

Florian C. Roth

Die Umsetzung von Art. 75b und Art. 197 Ziff. 9 BV als Lehrstück der Verfassungsauslegung

Überlegungen zur Kompetenzverteilung zwischen Bundesgericht, Bundesrat und Bundesversammlung bei der Umsetzung von Volksinitiativen, dargestellt anhand der Zweitwohnungsinitiative

ISBN 978-3-906836-36-2

Editions Weblaw
Bern 2016

Zitiervorschlag:

Florian C. Roth, Die Umsetzung von Art. 75b und
Art. 197 Ziff. 9 BV als Lehrstück der Verfassungsauslegung,
in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2016

Die Umsetzung von Art. 75b und Art. 197 Ziff. 9 BV als Lehrstück der Verfassungsauslegung

Überlegungen zur Kompetenzverteilung zwischen Bundesgericht, Bundesrat und Bundesversammlung bei der Umsetzung von Volksinitiativen, dargestellt anhand der Zweitwohnungsinitiative

Universität Zürich

22. Juni 2015

Florian C. Roth

10-755-619

10. Semester

Bünishoferstrasse 35

CH-8706 Feldmeilen

+41 79 738 81 74

flo_roth@bluewin.ch

Inhaltsverzeichnis

LITERATURVERZEICHNIS	III
MATERIALIENVERZEICHNIS	VIII
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	IX
I. EINLEITUNG	1
II. DIE AUSLEGUNG VON VERFASSUNGSNORMEN ALS BESCHRÄNKTE BEFUGNIS DES BUNDESGERICHTS, DARGESTELLT ANHAND DES LEITENTSCHEIDS ZUM "ZWEITWOHNUNGSARTIKEL" BGE 139 II 243	2
1. Auslegungsfragen im Zusammenhang mit dem "Zweitwohnungsartikel"	2
1.1 Die direkte Anwendbarkeit von Art. 75b und Art. 197 Ziff. 9 BV	2
1.2 Zeitlicher Geltungsbereich	3
2. Einordnung der Fragestellungen in die rechtliche Dogmatik	4
2.1 Zur Methodik der Verfassungsauslegung und ihren Besonderheiten im Umgang mit durch Volksinitiativen zustande gekommenem Verfassungsrecht	4
2.1.1 Auslegung vs. Konkretisierung der Verfassung: eine Differenzierung mit Bezügen zur Gewaltenteilung	4
2.1.2 Grundsätze und ausgewählte Besonderheiten der Verfassungsauslegung im Allgemeinen	9
2.1.3 Die Besonderheiten der Verfassungsauslegung im Umgang mit durch Volksinitiativen zustande gekommenem Verfassungsrecht	9
2.2 Zur Frage nach der direkten Anwendbarkeit von Art. 75b und Art. 197 Ziff. 9 BV	12
2.2.1 Direkte Anwendbarkeit von Verfassungsnormen als Frage im Kontext von Legalitätsprinzip und Gewaltenteilung	12
2.2.2 Die direkte Anwendbarkeit des "Zweitwohnungsartikels" im Spiegel der Lehre	14
2.3 Äusserungen zum zeitlichen Geltungsbereich von Art. 75b und Art. 197 Ziff. 9 BV	15
3. Argumentation und Entscheid des Bundesgerichts in BGE 139 II 243	15
3.1 Beschränkte direkte Anwendbarkeit von Art. 75b Abs. 1 und Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV	15
3.2 Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV – keine intertemporalrechtliche Norm	16
4. Würdigung und Folgerungen	17
4.1 Beschränkte direkte Anwendbarkeit von Art. 75b Abs. 1 und Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV	17
4.1.1 Der "harte Kern" von Art. 75b Abs. 1 BV	17
4.1.2 Unverhältnismässigkeit des vorsorglichen Baubewilligungsverbots in Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV	20
4.1.3 Kompetenzüberschreitung durch Annahme des vorsorglichen Baubewilligungsverbots	23
4.2 Intertemporalnorm Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV: Überbetonung des Initiativzwecks als Gefahr für die Rechtssicherheit	23
III. ZULÄSSIGKEIT UND EIGNUNG VON VOLLZUGSVERORDNUNGEN DES BUNDESRATES ZU BUNDESVERFASSUNGSBESTIMMUNGEN, DARGESTELLT ANHAND DER ZWEITWOHNUNGSVERORDNUNG VOM 22. AUGUST 2012	26
1. Die Vollzugsverordnungscompetenz des Bundesrates im Kurzüberblick	26
2. Art. 182 Abs. 2 BV als Grundlage für Vollzugsverordnungen zu Bundesverfassungsbestimmungen	27

2.1	Stimmen der Lehre zur kompetenzrechtlichen Zulässigkeit der Zweitwohnungsverordnung	27
2.2	Eigene Beurteilung der Zulässigkeit der Zweitwohnungsverordnung	29
3.	Eignung einer Vollzugsverordnung zu Bundesverfassungsbestimmungen	34
3.1	Zwecke der Zweitwohnungsverordnung vom 22. August 2012	34
3.2	Problematische Aspekte	35
IV. DER SPIELRAUM DER BUNDESVERSAMMLUNG BEI DER UMSETZUNG VON VOLKSINITIATIVEN, DARGESTELLT ANHAND DES GEPLANTEN BUNDESGESETZES ÜBER ZWEITWOHNUNGEN VOM 20. MÄRZ 2015		36
1.	Zulässigkeit, Erforderlichkeit und politischer Spielraum einer Ausführungsgesetzgebung	36
2.	Rechtlicher Spielraum einer Ausführungsgesetzgebung	38
2.1	Grundsatz: Bindung der Bundesversammlung an Verfassung und Völkerrecht	38
2.2	Der Umfang der Prüfungsmöglichkeit des Bundesgerichts unter Art. 190 BV	38
2.3	"Übersteuerung" des Bundesgerichts durch Parlament und Volk – die Frage nach der Deutungshoheit über die Bundesverfassung	40
2.4	Pflicht zur Beachtung der Zielsetzung einer Volksinitiative – rechtliche Einordnung	43
2.5	Beispielhafte prospektive Kurzbeurteilung der Verfassungskonformität von Art. 8 Abs. 4 ZWG	44
V. SCHLUSSFOLGERUNGEN		45

Literaturverzeichnis

- AEMISEGGER HEINZ/KUTTLER ALFRED (bis 1999)/MOOR PIERRE/RUCH ALEXANDER/TSCHANNEN PIERRE (ab 2007) (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Zürich 1999; 1. und 2. Nachlieferung 2009; 3. Nachlieferung 2010 (zit. BEARBEITER, Kommentar RPG, Art. ... N ...)
- ALIG JONAS, Das Zweitwohnungsgesetz, Jusletter vom 1. Dezember 2014
- ANASTASI LORENZO/CANONICA FLAVIO/MOLO GIOVANNI, Riflessioni sulla limitazione delle residenze secondarie, Dalla Costituzione al progetto di ordinanza, Jusletter vom 2. Juli 2012
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS/EICHENBERGER KURT/MÜLLER JÖRG PAUL/RHINOW RENÉ/ SCHINDLER DIETRICH, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (Loseblattsammlung ab 1987, Stand 1996), Basel 1987-1996 (zit. BEARBEITER, in: Aubert et al., Komm. BV 1874, Art. ... N ...)
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003 (zit. VERFASSER, Comm., Art. ... N ...)
- AUER ANDREAS, "...le Tribunal fédéral appliquera les lois votées par l'Assemblée fédérale...": réflexions sur l'art. 113 al. 3 Cst., ZSR 99 (1980) I. Halbband, 107 ff. (zit. AUER, réflexions)
- AUER ANDREAS, Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit (= Das Recht in Theorie und Praxis), Basel 1984 (zit. AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit)
- AUER ANDREAS/GRIFFEL ALAIN, Die schweizerische Bundesverfassung ohne Artikel 190, Justice – Justiz – Giustizia 2012/1
- AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, Bd. I, L'État, 3. Aufl., Bern 2013
- BAUMANN ROBERT, Die Umsetzung völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl 111 (2010), 241 ff.
- BIAGGINI GIOVANNI, BV, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Auszüge aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Kommentar, Zürich 2007 (zit. BIAGGINI, Komm. BV, Art. ... N ...)
- BIAGGINI GIOVANNI, Der Bundesrat als Regierung des Bundes, in: Staatsrecht, hrsg. von Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina, Zürich/St. Gallen 2011, 219 ff. (zit. BIAGGINI, Bundesrat)
- BIAGGINI GIOVANNI, Grundfragen und Herausforderungen, in: Staatsrecht, hrsg. von Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina, Zürich/St. Gallen 2011, 71 ff. (zit. BIAGGINI, Grundfragen)
- BIAGGINI GIOVANNI, Verfassung und Richterrecht, Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (Diss. Univ. Basel 1989 = Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe B: Öffentliches Recht, Bd. 31), Basel 1991 (zit. BIAGGINI, Richterrecht)
- BLECKMANN ALBERT, Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge, Versuch einer allgemeinen Theorie des self-executing treaty auf rechtsvergleichender Grundlage (= Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 123), Berlin 1970

- BÖCKENFÖRDE ERNST-WOLFGANG, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz (= Carl Friedrich von Siemens Stiftung, Themen XLVII), München 1990
- BRUNNER HANS, Die Überprüfung der Rechtsverordnungen des Bundes auf ihre Verfassungs- und Gesetzmässigkeit (Diss. Univ. Bern = Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Neue Folge, Heft 306), Bern 1953
- DETTWILER EMANUEL, Der Entwurf des Zweitwohnungsgesetzes, Die Ausnahme als Regel, SJZ 110 (2014), 341 ff. (zit. DETTWILER, Entwurf)
- DETTWILER EMANUEL, Die Zweitwohnungsverordnung, Eine Übersicht mit ausgewählten Schwerpunkten, SJZ 109 (2013), 89 ff. (zit. DETTWILER, Zweitwohnungsverordnung)
- EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHILIPPE/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2002 (zit. SGK BV-BEARBEITER 2002, Art. ... N ...)
- EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHILIPPE/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008 (zit. SGK BV-BEARBEITER 2008, Art. ... N ...)
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. SGK BV-BEARBEITER, Art. ...N ...)
- FLEINER FRITZ/GIACOMETTI ZACCARIA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949
- FORSTMOSER PETER/VOGT HANS-UELI, Einführung in das Recht, 5. Aufl., Bern 2012
- GANZ GEORGE M., Zweitwohnungen in touristischen Destinationen, Rechtliche, raumplanerische und politische Aspekte, Zürich/Hintereggen 2012 (zit. GANZ, Destinationen)
- GANZ GEORGE M., Zweitwohnungsinitiative: Verfassungsauftrag und Umsetzung, Jusletter vom 10. Dezember 2012 (zit. GANZ, Verfassungsauftrag)
- GERMANN OSCAR ADOLF, Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. Aufl., Bern 1967
- GRIFFEL ALAIN, Die Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative – eine Zwischenbilanz, ZBl 115 (2014), 59 ff. (zit. GRIFFEL, Zwischenbilanz)
- GRIFFEL ALAIN, Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel des Verwaltungsrechts, in: Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre und des Verwaltungsrechts, 13. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre (= Zentrum für Rechtsetzungslehre (ZfR), Bd. 3), hrsg. von Uhlmann Felix, Zürich/St. Gallen 2014, 7 ff. (zit. GRIFFEL, Intertemporales Recht)
- GRIFFEL ALAIN, Zweitwohnungen – schamloser Verfassungsbruch, NZZ Nr. 247 vom 24. Oktober 2014, 23 (zit. GRIFFEL, Verfassungsbruch)
- HÄFELIN ULRICH, Verfassungsgebung, ZSR 93 (1974) II. Halbband, 75 ff.
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010
- HALLER WALTER/KÖLZ ALFRED/GÄCHTER THOMAS, Allgemeines Staatsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013
- HANGARTNER YVO, Unklarheiten bei Volksinitiativen, Bemerkungen aus Anlass des neuen Art. 121 Abs. 3–6 BV (Ausschaffungsinitiative), AJP 2011, 471 ff. (zit. HANGARTNER, Unklarheiten)

- HANGARTNER YVO, Unmittelbare Anwendbarkeit völker- und verfassungsrechtlicher Normen, ZSR 126 (2007) I. Halbband, 137 ff. (zit. HANGARTNER, Anwendbarkeit)
- HESSE KONRAD, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995
- HUBER HANS, Der Formenreichtum der Verfassung und seine Bedeutung für ihre Auslegung, ZBJV 107 (1971), 172 ff.
- KÄLIN WALTER, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, Funktionen der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern 1987
- KETTIGER DANIEL, Minarettverbot: Offene Fragen zur Umsetzung, Jusletter vom 1. März 2010
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, 2. Aufl., Bern 2013
- KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, Zürich/St. Gallen 2012
- KLEY ANDREAS, Demokratisches Instrumentarium, in: Staatsrecht, hrsg. von Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina, Zürich/St. Gallen 2011, 321 ff.
- KÖLZ ALFRED, Die kantonale Volksinitiative in der Rechtsprechung des Bundesgerichts, Darstellung und kritische Betrachtung, ZBl 83 (1982), 1 ff. (zit. KÖLZ, Volksinitiative)
- KÖLZ ALFRED, Intertemporales Verwaltungsrecht, ZSR 102 (1983) II. Halbband, 101 ff. (zit. KÖLZ, Verwaltungsrecht)
- KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 4. Aufl., Bern 2013
- LENDI MARTIN, Zweitwohnungen – rechtliche Erwägungen zum neuen Verfassungsartikel 75b BV samt Übergangsbestimmung, Entwurf eines Rechtsgutachtens zuhanden des Kantons Uri, Fassung vom 3. April 2012¹
- LÜCHINGER HANS GEORG, Die Auslegung der Schweizerischen Bundesverfassung, Diss. Univ. Zürich 1953, Zürich 1954
- LUSTENBERGER ERIK, Bestehende und neue Zweitwohnungen, in: Rechtliche Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative, Tagung vom 11. Dezember 2012 in Luzern (= Weiterbildung Recht), hrsg. von Norer Roland/Rütsche Bernhard, Bern 2013, 41 ff.
- MARTI ARNOLD, Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative – ungelöste Rätsel und des Pudels Kern, ZBl 113 (2012), 281 f.
- MÖSCHING FABIAN, Ab welchem Zeitpunkt ist die Zweitwohnungsinitiative anwendbar?, Jusletter vom 10. Dezember 2012
- MÜLLER FRIEDRICH, Normstruktur und Normativität, Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation (= Schriften zur Rechtstheorie, Heft 8), Berlin 1966
- MÜLLER GEORG, Formen der Rechtssetzung, in: Die neue Bundesverfassung, Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Tagung vom 21./22. Oktober 1999 an der Universität Bern (= Berner Tage für die juristische Praxis, BTJP 1999), hrsg. von Zimmerli Ulrich, Bern 2000, 249 ff.
- MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013

¹ Das Gutachten wurde aus gesundheitlichen Gründen vom Verfasser nicht fertig gestellt. Es mag folglich dessen Ansichten stellenweise unvollständig wiedergeben. Zur Verfügung gestellt von der Justizdirektion des Kantons Uri, mit freundlicher Genehmigung von Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Martin Lendi.

- MÜLLER JÖRG PAUL, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), 53 ff. (zit. MÜLLER J. P., Verfassungsgerichtsbarkeit)
- MÜLLER JÖRG PAUL, Soziale Grundrechte in der Verfassung?, ZSR 92 (1973) II. Halbband, 687 ff. (zit. MÜLLER J. P., Soziale Grundrechte)
- NEIDHART LEONHARD, Plebiszit und pluralitäre Demokratie, Eine Analyse der Funktion des schweizerischen Gesetzesreferendums (= Helvetia Politica, Series B, Bd. 5), Bern 1970
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011 (zit. BSK BGG-BEARBEITER, Art. ... N ...)
- NORER ROLAND, Zum Geltungsbereich der Zweitwohnungsverordnung, in: Rechtliche Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative, Tagung vom 11. Dezember 2012 in Luzern (= Weiterbildung Recht), hrsg. von Norer Roland/Rütsche Bernhard, Bern 2013, 11 ff.
- PFÄFFINGER MONIKA/ROSSÉ STÉPHANIE, Einführung, in: Rechtliche Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative, Tagung vom 11. Dezember 2012 in Luzern (= Weiterbildung Recht), hrsg. von Norer Roland/Rütsche Bernhard, Bern 2013, 1 ff.
- RAMEL ERIC/FAVRE MARC-ETIENNE, "Lex Weber": le jour d'après ..., AwR 2012, 279 ff.
- RHINOW RENÉ, Grundprobleme der schweizerischen Demokratie, ZSR 103 (1984) II. Halbband, 111 ff. (zit. RHINOW, Demokratie)
- RHINOW RENÉ, Hat die Mehrheit immer recht?, NZZ Nr. 109 vom 13. Mai 2015, 21 (zit. RHINOW, Mehrheit)
- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009
- RITTER WERNER, Das Erfordernis der genügenden Bestimmtheit – dargestellt am Beispiel des Polizeirechts, Diss. Univ. St. Gallen, Chur/Zürich 1994
- SÄGESSER THOMAS, Vernehmlassungsgesetz, Bundesgesetz vom 18. März 2005 über das Vernehmlassungsverfahren, Stämpflis Handkommentar, Bern 2006 (zit. SÄGESSER, Handkommentar VIG, Art. ... N ...)
- STERN KLAUS, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Aufl., München 1984
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., Bern 2011 (zit. TSCHANNEN, Staatsrecht)
- TSCHANNEN PIERRE, Verfassungsauslegung, in: Verfassungsrecht der Schweiz, hrsg. von Thürer Daniel/Aubert Jean-François/ Müller Jörg Paul, Zürich 2001, 149 ff. (zit. TSCHANNEN, Verfassungsauslegung)
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014
- UHLMANN FELIX, Das Willkürverbot (Art. 9 BV), Habil. Univ. Basel, Bern 2005 (zit. UHLMANN, Willkürverbot)
- UHLMANN FELIX, Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre, in: Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre und des Verwaltungsrechts, 13. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre (= Zentrum für Rechtsetzungslehre (ZfR), Bd. 3), hrsg. von Uhlmann Felix, Zürich/St. Gallen 2014, 33 ff. (zit. UHLMANN, Intertemporales Recht)

- WÄGER FABIAN/RÜEGG ERICH, Die Umgehung der Zweitwohnungsinitiative, Jusletter vom 10. Dezember 2012
- WALDMANN BERNHARD, Das Bundesgericht hat gesprochen – erste Leiturteile zur Zweitwohnungsinitiative, BR/DC 2013, 233 ff. (zit. WALDMANN, Leiturteile)
- WALDMANN BERNHARD, Der Schutz von Mooren und Moorlandschaften, Inhalt, Tragweite und Umsetzung des "Rothenthurmartikels" (Art. 24^{sexies} Abs. 5 BV) (Diss. Univ. Freiburg, Schweiz 1996 = Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, 162), Freiburg, Schweiz 1997 (zit. WALDMANN, Moorschutz)
- WALDMANN BERNHARD, Die Zweitwohnungsverordnung, Jusletter vom 10. Dezember 2012 (zit. WALDMANN, Zweitwohnungsverordnung)
- WALDMANN BERNHARD, Zweitwohnungen – vom Umgang mit einer sperrigen Verfassungsnorm, Der Umgang mit einer imperativen, aber weiterzuentwickelnden Verfassungsnorm, BRT 2013, 123 ff. (zit. WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm)
- WALDMANN BERNHARD/HÄNNI PETER, Raumplanungsgesetz, Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (RPG), Stämpflis Handkommentar, Bern 2006 (zit. WALDMANN/HÄNNI, Handkommentar RPG, Art. ...N ...)
- WALTER MAX, Was ist denn eine Zweitwohnung?, Jusletter vom 10. Dezember 2012

Materialienverzeichnis

- Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat und Ständerat, Separatdruck zur Reform der Bundesverfassung, Bern 1998 (zit. Amtl. Bull. NR/StR)
- Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Strassentransitverkehr im Alpengebiet (STVG) vom 4. Mai 1994, BBl 1994 II 1295 ff. (zit. Botschaft Strassentransitverkehr, BBl 1994 II 1295 ff.)
- Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff. (zit. Botschaft Bundesverfassung, BBl 1997 I 1 ff.)
- Botschaft zur eidgenössischen Volksinitiative "Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen!" vom 29. Oktober 2008, BBl 2008 8757 ff. (zit. Botschaft Zweitwohnungsinitiative, BBl 2008 8757 ff.)
- Botschaft zum Bundesgesetz über Zweitwohnungen vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2287 ff. (zit. Botschaft Zweitwohnungsgesetz, BBl 2014 2287 ff.)
- Bundesamt für Raumentwicklung ARE, Zweitwohnungen, Planungshilfe für die kantonale Richtplanung vom Juni 2010 (zit. ARE Planungshilfe)
- Bundesamt für Raumentwicklung ARE, Konferenzielle Anhörung vom 18. Juni 2012 zur Verordnung über den Bau von Zweitwohnungen, Auswertungsbericht mit Anhörungsentwurf im Anhang vom 19. Juli 2012 (zit. ARE konferenzielle Anhörung Auswertungsbericht)
- Bundesamt für Raumentwicklung ARE, Erläuternder Bericht zur Verordnung über Zweitwohnungen vom 17. August 2012 (zit. ARE erläuternder Bericht ZwVO)
- Bundesratsbeschluss über das Ergebnis der Volksabstimmung vom 11. März 2012 vom 20. Juni 2012, BBl 2012 6623 ff. (zit. Bundesratsbeschluss Volksabstimmung, BBl 2012 6623 ff.)
- Rütter+Partner, Wirkung der Eidgenössischen Volksinitiative "Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen!", im Auftrag des Bundesamtes für Raumentwicklung ARE, 2008 (zit. Rütter+Partner, Wirkung)
- Volksabstimmung vom 11. März 2012, Erläuterungen des Bundesrates (zit. Abstimmungserläuterungen)

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Lachen)
al.	alinéa (= Absatz)
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
ARE	Bundesamt für Raumentwicklung
art.	article, articolo (= Artikel)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AwR	Anwaltsrevue (Bern)
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) vom 17. Juni 2005 (SR 173.110)
BLaw	Bachelor Of Law
BPR	Bundesgesetz über die politischen Rechte vom 17. Dezember 1976 (SR 161.1)
BR	Bundesrat
BR/DC	Baurecht, Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen (Zürich)
BRT	Schweizerische Baurechtstagung (Freiburg, Schweiz)
BSK BGG	Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz (siehe im Literaturverzeichnis bei NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER)
bspw.	beispielsweise
BTJP	Berner Tage für die juristische Praxis
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
Comm.	commentaire
Cost. fed.	Costituzione federale (= Bundesverfassung)
cpv.	capoverso (= Absatz)
Cst.	Constitution fédérale (= Bundesverfassung)
d.h.	das heisst

Diss.	Dissertation
Dr.	Doktor(in)
E.	Erwägung
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
et al.	et alii (= und weitere)
etc.	et cetera (= und so weiter)
E-ZWG	Entwurf des Bundesrates zum Bundesgesetz über Zweitwohnungen (Zweitwohnungsgesetz, ZWG) vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2325 ff.
f.	und folgende/r (Artikel, Seite etc.)
ff.	und folgende (Artikel, Seiten etc.)
Fn.	Fussnote
ggü.	gegenüber
GR	Kanton Graubünden
h.c.	honoris causa (= ehrenhalber)
Habil.	Habilitationsschrift
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
i.d.R.	in der Regel
i.S.v.	im Sinne von
insb.	insbesondere
Komm.	Kommentar
lit.	litera (= Buchstabe)
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
m.H.	mit Hinweis
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Randnummer
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
ParlG	Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG) vom 13. Dezember 2002 (SR 171.10)
Prof.	Professor(in)
RPG	Bundesgesetz über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz) vom 22. Juni 1979 (SR 700)

SGK BV	St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung (siehe im Literaturverzeichnis bei EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER und EHRENZELLER/SCHINDLER/SCHWEIZER/VALLENDER)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
sog.	sogenannt
SR	systematische Sammlung des Bundesrechts
StR	Ständerat
u.a.	unter anderem
Univ.	Universität
UNO	Organisation der Vereinten Nationen
u.U.	unter Umständen
VE 96	Verfassungsentwurf des Bundesrates vom 20. November 1996 (BBl 1997 I 1 ff.)
VGer GR	Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden
vgl.	vergleiche
VIG	Bundesgesetz über das Vernehmlassungsverfahren (Vernehmlassungsgesetz, VIG) vom 18. März 2005 (SR 172.061)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Berlin)
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (Zürich) (bis 1988: Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung)
ZfR	Zentrum für Rechtsetzungslehre
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht (Basel)
ZWG	Bundesgesetz über Zweitwohnungen (Zweitwohnungsgesetz, ZWG) vom 20. März 2015, Schlussabstimmungstext, BBl 2015 2753 ff.
ZwVO	Verordnung über Zweitwohnungen vom 22. August 2012 (SR 702)

I. Einleitung

Kaum eine Volksinitiative der letzten paar Jahre hat nach ihrer Annahme für derart viel Verwirrung und (Rechts-)Unsicherheit gesorgt wie die Initiative "Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen!"². Die mit ihr verbundenen komplexen Auslegungsfragen und Umsetzungsprobleme waren schon vor der Abstimmung vom 11. März 2012 absehbar³ und wurden danach einer breiten Öffentlichkeit bewusst.⁴ Rasch waren auch in praktisch jedem Umsetzungsstadium der Initiative Stimmen zu vernehmen, welche den Bundesbehörden eine Verwässerung oder gar Missachtung des "Volkswillens" vorwarfen.⁵

Die Umsetzung der neu in die Bundesverfassung eingefügten Art. 75b und Art. 197 Ziff. 9 bietet prominentes Anschauungsmaterial für das Zusammenspiel von Bundesrat, Bundesgericht und eidgenössischem Parlament bei der Auslegung und Umsetzung von durch Volksinitiative zustande gekommenem Bundesverfassungsrecht.

