des Erstwohnungsanteilsplans und seines Vollzugs verpflichtet. Dieser Gesetzgebungsauftrag bezieht sich nach dem Wortlaut lediglich indirekt auf Art. 75b Abs. 1 BV.

Die Übergangsbestimmung in Art. 197 Ziff. 9 BV regelt die Folgen für den Fall, dass sich das Inkrafttreten der Gesetzgebung verzögert, auf zwei Ebenen. Einerseits betrifft sie die Zuständigkeit zum Erlass der ausführenden Rechtsordnung, andererseits regelt sie die Gültigkeit von Baubewilligungen für Zweitwohnungen: Nach Ablauf von zwei Jahren soll an Stelle des Gesetzgebers der Bundesrat befugt sein, Ausführungsbestimmungen zu erlassen (Abs. 1); nach dem 1. Januar 2013 erteilte Baubewilligungen für Zweitwohnungen sollen nichtig sein (Abs.2).

Nach Abs. 1 der Übergangsbestimmung bedürfen nicht bloss die in Art. 75b Abs. 2 BV vorgeschriebenen jährlichen Veröffentlichungen, sondern insbesondere auch Erstellung, Verkauf und Registrierung von Zweitwohnungen im Grundbuch ausführender Regeln. Diese Bereiche beschlagen die Konkretisierung von Art. 75b Abs. 1 BV. Abs. 2 der Übergangsbestimmung geht davon aus, dass die Ausführungsbestimmungen, nach denen der Zweitwohnungsanteil zu ermitteln ist, am 1. Januar 2013 noch nicht bestehen. Der Wortlaut beschränkt die Nichtigkeit nicht auf Baubewilligungen für Zweitwohnungen in Gemeinden, in denen der Zweitwohnungsanteil von zwanzig Prozent überschritten ist. Abs. 2 der Übergangsbestimmung könnte deshalb als umfassende "Notbremse" im Interesse der raschen Konkretisierung von Art. 75b Abs. 1 BV verstanden werden. Da die zur Umsetzung von Abs. 2 der Übergangsbestimmung geschaffene und am 1. Januar 2013 in Kraft getretene Verordnung über Zweitwohnungen auch den Begriff der Zweitwohnung und die Berechnung des Zweitwohnungsanteils - vorläufig – regelt, ist



es mit Blick auf den Zweck der Verfassungsbestimmungen zum Zweitwohnungsbau aber angebracht, die Nichtigkeit – übereinstimmend mit der Literatur (vgl. B. Waldmann, Die Zweitwohnungsverordnung, in: Jusletter vom 10. Dezember 2012, Rz. 14) – lediglich auf Baubewilligungen für Zweitwohnungen in Gemeinden, in denen der Anteil von zwanzig Prozent überschritten ist, zu beziehen (vgl. Art. 8 Abs. 2 ZWV).

In der Literatur wird – e contrario - aus Abs. 2 der Übergangsbestimmung geschlossen, wenn die konkretisierende Gesetzgebung nicht vorher in Kraft trete, sei bis 31.

Dezember 2012 die geltende Ordnung anzuwenden, so dass Baubewilligungen für Zweitwohnungen nicht unter Hinweis auf Art. 75b Abs. 1 BV verweigert werden dürften (vgl. F. Mösching, Ab welchem Zeitpunkt ist die Zweitwohnungsinitiative anwendbar?, in: Jusletter vom 10. Dezember 2012, Rz. 24 und 35; für die Rechtsprechung vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden R 12 44 vom 23. Oktober 2012 E. 3a, einsehbar unter www.lawsearch.gr.ch). Dieser Auffassung wird entgegen gehalten, Abs. 2 der Übergangsbestimmung schliesse nicht aus, dass die zwischen 11. März 2012 und 31. Dezember 2012 erteilten Baubewilligungen gegebenenfalls bis zur Klärung der Bedeutung der Begriffe zu sistieren oder auf Anfechtung hin bei einem Verstoss gegen Art. 75b Abs. 1 BV aufzuheben seien (vgl. A. Marti, Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative – ungelöste Rätsel und des Pudels Kern, in: ZBI 113/2012, S. 281 f., S. 282).

