

Zweiter Abschnitt. — Seconde section.

Bundesgesetze. — Lois fédérales.

Internationale Auslieferung. — Extradition internationale.

36. Urteil vom 21. Mai 1913 in Sachen **Esfinger**.

Auslieferungsbegehren auf Grund des Art. 1 Abs. 4 AuslG. — Unter den Auslieferungstatbestand des Art. 3 Ziff. III 16 AuslG kann nicht bezogen werden die Verbreitung unzüchtiger Schriften und Abbildungen. Begriff der « Erregung öffentlichen Aergernisses ».

Das Bundesgericht hat auf Grund folgender Aktenlage:

A. — Die königlich bayrische Gesandtschaft in Bern hat mit Note vom 1. März 1913, im Nachgang einer Note vom 24. Februar 1913, den Bundesrat um Auslieferung des auf Veranlassung der Staatsanwaltschaft beim Landgericht München I in Zürich zur Haft gebrachten bayrischen Staatsangehörigen Adolf Esfinger ersucht, zum Zwecke seiner Strafverfolgung gemäß einer beigelegten Anklageschrift der erwähnten Amtsstelle vom 8. Oktober 1910, nebst zugehörigem Haftbefehl vom 15. Februar 1913.

Laut diesen Aktenstücken ist Esfinger beschuldigt, seit dem Jahre 1907 in München und in den letzten zwei Jahren (d. h. seit 1910) teilweise vom Auslande aus „gewerbsmäßig Kataloge grob „unzüchtiger Photographien, derartige Photographien selbst sowie „Druckschriften, Erzählungen grob unzüchtiger Art enthaltend, „zum Verkauf bereit gehalten und von München aus — insbesondere unter der Firma „A. Engels“ — durch Versendung dem

„Publikum angeboten und verkauft, also unzüchtige Schriften und „Abbildungen zum Zwecke der Verbreitung vorrätig gehalten, an- „gepriesen und verkauft und sich dadurch des im § 184 Absatz 1 „Nummer 1 und Absatz 2 des Strafgesetzbuches mit Strafe be- „drohten Vergehens wider die Sittlichkeit schuldig gemacht zu „haben.“

Aus der Anklageschrift ist über die intrinmierte Tätigkeit des Verfolgten des nähern hervorzuheben: Esfinger besaß sich seit mehr als 25 Jahren mit dem Verkauf unzüchtiger Photographien, für die er einen Massenablaß im großen Publikum suche und finde. Der Kampf, den die deutschen und österreichisch-ungarischen Behörden deswegen seit Jahrzehnten gegen ihn führten, habe ihn zu großen Vorsichtsmaßregeln veranlaßt. Er übe nämlich, wie die Untersuchung ergeben habe, sein Geschäft, mindestens seit dem Jahre 1907, in folgender Weise aus: Als Inhaber des „Kunstverlages S. Neumann Nachfolger“ in München preise er Mi-photographien durch Inserate in in- und ausländischen Unterhaltungszeitungen dem allgemeinen Publikum an und werde von vielen in dem gewünschten Sinne verstanden, da er zahlreiche Zuschriften erhalte, in denen „pikante“ Abbildungen verlangt würden. Ferner versende er mit Erfolg Prospektre seines Kunstverlages an reiche Lebemänner, deren Adressen er sich durch Reklameinstitute verschaffe. An die so ermittelten Liebhaber „pikanter Sachen“ schicke er hierauf Kataloge mit Anpreisungen obßbarer Abbildungen und auch probeweise solche Abbildungen selbst. Zur Erledigung der einlaufenden Bestellungen ständen ihm tausende verschiedener Unzuchtbilder zur Verfügung, die er jedoch, durch frühere Haus-suchungen gewißigt, nicht im Lager seines Kunstverlages oder in seiner Wohnung, sondern in einem besonderen Versteck aufbewahrt und von da nach Einleitung der Untersuchung nach Preßburg zu verbringen vermocht habe, wo er dann wegen ihres Vertriebs be-straft worden sei. Seine Hauptbezugsquelle sei ein gewisser Zarubaly-Zimmermann in Barcelona, einem Hauptplatze solchen Handels-gutes, von wo Esfinger die Kataloge und Bilder entweder postlagernd an eine Deckadresse „A. Engels“ nach München kommen oder Bestellungen auch direkt erledigen lasse. Sein Absatzgebiet erstreckte sich, wie die erstaunliche Menge beschlagnahmter Korrespon-

