

Strafbarkeit von Fluglotsen wegen Störung des öffentlichen Verkehrs nach schweizerischem Recht

von Heinrich Hempel *

In ZLW 4/2019 haben *Corinna Bleienheuft* und *Peter Wysk* das Urteil des schweizerischen Bundesgerichts vom 27. Juni 2019 besprochen.¹ Mit diesem Entscheid hatte das höchste schweizerische Gericht die Bestrafung eines Fluglotsen wegen Störung des öffentlichen Verkehrs bestätigt.² In der Zwischenzeit hat das schweizerische Bundesgericht am 29. Oktober 2019 ein weiteres Urteil gefällt, das den Vorwurf der Störung des öffentlichen Verkehrs durch einen Fluglotsen betraf. In diesem Fall verneinte das Bundesgericht die Strafbarkeit des Fluglotsen.³ Die beiden Urteile erscheinen nur schwer miteinander vereinbar. Namentlich ist schwer nachvollziehbar, weshalb das Bundesgericht die vom Gesetz verlangte konkrete Gefahr für Leib und Leben im ersten Urteil bejahte und im zweiten Urteil verneinte. Eine vertiefte Prüfung verdient auch die Frage, wie der vom Gericht beigezogene Unfalluntersuchungsbericht der Sicherheitsuntersuchungsstelle (SUST) oder eine vom Gericht eingeholte Stellungnahme der SUST strafprozessual zu behandeln sind. Diesen Fragen soll im Folgenden - nach einer kurzen Darstellung der Regelung der Störung des öffentlichen Verkehrs in der Schweiz sowie der den beiden Entscheiden zugrundeliegenden Sachverhalte - nachgegangen werden.⁴ Diese Analyse zeigt, dass die beiden Urteile mehr Fragen

* Dr. iur., Rechtsanwalt, Schiller Rechtsanwälte, Winterthur. Präsident der Schweizerischen Vereinigung für Luft- und Raumrecht / Association Suisse de Droit Aérien et Spatial (SVLR/ASDA). Der Verfasser dankt seinen Bürokollegen Rechtsanwalt PD Dr. *Michael Hochstrasser*, Rechtsanwältin MLaw *Pia Hunkemöller* und lic.iur. *Simon Gluch* für ihre Unterstützung sowie Fürsprecher lic. iur. *Reto Dubach*, Legal Counsel/stv. Leiter Standardisierung und Sanktionswesen beim schweizerischen Bundesamt für Zivilluftfahrt, für den Gedankenaustausch zu den beiden besprochenen Urteilen.

1 *Bleienheuft/Wysk*, Strafverfolgung von Lotsen und Verwertung von Erkenntnissen der Unfalluntersuchungsstellen, in: Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht, ZLW 68. Jg. 4/2019, 543.

2 BGer, Urteil vom 27. Juni 2019 – 6B_1220/2018, ZLW 4/2019, 693 ff. (alle hier zitierten Entscheide des schweizerischen Bundesgerichts sind abrufbar über www.bger.ch).

3 BGer, Urteil vom 29. Oktober 2019 – 6B_332/2019, ZLW 1/2020, 198 ff.

4 Die Analyse dient der Ergänzung und Vertiefung der Anmerkungen des Verfassers zum Urteil vom 27. Juni 2019 im ASDA-Bulletin 2019: *Hempel*, Verurteilung eines Lotsen von Skyguide wegen Störung des öffentlichen Verkehrs: Urteil des Bundesgerichts vom 27. Juni 2019, 6B_1220/2018, ZLW 4/2019, 693 ff., in: ASDA-Bulletin Nr. 151 2019, 73.

aufwerfen, als sie beantworten. *De lege lata* ist zu hoffen, dass das Bundesgericht möglichst bald die Möglichkeit hat, diese Fragen aufzulösen. *De lege ferenda* stellt sich die Frage, ob Art. 237 StGB einer Überarbeitung bedarf.

A. Der Tatbestand der Störung des öffentlichen Verkehrs im schweizerischen Recht

I. Gesetzliche Regelung

Der Tatbestand der Störung des öffentlichen Verkehrs ist im schweizerischen Recht in Art. 237 StGB⁵ geregelt. Die Bestimmung lautet wie folgt:

1. Wer vorsätzlich den öffentlichen Verkehr, namentlich den Verkehr auf der Strasse, auf dem Wasser oder in der Luft hindert, stört oder gefährdet und dadurch wissentlich Leib und Leben von Menschen in Gefahr bringt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

Bringt der Täter dadurch wissentlich Leib und Leben vieler Menschen in Gefahr, so kann auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren erkannt werden.

2. Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.

II. Anwendungsbereich und Voraussetzungen für die Strafbarkeit nach Art. 237 StGB

Art. 237 StGB dient dem Schutz von Leib und Leben vor den verkehrstypischen Gefahren.⁶ Wie sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 237 StGB ergibt, gilt die Bestimmung für jeglichen Verkehr. Ausdrücklich genannt wird der Verkehr auf der Straße, auf dem Wasser oder in der Luft. Nach der Rechtsprechung gilt der Tatbestand für

5 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0 (alle hier zitierten schweizerischen Gesetzestexte sind abrufbar über www.admin.ch).

6 *Fiolka*, in: *Niggli/Wiprächtiger* (Hrsg.), *Basler Kommentar Strafrecht II*, Basel 2019, Art. 237 N 5 f.; *Trechsel/Fingerhuth/Christiner-Trechsel*, in: *Trechsel/Pieth* (Hrsg.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, Zürich/St. Gallen 2013, Art. 237 N 1. Der in älteren Entscheiden zum Teil vertretenen Auffassung, dass der Tatbestand auch den öffentlichen Verkehr schütze, ist nach der herrschenden Auffassung nicht zu folgen. Auch das Bundesgericht erwähnt den öffentlichen Verkehr in seinen jüngeren Entscheiden nicht mehr als geschütztes Rechtsgut.

jede Art von Verkehr, z.B. auch auf Skipisten.⁷ Die Bestimmung gilt jedoch nicht für den Eisenbahnverkehr, dessen Störung im Spezialtatbestand von Art. 238 StGB geregelt ist.⁸ Für den Straßenverkehr ist die Anwendbarkeit zudem seit 1959 insoweit eingeschränkt, als im Falle einer Verkehrsregelverletzung i.S.v. Art. 90 SVG⁹ eine Bestrafung nach Art. 237 StGB ausgeschlossen ist. Bis 1963 gab es jährlich mehrere tausend Verurteilungen wegen Art. 237 StGB, welche v.a. den Straßenverkehr betrafen; heute sind es im Durchschnitt weniger als 70.¹⁰

„Öffentlicher Verkehr“ meint nicht etwa den mit öffentlichen Verkehrsmitteln betriebenen Verkehr (also den öffentlichen Verkehr als öffentliche Dienstleistung, was dem heute vorherrschenden Verständnis entspricht), sondern jeden Verkehr auf der Öffentlichkeit offenstehenden Verkehrsflächen.¹¹ Ein Verstoß gegen Art. 237 StGB kann somit auch vorliegen, wenn private Verkehrsmittel behindert, gestört oder gefährdet werden.

Die Tathandlung besteht in der Hinderung, Störung oder Gefährdung des öffentlichen Verkehrs. Rechtsprechung und Lehre differenzieren zwischen diesen Tathandlungen nicht. Praktisch jegliches menschliche Verhalten kann den Tatbestand erfüllen. Das Vorliegen einer strafbaren Tathandlung wird bejaht, wenn „die dem Verkehr immanenten Gefahren“ überschritten werden.¹² Wenn ein Verkehrsteilnehmer einen Fehler begeht, ist diese Voraussetzung in der Regel ohne Weiteres erfüllt.

Der objektive Tatbestand verlangt weiter im Sinne eines Taterfolgs eine Gefahr für Leib und Leben von Menschen. Eine bloß abstrakte Gefährdung genügt hierfür nicht. Erforderlich ist eine konkrete Individualgefahr, d.h. die nahe und ernstliche Wahrscheinlichkeit, dass aufgrund der Störung, Hinderung oder Gefährdung ein Mensch

7 BGer, Urteil vom 1. Dezember 1998 – BGE 125 IV 9; *Fiolka*, in: *Niggli/Wiprächtiger* (Fn. 6), Art. 237 N 13; *Trechsel/Fingerhuth/Christiner-Trechsel*, in: *Trechsel/Pieth* (Fn. 6), Art. 237 N 1, 5.

8 *Fiolka*, in: *Niggli/Wiprächtiger* (Fn. 6), Art. 237 N 1; *Trechsel/Fingerhuth/Christiner-Trechsel*, in: *Trechsel/Pieth* (Fn. 6), Art. 237 N 1.

