

## Zur (teilweisen) „Unmöglichkeit“ der Umsetzung von auf Volksinitiativen beruhenden Verfassungsbestimmungen am Beispiel der Art. 121a, 197 Ziff. 11 BV

*Astrid Epiney*

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

*Astrid Epiney, Zur (teilweisen) „Unmöglichkeit“ der Umsetzung von auf Volksinitiativen beruhenden Verfassungsbestimmungen am Beispiel der Art. 121a, 197 Ziff. 11 BV, 14 S., Jusletter vom 10.8.2015. Es ist möglich, dass die im Jusletter publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.*

*Art. 121a BV – der im Zuge der sog. „Masseneinwanderungsinitiative“ in die Verfassung eingeführt wurde – ist nach Art. 121a Abs. 5 BV durch Gesetz umzusetzen, und Art. 197 Ziff. 11 Abs. 1 BV sieht die Anpassung völkerrechtlicher Verträge, die Art. 121a BV widersprechen, innerhalb von drei Jahren vor. Wie im Falle der Unmöglichkeit einer solchen Anpassung vorzugehen ist, ist nicht geregelt. Der vorliegende Beitrag legt dar, dass diesfalls und insoweit gute Gründe für eine „Unmöglichkeit“ der Umsetzung des Art. 121a BV sprechen. Diese Problematik ist insbesondere mit Bezug auf das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU relevant.*

### I. Problemstellung

Die bisherige Diskussion im Zusammenhang mit der rechtlichen Tragweite der Art. 121a, 197 Ziff. 11 BV – die im Zuge der sog. „Masseneinwanderungsinitiative“ in die Verfassung eingeführt wurden – dreht sich in erster Linie um die Frage der Umsetzung des Art. 121a BV auf Gesetzesstufe bzw. um die genaue Reichweite der Art. 121a BV für die gesetzliche Umsetzung zu entnehmenden Vorgaben.<sup>1</sup> Die herrschende Ansicht sowie wohl auch der Bundesrat gehen dabei davon aus, dass Art. 121a BV nicht im Einklang mit dem geltenden Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU<sup>2</sup> umgesetzt werden könne, sondern dass dieses angepasst werden müsse.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Vgl. hierzu *Peter Uebersax*, Die verfassungsrechtliche Zuwanderungssteuerung – Zur Auslegung von Art. 121a BV, Jusletter vom 14.4.2014; *Peter Uebersax*, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2015 (im Erscheinen), Art. 121a; *Rainer J. Schweizer, Bernhard Ehrenzeller u.a.*, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., 2014, Art. 121a; *Astrid Epiney*, Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121a, Art. 197 Ziff. 11 BV / La portée juridique des articles 121a et 197 ch. 11 Cst. – aspects choisis, Freiburger Schriften zum Europarecht, Nr. 17, Freiburg 2014 (Zweitabdruck, erstmals erschienen in Jusletter v. 2.6.2014).

<sup>2</sup> Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (FZA), SR 0.142.112.681; ABl. 2002 L 114, 6 ff.

<sup>3</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 1 sowie (im Vorfeld der Abstimmung) *Sebastian Heselhaus/Julia Hänni*, Die eidgenössische Volksinitiative „Gegen Masseneinwanderung“ (Zuwanderungsinitiative) im Lichte des

Zwar sprechen gute Gründe gegen diese Ansicht;<sup>4</sup> gleichwohl sei im Folgenden danach gefragt, welche rechtlichen Konsequenzen sich daraus ergeben könnten, dass sich eine Anpassung des Personenfreizügigkeitsabkommens als nicht möglich erweisen sollte, was beim gegenwärtigen Stand der Dinge angesichts der Weigerung der Union, über das Freizügigkeitsabkommen zu verhandeln, ein durchaus realistisches Szenario ist. Diese Fragestellung ist im Zusammenhang mit Art. 121a BV schon deshalb von Bedeutung, weil sich die herrschende Ansicht möglicherweise durchsetzen wird; sie kann aber auch in anderem Zusammenhang von Interesse sein, geht es doch um die grundsätzliche Frage, welche rechtlichen Implikationen eine mögliche „rechtliche Undurchführbarkeit“ einer Verfassungsbestimmung – insbesondere von solchen, die auf Volksinitiativen zurückgehen – entfalten könnte.

Vor diesem Hintergrund soll zunächst der Grundsatz, dass Volksinitiativen, die nicht durchführbar sind, für ungültig zu erklären sind, in Erinnerung gerufen werden (II.), bevor auf dieser Grundlage danach gefragt wird, ob sich eine „Undurchführbarkeit“ auch erst nachträglich ergeben kann bzw. welche Konsequenzen rechtliche Schwierigkeiten bei der Umsetzung für die Auslegung der betreffenden Bestimmung entfalten können, welche Voraussetzungen hier eine Rolle spielen und welche Folgerungen hieraus für die rechtliche Tragweite des Art. 121a BV gezogen werden können (III.). Der Beitrag endet mit einem kurzen Fazit (IV.).

## II. Die Undurchführbarkeit von Volksinitiativen als Ungültigkeitsgrund

Art. 139 Abs. 3 BV nennt als Ungültigkeitsgründe für Volksinitiativen auf Teilrevision der Bundesverfassung die Einheit der Form, die Einheit der Materie sowie die Beachtung des zwingenden Völkerrechts.<sup>5</sup> Während weitere Schranken gerade in den letzten Jahren zwar immer wieder diskutiert wurden, ohne dass solche jedoch anerkannt wären,<sup>6</sup> erkennen Praxis und Lehre über die in Art. 139 Abs. 3 BV genannten Ungültigkeitsgründe hinaus lediglich noch die faktische Undurchführbarkeit als weiteren Ungültigkeitsgrund an, so dass Initiativen, welche offensichtlich undurchführbar sind, für ungültig zu erklären sind.<sup>7</sup> Eine Initiative muss

---

Freizügigkeitsabkommens und der bilateralen Zusammenarbeit mit der EU, SZIER 2013, 19 ff.; vgl. aber auch die andere Ansicht bei

<sup>4</sup> Vgl. *Epiney*, Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121a, Art. 197 Ziff. 11 BV (Fn. 1), 18 ff.

<sup>5</sup> Vgl. zu diesen Ungültigkeitsgründen, mit zahlreichen weiteren Nachweisen, *Astrid Epiney*, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2015, Art. 139, Rn. 19 ff. (im Erscheinen).

