

## S. 39 / Nr. 5 Internationales Auslieferungsrecht (d)

BGE 78 I 39

5. Urteil vom 30. April 1952 i. S. Kavic, Bjelanovic und Arsenijevic.

## Regeste:

BG betreffend die Auslieferung gegenüber dem Ausland. Auslieferungsvertrag mit Jugoslawien.

Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichts in Auslieferungssachen (Erw. 2).

Freiheitsberaubung und Nötigung als Auslieferungsdelikte (Erw. 3). Bedeutung des Strafantrags im Auslieferungsrecht (Erw. 3 b).

Verweigerung der Auslieferung wegen Begehung der Verbrechen ausserhalb des ersuchenden Staates oder wegen teilweiser Begehung in der Schweiz? (Erw. 4).

Begriff des sog. relativ politischen Delikts (Erw. 5).

Seite: 40

Loi fédérale sur l'extradition aux Etats étrangers. Traité d'extradition avec la Yougoslavie.

Pouvoir d'examen du Tribunal fédéral en matière d'extradition (consid. 2).

Séquestration et contrainte en tant que délits pour lesquels l'ex tradition est demandée (consid. 3).

Conséquence, en matière d'extradition, du fait que le délit ne se poursuit que sur plainte (consid. 3 b).

La commission du délit hors du territoire de l'Etat requérant ou sa commission partielle en Suisse font-elles obstacle à l'extradition? (consid. 4).

Notion du délit politique pris dans son sens relatif (consid. 5).

Legge federale sull'estradizione agli Stati stranieri. Trattato di estradizione con la Jugoslavia.

Sindacato del Tribunale federale in materia di estradizione (consid. 2).

Sequestro e coazione quali reati per cui è chiesta l'estradizione (consid. 3).

Portata del fatto che il reato è perseguibile soltanto su querela (consid. 3 b).

Il fatto che il reato è stato commesso fuori del territorio dello Stato richiedente o è stato in parte commesso su territorio svizzero sono d'ostacolo all'estradizione? (consid. 4).

Concetto di delitto politico in senso relativo (consid. 5).

A. - Mit Note vom 19. November 1951 ersuchte das jugoslawische Ministerium des Auswärtigen die Schweiz um Auslieferung der jugoslawischen Staatsangehörigen Ivo Kavic, Milan Bjelanovic und Dragoljub Arsenijevic. Der dem Gesuch beigelegten Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Belgrad vom 7. November 1951 liegt folgender Tatbestand zugrunde:

A. - Mit Note vom 19. November 1951 ersuchte das jugoslawische Ministerium des Auswärtigen die Schweiz um Auslieferung der jugoslawischen Staatsangehörigen Ivo Kavic, Milan Bjelanovic und Dragoljub Arsenijevic. Der dem Gesuch beigelegten Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Belgrad vom 7. November 1951 liegt folgender Tatbestand zugrunde: Die Piloten Kavic und Bjelanovic, die am 17. Oktober 1951 ein Kursflugzeug der jugoslawischen Fluggesellschaft JAT von Ljubiana (Laibach) nach Belgrad führen sollten, flogen statt dessen damit in die Schweiz und landeten in Kloten, wo sie sich als politische Flüchtlinge meldeten. Neben andern Passagieren, die am nächsten Tage mit dem Flugzeug nach Jugoslawien zurückkehrten, befanden sich an Bord Ehefrau und Kind des Kavic sowie Ehefrau und Sohn des Piloten M. Arsenijevic, der am 16. Oktober ein Kursflugzeug der JAT nach Zürich geführt und sich hier als politischer Flüchtling gemeldet hatte. Nach der Anklageschrift hat Kavic bei der Abfahrt den jungen

Seite: 41

Arsenijevic in die Führerkabine kommen lassen und kurz nachher den Mechaniker unter einem Vorwand nach hinten geschickt. Hierauf verschloss Arsenijevic die Türe zum Passagiererraum, und Kavic zwang den Funker unter Drohung mit der Pistole, die Verbindung mit Ljubiana aufzugeben; Arsenijevic fesselte ihn an Händen und Füßen und bewachte ihn während der Weiterfahrt, eine Axt in den Händen. Als der Mechaniker in die Führerkabine zurückkehren und diese mit Gewalt öffnen wollte, schüchtern ihn Kavic durch Abgabe einiger Schreckschüsse gegen die Decke ein. Angeblich ebenfalls zur Einschüchterung von Personal und Passagieren führte Bjelanovic, der das Flugzeug lenkte, gefährliche Manöver aus. Kurz vor Kloten fesselte Arsenijevic den Funker los, und Kavic hiess diesen, eine von ihm vorbereitete Landungsmeldung durchzugeben und bis zur Landung mit dem Flughafen in Funkverbindung zu bleiben. Gestützt hierauf wurden Kavic, Bjelanovic und Arsenijevic der Nötigung und Freiheitsberaubung nach Art. 149 Abs. 1 und 150 Abs. 1 des jugoslawischen StGB (JStGB), die beiden ersteren ferner der Gefährdung des öffentlichen Verkehrs nach Art. 271 Abs. 2 sowie der Sachenentziehung nach Art. 256 Abs. 2 JStGB angeklagt.

