Urteilskopf

105 Ib 286

45. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 21. September 1979 i.S. M. gegen Eidg. Justiz- und Polizeidepartement und Bundesanwaltschaft (Einsprache gemäss Auslieferungsgesetz)
Regeste (de):
Auslieferungsvertrag vom 26. November 1880 zwischen der Schweiz und Grossbritannien; Anwendung dieses Vertrages zwischen der Schweiz und Südafrika.

1. Der schweizerisch-britische Auslieferungsvertrag wurde, nachdem Südafrika ein von Grossbritannien unabhängiger Staat geworden war, zwischen der Schweiz und Südafrika stillschweigend weitergeführt. Er ist daher zwischen diesen Staaten völkerrechtlich wirksam (Staatennachfolge in die Rechten und Pflichten eines Vertrages) (E. 1).

2. Das Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit ist im schweizerisch-britischen Auslieferungsvertrag nicht ausdrücklich in allgemeiner Form niedergelegt, muss aber infolge seiner Allgemeingültigkeit als stillschweigend vorausgesetzt gelten (E. 2a).

Regeste (fr):
Traité d'extradition entre la Suisse et la Grande-Bretagne du 26 novembre 1880; application de ce traité aux relations entre la Suisse et l'Afrique du Sud.

1. Le traité anglo-suisse a continué tacitement d'être appliqué entre la Suisse et l'Afrique du Sud après que cette dernière fut devenue un Etat indépendant. Il déploie donc ses effets entre les deux pays selon le droit des gens (succession d'Etats en matière de traités) (consid. 1).

2. La condition de la double punissabilité ne figure pas expressément et sous une forme générale dans le traité anglo-suisse d'extradition; elle doit cependant être considérée comme étant tacitement présupposée en raison de sa portée générale (consid. 2a).

Regesto (it):
Trattato d'estradizione fra la Svizzera e la Gran Bretagna, del 26 novembre 1880; sua applicazione nei rapporti tra la Svizzera e la Repubblica Sudafricana.

1. Il trattato fra la Svizzera e la Gran Bretagna ha continuato tacitamente ad essere applicato tra la Svizzera e l'attuale Repubblica Sudafricana dopo che questo paese è divenuto Stato indipendente. Esso è quindi operante tra i due paesi secondo il diritto internazionale pubblico (successione di Stati in materia di trattati) (consid. 1).

2. La condizione della doppia punibilità non figura espressamente e in forma generale nel trattato fra la Svizzera e la Gran Bretagna; essa va tuttavia considerata come tacitamente presupposta, tenuto conto della sua portata generale (consid. 2a).

Sachverhalt ab Seite 287

Am 24. November 1977 wurde in Zürich der südafrikanische Staatsangehörige M. verhaftet. Er hatte unter dem Namen S. bei verschiedenen Banken in Zürich American Express Traveller Checks eingelöst, welche aus einer zwischen England und Südafrika verschwundenen Sendung stammten, und konnte auf frischer Tat ertappt werden, als er versuchte, bei einer weiteren Bank solche Checks einzulösen. Nach seinen gegenüber der Bezirksanwaltschaft Zürich gemachten Angaben hatte sich M. die Traveller Checks beschafft, indem er sich am 22. November 1977 auf einem Postamt in Johannesburg/Südafrika als Angestellter der American Express Company ausgab und sich unter Vorweisung einer aus dem Postfach dieser Unternehmung entwendeten Postanweisung insgesamt 23 für die American Express bestimmte Pakete aushändigen liess, welche Traveller Checks im Betrage von US $ 2'000'000 und ca. DM 500'000 enthielten. Unmittelbar nach dieser Tat reiste M. mit einem Teil der Traveller Checks nach Zürich, um diese dort einzulösen. M. hat ausgesagt, dass er verschiedene Reisepässe verfälscht habe. Diese Pässe sowie Passanträge seien ihm von Personen überlassen worden, die sich auf ein Inserat gemeldet hätten, mit dem er einen Begleiter für eine Europareise gesucht habe. Er habe den betreffenden Personen glaubhaft machen können, er brauche die genannten Dokumente, um Pässe bzw. Visa zu erlangen. M. hat die verfälschten Pässe bei der Ausreise aus Südafrika, beim Absteigen in einem Hotel in Zürich sowie beim Einlösen der Traveller Checks verwendet.