benzen ergeben habe, auf die ganze Welt und auf alle Berufs- und Gesellschaftskreise. Die Kataloge preisen Abbildungen nackter und halbverhüllter Personen und des Geschlechtsaktes zwischen Mann und Weib an, unter ausdrücklicher Hervorhebung, daß auch alle nur erdenklichen Variationen sexueller Ausschweifung und Perverstität berücksichtigt seien. So werde u. a. hingewiesen auf Abbildungen geschlechtlicher Akte auf dem Gebiete der Onanie, der Päderastie, der lesbischen Liebe, des Sadismus, der Flagellation und der Sodomiterei. Ferner seien angepriesen Abbildungen von Geschlechtsakten aller Altersstufen, von Geschlechtsakten zwischen Kindern, von Kinderverführungs- und Notzuchtsgenen, von Blutschande zwischen Vater und Tochter, Mutter und Sohn, Bruder und Schwester. Dabei würden alle diese Handlungen mit ausgiebiger Schamlosigkeit geschildert; die Kataloge schwelgten geradezu in gemeiner Ausdrucksweise. Zum Schlusse seien noch Gummiartikel empfohlen, wie sie nur die verworfenste Phantasie erfinden könne. Die Bilder selbst entsprächen den Katalogen: sie seien von einer nicht zu übertreffenden Verworfenheit und Schamlosigkeit.

Zur Begründung des Auslieferungsgesuches beruft sich die Gesandtschaft in der Note vom 1. März auf Art. 3 Ziffer III/16 des Bundes-Auslieferungsgesetzes vom 22. Januar 1892, mit dem Befügen, sie habe beim königlichen Staatsministerium die Abgabe einer Reziprozitätserklärung angeregt. Diese letztere Mitteilung schließt an den Inhalt der Note vom 24. Februar an, worin die Gesandtschaft wesentlich ausführt: Die Anklage gegen Estinger decke sich strafrechtlich allerdings mit derjenigen i. S. des Journalisten Feiniller, dessen Auslieferung der Bundesrat mit Note vom 14. Oktober 1911 verweigert habe. Immerhin liege der Fall Estinger „ungleich schwerer“, als jener frühere Fall. Die königlich bayrische Regierung würde es daher im Hinblick auf den Zweck und die Tendenz des internationalen, zu Paris abgeschlossenen Abkommens zur Bekämpfung unzüchtiger Veröffentlichungen, das seit 15. September 1911 im deutschen Reiche und in der Schweiz in Geltung sei, und im Hinblick auf das wohl internationale Interesse, den Vergiftern der sittlichen Gesundheit der Völker vom Schlage Estingers und seiner Helfershelfer die Ausübung ihres schamlosen Gewerbes unmöglich zu machen, sehr begrüßen, wenn

der Bundesrat anlässlich des vorliegenden Falles seinen bisherigen Standpunkt einer nochmaligen Prüfung unterziehen und der Frage einer entsprechenden Ergänzung und Erweiterung des Auslieferungsverkehrs zwischen dem Deutschen Reiche und der Eidgenossenschaft näher treten wollte.

B. — Die der Strafverfolgung Estingers zu Grunde liegende Bestimmung des Reichs-StGB lautet:

§ 184. „Mit Gefängnis bis zu Einem Jahre und mit Geldstrafe bis zu eintausend Mark oder mit einer dieser Strafen wird bestraft, wer

„1. unzüchtige Schriften, Abbildungen oder Darstellungen feilhält, verkauft, verteilt, an Orten, welche dem Publikum zugänglich sind, ausstellt oder anschlägt oder sonst verbreitet, sie zum Zwecke der Verbreitung bestellt oder zu demselben Zwecke vorrätig hält, ankündigt oder anpreist.

„Neben der Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte sowie auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden.“

Im vorausgehenden § 183 RStGB ist mit Gefängnis bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bis zu fünfhundert Mark bedroht, „wer durch eine unzüchtige Handlung öffentlich ein Ärgernis gibt.“

C. — Estinger hat sich der verlangten Auslieferung mit der Begründung widersetzt, der Auslieferungstatbestand des Art. 3 Ziffer III/16 AuslG treffe nicht zu; denn der Vertrieb von unzüchtigen Schriften und Abbildungen stelle überhaupt keine unzüchtige „Handlung“ im Sinne jener Gesetzesbestimmung dar und zudem sei auch das weitere gesetzliche Erfordernis der Erregung „öffentlicher“ Ärgernisses nicht erfüllt, da hievon bei dem in der Anklageschrift geschilderten geheimen Geschäftsbetrieb keine Rede sein könne. Diese Einwendungen werden insbesondere auf ein von Dr. jur. G. F. v. Cleric in Zürich eingeholtes Rechtsgutachten gestützt.

