

kompetent, und es ist logisch unmöglich, daß durch eine von einem inkompetenten Gerichte ausgesprochene Verfügung dasselbe kompetent werden könnte. Hieraus also kann auf eine Einlassung des Rekurrenten auf die Klage der Rekursbeflagten überall nicht geschlossen werden. Worin aber sonst bei der Unthätigkeit des Rekurrenten gegenüber der Klagsvorladung eine Vereinbarung des bernischen Gerichtsstandes erblickt werden möchte, ist unerfindlich.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Der Rekurs wird als begründet erklärt und demgemäß das angefochtene Urteil des Amtsgerichtes Bern vom 23. September 1896 aufgehoben.

VII. Kompetenzkonflikte zwischen Bund und Kantonen. — Confits de Compétence entre la Confédération et des cantons.

159. Urteil vom 21. Oktober 1896 in Sachen
Bundesrat gegen Kanton Bern.

A. Mit Note vom 13. Dezember 1895 ersuchte die kaiserlich-deutsche Gesandtschaft in Bern den schweizerischen Bundesrat, die Beurteilung des Bénédict Emil Gerber, von Schangnau (Kanton Bern), wegen eines von demselben in der Nacht vom 22./23. August 1895 im Trappistenkloster Dlenberg im Ober-Elsass verübten Diebstahles durch die schweizerischen Gerichte veranlassen zu wollen. Gerber ersteht gegenwärtig in Freiburg (in der Schweiz) eine Zuchthausstrafe von 5 Jahren, welche wegen eines andern Diebstahles dort über ihn verhängt worden ist. Der Bundesrat antwortete am 6. Januar 1896, daß nach den gemachten Erhebungen Gerber wegen des von ihm im Elsass begangenen Diebstahles nur durch die Gerichte seines Heimatkantones Bern verfolgt und beurteilt werden könne, daß aber von

diesen in ähnlichen Fällen stets eine Erklärung verlangt werde, die dahin gehe, daß der Beschuldigte nach erfolgter Aburteilung und Bestrafung im Kanton von den Behörden des Auslandes, wo die That begangen worden ist, nicht mehr wegen desselben Deliktes zur Verantwortung gezogen werde. Der Bundesrat ersuchte deshalb die deutsche Gesandtschaft um eine solche Erklärung mit Bezug auf den Fall Gerber. Mit Note vom 22. Februar 1896 erwiderte jene, daß die deutsche Regierung nicht in der Lage sei, die gewünschte Erklärung abzugeben und berief sich zur Unterstützung ihres Begehrens um Veranlassung der Strafverfolgung namentlich auch auf die von dem schweizerischen Bundesrate im Jahre 1892 im Falle Niehl gegebene Zusicherung. Hierauf wurde laut bundesrätlichem Beschluß vom 5. März 1896 der bernische Regierungsrat ersucht, die Verfolgung und Bestrafung des Gerber wegen der erwähnten Strafthat durch die dortigen Gerichte zu veranlassen. Mit Schreiben vom 1. April 1896 teilte der Regierungsrat des Kantons Bern mit, daß die bernische Anklagekammer sich weigere, die Strafverfolgung des Gerber zu übernehmen. Aus einer diesem Schreiben beigelegten Abschrift der bezüglichen Vernehmlassung der bernischen Anklagekammer geht hervor, daß sich deren Weigerung in der That darauf gründet, daß die Zusicherung des ne bis in idem, die nach Art. 2 des schweizerischen Auslieferungsgesetzes vom 22. Januar 1892 verlangt werden könne, von der deutschen Regierung nicht erhältlich gewesen sei. Der Bundesrat beharrte jedoch auf seinem Standpunkte und beauftragte den Bundesanwalt, zu dessen Wahrung gegen den Regierungsrat des Kantons Bern beim Bundesgericht Klage zu erheben.

B. Demgemäß stellte mit Eingabe vom 4. Mai der Generalanwalt der schweizerischen Eidgenossenschaft gegen den Regierungsrat des Kantons Bern das Begehren an's Recht: „Es seien die Gerichte des Kantons Bern gestützt auf den schweizerisch-deutschen Auslieferungsvertrag (Art. 2) und auf die erfolgte Einladung des Bundesrates verpflichtet zu erklären, die strafrechtliche Verfolgung des Bénédict Emil Gerber von Schangnau, wegen des von ihm in der Nacht vom 22./23. August 1895 im Trappistenkloster Dlenberg im Ober-Elsass verübten Diebstahles

