

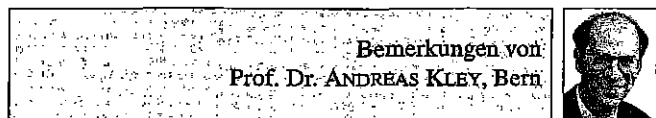
8. Allgemeine Fragen des Völkerrechts und Europarechts / Questions générales de droit international public et de droit européen

8.2. Völkerrecht, Europarecht und Landesrecht / Rapports entre le droit international, le droit européen et le droit interne

(...) **Erstmalige Anwendung der "Oberschrot"-Praxis (BGE 117 Ia 497) gegen einen Entscheid des Bundesrates: Art. 6 Abs. 1 EMRK schliesst Lücken im Zuständigkeitskatalog des Bundesgerichts in seiner Funktion als oberstes Verwaltungsgericht; Verhältnis zwischen Landesrecht und Völkerrecht, Presse- und Meinungsfreiheit.**

Bundesgericht, I. Öffentlichrechtliche Abteilung, 26.7.1999 i.S. F. K. c. *Schweizerische Bundesanwaltschaft, Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement und Schweizerischer Bundesrat* (Verfahren 1A.178/1998 und 1A.208/1998), Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

BGE 125 II 417-430



Bemerkungen von
Prof. Dr. ANDREAS KLEY, Bern

Zusammenfassung des Urteils:

Die schweizerischen Zollbehörden hatten am 11. September 1997 in Riehen BS 88 Kilogramm Propagandamaterial der Kurdischen Arbeiterpartei (PKK) beschlagnahmt. Dieses Material stellte die Gewalt als einziges Mittel der Kurden im Kampf für ihre Unabhängigkeit dar. Der Bundesrat zog, gestützt auf Art. 1 Abs. 2 des Bundesratsbeschlusses betreffend staatsgefährliches Propagandamaterial vom 29.12.1948 (Propagandabeschluss, SR 127, per 1.7.1998 aufgehoben, da durch das Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 21.3.1997, BWIS, SR 120, AS 1998, 1546 ff., abgelöst), zur Vernichtung ein. Diesen Entscheid focht der Adressat der Sendung beim Bundesgericht mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an. Das Bundesgericht erachtete den inzwischen nicht mehr in Kraft stehenden Propaganda-Beschluss als eine auf die Polizeigeneralklausel des Art. 102 Ziff. 8-10 BV abgestützte Verordnung, mit der die Grundrechte auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage eingeschränkt werden dürften (Erw. 6b). Die übrigen Voraussetzungen dieser Beschränkung der Meinungs- und Pressefreiheit, namentlich die Verhältnismässigkeit, erachtet das Bundesgericht ebenfalls als erfüllt. Denn das Propagandamaterial trage dazu bei, dass die Spannungen zwischen Kurden und Türken in die Schweiz hinein getragen würden. Die in der Schweiz lebenden Kurden sollen radikalisiert und auf die nicht zu einer (finanziellen) Unterstützung bereiten Kurden solle Druck ausgeübt werden. Ferner enthalte das Propagandamaterial nicht nur zulässige Kritik an der türkischen Regierung, sondern eigentliche Beschimpfungen, welche die aussenpolitischen Beziehungen der Schweiz und ihre Neutralität beeinträchtigen könn-

ten. Die Abwehr all dieser Gefährdungen rechtfertige gemäss bundesgerichtlicher Praxis empfindliche Einschränkungen der Meinungsäusserungs- und Pressefreiheit (Erw. 7 b). Die Massnahme der Beschlagnahme sei verhältnismässig, weil sich die inkriminierten Textpassagen auf die verschiedensten Stellen bezogen und deswegen nicht unkenntlich gemacht werden könnten.

