

Die schweizerische Bundesverfassung

St. Galler Kommentar

3. Auflage 2014

Herausgegeben von

Bernhard Ehrenzeller Benjamin Schindler
Rainer J. Schweizer Klaus A. Vallender

Professoren für Öffentliches Recht an der Universität St. Gallen

Leiter wissenschaftliches Sekretariat

Reto Patrick Müller



Schulthess §

2. Kapitel: Übergangsbestimmungen

Vorbemerkungen zu Art. 196–197*

Materialien: Prot. VK-S Sub 3 vom 30. Mai, 9.–11. Juli u. 20./21. August 1997; Prot. VK-S vom 25.–27. August 1997; Prot. VK-N vom 15./16. September, 15.–17. Oktober u. 19.–21. November 1997; Prot. VK-S vom 26./27. November 1997; Prot. VK-S vom 10. Juni 1998; Prot. VK-N vom 24. September 1998; Art. 185 VE VK-N/S; AB N Verfassungsreform 354 ff. u. 458; AB S Verfassungsreform 101 u. 187.

Vgl. auch die Materialien zu Art. 195.

Literatur: BIEDERMANN DIETER, Die neue Bundesverfassung: Übergangs- und Schlussbestimmungen sowie Anpassungen auf Gesetzesstufe, AJP 1999 (Sondernummer BV), 730 ff. (zit. Übergangs- und Schlussbestimmungen); BOLZ URS, Art. 132, in: Kälin/Bolz, Verfassungsrecht BE, 574 ff. (zit. Art. 132 KV BE); CAMPRUBI MADELEINE, Vorb. zu Art. 135–145, in: Häner et al., Komm. KV ZH, 1275 ff. (zit. Vorb. Art. 135–145 KV/ZH); ÉPINEY ASTRID, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht aus der Sicht des Bundesgerichts, Jusletter 18. März 2013 (zit. Völkerrecht und Landesrecht); GRIFFEL ALAIN, Die Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative – eine Zwischenbilanz, ZBl 2014, 59 ff. (zit. Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative); DERS., Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel des Verwaltungsrechts, in: Uhlmann Felix (Hrsg.), Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre und des Verwaltungsrechts, Zürich/St. Gallen 2014, 7 ff. (zit. Blickwinkel des Verwaltungsrechts); HÄBERLE PETER, Struktur und Funktionen von Übergangs- und Schlussbestimmungen als typisches verfassungsstaatliches Regulierungsthema und -instrument, in: Ruch et al., FS Lendi, 137 ff. (zit. Struktur und Funktion); HÄFELIN ULRICH, Verfassungsgebung, ZSR 1974 II, 75 ff. (zit. Verfassungsgebung); HANGARTNER YVO, Unmittelbare Anwendbarkeit völker- und verfassungsrechtlicher Normen, ZSR 2007 I, 137 ff. (zit. Unmittelbare Anwendbarkeit); IMARK LUKAS, Aufhebung von Rechtsätzen in der Schweiz, Diss., Basel 1993 (zit. Aufhebung); KÖLZ ALFRED, Intertemporales Verwaltungsrecht, ZSR 1983 II, 105 ff. (zit. Intertemporales Verwaltungsrecht); MEYER ULRICH/ARNOLD PETER, Intertemporales Recht, Eine Bestandesaufnahme anhand der Rechtsprechung der beiden öffentlich-rechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, ZSR 2005 I, 115 ff. (zit. Intertemporales Recht); MÜLLER RETO PATRICK, Energiewende: Neue Politik in altem Kleid? Verfassungsrechtliche Aspekte eines Ausstiegs aus der Kernenergie, ZBl 2013, 635 ff. (zit. Energiewende); PULVER BERNHARD, Le droit transitoire – parent pauvre de la législation?, LeGes 3/2005, 91 ff. (zit. Le droit transitoire); SCHWEIZER RAINER J., Verfassung des Kantons Glarus, Kommentar zum Entwurf, Glarus 1981 (zit. Komm. KV GL); TSCHANNEN PIERRE, Verfassungsauslegung, in: Thürer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht, 149 ff. (zit. Verfassungsauslegung); UHLMANN FELIX, Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre, in: Ders. (Hrsg.), Intertemporales Recht aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre und des Verwaltungsrechts, Zürich/St. Gallen 2014, 33 ff. (zit. Blickwinkel der Rechtsetzungslehre); VOGEL STEFAN, Verfassungsgebung: Eine Standortbestimmung aus schweizerischer Sicht, in: Uhlmann Felix, Rechtsetzung und Verfassungsgebung, Kolloquium zu Ehren von Professor Kurt Eichenberger, Zürich/St. Gallen 2013, 11 ff. (zit. Verfassungsgebung); WALDMANN BERNHARD, Zweitwohnungen – vom Umgang mit einer sperrigen Verfassungsnorm, BRT 2013, 123 ff. (zit. Zweitwohnungen); WOLFF HEINRICH AMADEUS, Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz, Diss., Tübingen 2000 (zit. Ungeschriebenes Verfassungsrecht); WULLSCHLEGER STEPHAN, Gesetzgebungsaufträge – Normativer Gehalt und Möglichkeiten richterlicher Intervention, Diss., Basel 1998 (zit. Gesetzgebungsaufträge).