BGE 105 Ib 286 S. 288

M. wurde am 28. August 1978 vom Obergericht des Kantons Zürich des fortgesetzten Betrugs, des fortgesetzten unvollendeten Betrugsversuchs, der fortgesetzten Urkundenfälschung sowie der fortgesetzten Fälschung von Ausweisen schuldig gesprochen und mit 3 Jahren Zuchthaus, abzüglich 277 Tage Untersuchungshaft und mit 10 Jahren Landesverweisung bestraft. Die südafrikanische Botschaft verlangt mit einer Note vom 7. Juni 1978 die Auslieferung von M. Sie stützt sich dabei in einer weiteren Note vom 23. Juni 1978 ausdrücklich auf den Auslieferungsvertrag zwischen der Schweiz und Grossbritannien vom 26. November 1880. Das Auslieferungsbegehren betrifft die folgenden Tatbestände: Count 1 (fraud): Die Erlangung von Pässen, Passanträgen und Fotos von verschiedenen Personen unter dem Vorwand, der Ersuchende wünsche einen Begleiter für eine Europareise und wolle die Pässe bzw. Visa für den Ausgewählten besorgen. Count 2 (theft): Die Wegnahme eines Zettels, der die Ankunft eines Paketes ankündigte. Count 3 (fraud): Das Verleiten einer Postbeamtin, 23 an die American Express adressierte Pakete herauszugeben, unter der Behauptung, der Ersuchende sei ein Angestellter der American Express und/oder sei ermächtigt, die Pakete entgegenzunehmen. M. widersetzt sich seiner Auslieferung mit einer Einsprache vom 26. Oktober 1978. Er macht zur Hauptsache geltend, ein Auslieferungsvertrag mit Südafrika bestehe nicht und der Auslieferungsvertrag zwischen der Schweiz und Grossbritannien könne im vorliegenden Fall nicht angewandt werden. Aufgrund der ablehnenden Stellungnahme von M. hat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement die Akten mit einem Sachbericht dem Bundesgericht zur Beurteilung gemäss Art. 23 AuslG überwiesen. Um abzuklären, ob der schweizerisch-britische Auslieferungsvertrag auch im Verhältnis zu Südafrika anwendbar sei und welche Praxis im Auslieferungsverkehr zu Südafrika bestehe, ging das Bundesgericht das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement um eine weitere Stellungnahme an. In Beantwortung dieses Begehrens legte das Departement Berichte des Bundesamtes für Polizeiwesen und des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten vor.

BGE 105 Ib 286 S. 289

Das Bundesgericht bewilligt die Auslieferung für count 2 und 3, verweigert sie jedoch in bezug auf count 1, weil es den darin umschriebenen Sachverhalt nach schweizerischem Recht als nicht strafbar erachtet.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. a) Die Schweiz und Südafrika haben nie einen formellen Auslieferungsvertrag abgeschlossen. Die südafrikanischen Behörden sowie das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement und das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten sind jedoch der Auffassung, dass der Auslieferungsvertrag zwischen der Schweiz und Grossbritannien vom 26. November 1880 (BS 12, S. 114 ff.) auch im Verhältnis zwischen der Schweiz und Südafrika anwendbar sei. Das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten führt in seinem Bericht aus, der Auslieferungsvertrag mit Grossbritannien sei auch auf die Kolonien Grossbritanniens und damit bis zum Zeitpunkt, als Südafrika im Jahre 1931 unabhängig geworden sei, auch auf das heutige Staatsgebiet Südafrikas anwendbar gewesen. Ein formelles Abkommen über die Weitergeltung des Vertrags im unabhängigen Südafrika sei nicht abgeschlossen worden; hingegen zeigten verschiedene vom Bundesamt für Polizeiwesen zwischen 1949 und 1976 behandelte Auslieferungsfälle, dass sich sowohl die schweizerischen als auch die südafrikanischen Behörden auf den schweizerisch-britischen Auslieferungsvertrag beriefen und somit stillschweigend übereingekommen seien, dass dieser Vertrag zwischen den beiden Ländern seine Gültigkeit behalten solle. Das Bundesamt für Polizeiwesen seinerseits legt eine Liste der genannten Auslieferungsfälle samt den diesbezüglichen Brief-, bzw. Notenwechseln mit den südafrikanischen Behörden vor. M. bestreitet die Anwendbarkeit des schweizerisch-britischen Auslieferungsvertrages im Verhältnis zwischen der Schweiz und Südafrika. Er macht im wesentlichen geltend, es liege keine stillschweigende Übereinkunft betreffend die Weitergeltung dieses Vertrages vor. b) Das Bundesgericht ist in der Beurteilung der Frage, ob der schweizerisch-britische Auslieferungsvertrag im Verhältnis zu Südafrika anwendbar ist, nicht an die Auffassung der politischen