9 Straßenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958, SR 741.01.

10 Statistische Angaben gem. *Fiolka*, in: *Niggli/Wiprächtiger* (Fn. 6), Art. 237, Kriminalstatistik S. 4260 f.

11 BGer, Urteil vom 16. Februar 1979 – BGE 105 IV 41, 43 ff.; *Fiolka*, in: *Niggli/Wiprächtiger* (Fn. 6), Art. 237 N 10 ff.; *Trechsel/Fingerhuth/Christiner-Trechsel*, in: *Trechsel/Pieth* (Fn. 6), Art. 237 N 4 ff.

12 *Fiolka*, in: *Niggli/Wiprächtiger* (Fn. 6), Art. 237 N 18; *Trechsel/Fingerhuth/Christiner-Trechsel*, in: *Trechsel/Pieth* (Fn. 6), Art. 237 N 10.

zu Schaden kommt.¹³ Dabei genügt es nach Rechtsprechung und herrschender Lehre, wenn ein einziger Mensch an Leib und Leben gefährdet ist; Gemeingefahr ist nicht verlangt.¹⁴ Irrelevant ist, ob sich die Gefahr realisiert. Namentlich ist der Tatbestand auch dann erfüllt, wenn der Eintritt des schädigenden Ereignisses durch Zufall oder das Verhalten der Beteiligten verhindert wird.¹⁵

Keine Tatbestandsvoraussetzung ist, dass der Täter Verkehrsteilnehmer ist. Auch außenstehende Dritte (z.B. Demonstranten, die eine Straße blockieren) können den Tatbestand erfüllen.¹⁶ Ebensowenig ist verlangt, dass die gefährdete Person am Verkehr teilnimmt.¹⁷

Die Tat kann vorsätzlich oder fahrlässig begangen werden. Der Vorsatz muss sowohl die Tathandlung - die Störung, Hinderung oder Gefährdung des Verkehrs - als auch den Taterfolg - die Gefahr für Leib und Leben - umfassen.¹⁸ Für die fahrlässige Tatbegehung genügen eine Sorgfaltspflichtverletzung und die Erkennbarkeit der Gefahr für Leib und Leben.¹⁹

Die fahrlässige Störung des öffentlichen Verkehrs steht u.a. in Konkurrenz zur fahrlässigen Tötung gemäß Art. 117 StGB und zur fahrlässigen Körperverletzung gemäß Art. 125 StGB. Werden Personen verletzt oder getötet, erfolgt eine Verurteilung nach Art. 237 StGB nur, wenn noch weitere Personen gefährdet werden.²⁰

13 *Fiolka*, in: *Niggli/Wiprächtiger* (Fn. 6), Art. 237 N 22; *Trechsel/Fingerhuth/Christiner-Trechsel*, in: *Trechsel/Pieth* (Fn. 6), Art. 237 N 11 ff.

14 BGer, Urteil vom 13. Mai 2008 - BGE 134 IV 255, E. 4.1.

15 BGer, Urteil vom 22. September 1959 - BGE 85 IV 136, 138; *Fiolka*, in: *Niggli/Wiprächtiger* (Fn. 6.), Art. 237 N 23.

16 BGer, Urteil vom 13. Juni 1958 - BGE 84 IV 49; *Fiolka*, in: *Niggli/Wiprächtiger* (Fn. 6), Art. 237 N 7; *Trechsel/Fingerhuth/Christiner-Trechsel*, in: *Trechsel/Pieth* (Fn. 6), Art. 237 N 9.

17 *Trechsel/Fingerhuth/Christiner-Trechsel*, in: *Trechsel/Pieth* (Fn. 6), Art. 237 N 11.

18 *Fiolka*, in: *Niggli/Wiprächtiger* (Fn. 6), Art. 237 N 26 f.; *Trechsel/Fingerhuth/Christiner-Trechsel*, in: *Trechsel/Pieth* (Fn. 6), Art. 237 N 14.

19 *Fiolka*, in: *Niggli/Wiprächtiger* (Fn. 6), Art. 237 N 28; *Trechsel/Fingerhuth/Christiner-Trechsel*, in: *Trechsel/Pieth* (Fn. 6.), Art. 237 N 16.

20 *Fiolka*, in: *Niggli/Wiprächtiger* (Fn. 6), Art. 237 N 29; *Trechsel/Fingerhuth/Christiner-Trechsel*, in: *Trechsel/Pieth* (Fn. 6), Art. 237 N 19.

Im Luftverkehr ist Art. 237 StGB auch auf im Ausland begangene Straftaten anwendbar, wenn die tatbestandsmäßige Handlung an Bord eines schweizerischen Luftfahrzeugs begangen wird (Art. 97 LFG²¹).²² Art. 90 LFG, der die Gefährdung von Menschen oder von Eigentum mit erheblichem Wert auf der Erdoberfläche durch die Verletzung von Luftverkehrsvorschriften regelt, ist im Verhältnis zu Art. 237 StGB subsidiär.²³

III. Fallbeispiele

1. Beispiele außerhalb des Luftverkehrs

Zu Art. 237 StGB gibt es eine reichhaltige Rechtsprechung. Außerhalb des Luftverkehrs wurde eine fahrlässige Erfüllung des Tatbestands beispielsweise in folgenden Fällen bejaht:

- Kreuzen eines auf derselben Seite entgegenkommenden Fußgängers mit einem Auto bei Regen und Dunkelheit, ohne die Geschwindigkeit zu reduzieren, Signale zu geben oder auszuweichen; im konkreten Fall führte dies nach einer seitlichen Bewegung des Fußgängers zu einer tödlichen Kollision.²⁴
- Wiedereinordnung eines abgestellten Fahrzeugs in den Verkehr ohne hinreichende Vorsichtsmaßnahmen; im konkreten Fall hatte dies die Kollision mit einem anderen Fahrzeug zur Folge.²⁵
- Abstellen eines Lastwagens an einem Engpass; als Folge hiervon kam es zu einer Kollision zwischen passierenden Fahrzeugen.²⁶
- Nicht rechtzeitiges Schließen der Barrieren bei einem Bahnübergang; als Folge davon kam es zu einer Kollision eines Zugs mit einem Kastenwagen, wobei der Fahrer starb.²⁷
- Demonstration auf einer Autobahn; die Gefahr für Leib und Leben wurde in den durch die Demonstration verursachten Staus und dem damit verbundenen Risiko von Auffahrunfällen gesehen.²⁸

21 Bundesgesetz über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz) vom 21. Dezember 1948, SR 748.0.

22 BGer, Urteil vom 5. Februar 2009 – 1B_267/2008.

23 BGer, Urteil vom 16. Februar 1979 – BGE 105 IV 41, 46.

24 BGer, Urteil vom 14. Februar 1957 – BGE 83 IV 35.

25 BGer, Urteil vom 22. März 1957 – BGE 83 IV 32.

26 BGer, Urteil vom 20. Juni 1958 – BGE 84 IV 60.

27 BGer, Urteil vom 17. April 1970 – BGE 96 IV 1.

28 BGer, Urteil vom 1. Oktober 2003 – 6S.312/2003.

- Wasserskifahren in unmittelbarer Nähe einer Badeanstalt und von Schwimmern; ein Schwimmer konnte nur durch Abtauchen eine Kollision verhindern.²⁹
- Ungenügende Absicherung einer Spundwand an einem Brückenpfeiler; im konkreten Fall führte dies zum Kentern eines mit dem Brückenpfeiler kollidierenden Flosses und zum Tod von Insassen.³⁰
- Freigabe einer Skipiste trotz Lawinengefahr; ein Lawinengang auf die Piste führte in der Folge zum Tod eines Skifahrers.³¹

Diese Auswahl von publizierten Entscheiden zu Art. 237 StGB ist durchaus repräsentativ. Sie veranschaulicht, dass bereits geringfügige Fehler zu einer Verurteilung nach Art. 237 StGB führen können, wenn dadurch Personen gefährdet werden; dies war auch einer der Hauptgründe dafür, dass Verkehrsregelverletzungen im Straßenverkehr vom Tatbestand ausgenommen wurden.³² Die Fallbeispiele zeigen auch, dass es in vielen Fällen, in denen es zu einer Verurteilung kam, Todesopfer oder Verletzte gab.