Bemerkungen:

1. Das Urteil erweist sich im Hinblick auf drei Aspekte als interessant. Zunächst ist es erstaunlich, dass das Bundesgericht überhaupt auf eine Beschwerde gegen eine Verfügung des Bundesrates eingetreten ist (im folgenden Ziff. 2). Üblicherweise sind dessen *Entscheide bundesgerichtlich nicht anfechtbar*. Sodann enthält das Urteil Äusserungen über das Verhältnis zwischen Landesrecht und Völkerrecht gemäss Art. 5 Abs. 4 nBV (Ziff. 3). Schliesslich wirft der Entscheid vor dem Hintergrund der Presse- und Meinungsfreiheit Fragen auf (Ziff. 4).

2. a. Art. 6 Abs. 1 EMRK beinhaltet die mittlerweile hinlänglich bekannte Garantie des Zugangs zu einem Gericht, sofern es sich um eine "zivilrechtliche" Streitigkeit handelt (vgl. zur Problematik A. KLEY, *Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung*, Zürich 1995, 106). Das Bundesgericht hatte diesen grundrechtlichen Anspruch gegenüber den Kantonen in einer einlässlichen Rechtsprechung durchgesetzt. In der Regel wies es die jeweiligen Streitsachen an das kantonale Verwaltungsgericht zur Beurteilung zurück bzw. verpflichtete die Kantone, diesen Rechtsschutz bereitzustellen (vgl. z.B. BGE 120 Ia 19 und dazu A. KLEY, AJP/PJA 1994 1040 f.; BGE 119 Ia 411 und dazu A. KLEY, AJP/PJA 1994 242 f.; m.w.H. in Erw. 2b; BGE 124 I 262). Bestand noch kein Verwaltungsgericht, "gewährleistet das Bundesgericht nach der von der Strassburger Kommission bestätigten 'Oberschrot-Praxis' in bestimmten Fällen ausnahmsweise einen Art. 6 Abs. 1 EMRK genügenden Rechtsschutz" (BGE 122 I 302). In der Zwischenzeit haben alle Kantone einen grundsätzlich genügenden verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz geschaffen. Sie sind dazu nicht nur durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 6 Abs. 1 EMRK angehalten worden, zusätzlich hatte Art. 98a OG die Kantone verpflichtet, für Streitsachen in Bundesverwaltungsangelegenheiten bis zum 15.2.1997 gerichtliche Vorinstanzen einzusetzen (vgl. A. KLEY, *Der Anspruch auf richterliche Beurteilung "zivilrechtlicher" Streitigkeiten*, AJP/PJA 1994 23 ff. [40]). Im Bund besteht zwar eine Verwaltungsgerichtsbarkeit mit Generalklausel; die Ausnahmeklauseln machen dem Bundesgericht bis heute zu schaffen. Das vorliegende Urteil ist in diesem Sinne nachgerade "sensationell", weil das Bundesgericht die Oberschrot-Praxis erstmals im Bund zur Anwendung bringt. Das ist umso erstaunlicher, weil es hinsichtlich Art. 6 EMRK mehrfach erklärt hatte, es wolle ausserhalb seiner Zuständigkeiten gemäss Art. 97 ff. OG auf keine Verwaltungsgerichtsbeschwerden eintreten.

b. Im *Bundesgerichtsurteil Zwilag* vom 20.9.1996 (AJP/PJA 1997 224 f.) lehnte das Bundesgericht das Eintreten auf

eine atomrechtliche Bau- und Betriebsbewilligung deshalb ab, weil der damals vorliegende Kommissionsbericht *Balmer-Schafroth* vom 18.4.1996 (vgl. Rec. 1997-IV, 1368 ff., §§ 42–58), der eine Verletzung des Art. 6 EMRK bejahte, lediglich einen *Entscheidungsantrag* darstelle und deshalb nicht verbindlich sei. Solange kein Urteil des Gerichtshofes vorliege, "der verbindlich die Anwendbarkeit und die Verletzung von Art. 6 EMRK in solchen Fällen feststellen würde, war der Bundesrat berechtigt, seine Verfügung betreffend die Bau- und Betriebsbewilligung" abschliessend zu erteilen. Diese Begründung war der Sache nach mehr als dürftig (vgl. A. KLEY, *Besprechung des Urteils Zwilag* in: AJP/PJA 1997 223 f.). Das Bundesgericht bekam in der Sache allerdings Recht, als der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Anwendung des Art. 6 Abs. 1 EMRK im Urteil *Balmer-Schafroth* ablehnte, weil das bundesrätliche Bewilligungsverfahren keinen direkten Einfluss auf das von den Beschwerdeführern angerufene Recht auf Schutz der physischen Integrität habe. Diese überraschende Begründung des Gerichtshofes für Menschenrechte ist allerdings kaum nachvollziehbar und durchkreuzt die bisherige Praxis (vgl. A. KLEY, *Gerichtliche Kontrolle von Atombewilligungen*, EuGRZ 1999, 177 ff. [insb. 179] mit meiner Übersetzung, EuGRZ 1999, 183 ff.).

