Urteilskopf

139 II 243

16. Auszug aus dem Urteil der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. A. und Mitb. gegen L. AG und Gemeinde Breil/Brigels (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) 1C_646/2012 vom 22. Mai 2013

Regeste (de):
Beschränkung des Zweitwohnungsbaus (Art. 75b und 197 Ziff. 9 BV); unmittelbare Anwendbarkeit der neuen Verfassungsbestimmungen seit dem 11. März 2012.

Überblick über den Meinungsstand (E. 2-7).

Inkrafttreten der neuen Verfassungsbestimmungen am 11. März 2012 (E. 8).

Art. 75b Abs. 1 i.V.m. Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV enthält ein unmittelbar anwendbares Baubewilligungsverbot für Zweitwohnungen in Gemeinden, in denen der 20-%-Anteil erreicht oder überschritten ist (E. 9 und 10).

Dieses Verbot gilt für alle Baubewilligungen, die seit dem 11. März 2012 in den betroffenen Gemeinden erstinstanzlich erteilt worden sind: Vor dem 1. Januar 2013 erteilte Bewilligungen sind auf Anfechtung hin aufzuheben; später erteilte Baubewilligungen sind nach Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV nichtig (E. 11).

Regeste (fr):
Limitation des résidences secondaires (art. 75b et 197 ch. 9 Cst.); application immédiate des nouvelles dispositions constitutionnelles dès le 11 mars 2012.

Aperçu des divers avis sur la question (consid. 2-7).

Entrée en vigueur des nouvelles dispositions constitutionnelles le 11 mars 2012 (consid. 8).

L'art. 75b al. 1, en relation avec l'art. 197 ch. 9 al. 2 Cst., contient une interdiction de construire immédiatement applicable pour les résidences secondaires dans les communes où la proportion de 20 % est déjà atteinte ou dépassée (consid. 9 et 10).

Cette interdiction vaut pour toutes les autorisations de construire délivrées en première instance par les communes concernées à partir du 11 mars 2012: les permis délivrés avant le 1er janvier 2013 sont annulables sur recours, alors que les permis délivrés après cette date sont nuls en vertu de l'art. 197 ch. 9 al. 2 Cst. (consid. 11).

Regesto (it):
Limitazione delle abitazioni secondarie (art. 75b e 197 n. 9 Cost.); applicabilità immediata delle nuove disposizioni costituzionali dall'11 marzo 2012.

Panoramica dei diversi pareri sulla questione (consid. 2-7).

Entrata in vigore delle nuove disposizioni costituzionali l'11 marzo 2012 (consid. 8).

L'art. 75b cpv. 1 in relazione con l'art. 197 n. 9 cpv. 2 Cost. contiene un divieto di rilasciare licenze edilizie immediatamente applicabile per le residenze secondarie nei Comuni in cui la quota del 20 % è già raggiunta o superata (consid. 9 e 10).

Questo divieto vale per tutte le licenze edilizie rilasciate in prima istanza nei Comuni interessati a partire dall'11 marzo 2012: i permessi di costruzione rilasciati prima del 1°gennaio 2013 sono annullabili su ricorso, mentre quelli concessi dopo questa data sono nulli in virtù dell'art. 197 n. 9 cpv. 2 Cost. (consid. 11).

Sachverhalt ab Seite 244

BGE 139 II 243 S. 244

A. Am 13. Juli 2012 reichte die L. AG ein Baugesuch für ein Mehrfamilienhaus (...) in der Dorferweiterungszone D3 der Gemeinde Breil/Brigels ein. (...) Gegen das Bauvorhaben erhoben mehrere Stockwerkeigentümer der benachbarten Grundstücke (...) Einsprache. Sie beriefen sich insbesondere auf die Verletzung der neuen Verfassungsbestimmung über Zweitwohnungen (Art. 75b BV). Mit Bau- und Einspracheentscheid vom 20. August 2012 wies der Gemeindevorstand Breil/Brigels die Einsprache ab und erteilte der Bauherrschaft am 21. August 2012 die Baubewilligung unter Auflagen und Bedingungen.

B. Dagegen reichten die Einsprecher Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden ein. Dieses wies die Beschwerde am 12. November 2012 ab. Es ging davon aus, Art. 75b BV und seine Übergangsbestimmungen (Art. 197 Ziff. 9 BV) seien erst auf Baubewilligungen anwendbar, die ab dem 1. Januar 2013 erteilt würden.

C. Dagegen haben die Einsprecher am 13. Dezember 2012 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und subsidiäre Verfassungsbeschwerde ans Bundesgericht erhoben. (...) Am 22. Mai 2013 hat das Bundesgericht die Beschwerde in öffentlicher Sitzung gutgeheissen. Es hob die angefochtenen Entscheide auf und verweigerte die Baubewilligung. (Auszug)

Erwägungen

BGE 139 II 243 S. 245

Aus den Erwägungen:

2. Das Verwaltungsgericht führte aus, dass die neue Verfassungsbestimmung gemäss Art. 195 BV an dem Tag in Kraft getreten sei, an dem sie von Volk und Ständen angenommen wurde, mithin am 11. März 2012. Das Stimmvolk habe jedoch dem in Art. 75b BV angelegten faktischen Baustopp für Zweitwohnungen in Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von über 20 % nur unter Berücksichtigung der übergangsrechtlichen Regelung von Art. 197 Ziff. 9 BV (in den Abstimmungsunterlagen noch Art. 197 Ziff. 8 BV) zugestimmt. Der neue Art. 75b BV dürfe deshalb nur zusammen mit dem neuen Art. 197 Ziff. 9 BV gelesen und verstanden werden. (...) Daraus ergebe sich, dass bis zum 31. Dezember 2012 schweizweit noch das bestehende Recht gelte. Dies habe zur Folge, dass auch in jenen Gemeinden wie Breil/Brigels, welche die kritische Grenze von 20 % Zweitwohnungen überschritten haben, im Jahr 2012 noch Baubewilligungen für Zweitwohnungen erteilt werden durften. (...)

3. Im gleichen Sinne haben auch die verwaltungsgerichtlichen Abteilungen der Kantone Wallis (Urteil A1 12 176 vom 23. Oktober 2012) und Waadt (Urteil AC.2012.0127 vom 22. November 2012) entschieden. (...)

4. Die Beschwerdeführer machen dagegen geltend, Art. 75b BV sei am 11. März 2012 in Kraft getreten und müsse ab diesem Zeitpunkt auch angewendet werden. Im vorliegenden Fall sei völlig unstreitig, dass es sich beim Bauvorhaben um einen Zweitwohnungsbau handle und dass der Anteil an Zweitwohnungen in Breil/Brigels über 20 % liege; hieran ändere auch die Verordnung des Bundesrates nichts. Die den Initianten der Zweitwohnungsinitiative nahestehende Vereinigung Helvetia Nostra, die Beschwerde gegen zahlreiche Baubewilligungen für Zweitwohnungen erhoben hat, vertritt die Auffassung, dass Art. 75b Abs. 1 BV genügend präzise sei, um unmittelbar angewendet zu werden. (...) Aus Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV e contrario ergebe sich lediglich, dass Baubewilligungen, die nach dem 11. März 2012 und vor dem 1. Januar 2013 erteilt worden sind, nicht nichtig, sondern anfechtbar seien. Es sei nicht vorstellbar, dass das Volk mit der Zustimmung zur Initiative die massive und missbräuchliche Erteilung von Baubewilligungen für Zweitwohnungen bis zum 31. Dezember 2012 gewollt habe. (...)