2. Beispiele aus dem Luftverkehr

Auch im Luftverkehr gibt es eine Reihe von publizierten Entscheiden zu Art. 237 StGB:

- Mehrere Fälle betrafen Flugzeugentführungen; die Gefahr für Leib und Leben wurde in der zeitweiligen Schließung von Pisten, im Treibstoffmangel und in der Übermüdung der Piloten gesehen.³³
- Unsachgemäße Notlandung eines Helikopters; bei diesem Manöver wurden Passagiere verletzt.³⁴
- Außenlandung eines Kleinflugzeuges, bei der drei Tourenskifahrer gefährdet wurden; zwei der Skifahrer glaubten, sich mit einem Sprung in den Schnee retten zu müssen.³⁵

29 BGer, Urteil vom 25. Januar 1962 – BGE 88 IV 1.

30 BGer, Urteil vom 13. Mai 2008 – BGE 134 IV 255.

31 BGer, Urteil vom 1. Dezember 1998 – BGE 125 IV 9.

32 BGer, Urteil vom 17. November 1964 – BGE 90 IV 156, 157.

33 BGer, Urteil vom 10. Juni 1980 – BGE 106 IV 121; BGer, Urteil vom 24. Februar 1989 – BGE 115 IV 8.

34 BGer, Urteil vom 16. Februar 1979 – BGE 105 IV 41.

35 BStGer, Urteil vom 15. September 2006 – SK.2006.2.

- Riskante Landemanöver von schweizerischen Passagierflugzeugen auf ausländischen Flughäfen.³⁶ In beiden Fällen gab es weder Tote noch Verletzte.
- Fehlerhafte Manipulation eines Ballonführers, der dadurch den Absturz des Ballons verursachte; ein Passagier starb, der Pilot und ein anderer Passagier wurden verletzt.³⁷
- Kollision eines Kleinflugzeugs und eines Segelflugzeugs, die zum Absturz des Segelflugzeugs führte.³⁸ Im Falle der Kollision von zwei Helikoptern mit Toten und Verletzten konnte das Bundesgericht nicht abschließend beurteilen, ob eine Gefahr für weitere Personen bestand und deshalb zusätzlich zur Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung und Körperverletzung eine Verurteilung nach Art. 237 StGB angezeigt war.³⁹ In zwei Fällen von Fast-Kollisionen gab es demgegenüber keine Verurteilung.⁴⁰
- Mehrere schwerwiegende fliegerische Fehler des Piloten, die zum Absturz eines Kleinflugzeugs führten; ein Passagier wurde getötet, zwei Passagiere und der Pilot wurden verletzt.⁴¹
- Ein Verstoß gegen Art. 237 StGB wurde mangels Gefahr für Leib und Leben verneint, als der Downwash eines Helikopters die Sessel eines Sessellifts in Schwingung versetzte.⁴²
- Eine Verurteilung wurde ebenfalls abgelehnt bei der Kollision eines Kleinflugzeugs mit einem Objekt am Ende der Startbahn, weil unklar war, ob dem Piloten ein hierfür kausaler Fehler angelastet werden konnte; die Sache wurde an die Vorinstanz zurückgewiesen.⁴³

Die Beispiele zeigen, dass die bisherigen Fälle im Luftverkehr v.a. Piloten betrafen. Die beiden vorliegend besprochenen Fälle scheinen die ersten zu sein, die Fluglotsen betreffen. Abgesehen von den Flugzeugentführungen und den riskanten Landema-

36 BGer, Urteil vom 12. April 2010 – 6B_779/2009; BStGer, Urteil vom 16. Juni 2010 – SK.2010.7 (alle hier zitierten Entscheide des Bundesstrafgerichts abrufbar über www.bstger.ch).

37 BStGer, Urteil vom 29. Januar 2016 – SK.2015.39.

38 BStGer, Urteil vom 12. Januar 2017 – SK.2016.42.

39 BGer, Urteil vom 5. April 2006 – 6S_448/2005.

40 BStGer, Urteil vom 14. Februar 2017 – BB.2016.288; BStGer, Urteil vom 14. September 2017 – SK.2017.24.

41 BStGer, Urteil vom 16. August 2019 – SK.2019.1.

42 BGer, Urteil vom 26. Mai 2016 – 6B_689/2015.

43 BGer, Urteil vom 3. Oktober 2018 – 6B_1132/2018.

növern kam es auch im Luftverkehr v.a. dann zu Verurteilungen, wenn Menschen getötet oder verletzt wurden.

B. Die den Bundesgerichtsurteilen zugrundeliegenden Sachverhalte

I. Höhenfreigabe-Fall (Urteil vom 27. Juni 2019)⁴⁴

Am 12. April 2013 befanden sich ein Airbus A319 mit der Flugnummer xxx, eine Boeing B373-800 mit der Flugnummer yyy und ein weiteres Passagierflugzeug mit der Flugnummer zzz gleichzeitig in demselben Sektor des schweizerischen Luftraums. Die Besatzung des Flugs Nr. yyy ersuchte wegen erwarteter Turbulenzen über Funk darum, auf Flight Level (FL) 380 (entsprechend 38'000 Fuß) steigen zu dürfen, ohne ihr Funkrufzeichen zu nennen. Der für den Sektor zuständige Lotse erteilte Flug Nr. zzz mit dem Funkspruch «zzz, climb three eight zero» die Freigabe zum Anstieg auf FL 380. Während die Besatzung von Flug Nr. zzz nicht reagierte, antwortete die Besatzung von Flug Nr. yyy mit «Flight level three eight zero. Airline B. yyy, thank you». Der Lotse reagierte weder auf diesen Funkspruch, noch fragte er bei der Besatzung von Flug Nr. zzz nach. Kurz nach der Einleitung des Steigflugs von Flug Nr. yyy löste das bodenseitige Verkehrswarn- und Kollisionsverhinderungssystem einen Alarm aus wegen eines sich anbahnenden Konflikts zwischen den Flügen Nr. xxx und yyy. Beide Besatzungen leisteten dem Ausweichbefehl unverzüglich Folge. Der geringste Abstand zwischen den beiden Flugzeugen betrug horizontal 0,8 nautische Meilen (NM) bzw. 1,5 km und vertikal 650 Fuss (198 m). Der vorgeschriebene Abstand beträgt horizontal 5 NM (ca. 9 km) und vertikal 1 000 Fuss (300 m).

Die Bundesanwaltschaft verurteilte den Lotsen und den Piloten von Flug Nr. yyy mit Strafbefehl wegen fahrlässiger Störung des öffentlichen Verkehrs gemäß Art. 237 Ziff. 2 StGB. Das Bundesstrafgericht bestätigte die Verurteilung des Lotsen und sprach eine bedingte Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu CHF 300 aus, unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren. Das Bundesgericht wies die vom Lotsen gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde ab.

II. Startfreigabe-Fall (Urteil vom 29. Oktober 2019)⁴⁵

Der verantwortliche Flugverkehrsleiter erteilte am 15. März 2011 um 11:42:19 UTC (coordinated universal time) auf dem Flughafen Zürich dem Flugzeug SWR 1326

44 BGer, Urteil vom 27. Juni 2019 – 6B_1220/2018, ZLW 4/2019, 693 ff.

45 BGer, Urteil vom 29. Oktober 2019 – 6B_332/2019, ZLW 1/2020, 198 ff.

die Freigabe zum Start auf Piste 16. Die Besatzung quittierte die Freigabe und leitete um 11:43:12 UTC den Start ein. Sieben Sekunden zuvor, um 11:43:05 UTC, hatte der Flugverkehrsleiter auch dem Flugzeug SWR 202W die Startfreigabe auf Piste 28 erteilt, die sich mit Piste 16 kreuzt. Die Besatzung von Flug SWR 202W quittierte die Freigabe und leitete den Startlauf ein. Um 11:43:47 UTC bemerkte sie das sich von rechts auf der Piste 16 nähernde Flugzeug SWR 1326 und leitete unmittelbar darauf 550 Meter vor der Kreuzung der Pisten 16 und 28 den Startabbruch ein. Seine Geschwindigkeit betrug zu diesem Zeitpunkt 135 Knoten bzw. 250,02 km/h. Das Flugzeug SWR 202W kam unmittelbar vor der Kreuzung der beiden Pisten zum Stillstand. Die Besatzung des Flugzeugs SWR 1326 bemerkte den Vorfall nicht und setzte den Flug zum Bestimmungsort fort. Es kamen keine Personen zu Schaden.

Das Bezirksgericht Bülach sprach den Flugverkehrsleiter vom Vorwurf der fahrlässigen Störung des öffentlichen Verkehrs i.S.v. Art. 237 StGB frei. Das Obergericht des Kantons Zürich sprach den Flugverkehrsleiter jedoch schuldig und verurteilte ihn zu einer bedingten Geldstrafe von 90 Tagessätzen. Das Bundesgericht verneinte eine Störung des öffentlichen Flugverkehrs i.S.v. Art. 237 StGB. Es hob den Entscheid des Obergerichts auf und wies die Sache zur Neuregelung der Kostenfolgen an die Vorinstanz zurück.