<sup>6</sup> Vielmehr geht die Praxis der Bundesversammlung in die entgegengesetzte Richtung in dem Sinn, dass über Art. 139 Abs. 3 und die (faktische) Undurchführbarkeit von Initiativen hinaus keine weiteren Schranken anerkannt werden. Hierzu, m.w.N., *Epiney*, in: BV-Kommentar (Fn. 5), Art. 139, Rn. 48 ff.

<sup>7</sup> Vgl. nur *Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., 2012, Rn. 1758; *Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier*, Droit Constitutionnel Suisse, 3. Aufl., 2013, Bd. I, Rn. 787 f.; aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts BGE 128 I 190 E. 5.

also realisierbar sein, eine Voraussetzung, die gemäss dem Bundesrat selbstverständlich sei und deshalb nicht im Text erwähnt werden müsse.<sup>8</sup>

Nach ganz herrschender Meinung sowie der Rechtsprechung (letztere in Bezug auf kantonales Recht) reichen dabei bloss praktische oder rechtliche Schwierigkeiten bei der Implementierung einer Initiative nicht aus, um sie als undurchführbar zu qualifizieren; vielmehr muss es um eine eigentliche faktische Unmöglichkeit der Durchführung gehen.<sup>9</sup> Daher sind völkerrechtswidrige Initiativen nicht als undurchführbar in diesem Sinn anzusehen, dies unabhängig davon, ob es um „faktisch zwingende“ Bestimmungen des Völkerrechts – wie auch immer man diesen etwas nebulösen Begriff auslegen möge – geht.<sup>10</sup> Die sog. „Chevallier-Initiative“ bildet denn auch (auf Bundesebene) das einzige Anwendungsbeispiel, bei welchem diese Schranke zur Ungültigkeit einer zustande gekommenen Volksinitiative führte. Sie war deswegen undurchführbar, weil die Zeit nicht ausreichte, um eine Volksabstimmung durchzuführen, die, falls die Initiative angenommen worden wäre, noch Einfluss auf die Budget-Planung hätte nehmen können,<sup>11</sup> forderte sie doch die Kürzung der Militärausgaben.<sup>12</sup> Das Abstellen auf die faktische Undurchführbarkeit in diesem Zusammenhang überzeugt, zumindest, wenn man – wofür Vieles spricht – mit der ganz herrschenden Lehre und der Praxis der Bundesversammlung davon ausgeht, dass die Ungültigkeitsgründe in Art. 139 Abs. 3 BV abschliessend zu verstehen sind: Denn der Umstand, dass die Umsetzung von Verfassungsaufträgen – gerade solchen, die auf Volksinitiativen zurückgehen – möglicherweise auf Schwierigkeiten (seien diese nun praktischer oder rechtlicher Natur) stossen kann, ist *per se* nichts Ungewöhnliches, sondern letztlich Teil der politischen und rechtlichen Realität, so dass eben geeignete Anstrengungen zu unternehmen sind, um den Verfassungsauftrag trotz möglicher Hindernisse zu verwirklichen. Hinzu kommt, dass Verfassungsartikel notwendigerweise auslegungsbedürftig sind und es nicht immer von vornherein klar sein wird, wie sie im Gesamtzusammenhang der Verfassungsordnung zu verstehen sind, ob sie nun

---

<sup>8</sup> Botschaft BV, 1999, 445; s. aber auch die Kritik an diesem Kriterium, das als „ambigu“ bezeichnet wird, bei *Jean-François Aubert/Pascal Mahon*, *Petit commentaire de la Constitution fédérale*, 2003, Art. 139, Rn. 10.

<sup>9</sup> BG, Urt. v. 28.8.2013, 1C\_127/2013, E. 7.4. Aus der Lehre etwa *Bernhard Ehrenzeller/Roland Nobs*, in: *Bernhard Ehrenzeller u.a. (Hrsg.), Sankt Galler Kommentar zur Bundesverfassung*, 3. Aufl., 2014, Art. 139, Rn. 54; *Häfelin/Haller/Keller*, *Bundesstaatsrecht (Fn.)*, Rn. 1758; *Bénédicte Tornay*, *La démocratie directe saisie par le juge: l’empreinte de la jurisprudence sur les droits populaires en Suisse*, 2008, 85; *Giovanni Biaggini*, *BV: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar*, 2007, Art. 139, Rn. 14.

<sup>10</sup> A.A. aber *Yvo Hangartner*, *Rechtsprobleme des Schächtverbots Zugleich ein Beitrag zur Ungültigerklärung eidgenössischer Verfassungsinitiativen wegen Verletzung faktisch zwingenden Völkerrechts*, *AJP* 2002, 1022 (1033 ff.); wie hier z.B. *Helen Keller/Markus Lanter/Andreas Fischer*, *Volksinitiativen und Völkerrecht: die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung*, *ZBl* 2008, 121 (137); *Tristan Zimmermann*, *Quelles normes impératives du droit international comme limite à l’exercice du droit d’initiative par le peuple?*, *AJP* 2007, 748 (754 f.).

<sup>11</sup> Zweiter Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Volksbegehren für eine vorübergehende Herabsetzung der Militärausgaben (Volksinitiative für eine Rüstungspause) vom 8. August 1955, *BBl* 1955 II 325 (335, 338 ff.).

<sup>12</sup> Für ein Beispiel auf kantonaler Ebene für eine Ungültigerklärung einer Initiative aus diesem Grund *BGE* 128 I 190 E. 4.5 ff.