D. — Mit Zuschrift vom 5. März 1913 hat der Bundesrat unter Berufung auf Art. 23 AuslG die Akten dem Bundesgericht zum Entscheide übermittlelt, mit dem Bemerkten, er würde, falls das

Gericht entgegen der von ihm selbst im Falle Feiniller vertretenen Auffassung und in Übereinstimmung mit der Bundesanwaltschaft zu dem Schlusse kommen sollte, daß die Auslieferung zu bewilligen sei, nicht anstehen, gemäß der Anregung der bayrischen Gesandtschaft mit Deutschland Verhandlungen betreffend Eingehung einer Gegenrechtserklärung hinsichtlich dieser Vergehen anzuknüpfen.

Ferner hat der Bundesrat auf das Ansuchen des Bundesgerichts um Präzisierung seiner Stellungnahme im Hinblick auf Art. 1 Abs. 4 AuslG mit Schreiben vom 15. Mai 1913 noch mitgeteilt: Er selbst halte dafür, daß nichts entgegenstehe, das Vergehen der Veröffentlichung und Verbreitung unzüchtiger Schriften und Bilder dem Tatbestande der „unzüchtigen Handlungen, welche öffentliches Ärgernis erregen“ (Art. 3 Ziffer III/16 AuslG) zu unterstellen. Auch erachte er es vom Standpunkte der öffentlichen Moral aus für dringend erwünscht, der Ausbreitung der pornographischen Industrie Schranken zu setzen. Er habe sich daher entschlossen, in Ausübung der ihm durch Art. 1 Abs. 4 AuslG erteilten Befugnis dem gegen Estinger vorliegenden Auslieferungsgesuche zu entsprechen, und zwar ohne Vorbehalt des Gegenrechts. Die Bemerkung seines Schreibens vom 5. März, daß er eventuell beabsichtige, mit Deutschland Verhandlungen betreffend Eingehung einer eigentlichen Gegenrechtserklärung anzuknüpfen, habe sich nicht auf die Behandlung des Falles Estinger bezogen, sondern lediglich die Wünschbarkeit eines grundsätzlichen Einverständnisses mit Deutschland bezüglich der Behandlung künftiger analoger Fälle betont.

E. — Die Bundesanwaltschaft hat sich zu Händen des eidgenössischen Justizdepartements und in ergänzender Zuschrift an das Bundesgericht wesentlich wie folgt vernehmen lassen: In der neueren Strafgesetzgebung, sowohl der Schweiz, als auch des Auslandes, werde unterschieden zwischen unzüchtigen Handlungen, welche direkt durch Angriffe auf die Schamhaftigkeit u. dergl. das Sittlichkeitsgefühl verletzen, und der Gefährdung der Moral durch Fabrikation oder Verbreitung unzüchtiger Schriften, Bilder und Gegenstände. Dagegen seien in der früheren Gesetzgebung — speziell in den kantonalen Rechten, die bei Erlass des Bundes-Auslieferungsgesetzes vom Jahre 1892 bestanden hätten — diese Tat-

bestände zumeist unter dem Begriffe von Handlungen, welche öffentliches Ärgernis erregten, zusammengefaßt, so im Strafgesetzbuche des Kantons Zürich von 1870/87 (§ 123), wie bereits im Falle Feiniller konstatiert worden sei. Bezüglich der Entwicklung dieser Rechtsbegriffe werde verwiesen: allgemein auf die Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform, Bd. IV S. 197/198, und für das schweizerische Recht auf St o o ß, Grundzüge, II S. 250 ff. und Schweizerische Strafgesetzbücher, S. 442 ff. Aus diesen Materialien gehe hervor, daß im Jahre 1892 in den schweizerischen Strafgesetzbüchern die Verbreitung unzüchtiger Schriften u. s. w. unter dem Sammelbegriff: unzüchtige Handlungen, welche öffentliches Ärgernis erregen, mit inbegriffen gewesen sei. Und deshalb sei Art. 3 Ziff. III/16 AuslG in dem Sinne auszulegen, daß danach die Auslieferung bewilligt werden könne, nicht nur wegen Ärgernis erregender Handlungen durch Angriffe auf die Schamhaftigkeit einer Person, sondern auch wegen Veröffentlichung unzüchtiger Schriften u. s. w., wenn durch dieselben solches Ärgernis erregt werde. Darüber aber, daß dem Geschäftsbetrieb Estingers diese Qualifikation zukomme, seien wohl keine besonderen Worte zu verlieren. Der Umstand, daß im deutschen Reichs StGB die Erregung öffentlichen Ärgernisses durch unzüchtige Handlungen und die Verbreitung unzüchtiger Schriften u. s. w. getrennt behandelt würden, sei für die Auslegung des schweizerischen AuslG ohne Bedeutung. Die nähere Betrachtung der in Art. 2 Ziffer III dieses Gesetzes aufgezählten Verbrechen ergebe sowohl nach dem deutschen, als auch nach dem französischen und italienischen Texte, daß unter den Nr. 12—15 und 17 18 sozusagen alle Delikte, die sich als Angriffe gegen die Schamhaftigkeit qualifizierten, bereits erwähnt seien. Es fehlten in dieser Aufzählung neben Bestialität, Päderastie unter Erwachsenen u. dergl. nur noch die unzüchtigen Veröffentlichungen, was wohl einen bestimmten Beweis dafür bilde, daß diese letzteren unter den Auslieferungsdelikten inbegriffen sein sollten. Diese Annahme werde denn auch vollauf gerechtfertigt durch die Verwerflichkeit und die Gemeingefährlichkeit der von Estinger in München begangenen Handlungen und durch die Tatsache, daß die Schweiz dem Pariser