Die drei Jugoslawen erhoben Einsprache gegen ihre Auslieferung. Sie bestritten die gegen sie

erhobene Anklage in einzelnen Punkten und machten überdies geltend, sie hätten aus politischen Beweggründen gehandelt.

B. - Das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement hat die Akten am 29. Februar 1952 dem Bundesgericht zum Entscheid über die Auslieferung überwiesen.

Im Sachbericht der Polizeiabteilung wird ausgeführt: Nach dem eidg. Auslieferungsgesetz vom 22. Januar 1892 (AG) und nach dem Schweizerisch-serbischen Auslieferungsvertrag vom 28. November 1887 (AV) seien weder die Gefährdung der Sicherheit des öffentlichen Verkehrs noch die Sachbeziehung Auslieferungsdelikte. Auch die Nötigung sei dort nicht erwähnt, doch setze sie nach Schweizerischem wie nach jugoslawischem Recht die Anwendung von

Seite: 42

Gewalt oder einer schweren Drohung voraus, umfasse also den Tatbestand der Drohung, der nach Art. 1 Ziff. 12 AV zur Auslieferung Anlass gebe, und falle somit sinngemäss ebenfalls darunter; dagegen enthielten die Unterlagen nichts über den nach jugoslawischem Recht zur Strafbarkeit der Nötigung erforderlichen Strafantrag. Freiheitsberaubung sei nach schweizerischem wie nach jugoslawischem Recht strafbar und gebe nach Art. 1 Ziff. 1:3 AV zur Auslieferung Anlass.

Die Bundesanwaltschaft beantragt, die Einsprache gutzuheissen und die Auslieferung zu verweigern. Sie schliesst sich der Auffassung der Polizeiabteilung an, dass die Auslieferung nur wegen Nötigung und Freiheitsberaubung in Frage komme, und verzichtet auf Ausführungen zur Frage des Strafantrags wegen der Nötigung. Ob politische Delikte im Sinne von Art. 10 AG und Art. 6 AV vorliegen, habe das Bundesgericht nach freiem Ermessen in Würdigung der gesamten Umstände zu entscheiden. Von rein politischen Delikten könne bei Nötigung und Freiheitsberaubung nicht gesprochen werden hingegen frage es sich, ob sog. relativ politische Delikte vorlägen. Gegenüber der neueren Praxis des Bundesgerichts, wonach ein solches ein Einzelereignis im Kampf um die Macht im Staate sein müsse, werde auf die Botschaft des Bundesrates zum AG hingewiesen, wo eine Definition abgelehnt und ein weitgehendes Ermessen des Richters postuliert wurde, ferner auf die ältere Praxis, welche nach dem Überwiegen des gemeinrechtlichen oder des politischen Charakters auf Grund der Umstände des einzelnen Falles entschied. Die eingeklagten gemeinrechtlichen Delikte hätten der Vorbereitung und Sicherung des Erfolges des unerlaubten Grenzübertrittes gedient, der (wie näher ausgeführt wird) als rein politisches Delikt zu betrachten sei; sie seien also politisch konnexe Delikte. Der Funker, gegen den sie sich richteten, sei als ein Staatsorgan zu betrachten, da die Fluggesellschaft JAT verstaatlicht sei und es sich bei ihrem Personal um Staatsbeamte handle. Politischer Art seien auch die Umstände,

Seite: 43

aus denen heraus es zu den fraglichen Delikten gekommen sei. Kavic und Bjelanovic erklärten glaubhaft, sie seien in die Schweiz geflüchtet, weil sie mit dem kommunistischen Regime und dem in Jugoslawien herrschenden Terror nicht einverstanden seien, ständig überwacht worden seien und hätten befürchten müssen, nach Ausbildung einer genügenden Zahl kommunistischer Piloten «liquidiert» zu werden. Arsenijevic mache neben den gleichen politischen Gründen geltend, er habe mit Repressalien rechnen müssen, nachdem sein Vater am Tage zuvor geflüchtet war. Angesichts der jugoslawischen Ausreisevorschriften und deren Handhabung sei es glaubhaft, dass die drei Verfolgten keine Aussicht gehabt hätten, mit ihren Familien legal ausreisen zu können. Man könne von einem «politischen Notstand» sprechen, der bei der Beurteilung des relativ politischen Charakters der begangenen Delikte zu berücksichtigen sei. Schon die Botschaft zum AG erkläre, dass u.a. die politischen Einrichtungen des ersuchenden Staates von Bedeutung seien. Das Verhältnis zwischen dem verfolgten Zweck und den angewandten Mitteln lasse den begangenen Eingriff in private Rechtsgüter als entschuldbar und die Täter als des Asylschutzes würdig erscheinen; denn nach der Anklage sei der Funker nur während etwa zwei Stunden seiner Freiheit beraubt worden, und die Nötigung zu einem Tun habe sich auf die Durchgabe der Landungsmeldung beschränkt.