tatsächlich gegen völkerrechtliche Verpflichtungen verstossen oder nicht oder ob sie tatsächlich so auszulegen sein müssen, dass ihre Umsetzung auf grosse (praktische oder rechtliche) Schwierigkeiten stossen muss. Soweit rechtliche Schwierigkeiten betroffen sind (z.B. eine Unvereinbarkeit mit völkerrechtlichen Verpflichtungen), wird es im Übrigen häufig gerade nicht ausgeschlossen sein, dass Mittel und Wege gefunden werden können, um mit solchen Problemen umzugehen. Schliesslich ist daran zu erinnern, dass der Einbezug von praktischen oder rechtlichen Problemen der Umsetzung in den (ungeschriebenen) Ungültigkeitsgrund der Undurchführbarkeit zu grossen Rechtsanwendungsproblemen und zu Rechtsunsicherheit führte, sind doch Kriterien, ab wann (ja immer bestehende) Schwierigkeiten erheblich genug sind, um eine Undurchführbarkeit zu begründen, nicht ersichtlich. Deutlich wird damit auch, dass eine weite Auslegung des Kriteriums der Undurchführbarkeit bereits bei der Frage nach der Gültigkeit einer Initiative zu kaum vorhersehbaren und im Übrigen erheblichen Einschränkungen des Initiativrechts führte. Dies widerspräche aber der Systematik des Art. 139 Abs. 3 BV und auch dem in der Verfassung zum Ausdruck gekommenen Grundgedanken, dass das Initiativrecht letztlich keinen – abgesehen vom zwingenden Völkerrecht – wirklichen materiell-rechtlichen Schranken unterliegt, jedoch der Bundesversammlung (sowie, über das Referendum, ggf. dem Volk) die Aufgabe zukommt, die Verfassungsaufträge umzusetzen und damit auch zu interpretieren, wobei sie hier keinerlei gerichtlicher Kontrolle unterliegt. Letzteres bedeutet freilich nicht, dass sich die Bundesversammlung sich über die verfassungsrechtlichen Vorgaben hinwegsetzen dürfte; die hier nur skizzierte Systematik impliziert jedoch, dass es die Verfassung in Kauf nimmt, dass gewisse ihrer Artikel nicht umgesetzt werden (können).<sup>13</sup> Eine Ungültigerklärung „schwieriger Volksinitiativen“ im Vorfeld trüge diesen Zusammenhängen nicht Rechnung, würde doch die Debatte um die Umsetzung – entgegen dem Ansatz des Art. 139 Abs. 3 BV und der Verfassung insgesamt – im Zusammenhang mit der Gültigkeit von Initiativen geführt und damit (vor)verlagert, dies obwohl die Verfassung von einem materiell nicht beschränkten Initiativrecht ausgeht.

### **III. Zur Frage einer „nachträglichen Undurchführbarkeit“**

#### *1. Grundsatz*

Soweit ersichtlich, wurde die Frage nach der Durchführbarkeit von Verfassungsbestimmungen bislang im Wesentlichen im Zusammenhang mit der (Un)Gültigerklärung von Volksinitiativen thematisiert. Wenig bzw. – soweit ersichtlich – im Schrifttum und in der Rechtsprechung noch nicht bearbeitet wurde hingegen bislang die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen eine Unmöglichkeit der Durchführung eines verfassungsrechtlich normierten Auftrags

---

<sup>13</sup> Hierauf wird zurückzukommen sein. S.u. III.

anzunehmen sein kann und welche rechtlichen Konsequenzen eine solche Qualifizierung nach sich ziehen könnte. Dies mag wohl in erster Linie daran liegen, dass eine nach dem Inkrafttreten einer Verfassungsbestimmung eintretende eigentliche Undurchführbarkeit (sei dies nun faktisch oder rechtlich) in der Vergangenheit kaum je wirklich relevant wurde.

Hinzuweisen ist aber darauf, dass gelegentlich – zutreffend – darauf hingewiesen wird, dass es das bereits skizzierte<sup>14</sup> verfassungsrechtliche System impliziere, dass es „tote“ Verfassungsbestimmungen gebe, könne doch der Gesetzgeber nicht „gezwungen“ werden, die verfassungsrechtlichen Aufträge zu erfüllen.<sup>15</sup> Damit ist aber nur etwas über die Frage ausgesagt, ob gerichtlich kontrolliert und durchgesetzt werden kann, dass der Gesetzgeber seine verfassungsrechtlichen Pflichten erfüllt, eine Frage, die in der Schweiz auf Bundesebene zu verneinen ist. Ein solches Fehlen gerichtlicher Kontroll- und Durchsetzungsmöglichkeiten ändert jedoch nichts daran, dass die verfassungsrechtliche Pflicht zur Umsetzung der entsprechenden Vorgaben bzw. Aufträge selbstverständlich bestehen bleibt; insofern ist die Frage nach dem Bestehen einer Rechtspflicht zur Umsetzung eines verfassungsrechtlichen Auftrags von derjenigen nach der Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle, ob die Umsetzung erfolgt ist, oder gar derjenigen nach der gerichtlichen „Erzwingbarkeit“ der Umsetzung zu unterscheiden.

Der hier gewählte Fokus liegt jedoch anders: Es soll danach gefragt werden, ob, inwieweit und ggf. unter welchen Voraussetzungen eine Verfassungsbestimmung bzw. ein verfassungsrechtlich formulierter Handlungsauftrag (an den Gesetzgeber) als undurchführbar angesehen werden kann mit der Folge, dass die Rechtspflicht zu ihrer Durchführung entfällt. Damit geht es nicht um die Durchsetzbarkeit einer bestehenden Rechtspflicht (deren Fehlen eben gerade nichts an der Rechtspflicht ändert), sondern um die Frage, ob eine eigentlich bestehende Rechtspflicht zur Durchführung einer Verfassungsbestimmung und damit zum Erlass gesetzlicher Bestimmungen entfallen kann, weil die Durchführung unmöglich ist bzw. die betreffende Bestimmung undurchführbar ist. Insofern steht also die Frage zur Debatte, ob es – spiegelbildlich zur Undurchführbarkeit als Ungültigkeitsgrund einer Volksinitiative – auch eine „ex post-Undurchführbarkeit“ von Verfassungsbestimmungen (wobei es hier nicht nur um solche gehen kann, die auf Volksinitiativen beruhen, sondern um alle Verfassungsartikel) geben kann, die dann wohl die Pflicht zur Durchführung entfallen lassen muss, denn *ad impossibilia nemo tenetur*.

Versucht man eine Annäherung an die Thematik, so erscheint zunächst zwingend, dass eine eigentliche faktische Undurchführbarkeit eines verfassungsrechtlich vorgegebenen Auftrags – die sich ja auch nach Inkrafttreten der Bestimmung ergeben kann – zwingend dazu führen muss, dass die verfassungsrechtliche Verpflichtung entfällt, ist es doch nicht (mehr) möglich, ihr

---

<sup>14</sup> Oben II.