5. Die Gemeinde Breil/Brigels schliesst sich der Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts Graubünden an. (...) Art. 75b Abs. 1 i.V.m. Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV könne auch nicht erstmals im bundesgerichtlichen Verfahren angewendet werden. Dem stehe bereits die Spezialregelung in Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV entgegen, die auf den Zeitpunkt der Erteilung der Baubewilligung abstelle. (...)

6. In einer ersten Stellungnahme vom 15. März 2012 zur Annahme der Zweitwohnungsinitiative ging das Bundesamt für Raumentwicklung (ARE) davon aus, dass Art. 75b BV (...) auf alle Baugesuche anwendbar [sei], die nach dem 11. März 2012 eingereicht werden. Gebe es Zweifel an der Übereinstimmung mit dem neuen Verfassungsartikel, so seien die Baugesuchsverfahren zu sistieren, bis die Ausführungsgesetzgebung in Kraft sei und das Gesuch beurteilt werden könne. (...)
In seinem Erläuternden Bericht zur Verordnung über Zweitwohnungen vom 17. August 2012 (S. 17 f. zu Art. 9) führt das ARE aus, dass Art. 75b BV mindestens teilweise direkt anwendbar sei. Namentlich Art. 75b Abs. 1 BV, wonach der Anteil an Zweitwohnungen am Gesamtbestand der Wohneinheiten und der für Wohnzwecke genutzten Bruttogeschossfläche einer Gemeinde auf 20 % beschränkt sei, lasse sich direkt anwenden, noch bevor das in Art. 75b BV vorgesehene Ausführungsrecht erlassen sei. Die Spielräume bei der Auslegung des Begriffs der Zweitwohnung hinderten die direkte Anwendbarkeit nicht. Zwar nehme die Verordnung bloss auf die Gesamtheit der Wohneinheiten und nicht auch auf die Bruttogeschossfläche Bezug (weil die nötigen Daten für die Bruttogeschossfläche nicht innert nützlicher Frist beschafft werden könnten); die 20 %-Quote sei jedoch bereits erreicht bzw. überschritten, wenn sie auch nur für einen der beiden Parameter, nämlich den Gesamtbestand der Wohnungen, erfüllt sei.

7. In der Literatur werden unterschiedliche Auffassungen vertreten.

7.1 [Zusammenfassung: Gegen die unmittelbare Anwendbarkeit der neuen Verfassungsbestimmungen für Baubewilligungen, die vor dem 1. Januar 2013 erteilt wurden, plädieren: - ERIC BRANDT, Résidences secondaires: premières jurisprudences cantonales, Plaidoyer 6/2012 S. 38 ff., insb. 42 f.; - JEANRENAUD/SULC, Lex Weber: premiers commentaires de l'ordonnance dans l'attente de la législation d'exécution, Not@lex, Revue de droit privé et fiscal du patrimoine 4/2012 S. 165 ff., insb. 185 f.;

- RAMEL/FAVRE, "Lex Weber": le jour après..., Anwaltsrevue 6-7/2012 S. 279 ff., insb. 285 f.; - FABIAN MÖSCHING, Ab welchem Zeitpunkt ist die Zweitwohnungsinitiative anwendbar?, Jusletter 10. Dezember 2012, Rz. 25, 35 und 41 ff.; - GEORG M. GANZ, Zweitwohnungsinitiative: Verfassungsauftrag und Umsetzung, Jusletter 10. Dezember 2012, Rz. 33; - ROLAND NORER, Zum Geltungsbereich der Zweitwohnungsverordnung, in: Rechtliche Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative, Norer/Rütsche (Hrsg.), 2013, S. 11 ff., insb. 36 f.]

7.2 BERNHARD WALDMANN (Die Zweitwohnungsverordnung [im Folgenden: Zweitwohnungsverordnung], Jusletter 10. Dezember 2012; derselbe, Zweitwohnungen - vom Umgang mit einer sperrigen Verfassungsnorm [im Folgenden: Zweitwohnungen], in: SchweizerischeBaurechtstagung 2013, S. 123 ff.) teilt den Ansatz des Verwaltungsgerichts Graubünden, kommt aber zu einem anderen Ergebnis für Baubewilligungen, die am 1. Januar 2013 noch nicht rechtskräftig geworden sind. Er ist der Auffassung, dass Art. 75b BV primär einen Gesetzgebungsauftrag enthalte mit dem Ziel, die Obergrenze des Zweitwohnungsanteils in allen Gemeinden einzuhalten, d.h. auch in solchen, in denen der Anteil heute bereits überschritten sei (Zweitwohnungen, a.a.O., S. 136). Um zu verhindern, dass bis zum Inkrafttreten der Ausführungsgesetzgebung die Zielsetzungen der neuen Verfassungsnorm unterlaufen werden, statuiere Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV ein vorsorgliches Baubewilligungsverbot für Zweitwohnungen (Zweitwohnungen, a.a.O., S. 140). Nur dieses vorübergehende Verbot entfalte unmittelbare Rechtswirkungen; sein Geltungsbereich und Inhalt würden durch die vom Bundesrat erlassene Zweitwohnungsverordnung konkretisiert (Zweitwohnungsverordnung, a.a.O., Rz. 6 und 7; Zweitwohnungen, a.a.O., S. 140 ff.). Der Bundesrat habe das Inkrafttreten der Verordnung und damit auch den Geltungsbereich des vorsorglichen Baubewilligungsverbots auf den 1. Januar 2013 angesetzt. Dieser Entscheid sei angesichts des Wortlauts von Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV vertretbar (...) (Zweitwohnungen, a.a.O., S. 142/143; Zweitwohnungsverordnung, a.a.O., Rz. 21). (...) Dagegen komme das neue Recht für alle Baubewilligungen zur Anwendung, die am 1. Januar 2013 noch nicht rechtskräftig geworden seien. Die Zweitwohnungsinitiative sei Ausdruck

eines erheblichen öffentlichen Interesses, das eine unmittelbare Anwendung im Beschwerdeverfahren gegen Verfügungen finden müsse, die noch unter dem alten Recht erlassen worden seien (Zweitwohnungsverordnung, a.a.O., Rz. 23 f.; Zweitwohnungen, a.a.O., S. 143). Nach der von WALDMANN vertretenen Auffassung hätte somit das Verwaltungsgericht (das noch 2012 entschied) die vorliegend streitige Baubewilligung zu Recht nach altem Recht bestätigt; das Bundesgericht, das nach dem 1. Januar 2013 entscheidet, müsste sie jedoch in Anwendung von Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV für nichtig erklären.