c. Im Bereich des neuen Krankenversicherungsgesetzes besteht gemäss Art. 53 KVG eine breite Beschwerdezuständigkeit des Bundesrates, der über kantonale Spitallisten, Arzt- und Spitaltarife usw. Recht spricht. Mehrfach ist auch hier von Beschwerdeführern Art. 6 Abs. 1 EMRK geltend gemacht worden. Es sprechen gewichtige Gründe dafür, dass Art. 6 EMRK in diesen Verfahren mindestens teilweise anwendbar ist. In zwei analogen Beschwerdeentscheiden des Bundesrates vom 13.1.1999 in Sachen *L.* und *M. gegen Kanton Zürich*, je Erw. II.15, führte der Bundesrat gestützt auf einen Meinungs austausch mit dem Bundesgericht aus:

"Die Beschwerdeführerin macht zum Verfahrensweg geltend, dass sie nach Artikel 6 EMRK Anspruch auf eine gerichtliche Beurteilung der Spitalliste Psychiatrie 1998 habe. Sie ersucht daher den Bundesrat, das im KVG die kantonale Spitalliste betreffende Rechtsmittelverfahren sowie eine Rechtsmittelbelehrung im Einklang mit Artikel 6 Absatz 1 EMRK umzugestalten.

Artikel 6 Ziffer 1 EMRK verleiht jedermann unter anderem Anspruch darauf, dass im Streitfall ein Richter über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen entscheidet. Das Bundesamt für Justiz hat nach Eingang der ersten Beschwerden gegen kantonale Spitallisten mit dem EVG einen grundsätzlichen Meinungs austausch über die Zuständigkeitsfrage durchgeführt (vgl. Antworten des Bundesrates vom 14.5.1997 auf die einfache Anfrage SUTER [Nr. 96.1134], *Menschenrechtsverstösse im Krankenversicherungsgesetz?*, Amtl. Bull. 1997, N 1589). Das EVG antwortete am 23. August 1996, es sei in dieser Sache nicht zuständig, weil die Verwaltungsgerichtsbeschwerde auf diesem Gebiet ausgeschlossen sei. Zur Begründung machte es im wesentlichen geltend, Spitalplanung und Spitallisten beruhten nicht auf Bundesrecht,

sondern stellten selbständiges kantonales Recht dar. Anderer Auffassung in dieser Frage war allerdings das Bundesgericht, das mehrere bei ihm eingereichte staatsrechtlichen Beschwerden gegen kantonale Spitallisten dem Bundesrat zur Beurteilung überwies und damit wie der Bundesrat davon ausgeht, die Spitallisten beruhten auf Bundesrecht (Ziff. II/1.2 hiervor). Das EVG warf zudem die Frage auf, ob Spitallisten überhaupt Verfügungen darstellten. Wenn dies verneint werde, stellt sich die Frage der Verletzung gar nicht, weil die Rechtsweggarantie der Konvention für Erlasse nicht gelte.

Der Bundesrat hat vom Ergebnis des Meinungs austausches Kenntnis genommen und entschieden, dass die geltende Zuständigkeitsordnung und die zeitliche Dringlichkeit der Entscheide über Spitallisten (Art. 53 Abs. 1 und 3 KVG) keinen Spielraum lassen und er daher keine andere Wahl hat, als die Streitigkeiten anhand zu nehmen.