O. - Mit Eingabe vom 7. März 1952 bestätigt Fürsprecher A. Hug als Anwalt der drei Verfolgten die Einsprache gegen das Auslieferungsbegehren. Er erhebt folgende Einwendungen:

a) Aus dem Ingress des AV sei zu schliessen, dass er auf dem Boden des Territorialprinzips stehe. In der jugoslawischen Note werde nicht einmal behauptet, dass die Delikte auf oder über jugoslawischem Boden begangen worden seien. Da Ljubljana nur 40 km von der Grenze entfernt liege und ein Flugzeug diese Distanz in 9 Minuten zurücklege, dürften sich die eingeklagten Vorfälle erst

Seite: 44

jenseits der Grenze abgespielt haben. Die Freiheitsberaubung, die ein Dauerdelikt sei, habe nach der Anklage ihr Ende erst über Schweizerischem Gebiet gefunden, und die Nötigung sei hier erfolgt. Diese Delikte seien somit von Schweizerischen Gerichten abzuurteilen, und eine Auslieferung

verbiere sich.

b) Wegen der Nötigung könne nicht ausgeliefert werden, weil diese nach jugoslavischem Rechte Antragsdelikt, die Stellung eines Antrags aber hier nicht einmal behauptet sei.

c) Die Verletzung der persönlichen Freiheit sei nach Art. 1 Ziff. 13 AV nur Auslieferungsdelikt, wenn sie durch Privatpersonen begangen werde. Kavic sei aber als Pilot der JAT Beamter und habe während eines in dieser Eigenschaft durchgeführten Fluges gehandelt. Das würde auch auf Bjelanovic zutreffen, der aber bei der Freiheitsberaubung gar nicht mitgewirkt habe. Arsenijevic, der nicht Beamter sei, habe sich daran nur als Gehilfe des Kavic beteiligt.

d) Sachentziehung und Störung des öffentlichen Verkehrs seien keine Auslieferungsdelikte.

e) Die eingeklagten Delikte stünden in Idealkonkurrenz mit der Bildung einer Gruppe zwecks Flucht ins Ausland, die nach Art. 110 Ziff. 2 JStGB mit mindestens zwei Jahren Zuchthaus bedroht sei, also mit einem wesentlich schwereren politischen Delikt. Der Grundsatz der Nichtauslieferung für politische Vergehen ergeife gemäss BGE so I 256 auch die damit in Idealkonkurrenz stehenden gemeinen Delikte. Eventuell würde es sich um politisch connexe Delikte handeln, da sie nur begangen worden seien, um das im Auslieferungsbegehren nicht erwähnte politische Delikt der Gruppenflucht ins Ausland zu bewerkstelligen.

l) Endlich handle es sich um relativ politische Delikte, indem die eingeklagten Vergehen nach Beweggrund, Zweck und Begleitumständen vorwiegend politischen Charakter hätten. Die neuen politischen Verhältnisse in den totalitären Staaten, die eine politische Willensbildung

Seite: 45

und Tätigkeit ausserhalb der alleinheuschenden Partei verunmöglichten, erforderten eine Änderung der bisherigen Praxis, wonach das Delikt eine Einzelheit im Kampf der Parteien um die Macht im Staate sein musste.

g) Schliesslich wird noch die Einrede des Notstandes erhoben und die Frage aufgeworfen, ob an der bisherigen Praxis, wonach der Auslieferungsrichter auf Strafausschlussgründe nicht einzutreten habe, festgehalten werden könne.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung

1.- Die Frage, ob dem Auslieferungsbegehren zu entsprechen ist, beurteilt sich nach dem Bundesgesetz betreffend die Auslieferung gegenüber dem Ausland vom 22. Januar 1892 (AG) sowie nach dem Auslieferungsvertrag zwischen der Schweiz und Serbien vom 28. November 1887 (AV); denn das jugoslavische Königreich und hernach die Bundesrepublik Jugoslawien haben die Nachfolge des Königreichs Serbien und damit auch die von diesem abgeschlossenen internationalen Verträge übernommen.