* Die Kommentierung von DIETER BIEDERMANN (2. Aufl.) wurde im Rahmen der 3. Aufl. grundlegend überarbeitet.

Inhaltsübersicht	Rz.
I. Teil des Verfassungsrechts	1
II. Funktionen	4
1. Aufhebung älteren Rechts	5
2. Erhalt (vor-)bestehenden Rechts	8
3. Übergangsbestimmungen für künftiges Recht	11
4. Übergangsbestimmungen als eigentliche Hauptnormen?	12
5. Aufträge an den Gesetzgeber sowie Delegationsnormen	14
5.1 Vorgaben an den Gesetzgeber	16
5.2 Direkte Anwendbarkeit und Delegation an den BR	19
5.3 Kritik	22
6. Überflüssige Elemente von ÜBest.	24
III. Schlussbestimmungen	25
IV. Änderung der Übergangs- und Schlussbestimmungen	26

I. Teil des Verfassungsrechts

- 1 Die Übergangsbestimmungen der BV sind in Zusammenhang mit der Regel des Art. 195 zu lesen, wonach Verfassungsnormen sofort nach Annahme durch Volk und Stände in Kraft treten (vgl. Komm. zu Art. 195, Rz. 8 ff.). Sie haben üblicherweise eine *Scharnierfunktion*, indem sie von der Regel abweichende vorläufige Bestimmungen enthalten (TSCHANNEN, Staatsrecht, § 5, Rz. 14). Generell sollen ÜBest. bei der Rechtsetzung Konflikte zwischen neuem Recht und vorbestehender, «alter Ordnung» lösen, insgesamt aber die Verwirklichung des neuen Rechts fördern (SCHWEIZER, Komm. KV GL, 723; vgl. auch CAMPRUBI, Vorb. Art. 135–145 KV/ZH, Rz. 2). Damit kommt ihnen eine (materielle) Gestaltungskraft zu (HÄBERLE, Struktur und Funktion, 137; vgl. auch allgemein MEYER/ARNOLD, Intertemporales Recht, 116 f.). Ihre zeitliche Wirkung ist in der Regel beschränkt; RHINOW/SCHEFER sprechen insofern von «befristete(m) oder bedingte(m) Verfassungsrecht» (Verfassungsrecht, Rz. 91).

Schluss- und Übergangsbestimmungen ausländischer Verfassungen zeigen ein heterogenes Bild. Neben Rezeptions- und Inkrafttretensklauseln finden sich darin selbst Bestimmungen über Staatsziele, Legaldefinitionen, Ausnahmeklauseln, Bestandsgarantien, etc. (dazu HÄBERLE, Strukturen, 138 ff.).

- 2 Die ÜBest. der Art. 196 und 197 bilden, auch wenn es sich dabei mitunter um Normen technisch-organisatorischer Natur handelt, Teil des *formellen Verfassungsrechts* (TSCHANNEN, Staatsrecht, § 3, Rz. 9; relativierend jedoch BGE 118 Ib 187 E. 4, 190 f.). Sie unterstreichen den Anspruch der BV, eine «Vollverfassung» zu sein (HÄBERLE, Struktur und Funktion, 137; vgl. aber auch TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, Rz. 4 f.). Weiteres Übergangsrecht zur BV findet sich sodann auf tieferer Normstufe in den *Schlussbestimmungen* des BB BV 1999 (vgl. Komm. zu den Schlussbestimmungen, Rz. 29).

Jüngst wird die Auffassung vertreten, «ein wichtiger völkerrechtlicher Vertrag, wie etwa die WTO-Abkommen, [müsse] einer Übergangsbestimmung der BV vorgehen» (HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, Rz. 1922). Jedoch sind die ÜBest. der BV im Verfahren der Verfassungsgebung (Art. 140 Abs. 1 Bst. a) erlassen worden und geniessen den Rang formellen Verfas-

sungsrechts (vgl. Rz. 27). Die Kollision *verfassungsmässigen* Übergangsrechts mit Völkerrecht ist m.E. deshalb nach den allgemeinen, bei Konflikten zwischen Verfassungs- und Völkerrecht zur Anwendung kommenden Auslegungsprinzipien zu beurteilen. Dabei sind der Inhalt der jeweiligen ÜBest. (inkl. der Frage, ob sie materiell noch Geltung beanspruchen kann; vgl. Rz. 26), der Grund ihrer Aufnahme in die BV und ihre konkrete Funktion zu berücksichtigen (vgl. auch BGE 139 I 16 E. 4.3.1, 26).

Der *materielle Gehalt* von ÜBest. ist unterschiedlich. Er bemisst sich nach dem Regelungsgegenstand und der Bedeutung einer ÜBest. im Kontext zur jeweiligen «Hauptnorm», an welche sie anknüpft und auf welche sie sich primär bezieht (vgl. aktuell etwa zu Art. 75b i.V.m. Art. 197 Ziff. 9: BGE 139 III 243 E. 2, 245; GRIFFEL, Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative, 61 f. sowie WALDMANN, Zweitwohnungen, 129; oder zu Art. 121a i.V.m. Art. 197 Ziff. 11: Komm. zu Art. 121a, insb. Rz. 62).