Es mag sein, dass die wirtschaftlichen Folgen der Einschränkung des Leistungsauftrages der Beschwerdeführerin dafür sprechen, ein Gericht entscheiden zu lassen, wie die Beschwerdeführerin in ihren Eingaben vorbringt.

Andererseits ist es aber ebenso richtig, dass sich auch Gründe für die Beurteilung der Spitallisten durch den Bundesrat namhaft machen lassen. Spitallisten beruhen auf Planungsentscheiden, bei denen ein beträchtlicher Ermessensspielraum besteht und Aspekte der Zweckmässigkeit eine grosse Rolle spielen. Das KVG und seine Zulassungsordnung für Spitäler bezwecken eine sozialverträgliche Krankenversicherung und nicht die Sicherung von Einkommen der Leistungserbringer. Das Landesrecht garantiert den Spitälern mithin keinen Anspruch auf Aufnahme in die Spitalliste, sondern höchstens – bei privaten Trägerschaften – eine angemessene Einbeziehung in die Planung (Art. 39 Abs. 1 Bst. d KVG). Bei Streitigkeiten über die Aufnahme von Spitälern in die Spitallisten kann es sich aus dieser Sicht somit nicht um Streitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 EMRK handeln (vgl. Antwort des Bundesrates vom 14. 5. 1997 auf die einfache Anfrage Suter [Nr. 96.1134], *Menschenrechtsverstösse im Krankenversicherungsgesetz?*, Amtl. Bull. 1997 N 1590).

Die oben geschilderte Rechtslage erlaubt dem Bundesrat auch nicht, das Rechtsmittelverfahren des KVG für die kantonale Spitalliste und die Rechtsmittelbelehrung im Einklang mit Artikel 6 Absatz 1 EMRK umzugestalten und den Weg an ein Gericht zu öffnen, wie die Beschwerdeführerin beantragt. Solche Lösungen lassen sich nach Ansicht des Bundesrates rechtlich einwandfrei nicht im Rahmen des geltenden Rechts, sondern nur über eine Änderung des KVG (Art. 53 Abs. 1) und allenfalls des OG (Art. 129) verwirklichen. Ziffer 4 des Antrags in der Beschwerde ist daher abzuweisen."

Die hier vom Bundesrat gegebene Begründung für die Nichtanwendbarkeit des Art. 6 EMRK überzeugt juristisch nicht im mindesten; insbesondere verlangt Art. 6 EMRK keine Auseinandersetzungen betreffend Rechtsansprüche, vielmehr genügen bereits Streitigkeiten über die Auslegung

eines Gesetzes. Aus praktischer Sicht ist diese Rechtsprechung verständlich, da das Bundesgericht in der Tat durch die neue Zuständigkeit erheblich belastet würde. Zudem kann der Bundesrat das Risiko einer EMRK-Verletzung leicht eingehen. Ein Strassburger Feststellungsurteil wäre erst nach mehreren Jahren zu erwarten; aus diesem Grunde muss sich der Bundesgesetzgeber trotz der hier festgestellten EMRK-Widrigkeit nicht sonderlich mit der Änderung von Art. 53 KVG beeilen.

d. Das vorliegende Urteil vom 26. Juli 1999 könnte als Kurswechsel verstanden werden, wäre der zu beurteilende Sachverhalt nicht ein Einzelfall, der die künftige Rechtsprechung kaum zu präjudizieren vermag. In Erw. 4 d) verwies das Bundesgericht auf das neue Gesetz über Massnahmen der inneren Sicherheit vom 23.3.1997. Dieses verzichtete auf eine gesetzliche Regelung des Rechtsschutzes, weil es die Einziehung von Propagandamaterial gar nicht mehr vorsehe. Das Bundesgericht wird künftig keine weiteren Propaganda-Fälle mehr zu beurteilen haben, und konnte getrost diesen singulären Fall so entscheiden. Die Sachlage ist natürlich eine völlig andere bei den atomrechtlichen Bewilligungen des Bundesrates und erst recht bei den Beschwerden nach Art. 53 KVG, welche zu Hauf zu beurteilen sind. Das Bundesgericht wird sich mittels des immer wieder geltend gemachten Überlastungsarguments (vgl. zuletzt etwa in der Vernehmlassung zum Beitritt zur Genozid-Konvention, vgl. BBl 1999, 5327 ff., insb. 5337, 5352) tunlichst hüten, über Art. 6 EMRK – und entgegen der bundesgesetzlichen Vorschriften – derart weite Zuständigkeiten zu übernehmen. Das vorliegende Urteil bleibt wohl singulär. Es müssten weitere derartige Entscheide auf andern Gebieten folgen, damit von einer Richtungsänderung gesprochen werden könnte.