Abkommen vom Jahre 1910 über die internationale Bekämpfung der Verbreitung unzüchtiger Veröffentlichungen beigetreten sei; —

in Erwägung:

1. — Die rechtliche Grundlage der vorliegenden Auslieferungsstreitsache bildet zunächst Art. 1 Abs. 4 AuslG vom 22. Januar 1892, wonach der Bundesrat einem Staate gegenüber, mit dem die Schweiz einen Auslieferungsvertrag abgeschlossen hat, die Auslieferung auch wegen einer in diesem Vertrage nicht vorgesehenen strafbaren Handlung mit oder ohne Vorbehalt des Gegenrechts bewilligen „kann“, sofern sie „nach dem gegenwärtigen Gesetze statthaft ist“, d. h. wegen eines der im nachfolgenden Art. 3 als mögliche Auslieferungsdelikte einzeln aufgezählten „gemeinen Verbrechen oder Vergehen“ nachgesucht wird. Das Gesuch der bayrischen Gesandtschaft um Auslieferung Estingers stützt sich nämlich nicht unmittelbar auf den zwischen der Schweiz und dem Deutschen Reiche bestehenden Auslieferungsvertrag, sondern auf den darin nicht erwähnten Straftatbestand des Art. 3 Ziff. III/16 AuslG, unter den nach ihrer Auffassung das Estinger zur Last gelegte Verhalten fällt und dessen Einbeziehung in den schweizerisch-deutschen Auslieferungsverkehr, eventuell auf Grund einer Gegenrechtserklärung, sie anregt. Nun hat der Bundesrat dieser rechtlichen Subsumtion des Anlagetatbestandes beigeplant und ist laut seiner Mitteilung an das Bundesgericht vom 15. März 1913 entschlossen, die Auslieferung Estingers in Anwendung des Art. 1 Abs. 4 AuslG ohne Vorbehalt des Gegenrechts zu bewilligen. Estinger dagegen bestreitet die Zulässigkeit der fraglichen Gesetzesauslegung und damit seiner Auslieferung auf Grund des Art. 1 Abs. 4. Er erhebt also eine auf das Auslieferungsgesetz gestützte Einsprache, über die das Bundesgericht gemäß den Art. 23 und 24 dieses Gesetzes zu entscheiden berufen ist.

2. — Bei Würdigung der im Verzeichnis des Art. 3 AuslG aufgeführten Straftatbestände ist davon auszugehen, daß diese Aufzählung des Gesetzes erschöpfend sein will. Die bundesrätliche Vorsicht zum Gesetzesentwurf, dessen Inhalt in diesem Punkte durch die Gesetzesberatung keinen grundsätzlichen Widerspruch erfahren hat, betont ausdrücklich, es handle sich dabei um eine „Zusammenstellung sämtlicher, sich zu Auslieferungsdelikten eignender

Verbrechen und Vergehen“, mit der dem Bundesrat für Vertragsunterhandlungen und Gegenrechtserklärungen „eine bindende Begleitung“ gegeben werden solle und die von der vorberatenden Kommission mit „eingehendster Sorgfalt“ und mit dem Bestreben, „möglichste Vollständigkeit zu erreichen“, gemacht worden sei (BBl 1890 III S. 336 f.). Es geht deshalb schlechterdings nicht an, diese gesetzlichen Auslieferungstatbestände etwa durch Analogieschlüsse zu erweitern; vielmehr ist ihre strikte Auslegung geboten.