Exemplarisch das «KKW-Moratorium» (Eidg. VI «Stopp dem Atomkraftwerkbau [Moratorium]»), angenommen am 23. September 1990 [BBl 1991 I 309]): Ein neuer Art. 19 ÜBest. aBV verbot den Bau neuer Kernkraftwerke für die Dauer von zehn Jahren (der im Rahmen der Nachführung angepasste Wortlaut des heutigen Art. 196 Ziff. 4 BV lautet: «Bis zum 23. September 2000 werden keine Rahmen-, Bau-, Inbetriebnahme- oder Betriebsbewilligungen für neue Einrichtungen zur Erzeugung von Kernenergie erteilt»). Damit verlieh die ÜBest. dem vorbestehenden Art. 24^{quinquies} aBV (Kernenergie, heute Art. 90 BV), welcher dem Bund eine umfassende Gesetzgebungskompetenz über die Kernenergie überträgt, sowie im Grunde auch Art. 24^{octies} Abs. 1 aBV (Energiepolitik, heute Art. 89 Abs. 1 BV), einen neuen (teilweise konträren) Gehalt: Die intertemporale Regelung des «Moratoriums» setzte die – wenn auch an strenge Voraussetzungen v.a. sicherheitstechnischer Natur geknüpfte – Zulässigkeit des Baus neuer KKW (dazu JAGMETTI, in: Aubert et al., Komm. BV 1874, Art. 24^{quinquies}, Rz. 2 sowie AUBERT, in: Aubert/Mahon, Petit Comm., Art. 90, Rz. 4) resolutiv-bedingt ausser Kraft und nahm so massgeblichen Einfluss auf die Energiepolitik der Schweiz zur Jahrtausendwende (zum Ganzen MÜLLER R., Energiewende, 652 u. 661 f.; s.a. Rz. 26).

II. Funktionen

Das *gestaltende Element* von Übergangsbestimmungen kommt bereits in ihrer klassischen Funktion zum Ausdruck: Der intertemporalen Regelung des (Verfassungs-)Rechts (KÖLZ, Intertemporales Verwaltungsrecht, 117 ff.). Die Verfassung sieht Übergangsbestimmungen vor, die das Inkrafttreten der jeweiligen «Hauptnorm» hinausschieben, vorläufige Regelungen treffen oder Fristen für den Erlass von Ausführungsbestimmungen setzen (TSCHANNEN, Staatsrecht, § 5, Rz. 14). Ausnahmsweise können ÜBest. aber auch den Charakter einer eigentlichen Hauptnorm aufweisen oder die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen vorsehen. In jüngster Zeit haben Volksinitiativen auf Partialrevision der BV eigentliche Gesetz- oder Verordnunggebungsaufträge mit Blick auf die materielle Umsetzung des neuen Verfassungsrechts mittels ÜBest. «nachzuschieben» versucht, was im Grunde aber nicht deren Funktion entspricht.

1. Aufhebung älteren Rechts

- 5 Nach der *lex posterior*-Regel tritt im Kollisionsfall älteres hinter jüngeres *Verfassungsrecht* zurück (RHINOW/SCHEFER, *Verfassungsrecht*, Rz. 148; a.M. BIEDERMANN, *St. Galler Kommentar* [2. Aufl.], Komm. zu den Schlussbestimmungen, Rz. 7 f.; s.a. Komm. zu Art. 195, Rz. 25 ff.). Übergangs- oder Schlussbestimmungen können im Sinne der Verfassungsklarheit ein konkretes oder immerhin konkret bestimmbares Datum des Ausserkrafttretens älteren Rechts festlegen.
- 6 Die explizite *Ausserkraftsetzung einer Verfassungskodifikation* können ÜBest. insbesondere bei der *Totalrevision* einer Verfassung vorsehen. So bestimmte Art. 7 der ÜBest. BV 1848 (als letzte ÜBest. des Verfassungsdokuments) das Ausserkrafttreten des Bundesvertrages von 1815 (vgl. Komm. zu Art. 195, Rz. 3). Eine entsprechende ÜBest. fehlte hingegen bei Erlass der aBV, da das (integrale) Ausserkrafttreten der BV 1848 als selbstverständlich erachtet wurde (vgl. Komm. zu den Schlussbestimmungen, Rz. 8). Zur Aufhebung der aBV äussern sich die Schlussbestimmungen des BB BV 1999 in Ziff. II Abs. 1; Abs. 2 enthielt die Ausnahmen (vgl. Komm. zu den Schlussbestimmungen, Rz. 10 ff.).

