

## **BGE 92 I 108**

Bundesgericht (BGE), 1966-05-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_92 I 108](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_92_I_108)

FR: ATF 92 I 108

IT: DTF 92 I 108

### **Regeste**

Regeste Bundesgesetz betr. die Auslieferung gegenüber dem Ausland. Auslieferungsvertrag mit Deutschland. 1. Der Auslieferungsrichter hat grundsätzlich nicht zu prüfen, ob ein Schuldausschliessungs- oder Strafmilderungsgrund (hier: Einrede des Handelns auf Befehl) vorliege. Ist die Schuldfrage bei einem leicht und sicher überprüfbar Alibi abzuklären? Frage offen gelassen (Erw. 1). 2. Auch im Verhältnis zwischen der Schweiz und Deutschland schliesst die Verjährung schon nach einem der beiden Rechte die Auslieferung aus. Unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang wird die Verjährung für den ersuchten (schweizerischen) Staat durch eine Verfolgungshandlung des ersuchenden (deutschen) Staates unterbrochen, wenn dem Beschuldigten Mord vorgeworfen wird? (Erw. 2). 3. Kriegsrepressalien: Begriff der Verhältnismässigkeit und des Exzesses (Erw. 3 b).

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Der Auslieferungsrichter hat lediglich zu untersuchen, ob die Voraussetzungen der Auslieferung gegeben seien. Bei Prüfung dieser Frage ist er grundsätzlich frei ( BGE 78 I 45 /46, BGE 79 I 36 Erw. 2); er ist jedoch hinsichtlich des Hergangs der Tat und der Schuld des Auszuliefernden an die zur Begründung des Auslieferungsersuchens vorgelegten Urkunden gebunden: Soweit diese nicht offensichtliche Irrtümer enthalten, geht der Auslieferungsrichter BGE 92 I 108 S. 114 in den genannten Punkten von der Darstellung des Sachverhalts im ausländischen Urteil, im Haftbefehl oder in anderen Urkunden aus, auf die das Auslieferungsbegehren Bezug nimmt. Ob dieser Sachverhalt bewiesen sei und ob der Auszuliefernde die ihm gemachten Vorhalte bestreite, ist demnach unerheblich (vgl. BGE 32 I 122 , 346; BGE 41 I 140 ; BGE 49 I 267 ; BGE 60 I 215 Erw. 3 a; BGE 79 I 36 Erw. 2; BGE 88 I 40 /41). Das Bundesgericht prüft als Auslieferungsgericht auch nicht, ob ein Schuldausschliessungs- oder Strafmilderungsgrund vorliege ( BGE 59 I 144 Erw. 2, BGE 78 I 45 Erw. 2). Das Auslieferungs- und das Nachtragsbegehren des Justizministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen stützen sich je auf einen Haftbefehl, was nach Art. 7 des deutsch-schweizerischen Auslieferungsvertrages als rechtliche Unterlage genügt. Das Bundesgericht hat daher vom Tatbestand auszugehen, wie er in diesen Haftbefehlen umschrieben worden ist. Dagegen vermag die entgegenstehende Darstellung des Matthias Graf, wonach die Juden-Erschiessungen nicht durch das vom Beschuldigten befehligte Einsatzkommando 6, sondern durch Leute des höhern Polizeiführers Jeckeln erfolgt seien, im Auslieferungsverfahren nicht aufzukommen. Abgesehen davon gibt der Beschuldigte zu, er habe am 29. Juni in Sambor/Dobromil und am 2. Juli 1941 in Lemberg an der Massenerschiessung von je etwa 80 Personen teilgenommen. Seine Einrede, er habe lediglich in amtlicher Eigenschaft Befehle (insbesondere einen Geheimbefehl Hitlers) ausgeführt, die ihm vorgeworfenen Tatbestände