Behörden gebunden. Diese sind zwar allein zuständig, einen Vertrag abzuschliessen und ihn zu kündigen; sie nehmen auch Handlungen vor, die unter Umständen als konkludente Weiteranwendung eines Vertrages zu werten sind und somit die Schweiz völkerrechtlich verpflichten. Vertragsabschlüsse, Kündigungen und konkludente Handlungen im erwähnten Sinn sind vom Bundesgericht zu beachten. Im übrigen hat es aber in den seiner Beurteilung unterliegenden Rechtsfällen über die Anwendbarkeit staatsvertraglicher Abmachungen selbständig zu entscheiden, auch wenn der Streit nicht bloss darum geht, ob der konkrete Sachverhalt unter einen bestimmten Staatsvertrag falle und wie dieser auszulegen sei, sondern wenn in erster Linie streitig ist, ob dieser Vertrag überhaupt anwendbar sei. Dies bedeutet jedoch nicht, dass das Bundesgericht sich um die Auffassung der politischen Behörden überhaupt nicht zu kümmern habe. Vielmehr ist als Faktor seiner eigenen Meinungsbildung neben der Lehre und Rechtsprechung auch die Stellungnahme dieser Behörden von wesentlichem Interesse (vgl. BGE 81 II 330). c) Ob der schweizerisch-britische Auslieferungsvertrag auch im Verhältnis zwischen der Schweiz und Südafrika anwendbar sei, betrifft die Frage der Staatennachfolge. Mit der hier zur Diskussion stehenden Staatennachfolge in Rechte und Pflichten aus Verträgen hat sich die Commission du droit international in verschiedenen Berichten befasst. 1974 verabschiedete sie in dieser Materie einen bereinigten Kodifikationsentwurf, der die Stellungnahmen der verschiedenen Staaten zu einem früheren Entwurf berücksichtigt (Annuaire de la Commission du droit international 1974, vol. II, première partie, S. 161 ff. = UN Doc. A/9610/Rev. 1; vgl. JÖRG PAUL MÜLLER/LUZIUS WILDHABER, Praxis des Völkerrechts, 1977, S. 199 ff.). Es kann davon ausgegangen werden, dass dieser Kodifikationsentwurf einen weitgehenden Konsens über die völkerrechtliche Lage zum Ausdruck bringt und vom Bundesgericht im vorliegenden Fall als massgebende Rechtsquelle herangezogen werden darf (vgl. ALFRED VERDROSS/BRUNO SIMMA, Universelles Völkerrecht, 1976, S. 485 ff., EBERHARD MENZEL/KNUT IPSEN, Völkerrecht, 2. Aufl. 1979, S. 189, D. P. O'CONNELL, Recent Problems of State Succession in Relation to New States, in Académie de droit international, Recueil des Cours 1970, II, S. 170 ff.)