<sup>15</sup> S. in diesem Sinn zutreffend und pointiert Jörg Künzli, Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen, ZSR 2009 I 47 (73), der von einer „Tradition toter Verfassungsbestimmungen“ spricht.

nachzukommen. Insofern handelt es sich um denselben Grundgedanken wie bei der Anerkennung der faktischen Undurchführbarkeit als (ungeschriebenen) Ungültigkeitsgrund von Volksinitiativen. Diese Konstellation erscheint grundsätzlich wenig problematisch.

Fraglich ist denn auch in diesem Zusammenhang in erster Linie, ob es darüber hinaus weitere Fallgestaltungen geben kann, in denen eine Art nachträgliche Undurchführbarkeit einer Verfassungsbestimmung dazu führt oder führen kann, dass insoweit auch die verfassungsrechtliche Pflicht zur Durchführung wegfällt. Grundsätzlich ist diese Frage letztlich aus parallelen bzw. ähnlich gelagerten Gründen wie diejenigen, die im Zusammenhang mit der Gültigkeit von Volksinitiativen angeführt wurden,<sup>16</sup> zu verneinen: Die Frage, wann eine eigentliche Undurchführbarkeit über die faktische Undurchführbarkeit hinaus vorliegen soll, ist auch in dieser Konstellation kaum vorhersehbar zu beantworten. Darüber hinaus und vor allem führte sie letztlich zu einer Relativierung der Bindungswirkung verfassungsrechtlicher Vorgaben, könnte doch mit dem Hinweis auf praktische oder rechtliche Schwierigkeiten der Umsetzung ein Verfassungsauftrag ausgehebelt werden, ohne dass die diesbezüglichen Kriterien geschweige denn eine rechtsdogmatische Begründung ersichtlich wäre. Soweit rechtliche Schwierigkeiten darauf beruhen sollten, dass ein Spannungsfeld mit anderen verfassungsrechtlichen oder mit völkerrechtlichen Vorgaben besteht, ist diesen im Rahmen der Auslegung Rechnung zu tragen: Nach dem „Grundsatz der praktischen Konkordanz“ sind die verschiedenen Bestimmungen so auszulegen, dass jede von ihnen ihre grösstmögliche Wirksamkeit erlangt,<sup>17</sup> wobei dieser auch als eine spezifische Spielart der systematischen Auslegung angesehen werden kann: Die verschiedenen Bestimmungen sind unter Berücksichtigung anderer, ggf. entgegenlaufender gleichrangiger Vorgaben auszulegen, wobei soweit wie möglich Widersprüche durch Auslegung zu vermeiden sind, so dass die verschiedenen (möglicherweise entgegenlaufenden) Bestimmungen jeweils ihre grösstmögliche Wirkung entfalten können. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass die verschiedenen Verfassungsbestimmungen zweifellos als solche auf der gleichen Stufe stehen, so dass zwischen ihnen grundsätzlich keine Hierarchie begründet werden kann;<sup>18</sup> nicht zu verkennen ist aber auch, dass den verschiedenen Verfassungsbestimmungen durchaus unterschiedliches Gewicht zukommt und einigen von ihnen für den „Charakter“ der Verfassung

---

<sup>16</sup> Oben II.

<sup>17</sup> Zu dieser Auslegungsmaxime BGE 139 I 16 E. 4.2.1, m.w.N.

<sup>18</sup> S. insoweit auch BGE 139 I 16, wo das Bundesgericht darauf hinweist, dass eine Art Vorrang einer Verfassungsbestimmung gegenüber einer anderen grundsätzlich nicht anzunehmen sei, es sei denn, dieser komme in der entsprechenden Bestimmung unzweideutig zum Ausdruck; für letzteres genüge es jedenfalls nicht, dass die neue Verfassungsbestimmung jüngerer Recht ist, und auch ganz allgemein sei „nicht leichthin“ von einer Art Vorrang einer Verfassungsbestimmung über eine andere auszugehen, was „erst recht“ im Falle eines (potentiellen) Widerspruchs einer Verfassungsbestimmung mit für die Schweiz verbindlichen Menschenrechtspakten gelte. Die Verfassung sei daher mit Blick auf die Strukturprinzipien, die Völkerrechtskonformität und eine minimale Einheit auszulegen; dem stehe es entgegen, einzelne Verfassungsbestimmungen isoliert und nur (bei Volksinitiativen) im Sinne der Initianten oder vor dem Hintergrund einer notwendigerweise eher punktuell geführten politischen Auseinandersetzung im Vorfeld ihrer Annahme zu interpretieren.

und damit letztlich den demokratischen Rechtsstaat in der schweizerischen Ausprägung eine besondere und letztlich strukturbildende Bedeutung zukommt. Dies gilt insbesondere für die allgemeinen Bestimmungen (Art. 1-6) sowie die Grundrechte (Art. 7-36).<sup>19</sup>

Diese Grundsätze sind einerseits systemkonform und stellen andererseits auch die effektive Wirkung der verschiedenen Verfassungsbestimmungen sicher, so dass eine Art „nachträgliche Undurchführbarkeit“ einer Verfassungsbestimmung (über die Konstellation der faktischen Undurchführbarkeit hinaus) grundsätzlich nicht in Frage kommt. Insbesondere kann eine mögliche „Unvereinbarkeit“ einer Verfassungsbestimmung mit einer anderen bzw. ein Spannungsverhältnis zwischen verschiedenen Verfassungsbestimmungen oder eine Unvereinbarkeit mit völkerrechtlichen Pflichten als solche nicht dazu führen, dass eine solche nachträgliche Undurchführbarkeit angenommen werden könnte. Abgesehen davon, dass die diesbezüglichen Kriterien denkbar unscharf und kaum präzisierbar wären, trüge ein derartiger Ansatz auch nicht dem Grundsatz Rechnung, dass die Verfassungsrevision in der Schweiz grundsätzlich – abgesehen vom zwingenden Völkerrecht – keinen (autonomen oder heteronomen) Schranken unterliegt,<sup>20</sup> was auch in Art. 139 Abs. 3 BV zum Ausdruck gekommen ist. Den in diesem Zusammenhang durchaus möglichen Schwierigkeiten – für die die jüngere Verfassungsgeschichte ja einige Beispiele liefert – ist vielmehr auf der Ebene der Auslegung zu begegnen; hinzu kommt, dass – soweit das Völkerrecht betroffen ist – allfällige Konflikte zwischen völkerrechtlichen Verpflichtungen und verfassungsrechtlichen Vorgaben nach den hier massgeblichen Konfliktregeln (wobei diese zum Teil umstritten sind) zu lösen sind.<sup>21</sup>