C. Erwägungen des Bundesgerichts zum Vorliegen oder Nicht-Vorliegen einer Gefahr für Leib und Leben

I. Vorbemerkungen

Begeht ein Fluglotse einen Fehler, dürfte dies in den meisten Fällen - wie nach der Rechtsprechung verlangt - zu einer Überschreitung der „dem Flugverkehr immanenten Gefahren“ führen, so dass die Störung, Hinderung oder Gefährdung des öffentlichen Verkehrs zu bejahen ist. In der Regel wird es auch nicht schwerfallen, dem Fluglotsen eine Sorgfaltspflichtverletzung und damit fahrlässiges Handeln nachzuweisen; im Höhenfreigabe-Fall genügte eine Nachlässigkeit im Funkverkehr für die Verurteilung. In den meisten Fällen dürfte es damit allein darauf ankommen, ob es zu einer hinreichend konkreten Gefahr für Leib und Leben gekommen ist. Anders ausgedrückt: Die entscheidende Frage ist, ob die Schwelle von der abstrakten zur konkreten Gefährdung überschritten ist. Die unterschiedliche Beurteilung dieser Frage war es denn auch, die in den beiden besprochenen Urteilen zu unterschiedlichen

Ergebnissen geführt hat. Der vorliegende Beitrag konzentriert sich daher auf dieses Kriterium.

II. Höhenfreigabe-Fall (Urteil vom 27. Juni 2019)⁴⁶

Das Bundesgericht hielt im Höhenfreigabe-Fall vorab fest, dass es sich bei der Frage, ob eine Gefahr für Leib und Leben vorliegt, weder um eine Sachverhalts- noch um eine rein technische Frage handle, sondern um eine Rechtsfrage, die anhand einer Würdigung des Sachverhalts zu entscheiden sei. Die Gefährdung sei gegeben, wenn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die Wahrscheinlichkeit oder Möglichkeit der Tötung oder Verletzung von Menschen bestanden habe. Das Bundesgericht kommt zum Schluss, dass die diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz nicht zu beanstanden seien. Diese hatte erwo-gen, dass angesichts der massiven Unterschreitung des Sicherheitsabstandes die konkrete Gefahr einer Flugzeugkollision bestanden habe. Auch die Auslösung des Ausweichbefehls durch das Verkehrswarn- und Kollisionsverhinderungssystem indiziere, dass die Gefahr einer Kollision bestanden habe. Dies werde zudem dadurch bestätigt, dass die SUST den Vorfall nach der ICAO-Klassifikation in die Kategorie A („Risk of collision. The risk classification of an aircraft proximity in which serious risk of collision has existed.“) eingestuft habe. Auch sei gemäß Art. 2 Ziff. 16 der Verordnung (EU) Nr. 996/2010⁴⁷, welche gemäß dem bilateralen Luftverkehrsabkommen CH/EU⁴⁸ für die Schweiz anwendbar sei, ein Fast-Zusammenstoß, bei dem ein Ausweichmanöver erforderlich sei, als schwere Störung zu qualifizieren. Als unbeachtlich betrachtet das Bundesgericht, dass die beiden betroffenen Flugzeuge aufgrund des Ausweichbefehls nur eine Höhen- und keine Kurskorrektur vorgenommen hatten und es auch ohne Höhenkorrektur zu keiner Kollision gekommen wäre. Die vertikalen und horizontalen Mindestabstände seien ja gerade deshalb vorgesehen, weil im Luftraum auch unvorhersehbare Einflussfaktoren möglich seien.

46 BGer, Urteil vom 27. Juni 2019 – 6B_1220/2018, ZLW 4/2019, 693 ff., Erwägung 2.2.

47 Verordnung (EU) Nr. 996/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Oktober 2010 über die Untersuchung und Verhütung von Unfällen und Störungen in der Zivilluftfahrt und zur Aufhebung der Richtlinie 94/56/EG.

48 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr, abgeschlossen am 21. Juni 1999, SR 0.798.127.192.28.

III. Startfreigabe-Fall (Urteil vom 29. Oktober 2019)⁴⁹

Die Vorinstanz - das Obergericht des Kantons Zürich - ging im Startfreigabe-Fall davon aus, dass aufgrund des Sachverhalts, wie er sich effektiv zugetragen hatte, keine konkrete Gefährdung oder Störung des öffentlichen Flugverkehrs erstellt gewesen sei. Da der Sachverhalt auch anders hätte ablaufen können, bejahte das Obergericht jedoch eine konkrete Gefahr. Das Bundesgericht kommt demgegenüber zu einem anderen Schluss. Der Umstand, dass sich infolge des Fehlverhaltens des Flugverkehrsleiters gleichzeitig zwei Flugzeuge im Startbereich befunden und sich aufeinander zu bewegt hätten, stelle nicht mehr als eine abstrakte Gefahr für den öffentlichen Verkehr dar. Dass dank der Geistesgegenwart der Besatzung des Flugzeugs SWR 202W keine konkrete Gefahr für Leib und Leben von Personen eingetreten sei, wirke sich entgegen der Auffassung des Obergerichts sehr wohl zu Gunsten des Angeklagten aus. Eine bloß hypothetische Gefahr genüge nicht für die Erfüllung des Tatbestands. Vom Höhenfreigabe-Fall unterscheidet das Bundesgericht den Startfreigabe-Fall sodann wie folgt⁵⁰:

„Im kürzlich ergangenen Urteil 6B_1220/2018 vom 27. Juni 2019 war sodann aufgrund einer massiven Unterschreitung des vorgeschriebenen Sicherheitsabstandes ein automatischer Ausweichbefehl durch das Verkehrswarn- und Kollisionsverhinderungssystem ausgelöst, und der Vorfall durch die SUST in die Kategorie A („Risk of collision. Risk classification of an aircraft proximity in which serious risk of collision has existed.“) gemäß der Klassifizierungsskala der internationalen Zivilluftfahrtorganisation (ICAO) eingeordnet worden, was nach Auffassung des Bundesgerichts die nahe Gefahr einer Kollision implizierte (...). Vergleichbares, namentlich eine ähnliche Annäherung der beiden Flugzeuge nennt die Vorinstanz nicht und ist aufgrund der gutachterlichen Ausführungen nicht ersichtlich (...). Im Unterschied zum vorliegenden Fall basiert der Schuldspruch im Urteil 6B_1220/2018 zudem auf einem effektiv stattgehabten Sachverhalt. Die auf einen hypothetisch anderen Sachverhalt gestützte Verurteilung des Beschwerdeführers verletzt hingegen Bundesrecht.“

IV. Würdigung der beiden Urteile

Die Erwägungen des Bundesgerichts in den beiden besprochenen Fällen lassen sich nur schwer miteinander vereinbaren. Die Erwägungen im Startfreigabe-Fall stehen

49 BGer, Urteil vom 29. Oktober 2019 – 6B_332/2019, ZLW 1/2020, 198 ff., Erwägung 2.2.3.

50 BGer, Urteil vom 29. Oktober 2019 – 6B_332/2019, ZLW 1/2020, 198 ff., Erwägung 2.2.3.

im Widerspruch zur ständigen Bundesgerichtspraxis zu Art. 237 StGB, die Abgrenzung zum Höhenfreigabe-Fall vermag nicht zu überzeugen. Aber auch die Begründung im Höhenfreigabe-Fall hält einer vertieften Prüfung nicht stand.

1. Startfreigabe-Fall

Im Startfreigabe-Fall gab der verantwortliche Flugverkehrsleiter praktisch gleichzeitig zwei Flugzeugen den Start frei, so dass sie auf verschiedenen, sich kreuzenden Pisten das Startmanöver einleiteten und sich mit hoher Geschwindigkeit auf die Kreuzung der Pisten zu bewegten. Die Besatzung des einen Flugzeugs bemerkte dies und brach den Start bei einer Geschwindigkeit von 250 km/h (entsprechend 69,44 m/s) 550 Meter vor der Kreuzung ab, so dass das Flugzeug unmittelbar vor der Kreuzung zum Stillstand kam.