Unter der vorliegend angerufenen Ziffer III/16 bezeichnet Art. 3 AuslG als Auslieferungsdelikt — bei gegebener Strafbarkeit nach dem Rechte des Zufluchtsortes und des verfolgenden Staates, gemäß dem allgemeinen Vorbehalt des Artikelleingangs — „unzüchtige Handlungen, welche öffentliches Ärgernis erregen“ (« actes d'immoralité causant un scandale public »; « atti impudiche eccitano pubblico scandalo »). Dieser Deliktbegriff umfaßt nach der deutschen Strafgesetzgebung das Estinger zur Last gelegte Feilhalten und Verbreiten unzüchtiger Schriften und Abbildungen unzweifelhaft nicht, da dieses Verhalten neben der Strafbrohung des § 183 Reichs-StGB gegen denjenigen, der „durch eine unzüchtige Handlung öffentlich ein Ärgernis gibt“, in § 184 Reichs-StGB, auf den sich denn auch die Strafverfolgung Estingers laut Anlagenschrift und Haftbefehl ausschließlich stützt, als selbständiges Vergehen behandelt ist. Immerhin könnte hierauf nichts ankommen, wenn anzunehmen wäre, daß das Bundes-Auslieferungsgesetz selbst mit der Deliktbezeichnung des Art. 3 Ziffer III/16 auch Tatbestände solcher Art habe treffen wollen; denn das gesetzliche Erfordernis der Strafbarkeit der Auslieferungsdelikte nach dem Rechte beider beteiligten Staaten setzt, feststehender Praxis gemäß, nicht die Übereinstimmung der beiderseitigen Deliktbenennung voraus. Jene Annahme läßt sich jedoch, entgegen der Auffassung der Bundesanwaltschaft, welcher der Bundesrat hier, im Widerspruche mit seiner Erledigung des von der bayrischen Gesandtschaft erwähnten Präzedenzfalls Feiniller, beigetreten ist, rechtlich nicht begründen.

a) Die Angabe, mit der die Bundesanwaltschaft zunächst und hauptsächlich argumentiert, daß nämlich die im Jahre 1892, bei

Erlaß des Bundes-Auslieferungsgesetzes, in Kraft stehenden kantonalen Strafgesetze die Gefährdung der Moral durch Fabrikation und Verbreitung unzüchtiger Schriften, Bilder zc. zumeist unter dem Begriff von „Handlungen, welche öffentliches Ärgernis erregen“, zusammenfaßten, erweist sich als tatsächlich unzutreffend. Im damals geltenden Strafgesetzbuch des Kantons Zürich, auf das sich die Bundesanwaltschaft speziell beruft, war durch § 123 mit Strafe bedroht, „wer durch unzüchtige Handlungen öffentliches Ärgernis erregt oder sich solche in Gegenwart von Kindern erlaubt“, und „ebenso wer zur Verbreitung oder Veröffentlichung unzüchtiger Schriften, Abbildungen oder Darstellungen mitwirkt“. Diese Bestimmung stellt also den Tatbestand des näher bezeichneten Verkehres mit unzüchtigen Schriften zc. ausdrücklich neben den der strafbaren unzüchtigen „Handlungen“ und faßt die beiden Tatbestände lediglich durch eine gemeinsame Strafandrohung zusammen. Die Bestimmung ist in der Neuausgabe des Strafgesetzes vom Jahre 1897 mit bloß redaktioneller teilweiser Abänderung als § 124 beibehalten worden. Nach der Zusammenstellung bei St o v f, Die schweizerischen Strafgesetzbücher, S. 442 ff. (Delikte gegen die Sittlichkeit), befolgen das gleiche System noch die 11 weiteren Kantone Thurgau (StGB, 111), Graubünden (PolStG, 21), Wallis (StGB, 196), Schaffhausen (StGB, 188), Luzern (PolStG, 143), Obwalden (PolStG, 105), Glarus (StGB, 80), Zug (StGB, 74), Appenzell A.-Rh. (StGB, 104), Solothurn (StGB, 107), St. Gallen (StGB, 176). Die Straftatbestände aller dieser Bestimmungen erwähnen neben einander unzüchtige „Handlungen“ (Wallis: « actions » obscènes) und Verbreitung oder Ausstellung unzüchtiger Schriften oder bildlicher Darstellungen. Eine zweite Gruppe von 8 Kantonen stellte die unzüchtigen „Handlungen“ oder auch die „öffentliche Verletzung der Schamhaftigkeit“ (outrage public aux mœurs ou à la pudeur, offesa, in pubblico, dell'altrui pudore) einerseits, und das (näher bezeichnete) Verhalten mit Bezug auf unzüchtige Schriften oder Bilder anderseits, in getrennten Satzungen unter Strafe. Dies war der Fall in Waadt (StGB, 195 und 196), Neuenburg (StGB von 1891, 288 und 289), Bern (StGB, 162 und 161), Freiburg (StGB, 394 und 393),