Die jüngeren Kantonsverfassungen sahen das Ausserkrafttreten ihrer Vorgängerinnen ausdrücklich vor. So legen § 92 Abs. 3 KV SZ die Aufhebung der Verfassung vom 23. Oktober 1898, § 83 KV LU die Aufhebung der Staatsverfassung vom 29. Januar 1875, § 141 Abs. 2 KV BS die Aufhebung der Verfassung vom 2. Dezember 1889, § 135 Abs. 2 KV ZH die Aufhebung der Verfassung vom 18. April 1869 und Art. 146 KV FR die Aufhebung der Verfassung vom 7. Mai 1857 (unter Vorbehalt weiterer Bestimmungen) fest. Ebenso statuiert Art. 176 Abs. 1 KV VD die Aufhebung der Verfassung vom 1. März 1885 – und Abs. 2 ergänzt (im Sinne der Verfassungsklarheit): «De même, les dispositions de l'ancien droit qui sont contraires aux règles directement applicables de la présente Constitution sont abrogées».

- 7 Nach hier vertretener Ansicht sollte das Ausserkrafttreten von Verfassungskodifikationen bei abgeleiteten, also verfahrensmässig vorgegebenen Verfassungsrevisionen *in der neuen Verfassung selbst* – oder gar nicht geregelt werden. So wird die *lex posterior*-Regel entweder deklaratorisch wiederholt, oder sie kommt ohne expliziten Verweis zur Anwendung.

2. Erhalt (vor-)bestehenden Rechts

- 8 Einer expliziten Regelung bedarf der zeitlich (meist) begrenzte *Fortbestand alten Rechts* unter einer neuen (verfassungsmässigen oder gesetzlichen) Ordnung. Ein solcher bildet denn auch den materiell bedeutenderen Fall, den ÜBest. insbesondere bei Totalrevisionen von Verfassungen vorsehen können.

Geradezu spektakulär mutet Art. 140 GG («Die Bestimmungen der Artikel 136, 137, 138, 139 und 141 der deutschen Verfassung sind Bestandteil dieses Grundgesetzes») an, welcher Teile der Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919 (WRV) aus dem Bereich des Staatskirchenrechts in die Gegenwart des Grundgesetzes transferiert (vgl. etwa WOLFF, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht*, 412). Die ursprünglich nicht vorgesehene Inkorporation der «Kirchenartikel» der WRV in das GG bildete einen Kompromiss, da sich die Abgeordneten bei den Beratungen über das GG nicht auf eine andere Regelung verständigen können (dazu v. CAMPENHAUSEN, in: von Mangoldt et al., *Bonner GG*, Art. 140, Rz. 2 ff.). Sie bilden vollgültiges Verfassungsrecht (v. CAMPENHAUSEN, a.a.O., Rz. 8).

Der (bedingte) Fortbestand alten Rechts kann geboten sein, soweit neues Verfassungsrecht (noch) nicht vollumfänglich zum Tragen kommt; – etwa, weil Ausführungsbestimmungen zum neuen Recht oder Gesetze anzupassen sind (RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, Rz. 91; vgl. zur Unterscheidung zwischen Inkrafttreten und Wirkungsbeginn von Verfassungsnormen Komm. zu Art. 195, Rz. 8 ff. u. 12 ff.). Dies gilt für heikle Bereiche wie bspw. die Justizverfassung oder Bestimmungen über Wahl und Amtsdauer von Behördenmitgliedern (vgl. die entsprechende ÜBest. in Art. 132 KV BE; dazu BOLZ, Art. 132 KV BE, Rz. 3 ff.).

Die KV SH legt in Art. 119 Abs. 1 unter der Marginalie «Beschränkte Weitergeltung des bisherigen Rechts» fest, dass «Erlasse, die von einer nicht mehr zuständigen Behörde oder in einem nicht mehr zulässigen Verfahren geschaffen worden sind, [...] vorläufig in Kraft [bleiben]».

Der Erhalt früheren Rechts muss im neuen Recht auf der *gleichen Normstufe* explizit vorbehalten werden. 10

Speziell ist insofern Ziff. II Abs. 2 BB BV 1999, welcher die weitere Geltung von später «herabzustufenden» Normen der aBV entgegen der Aufhebung der Verfassung als solcher vorsah (vgl. Komm. zu den Schlussbestimmungen, Rz. 10 ff.). Nach hier vertretener Ansicht war der Erhalt von (früheren Verfassungs-)Normen kraft eines BB zwar möglich – jedoch bloss auf der Stufe nachrangigen (Gesetzes-)Rechts. Mit anderen Worten hätte ein BB nicht ausgereicht, Normen der aBV *als Verfassungsrecht* über das Ausserkrafttreten der aBV hinaus zu erhalten. Dies hätte auch dem mit der Nachführung unterstrichenen Kodifikationsgedanken widersprochen.

3. Übergangsbestimmungen für künftiges Recht

Art. 197 war in der BV (i.d.F. vom 18.4.1999) noch nicht enthalten (vgl. Komm. zu Art. 197, Rz. 1). Da die VI «für den Beitritt der Schweiz zur Organisation der Vereinten Nationen (UNO)» den UNO-Beitritt als «blosse» ÜBest. formuliert hatte (vgl. zum Charakter dieser ÜBest. Komm. zu Art. 197 Ziff. 1, Rz. 19 ff.), schuf der Verfassungsgeber formell einen neuen Artikel, welcher nicht intertemporale Regelungen zur Inkraftsetzung der BV enthält, «*mais son évolution subséquente*» (AUBERT, in: Aubert/Mahon, Petit Comm., Titre VI, Chapitre 2, Rz. 2 [Hervorhebung hinzugefügt]). 11

Diese Funktion ist so neu nicht: Bei der Schaffung des Bundesstaates dienten die ÜBest. (Art. 1–3 ÜBest. BV 1848) gar als revolutionäres Tor. Sie legten das Verfahren zum Erlass der (noch nicht geltenden) Verfassung fest und waren selbst kraft Tagsatzungsbeschluss für anwendbar erklärt worden (vgl. Komm. zu Art. 195, Rz. 3 f.; Komm. zu Art. 196, Rz. 1).