seien daher dem deutschen Staat zuzurechnen, kann ebenfalls nicht gehört werden: Sie betrifft einen vom deutschen Sachrichter zu prüfenden Rechtfertigungs- oder Strafmilderungsgrund, wobei bereits feststeht, dass der Befehl - für den Beschuldigten als ausgebildeten Juristen ohne weiteres erkennbar - Verbrechen in unabsehbarer Zahl bezweckte (vgl. § 47 Ziff. 2 des deutschen Militärstrafgesetzes vom 20. Juni 1872). Der Beschuldigte beruft sich schliesslich auf die eidesstattlichen Erklärungen der Gertrud von Radetzky, des Erich von Sievert und des Friedrich Buchhardt und macht somit einen Alibibeweis geltend. Richtig ist, dass im schweizerischen Schrifttum die Meinung vertreten wird, die Schuldfrage sei dann vom Auslieferungsrichter abzuklären, wenn ein behauptetes Alibi leicht und sicher überprüft werden könne (SCHULTZ, Das Schweiz. Auslieferungsrecht, S. 202 N. 222; SCHEIM-MARKEES, BGE 92 I 108 S. 115 in Schweiz. Jur. Kartothek, Nr. 755 S. 10 lit. c). Ob dieser Lehrmeinung gefolgt werden soll, kann indessen offen bleiben. Denn das Bundesgericht könnte die eidesstattlichen Erklärungen, die der Beschuldigte beigebracht hat, nicht ohne zusätzliche Erhebungen auf ihre Glaubwürdigkeit prüfen. Zudem sind sie so allgemein gehalten, dass sie die behauptete Abwesenheit von der Ukraine und Südpolen während der fraglichen Zeit nicht mit genügender Sicherheit dartun. Es fehlt daher, auch nach dem angeführten Schrifttum, im vorliegenden Fall an den Voraussetzungen, um auf den angetragenen Alibibeweis einzutreten.

## **E. 2**

Wie das Auslieferungsgesetz (Art. 3 Abs. 1), so bestimmt die Mehrzahl der von der Schweiz geschlossenen Auslieferungsverträge ausdrücklich, dass ein Beschuldigter nur für Handlungen und Unterlassungen, die nach dem Recht des ersuchenden und des ersuchten Staates strafbar sind, ausgeliefert werde. Der schweizerisch-deutsche Auslieferungsvertrag erwähnt das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit in Art. 1 Abs. 1 Ziff. 9, 12 und 13 für einzelne Auslieferungsdelikte, ebenso im letzten Absatz für den Versuch. In diesen Klauseln wird ein Grundsatz verdeutlicht, der stillschweigend auch hinsichtlich der übrigen Auslieferungsdelikte vorausgesetzt wird und den ganzen Auslieferungsvertrag beherrscht. Nach der neuern Rechtsprechung des Bundesgerichts ist daher im Verhältnis zwischen der Schweiz und Deutschland in allen Fällen am Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit festzuhalten ( BGE 88 I 40 mit Verweisungen). Das bewirkt nach der Praxis, entgegen der zu engen Fassung in Art. 5 des Auslieferungsvertrages, dass die - vom Beschuldigten ausdrücklich angerufene - Verjährung schon nach einem der beiden Rechte die Auslieferung ausschliesse (vgl. SCHULTZ, a.a.O., S. 342). Es ist daher zu prüfen, ob diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall erfüllt sind. a) Das Auslieferungsbegehren des Justizministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen vom 11. Januar 1966 stützt sich auf den Haftbefehl vom 10. Januar 1962, das Nachtragsbegehren vom 28. Februar 1966 auf den vom 22. Februar 1966. Es stellt sich zunächst die Frage, ob der darin umschriebene Tatbestand sowohl nach schweizerischem als auch nach deutschem Recht ein Auslieferungsdelikt sei. Die Haftbefehle wurden wegen dringenden Verdachtes gemeinsamen Mordes in zahlreichen Fällen erlassen. Von den Qualifikationsgründen, die nach § 211 des deutschen StGB BGE 92 I 108 S. 116 (DStGB) und Art. 112 des eidg. StGB den Mord von der Tötung unterscheiden, kommen namentlich die niedrigen Beweggründe, bzw. die besonders verwerfliche Gesinnung in Betracht. Sie werden offenbar darin erblickt, dass der rechtskundige Beschuldigte seine Opfer "ohne rechtliche Grundlage", die Juden "aus Gründen der Ausrottung", die Kommunisten "nur ihrer politischen Einstellung wegen" und die Insassen der Irrenanstalt, "um sich ihrer zu entledigen", erschossen liess; ferner im