In dieser Arbeit soll anhand des "Zweitwohnungsartikels" die in der Lehre wenig diskutierte Auslegung von durch Volksinitiativen entstandenem Verfassungsrecht erörtert und die jeweilige Rolle von Bundesgericht, Bundesrat und eidgenössischem Parlament bei der Umsetzung desselben kritisch beleuchtet werden. Besondere Beachtung wird dabei der Frage der direkten Anwendbarkeit von Verfassungsnormen geschenkt, welche eng mit der Auslegungskompetenz des Bundesgerichts zusammenhängt. Ferner soll am Beispiel der Zweitwohnungsverordnung vom 22. August 2012 (ZwVO) Zulässigkeit und Eignung einer Vollzugsverordnung zu Verfassungsnormen untersucht werden. Schliesslich wird der Rechtsetzungsprozess um das geplante Zweitwohnungsgesetz (ZWG) als Anschauungsfall herangezogen um aufzuzeigen, über welche politischen und rechtlichen Spielräume das eidgenössische Parlament bei der Umsetzung von Volksinitiativen verfügt.

² Zur Vorprüfung durch die Bundeskanzlei siehe BBl 2006 5229 ff. und zur Einreichung BBl 2008 1113 f.

³ Siehe Botschaft Zweitwohnungsinitiative, BBl 2008 8766, 8769.

⁴ Vgl. etwa SCHNEEBERGER PAUL, Webers Interpretationsspielraum kostet Zeit und Nerven, NZZ Nr. 189 vom 16. August 2012, 19.

⁵ Siehe etwa Statement vom 27. Juni 2013 "Der Bundesrat missachtet die Bundesverfassung", abrufbar unter www.zweitwohnungsinitiative.ch/news.html, zuletzt besucht am 11. Juni 2015; siehe WEBER VERA, zitiert in: NZZ vom 26. September 2014 (nur online abrufbar unter <http://www.nzz.ch/schweiz/vertreter-der-berggebiete-missachten-den-volkswillen-1.18391547>, zuletzt besucht am 11. Juni 2015); vgl. DETTWILER, Entwurf, 351; vgl. WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 151.

II. Die Auslegung von Verfassungsnormen als beschränkte Befugnis des Bundesgerichts, dargestellt anhand des Leitentscheids zum "Zweitwohnungsartikel" BGE 139 II 243

1. Auslegungsfragen im Zusammenhang mit dem "Zweitwohnungsartikel"

Nach Annahme der Zweitwohnungsinitiative durch Volk und Stände am 11. März 2012⁶ stellten sich aufgrund der terminologischen Offenheit, einiger Strukturängel der neu eingefügten Art. 75b und Art. 197 Ziff. 9 BV sowie der Unvollständigkeit des darin enthaltenen Regelungsprogramms zahlreiche Auslegungsprobleme.⁷ Der Redaktion des Initiativtextes ist entsprechend Kritik seitens der Lehre erwachsen.⁸ Unklar bzw. konkretisierungsbedürftig war insbesondere der Begriff der Zweitwohnung⁹ sowie die Bedeutung der Nichtigkeitsfolge in Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV für ab dem 1. Januar 2013 erteilte Baubewilligungen¹⁰ und damit der sachliche, räumliche und zeitliche Geltungsbereich der neuen Verfassungsnormen. In diesem Kapitel (Ziff. II) sollen Methodik und Schranken der Befugnis des Bundesgerichts zur Verfassungsauslegung *vor Erlass einer Ausführungsgesetzgebung durch das Parlament* erörtert werden, womit sich eine Konzentration auf die im Leitentscheid "Breil/Brigels"¹¹ behandelten Fragestellungen anbietet.

1.1 Die direkte Anwendbarkeit von Art. 75b und Art. 197 Ziff. 9 BV

In BGE 139 II 243 war erstmals ein konkretes Bauprojekt, welches nach Annahme der Initiative erstinstanzlich bewilligt worden war,¹² auf dessen Übereinstimmung mit den neu eingefügten Verfassungsbestimmungen zu prüfen. Verfassungsbestimmungen können ohne Vorliegen konkretisierenden Ausführungsrechts von Rechtsunterworfenen nur direkt angerufen werden bzw. für sie Rechte und Pflichten begründen, wenn sie sog. unmittelbar¹³ anwendbar

⁶ Vgl. Bundesratsbeschluss Volksabstimmung, BBl 2012 6623.

⁷ Vgl. SGK BV-RUCH, Art. 75b N 9.

⁸ GRIFFEL, Zwischenbilanz, 60; MÖSCHING, N 34; WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 126; vgl. SGK BV-RUCH, Art. 75b N 9; zur Kritik an unbedarft formulierten Volksinitiativen allgemein vgl. RHINOW, Demokratie, 229.

⁹ Siehe Botschaft Zweitwohnungsinitiative, BBl 2008 8766; zum Ganzen siehe WALTER, N 1 ff.

¹⁰ SGK BV-RUCH, Art. 75b N 9; vgl. GANZ, Verfassungsauftrag N 33, 45; vgl. zum Ganzen MÖSCHING, N 36 ff.

¹¹ BGE 139 II 243 ff.

¹² Vgl. BGer 1C_215/2012, Urteil vom 14. Dezember 2012, E. 2.4 sowie BGer 1C_159/2012, Urteil vom 14. Dezember 2012, E. 6.2, wo es festhielt, dass Art. 75b BV jedenfalls nicht auf Baubewilligungen anwendbar ist, welche vor Inkrafttreten dieses Artikels erstinstanzlich erteilt worden sind.

¹³ In der Lehre wird teils von "direkter", teils von "unmittelbarer" Anwendbarkeit von Verfassungsnormen gesprochen. Die Begriffe sind synonym: vgl. KETTIGER, N 15.

sind.¹⁴ Zur direkten Anwendbarkeit bedarf die fragliche Verfassungsnorm einer genügenden inhaltlichen Bestimmtheit.¹⁵ Aufgrund der inhaltlichen Offenheit des Begriffs "Zweitwohnungen",¹⁶ aber auch wegen der missglückten Strukturierung des Initiativtextes, welcher jedenfalls in Art. 75b Abs. 2 BV einen reinen Rechtsetzungsauftrag an den Gesetzgeber statuiert,¹⁷ war klärungsbedürftig, ob und ggf. in welchem Umfang der "Zweitwohnungsartikel" bereits Rechtswirkungen für Private entfaltet. Die Frage war auf dem Wege der Verfassungsauslegung zu beantworten.¹⁸

1.2 Zeitlicher Geltungsbereich

Angenommen, Art. 75b und 197 Ziff. 9 BV sind (zumindest teilweise) direkt anwendbar, so stellt sich in einem zweiten Schritt die Frage, ob das neue Recht auf eine Baubewilligung anzuwenden ist, welche nach dem Abstimmungsdatum ergangen ist.¹⁹ Gemäss Art. 195 BV und Art. 15 Abs. 3 BPR treten Änderungen der Bundesverfassung am Tag ihrer Annahme durch Volk und Stände in Kraft, d.h. in concreto am 11. März 2012. Nach den anerkannten Grundsätzen des Verwaltungsrechts ist in einem hängigen Verfahren primär auf die Rechtslage im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheids abzustellen, es sei denn, der Gesetzgeber sehe eine anderslautende Regelung vor.²⁰ Dieser Grundsatz gilt auch bei der Auslegung von Verfassungsinitiativen.²¹ Die erstinstanzliche Baubewilligung wurde i.c. am 21. August 2012 erteilt. Mangels einer anderslautenden Regelung wäre somit an sich das bereits am 11. März 2012 in Kraft getretene Recht anzuwenden gewesen.²² Fraglich war aber, ob der bei den Übergangsbestimmungen eingereihte Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV²³ die Rechtsänderung erst auf den 1. Januar 2013 ansetzte, womit Baubewilligungen bis Ende 2012 nach altem Recht hätten erteilt werden dürfen.²⁴ Auch die Antwort zu dieser Frage war durch Auslegung zu ermitteln.

¹⁴ Siehe HANGARTNER, Anwendbarkeit, 156; vgl. KETTIGER, N 18.

¹⁵ MÖSCHING, N 16; vgl. HANGARTNER, Anwendbarkeit, 147 f., 156; vgl. WALDMANN, Moorschutz, 70 ff.

¹⁶ Siehe MÖSCHING, N 34.

¹⁷ Siehe WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 126.

¹⁸ Vgl. HANGARTNER, Anwendbarkeit, 148; vgl. WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 126.

¹⁹ Vgl. MÖSCHING, N 42.

²⁰ GRIFFEL, Intertemporales Recht, 10; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, §24 N 18 ff.; vgl. KÖLZ, Verwaltungsrecht, 208 f.; vgl. MÖSCHING, N 38.

²¹ Siehe MÖSCHING, N 51.

²² Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 310; vgl. KÖLZ, Verwaltungsrecht, 109; vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, §24 N 8.

²³ Wortlaut: "Baubewilligungen für Zweitwohnungen, die zwischen dem 1. Januar des auf die Annahme von Artikel 75b folgenden Jahres und dem Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen erteilt werden, sind nichtig."

²⁴ Siehe NORER, 30.

2. Einordnung der Fragestellungen in die rechtliche Dogmatik

2.1 Zur Methodik der Verfassungsauslegung und ihren Besonderheiten im Umgang mit durch Volksinitiativen zustande gekommenem Verfassungsrecht

2.1.1 Auslegung vs. Konkretisierung der Verfassung: eine Differenzierung mit Bezügen zur Gewaltenteilung

Weil die oben dargelegten Rechtsfragen durch Interpretation der Bundesverfassung zu beantworten sind, wird zunächst in allgemeiner Weise auf die Methodik der Verfassungsauslegung eingegangen, dann den in der Lehre wenig Beachtung geschenkten Besonderheiten der Auslegung von durch Volksinitiativen zustande gekommenem Verfassungsrecht nachgeforscht.

Zunächst kann festgehalten werden, dass Verfassungsauslegung grundsätzlich nach den gleichen methodischen Regeln erfolgt wie die Interpretation von Gesetzes- oder Verordnungsrecht.²⁵ Allerdings treten die klassischen Auslegungselemente, wie nachfolgend gezeigt wird, in ihrer Bedeutung je nach Art der in Frage stehenden Verfassungsbestimmung erheblich zurück.²⁶ *Auslegung* von (Verfassungs-)Normen im hier (eng) verstandenen Sinne bedeutet die Ermittlung des wahren, richtigen²⁷ Sinns einer Vorschrift, meint also die Herausarbeitung eines schon in der zu interpretierenden Norm existierenden Sinngehaltes.²⁸ Jedoch zeigt sich, dass Verfassungsnormen vielfach inhaltlich unbestimmt, d.h. offen formuliert sind. So präsentieren sich beispielsweise Aufgabennormen z.T. als frei von inhaltlich gestalterischen Vorgaben an den Gesetzgeber, so m.E. zum Beispiel Art. 75a Abs. 1 BV.²⁹ Auch Grundrechte zeichnen sich durch grosse inhaltliche Offenheit aus, nennen in der Regel nur ein "Stichwort, um den Normbereich leise anzudeuten"³⁰. Ihre Funktion als elementare Anforderungen an eine gerechte Ordnung des Gemeinwesens bzw. Garantie grundlegendster Rechte der Privaten³¹ können sie nur wahrnehmen, wenn den Gerichten die Weiterentwicklung deren Schutzbereiche in dem Masse erlaubt ist, als dem Individuum (u.a. durch die Rechtsordnung selbst) neue Freiheitsgefährdungen entgegentreten.³² Dies impliziert, dass die Gerichte bei der Inter-

²⁵ BIAGGINI, Grundfragen, §7 N 45; TSCHANNEN, Staatsrecht, §4 N 5; BGE 105 Ib 49, 56 E. 4a; BGE 112 Ia 208, 212 E. 2a; BGE 131 I 74, 80 E. 4.1.

²⁶ Vgl. BGE 112 Ia 208, 213 E. 2a.

²⁷ Vgl. HESSE, N 51.

²⁸ Vgl. HESSE, N 56.

²⁹ Vgl. BIAGGINI, Komm. BV, Art. 75a N 2 f.; Strittig ist hingegen bspw., ob die anscheinend reine, keine inhaltlichen Vorgaben an den Gesetzgeber stellende Kompetenznorm in BV 90 (Kernenergie) es zulässt, die Nutzung der Kernenergie zu verbieten: vgl. die Diskussion bei SGK BV-SCHAFFHAUSER/UHLMANN, Art. 90 N 31.

³⁰ HUBER, 192; vgl. MÜLLER F., 202.

³¹ Vgl. KIENER/KÄLIN, 9.

³² Siehe TSCHANNEN, Staatsrecht, §4 N 10; vgl. KIENER/KÄLIN, 9.

pretation von Grundrechtsbestimmungen nicht einen der Norm bereits innewohnenden Sinn herausarbeiten, sondern diesen in einem schöpferischen Prozess fortbilden und neuen Begebenheiten anpassen.³³

Breit abgestützt ist in der Literatur die Ansicht, Verfassungsauslegung stelle nicht bloss eine reproduktive Tätigkeit dar, also eine methodengeleitete Suche nach dem einen richtigen Ergebnis. Vielmehr enthalte sie eine schöpferische Komponente, Auslegung habe m.a.W. die Ergänzung des Rechts über das Vorgegebene hinaus zur Aufgabe.³⁴ Soweit eine Verfassungsbestimmung in einem Masse offen bzw. unbestimmt ist, dass ihr mit den Mitteln der Auslegung im Einzelfall nicht ein konkreter gesetzgeberischer Wille³⁵ entnommen werden kann, so besteht die Aufgabe in der *Sinngebung* statt in der eigentlichen *Sinnermittlung*.³⁶ Das heisst: Ob (eher) Auslegung oder Konkretisierung der Verfassung angezeigt ist, bestimmt sich nach der Normstruktur der betreffenden Bestimmung, d.h. nach dem Grad ihrer inhaltlichen Unbestimmtheit.³⁷ Man spricht bei diesem Prozess nicht mehr von Auslegung, sondern von *Konkretisierung* der Verfassung.³⁸ Konkretisierung steht nicht für ein gefestigtes methodisches Programm, sondern ist ein eigenständiger, *schöpferischer* Beitrag des Interpreten, der auf Wertungen und Abwägungen beruht.³⁹ Konkretisierung wird in der Lehre teilweise als Aspekt der Auslegung⁴⁰, teilweise als (begrifflicher) Gegensatz dazu⁴¹ verstanden. Es wird vertreten, dass der Übergang zwischen Auslegung und Konkretisierung, d.h. zwischen *Sinnermittlung* und *Sinngebung* bzw. schöpferischem Gestalten fließend sei.⁴² Es wird auch dargetan, dass in jeder Rechtsanwendung Elemente der Konkretisierung lägen.⁴³

Eine klare Grenzziehung zwischen Auslegung und Konkretisierung im verfassungsrechtlichen Kontext wäre jedoch deshalb wünschenswert,⁴⁴ weil die Kompetenzverteilung zwischen Gerichten und Parlament mit der Fragestellung verknüpft ist: Verfassungen begründen den "Be-

³³ Vgl. HUBER, 186; vgl. KÄLIN, 138; vgl. RHINOW/SCHEFER, N 499; vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, §4 N 10; vgl. WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 127; vgl. BGE 112 Ia 208, 213 E. 2a.

³⁴ HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 85 f.; TSCHANNEN, Staatsrecht, §4 N 1; WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 127; vgl. RHINOW/SCHEFER, N 499 f.

³⁵ Vgl. HESSE, N 56.

³⁶ Vgl. BÖCKENFÖRDE, 56.

³⁷ Vgl. HUBER, 187.

³⁸ Siehe HUBER, 186 f.; vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 86.

³⁹ BIAGGINI, Grundfragen, §7 N 46.

⁴⁰ Siehe HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 86.

⁴¹ HUBER, 186 f.; vgl. RHINOW/SCHEFER, N 499.

⁴² Vgl. BIAGGINI, Grundfragen, §7 N 46; vgl. HUBER, 187.

⁴³ RHINOW/SCHEFER, N 499; vgl. auch HESSE, N 56, welcher in der Verfassungsinterpretation nur beschränkt den Nachvollzug eines in der Verfassung präexistenten Willens erblickt.

⁴⁴ Zu recht a.A. jedoch betreffend die Relevanz der Unterscheidung von Auslegung und Lückenfüllung: FORSTMOSER/VOGT, §15 N 23 f.

ginn des Rechts in der Politik",⁴⁵ m.a.W. die erste Stufe (abstrakter) politischer Konsensfindung.⁴⁶ Die Normdichte muss angesichts dieser Funktion der Verfassung beschränkt bleiben: Offene Verfassungsnormen geben dem Gemeinwesen die Möglichkeit, politischen Konsens über die Gestalt der Rechtsordnung etappenweise aufzubauen, d.h. auch über mehrere Normstufen hinweg.⁴⁷ Bei der Handhabung offener Verfassungsnormen geht es also weniger um Auslegung als um *Konkretisierung*, d.h. weniger den Nachvollzug eines vorbestehenden Normwillens des Verfassungsgebers, sondern um den *Aufbau* eines Normsinns.⁴⁸ Diese Ausführungen machen m.E. deutlich, dass die Konkretisierung grundsätzlich (fortschreitender) politischer Prozess und damit Sache des demokratischen Gesetzgebers ist, nicht des Verfassungsrichters.⁴⁹ Denn aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung und dem Demokratieprinzip ergibt sich, dass die Gerichte zuständig sind, Recht anzuwenden bzw. auszulegen – *Rechtsschöpfung* gehört dagegen in die Hand des Gesetzgebers.⁵⁰ Ausgenommen von diesem Prinzip sind, wie gesehen, die Grundrechte, deren nähere Ausgestaltung deshalb nicht Aufgabe des Gesetzgebers sein kann, weil Konkretisierung und Einschränkung sehr nahe bei einander liegen.⁵¹ Diese Kompetenzverteilung spiegelt sich m.E. darin, dass bei der Zulässigkeitsprüfung von Grundrechtseinschränkungen das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage nur eine Voraussetzung von mehreren ist.⁵²

Bei Normen, welche reine Gesetzgebungsaufträge statuieren (z.B. Art. 75a Abs. 2 BV), beschränkt sich der politische Konsens darauf, dass der Gesetzgeber in einem bestimmten Sachbereich zu legislieren hat.⁵³ Es wäre daher dem Bundesgericht verwehrt, gestützt allein auf diese Norm "gesetzesvertretende" Konkretisierungen vorzunehmen.⁵⁴

⁴⁵ TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, §9 N 3.

⁴⁶ Vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, §3 N 29; vgl. auch MÜLLER J. P., Soziale Grundrechte, 720.

⁴⁷ Siehe TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, §9 N 3; vgl. HÄFELIN, 125; vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, §3 N 29; vgl. auch MÜLLER J. P., Soziale Grundrechte, 726 f., welcher für die Aufnahme möglichst weniger materialer Normen in die Verfassung eintritt.

⁴⁸ Siehe TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, §9 N 3 m.H. auf HESSE, N 56, 60; vgl. BÖCKENFÖRDE, 56.

⁴⁹ Vgl. HUBER, 195.

⁵⁰ Siehe FORSTMOSER/VOGT, §15 N 3 f.; Im Bereich der Grundrechte wird der Bezug zur Gewaltenteilung angesichts der (weiten) Konkretisierungskompetenz des Verfassungsrichters besonders offensichtlich. Ein Teil der deutschen Lehre meint einen "gleitende[n] Übergang vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsgerichtlichen Juridiktionsstaat" zu erkennen: BÖCKENFÖRDE, 62.

⁵¹ HUBER, 191; vgl. bereits FLEINER/GIACOMETTI, 243, wonach Freiheitsrechte keiner Ausführung durch den einfachen Gesetzgeber bedürfen.

⁵² Vgl. BV 36; vgl. bereits FLEINER/GIACOMETTI, 243, wonach die Freiheitsrechte eben nicht nur nach Massgabe des Gesetzes gewährleistet sind, sondern der Verfügung des einfachen Gesetzgebers entzogen sind.

⁵³ Hingegen kann aus einer blossen Kompetenznorm nicht automatisch auf einen Gesetzgebungsauftrag geschlossen werden: HÄFELIN, 97, 122.

⁵⁴ Vgl. HUBER, 195; Die Schaffung eines reichen Katalogs an gesetzesvertretendem Richterrecht zum interkantonalen Doppelbesteuerungsverbot (Art. 46 Abs. 2 aBV) durch das Bundesgericht steht diesem Schluss (zumindest im Grundsatz) nicht entgegen: Weil es im Doppelbesteuerungsverbot ein verfassungsmässiges Recht erblickt (betreffend Art. 127 Abs. 3 BV siehe etwa BGE 131 I 409, 412 E. 3.1; vgl. HÖHN, in: Aubert et al., Komm. BV 1874, Art. 46 Abs. 2 N 15 ff.), kann das Bundesgericht m.E. auf die ihm für Grundrechte

Eigentlicher *Problemfall* der Kompetenzverteilung zwischen Bundesgericht und Parlament sind jedoch Normen, welche Gesetzgebungsaufträge statuieren, dem Gesetzgeber aber gleichzeitig inhaltliche Vorgaben (z.B. Grenzwerte, Gebote, Verbote, "Grundsätze" etc.) zur Ausführungsgesetzgebung machen.⁵⁵ Beispielsweise Art. 119 Abs. 2 BV⁵⁶ statuiert reihenweise "Grundsätze"⁵⁷, nach welchen das Gesetz auszugestaltet ist. Der politische Konsens geht über die Erteilung eines Gesetzgebungsauftrags hinaus, die Norm wird durch ihre Sachbezogenheit der Auslegung zugänglich.⁵⁸ Bei diesem Normtypus stellt sich im Einzelfall u.U. die Frage, wann das Gericht in Auslegung der Verfassung die Schwelle zur Konkretisierung überschreitet und damit unzulässigerweise in die Zuständigkeit des Gesetzgebers eingreift, zumal sich der politische Konsens in solchen Verfassungsnormen eben auf inhaltliche Grundsätze der zu regelnden Materie beschränkt.⁵⁹

Bei Verfassungsbestimmungen, welche durch Volksinitiativen zustande gekommen sind, stellt sich häufig die Frage nach ihrer rechtlichen Einordnung; sie weisen oft einen "schwer fassbaren, hybriden Charakter" auf.⁶⁰ So war auch beim "Zweitwohnungsartikel" (Art. 75b und Art. 197 Ziff. 9 BV) strittig, ob es sich um Kompetenznormen, Gesetzgebungsaufträge oder gar direkt anwendbare Bestimmungen handelt.⁶¹ Aus dem Wortlaut von Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV darf geschlossen werden, dass der Bund einen Gesetzgebungsauftrag erhält,⁶² womit seine Grundsatzgesetzgebungskompetenz im Bereich der Raumplanung punktuell zu einer umfassenden ausgeweitet wird.⁶³ Der politische Konsens geht jedoch hierüber hinaus, es wird nämlich dem Wortlaut nach ("ist beschränkt") ein starrer Anteil der Zweitwohnungen von maximal 20% an Gesamtbestand und Bruttogeschossfläche aller Wohnungen pro Gemeinde

(bzw. verfassungsmässige Rechte) zustehende Konkretisierungskompetenz zurückgreifen, vgl. MÜLLER J. P., Soziale Grundrechte, 906. Zu beachten ist, dass die rechtsschöpferische Tätigkeit des Bundesgerichts in dem Bereich auf die anhaltende Untätigkeit des Gesetzgebers zurückzuführen ist. Auf die Frage nach der Zulässigkeit von Richterrecht bei dauernder Nichterfüllung eines Rechtsetzungsauftrags durch den Gesetzgeber sei hier nicht weiter eingegangen (siehe dazu ausführlich BIAGGINI, Richterrecht, 452 ff.; befürwortend KÄLIN, 169 f.; vgl. HÄFELIN, 98 (Fn. 79), 121 f., welcher die Möglichkeit einer (richterlichen) Ersatzvornahme offenbar ausschliesst; offen gelassen bei HANGARTNER, Anwendbarkeit, 140).

⁵⁵ Vgl. HÄFELIN, 90, 97; vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, §4 N 7.

⁵⁶ Der Ingress des BV 119 II könnte den Eindruck vermitteln, beim Erlass der Ausführungsgesetzgebung handle es sich um reinen Verfassungs- bzw. Grundrechtsvollzug.

⁵⁷ Kritisch zum Begriff BIAGGINI, Komm. BV, Art. 119 N 10.

⁵⁸ Siehe HUBER, 190; vgl. BIAGGINI, Komm. BV, Art. 119 N 10, welcher die in Abs. 2 enthaltenen "Grundsätze" z.T. für direkt anwendbare Verbote hält; vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, §4 N 6 f.

⁵⁹ Spezifisch bei Art. 119 Abs. 2 BV dürfte sich diese Frage aufgrund der offensichtlichen Grundrechtsbezüge weniger stellen: dem Bundesgericht steht es frei, den Gehalt insbesondere von Art. 7 BV für den Bereich der Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie zu konkretisieren.

⁶⁰ GRIFFEL, Zwischenbilanz, 61.

⁶¹ Vgl. WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 135; vgl. die Übersicht in BGE 139 II 243, 246 ff. E. 6 ff.