Diese Prinzipien bedeuten auch, dass im Falle einer verfassungsrechtlichen Verpflichtung, eine Umsetzungsgesetzgebung zu erlassen, die gegen völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz verstösst, die entsprechende Umsetzungsverpflichtung durchaus fortbesteht und nicht etwa wegen rechtlicher Undurchführbarkeit dahin fallen kann. In solchen Fällen sind mehrere Szenarien denkbar, wie der Gesetzgeber auf ggf. bestehende rechtliche (oder auch tatsächliche) Schwierigkeiten bei der Umsetzung reagieren bzw. die Umsetzung gestalten könnte:

- Erstens könnte der Gesetzgeber auf eine Umsetzung verzichten. Politisch wird dies in der Regel schwierig sein; rechtlich zöge dies keine unmittelbaren Folgen nach sich, da der Gesetzgeber nicht (gerichtlich) zum Tätigwerden gezwungen werden kann.
- Zweitens könnte der Gesetzgeber – trotz z.B. der (möglichen) Völkerrechtswidrigkeit des Verfassungsauftrags – eine völkerrechtskonforme Umsetzung beschliessen. Mangels einer Verfassungsgerichtsbarkeit in Bezug auf Bundesgesetze könnte eine

---

<sup>19</sup> S. so auch *Jörg Paul Müller/Giovanni Biaggini*, Die Verfassungsidee angesichts der Gefahr eines Demokratieabsolutismus, ZBl. 2015, 235 (248).

<sup>20</sup> Zur Problematik (neben den Grundlagenwerken und Kommentaren zu Art. 139, 192 BV) etwa *Vincent Martenet*, La validité des initiatives populaires fédérales. Le salut par des limites autonomes à la révision de la Constitution fédérale?, FS Andreas Auer, Bern 2013, 149 ff.; *Stefan Schlegel/David Suter*, Verwirklichung der Grundrechte, Jusletter v. 9.5.2011, Rn. 11 ff., 38 ff.

<sup>21</sup> Hierzu im Einzelnen, m.w.N., *Epiney*, in: BV-Kommentar (Fn. 5), Art. 5, Rn. 75 ff.

möglicherweise bestehende Missachtung des verfassungsrechtlichen Auftrags nicht geltend gemacht werden. Die Umsetzungsgesetzgebung unterstünde aber jedenfalls – sofern es um Bundesgesetze geht – dem fakultativen Referendum.

- Drittens könnte der Gesetzgeber bei der Umsetzung die Völkerrechtskonformität anstreben und auch von der Völkerrechtskonformität ausgehen, was sich dann aber als nicht zutreffend herausstellt. Diesfalls käme der Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts zur Anwendung.<sup>22</sup>
- Schliesslich ist es aber auch denkbar, dass der Gesetzgeber bei der Umsetzung „bewusst“ gegen bestehende völkerrechtliche Verpflichtungen verstossen wollte, was impliziert, dass er sich mit dieser Frage auseinander gesetzt hat und diesen Verstoss in Kauf genommen hat;<sup>23</sup> diesfalls sind das Bundesgericht und die rechtsanwendenden Behörden an das völkerrechtswidrige Bundesgesetz gebunden (sog. Schubert-Rechtsprechung).<sup>24</sup> Im Verhältnis von Bundesgesetzen und staatsvertraglich gewährleisteten Menschenrechtsverträgen gilt aber eine „Gegenausnahme“, so dass letztere in jedem Fall vorrangig (auch im Verhältnis zu „bewusst“ gegen ihre Vorgaben verstossenden Bundesgesetzen) anzuwenden sind.<sup>25</sup> Dies dürfte im Wesentlichen auf der überragenden

---

<sup>22</sup> Zu diesem, m.w.N., *Epiney*, in: BV-Kommentar (Fn. 5), Art. 5, Rn. 75 ff.

<sup>23</sup> Zu den Voraussetzungen des Greifens der Schubert-Praxis in der jüngeren Rechtsprechung die erfreulichen Klarstellungen in BGE 138 II 524 E. 5.3.2, wo das Bundesgericht einen generellen Verweis auf eine allgemeine Diskussion der völkerrechtlichen Aspekte nicht genügen liess, sondern es sei eine eingehende Thematisierung des möglichen Verstosses gegen Völkerrecht notwendig, unter Einschluss seiner Implikationen.

<sup>24</sup> Grundlegend BGE 99 Ib 39 E. 4; bestätigt z.B. in BGE 112 II 1 E. 8; 118 Ib 277 E. 3b. Teilweise wird angenommen, das Bundesgericht habe in BGE 139 I 16 die Schubert-Praxis aufgegeben, da es formuliert habe, eine dem Völkerrecht entgegenstehende Bundesgesetzgebung bleibe regelmässig unanwendbar (E. 5.1 a.E.), vgl. so *Yvo Hangartner*, Bundesgerichtlicher Positionsbezug zum Verhältnis von Bundesverfassung und Völkerrecht, AJP 2013, 698 (701 f.); ähnlich wohl auch *Séverine Knuchel*, Initiatives populaires et droit international: quelques réflexions sur le chiffre IV de l'initiative populaire fédérale „Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en oeuvre)“, Jusletter v. 12.11.2013, Jusletter v. 12.11.2013, Rz. 11, die davon spricht, dass sich das Bundesgericht von der Schubert-Rechtsprechung distanziert habe. Zwingend ist diese Auslegung des bundesgerichtlichen Urteils jedoch nicht, da „regelmässig“ Raum für Ausnahmen gelassen wird; auch spricht die in dem Urteil auch erfolgende Bezugnahme auf die Schubert-Rechtsprechung eher dafür, dass man diese nicht (zudem noch in einem *obiter dictum*) aufgeben wollte, hätte eine derart weitgehende Rechtsprechungsänderung doch wohl klarer formuliert werden müssen. Zur Schubert-Rechtsprechung und der nachfolgenden Rechtsprechungsentwicklung aus jüngerer Zeit instruktiv *Robert Baumann*, Die Umsetzung völkerrechtswidriger Volksinitiativen, AJP 2010, 1009 ff., m.w.N.; s. auch – mit Bezug zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung – *Astrid Epiney*, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht aus der Sicht des Bundesgerichts, Jusletter v. 18.3.2013; *Astrid Epiney*, Zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht: eine politische oder eine rechtliche Frage? Ein Beitrag zur aktuellen Diskussion um den Vorrang des Völkerrechts und die Bindungswirkung der Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Jusletter v. 16.12.2013; *Astrid Epiney*, Zur Rolle des Bundesgerichts bei der Verfassungsauslegung. Gedanken zu BGE 139 I 16, 11 S., Jusletter v. 6.10.2014.