zu übernehmen.“ Zur Begründung wurde angebracht: Die Voraussetzungen eines staatsrechtlichen Rekurses nach Art. 175 Ziff. 1 D.-G. seien gegeben, indem einerseits der Bundesrat die Gerichte des Kantons Bern zur Übernahme der strafrechtlichen Verfolgung verpflichtet erkläre, andererseits die Anklagekammer des Kantons Bern dem Bundesrate das Recht zu einer solchen Verfügung bestreite und die Übernahme der Strafverfolgung verweigere. Was nun die Sache selbst betreffe, so schliesse die von der Anklagekammer des Kantons Bern angeführte Bestimmung des Art. 2 des schweizerischen Auslieferungsgesetzes, — wonach der Heimatkanton erst dann zur strafrechtlichen Verfolgung eines Inländers für ein im Auslande begangenes Delikt verhalten werden könnte, wenn von dem Staate des Thatortes die Zusicherung gegeben werde, daß der Delinquent dort nicht nochmals wegen der gleichen Handlung bestraft werde — das Recht der Kantone und unter Umständen die Pflicht derselben nicht aus, einen Angehörigen, der im Auslande ein Verbrechen verübt hat, nach Maßgabe der kantonalen Gesetzgebung in Strafuntersuchung zu ziehen, selbst wenn der auswärtige Staat die Erklärung des ne bis in idem nicht abgegeben und der Bundesrat eine bezügliche Zusicherung nicht erteilt habe. Mit dem Mangel der Erklärung und der Zusicherung werde nach dem Gesetze nur die Verpflichtung gegenüber dem Ausland und der Zwang des Bundesrates gegenüber dem Niederlassungs- oder Heimatkanton beseitigt, nicht aber das Recht des Landes seinen eigenen Angehörigen zu strafen. Im Fernern habe das Auslieferungsgesetz vom Jahre 1892 vertragliche Verpflichtungen weder beseitigen noch deren Erfüllung von neuen bisher nicht bekannten Bedingungen abhängig machen wollen, wie dies nicht nur vom Bundesrate selbst, sondern auch vom Bundesgerichte ausgesprochen worden sei. Und nun bestche nach dem schweizerisch-deutschen Auslieferungsvertrage bereits eine gegenseitige vertragliche Verpflichtung zur Übernahme der strafrechtlichen Verfolgung, auch wenn die erwähnte Erklärung des ne bis in idem nicht gegeben worden sei. Zwar sei diese Verpflichtung im Vertrage nicht ausdrücklich ausgesprochen. Allein wenn in Art. 2 desselben der Grundsatz der Nichtauslieferung eigener Landesangehörigen aufgestellt sei, so dürfte es an sich klar sein, daß es unmöglich in der Absicht oder dem Willen der Vertragsstaaten habe gelegen sein können, Personen die in einem der Vertragsstaaten ein Verbrechen verübt haben, und denen es gelungen ist, in die Heimat zu flüchten, damit ein sicheres Asyl zu gewähren. Schon die völkerrechtliche Verpflichtung zu gegenseitigem Rechtsschutz gebiete die Strafe des Verbrechens. Dies werde auch durch die Botschaft des Bundesrates zu dem erwähnten Vertrage bestätigt. Es sei demnach die gerichtliche Verfolgung durch die Behörden des Heimatstaates als selbstverständlich, als notwendige Ergänzung zu dem Grundsatz der Nichtauslieferung der eigenen Staatsangehörigen vorausgesetzt. Trete ein solcher Fall ein, so habe nach Art. 2 al. 2 des Vertrages der Vertragsstaat, in dem das Verbrechen begangen wurde, die erforderliche Rechtshilfe zu leisten, und es sei die Verpflichtung des Heimatstaates, die Beurteilung zu übernehmen, an keine weitere Bedingung geknüpft, als die, daß nach seinen Gesetzen Anlaß zu einer strafrechtlichen Verfolgung vorhanden sei. Unter diesen Gesetzen könne nichts anderes verstanden sein, als das materielle Strafrecht des betreffenden Staates; das Delikt müsse ein Auslieferungsdelikt, nach dem Gesetze des Heimatstaates strafbar sein, und es dürften nicht die im Strafrecht vorgesehenen Strafausschließungsgründe zutreffen. Im Vertrag sei nirgends vorgeschrieben, daß vorerst eine Erklärung abzugeben sei, nach der man auf die Ausübung der Strafjustiz am Orte der That verzichte. Seit Bestehen des Vertrages sei fast ausnahmslos die strafrechtliche Verfolgung der eigenen Angehörigen, die im andern Vertragsstaate ein Verbrechen begangen und sich in das Heimatland geflüchtet hatten, von beiden Vertragsstaaten als eine vertragliche Verpflichtung anerkannt und gehandhabt worden, wie sich aus den Geschäftsberichten des Bundesrates ergebe. In einigen Fällen habe der Bundesrat gegenüber den Weigerungen der Kantone, die Bestrafung zu übernehmen, seinen Standpunkt eingehend motiviert (Bundesblatt 1879 II, pag. 626; 1883 II, pag. 897; 1893 II, pag. 78). Fast immer hätten sich nach der Praxis die beiden Vertragsstaaten auf den Standpunkt gestellt, daß sie nach Inhalt des Vertrages verpflichtet seien, die Beurteilung der eigenen Angehörigen

gehörigen aufgestellt sei, so dürfte es an sich klar sein, daß es unmöglich in der Absicht oder dem Willen der Vertragsstaaten habe gelegen sein können, Personen die in einem der Vertragsstaaten ein Verbrechen verübt haben, und denen es gelungen ist, in die Heimat zu flüchten, damit ein sicheres Asyl zu gewähren. Schon die völkerrechtliche Verpflichtung zu gegenseitigem Rechtsschutz gebiete die Strafe des Verbrechens. Dies werde auch durch die Botschaft des Bundesrates zu dem erwähnten Vertrage bestätigt. Es sei demnach die gerichtliche Verfolgung durch die Behörden des Heimatstaates als selbstverständlich, als notwendige Ergänzung zu dem Grundsatz der Nichtauslieferung der eigenen Staatsangehörigen vorausgesetzt. Trete ein solcher Fall ein, so habe nach Art. 2 al. 2 des Vertrages der Vertragsstaat, in dem das Verbrechen begangen wurde, die erforderliche Rechtshilfe zu leisten, und es sei die Verpflichtung des Heimatstaates, die Beurteilung zu übernehmen, an keine weitere Bedingung geknüpft, als die, daß nach seinen Gesetzen Anlaß zu einer strafrechtlichen Verfolgung vorhanden sei. Unter diesen Gesetzen könne nichts anderes verstanden sein, als das materielle Strafrecht des betreffenden Staates; das Delikt müsse ein Auslieferungsdelikt, nach dem Gesetze des Heimatstaates strafbar sein, und es dürften nicht die im Strafrecht vorgesehenen Strafausschließungsgründe zutreffen. Im Vertrag sei nirgends vorgeschrieben, daß vorerst eine Erklärung abzugeben sei, nach der man auf die Ausübung der Strafjustiz am Orte der That verzichte. Seit Bestehen des Vertrages sei fast ausnahmslos die strafrechtliche Verfolgung der eigenen Angehörigen, die im andern Vertragsstaate ein Verbrechen begangen und sich in das Heimatland geflüchtet hatten, von beiden Vertragsstaaten als eine vertragliche Verpflichtung anerkannt und gehandhabt worden, wie sich aus den Geschäftsberichten des Bundesrates ergebe. In einigen Fällen habe der Bundesrat gegenüber den Weigerungen der Kantone, die Bestrafung zu übernehmen, seinen Standpunkt eingehend motiviert (Bundesblatt 1879 II, pag. 626; 1883 II, pag. 897; 1893 II, pag. 78). Fast immer hätten sich nach der Praxis die beiden Vertragsstaaten auf den Standpunkt gestellt, daß sie nach Inhalt des Vertrages verpflichtet seien, die Beurteilung der eigenen Angehörigen

