

zurückgewiesen, weil die vom Obergericht angerufenen Tatsachen für den daraus gezogenen Schluss nicht in Betracht kommen könnten. Zur Frage des weiteren Verfahrens sprach er sich folgendermassen aus :

Dem Obergericht muss anheimgestellt bleiben, ob es sich bei der neuen Entscheidung mit der Feststellung begnügen will, dass aus den vorliegenden Akten, abgesehen von den nach dem Gesagten ausser Betracht fallenden Tatsachen, etwas Nachteiliges über den Beschwerdeführer nicht hervorgeht, oder ob es der Frage des übrigen Verhaltens des Beschwerdeführers noch näher nachgehen will. Entschliesst es sich für das zweite, so ist es nicht darauf beschränkt, von Amtes wegen hierüber noch Erhebungen anzustellen. Es darf vom Beschwerdeführer verlangen, dass er den Beweis für die in Frage stehende gesetzliche Voraussetzung der Löschung, im Rahmen des Möglichen, durch Beibringung der dazu geeigneten Unterlagen, Zeugnisse und Bescheinigungen selbst antritt. Das folgt, obwohl das StGB keine dem Art. 229 MStG entsprechende ausdrückliche Vorschrift enthält, schon daraus, dass die Löschung nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Gesuch des Verurteilten hin zu verfügen ist. Wo das Gesetz den Eintritt einer Rechtsfolge derart an ein besonderes Gesuch knüpft und für die Anordnung dieser Folge bestimmte sachliche Voraussetzungen aufstellt, liegt es nach allgemeinen Grundsätzen dem Gesuchsteller auch ob, diese Voraussetzungen zu belegen. Immerhin sollen die Anforderungen in dieser Beziehung nicht zu weit gehen, und es darf dem Gesuchsteller nicht praktisch Unerfüllbares zugemutet werden (s. auch Entscheidungen des Militärkassationsgerichts III Nr. 18 und S. 162).

### 19. Urteil des Kassationshofes vom 24. September 1948 i. S. Rohrbach gegen Generalprokurator des Kantons Bern.

1. *Art. 123 Ziff. 1, Art. 18 Abs. 2 StGB.* Eventualvorsatz der einfachen Körperverletzung durch Faustschlag ins Gesicht (Erw. 1).
2. *Art. 123 Ziff. 3 StGB.*
  - a) Wann kann der Täter den Tod als Folge der Körperverletzung voraussehen ? (Erw. 2).
  - b) Vorausssehbarkeit des Todes als Folge eines Faustschlages ins Gesicht verneint (Erw. 3).
3. *Art. 123 Ziff. 2 StGB.* Wann kann der Täter eine schwere Körperverletzung voraussehen ? (Erw. 4).
4. *Art. 28 Abs. 5 StGB.* Wann hat der Antragsberechtigte ausdrücklich auf den Strafantrag verzichtet ? (Erw. 5).

1. *Art. 123 ch. 1 et 18 al. 2 CP.* Dol éventuel en cas de lésions corporelles simples causées par un coup de poing au visage (consid. 1).
  2. *Art. 123 ch. 3 CP.*
    - a) Quand l'auteur peut-il prévoir la mort comme conséquence de la lésion ? (consid. 2).
    - b) En l'espèce, la mort résultant d'un coup de poing au visage n'était pas prévisible (consid. 3).
  3. *Art. 123 ch. 2 CP.* Quand l'auteur peut-il prévoir des lésions corporelles graves ? (consid. 4).
  4. *Art. 28 al. 5 CP.* Quand l'ayant droit a-t-il expressément renoncé à porter plainte ? (consid. 5).
1. *Art. 123 cifra 1 e art. 18 cp. 2 CP.* Dolo eventuale in caso di lesioni semplici causate da un pugno sul viso (consid. 1).
  2. *Art. 123 cifra 3 CP.*
    - a) Quando l'autore può prevedere la morte quale conseguenza della lesione ? (consid. 2).
    - b) Nella fattispecie, la morte in seguito ad un pugno sul viso non era prevedibile (consid. 3).
  3. *Art. 123 cifra 2 CP.* Quando l'autore può prevedere delle lesioni gravi ? (consid. 4).
  4. *Art. 28 cp. 5 CP.* Quando l'avente diritto ha espressamente rinunciato a sporgere querela ? (consid. 5).