<sup>25</sup> BGE 117 Ib 367 E. 2; 125 II 417 E. 4d (sog. PKK-Entscheid; das Bundesgericht betonte hier, ein Konflikt zwischen einem völkerrechtlichen Vertrag und einem Bundesgesetz sei unter Rückgriff auf die allgemein anerkannten und in den Art. 26 f. VRK kodifizierten Grundsätze des Völkerrechts zu lösen; diese Grundsätze seien für sämtliche Staatsorgane bindend, so dass im Konfliktfall das Völkerrecht grundsätzlich dem Landesrecht vorgehe); unklar jedoch BGE 136 III 168 E. 3.3.4; 136 II 120; den PKK-Entscheid ausdrücklich bestätigend BGE 131 II 352 E. 1.3.1; 136 II 241 E. 16.1; 129 II 193; 139 I 16 E. 5.1; s.a. BGE 135 II 243 E. 3.1; 128 III 113 E. 3a; 128 IV 201 E.1.2; BGer vom 26.4.2012, 2C\_459/2011.

Bedeutung derartiger Abkommen beruhen, die es rechtfertigt, die Schubert-Rechtsprechung – die ihrerseits letztlich auf pragmatischen und politischen Erwägungen beruhen dürfte und insofern als Ausdruck einer *Political-Question*-Doktrin angesehen werden kann – hier nicht heranzuziehen.

## 2. „Ausnahme“: zur nachträglichen Undurchführbarkeit im Zuge der Auslegung

### a) Allgemeines

Nach dem Gesagten ist somit – sieht man, parallel zur Rechtslage in Bezug auf die Ungültigkeit von Volksinitiativen, von der faktischen Undurchführbarkeit ab – nicht davon auszugehen, dass irgendwie geartete Schwierigkeiten bei der Umsetzung von Verfassungsbestimmungen zu einem Wegfall der Rechtspflicht zur Umsetzung führten. Zu erinnern ist jedoch daran, dass ggf. bestehende Spannungsfelder oder gar Widersprüche einer Verfassungsbestimmung mit einer anderen Verfassungsbestimmung oder mit völkerrechtlichen Vorgaben bei der Auslegung derselben zu berücksichtigen sind, so dass die genaue Tragweite des Umsetzungsauftrags auch unter diesem Gesichtspunkt zu eruieren ist.

Die Anwendung dieser Grundsätze erscheint jedoch zumindest in einer Konstellation auf den ersten Blick wenig überzeugend: Falls eine Verfassungsbestimmung einen bestimmten Gesetzgebungsauftrag vom Eintreten einer Bedingung bzw. einer Prämisse abhängig macht und diese sich nicht realisiert, könnte – wegen des Nichteintritts der Bedingung – eine Art nachträgliche Unmöglichkeit der Verwirklichung des eigentlich bestehenden verfassungsrechtlichen Auftrags anzunehmen sein. Bei näherer Analyse dürfte es jedoch auch bei dieser Fallgestaltung letztlich um eine Auslegungsfrage gehen, könnte bei Vorliegen der skizzierten Voraussetzungen doch vieles dafür sprechen, dass im Falle des Nichteintretens der Bedingung eben die entsprechende Umsetzungsverpflichtung wegfällt. Insofern kann also die Auslegung einer Verfassungsbestimmung es nahe legen, dass die Umsetzungsverpflichtung unter bestimmten Voraussetzungen gerade nicht mehr besteht bzw. bestehen kann, so dass die Auslegung einer Verfassungsbestimmung zu einer Art „nachträglicher Undurchführbarkeit“ führt, wobei es jedoch dogmatisch nicht um eine Undurchführbarkeit, sondern um den Wegfall der Umsetzungsverpflichtung aufgrund des (Nicht-) Eintritts bestimmter Bedingungen oder das Wegfallen von Prämissen geht; eine derartige Undurchführbarkeit kann auch vorübergehender Natur sein. Letztlich ist in solchen Konstellationen also eine genaue Auslegung der einschlägigen Verfassungsbestimmung ausschlaggebend.

### b) Zu Art. 121a BV

Gerade eine solche „nachträgliche Undurchführbarkeit *qua* Auslegung“ kann m.E. mit guten Gründen in Bezug auf Art. 121a BV – soweit Unionsbürger und Unionsbürgerinnen betroffen sind – zumindest teilweise angenommen werden: Geht man davon aus, dass das gemäss Art. 121a Abs. 5 BV zu erlassende Gesetz zwingend Kontingente i.e.S. – also eine eigentliche quantitative Beschränkung der Zuwanderungszahlen (wie auch immer man sie dann berechnet und aufteilt – enthalten muss und diese für alle „Kategorien“ von Ausländern und Ausländerinnen (also auch für Unionsbürger und Unionsbürgerinnen) zum Zuge kommen müssen, so zöge dies zwingend eine Unvereinbarkeit mit dem Freizügigkeitsabkommen nach sich.<sup>26</sup> Die im Zuge der „Masseneinwanderungsinitiative“ in die Verfassung eingefügten neuen Bestimmungen tragen denn auch durchaus dem Umstand Rechnung, dass ein derartiges Spannungsverhältnis mit bereits bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen besteht bzw. bestehen kann. Der vor diesem Hintergrund vorgesehene Mechanismus geht dahin, dass die entsprechenden Abkommen innerhalb von drei Jahren neu zu verhandeln und anzupassen sind (Art. 197 Ziff. 11 Abs. 1 BV), wobei der Bestimmung keine Aussage darüber zu entnehmen ist, wie im Falle der Unmöglichkeit einer solchen Anpassung vorzugehen ist. M.a.W. ist der Bestimmung also gerade keine Pflicht zu entnehmen, das Freizügigkeitsabkommen zu kündigen; vielmehr sollen bestehende Unvereinbarkeiten im Zuge von Neuverhandlungen „beseitigt“ werden, ein Ansatz, von dem auch der Bundesrat in seinem im Februar 2015 vorgelegten Umsetzungskonzept ausgeht,<sup>27</sup> und der auch in der herrschenden Literatur – welche (soweit ersichtlich) einhellig hervorhebt, Art. 121a, 197 Nr. 11 BV sei keine Pflicht zur Kündigung des Freizügigkeitsabkommens zu entnehmen – betont wird.<sup>28</sup> Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang zudem darauf hingewiesen, dass – soweit das Freizügigkeitsabkommen betroffen ist – das Initiativkomitee betonte, dass Art. 121a, Art. 197 Ziff. 11 BV keine Kündigung des Freizügigkeitsabkommens verlange; es gehe lediglich um Neuverhandlungen. Offenbar ging bzw. geht man also davon aus, dass das Freizügigkeitsabkommen nicht gekündigt werden müsste bzw. die neue Verfassungsbestimmung gerade nicht die Kündigung völkerrechtlicher Abkommen impliziere.<sup>29</sup>