4. Übergangsbestimmungen als eigentliche Hauptnormen?

Ausnahmsweise kann eine ÜBest. der BV durch Auslegung die *Bedeutung einer eigentlichen Hauptnorm* erlangen. Dies wird insbesondere begünstigt durch die Normenhierarchie, welche den ÜBest. der Art. 196 und 197 einen Vorrang vor allenfalls kollidierendem kantonalem Recht einräumt. 12

So wurde unter der aBV etwa der Vorrang des Bundesrechts aus Art. 2 ÜBest. abgeleitet (eingehend dazu SALADIN, in: Aubert et al., Komm. BV 1874, Art. 2 UeB, Rz. 5 ff. m.w.H.; nach HANGARTNER Grundzüge I, 68, ergab sich aus jener ÜBest., «dass Bundesrecht entgegenstehendes kantonales Recht vernichtet, bzw. nicht entstehen lässt»; s.a. Komm. zu Art. 49, Rz. 1). Kritisch

AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, welche (unter anderem) den intertemporalen Charakter von ÜBest. betonen: «Ce rattachement ne correspondait pourtant ni à la lettre ni au sens de cette disposition qui, comme norme de droit intertemporel, se bornait à définir les conséquences de l'entrée en vigueur de la Constitution fédérale, sans poser elle-même le principe de la primauté du droit fédéral sur le droit cantonal» (Droit constitutionnel suisse I, Rz. 1083). Immerhin handelt es sich beim heute in Art. 49 Abs. 1 verankerten Vorrang des Bundesrechts um eine (wenn auch nicht intertemporale) Kollisionsregel (vgl. Komm. zu Art. 49, Rz. 8 f.).

- 13 Eine ähnliche Wirkung von ÜBest. ist pro futuro indes nicht leichthin anzunehmen. Insbesondere soweit ein allenfalls kompetenzbegründender Charakter infrage steht, darf vermutet werden, der Verfassungsgeber hätte die Übertragung ganzer Regelungsbereiche an den Bund in einer «Hauptnorm» verankert. Die ÜBest. kann jedoch (im Rahmen der systematischen Methode) stets zur Auslegung der «Hauptnorm» beigezogen werden und bezüglich der Durchsetzung des Rechts kompetenzbegründende Elemente enthalten.

5. Aufträge an den Gesetzgeber sowie Delegationsnormen

- 14 Das Verfassungsrecht enthält notwendigerweise materielle Entscheide über die Ausgestaltung der Rechtsordnung (HÄFELIN, Verfassungsgebung, 84), wozu auch Handlungsaufträge an den Gesetzgeber gehören (WULLSCHLEGER, Gesetzgebungsaufträge, 18). Bereits in der Vergangenheit wurden verfassungsrechtliche ÜBest. dazu benutzt, Rechtsetzungsbefugnisse an die Exekutive zu delegieren, die bis zum Erlass der ordentlichen Ausführungsbestimmungen erste Normen erlassen konnte (bspw. Art. 196 Ziff. 9 über den Bundesfeiertag oder Art. 196 Ziff. 14 über die MWST).
- 15 In jüngerer Zeit sehen Volksinitiativen auf Teilrevision der BV – respektive aufgrund von Volksinitiativen erlassene Verfassungsnovellen – nebst dem eigentlichen materiellen Anliegen in der «Hauptnorm» auch ÜBest. vor, welche eher Umsetzungsbestimmungen denn intertemporale Regelungen im eigentlichen Sinn enthalten.

5.1 Vorgaben an den Gesetzgeber

- 16 Konkrete Vorgaben an die Bundesversammlung enthalten insbesondere die ÜBest. zu Art. 121 (gem. der VI «Für die Ausschaffung krimineller Ausländer [Ausschaffungsinitiative]») sowie jene, welche die VI «Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)» vorsieht. Einen indirekten Gesetzgebungsauftrag enthält die VI «Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie (Atomausstiegsinitiative)»:

Die ÜBest. zum revidierten Art. 121 (Art. 197 Ziff. 8) verpflichtet den Gesetzgeber, innert fünf Jahren gewisse Tatbestände des StGB «zu definieren und zu ergänzen und die Strafbestimmungen bezüglich illegaler Einreise [...] zu erlassen» (s. dazu Komm. zu Art. 121, Rz. 5).

Die im Februar 2013 zustande gekommene Durchsetzungsinitiative (BBl 2013 1143) postuliert in einer neuen (mehr als 3 Seiten umfassenden) ÜBest. konkrete Bestimmungen zur «Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer» (zum Initiativtext BBl 2012 7371; vgl. zum Ganzen Komm. zu Art. 121, Rz. 44 f.).