A. — Wegen einer Bemerkung, die Arthur Duft am Abend des 29. August 1947 in einem Wirtshaus gegenüber Alfred Bühlmann machte, drückte letzterer laut sein Missfallen aus. Dadurch wurde zuerst Gottfried Rohrbach, der am Tische des Duft sass, und nachher der angetrunkene Walter Gerber vom Tische des Bühlmann bewogen, sich einzumischen. Gerber tat es in der Weise, dass er, nachdem Rohrbach schon wieder ruhig war, dreimal zu Duft ging,

mit den Händen herumfuchtelte und Duft seine Meinung sagte. Die beiden ersten Male wurde Gerber von Duft am Halse gepackt, dann durch den Küchenchef Bachmann von seinem Gegner getrennt und an seinen Platz zurückgeführt. Beim dritten Male griff Rohrbach ein, indem er, nachdem ihn Gerber wahrscheinlich mit den fuchtelnden Händen berührt hatte, plötzlich aufstand und Gerber einen brutalen Faustschlag von mittlerer Wucht auf den Mund versetzte. Gerber, ein fünfundfünfzigjähriger leicht gebauter Mann, dessen Standfestigkeit möglicherweise etwas herabgesetzt war, weil ein alter Blutungsherd im Kleinhirnmark bei ihm Neigung zu Koordinationsstörungen erzeugt haben kann, stürzte mit gestrecktem Körper auf den Rücken, als ob er Scharniere an den Absätzen hätte. Er erlitt nicht nur Quetschungen an Mund, Kinn und Hinterhaupt und eine Hirnerschütterung, die ihn für einige Minuten bewusstlos machte, sondern durch Schleuderwirkung beim Sturz ausserdem feine Zerreibungen der weichen Hirnhaut, leichte Quetschungen der Hirnrinde und Zerrungen am Hirnbalken, die durch eine Blutung unter die harte Hirnhaut mit nachfolgendem Hirndruck am 3. September 1947 zu seinem Tode führten. Das Ableben des Verletzten wurde durch eine sich entwickelnde posttraumatische Broncho-Pneumonie beschleunigt.

B. — Am 1. September 1947 verlangte der Schwiegersohn Gerbers in dessen Namen die Bestrafung Rohrbachs wegen Körperverletzung, und am 10. September 1947 stellte auch die Witwe des Verletzten für sich und ihre minderjährigen Kinder Strafantrag.

Das Obergericht des Kantons Bern, das am 8. Juli 1948 als Appellationsinstanz urteilte, führte aus, dass der Angeeschuldigte nur den direkten Vorsatz gehabt habe, gegen Gerber tötlich zu werden, und den Eventualvorsatz, ihm eine einfache Körperverletzung zuzufügen. Den Tod Gerbers als Folge des Faustschlages habe er nicht gewollt, aber voraussehen können. Es hielt dem Angeschuldigten

zugute, dass er durch Zorn über eine ungerechte Reizung zur Tat hingerissen worden sei, und verurteilte ihn gestützt auf Art. 123 Ziff. 3 und Art. 64 StGB zu einer bedingt vollziehbaren Gefängnisstrafe von sechs Monaten.

