

## VIII. VERFAHREN

## PROCÉDURE

## 21. Urteil vom 21. Juni 1950 i. S. Hoter.

*Revision bundesgerichtlicher Entscheide.*

Revision auf Grund neuer Tatsachen und Beweismittel (Art. 137 lit. b OG); Voraussetzungen (Erw. 2, 3).

Zulässigkeit der Revision von Entscheidungen über Auslieferungsbegehren? (Erw. 1).

*Internationales Auslieferungsrecht.*

Kann die Auslieferung an das Ausland unter Berufung auf den schweizerischen « ordre public » verweigert werden? (Erw. 4).

Wirkung der nachträglichen Änderung der rechtlichen Qualifikation der Tat auf die bereits bewilligte und erfolgte Auslieferung (Erw. 5).

*Revision des arrêts du Tribunal fédéral.*

Revision fondée sur des faits et preuves nouveaux (art. 137 litt. b OJ); conditions (consid. 2 et 3).

Un arrêt portant sur une demande d'extradition peut-il être l'objet de revision? (consid. 1).

*Extradition dans les rapports internationaux.*

L'extradition à un Etat étranger peut-elle être refusée eu égard à l'ordre public suisse? (consid. 4).

Conséquences qu'a sur l'extradition déjà accordée et exécutée le fait que l'autorité étrangère modifie après coup la qualification juridique de l'infraction (consid. 5).

*Revisione delle sentenze del Tribunale federale.*

Revisione in base a nuovi fatti e prove (art. 137 lett. b OG); condizioni (consid. 2 e 3).

È ammissibile la revisione di sentenze in materia di estradizione? (consid. 1).

*Estradizione nei rapporti internazionali.*

L'extradizione ad uno Stato estero può essere rifiutata in considerazione dell'ordine pubblico svizzero (consid. 4)?

Effetti dell'ulteriore modifica della qualificazione giuridica del reato sull'extradizione già accordata ed eseguita.

A. — Im November 1948 ersuchte der Untersuchungsrichter des Landgerichtes Düsseldorf um Auslieferung des deutschen Staatsangehörigen Helmuth Hoter wegen gemeinschaftlich mit andern Tätern am 16. Mai 1933 an dem jüdischen Zahnarzt Dr. Meyer verübten Mordes (§ 211 des deutschen StGB) und wegen Verbrechens gegen die

Menschlichkeit (Art. II Ziff. 1 c und 2-5 des Gesetzes des alliierten Kontrollrates vom 20. Dezember 1945). Hoter erhob gegen die Auslieferung Einsprache mit der Begründung, es handle sich um ein politisches Delikt, doch wies das Bundesgericht die Einsprache durch Urteil vom 5. Mai 1949 ab und bewilligte die Auslieferung unter dem Vorbehalt, dass Hoter wegen Verbrechens gegen die Menschlichkeit nicht verfolgt und bestraft werden dürfe. Hoter wurde am 23. Mai 1949 den deutschen Behörden übergeben.

B. — Am 8. Dezember 1949 fasste das Landgericht Düsseldorf in der Strafsache gegen Birkenstock und Kons. den Beschluss, das Verfahren gegen den Angeklagten Hoter abzutrennen und die Strafsache gegen ihn auf unbestimmte Zeit zu vertagen, da ein für seine Beurteilung wichtiger Zeuge bisher nicht habe einvernommen werden können. Ferner wurde beschlossen:

« Vor Anberaumung einer erneuten Hauptverhandlung soll durch die Staatsanwaltschaft noch eine Entscheidung des Schweiz. Bundesgerichtes über folgende Frage eingeholt werden:

„Versagt die Schweiz dem Angeklagten Hoter auch den Asylschutz unter Berücksichtigung des Umstandes, dass im Jahre 1933 das Verfahren bezüglich der den Gegenstand des jetzigen Strafverfahrens bildenden Tat durch Erlass des Preussischen Justizministers vom 12. August 1933 auf Grund des Erlasses des Preussischen Ministerpräsidenten vom 22. Juli 1933 in Verbindung mit der allgemeinen Verfügung des Preussischen Justizministers vom 25. Juli 1933 betreffend Gnadenerweise aus Anlass der Beendigung der nationalsozialistischen Revolution niedergeschlagen worden ist?

