

II. Auslieferung. — Extradition.

Vertrag mit Deutschland. — *Traité avec l'Allemagne.*

99. Urteil vom 11. September 1907 in Sachen Färber.

Auslieferung nach Deutschland wegen Versuches der Abtreibung. Art. 1 Abs. 1 Ziff. 2; Abs. 2 AuslV. Wegen Versuches ist nur auszuliefern, wenn der konkrete Tatbestand nach den Gesetzgebungen beider Staaten mit Strafe bedroht ist. Verweigerung der Auslieferung, weil der Versuch mit absolut untauglichen Mitteln begangen wurde und er als solcher nach zürcherischem StrGB — dem Rechte des Zuzfluchtskantons — nicht strafbar ist (§§ 34 und 140 zürch. StrGB).

A. Durch Note vom 26. August 1907 hat die deutsche Gesandtschaft in Bern beim Bundesrat um die Auslieferung des zurzeit in Zürich verhafteten Max Rudolf Eugen Färber nachgesucht, gestützt auf ein Urteil des Landgerichts zu Chemnitz vom 2. August 1907, wodurch Färber wegen Anstiftung zu versuchter Abtreibung und Beihilfe hiezu, in Anwendung der Art. 218, 43, 44, 48, 49, 73 und 32 des RStrGB, zu 6 Monaten Gefängnis und zum Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte auf 2 Jahre verurteilt wird.

Das Auslieferungsbegehren stützt sich auf Art. 1 des deutsch-schweizerischen Auslieferungsvertrages vom 3./29. Juni 1874.

Durch das angeführte Strafurteil ist zugleich eine Ella Baetsch wegen versuchter Abtreibung zu Strafe verurteilt worden. Im Urteil ist festgestellt, daß Färber der schwangern Baetsch gewisse Mittel zum Zweck der Abtreibung gegeben und sie veranlaßt hat, diese Mittel zu gebrauchen, und daß er ihr auch bei der (äußerlichen) Anwendung einzelner Mittel behilflich gewesen ist. Diese Mittel waren laut Urteil nach dem Gutachten des vom Landgericht beigezogenen Sachverständigen „zur Abtötung der Frucht im Mutterleibe oder zur Verursachung ihrer vorzeitigen Ausstoßung vollständig ungeeignet“. Dieser Umstand, so wird im Urteil ausgeführt, könne die Angeklagten, da sie an die Wirksamkeit der

Mittel geglaubt hätten, gemäß ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht vor Strafe schützen.

B. Färber erhob gegen die Auslieferung Einsprache mit der Begründung, es liege nach zürcherischem Strafrecht kein strafbarer Versuch von Abtreibung vor, und unter Hinweis auf Art. 1 Abs. 2 des Auslieferungsvertrages.

C. Mit Zuschrift vom 29. August 1907 hat das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement nach Maßgabe des Art. 23 des Bundesgesetzes betreffend die Auslieferung vom 22. Januar 1892 die Akten dem Bundesgerichte übermittelt. Das dem Akten beiliegende Gutachten des Generalanwaltes der Eidgenossenschaft geht dahin, daß die Auslieferung des Färber zu verweigern sei, und ist wie folgt begründet: Gemäß dem Schlusssatz des Art. 1 des Auslieferungsvertrages mit Deutschland komme bei Entscheidung über das gestellte Auslieferungsbegehren auch die Gesetzgebung des ersuchten Staates in Frage. Es sei daher zu untersuchen, ob nach dem Strafrecht des Kantons Zürich die dem Verfolgten zur Last gelegte Tat mit Strafe bedroht sei. Dies müsse aber ohne weiteres verneint werden. Nach dem Wortlaut des § 34 des Strafgesetzes für den Kanton Zürich vom 6. Dezember 1897 liege Versuch eines Verbrechens nur dann vor, wenn durch die im speziellen Teil des Gesetzes umschriebenen Handlungen die Ausführung eines Verbrechens angefangen, aber nicht vollendet wurde. Versuch mit absolut untauglichen Mitteln führe dagegen nicht zur Strafe (vergl. die Interpretation des Gesetzes in Zürchers Kommentar zu § 34 Ziff. 4 und zu § 140); es liege in solchem Falle kein Anfang der Ausführung des Verbrechens vor, weil dasselbe auf dem angefangenen Wege nicht habe vollendet werden können.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Nach dem deutsch-schweizerischen Auslieferungsvertrag (Art. 1 Abs. 1 Ziff. 2) ist vorsätzliche Abtreibung der Leibesfrucht Auslieferungsdelikt und erstreckt sich die Auslieferung auch auf den Anstifter und Gehilfen. In Abs. 2 des Art. 1 sodann ist bestimmt: „Die Auslieferung kann auch wegen Versuches einer der von 1—23 aufgeführten strafbaren Handlungen stattfinden, wenn „der Versuch derselben nach der Landesgesetzgebung der vertragen- „den Teile mit Strafe bedroht ist.“ Auch wenn diese Bestimmung,