7.3 JACQUES DUBEY (La Suisse: son territoire, sa démocratie et son fédéralisme, Le point sur les résidences secondaires et la révision de la LAT, in: Journées suisses du droit de la construction, 2013, S. 93 ff.) vertritt einen ähnlichen Ansatz wie WALDMANN (...). Im Unterschied zu WALDMANN ist DUBEY jedoch der Auffassung, dass dieses Moratorium für sämtliche ab dem 1. Januar 2013 erteilte Bewilligungen für Zweitwohnungen gilt; diese seien nichtig, unabhängig vom Zweitwohnungsanteil in der betreffenden Gemeinde (a.a.O., S. 113 f.). Allerdings hält DUBEY diesen weiten Anwendungsbereich selbst für unverhältnismässig, weshalb der Bundesrat befugt gewesen sei, den Anwendungsbereich des Moratoriums per Polizeiverordnung einzuschränken (a.a.O., S. 124). (...)

7.4 [Zusammenfassung: Andere Autoren teilen die Auffassung des ARE, wonach Art. 75b Abs. 1 BV jedenfalls die Bewilligung von Baugesuchen verbiete, die nach diesem Datum eingereicht wurden: - ARNOLD MARTI, Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative - ungelöste Rätsel und des Pudels Kern, ZBl 113/2012 S. 281 f.; - MICHEL ROSSINELLI, Résidences secondaires: l'illusion des cantons alpins, Le Temps, 31. August 2012; -

ANASTASI/CANONICA/MOLO, Riflessioni sulla limitazione delle residenze secondarie, Dalla Costituzione al progetto di ordinanza, Jusletter 2. Juli 2012, Rz. 3; - EMANUEL DETTWILER, Die Zweitwohnungsverordnung. Eine Übersicht mit ausgewählten Schwerpunkten, SJZ 109/2013 S. 89 ff.]

8. Gemäss Art. 195 BV und Art. 15 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte (BPR; SR 161.1) treten Änderungen der Bundesverfassung mit der Annahme durch Volk und Stände in Kraft, sofern die Vorlage nichts anderes bestimmt,

und zwar unabhängig vom Datum ihrer Publikation in der Amtlichen Sammlung (vgl. Botschaft vom 22. Oktober 2003 zum Publikationsgesetz, BBl 2003 7729). Art. 75b BV und seine Übergangsbestimmungen sind daher am 11. März 2012 in Kraft getreten. Verfassungsbestimmungen können genügend bestimmt sein, um mit ihrem Inkrafttreten ohne ausführende Gesetzgebung (ganz oder teilweise) mit Wirkungen auch für Private unmittelbare Anwendung zu finden (vgl. YVO HANGARTNER, Unmittelbare Anwendbarkeit völker- und verfassungsrechtlicher Normen, ZSR 126/2007 I S. 154 ff.). Ob dies der Fall ist, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln (BGE 139 I 16 E. 4.2.3 S. 25 f. mit Hinweisen). Verfassungsbestimmungen sind grundsätzlich nach denselben Regeln auszulegen wie Normen des einfachen Gesetzesrechts (BGE 131 I 74 E. 4.1 S. 80; BGE 128 I 327 E. 2.1 S. 330 mit Hinweisen; RHINOW/SCHEFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 109 Rz. 527); allerdings ist gewissen verfassungsrechtlichen Besonderheiten Rechnung zu tragen (vgl. dazu BGE 139 I 16 E. 4.2 S. 24 ff. mit Hinweisen). Auszurichten ist die Auslegung auf die ratio legis, die zu ermitteln dem Gericht allerdings nicht nach seinen eigenen, subjektiven Wertvorstellungen, sondern nach den Vorgaben des Gesetz- bzw. Verfassungsgebers aufgegeben ist (BGE 128 I 34 E. 3b S. 40 f.). Beruht eine Verfassungsbestimmung auf einer Volksinitiative, ist das subjektive Verständnis der Initianten nicht massgeblich. Dagegen können die Begründung der Initiative sowie Argumente und Stellungnahmen der Initianten wie auch der Initiativgegner und der Behörden im Vorfeld der Abstimmung im Rahmen der historischen Auslegung berücksichtigt werden (Urteil 1P.292/2003 vom 5. April 2004 E. 1.4, nicht publ. in: BGE 130 I 134.; BGE 129 I 392 E. 2.2 S. 395).

9. Ausgangspunkt der Auslegung ist der Text der Verfassungsbestimmung. Dieser lautet: Art. 75b Zweitwohnungen
1 Der Anteil von Zweitwohnungen am Gesamtbestand der Wohneinheiten und der für Wohnzwecke genutzten Bruttogeschossfläche einer Gemeinde ist auf höchstens 20 Prozent beschränkt. 2 Das Gesetz verpflichtet die Gemeinden, ihren Erstwohnungsanteilplan und den detaillierten Stand seines Vollzugs alljährlich zu veröffentlichen.

Art. 197
(...)
9. Übergangsbestimmungen zu Art. 75b (Zweitwohnungen)
1 Tritt die entsprechende Gesetzgebung nach Annahme von Artikel 75b nicht innerhalb von zwei Jahren in Kraft, so erlässt der Bundesrat die nötigen Ausführungsbestimmungen über Erstellung, Verkauf und Registrierung im Grundbuch durch Verordnung. 2 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.

9.1 Art. 75b Abs. 1 BV setzt einen Höchstanteil von 20 % für Zweitwohnungen fest. Dieser gilt sowohl für den Gesamtbestand der Wohneinheiten als auch für die für Wohnzwecke genutzte Bruttogeschossfläche einer Gemeinde. Die Verfassungsbestimmung enthält damit eine präzise Vorgabe zum Zweitwohnungsanteil, die grundsätzlich einer direkten Anwendung zugänglich erscheint (anders als der in Art. 8 Abs. 2 RPG verwendete unbestimmte Begriff des "ausgewogenen Verhältnisses" von Erst- und Zweitwohnungen). Auch die Formulierung "ist ... beschränkt" deutet darauf hin, dass es sich um eine unmittelbar verbindliche Vorgabe handelt. Art. 75b Abs. 2 BV enthält dagegen klarerweise einen Gesetzgebungsauftrag, um die Veröffentlichung von Erstwohnungsanteilplänen und den Vollzug durch die Gemeinden sicherzustellen. Auch Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV geht davon aus, dass es für die Umsetzung von Art. 75b Abs. 1 BV weiterer Ausführungsbestimmungen bedarf, insbesondere "über Erstellung, Verkauf und Registrierung im Grundbuch". Hierfür wird dem Gesetzgeber eine Frist von zwei Jahren eingeräumt, ansonsten der Bundesrat befugt ist, die nötigen Ausführungsbestimmungen zu erlassen.
Immerhin lässt sich Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV entnehmen, dass die neue Verfassungsbestimmung schon vor Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen gewisse Rechtswirkungen entfalten soll, insoweit also direkt anwendbar ist. Nach dieser Bestimmung sind Baubewilligungen für Zweitwohnungen, die zwischen dem 1. Januar 2013 und dem Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen erteilt werden, nichtig. Würde man diese Bestimmung isoliert anwenden, wären ab diesem Datum alle Baubewilligungen für Zweitwohnungen in der ganzen Schweiz nichtig, unabhängig vom Zweitwohnungsanteil der Gemeinde; dies kann nicht gemeint sein. Vielmehr

