

**21. Arrêt de la Cour de cassation pénale du 18 avril 1947**  
dans la cause **Perdrisat** contre **Ministère public** du canton **Vaud**.

*Art. 31 CP.* Les proches du lésé n'ont pas qualité, après son décès, pour retirer une plainte portée par lui.

*Art. 31 StGB.* Die Angehörigen des Verletzten sind nicht befugt, nach seinem Tode den von ihm gestellten Strafantrag zurückzuziehen.

*Art. 31 CP.* I congiunti del leso non hanno veste per desistere, dopo il suo decesso, da una querela ch'egli ha sporta.

A la fin de juillet 1946, alors qu'il était ivre, Edmond Perdrisat a menacé de sa baïonnette son frère Charles, qui a porté plainte. Traduit devant le Tribunal de police correctionnelle du district d'Yverdon, il a été condamné, le 10 janvier 1947, en vertu des art. 180 et 44 CP, à trois mois d'emprisonnement, avec renvoi subséquent dans un asile pour buveurs, bien que la veuve de Charles Perdrisat, décédé le 5 septembre 1946, eût déclaré, à l'audience, qu'elle retirait la plainte.

La Cour de cassation vaudoise a maintenu ce prononcé, le 10 février 1947.

Edmond Perdrisat se pourvoit en nullité au Tribunal fédéral.

*Considérant en droit :*

D'après le recourant, si le droit de plainte passe à chacun des proches du lésé défunt, il doit en être de même du droit de retirer la plainte.

Il est vrai que, en dépit de son caractère personnel, le droit de porter plainte passe à chacun des proches du lésé, mais seulement si ce dernier meurt sans l'avoir exercé et sans avoir expressément renoncé à le faire (art. 28 al. 4 CP). Lorsque le lésé a, par sa plainte ou sa renonciation expresse, décidé lui-même s'il faut ou non poursuivre, ses proches, après son décès, ne disposent pas de l'action publique. Or, ils en disposeraient s'il leur était loisible de retirer une plainte déposée par lui. Il ressort au contraire de l'art. 31

qu'une plainte ne peut être retirée que par son auteur : « Celui qui aura retiré sa plainte ne pourra la renouveler ». Les textes allemand et italien ne sont pas moins clairs (« Der Berechtigte kann seinen Strafantrag zurückziehen... », « Wer seinen Strafantrag zurückgezogen hat... », « Zieht der Berechtigte seinen Strafantrag gegenüber einem Beschuldigten zurück ... », « Ogni querelante può desistere dalla querela ... »). Un proche peut donc retirer sa propre plainte, mais non celle du lésé défunt.

En l'espèce, d'ailleurs, Charles Perdrisat avait non seulement porté plainte lui-même, mais, à l'audience du 9 août 1946, exprimé sa nette volonté de ne pas abandonner l'action publique. Quant à la prétention de sa veuve de retirer la plainte, le procureur général relève, dans son préavis du 30 janvier 1947, que, devenue la maîtresse de l'accusé, elle n'a cherché qu'à soustraire son amant à une condamnation. Ces circonstances montrent les inconvénients qu'il pourrait y avoir à permettre aux proches de retirer, après la mort du lésé, une plainte portée par lui. Cela confirme la justesse de la solution adoptée par le législateur.

*Par ces motifs, le Tribunal fédéral*

rejette le pourvoi.

**22. Urteil des Kassationshofes vom 7. März 1947 i. S. Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt gegen Schmidlin.**

*Art. 41 Ziff. 1 StGB.* Voraussetzungen des bedingten Strafvollzuges.

*Art. 41 ch. 1 CP.* Conditions du sursis.

*Art. 41, cifra 1 CP.* Condizioni della sospensione condizionale della pena.

A. — Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt verurteilte Schmidlin am 15. Januar 1947 wegen fahrlässiger Störung des öffentlichen Verkehrs und fahrläs-

siger Tötung zu drei Monaten Gefängnis und büsste ihn mit zweihundert Franken, weil er am 3. Mai 1946 mit einem Personenautomobil einen Menschen (den Knecht Vinzenz Hügin) überfahren und getötet hatte. Im Gegensatz zur ersten Instanz (Strafgericht) schob es den Vollzug der Strafe auf mit einer Probezeit von fünf Jahren. Dem Grade des (in der Tat schweren) Verschuldens, so wird in den Erwägungen ausgeführt, könne in dieser Frage, entgegen der Auffassung des Strafgerichts, keine entscheidende Bedeutung zukommen. Wenn die in Art. 41 StGB aufgezählten Voraussetzungen erfüllt seien, so müsse nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes der bedingte Strafvollzug gewährt werden, selbst wenn noch so beachtliche kriminalpolitische Erwägungen dagegen sprechen. Das Strafgericht habe die Rechtswohltat freilich in erster Linie abgelehnt, weil die anlässlich des Unfalls bewiesene Rücksichtslosigkeit, die draufgängerische Charakterveranlagung des Verurteilten und seine mangelnde Einsicht nicht erwarten liessen, dass er durch eine bedingte Strafe künftig von ähnlichen Vergehen abgehalten werde. Doch könne diese Prognose nicht aufrechtgehalten werden. Dass Schmidlin sich im Aktivdienste unter den dortigen besonderen Verhältnissen als forscher Unteroffizier zeigte, vermöge ihn nicht zu belasten. Die schlechte Auskunft seines Fahrlehrers, mit dem er in einem Forderungsprozess stehe, sei nicht objektiv. Im übrigen habe Schmidlin einen guten Leumund. Ein offener Schaden bestehe nicht mehr; er sei durch Versicherungsleistungen gedeckt. Bei der Einnahme vor Appellationsgericht habe der Verurteilte die Schwere seines Verschuldens eingesehen. Diese freilich späte Reue trage den Stempel der Aufrichtigkeit.

B. — Die Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt ficht das Urteil des Appellationsgerichts insoweit mit Nichtigkeitsbeschwerde an, als es die Gefängnisstrafe bedingt vollziehbar erklärt hat. Sie hält die Auffassung, dass beim Vorliegen der in Art. 41 StGB genannten Voraussetzungen der bedingte Vollzug gewährt werden

müsse und dass es auf den Grad des Verschuldens nicht entscheidend ankomme, für bundesrechtswidrig.

C. — Schmidlin beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen.

*Der Kassationshof zieht in Erwägung :*

1. — Nach Art. 41 Ziff. 1 StGB kann der Richter den Vollzug einer Gefängnisstrafe von nicht mehr als einem Jahr oder einer Haftstrafe (Abs. 1) aufschieben, wenn (Abs. 2) Vorleben und Charakter des Verurteilten erwarten lassen, er werde durch diese Massnahme von weiteren Verbrechen oder Vergehen abgehalten, wenn überdies (Abs. 3) der Verurteilte innerhalb der letzten fünf Jahre weder in der Schweiz noch im Auslande wegen eines vorsätzlichen Verbrechens oder Vergehens eine Freiheitsstrafe verbüsst hat und wenn (Abs. 4) er den gerichtlich oder durch Vergleich festgestellten Schaden, soweit es ihm zuzumuten war, ersetzt hat.

Im wesentlichen gleich lautete schon Art. 335 BStP. Das Bundesgericht nahm an, selbst beim Zutreffen der im Gesetz genannten Voraussetzungen stehe die Gewährung des bedingten Strafvollzuges immer noch im (pflichtgemässen) Ermessen des Richters (BGE 61 I 446 ; 63 I 265). Gleich legt das Militärkassationsgericht den ebenfalls ähnlich lautenden Art. 32 MStG aus (MKGE 2 No. 11, 31 ; 3 No. 81, 97 ; 4 No. 60, 75). Ob auch Art. 41 StGB es gestatte, den bedingten Strafvollzug « ausnahmsweise » noch von weiteren Erfordernissen abhängen zu lassen, hat das Bundesgericht bisher offen gelassen (BGE 68 IV 81). Nach dem klaren Wortlaut der Vorschrift und dem durchwegs festgehaltenen Sprachgebrauch des Gesetzes muss die Frage bejaht werden. Wo das StGB an einen Tatbestand eine bestimmte Rechtsfolge zwingend, für den Richter bindend knüpfen will, drückt es sich stets auch sprachlich entsprechend, in Form eines Gebotes aus (« so ordnet der Richter an », « so verfügt der Richter », usw.). Auch in Art. 41 Ziff. 1 würde das zweifellos geschehen sein, wenn

den darin aufgezählten Voraussetzungen des bedingten Strafaufschubes jene Bedeutung zukäme. Die Wendung « kann » lässt nur die Deutung zu, dass auch beim Vorliegen dieser Voraussetzungen dem Richter ein gewisses Ermessen bleiben soll.