3. Das Urteil entspricht der ständigen Praxis, die das Bundesgericht gegenüber den Kantonen entwickelt hat. Es hat die sog. *Oberschrot*-Praxis in diesem Fall auf sich selber angewandt. Art. 98 lit. a und Art. 100 Abs. 1 lit. a OG schliesst das Eintreten des Bundesgerichts auf die vorliegende Beschwerdesache ganz klar aus. Damit liegt ein Konflikt zwischen einer staatsvertraglichen Bestimmung (Art. 6 Abs. 1 EMRK) und Art. 98 lit. a und Art. 100 Abs. 1 lit. a OG vor. Das Bundesgericht begründet in diesem Urteil den Vorrang des Völkerrechts direkt und ohne grosse Umschweife – nachdem allerdings die bisherige Rechtsprechung zu diesem Thema, gelinde gesagt, alles andere als klar ist. Zunächst hält das Bundesgericht fest, dass Art. 114^{bis} Abs. 3 BV wie auch Art. 113 Abs. 3 BV den vorliegenden Konfliktfall nicht lösen. Die neue Bundesverfassung belässt diese Rechtslage gemäss Art. 191 nBV. Nach den hier anwendbaren allgemeinen Grundsätzen des Völkerrechts ist die Schweiz gemäss Art. 26 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23.5.1969 (VRK; SR 0.111) verpflichtet, die sie bindenden völkerrechtlichen Verpflichtungen zu erfüllen ("pacta sunt servanda"). Sie könne sich nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrages zu rechtfertigen (Art. 27 VRK). Somit gehe im Konfliktfall das Völkerrecht dem

Landesrecht prinzipiell vor und damit dürfe die völkerrechtswidrige Norm des Landesrechts im Einzelfall nicht angewendet werden. "Diese Konfliktregelung drängt sich umso mehr auf, wenn sich der Vorrang aus einer völkerrechtlichen Norm ableitet, die dem Schutz der Menschenrechte dient". Ob in andern Fällen davon abweichende Konfliktlösungen in Betracht zu ziehen seien (hier verweist das Bundesgericht auf das Urteil *Schubert*, BGE 99 Ib 44 f.), sei nicht zu prüfen. "Dieses Ergebnis kann sich auf Präjudizien in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stützen, die auch die Grundlage für Art. 5 Abs. 4 nBV bilden".

Das vorliegende Urteil bestätigt die bisherige Rechtsprechung zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht. Es ist darüber hinaus bedeutsam, dass das Bundesgericht diese Überlegungen auch auf die neue Bundesverfassung und insbesondere deren Art. 5 Abs. 4 ausdehnt. Die Schweiz folgt danach dem grundsätzlichen System des gemässigten Monismus und geht zunächst vom grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts aus, wie das Art. 5 Abs. 4 nBV bestimmt. Dabei sind m.E. drei Fälle zu unterscheiden.