hörigen zu übernehmen, und zwar ohne daß vorher im betreffenden Falle ein Verzicht auf die Jurisdiktion am Orte der That ausgesprochen werden müßte. Nur im Falle Volkart sei von den zürcherischen Behörden die Verfolgung abgelehnt worden, weil nach Maßgabe des zürcherischen Gesetzes ein förmlicher Verzicht auf die Vollziehung eines bestehenden ausländischen Urteils gefordert wurde, ein Verzicht, den auszusprechen die deutsche Regierung unter Berufung auf den Vertrag sich geweigert habe (Bundesblatt 1876 II, pag. 296). Im September 1892 sei von der Schweiz die Auslieferung des in Straßburg aufgegriffenen angeblichen französischen Staatsangehörigen Alois Napoleon Niehl wegen betrügerischem Bankrott nachgefordert worden. Da es sich herausgestellt habe, daß Niehl deutscher Reichsangehöriger sei, sei hievon dem Bundesrat Mitteilung gemacht worden mit dem Anheimstellen, die strafrechtliche Verfolgung des Niehl, falls sie gewünscht werde, unter Zusicherung der Gegenseitigkeit in Antrag zu bringen. Diese Zusicherung sei als erforderlich hingestellt worden, um Sicherheit dafür zu gewinnen, daß die Verfolgung von Schweizern in der Schweiz nicht fernerhin, wie bereits mehrere Male geschehen, von einer Erklärung abhängig gemacht werde, die nach der deutschen Gesetzgebung nicht abgegeben werden könne. Der Bundesrat habe hierauf die Gegenseitigkeit für Fälle gleicher Art zugesichert mit dem Beifügen, daß schweizerischerseits zur Zeit auf die Gegenseitigkeit der deutschen Regierung, daß in solchen Fällen der in der Schweiz strafrechtlich beurteilte Inländer in Deutschland nicht nochmals wegen desselben Delikts verfolgt werde, verzichtet werde (Bundesblatt 1893 II, pag. 83). Diese gegenseitige Zusicherung habe den Charakter einer beidseitig als richtig anerkannten Interpretation des Art. 2 des Vertrages; es werde dadurch nicht neues Recht geschaffen, sondern geltendes Recht genau festgesetzt. Danach müsse angenommen werden, daß es der Wille der Vertragsstaaten gewesen sei, als vertragliche Pflicht festzustellen, daß im Falle der Nichtauslieferung der eigenen Angehörigen der Heimatstaat unter den im Vertrag vorgesehenen Bedingungen die Beurteilung eventuell Bestrafung des flüchtigen Verbrechers zu übernehmen habe, eine Pflicht, die durch das

Auslieferungsgesetz in keiner Weise modifiziert worden sei. Mit dem angeführten trete allerdings in Widerspruch die Botschaft des Bundesrates zum Auslieferungsgesetz, wo zu Art. 2 Ziff. 2 bemerkt werde: „Seitens gewisser Staaten wird, infolge des „Standes ihrer Gesetzgebung, die in der vorliegenden Bestimmung „vorgesehene Zusicherung überhaupt nicht erhältlich sein. Die „deutsche Regierung hat es abgelehnt, auf die Verfolgung am „Gerichtsstande der That zu verzichten. Der Fall ist also nicht „ausgeschlossen, daß ein Schweizerbürger, der in Deutschland „sich einer strafbaren Handlung schuldig gemacht, straflos aus- „geht, wenn es ihm gelingt, sich in die Schweiz zu flüchten. „Wir bedauern aufrichtig einen solchen Zustand, allein nicht wir „sind dafür verantwortlich, sondern jene Staaten selbst, die sich „in einem offenbaren Widerspruch mit sich selbst befinden, indem „sie die Rechtshilfe unserer Gerichte anrufen und doch nicht das „nötige Vertrauen in dieselben setzen, um zu ihren Gunsten auf „die Ausübung der eigenen Strafgerichtsbarkeit zu verzichten.“ Allein abgesehen davon, daß diese Auffassung nicht haltbar sei, wenn wirklich eine vertragliche Verpflichtung bestehe, so sei der Gedanke nicht als richtig anzuerkennen, daß für die Verhältnisse der Schweiz zu den auswärtigen Staaten die eigene Gesetzgebung die einzige Richtschnur bilden solle, vielmehr sei den Anschauungen der Staaten, zu denen die Schweiz in Beziehung treten wolle, ebenfalls Rechnung zu tragen, und speziell im Auslieferungswesen dürfte der oberste Grundsatz, daß der Verbrecher überhaupt gestraft werden soll, nicht preisgegeben werden. Der Bundesrat, dem verfassungsgemäß die Wahrung der völkerrechtlichen Beziehungen obliege, habe dafür zu sorgen, daß im gegebenen Falle der vertraglichen Pflicht nachgelebt und die Beurteilung durch die zuständigen kantonalen Gerichte übernommen werde. Vorliegend könnten dies nach den bestehenden Verhältnissen nur die Gerichte des Kantons Bern sein.