wie dies seinerzeit durch den Bundesrat im Gegensatz zum deutschen Reichskanzleramt geschehen ist (s. Salis, Bundesrecht 2. Aufl. 4 Nr. 1840; vgl. ferner Lammasch, Auslieferungspflicht und Asylrecht, S. 159 Nr. 2; v. Martitz, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 2 S. 76 Nr. 41; Ebdury, Die Auslieferungsverträge der Schweiz, S. 36 ff.), dahin zu verstehen sein sollte, daß beim Versuch eines Auslieferungsdelikts, insofern er nach beiden Rechten strafbar ist, die Auslieferung nur fakultativ ist, könnte das Bundesgericht auf die materielle Prüfung des Falles eintreten, weil der Bundesrat durch Überweisung der Akten ans Bundesgericht hinlänglich dokumentiert hat, daß er beim Zutreffen jener, vom Angeschuldigten und Verurteilten bestrittenen und vom Bundesgericht als Auslieferungsgeschichtshof auf ihr Vorhandensein zu prüfenden Voraussetzung (Art. 23 und 24 Auslieferungsgesetz von 1892) die Auslieferung auch wirklich bewilligen wird.

2. Der die Auslieferung einschränkende Vorbehalt in Art. 1 Abs. 2: „wenn der Versuch derselben (der in Abs. 1 aufgeführten Delikte) nach der Landesgesetzgebung der vertragenden Teile mit Strafe bedroht ist“ — könnte seinem Wortlaut nach dahin aufgefaßt werden, daß es genügt, wenn der Versuch der in Frage kommenden strafbaren Handlung in den Vertragsstaaten abstrakt mit Strafe bedroht ist, ohne Rücksicht darauf, ob auch der konkrete Tatbestand sich nach beiden Rechten als strafbarer Versuch darstellt. Darnach wäre jene Voraussetzung vorliegend erfüllt, weil sowohl nach deutschem, wie auch nach zürcherischem Strafrecht der Versuch der Abtreibung der Leibesfrucht bestraft wird (RStrGB Art. 43, 218; Zürich. StrGB § 34). Allein die gedachte Auslegung wird dem wahren Sinn und Geist des Vertrages nicht gerecht. Indem dieser das Erfordernis der Strafbarkeit des Versuchs nach den Rechten der beiden Staaten aufstellt, bringt er in Ansehung der Auslieferung bei Versuch unverkennbar den im Auslieferungsrecht vorherrschenden Gedanken zur Geltung, daß nur wegen solcher Rechtsverletzungen ausgeliefert wird, die, wenn im Zufluchtsstaat begangen, den Täter strafrechtlich verantwortlich machen würden (s. v. Martitz, a. a. O. S. 57 ff.; Lammasch a. a. O. S. 168). Dieses Prinzip liegt allerdings im allgemeinen

— nach der Praxis (NS 32 I S. 332 und die dortigen Zitate) — dem deutsch-schweizerischen Vertrage nicht zu Grunde, da hier die Strafbarkeit der verfolgten Handlung im Zufluchtsstaat in der Regel nicht Voraussetzung der Auslieferung ist. Doch hat der Vertrag in Bezug auf einzelne Delikte, nämlich Kuppelei mit minderjährigen Personen (Ziff. 9), Betrug, betrügerischer Bankrott etc. (Ziff. 13), das Prinzip ausdrücklich sanktioniert dadurch, daß er die Auslieferung auf diejenigen Fälle beschränkt, in welchen die betreffenden Handlungen von der Landesgesetzgebung der vertragenden Teile mit Strafe bedroht sind. Bei den zuletzt genannten Delikten ist somit jeweilen zu prüfen, ob der konkrete, dem Verfolgten zur Last gelegte Tatbestand auch nach dem Rechte des Zufluchtsortes bestraft würde (s. z. B. NS d. hg. 22 S. 1030 ff.). Schon die Ähnlichkeit der Ausdrucksweise leitet darauf hin, daß der Vorbehalt in Art. 1 Abs. 2 demselben Gedanken entspringt: es soll nicht auf die abstrakte Strafbarkeit des Versuchs, sondern darauf ankommen, ob die verfolgten konkreten Handlungen nach beiden Rechten strafbares Unrecht sind. Es ist zudem nicht ersichtlich, welche Gründe die vertragschließenden Parteien veranlaßt haben könnten, beim Versuch zwar auf die Strafbarkeit nach beiden Rechten abzustellen, hiebei dann aber in durchaus singulärer Weise nicht den konkreten, sondern einen abstrakten Maßstab im angegebenen Sinn anzulegen, bei dem auch solche Versuchshandlungen die Auslieferung begründen können, die im Zufluchtsstaat nicht den Tatbestand des Versuchs des betreffenden Delikts erfüllen und nicht unter Strafe fallen. Falls man nicht in Übereinstimmung mit dem angeführten, im internationalen Rechtshilfeverkehr meistens beobachteten Prinzip die Auslieferung von der beidseitigen Strafbarkeit der konkreten Versuchshandlung hätte abhängig machen wollen, würde man sich, wie bei der überwiegenden Mehrzahl der (vollendeten) Auslieferungsdelikte des Vertrags, wohl einfach damit begnügt haben, daß der Versuch im verfolgenden Staate strafbar ist. Dem einschränkenden Hinweis auf die Landesgesetzgebung der Vertragsstaaten in Abs. 2 des Art. 1 kann nur die Bedeutung beigelegt werden, daß er eine Prüfung des einzelnen Falles nach den beiden Rechten heischt und solche weniger schwere Versuchshandlungen, die zwar nach dem strengern Rechte des