Es sei hierbei darauf hingewiesen, dass nach geltendem deutschen Recht durch die Verordnung zur Beseitigung nationalsozialistischer Eingriffe in die Strafrechtspflege vom 23. Mai 1947, Art. I § 2, die jetzige Strafverfolgung ungeachtet der damaligen Niederschlagung nicht gehindert wird.“

C. — Am 21. Februar 1950 reichte Helmuth Hoter beim Bundesgericht ein Revisionsgesuch ein mit den Anträgen: Es sei das Urteil des Bundesgerichtes vom 5. Mai 1949 aufzuheben und auf Grund des Auffindens neuer Beweismittel für im früheren Verfahren bereits vorgebrachte Tatsachen und der nachträglichen Entdeckung neuer Tatsachen ein neuer Entscheid zu fällen; es sei die frühere

Einsprache des Gesuchstellers gegen die Auslieferung an Deutschland gutzuheissen, der Gesuchsteller des Asylschutzes würdig zu erklären, die bereits erfolgte Auslieferung an Deutschland rückgängig zu machen, der Gesuchsteller alsdann in der Schweiz auf freien Fuss zu setzen und ihm unter Ansetzung einer angemessenen Frist die Ausreise aus der Schweiz zu gestatten; für den Fall einer nur teilweisen Berücksichtigung der heute vorliegenden und neu vorgebrachten Tatsachen sei an eine eventuell bestätigte Auslieferung ein neuer, erweiterter Vorbehalt hinsichtlich der Nichtverfolgung und -bestrafung anzubringen. Zur Begründung dieser Anträge wird unter Berufung auf Art. 137 lit. b OG vorgebracht:

Der Gesuchsteller habe in seiner Eingabe an das Bundesgericht vom 9. April 1949 u.a. auch ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht, dass die im Zusammenhang mit der nationalsozialistischen Revolution in der Zeit vom 21. März - 16. Juli 1933 begangenen Straftaten von den im Juli erfolgten und sich auf die Ermächtigung des Reichskanzlers vom 25. April 1933 stützenden Amnestieerlassen erfasst worden seien. Dagegen habe der Gesuchsteller den Beweis dafür, dass auch die ihm zur Last gelegte Tat von einer solchen Amnestie betroffen worden sei, damals nicht erbringen können. Erst seit der Eröffnung des Gerichtsbeschlusses vom 8. Dezember 1949 habe er eine Abschrift der Bestätigung des Preussischen Justizministers vom 16. August 1933 beibringen können, wonach damals das Ermittlungsverfahren über die am 16. Mai 1933 erfolgte Ermordung von Dr. Meyer niedergeschlagen wurde.

Die Anklagebehörde habe am Schlusse der Hauptverhandlung nur noch die Bestrafung des Gesuchstellers wegen Beihilfe zum Totschlag beantragt. Diese Straftat sei aber nach schweiz. Rechtsauffassung längst verjährt. Wäre die Auslieferung seinerzeit wegen dieses Delikts verlangt worden, so hätte sie gestützt auf Art. 6 des Auslieferungsgesetzes wegen Verjährung verweigert werden müssen. Es

dränge sich daher in materieller Beziehung eine Revision des bundesgerichtlichen Urteils vom 5. Mai 1949 auf.

Die erwähnte Amnestie mache nach schweiz. Rechtsauffassung eine Strafverfolgung unmöglich, obwohl die deutsche Verordnung vom 23. Mai 1947, ein Nachkriegsgesetz mit rückwirkender Kraft, die Verfolgung von bereits verjährten Straftaten anordne und ferner bestimme, dass auch bereits erfolgte Einstellungen und Niederschlagungen nicht zu beachten seien. Diese Verordnung sei aber nicht Gegenstand des Auslieferungsvertrages. Nach schweiz. Rechtsauffassung dürfe grundsätzlich eine Rückwirkung neuen Rechts auf früher begangene Delikte nicht angenommen werden, es sei denn in Anwendung des Grundsatzes des *lex mitior* gemäss Art. 2 StGB.