C. Die Eingabe wurde dem Regierungsrat des Kantons Bern für sich und zu Händen der dortigen Anklagekammer zur Vernehmung zugesandt. Innert der gesetzlichen Frist langte nur von der letztern Behörde eine Rückäußerung ein, die im wesentlichen dahin geht, daß im deutsch-schweizerischen Auslieferungs-

vertrag eine Verpflichtung zur Übernahme der Strafverfolgung seitens des Staates, welchem der (nicht auszuliefernde) Beschuldigte angehöre, nur dann bestehe, wenn nach der Gesetzgebung des Heimatstaates Anlaß zur Verfolgung, d. h. wenn die materiell- und formellrechtlichen Voraussetzungen hierfür nach Maßgabe der eigenen Gesetzgebung gegeben seien, daß nun die schweizerische Gesetzgebung in Art. 2 des Auslieferungsgesetzes vom 22. Januar 1892 die Strafverfolgung eines Schweizers, der im Auslande ein Verbrechen begangen und sich in die Heimat geflüchtet habe, nur dann von dem Staate des Thortes durchgesetzt werden könne, wenn die dort vorgesehene Zusicherung des ne bis in idem erteilt werde, und daß diese Bestimmung in keiner Weise mit den im Auslieferungsvertrage mit Deutschland übernommenen vertraglichen Pflichten im Widerspruch stehe.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Regierungsrat des Kantons Bern hat keinerlei Einwendung gegen die Zuständigkeit des Bundesgerichtes zur Beurteilung des Anstandes erhoben, der diesem vom Bundesrate unterbreitet worden ist. Und in der That ist die Kompetenz des Bundesgerichtes in vorliegender Sache begründet. Der Bundesrat behauptet, die mit der Ausübung der Strafgerichtsbarkeit betrauten Behörden des Kantons Bern seien gehalten, einer von ihm ausgehenden Einladung zur Anhandnahme der Strafverfolgung des Bénéoit Emil Gerber Folge zu leisten. Er nimmt also gegenüber dem Kanton Bern eine gewisse Machtbefugnis in Anspruch, die sich in der Form der fraglichen Einladung geäußert hat, eine Machtbefugnis, die er aus seiner verfassungsmäßigen Stellung als Hüter der völkerrechtlichen Beziehungen der Schweiz zum Auslande (Art. 102 Ziffer 8 B.-V.) herleitet und die ihn ermächtigen soll, vom Kanton Bern die Erfüllung einer Verpflichtung zu internationaler Rechtshilfe gegenüber dem deutschen Reiche zu verlangen. Die bernischen Behörden bestreiten nun zwar dem Bundesrate diese Kompetenz in abstracto nicht, sondern sie weigern sich lediglich, im vorliegenden Falle der Einladung des Bundesrates Folge zu geben. Allein hierin liegt nicht bloß die Behauptung, daß für den Erlaß der Einladung die erforderlichen sachlichen Voraussetzungen fehlen, sondern es

wird damit geltend gemacht, daß der Bundesrat überhaupt nicht kompetent sei, in concreto eine solche Einladung zu erlassen, da eine völkerrechtliche Pflicht, gegen Gerber strafrechtlich vorzugehen, für die Schweiz nicht bestehe und da deshalb auch der Bundesrat keine Befugnis habe, dem Kanton Bern auf dem sonst im allgemeinen der Souveränität der Kantone überlassenen Gebiete der Strafrechtspflege Weisungen zu erteilen. Es handelt sich somit im Grunde um eine Frage betreffend die Abgrenzung zwischen eidgenössischer und kantonaler Staatsgewalt, die zu entscheiden das Bundesgericht durch Art. 113 Ziff. 1 B.-V. und Art. 175 Ziff. 1 D.-G. berufen ist.

2. Mit Recht nun hat es zunächst der Bundesrat unterlassen, zur Begründung seiner Kompetenz den Art. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Auslieferung gegenüber dem Auslande, vom 22. Januar 1892, anzurufen. Wohl greift diese Bestimmung in die innere kantonale Strafrechtspflege ein, soweit es sich um Bestrafung von Inländern handelt, die in einem fremden Staate eine strafbare Handlung begangen, und sich dann in die Schweiz geflüchtet haben, von wo sie nicht ausgeliefert werden können. Es werden für diesen Fall die einschlägigen kantonalen Normen insofern ergänzt, als die Strafverfolgung wegen einer solchen Handlung im Inlande unter Umständen angehoben werden muß, auch wenn die zuständige kantonale Gesetzgebung die Bestrafung derselben, weil sie im Auslande begangen worden ist, nicht zugelassen würde. Diese, ebenfalls aus den Bedürfnissen nach internationalem Rechtsschutz gegen strafbare Handlungen fließende, bundesrechtliche Verpflichtung der Kantone tritt nun aber jedenfalls nur dann ein, wenn der die Auslieferung (oder Bestrafung) nachsuchende Staat die Zusicherung erteilt, daß der betreffende Schweizerbürger nach Verbüßung der in der Schweiz gegen ihn verhängten Strafe auf seinem Gebiete nicht nochmals wegen desselben Verbrechens verfolgt und auch ein von seinen Gerichten gegen ihn ausgefalltes Strafurteil nicht vollzogen werde. Eine solche Zusicherung ist nicht erteilt worden, und deshalb würde von vornherein diese Handhabe, den Kanton Bern zur Strafverfolgung des Bénéoit Emil Gerber anzuhalten, versagen. Es könnte nämlich auch nicht etwa eingewendet werden,

daß der Bundesrat kompetent sei, auf die Bedingung der Zuficherung des *ne bis in idem* zu verzichten. Das Gesetz wollte gerade für die Zukunft im Auslieferungsrecht eine feste Grundlage schaffen, an die sich auch der Bundesrat in seinen Verhandlungen mit andern Staaten zu halten hat. Derselbe verwendet denn auch selbst die im Falle Niehl von ihm der deutschen Regierung gegenüber abgegebene Erklärung, daß die Zuficherung des Verzichtes auf die Ausübung der eigenen Strafgerichtsbarkeit gegen einen hier betroffenen und zu bestrafenden Inländer in Zukunft nicht mehr verlangt werde, nicht in dem Sinne, daß damit an der Vorschrift des Art. 2 des Auslieferungsgesetzes für das Verhältnis mit dem deutschen Reiche etwas geändert worden wäre; sondern es wird jene Erklärung nur beigezogen zur Bestätigung der Auslegung, die der Bundesrat der seiner Ansicht nach maßgebenden Bestimmung des Art. 2 des Auslieferungsvertrages zwischen der Schweiz und dem deutschen Reiche, vom 24. Januar 1874, beilegt.