Basel-Stadt (StGB, Art. 98 Abs. 1 und 2), Tessin (StGB, 246 und 247), Genè (StGB 212 und 211) und Schwyz (StGB, 93 litt. b und das subsidiär angewandte PolStGB des Kantons Luzern vom Jahre 1836, § 135). Der Kanton Aargau sodann beschränkte sich schon zu jener Zeit, wie noch heute, auf die allgemeine Strafandrohung in § 1 seines Zuchtpolizeigesetzes für Vergehen „gegen die öffentliche Sittlichkeit“. Die übrigen Kantone endlich hatten überhaupt keine einschlägigen Strafbestimmungen. Es muß demnach im Widerspruche mit der Bundesanwaltschaft festgestellt werden, daß zur Zeit, als das Bundes-Auslieferungsgesetz vom 22. Januar 1892 ausgearbeitet und erlassen wurde, sämtliche kantonalen Strafgesetze, die besondere Vorschriften hierüber enthielten, von der Verübung unzüchtiger „Handlungen“ (neben denen vielfach auch noch die unzüchtigen „Reden“ besonders erwähnt sind) die im einzelnen verschiedene formulierte Tätigkeit des Schaustellens oder Verbreitens unzüchtiger Schriften und Bilder ausdrücklich unterschieden haben, und daß somit ein „Sammelbegriff“ der unzüchtigen „Handlungen“, der auch die unzüchtigen Veröffentlichungen in Schrift und Bild umfassen würde, in der schweizerischen Strafgesetzgebung damals nirgends existierte. Dieser Rechtszustand entspricht übrigens der französischen Auffassung von dem in Art. 330 Code pénal niedergelegten Deliktbegriff des « outrage public à la pudeur », der nach St o v f (Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, II S. 250) den Strafgesetzgebungen der schweizerischen Kantone über die Verletzung des geschlechtlichen Anstandes zum Vorbild gedient hat. Denn unter jenen Begriff fallen « les paroles, les écrits et les dessins licencieux où obscènes et qui offensent la pudeur publique » nicht (siehe GARÇON, Code pénal annoté, Anmerkung 18 zu Art. 330 S. 829, und im gleichen Sinne DALLOZ, Répertoire, supplément, verbo: presse-outrage, Nr. 663—665). Die Vergleichung der Ausdrucksweise in Art. 3 Ziff. III/16 des Bundes-Auslieferungsgesetzes mit der Terminologie der damals geltenden kantonalen Strafgesetze führt also, wie das von Esfinger beigebrachte Rechtsgutachten v. Cleric betont, vielmehr zu dem Schlusse, daß der Bundesgesetzgeber bei seiner Verwendung des Ausdrucks unzüchtige „Handlungen“ gerade nur die direkten Verletzungen

fremder Schamhaftigkeit oder Geschlechtslehre im Auge gehabt, die durch bloße Gefährdung der allgemeinen geschlechtlichen Moral charakterisierten Veröffentlichungen unzüchtigen Inhaltes dagegen bewußt und absichtlich nicht berücksichtigt habe. (Vergl. über diese begriffliche Verschiedenheit der beiden Tatbestände aus der Literatur z. B. das Gutachten des Leipziger Spruchkollegiums, verfaßt von K. Binding, in der Zeitschrift f. d. gesamte Strafrechtswissenschaft II [1882] S. 450 ff., spez. 458 und 459, sowie die von der Bundesanwaltschaft angerufene Abhandlung Mittermaiers über Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit, in der vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, besonderer Teil, IV, spez. S. 197). Die Nichteinbeziehung der fraglichen Tatbestände in den Kreis der Auslieferungsdelikte erklärt sich denn auch ungezwungen aus der Tatsache, daß insbesondere den graphischen und plastischen Darstellungen unzüchtiger Art anfangs der 1890er Jahre noch bei weitem nicht Umfang und Bedeutung zukamen, die sie seither, zufolge der modernen Entwicklung der Photographie und der anderweitigen Reproduktionstechnik, erlangt haben. Wie v. Cleric zutreffend erwähnt, sind die Veröffentlichungen unzüchtiger Schriften und Bilder in denjenigen kantonalen Strafgesetzen, welche dieselben als auch der Straffanktion nach selbständiges Delikt aufführen, in teilweise erheblicher Abweichung vom Delikt der unzüchtigen „Handlungen“ mit nur geringen Strafen (vielfach, namentlich für die erstmalige Begehung, bloß Geldbuße) bedroht, die sie als für den Auslieferungsverkehr nicht bedeutungsvoll erscheinen ließen.