2.- Nach feststehender Rechtsprechung, von der abzuweichen kein Grund besteht, hat sich der Auslieferungsrichter mit der Schuldfrage nicht zu befassen; es ist daher weder die Bestreitung des Tatbestandes seitens der Einsprecher noch der von ihnen angerufene Schuldausschlussgrund des Notstands zu beurteilen (BGE 59 I 144 E. 2, 60 I 215 E. 3 a, 77 I 54 E. 2). Das Bundesgericht hat lediglich zu prüfen, ob sich die Verfolgung auf Straftaten bezieht, welche die Merkmale eines der in der Liste der Auslieferungsdelikte aufgezählten Vergehen erfüllen, und ist hiebei an den Tatbestand gebunden, welcher in dem dem Auslieferungsbegehren zugrunde liegenden Strafverfolgungsakt, hier im Haftbefehl vom 27. Oktober 1951 und in der Anklageschrift vom 7. November 1951 (Art. IV AV), behauptet wird. Dagegen urteilt das Bundesgericht auf Grund freier Beweiswürdigung darüber, ob die Voraussetzungen der Auslieferung erfüllt sind, insbesondere ob

Seite: 46

den betreffenden Vergehen politischer Charakter zukommt; es befindet nach freiem pflichtgemässen Ermessen, inwiefern die von den Einsprechern hiefür geltend gemachten Umstände nach den Akten als dargetan gelten können (BGE 33 I 188, 59 I 144 unten).

3.- Die Auslieferung wird verlangt für folgende Tatbestände des jugoslavischen Strafgesetzbuches (4 StGB) Nötigung (contrainte) gemäss Art. 149 Abs. 1 und Freiheitsberaubung (séquestration illégale) gemäss Art. 150 Abs. 1 betreffend alle drei Einsprecher, ferner Sachentziehung (soustraction d'une chose à autrui) gemäss Art. 256 Abs. 1 und Gefährdung des öffentlichen Verkehrs (mise en danger de la circulation publique) gemäss Art. 271 Abs. 2 betreffend Kavic und Bjelanovic. (Das JStGB wird in der französischen Übersetzung zitiert, die in dem vom Jugoslavischen Juristenverein herausgegebenen Bulletin in «Le Nouveau Droit Yougoslave» Jahrgang 1951 Nr. 23 erschienen ist und offenbar auch der dem Auslieferungsbegehren beigelegten Übersetzung zugrunde liegt).

a) Die Freiheitsberaubung ist zweifellos ein Auslieferungsdelikt, da sie sowohl unter den Begriff des widerrechtlichen Gefangenhaltens (Art. 3 Ziff. 7 AG) wie unter den der Verletzung der persönlichen Freiheit durch Privatpersonen (Art. 1 Ziff. 13 AV) fällt. Die Einsprecher wenden zu Unrecht ein, es fehle am Tatbestandsmerkmal der Begehung durch Privatpersonen, da Kavic und Bjelanovic als Piloten der staatlichen Fluggesellschaft JAT Beamte seien und Arsenijevic nur als Gehilfe des Kavic

gehandelt habe. Es ist klar, dass Kavic (und ebenso Bjelanovic, sofern er an der Freiheitsberaubung beteiligt war) hierbei nicht in amtlicher Eigenschaft gehandelt hat. Selbst wenn ihm als Piloten der JAT solche zu kam, so bezog sie sich nur auf die Führung des ihm anvertrauten Flugzeugs. Bei der Freiheitsberaubung käme ein Handeln als Beamter nur in Frage, wenn der Pilot als solcher zu Verhaftungen zuständig wäre und Kavic diese Befugnis missbraucht hätte, wovon jedoch keine Rede ist. Zudem wäre dann

Seite: 47

nicht Abs. 1, sondern Abs. 2 von Art. 150 JStGB anwendbar und damit das Auslieferungsdelikt des Amtsmissbrauchs (Art. 1 Ziff. 17 AV) gegeben.