⁶² LENDI, 7; vgl. ARE erläuternder Bericht ZwVO, 2; zur Annahme einer impliziten Bundeskompetenz in Art. 75b Abs. 2 BV und Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV siehe unten (Ziff. IV 1.).

⁶³ Siehe SGK BV-RUCH, Art. 75b N 24; siehe WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 136; siehe aber LENDI, 9, der für eine zurückhaltende Interpretation der neuen Bundeskompetenz plädiert.

festgelegt (Art. 75b Abs. 1 BV). In Art. 75b Abs. 2 BV folgt die Vorgabe an den Gesetzgeber, die Gemeinden u.a. zur jährlichen Veröffentlichung ihres Erstwohnungsanteils zu verpflichten. Die imperative Formulierung suggeriert, dass Art. 75b Abs. 1 BV Rechtsverbindlichkeit zukommen soll.⁶⁴ Jedoch ist zu beachten, dass der Wortlaut einer Verfassungsnorm bisweilen keinen zuverlässigen Schluss auf ihre Rechtsverbindlichkeit zulässt.⁶⁵ Jedenfalls dürfte es sich m.E. bei Art. 75b Abs. 1 BV um eine eigentliche materielle Bestimmung⁶⁶ bzw. eine sog. Verankerungsnorm handeln.⁶⁷ Die in dieser Bestimmung enthaltenen Vorgaben könnten sich der Auslegung durch den Verfassungsrichter zugänglich erweisen, womit namentlich eine Prüfung der Verfassungskonformität allfälliger gesetzgeberischer Umsetzungsakte anhand dieser Inhalte denkbar erscheint.⁶⁸ Folglich handelt es sich um den oben beschriebenen kompetenzrechtlichen *Problemfall*.⁶⁹

Ist nun der Übergang zwischen Auslegung und Konkretisierung wie gesehen fließend⁷⁰ oder enthält gar jede Auslegung Elemente der Rechtsschöpfung,⁷¹ so erweist sich die Abgrenzung zwischen den beiden Konzepten m.E. jedoch als untaugliche Methode zur Vornahme einer Kompetenzausscheidung zwischen Bundesgericht und Parlament. Wie unten (Ziff. II 2.2.1) gezeigt wird, ist diese stattdessen anhand des *Legalitätsprinzips* bzw. über das Erfordernis der genügenden Normdichte vorzunehmen.⁷²

⁶⁴ Vgl. WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 135; vgl. MÖSCHING, N 18, welcher wie LENDI, 7, in Art. 75b Abs. 1 BV nicht nur eine Final-, sondern auch eine Konditionalnorm erkennt.

⁶⁵ Vgl. SGK BV-LENDI/VOGEL, Art. 84 N 5 f., wonach Art. 84 Abs. 3 BV entgegen dem Wortlaut eine (blosse) Zielnorm darstellt; vgl. auch WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 135 (Fn. 62).

⁶⁶ Zum Begriff vgl. HÄFELIN, 93 f.

⁶⁷ Vgl. WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 136, welcher festhält, BV 75b I gebe "den Hauptteil des Regelungsprogramms für die zu erlassende Bundesgesetzgebung (...) vor"; zum Begriff vgl. HANGARTNER, Anwendbarkeit, 157 und STERN, 76; vgl. auch HUBER, 190.

⁶⁸ Vgl. GRIFFEL, Zwischenbilanz, 74 f., wonach dem Gesetzgeber u.a. kein Gestaltungsspielraum zusteht, soweit der direkt anwendbare "harte Kern" von Art. 75b Abs. 1 BV betroffen ist. Vgl. auch diverse Autoren, welche die Verfassungskonformität der erfolgten bzw. geplanten Umsetzungsakte prüften und z.T. anzweifelten: betreffend ZwVO siehe etwa LUSTENBERGER, 61; WALDMANN, Zweitwohnungsverordnung, N 45; betreffend die ständerätliche Fassung des geplanten ZWG vgl. GRIFFEL, Verfassungsbruch, 23. Zur Frage nach der Rechtsverbindlichkeit materieller Verfassungsbestimmungen vgl. HÄFELIN, 95 ff.

⁶⁹ Vgl. LENDI, 2 (Fn. 7), wonach es sich bei Art. 75b BV und Übergangsbestimmung um "gemischte Tatbestände" zwischen reiner Kompetenznorm und Ziel- bzw. Verhaltensnorm handelt.

⁷⁰ Vgl. BIAGGINI, Grundfragen, §7 N 46; vgl. HUBER, 187; vgl. HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, N 640; vgl. KÄLIN, 162 f. m.w.H. Zur früheren Auffassung der eindeutigen Trennbarkeit von Rechtsetzung und Rechtsanwendung vgl. MÜLLER J. P., Verfassungsgerichtsbarkeit, 59 m.w.H.

⁷¹ Siehe RHINOW/SHEFER, N 499.

⁷² Die Untauglichkeit einer Kompetenzausscheidung über die Abgrenzung von Auslegung und Konkretisierung zeigt sich schon daran, dass in gewissen Fällen dem Richter durchaus die Kompetenz zur Normkonkretisierung zusteht, etwa u.U. bei Generalklauseln (siehe FORSTMOSER/VOGT, §15 N 74 ff.). Solche Normen können gleichwohl hinreichende Normdichte aufweisen, zumal mit ihrer Offenheit die Einräumung eines Gestaltungsspielraums an den Rechtsanwender bezweckt wird (vgl. MÜLLER/UHLMANN, N 408).

2.1.2 Grundsätze und ausgewählte Besonderheiten der Verfassungsauslegung im Allgemeinen

An dieser Stelle sei nur in aller Kürze, soweit es sich mit Blick auf die nachfolgende Entscheidbesprechung (Ziff. II 4.) rechtfertigt, auf Auslegungsmethodik und Besonderheiten der Verfassungsinterpretation eingegangen. Im Übrigen wird auf umfassende Darstellungen in der Literatur⁷³ verwiesen. Solange nicht aufgrund der Offenheit der Verfassungsnormen deren Konkretisierung vorzunehmen ist (vgl. oben, Ziff. II 2.1.1), sind die Bestimmungen nach derselben Methodik auszulegen wie Gesetzes- und Verordnungsrecht.⁷⁴ Das Bundesgericht praktiziert dabei seinen etablierten methodenpluralistischen Ansatz.⁷⁵

Neben der Offenheit der Verfassungsnormen wird auf die Bedeutung ihrer Punktualität und grundsätzlichen Gleichwertigkeit untereinander für die Auslegung hingewiesen.⁷⁶ Im Sinne eines ganzheitlichen Verfassungsverständnisses ist die Verfassung als Sinneinheit zu begreifen und ihre Gehalte sind bestmöglich zur Geltung zu bringen. Da sie jedoch von keinem geschlossenen Wertsystem getragen wird, ist die Einheit mit Blick auf konkrete Fragen immer neu herzustellen. Daraus ergibt sich, dass der Rechtsanwender seinem Handeln nicht bloss die jeweilig einschlägige Verfassungsnorm zugrunde zu legen hat, sondern alle involvierten Verfassungsanliegen zu bedenken und diese in wertender Interessenabwägung in "praktische Konkordanz" zu bringen hat, d.h. ihnen zu breitest möglicher Wirksamkeit verhelfen muss.⁷⁷ Diese grundsätzliche Gleichrangigkeit schliesst den Vorrang einer spezifischen Verfassungsnorm vor einer anderen nicht aus; ob eine Bestimmung einer anderen vorgeht ist durch Auslegung zu klären.⁷⁸

2.1.3 Die Besonderheiten der Verfassungsauslegung im Umgang mit durch Volksinitiativen zustande gekommenem Verfassungsrecht

Den Besonderheiten der Auslegung von durch Volksinitiativen gesetztem Verfassungsrecht wird in der Lehre anscheinend bislang wenig Rechnung getragen.⁷⁹ Entsprechend werden die spärlichen bereits entwickelten Grundsätze hier aufgezeigt und punktuell verfeinert.

Die Verfassungsgeber sind im Bund Volk und Stände (Art. 140 Abs. 1 lit. a BV). Ist der Normsinn einer neu eingefügten Verfassungsbestimmung zu ermitteln, wäre dem Willen die-

⁷³ Etwa HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 77 ff.; RHINOW/SCHEFER, N 497 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, §4 N 9 ff.

⁷⁴ BIAGGINI, Grundfragen, §7 N 45; TSCHANNEN, Staatsrecht, §4 N 5; BGE 105 Ib 49, 56 E. 4a; BGE 112 Ia 208, 212 E. 2a; BGE 131 I 74, 80 E. 4.1.

⁷⁵ BGE 131 I 74, 80 f. E. 4.1 mit Hinweis auf BGE 128 I 34, 41 E. 3b. Für die Lehre siehe statt vieler WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 126 f.

⁷⁶ MÖSCHING, N 5; TSCHANNEN, Staatsrecht, §4 N 11 ff.

⁷⁷ TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, §9 N 21 m.H. auf HESSE, N 72; vgl. RHINOW/SCHEFER, N 529 f.

⁷⁸ Vgl. TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, §9 N 5.

⁷⁹ Vgl. immerhin WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 127 f.; vgl. WALDMANN, Moorschutz, 13 ff.

ses Verfassungsgebers nachzuforschen. Da es u.a. aufgrund der immensen Zahl von Stimmbürgern und der Begründungsfreiheit deren Entscheids unmöglich ist festzustellen, wie das "Volk" die Vorlage interpretiert und welchen Willen es mit seinem Votum zu erkennen gibt, scheidet nach wohl herrschender Ansicht eine *subjektiv-historische Auslegung* von vorneherein aus.⁸⁰ Die Materialien erlauben nur wenige Rückschlüsse auf den Willen des Verfassungsgebers, wenn wie im vorliegenden Fall die Initiative von Bundesrat und Parlament zur Ablehnung empfohlen, vom Volk jedoch angenommen wurde.⁸¹ Die Literatur betont dennoch die Bedeutung der Materialien für die *objektiv-historische Auslegung*,⁸² d.h. für die Ermittlung der Bedeutung der Norm nach allgemeinem Verständnis im Zeitpunkt ihrer Entstehung.⁸³ Festzuhalten ist, dass mit Annahme der Volksinitiative der neu eingefügte Text zu Verfassungsrecht wird und sich damit der Deutungshoheit der Initianten entzieht, d.h. der Text ist aus sich selbst heraus auszulegen und nicht nach dem subjektiven Willen der Initianten.⁸⁴ Eine allfällige Begründung des Volksbegehrens bzw. Meinungsäußerungen der Initianten dürfen im Rahmen der objektiv-historischen Auslegung mitberücksichtigt werden,⁸⁵ ebenso Stellungnahmen von Behörden und Initiativgegnern.⁸⁶ Es ist aber zu bedenken, dass im Abstimmungskampf die Argumentation (auch diejenige von Behörden) bisweilen plakativ und überzeichnet sein kann, womit taktische Motive verfolgt werden.⁸⁷ Insbesondere Äusserungen der Initianten und der ihrer Gegner sind daher m.E. mit gewisser Vorsicht zu berücksichtigen.

Es wird vertreten, die objektiv-historische Auslegung falle bei der Umsetzung von Volksinitiativen mit der *teleologischen Auslegung* zusammen, indem sie ebenfalls die Ziele des Stimmvolks zu ergründen versucht.⁸⁸ Entsprechend dürfte die Ansicht, es sei dasjenige Interpretationsergebnis vorzuziehen, welches Sinn und Zweck der Initiative am besten zum Ausdruck bringt,⁸⁹ darauf hinauslaufen, dass dem objektiv-historischen Element herausragendes Gewicht beigemessen wird. Dies erscheint m.E. auch angesichts der Relativierung des grammatischen sowie des systematischen Elements (siehe unten) sinnvoll.

⁸⁰ Siehe MÖSCHING, N 8; siehe WALDMANN, Moorschutz, 15; vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 107; vgl. GERMANN, 383; a.A. LÜCHINGER, 120 ff.

⁸¹ Vgl. MÖSCHING, N 8; vgl. WALDMANN, Moorschutz, 15.

⁸² MÖSCHING, N 8; WALDMANN, Moorschutz, 15.

⁸³ Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 110 ff.

⁸⁴ BGE 105 Ia 151, 154 E. 3a; KÖLZ, Volksinitiative, 22; LENDI, 10; MÖSCHING, N 7; WALDMANN, Moorschutz, 14 (Fn. 48).

⁸⁵ BGE 129 I 392, 395 E. 2.2.

⁸⁶ So nun explizit im hier diskutierten BGE 139 II 243, 249 E. 8.

⁸⁷ Vgl. GRIFFEL, Zwischenbilanz, 65.

⁸⁸ MÖSCHING, N 8.

⁸⁹ WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 128.

Für die *grammatikalische Auslegung* ergeben sich folgende Besonderheiten: Einerseits kann davon ausgegangen werden, dass die Initianten bei der Ausarbeitung des Normtextes nicht primär auf eine einheitliche Begriffsverwendung geachtet haben, sondern vielmehr diesen darauf ausgerichtet haben, möglichst viele Stimmbürger anzusprechen und ihn entsprechend "volksnah" zu fassen.⁹⁰ Oftmals resultiert aus der Überforderung der Initianten, einen Verfassungsartikel auszuarbeiten, eine Diskrepanz zwischen Wortwahl und Initiantenwillen.⁹¹ Entsprechend dürften sich gewisse begriffliche Unschärfen ergeben und es darf nicht vorbehaltlos auf die bisherige Verwendung eines Begriffs im übrigen eidgenössischen bzw. kantonalen Recht oder auch in Lehre und Judikatur abgestellt werden.⁹² Bisweilen wird in der Literatur der Titel der Initiative zur Bestimmung der mit ihr verfolgten Zwecke herangezogen.⁹³ Meines Erachtens hat man hier gleichermassen eine gewisse Vorsicht walten zu lassen, denn bei der Titelsezung steht wohl meist eine prägnante, aber u.U. nicht vollständige Darstellung des verfolgten Anliegens im Vordergrund.

Im Bezug auf das *systematische Auslegungselement* dürfte zu bedenken sein, dass für die Initianten nicht primär eine gesetzssystematisch korrekte Einordnung ihres Anliegens im Vordergrund steht, sondern einfach die Verankerung ihres spezifischen Anliegens (auf höchster Erlassstufe).⁹⁴ Da es sich bei Volksinitiativen um punktuelle Regelungsprogramme handelt, welche meist ohne umfassendes Konzept ein spezifisches Anliegen in der Verfassung verankern wollen,⁹⁵ stellen sich insbesondere Fragen zum Verhältnis des neu eingefügten Textes zu bestehenden Verfassungsnormen. Der Gesetzgeber ist folglich bei der Abwägung widerstrebbender Verfassungsziele, d.h. bei der *harmonisierenden Auslegung* im Sinne der Herstellung "praktischer Konkordanz" der Normen besonders gefordert.

⁹⁰ WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 127. Vgl. auch RHINOW, Mehrheit, welcher darauf hinweist, dass Volksinitiativen in neuerer Zeit oft weniger als Rechtsnormen denn als politische Postulate formuliert seien und Sorgfalt bei der Textausarbeitung nicht ihr Kennzeichen sei.

⁹¹ RHINOW, Demokratie, 229.

⁹² Vgl. BAUMANN, 251; unzutreffend daher Botschaft Strassentransitverkehr, BBl 1994 II 1299, unter wenig überzeugendem Hinweis auf BGE 118 II 50, 53 E. 3a.

⁹³ Vgl. etwa LUSTENBERGER, 42.

⁹⁴ Vgl. HANGARTNER, Anwendbarkeit, 157, welcher dafür den Begriff der "Verankerungsnormen" verwendet. Vgl. WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 128, welcher auf die Punktualität des Regelungsprogramms von Volksinitiativen hinweist. Vgl. die Kritik an der systematischen Einordnung des Minarettverbots unter Art. 72 BV bei KETTIGER, N 25.

⁹⁵ Siehe WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 127.

2.2 Zur Frage nach der direkten Anwendbarkeit von Art. 75b und Art. 197 Ziff. 9 BV

2.2.1 Direkte Anwendbarkeit von Verfassungsnormen als Frage im Kontext von Legalitätsprinzip und Gewaltenteilung

Direkte bzw. unmittelbare Anwendbarkeit meint, dass eine Rechtsnorm die Rechtsstellung von Privaten unmittelbar regelt und rechtsanwendende Behörden ihre Anordnungen direkt auf die Norm abstützen können.⁹⁶ Die Unterscheidung von unmittelbar und nicht unmittelbar anwendbaren Normen entstammt der Völkerrechtslehre, welche sich intensiv mit dem Thema beschäftigt.⁹⁷ Die Frage stellt sich jedoch ebenfalls beim innerstaatlichen Recht, vor allem im Bezug auf Verfassungsrecht.⁹⁸

Die Literatur äussert sich nur vereinzelt zum Problem der direkten Anwendbarkeit von Verfassungsnormen.⁹⁹ Die Lehre übernimmt zur Beantwortung dieser Frage in Anlehnung an die Dogmatik zur unmittelbaren Anwendbarkeit völkerrechtlicher Normen das Kriterium der *Justiziabilität*.¹⁰⁰ Eine Norm muss hinreichend bestimmt und klar sein, um als Grundlage eines Rechtsanwendungsaktes zu dienen.¹⁰¹ Das Kriterium ist Ausdruck der Rechtsstaatlichkeit sowie der Gewaltenteilung und ergibt sich aus dem *Legalitätsprinzip*.¹⁰² Demnach ist die unmittelbare Anwendbarkeit einer Verfassungsnorm anhand den Anforderungen dieses Prinzips zu beurteilen.¹⁰³

Das Legalitätsprinzip erfüllt sowohl rechtsstaatliche als auch demokratische Funktionen:¹⁰⁴ Einerseits dient es namentlich der Voraussehbarkeit staatlicher Handlungen, andererseits der demokratischen Legitimation derselben.¹⁰⁵ Es stellt u.a. Anforderungen an die inhaltliche Bestimmtheit einer Norm: Sie ist so präzise zu formulieren, "dass der Bürger sein Verhalten danach einrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann."¹⁰⁶ Das Bestimmtheitserfordernis wirkt sich insofern auf das Verhältnis der Staatsgewalten aus, als eine offenere Norm die Bindung des

⁹⁶ Siehe HANGARTNER, Anwendbarkeit, 137.

⁹⁷ Vgl. die Hinweise bei HANGARTNER, Anwendbarkeit, 137 (Fn. 1).

⁹⁸ HANGARTNER, Anwendbarkeit, 138.

⁹⁹ Immerhin FLEINER/GIACOMETTI, 243; HANGARTNER, Anwendbarkeit, 154 ff.; KETTIGER, N 15 ff.; WALDMANN, Moorschutz, 70 f.; vgl. auch BLECKMANN, 55 ff.

¹⁰⁰ Vgl. HANGARTNER, Anwendbarkeit, 139, 156; vgl. WALDMANN, Moorschutz, 71; vgl. BLECKMANN, 55, welcher die (direkte) Anwendbarkeit von Rechtssätzen als "Problem der allgemeinen Rechtslehre" betrachtet.

¹⁰¹ Z.B. BGE 124 II 293, 308 E. 4b; BGE 125 III 277, 281 E. 2d/aa; BGE 126 I 240, 242 E. 2b.

¹⁰² HANGARTNER, Anwendbarkeit, 148; zum Bezug des Gesetzesvorbehalts zur Gewaltenteilung siehe BIAGGINI, Richterrecht, 314 ff. m.w.H.

¹⁰³ Vgl. BAUMANN, 257; vgl. HANGARTNER, Anwendbarkeit, 148.

¹⁰⁴ BGE 130 I 1, 5 E. 3.1.

¹⁰⁵ Siehe HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 372 ff.; vgl. statt vieler BGE 128 I 327, 339 E. 4.2 m.w.H.

¹⁰⁶ BGE 109 Ia 273, 283 E. 4d m.w.H.

Rechtsanwenders an das (demokratisch legitimierte) Gesetz verringert, d.h. ihm mehr Spielraum verleiht.¹⁰⁷

Der Grad der im konkreten Fall erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen;¹⁰⁸ er ergibt sich jedoch aus einer Gewichtung des Interesses an Voraussehbarkeit und demokratischer Legitimation staatlichen Handelns¹⁰⁹ bzw. aus einer Abwägung mit anderen Interessen, namentlich der Zwecksetzung, dem Rechtsanwender durch unbestimmte Normen Handlungsspielräume zu eröffnen.¹¹⁰ Je schwerer die Auswirkungen einer Norm auf die Rechtsstellung des Einzelnen, desto höher sind die Anforderungen an die Normdichte.¹¹¹ Beispielsweise bei Eingriffen in Freiheitsrechte ist ein strenger Massstab anzulegen,¹¹² zumal dann insbesondere das Bedürfnis nach demokratischer Legitimation des staatlichen Handelns ausgeprägter ist.¹¹³ Somit weist das Kriterium der genügenden Normdichte Bezüge auf zum erforderlichen Mass demokratischer Legitimation eines Entscheids.¹¹⁴ In neuerer Zeit hatte sich das Bundesgericht mehrmals mit der direkten Anwendbarkeit von durch Volksinitiativen geschaffenen Verfassungsrecht auseinanderzusetzen: Bejaht hat es sie betreffend Art. 24^{sexies} Abs. 5 aBV ("Rothenthurm-Initiative"),¹¹⁵ verneint hingegen bei Art. 121 Abs. 3–6 BV ("Ausschaffungsinitiative").¹¹⁶

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die unmittelbare Anwendbarkeit einer Verfassungsnorm davon abhängt, ob sie ohne weitere rechtssatzmässige Konkretisierung privates Verhalten hinreichend steuern kann.¹¹⁷ Grundrechte sind ungeachtet ihrer inhaltlichen Unbestimmtheit direkt anwendbar,¹¹⁸ im Unterschied etwa zu reinen Kompetenznormen ohne materielle Vorgaben.¹¹⁹ Weist eine Verfassungsnorm Berührungspunkte mit Grundrechten auf, so sind aus Gründen der demokratischen Legitimation und Voraussehbarkeit des Staatshandelns höhere Anforderungen an deren Bestimmtheit zu stellen.¹²⁰ Ob im Einzelfall genügende Normdichte

¹⁰⁷ Siehe RITTER, 171 f.; vgl. MÜLLER/UHLMANN, N 408.

¹⁰⁸ Siehe statt vieler BGE 128 I 327, 340 E. 4.2.

¹⁰⁹ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 388 f.; vgl. etwa BGE 129 I 161, 163 E. 2.2, wonach bei einem freiwillig eingegangenen Rechtsverhältnis zwischen Bürger und Staat reduzierte Anforderungen an die Normdichte gestellt werden.

¹¹⁰ Vgl. MÜLLER/UHLMANN, N 251 f., 273; vgl. SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 24; vgl. etwa BGE 136 I 87, 90 E. 3.1, wonach im Polizeirecht u.a. angesichts der Vielzahl der zu ordnenden Gefährdungssituationen das Bestimmtheiterfordernis auf besondere Schwierigkeiten stösst.

RITTER, 160 m.w.H.

¹¹² Siehe HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 388.

¹¹³ Vgl. SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 16.

¹¹⁴ Vgl. SGK BV-SCHINDLER, Art. 5 N 34.

¹¹⁵ BGE 118 Ib 11, 15 E. 2e.

¹¹⁶ BGE 139 I 16, 26 f. E. 4.3.2.

¹¹⁷ Vgl. BGE 113 Ib 60, 63 E. 3b; vgl. MÖSCHING, N 13; vgl. WALDMANN, Moorschutz, 71.

¹¹⁸ Vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, § 5 N 10.

¹¹⁹ Vgl. LENDI, 4 (Fn. 7).

¹²⁰ Vgl. HANGARTNER, Anwendbarkeit, 152; vgl. auch BGE 139 I 16, 26 ff. E. 4.3.1 ff.

vorliegt, um die Norm direkt anzuwenden, ist durch Auslegung zu ermitteln,¹²¹ wobei die genannten Besonderheiten bei der Auslegung von durch Volksinitiativen zustande gekommenem Verfassungsrecht zu beachten sind: So liefert m.E. bspw. die systematische Einordnung der Bestimmungen keine zuverlässigen Hinweise auf deren unmittelbare Anwendbarkeit.¹²²

Ist Verfassungsrecht in diesem Sinne hinreichend bestimmt, so können die rechtsanwendenden Behörden, insb. das Bundesgericht, dieses direkt anwenden.¹²³ Andernfalls ist es als Rechtsetzungsauftrag an den Gesetzgeber zu betrachten und der Rechtsanwender darf die Verfassungsnorm nicht in Anmassung dessen Kompetenzen selbst interpretieren.¹²⁴ Diese Ausführungen machen m.E. deutlich, dass das *Legalitätsprinzip* Richtschnur der Kompetenzverteilung zwischen Bundesgericht und Bundesversammlung bei der Auslegung von Verfassungsnormen sein muss.