C. — Rohrbach führt gegen dieses Urteil Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrage, es sei aufzuheben und er sei freizusprechen. Er macht geltend, er habe den Tod Gerbers nicht voraussehen können. Nach Art. 124 StGB könnte er nur für das bestraft werden, was er verursachen wollte. Das sei eine Tötlichkeit im Sinne von Art. 126 StGB. Weder nach Art. 126 noch nach Art. 123 Ziff. 1 StGB dürfe er aber verurteilt werden, weil ein gültiger Strafantrag fehle. Der Verletzte habe sich nämlich nach dem Vorfall mit ihm ausgesöhnt; man habe sich gegenseitig die Hand gegeben und sich entschuldigt. Gerber habe den Beschwerdeführer sogar zu einer Flasche Wein zu sich nach Hause eingeladen.

D. — Der Generalprokurator des Kantons Bern verzichtet auf Gegenbemerkungen.

*Der Kassationshof zieht in Erwägung:*

1. — Das Obergericht geht davon aus, dass der Beschwerdeführer eine einfache Körperverletzung zwar nicht als sicher, aber als möglich vorausgesehen habe und für den Fall, dass sie eintrete, damit einverstanden gewesen sei. Auf diesen Willen schliesst es, weil sich dem Beschwerdeführer ein solcher Erfolg als so wahrscheinlich aufgedrängt habe, dass sein Handeln nur dahin ausgelegt werden könne, er habe ihn gebilligt. Diese Würdigung verkennt den Begriff des Eventualvorsatzes nicht (BGE 69 IV 80). Der Beschwerdeführer weiss ihr denn auch nichts entgegenzuhalten als die Behauptung, er habe, plötzlich reagierend, bloss abwehren wollen, nachdem er von Gerber einen leichten Schlag erhalten habe. Wer indes, gleichgültig ob in der Abwehr oder im Angriff, dem Gegner mit brutaler Wucht die Faust ins Gesicht schlägt, sieht die Möglichkeit von zum mindesten einfachen Verletzungen

so nahe vor sich, dass er sie billigt. Bedeutsame Quetschungen im Gesicht, wenn nicht sogar Brüche an Kiefer, Zähnen oder Nasenbein, sind das Wenigste, was er als wahrscheinliche Folge des Schlages voraussieht. Dass der Beschwerdeführer im Zorne gehandelt hat, ändert nichts. Gerade weil er zornig war, kann es ihm recht gewesen sein, den Geschlagenen allenfalls im Gesicht zu verletzen.

2. — Der Beschwerdeführer hat seinen Gegner nicht nur verletzt, sondern, ohne es zu wollen, getötet. Nach Art. 123 Ziff. 3 StGB ist auf seine Tat verschärfte Strafe angedroht, wenn er den Tod voraussehen konnte.

Wer den Erfolg nicht voraussieht, ihn aber voraussehen kann, führt ihn fahrlässig herbei. Das hat das Bundesgericht bereits in Auslegung von Art. 119 Ziff. 3 StGB gesagt (BGE 69 IV 229). Dabei hat der Täter wie immer, wenn das Gesetz eine fahrlässige Tat strafbar erklärt, an sich für jede, nicht bloss für bewusste oder bloss für grobe Fahrlässigkeit einzustehen. Allein wer den Tod eines Menschen als Folge einer vorsätzlichen einfachen Körperverletzung « voraussehen kann », handelt doch nicht schlechthin in gleicher Lage wie jemand, der ihn in einer nach den Umständen und seinen persönlichen Verhältnissen pflichtwidrigen Unvorsichtigkeit nicht bedenkt oder nicht berücksichtigt (vgl. Art. 18 Abs. 3 StGB). Das ergibt sich aus der hohen Mindeststrafe von einem Jahr Gefängnis, die Art. 123 Ziff. 3 androht. Dieses Mass wäre nicht zu verstehen, wenn es angewendet werden müsste, sobald dem Täter eine auch noch so entfernte Möglichkeit der Tötung erkennbar war. Auf fahrlässiger Tötung allein steht ja bloss Busse oder Gefängnis von drei Tagen bis zu drei Jahren (Art. 117 StGB), und auch die vorsätzliche einfache Körperverletzung kann mit der Mindeststrafe von drei Tagen Gefängnis, in leichten Fällen sogar mit Haft oder Busse abgegolten werden (Art. 123 Ziff. 1 Abs. 1, Art. 66 StGB). Da kann es nicht der Wille des Gesetzes sein, die einfache Körperverletzung mit