2.4.4. Bei der Auslegung von Verfassungsrecht stellt sich im Sinn der Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte die Frage nach der Bedeutung von Äusserungen von Befürwortern, insbesondere Initianten, und Gegnern im Vorfeld der Abstimmung und im Anschluss an die Zustimmung von Volk und Ständen. Die Erläuterungen der Initianten sind vor allem dann ein wichtiger Beitrag zum Verständnis ihres Begehrens, wenn sie auf den Unterschriftenbogen und –karten selbst angebracht sind (vgl. im Kanton St. Gallen Art. 39 Ingress und lit. f des Gesetzes über Referendum und Initiative, sGS 125.1). Viel weniger bedeutsam sind hingegen spätere Erklärungen der Initianten und die Beurteilung durch Regierung und Parlament (vgl. Hangartner/Kley, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2000, Rz. 2125). Während die Befürworter tendenziell "das Blaue vom Himmel herab versprechen", neigen die Gegner dazu, "den Teufel an die Wand zu malen". Deshalb kann unter anderem der Äusserung der Vorsteherin des



Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation am Abend des Abstimmungssonntags, wonach in Gemeinden mit einem Anteil an Zweitwohnungen von über zwanzig Prozent "ab sofort" keine Zweitwohnungen mehr gebaut werden könnten (vgl. die Wiedergabe bei A. Marti, a.a.O., S. 281), für die Auslegung von Art. 75b Abs. 1 BV kein besonderes Gewicht zugemessen werden.

2.4.5. Zu berücksichtigen ist schliesslich der Zweck, der mit Art. 75b Abs. 1 BV verfolgt wird. Für die Urheber der unter dem übergeordneten Titel "Rettet den Schweizer Boden" zusammen mit der Initiative "Gegen masslosen Bau umwelt- und landschaftsbelastender Anlagen" eingereichten Initiative wurde das Land durch die stete Zunahme der meistens leer stehenden Zweitwohnungen, welche die schönsten Berglandschaften beeinträchtigen und zu einer unkontrollierten Erhöhung der Immobilienpreise führten, massiv gefährdet. Die Beschränkung der Zahl der Zweitwohnungen nach einem System von Erst- und Zweitwohnungsanteilplänen sollte einen "Baustopp" für Zweitwohnungen in jenen Gemeinden bewirken, in denen der Anteil an Zweitwohnungen zwanzig Prozent übersteigt (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 8763 ff.). Die Diskussion um die Initiative und insbesondere um die unmittelbaren Folgen des Abstimmungsergebnisses vom 11. März 2012 hat in vielen Gemeinden zu einer aussergewöhnlich hohen Zahl von Baugesuchen geführt (vgl. Zweitwohnung: Bundesrat uneinig über Umsetzungs-Verordnung, in: Jusletter vom 20. August 2012, Rz. 3). Je mehr Zeit zwischen dem Inkrafttreten von Art. 75b Abs. 1 BV am 11. März 2012 und seiner Anwendung im Einzelfall verstreicht, umso mehr hat die Annahme der Initiative zumindest vorübergehend genau jene Entwicklung zur Folge, der sie entgegen treten wollte.

2.4.6. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass einerseits der auslegungsbedürftige Wortlaut von Art. 75b Abs. 1 BV und die Systematik der mit der Initiative am 11. März 2012 angenommenen Verfassungsartikel, soweit daraus ein Gesetzgebungsauftrag abzuleiten ist, gegen eine direkte Anwendung von Art. 75b Abs. 1 BV im Einzelfall sprechen. Die Möglichkeit, Abs. 2 der Übergangsbestimmungen auch bei unmittelbarer Anwendbarkeit von Art. 75b Abs. 1 BV auf einzelne Baubewilligungen eine eigenständige Bedeutung beizumessen und insbesondere das Bestreben, den Zweck der Bestimmungen nicht zu vereiteln, sprechen andererseits für eine direkte Anwendung von Art. 75b Abs. 1 BV. Die Frage kann indessen offen bleiben.



2.5. Mangelt es an der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 75b Abs. 1 BV, ist zu prüfen, ob sich der in der Baubewilligung vom 23. August 2012 angebrachte und mit dem angefochtenen Rekursentscheid vom 21. Dezember 2012 bestätigte Ausschluss von Zweitwohnungen auf die vom Bundesrat am 22. August 2012 erlassene und auf den 1. Januar 2013 in Kraft gesetzte Verordnung über Zweitwohnungen stützen lässt.