3. Dieser Vertragsartikel, aus dem der Bundesrat seine Kompetenz zum Einschreiten im vorliegenden Falle herleitet, bestimmt, nach Festlegung des Grundsatzes, daß eigene Angehörige an den andern Vertragsstaat nicht ausgeliefert werden, in Absatz 2: „Wenn nach den Gesetzen desjenigen Staates, welchem der Beschuldigte angehört, Anlaß vorhanden sein sollte, ihn wegen der in Frage stehenden Handlung zu verfolgen, so soll der andere Staat die Erhebungen und Schriftstücke, die zur Feststellung des Thatbestandes dienenden Gegenstände und jede andere für das Strafverfahren erforderliche Urkunde oder Aufklärung mitteilen.“ Würde hierin eine vertragliche Vereinbarung des Inhaltes erblickt werden müssen, daß der Zufluchtsstaat unter den daselbst vorgesehenen Voraussetzungen die Verpflichtung habe, den betreffenden Angeeschuldigten strafrechtlich zu verfolgen, wie wenn die Handlung im Inlande begangen worden wäre, so würden sich die Behörden des Kantons für ihre Weigerung, einer bezüglichen Weisung des Bundesrates Folge zu geben, auf Art. 2 des Auslieferungsgesetzes mit Erfolg nicht berufen können. Denn dieser wollte und konnte ohne Verletzung völkerrechtlicher Verpflichtungen an bestehenden Staatsverträgen nichts ändern und

insbesondere auch nicht eine Verpflichtung zu strafrechtlichem Vorgehen gegen einen Inländer, der im Auslande delinquent und sich in die Heimat geflüchtet hat, von neuen, im Vertrage selbst nicht vorgesehenen Bedingungen abhängig machen (vgl. z. B. Urteil des Bundesgerichtes i. S. Stübler, Amtl. Samml. Bd. XVIII, S. 193). Allein eine Verpflichtung der Schweiz, bedingungslos ihre eigene Strafgerichtsbarkeit thätig werden zu lassen, wenn die deutsche Regierung die Bestrafung eines Inländers wegen eines im Auslande ergangenen Auslieferungsdeliktes verlangt, kann der citirten Vertragsbestimmung nicht entnommen werden. Nach deren Wortlaute sichern sich die Vertragsstaaten bloß in gewissem Umfange eine prozessualische Rechtshilfe zu für den Fall, daß für die Verfolgung des Beschuldigten im Zufluchtslande nach dessen Gesetzen Anlaß vorhanden sein sollte. Durch diesen Wortlaut ist die Annahme ausgeschlossen, daß es der Wille der Vertragsparteien gewesen sei, eine unbedingte Verpflichtung des Zufluchtslandes zur Anhebung der Strafverfolgung des Angeeschuldigten für den Fall der Nichtauslieferung aufzustellen. Offensichtlich beruht vielmehr die Bestimmung, wie sie gefaßt ist, auf der Vorstellung, daß eine Strafverfolgung im Zufluchtsstaate nur eintrete, wenn dessen eigene Gesetzgebung ihm dazu Anlaß gibt. Gerade der letztere Ausdruck beweist deutlich, daß sich die Vertragsstaaten in fraglicher Richtung nicht binden wollten, sondern daß sie sich lediglich vorbehielten, und zwar wiederum nicht in verbindlicher Form, in solchen Fällen die eigenen Gesetze anzuwenden. Die Fassung des Absatzes 2 des Art. 2 läßt auch nicht etwa für die Annahme Raum, daß eine solche Verpflichtung, die Bestrafung des inländischen Angeeschuldigten selbst zu übernehmen, gleichsam das Gegenstück zu der Vergünstigung, daß Inländer nicht ausgeliefert werden, bilde. Hätte wirklich unter den Vertragsparteien die Meinung obgewaltet, daß an die Stelle der Auslieferung bei Inländern, ohne Rücksicht auf den Begehungsort, die Bestrafung nach den eigenen Landesgesetzen eintreten müsse, so hätte dieser Auffassung auch Ausdruck gegeben werden müssen, wie dies in dem kurz vorher, im Jahre 1875, zwischen der Schweiz und Rußland abgeschlossenen Auslieferungsvertrage (Art. 2) in einer

allerdings auch nicht alle Zweifel ausschließenden Weise geschehen ist. Und keinesfalls hätte im Vertrag eine Bestimmung Aufnahme finden dürfen, aus deren Fassung notwendiger Weise auf eine gerade gegenteilige Meinung der Kontrahenten geschlossen werden muß.

Wenn ferner auch thatsächlich unter der Herrschaft des Auslieferungsvertrages meistens — der Bundesrat gibt selbst zu, daß Ausnahmen vorgekommen sind — vom Heimatstaate die Strafverfolgung der eigenen Angehörigen für in andern Vertragsstaaten begangenes strafbares Unrecht übernommen worden ist, so beweist dies noch keineswegs, daß dies geschehen sei, weil sich die beiden Staaten dazu für vertraglich verpflichtet erachteten. Es könnten jene thatsächlichen Vorgänge zum Belege dafür, daß eine bezügliche internationale Verpflichtung bestanden habe, doch nur insofern verwendet werden, als dargethan wäre, daß in der eigenen Gesetzgebung des betreffenden Staates die Strafverfolgung, sei es in zwingender oder in bloß fakultativer Form, nicht vorgeesehen gewesen wäre. Hiefür fehlt aber jeglicher Nachweis. Insbesondere braucht zur Erklärung der Thatsache, daß in Deutschland gegen Reichsangehörige wegen in der Schweiz begangener Delikte auf Ansuchen der hervärtigen Behörde das Strafverfahren eingeleitet wurde, keineswegs eine vertragliche Verpflichtung beigezogen zu werden; die Befugnis zu solchem Vorgehen gab vielmehr den deutschen Behörden schon die eigene Gesetzgebung, nämlich § 4 des Strafgesetzbuches, und es haben wohl dafür, daß von dieser Möglichkeit stets Gebrauch gemacht worden ist, ebensowohl eigene Interessen, wie Rücksichten auf den andern Vertragskontrahenten mitgewirkt. In der Schweiz sodann ist das Bestreben des Bundesrates, eine derartige internationale Verpflichtung zur Anerkennung zu bringen, wie aus dessen eigenen Angaben hervorgeht, mehrfach auf Widerstand von Seiten solcher Kantone gestoßen, deren Gesetzgebung die Bestrafung für im Ausland begangene Delikte nicht oder nur unter gewissen Bedingungen zuläßt (vgl. hinsichtlich des Standes der kantonalen Gesetzgebungen in dieser Beziehung Stooß, Die schweizerischen Strafgesetzbücher, S. 7 ff.). Allerdings scheint der Bundesrat diesen Widerstand in einigen Fällen gebrochen zu haben. Aber

