

Strafbarkeit erhöhen, vermindern oder ausschliessen, bei dem Täter, dem Anstifter und dem Gehülften berücksichtigt, bei dem sie vorliegen. Ein solcher Umstand ist die Gewerbsmässigkeit im Sinne des Art. 119 Ziff. 3 StGB. Damit diese Bestimmung auf den Gehülften anwendbar ist, genügt es daher nicht, dass der Täter gewerbsmässig gehandelt hat, selbst dann nicht, wenn der Gehülfe gewusst und gewollt hat, dass dieses qualifizierende Merkmal beim Täter verwirklicht werde. Insofern lässt das Gesetz den Grundsatz der Akzessorietät der Gehülfschaft fallen. Unter die strengere Strafdrohung des Art. 119 Ziff. 3 StGB fällt der Gehülfe nur dann, wenn er seine Hülfe gewerbsmässig geleistet hat.

34. Urteil des Kassationshofes vom 14. Juli 1944 i. S. Generalprokurator des Kantons Bern gegen Arn.

Art. 133 StGB. Raufhandel liegt nicht vor, wenn die eine Partei passiv bleibt oder bloss abwehrt.

Art. 133 CP. On n'est pas en présence d'une rixe lorsqu'un des partis demeure passif ou se borne à repousser l'attaque.

Art. 133 CP. Non si è in presenza d'una rissa, se l'una delle parti resta passiva o si limita a respingere l'attacco.

A. — Fritz Grunder kehrte in der Nacht vom 26. Januar 1943 in Begleitung Max Sommerhalders von Grossaffoltern nach Vorimholz zurück. Unterwegs wurde er von Otto Arn, der auf der Strasse im Schutze einer Hecke auf ihn gewartet hatte, gestellt und mit Faustschlägen ins Gesicht und auf den Hinterkopf bearbeitet. Als Grunder fliehen wollte, trat hinter der Hecke Alfred Arn hervor und schlug ebenfalls auf ihn ein. Auf die Hilferufe von Grunder machten sich die beiden davon. Grunder wurde im Gesicht leicht verletzt.

B. — Am 2. Februar 1944 erklärte das Obergericht des Kantons Bern Otto Arn und Alfred Arn der einfachen Körperverletzung (Art. 123 StGB) schuldig und ver-

urteilte jeden zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von zehn Tagen, verbunden mit der Weisung, dem Privatkläger Grunder binnen sechs Monaten je zwanzig Franken Genugtuung zu bezahlen und solidarisch die Parteikosten zu ersetzen.

Der Generalprokurator hatte beantragt, beide Angeklagten seien wegen einfacher Körperverletzung in Idealkonkurrenz mit Beteiligung an einem Raufhandel (Art. 133 StGB) zu bestrafen. Das Obergericht lehnte die Anwendung von Art. 133 ab mit der Begründung, Raufhandel setze die beidseitige Absicht voraus, am Streit aktiv teilzunehmen. Grunder habe diese Absicht nicht gehabt.

C. — Der Generalprokurator des Kantons Bern hat Nichtigkeitsbeschwerde erhoben mit dem Antrag, das Urteil sei aufzuheben und die Sache zur Anwendung von Art. 133 in Idealkonkurrenz mit Art. 123 an die Vorinstanz zurückzuweisen.

D. — Die Beschwerdegegner beantragen die Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde.

Der Kassationshof zieht in Erwägung :

1. — Grunder hat sich beim Überfall durch die Brüder Arn passiv verhalten und ist gegen sie in keiner Weise tötlich geworden. Art. 133 StGB, der mit Strafe bedroht, wer sich an einem Raufhandel beteiligt, trifft daher nicht zu. Raufhandel ist tätlicher Streit zwischen mehreren Personen. Dass bei jeder Streitpartei eine Mehrheit von Personen vorhanden sei, ist nicht erforderlich; es kann auch einer allein gegen zwei oder mehrere stehen. Aber jede Seite muss aktiv am Streite beteiligt sein. Wo eine Partei von der anderen angegriffen wird, ohne irgendwie tötlich auf den Angriff zu reagieren, sei es, weil sie nicht den Willen oder weil sie nicht die Möglichkeit dazu hat, kann nicht von einem Raufhandel gesprochen werden. In einem solchen Falle liegt Tötlichkeit (Art. 126) oder, je nach dem Ausgange, ein Körperverletzungs- (Art. 122 ff.)

oder Tötungsdelikt (Art. 111 ff.) vor. Zum Raufen gehört begriffsnotwendig, dass Stösse, Schläge u. s. f. hin- und zurückgegeben werden. Man kann nicht mit einem raufen, der sich nicht darauf einlässt, sondern passiv bleibt oder den Angriff bloss abwehrt. So wird das Wort raufen im täglichen Leben verstanden, und es ist nicht ersichtlich, dass damit in Art. 133 StGB etwas anderes gemeint wäre.