Grundsätzlich beginnt ein neu entstandener Staat, auf dessen Staatsgebiet Verträge anwendbar waren, die sein Gebietsvorgänger (z.B. eine Kolonialmacht) abgeschlossen hatte, sein Dasein als Völkerrechtssubjekt ohne an diese Verträge gebunden zu sein (Art. 15 des Kodifikationsentwurfs; Prinzip der "tabula rasa", bzw. "clean slate rule"). Die Staatenpraxis zeigt allerdings, dass verschiedene Kategorien von Verträgen zwischen den neu entstandenen Staaten und den Gegenparteien der Gebietsvorgänger aufrechterhalten werden. Neu entstandene Staaten wären kaum in der Lage, nach dem Eintritt der Unabhängigkeit alle Verträge, auf die sie aus wirtschaftlichen und verwaltungstechnischen Gründen angewiesen sind, kurzfristig neu auszuhandeln. Dennoch kann aber nicht auf eine gewohnheitsrechtliche Regel geschlossen werden, dass Verträge, die ein Gebietsvorgänger abgeschlossen hat, ohne weiteres im Verhältnis zwischen einem neu entstandenen Staat und der Gegenpartei des Gebietsvorgängers Gültigkeit behalten. Ein bilateraler Vertrag, der zwischen dem Gebietsvorgänger und einer Gegenpartei abgeschlossen worden war, behält zwischen dieser Gegenpartei und dem neu entstandenen Staat seine Gültigkeit nur, wenn diese beiden Staaten übereinkommen, den Vertrag aufrechtzuerhalten. Dies kann ausdrücklich oder durch konkludentes Handeln erfolgen (Art. 23 des Kodifikationsentwurfs). d) Das Bundesamt für Polizeiwesen hat einen Brief-, bzw. Notenwechsel zwischen schweizerischen und südafrikanischen Behörden in fünf Auslieferungsfällen, die zwischen 1956 und 1976 bearbeitet wurden, vorgelegt. Aus diesen Noten und Briefen, die von der südafrikanischen Botschaft in Bern und der südafrikanischen Polizei (Head Office, Pretoria) an das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten und an das Bundesamt für Polizeiwesen gerichtet worden waren, sowie aus entsprechenden Schreiben des Bundesamtes für Polizeiwesen an die südafrikanische Botschaft in Bern und an die südafrikanische Polizei geht klar hervor, dass die betreffenden Behörden sich jedesmal auf den Auslieferungsvertrag zwischen der Schweiz und Grossbritannien berufen und diesen im Verhältnis der Schweiz zu Südafrika als anwendbar erachtet haben. Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement legt im weiteren einen Notenwechsel zwischen der schweizerischen

Botschaft in Pretoria und dem südafrikanischen Aussenministerium vom 23. Oktober 1978 und 7. März 1979 vor. Die schweizerische Botschaft bestätigte dabei in ihrer Note, dass zwar kein Auslieferungsvertrag zwischen Südafrika und der Schweiz abgeschlossen worden sei, dass die beiden Länder jedoch Auslieferungen gegenseitig aufgrund des Auslieferungsvertrages zwischen der Schweiz und Grossbritannien abgewickelt hätten. Die schweizerische Botschaft schlug daher vor, dass die beiden Regierungen in einem formellen Briefwechsel bestätigen, dass der schweizerisch-britische Auslieferungsvertrag zwischen der Schweiz und Südafrika weitergelte. Das südafrikanische Aussenministerium bestätigte in seiner Antwort ebenfalls, dass der Auslieferungsvertrag zwischen der Schweiz und Grossbritannien auf Südafrika anwendbar sei, machte jedoch der Schweiz den Vorschlag, in Anbetracht der veralteten Terminologie des schweizerisch-britischen Auslieferungsvertrages einen neuen Vertrag abzuschliessen. Dieser Notenwechsel, in dem davon ausgegangen wird, dass der schweizerisch-britische Auslieferungsvertrag zwischen der Schweiz und Südafrika weitergegolten habe und weitergelte, erfolgte, nachdem die südafrikanische Botschaft im vorliegenden Fall ein Auslieferungsbegehren gestellt hat. Diese Korrespondenz hat daher in diesem Fall nicht die Bedeutung einer konkludenten Vertragsanwendung. Nichtsdestoweniger kann aber festgestellt werden, dass in diesen Noten die Rechtslage, die zur Zeit der Übermittlung des Auslieferungsbegehrens i.S. M. geherrscht hat, richtig wiedergegeben wird. Die früheren Brief- und Notenwechsel zeigen nämlich klar, dass die schweizerischen und südafrikanischen Behörden in einer Reihe von Fällen Auslieferungsbegehren aufgrund des Vertrages zwischen der Schweiz und Grossbritannien gestellt haben, ohne dass der andere Staat je diese Rechtsgrundlage bestritten hätte. Somit haben die schweizerischen und südafrikanischen Behörden den schweizerisch-britischen Auslieferungsvertrag still-

schweigend angewandt. Dieser Umstand führt dazu, dass dem Auslieferungsvertrag zwischen der Schweiz und Grossbritannien völkerrechtlich auch im Verhältnis zwischen der Schweiz und Südafrika Gültigkeit zuzuerkennen ist. Der Einsprecher wendet dagegen ein, ein konkludentes Handeln im Sinne des Völkerrechts könne nur angenommen werden, wenn massgebende Staatsorgane tätig gewesen seien, bzw.