doch nicht immer: So führt er selbst den Fall Volkart an, in dem er es bei der auf die Gesetzgebung des Heimatkantons Zürich sich stützenden Weigerung der dortigen Behörden, die Strafverfolgung des Angeschuldigten wegen eines in Deutschland begangenen Deliktes zu übernehmen, bewenden ließ. Angesichts dieser Haltung aber kann um so weniger dem Umstand für die Beantwortung der streitigen Frage eine Bedeutung beigegeben werden, daß der Bundesrat in verschiedenen seiner Geschäftsberichte sich dahin geäußert hat, daß seiner Ansicht nach eine vertragliche Pflicht zur Anhebung der Strafverfolgung in solchen Fällen bestehe. Ubrigens könnte aus diesen Ansichtsäußerungen doch nur geschlossen werden, daß der eine der beiden kontrahierenden Staaten den Vertrag dahin auslege, daß für denselben eine absolute Verpflichtung zur Anhebung des Strafverfahrens gegen die eigenen Landesangehörigen wegen einer im andern Vertragsstaate begangenen strafbaren Handlung bestehe, während eine solche Auslegung doch nur möglich wäre, wenn auch der andere Kontrahent sich ausdrücklich oder durch sein Verhalten zu der nämlichen Ansicht bekannt hätte. Dies trifft nun aber nicht zu, wie schlagend gerade die vom Bundesrate selbst angeführten Verhandlungen im Falle Niehl beweisen. Wäre die deutsche Regierung damals der Ansicht gewesen, daß eine bedingungslose Verpflichtung zur Übernahme der Strafverfolgung eines Schweizer, der in Deutschland ein Delikt begangen und sich dann in seine Heimat geflüchtet hat, schon nach dem Auslieferungsvertrage bestehe, so hätte sie nicht die Anhandnahme der Strafverfolgung ihres Angehörigen Niehl von einer Gegenrechtserklärung des schweizerischen Bundesrates abhängig machen dürfen und umgekehrt einer solchen auch nicht bedurft, um sich für zukünftige Fälle ein gleiches Verhalten Seitens der Schweiz zu sichern; sondern sie hätte ohne weiteres den Niehl den dortigen Strafgerichtsbehörden überliefern müssen und auch nicht eine neue Erklärung der schweizerischen Behörden zu verlangen brauchen, um gegebenen Falles auch von diesen die strafrechtliche Verfolgung eines Schweizer, der sich in Deutschland einer strafbaren Handlung schuldig gemacht hat, durchsetzen zu können. Und wenn der Bundesrat hierauf, ohne weitem Vorbehalt und ohne auf den

Auslieferungsvertrag Bezug zu nehmen, eingegangen ist, so dürfte damals wohl auch bei ihm die Ansicht vorgewaltet haben, daß es sich nicht bloß um eine Interpretation bestehenden Rechtes, sondern um die Aufstellung einer neuen Norm internationalen Vertragsrechtes handelte, zu deren Abschluß ihm allerdings, wie er heute *implicite* selbst zugibt, die Kompetenz mangelte, nachdem das Auslieferungsgesetz in einer auch für ihn verbindlichen Weise eine Verpflichtung der Kantone, auf Ansuchen eines fremden Staates einen von auswärts geflüchteten, inländischen Delinquenten zu bestrafen, wie wenn die Handlung auf dem Gebiete des betreffenden Kantons selbst begangen worden wäre, allerdings aufgestellt, aber von der Bedingung abhängig gemacht hatte, daß der ersuchende Staat auf die Ausübung eigener Gerichtsbarkeit gegen den betreffenden verzichte.

Sowenig als durch die Art, wie der Auslieferungsvertrag thatsächlich angewendet wurde, vermag die Auffassung des Bundesrates durch die Verweisung auf seine Botschaft zu diesem Vertrage, vom 28. Januar 1874 (Bundesblatt 1874 I S. 223 ff.), gestützt zu werden. Wenn es dort auch, zu Art. 2, heißt: „Eigene „Bürger liefert der eine Staat dem andern nicht aus, sondern „übernimmt selbst die gerichtliche Verfolgung strafbarer Handlungen, welche eigene Staatsangehörige im Gebiete des andern „vertragenden Teiles begangen, sofern solche Verhandlungen auch „nach Maßgabe der eigenen Gesetzgebung strafbar sind,“ so kann doch daraus nicht gefolgert werden, daß eine unbedingte Verpflichtung zur Übernahme der Strafverfolgung der nicht der Auslieferung unterworfenen eigenen Staatsangehörigen eingegangen worden sei, sondern es ist damit nur ausgesprochen, daß eine solche Strafverfolgung eintrete, wenn die eigene Gesetzgebung des betreffenden Landes eine solche zuläßt oder vorschreibt. Diese wurde ausdrücklich vorbehalten, und zwar offenbar nicht nur hinsichtlich der Umschreibung und Bestimmung der strafbaren Handlungen als solcher, sondern auch hinsichtlich der Bedingungen, von denen im übrigen die Strafbarkeit einer Handlung abhängig gemacht wurde, also namentlich auch hinsichtlich der Normen über das örtliche Geltungsgebiet.

Damit stimmt auch die vom Bundesrate selbst angeführte,

aber als unrichtig bezeichnete Stelle in der Botschaft zum Auslieferungsgesetz überein, indem gerade für das Verhältnis mit Deutschland unbedenklich die Aufstellung einer neuen Bedingung für die Übernahme der Strafverfolgung eines Inländers, dessen Bestrafung von Deutschland verlangt wird, als zulässig hingestellt und der Fall vorgesehen wurde, daß unter Umständen wegen Nichterfüllung dieser Bedingung durch Deutschland Straflosigkeit des Thäters eintreten könnte.