D. — Die Bundesanwaltschaft beantragt die Abweisung des Revisionsgesuches und führt u. a. aus: Der Amnestieerlass vom Juli 1933, der einzig als neue Tatsache i. S. von Art. 137 lit. b OG in Frage komme, sei dem Gesuchsteller bereits im früheren Verfahren bekannt gewesen und könne daher nicht als neu bezeichnet werden. Dass er die Abschrift des Erlasses des preussischen Justizministers im früheren Verfahren nicht habe beibringen können, werde bestritten. Das Revisionsgesuch solle nur dazu dienen, vom Bundesgericht entscheiden zu lassen, ob die rückwirkende Anwendung der Verordnung vom 23. Mai 1947 auf Ereignisse des Jahres 1933 dem schweizerischen « *ordre public* » widerspreche. Die Revision bezwecke aber nicht die Korrektur einer angeblich unrichtig (oder unvollständig) ausgedrückten Rechtsauffassung. Übrigens sei nicht einzusehen, welche günstigen Folgen die Revision für Hoter haben könnte, denn die erfolgte Auslieferung könne nicht mehr rückgängig gemacht werden, und andererseits bedürften die deutschen Strafbehörden zur Freilassung Hoters nicht der Zustimmung des Bundesgerichts. Eine Einreise Hoters in die Schweiz komme auf keinen Fall in Frage, da er in der Schweiz als höchst unerwünscht und des Asylschutzes unwürdig zu betrachten sei.

Die Polizeiabteilung des eidg. Justiz- und Polizeidepartements schliesst sich der Meinungsäusserung der Bundesanwaltschaft an und bemerkt weiter: Zur rechtlichen Qualifikation der Tat Hoters könne sie sich ohne genaue Kenntnis der Akten nicht äussern, was jedoch unerheblich sei, da das Bundesgericht wohl nicht Anlass haben werde, auf die Prüfung dieser Frage einzutreten. Sie begnüge sich mit der Feststellung, dass die Strafverfolgung nach deutschem Recht offenbar nicht verjährt sei, gleichgültig ob es sich um Mord oder Totschlag handle. Ob es sich nach schweiz. Recht um Mord, wie nach der Darstellung im Auslieferungsbegehren ohne weiteres habe geschlossen werden müssen, handle, oder ob allenfalls blosser Tötung vorliege, sodass die Strafverfolgung nach schweiz. Recht verjährt sei, lasse sich, wie erwähnt, auf Grund der Aktenlage nicht eindeutig feststellen.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — Ob auf Grund von Art. 136 und 137 OG auch die Revision bundesgerichtlicher Entscheide über Auslieferungsbegehren verlangt werden kann, ist bis heute nicht entschieden worden. Dafür spricht, dass die Revision bundesgerichtlicher Entscheide vom OG ganz allgemein als zulässig erklärt wird und dass hiefür — von den Urteilen der Strafgerichtsbehörden des Bundes im Strafpunkt abgesehen, vgl. Art. 139 OG — das OG massgebend ist. Der Umstand allein, dass die Befugnis des Bundesgerichts zur Beurteilung von Einsprachen gegen die Auslieferung und das dafür geltende Verfahren nicht im OG geregelt sind, bildet keinen Grund, die Revision in Auslieferungsangelegenheiten auszuschliessen. Dagegen kann man sich fragen, ob die Revision, nachdem die Auslieferung vollzogen ist, sich nicht der Natur der Sache nach verbietet, ähnlich wie sich bei Entscheidungen mit familienrechtlichen Wirkungen gewisse Einschränkungen der Revisionsmöglichkeit ergeben (vgl. BIRCHMEIER, Handbuch des OG, S. 499/500). So sieht z.B. das deutsche Auslieferungsgesetz

vom 23. Dezember 1929 in § 29 unter gewissen Voraussetzungen eine Wiederholung der gerichtlichen Zulässigkeitsprüfung vor, allein nur bis zur tatsächlichen Durchführung der Auslieferung (METTGENBERG, Komm. S. 350 ff.). Der Umstand, dass — wie im vorliegenden Fall — der ersuchte Staat sich weigert, dem Ausgelieferten erneut Asyl zu gewähren und die Rückkehr in sein Territorium zu gestatten, steht wohl der Revision nicht entgegen. Entscheidend dürfte vielmehr sein, ob der ersuchende Staat verpflichtet ist, dem Revisionsentscheid des ersuchten Staates Folge zu geben. Die Revision dürfte daher jedenfalls dann ausgeschlossen sein, wenn der Ausgelieferte vom Gericht des ersuchenden Staates bereits rechtskräftig abgeurteilt worden ist. Anders verhält es sich dagegen, wenn das Strafverfahren noch hängig ist und der ersuchende Staat einen die Auslieferung widerrufenden oder mit einem neuen Vorbehalt versehenen Revisionsentscheid beachtet. Wie aus dem unter lit. A wiedergegebenen Beschluss des Landesgerichts Düsseldorf vom 8. Dezember 1949 hervorgeht, scheint dieses Gericht einen allfälligen Revisionsentscheid des Bundesgerichts beachten zu wollen, da die dort beschlossene, bis heute allerdings noch nicht erfolgte Anfrage an das Bundesgericht sonst keinen Sinn hätte. Ob die Revision bundesgerichtlicher Urteile über Einsprachen gegen Auslieferungen zulässig ist, braucht indessen nicht entschieden zu werden, da, wie die nachfolgenden Ausführungen ergeben, das vorliegende Revisionsgesuch sich materiell als unbegründet erweist und abgewiesen werden muss.