Umstand, dass die Hinrichtungen geheim gehalten und die Opfer in Massengräbern verscharrt oder in stillgelegte Bergwerksschächte geworfen wurden. Jene Recht und Sitte grob widersprechenden Gründe können als niedrig im Sinne von § 211 DStGB (vgl. SCHÖNKE/SCHRÖDER, StGB-Komm., 11. Aufl. 1963, N. 11 zu § 211) und die Begleitumstände bei den Hinrichtungen als eine besonders verwerfliche Gesinnung gemäss Art. 112 eidg. StGB (vgl. BGE 87 IV 115 ) offenbarend beurteilt werden. In der Tötung von etwa 3 000 wehrlosen jüdischen Männern, Frauen und Kindern sowie Geisteskranken und kommunistischen Funktionären zeigt sich zudem die Gefährlichkeit des Täters, womit ein weiteres Qualifizierungsmerkmal von Art. 112 eidg. StGB erfüllt ist. Der in den Haftbefehlen umschriebene Tatbestand ist somit als Mord im Sinne beider Strafgesetze zu betrachten. Mord aber ist nach Art. 1 Ziff. 1 des Auslieferungsvertrages und Art. 3 Ziff. I/1 des Auslieferungsgesetzes ein Auslieferungsdelikt. b) Bei dieser Sachlage ist die Einrede der Verjährung von entscheidender Bedeutung. Die Verfolgung des Mordes verjährt, weil diese Tat mit lebenslänglichem Zuchthaus bedroht ist (§ 211 DStGB und Art. 112 eidg. StGB), nach deutschem und nach schweizerischem Recht in 20 Jahren (§ 67 DStGB, Art. 70 eidg. StGB). Da die eingeklagten Handlungen vom 2. Juli bis 30. November 1941 begangen worden waren, trat die Verjährung spätestens am 30. November 1961 ein, wenn sie nicht vorher unterbrochen worden ist. aa) Der Haftbefehl vom 10. Januar 1962 und der vom 22. Februar 1966, welche dem Auslieferungs- und dem Nachtragsbegehren zugrunde liegen, ergingen später und konnten die Verjährung nicht unterbrechen. Das Amtsgericht Darmstadt erliess jedoch schon am 25. April 1960 gegen den Beschuldigten einen Haftbefehl wegen Tötungen in Lemberg und Winniza. Darin wurden die niedrigen Beweggründe ausdrücklich BGE 92 I 108 S. 117 erwähnt und zudem Grausamkeit genannt. Durch Urteil des Landgerichts Wuppertal vom 23. November 1962 wurde festgestellt, "die Strafverfolgung bezüglich der im Haftbefehl (vom 10. Januar 1962) bezeichneten Straftaten sei unterbrochen worden durch den rechtswirksam erlassenen Haftbefehl des Amtsgerichts Darmstadt vom 25. April 1960." Gleiches gilt von den im Haftbefehl vom 22. Februar 1966 neu aufgeführten Erschiessungen, die dem deutschen Richter im April 1960 im einzelnen noch nicht bekannt waren; denn es genügt, dass das Vorkommnis im allgemeinen bezeichnet wird (vgl. Leipziger Komm. des StGB, 8. Aufl. 1957, N. I/3 zu § 68, S. 576). Damit steht für den schweizerischen Auslieferungsrichter verbindlich fest, dass die Taten nach deutschem Recht nicht verjährt sind. bb) Der Beschuldigte behauptet überdies, die vorgeworfenen Taten seien nach schweizerischem Recht verjährt. Er macht geltend, die Verjährung nach schweizerischem Recht hätte nur durch Vorkehren schweizerischer Behörden unterbrochen werden können. Damit verkennt er die Bedeutung der Überprüfung nach dem Recht des ersuchten Staates. Die Verfolgungshandlungen gehen in der Regel vom ersuchenden Staate aus, sind aber vom ersuchten Staat so zu beurteilen, wie wenn sie von seinen Behörden vorgenommen wären; wenn sie dann die Verjährung unterbrochen hätten, haben sie auch so diese Wirkung nach seinem Recht (SCHULTZ, a.a.O., S. 344). Nach Art. 72 StGB (Fassung vom 5. Oktober 1950, AS 1951 S. 7) wird die Verjährung unterbrochen durch jede Untersuchungshandlung einer Strafverfolgungsbehörde, namentlich durch Erlass von Haftbefehlen. Da gegen den Beschuldigten innert der Verjährungsfrist ein Haftbefehl erlassen wurde, dessen Gültigkeit nur durch das deutsche Recht bestimmt werden kann und danach gegeben ist, ist die Verjährung auch nach schweizerischem Recht grundsätzlich unterbrochen worden. Im Haftbefehl vom 25. April 1960 waren indessen die in den späteren Haftbefehlen einzeln aufgeführten Tatbestände nicht genannt; es war nur von mehrfachen Tötungen in Lemberg und Winniza die Rede. Es ist fraglich, ob damit die