verfolgenden, nicht aber nach dem mildern Rechte des Zufluchtsstaates als strafbares Unrecht erscheinen, von der Auslieferung ausschließt. Unter Versuch im Sinne dieser Bestimmung ist danach nicht der Versuch eines Deliktes in abstracto, sondern die konkrete, dem Verfolgten zur Last gelegte Versuchshandlung zu verstehen. Daß dies im Wortlaut nicht deutlicher zum Ausdruck kommt, erklärt sich wohl daraus, daß man bei der Redaktion des Vertrags nicht an die Möglichkeit gedacht hat, es könnten die Versuchstatabestände in den beidseitigen Gesetzgebungen nicht übereinstimmen.

3. Nach den vorstehenden Ausführungen hängt die Zulässigkeit der Auslieferung von der Frage ab, ob der dem Färber im Urteil des Landgerichts Chemnitz zur Last gelegte und daselbst als Anstiftung und Beihilfe bei versuchter Abtreibung im Sinne des deutschen RStrGB qualifizierte Tatbestand auch nach zürcherischem Strafrecht strafbar wäre. Dies muß nun verneint werden. Im Urteil des Landgerichts Chemnitz ist gestützt auf ein sachverständiges Gutachten festgestellt, daß der Versuch der Abtreibung der Leibesfrucht, bei der Färber die Rolle des Anstifters und Gehilfen gespielt hat, mit absolut untauglichen Mitteln vorgenommen worden ist. Der Versuch mit absolut untauglichen Mitteln, speziell auch bei der Abtreibung, wird aber nach zürcherischem Strafrecht nicht bestraft. Die in Frage kommenden Bestimmungen des Strafgesetzbuchs für den Kanton Zürich lauten:

§ 34: „Handlungen, durch welche die Ausführung eines beabsichtigten Verbrechens oder Vergehens angefangen, aber nicht vollendet worden ist, sind als Versuch desselben zu bestrafen.“

§ 140: „Eine Schwangere, welche rechtswidrig durch äußere oder innere Mittel ihre Frucht vorsätzlich im Mutterleibe tötet, oder vor der gehörigen Reife abtreibt, ist des Verbrechens der Abtreibung der Leibesfrucht schuldig und wird mit Arbeitshaus bis zu fünf Jahren oder Gefängnis bestraft.“

„Mit der gleichen Strafe, jedoch verbunden mit Buße, wird derjenige belegt, welcher mit Einwilligung der Schwangeren rechtswidrig solche Mittel gegeben oder angewendet hat.“

Aus der Definition des Versuchs in § 34 als Handlungen, durch welche die Ausführung eines beabsichtigten Deliktes ange-

fangen ist, wird, wie dem Kommentar von Zürcher Nr. 4 zu § 34 zu entnehmen ist, gefolgert, daß bei Anwendung von absolut untauglichen Mitteln kein Versuch im Sinne des Gesetzes vorliegt, weil von einem Anfang der Ausführung nicht gesprochen werden kann, wenn es auf dem eingeschlagenen Wege objektiv überhaupt nicht möglich war, das betreffende Verbrechen oder Vergehen zu begehen. Dies gilt denn auch insbesondere für die Abtreibung der Leibesfrucht (Zürcher Nr. 7 zu § 140). Zum Tatbestand der Abtreibung gehört nach dem Gesetz, daß durch äußere oder innere Mittel die Frucht im Mutterleibe getötet oder vor der gehörigen Reife abgetrieben wird, woraus wiederum zu schließen ist, daß die Anwendung von Mitteln, die absolut ungeeignet sind, in solcher Weise zu wirken, sich nicht als Versuch von Abtreibung darstellt.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Auslieferung des Max Rudolf Eugen Färber wird verweigert.