ist davon auszugehen, dass Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV auf Art. 75b Abs. 1 BV verweist, d.h. der Grundbestimmung zu entnehmen ist, welche Baubewilligungen bis zum Inkrafttreten der Ausführungsgesetzgebung unzulässig bzw. nichtig sind (so auch WALDMANN, Zweitwohnungen, a.a.O., S. 140). Art. 75b Abs. 1 BV begrenzt den Anteil von Zweitwohnungen pro Gemeinde auf höchstens 20 %. Ist dieser Anteil (sei es am Gesamtbestand der Wohneinheiten, sei es an der für Wohnzwecke genutzten Bruttogeschossfläche) in einer Gemeinde bereits erreicht oder überschritten, so ergibt sich grundsätzlich unmittelbar aus der Verfassung, dass keine weiteren Baubewilligungen für Zweitwohnungen erteilt werden dürfen (so auch ARE, Erläuternder Bericht, S. 17 f.). Umgekehrt dürfen in Gemeinden, die den Plafond noch nicht erreicht haben, neue Zweitwohnungen weiterhin bewilligt werden (vorbehältlich restriktiverer Bestimmungen des kantonalen oder kommunalen Baurechts). Dementsprechend beschränkt sich auch das in Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV enthaltene Bewilligungsverbot für Zweitwohnungen auf Gemeinden mit einem Zweitwohnungsanteil von 20 % und mehr. Das Baubewilligungsverbot nach Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV gilt bis zum Inkrafttreten der Ausführungsgesetzgebung und soll verhindern, dass die angestrebte Plafonierung von Zweitwohnungen auf 20 % negativ präjudiziert wird, indem bereits in der Übergangszeit Baubewilligungen für Zweitwohnungen erteilt werden. Es handelt sich somit um ein vorläufiges Verbot, das im Ergebnis einem Baustopp bzw. einer Planungszone gleichkommt, in allen Gemeinden, in denen der 20 %-Anteil erreicht oder überschritten ist.

9.2 Diese Auslegung kann sich auf den Titel der Initiative ("Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen") und die Materialien stützen: So ging der Bundesrat in seiner Botschaft vom 29. Oktober 2008 zur eidgenössischen Volksinitiative "Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen!" (BBl 2008 8757 ff., insb. Ziff. 4.2 S. 8766 f. [im Folgenden: Botschaft]) wie auch in den Erläuterungen zur Volksabstimmung vom 11. März 2012 S. 12 (im Folgenden: Abstimmungserläuterungen) davon aus, dass die Initiative zu einem "Baustopp" für Zweitwohnungen in Tourismusorten führen werde (vgl. die Zitate unten E. 11.4).

9.3 Davon gehen im Grundsatz auch die kantonalen Verwaltungsgerichte (oben E. 2 und 3) und die Literatur (oben E. 7) aus. Streitig ist

jedoch, ob dieses Baubewilligungsverbot auf Zweitwohnungsbauten Anwendung findet, die zwischen dem 11. März und dem 31. Dezember 2012 bewilligt worden sind. Dagegen werden im Wesentlichen zwei Einwände erhoben: - Zum einen wird geltend gemacht, dass die Verfassungsbestimmungen zu unbestimmt seien, um sie unmittelbar anzuwenden, weshalb sie zunächst noch durch den Gesetz- oder Verordnungsgeber konkretisiert werden müssten. Die Zweitwohnungsverordnung sei jedoch erst am 1. Januar 2013 in Kraft getreten und könne somit auf den streitigen Zeitraum nicht angewendet werden (vgl. dazu im Folgenden, E. 10). - Zum anderen wird aus Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV e contrario geschlossen, dass bis zum 1. Januar 2013 noch das alte Recht anwendbar sei (vgl. dazu unten, E. 11).

10. Die unmittelbare Anwendbarkeit einer Verfassungsbestimmung setzt voraus, dass Tatbestand und Rechtsfolgen genügend genau formuliert sind: Das Legalitätsprinzip verlangt eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit der anzuwendenden Rechtssätze im Dienste des Gesetzesvorbehalts, der Rechtssicherheit und der rechtsgleichen Rechtsanwendung (BGE 135 I 169 E. 5.4.1 S. 173; BGE 132 I 49 E. 6.2 S. 58 f.; je mit Hinweisen). Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen. Er hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidungen, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab (BGE 136 I 87 E. 3.1 S. 90 f. mit Hinweisen). Im Folgenden ist zu prüfen, ob insbesondere der Begriff der Zweitwohnung, der sowohl in Art. 75b Abs. 1 als auch in Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV verwendet wird, hinreichend bestimmt ist, um den Anwendungsbereich des Baubewilligungsverbots bis zur gesetzlichen Konkretisierung umreissen zu können.

10.1 Der Begriff der Zweitwohnung wird nicht nur in Art. 75b BV, sondern auch in anderen Gesetzen und Verordnungen verwendet: In Art. 8 Abs. 2 RPG (in der Fassung vom 17. Dezember 2010, in Kraft seit 1. Juli 2011) werden die Kantone verpflichtet, in ihren Richtplänen Gebiete zu bezeichnen, in denen besondere

Massnahmen ergriffen werden müssen, um ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Erst- und Zweitwohnungen sicherzustellen. Der Begriff der Zweitwohnung wird weder im Gesetz noch in der Verordnung definiert. In seiner Planungshilfe für die kantonale Richtplanung "Zweitwohnungen" vom Juni 2010 (Ziff. 3 S. 8) geht das ARE davon aus, dass Zweitwohnung jede Wohnung ist, die keine Erst- oder Hauptwohnung ist. Als Erst- oder Hauptwohnung gelten Wohnungen, die entweder von Ortsansässigen genutzt werden (als Eigentümer oder in Miete), d.h. von Personen mit zivilrechtlichem Wohnsitz nach Art. 23 ZGB, oder die von Personen bewohnt werden, die am Ort oder in der Region berufstätig sind bzw. in Ausbildung stehen und über eine Aufenthaltsbewilligung verfügen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erstreckt sich die verfassungsmässig vorgesehene Wohneigentumsförderung (Art. 108 BV) nur auf Erst- und nicht auf Zweitwohnungen (BGE 132 I 157 E. 5.3 S. 165 mit Hinweisen). Dementsprechend schliessen Art. 2 Abs. 3 des Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetzes vom 4. Oktober 1974 (WEG; SR 843) und Art. 3 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 21. März 2003 über die Förderung von preisgünstigem Wohnraum (Wohnraumförderungsgesetz, WFG; SR 842) Zweit- und Ferienwohnungen von ihrem Anwendungsbereich aus. Die Nutzung einer geförderten Wohnung als Zweitwohnung stellt eine Zweckentfremdung dar (Art. 15 Abs. 1 der Verordnung vom 30. November 1981 zum WEG [VWEG; SR 843.1]). Art. 4 Abs. 1 der Verordnung vom 3. Oktober 1994 über die Wohneigentumsförderung