b) Die Nötigung ist als solche weder im AG noch im AV als Auslieferungsdelikt erwähnt. Dagegen nennt Art. 3 Ziff. 10 AG als selbständiges Auslieferungsdelikt die «Androhung gewaltsamer Handlungen gegen die Person oder gegen das Eigentum» und Art. 1 Ziff. 12 AV die «Bedrohung von Personen oder Eigentum, wenn sie in der Schweiz mit Zuchthaus oder Gefängnis und in Serbien mit dem Tode, mit Zuchthaus oder Gefängnis bestraft wird». Die Nötigung setzt sowohl nach Schweizerischem (Art. 181 StGB) wie nach jugoslavischem Recht (Art. 149 Abs. 1 JStGB) die Anwendung von Gewalt oder die Androhung ernstlicher Nachteile gegenüber einer Person voraus und wird nach beiden mit Gefängnis oder mit Busse bestraft; sie umfasst also einen Tatbestand, der schon für sich allein die Auslieferung begründet, und muss daher an sich ebenfalls als Auslieferungsdelikt gemäss AG und AV gelten. Indessen wird sie nach Art. 149 Abs. 2 JStGB nur auf Antrag des Verletzten verfolgt, und es ist nicht einmal behauptet, geschweige denn dargetan, dass der Verletzte, als welcher einzig der Funker Zivkovic in Frage kommt, Strafantrag gestellt habe. Das dürfte die Auslieferung wegen Nötigung ausschliessen, denn es wird allgemein angenommen, dass dann, wenn ein Delikt im ersuchenden Staate Antrags-, im ersuchten aber Officialdelikt ist, die Auslieferung nur stattfinden dürfe, wenn der ersuchende Staat einen Strafantrag des Verletzten beibringt, gleichgültig ob dieser als Strafbarkeitsbedingung oder als Prozessvoraussetzung zu betrachten sei (VON CLERIC SJZ 18 S. 113, METTGENBERG SJZ 18 S. 237 ff., BENZ, Das Prinzip der identischen Norm im internationalen Auslieferungsrecht, Zürcher Diss. 1941 S. 153 ff.); umstritten ist einzig, ob das gleiche auch gilt, wenn umgekehrt das Delikt im ersuchenden Staat Official-, im ersuchten dagegen Antragsdelikt ist (VON CLERIC a.a.O. und die dort angeführte

Seite: 48

ältere Rechtsprechung des Bundesgerichts und Literatur).

c) Die Sachentziehung ist weder im AG noch im AV als Auslieferungsdelikt erwähnt. Zur Zeit des Abschlusses des AV und des Erlasses des AG mag sie freilich noch nicht scharf vom Diebstahl unterschieden worden sein. Heute wird sie jedoch als selbständiges Vergehen betrachtet und nach schweizerischem wie nach jugoslavischem Recht wesentlich milder bestraft als Diebstahl, sodass anzunehmen ist, sie falle nicht unter den Begriff des Diebstahls im Sinne von Art. 3 Ziff. 19 AG und Art. 1 Ziff. 15 AV.

d) Die Verkehrsgefährdung schliesslich ist ebenfalls weder im AG noch im AV als Auslieferungsdelikt vorgesehen. Art. 3 Ziff. 28 AG nennt zwar neben der «vorsätzlichen oder fahrlässigen Zerstörung oder Beschädigung von Eisenbahnen, Dampfschiffen, Posten» auch die «Gefährdung ihres Betriebes». Die Anwendung dieser Bestimmung auf den zur Zeit des Erlasses des AG noch unbekanntem Flugverkehr wäre nur zulässig, wenn das das Strafrecht beherrschende Analogieverbot für das Auslieferungsrecht keine Geltung hätte, was als zweifelhaft erscheint.

Ob ausser der Freiheitsberaubung auch die Gefährdung des Luftverkehrs, die Sachbeschädigung und trotz Fehlens des Strafantrages die Nötigung zur Auslieferung Anlass geben können, braucht indessen nicht entschieden zu werden, da die Auslieferung, wie sich aus den nachstehenden Erwägungen ergibt, jedenfalls aus einem andern Grunde zu verweigern ist.

4.- Die Einsprecher machen geltend, die eingeklagten Delikte vermöchten nach dem Grundsatz der Territorialität die Auslieferung nicht zu begründen, weil sie nicht auf oder über dem Gebiet Jugoslawiens, sondern der Schweiz und allenfalls Österreichs oder Italiens begangen worden seien. Auch dieser Einwand betrifft eine Voraussetzung der Auslieferung und ist daher vom Bundesgericht sowohl nach der tatsächlichen als nach der rechtlichen Seite frei zu prüfen.

a) Der Einwand ist jedenfalls insofern unbegründet, als

Seite: 49

die Einsprecher aus dem Ingress von Art. 1 AV ableiten wollen, dass die Auslieferung nur für in Jugoslawien begangene Delikte bewilligt werden könne. BGE 34 I 781 E. 2, wo entsprechendes für die inhaltlich gleiche Bestimmung des Schweizerisch-italienischen Auslieferungsvertrages angenommen wurde, stützte sich entscheidend auf das Fehlen der Kompetenz der italienischen Gerichte zur Beurteilung der in Frage stehenden ausserhalb von Italien begangenen Delikte, wogegen

Art. 93 JStGB die Anwendbarkeit dieses Gesetzes und damit die Zuständigkeit der jugoslawischen Gerichte allgemein auch vorsieht für Delikte, die von Jugoslaven im Ausland begangen werden, falls der Täter in Jugoslawien festgenommen oder ausgeliefert wird. Hier ist also - für den Fall der Auslieferung - die Zuständigkeit gegeben.