Aus dem Auslieferungsvertrag mit Deutschland kann danach eine vertragliche Verpflichtung der Schweiz, bedingungslos die Strafverfolgung des Benoît Emil Gerber zu übernehmen und damit die Kompetenz des Bundesrates, dem Kanton Bern eine bezügliche Weisung zu erteilen, nicht hergeleitet werden.

4. Unter solchen Umständen könnte diese Kompetenz nur noch begründet erscheinen, wenn, worauf der Bundesrat ebenfalls hinweist, ein allgemein anerkannter völkerrechtlicher Grundsatz des Inhaltes bestünde, daß der wegen einer im Auslande begangenen strafbaren Handlung verfolgte Inländer, weil er nicht ausgeliefert wird, in seiner Heimat strafrechtlich verfolgt werden müsse. Ließe sich nachweisen, daß allgemein die in engen Kultur- und Rechtsbeziehungen zu einander stehenden Staaten einen solchen Satz anerkannten und danach verfahren, so könnte sich auch die Schweiz der daraus fließenden Verpflichtung nicht entziehen und müßte dem Bundesrate als Hüter ihrer internationalen Beziehungen die Befugnis zugestanden werden, von den Kantonen zu verlangen, daß sie gegebenen Falles ihre Strafgerichtsbarkeit in Thätigkeit treten lassen, wenn schon die eigene Gesetzgebung, deshalb, weil die strafbare Handlung im Auslande begangen worden ist, dies nicht gestatten würde. In dieser Beziehung ist nun zugegeben, daß im allgemeinen der Satz, es sei der Verbrecher, ohne Rücksicht darauf, wo er delinquent und wohin er sich nach der That begeben hat, zu strafen, dem Gedanken der Gerechtigkeit entspricht. Allein diesem Satz kann doch nicht die Bedeutung einer für jeden Einzelfall anwendbaren Norm internationalen Rechtes zuerkannt werden, sondern lediglich der Charakter eines Postulates an die nationalen Gesetzgeber. Das *dedere aut punire* ist nicht eine Regel des positiven,

auf Gewohnheit beruhenden Völkerrechtes, sondern eine Forme, für den Gedanken, daß in abstracto dafür gesorgt werden solle, daß territoriale Schranken es nicht sollen verhindern dürfen, dem Verbrechen Gerechtigkeit widerfahren zu lassen. Das „Wie“ muß dem positiven, internationalen oder nationalen Rechte überlassen werden, und es widerspricht jenem allgemeinen Satze nicht, wenn in einem oder in bestimmten Kategorien von konkreten Fällen das Ziel nach der Gestaltung des positiven Rechtes nicht erreicht wird. Die Auslieferung und die Ausübung eigener Strafgerichtsbarkeit sind nicht zwei, überall sich ergänzende Begriffe. Wohl hat das Auslieferungsrecht bestimmte Berührungspunkte mit dem sog. internationalen Strafrecht; aber doch braucht nicht notwendiger Weise eine für alle Fälle zutreffende Konkordanz zu bestehen. Das Auslieferungsrecht ordnet internationale Beziehungen und die Auslieferung setzt den ersuchenden Staat in Möglichkeit, seine Strafgerichtsbarkeit in Anwendung zu bringen. Das sog. internationale Strafrecht ist als positives Recht nur ein das örtliche Geltungsgebiet betreffender Bestandteil der nationalen Strafgesetzgebung und dessen Anwendung bedeutet Ausübung eigener Jurisdiktion. So kann ein Staat sehr wohl die Auslieferung auch in solchen Fällen verweigern, wo ihm die eigene Bestrafung nicht möglich ist, wie er umgekehrt unter Umständen ausliefert, trotzdem er selbst bestrafen könnte. Es ist auch nicht richtig, daß insofern Auslieferungsrecht und internationales Strafrecht sich decken müssen, als nur bei Vorhandensein eines eigenen Strafauspruches ausgeliefert werden dürfe und umgekehrt: es kann im Gegenteil auch da die Auslieferung zugestanden werden, wo die eigene Gesetzgebung einen Strafauspruch verjagt, und es kann eigene Strafverfolgung eintreten, auch wenn der Staat des Thatortes dies nicht verlangt. Angesichts namentlich auch der Stellung, welche England und Amerika in ihren Gesetzgebungen und Staatsverträgen zu diesen Fragen einnehmen, dürfte so der wahre Gehalt des Satzes dedere aut punire darauf beschränkt werden, daß ein Staat nicht die Auslieferung grundsätzlich verweigern und doch starr am Territorialitätsprinzip festhalten darf, daß vielmehr in thesi wenigstens für schwere Fälle, die Möglichkeit eigener Bestrafung

vorgesehen sein soll, wenn die Auslieferung nicht stattfindet (vgl. hierzu v. Martitz, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen I S. 51, 74 ff., 135 f., 119 f.; Lammasch, Auslieferungspflicht und Asylrecht, S. 57 ff., 380 ff.). Bestünde wirklich im internationalen Recht ein gewohnheitsrechtlicher Satz des Inhaltes, daß bei Verweigerung der Auslieferung die Strafverfolgung des Angeeschuldigten ohne Rücksicht darauf angehoben werden müsse, daß die That im Auslande begangen worden ist, so würde doch gewiß eine bezügliche Bestimmung in den Auslieferungsverträgen, die die Schweiz abgeschlossen hat, nirgends fehlen. Dies trifft nun aber nicht zu, indem eine Verpflichtung zur Bestrafung der Inländer, die nicht ausgeliefert werden — abgesehen von dem bereits erwähnten Vertrage mit Rußland — bloß in den Übereinkünften mit Spanien, Serbien und Salvador aufgenommen worden ist; und zudem ist hier überall die Übernahme der Bestrafung im eigenen Lande von der Bedingung abhängig gemacht, daß der Angeschuldigte am Thatorte nicht mehr verfolgt werden dürfe. Bestünde jener Satz wirklich, so hätte sich ferner auch der eidg. Gesetzgeber einer Völkerrechtswidrigkeit schuldig gemacht, wenn er im Auslieferungsgesetz die Verpflichtung zur Bestrafung des Angeschuldigten von dem Verzicht auf die Ausübung eigener Strafgerichtsbarkeit von Seite des ersuchenden Staates abhängig machte. Hievon kann aber im Ernst nicht gesprochen werden. Im Gegenteil dürfte hierin die richtige Ergänzung für die Aufgabe des Territorialitätsprinzipes gegenüber Inländern, die wegen eines auswärts begangenen Deliktes verfolgt, aber nicht ausgeliefert werden, zu erblicken sein (vgl. Lammasch a. a. O. S. 421 ff.). Danach kann auch aus einem ungeschriebenen völkerrechtlichen Satze der Bundesrat seine Kompetenz, den Kanton Bern zur Anhandnahme der Strafverfolgung des Gerber anzuhalten, nicht herleiten.