2.5.1. Der Bundesrat hat die Zuständigkeit zum Erlass der Verordnung über Zweitwohnungen aus Art. 182 Abs. 2 BV abgeleitet. Danach sorgt er insbesondere für den Vollzug der Gesetzgebung. Ob sich daraus – oder nicht vielmehr aus Art. 182 Abs. 1 BV - die Ermächtigung zur Rechtsetzung ergibt, ist umstritten (vgl. Th. Sägesser, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender [Hrsg.], St. Galler Kommentar BV, 2. Aufl. 2008, N 17 zu Art. 182 BV). Unbestritten ist aber, dass dem Bundesrat im Rahmen des Vollzugsauftrags Rechtsetzungsbefugnis zukommt und der Begriff der zu vollziehenden Gesetzgebung so weit ist, dass er auch Verfassungsrecht umfassen kann (vgl. Sägesser, a.a.O., N 18 zu Art. 182 BV). Da Abs. 2 der Übergangsbestimmung mit der Nichtigkeit von nach dem 1. Januar 2013 erteilten Baubewilligungen für Zweitwohnungen eine einschneidende Regelung trifft und am 1. Januar 2013 die ausführende Gesetzgebung noch nicht erlassen war, war der Bundesrat grundsätzlich befugt, gestützt auf den allgemeinen Vollzugsauftrag die erforderlichen Regelungen zu erlassen und insbesondere den Begriff der Zweitwohnung im Sinn von Abs. 2 der Übergangsbestimmung zu definieren (vgl. dazu Waldmann, a.a.O., Rz. 4 ff.).

2.5.2. Nach Art. 8 Abs. 2 Satz 1 ZWV sind Bewilligungen für den Bau von Zweitwohnungen, die zwischen dem 1. Januar 2013 und der Ablösung der Verordnung durch die ordentliche Ausführungsgesetzgebung erteilt werden, nichtig; Satz 2 nennt einzelne Vorbehalte. Selbstredend gilt die Nichtigkeit von Bewilligungen für den Bau neuer Zweitwohnungen nicht in Gemeinden, in denen die Grenze von zwanzig Prozent – ermittelt nach den Regeln der Verordnung - nicht erreicht ist (vgl. Erläuternder Bericht ZWV, Bemerkungen zu Art. 8 ZWV).

In der vorinstanzlichen Vernehmlassung wird ausgeführt, die Beschränkung müsse in Rechtsmittelverfahren selbst auf Verfügungen, welche noch unter dem bisherigen Recht erteilt wurden, angewendet werden. In der Literatur wird die Auffassung vertreten, einzig vor dem 31. Dezember 2012 rechtskräftig gewordene



Baubewilligungen für Zweitwohnungen blieben gültig, auf alle anderen sei das neue Recht anzuwenden, weil die Zweitwohnungsbeschränkung als Ausdruck eines erheblichen öffentlichen Interesses gelte, das eine unmittelbare Anwendung auch in Beschwerdeverfahren gegen Verfügungen finden müsse (vgl. B. Waldmann, Zweitwohnungen – vom Umgang mit einer sperrigen Verfassungsnorm, in: BRT 2013, S. 123 ff., S. 143). Eine andere Auffassung geht unter Hinweis auf Abs. 2 der Übergangsbestimmung davon aus, von der zuständigen Gemeindebehörde vor dem 1. Januar 2013 bewilligte Bauten dürften noch realisiert werden (vgl. G.M. Ganz, Zweitwohnungsinitiative: Verfassungsauftrag und Umsetzung, in: Jusletter vom 10. Dezember 2012, Rz. 33; Urteile des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden R 13 68 und 69 vom 14. Februar 2013 E. 2 mit Hinweis auf Mösching, a.a.O., Rz. 41 ff.).