2.2.2 Die direkte Anwendbarkeit des "Zweitwohnungsartikels" im Spiegel der Lehre

Über die direkte Anwendbarkeit von Art. 75b Abs. 1 BV und Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV bestand Uneinigkeit: Bundesrätin Doris Leuthard verkündete kurz nach Bekanntwerden des Abstimmungsergebnisses, es dürften in den betroffenen Gemeinden ab sofort keine Zweitwohnungen mehr gebaut werden.¹²⁵ Einige Autoren sowie das ARE in seinem erläuternden Bericht zur Zweitwohnungsverordnung erachteten Art. 75b Abs. 1 BV als direkt anwendbar,¹²⁶ während andere diese Frage verneinten, was v.a. mit Hinweis auf die mangelnde Bestimmtheit des Begriffes der "Zweitwohnung" begründet wurde.¹²⁷ WALDMANN hingegen erblickte in Art. 75b Abs. 1 BV einen blossen Gesetzgebungsauftrag, in Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV dagegen ein direkt anwendbares vorsorgliches Baubewilligungsverbot.¹²⁸ LENDI äusserte sich dahingehend, dass Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV zwischen dem 11. März und 31. Dezember 2012 die Anwendbarkeit von Art. 75b Abs. 1 BV "ausklammere", womit sich Auslegungsbe mühungen dazu erübrigen würden.¹²⁹

¹²¹ HANGARTNER, Anwendbarkeit, 148.

¹²² Nicht überzeugend daher KETTIGER, N 24.

¹²³ Vgl. BAUMANN, 257.

¹²⁴ Vgl. BAUMANN, 257; MÖSCHING, N 32; vgl. HANGARTNER, Unklarheiten, 476.

¹²⁵ LEUTHARD DORIS, zitiert in: NZZ Nr. 60 vom 12. März 2012, 9.

¹²⁶ DETTWILER, Zweitwohnungsverordnung, 89 f.; MARTI, 281 f.; NORER, 33; ARE erläuternder Bericht ZwVO, 17 f. Mit Blick auf Art. 195 BV m.E. verwirrend JAAG TOBIAS, zitiert in: NZZ Nr. 103 vom 4. Mai 2012, 13, gemäss dem die Zweitwohnungsbeschränkung, gäbe es keine Übergangsbestimmung, ohne Weiteres schon vor dem 1. Januar 2013 "in Kraft" wäre.

¹²⁷ So z.B. MÖSCHING, N 25, 31, 35; vgl. UHLMANN FELIX, zitiert in: NZZ Nr. 61 vom 13. März 2012, 9.; vgl. RAMEL/FAVRE, 285; vgl. auch die Hinweise in BGE 139 II 243, 246 ff. E. 7.1 f.

¹²⁸ WALDMANN, Zweitwohnungsverordnung, N 6; WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 140.

¹²⁹ LENDI, 4 (Fn. 7).

2.3 Äusserungen zum zeitlichen Geltungsbereich von Art. 75b und Art. 197 Ziff. 9 BV

Nicht weniger umstritten war der zeitliche Geltungsbereich der neu eingefügten Verfassungsnormen: Das ARE hielt in seinen Leitlinien vom 15. März 2012¹³⁰ fest, dass auf Baugesuche, welche nach dem 11. März 2012 eingereicht wurden, das neue Recht anzuwenden sei. Denselben Schluss zog MARTI aus dem schon aus dem Titel der Initiative ersichtlichen Anliegen, einen Baustopp herbeizuführen. Er vertrat somit die Auffassung, dass Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV eine (blosse) Verschärfung der Rechtsfolge anordnet.¹³¹ Der andere Teil der Lehre erblickte in der Norm eine intertemporalrechtliche Bestimmung, nach welcher bis zum 1. Januar 2013 Baubewilligungen nach altem Recht zulässig seien. Begründet wurde dies u.a. mit einer harmonisierenden Verfassungsauslegung unter Einbezug des Prinzips von Treu und Glauben.¹³² In dieselbe Richtung wiesen die Stellungnahmen diverser Experten in Tageszeitungen.¹³³ Beispielsweise das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden übernahm diese Sichtweise in der Folge.¹³⁴ WALDMANN qualifizierte Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV ebenfalls als Übergangsnorm, war jedoch der Ansicht, gewichtige öffentliche Interessen sprächen dafür, das neue Recht bereits auf Baubewilligungen anzuwenden, die am 1. Januar 2013 noch nicht *rechtskräftig* geworden sind.¹³⁵

3. Argumentation und Entscheid des Bundesgerichts in BGE 139 II 243

3.1 Beschränkte direkte Anwendbarkeit von Art. 75b Abs. 1 und Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV

Das Bundesgericht hält in dieser Entscheidung zunächst fest, dass der in Art. 75b Abs. 1 BV genannte Höchstanteil von 20% präzise sei und damit einer direkten Anwendung zugänglich erscheine. Zudem deute der Wortlaut "ist (...) beschränkt" auf eine "unmittelbar verbindliche Vorgabe" hin.¹³⁶ Das in Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV enthaltene Baubewilligungsverbot beziehe sich auf Gemeinden, deren Zweitwohnungsanteil 20% übersteige.¹³⁷ Aus der Verfassung ergebe sich unmittelbar ein im Ergebnis einer Planungszone gleichkommendes *vorsorgliches*

¹³⁰ <http://www.uvek.admin.ch/dokumentation/00474/00492/index.html?lang=de&msg-id=43775>, zuletzt besucht am 11. Mai 2015.

¹³¹ Siehe MARTI, 282; ebenso DETTWILER, Zweitwohnungsverordnung, 90 f.; vgl. auch ANASTASI/CANONICA/MOLO, N 3; vgl. GRIFFEL, Zwischenbilanz, 64.

¹³² NORER, 37 sieht in Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV eine "Art Einschleifregelung"; vgl. ebenso nachträglich GRIFFEL, Zwischenbilanz, 63; vgl. GANZ, Destinationen, N 235; vgl. MÖSCHING, N 43; vgl. RAMEL/FAVRE, 285; vgl. WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 143.

¹³³ Etwa JAAG TOBIAS, zitiert in: NZZ Nr. 103 vom 4. Mai 2012, 13; GRIFFEL ALAIN, zitiert in: NZZ Nr. 66 vom 19. März 2012, 8; vgl. UHLMANN FELIX, zitiert in: NZZ Nr. 61 vom 13. März 2012, 9.

¹³⁴ VGer GR vom 23. Oktober 2012, R 12 77, E. 2b; vgl. die weiteren Rechtsprechungshinweise in BGE 139 II 243, 245 E. 3.

¹³⁵ WALDMANN, Zweitwohnungsverordnung, N 24.

¹³⁶ BGE 139 II 243, 250 E. 9.1.

¹³⁷ Vgl. BGE 139 II 243, 251 E. 9.1.

Baubewilligungsverbot, worauf aus dem Titel der Initiative und den Materialien geschlossen werden könne.¹³⁸ Das Bundesgericht setzt sich darauf mit der Frage auseinander, ob der Begriff der Zweitwohnung genügend bestimmt ist, um die Verfassungsnormen unmittelbar anzuwenden.¹³⁹ Es untersucht die Verwendung des Terminus im eidgenössischen und kantonalen Recht, im allgemeinen Sprachgebrauch sowie im Argumentarium der Initianten und gelangt zum Schluss, dass der Begriff zumindest in einem "harten Kern", nämlich betreffend klassischer Ferienwohnungen ("kalte Betten") genügend bestimmt sei. In Gemeinden, wo der Zweitwohnungsanteil (aufgrund dieses Begriffs) klar überschritten ist, sei Art. 75b Abs. 1 BV also unmittelbar anwendbar.¹⁴⁰ Soweit diese Bestimmung jedoch der gesetzgeberischen Konkretisierung bedürfe (d.h. für Fälle, welche nicht den "harten Kern" betreffen), ergebe sich aus Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV ein weit auszulegendes vorsorgliches Baubewilligungsverbot. Die damit einhergehende Beschränkung der Eigentumsgarantie (Art. 26 Abs. 1 BV) sei angesichts des provisorischen Charakters des Verbots nicht ausschlaggebend. Das Verbot sei zur Vermeidung einer Präjudizierung der Ausführungsbestimmungen weit auszulegen.¹⁴¹

3.2 Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV – keine intertemporalrechtliche Norm

Zunächst hält das Bundesgericht fest, dass nach den Regeln des allgemeinen Verwaltungsrechts Art. 75b Abs. 1 BV auf Baubewilligungen anwendbar sei, welche ab dem Abstimmungsdatum erteilt worden seien.¹⁴² Da Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV die Rechtslage betreffend Baubewilligungen, welche zwischen dem 11. März 2012 und dem 1. Januar 2013 erteilt wurden, nicht ausdrücklich regelt, legt das Gericht die Norm aus: Es übernimmt dabei diejenige in der Literatur vertretene Auffassung, wonach Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV eine (blosse) Verschärfung der Rechtsfolge enthalte;¹⁴³ die Bestimmung setze also *nicht* den Beginn der Wirkungen des Bewilligungsverbots auf den 1. Januar 2013 fest, womit vor diesem Datum erteilte Baubewilligungen anfechtbar, später ergangene dagegen nichtig seien.¹⁴⁴

Das Bundesgericht begründet diese Auslegung hauptsächlich mit dem Umstand, dass zahlreiche Meinungsäusserungen vor der Abstimmung von einem "sofortigen Baustopp" ausgingen, welcher bei Annahme der Initiative eintreten würde.¹⁴⁵ Ferner sprächen teleologische Überlegungen für die sofortige Anwendbarkeit des Bewilligungsverbots: Die mit der Annahme einer

¹³⁸ BGE 139 II 243, 251 E. 9.2.

¹³⁹ BGE 139 II 243, 252 ff. E. 10 ff.

¹⁴⁰ BGE 139 II 243, 256 E. 10.5.

¹⁴¹ BGE 139 II 243, 256 f. E. 10.5.

¹⁴² Siehe BGE 139 II 243, 259 f. E. 11.1.

¹⁴³ Vgl. MARTI, 282; vgl. auch DETTWILER, Zweitwohnungsverordnung, 90 f.; vgl. ANASTASI/CANONICA/MOLO, N 3; vgl. GRIFFEL, Zwischenbilanz, 64.

¹⁴⁴ BGE 139 II 243, 262 E. 11.6.

¹⁴⁵ BGE 139 II 243, 261 f. E. 11.4.

Übergangsfrist bis 1. Januar 2013 verbundene Flut von Baugesuchen und -bewilligungen stünde im Widerspruch zum Zweck der Initiative, nämlich dem Landschafts- und Naturschutz.¹⁴⁶ Schliesslich erblickt es in Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV ein Instrument, um Druck auf den Gesetzgeber auszuüben, möglichst rasch mit dem Verfassungsverständnis der Initianten konforme Ausführungsvorschriften zu erlassen: So könnten die Initianten gegen ein Ausführungsgesetz, welches zu viele Ausnahmen enthält, das Referendum ergreifen, ohne dass in der Zwischenzeit Baubewilligungen wirksam erteilt werden könnten. Es sei daher sinnvoll, den Zeitpunkt der Nichtigkeit auf den Zeitpunkt anzusetzen, in dem frühestens ein Ausführungsgesetz vorliegen könnte.¹⁴⁷

Da es sich im zu beurteilenden Fall unstreitig um ein "Baugesuch für Zweitwohnungen" handelte, hiess das Bundesgericht die Beschwerde gegen die nach dem Abstimmungsdatum erteilte Baubewilligung gut.¹⁴⁸

4. *Würdigung und Folgerungen*

4.1 *Beschränkte direkte Anwendbarkeit von Art. 75b Abs. 1 und Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV*

4.1.1 *Der "harte Kern" von Art. 75b Abs. 1 BV*

Bei der Frage nach der direkten Anwendbarkeit der neuen Verfassungsnormen war zu prüfen, ob diese so präzise formuliert waren, "dass der Bürger sein Verhalten danach einrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen" konnte.¹⁴⁹ Kernproblem der direkten Anwendbarkeit war der Begriff der "Zweitwohnung". Aus der Beschränkung des Zweitwohnungsbaus ergeben sich gewichtige Eigentumsbeschränkungen,¹⁵⁰ womit tendenziell höhere Anforderungen an die Normdichte zu stellen sind.¹⁵¹ In der Lehre wird dafürgehalten, die Gerichte hätten allgemein bei der Beurteilung der direkten Anwendbarkeit Zurückhaltung zu üben und auf Stellungnahmen aus der Politik zu warten.¹⁵² Dies erscheint diskutabel, zumal es sich hierbei um eine eigentliche Rechtsfrage handelt.¹⁵³ Da bereits Art. 75b Abs. 2 und Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV eine Aus-

¹⁴⁶ BGE 139 II 243, 262 E. 11.5.

¹⁴⁷ BGE 139 II 243, 262 f. E. 11.6.

¹⁴⁸ BGer 1C_646/2012, Urteil vom 22. Mai 2013, E. 12.

¹⁴⁹ Vgl. BGE 109 Ia 273, 283 E. 4d m.w.H.

¹⁵⁰ GANZ, Destinationen, N 232; WALTER, N 3; siehe PFAFFINGER/ROSSÉ, 5; vgl. MÖSCHING, N 33; vgl. LENDI, 2, wonach sich aus der Zweitwohnungsbeschränkung auch Einschränkungen der Privatsphäre (Art. 13 BV) ergeben.

¹⁵¹ Vgl. RITTER, 160.

¹⁵² MÖSCHING, N 32. Das Parlament entscheidet diese Frage bisweilen eher aufgrund politischer Überlegungen, vgl. HANGARTNER, Unklarheiten, 476 f.

¹⁵³ Vgl. HANGARTNER, Unklarheiten, 476, wonach es sich um eine "Interpretationsaufgabe" handelt.

führungsgesetzgebung fordern, kann m.E. jedenfalls nicht davon ausgegangen werden, dass der Verfassungsgeber die Konkretisierung der Normen uneingeschränkt den Rechtsanwendungsorganen überlassen wollte.¹⁵⁴ Die rechtsanwendende Behörde darf sich vorliegend nicht die Kompetenzen des Gesetzgebers anmassen und die Verfassungsbestimmung selbst konkretisieren.¹⁵⁵

Methodologisch nicht unproblematisch erscheint der Versuch der Begriffsbestimmung durch das Bundesgericht unter Sichtung der bisherigen Verwendung des Terminus der "Zweitwohnung" im eidgenössischen und kantonalen Recht:¹⁵⁶ Da, wie bereits ausgeführt (Ziff. II 2.1.3), Initianten bei der Formulierung des Verfassungstextes den Schwerpunkt nicht auf terminologische Konsequenz bzw. Präzision legen, sondern eher auf Volksnähe und Prägnanz, muss diesem Argument wenig Gewicht zukommen. Zielführend erscheint hier eher ein Abstellen auf den allgemeinen Sprachgebrauch,¹⁵⁷ wobei gleichzeitig im Sinne einer objektiv-historischen Auslegung das wohl vorherrschende Verständnis der Stimmbürger heranzuziehen ist: Im Duden wird die Zweitwohnung definiert als "zweite Wohnung [für Wochenenden oder Urlaub]".¹⁵⁸ Das Argumentarium der Initianten kann ebenfalls ein Indiz für das allgemeine Verständnis des Begriffs zum Zeitpunkt der Abstimmung liefern. Es umschreibt die Zweitwohnung als "zweite Wohnung (...), die von Privatpersonen während des Jahres nur zeitweise zu Ferienzwecken genutzt wird".¹⁵⁹ Das ARE ging 2010 davon aus, Zweitwohnung sei u.a. eine Wohnung, welche von den Eigentümern zu Urlaubszwecken¹⁶⁰ bzw. von Nicht-Ortsansässigen¹⁶¹ benutzt würde. Die ZwVO erfasst in Art. 2 lit. a ebenfalls u.a. Wohnungen, die nicht dauerhaft durch Personen mit Wohnsitz in der Gemeinde genutzt werden. Somit ist m.E. nicht ernsthaft bestreitbar, dass zumindest die "klassischen" Ferienwohnungen, welche hauptsächlich vom Eigentümer genutzt werden, Zweitwohnungen sind.¹⁶² Die Initiative bezieht sich ihrem Titel gemäss primär auf den *Bau* solcher Wohnungen.¹⁶³ Hingegen lässt sich dem Verfassungstext etwa nicht zuverlässig entnehmen, ob bzw. unter welchen Vorausset-

¹⁵⁴ Vgl. MÖSCHING, N 32, welcher in der Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs "Zweitwohnung" keine Delegation der Rechtsetzungsbefugnis an die rechtsanwendenden Behörden erblickt.

¹⁵⁵ MÖSCHING, N 32; vgl. BAUMANN, 257.

¹⁵⁶ BGE 139 II 243, 252 ff. E. 10.1.

¹⁵⁷ Vgl. BAUMANN, 251.

¹⁵⁸ www.duden.de/rechtschreibung/Zweitwohnung, zuletzt besucht am 12. Mai 2015; vgl. auch DETTWILER, Zweitwohnungsverordnung, 90 (Fn. 17).

¹⁵⁹ http://www.zweitwohnungsinitiative.ch/tl_files/pdf/Argumentarium/Argumentarium-A4-D-Web.pdf, 26, zuletzt besucht am 12. Mai 2015.

¹⁶⁰ ARE Planungshilfe, 8 (Abb. 2).

¹⁶¹ ARE Planungshilfe, 43.

¹⁶² Vgl. auch die Botschaft Zweitwohnungsinitiative, 8765, wonach der Bundesrat die Bedenken der Initianten bezüglich der zu tiefen Belegung der *Ferienwohnungen* teilt.

¹⁶³ Vgl. LUSTENBERGER, 42 mit Hinweis auch auf den Wortlaut von Art. 197 Ziff. 9 BV (Fn. 3); vgl. auch GRIFFEL, Zwischenbilanz, 74 f., welcher den "harten Kern" von Art. 75b Abs. 1 BV auf die *Erstellung* von Wohnungen bezieht.

zungen der Bau touristisch bewirtschafteter Zweitwohnungen oder die Umwandlung von Erst- in Zweitwohnungen möglich bleiben soll.¹⁶⁴ So verweisen die Initianten selbst betreffend die "genauen Bestimmungen" auf die Ausführungsgesetzgebung, etwa was den Erbfall betrifft.¹⁶⁵

Es wäre jedoch verfehlt, aus dem Umstand, dass dem Begriff der Zweitwohnung bezüglich einiger Fallkonstellationen nicht zuverlässig eine Regelung entnommen werden kann, zu schliessen, Art. 75b Abs. 1 BV sei als Ganzes nicht direkt anwendbar.¹⁶⁶ Da der Rechtsunterworfenen zumindest betreffend den *Bau neuer Ferienwohnungen* die Rechtslage mit hinreichender Gewissheit ermitteln kann, bestehen m.E. keine rechtsstaatlichen bzw. kompetenzrechtlichen Gründe, Art. 75b Abs. 1 BV nicht in diesem Umfang direkt anzuwenden. Folglich ist dem Bundesgericht betreffend die direkte Anwendbarkeit des "harten Kerns" dieser Norm¹⁶⁷ vollumfänglich zuzustimmen,¹⁶⁸ eine Beschränkung der direkten Anwendbarkeit auf ein vorsorgliches Bewilligungsverbot in Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV¹⁶⁹ ist nicht angezeigt. Unberechtigt erscheint die Kritik von WALDMANN, gemäss dem anscheinend die mit dieser Volksinitiative verbundenen komplexen Abwägungsprozesse, insbesondere betreffend Grundrechte, einer richterliche Beurteilung von Einzelfällen auf Grundlage von Art. 75b Abs. 1 BV entgegenstehen.¹⁷⁰ Genau bezüglich klassischer Ferienwohnungen besteht "Bestimmtheit des Tatbestands und der Rechtsfolge",¹⁷¹ komplexe Abwägungsprozesse sind deshalb keine vorzunehmen.¹⁷² Anders ist die Sachlage wohl z.B. bei der Umwandlung von unrentablen Hotelbetrieben in "kalte Betten" (vgl. Art. 3 Abs. 3 ZwVO): Art. 75b Abs. 1 BV können diesbezüglich keine exakten Vorgaben entnommen werden,¹⁷³ entsprechend ist es Sache des Gesetzge-

¹⁶⁴ Vgl. MÖSCHING, N 21. Zwar wollten die Initianten ihrem Argumentarium nach (http://www.zweitwohnungsinitiative.ch/tl_files/pdf/Argumentarium/Argumentarium-A4-D-Web.pdf, 26, zuletzt besucht am 12. Mai 2015) die touristisch bewirtschafteten Zweitwohnungen anscheinend vom Geltungsbereich ausnehmen. Das Ziel der Initiative, den weiteren Attraktivitätsverlust von Dörfern aufgrund "geschlossener Fensterläden" zu verhindern verlangt angesichts des mit touristisch bewirtschafteten Zweitwohnungen verbundenen Umgehungspotenzials (man betrachte die zahlreichen Voraussetzungen in ZwVO 4 I lit. b) dennoch nach näherer Regulierung.

¹⁶⁵ http://www.zweitwohnungsinitiative.ch/tl_files/pdf/Argumentarium/Argumentarium-A4-D-Web.pdf, 26, zuletzt besucht am 12. Mai 2015.

¹⁶⁶ Unrichtig deshalb MÖSCHING, N 22 – fragwürdig auch dessen These, die Initianten hätten die direkte Anwendbarkeit ihrer Verfassungsnorm explizit festschreiben müssen (N 28).

¹⁶⁷ BGE 139 II 243, 256 E. 10.5.

¹⁶⁸ Ebenso GRIFFEL, Zwischenbilanz, 62.

¹⁶⁹ So WALDMANN, Zweitwohnungsverordnung, N 6.

¹⁷⁰ WALDMANN, Leiturteile, 234 f.

¹⁷¹ So richtigerweise BGE 139 II 243, 256 E. 10.5.

¹⁷² Art. 75b Abs. 1 BV dürfte ggü. übrigen Verfassungsnormen, u.a. der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) in diesem Punkt (Bau neuer Ferienwohnungen) absoluten Vorrang beanspruchen, vgl. SGK BV-RUCH, Art. 75b N 26; a.A. offenbar LENDI, 8. Im Lichte des Bestimmtheitsgebots darf der Verfassungsrichter m.E. i.d.R. feststellen, ob die Ziele einer Verfassungsnorm ggü. anderen Wertungen abgewogen werden müssen, jedoch nicht wie (vgl. hierzu unten Ziff. IV 2.2).

¹⁷³ Vgl. GRIFFEL, Zwischenbilanz, 74 f., wonach die Umnutzung "warmer" in "kalte" Betten im Zusammenhang mit strukturierten Beherbergungsbetrieben nicht unter den "harten Kern" von Art. 75b Abs. 1 BV fällt, wohl aber dessen Zielsetzung zuwiderläuft. Vgl. LENDI, 11, wonach die Stimmbürger mit dem Ja zur

bers, in harmonisierender Auslegung der Verfassung das Zweitwohnungsverbot gegen andere öffentliche Interessen, z.B. die Rücksichtnahme auf die Berggebiete (Art. 50 Abs. 3 BV) und die Strukturpolitik (Art. 103 BV) abzuwägen, ohne den Zweck der Initiative zu unterlaufen.¹⁷⁴

4.1.2 Unverhältnismässigkeit des vorsorglichen Baubewilligungsverbots in Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV

Das Bundesgericht leitet zusätzlich in dem Umfang aus Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV ein (direkt anwendbares) vorsorgliches Baubewilligungsverbot ab, als Anwendungsbereich und Rechtswirkungen nicht mit genügender Bestimmtheit Art. 75b Abs. 1 BV entnommen werden können. Dieses sei weit auszulegen, um eine Präjudizierung der Ausführungsbestimmungen zu verhindern.¹⁷⁵ In der Lehre wurde diese Passage unterschiedlich interpretiert: WALDMANN versteht die geforderte weite Auslegung des vorsorglichen Bewilligungsverbots als "Vereitelungsverbot", indem der "harte Kern" extensiv auszulegen sei.¹⁷⁶ GRIFFEL hingegen erblickt in Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV ein vorsorgliches Bewilligungsverbot, welches eben übergangsrechtlich nicht nur den "harten Kern" von Art. 75b Abs. 1 BV umfasse, sondern sich z.B. auch auf die Erstellung "warmer Betten" beziehe.¹⁷⁷ Letzterer Auffassung ist beizupflichten: Mit der Aussage des Bundesgerichts, es handle sich beim vorsorglichen Bewilligungsverbot um eine bloss *vorübergehende* Einschränkung der Eigentumsgarantie¹⁷⁸ liesse es sich nicht vereinbaren, wenn allein der "harte Kern" von Art. 75b Abs. 1 BV darunter fiele, denn dieser ist zeitlich unbeschränkt direkt anwendbar.¹⁷⁹ Mit dieser Auslegung weitet das Bundesgericht den direkt anwendbaren Teil der neuen Verfassungsnormen erheblich aus, wenn auch zeitlich befristet.¹⁸⁰

Fraglich ist, ob die Annahme eines solchen vorsorglichen Bewilligungsverbots als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung¹⁸¹ *verhältnismässig* ist.¹⁸² Dieses gilt im Lichte von Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV wohl bis zum Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen. Sofern innert dieser Frist keine solchen auf dem Weg der Gesetzgebung erlassen werden, beauftragt

Zweitwohnungsinitiative nicht gleichzeitig der Förderung der Berggebiete bzw. des Tourismus abgeschworen hätten.

¹⁷⁴ Vgl. WALDMANN, Zweitwohnungsverordnung, N 30.

¹⁷⁵ BGE 139 II 243, 257 E. 10.5.

¹⁷⁶ WALDMANN, Leiturteile, 235.

¹⁷⁷ GRIFFEL, Zwischenbilanz, 66.

¹⁷⁸ BGE 139 II 243, 257 E. 10.5.

¹⁷⁹ Vgl. BGE 139 II 243, 256 f. E. 10.5, wonach ein vorsorgliches Baubewilligungsverbot eben greife, *soweit* Ausführungsrecht zur Anwendung der Verfassungsnorm erforderlich sei. Gerade kein Ausführungsrecht ist im Umfang des "harten Kerns" von Art. 75b Abs. 1 erforderlich; vgl. nun auch BGE 140 II 378, 382 E. 5.