Im Übrigen ist auch ganz allgemein davon auszugehen, dass zumindest allein die Annahme einer Initiative, die in einem Spannungsverhältnis mit einem für die Schweiz verbindlichen

---

<sup>26</sup> Vgl. nur, m.w.N., *Epiney*, Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121a, Art. 197 Ziff. 11 BV (Fn. 1), 21 ff.

<sup>27</sup> Vgl. die Vernehmlassungsvorlage unter [www.ejpd.admin.ch/ejpd](http://www.ejpd.admin.ch/ejpd); zur Vorlage NZZ v. 11.2.2015.

<sup>28</sup> Vgl. *Ehrenzeller*, SG Kommentar zur BV (Fn.), Art. 121a., Rn. 64, 71; *Raffaella Kunz*, Schweiz – EU: Wohin führt der bilaterale Weg nach der Annahme der Volksinitiative „Gegen Masseneinwanderung“?, *ZaöRV* 2014, 329 (357 f.); *Uebersax*, Jusletter v. 14.4.2014 (Fn.), Rn. 79; *Stefan Schlegel/Charlotte Sieber-Gasser*, Der Dritte Weg zur Vierten Freiheit. Von bestehenden und künftigen Konflikten zwischen Handels- und Migrationsrecht, Jusletter v. 17.3.2014, Rn. 19; *Uebersax*, in: Basler Kommentar zur BV (Fn.), Art. 197 Nr. 11, Rn. 7 f.; unzutreffend bzw. zumindest missverständlich insofern der Bundesrat in seiner Botschaft zur Initiative, vgl. BBl 2013 317.

<sup>29</sup> Vgl. zu der Argumentation im Vorfeld der Abstimmung *Epiney*, Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121a, Art. 197 Ziff. 11 BV (Fn. 1), 7 ff.; s. im vorliegenden Zusammenhang auch *Uebersax*, Jusletter v. 14.4.2014 (Fn.), Rn. 79.

völkerrechtlichen Vertrag steht, jedenfalls nicht automatisch einen Auftrag zur Kündigung des betreffenden Abkommens bedeutet, kann doch prinzipiell nicht davon ausgegangen werden, dass die Stimmberechtigten mit der Annahme einer Initiative, die gegen bestimmte Vorgaben eines völkerrechtlichen Vertrages verstösst, auch die Kündigung eines gesamten Vertragswerks einleiten wollten. Dies gilt insbesondere bei eher umfassenden und komplexen Vertragswerken mit universeller oder regional umfassender Geltung.<sup>30</sup>

Wenn somit die neuen Verfassungsbestimmungen gerade keine Pflicht zur Kündigung des Freizügigkeitsabkommens enthalten, sondern ihre Systematik gerade dahin geht, dass mit Art. 121a BV (möglicherweise) nicht in Einklang stehende völkerrechtliche Verträge neu zu verhandeln sind (so dass allfällige Widersprüche beseitigt werden können), so kann nach der hier vertretenen Ansicht eine Pflicht zur Kündigung auch nicht deshalb angenommen werden, weil diese Neuverhandlungen scheitern. Denn bei Verhandlungen muss immer ein Konsens mit dem Vertragspartner gefunden werden, so dass eine derartige weitgehende Konsequenz explizit aus der Verfassungsbestimmung hervorgehen müsste, die diese Frage aber gerade offen lässt und somit offenbar davon ausgeht, dass im Fall des Scheiterns von Verhandlungen – trotz redlichem Bemühen der Schweiz (eine solche Pflicht ergibt sich zweifellos aus Art. 197 Nr. 11 Abs. 1 BV abzuleiten) – eine Lösung für die Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen Art. 121a BV und entgegenstehenden völkerrechtlichen Verträgen gefunden werden müsste, dies selbstredend unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben.

Versucht man vor diesem Hintergrund eine Annäherung an die Problematik, so ist festzuhalten, dass im Falle des Scheiterns von Neuverhandlungen einerseits ein für die Schweiz verbindlicher völkerrechtlicher Vertrag besteht, andererseits ein verfassungsrechtlicher Auftrag zur Umsetzung der Art. 121a Abs. 1-3 BV, wobei – wie erwähnt – die Verfassung allerdings davon ausgeht, dass dieser Widerspruch durch Neuverhandlungen beseitigt wird und keine Pflicht zur Kündigung vorgesehen ist; m.a.W. will die neue Verfassungsbestimmung den (potentiellen) Konflikt mit dem Völkerrecht durchaus lösen, dies indem widersprechende Verträge neu verhandelt werden sollen, so dass einiges in Anbetracht der grossen Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens und der „Bilateralen I“ dafür spricht, dass die Grundsätze des Art. 121a BV bzw. die Pflicht zu ihrer Umsetzung, soweit diese nicht mit dem Freizügigkeitsabkommen vereinbar wäre, unter der Prämisse der Verhandelbarkeit des Abkommens stehen.<sup>31</sup> Damit ist angesichts dieser Sach- bzw. Rechtslage der Umsetzungsauftrag des Art. 121a Abs. 5 BV so auszulegen, dass im Falle des Scheiterns von Neuverhandlungen die Umsetzung unter Beachtung der betreffenden (nach wie vor geltenden)

---

<sup>30</sup> Ähnlich *Künzli*, ZSR 2009 I (Fn.), 47 (67 ff.); *Markus Schefer/Alexandra Zimmermann*, Materielle Schranken der Verfassungsgebung, LeGes 2011, 343 (354 f.); *Nina Blum/Vera Naegeli/Anne Peters*, Die verfassungsmässigen Beteiligungsrechte der Bundesversammlung und des Stimmvolkes an der Kündigung völkerrechtlicher Verträge, ZBl. 2013, 527 (556 f.). In diese Richtung auch *Regine Kiener/Melanie Krüsi*, Bedeutungswandel des Rechtsstaats und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl 2009, 237 (249 f.).