b) Dagegen fragt sich ernstlich, ob die Auslieferung nicht zu verweigern ist, weil die eingeklagten Delikte zum Teil auf dem Gebiete der Schweiz begangen wurden, zu dem nach Völker- und Landesrecht auch der darüber liegende Luftraum gehört (Art. 1 des Abkommens vom 7. Dezember 1944 über die internationale Zivilluftfahrt, Art. 11 Abs. 1 des eidg. Luftfahrtgesetzes vom 21. Dezember 1948). Der Grundsatz, dass für auf dem Gebiet der Schweiz begangene Delikte keine Auslieferung erfolgt, ist in Art. 12 AG aufgestellt und gilt auch im Verhältnis zu Staaten, mit denen ein Auslieferungsvertrag besteht, der ihn nicht ausdrücklich enthält; und zwar gilt er nicht nur für ausschliesslich in der Schweiz begangene Delikte, sondern auch für solche, die sowohl in der Schweiz als auch im ersuchenden Staate begangen wurden, z. B. wenn die Handlung in der Schweiz ausgeführt wurde und der Erfolg in jenem Staate eintrat oder wenn die in beiden Ländern begangenen Handlungen eine strafrechtliche Einheit bilden (BGE 43 I 74 E. 2 und 3). Die Frage, ob die Auslieferung deswegen zu verweigern sei, kann jedoch offen bleiben, da sie sich, wie Erwägung 5 ergibt, schon aus einem andern Grunde verbietet.

Seite: 50

5.- Gemäss Art. 10 AG und Art. VI AV wird die Auslieferung nicht bewilligt für politische Verbrechen und Vergehen. Das gilt nicht nur für gegen den Staat selbst gerichtete, sog. rein politische Delikte - für sie wäre die Bestimmung überflüssig, da sie ohnehin nicht unter den Auslieferungsdelikten aufgezählt sind, sondern auch für die sog. relativ politischen Delikte, die an sich den Tatbestand eines gemeinen Verbrechens oder Vergehens bilden, aber infolge der begleitenden Umstände, insbesondere ihres Beweggrundes und Zweckes, eine vorwiegend politische Färbung erhalten (BGE 32 I 539, 32 I 59 1145, 77 I 62 oben). Neben diesen relativ politischen Delikten im engeren Sinne, auch politisch komplexe Delikte genannt, gehören dazu in einem weiteren Sinne auch die sog. politisch konnexen Delikte, d.h. gemeine Vergehen die nicht um ihrer selbst willen, sondern zum Zwecke der Vorbereitung oder der Sicherung des Erfolges eines rein politischen Deliktes verübt werden (BGE 34 I 546), ferner gemeine Delikte, die in Idealkonkurrenz mit einem rein politischen Delikt begangen werden (BGE 50 I 256, E. 4).

Nötigung und Freiheitsberaubung richten sich gegen die persönliche Freiheit und sind zweifellos keine rein politischen Delikte. Die Einsprecher behaupten das auch nicht. Wohl aber machen sie geltend, die eingeklagten Handlungen seien relativ politische Delikte, und zwar unter allen drei soeben erwähnten Gesichtspunkten. Auch die Bundesanwaltschaft betrachtet sie sowohl als politisch konnexe wie als relativ politische Delikte im engeren Sinne zur Frage der Idealkonkurrenz äussert sie sich nicht. Diese Einwendungen betreffen ebenfalls eine Voraussetzung der Auslieferung und unterliegen daher der freien Prüfung durch das Bundesgericht.

a) Alle eingeklagten Delikte bildeten lediglich Mittel zur Flucht der Einsprecher aus Jugoslawien ins Ausland ja, sie fielen vollständig mit der Durchführung der Flucht zusammen. Es ist daher zu prüfen, ob diese Flucht, wie die Einsprecher behaupten und auch die Bundesanwaltschaft

Seite: 51

annimmt, ein rein politisches Delikt darstellt; denn dann ist die Auslieferung zu verweigern, weil die eingeklagten Vergehen mit demselben nicht nur konnex sind, sondern sogar in Idealkonkurrenz stehen.

Die Bundesanwaltschaft spricht nur in allgemeinen Ausdrücken von dem unerlaubten Übertritt über die jugoslawische Grenze und erblickt darin ein rein politisches Delikt; sie nennt aber keinen vom jugoslawischen Recht umschriebenen Tatbestand und zitiert keine Strafandrohung. Das von ihr eingelegte jugoslawische «Reglement über die Reiseurkunden für den Übergang der Staatsgrenze vom 12. März 1949 enthält wohl in Art. 39 gewisse Strafbestimmungen doch handelt es sich dabei lediglich um Passvergehen. Von rein politischen Delikten kann dabei offensichtlich nicht die Rede sein.