Auch dem weiteren Argumente der Bundesanwaltschaft, das dahin geht, daß für die Unterstellung unter Ziffer 16 des Art. 3 AuslG — neben den übrigen, unter dem Titel III („Delikte gegen die Sittlichkeit“) aufgeführten Tatbeständen der Ziffern 12 bis 15, 17 und 18 — außer „Bestialität, Päderastie unter Erwachsenen u. dergl.“ nur noch die unzüchtigen Veröffentlichungen blieben, was wohl einen bestimmten Beweis dafür bilde, daß sie ebenfalls einzubeziehen seien, kann schlechterdings nicht beigeprägt werden. Es ist überhaupt nicht richtig, daß das Gesetz die Sittlichkeitsdelikte in der behaupteten Vollständigkeit aufzähle; vielmehr fehlen darin, außer den von der Bundesanwaltschaft genannten

Straftatbeständen, namentlich auch noch: der nicht gewaltsame Angriff auf die Schamhaftigkeit, sofern dabei nicht öffentliches Ärgernis erregt wird, die Verführung Erwachsener durch Täuschung, der Ehebruch und die gewerbsmäßige Unzucht (Prostitution). Überdies läßt die bereits erörterte Bedeutung des gesetzlichen Verzeichnisses der Auslieferungsdelikte die ausdehnende Anwendung der Ziffer III/16 auf die unzüchtigen Veröffentlichungen in Schrift und Bild, die, wie dargetan, nach sinngemäßer Auslegung nicht darunter fallen, grundsätzlich nicht zu.

Zuzugeben ist freilich, daß der den Worten „unzüchtige Handlungen“ des deutschen Gesetzestextes entsprechende französische Ausdruck « actes d'immoralité » an sich in viel weiterem Sinne aufgefaßt werden könnte. Allein dieser Ausdruck ist juristisch so unbestimmt, daß es sich ohne weiteres empfiehlt, zu seiner Präzisierung die deutsche Formulierung beizuziehen. Dies rechtfertigt sich um so mehr, als sich mit ihr die italienische Fassung « atti impudici » völlig deckt und zudem die Entstehungsgeschichte der Gesetzesbestimmung zeigt, daß die Divergenz des französischen Textes offenbar bloß auf einer ungenauen Übersetzung beruht. Im bundesrätlichen Gesetzesentwurf war nämlich das fragliche Auslieferungsdelikt (Art. 3 Ziff. 12) französisch bezeichnet als « outrage public aux mœurs » — im Vorentwurf von Professor A. RIVIER: « outrage public à la pudeur » — und deutsch als „unzüchtige Handlungen mit Erregung öffentlichen Ärgernisses“ (BBl 1890 III: franz. S. 236, deutsch S. 368). Der Ständerat, welcher den Entwurf zuerst in Behandlung zog, änderte auf Antrag seiner Kommission den französischen Text, bei Belassung des deutschen nach Entwurf, ab in « actes immoraux ayant causé un scandale public ». Diese Fassung wurde dann auf Antrag der ständerätlichen Kommission und durch Beschluß des Nationalrates, dem der Ständerat nachträglich zustimmte, weiter modifiziert im Sinne des definitiven Gesetzestextes, der nunmehrigen Ziffer III/16: « actes d'immoralité causant un scandale public », wobei in der deutschen Redaktion die Worte „unzüchtige Handlungen“ wiederum unverändert blieben und nur das weitere Begriffsmerkmal in die Form des Relativsatzes: „welches öffentliches Ärgernis erregen“ umgekleidet wurde. Jene unbestimmte

französische Formulierung der Gesetzesstelle passierte schließlich auch die Textvereinbarung, obgleich der Ständerat die Vorlage mit der ausdrücklichen Einladung an den Bundesrat verabschiedet hatte, den Gesetzestext vor dessen Veröffentlichung einer nochmaligen Durchsicht zu unterwerfen „und dabei insbesondere auch auf die genaue Übereinstimmung desselben in den drei Landessprachen Bedacht zu nehmen“.