¹⁸⁰ GRIFFEL, Zwischenbilanz, 66.

¹⁸¹ Vgl. RUCH, Kommentar RPG, Art. 27 N 30.

¹⁸² Zu diesem Erfordernis statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2163.

Abs. 1 dieser Norm den Bundesrat mit der entsprechenden Rechtsetzung. Es dürften also wohl für mindestens zwei bis drei Jahre keine Projekte mehr bewilligt werden, welche mit den Zielen von Art. 75b Abs. 1 BV nicht klarerweise im Einklang stehen.¹⁸³ Erklärter Zweck des vorsorglichen Bewilligungsverbots ist die Verhinderung einer "Präjudizierung der künftigen Ausführungsbestimmungen".¹⁸⁴ Inwiefern die künftige *Gesetzgebung* präjudiziert werden soll, ist m.E. weder ersichtlich noch im Entscheid begründet.¹⁸⁵ In Anlehnung an die vom Bundesgericht angesprochene Planungszone ist eher an die Gefahr der Vereitelung der Initiativanliegen, nämlich des Schutzes der Landschaft vor weiterer Überbauung (Bodenverbrauch)¹⁸⁶ und der Verhinderung von zur meisten Zeit leerstehenden, "seelenlosen" Dörfern¹⁸⁷ zu denken.¹⁸⁸ Durch rasche Schaffung von Fakten, d.h. Erstellen von Projekten bzw. Umnutzungen, welche nicht unter den "harten Kern" von Art. 75b Abs. 1 BV fallen, könnten diese Ziele untergraben werden. Dem ist entgegenzuhalten, dass auch ein vorsorgliches *Bewilligungsverbot* dem praktisch wohl einfachsten Umgehungsinstrument, nämlich der Umnutzung von Erst- zu Zweitwohnungen, nicht entgegen zu wirken vermag, da es am bewilligungspflichtigen Tatbestand fehlt.¹⁸⁹ Unter diesem Gesichtspunkt erscheint bereits die Eignung des Instruments fraglich. Bezüglich der baulichen Erweiterung bestehender Zweitwohnungen ist festzuhalten, dass sie den Zielen der Initiative im Wesentlichen nicht zuwiderläuft: Zutreffend wurde in der Literatur bemerkt, es liege im Sinne der haushälterischen Nutzung des Bodens (Art. 75 Abs. 1 BV) und damit auch in demjenigen der Initianten,¹⁹⁰ wenn bestehende überbaute Grundstücke besser ausgenützt würden, solange dabei keine zusätzlichen Wohnungen entstünden.¹⁹¹ Auch ein Ersatzbau bestehender Zweitwohnungen läuft den Initiativzielen nicht entgegen, zumal ein solcher keine Erhöhung des Zweitwohnungsanteils mit sich bringt.¹⁹² Betreffend die sog. tou-

¹⁸³ Siehe GRIFFEL, Zwischenbilanz, 66.

¹⁸⁴ BGE 139 II 243, 257 E. 10.5.

¹⁸⁵ Ebenso ohne Begründung GRIFFEL, Zwischenbilanz, 66.

¹⁸⁶ Vgl. Botschaft Zweitwohnungsinitiative, 8763 f.; vgl. auch das Argumentarium der Initianten (http://www.zweitwohnungsinitiative.ch/tl_files/pdf/Argumentarium/Argumentarium-A4-D-Web.pdf, 8 f., zuletzt besucht am 12. Mai 2015).

¹⁸⁷ Vgl. Botschaft Zweitwohnungsinitiative, 8764; vgl. auch der Hinweis der Initianten auf die Problematik der "kalten Betten" (http://www.zweitwohnungsinitiative.ch/tl_files/pdf/Argumentarium/Argumentarium-A4-D-Web.pdf, 3, 5, 8, zuletzt besucht am 12. Mai 2015); vgl. LENDI, 2.

¹⁸⁸ Vgl. zur Funktion der Planungszone zum Schutz künftiger Nutzungsplanung vor Präjudizierung durch dieser widersprechende Bauprojekte RUCH, Kommentar RPG, Art. 27 N 21.

¹⁸⁹ Siehe GRIFFEL, Zwischenbilanz, 66 f.; vgl. WALDMANN/HÄNNI, Handkommentar RPG, Art. 22 N 17 2. Lemma m.w.H.

¹⁹⁰ Vgl. zum Zweck der Initiative, weiteren Bodenverbrauch durch Zweitwohnungen zu verhindern GANZ, Verfassungsauftrag, N 29, womit aber die hohe Siedlungsflächenbeanspruchung bzw. Zersiedelung der Landschaft gemeint ist, vgl. Botschaft Zweitwohnungsinitiative, 8765.

¹⁹¹ LUSTENBERGER, 48 f.; vgl. ALIG, N 53; vgl. aber Botschaft Zweitwohnungsgesetz, 2309 f.

¹⁹² Vgl. LUSTENBERGER, 48, welcher zumindest betreffend die Umnutzung bestehender Zweitwohnungen im Interesse einer widerspruchsfreien Rechtsordnung für eine Regelung analog Art. 24c RPG plädiert. M.E. lässt sich entgegen verbreiteter, jedoch dürftig begründeter Ansicht (etwa ALIG, N 4; SGK BV-RUCH, Art 75b N 31 f.; WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 136) aus Art. 75b Abs. 1 BV keine Aufforderung

ristisch bewirtschafteten Zweitwohnungen ("warme Betten") lässt sich festhalten, dass zwar ein gewisses Missbrauchspotenzial erkennbar ist, jedoch offenkundige Umgehungsversuche wohl schon über den "harten Kern" von Art. 75b Abs. 1 BV "abgefangen" werden können. Diese Regulierungslücke betreffend "warme Betten" erscheint angesichts ihrer beschränkten Dauer als verkräftbar. Aus diesen Gründen erweist sich das Interesse am vorsorglichen Bewilligungsverbot insgesamt als gering.

Auf der anderen Seite dürften die wirtschaftlichen Auswirkungen des vorsorglichen Bewilligungsverbots trotz beschränkter Dauer gravierend sein: Etwa im Kanton Graubünden arbeiten im Jahre 2011 10,6% der Beschäftigten im Hoch- und Tiefbau sowie im Ausbaugewerbe.¹⁹³ Weil auch Um- und Wiederaufbau sowie Erweiterung bestehender Zweitwohnungen vorläufig untersagt sind genauso wie der Ausbau der sog. Parahotellerie ("warme Betten"), resultiert in den betroffenen Gebieten ein mehrjähriger, praktisch vollständiger und wirtschaftlich sehr einschneidender Baustopp.¹⁹⁴ Folglich steht der Nutzen des vorsorglichen Bewilligungsverbots in einem deutlichen Missverhältnis zu dessen wirtschaftlichen Folgen, womit es sich als *unverhältnismässig* erweist. Das Bundesgericht hat bei der Auslegung von Verfassungsnormen nicht bloss die jeweilig einschlägige Bestimmung zugrunde zu legen, sondern alle involvierten Verfassungsanliegen zu bedenken und diesen in wertender Interessenabwägung zu breitest möglicher Wirksamkeit zu verhelfen.¹⁹⁵ Indem es einseitig dem Initiativzweck ohne Rücksicht auf das Verfassungsprinzip der Verhältnismässigkeit zum Durchbruch verhilft, verletzt es m.E. diesen Auslegungsgrundsatz.¹⁹⁶

zur Senkung des Anteils "kalter Betten" in Gemeinden mit 20% übersteigendem Zweitwohnungsanteil ableiten. Darauf weist der Titel der Initiative ("Schluss mit dem uferlosen Bau [...]") hin. Gleiches ergibt sich aus dem Argumentarium der Initianten: Ziel sei es, "ein Zeichen gegen noch mehr Zweitwohnungen zu setzen" und den "Bau weiterer Zweitwohnungen [zu] beschränken". Die Initiative verlange keine Umwandlung von Zweit- in Erstwohnungen (http://www.zweitwohnungsinitiative.ch/tl_files/pdf/Argumentarium/Argumentarium-A4-D-Web.pdf, 3, 8, 26, zuletzt besucht am 14. Juni 2015).

¹⁹³ Vgl. Amt für Wirtschaft und Tourismus Graubünden, Wirtschaftsstruktur Kanton Graubünden: 2011-2012, (<http://www.gr.ch/DE/institutionen/verwaltung/dvs/awt/dienstleistungen/volkswirtschaftlichegrundlagen/Seiten/ArbeitundErwerbIndustrieDienstleistungen.aspx>, zuletzt besucht am 9. Juni 2015).

¹⁹⁴ Vgl. PITSCH MARCO, zitiert in: BILANZ 09/2012 vom 4. Mai 2012, 17, der aufgrund des Zweitwohnungsverbots von einem Umsatzrückgang von 40 Prozent ausging. Bei einem Zweitwohnungsverbot bräche auch die Nachfrage nach Erstwohnungen sowie Tiefbaudienstleistungen ein.

¹⁹⁵ Vgl. RHINOW/SCHEFER, N 529 f.; vgl. TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, §9 N 21.

¹⁹⁶ Übrigens findet auch die zeitliche Ansetzung des vorsorglichen Bewilligungsverbots auf den Abstimmungstermin (BGE 139 II 243, 257 E. 10.5) in BV 197 Ziff. 9 II, der dem Wortlaut nach klar den 1. Januar des auf die Annahme der Initiative folgenden Jahres anpeilt, m.E. keine Stütze.

4.1.3 Kompetenzüberschreitung durch Annahme des vorsorglichen Baubewilligungsverbots

Mit der Annahme eines vorsorglichen Bewilligungsverbots hat das Bundesgericht, wie bereits gesagt (Ziff. II 4.1.2), den direkten Anwendungsbereich der neuen Verfassungsnormen erheblich ausgeweitet. Da die Auslegungszuständigkeit des Bundesgerichts im Lichte des Legalitätsprinzips von der genügenden Bestimmtheit einer Norm abhängt (siehe oben, Ziff. II 2.2.1), bleibt unter kompetenzrechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, ob Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV genügend bestimmt ist, dass das Bundesgericht ein (direkt anwendbares) Bewilligungsverbot in diese Norm hineininterpretieren *durfte*. Wie gesehen ist der Begriff der Zweitwohnung in mancherlei Hinsicht unbestimmt, während das Bewilligungsverbot – obwohl zeitlich befristet – zu erheblichen Grundrechtsbeschränkungen¹⁹⁷ und möglicherweise gravierenden wirtschaftlichen Auswirkungen führt.¹⁹⁸ Vor allem angesichts seiner (irreversiblen) wirtschaftlichen Folgen¹⁹⁹ ist trotz der beschränkten Geltungsdauer des Bewilligungsverbotes ein erhöhter Grad an Normdichte angezeigt.²⁰⁰ Zwar hat der Bundesrat nach einer Lehrmeinung mit der Zweitwohnungsverordnung dieses vorsorgliche Verbot konkretisiert,²⁰¹ jedoch vermag die Verordnung angesichts ihrer sehr zweifelhaften verfassungsrechtlichen Grundlage²⁰² die Bestimmtheit von Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV nicht zu erhöhen,²⁰³ zumal ein kompetenzrechtlich zweifelhafter Erlass staatliches Handeln keineswegs berechenbarer bzw. demokratisch legitimer macht. Meines Erachtens operiert das Bundesgericht vorliegend bei der Annahme des vorsorglichen Bewilligungsverbotes deshalb nicht nur materiellrechtlich, sondern auch kompetenzrechtlich auf sehr dünnem Eis.²⁰⁴

4.2 Intertemporalnorm Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV: Überbetonung des Initiativzwecks als Gefahr für die Rechtssicherheit

Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV erklärt Baubewilligungen für Zweitwohnungen, welche nach dem 1. Januar 2013 erteilt werden, für "nichtig". Dies ist insofern atypisch, als nach den Regeln

¹⁹⁷ Vgl. die Übersicht bei SGK BV-RUCH, Art. 75b N 27.

¹⁹⁸ Zu den erwarteten wirtschaftlichen Auswirkungen eines Zweitwohnungsverbots vgl. Rütter+Partner, Wirkung, 73 ff., wobei dort noch von einer weiterhin bestehenden Zulässigkeit des Baus bewirtschafteter Zweitwohnungen ausgegangen wird (77).

¹⁹⁹ Man denke bspw. an Bauunternehmungen, welche einen zweijährigen Auftragseinbruch nicht überstehen können.

²⁰⁰ Vgl. RITTER, 160, wonach die Anforderungen an die Normdichte höher sind, je schwerer in die Rechtsstellung des Einzelnen eingegriffen wird. M.E. dürfte diese Überlegung analog auch dort gelten, wo die *tatsächlichen* (u.a. wirtschaftlichen) Verhältnisse berührt werden.

²⁰¹ Siehe WALDMANN, Zweitwohnungsverordnung, N 6.

²⁰² Siehe GRIFFEL, Zwischenbilanz, 69 ff. m.w.H.

²⁰³ Zu bemerken ist, dass die ZwVO wohl durch BGE 139 II 243 in weiten Teilen sogar bereits überholt sein dürfte, siehe GRIFFEL, Zwischenbilanz, 69.

²⁰⁴ Aus diesem Grund m.E. unrichtig BGE 140 II 378, 382 f. E. 5 ff.; vgl. auch MÖSCHING, N 35, wonach BV 197 Ziff. 9 II nur als Verfügungsgrundlage dienen darf, falls die ZwVO als Grundlage zur Konkretisierung des Zweitwohnungsbegriffs (unter kompetenzrechtlichen Aspekten, vgl. N 25) ausreicht.

des allgemeinen Verwaltungsrechts rechtswidrige Verfügungen grundsätzlich lediglich anfechtbar sind.²⁰⁵ Nur ausserordentlich schwerwiegende materiellrechtliche ("inhaltliche") Mängel führen zu einer Nichtigkeit.²⁰⁶ Eine Verletzung einfacher Bau- bzw. Nutzungsvorschriften, worunter auch Art. 75b Abs. 1 BV fallen dürfte, genügt jedenfalls nicht. Indem das Bundesgericht diskussionslos Nichtigkeit der Baubewilligungen, welche ab dem 1. Januar 2013 erteilt werden, annimmt,²⁰⁷ vertritt es in alleiniger Abstützung auf den Wortlaut, dieser widerspiegeln auch den wahren Sinn der Norm. Dabei übersieht das Gericht, dass nicht davon ausgegangen werden kann, die Initianten hätten bei der Ausarbeitung des Normtextes primär auf eine rechtlich präzise, konsequente Begriffsverwendung geachtet; vielmehr könnten sie diesen darauf ausgerichtet haben, möglichst viele Stimmbürger anzusprechen und ihn entsprechend "volksnah" zu fassen.²⁰⁸ "Nichtig" dürfte dem juristischen Laien das Bild eines wirklichen Stopps des Zweitwohnungsbaus sprachlich besser vermitteln als "anfechtbar". Zutreffend wird darauf hingewiesen, dass das Gros der Stimmberechtigten "nichtig" umgangssprachlich im Sinne von "ungültig" (d.h. anfechtbar) verstanden haben dürfte.²⁰⁹ Bei durch Volksinitiativen entstandenem Verfassungsrecht ist der Bedeutung von Begriffen im allgemeinen Sprachgebrauch erhöhte Bedeutung beizumessen,²¹⁰ womit das grammatikalische Auslegungselement darauf hindeutet, dass ab dem 1. Januar 2013 erteilte Baubewilligungen *anfechtbar* sind.

Nicht überzeugend ist die Annahme einer (blossen) Verschärfung der Rechtsfolge ab 1. Januar 2013 auch deshalb, weil es keinen vernünftigen Grund gibt, warum Baubewilligungen zunächst nur anfechtbar, später nichtig sein sollen.²¹¹ Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV verliert einen wesentlichen Teil seines ihm vom Bundesgericht zugeschriebenen Zwecks der Druckausübung auf das Parlament, rasch eine Ausführungsgesetzgebung zu erlassen,²¹² wenn Baubewilligungen bereits ab 11. März 2012 anfechtbar sind.²¹³ Das Bundesgericht verweist zur Stützung seiner Auslegung darauf, dass im Vorfeld der Abstimmung bei Annahme der Initia-

²⁰⁵ Siehe statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 951.

²⁰⁶ BGE 104 Ia 172, 176 f. E. 2c.

²⁰⁷ BGE 139 II 243, 260 f. E. 11.3.

²⁰⁸ Vgl. WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 127; vgl. GRIFFEL, Zwischenbilanz, 63, welcher die zynische Frage stellt, ob den Initianten der rechtliche Unterschied zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit überhaupt bewusst war. Zum häufigen Auseinanderdriften von Normtext und Normsinn bei Volksinitiativen vgl. RHINOW, Demokratie, 229. Vgl. BAUMANN, 251, wonach vom Wortlaut einer Norm abgewichen werden kann, wenn sich zeigt, dass dieser nicht deren wahren Sinn widerspiegelt.

²⁰⁹ GRIFFEL, Zwischenbilanz, 63 f.

²¹⁰ Vgl. BAUMANN, 250 f.

²¹¹ Vgl. GANZ, Verfassungsauftrag, N 33; vgl. MÖSCHING, N 43.

²¹² Vgl. BGE 139 II 243, 262 f. E. 11.6.

²¹³ Siehe GRIFFEL, Zwischenbilanz, 63.

tive von einem "abrupten" Baustopp ausgegangen worden sei.²¹⁴ Daraus kann jedoch nichts für eine sofortige Anwendbarkeit von Art. 75b Abs. 1 BV abgeleitet werden: Der Baustopp wäre ebenso "abrupt", wenn er von einem Tag auf den anderen, nämlich ab 1. Januar 2013 gelten würde.²¹⁵ Auch die Aussage einiger Initiativgegner, die Vorlage führe zu einem "sofortigen" Baustopp²¹⁶ erweist sich als beschränkt aussagekräftig: So dürften die Statements sowohl von Economiesuisse (einem Wirtschaftsvertreter) wie auch des Parlaments (einer *politischen* Behörde) Ausdruck einer im Abstimmungskampf üblichen gewissen Polarisierung bzw. Übertreibung sein.²¹⁷

Wenn nun das Bundesgericht noch mit Blick auf die Flut von Baugesuchen nach dem 11 März 2012 argumentiert, eine in Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV enthaltene Übergangsfrist könne nicht Zweck der Vorlage gewesen sein,²¹⁸ so mag dies zutreffen. Letztlich ist dieses "Windhundverhalten"²¹⁹ jedoch als Resultat eines handwerklichen Mangels bei der Ausarbeitung der Initiative hinzunehmen.²²⁰ Der Verfassungsrichter darf nicht allein gestützt auf den Initiativzweck das Primat eines vernünftigen, d.h. m.E. auch eines in sich rechtlich sinnvollen, voraussehbaren Auslegungsergebnisses beiseite schieben.²²¹ Dies käme einer Überbetonung der Teleologie gegenüber den übrigen Auslegungselementen sowie einem nicht hinnehmbaren Verlust an Rechtssicherheit gleich: Verursacht schon der Initiativtext nach der Abstimmung einen "Morast an Rechtsunsicherheit"²²², so macht die voraussehbare Inkaufnahme einer rechtlich in sich unstimmgigen Auslegung zwecks Durchsetzung des Initiativanliegens durch den Verfassungsrichter das Chaos perfekt.²²³

²¹⁴ BGE 139 II 243, 261 E. 11.4 u.a. mit Hinweis auf die Abstimmungserläuterungen, 12.

²¹⁵ Ebenso WALDMANN, *Leiturteile*, 236.

²¹⁶ Vgl. die Hinweise in BGE 139 II 243, 261 f. E. 11.4.

²¹⁷ Siehe WALDMANN, *Leiturteile* 236.

²¹⁸ BGE 139 II 243, 262 E. 11.5.

²¹⁹ Zum Begriff vgl. UHLMANN, *Intertemporales Recht*, 48 f.

²²⁰ vgl. GRIFFEL, *Zwischenbilanz*, 64; vgl. MÖSCHING, N 31, wonach "die Initianten die Konsequenzen der mangelhaften Formulierung zu tragen" hätten.

²²¹ Vgl. Botschaft Strassentransitverkehr, BBl 1994 II 1299, wonach ein vernünftiges Auslegungsergebnis dem normativen Gesamtkontext Rechnung trägt. Selbstredend ist bei der Norminterpretation auch das Willkürverbot (Art. 9 BV) zu beachten, welches einer solchen in sich sinnlosen Auslegung entgegenstehen dürfte. Zur qualifiziert unrichtigen Auslegung sowie der Verletzung des Grundsatzes der Rechtssicherheit als Willkürtatbestand vgl. etwa UHLMANN, *Willkürverbot*, N 42 ff., N 69 ff. Vgl. GRIFFEL, *Zwischenbilanz*, 64, wonach das Auslegungsergebnis des Bundesgerichts in concreto in sich keinen Sinn ergibt. Vgl. auch TSCHANNEN, *Staatsrecht*, §4 N 1, wonach der Auslegungsvorgang u.a. zu einem vernünftigen, befriedigenden Ergebnis führen soll. Vgl. WALDMANN, *Sperrige Verfassungsnorm*, 128, der zwar den Vorrang desjenigen Auslegungsergebnisses propagiert, welches dem Initiativzweck am besten entspricht, jedoch im gleichen Satz das Ziel eines vernünftigen Ergebnisses erwähnt.

²²² GRIFFEL, *Zwischenbilanz*, 82.

²²³ Überdies wird mit dieser Vorgehensweise bedauerlicherweise für künftige Initianten kein Anreiz geschaffen, ihre Initiativen handwerklich sorgfältiger auszuarbeiten, vgl. GRIFFEL, *Zwischenbilanz*, 60.

In concreto wäre m.E. einzig die direkte Anwendbarkeit des "harten Kerns" von Art. 75b Abs. 1 BV, d.h. ein Verbot des Baus klassischer, vorwiegend durch die nicht-ortsansässigen Eigentümer genutzter Ferienwohnungen mit Geltung ab dem 1. Januar 2013 anzunehmen gewesen, wobei ab diesem Datum erteilte Baubewilligungen (bloss) als anfechtbar zu betrachten gewesen wären.

III. Zulässigkeit und Eignung von Vollzugsverordnungen des Bundesrates zu Bundesverfassungsbestimmungen, dargestellt anhand der Zweitwohnungsverordnung vom 22. August 2012

1. Die Vollzugsverordnungscompetenz des Bundesrates im Kurzüberblick

Gemäss Art. 182 Abs. 2 BV sorgt der Bundesrat u.a. für den Vollzug der Gesetzgebung. Auf diese Befugnis stützt sich auch die Zuständigkeit des Bundesrates zum Erlass von Vollzugsverordnungen.²²⁴ Der Begriff "Vollzug" umfasst die gesamte Exekutivtätigkeit,²²⁵ indem Vollzugsverordnungen die Anwendbarkeit des Gesetzes ermöglichen sollen,²²⁶ haben sie exekutorische Funktion.²²⁷ Das Bundesgericht führt aus: "Vollziehungsverordnungen haben den Gedanken des Gesetzgebers durch Aufstellung von Detailvorschriften näher auszuführen und auf diese Weise die Anwendbarkeit der Gesetze zu ermöglichen. Sie dürfen das auszuführende Gesetz – wie auch alle anderen Gesetze – weder aufheben noch abändern; sie müssen der Zielsetzung des Gesetzes folgen und dürfen dabei lediglich die Regelung, die in grundsätzlicher Weise bereits im Gesetz Gestalt angenommen hat, aus- und weiterführen (...). Durch eine Vollziehungsverordnung dürfen dem Bürger grundsätzlich keine neuen Pflichten auferlegt werden (...)." ²²⁸ Vollzugsverordnungen weisen deshalb keine Gesetzesfunktion auf.²²⁹

Aus Gründen der Gewaltenteilung obliegt die eigentliche Rechtsetzung, d.h. unter anderem die Festlegung von Rechten und Pflichten der Bürger, dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber.²³⁰ Die Bundesverfassung erlaubt allerdings Rechtsetzung durch den Bundesrat u.a.

²²⁴ BIAGGINI, Bundesrat, §19 N 33; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 182 N 4; SGK BV-TSCHANNEN, Art. 182 N 12; vgl. bereits zu aBV 102 Ziff. 5 FLEINER/GIACOMETTI, 801; a.A. MÜLLER G., 262.

²²⁵ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 182 N 13.

²²⁶ Siehe BGE 130 I 140, 149 E. 5.1.

²²⁷ FLEINER/GIACOMETTI, 801 f.; vgl. zu aBV 102 Ziff. 5 EICHENBERGER, in: Aubert et al., Komm. BV 1874, Art. 102 N 80.

²²⁸ BGE 130 I 140, 149 E. 5.1.

²²⁹ Siehe TSCHANNEN, Staatsrecht, §46 N 18.