mit Mitteln der beruflichen Vorsorge (WEFV; SR 831.411) verlangt, dass die Wohnnutzung am Wohnsitz oder am gewöhnlichen Aufenthalt der versicherten Person erfolgen muss.
Das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG; SR 211.412.41) unterscheidet zwischen Haupt-, Zweit- und Ferienwohnungen. Art. 2 Abs. 2 lit. b BewG i.V.m. Art. 5 der dazugehörigen Verordnung vom 1. Oktober 1984 (BewV; SR 211.412.411) definiert nur die Hauptwohnung, die sich am Ort des rechtmässigen und tatsächlichen Wohnsitzes des Erwerbers befinden muss. Während der Erwerb einer Hauptwohnung bewilligungsfrei ist, kann der Erwerb einer Zweitwohnung bewilligt werden, wenn der Erwerber zum Ort aussergewöhnlich enge, schutzwürdige Beziehungen unterhält (Art. 9 Abs. 1 lit. c BewG i.V.m. Art. 6 BewV). Dagegen kann der Erwerb einer

Ferienwohnung in einem Fremdenverkehrsort nur im Rahmen des kantonalen Kontingents bewilligt werden (Art. 9 Abs. 2 BewG). An den Zweitwohnungsbegriff knüpfen zudem zahlreiche kommunale Vorschriften über Quoten, Kontingente oder Lenkungsabgaben für Zweitwohnungen an (vgl. z.B. BGE 136 I 142 ff. betr. Samnaun; BGE 135 I 233 ff. betr. Chermignon; BGE 117 Ia 141 ff. betr. Sils; BGE 116 Ia 207 ff. und Urteil 1P.415/1998 vom 1. Juni 1999, in: RDAT 2000 I Nr. 23 S. 397, beide betr. Paradiso; 1P.404/1997 vom 9. November 1998, in: RDAT 1999 I Nr. 20 S. 76 betr. Minusio; BGE 112 Ia 65 ff. betr. Bever). In der Regel stellen diese Bestimmungen auf den Wohnsitz der Eigentümer bzw. Mieter ab; z.T. genügt (für eine Hauptwohnung) auch ein längerer Aufenthalt zu Studien- oder beruflichen Zwecken (vgl. BGE 116 Ia 207 E. 3c S. 212 betr. Paradiso). Im Urteil 1P.666/1996 vom 23. Januar 1998 (E. 5c) äusserte sich das Bundesgericht zur Regelung der Stadt Zürich, wonach Zweitwohnungen nicht auf den Mindestwohnanteil anzurechnen seien. Die Bestimmung definierte den Zweitwohnungsbegriff nicht; die Stadt wollte hierfür auf den gewöhnlichen Aufenthalt bzw. auf den Schwerpunkt der Lebensverhältnisse abstellen. Den Parteien, welche die Unklarheit des Begriffs der Zweitwohnung beanstandet hatten, hielt das Bundesgericht entgegen, dass es auch in anderen Rechtsgebieten (Steuerrecht, Internationales Privatrecht) üblich sei, für die Ermittlung der örtlichen Zugehörigkeit einer Person auf den gewöhnlichen Aufenthalt oder den Schwerpunkt der Lebensverhältnisse abzustellen und sich diese Begriffe als praktisch handhabbar erwiesen hätten; insofern dürfte ihre Anwendung im vorliegenden Zusammenhang nicht zu grösseren Abgrenzungsschwierigkeiten führen.

10.2 Auch nach allgemeinem Sprachgebrauch steht die "Zweitwohnung" im Gegensatz zur "Erstwohnung" oder "Hauptwohnung". Diese befindet sich am Wohnsitz oder am gewöhnlichen Aufenthaltsort einer Person, an dem sie sich ständig oder über längere Zeit aufhält und i.d.R. auch steuerpflichtig und stimmberechtigt ist. Zweitwohnungen sind demnach grundsätzlich alle Wohnungen, die keine Erstwohnung sind. Dieses Verständnis liegt der Umschreibung der Zweitwohnung in Art. 2 lit. a der Verordnung vom 22. August 2012 über Zweitwohnungen (SR 702; im Folgenden: Zweitwohnungsverordnung) zugrunde. Danach sind Zweitwohnungen Wohnungen, die nicht

dauernd durch Personen mit Wohnsitz in der Gemeinde genutzt werden. Art. 2 lit. b Zweitwohnungsverordnung stellt den Erstwohnungen die Wohnungen gleich, die dauernd durch Personen zu Erwerbs- oder Ausbildungszwecken genutzt werden (lit. b; vgl. dazu Erläuternder Bericht, S. 6). Dies entspricht grundsätzlich dem Verständnis der Initianten: In ihrem Argumentarium auf der Internetseite des Initiativkomitees, auf die auch in den Abstimmungserläuterungen verwiesen wurde, führten sie aus, dass eine Zweitwohnung eine zweite

Wohnung sei, die von Privatpersonen während des Jahres nur zeitweise zu Ferienzwecken genutzt werde, unter Ausschluss von Nebenwohnsitzen für Schul- und Arbeitszwecke (S. 26; vgl. allerdings unten, E. 10.4 zu den "warmen Betten").

10.3 Legt man den Zweitwohnungsbegriff im oben skizzierten Sinne aus, so lässt sich auch der Zweitwohnungsanteil der Gemeinden relativ leicht ermitteln. Wie das ARE im Erläuternden Bericht (S. 4. f.) darlegt, kann hierfür - zumindest annäherungsweise - auf das eidgenössische Gebäude- und Wohnungsregister abgestellt werden, indem als potenzielle Zweitwohnung jede Wohnung betrachtet wird, der keine Person mit Niederlassung zugeordnet ist (vgl. Art. 3 lit. b des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2006 über die Harmonisierung der Einwohnerregister und anderer amtlicher Personenregister [RHG; SR 431.02]; kritisch wegen der Miterfassung leer stehender Wohnungen JEANRENAUD/SULC, a.a.O., S. 170 f.). Hilfsweise kann auf den Anteil der zeitweise bewohnten Wohnungen gemäss Volkszählung 2000 abgestellt werden (so auch Botschaft, S. 8761 Ziff. 2.2 und S. 8766 Ziff. 4.2). Gestützt auf diese statistischen Grundlagen hat der Bundesrat im Anhang der Zweitwohnungsverordnung die Gemeinden aufgelistet, von denen zu vermuten ist, dass der Anteil der Zweitwohnungen am Gesamtbestand an Wohnungen über 20 % liegt. Diese Vermutung kann von den Gemeinden widerlegt werden (Art. 1 Abs. 3 Zweitwohnungsverordnung). Es ist davon auszugehen, dass auch Private im Einzelfall eine Überprüfung des Zweitwohnungsanteils einer Gemeinde herbeiführen können, z.B. im Baubewilligungs- oder Beschwerdeverfahren. Ist schon die 20 %-Grenze für den Gesamtbestand an Wohnungen überschritten, so kann auf eine Ermittlung des

Bruttogeschossflächenanteils der Zweitwohnungen verzichtet werden (so auch WALDMANN, Zweitwohnungen, a.a.O., S. 134; a.M. JEANRENAUD/SULC, a.a.O., S. 168, die beide Kriterien kumulativ anwenden wollen).