Dass das Bundesgericht unter diesen Umständen eine Gefahr für Leib und Leben verneint, lässt sich nur schwer erklären. Wie auch das Bundesgericht in seiner ständigen Rechtsprechung betont, setzt Art. 237 StGB nicht voraus, dass Menschen getötet oder verletzt werden. Verlangt ist eine hinreichend konkrete Gefahr für Leib und Leben.⁵¹ Dass der schädigende Erfolg durch Zufall oder das Verhalten eines der Beteiligten verhindert wird, vermag, wie das Bundesgericht immer wieder betont hat, von einer Bestrafung nicht zu befreien.⁵² Im Höhenfreigabe-Fall bejahte das Bundesgericht eine Gefahr für Leib und Leben sogar (und zu weitgehend; siehe hierzu nachfolgend Ziff. 2) trotz des Fehlens einer konkreten Kollisionsgefahr, allein weil im Luftraum auch unvorhersehbare Einflussfaktoren möglich seien.⁵³ Dafür, dass das Bundesgericht seine Praxis ändern wollte, liefert das Urteil keine Anhaltspunkte.

Mit der ständigen Bundesgerichtspraxis ist es kaum zu vereinbaren, dass das Bundesgericht die Strafbarkeit des Flugverkehrsleiters verneint, obwohl eine Kollision - mit den Worten des Bundesgerichts - nur dank der Geistesgegenwart einer der beiden Flugbesatzungen verhindert werden konnte. Zwar lässt sich weder dem Urteil noch dem Flugunfalluntersuchungsbericht entnehmen, ob es wirklich zu einem

51 BGer, Urteil vom 22. September 1959 – BGE 85 IV 136, Erwägung 1; BGer, Urteil vom 10. Juni 1980 – BGE 106 IV 121, Erwägung 3c; BGer, Urteil vom 10. Juli 1947 – BGE 73 IV 180, 183 f., abrufbar über www.servat.unibe.ch; BGer, Urteil vom 13. Mai 2008 – BGE 134 IV 255, Erwägung 4.1.

52 BGer, Urteil vom 22. September 1959 – BGE 85 IV 136, Erwägung 1; BGer, Urteil vom 21. April 1961 – BGE 87 IV 87, Erwägung 2, (analog zu Art. 238 StGB).

53 BGer, Urteil vom 27. Juni 2019 – 6B_1220/2018, ZLW 4/2019, 693 ff., Erwägung 2.4.

Unfall gekommen wäre, wenn keines der beiden Flugzeuge abgebremst hätte. Darauf kann es nach der Bundesgerichtspraxis aber auch gar nicht ankommen. Entscheidend erscheint vielmehr, dass der verantwortliche Flugverkehrsleiter mit der praktisch gleichzeitigen Startfreigabe an die beiden Flugzeuge ein Kollisionsrisiko schuf, das ohne seinen Fehler nicht bestanden hätte. Nicht alle Beteiligten bemerkten den Fehler des Fluglotsen. Die Beteiligten, die ihn bemerkten, mussten innert Sekundenbruchteilen entscheiden, wie sie reagieren sollten. Eine Möglichkeit, horizontal oder vertikal auszuweichen, gab es - anders als im Höhenfreigabe-Fall - nicht (jedenfalls nicht ohne erhebliche Unfallgefahr). Es bestand das erhebliche Risiko, dass die beiden Flugzeuge ungebremst aufeinander zurasten und kollidierten. Es bestand aber auch die Gefahr, dass ein oder beide Flugzeuge zu spät bremsen und es aus diesem Grund zur Kollision kommen würde. Sodann bestand wohl auch die Möglichkeit, dass beim abrupten Bremsmanöver eines der beiden Flugzeuge Menschen zu Schaden kämen.⁵⁴ Entgegen der Auffassung des Bundesgerichts handelte es sich hierbei nicht um bloß „hypothetische“ Möglichkeiten, sondern um reale Risiken, die der Flugverkehrsleiter mit seinem Fehler geschaffen hatte. Er brachte damit Besatzungen und Passagiere der beiden Flugzeuge in ernsthafte Lebensgefahr, und es ist nur einer Reihe von Umständen, auf die der Flugverkehrsleiter keinen Einfluss mehr hatte, zu verdanken, dass es zu keiner Katastrophe kam. Was immer im von der ersten Instanz eingeholten Gutachten stand: Im Lichte der bisherigen Bundesgerichtspraxis ist es auf der Grundlage der publizierten Erwägungen nur schwer verständlich, dass das Bundesgericht eine Gefahr für Leib und Leben verneinte. Erst recht gilt dies, wenn berücksichtigt wird, dass das Bundesgericht im Höhenfreigabe-Fall (zu weitgehend, siehe hierzu nachfolgend b) eine Gefahr für Leib und Leben u.a. auch deshalb bejahte, weil im Luftraum auch unvorhersehbare Einflussfaktoren möglich seien, obwohl sich im Urteil keine Anhaltspunkte dafür finden, dass solche Einflussfaktoren auch effektiv vorlagen.⁵⁵

Auch die Versuche, den Startfreigabe-Fall vom Höhenfreigabe-Fall abzugrenzen, vermögen nicht zu überzeugen. Dies liegt hauptsächlich daran, dass - wie nachfolgend eingehend dargelegt - die Kriterien, mit denen das Bundesgericht im Höhenfreigabe-Fall das Vorliegen einer Gefahr für Leib und Leben begründete, nicht zwingend

54 Zum Beispiel weil Personen oder Gepäckstücke ungenügend gesichert sind. Dass das Bremsmanöver ungewöhnlich war, wird dadurch belegt, dass im konkreten Fall eine technische Überprüfung wegen Überhitzung der Bremsen durchgeführt werden musste (Flugunfalluntersuchungsbericht: Schlussbericht Nr. 2136 der Schweizerischen Unfalluntersuchungsstelle SUST, Ziff. 1.1.3, Seite 14).

55 BGer, Urteil vom 27. Juni 2019 – 6B_1220/2018, ZLW 4/2019, 693 ff., Erwägung 2.4.

erscheinen. Unzutreffend ist sodann die Erwägung, es sei nicht wie im Höhenfreigabe-Fall von einem automatischen System ein Ausweichbefehl gegeben worden. Wie sich dem öffentlich zugänglichen Flugunfalluntersuchungsbericht entnehmen lässt, gibt es auf dem Flughafen Zürich auch für Starts ein bodenseitiges Kollisionswarnsystem und hatte dieses einen Alarm ausgelöst, allerdings erst 2 Sekunden nachdem die Flugbesatzung, die den Konflikt bemerkte, das Bremsmanöver eingeleitet hatte.⁵⁶ Die Unfallrisiken werden durch das Fehlen eines zuverlässigen technischen Warnsystems erhöht, nicht reduziert.

2. Höhenfreigabe-Fall

Im Höhenfreigabe-Fall begründet das Bundesgericht das Vorliegen einer Gefahr für Leib und Leben im Wesentlichen mit der Auslösung des Alarms durch das bodenseitige Verkehrswarn- und Kollisionsverhinderungssystem, der Unterschreitung der Mindestabstandsvorschriften und der luftrechtlichen Qualifikation des Vorfalls. Dass es selbst ohne Höhenkorrektur der beteiligten Flugzeuge nicht zu einem Zusammenstoß gekommen wäre (der minimale horizontale Abstand zwischen den Flugzeugen betrug 1,5 km), hält das Bundesgericht für irrelevant, weil im Luftraum immer auch unvorhersehbare Einflussfaktoren möglich seien.

Der Ausweichbefehl des bodenseitigen Verkehrswarn- und Kollisionsverhinderungssystems könnte nur dann das Vorliegen einer konkreten Gefahr für Leib und Leben belegen oder zumindest indizieren, wenn ein Alarm erst dann ausgelöst würde, nachdem bereits eine konkrete Gefahr für Leib und Leben eingetreten ist. Dass dies der Fall wäre, ist dem Bundesgerichtsurteil nicht zu entnehmen. Es will auch nicht recht einleuchten, dass dem so sein soll. Das Verkehrswarn- und Kollisionsverhinderungssystem hat den Zweck, Unfälle zu vermeiden und so das Leben der an Bord befindlichen Besatzungen und Passagiere zu schützen. Es ist daher zu erwarten, dass das System anschlägt, bevor eine konkrete Gefahr für Menschen vorliegt, sodass genügend Zeit besteht, um eine mögliche Gefahr abzuwenden. Dass dem so ist, legt gerade auch der Höhenfreigabe-Fall nahe: Der Ausweichbefehl wurde gegeben, obwohl keine konkrete Kollisionsgefahr bestanden zu haben scheint. Es ist daher fragwürdig, wenn das Bundesgericht allein aufgrund der Auslösung des bodenseitigen Verkehrswarn- und Kollisionsverhinderungssystems annimmt, es hätte eine konkrete Gefahr für Leib

56 Flugunfalluntersuchungsbericht: Schlussbericht Nr. 2136 der Schweizerischen Unfalluntersuchungsstelle SUST, Ziff. 1.9, Seite 28 ff. Warnungen gehen allerdings an die Fluglotsen und nicht an die Piloten.

und Leben der Passagiere und der Besatzung in den beiden betroffenen Flugzeugen bestanden. Anders als bei einem Startmanöver auf dem Boden können die Flugzeuge horizontal und vertikal ausweichen, und es bestehen geregelte Verfahren, wie auf eine Warnung des Verkehrswarn- und Kollisionsverhinderungssystems zu reagieren ist. Es ist zu erwarten, dass die Piloten auf einen allfälligen Alarm sofort und richtig reagieren. Die Existenz zuverlässiger Warnsysteme wirkt sich damit gefahrmindernd, nicht gefahrerhöhend aus. Deshalb wäre es wohl auch fast schon lebensfremd, anzunehmen, die Gefahr für Besatzung und Passagiere sei im Höhenfreigabe-Fall größer gewesen als im Startfreigabe-Fall.