2.5.3. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist – mangels einer ausdrücklichen übergangsrechtlichen Regelung – bei der Prüfung eines Bauvorhabens regelmässig vom Rechtszustand auszugehen, der im Zeitpunkt der Baubewilligung galt. Eine Ausnahme ist dann zu machen, wenn zwingende Gründe dafür bestehen, das neue Recht sogleich anzuwenden. Das Bundesgericht erachtete diese Voraussetzungen insbesondere im Bereich des Gewässer-, Natur-, Heimat- und Umweltschutzrechts als gegeben (BGE 135 II 384 E. 2.3 mit Hinweisen). In diesen Bereichen besteht regelmässig ein derart gewichtiges öffentliches Interesse an der sofortigen Anwendung des neuen (wohl regelmässig verschärften) Rechts, dass zumindest bis zu einem gewissen Grad von einem Abrücken von der intertemporalrechtlichen Grundregel gesprochen werden kann (vgl. Meyer/Arnold, Intertemporales Recht, in: ZSR 124/2005 I S. 115 ff., S. 134 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Bei der Beschränkung des Baus von Zweitwohnungen hat das Bundesgericht das neue Verfassungsrecht nicht angewendet, wenn der Entscheid der letzten kantonalen Instanz noch vor der Annahme von Art. 75b BV erging (BGer 1C_159/2012 E. 6.2 und 1C_215/2012 E. 2.4, beide vom 14. Dezember 2012).

Art. 3 ZWV lässt unter dem Vorbehalt des Missbrauchs die Umnutzung von Erst- in Zweitwohnungen – und umgekehrt - für Wohnungen zu, welche am 11. März 2012 bestanden oder zumindest rechtskräftig bewilligt waren. Daraus muss geschlossen werden, dass der Ordnungsgeber beabsichtigte, die Regeln der Verordnung auch dann zur Anwendung zu bringen, wenn eine Baubewilligung zwar zwischen 11. März



und 31. Dezember 2012 erging, jedoch am 1. Januar 2013 noch nicht rechtskräftig war. Da eine hohe Zahl nach dem bisherigen Recht bewilligter Baugesuche die Wirkung der Initiative erheblich untergräbt und den Interessen des Landschaftschutzes durch die Vermeidung einer weiteren Zersiedelung entgegen steht, spricht die bundesgerichtliche Rechtsprechung zumindest nicht gegen ein Abrücken von der intertemporal-rechtlichen Grundlage und die Anwendung des Ordnungsrechts in den hängigen Rechtsmittelverfahren.

2.5.4. Davon ausgehend, Art. 75b Abs. 1 BV sei nicht unmittelbar anwendbar, spricht das durch die verfassungsrechtliche Bestimmung geschützte öffentliche Interesse des Landschaftschutzes dafür, dass das zu Abs. 2 der Übergangsbestimmung ergangene und am 1. Januar 2013 in Kraft getretene Ordnungsrecht auf sämtliche hängigen Baubewilligungs- und Rechtsmittelverfahren angewendet wird, auch wenn die erstinstanzliche Bewilligung noch vor dem 1. Januar 2013 erging. Ob dies auch für Verfahren gilt, in welchen diese Bewilligung noch vor dem 11. März 2012 erging, kann offen bleiben.

3. Selbst wenn von der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 75b Abs. 1 BV oder aber von der Anwendbarkeit der Verordnung über Zweitwohnungen auszugehen wäre, bleibt zu prüfen, ob die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen ist, der Anteil der Zweitwohnungen in der Politischen Gemeinde Bad Ragaz überschreite zwanzig Prozent des Gesamtbestandes der Wohneinheiten im Sinn von Art. 75b Abs. 1 BV.

3.1. Art. 75b Abs. 1 BV beinhaltet hinsichtlich der Begriffe der Zweitwohnung und der Wohneinheit einen erheblichen Gestaltungsspielraum (vgl. dazu oben E. 2.4.2.). Im Interesse einer einheitlichen Anwendung bis zum Inkrafttreten der Gesetzgebung kann die Bestimmung unter Berücksichtigung der Regeln in der Verordnung über Zweitwohnungen ausgelegt werden. Eine solche verfassungsunmittelbare, d.h. direkt auf der Verfassung beruhende, selbständige Verordnung des Bundesrates ist gemäss Lehre und Rechtsprechung auf ihre Verfassungsmässigkeit zu prüfen. Sie muss mit den sachbezogenen Vorgaben der Verfassungsvorschrift, auf welcher sie beruht, übereinstimmen und darf nicht mit sonstigen Verfassungsnormen, namentlich den Grundrechtsgarantien, kollidieren, soweit die ermächtigende Verfassungsnorm nicht



selber Abweichungen anordnet oder bewusst in Kauf nimmt (BGer 2A.451/1998 vom 30. März 2001 E. 3a mit Hinweis auf BGE 123 II 16 E. 3a).