2. — Das am 21. Februar 1950 eingereichte Revisionsgesuch ist rechtzeitig, wenn der Gestaltsteller die geltend gemachte neue Tatsache, den Gnadenerlass des preussischen Justizministers vom 12. August 1933, nicht früher als 90 Tage vor der Einreichung, d. h. nicht vor dem 24. November 1949 erfahren hat (Art. 141 lit. b in Verbindung mit Art. 137 lit. b OG). Der Oberstaatsanwalt von Düsseldorf hat dem Bundesgericht auf Anfrage hin

durch Schreiben vom 6. Mai 1950 mitgeteilt, der erwähnte Gnadenerlass sei mit dem Angeklagten in der Verhandlung vom 30. November 1949 erörtert worden; ob Hoter persönlich schon früher davon Kenntnis gehabt habe, lasse sich nicht feststellen, dagegen hätten seine Verteidiger zweifellos bei ihrer Akteneinsicht anfangs November 1949 davon Kenntnis erhalten. Diese Kenntnis seiner Strafverteidiger in Düsseldorf kann indessen dem Gesuchsteller nicht als eigene angerechnet werden, da sie an dem in der Schweiz durchgeführten Auslieferungsverfahren in keiner Weise beteiligt waren. Steht demnach nur fest, dass Hoter am 30. November 1949 von der geltend gemachten neuen Tatsache Kenntnis erhalten hat, so ist auf das Revisionsgesuch einzutreten, und es fragt sich weiter, ob es dem Gesuchsteller nicht schon im früheren Verfahren möglich war, diese Tatsache in Erfahrung zu bringen und sich die Beweismittel dafür zu verschaffen (Art. 137 lit. b OG).

3. — Eine neue Tatsache oder ein neues Beweismittel kann im Revisionsverfahren nur berücksichtigt werden, wenn der Revisionskläger im früheren Verfahren für die Beibringung von Tatsachen und Beweismitteln die der prozessualen Lage angemessene Tätigkeit entfaltet hat, wenn es ihm trotz aller Umsicht unmöglich war, die Tatsache in Erfahrung zu bringen oder das Beweismittel zu finden (BIRCHMEIER, a.a.O. S. 507). Dass es Hoter im Auslieferungsverfahren an dieser ihm zumutbaren Sorgfalt habe fehlen lassen, ist entgegen der Auffassung der Bundesanwaltschaft nicht anzunehmen. Dem Gesuchsteller und seinem Anwalt war damals zwar bekannt, dass der preussische Ministerpräsident das preussische Justizministerium am 22. Juli 1933 ermächtigt hatte, das Gnadenrecht auszuüben hinsichtlich hängiger Strafverfahren, welche Strafhandlungen betrafen, die in der Zeit vom 21. März bis 15. Juli 1933 «im Zusammenhang mit der nationalsozialistischen Revolution zur Durchsetzung des nationalsozialistischen Staates» begangen worden waren (vgl. BGE 59 I 154). Dagegen hatten sie keine Kenntnis

davon noch lagen Anhaltspunkte dafür vor, dass seinerzeit ein Strafverfahren wegen der Ermordung von Dr. Meyer eingeleitet und dann gestützt auf jene Ermächtigung niedergeschlagen worden war. Durch eine Anfrage bei den Strafverfolgungsbehörden von Düsseldorf hätte dies freilich in Erfahrung gebracht werden können, doch kann dem Gesuchsteller die Unterlassung einer solchen Anfrage nicht zum Vorwurf gemacht werden, zumal weder im Auslieferungsbegehren noch in den Akten, auf die es sich stützte, noch in der dem Anwalt des Gesuchstellers zur Verfügung gestandenen Anklageschrift vom 26. August 1948 auf das frühere Strafverfahren, dessen Niederschlagung durch den preussischen Justizminister oder die Verordnung zur Beseitigung nationalsozialistischer Eingriffe in die Strafrechtspflege vom 23. Mai 1947 Bezug genommen worden war.