(1.) Das Urteil macht zunächst deutlich, dass das zwingende Völkerrecht, worunter die Abkommen zum Schutze der Menschenrechte (und etwa Art. 6 EMRK) zu zählen sind (vgl. W. KÄLIN, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, Bern 1994, 18, 37 f.), ausnahmslos Vorrang beansprucht und nach früher schon massgeblicher Lehre ist entgegenstehendes Landesrecht nicht anzuwenden (vgl. D. THÜRER, Bundesverfassung und Völkerrecht, N 15 m.H., in: Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel/Bern/Zürich 1987 ff.; Y. HAN-GARTNER, Völkerrecht und schweizerisches Landesrecht, in: Festschrift für Bundesrat A. Koller, Bern 1993, 651 ff., 661). Das bestätigt auch Art. 139 Abs. 3 nBV, wonach die Bundesversammlung eine Volksinitiative, die "zwingende Bestimmungen des Völkerrechts" wie etwa das Genozid- oder das Folterverbot verletzt, ungültig erklärt (vgl. Botschaft, BBl 1997 I 362). Entsprechendes gilt auch für den Fall der Total- und Teilrevision der Verfassung seitens der Bundesbehörden (vgl. Art. 193 Abs. 4 und Art. 194 Abs. 2 BV). Wenn die neue Verfassung dem Verfassungsgeber in Form des Völkerrechtes Schranken setzt, so gilt dies natürlich umso mehr auch für den Bundesgesetzgeber: Er ist unbedingt an das völkerrechtliche jus cogens gebunden. Das Bundesgericht hat das vorliegende Problem des Art. 6 EMRK unter die Kategorie einer solchen "zwingenden Bestimmung" des Völkerrechts gerechnet und ihr unbedingten Vorrang gegeben. Folgerichtig müssten dann allerdings alle Art. 6-EMRK-Fälle auf Bundesebene so behandelt werden. Zu denen gehören namentlich die Fälle des Art. 53 KVG, die relativ deutlich den zivilrechtlichen Anwendungsbereich des Art. 6 EMRK betreffen. Ob das Bundesgericht wirklich soweit gehen wird, ist angesichts der Folgen mehr als nur unsicher. Es wird in diesen Konfliktfällen nicht den Vorrang des Art. 6 EMRK verweigern, sondern das Völkerrecht gewissermassen "landesrechtskonform" auslegen. Das ist beim Art. 6 EMRK relativ leicht möglich, da sich immer Gründe finden lassen, die Art. 6 EMRK in der fraglichen Sache unanwendbar erscheinen lassen.

(2.) Im vorliegenden Urteil nicht angesprochen ist die zweite, an sich selbstverständliche Kategorie eines unbedingten Vorrangs des Völkerrechts, wenn nämlich der Bundesgesetzgeber selbst abweichende völkerrechtliche Vorschriften vorbehalten hat (vgl. z.B. Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20.3.1981 über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, SR 351.1 und dazu BGE 122 II 486). Das Bundesgericht hatte eigenartigerweise auch etwa in diesem zuletzt zitierten Fall (an sich völlig unnötige) Überlegungen zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht angestellt. Diese waren deshalb unnötig, weil die bundesgesetzliche, landesinterne Regel ausdrücklich den Vorrang abweichenden Völkerrechts bestätigte (so auch A. R. ZIEGLER, Besprechung von BGE 122 II 485, AJP/PJA 1997 755 ff., Ziff. 12). Dieses sogar irreführende obiter dictum deutet auf eine "juristische Verkrampfung" hin. Diese hat ihre Ursprünge letztlich in der Politik, wie die Auseinandersetzung betreffend den Vorrang des Völkerrechts vor dem Landesrecht nach Art. 5 Abs. 4 nBV in der Volksabstimmung vom 18.4.1999 deutlich machte.