Die Atomausstiegsinitiative vom Januar 2013 (BBl 2013 615) schliesslich würde in einer neuen ÜBest. vorsehen, dass das KKW Beznau 1 «ein Jahr nach Annahme» der VI, die KKW «Mühlebühl, Beznau 2, Gösigen und Leibstadt (...) fünfundvierzig Jahre nach deren Inbetriebnahme»

ausser Betrieb zu nehmen wären; eine «vorzeitige Ausserbetriebnahme zur Wahrung der nuklearen Sicherheit bleibt vorbehalten» (zum Wortlaut BBl 2011 3981).

Sofern sie direkt anwendbar sind, können verfassungsrechtliche «Umsetzungseckwerte» gewissermassen in Konkurrenz zum ausführenden Gesetzesrecht treten – insbesondere dann, wenn im (daher) «unechten Übergangsrecht» eine zeitliche Grenze fehlt. Soweit ÜBest. dem Gesetzgeber materielle Vorgaben machen und dem Gesetz insofern vorgehen, verlieren sie ihre materielle Bedeutung *nicht* mit der erfolgten Umsetzung. 17

ÜBest. wie Art. 197 Ziff. 8 zu Art. 121 erschöpfen sich im Gesetzgebungsauftrag als solchem; dies selbst dann, wenn sie direkt anwendbar wären (gem. BGE 139 I 16 zeitigt Art. 197 Ziff. 8 keine direkten Rechtsfolgen; vgl. zum Ganzen Komm. zu Art. 121, Rz. 5). Anders der Text zur ÜBest. der «Durchsetzungsinitiative», welcher im Grunde einer «Hauptnorm» entspricht. Eine solche Verfassungsbestimmung würde an sich dem Gesetzesrecht stets vorgehen (vgl. Komm. zu Art. 121, Rz. 44 f.); – in der Praxis wäre aufgrund von Art. 190 das später erlassene ausführende Gesetz «massgebend», jedoch verfassungskonform auszulegen. Nicht eindeutig erscheint demgegenüber der Text zur «Atomausstiegsinitiative», welcher zwar fixe Daten enthält, sich aber kaum ohne grösseren legislatorischen Aufwand umsetzen liesse (m.E. viel zu knapp ist die im Rahmen der «Energiestrategie 2050» [BBl 2013 7561 ff.] erfolgte Auseinandersetzung damit in der bundesrätlichen Botsch. [7605 ff.]). 18

5.2 Direkte Anwendbarkeit und Delegation an den BR

Andere ÜBest. sehen (zumindest auch) die Delegation von verfassungs-unmittelbaren Ausführungsbestimmungen an den Bundesrat als Verordnungsgeber vor. 19

Die «Zweitwohnungsinitiative» setzt dem *Gesetzgeber* eine Zweijahresfrist zur Umsetzung des Verbots neuer Zweitwohnungen; andernfalls verpflichtet die ÜBest. den BR zum Erlass der «nötigen Ausführungsbestimmungen» (Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1). Soweit sie direkt anwendbar ist, soll die ÜBest. der inkraftgetretenen neuen Verfassungsbestimmung zu einer (direkten) Rechtswirkung verhelfen (vgl. Komm. zu Art. 195, Rz. 12 ff.), noch bevor die notwendigen Ausführungsbestimmungen ergangen sind (BGE 139 II 243 E. 9.1, 250). Der Verfassungstext soll eventualiter ermöglichen, dass eine Verordnung bereits vor einer gesetzlichen Regelung in Kraft treten kann. Weiter geht die «Abzockerinitiative», welche den *Bundesrat* in einer ÜBest. verpflichtet, innerhalb eines Jahres nach Annahme der VI die «erforderlichen Ausführungsbestimmungen» zu erlassen (Art. 197 Ziff. 10). Die unrealistisch kurze Frist, welche der Gesetzgeber im Rahmen des ordentlichen Gesetzgebungsprozesses gar nicht hat erfüllen können, führte zu einer Substituierung der Ausführungsgesetzgebung auf dem Verordnungsweg (vgl. Komm. zu Art. 95, Rz. 61). Die im März 2013 zustande gekommene «Erbschaftssteuerinitiative» (BBl 2013 2267) sieht eine ÜBest. vor, welche die eigentliche Verfassungsbestimmung im zweiten Jahr nach ihrer Annahme für direkt anwendbar erklärt, gewisse Rechtswirkungen rückwirkend auf den 1. Januar 2012 festlegt und dem *Bundesrat* die Ausführungsvorschriften bis zum Inkrafttreten eines Ausführungsgesetzes vorschreibt (zum Initiativtext BBl 2011 6459; s.a. Komm. zu Art. 195, Rz. 20).