Der Beschwerdeführer beruft sich auf den Wortlaut dieser Bestimmung, wonach straflos bleibe, wer bloss abwehre oder die Streitenden scheidet. Das wäre nach seiner Auffassung unverständlich, wenn der Vorsatz, aktiv mitzumachen, zum Begriff des Raufhandels gehörte; denn wer bloss abwehre oder die Streitenden scheidet, wäre dann gar nicht am Raufhandel « beteiligt ». Hierin liegt eine *petitio principii*. Allerdings ist nach dem Wortlaut von Art. 133 am Raufhandel an sich auch beteiligt, wer bloss abwehrt oder scheidet. Aber die Beteiligung am Raufhandel setzt voraus, dass ein solcher überhaupt vorliegt, und das ist nach dem Gesagten eben dann nicht der Fall, wenn der Angegriffene oder die Angegriffenen passiv bleiben oder bloss abwehren. Der Nachsatz « sofern er nicht bloss abwehrt oder die Streitenden scheidet » bezieht sich auf Fälle, wo auf jeder Seite mindestens einer aktiv an den Tätlichkeiten teilnimmt, während andere bloss abwehren oder die Streitenden zu trennen suchen.

Richtig ist hingegen, dass die ratio, welche zur Aufstellung von Art. 133 geführt hat, nämlich die Schwierigkeit, bei Verletzung oder Tötung eines Beteiligten den Urheber festzustellen, auch dann zutreffen kann, wenn zwar die angegriffene Seite sich passiv verhalten hat, auf der Seite der Angreifer aber mehrere Personen beteiligt sind. Die ratio ist jedoch für die Auslegung einer Strafbestimmung nicht allein massgebend. Sie erlaubt nicht, Fälle darunter zu subsumieren, die nach dem allgemein anerkannten Wortsinn nicht darunter fallen.

Wo zwei oder mehrere Personen einen Dritten oder Dritte in einer Weise angreifen, dass die angegriffene Partei nicht zum Dreinschlagen kommt, wird man es übrigens regelmässig mit einem verabredeten Überfall zu tun haben, bei dem die einzelnen Angreifer als Mittäter beteiligt sind. Dann werden sie trotz alleiniger Anwendbarkeit der Bestimmungen über Körperverletzung oder Tötung zum mindesten nicht milder bestraft werden, als wenn Raufhandel vorläge und infolgedessen Art. 133 allenfalls mitanwendbar wäre. Das zeigt auch der vorliegende Fall.

Ebensowenig spricht für die Auffassung des Beschwerdeführers, dass Raufhandel von Amtes wegen, einfache Körperverletzung (Art. 123 StGB) nur auf Antrag verfolgbar ist. Gerade dann, wenn der Verletzte selber nicht tötlich geworden ist und deshalb von der Eröffnung eines Strafverfahrens über den Vorfall nichts zu befürchten hat, wird er den Strafantrag stellen, während dort, wo alle am Kampf aktiv beteiligt waren, ein Antrag normalerweise weniger zu erwarten ist und sich daher angesichts der Gefährlichkeit solcher Schlägereien die Verfolgung von Amtes wegen rechtfertigt.

2. — Hat somit die Vorinstanz den Tatbestand des Raufhandels mit Recht verneint, so kann dahingestellt bleiben, ob und wie weit andernfalls Art. 133 neben Art. 123 in Idealkonkurrenz anwendbar wäre.

Demnach erkennt der Kassationshof :

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

**35. Arrêt de la Cour de cassation pénale du 19 mai 1944
dans la cause Ayyaleng
contre Ministère public du Canton de Genève.**

1. Le pourvoi en nullité est recevable contre les prononcés de la juridiction cantonale supérieure qui renvoient la cause aux premiers juges, et cela aussi sur les points où le jugement de première instance a été confirmé. (Art. 268 PPF.)