3.2. Die Vorinstanz geht von einem Wohnungsbestand in der Politischen Gemeinde Bad Ragaz per 31. Dezember 2011 von 2995 Einheiten aus, wovon 2381 Einheiten oder 79,5 Prozent "dauernd" bewohnt waren (act. 12/5-4). Die Zahlen beruhen auf dem eidgenössischen Gebäude- und Wohnungsregister, in welchem alle bewohnten oder bewohnbaren Gebäude mit den dazugehörigen Wohnungen geführt werden (vgl. Art. 4 Abs. 1 der Verordnung über das eidgenössische Gebäude- und Wohnungsregister; SR 431.841, abgekürzt VGWR) und auch die Nutzungsart der Wohnung (dauernd/zeitweise; vgl. Art. 5 Abs. 2 lit. f VGWR) erfasst wird. Die Begriffe der zeitweise und dauernden Nutzung richten sich nach Art. 3 lit. b und c des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der Einwohnerregister und anderer amtlicher Personenregister (Registerharmonisierungsgesetz; SR 431.02, abgekürzt RHG; vgl. Erläuternder Bericht ZWV S. 4 Anmerkung 3). Als dauernd bewohnt gilt eine Wohnung dementsprechend, wenn zumindest eine darin lebende Person sich in der Gemeinde in der Absicht dauernden Verbleibens aufhält, um dort den Mittelpunkt ihres Lebens zu begründen, welcher für Dritte erkennbar sein muss. Demgegenüber gilt als Aufenthaltsgemeinde – und nicht als Niederlassungsgemeinde – jene Gemeinde, in der sich eine Person zu einem bestimmten Zweck ohne Absicht dauernden Verbleibens mindestens während dreier aufeinander folgender Monate oder dreier Monate innerhalb eines Jahres aufhält, wobei der Aufenthalt zum Zweck des Besuchs einer Lehranstalt oder Schule und die Unterbringung in einer Erziehungs-, Versorgungs-, Heil- oder Strafanstalt ausdrücklich als aufenthaltsbegründend gelten. Aufenthalt im Sinn von Art. 3 Ingress und lit. c RHG hat insbesondere auch der Wochenaufenthalter (vgl. Botschaft zur Harmonisierung amtlicher Personenregister vom 23. November 2005, in: BBI 2006 S. 427 ff., S. 457).

3.3. Mit den im Sinn des eidgenössischen Gebäude- und Wohnungsregisters nicht dauernd bewohnten Wohnungen werden auch die leer stehenden Erstwohnungen erfasst. Dieses Vorgehen deckt sich zwar mit dem Wortlaut von Art. 2 ZWV, wonach – entsprechend einer vorläufigen Definition – sämtliche Wohnungen, die nicht dauernd durch Personen mit Wohnsitz in der Gemeinde (lit. a) oder zu Erwerbs- oder Ausbildungszwecken (lit. b) genutzt werden – mithin auch die leer stehenden Wohnungen – als Zweitwohnungen gelten. Der Zweitwohnungsbegriff muss indessen



verfassungskonform ausgelegt und angewendet werden. Art. 75b Abs. 1 BV zielt nicht auf eine Einschränkung des von der Baufreiheit als Teil der Eigentumsgarantie (vgl. BGer 1C_77/2010 vom 11. Oktober 2010 E. 8.1 mit Hinweisen) erfassten Rechts zur Erstellung von Erstwohnungen. Die Berücksichtigung sämtlicher Leerwohnungen als Zweitwohnungen steht sodann einem funktionierenden Erstwohnungsmarkt entgegen und widerspricht damit dem in Art. 41 Abs. 1 Ingress und lit. e BV verankerten Sozialziel, wonach Wohnungssuchende für sich und ihre Familie eine angemessene Wohnung zu tragbaren Bedingungen finden können sollen.