Derartige Bestimmungen bringen den Willen des historischen Verfassungsgebers zum Ausdruck. Auch im Zusammenhang mit Delegationsnormen stellt sich aber primär die Frage der direkten Anwendbarkeit der massgeblichen Verfassungsbestimmungen – seien diese nun in einer «Hauptnorm» oder in einer ÜBest. verankert (vgl. Komm. zu Art. 75b, Rz. 11 u. 20 ff.; zu Art. 121a, Rz. 57 ff.; sowie HANGARTNER, Unmittelbare Anwendbarkeit, 156). Allenfalls kann 20

es geboten sein, eine «Hauptnorm» auch diesbezüglich mit ihrer ÜBest. gemeinsam auszulegen (systematisches, allenfalls auch teleologisches Argument).

- 21 In seiner jüngeren Praxis hat das BGer Art. 197 Ziff. 9 (Zweitwohnungen) unmittelbare Rechtswirkung zugesprochen (BGE 139 I 243 E. 10.6, 258). Ein Teil der Lehre fragt m.E. zu recht danach, ob es sich bei Art. 197 Ziff. 9 überhaupt um eine intertemporale Norm oder vielmehr um die Verschärfung einer Rechtsfolge handle (GRIFFEL, Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative, 63 ff.). Bei der Auslegung – auch – von verfassungsrechtlichen ÜBest sind die (Verfassungs-) Prinzipien von Treu und Glauben sowie des Vertrauensschutzes zu berücksichtigen (BGE 139 II 243 E. 11.7, 263).

5.3 Kritik

- 22 Die erwähnten Volksinitiativen kokettier(t)en mit der scheinbaren Harmlosigkeit oder Technizität der postulierten ÜBest.; – sie zielen aber auf deren formellen Verfassungsrang und den damit verbundenen Geltungsvorrang als *lex superior* ab (Rz. 2). Nach HANGARTNER richten sich «Verankerungsnormen, die bestimmte politische Anliegen in der [...] Verfassung festlegen [...] zumeist auch als Anweisungen an den Gesetzgeber» (Unmittelbare Anwendbarkeit, 157). Mit der Auslagerung von (wie auch immer gearteten) «Umsetzungsbestimmungen» in ÜBest. bleibt die «Hauptnorm» schlank und einfach. ÜBest. stehen im demokratischen Prozess vor Volksabstimmungen zudem kaum im Zentrum der Aufmerksamkeit (BGE 139 II 243 E. 11.4, 261). ÜBest. «neuen Typs» sollen offensichtlich als Instrumente dazu dienen, zwar einerseits die schnelle, andererseits aber vor allem die «initiativ-getreue» Umsetzung eines Anliegens zu fördern. Umsetzungsprobleme, welche neues Recht provozieren kann (und teilweise wohl auch soll), lassen sich jedoch nicht durch eine Verlagerung in die ÜBest. umgehen.
- 23 In der Schweiz wird die Frage nach dem materiellen Verfassungsbegriff – wohl volksrechtlich und historisch bedingt – kaum diskutiert (das «[...] Kriterium der Verfassungswürdigkeit [habe] keine rechtliche Bedeutung, sondern [sei] vielmehr [ein] rechtspolitisches Postulat», so Komm. zu Art. 139, Rz. 19; vgl. aber VOGEL, Verfassungsgebung, 15 ff.). Gerade im Zusammenhang mit den erwähnten Volksinitiativen wäre aber m.E. die Aufmerksamkeit vermehrt auf den Charakter von postulierten ÜBest zu richten. Soweit es sich dabei nicht um eigentliches intertemporales (Verfassungs-)Recht, sondern um eine Vorwegnahme der Umsetzung von nicht direkt anwendbaren Verfassungsbestimmungen handelt, können jene übergangsrechtlichen Vorstösse «Eckwerte» des umsetzenden Gesetzesrechts enthalten. Sofern aber kein materielles – und in aller Regel auch nicht direkt anwendbares, sondern umsetzungsbedürftiges – Verfassungsrecht vorliegt, wird in die Gewaltenteilung eingegriffen. Indem das Parlament als (Ausführungs-)Gesetzgeber eine ganz bestimmte («verfassungsunmittelbare») Vorgabe erhält, wird ein Strukturprinzip der schweizerischen Verfassungsordnung infrage gestellt (vgl. GRISEL É., Initiative et référendum, Rz. 622 f., welcher daher die Unzulässigkeit entsprechender Vorlagen postuliert). Verfassungsnormen sind in der Regel offen formuliert; dies (übrigens zu recht) selbst dort, wo sie zentrale Schutzgüter verankern (so in den Grundrechten). Je konkreter nun eine verfassungsmässige Übergangsbestimmung formuliert oder «angedacht» ist, desto stärker wird zum einen der gesetzgebende Prozess geschwächt – indem dem Parlament verwehrt werden soll, «praktische Konkordanz» mit weiterem Verfassungs- und wohl auch mit Völkerrecht herzustellen. Zum anderen wird der demokratische Prozess geschwächt, indem die gesetzgebende, den demokratischen Willen «veredelnde» Instanz im Wesentlichen ausgehebelt und zum Vollzugshelfer

reduziert wird. Soweit Verordnungen die Ausführungsgesetzgebung substituieren oder vorwegnehmen sollen, besteht zudem die Gefahr rechtsungleicher Behandlung. Denn selbst innerhalb der Grenzen des Verfassungsauftrags muss es dem Gesetzgeber frei stehen, im Rahmen der parlamentarischen Beratungen andere Regelungen zu treffen, als der – vom Verfassungsgeber unter Zeit- und Entscheidungsdruck gestellte – Bundesrat sie in seiner Verordnung möglicherweise verankert hat. Der Umstand, dass der Bundesrat (ja bloss) einen Verfassungsauftrag umsetzt, vermag die Einengung des Gesetzgebers nicht aufzuwiegen.