Die vorstehenden Ausführungen zum bodenseitigen Verkehrswarn- und Kollisionsverhinderungssystem können *vice versa* auf die luftrechtlichen Mindestabstandsvorschriften übertragen werden. Auch hier darf davon ausgegangen werden, dass die Vorschriften so ausgestaltet sind, dass im Falle einer Unterschreitung des Mindestabstands genügend Zeit bleibt, um rechtzeitig zu reagieren und eine Kollision zu vermeiden. Es liegt in der Natur des Luftverkehrs, dass keine abrupten Kurskorrekturen möglich sind und sich die Flugzeuge auch noch nach allfälligen Kurskorrekturen weiter annähern können. Wenn die Kurskorrekturen korrekt ausgeführt werden, sollte eine solche Annäherung jedoch nicht mit einer zusätzlichen Gefahr verbunden sein. Dass sich im konkreten Fall die beiden Flugzeuge bis auf 1,5 km (horizontal) und knapp 200 Meter (vertikal) annäherten, erscheint jedenfalls für die Frage, ob eine Gefahr für Leib und Leben i.S.v. Art. 237 StGB vorlag, wenig aussagekräftig.

Fragwürdig erscheint es sodann, wenn das Bundesgericht aus der luftrechtlichen Qualifikation eines Vorfalls gemäß den ICAO-Kategorien und der Verordnung (EU) Nr. 996/2010 Rückschlüsse auf die strafrechtliche Qualifikation des Sachverhaltes ziehen will. Dies wäre nur dann erlaubt, wenn die vom Bundesgericht angeführten luftrechtlichen Kategorisierungen eine Gefahr für Leib und Leben voraussetzen würden und diese Voraussetzung gleich definiert wäre wie in Art. 237 StGB. Notwendig wäre somit eine sorgfältige Auslegung der einschlägigen Bestimmungen unter Berücksichtigung des Wortlauts, des Zwecks der Bestimmung und der Materialien. Nicht zugänglich ist es, allein aus allenfalls ähnlichen Formulierungen schließen zu wollen, es sei dasselbe gemeint wie in Art. 237 StGB. Eine Auslegung der luftrechtlichen Bestimmungen findet sich in der Urteilsbegründung nicht. Es würde den vorliegenden Beitrag sprengen, hier eine solche Auslegung vorzunehmen. Es ist allerdings zu erwarten, dass sich das Risikoverständnis im Luftrecht und im Strafrecht aufgrund der

unterschiedlichen Zielsetzungen unterscheidet. Im Luftrecht geht es darum, zu bestimmen, ab welchem erhöhten Risiko Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit notwendig oder gerechtfertigt sind. Im Strafrecht geht es darum, zu bestimmen, ab welchem Risiko ein Verhalten strafwürdig ist. Die Schwelle für strafrechtliche Sanktionen müsste entsprechend höher sein als die Schwelle für das Ergreifen von Maßnahmen zur Erhöhung der Sicherheit des Systems Luftfahrt.

Problematisch erscheint es sodann, dass nicht näher definierte unvorhersehbare Einflussfaktoren genügen sollen, um ein Kollisionsrisiko und damit auch eine Gefahr für Leib und Leben annehmen zu können. Für eine Bestrafung wegen Störung des öffentlichen Verkehrs genügt eine bloß abstrakte Gefahr nicht. Verlangt ist vielmehr eine hinreichend konkrete Gefährdung. Nun gibt es zwar im Luftraum durchaus Einflussfaktoren wie z.B. Wind- und Wetterverhältnisse, Wirbelschleppen oder weitere in der Nähe befindliche Luftfahrzeuge, aufgrund derer bereits bei der bloßen Annäherung von zwei Flugzeugen ein erhöhtes Unfallrisiko bestehen kann. Für eine Verurteilung können jedoch - wie das Bundesgericht im Startfreigabe-Fall durchaus zu Recht festgehalten hat - rein hypothetische Risiken nicht genügen. Der Höhenfreigabe-Fall steht insoweit ebenfalls im Widerspruch zur ständigen Bundesgerichtspraxis.

3. Schlussfolgerungen

Die vertiefte Analyse bestätigt: Die Begründungen der beiden Urteile für das Vorliegen oder Nicht-Vorliegen einer konkreten Gefahr für Leib und Leben überzeugen nicht. Wie das Bundesgericht zu Recht festhält, handelt es sich hierbei um eine Rechtsfrage, die aufgrund des erstellten Sachverhalts zu beurteilen ist. Dies verlangt vom Gericht zwei Operationen: Erstens muss es zunächst den für die Beurteilung der Rechtsfrage relevanten Sachverhalt feststellen. Zweitens muss es aufgrund des festgestellten Sachverhalts entscheiden, ob die Voraussetzungen erfüllt sind, um eine hinreichend konkrete Gefahr für Leib und Leben zu bejahen.

Ob eine hinreichend konkrete Gefahr für Leib und Leben besteht, ist letztlich eine Frage der Wahrscheinlichkeit. Es geht um die Wahrscheinlichkeit, mit der das inkriminierte Verhalten zur Tötung oder Verletzung eines Menschen führt. Wenn es nicht bloß auf die konkrete Wahrscheinlichkeit einer Schädigung, sondern (auch) auf das Maß der Erhöhung der Unfallwahrscheinlichkeit ankommt⁵⁷, muss diese Wahrschein-

57 Nach der Rechtsprechung ist es nicht klar, ob es auf das durch die Tathandlung geschaffene konkrete Unfallrisiko oder auf die Erhöhung des Risikos im Vergleich zum „Normalrisiko“ ankommt.

lichkeit in Relation gesetzt werden zur Wahrscheinlichkeit, die ohne das inkriminierte Verhalten für eine Tötung oder Verletzung eines Menschen besteht. Rechtsfrage ist dabei, wie hoch die Wahrscheinlichkeit bzw. die Erhöhung der Wahrscheinlichkeit für den Eintritt eines schädigenden Ereignisses sein muss, um die Strafbarkeit bejahen zu können. Sachverhaltsfrage ist, wie hoch effektiv die Wahrscheinlichkeit ist, dass es mit und ohne das inkriminierte Verhalten zur Tötung oder Verletzung eines Menschen kommt.

In vielen Fällen wird ein Gericht die Sachverhaltsfrage aufgrund eigener Erfahrung beantworten können. In manchen Fällen wird der Beizug eines Sachverständigen unerlässlich sein. Im Höhenfreigabe-Fall wäre der - von der Verteidigung beantragte, vom Gericht abgelehnte⁵⁸ - Beizug eines Sachverständigen wohl angezeigt gewesen. Im Startfreigabe-Fall wurde zwar ein Gutachten eingeholt, doch erscheint fraglich, ob daraus die richtigen Schlüsse gezogen wurden. Vieles spricht dafür, dass eine konkrete Gefahr für Leib und Leben von Passagieren und Besatzung bestand. Demgegenüber erscheint im Höhenfreigabe-Fall fraglich, ob ein Gutachten ergeben hätte, dass mehr als ein theoretisches (erhöhtes) Unfallrisiko bestand.

D. Beweisrechtliche Behandlung des Unfalluntersuchungsberichts und der Stellungnahmen der SUST im Strafverfahren

I. Verhältnis von Flugunfall- und Strafuntersuchung

Corinna Bleienheuft und *Peter Wysk* haben sich in ihrem Beitrag⁵⁹ ausführlich und kritisch mit der Frage auseinandergesetzt, wie und unter welchen Voraussetzungen die schweizerischen Strafgerichte den Unfalluntersuchungsbericht und die Akten der Flugunfalluntersuchung berücksichtigen dürfen. Im vorliegenden Beitrag soll es nicht um die Frage der Zulässigkeit der Berücksichtigung dieser Dokumente gehen, sondern um die - im Höhenfreigabe-Fall relevante - strafprozessuale Frage, wie der zulässigerweise beigezogene Unfalluntersuchungsbericht und eine bei der SUST eingeholte ergänzende Stellungnahme beweisrechtlich zu behandeln sind.