Freilich ist es kein völlig freies, ungebundenes. Schon aus der eingehenden gesetzlichen Ordnung der Erfordernisse, die erfüllt sein müssen, damit der bedingte Strafvollzug gewährt werden kann, ergibt sich, dass es nicht zulässig sein kann, daneben noch weitere allgemeine Voraussetzungen aufzustellen, bei deren Fehlen er schlechthin zu verweigern wäre; so z. B. ihn allgemein für bestimmte Kategorien von Vergehen wegen ihrer Art oder Häufigkeit (aus Gründen der Generalprävention) abzulehnen oder schon allein wegen irgend einer Vorstrafe, auch wenn sie nicht verbüsst worden ist oder die Verbüsung mehr als fünf Jahre zurückliegt oder sie zwar innerhalb der letzten fünf Jahre erstanden wurde, aber nur ein fahrlässiges Vergehen betraf, oder bloss weil ein in seinem Betrage ungewisser und weder gerichtlich noch durch Vergleich festgestellter Schade nicht gedeckt worden ist. Indem das Gesetz die Massnahme bei allen Haftstrafen und allen Gefängnisstrafen, die ein Jahr nicht übersteigen, zulässt, ohne Unterscheidung danach, wofür sie ausgesprochen wurden, Vorstrafen und Unterlassung der Schadensdeckung nur in den durch Art. 41 Ziff. 1 Abs. 3 und 4 umschriebenen Fällen als einen absoluten Verweigerungsgrund behandelt, hat es zugleich auch darüber hinausgehenden allgemeinen Erfordernissen nach den bezeichneten Richtungen einen Riegel gestossen. Wenn andere Gründe als die im Gesetz aufgezählten für die Verweigerung entscheidend sein sollen, so können sie nur den Umständen des konkreten Falles und den persönlichen Verhältnissen gerade dieses Täters entnommen werden. Auch dürfen sie dem Sinn und Geist des Gesetzes, dem Grundgedanken der Einrichtung des bedingten Strafvollzuges nicht widersprechen, der dahin geht, den Täter schon durch die in der

ausgesprochenen Strafe liegende Warnung zu bessern, wenn dafür begründete Aussicht besteht und er diese Behandlung nach seiner Persönlichkeit verdient. In diesem Rahmen steht ihrer Berücksichtigung nichts entgegen, wenn sich die darauf gestützte Entscheidung sachlich vertreten lässt.

Das Bundesgericht hat es denn auch stets als zulässig erklärt, neben dem Vorleben des Täters und dem, was sonst über seinen « Charakter » bekannt ist, auch die besonderen Umstände der Tat, ihre Beweggründe und das Verhalten des Täters nach der Tat (im Strafverfahren) heranzuziehen und danach den Strafaufschub u. a. zu verweigern: wenn die Tat der Ausfluss einer bestimmten Überzeugung ist und nach dem ganzen Verhalten des Täters nicht angenommen werden kann, er werde sich von dieser abbringen lassen (BGE 68 IV 77, 81), oder wenn die Tat von einer besonderen Missachtung der Interessen anderer zeugt (68 IV 77) oder der Verurteilte kurz nach dem Ablauf der Probezeit für eine bedingt ausgesprochene Strafe wieder ein gleiches Vergehen begangen hat (69 IV 200) oder nichts unternommen hat, um den noch nicht durch Urteil oder Vereinbarung festgestellten Schaden wenigstens in dem von vorneherein sicheren Betrage zu decken (70 IV 106) und sich so für die Folgen seiner Tat völlig gleichgültig zeigt, oder wenn er keine Einsicht in die Verwerflichkeit seiner an sich zugestandenen Handlungsweise bekundet (Urteil vom 20. September 1946 i. S. Simonin, s. auch 69 IV 113: fortgesetztes verantwortungsloses und verabscheuenswürdiges Verhalten verbunden mit Einsichtslosigkeit). Es wurden darin Anzeichen eines Charakters erblickt, der eine bessernde Wirkung des bedingten Strafvollzuges nicht erwarten lasse.