<sup>31</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Hinweise bei *Kunz*, ZaöRV 2014 (Fn.), 329 (361 f.).

völkerrechtlichen Abkommen erfolgen muss, was in Bezug auf Art. 121a Abs. 1-3 und das Freizügigkeitsabkommen letztlich impliziert, dass auf die Einführung eigentlicher Kontingente sowie einen Inländervorrang, aber auch alle sonstigen Massnahmen, die mit dem Abkommen nicht im Einklang stünden, zu verzichten ist.

Denn im Falle des Scheiterns von Neuverhandlungen bleibt das Freizügigkeitsabkommen in Kraft (es sei denn, es würde aus politischen Gründen, ohne dass eine rechtliche Verpflichtung bestünde, gekündigt) und ist somit zu beachten; ihm kommt im Übrigen grundsätzlich Vorrang vor nationalem Recht zu.<sup>32</sup> Der Gesetzgeber hat sich aber bei der Umsetzung an den massgeblichen verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben (bei letzteren eben unter Einschluss des Freizügigkeitsabkommens) zu orientieren. Wenn diese sich widersprechen (wie vorliegend zugrunde gelegt), so ist auf dem Weg der Auslegung nach einer Lösung zu suchen. Vorliegend spricht der Umstand, dass Art. 121a, Art. 197 Nr. 11 Abs. 1 BV von Neuverhandlungen von gegen Art. 121a Abs. 1-3 BV verstossenden Verträgen ausgehen und keine Pflicht zur Kündigung besteht, dafür, dass im Falle des Scheiterns der Verhandlungen eben eine Umsetzung in Beachtung der völkerrechtlichen Vorgaben zu erfolgen hat, wofür im Übrigen auch das Rechtsstaatsprinzip – das eine Bindung aller staatlichen Gewalten an das Recht (unter Einschluss des Völkerrechts) beinhaltet – spricht. Damit wird aber eine Umsetzung, die gegen das Abkommen verstösst, letztlich unmöglich bzw. eine solche wäre nicht mit rechtsstaatlichen Grundsätzen – wonach das geltende Recht eben umfassend zu beachten ist – vereinbar.

Insofern und im Ergebnis ergibt also eine Auslegung des Art. 121a, 197 Nr. 11 Abs. 1 BV eine (teilweise, soweit Unionsbürgerinnen und Unionsbürger betroffen sind) „nachträgliche Unmöglichkeit“ der Umsetzung gewisser Aspekte des Verfassungsauftrags, dies letztlich, soweit die von den neuen Verfassungsbestimmungen implizierten Annahmen (Erfolg von Neuverhandlungen) nicht eintreten.

#### **IV. Fazit**

Insgesamt ist somit festzuhalten, dass zwar rechtliche und / oder tatsächliche Schwierigkeiten bei der Umsetzung von Verfassungsbestimmungen insofern unbeachtlich sind, als – letztlich parallel wie bei der Ungültigerklärung von Volksinitiativen – eine eigentliche Unmöglichkeit nur bei wirklich faktischen Hindernissen der Umsetzung von Verfassungsaufträgen anzunehmen sein kann. Dies ändert freilich nichts daran, dass eine Auslegung von Verfassungsbestimmungen – ggf. auch im Zusammenhang mit anderen Verfassungsbestimmungen und unter Berücksichtigung grundlegender rechtsstaatlicher

---

<sup>32</sup> Zum grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts, m.w.N., *Epiney*, Basler Kommentar zur BV (Fn.), Art. 5, Rn. 75 ff.

Grundsätze – zu dem Schluss führen kann, dass die Verwirklichung gewisser Verfassungsaufträge oder von Teilen derselben von Bedingungen abhängig gemacht wird, die dann letztlich nicht eingetreten sind, bzw. von entsprechenden Prämissen ausgegangen wird, so dass der entsprechende Verfassungsauftrag nicht zum Zuge kommen kann bzw. entsprechend einschränkend auszulegen ist.

Auf dieser Grundlage kann mit guten Gründen argumentiert werden, dass ein Verfassungsauftrag so auszulegen ist, dass ein Wegfallen der Prämisse eines Umsetzungsauftrags insoweit auch ein Entfallen der entsprechenden gesetzlichen Pflicht zur Umsetzung der Verfassungsbestimmung nach sich zieht. Diese Konstellation liegt nach der hier vertretenen Ansicht in Bezug auf Art. 121a, 197 Ziff. 11 BV vor, gehen diese Bestimmungen doch von der Prämisse der Neuverhandlung des Freizügigkeitsabkommens im Sinne des Art. 121a BV aus, so dass sich im Falle des Scheiterns dieser Neuverhandlungen mit der EU die Umsetzung am geltenden Recht (unter Einschluss des Freizügigkeitsabkommens) zu orientieren hat und in diesem Fall auch keine Pflicht mehr zur Umsetzung des Verfassungsauftrags im Widerspruch mit dem Freizügigkeitsabkommen (sofern man den Verfassungsauftrag so auslegt) besteht.

Der hier vertretene Ansatz vermag damit auch einen Anhaltspunkt für die rechtliche Bewältigung von Widersprüchen zwischen verfassungsrechtlichen Vorgaben und völkerrechtlichen Verpflichtungen liefern: Denn in den wenigsten Fällen völkerrechtswidriger Initiativen bzw. völkerrechtswidriger Gesetzgebungsaufträge – insbesondere soweit diese sehr bedeutsame Verträge betreffen – kann davon ausgegangen werden, dass mit ihrem Inkrafttreten auch eine Kündigung der entsprechenden völkerrechtlichen Verträge impliziert wird, so dass dem Spannungsverhältnis letztlich auf dem Weg der Auslegung begegnet werden muss.