Verjährung nur für die dort oder für alle als Führer des Einsatzkommandos unter den genannten Umständen begangenen Untaten unterbrochen wurde; letzteres ist insbesondere der Fall, wenn diese Taten als fortgesetztes Delikt im Sinne von Art. 71 Abs. 3 BGE 92 I 108 S. 118 eidg. StGB zu betrachten sind. Ein fortgesetztes Delikt liegt vor, wenn gleichartige oder ähnliche Handlungen, die gegen das gleiche Rechtsgut gerichtet sind, auf ein und denselben Willensentschluss zurückgehen ( BGE 72 IV 184 /5). Das trifft hier zu. Der Beschuldigte hat vom Reichsführer der SS Himmler einen Auftrag entgegengenommen, der alle Untaten, die er im Sommer und Herbst 1941 in Südpolen und der Ukraine angeordnet hat, in sich schloss. Der Fortsetzungszusammenhang zwischen den einzelnen Teilakten der gesamten Handlungsgruppe, also namentlich der gegen das Leben Wehrloser gerichtete einheitliche Vorsatz, erscheint damit auch nach schweizerischem Recht als hinlänglich behauptet. Unter diesen Umständen ist die Auslieferung für alle in den beiden Haftbefehlen vom 10. Januar 1962 und 22. Februar 1966 aufgeführten Erschiessungen zu bewilligen.