4. — Die Auslieferung an Deutschland ist nach Art. 1 des schweizerisch-deutschen Auslieferungsvertrages und Art. 3 des eidg. Auslieferungsgesetzes zu bewilligen, wenn die den Gegenstand des deutschen Strafverfahrens bildenden Handlungen den Tatbestand eines im Auslieferungsvertrag vorgesehenen Vergehens erfüllen und sowohl nach deutschem als nach schweizerischem Rechte strafbar sind. Die Auslieferung Hoters ist wegen Mordes, also wegen eines im Auslieferungsvertrag vorgesehenen Vergehens, bewilligt worden. Und zwar war die Tat auch nach deutschem Rechte strafbar, denn die am 12. August 1933 angeordnete Niederschlagung des Strafverfahrens gegen Hoter ist durch die Verordnung zur Beseitigung nationalsozialistischer Eingriffe in die Strafrechtspflege vom 23. Mai 1947 aufgehoben worden. Der Gesuchsteller behauptet nun, diese Verordnung widerspreche dem schweizerischen «ordre public». Damit könnte jedoch das Gesuch um Revision des bundesgerichtlichen Urteils vom 5. Mai 1949 nur begründet werden, wenn dieser Einwand, sofern er im früheren Verfahren erhoben worden wäre, vom Bundesgericht hätte geprüft werden und zur Verweigerung der

Auslieferung hätte führen können. Das ist aber zu verneinen. Um gegenüber einem Auslieferungsbegehren geltendgemacht, einem andern Staate entgegengehalten werden zu können, müsste ein solcher Vorbehalt des schweizerischen «ordre public», wie ihn der Gesuchsteller im Auge hat, im Auslieferungsvertrag oder zum mindesten im schweizerischen Auslieferungsgesetz vorgesehen sein. Da dies nicht der Fall ist, hätte das Bundesgericht die Auslieferung Hoters an Deutschland auch dann bewilligen müssen, wenn ihm im Zeitpunkt seiner ersten Entscheidung die Niederschlagung des früheren Strafverfahrens und die sie aufhebende deutsche Verordnung vom 23. Mai 1947 bekannt gewesen wären. Diesen neuen Tatsachen geht somit die Erheblichkeit ab, weshalb das darauf gestützte Revisionsgesuch sich als unbegründet erweist.

5. — Erblickt man im Begehren, an der dergestalt grundsätzlich zu bestätigenden Auslieferung einen neuen, erweiterten Vorbehalt hinsichtlich der Nichtverfolgung und -bestrafung anzubringen, ein Revisionsgesuch, so ist darauf nicht einzutreten, da es sich auf keinen der in Art. 136 und 137 OG abschliessend aufgezählten Revisionsgründe stützen kann. Wird das Begehren hingegen als Erläuterungsbegehren im Sinne von Art. 145 OG aufgefasst, so ist es abzuweisen, da der BGE vom 5. Mai 1949 klar, vollständig und unzweideutig ist. Die Auslieferung Hoters an Deutschland erfolgte ausschliesslich wegen Mordes. Am Schlusse der Hauptverhandlung scheint nun die Anklagebehörde die Anklage wegen Mordes fallen gelassen und auf Beihilfe wegen Totschlags beschränkt zu haben. Was diese nachträgliche Änderung der rechtlichen Qualifikation der Tat für eine Wirkung hat auf die auslieferungsrechtliche Stellung Hoters, hat das Bundesgericht nicht zu entscheiden. Zwar dürfte es unzweifelhaft sein, dass die Verurteilung Hoters wegen eines andern Delikts als Mord jedenfalls dann gegen den Grundsatz der Spezialität verstösst und unzulässig ist, wenn dieses andere Delikt im Zeitpunkt, als die Auslieferung bewilligt wurde,

nach schweizerischem Recht bereits verjährt war (vgl. HESS, Der Grundsatz der Spezialität im Auslieferungsrecht S. 50 ff., insbes. S. 53 bei Anm. 65). Das Recht und die Pflicht, über die Einhaltung der Bestimmungen der Auslieferungsverträge und damit auch des Grundsatzes der Spezialität zu wachen, stehen indessen ausschliesslich den politischen Behörden, d. h. dem Bundesrate zu. Sofern Hoter der Ansicht ist, dass die deutschen Strafbehörden den Grundsatz der Spezialität verletzen, steht es ihm frei, sich deswegen an den Bundesrat zu wenden (vgl. HESS a.a.O. S. 90 ff.). Das Bundesgericht hat sich mit dieser Frage nicht zu befassen.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Das Revisionsgesuch wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.