6. Überflüssige Elemente von ÜBest.

Problematisch erscheint, wenn ÜBest. bereits geltendes Gesetzesrecht wiederholten (so insb. bei der «Atomausstiegsinitiative» bezüglich der Wahrung der nuklearen Sicherheit). Damit werden nicht intertemporale Kollisions- oder Auslegungsfragen zwischen früherem und neuerem Recht geklärt, sondern vielmehr Interpretationsspielräume zwischen «Haupt-» und ÜBest., respektive zwischen verfassungsrechtlicher ÜBest. und nachrangigen Normen geschaffen. 24

III. Schlussbestimmungen

Das eigentliche Übergangsrecht von der aBV zur BV (Aufhebung der aBV sowie zwischenzeitliche Änderungen der BV), ist in den Schlussbestimmungen zur BV (Ziff. II–IV) des BB BV 1999 enthalten (RHINOW/SCHEFER, Verfassungsrecht, Rz. 147). Diese beinhalten zudem die Referendums Klausel und äussern sich zum Inkrafttreten der totalrevidierten BV (TSCHANNEN, Staatsrecht, § 5, Rz. 3; s. zum Ganzen Komm. zu den Schlussbestimmungen, passim). 25

IV. Änderung der Übergangs- und Schlussbestimmungen

ÜBest. können ihre *materielle Bedeutung* mit Zeitablauf oder Erreichen eines festen Datums verlieren. Analoges gilt bei der Erfüllung von in ÜBest. enthaltenen «Bedingungen». 26

So ist das «Moratorium» für den Bau neuer KKW in Art. 196 Ziff. 4 BV (i.d.F. vom 18.4.1999) am 23. September 2000 ohne Weiteres ausser Kraft getreten (s.a. BIEDERMANN, Übergangs- und Schlussbestimmungen, 732). Ebenso ist das «Gentech-Moratorium» für die Landwirtschaft nach Art. 197 Ziff. 7 (AS 2006 89) am 27. November 2010 hinfällig geworden; es wurde jedoch auf der Gesetzesstufe verlängert (vgl. Komm. zu Art. 120, Rz. 4 f.).

An die Bedingung der Schaffung kantonaler Sonderschulkonzepte war Art. 197 Ziff. 2 mit Bezug auf Art. 62 geknüpft, wonach die Kantone so lange die Leistungen der IV an die Sonderschulung übernehmen, mindestens jedoch während drei Jahren (vgl. Komm. zu Art. 62, Rz. 37 u. 43 f.).

In der Literatur besonders diskutiert wird, ob auch die Geltung des Art. 197 Ziff. 1 zum UNO-Beitritt eine zeitliche Begrenzung (eigentlich eine Bedingung) enthält (vgl. zur diesbezüglichen Diskussion Komm. zu Art. 197 Ziff. 1, Rz. 19 ff. sowie Vorbem. zu Art. 192–195, Rz. 5). Sofern der übergangsrechtliche Charakter der Bestimmung verneint würde, müsste für einen allfälligen Austritt aus der UNO der Weg der formellen Streichung von Art. 197 Ziff. 1 aus der BV beschritten werden.

- 27 Es ist «(...) ein allgemeines verfassungsrechtliches Prinzip, dass eine Rechtsnorm (ausser durch eine übergeordnete Norm) nur im gleichen Verfahren abgeändert werden kann, in welchem sie ursprünglich erlassen worden ist» (so BGE 105 Ib 72 E. 6a, 80 f., bestätigt in BGer 2C_86/2009 [19.11.2009], E. 6.2). Art. 6 Bst. a der VO über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt vom 17. November 2004 (PublV, SR 170.512.1) sieht allerdings vor, dass die BK *offensichtlich gegenstandslos gewordene «Rechtstexte»* mit einer Mitteilung in der AS aus der Rechtssammlung entfernen kann. Zur *Revision* von ÜBest. gelten jedoch die Bestimmungen des Art. 140 Abs. 1 Bst. a (BIAGGINI, Komm. BV, Art. 195, 2. Kapitel: Übergangsbestimmungen, Rz. 1; s. Rz. 2).
- 28 Nach hier vertretener Auffassung bildet der BB Inkrafttreten BV 1999 als solcher – ungeachtet der gemeinsamen Publikation mit dem kodifizierten Verfassungstext – kein Verfassungsrecht. Elemente dieses BB könnten auf dem gängigen Weg der Änderung oder Ausserkraftsetzung von BB aufgehoben werden – der Text der Ziff. I des BB hat sich jedoch mit der Annahme in der Volksabstimmung von diesem materiell und formell gelöst und ist zur BV (i.d.F. vom 18.4.1999) geworden.