10.4 Gegen den oben umschriebenen Begriff der Zweitwohnung kann allerdings eingewendet werden, dass sich die Initiative "Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen" vor allem gegen sogenannte "kalte Betten" und nicht gegen "warme Betten" richtete. In ihrem Argumentarium gingen die Initianten davon aus, dass Ferienwohnungen, die kommerziell vermietet werden (Parahotellerie), keine Zweitwohnungen seien, weil sie viel stärker genutzt würden (durchschnittlich 200 Nächte gegenüber 30 bis 60 Nächten/Jahr bei Zweitwohnungen).
Dementsprechend geht Art. 4 lit. b Zweitwohnungsverordnung davon aus, dass qualifiziert touristisch bewirtschaftete Zweitwohnungen weiterhin bewilligt werden dürfen (vgl. Erläuternder Bericht, S. 11 f.; WALDMANN, Zweitwohnungsverordnung, a.a.O., Rz. 34). Voraussetzung ist, dass die Wohnungen nicht individuell ausgestaltet sind sowie dauerhaft und ausschliesslich zur kurzzeitigen Nutzung durch Gäste zu marktüblichen Bedingungen angeboten werden, sei es im Rahmen strukturierter Beherbergungsformen (Ziff. 1) oder durch den oder die im selben Haus wohnenden Eigentümer oder Eigentümerin (Ziff. 2).
Es wird letztlich Aufgabe des Gesetzgebers sein, diese Fragen zu regeln.

10.5 Unter dem Blickwinkel des Legalitätsprinzips ergibt sich somit Folgendes: Soweit Art. 75b Abs. 1 BV eine absolute Grenze von 20 % am Gesamtwohnungsbestand und an der Wohnnutzfläche jeder Gemeinde festschreibt, besteht Klarheit und Bestimmtheit des Tatbestands und der Rechtsfolge hinsichtlich derjenigen neuen Wohnnutzungen, die unzweifelhaft unter den Zweitwohnungsbegriff fallen und in einer Gemeinde mit eindeutig überschiessendem Zweitwohnungsanteil beabsichtigt sind. Die so erfassten Sachverhalte ("kalte Betten") sind relativ einfach abzugrenzen und nicht komplex. Die mögliche Rechtsänderung wurde schon lange im Voraus publik und das sich daraus ergebende Verbot wurde breit diskutiert; die insoweit betroffenen Normadressaten waren bekannt. Der sofortigen Anwendbarkeit dieses "harten Kerns" der neuen, speziellen Verfassungsnorm steht daher nichts entgegen, auch wenn sie eine nicht unerhebliche Beschränkung der Eigentumsgarantie (Art.

26 BV) bedeutet.

BGE 139 II 243 S. 257

Art. 75b BV bedarf aber in weiten Teilen der Konkretisierung durch Ausführungsvorschriften. Dies gilt einerseits für die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen in den betroffenen Gemeinden noch Baubewilligungen für bestimmte, besonders intensiv genutzte Arten von Zweitwohnungen ("warme Betten") erteilt werden dürfen. Andererseits ist klärungsbedürftig, ob und inwieweit die Umnutzung von Erst- zu Zweitwohnungen bzw. die Erweiterung und der Ersatz bestehender Zweitwohnungen zulässig ist. Soweit Ausführungsrecht unabdingbar ist, um den Anwendungsbereich und die Rechtswirkungen der Verfassungsnorm definitiv und exakt bestimmen zu können, beschränkt sich die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 75b Abs. 1 i.V.m. Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV auf ein vorsorgliches Baubewilligungsverbot für Zweitwohnungen in den betroffenen Gemeinden bis zum Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen. Im Ergebnis kommt dieses vorsorgliche Verbot einer Planungszone gleich. Es ist weit auszulegen, um dem Gesetzgeber nicht vorzugreifen und eine Präjudizierung der künftigen Ausführungsbestimmungen zu vermeiden. Es handelt sich insoweit um eine bloss vorübergehende Einschränkung der Eigentumsgarantie zwischen dem Abstimmungstermin und dem Erlass der Ausführungsbestimmungen. Dieser soll innerhalb von zwei Jahren nach dem Abstimmungstermin erfolgen (Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV). Für derartige vorsorgliche und zeitlich beschränkte Massnahmen sind keine hohen Anforderungen an die Bestimmtheit der Norm zu stellen.

10.6 Namentlich in diesem Punkt unterscheidet sich der vorliegende Fall wesentlich von demjenigen, der dem Urteil BGE 139 I 16 zugrunde lag: Die unmittelbare Anwendung der Art. 121 Abs. 3-6 BV (Ausschaffungsinitiative) würde zu gravierenden Eingriffen in die Grundrechte der betroffenen Ausländer führen, mit einschneidenden, i.d.R. nicht wieder gutzumachenden Nachteilen für sie und ihre Familien; dabei stellen sich heikle völkerrechtliche Probleme. In dieser Situation verbieten es die Grundsätze der Legalität und der Gewaltenteilung, die neuen Verfassungsbestimmungen (ganz oder teilweise) direkt anzuwenden, bevor der in Abs. 4 ausdrücklich damit beauftragte Gesetzgeber die erforderliche Konkretisierung und Feinabstimmung vorgenommen hat (vgl. BGE 139 I 16 E. 4.3.4 S. 27 f.).

BGE 139 II 243 S. 258

Im Übrigen richtet sich auch die Übergangsbestimmung zu Art. 121 BV (Art. 197 Ziff. 8 BV) ausschliesslich an den Gesetzgeber und sieht - anders als Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV - keine unmittelbaren Rechtsfolgen vor.