### **E. 3**

a) Der Beschuldigte wendet ein, es handle sich um politische Delikte im Sinne von Art. 4 Abs. 1 des deutschschweizerischen Auslieferungsvertrages und von Art. 10 des Auslieferungsgesetzes. Der Appellationshof von Bologna habe in einem Urteil vom 6. Februar 1963 die politische Natur dieser Handlungen ausdrücklich bejaht. Die Beweggründe, welche die Tötungen zum Mord stempeln - Ausrottung der Juden, Erschiessung kommunistischer Funktionäre wegen ihrer politischen Einstellung, Beseitigung der Insassen einer Irrenanstalt -, entspringen der nationalsozialistischen Lehre und haben insofern politischen Gehalt. Ob diese Gründe den gemeinrechtlichen Verbrechen des Beschuldigten einen vorwiegend politischen Charakter zu verleihen vermögen, ist vom schweizerischen Auslieferungsrichter nur unter dem Gesichtswinkel des schweizerischen Rechtes zu beurteilen ( BGE 90 I 299 ). Nach schweizerischer Auffassung genügt es nicht, dass der Täter aus politischem Antrieb gehandelt hat. Die Tat muss vielmehr im Rahmen eines Kampfes um die Macht im Staat erfolgen und in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen, d.h. - mindestens nach der Meinung des Täters - geeignet sein, zu dessen Erreichung beizutragen ( BGE 90 I 300 ). Das Auslöschen menschlichen Lebens als eines der verwerflichsten Verbrechen erscheint nur dann als entschuldbar, wenn es der letzte Ausweg zur Verfolgung eines politischen Zweckes ist ( BGE 54 I 215 ; nicht veröffentlichtes BGE 92 I 108 S. 119 Urteil des Bundesgerichts vom 5. Mai 1949 i.S. Hoter). Davon kann bei dem in den Haftbefehlen umschriebenen Tatbestand keine Rede sein. Der Beschuldigte handelte in einem Zeitpunkt, als das nationalsozialistische Regime auf dem Höhepunkt seiner Macht stand; er ging gegen wehrlose Frauen, Kinder und Kranke vor, welche die deutsche Herrschaft in den besetzten Gebieten Südpolens und der Ukraine nicht in Frage stellen konnten. b) Überdies macht der Beschuldigte geltend, die Erschiessung, an der er am 29. Juni im Sambor/Dobromil, bzw. am 2. Juli 1941 in Lemberg teilgenommen habe, stelle eine völkerrechtlich zulässige Kriegsrepressalie dar. Sie sei die Antwort auf das von den Russen bei ihrem Rückzug unter deutschen Kriegsgefangenen und Priestern angerichtete Blutbad. Mehrere Hingerichtete seien daran beteiligt gewesen. Die Erschiessungen in Sambor/Dobromil, bzw. Lemberg sowie die weiteren in den Haftbefehlen geschilderten Massaker waren ihrer Natur nach nicht geeignet, die sowjetischen Behörden zu veranlassen, die - allenfalls von russischen Streitkräften oder Zivilpersonen verletzten - Regeln des Völkerrechtes künftig zu beachten. Vielmehr besteht nach dem für den Auslieferungsrichter verbindlich umschriebenen Sachverhalt zwischen

den Hinrichtungen des Einsatzkommandos 6 und dem Kriegsgeschehen nur insofern ein Zusammenhang, als dieses die Gelegenheit zum Gemetzel gegeben und seine Tarnung ermöglicht hat. Aber selbst wenn solche Massenerschiessungen von der deutschen Führung als Repressalien gewertet worden sein sollten, wäre das Vorgehen des Einsatzkommandos 6 nicht durch Kriegsrecht gedeckt. Einem allgemeinen Grundsatz des Völkerrechts gemäss sind im Kriege Repressalien zwar erlaubt, es sind ihnen aber Schranken gesetzt. So soll das durch sie zugefügte Übel nicht grösser sein als das durch die Völkerrechtsverletzung begangene (GUGGENHEIM, Lehrb. des Völkerrechts Bd. II, S. 585/6); zum mindesten dürfen sie in keinem auffälligen Missverhältnis zum Unrecht stehen, gegen das sie sich wenden (DAHM, Völkerrecht Bd. II, S. 430; VON DER HEYDTE, Völkerrecht Bd. II, S. 380; VERDROSS, Völkerrecht, 5. Aufl., S. 459). Nach der ersten und nach der zweiten Umschreibung der unerlässlichen Verhältnismässigkeit von Eingriffen hat der Beschuldigte das zulässige Mass überschritten. Er hat nach den Erschiessungen BGE 92 I 108 S. 120 von Sambor/Dobromil, bzw. Lemberg Ende Juni/Anfang Juli noch weit über 2000 Menschen umbringen lassen. Diese summarischen Hinrichtungen betrafen im wesentlichen gefangene kommunistische Funktionäre, wehrlose Frauen und schuldlose Kinder sowie Geisteskranke. Die unmenschlichen Vergeltungsmassnahmen zogen sich über Monate hin. Wird das Mass der zulässigen Zwangsakte überschritten, so liegt ein Repressalienexzess vor (VERDROSS, a.a.O., S. 459 Anm. 2) und diese Akte werden ihrerseits rechtswidrig (DAHM, a.a.O., S. 430). Die Tötungen, die das Einsatzkommando 6 in Südpolen und der Ukraine von Ende Juni bis Ende November 1941 hinter der deutschen Front begangen hat, können daher auf keinen Fall als Kriegsmassregeln ausserhalb des strafrechtlichen Rahmens gelten. Auch der letzte Einwand des Beschuldigten ist demzufolge nicht stichhaltig. Dispositiv

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.