5. Ob nun diese Behörden nach kantonalem Rechte befugt oder gar verpflichtet seien, die Strafverfolgung des Gerber an die Hand zu nehmen, darüber ist heute nicht zu urteilen. Immerhin mag beigelegt werden, daß es zweifelhaft erscheint, ob sich dieselben, wenn im übrigen nach dem kantonalen Recht die sämtlichen Voraussetzungen zur Strafverfolgung gegeben sind, mit

Recht für ihre Weigerung, dieselbe an die Hand zu nehmen, auf Art. 2 des Auslieferungsgesetzes berufen dürfen, oder ob nicht diese Bestimmung bloß für die Fälle, in denen bisher nach kantonalem Rechte eine Strafverfolgung nicht eintreten konnte, Recht schaffen wollte.

Aus diesen Gründen hat das Bundesgericht
erkannt:

Der Regierungsrat des Kantons Bern bezw. die dortigen Strafgerichtsbehörden sind nicht verpflichtet, der Einladung des Bundesrates, die strafrechtliche Verfolgung des Bénéoit Emil Gerber von Schangnau wegen des von ihm in der Nacht vom 22./23. April 1895 im Trappistenkloster Olenberg im Ober-Elsaß verübten Diebstahles zu übernehmen, Folge zu geben.

VIII. Staatsrechtliche Streitigkeiten zwischen Kantonen. — Différents de droit public entre cantons.

160. Urteil vom 14. Oktober 1896 in Sachen Zürich gegen Waadt.

A. Gestützt auf Art. 177 und 180 Ziff. 3 D.=G. sucht der Regierungsrat des Kantons Zürich mit Eingabe vom 3. Juli 1896 den Entscheid des Bundesgerichtes über einen Anstand nach, der sich zwischen dem Waisenamt Zürich und der Justice de Paix von Ber, bezw. dem waadtländischen Kantonsgericht über die Bevogtung des Dr. phil. Theodor Ziesing von Zürich erhoben hat. Ziesing, geb. 1856, verheiratet mit Rosine geb. Bollinger und Vater von zwei Kindern, war im Herbst 1895 von Zürich, wo er seine Familie zurückließ, nach Ber übergesiedelt. Er wohnte dort im Gasthof, kaufte sich aber bald eine eigene Bestzung, die im Frühjahr 1896 sollte bezogen werden können. Von Zürich holte er sich verschiedene Mobilien, so seine Bibliothek, nach Ber

und scheint hier selbst noch weitere Anschaffungen, z. B. eines zweiten Pferdes gemacht zu haben. Trotzdem seine Familie sich weigerte, ihm zu folgen, erklärte er laut Eingabe an die Gemeindebehörde von Ber, vom 23. Dezember 1895, daß er vom 1. Januar 1896 an daselbst sich niederlassen wolle, und es nahm die Behörde in der Sitzung vom 24. Dezember hievon Kenntnis, woraufhin dem Dr. Ziesing gegen Einlage seiner Legitimationschriften eine Niederlassungsbewilligung erteilt wurde. Anfangs Januar 1896 mußte er wegen einer Geistesstörung, die in heftiger Weise aufgetreten war, interniert werden, und zwar wurde er zunächst in die Mésairie bei Nyon und später in die Anstalt Cery bei Lausanne verbracht. Sowohl in Zürich, als auch in Ber wurde nun, hier am 20., dort am 24. April 1896, von den zuständigen Behörden, nämlich vom Waisenamt Zürich einerseits, der Justice de Paix von Ber andererseits, über Ziesing die Vormundschaft verhängt, und es wurde die letztere Maßnahme, nachdem von Zürich aus dagegen Einsprache erhoben worden war, vom waadtländischen Kantonsgericht ausdrücklich bestätigt. Der hieraus sich ergebende Konflikt bildet den Gegenstand der Eingangs erwähnten Eingabe des seinerseits für das zürcherische Waisenamt eintretenden Regierungsrates des Kantons Zürich, in der das Begehren gestellt wird, es möchte das Erkenntnis des waadtländischen Kantonsgerichtes, durch welches die von der Justice de Paix von Ber erfolgte Vormundschaftsbestellung über Ziesing bestätigt wurde, aufgehoben und es möchten die diesbezüglichen Schlußnahmen der zürcherischen Vormundschaftsbehörde als allein gültig erklärt werden. Die Übersiedelung des Ziesing von Zürich nach Ber, wird ausgeführt, und dessen Aufenthalt daselbst haben im vorliegenden Falle für ihn keinen Wohnsitz in Ber begründen können, weil er schon zur Zeit seiner Reise dorthin geisteskrank gewesen sei und infolge dessen auch keinen rechtsgültigen Willen habe zum Ausdruck bringen können. Somit seien die Behörden seines früheren Wohnsitzes Zürich, und zwar sie einzig, zu dessen Bevormundung kompetent. Dafür, daß dem Dr. Ziesing die zum Wohnsitzwechsel erforderliche Fähigkeit freier Willensbestimmung gefehlt habe, wird auf eine Schilderung der Ehefrau desselben über dessen Benehmen vor der letzten Erkrankung, auf eine Zu-