10.7 Die vorliegend zu beurteilende Rechtslage ist dagegen mit derjenigen nach Annahme der Rothenthurm-Initiative am 6. Dezember 1987 vergleichbar. Damals wurde Art. 24sexies Abs. 5 mit folgendem Wortlaut in die damalige Bundesverfassung (aBV) eingefügt: 5 Moore und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung sind Schutzobjekte. Es dürfen darin weder Anlagen gebaut noch Bodenveränderungen irgendwelcher Art vorgenommen werden. Ausgenommen sind Einrichtungen, die der Aufrechterhaltung des Schutzzweckes und der bisherigen landwirtschaftlichen Nutzung dienen. Die Übergangsbestimmung sah vor, dass schutzzweckwidrige Anlagen, Bauten und Bodenveränderungen, die nach dem 1. Juni 1983 erstellt worden waren, zu Lasten der Ersteller abgebrochen und rückgängig gemacht werden müssten. Sie entfaltete somit (ähnlich Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV) direkte Rechtsfolgen für Private und Gemeinwesen. Rechtsprechung und Literatur gingen übereinstimmend davon aus, dass Art. 24sexies Abs. 5 aBV ein unmittelbar anwendbares, eigentümerverbindliches, absolutes Veränderungsverbot enthalte (BGE 117 Ib 237 E. 2b S. 246 f.; BGE 118 Ib 11 E. 2e S. 15; BGE 123 II 248 E. 3a/aa S. 251; BGE 127 II 184 E. 5b/aa S. 192; Urteile 1A.178/1991 vom

17. Dezember 1992 E. 2a, in: ZBl 94/1993 S. 522; 1A.42/1994 vom 29. November 1994 E. 1a, in: ZBl 97/1996 S. 122, URP 1996 S. 364 und RDAF 1997 I S. 459 und 505; THOMAS FLEINER-GERSTER, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Stand Oktober 1989, N. 47 zu Art. 24sexies BV; BERNHARD WALDMANN, Der Schutz von Mooren und Moorlandschaften, 1997, S. 70 ff.; JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, in: Kommentar NHG, Allg. Teil, Keller/Zufferey/Fahrländer [Hrsg.], 1997, 2. Kap. Rz. 91 f.). Allerdings mussten die Moorbiotope und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und nationaler Bedeutung erst noch durch ein Inventar des Bundes bezeichnet und von den Kantonen parzellenscharf abgegrenzt werden. Art. 24sexies Abs. 5 aBV wurde daher - bis zur definitiven Festlegung der Schutzobjekte - bei der Prüfung aller Projekte angewandt, die möglicherweise ein Schutzobjekt berühren und den Moor- oder Moorlandschaftsschutz negativ präjudizieren

könnten (Urteil 1A.237/1992 vom 21. Dezember 1993 E. 5c mit Hinweisen). Dabei wurde vorläufig - bis zur definitiven Inventarisierung - eine grosszügige Abgrenzung der Moorlandschaften zugrunde gelegt (Urteil 1A.178/1991 vom 17. Dezember 1992 E. 3, in: ZBl 94/1993 S. 522). Später schützte das Bundesgericht eine restriktivere Abgrenzung der fraglichen Moorlandschaft durch Bundesrat und Kanton (BGE 127 II 184 E. 5 S. 190 ff.).

10.8 Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, ist es grundsätzlich möglich, den örtlichen und sachlichen Anwendungsbereich des Baubewilligungsverbots gemäss Art. 75 Abs. 1 i.V.m. Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV zu bestimmen, ohne dem Gesetzgeber vorzugreifen und dessen Gestaltungsspielraum unnötig einzuengen. Sofern es um klassische Ferienwohnungen in Tourismusgebieten geht, ist die Qualifikation als Zweitwohnung ohnehin unstreitig. Dies belegt der vorliegende Fall: Bereits das Verwaltungsgericht hat im angefochtenen Entscheid festgehalten, dass der Zweitwohnungsanteil der Gemeinde Breil/Brigels über 20 % liege, unabhängig davon, ob ein weiter oder enger Zweitwohnungsbegriff zugrunde gelegt wird. Die streitige Baute soll im Rahmen einer Ferienresidenz erstellt werden. Die Beschwerdegegnerin macht selbst nicht geltend, dass eine touristische Bewirtschaftung der Wohnungen vorgesehen sei.

11. Streitig ist jedoch der zeitliche Anwendungsbereich dieses Baubewilligungsverbots.

11.1 Nach der bundesgerichtlichen Praxis ist die Rechtmässigkeit von Verwaltungsakten (mangels einer anderslautenden übergangsrechtlichen Regelung) grundsätzlich nach der Rechtslage im Zeitpunkt ihres Ergehens zur beurteilen. Später eingetretene Rechtsänderungen sind nur ausnahmsweise zu berücksichtigen, wenn zwingende Gründe für die sofortige Anwendung des neuen Rechts sprechen (BGE 135 II 384 E. 2.3 S. 390; BGE 125 II 591 E. 5e/aa S. 598; je mit Hinweisen; so auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, S. 71 Rz. 327; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, S. 190 f. Rz. 20 f.; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif, Bd. I, 2012, S. 187 f. und 194 f.). Zwingende Gründe für eine sofortige Anwendung des neuen Rechts hat das Bundesgericht insbesondere im Bereich des Gewässer-, Natur-, Heimat- und Umweltschutzrechts als gegeben erachtet (BGE 135 II 384 E. 2.3 S. 390).

Art. 75b BV ist am 11. März 2012 in Kraft getreten (Art. 195 BV, Art. 15 Abs. 3 BPR). Nach den allgemeinen Grundsätzen ist die Bestimmung (vorbehältlich einer abweichenden Regelung) auf alle Baubewilligungen an-

wendbar, die ab diesem Datum erteilt worden sind. Dementsprechend ging das Bundesgericht in zwei Urteilen vom 14. Dezember 2012 (1C_215/2012 E. 2.4 und 1C_159/2012 E. 6.2) davon aus, dass Art. 75b BV nicht auf Bauvorhaben anwendbar sei, die vor dem 11. März 2012 kantonal letztinstanzlich beurteilt worden waren; eine erstmalige Anwendung von Art. 75b BV im Verfahren vor Bundesgericht rechtfertige sich nicht.

11.2 Eine rechtswidrige Verfügung ist im Allgemeinen anfechtbar. Eine Baubewilligung, die geltendem Recht widerspricht, wird somit auf Rekurs oder Beschwerde von der zuständigen Rechtsmittelbehörde aufgehoben. Wird sie nicht angefochten, so wird sie rechtskräftig. Der Widerruf einer rechtskräftigen Baubewilligung ist nur ausnahmsweise, unter qualifizierten Voraussetzungen, möglich und kann u.U. Entschädigungsfolgen nach sich ziehen (BGE 115 Ib 152 E. 3a S. 155 mit Hinweisen; HALLER/KARLEN, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, Bd. I, 3. Aufl. 1999, S. 225 Rz. 821-826). Von der Anfechtbarkeit zu unterscheiden ist die Nichtigkeit einer Verfügung. Nichtigen Verfügungen geht jede Verbindlichkeit und Rechtswirksamkeit ab. Die Nichtigkeit ist jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten. Nach der Rechtsprechung ist eine Verfügung nur ausnahmsweise nichtig, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Als Nichtigkeitsgrund fallen hauptsächlich funktionelle und sachliche Unzuständigkeit einer Behörde sowie schwerwiegende Verfahrensfehler in Betracht (BGE 132 II 21 E. 3.1 S. 27 mit Hinweisen).