²³⁰ Aus diesem Grund ablehnend ggü. der Figur der "gesetzesvertretenden" Verordnung FLEINER/GIACOMETTI, 800 f. Vgl. KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 1659, wonach eine Verletzung der Gewaltenteilung vorliegt, wenn der Ordnungsgeber ohne ausreichende Ermächtigung legiferiert.

dann, wenn es sich um nicht grundlegende Normen handelt, wobei die Einschätzung der Wichtigkeit der betreffenden Normen dem Gesetzgeber obliegt.²³¹ Man spricht in diesem Fall von "gesetzesvertretenden" Verordnungen.²³²

Zu beachten ist, dass Vollzugsbestimmungen nur in dem Umfang zulässig sind, als das Gesetz dafür Raum lässt und nicht bewusst auf eine präzisere Regelung der betreffenden Frage verzichtet.²³³ Der Erlass einer Vollzugsverordnung ist hingegen angezeigt, wenn das Gesetz durch eine Regelung ergänzt werden soll, welche die Voraussehbarkeit des Verhaltens der Adressaten erhöht bzw. die Gleichbehandlung erleichtert.²³⁴

2. *Art. 182 Abs. 2 BV als Grundlage für Vollzugsverordnungen zu Bundesverfassungsbestimmungen*

2.1 *Stimmen der Lehre zur kompetenzrechtlichen Zulässigkeit der Zweitwohnungsverordnung*

Soweit ersichtlich wurde im Rahmen der Umsetzung des "Zweitwohnungsartikels" die erste Vollzugsverordnung zu einer Verfassungsbestimmung erlassen,²³⁵ wobei diese Figur offenbar schon im Rahmen der Umsetzung der "Alpen-Initiative" (Art. 36^{sexies} aBV) vom Bundesrat in Betracht gezogen wurde.²³⁶ Es bietet sich deshalb an, diese neuartige Erscheinung am konkreten Beispiel zu untersuchen: Zur Klärung der drängendsten Fragen rund um den neu in Kraft getretenen "Zweitwohnungsartikel"²³⁷ verabschiedete der Bundesrat am 22. August 2012 die Verordnung über Zweitwohnungen (ZwVO), welche am 1. Januar 2013 in Kraft gesetzt wurde.²³⁸ Er stützte sich dabei auf seine Vollzugsverordnungskompetenz aus Art. 182 Abs. 2 BV.²³⁹ Die Meinungen der Lehre zu diesem Vorgehen sind geteilt. Entsprechend soll hier ein Überblick gegeben und nachfolgend (Ziff. III 2.2) eine eigene Beurteilung erfolgen.

Einige Autoren und Experten begrüßten bzw. forderten den Erlass einer Verordnung: JAAG meinte nach Annahme der Initiative etwa, dieser lasse sich "angesichts der Dringlichkeit,

²³¹ Vgl. MÜLLER/UHLMANN, N 411, wonach der Gesetzgeber durch "Gesetzesdelegation" die in Art. 164 BV bereits verfassungsrechtlich vorgenommene Verteilung der Rechtsetzungskompetenzen bezogen auf die spezifische Regelungsmaterie konkretisiert; vgl. SGK BV-TSCHANNEN, Art. 164 N 7.

²³² Statt vieler siehe TSCHANNEN, Staatsrecht, §46 N 22 ff.

²³³ BGE 124 I 127, 133 E. 3c m.w.H.; BGE 126 II 283, 291 E. 3b; MÜLLER/UHLMANN, N 408.

²³⁴ MÜLLER/UHLMANN, N 408; vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, §46 N 19.

²³⁵ Vgl. GRIFFEL, Zwischenbilanz, 71.

²³⁶ Vgl. Botschaft Strassentransitverkehr, BBl 1994 II 1300. Zwar sah Art. 36^{sexies} Abs. 2 aBV eine Verordnungskompetenz des Bundesrates vor, die angeführte Stelle in der Botschaft bezieht sich jedoch ausdrücklich allein auf Abs. 3 dieser Bestimmung.

²³⁷ ARE erläuternder Bericht ZwVO, 2.

²³⁸ Art. 9 Abs. 1 ZwVO.

²³⁹ Vgl. ARE erläuternder Bericht ZwVO, 2.

Rechtssicherheit zu schaffen, basierend auf der Vollzugskompetenz des Bundesrates rechtfertigen" und es schien ihm wesentlich, "dass so schnell wie möglich Rechtssicherheit hergestellt wird, indem der Bund durch den Erlass einer Verordnung Verbindlichkeit schafft."²⁴⁰ MARTI äusserte sich nicht ausdrücklich zur kompetenzrechtlichen Zulässigkeit einer solchen Verordnung, betonte aber deren praktischen Vorzüge, nämlich stelle sie eine rasche, klare und einheitliche Grundlage für die Kantone dar, welche zudem vom Bundesgericht auf ihre Verfassungsmässigkeit geprüft werden könne.²⁴¹

Der Teil der Lehre, welcher die Kompetenz des Bundesrates zum Erlass der Zweitwohnungsverordnung bejaht, begründet dies damit, dass der Begriff der "Gesetzgebung" in Art. 182 Abs. 2 BV in einem materiellen Sinne zu verstehen sei: MAHON zufolge umfasst dieser sämtliche generell-abstrakten Normen des Bundesrechts, darunter auch die Verfassung selbst.²⁴² Dies leitet er offenbar u.a. aus dem Umstand ab, dass in der französischen Version der Bundesverfassung der Begriff "législation" sowohl in der Artikelüberschrift zu Art. 164 BV wie zu Art. 182 BV vorkommt.²⁴³ SÄGESSER schloss sich in der Folge ohne nähere Begründung dieser Meinung an,²⁴⁴ während er zuvor noch von einem engen Begriff der Gesetzgebung ausgegangen war.²⁴⁵ Eine differenzierte Ansicht formulierte WALDMANN: Unter Bezugnahme auf die vorgenannten Lehrmeinungen erachtete er den Bundesrat zum Erlass von Vollzugsbestimmungen zu Verfassungsnormen zuständig, jedoch nur soweit diese direkt anwendbar seien.²⁴⁶ Andere Autoren begnügten sich mit dem Hinweis, die Frage sei umstritten²⁴⁷ oder gingen gar nicht erst auf diese ein.²⁴⁸ GANZ vertrat die Position, angesichts des drängenden Bedürfnisses nach Vollzugsrecht sei es "zu rechtfertigen, dass der üblichen Normenhierarchie Verfassung–Gesetz–Verordnung nicht Rechnung getragen wird".²⁴⁹

Das Vorgehen des Bundesrates stiess aber in der Lehre auch auf deutliche Ablehnung.²⁵⁰ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER lehnten eine Vollzugsverordnung zu Verfassungsbestimmungen v.a. mit Blick auf die regelmässige Verwendung des Begriffs der "Gesetzgebung" im Sinne

²⁴⁰ JAAG TOBIAS, zitiert in: NZZ Nr. 103 vom 4. Mai 2012, 13.

²⁴¹ MARTI, 282, wobei er sich mit dem Hinweis auf die bundesgerichtliche Prüfung der Verfassungsmässigkeit dieser Verordnung wohl primär auf die Verfassungsmässigkeit des *Verordnungsinhalts* beziehen dürfte.

²⁴² MAHON, Comm., Art. 182 N 20.

²⁴³ MAHON, Comm., Art. 182 N 20 (Fn. 34).

²⁴⁴ SGK BV-SÄGESSER 2008, Art. 182 N 19.

²⁴⁵ Vgl. SGK BV-SÄGESSER 2002, Art. 182 N 12.

²⁴⁶ WALDMANN, Zweitwohnungsverordnung, N 5, wobei er früher offenbar noch vom Gegenteil ausging, vgl. WALDMANN, Moorschutz, 68.

²⁴⁷ MÖSCHING, N 25.

²⁴⁸ Etwa WÄGER/RÜEGG, N 2 f.

²⁴⁹ GANZ, Verfassungsauftrag, N 31.

²⁵⁰ In der Vernehmlassung wurde offenbar hingegen nur die Abstützung auf Art. 8 RPG kritisiert, vgl. ARE konferenzielle Anhörung Auswertungsbericht, 2.

von formellen Gesetzen in der Bundesverfassung ab und bezeichneten die Zweitwohnungsverordnung vor diesem Hintergrund als kompetenzrechtlich problematisch.²⁵¹ Ebenfalls ablehnend äusserten sich ANASTASI/CANONICA/MOLO.²⁵² Gemäss GRIFFEL ist die Frage nach der Kompetenz des Bundesrates zum Erlass einer Vollzugsverordnung zu Verfassungsbestimmungen "aus Gründen der Gewaltenteilung und der Demokratie mit Nachdruck zu verneinen".²⁵³ Auch er erblickt mit Hinweis auf die Überschrift zu Art. 164 BV im Begriff der "Gesetzgebung" allein die formellen Bundesgesetze, die historische Auslegung von Art. 182 Abs. 2 BV ergebe nichts anderes.²⁵⁴ Weiter wird vertreten, der Begriff der "Gesetzgebung" in Art. 182 Abs. 2 BV umfasse zwar das Bundesrecht aller Stufen, trotzdem sei eine Vollzugsverordnung ohne Dazwischentreten des Gesetzgebers unzulässig.²⁵⁵ Kritisch zur Beschreitung des Verordnungsweges äusserte sich schliesslich auch LENDI.²⁵⁶

2.2 Eigene Beurteilung der Zulässigkeit der Zweitwohnungsverordnung

In der Literatur wurde m.E. zu recht bemerkt, dass Art. 182 Abs. 2 BV schon deshalb keine Grundlage für die Zweitwohnungsverordnung sein könne, weil die Verordnung bei weitem nicht nur Vollzugsbestimmungen aufstelle.²⁵⁷ Darauf ist vorliegend nicht weiter einzugehen.

In seinem erläuternden Bericht zur Zweitwohnungsverordnung begründete das ARE den Erlass derselben mit dem legitimen Bedürfnis, "einheitlich durch den Bund bereits während der ersten zwei Jahre nach Annahme von Artikel 75b BV für die Zeit bis zum Erlass des Ausführungsgesetzes zu klären, welche Fälle von Baubewilligungen überhaupt von Artikel 75b BV und damit auch von der Nichtigkeitsfolge erfasst sind und welche nicht." Es erscheine "so gesehen vertretbar, den Auftrag des Bundesrates zum 'Vollzug der Gesetzgebung' nach Artikel 182 Absatz 2 BV hier heranzuziehen und den Bundesrat gestützt darauf für zuständig zu erachten, Verordnungsrecht zur Klärung des Anwendungsbereichs von Artikel 75b BV während der ersten zwei Jahre nach Annahme von Artikel 75b BV für die Zeit bis zum Erlass des

²⁵¹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 1603.

²⁵² ANASTASI/CANONICA/MOLO, N 11.

²⁵³ GRIFFEL, Zwischenbilanz, 69.

²⁵⁴ GRIFFEL, Zwischenbilanz, 70 ff.

²⁵⁵ SGK BV-TSCHANNEN, Art. 182 N 17.

²⁵⁶ LENDI, 16.

²⁵⁷ ANASTASI/CANONICA/MOLO, N 8, 11 "(...) l'ordinanza limita il campo di applicazione dell'art. 75b Cost. (art. 1 cpv. 1), definisce il concetto stesso di residenza secondaria (art. 3), prevede la possibilità di autorizzare, a determinate condizioni, nuove residenze secondarie (art. 5 cpv. 2) e regola altri aspetti procedurali e sostanziali, che non possono essere direttamente dedotti dalla norma costituzionale. Essa non costituisce dunque una semplice ordinanza di applicazione (art. 182 cpv. 2 Cost. fed.), ma un corpo normativo di applicazione, ammissibile solo in quanto il Consiglio federale ne sia autorizzato dalla Costituzione o da una legge federale. (...) l'ordinanza sembra disattendere il principio di legalità e quello della separazione dei poteri."

Ausführungsgesetzes zu erlassen."²⁵⁸ Dies erscheint als eine sehr oberflächliche, allein mit dem praktischen Bedürfnis nach rascher Rechtssicherheit untermauerte Begründung – eine sorgfältige Auseinandersetzung mit der staatsrechtlichen Literatur fehlt.²⁵⁹ Es wird nachfolgend zu prüfen sein, ob diese Ausführungen zumindest als Begründung einer *geltungszeitlichen* Auslegung von Art. 182 Abs. 2 BV fungieren können.

Art. 182 Abs. 2 BV lautet: "Der Bundesrat sorgt für den Vollzug der *Gesetzgebung* (...)."²⁶⁰ Ob er zum Erlass von Vollzugsverordnungen zu Verfassungsbestimmungen kompetent ist, beurteilt sich, wie oben (Ziff. III 2.1) gesehen, danach, wie der Begriff der "Gesetzgebung" auszulegen ist. Ausgehend vom *Wortlaut* lässt sich feststellen, dass die BV diesen an vielen Stellen verwendet, wo klarerweise die formelle Gesetzgebung gemeint ist, etwa in vielen Aufgabennormen²⁶¹ und in der Artikelüberschrift zu Art. 164 BV.²⁶² Letzterer befasst sich nämlich mit der Frage, welche Inhalte der Rechtsetzung in Form eines formellen Gesetzes zu kleiden sind; man spricht in diesem Zusammenhang davon, Art. 164 BV statuiere einen "materiellen Gesetzesvorbehalt".²⁶³

Zu untersuchen ist das Argument von MAHON, wonach die Verwendung des Begriffs "législation" sowohl in der Überschrift zu Art. 164 BV wie zu Art. 182 BV auf ein weites Verständnis des Begriffs der Gesetzgebung hindeute.²⁶⁴ Diese These setzt wohl voraus, dass sich der erste Teil der Überschrift zu Art. 182 BV auf den ersten Absatz, der zweite Teil auf den zweiten Absatz bezieht.²⁶⁵ Der Begriff "législation" würde sich demnach auch auf die *Verordnungskompetenz* des Bundesrates gemäss Art. 182 Abs. 1 BV beziehen, womit der Terminus nicht nur die Bundesgesetzgebung umschreiben würde. MAHONS These leidet m.E. an zwei Schwachstellen: Erstens könnte aus der Verwendung des Begriffs "législation" in der Überschrift zu Art. 182 BV allenfalls nur abgeleitet werden, dieser umfasse auch *Verordnungsgebung* – dass auch die *Verfassungsgebung* darunter fällt, ist damit nicht gesagt: Zwar deutet die Verwendung des Begriffs "législation" immerhin ein *weites* Verständnis dessen an. Ob dieser aber auch die *Verfassungsgebung* einschliesst, ergibt sich daraus m.E. noch nicht zwingend. Zweitens liegt der Schluss nahe, bei der Verwendung von "législation" in der Überschrift zu Art. 182 BV handle es sich um eine sprachliche Unschärfe der französischen Fassung: Wäh-

²⁵⁸ ARE erläuternder Bericht ZwVO, 2.

²⁵⁹ Entsprechend scharfe Kritik bei GRIFFEL, Zwischenbilanz, 69 f.

²⁶⁰ Hervorhebung hinzugefügt.

²⁶¹ Bspw. BV 60 I, 87, 90, 93 I, 121–123.

²⁶² AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 1603 (Fn. 25).

²⁶³ Siehe RHINOW/SCHEFER, N 2720; siehe SGK BV-TSCHANNEN, Art. 164 N 4.

²⁶⁴ Vgl. MAHON, Comm., Art. 182 N 20.

²⁶⁵ So lautet die Artikelüberschrift zur französischen Fassung von BV 182 "Législation et mise en œuvre".

rend die deutsche differenzierend den weiteren Begriff der "Rechtsetzung"²⁶⁶ und der "Gesetzgebung" verwendet, braucht die französische sowohl in Art. 164 BV wie Art. 182 BV denjenigen der "législation", wobei in den beiden Bestimmungen offensichtlich nicht dieselbe Art von Normierung angesprochen ist. Schliesslich lautet Art. 192 Abs. 2 BV " Lorsque *la Constitution et la législation* qui en découle n'en disposent pas autrement, la révision se fait selon la procédure législative."²⁶⁷ Diese Formulierung deutet darauf hin, dass auch in der französischen Fassung mit dem Begriff "législation" nicht die Verfassung bzw. Verfassunggebung gemeint ist. Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass das grammatikalische Auslegungselement eher darauf hindeutet, dass Art. 182 Abs. 2 BV allein die formelle Gesetzgebung anspricht.²⁶⁸

Eine *subjektiv-historische Betrachtung* bestätigt diesen Eindruck: Der Bundesrat führte aus, Art. 170 Abs. 2 VE 96 (entspricht wörtlich dem nachmaligen Art. 182 Abs. 2 BV) verleihe dem Bundesrat die Kompetenz zum "Vollzug von *Gesetzen*, Beschlüssen der Bundesversammlung und Gerichtsurteilen."²⁶⁹ Diese Phrase folgt exakt dem Satzbau des heutigen Art. 182 Abs. 2 BV, womit deutlich wird, dass sich die Vollzugsverordnungscompetenz allein auf Bundesgesetze beziehen sollte. In den Räten wurde diese Fragestellung anscheinend nicht thematisiert.²⁷⁰ Unter der alten Bundesverfassung herrschte offenbar die Auffassung, Art. 102 Ziff. 5 aBV fungiere als Grundlage der Verordnungscompetenz, sofern der Bundesrat sich darauf beschränkt, einen vorangehenden Erlass auf *Gesetzesstufe* mit sekundärem Recht vollzugstauglich zu machen.²⁷¹ Es gibt keine Hinweise darauf, dass mit Art. 182 Abs. 2 BV, obwohl sprachlich ggü. Art. 102 Ziff. 5 aBV modifiziert, inhaltliche Änderungen vorgenommen werden sollten;²⁷² der Bundesrat führte aus: "Artikel 170 VE 96 nimmt Artikel 102 Ziffer 5 [a]BV auf und bereinigt die unbefriedigende Struktur der geltenden Bundesverfassung. Absatz 1 verschafft der im materiellen Verfassungsrecht fest verankerten Kompetenz des Bundesrates zum Erlass rechtsetzender Verordnungen neu eine ausdrückliche Verfassungsgrundlage, ebenso der in Artikel 102 Ziffer 5 [a]BV stillschweigend mitenthaltene Kompetenz des Bundesrates zum Erlass von Vollziehungsverordnungen."²⁷³

²⁶⁶ Zum Begriff der Rechtsetzung vgl. MÜLLER/UHLMANN, N 12.

²⁶⁷ Hervorhebung hinzugefügt.

²⁶⁸ Ebenso GRIFFEL, Zwischenbilanz, 70.

²⁶⁹ Botschaft Bundesverfassung, BBl 1997 I 414 (Hervorhebung hinzugefügt).

²⁷⁰ Vgl. Amtl. Bull. NR, 22. Januar 1998, 113 ff.; vgl. Amtl. Bull. StR, 30. April 1998, 144.

²⁷¹ Siehe EICHENBERGER, in: Aubert et al., Komm. BV 1874, Art. 102 N 85 (Hervorhebung hinzugefügt).

²⁷² Ebenso GRIFFEL, Zwischenbilanz, 72.

²⁷³ Botschaft Bundesverfassung, BBl 1997 I 414. Zur Kritik an der Abstützung der Vollzugscompetenz auf Art. 182 Abs. 1 BV in der Botschaft siehe BIAGGINI, Komm. BV, Art. 182 N 5.

In *systematischer Hinsicht* wird vorgebracht, die ausdrückliche Verankerung selbständiger Verordnungskompetenzen in Art. 184 Abs. 3 BV und Art. 185 Abs. 3 BV würde keinen Sinn machen, "wenn es dem Bundesrat darüber hinaus freistünde, nach Belieben (...) unmittelbar gestützt auf die Verfassung auch andere Verordnungen zu erlassen".²⁷⁴ Das Argument verfängt m.E. aber deshalb nur beschränkt, weil es sich bei den demnach als selbständige Verordnungen qualifizierten Erlassen durchwegs um solche mit Gesetzesfunktion handelt,²⁷⁵ während der in Frage stehenden Rechtsfigur diese eben gerade nicht zukommt. Es wird m.a.W. die angesprochene verfassungsrechtliche Enumeration selbständiger Verordnungen nicht durch (vollständig) Gleichartiges erweitert. Die Systematik steht deshalb m.E. der Zulässigkeit einer Vollzugsverordnung zu Verfassungsbestimmungen nicht zwingend entgegen.

Näher zu prüfen ist noch die Ansicht von WALDMANN, wonach der Bundesrat zumindest die Kompetenz hat, *direkt anwendbares* Verfassungsrecht per Vollzugsverordnung zu präzisieren.²⁷⁶ Er argumentiert, Art. 164 BV stünde der Kompetenz des Bundesrates zur Schaffung von Ausführungsrecht zu Verfassungsnormen "nicht grundsätzlich" entgegen, sofern sich der Bundesrat an die üblichen für Vollzugsverordnungen geltenden Regelungsgrenzen halte.²⁷⁷ WALDMANN begnügt sich also damit darzulegen, was nicht gegen seine These spricht. Andererseits vermag er auch nichts *zugunsten* derselben darzutun. Zunächst scheint m.E. einleuchtend, dass der Bundesrat keine Kompetenz zur Ausführung *nicht* unmittelbar anwendbarer Verfassungsnormen haben soll: Was (noch) keine Wirkungen (für Private) zeitigt,²⁷⁸ braucht auch nicht präzisiert zu werden. Andererseits fragt man sich aber, ob nicht eine direkt anwendbare Verfassungsnorm üblicherweise keines Ausführungsrechts bedarf, zumal Letzteres dazu dient, "die Anwendbarkeit der Gesetze zu ermöglichen".²⁷⁹ WALDMANN'S Auffassung bringt jedenfalls Folgefragen betreffend den Geltungsbereich einer solchen verfassungsunmittelbaren Verordnungskompetenz mit sich.²⁸⁰

Schliesslich ist zu untersuchen, ob allenfalls eine *geltungszeitliche bzw. zeitgemässe Auslegung* von Art. 182 Abs. 2 BV zur Annahme einer Vollzugsverordnungskompetenz des Bundesrates betreffend Verfassungsnormen führen kann. Die geltungszeitliche Auslegung stellt ab auf das Normverständnis und die Verhältnisse, die zur Zeit der Rechtsanwendung herr-

²⁷⁴ GRIFFEL, Zwischenbilanz, 70.

²⁷⁵ Vgl. SGK BV-SCHWENDIMANN/TSCHAN-TRUONG/THÜRER, Art. 184 N 26; vgl. SGK BV-SAXER, Art. 185 N 89; vgl. BGE 122 IV 258, 262 E. 2a betreffend Art. 102 Ziff. 8-10 aBV.

²⁷⁶ WALDMANN, Zweitwohnungsverordnung, N 5.

²⁷⁷ WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 129 mit dem Hinweis auf "analog" BGE 129 V 95, 97 E. 2.1.

²⁷⁸ Vgl. HANGARTNER, Anwendbarkeit, 137.

²⁷⁹ Vgl. BGE 130 I 140, 149 E. 5.1; siehe GRIFFEL, Zwischenbilanz, 73; siehe MÖSCHING, N 22 (Fn. 50).

²⁸⁰ GRIFFEL, Zwischenbilanz, 73.

schen.²⁸¹ So erspart sie ein unverhältnismässiges In-Gang-Setzen des politischen Prozesses und wirkt zugleich einer Erstarrung der Rechtsordnung entgegen,²⁸² während sie jedoch in einem Spannungsverhältnis zur historischen Auslegung steht.²⁸³ Da die zeitgemässe Auslegung den Rechtsanwendungsorganen grössere Freiheiten einräumt, ist im Lichte des Gewaltenteilungsprinzips ein sachlich begründeter Gebrauch derselben angezeigt.²⁸⁴ Entsprechend können Korrekturen von Normen nicht auf diese Weise erfolgen, wenn der Gesetzgeber die entsprechende Bestimmung erst kürzlich ausdrücklich bestätigt hat,²⁸⁵ zumal meist davon ausgegangen werden kann, dass sich die gesellschaftlichen Verhältnisse seither nicht erheblich gewandelt haben.²⁸⁶

Die neue Bundesverfassung ist noch relativ jung, womit die geltungszeitliche Auslegung erst in weiterer Zukunft wieder bedeutsam werden dürfte.²⁸⁷ Bei offenen Verfassungsnormen wie insbesondere den Grundrechten hat der Verfassungsgeber schon selbst den Einbezug aktueller Zeitumstände durch den Richter vorgesehen.²⁸⁸ Der Verfassungsgeber hat also bewusst eine Fortentwicklung bzw. Anpassung des Normgehalts dem Richter überlassen.²⁸⁹ Anders sieht es aus bei organisationsrechtlichen Bestimmungen: Diese "geben (...) den Willen des Verfassungsgebers über die Strukturen und Mechanismen des Staates wieder. Diese Ordnung ist kaum konkretisierungsbedürftig. Allenfalls sich wandelnden Auffassungen vermag nicht die Auslegung, sondern lediglich eine Verfassungsänderung Rechnung zu tragen. Für die Auslegung solcher Verfassungsbestimmungen gilt daher, dass beim Fehlen eines klaren und unmissverständlichen Wortlautes vorab die historischen Elemente heranzuziehen sind: Massgebend sind die Vorstellungen des Verfassungsgebers im Zeitpunkt des Erlasses der Bestimmungen sowie die nachfolgende Praxis der rechtsanwendenden Organe (...)." ²⁹⁰

Wie gesehen, deuten die (relativ jungen) Materialien zur organisationsrechtlichen Bestimmung²⁹¹ Art. 182 Abs. 2 BV darauf hin, dass der Verfassungsgeber die Vollzugsverordnungs-

²⁸¹ HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 114; vgl. bereits LÜCHINGER, 18.

²⁸² TSCHANNEN, Staatsrecht, §4 N 28.

²⁸³ Siehe HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 115.

²⁸⁴ Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 117.

²⁸⁵ Siehe BGE 134 II 223, 234 E. 4.2; vgl. BGE 112 Ia 97, 104 E. 6c; vgl. BGE 115 V 347, 349 E. 1c; vgl. BGE 131 I 74, 81 E. 4.2.

²⁸⁶ Vgl. BGE 135 III 59, 63 E. 4.3; vgl. KRAMER, 142, wonach bei relativ junger Gesetzgebung die Materialien in vielen Fällen durchaus noch "zeitgemäss" sind.