Doch ist nicht zu verkennen, dass dies vielfach dem sonst anerkannten Begriffe des Charakters nicht entspricht, als der seelischen Eigenart (Individualität) eines Menschen, wie sie *allgemein* in seinem Verhalten gegenüber an ihn herantretenden äusseren Umständen zu Tage tritt,

und dass dabei aus Vorgängen auf einen « Charakterfehler » geschlossen wird, welche diesen Schluss ohne eine Verschiebung des Begriffs nicht oder doch nur mit einem gewissen Zwang zulassen.

Richtiger ist es, darin Tatsachen zu sehen, welche die Verweigerung des bedingten Strafvollzuges auch dann rechtfertigen können, wenn er durch Art. 41 Ziff. 1 Abs. 2-4 nicht ausgeschlossen wäre, weil sie die Gewähr für die bessernde Wirkung einer bedingt ausgesprochenen Strafe nicht als gegeben erscheinen lassen. Wo für die Verweigerung solche Gründe angerufen werden können, ist es auch nicht unstatthaft, daneben unterstützend generalpräventive Überlegungen heranzuziehen, die Erwägung, dass die Häufigkeit und besondere Gefährlichkeit eines bestimmten strafbaren Verhaltens es gebiete, an die Beurteilung der Aussichten, welche der Täter für künftiges Wohlverhalten bietet, einen besonders strengen Massstab anzulegen. Die Entscheidung darf nur nicht ausschliesslich oder vorwiegend auf solche Überlegungen gestützt werden (BGE 70 IV 2). Ob es darüber hinaus angehe, auch wenn jene günstige Prognose gegeben wäre, den bedingten Aufschub ausnahmsweise einmal unter ganz besonderen Verhältnissen dennoch abzulehnen, so weil die begleitenden Umstände der Tat derart seien, dass dem allgemeinen Rechtsbewusstsein, auch einem geläuterten, nur eine wirkliche Sühne Genüge tun könne, mag dahingestellt bleiben. Im vorliegenden Falle stellt sich diese Frage nicht.

2. — Das Appellationsgericht hat dem Verurteilten den bedingten Strafvollzug deshalb bewilligt, weil es der Meinung war, er müsse nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gewährt werden, sobald die im Gesetz bestimmten Voraussetzungen zutreffen, und weil danach auch die durch die Tat bekundete besondere Rücksichtslosigkeit, die es selbst bei Erörterung des Strafmasses feststellte, nur zur Verweigerung führen dürfte, wenn sie als Ausfluss eines auch sonst schon zu Tage getretenen Charakterzuges

im oben umschriebenen eigentlichen Sinne des Begriffes erschiene. Da beides nicht zutrifft, ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zu neuer Beurteilung auf Grund der vorstehenden Erwägungen an das Appellationsgericht zurückzuweisen. Nach den tatsächlichen Feststellungen des Strafgerichts, die im zweitinstanzlichen Urteil übernommen werden, fuhr Schmidlin von Anfang an mit weit übersetzter Geschwindigkeit, 60-70 km, wahrscheinlich noch mehr, innerorts auf einer Strasse mit vielen Ein- und Ausfahrten; als er den Fuhrmann und das von ihm geführte Pferd gewahrte, der sich von der rechten Strassen- seite nach der Mitte der Strasse bewegte, um zum linksseitigen Trottoir und der dortigen Hofeinfahrt zu gelangen, steigerte er diese Geschwindigkeit noch (« gab Gas »), um womöglich im letzten Augenblick auf der linken Strassen- hälfte an dem Manne vorbeizufahren (wie er sich nach dem Unfall ausdrückte in der Meinung, es werde dazu « noch reichen »), und bremste erst, als er einsah, dass ihm das nicht mehr gelingen werde. Eine derart rücksichtslose Fahrweise kann aber zur Verweigerung des bedingten Strafvollzuges führen: dem Sachrichter kann nicht verwehrt werden, darin den Beweis einer Skrupellosigkeit, Hemmungslosigkeit zu sehen, die ihm, selbst wenn sie früher nicht zu Tage getreten war, das Vertrauen nicht gibt, der Verurteilte werde auch ohne effektive Strafe künftig ähnlichen Versuchungen widerstehen, wie sie an ihn als Motorfahrzeugführer täglich herantreten können. Es muss dem Appellationsgericht überlassen bleiben, den Tatbestand auf dieser rechtlichen Grundlage nach seinem pflichtgemässen Ermessen zu würdigen. Dass der Verurteilte vor zweiter Instanz erklärte, sein Verhalten zu bereuen, würde jene negative Beurteilung der Besserungs- aussichten nicht ausschliessen. In der Untersuchung und noch vor Strafgericht hat Schmidlin keinerlei Einsicht gezeigt, sondern im Gegenteil seine unverantwortliche Fahrweise als zulässig hinzustellen versucht. Die Einsicht ist ihm erst nach der vom Strafgericht ausgesprochenen