11.3 Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV bestimmt, dass Baubewilligungen für Zweitwohnungen, die zwischen dem 1. Januar 2013 und dem Inkrafttreten der Ausführungsbestimmungen erteilt werden, nichtig sind. Was mit Baubewilligungen geschehen soll, die nach Inkrafttreten von Art. 75b BV am 11. März 2012, aber vor dem 1. Januar 2013 erteilt wurden, ist nicht ausdrücklich geregelt und deshalb auslegungsbedürftig. Nach den oben dargelegten allgemeinen Grundsätzen führt eine Verletzung von Art. 75b Abs. 1 BV zur Anfechtbarkeit von

Baubewilligungen, die seit Inkrafttreten der Norm am 11. März 2012 erteilt worden sind. Vor diesem Hintergrund kann Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV als eine Verschärfung der Rechtsfolge (Nichtigkeit statt Anfechtbarkeit) ab dem 1. Januar 2013 verstanden werden. Für den Zeitraum davor bleibt es bei der Anfechtbarkeit verfassungswidriger Baubewilligungen. Es wird aber auch die Auffassung vertreten, der Verfassungsgeber habe mit dieser Regelung nicht nur die Rechtsfolge verschärfen, sondern auch eine spezielle intertemporale Regelung treffen wollen, wonach Art. 75b Abs. 1 BV erst auf Baubewilligungen anwendbar sei, die ab dem 1. Januar 2013 erteilt werden. Diese Auslegung wurde insbesondere von den Verwaltungsgerichten Graubünden, Wallis und Waadt gewählt (vgl. oben E. 2 und 3). Sie hätte zur Folge, dass Baubewilligungen für Zweitwohnungen bis zum 31. Dezember 2012 noch nach altem Recht erteilt werden durften.

11.4 Die Übergangsbestimmungen der Initiative wurden im Vorfeld der Abstimmung kaum thematisiert (die Ausführungen des Bundesrats in den Abstimmungserläuterungen S. 7 betreffen den indirekten Gegenvorschlag, d.h. die Übergangsbestimmungen zur Änderung des RPG vom 17. Dezember 2010). Allerdings gingen die Bundesbehörden und die Gegner der Initiative übereinstimmend davon aus, dass deren Annahme zu einem sofortigen Baustopp für Zweitwohnungen in zahlreichen Gemeinden führen würde. So schrieb der Bundesrat in den Abstimmungserläuterungen (S. 12; Hervorhebung nicht im Original): "Die Initiative ist zu starr. Die Beschränkung der Zweitwohnungen auf einen fixen Anteil von 20 Prozent aller Wohnungen würde in zahlreichen Gemeinden zu einem abrupten Baustopp führen". Im Dossier 08.073 der Bundesversammlung "Argumentarien contra" zur Volksinitiative "Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen" (Stand 20. Januar 2012, S. 4 unten) wurde ausgeführt: "Die Initiative würde ein sofortiges Umnutzungsverbot von Erst- in Zweitwohnungen

und einen Baustopp für neue Zweitwohnungen bewirken". Ähnlich argumentierte Economiesuisse in ihrer Medienmitteilung vom 24. Februar 2012 (Zweitwohnungsinitiative trifft strukturschwache Regionen ins Mark): "Der Zweitwohnungsanteil soll in allen Gemeinden der Schweiz auf maximal 20 Prozent beschränkt werden. In Regionen, die vom Tourismus leben, ist der Anteil jedoch weit höher. Ein sofortiger Baustopp würde die

Tourismuskantone Wallis, Graubünden, Tessin und Bern empfindlich treffen. 136 der 175 Bündner Gemeinden - davon 80 in strukturschwachen Regionen - dürften keine Zweitwohnungen mehr errichten". Diesen Argumenten widersprachen die Initianten nicht etwa mit Hinweis auf eine Schon- oder Übergangsfrist für die Bewilligung von Zweitwohnungen nach Annahme der Initiative; im Gegenteil: In ihrem Argumentarium hoben sie hervor, dass die Initiative dem uferlosen Bau von Zweitwohnungen wirksam entgegentrete und ihre Annahme bedeute, dass in Gemeinden mit über 20 % Zweitwohnungen keine weiteren Zweitwohnungen mehr gebaut oder Erstwohnungen in Zweitwohnungen umgenutzt werden könnten. Unter diesen Umständen mussten die Stimmbürger (auch als juristische Laien) mit der sofortigen Anwendung der Initiative im Falle ihrer Annahme rechnen. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass die Abstimmung ohne die Übergangsbestimmung in Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV anders ausgefallen wäre.

11.5 Für die sofortige Anwendung der neuen Verfassungsbestimmungen sprechen auch Sinn und Zweck der Initiative. Wie bereits ihr Titel ("Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen!") besagt, soll die Zerstörung von Natur und Landschaften durch den Zweitwohnungsbau beendet werden. Dieser Zweck würde verfehlt, wenn Zweitwohnungen noch während einer Übergangsfrist von bis zu einem Jahr (je nach Festsetzung des Abstimmungsdatums) nach altem Recht erteilt werden dürften. Es war vorhersehbar, dass eine derartige Übergangsfrist zu einer Flut von Baugesuchen und -bewilligungen kurz vor Jahreswechsel führen würde. Die Initianten erhoben denn auch sofort nach der Abstimmung systematisch Einsprache gegen Baubewilligungen für Zweitwohnungen in Tourismusgemeinden.

11.6 Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV keine Übergangsfrist für die Weiteranwendung des bisherigen Rechts enthält, sondern ab dem 1. Januar 2013 bis zum Inkrafttreten der Ausführungsgesetzgebung eine verschärfte Rechtsfolge anordnet (Nichtigkeit statt Anfechtbarkeit). Dadurch wird Druck auf den Gesetzgeber ausgeübt, die Initiative möglichst rasch und wirksam umzusetzen. Würde das Ausführungsgesetz zu viele Ausnahmen zulassen, könnten die Initianten dagegen das Referendum ergreifen, ohne befürchten zu müssen, dass in der Zwischenzeit Baubewilligungen für Zweitwohnungen in den betroffenen Gemeinden

erteilt und rechtskräftig werden könnten. Bei dieser Zielsetzung macht es Sinn, die schwerwiegende Nichtigkeitsfolge erst zu einem Zeitpunkt eintreten zu lassen, in dem frühestens ein Ausführungsgesetz vorliegen könnte, d.h. am 1. Januar des auf die Annahme von Art. 75b BV folgenden Jahres. Für den Zeitraum davor bleibt es dagegen bei den normalen Rechtsfolgen: Baubewilligungen, die nach dem 11. März 2012 und vor dem 1. Januar 2013 erteilt wurden, sind anfechtbar. Werden sie nicht angefochten, erwachsen sie in Rechtskraft und können (vorbehältlich ihres Widerrufs) ausgenützt werden. Baubewilligungen, die vor dem 11. März 2012 erstinstanzlich erteilt wurden, fallen nicht unter die neuen Verfassungsbestimmungen und bleiben gültig, unabhängig vom Zeitpunkt, in dem sie rechtskräftig geworden sind.

11.7 Eine andere Auslegung erscheint auch nicht unter den Aspekten von Treu und Glauben und des Vertrauensschutzes geboten. Besonderen Situationen des Vertrauensschutzes kann im Einzelfall im Baubewilligungsverfahren Rechnung getragen werden (vgl. auch BGE 139 II 263).