mindestens einem Jahr Gefängnis zu sühnen, sobald sie ideell mit einer durch leichteste Fahrlässigkeit herbeigeführten Tötung zusammentrifft. Das widerspräche dem Grundsatz des Art. 68, der beim Zusammentreffen strafbarer Handlungen zwar die Erhöhung der Strafe verlangt, aber das Mass der Erhöhung in das freie Ermessen des Richters stellt. Freilich ist Art. 117 in erster Linie auf die Fälle abgestimmt, in denen jemand bei einer an sich erlaubten Handlung (Verkehr auf der Strasse usw.) unvorsichtig ist, während Art. 123 Ziff. 3 die Fälle trifft, in denen die fahrlässige Tötung die Folge vorsätzlicher Begehung einer strafbaren Handlung (vorsätzliche Körperverletzung) ist. Allein diesem Unterschiede vermöchte eine nach der allgemeinen Regel des Art. 68 verschärfte Strafe auch Rechnung zu tragen. Wenn das Gesetz es dabei nicht hat bewenden lassen, so erklärt sich das nur daraus, dass es in den Fällen des Art. 123 Ziff. 3 die Voraussehbarkeit des Todes weniger leicht bejaht haben will als in den Fällen des Art. 117 die Fahrlässigkeit. Voraussehbar im Sinne jener Bestimmung ist der Tod nur dann, wenn die Körperverletzung nach ihrer normalen Auswirkung das Leben des Verletzten in eine besondere, erhebliche und naheliegende Gefahr bringt, die der Täter bei Anwendung der nach den Umständen und seinen persönlichen Verhältnissen gebotenen Vorsicht (Art. 18 Abs. 3) erkennen kann. In diesem Sinne hat das Bundesgericht auch den Begriff der Voraussehbarkeit nach Art. 119 Ziff. 3 ausgelegt (BGE 69 IV 231).

3. — Ist es nach der Erfahrung des Lebens durchaus möglich, dass jemand durch einen brutalen Faustschlag ins Gesicht, wie ihn der Beschwerdeführer seinem Gegner versetzt hat, getötet werde, so lässt sich doch nicht sagen, dass dieser Erfolg geradezu nahe liege, die Gefahr für das Leben des Geschlagenen eine besondere, erhebliche sei. Der Sachverständige schliesst aus den Verletzungen, die der Getroffene im Gesicht erlitt, der Faustschlag sei ziemlich kräftig, von mittlerer Wucht, brutal, aber nicht

gerade übersetzt gewesen. Dieser Auffassung widerspricht die Vorinstanz nicht. Solche Faustschläge aber werden, im erlaubten Wettkampfe wie im Streite, täglich ausgeteilt, ohne dass sie den Getroffenen zu töten oder auch bloss sein Leben ernstlich in Gefahr zu bringen pflegen. Auch die besonderen Umstände des vorliegenden Falles erlauben keine andere Beurteilung. Dass der Beschwerdeführer ein einundvierzigjähriger grosser, fester, 85 bis 90 kg. schwerer Mann ist, machte seinen Schlag nicht wuchtiger, als er nach der Feststellung des Sachverständigen tatsächlich ausfiel. Das Alter, der leichte Körperbau und die Angetrunkenheit des Gegners sodann mögen erklären, weshalb dieser durch den Schlag zu Fall kam, machten aber den Tod um nichts wahrscheinlicher als für jeden andern Menschen, der unter der Wucht eines Faustschlages auf den Rücken stürzt. Solche Stürze führen normalerweise nicht zum Tode. Auch dann ist es nicht anders, wenn sie in einem geschlossenen Raume erfolgen, in dem Tische, Bänke und dergleichen herumstehen. Tatsächlich hat denn auch Gerber die tödlichen Verletzungen an der weichen Hirnhaut, der Hirnrinde und dem Hirnbalken nicht durch Anschlagen des Kopfes an einen Gegenstand, ja nicht einmal durch das Aufschlagen auf den Boden, sondern allein durch die Schleuderwirkung des Sturzes erlitten. Die Gefahr solcher Auswirkung eines Faustschlages als erheblich zu bezeichnen, widerspräche der Erfahrung des Lebens. Übrigens bleibt offen, ob der Sturz oder dessen Heftigkeit nicht die Folge einer für den Beschwerdeführer nicht erkennbaren Verminderung der Standfestigkeit des Geschlagenen war, weil dieser infolge eines alten Blutungsherdes im Kleinhirnmark möglicherweise unter Koordinationsstörungen gelitten hat.