58 BGer, Urteil vom 27. Juni 2019 – 6B_1220/2018, ZLW 4/2019, 693 ff., Erwägung 1.5.

59 *Bleienheuft/Wysk* (Fn 1), 546 ff.

II. Beweisrechtliche Behandlung des Flugunfalluntersuchungsberichts

Gemäß Art. 194 StPO⁶⁰ können die Staatsanwaltschaft und die Gerichte Akten anderer Verfahren beiziehen, wenn dies für den Nachweis des Sachverhalts oder die Beurteilung der beschuldigten Person erforderlich ist. Art. 23 VSZV⁶¹ sieht ausdrücklich vor, dass die SUST sowie die Strafverfolgungs- und Administrativbehörden sich gegenseitig austauschen und einander Untersuchungsunterlagen wie Auswertungen und Aufzeichnungen unentgeltlich zur Verfügung stellen. Der Flugunfalluntersuchungsbericht ist damit primär als ein Dokument zu betrachten, das die Strafverfolgungsbehörden im Rahmen eines Aktenbezugs einholen und berücksichtigen. Dieser freie Austausch von Akten ist zwar mit Blick auf Verordnung (EU) Nr. 996/2010⁶² und die Sicherheitskultur in der Luftfahrt problematisch⁶³, erlaubt es jedoch, dass in der Schweiz nur eine und nicht mehrere Untersuchungen durchgeführt werden müssen und Kompetenzkonflikte vermieden werden, wie sie anscheinend in anderen Staaten vorkommen und eine speditive Sicherheitsuntersuchung behindern können. Im Höhenfreigabe-Fall stützten sich die Gerichte im Übrigen hauptsächlich auf den Flugunfalluntersuchungsbericht und eine Stellungnahme der SUST, was auch nach Verordnung (EU) Nr. 996/2010 zulässig erscheint.⁶⁴ Dass die Angeschuldigten Meldungen gemacht hätten, die einer Verurteilung entgegenstünden oder im Strafverfahren anderweitig zu berücksichtigen wären, lässt sich keinem der beiden Urteile entnehmen.

Von einer Administrativbehörde gefällte Entscheidungen können u.U. für die Strafbehörden verbindlich sein.⁶⁵ Dass der Flugunfalluntersuchungsbericht eine solche

60 Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, SR 312.0.

61 Verordnung über die Sicherheitsuntersuchung von Zwischenfällen im Verkehrswesen vom 17. Dezember 2014, SR 742.161.

62 Verordnung (EU) Nr. 996/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Oktober 2010 über die Untersuchung und Verhütung von Unfällen und Störungen in der Zivilluftfahrt und zur Aufhebung der Richtlinie 94/56/EG.

63 Siehe hierzu den Beitrag von *Corinna Bleienheuft* und *Peter Wysk* (Fn 1). Zu erwähnen ist immerhin, dass der schweizerische Verordnungsgeber davon ausgegangen zu sein scheint, dass die VSZV eine generelle Zustimmung zur Verwendung des Berichts und der Akten der Flugunfalluntersuchung im Strafprozess beinhaltet und dies mit dem europäischen Recht vereinbar sei.

64 Das Bundesstrafgericht berücksichtigte zwar auch Aussagen, die von Zeugen im Rahmen der Flugunfalluntersuchung gemacht wurden, jedoch nur zugunsten des Angeschuldigten (BStGer, Urteil vom 30. Mai 2018 – SK.2018.1, Erwägung 1.3.1.3).

65 Siehe *Häfelin/Müller/Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 2016, N 1744 ff.

Bindungswirkung entfalten könnte, erscheint ausgeschlossen. Die SUST trifft keine rechtsverbindlichen Anordnungen. Der Untersuchungsbericht umfasst „nur“ eine Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse und Sicherheitsempfehlungen, die an die Luftfahrtbehörden und die Luftfahrtindustrie gerichtet sind. Eine strikte Bindung der Strafgerichte an die Sachverhaltsfeststellungen im Flugunfalluntersuchungsbericht kommt nicht in Betracht, weil die Strafgerichte den für die strafrechtliche Beurteilung relevanten Sachverhalt selber festzustellen haben (Art. 139 Abs. 1 StPO). Das Strafgericht darf und muss die Sachverhaltsfeststellungen der SUST zwar berücksichtigen, hat sie jedoch wie alle anderen Beweismittel frei zu würdigen. Wo angezeigt, ist der Sachverhalt zu ergänzen und sind andere Beweismittel einzuholen.

Im Höhenfreigabe-Fall scheint das Bundesgericht den Flugunfalluntersuchungsbericht nun allerdings als oder zumindest wie ein gerichtlich bestelltes Gutachten zu behandeln. Das Bundesgericht sagt das zwar nicht ausdrücklich. Für dieses Verständnis sprechen jedoch verschiedene Erwägungen des Bundesgerichts und insbesondere der Umstand, dass das Bundesgericht den Antrag der Verteidigung auf Einholung eines (weiteren) Gutachtens mit der Begründung abwies, dass die Voraussetzungen für die Einholung eines Obergutachtens nicht erfüllt seien. Der Angeschuldigte habe nicht dargelegt, dass die Einschätzungen der SUST mangelhaft oder nicht schlüssig seien.⁶⁶

Das Bundesgericht legt nicht dar, weshalb es den Flugunfalluntersuchungsbericht als oder wie ein Gutachten behandelt. Gegen die Qualifikation des Flugunfalluntersuchungsberichts als Gutachten spricht eine Reihe von Gründen:

Sachverständiger bzw. Gutachter gemäß Art. 182 StPO kann nur eine natürliche Person sein.⁶⁷ Die SUST ist eine Behörde und fällt daher als Gutachter grundsätzlich außer Betracht.

Als Gutachter sind grundsätzlich Personen mit besonderen Fachkenntnissen beizuziehen (Art. 182 StPO). Auch wenn der SUST und ihren Untersuchungsleitern eine gewisse Sachnähe attestiert werden kann, ist die SUST in erster Linie eine Untersuchungsbehörde, die mit Blick auf eine Verbesserung der Sicherheit einen Sachverhalt untersucht (Art. 2 und 29 VSZV), und zwar mit Hilfe von Einvernahmen (Art. 31

⁶⁶ BGer, Urteil vom 27. Juni 2019 – 6B_1220/2018, ZLW 4/2019, 693 ff., Erwägung 1.5.2.

⁶⁷ Heer, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung, Basel 2014, Art. 183 N 9.

VSZV), Durchsuchungen (Art. 32 VSZV), der Beschlagnahmung von Gegenständen (Art. 33 VSZV), medizinische Untersuchungen (Art. 34 f. VSZV) und dem Beizug von Sachverständigen sowie der Erteilung von Gutachtensaufträgen (Art. 29 Abs. 2 und Art. 36 VSZV).

Sachverständige werden im Auftrag des Gerichts tätig und haben die vom Gericht gestellten Fragen zu beantworten (Art. 184 StPO). Die SUST wird von Gesetzes wegen tätig, ist unabhängig von den Strafverfolgungsbehörden und nimmt von diesem keine Instruktionen entgegen.

Der gerichtlich bestellte Gutachter hat sich auf die Akten des Gerichtsverfahrens zu stützen und nimmt höchstens ausnahmsweise eigene Sachverhaltsabklärungen vor (Art. 185 StPO). Die SUST ermittelt eigenständig den gesamten Sachverhalt und berücksichtigt dabei die Akten des Strafverfahrens nicht bzw. nach eigenem Ermessen (vgl. Art. 23 VSZV).

Im Strafverfahren hat der Angeschuldigte weitgehende Teilnahmerechte. So hat er das Recht, bei Beweiserhebungen anwesend zu sein (Art. 147 StPO) und sich vorgängig zur Person des Gutachters und zu den ihm unterbreiteten Fragen zu äußern (Art. 184 Abs. 3 StPO). Im Flugunfalluntersuchungsverfahren gibt es keine vergleichbaren Mitwirkungsrechte.

Letztlich hat die SUST eine ähnliche Funktion wie die Untersuchungs- und Ermittlungsbehörden im Strafverfahren. So wenig wie die Untersuchungsergebnisse der Strafverfolgungsbehörden können die im Untersuchungsbericht festgehaltenen Untersuchungsergebnisse der SUST als Gutachten qualifiziert werden.