BGE 105 Ib 286 S. 293

ihren Willen geäussert hätten. Blosse Korrespondenzen von Polizei- und Verwaltungsbehörden oder auch von Botschaften würden diese Voraussetzung nicht erfüllen. Im vorliegenden Fall hätten weder in der Schweiz noch in Südafrika massgebende Behörden eine präjudizielle Willenserklärung abgegeben. Insbesondere habe sich weder der Bundesrat, noch ein eidgenössisches Departement, noch das Bundesgericht zur Frage geäussert, ob der Auslieferungsvertrag zwischen der Schweiz und Grossbritannien im Verhältnis zwischen der Schweiz und Südafrika weitergelte. Eine konkludente Weiteranwendung dieses Vertrages im Verkehr mit Südafrika sei daher nicht erwiesen. Dieser Einwand ist nicht stichhaltig. Es trifft zwar zu, dass im wesentlichen nur Staatsoberhäupter, Regierungschefs und Aussenminister sowie eigens dazu bevollmächtigte Organe fähig sind, einen Staat ausdrücklich zu verpflichten (vgl. Art. 7 der Wiener Konvention über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969; Ostgrönlandfall, CPJI, Sér. A/B Nr. 53/1933, S. 71). Die konkludente Weiteranwendung eines Vertrages unterscheidet sich jedoch von einer solchen ausdrücklichen Verpflichtung. Für eine konkludente Weiteranwendung muss ein Handeln derjenigen Organe genügen, welche den Vertrag normalerweise anwenden. Ein formeller Notenaustausch der Aussenministerien betreffend die Weitergeltung eines Vertrages wäre nicht mehr ein konkludentes, sondern ein ausdrückliches Handeln. Im vorliegenden Fall haben die Behörden gehandelt, die sich normalerweise mit Auslieferungen befassen, nämlich die zuständigen Verwaltungs- und Polizeibehörden sowie die Botschaften. Das Handeln dieser Behörden genügt, um die Weitergeltung des zwischen der Schweiz und Grossbritannien abgeschlossenen Auslieferungsvertrages auch im Verhältnis zwischen der Schweiz und Südafrika zu begründen. Der schweizerisch-britische Auslieferungsvertrag ist somit auf den vorliegend zu entscheidenden Fall anzuwenden.

2. a) Voraussetzung für eine Auslieferung nach Südafrika ist nach dem schweizerisch-britischen Auslieferungsvertrag, dass das Delikt, wegen dessen das Auslieferungsbegehren gestellt wird, in Art. II des Vertrages als Auslieferungsdelikt genannt ist. Ferner kann eine Auslieferung nur bewilligt werden, wenn die Tat, welche Gegenstand des Auslieferungsbegehrens

BGE 105 Ib 286 S. 294

bildet, sowohl im ersuchenden Staat, d.h. im vorliegenden Fall in Südafrika, als auch im ersuchten Staat, d.h. im vorliegenden Fall in der Schweiz, strafbar ist. Dieses Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit ist zwar im Auslieferungsvertrag zwischen der Schweiz und Grossbritannien nicht ausdrücklich und in allgemeiner Form niedergelegt, muss aber infolge seiner Allgemeingültigkeit als stillschweigend vorausgesetzt gelten (HANS SCHULTZ, Das Schweizerische Auslieferungsrecht, S. 318). Der Grundsatz der beidseitigen Strafbarkeit verlangt allerdings nicht, dass die verfolgte Tat im ersuchenden und im ersuchten Staat gleichlautenden Strafbestimmungen unterstehe, sondern nur, dass die Tat nach dem Recht beider Staaten überhaupt strafbar sei (BGE 101 Ia 595 E. 5a mit Hinweisen).