Art. 123 Ziff. 3 StGB kann mangels Voraussehbarkeit des Todes als Folge der Körperverletzung nicht angewendet werden.

4. — Nicht entschieden ist damit die Frage, ob der Beschwerdeführer eine schwere Körperverletzung (im

Sinne des Art. 122) voraussehen konnte und daher nach Art. 123 Ziff. 2 bestraft werden muss. Hier sind an die Voraussehbarkeit des Erfolges geringere Anforderungen zu stellen, da diese Bestimmung als Mindeststrafe bloss einen Monat Gefängnis androht, den Täter also nicht wesentlich strenger bestraft wissen will, als er auch nach Art. 125 für die fahrlässige Verursachung einer schweren Körperverletzung bestraft werden müsste. Art. 123 Ziff. 2 verlangt nicht, dass die Gefahr, dass der Misshandelte eine schwere Körperverletzung erleide, so erheblich sei und so nahe liege, wie die Gefahr der Tötung im Falle der Ziffer 3. Wenn nach dem normalen Lauf der Dinge die Möglichkeit einer schweren Körperverletzung als Folge der Tat nicht bloss ganz entfernt, sondern in etwelche Nähe gerückt war und der Täter nach den Umständen und seinen persönlichen Verhältnissen die Gefahr erkennen konnte, ist er nach Art. 123 Ziff. 2 zu bestrafen. Da die Vorinstanz die Tatsachen, die von Bedeutung sein können, um den Fall unter diesem Gesichtspunkt zu würdigen, vielleicht noch nicht erschöpfend festgestellt hat, ist ihr die Möglichkeit der Verurteilung nach Art. 123 Ziff. 2 offen zu halten. Dabei wird diese Bestimmung nicht bloss dann anzuwenden sein, wenn der Beschwerdeführer voraussehen konnte, dass sich die Ereignisse bis in alle Einzelheiten so abspielen würden, wie sie sich abgespielt haben, d. h. dass er gerade jene Verletzung verursachen würde, die eingetreten ist. Es genügt, dass er überhaupt eine schwere Körperverletzung als Folge seines Faustschlages in das Gesicht Gerbers voraussehen konnte (vgl. BGE 73 IV 232).

5. — Falls die Voraussetzungen von Art. 123 Ziff. 2 nicht erfüllt sind, ist der Beschwerdeführer nach Art. 123 Ziff. 1 zu bestrafen. Der Strafantrag, den diese Vorschrift voraussetzt, ist gültig gestellt. Ein Verzicht des Verletzten wäre nur beachtlich, wenn er *ausdrücklich* erfolgt wäre (Art. 28 Abs. 5 StGB), d. h. wenn der Verletzte eindeutig und vorbehaltlos erklärt hätte, er sehe ein für allemal

davon ab, die Bestrafung des Täters zu verlangen. Dass diese Voraussetzung erfüllt sei, behauptet der Beschwerdeführer mit Recht nicht.