Dagegen berufen sich die Einsprecher auf Idealkonkurrenz, eventl. Konnexität, mit dem Tatbestand von Art. 110 Abs. 2 JStGB, welcher lautet: «Celui qui aura formé un groupement de personnes à l'effet de faire passer des fugitifs à l'étranger, ou bien celui qui se sera affilié à un tel groupement, sera puni de l'emprisonnement sévère pour deux ans au moins. Hier handelt es sich unzweifelhaft um ein rein politisches Delikt; steht doch der Art. 110 (mit dem Titel «Fait de s'enfuir à l'étranger en vue d'une activité ennemie» im X. Kapitel «Infractions contre le Peuple et l'Etat»). Entscheidend für den politischen Charakter ist die auf eine landesfeindliche Tätigkeit gerichtete Absicht. Freilich ist dieses Tatbestandsmerkmal nur im Randtitel und im ersten Absatz, nicht aber im zweiten Absatz von Art. 110 ausdrücklich genannt. Es muss aber entgegen der Annahme der Einsprecher auch dort

vorhanden sein, denn Abs. 2 stellt offensichtlich nichts anderes dar als einen qualifizierten Tatbestand, die organisierte Verwirklichung der in Abs. 1 mit geringerer Strafe bedrohten Flucht ins Ausland «dans le dessein de pratiquer contre son pays une activité ennemie». Bei den Einsprechern, die selbst ins Ausland geflohen sind, käme in erster Linie der

Seite: 52

Tatbestand von Abs. 1 in Frage und nur dann, wenn dieser erfüllt wäre, wegen der Gruppenbildung auch der erschwerte von Abs. 2 es kann keine Rede davon sein, dass sie wegen Fehlens der Absicht landesfeindlicher Tätigkeit nicht unter Abs. 1 und trotzdem unter Abs. 2 fielen. Für jene Absicht nun liegt gar kein Anhaltspunkt vor; sie wird weder von der Anklage noch von den Einsprechern behauptet. Ihre Flucht bildet wohl einen unerlaubten Grenzübertritt doch kommt der Tatbestand von Art. 110 - sei es Abs. 1 oder 2 JStGB - nicht in Frage. Da ein anderes rein politisches Delikt nicht in Betracht fällt, kann weder von Idealkonkurrenz noch von Konnexität mit einem solchen gesprochen werden.

b) Zweck und Beweggrund der eingeklagten Handlungen bestanden nach der Darstellung der Einsprecher darin, ihre Flucht aus Jugoslawien zu ermöglichen bzw. durchzuführen, weil sie mit dem dort herrschenden kommunistischen Regime nicht einverstanden waren, sich wegen dieser politischen Einstellung ständig überwacht und unterdrückt fühlten und befürchteten, deshalb als Piloten der staatlichen Fluggesellschaft JAT liquidiert zu werden, sobald genügend kommunistische Piloten ausgebildet sein würden. Diese Darstellung erscheint glaubhaft, da andere Beweggründe von keiner Seite geltend gemacht werden und auch nicht ersichtlich sind, weshalb es sich erübrigt, die Einsprecher hierüber, wie sie beantragen, vor Bundesgericht einzuvernehmen. Ebenso glaubwürdig ist, dass es den Einsprechern nicht möglich gewesen wäre, Jugoslawien, z.T. mit ihren Familienangehörigen, auf legalem Wege zu verlassen; das wird bestätigt durch die jugoslawischen Vorschriften über den Grenzübertritt, insbesondere Art. 5, 16, 17 und 21 Z. 3 des «Reglementes über die Reiseurkunden für den Übergang der Staatsgrenze» vom 12. März 1949, und die von der Bundesanwaltschaft eingezogenen Auskünfte über deren Handhabung durch die jugoslawischen Behörden. Das gibt sowohl der Flucht selbst als auch den zu ihrer Ermöglichung begangenen Delikten eine ausgesprochen politische Färbung.