h) Wenn aber auch, im Gegensatz zum bisher Gesagten, anzunehmen wäre, daß die Tätigkeit des Zurschaustellens oder Verbreitens unzüchtiger Schriften oder Bilder unter den Begriff der unzüchtigen „Handlungen“ im Sinne des Art. 3 Ziffer III/16 AuslG bezogen werden könnten, so würde diese Gesetzesbestimmung doch auf den hier gegebenen Tatbestand aus dem weiteren Grunde keine Anwendung finden, weil ihr ferneres Erfordernis: die Erregung öffentlichen Argernisses, darauf unzweifelhaft nicht zutrifft. Denn dieses Erfordernis setzt, richtig verstanden, eine gewisse Öffentlichkeit der unzüchtigen Handlungen selbst voraus, derart, daß diese Handlungen von dritten (unbeteiligten) Personen wahrgenommen werden und bei solchen direkten Zeugen (geschlechtlich-sittliches) „Argernis“ erregen d. h. von ihnen als gegen das allgemeine Anstands-(Sittlichkeits-)Gefühl in geschlechtlicher Hinsicht verstößend empfunden werden. Allerdings wird in der strafgerichtlichen Praxis einzelner Kantone die weitergehende Auffassung vertreten, daß es für den Begriff der Erregung öffentlichen Argernisses schon genüge, wenn durch das nachträgliche Bekanntwerden einer ohne unbeteiligte Zeugen vorgenommenen unzüchtigen Handlung in der Öffentlichkeit Argernis erregt werde, und die Bundesanwaltschaft scheint nach ihrer Bemerkung: Darüber, daß dem Geschäftsbetrieb Estingers diese Qualifikation zukomme, seien wohl keine besonderen Worte zu verlieren, ebenfalls dieser Auffassung zu sein. Auch das Bundesgericht selbst hat sie als aus dem Gesichtspunkte der Willkür (Garantie des Art. 4 BV) nicht anfechtbar erklärt (vergl. US 33 I Nr. 48 Erw. 1 S. 308 und die dortigen Verweisungen), allein bei der ihm hier zustehenden freien Würdigung der Verhältnisse kann ihr nicht zugestimmt, sondern es muß die entwickelte engere Auslegung des Begriffs zur Geltung gebracht werden, die der Natur der Sache besser entspricht

und denn auch anderwärts in Theorie und Praxis unbestritten ist (vergl. einerseits für Deutschland z. B. Entsch. d. RG in Strafsachen: 2 Nr. 75 S. 197 und Frank, Kommentar zum Reichs-StGB [8./10. Aufl.] Anmerkungen zu § 183 S. 319; anderseits für Frankreich: GARÇON, Code pénal annoté, Anmerkungen 20 ff. zu Art. 330 S. 829 ff.). In diesem Sinne kann aber von Erregung öffentlichen Argernisses durch das Estinger zur Last gelegte Verhalten offenbar nicht die Rede sein; denn die Anklageschrift der Staatsanwaltschaft München hebt ja gerade die Heimlichkeit seines ganzen Geschäftsbetriebes hervor, und be ruht sich — offenbar mit Grund — nicht auf Erregung öffentlichen Argernisses (die übrigens auch gar nicht zum Tatbestande des ihrer Strafverfolgung zu Grunde gelegten § 184 Reichs-StGB gehört).

3. — Dem vorwürfigen Auslieferungsgesuche kann gemäß Art. 1 Abs. 4 AuslG aus den erörterten beiden Gründen nicht entsprochen werden. Wohl ist dem Bundesrate und der Bundesanwaltschaft darin unbedenklich beizupflichten, daß es unter den heute gegebenen Verhältnissen höchst wünschenswert wäre, den internationalen Auslieferungsverkehr auf die Strafverfolgung wegen pornographischen Geschäftsbetriebes, wie er Estinger zur Last gelegt wird, auszudehnen und überhaupt den Bestrebungen des internationalen Zusammenwirkens auf diesem Gebiete des Strafrechts, zu denen die Beschlüsse der Pariser Konferenz vom Jahre 1910 den Grund gelegt haben, durch weitgehende gegenseitige Rechtshilfe der Staaten nach Möglichkeit Vorschub zu leisten. Allein diese Erwägungen kriminalpolitischer Natur können das Bundesgericht nicht dazu führen, sich über den ihnen tatsächlich noch nicht angepaßten internen schweizerischen Rechtszustand hinwegzusetzen; —

erkannt:

Die Einsprache Estingers gegen seine Auslieferung nach Deutschland wird gutgeheißen, und es hat die Auslieferung demnach nicht stattzufinden.