Dies bedeutet nicht, dass die SUST bzw. ihre Untersuchungsleiter nicht in Einzelfällen als Experten beigezogen werden können. Aus den genannten Gründen ist es m.E. jedoch ausgeschlossen, den Flugunfalluntersuchungsbericht als oder wie ein vom Gericht bestelltes Gutachten zu behandeln. Entsprechend kann die Überprüfung der Feststellungen der SUST nicht davon abhängig gemacht werden, dass die Voraussetzungen für die Einholung eines Obergutachtens erfüllt sind, d.h. davon, dass das Gutachten unvollständig oder unklar ist oder dass Zweifel an der Richtigkeit des Gutachtens bestehen (Art. 189 StPO). Vielmehr muss es genügen, dass der Angeschuldigte aufzeigt, dass ein bestimmter Sachverhalt durch den Flugunfalluntersu-

chungsbericht noch nicht rechtsgenügend erstellt ist (vgl. Art. 139 Abs. 2 StPO). Die Anforderungen hierfür dürfen m.E. nicht allzu hoch gesteckt werden, da die Flugunfalluntersuchung die strafprozessualen Rechte des Angeschuldigten ungenügend schützt und der Unfalluntersuchungsbericht nicht der Feststellung der Verantwortlichkeiten dient, sondern mit dem spezifischen Ziel erstellt wird, die Sicherheit zu erhöhen; dieser besondere Blick hat auch einen Einfluss darauf, wie untersucht wird und welche Untersuchungsergebnisse im Bericht festgehalten werden. Sodann darf nur in hinreichend begründeten Fällen angenommen werden, dass die SUST über spezifische Fachkenntnisse verfügt, die es erlauben, sie als Sachverständige zu qualifizieren. Auch wenn solche Fachkenntnisse vorliegen, macht dies den Untersuchungsbericht nicht zum Gutachten. Wenn ein Gutachten der SUST gewünscht ist, ist ein entsprechender Auftrag unter Einhaltung aller prozessualen Rechte der Beteiligten an einen fachkundigen Mitarbeitenden der SUST zu erteilen.

III. Beweisrechtliche Behandlung von Stellungnahmen der SUST

Das Bundesstrafgericht holte im Höhenfreigabe-Fall zusätzlich zum Flugunfalluntersuchungsbericht eine Stellungnahme der SUST zu von der Verteidigung eingereichten Dokumenten ein.⁶⁸ Weder dem Urteil des Bundesstrafgerichts noch jenem des Bundesgerichts lässt sich entnehmen, was der Inhalt der Stellungnahme der SUST ist und inwieweit sich die Urteile auf den Bericht oder die Stellungnahme der SUST abstützen.

Die Stellungnahme der SUST wurde auf Anfrage des Bundesstrafgerichts spezifisch für das Strafverfahren erstellt, entsprechend kann es sich hierbei nicht um ein im Rahmen des Aktenbezugs eingeholtes Dokument handeln. Die Urteile des Bundesgerichts und des Bundesstrafgerichts enthalten keinerlei Hinweis, dass die Stellungnahme im Sinne eines Gutachtens eingeholt oder dass die prozessualen Voraussetzungen für ein Gutachten eingehalten worden wären. Die Stellungnahme ist daher als Bericht oder Auskunft zu qualifizieren, wie sie die Strafbehörden gemäß Art. 195 Abs. 1 StPO für Vorgänge, die für das Strafverfahren bedeutsam sind, von Behörden einholen können.

Das Bundesgericht scheint auch die Stellungnahme der SUST als oder wie ein Gutachten behandelt zu haben. Zwar wurde die Stellungnahme - anders als der Flugunfalluntersuchungsbericht - vom Bundesstrafgericht initiiert. Davon abgesehen spre-

68 BStGer, Urteil vom 30. Mai 2018 – SK.2018.1, Prozessgeschichte Buchstabe F.

chen aber die vorne aufgeführten Argumente gegen die Qualifikation einer bloßen Stellungnahme der SUST als Gutachten. Besonders fragwürdig erscheint es, wenn sich das Bundesstrafergericht und Bundesgericht u.a. auf die rechtliche Qualifikation des Vorfalls nach den ICAO-Vorschriften durch die SUST stützen. Die rechtliche Würdigung des Sachverhalts ist Sache der Gerichte, nicht der SUST.

IV. Schlussfolgerungen

Weder der Flugunfalluntersuchungsbericht noch eine vom Gericht zusätzlich eingeholte Stellungnahme der SUST erfüllt die Anforderungen, die die Strafprozessordnung an ein Gutachten stellt. Der Flugunfalluntersuchungsbericht und eine bloße Stellungnahme der SUST darf daher nicht wie ein Gutachten behandelt werden, und die Abnahme zusätzlicher Beweismittel sollte nicht davon abhängig gemacht werden, dass die Voraussetzungen für die Einholung eines Obergutachtens erfüllt sind. Auch unter diesem Aspekt erscheint die Begründung des Bundesgerichtsurteils im Höhenfreigabe-Fall problematisch.

E. Fazit

Die beiden besprochenen Bundesgerichtsurteile vermögen nicht zu überzeugen. Dass das Bundesgericht im Startfreigabe-Fall eine hinreichend konkrete Gefahr für Leib und Leben verneint hat, lässt sich mit der ständigen Bundesgerichtspraxis nur schwer vereinbaren. Umgekehrt ist nicht schlüssig, wie das Bundesgericht das Vorliegen einer Gefahr für Leib und Leben im Höhenfreigabe-Fall bejaht hat. Fragwürdig erscheint es zudem, dass das Bundesgericht den Flugunfalluntersuchungsbericht und eine zusätzliche Stellungnahme der SUST wie ein Gutachten behandelt und die Abnahme weiterer Beweismittel davon abhängig machen will, dass die Voraussetzungen für die Einholung eines Obergutachtens erfüllt sind.

Das Urteil des Bundesgerichts vom 27. Juni 2019 (Höhenfreigabe-Fall) wurde in Luftverkehrskreisen zum Teil heftig kritisiert. Es wurde befürchtet, dass auch ein geringfügiger Fehler eines Fluglotsen zu strafrechtlicher Verfolgung führen und dies die Sicherheitskultur in der Luftfahrt gefährden könnte.⁶⁹ Das Urteil vom 29. Oktober 2019 (Startfreigabe-Fall) dürfte diese Befürchtungen bis zu einem gewissen Grad ausräumen. Die Widersprüche zwischen den beiden Entscheiden schaffen jedoch eine erhebliche Rechtsunsicherheit. *De lege lata* ist zu wünschen, dass das Bundesgericht die offenen Fragen möglichst bald klären wird. Notwendig erscheint insbesondere,

69 Vgl. hierzu und auch zum Folgenden *Hempel* (Fn 4), 80 ff.

klarer zu definieren, wann eine hinreichend konkrete Gefahr von Leib und Leben angenommen werden muss. Auch sollten die Gerichte die Flugunfalluntersuchungsberichte unter Berücksichtigung der Eigenheiten der Flugunfalluntersuchung kritischer würdigen und nicht zu hohe Anforderungen an eine Ergänzung der Untersuchung stellen.

Auch dies wird allerdings an zwei Grundproblemen des Tatbestands der Störung des öffentlichen Verkehrs nichts ändern: Erstens ist der Tatbestand sehr offen formuliert⁷⁰, was unter dem Gesichtspunkt des Bestimmtheitsgebots (*nulla poena sine lege*) problematisch erscheint. Zweitens können auch geringfügige Fehler zu einer Bestrafung führen; dies ist nicht nur für den Straßenverkehr, der aus diesem Grund vom Anwendungsbereich von Art. 237 StGB weitgehend ausgenommen wurde (vgl. A.II.), ein Problem. Gerade im Bereich der Luftfahrt wäre es höchst fragwürdig, wenn Flugverkehrsleiter bei jedem noch so geringen Fehler mit einer strafrechtlichen Untersuchung und gar einer Bestrafung rechnen müssten. Es würde sich daher durchaus rechtfertigen, Art. 237 StGB *de lege ferenda* einer grundsätzlichen Überprüfung zu unterziehen. Dabei wird man sich auch die Frage stellen dürfen, ob es für die zweifellos gewünschte generalpräventive Wirkung Art. 237 StGB braucht oder ob die Tötungs- und Körperverletzungsdelikte sowie der allgemeine Tatbestand der Gefährdung des Lebens (Art. 129 StGB) hierfür nicht genügen. Zu prüfen wäre auch, ob im Luftverkehr für kleinere Fehler allenfalls administrative Sanktionen ausreichen würden oder ein System von Ordnungsbussen (analog dem Straßenverkehr) sachgerecht wäre.

70 Vgl. hierzu auch *Trechsel/Fingerhuth/Christiner-Trechsel*, in: *Trechsel/Pieth* (Fn. 6), Art. 237 N 8, 10.