unbedingten Verurteilung gekommen. Nur nebenbei mag noch bemerkt werden, dass nicht nur der Fahrlehrer bei den angestellten polizeilichen Erhebungen Schmidlin als einen unbeherrschten, draufgängerischen Fahrer bezeichnet hat.

*Demnach erkennt der Kassationshof :*

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 15. Januar 1947 insoweit aufgehoben, als es den Vollzug der Gefängnisstrafe bedingt aufgeschoben hat, und die Sache zu neuer Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**23. Arrêt de la Cour de cassation pénale du 28 mars 1947 dans la cause Panchaud contre Ministère public du canton de Vaud.**

*Sursis.* Conditions de son octroi. Pouvoir d'appréciation du juge.

*Bedingter Strafvollzug.* Voraussetzungen. Ermessen des Richters.

*Sospensione condizionale della pena.* Condizioni. Apprezzamento del giudice.

A. — Le 25 juillet 1946, André Panchaud a fréquenté divers établissements publics, où il a consommé 12 ou 13 bitters, tout en restant à jeun depuis son petit déjeuner. Vers 20 h., alors qu'il était sinon complètement ivre, du moins sous l'effet manifeste de l'alcool, il prit le volant de sa voiture, à Oron, pour se rendre à Châtillens. Il dépassa un cavalier, qui descendait le long du bord droit de la route, et il emprunta, pour ce faire, le tiers droit de la partie gauche de la route. A cet instant, le motocycliste Gobet, qui roulait en sens inverse, dans la direction d'Oron, se trouvait à environ 45 m. plus bas, circulant sur la gauche de la partie droite de la route. Se rendant compte qu'il allait à la rencontre du motocycliste, Panchaud donna un violent coup de frein et un coup de volant à droite, qui eurent pour effet de faire déraiper l'arrière de l'automobile.

bile. Celle-ci se trouva en travers du chemin du motocycliste, qui roulait sur la partie de la route qui lui était réservée. La motocyclette entra en collision avec le flanc gauche de l'automobile et Gobet fut projeté sur le bord de la route où il mourut quelques instants plus tard. Il s'est révélé que le frein à main de la voiture de Panchaud était inutilisable.

B. — Par jugement du 4 novembre 1946, le Tribunal de police correctionnelle du district d'Oron, appliquant les art. 117 CP, 17, 58 et 59 LA et 12 RA, a condamné André Panchaud à vingt jours d'emprisonnement sans sursis. Il considère, en substance, ce qui suit :

L'accusé a conduit son véhicule alors qu'il était pris de boisson. Ce fait explique qu'il n'ait pas été maître de sa voiture et qu'il se soit comporté de la manière décrite. Il s'est ainsi rendu coupable d'homicide par imprudence. Il a en outre contrevenu aux prescriptions sur le maintien en état de marche des véhicules à moteur.

*Quant au sursis :* Bien qu'il reconnaisse avoir passé toute la journée d'un café à l'autre et avoir bu, sans rien manger, 12 ou 13 apéritifs, l'accusé s'est refusé à convenir que ce n'était pas là le fait d'un conducteur prudent et consciencieux. Cette attitude montre qu'à la première occasion, l'accusé recommencera à boire plus que de raison et à jeun, et conduira de nouveau son automobile dans cet état. Dans ces conditions, le Tribunal a la conviction qu'une peine avec sursis ne saurait le détourner de la récidive. Par ailleurs, comme, d'après l'arrêt Läubli (RO 72 IV 50), le bénéficiaire du sursis ne brave pas de propos délibéré la mise en garde reçue en commettant un nouveau délit par négligence, il se trouve que le sursis, faute de menace de l'exécution de la peine, ne saurait détourner quelqu'un de commettre un tel délit, par ex. un délit de circulation. De plus, avec l'extension toujours plus considérable de la circulation, d'une part, et le développement de la technique automobile, d'autre part, les accidents de la route se multiplient à une cadence inquié-