*Demnach erkennt der Kassationshof :*

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 8. Juli 1948 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**20. Arrêt de la Cour de cassation pénale du 21 juin 1948 dans la cause Chopard contre Ministère public du canton de Neuchâtel.**

1. *Abus de confiance* : Conditions dans lesquelles peut s'opérer la compensation entre la somme détournée et une prétention que l'auteur peut faire valoir contre le lésé (consid. 1).
2. Les alliés (beaux-frères et belles-sœurs) ne sont pas des proches au sens de l'art. 110 ch. 2 CP (consid. 2).
1. *Veruntreuung*. Voraussetzungen, unter denen die hinterzogene Summe mit einer Forderung des Täters gegen den Verletzten verrechnet werden kann (Erw. 1).
2. Verschwägte sind nicht Angehörige im Sinne von Art. 110 Ziff. 2 StGB (Erw. 2).
1. *Appropriazione indebita*. Condizioni in cui la somma appropriata indebitamente può essere compensata con una pretesa dell'autore nei confronti del leso (consid. 1).
2. Gli affini non sono dei congiunti a norma dell'art. 110 cifra 2 CP (consid. 2).

A. — Le recourant Louis Chopard avait un frère, Ami Chopard, qui exploitait une petite fabrique d'horlogerie à Courtelary. Ce dernier est décédé en 1946, laissant comme héritiers sa veuve, Hélène Chopard, son frère Louis Chopard, et deux sœurs. Au nombre des créanciers de la succession, qui est encore indivise, figure, pour une somme de 8091 fr., le recourant Louis Chopard. Depuis la mort de son mari, dame Hélène Chopard a continué seule l'exploitation de la fabrique, qu'elle dirige. Louis Chopard est son employé, moyennant un salaire mensuel fixe de 600 fr. et des commissions variables.

Le 29 septembre 1947, dame Hélène Chopard remit à Louis Chopard une somme de 7400 fr. pour acheter des montres. Mais, au lieu de s'acquitter de ce mandat, Chopard se rendit au Landeron, à la Chaux-de-Fonds, puis à Genève où il dépensa en libations, notes d'hôtels, courses en taxis, etc., l'argent qui lui avait été confié. Lors de son arrestation, le 14 octobre 1947, il avait ainsi dilapidé une somme de 3200 fr. pour son usage personnel.

B. — Par jugement rendu le 30 décembre 1947, le Tribunal correctionnel du district de Neuchâtel a condamné Louis Chopard, pour abus de confiance, à la peine de six mois d'emprisonnement, avec sursis pendant trois ans, et lui a imposé l'obligation de s'abstenir de toutes boissons alcooliques pendant le délai d'épreuve. Chopard a recouru à la Cour de cassation pénale du canton de Neuchâtel qui, par arrêt du 11 février 1948, a rejeté son pourvoi.

C. — Chopard se pourvoit en nullité au Tribunal fédéral.

*Considérant en droit :*

1. — A l'appui de son pourvoi, Chopard invoque tout d'abord le moyen tiré de la compensation. Il soutient que les 3200 fr. qu'il a utilisés doivent être simplement imputés sur la somme de 8091 fr. qui lui est due par la succession de son frère, sa créance étant diminuée d'autant ; qu'en conséquence, les éléments constitutifs du délit d'abus de confiance ne sont pas réalisés, puisque la fortune de l'entreprise n'a subi aucun préjudice.

Aux termes de l'art. 140 ch. 1 al. 2 CP, le délit d'abus de confiance est réalisé lorsque l'auteur emploie sans droit à son profit ou au profit d'un tiers une chose fongible, notamment une somme d'argent qui lui avait été confiée. En l'espèce, le recourant a lui-même reconnu, peu après son arrestation, qu'il n'avait aucun droit de disposer de la somme de 7400 fr. qui lui avait été confiée par sa belle-sœur. D'ailleurs, il est évident que dame Chopard lui a remis l'argent en question en vue d'un emploi bien déterminé, soit l'achat de montres, et qu'elle ne le lui aurait