(3.) Das Urteil deutet sodann auch unter der neuen Bundesverfassung die Fortgeltung der *Schubert-Praxis* (BGE 99 Ib 39 ff.; seither bestätigt in: BGE 111 V 201, 112 II 13, 116 IV 269, 117 IV 128, 122 II 485) an, ohne explizit Stellung zu beziehen. Danach geht ein Bundesgesetz einem völkerrechtlichen Vertrag (es handelt sich indessen m.E. folgerichtig um nichtzwingendes Völkerrecht) vor, wenn der Bundesgesetzgeber beim Erlass des Gesetzes bewusst vom entsprechenden Staatsvertrag abweichen wollte. Für den Bereich des nicht zwingenden Völkerrechts ist auch unter der Herrschaft von Art. 5 Abs. 4 BV die Fortführung der *Schubert-Praxis* möglich. Die Botschaft erwähnt das Problem der *Schubert-Praxis* am Rande (BB1 1997 I 135 Anm. 54), ohne inhaltlich Stellung zu beziehen. In den parlamentarischen Beratungen wollte man mit dem Art. 5 Abs. 4 nBV "für Lösungen von Konfliktfällen einen gewissen Spielraum für pragmatische Lösungen – analog der bekannten *Schubert-Praxis* –" offenlassen (Votum SCHMID, Amtl Bull N Sonderdruck 145.). Die *Schubert-Praxis* ist auch nach Art. 5 Abs. 4 nBV weiterhin verfassungsmässig abgedeckt (Votum INDERKUM, Amtl Bull S Sonderdruck, 29). Deshalb wurde auch der abgeschwächte Begriff "*beachten*" in den Verfassungstext eingefügt (Votum INDERKUM, Amtl Bull S Sonderdruck, 29). Mit dem vorliegenden Urteil hat das Bundesgericht die Absicht bekundet, die Leitlinien des Verfassungsgebers nach dem Inkrafttreten der neuen Verfassung am 1.1.2000 zu befolgen. Danach ist die *Schubert-Praxis* beim nichtzwingenden Völkerrecht weiterhin möglich, nachdem diese verfrüht totgesagt worden ist (vgl. A. EPINEY, Bemerkungen zu BGE 122 II 485, AJP/PJA 1997, 351 f., siehe aber zutreffend: A. R. ZIEGLER, Besprechung von BGE 122 II 485, AJP/PJA 1997 755 ff., Ziff. 12; Y. HANGARTNER, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, SJZ 1998, 201 ff.). Die praktischen Anwendungsfälle der *Schubert-Praxis* sind wegen der völkerrechtskonformen Auslegung des Landesrechts extrem selten. Kommt es dennoch unvermeidlich zu einem Konflikt zwischen dem

Völkerrecht und einem Bundesgesetz, so muss sich der Wille des Bundesgesetzgebers zur Abweichung bewusst und nachweisbar aus den Materialien ergeben. Das Bundesgericht hat diesen Willen zuweilen ungenügend geprüft (vgl. THOMAS COTTIER/MAYA HERTIG, Das Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung: Stellung und Auswirkungen, BTJP, Bern 1999, im Druck, Abschnitt II.B.1.a). Liegt dieser abweichende Wille vor, so hat der Gesetzgeber das Völkerrecht zwar beachtet, sich aber aus höher eingestuftem Interessen darüber hinweggesetzt. Er muss dafür die völkerrechtliche Verantwortung übernehmen.

4. Das Urteil ist im Hinblick auf die Presse- und Meinungsfreiheit wenig befriedigend. Es fragt sich nämlich, ob diese Massnahme der Beschlagnahme an der Landesgrenze wirklich verhältnismässig und überhaupt nötig ist, nachdem auf elektronischem Weg ein freier Import des gleichen Materials in die Schweiz möglich ist. Die Verbreitung von Flugblättern, Broschüren und Büchern in der Schweiz dürfte, nachdem die elektronischen Daten in der Schweiz sind, keine grössere Probleme bereiten. Der Bundesgesetzgeber hat deshalb im Gesetz über Massnahmen der inneren Sicherheit auf diese Massnahme verzichtet und der Bundesrat versprach die Aufhebung des Propaganda-Beschlusses (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur inneren Sicherheit vom 7.3.1994, BB1 1994 II 1127 ff. [1195]). Unter diesen Gesichtspunkten mutet die Beschlagnahme und das diese Massnahme schützende Urteil wie ein Relikt aus früherer Zeit an. Die Massnahme ist nicht erforderlich und erreicht ihr Ziel nicht. Es kann nicht im Ernst behauptet werden, dass die physische Beschlagnahme von 88 kg Propagandamaterial die entsprechende Propaganda auch nur ansatzweise zu verhindern vermag. Hier wäre eine realistischere Verhältnismässigkeitsprüfung nötig gewesen. Das Bundesgericht hätte sich der Beurteilung des Bundesrates (BB1 1994 II 1195) anschliessen können und die Massnahme als ungeeignet und unverhältnismässig aufheben sollen.