²⁸⁷ TSCHANNEN, Staatsrecht, §4 N 29.

²⁸⁸ Vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, §4 N 29.

²⁸⁹ Vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, §4 N 10, wonach Grundrechte ihre Funktion nur wahrnehmen können, wenn deren Schutzbereiche durch den Richter an neue Freiheitsgefährdungen angepasst werden dürfen.

²⁹⁰ BGE 112 Ia 208, 213 E. 2a.

²⁹¹ Zum Begriff siehe HUBER, 190 f.

kompetenz (allein) auf Bundesgesetze bezog.²⁹² Angesichts der Neuartigkeit des Phänomens einer Vollzugsverordnung zu Verfassungsbestimmungen liegt m.E. der Schluss nahe, dass er sich zu diesem Problem gar keine Gedanken gemacht hat. Da eine solche neue Kompetenz des Bundesrates diverse Unklarheiten betreffend Geltungsbereich und Tragweite mit sich bringt,²⁹³ erscheint eine Klärung auf dem politischen Weg angezeigt. Überdies kann, wie der oben (Ziff. III 2.1) dargestellte Lehrstreit zeigt, nicht behauptet werden, es bestehe heute eine breit abgestützte Auffassung, der Bundesrat sollte über eine solche Kompetenz verfügen. Selbst wenn eine geltungszeitliche Auslegung zulässig wäre, könnte diese folglich eine entsprechende Kompetenz des Bundesrates nicht begründen.

Das grammatikalische wie auch das historische Auslegungselement weisen deutlich darauf hin, dass der Bundesrat nach geltendem Recht nicht über die Zuständigkeit verfügt, Vollzugsverordnungen zu Verfassungsbestimmungen zu erlassen. Folglich erweist sich m.E. auch die Zweitwohnungsverordnung als kompetenzrechtlich unzulässig.

3. *Eignung einer Vollzugsverordnung zu Bundesverfassungsbestimmungen*

3.1 *Zwecke der Zweitwohnungsverordnung vom 22. August 2012*

Es ist nun aufzuzeigen, ob eine Vollzugsverordnung, selbst wenn sie kompetenzrechtlich zulässig wäre, das bei inhaltlich unklaren Volksinitiativen seitens der Allgemeinheit allenfalls bestehende Bedürfnis nach rascher Rechtssicherheit befriedigen kann. Dies kann wiederum am konkreten Beispiel ausgeführt werden: Erklärter Zweck der Zweitwohnungsverordnung war es, vor Erlass eines Ausführungsgesetzes "rasch eine Verordnung des Bundesrates zur Klärung der drängendsten Fragen, vor allem bezüglich des Begriffs der Zweitwohnung und des Übergangsrechts [zu] erlassen". Da die in Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV vorgesehene Nichtigkeit nach dem 1. Januar 2013 erteilter Baubewilligungen sehr einschneidend sei, gebe es ein "legitimes Bedürfnis, einheitlich durch den Bund bereits während der ersten zwei Jahre nach Annahme von Artikel 75b BV für die Zeit bis zum Erlass des Ausführungsgesetzes zu klären, welche Fälle von Baubewilligungen überhaupt von Artikel 75b BV und damit auch von der Nichtigkeitsfolge erfasst" seien.²⁹⁴

²⁹² Vgl. Botschaft Bundesverfassung, BBl 1997 I 414.

²⁹³ Siehe GRIFFEL, Zwischenbilanz, 73.

²⁹⁴ ARE erläuternder Bericht ZwVO, 2. Vgl. die Übersicht der drängendsten Fragestellungen nach Annahme der Initiative in SCHNEEBERGER PAUL, Verordnung oder Gesetz?, NZZ Nr. 98 vom 27. April 2012, 13.

3.2 Problematische Aspekte

Das Bedürfnis insbesondere seitens der Wirtschaft nach rascher Klärung der Rechtslage war nach Annahme der Zweitwohnungsinitiative offensichtlich.²⁹⁵ Jedoch ist die Eignung der Zweitwohnungsverordnung zur Lösung dieses Problems aus zwei Gründen zweifelhaft: Einerseits können Vollzugsverordnungen vom Bundesgericht auf ihre Verfassungskonformität überprüft und allenfalls nicht angewendet werden.²⁹⁶ Klassischerweise stellt sich bei Vollzugsverordnungen die Frage, ob sie sich auf blosse Präzisierungen zum formellen Gesetz beschränken oder andernfalls auf einer hinreichenden Ermächtigung des Gesetzgebers beruhen (kompetenzrechtlicher Aspekt).²⁹⁷ Ferner wird auch deren inhaltliche Übereinstimmung mit dem Gesetz, welches sie präzisieren sollen, geprüft.²⁹⁸ Soll die Verordnung nun die Verfassung ausführen, so dürfte diese Erfordernis im Sinne des "Vorrangs des Gesetzes" analog gelten (materiellrechtlicher Aspekt).²⁹⁹ Also wird mit einer Vollziehungsverordnung zu Verfassungsbestimmungen eventuell eine rasche, einheitliche Vollzugsgrundlage geschaffen, sie kann sich aber im Nachhinein als verfassungswidrig erweisen, was der Rechtssicherheit nicht förderlich, sondern eher abträglich ist, zumal für die Betroffenen mit Erlass der Verordnung der Anschein entsteht, es handle sich dabei um eine verbindliche Regelung, auf die sie sich verlassen könnten.³⁰⁰

Wenn sich WALDMANN'S These durchsetzen sollte, wonach der Bundesrat immerhin zur Präzisierung direkt anwendbaren Verfassungsrechts befugt ist,³⁰¹ offenbart sich das nächste kompetenzrechtliche Problem: Die Kontroverse um den direkt anwendbaren Gehalt von Art. 75b Abs. 1 BV und Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV³⁰² zeigt, dass die letztlich dem Bundesgericht zur

²⁹⁵ Vgl. etwa PITSCH MARCO, zitiert in: BILANZ 09/2012 vom 4. Mai 2012, 17.

²⁹⁶ Vgl. GANZ, Destinationen, N 237; vgl. MARTI, 282; vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, §8 N 12, wonach unselbständige Verordnungen des Bundes aufgrund des Stufenbaus der Rechtsordnung verfassungskonform zu sein haben.

²⁹⁷ Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1859 f. Vgl. etwa BGE 103 IV 192, 197 E. 2c, wo das Bundesgericht das Vorliegen einer Rechtsetzungsermächtigung des Gesetzgebers an den Bundesrat in concreto verneinte. Zu den Delegationsgrundsätzen als Konkretisierung des Gewaltenteilungsprinzips vgl. KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, N 1659.

²⁹⁸ Vgl. statt vieler BGE 130 I 140, 149 E. 5.1, wonach die Vollzugsverordnung das auszuführende Gesetz weder aufheben noch ändern darf; zu diesem Erfordernis als Ausdruck des Legalitätsprinzips vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1860.

²⁹⁹ Vgl. zum sog. Vorrang des "Gesetzes" als Gehalt des Legalitätsprinzips, welcher u.a. den rechtsetzenden Behörden die Einhaltung übergeordneten Rechts, d.h. die Respektierung der Normenhierarchie vorschreibt BIAGGINI, Komm. BV, Art. 5 N 12.

³⁰⁰ Entsprechend ist nicht ersichtlich, worin der von MARTI, 282 erblickte Vorteil des Erlasses der ZwVO in der vorliegenden (Übergangs-)Situation liegt: Eine einheitliche Grundlage, welche im Nachhinein "gekippt" werden kann, schafft m.E. bloss (weitere) Verwirrung; in diesem Sinne irritierend JAAG TOBIAS, zitiert in: NZZ Nr. 103 vom 4. Mai 2012, 13, wonach der Bundesrat durch eine Verordnung "Verbindlichkeit" (i.S.v. Rechtssicherheit) schaffen solle; vgl. DETTWILER, Entwurf, 341; vgl. auch GRIFFEL, Zwischenbilanz, 69, wonach die ZwVO aufgrund BGE 139 II 243 "bereits heute weitgehend vom Tisch" sei.

³⁰¹ Vgl. WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 129.

³⁰² Siehe oben unter Ziff. II 2.2.2.

Klärung obliegende Frage,³⁰³ inwieweit eine Verfassungsnorm unmittelbar angewendet werden kann, nur mit geringer Zuverlässigkeit im Voraus durch den Bundesrat beantwortet werden kann.³⁰⁴ Der Bundesrat erfährt m.a.W. stets im Nachhinein, ob er überhaupt zur Präzisierung des in Frage stehenden Aspekts einer Verfassungsnorm befugt war.

Aus diesen Gründen erweist sich die Vollzugsverordnung zu Verfassungsbestimmungen (und damit auch die Zweitwohnungsverordnung) nicht nur als kompetenzwidriges, sondern auch als *ungeeignetes* Instrument zur raschen Schaffung von Rechtssicherheit vor Erlass einer Ausführungsgesetzgebung. Zielführend wäre allenfalls der Erlass eines *dringlichen Bundesgesetzes* gewesen: Das Bedürfnis seitens Behörden und Privaten nach schneller Klärung insbesondere der Rechtslage ab dem 1. Januar 2013³⁰⁵ manifestiert *zeitliche*, die grosse wirtschaftliche Tragweite der bestehenden Unsicherheit *sachliche Dringlichkeit* des Gesetzgebungsvorhabens.³⁰⁶ Mit einem dringlichen Bundesgesetz hätte innert kurzer Frist vorläufige Rechtssicherheit geschaffen werden können.³⁰⁷ Einerseits hätte die Vernehmlassung im Rahmen einer konferenziellen Anhörung stattfinden können,³⁰⁸ andererseits wäre das Gesetz aufgrund der zeitlichen Nachlagerung eines allfälligen Referendums einer sofortigen Inkraftsetzung zugänglich gewesen.³⁰⁹ Es hätte zudem dem Anwendungsgebot (Art. 190 BV) unterstanden.³¹⁰

IV. Der Spielraum der Bundesversammlung bei der Umsetzung von Volksinitiativen, dargestellt anhand des geplanten Bundesgesetzes über Zweitwohnungen vom 20. März 2015

1. Zulässigkeit, Erforderlichkeit und politischer Spielraum einer Ausführungsgesetzgebung

Der Erlass einer Ausführungsgesetzgebung zu durch Volksinitiativen geschaffenem Bundesverfassungsrecht bedarf selbstverständlich der (ausdrücklichen oder impliziten) Einräumung

³⁰³ In der Lehre wird z.T. gefordert, die Gerichte hätten sich bei der Beurteilung direkter Anwendbarkeit von Verfassungsnormen Zurückhaltung aufzuerlegen, siehe etwa MÖSCHING, N 32. Da es sich bei der Ermittlung der genügenden Normdichte um eine Rechtsfrage handelt, besteht dazu m.E. kein Anlass (vgl. schon oben, Ziff. II 4.1.1.); vgl. aber HANGARTNER, Unklarheiten, 477, wonach das Parlament aufgrund BV 190 über eine faktische Entscheidungsmöglichkeit betreffend diese Frage verfüge.

³⁰⁴ Vgl. HANGARTNER, Unklarheiten, 476; vgl. MÖSCHING, N 11.

³⁰⁵ Vgl. ARE erläuternder Bericht ZwVO, 2.

³⁰⁶ Zum Erfordernis zeitlicher und sachlicher Dringlichkeit vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 1829; vgl. SGK BV-TSCHANNEN, Art. 165 N 6.

³⁰⁷ Vgl. BGE 139 II 243, 263 E. 11.6, wonach ein Ausführungsgesetz frühestens am 1. Januar 2013 zu erwarten war.

³⁰⁸ Vgl. SÄGESSER, Handkommentar VIG, Art. 7 N 25.

³⁰⁹ Siehe BIAGGINI, Komm. BV, Art. 165 N 2, 5.

³¹⁰ Siehe BIAGGINI, Komm. BV, Art. 190 N 10.

einer entsprechenden Regelungskompetenz an den Bund.³¹¹ Eine Auslegung von Kompetenznormen kann ergeben, dass die Bundeszuständigkeit weiter geht als der Wortlaut suggeriert.³¹² Finalnormen etwa ermächtigen den Bund, alle zur Zielerreichung geeigneten und erforderlichen Mittel zu ergreifen.³¹³ Art. 75b Abs. 1 BV etwa definiert als finale Bestimmung, der Anteil an Zweitwohnungen habe 20% des Gesamtbestands an Wohneinheiten in einer Gemeinde nicht zu überschreiten.³¹⁴ Über den Wortlaut von Art. 75b Abs. 2 BV und Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV hinaus steht dem Bund folglich die *Kompetenz* zu, sämtliches zur Erreichung dieses Ziels notwendige Recht zu setzen.³¹⁵ Ist eine durch Volksinitiative geschaffene Verfassungsnorm nicht unmittelbar anwendbar, so ist sie als Rechtsetzungsauftrag an den Gesetzgeber zu verstehen,³¹⁶ was sich daraus ergibt, dass infolge des Legalitätsprinzips der Verfassungsrichter allein die Ziele der betreffenden Norm nicht zu verwirklichen vermag.³¹⁷ Entsprechend erwächst dem Gesetzgeber der *Auftrag*, die Zielsetzung von Art. 75b BV zu verwirklichen.³¹⁸

Der politische Spielraum des Parlaments wird begrenzt einerseits durch das *Erfordernis der Zustimmung beider Räte* zum Ausführungserlass (Art. 81 Abs. 2 ParlG), andererseits durch die Möglichkeit der Ergreifung eines *Referendums* (Art. 141 Abs. 1 lit. a BV). Letztere setzt das Parlament unter Druck, einen Ausgleich involvierter Interessen und damit Kompromisslösungen zu suchen.³¹⁹ So führte auch im Fall der Zweitwohnungsinitiative die Furcht vor einem Referendum mit damit verbundener fortwährender Rechtsunsicherheit zur (kurzfristigen) Ausarbeitung eines politischen Kompromisses unter Einbezug der Initianten.³²⁰

³¹¹ Vgl. SGK BV-SCHWEIZER, Art. 3 N 10 ff.

³¹² Vgl. BGE 108 Ib 392, 395 ff. E. 2. Zur Figur der stillschweigenden Bundeskompetenz allgemein siehe BGE 117 Ia 202, 211 f. E. 4a m.w.H.

³¹³ Siehe SGK BV-SCHWEIZER, Art. 3 N 12 m.w.H.

³¹⁴ Siehe LENDI, 7; vgl. ALIG, N 4; vgl. MÖSCHING, N 18.

³¹⁵ Vgl. SGK BV-RUCH, Art. 75b N 24, wonach der Bund auf dem Wege der Gesetzgebung die Beschränkung des Zweitwohnungsanteils sicherzustellen hat. Vgl. WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 136, welcher von einer umfassenden Bundeskompetenz ausgeht. Vgl. auch das Argumentarium der Initianten, wonach bspw. die Rechtsfolgen bei Erbfall durch die Ausführungsgesetzgebung festzulegen sind (http://www.zweitwohnungsinitiative.ch/tl_files/pdf/Argumentarium/Argumentarium-A4-D-Web.pdf, 26, zuletzt besucht am 12. Mai 2015).

³¹⁶ Siehe HANGARTNER, Unklarheiten, 476.

³¹⁷ Zum Legalitätsprinzip als Schranke der Auslegungskompetenz des Verfassungsrichters siehe oben Ziff. II 2.2.1.

³¹⁸ Siehe ALIG, N 3; vgl. GRIFFEL, Zwischenbilanz, 74; vgl. SGK BV-RUCH, Art. 75b N 24; vgl. WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 137.

³¹⁹ Vgl. NEIDHART, 287 f.; vgl. SGK BV-EHRENZELLER/NOBS/THÜRER/DIGGELMANN, Art. 141 N 12.

³²⁰ Vgl. Amtl. Bull. NR, 3. März 2015, 39 (Votum Killer); vgl. HÄFLIGER MARKUS, Der grosse Deal mit Vera Weber, NZZ Nr. 51 vom 3. März 2015, 9.

2. *Rechtlicher Spielraum einer Ausführungsgesetzgebung*

2.1 *Grundsatz: Bindung der Bundesversammlung an Verfassung und Völkerrecht*

Die Bundesverfassung steht an der Spitze der landesrechtlichen Normenhierarchie, woraus folgt, dass u.a. Bundesgesetze mit ihr im Einklang zu stehen haben.³²¹ Art. 190 BV ändert am materiell-rechtlichen Geltungsvorrang der Verfassung nichts, dieser Vorrang lässt sich hingegen aufgrund dieser Bestimmung nicht durchsetzen.³²² Das Parlament ist somit keineswegs frei, verfassungswidrige Bundesgesetze zu erlassen,³²³ es droht für die Nichtbeachtung der Verfassung lediglich keine Sanktion im Sinne der Nichtanwendung der betreffenden Norm im Einzelfall.³²⁴ Nach jüngerer Rechtsprechung verwehrt Art. 190 BV dem Gericht zwar die Nichtanwendung, nicht aber die *Prüfung* der Verfassungsmässigkeit eines Bundesgesetzes.³²⁵

Das Bundesgericht versagt Bundesgesetzen jedoch insbesondere dann die Anwendung, wenn sie einer Norm menschenrechtlichen Gehalts, vorab der EMRK, widersprechen.³²⁶ Da jedoch die bei der Zweitwohnungsbeschränkung allenfalls tangierten Grundrechte, namentlich die Eigentumsgarantie (Art. 26 Abs. 1 BV) und die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)³²⁷ nicht (vollständig) durch die EMRK abgedeckt werden,³²⁸ dürfte Art. 190 BV im vorliegenden Zusammenhang einer Nichtanwendung der Ausführungsgesetzgebung im Einzelfall einen wirksamen Riegel schieben.³²⁹

2.2 *Der Umfang der Prüfungsmöglichkeit des Bundesgerichts unter Art. 190 BV*

Bislang prüft das Bundesgericht die Verfassungsmässigkeit von Bundesgesetzen nicht konsequent, sondern nur, sofern es sich nach den Umständen des Einzelfalls rechtfertigt.³³⁰ In der Lehre wird vertreten, insbesondere das Bundesgericht sollte nicht nur das Recht, sondern auch die *Pflicht* zur Überprüfung der Bundesgesetze auf ihre Verfassungskonformität treffen.³³¹ Jedenfalls drängt sich im Zusammenhang mit dem Prüfungsrecht die Frage auf, wie weit die-

³²¹ Statt vieler TSCHANNEN, Staatsrecht, §8 N 1 f., 5.

³²² Vgl. statt vieler BIAGGINI, Komm. BV, Art. 190 N 4.

³²³ Siehe Botschaft Bundesverfassung, BBl 1997 I 428; siehe AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 81 f.

³²⁴ Vgl. AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 82. Man könnte sagen: Der Gesetzgeber "kann" mehr als er "darf".

³²⁵ Etwa BGE 125 V 245, 249 E. 3 m.w.H.; so gesehen kann das Parlament heute nicht mehr als "alleiniger Richter der Verfassungsmässigkeit" eines Gesetzes betrachtet werden, vgl. AUER, Verfassungsgerichtsbarkeit, 83; zum Bedeutungswandel von Art. 190 BV siehe AUER/GRIFFEL, N 3 ff.

³²⁶ Siehe etwa BGE 125 II 417, 425 f. E. 4d. Zur Kollision von Völkerrecht und Bundesgesetzen vgl. SGK BV-HANGARTNER/LOOSER, Art. 190 N 31 ff.

³²⁷ Vgl. SGK BV-RUCH, Art. 75b N 27.

³²⁸ Siehe AUER/GRIFFEL, N 16; siehe BIAGGINI, Komm. BV, Art. 190 N 16.

³²⁹ Vgl. GRIFFEL, Zwischenbilanz, 76, wonach im Zusammenhang mit BV 75b I "kein schwerwiegender Konflikt" mit Grundrechten oder Völkerrecht vorliegt.

³³⁰ Siehe BGE 136 I 65, 71 E. 3.2 m.w.H.; vgl. auch die Übersicht bei SGK BV-HANGARTNER/LOOSER, Art. 190 N 11.

³³¹ AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, N 1943; SGK BV-HANGARTNER/LOOSER, Art. 190 N 11.

ses überhaupt geht. Gemäss Art. 95 lit. a BGG beurteilt das Bundesgericht (u.a. im Rahmen der konkreten Normenkontrolle) Beschwerden wegen Verletzung von "Bundesrecht". Dazu zählt auch das Verfassungsrecht, jedoch nur soweit, als dieses auch unmittelbar anwendbar ist.³³² Daraus folgt, dass das Bundesgericht im konkreten Anwendungsfall bspw. das Ausführungsrecht zum "Zweitwohnungsartikel" von vorneherein nur auf seine Übereinstimmung mit dem "harten Kern" von Art. 75b Abs. 1 BV prüfen dürfte.³³³ Vorbehalten bleibt selbstverständlich eine Überprüfung der Verletzung anderer direkt anwendbarer Verfassungsnormen, insb. der Grundrechte (vgl. Art. 36 Abs. 1 BV). Vorliegend soll allerdings nur die Überprüfung der genügenden Berücksichtigung der in der Initiative aufgenommenen sog. verstärkenden Verfassungsziele durch das Parlament untersucht werden.³³⁴

Bei der Ausarbeitung der Ausführungsnormen muss sich das Parlament mit der Frage wertungsmässiger Einordnung der neu durch Volksinitiative eingefügten Verfassungsbestimmungen befassen: Allfällige Wertungswidersprüche zwischen bestehendem Verfassungsrecht und dem neuen, meist punktuellen Regelungsprogramm sind durch wertende Abwägung in Einklang zu bringen.³³⁵ Die Vornahme dieser u.U. komplexen Austarierung verschiedener Interessen liegt in der Hand des Gesetzgebers, zumal es sich bei diesem Vorgang im Wesentlichen nicht um Findung eines in der Verfassung vorgegebenen Normsinns, sondern um eigentliche *Sinngebung*, d.h. Konkretisierung der neuen Verfassungsnormen handelt.³³⁶ Beispielsweise kann Art. 75b Abs. 1 BV nicht entnommen werden, unter welchen Umständen touristisch bewirtschaftete Zweitwohnungen gebaut oder Erst- in Zweitwohnungen umgenutzt werden dürfen.³³⁷ Dass eine richterliche Behörde für diesen Abwägungsprozess *technisch* besser geeignet wäre,³³⁸ vermag m.E. an der Zuständigkeit des Gesetzgebers aus demokratischen und rechtsstaatlichen Gründen nichts zu ändern.

³³² Vgl. BSK BGG-SCHOTT, Art. 95 N 47; HANGARTNER, Anwendbarkeit, 156.

³³³ Zur direkten Anwendbarkeit von Art. 75b Abs. 1 BV siehe oben Ziff. II 4.1.1.

³³⁴ Diese Fokussierung rechtfertigt sich deshalb, weil im Kontext der Zweitwohnungsinitiative als abmildernde Verfassungsziele bei der Umsetzung v.a. eben die Grundrechte wirken, vgl. ALIG, N 5 (Fn. 12 f.).

³³⁵ Siehe WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 128; vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, §4 N 13 ff.; vgl. LENDI, 6, wonach eine Teilrevision der Verfassung nicht zur Totalrevision verkommen darf, ebenso RHINOW, Mehrheit, wonach davon auszugehen ist, dass eine punktuelle Verfassungsänderung nicht die Grundwerte der Verfassung aushebeln soll.

³³⁶ Zur gleichen Beurteilung würde eine Betrachtung im Lichte des Legalitätsprinzips führen: Da es sich um eine *wertende* Abwägung handelt, ist das Ergebnis des Rechtsanwenders mit Blick auf die involvierten Grundrechtsinteressen i.d.R. zu wenig voraussehbar, vgl. WALDMANN, Leiterteile, 234 f.

³³⁷ Vgl. BGE 139 II 243, 256 f. E. 10.5; vgl. bereits das Argumentarium der Initianten, wonach Art. 75b BV keine Regeln für die Umnutzung von Erst- in Zweitwohnungen z.B. bei Erbfällen entnommen werden können (http://www.zweitwohnungsinitiative.ch/tl_files/pdf/Argumentarium/Argumentarium-A4-D-Web.pdf, 26 zuletzt besucht am 12. Mai 2015).

³³⁸ Vgl. RHINOW, Mehrheit, wonach diese juristisch schwierigen Abwägungsfragen einem Gericht anzuvertrauen seien und sich nicht für politische Grabenkämpfe eignen würden.

Freilich unterliegt diese wertende Konkretisierung der neuen Verfassungsbestimmungen rechtlichen Schranken, namentlich einem sich in der neuen Bestimmung ausdrückenden Willen, bestehenden Verfassungsnormen bzw. -prinzipien gegenüber Vorrang zu beanspruchen,³³⁹ ebenso der Zielsetzung der Initiative.³⁴⁰ So ist es dem Gesetzgeber verwehrt, im Rahmen einer harmonisierenden Auslegung den Initiativzweck zu "untergraben",³⁴¹ d.h. auszuhöhlen: Die Beeinträchtigung des Zwecks der umzusetzenden Norm muss m.a.W. mit Blick auf das Interesse an Berücksichtigung des gegenläufigen Ziels einer anderen Verfassungsbestimmung *verhältnismässig* sein.³⁴²

Weil aber Private nur die Verletzung einer (Verfassungs-)Norm rügen können, welche ihre Rechtsstellung unmittelbar regelt,³⁴³ verbleibt dem Parlament m.E. ein Umsetzungsspielraum, in dem es verfassungsrechtlich gebunden ist, während aber sein Produkt im Einzelfall gerichtlich nicht kontrolliert werden kann: Solange die Ausführungsbestimmungen den direkt anwendbaren Gehalt von Art. 75b Abs. 1 BV nicht verletzen, kann das Bundesgericht im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle einer Aushöhlung des Initiativzwecks³⁴⁴ nicht entgegenreten. So dürfte etwa die vollständige Umnutzung strukturierter Beherbergungsbetriebe in Zweitwohnungen (Art. 9 Abs. 2 E-ZWG) der Zielsetzung der Initiative, "seelenlose" Dörfer zu verhindern, deutlich entgegenlaufen und sich angesichts des Vorliegens alternativer Möglichkeiten der Erhaltung gefährdeter Hotelbetriebe als nicht mehr verhältnismässig erweisen.³⁴⁵ Da dieser Tatbestand jedoch nicht unter den "harten Kern" von Art. 75b Abs. 1 BV fällt,³⁴⁶ wäre dem Bundesgericht m.E. im konkreten Anwendungsfall auch die Fällung eines entsprechenden Appellentscheids³⁴⁷ verwehrt.