Die Fachstelle Statistik des Kantons St. Gallen wies zum 1. Juni 2012 für die Politische Gemeinde Bad Ragaz eine Leerwohnungsziffer von 0,73 Prozent, entsprechend 22 Wohnungen, aus (www.statistik.sg.ch, Themen/Bau- und Wohnungswesen/ Leerwohnungen). Diese Wohnungen wurden in diesem Zeitpunkt jedenfalls nicht als Zweitwohnungen genutzt. Zwar kann ein Teil der leer stehenden Wohnungen als Zweitwohnungen auf den Markt gelangen. In welcher Zahl sie schliesslich welcher Nutzungsvariante zugeführt werden, ist aber offen. Bei einem Leerwohnungsbestand von 0,73 Prozent der im Sinn des Eidgenössischen Gebäude- und Wohnungsregisters am 31. Dezember 2011 dauernd genutzten 2381 Wohnungen ergäbe sich ein Leerbestand an Erstwohnungen von mindestens 17 Einheiten. Zu beachten ist, dass diese Berechnung zudem auf einem eingeschränkten Begriff der Erstwohnung beruht.

Als Zweitwohnungen werden sodann auch Wohnungen berücksichtigt, welche von Personen genutzt werden, die in der Gemeinde nicht niedergelassen im Sinn von Art. 3 Ingress und lit. b RHG sind. Darunter fallen Wohnungen von Personen, die sich zwar nur vorübergehend, jedoch nicht aus touristischen Gründen, sondern beispielsweise zu Erwerbs- oder Ausbildungszwecken in der Gemeinde aufhalten. Wohnungen für Wochenaufenthalter, Wohnungen von Firmen, die sie ihren Mitarbeitenden kurzfristig zur Verfügung stellen – also beispielsweise saisonal angestellte Arbeitnehmer – und Wohnungen, die während der Dauer einer Ausbildung benutzt werden, sollen jedoch vom Begriff der Zweitwohnung nicht umfasst werden (vgl. Art. 2 Ingress und lit. b ZWV; Erläuternder Bericht ZWV S. 6). Die konkrete Ermittlung des Anteils der Zweitwohnungen an allen Wohneinheiten entspricht damit nicht den – in der Verordnung über Zweitwohnungen insoweit zutreffend konkretisierten – verfassungsrechtlichen Vorgaben von Art. 75b Abs. 1 BV.



3.4. Insbesondere bei Gemeinden, in denen sich der nach den dargestellten Regeln ermittelte Zweitwohnungsanteil im Grenzbereich der zwanzig Prozent bewegt, sind die Auswirkungen des extensiv gehandhabten Begriffs der Zweitwohnung zu korrigieren. Damit für die Politische Gemeinde Bad Ragaz von einem Anteil der Zweitwohnungen von zwanzig Prozent ausgegangen werden dürfte, müssten von den insgesamt 2995 Wohnungen mindestens 599 als Zweitwohnungen im Sinn von Art. 75b Abs. 1 BV einzustufen sein. Diese Zahl wird bereits dann unterschritten, wenn von den 614 nicht dauernd genutzten Wohnungen 17 leer stehende Wohnungen dem Erstwohnungsmarkt zugerechnet werden. Die Zahl sinkt weiter, wenn Wohnungen in Abzug gebracht werden, welche von Personen genutzt werden, die sich in Bad Ragaz vorübergehend beispielsweise als Wochenaufenthalter zu Ausbildungs- oder – allenfalls saisonal beschränkten – Erwerbszwecken aufhalten. Insgesamt ist davon auszugehen, dass der gemäss Art. 75b Abs. 1 BV vorgeschriebene Zweitwohnungsanteil von zwanzig Prozent per 31. Dezember 2011 in der Politischen Gemeinde Bad Ragaz nicht überschritten wurde. Nach der Annahme der Zweitwohnungsinitiative am 11. März 2012 wurden in Bad Ragaz offenbar keine Baubewilligungen für Zweitwohnungen mehr erteilt. Diese Praxis war geeignet, den Anteil der Zweitwohnungen am Gesamtbestand der Wohneinheiten bis zum vorinstanzlichen Entscheid am 21. Dezember 2012 weiter zu reduzieren.