Seite: 53

Diese genügt indessen an sich noch nicht, um die Auslieferung für jene Delikte auszuschliessen; hierfür ist vielmehr erforderlich, dass der politische Charakter denjenigen des gemeinen Vergehens überwiegt. Beim Erlass des Auslieferungsgesetzes wurde nach langen Beratungen auf eine Definition des relativ politischen Deliktes verzichtet und vorgesehen, dass der Richter in freier Würdigung aller Umstände des einzelnen Falles auf den vorwiegenden Charakter des Deliktes abzustellen habe (Botschaft des Bundesrates vom 9. Juni 1890, BBl. 1890 III S. 352). Dem entspricht die ältere Praxis des Bundesgerichts, wobei es entscheidendes Gewicht auf den Grundgedanken des Gesetzes legte, den Asylschutz dem des Mitgefühls werten Fremdling zu gewähren, der um seine politischen Überzeugungen gekämpft habe und deshalb verfolgt werde (BGE 32 I 539). Später hat es den Begriff des relativ politischen Vergehens enger interpretiert und namentlich verlangt, dass die Handlung in Beziehung zu einer unmittelbar auf die Verwirklichung gewisser politischer Ziele gerichteten allgemeinen Aktion stehe, im Rahmen eines Kampfes um die politische Macht begangen werde (BGE 59 I 146, 77 I 62). Das trifft bei der Flucht eines politischen Gegners aus dem Lande nur zu, wenn sie erfolgt, um den Kampf um die Macht im Staate vom Ausland aus weiterzuführen, wofür hier keine Anhaltspunkte bestehen. Jene engere Auslegung hält indessen einer neuen Überprüfung nicht stand sie entfernt sich von dem oben umschriebenen Willen des Gesetzes und trägt der neuesten geschichtlichen Entwicklung, insbesondere der Ausbildung des totalitären Staatssystems, nicht Rechnung. In diesem ist jede politische Opposition unterdrückt und damit ein Kampf um die Macht, wenn nicht von vornherein ausgeschlossen, so jedenfalls praktisch aussichtslos; denjenigen, die sich dem Regime nicht unterziehen wollen, bleibt kein anderer Weg offen, als sich demselben durch Flucht ins Ausland zu entziehen, wie das in den letzten Jahren immer häufiger geschieht. Dieses mehr passive Verhalten, um dem politischen Zwang zu entgehen, ist des Asylschutzes nicht

Seite: 54

weniger würdig als unter den früher als normal betrachteten Verhältnissen die aktive Teilnahme am Kampf um die politische Macht. Das einfache Rechtsempfinden misst solcher Flucht ins Ausland ohne jeden Zweifel politischen Charakter zu, und es rechtfertigt sich, die Praxis im Sinne einer Anpassung an diese neuen Verhältnisse wieder zu erweitern. Gerade in Auslieferungssachen darf sich der Richter nicht zugunsten juristischer Konstruktionen von jenem Empfinden entfernen und muss die geschichtlich-politische Entwicklung berücksichtigen; wurde doch in der zitierten Botschaft (S. 353) die Zuständigkeit des Bundesgerichts und sein freies Ermessen damit begründet, sie böten

«die beste Gewähr dafür, dass der Entscheid stets von dem im Volke lebenden Rechtsgeföhle getragen und niemals durch ausserhalb des Rechtsgebiets liegende Rücksicht en getrübt werde». Die neuere Praxis ist insofern zu eng, als sie den relativ politischen Charakter eines Deliktes von seiner Begehung im Rahmen eines Kampfes um die Macht im Staate abhängig macht er ist auch denjenigen Delikten zuzuerkennen, welche verübt werden, um sich dem Zwang eines jede Opposition und damit den Kampf um die politische Macht von vornherein ausschliessenden Staat es zu entziehen. Auch hiefür gilt indessen das schon von der bisherigen Praxis aufgestellte Erfordernis, dass zwischen dem Zweck und den für seine Verwirklichung verwendeten Mitteln ein gewisses Verhältnis besteht, dergestalt, dass die an den Zweck sich knüpfenden idealen Interessen stark genug sind, um die mit der Tat verbundene Schädigung privater Rechtsgüter, wenn nicht als gerechtfertigt, so doch als entschuldbar und den Täter als des Asylschutzes würdig erscheinen zu lassen (BGE 56 I 462 /63 und dort zitierte frühere Entscheidungen, nicht publiziertes Urteil vom 5. Mai 1949 iS. Hoter, S. 10). Als ideales Interesse in diesem Sinne ist auch dasjenige an der Freiheit vom Zwang eines totalitären Staates zu betrachten. Im vorliegenden Falle ist jenes Verhältnis zweifellos gegeben; denn einerseits

Seite: 55

sind die durch die Nötigung und die kurze Zeit dauernde Freiheitsberaubung gegenüber dem Funker Zivkovic begangenen Rechtsverletzungen nicht besonders schwer, anderseits stand für die Einsprecher die politische Freiheit und wohl sogar die künftige Existenz auf dem Spiele und konnten nur durch die Verübung jener Vergehen erlangt bzw. gewahrt werden.

Diese sind somit relativ politische Delikte im engeren Sinne, weshalb die Auslieferung dafür nicht bewilligt werden kann.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Einsprachen von Ivan Kavic, Milan Bjelanovic und Dragojub Arsenijevic gegen ihre Auslieferung an Jugoslawien werden gutgeheissen. Die Auslieferung hat demnach nicht stattzufinden