2.3 "Übersteuerung" des Bundesgerichts durch Parlament und Volk – die Frage nach der Deutungshoheit über die Bundesverfassung

Wie oben dargelegt, könnte dem Bundesgericht grundsätzlich die Kompetenz zukommen, eine Umsetzungsgesetzgebung akzessorisch auf ihre Vereinbarkeit mit direkt anwendbarem

³³⁹ Vgl. TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, §9 N 5.

³⁴⁰ Siehe WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 128, 137; vgl. GRIFFEL, Zwischenbilanz, 74; vgl. auch BAUMANN, 257; vgl. bereits zu Art. 36^{sexies} aBV LENDI, in: Aubert et al., Komm. BV 1874, Art. 36^{sexies} N 51.

³⁴¹ Siehe WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 137.

³⁴² Vgl. HESSE, N 72; vgl. etwa ALIG, N 39, der eine Durchbrechung des Initiativzwecks durch E-ZWG 10 I u.a. aufgrund der geringen praktischen Tragweite (bzw. der hohen rechtlichen Hürden) für zulässig erachtet.

³⁴³ Siehe HANGARTNER, Anwendbarkeit, 137, 156.

³⁴⁴ Zur Unzulässigkeit einer solchen Aushöhlung der Initiativziele im Rahmen der Herstellung praktischer Konkordanz vgl. WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 137.

³⁴⁵ Vgl. GRIFFEL, Zwischenbilanz, 78, welcher BV 75b als "lex specialis" zu BV 103 bezeichnet; m.E. anders zu beurteilen nun ZWG 8 IV, vgl. auch Amtl. Bull. NR, 3. März 2015, 40 (3. Votum Amstutz).

³⁴⁶ Siehe GRIFFEL, Zwischenbilanz, 74 f.

³⁴⁷ Zur Möglichkeit des Erlasses eines Appellentscheides vgl. etwa BGE 136 I 65, 70 f. E. 3.2.

Gehalt von Verfassungsnormen zu prüfen. Fraglich ist aber, ob es über diese verfügen soll, wenn gegen den Ausführungserlass kein Referendum ergriffen oder dieses in einer Volksabstimmung verworfen wurde. In Frage steht m.a.W. die Kompetenzverteilung zwischen Bundesgericht, Parlament und Volk bei der Umsetzung von Volksinitiativen bzw. die "Deutungshoheit" über die Verfassung.

Durch Ergreifen des Gesetzesreferendums wird dem Volk ermöglicht, ein ihm nicht genehmes Bundesgesetz zu verhindern.³⁴⁸ Wird gegen die Gesetzgebung kein Referendum ergriffen, so bekundet es seine stillschweigende Genehmigung zum betreffenden Erlass, bei Verwerfung des Referendums ist die Zustimmung dagegen eine ausdrückliche.³⁴⁹ In beiden Fällen muss das Votum des Volkes m.E. so verstanden werden, dass es seinen in der Annahme der umzusetzenden Volksinitiative ausgedrückten "Willen" als durch die Gesetzgebung korrekt ausgeführt betrachtet.

Inwieweit in diesem Fall dem Bundesgericht noch eine Deutungshoheit über die durch Initiative aufgenommene Verfassungsnorm zukommen soll, beantwortet sich m.E. nach den *Funktionen einer Verfassungsgerichtsbarkeit*. Verfassungsgerichtsbarkeit bewegt sich in einem Spannungsfeld zwischen Demokratieprinzip und Rechtsstaatlichkeit,³⁵⁰ wobei insbesondere die Befugnis des Verfassungsrichters, eine demokratisch legitimierte Norm nicht anzuwenden, kritisiert wird.³⁵¹ Die Rechtfertigung des Eingriffs in den politischen Prozess durch den Verfassungsrichter liegt nach der wohl herrschenden Auffassung in dessen Kontrollfunktionen zum Schutz demokratischer, rechtsstaatlicher und bundesstaatlicher Essentialia, soweit sie erfahrungsgemäss nur von einem Gericht wahrgenommen werden können.³⁵² Etwa zur Verwirklichung der Grundrechte als Kerngehalt einer gerechten (materiellen) Ordnung³⁵³ führt kein Weg an einer gerichtlichen Zuständigkeit vorbei.³⁵⁴ Deshalb kann, soweit die Grundrechtskonformität eines Ausführungserlasses in Frage steht, die Deutungshoheit m.E. nur dem Verfassungsrichter, d.h. letztinstanzlich dem Bundesgericht zukommen, eine "Übersteuerung" durch Parlament bzw. Volk scheidet insofern aus. Anders gestaltet sich die Situation, wenn das Bundesgericht beurteilen soll, ob der Gesetzgeber den bereits zuvor von ihm ermittelten

³⁴⁸ Vgl. RHINOW, Demokratie, 201; vgl. SGK BV-EHRENZELLER/NOBS, Art. 141 N 5.

³⁴⁹ Vgl. RHINOW, Demokratie, 202 f. m.w.H.; vgl. SGK BV-EHRENZELLER/NOBS, Art. 141 N 14.

³⁵⁰ Statt vieler TSCHANNEN, Staatsrecht, §11 N 6; vgl. auch BÖCKENFÖRDE, 62, 69 ff., welcher die Entwicklung hin zu einem "verfassungsgerichtlichen Juridiktionsstaat" aufzeigt; vgl. bereits BRUNNER, 41, wonach die Verfassungsgerichtsbarkeit eine "Ausnahme zum Gewaltenteilungsprinzip" darstelle.

³⁵¹ Vgl. KÄLIN, 77 ff. (insb. Fn. 6) m.w.H.

³⁵² Siehe KÄLIN, 106 ff., 138 ff.; siehe MÜLLER J. P., Verfassungsgerichtsbarkeit, 70 ff.; siehe TSCHANNEN, Staatsrecht, §11 N 7 ff.

³⁵³ Siehe MÜLLER J. P., Verfassungsgerichtsbarkeit, 75.

³⁵⁴ TSCHANNEN, Staatsrecht, §11 N 13; vgl. KÄLIN, 145 f.; zur materiellen "Richtigkeit" von Mehrheitsentscheiden vgl. RHINOW, Demokratie, 182 ff.

direkt anwendbaren Gehalt einer Verankerungsnorm³⁵⁵ (z.B. Art. 75b Abs. 1 BV) beachtet. Als Behörde, welche "nur dem Recht verpflichtet" ist,³⁵⁶ erscheint das Bundesgericht zwar als für diese Aufgabe an sich geeigneteres Organ als Parlament und Volk.³⁵⁷ Der Verfassungsrichter wird jedoch bei dieser Tätigkeit zum reinen Hüter der Normenhierarchie, während jedoch insbesondere in der Schweiz, wo das Volk mit dem Referendum über ein effektives Kontrollinstrument verfügt,³⁵⁸ keine Gründe ersichtlich sind, einer gerichtlichen Instanz diese Aufgabe zu übertragen.³⁵⁹ Das Volk kontrolliert m.a.W. die korrekte Ausführung seines zuvor geäußerten Gestaltungswillens,³⁶⁰ wobei diese "Deutungshoheit" m.E. durchaus richtigerweise bei einer politischen Behörde angesiedelt ist, zumal in dieser Frage keine strukturellen Defizite des demokratischen Prozesses auszugleichen sind.³⁶¹

Somit hat das Bundesgericht in denjenigen Fällen keine Überprüfungscompetenz bezüglich der Einhaltung direkt anwendbarer Gehalte von durch Volksinitiative eingefügten Verankerungsnormen durch den Gesetzgeber, wo das Volk den Ausführungserlass durch Nichtergreifen oder Verwerfen des Referendums genehmigt³⁶² hat, soweit nicht insbesondere der Schutz grundrechtlicher Freiheiten in Frage steht.³⁶³ An diesem Schluss vermag m.E. nichts zu ändern, dass in der Literatur darauf hingewiesen wird, es sei selbstverständlich, dass die Auslegung der Verfassung durch das Bundesgericht auch von den anderen Bundesorganen als verbindlich behandelt werde, was insbesondere für die Bundesgesetzgebung gelte.³⁶⁴ Diese Aus-

³⁵⁵ Zum Begriff vgl. etwa HANGARTNER, Anwendbarkeit, 157.

³⁵⁶ Vgl. BV 191c.

³⁵⁷ So präsentiert sich die Beurteilung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen im Parlament eher als politischer denn als rechtlicher Diskurs, siehe AUER, réflexions, 125 f.; vgl. MÜLLER J. P., Verfassungsgerichtsbarkeit, 83; vgl. SGK BV-HANGARTNER/LOOSER, Art. 190 N 7.

³⁵⁸ Siehe SGK BV-EHRENZELLER/NOBS, Art. 141 N 12; vgl. RHINOW, Demokratie, 203 f.

³⁵⁹ Zur Kritik der Legitimierung der Verfassungsgerichtsbarkeit mit dem Hinweis auf die Normenhierarchie vgl. KÄLIN, 87 ff. m.w.H., insb. 89.

³⁶⁰ Deshalb können m.E. (vorbehältlich Grundrechtsverletzungen) nach Inkrafttreten des Ausführungsgesetzes nicht mehr Bestimmungen desselben als verfassungswidrig bezeichnet werden, vgl. aber betreffend aBV 24^{sexies} V WALDMANN, Moorschutz, 283 f.

³⁶¹ Anders jedoch dann, wenn es um die Wahrung grundrechtlicher Freiheiten geht, vgl. KÄLIN, 138 ff.; hingegen obliegt es selbstverständlich dem Verfassungsrichter, unter formalen Gesichtspunkten den offenen und fairen politischen Prozess, u.a. bei Durchführung des Referendums sicherzustellen, vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, §11 N 8 f.

³⁶² Vgl. KLEY, §24 N 16, wonach die Verwerfung eines Referendums rechtlich eine Genehmigung darstellt.

³⁶³ Unrichtig daher m.E. Amtl. Bull. NR, 3. März 2015, 48 (Votum Girod), wonach die Bestimmungen über "Plattformwohnungen" im ZWG durch das Bundesgericht akzessorisch geprüft werden könnten; a.A. wohl GRIFFEL, Zwischenbilanz, 74 f., der dem Gesetzgeber im Umfang des direkt anwendbaren Gehalts von Art. 75b Abs. 1 BV keinen Regelungsspielraum zubilligt; unklar diesbezüglich HANGARTNER, Unklarheiten, 477, welcher möglicherweise nur aufgrund Art. 190 BV anerkennt, das Parlament könne eine ihm nicht genehme Interpretation einer direkt anwendbaren Verfassungsnorm per Bundesgesetz durch seine eigene Auslegung ersetzen.

³⁶⁴ Vgl. MÜLLER J. P., Verfassungsgerichtsbarkeit, 89. In der Tat nimmt das Parlament etwa in den Beratungen zum Zweitwohnungsgesetz vielfach Bezug auf die bundesgerichtliche Beurteilung von Art. 75b Abs. 1 BV, etwa Amtl. Bull. NR, 3. März 2015, 33 f. (Voten Röstli und Girod).

sage dürfte sich nämlich (nur) auf die Rechtsprechung zum Schutz der Grundrechte sowie zur Gewährleistung eines offenen und fairen politischen Prozesses beziehen.³⁶⁵

2.4 Pflicht zur Beachtung der Zielsetzung einer Volksinitiative – rechtliche Einordnung

Wie oben (Ziff. IV 2.2) dargelegt, bildet nach der Literatur die Zielsetzung der umzusetzenden, durch Initiative zustande gekommenen Verfassungsnorm eine Schranke harmonisierender Auslegung durch das Parlament. Es fragt sich m.E. allerdings, wie diese Vorgabe rechtlich einzuordnen ist: Soweit insbesondere nicht die Wahrung grundrechtlicher Freiheiten in Frage steht, ist die Prüfung der Verfassungskonformität der Umsetzungsvorlage richtigerweise letztlich bei der politischen Behörde Volk angesiedelt.³⁶⁶ Diese fällt einen *politischen*, nicht rechtlichen Entscheid,³⁶⁷ nämlich darüber, ob die Umsetzungsvorlage ihrem zuvor in der Initiative geäußerten Gestaltungswillen entspricht.³⁶⁸ In Sachen Zweitwohnungsgesetz ist der politische Charakter der Problemstellung bereits in den parlamentarischen Beratungen ersichtlich, wo Verfassungskonformität bisweilen mit Achtung des "Volkswillens" gleichgesetzt wird.³⁶⁹ Dennoch ist die Beachtung des Ziels einer Volksinitiative nicht nur politisch geboten, es sind auch Grundrechtsbezüge ersichtlich: Die Pflicht des Parlaments, die Zielsetzung einer Initiative zu beachten, erinnert an die der Garantie der politischen Rechte (Art. 34 Abs. 1 BV) entnommenen Grundsätze zur Umsetzung von in Form der allgemeinen Anregung gefassten kantonalen Volksinitiativen.³⁷⁰

Jedenfalls sollten juristische Stellungnahmen³⁷¹ dem Parlament Leitlinie bei der Ausarbeitung des Ausführungserlasses sein, dient doch die durch juristische Methode geleitete Suche nach dem Zweck der neuen Verfassungsbestimmungen (u.a. auch in Abwägung sich allenfalls wi-

³⁶⁵ So erblickt MÜLLER J. P., Verfassungsgerichtsbarkeit, 70 ff. die Rechtfertigung einer Verfassungsgerichtsbarkeit ebenfalls in deren Funktion des Schutzes u.a. demokratischer und rechtsstaatlicher Essentialia.

³⁶⁶ Siehe oben, Ziff. IV 2.3.

³⁶⁷ Was für das Parlament gilt, gilt für das Volk wohl umso mehr, vgl. AUER, *réflexions*, 125 f. Zur Tatsache, dass dem Volk der nötige Sachverstand zur Beurteilung konkreter Abstimmungsfragen oft fehlt vgl. RHINOW, *Demokratie*, 227 ff.

³⁶⁸ Siehe oben Ziff. IV 2.3.

³⁶⁹ Vgl. etwa Amtl. Bull. NR, 3. März 2015, 40 (Votum Amstutz), wonach es beim Kompromiss mit Vera Weber darum gehe, "den Volkswillen umzusetzen". Beispielsweise die Bestimmungen zu "Plattformwohnungen" hätten "nichts mit dem Initiativtext zu tun". Der politische Charakter der Frage der Verfassungskonformität der Umsetzungsvorlage ergibt sich m.E. auch daraus, dass Gesetzgebung eben die zweite Stufe politischen Konsenses, d.h. meist vorwiegend *Verfassungskonkretisierung* (i.S. einer *Sinngebung*) darstellt.

³⁷⁰ Vgl. BGE 139 I 2, 9 E. 5.6, wonach die Initianten im Rahmen der Stimmrechtsbeschwerde geltend machen können, der dem Volk zur Abstimmung vorgelegte Umsetzungsentscheid entspreche nicht dem Inhalt der Initiative, verwässere diesen oder gebe ihn kaum mehr wieder. Diese Möglichkeit besteht auf Bundesebene nicht, vgl. BSK BGG-STEINMANN, Art. 88 N 8, vgl. auch Art. 189 Abs. 4 BV. Der Richter bewegt sich bei diesem Entscheid in einem Spannungsfeld zwischen Recht und Politik, vgl. BIAGGINI, *BV Komm.*, Art. 189 N 7.

³⁷¹ Kritisch zum geplanten Inhalt des Zweitwohnungsgesetzes siehe etwa ALIG sowie DETTWILER, Entwurf, 341 ff. und GRIFFEL, *Zwischenbilanz*, 73 ff., ferner WALDMANN BERNHARD, zitiert in: *NZZ* Nr. 267 vom 17. November 2014, 8.

dersprechender Verfassungsziele) dazu, den Intentionen des Volkes bei Annahme der Initiative nachzuforschen³⁷² und damit prospektiv eine mehrheitsfähige Vorlage zu erarbeiten.

2.5 *Beispielhafte prospektive*³⁷³ *Kurzbeurteilung der Verfassungskonformität von Art. 8 Abs. 4 ZWG*

Während des Gesetzgebungsverfahrens hat insbesondere Art. 9 Abs. 2 E-ZWG Kritik hervorgerufen: Dieser hätte eine vollständige Umwandlung strukturierter Beherbergungsbetriebe in nicht bewirtschaftete Zweitwohnungen ermöglicht. Nachdem der Ständerat die Bestimmung zunächst strich,³⁷⁴ setzte sich schliesslich der im Nationalrat beschlossene Kompromiss durch, wonach solche Beherbergungsbetriebe zu maximal fünfzig Prozent der Hauptnutzfläche umgenutzt werden dürfen.³⁷⁵ Die ursprüngliche Bestimmung stiess in der Lehre auf Kritik: Sie betreibe Strukturpolitik mit Mitteln, welche der Intention von Art. 75b BV zuwiderlaufen würden, wobei dies auch mit einer harmonisierenden Verfassungsauslegung nicht zu rechtfertigen sei.³⁷⁶ Wie oben dargelegt (Ziff. IV 2.2), ist es dem Gesetzgeber verwehrt, im Rahmen einer harmonisierenden Auslegung den Initiativzweck auszuhöhlen, d.h. die Beeinträchtigung des Zwecks von Art. 75b BV muss m.a.W. mit Blick auf das Interesse an Berücksichtigung des gegenläufigen Ziels einer anderen Verfassungsbestimmung *verhältnismässig* sein. Eine vollständige Umwandlung nicht mehr rentabler Beherbergungsbetriebe in Zweitwohnungen würde zu einer Minimierung der Einschränkungen von Eigentumsgarantie (Art. 26 Abs. 1 BV) und Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) führen,³⁷⁷ jedoch deutlich der ortsbildbezogenen Zwecksetzung von Art. 75b BV zuwiderlaufen.³⁷⁸ Als Beispiel sei die Gemeinde St. Moritz GR genannt, in welcher diverse markante Hotelgebäude das Ortsbild prägen.³⁷⁹ Zwar sind diese ebenfalls nur während der Saison belegt, jedoch erfüllt der Hotelbetrieb wohl i.d.R. an wesentlich mehr Tagen pro Jahr das Ortsbild mit Leben als die Zweitwohnungsnutzung.³⁸⁰

³⁷² Angesprochen ist hier primär die teleologische bzw. objektiv-historische Auslegung, vgl. WALDMANN, Sperrige Verfassungsnorm, 128; vgl. auch oben, Ziff. II 2.1.3.

³⁷³ *Prospektiv* ist die Beurteilung deshalb, weil der Ausführungserlass nach seinem Inkrafttreten aufgrund der ausdrücklichen bzw. stillschweigenden Genehmigung durch das Volk nicht mehr als verfassungswidrig bezeichnet werden kann – Grundrechtsverletzungen vorbehalten (siehe oben Fn. 360).

³⁷⁴ Vgl. ZWG, Fahne Herbstsession 2014 Beschluss Ständerat (www.parlament.ch > Suche > 14.023 > Anträge/Fahnen).

³⁷⁵ Art. 8 Abs. 4 ZWG Ingress.

³⁷⁶ Siehe GRIFFEL, Zwischenbilanz, 78 f.; vgl. auch die deutliche Kritik bei DETTWILER, Entwurf, 345 f.; vgl. bereits die Kritik zum inhaltlich ähnlichen Art. 3 Abs. 3 ZWVO bei LUSTENBERGER, 54 f.

³⁷⁷ Vgl. SGK BV-RUCH, Art. 75b N 27.

³⁷⁸ Zu den Zwecksetzungen von BV 75b vgl. oben Ziff. II 4.1.2; vgl. auch GRIFFEL, Zwischenbilanz, 78 f.

³⁷⁹ Zu nennen ist etwa das prominent gelegene "Badrutt's Palace Hotel".

³⁸⁰ Vgl. ARE Planungshilfe, 34, wonach die durchschnittliche Belegung von nicht touristisch bewirtschafteten Zweitwohnungen bei 30-40 Tagen im Jahr liegt; vgl. hingegen etwa die Öffnungszeiten "Badrutt's Palace Hotel" (<http://www.badruttspalace.com/wohnen/allgemeines/oeffnungszeiten/>, zuletzt besucht am 4. Juni 2015), wonach das Hotel ca. sechs Monate pro Jahr geöffnet ist.

Angesichts der Tatsache, dass dem Bund zahlreiche Alternativmassnahmen zur Wirtschaftsförderung offen stehen,³⁸¹ überwiegt m.E. das Interesse an Durchsetzung des in Art. 75b BV geforderten Ortsbildschutzes.³⁸² Gegen die definitive Fassung dieser nun in Art. 8 Abs. 4 ZWG verankerten Bestimmung, welche bloss eine Umwandlung zu fünfzig Prozent der Hauptnutzfläche zulässt, bestehen hingegen prospektiv wohl keine verfassungsrechtlichen Bedenken.³⁸³

V. Schlussfolgerungen

Die Befugnis des Bundesgerichts zur Auslegung von Verfassungsbestimmungen wird durch das *Legalitätsprinzip* beschränkt: Dem Verfassungsrichter obliegt bei der Anwendung von Verfassungsnormen die bisweilen heikle (Zuständigkeits-)Prüfung, ob eine Norm genügend bestimmt ist, um von ihm (direkt) umgesetzt zu werden. Dabei ist den Besonderheiten der Auslegung von durch Volksinitiativen zustande gekommenem Verfassungsrecht Rechnung zu tragen. Nach der hier vertretenen Auffassung hat das Bundesgericht in BGE 139 II 243 bei der Annahme eines weit gefassten vorsorglichen Baubewilligungsverbotese seine Kompetenz überschritten. Ferner wird bei der Auslegung von Art. 197 Ziff 9 Abs. 2 BV eine gewisse Gefahr der Überbetonung des Initiativzwecks auf Kosten der Rechtssicherheit erkennbar: Auch konzeptionelle Mängel von Volksinitiativen entbinden den Verfassungsrichter nicht von der Pflicht, ein *vernünftiges* Auslegungsergebnis zu verfolgen. Ansonsten wird die Voraussehbarkeit staatlichen Handelns (insbesondere das der Judikative) empfindlich beeinträchtigt.

Das grammatikalische wie auch das historische Auslegungselement weisen deutlich darauf hin, dass der Bundesrat nach geltendem Recht nicht die Zuständigkeit hat, Vollzugsverordnungen zu Verfassungsbestimmungen zu erlassen. Diese Feststellung entzieht der Zweitwohnungsverordnung ihre kompetenzrechtliche Grundlage. Besteht nach der Annahme von Volksinitiativen das Bedürfnis nach einer raschen Klärung der Rechtslage, erweist sich eine bundesrätliche Vollzugsverordnung nicht nur als unzulässiges, sondern auch ungeeignetes Instrument. Zweckmässig ist in solchen Fällen der Erlass eines dringlichen Bundesgesetzes.

Art. 190 BV vermag eine Nichtanwendung des Ausführungserlasses aufgrund festgestellter Verfassungswidrigkeit wirksam zu verhindern, sofern, wie bei der Umsetzungsgesetzgebung

³⁸¹ Vgl. etwa die Übersicht des Instrumentariums bei BIAGGINI, Komm. BV, Art. 103 N 7.

³⁸² Vgl. DETTWILER, Entwurf, 345, wonach gestützt auf Art. 103 BV mit Blick auf Art. 75b BV allenfalls andere Mittel der Hotellerieförderung zu ergreifen sind.

³⁸³ Mit einer Begrenzung des Zweitwohnungsbaus auf fünfzig Prozent der Hauptnutzfläche wird im Sinne eines Interessenausgleichs ein lebendiges Erscheinungsbild des Gebäudes sichergestellt, vgl. Amtl. Bull. NR, 3. März 2015, 40 (Voten Amstutz).

zu Art. 75b BV, die allenfalls verletzten Grundrechte nicht (vollständig) von der EMRK abgedeckt werden. Es wäre denkbar, dass das Bundesgericht die Vereinbarkeit des Ausführungserlasses mit dem direkt anwendbaren Gehalt der umzusetzenden Verfassungsnorm akzessorisch prüft. Sofern keine Grundrechtsverletzungen in Frage stehen, liegt jedoch die "Deutungshoheit" über den Verfassungsinhalt m.E. beim demokratischen Gesetzgeber, d.h. bei Parlament und Volk. Daraus folgt die Möglichkeit, ein vor Erlass des Umsetzungsgesetzes ergangenes Bundesgerichtsurteil, welches den direkt anwendbaren Gehalt der betreffenden Verfassungsnorm definiert, im Gesetzgebungsprozess zu "übersteuern". Die gesetzgeberische Pflicht zur Beachtung der Zielsetzung einer Volksinitiative weist Bezüge auf zur Garantie der politischen Rechte, sie lässt sich aber im Bund nicht per Stimmrechtsbeschwerde durchsetzen.