3.5. In der Vernehmlassung begründet die Vorinstanz den Ausschluss der Bewilligung für Zweitwohnungen damit, die Politische Gemeinde Bad Ragaz sei im Anhang zu Art. 1 Abs. 2 ZWV aufgeführt und die damit verbundene Vermutung, der Anteil der Zweitwohnungen betrage mehr als zwanzig Prozent, sei von der Gemeinde nicht entsprechend Art. 1 Abs. 3 ZWV widerlegt worden. Sie weist darauf hin, dass der Ausschluss von Zweitwohnungen auf der exakt gleichen statistischen Grundlage wie die Verordnung beruhe.

Dass nicht – wie es der Wortlaut von Art. 1 Abs. 3 ZWV verlangt – die Beschwerdegegnerin selbst die in der Verordnung über Zweitwohnungen aufgestellte Vermutung, der Anteil der Zweitwohnungen übersteige zwanzig Prozent an der Gesamtheit der Wohneinheiten, widerlegt hat, schadet nicht. Der Beschwerdeführer, den der Ausschluss der Bewilligung für den Bau von Zweitwohnungen in der Eigentumsfreiheit beschränkt, hat zulässigerweise die Überschreitung des Anteils in



Frage gestellt. In diesem Zusammenhang war er auch befugt, die Verfassungswidrigkeit der Umsetzung von Art. 75b Abs. 1 BV und von Abs. 2 der Übergangsbestimmung durch die Verordnung über Zweitwohnungen und der statistischen Grundlagen für die Ermittlung des Zweitwohnungsanteils zu rügen. Die Beschwerdegegnerin durfte ihm deshalb die Herausgabe des Zahlenmaterials nicht mit dem Hinweis auf das hängige – ihn betreffende – Verfahren verweigern.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass selbst bei einer unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 75b Abs. 1 BV oder einer Anwendung der Verordnung über Zweitwohnungen auf das vom Beschwerdeführer am 25. April 2012 eingereichte Baugesuch die Bewilligung nicht unter Ausschluss des Baus von Zweitwohnungen erteilt werden darf, da der Anteil an Zweitwohnungen von zwanzig Prozent in der Politischen Gemeinde selbst dann nicht überschritten wäre, wenn sämtliche geplanten fünf Wohneinheiten als Zweitwohnungen realisiert würden. Die Beschwerde ist dementsprechend gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist, und der angefochtene Rekursentscheid ist aufzuheben. Der Klarheit halber sei angemerkt, dass damit auch Ziff. 4 des Dispositivs der Baubewilligung der Beschwerdegegnerin vom 23. August 2012 aufgehoben ist.

5. (...).

Demnach hat das Verwaltungsgericht zu Recht erkannt:

1./ Die Beschwerde wird, soweit darauf einzutreten ist, gutgeheissen und der angefochtene Rekursentscheid des Baudepartements vom 21. Dezember 2012 aufgehoben.

2./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens und des Rekursverfahrens von je 2'500 Franken gehen zu Lasten der Politischen Gemeinde Bad Ragaz. Auf die Erhebung der Kosten wird verzichtet. Dem Beschwerdeführer werden die von ihm im Beschwerdeverfahren und im Rekursverfahren geleisteten Kostenvorschüsse von 2'500 Franken und 1'000 Franken zurückerstattet.

3./ Die Politische Gemeinde Bad Ragaz entschädigt den Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren mit 2'000 Franken und für das Rekursverfahren mit 3'750 Franken, je zuzüglich Mehrwertsteuer.



St.Galler Gerichte

V. R. W.

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Beda Eugster

Dr. Thomas Scherrer

Versand dieses Entscheides an:

- den Beschwerdeführer (durch Rechtsanwalt lic.iur. Urs Pfister, 9004 St. Gallen)
- die Vorinstanz
- die Beschwerdegegnerin

am:

Rechtsmittelbelehrung:

Sofern eine Rechtsverletzung nach Art. 95 ff. BGG geltend gemacht wird, kann gegen diesen Entscheid gestützt auf Art. 82 lit. a BGG innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde erhoben werden.