

article on the merits of the Warsaw Convention. It also highlights the merits of the late Institute's director *Alex Meyer* for the ILA Committee and his general work on air law. Finally I mention the contribution on the "Sixtieth Anniversary of the Warsaw Convention" in 1989.<sup>4</sup>

In all these remarkable articles *Bin Cheng* asked for an active rethinking of whether the Warsaw system would still be the worthwhile system for international aviation liability.<sup>5</sup>

Finally, *Bin Cheng* was one of the greatest international air lawyers who also contributed to space law which was evidenced in another seminal work entitled "Studies in International Space Law".<sup>6</sup>

*Bin Cheng* was honored with a reprint of his most important contributions in 2016 under the title of "Selected works of *Bin Cheng*", edited by Taiwanese Professor *Chia-Jui Cheng*. I had the honour to contribute a foreword to this collection.

In a very friendly letter dated 6 December 2017 *Bin Cheng* thanked me for this foreword and continued by stating: "... I may be mistaken, but I firmly believe that "international customary law" is just a misnomer and that what has contributed to it is not to distinguish between unwritten law in a horizontal society and unwritten law in a hierarchical society."

This was again evidence of his extraordinary intellect. This spirit and his farsightedness have made him an exceptional thinker in the field of air and space law. As *editor*, I was very honored to have *Bin Cheng* as member of the advisory board to our Journal.

His noble character and his extraordinary intellectual spirit will always be remembered!

4 *Cheng*, Sixty Years of the Warsaw Convention: Airline Liability at the Crossroads (Part I), in: ZLW 1989, pp. 319 - 344.

5 *Cheng*, Sixty Years of the Warsaw Convention: Airline Liability at the Crossroads (Part I), in: ZLW 1989, p. 326.

6 *Cheng*, Studies in International Space Law. Oxford: Oxford University Press, 1997.

## Strafverfolgung von Lotsen und Verwertung von Erkenntnissen der Unfalluntersuchungsstellen

von *Corinna Bleienheuft* und *Peter Wysk* \*

Ende Juni 2019 verurteilte das Schweizer Bundesgericht in letzter Instanz einen Fluglotsen der Schweizer Skyguide wegen fahrlässiger „Störung des öffentlichen Verkehrs“ (Art. 237 II des Schweizerischen Strafgesetzbuchs [SchwStGB]) zu einer bedingten Geldstrafe von 60 Tagessätzen zu SFR 300,-.<sup>1</sup> Ihm wurde vorgeworfen, eine gefährliche Annäherung zwischen zwei Flugzeugen verursacht zu haben, indem er fahrlässig gegen verbindliche Regeln der Flugsicherungsverfahren<sup>2</sup> verstieß und die Crew eines Flugzeugs zu einem Steigflug veranlasste, obwohl diese keine Freigabe von ihm bekommen hatte.<sup>3</sup> Das Urteil bietet Anlass, sich rechtsvergleichend mit dem Vorwurf der Gefährdung des Luftverkehrs durch Lotsen oder auch Piloten nach schweizerischem und deutschem Strafrecht auseinanderzusetzen sowie mit der Frage, ob und mit welchem Stellenwert Berichte und Akten der Unfalluntersuchungsstellen<sup>4</sup> in justiziellen Verfahren dieser Länder verwendet werden dürfen. So hat das Bundesgericht sich bei seiner Entscheidung besonders auf den Schlussbericht sowie eine zusätzlich eingeholte Stellungnahme der Schweizerischen Sicherheitsuntersuchungsstelle (SUST) gestützt. Das Urteil bietet schließlich aber auch Anlass, Überlegungen zur Flugsicherheit und zur sog. Just Culture (dazu unten C. III) neu aufzugreifen, die

\* Rechtsanwältin (Syndikusrechtsanwältin) *Corinna Bleienheuft*, Bundesstelle für Flugunfalluntersuchung, Braunschweig. Dieser Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Meinung der Verfasserin wieder.

Prof. Dr. habil. *Peter Wysk*, Richter am Bundesverwaltungsgericht, Leipzig, Honorarprofessor der Humboldt-Universität zu Berlin.

1 Das Urteil vom 27.6.2019 ist mit dem Aktenzeichen 6B\_1220/2018 abrufbar unter: [www.BGer.ch](http://www.BGer.ch) > Rechtsprechung (gratis) > Weitere Urteile ab 2000.

2 Zu den Regeln s. Art. 3, Abs. 1 der Schweizer Verordnung über den Flugsicherungsdienst (VSFD; SR 748; 132,1) i.V.m. ICAO Annex 10 Vol. II Kapitel 5.2.1.9, ICAO Doc. 4444, Ziff. 4.5.7.5.2.

3 Gegen den Piloten, der ohne sein Funkrufzeichen zu nennen eine Höhenfreigabe erbeten und den Steigflug eingeleitet hatte, war bereits in 2017 ein Strafbefehl wegen fahrlässiger Störung des öffentlichen Verkehrs erlassen worden.

4 In der Schweiz ist die Schweizerische Sicherheitsuntersuchungsstelle (SUST) zuständig, homepage: [www.sust.admin.ch/de/sust-startseite/](http://www.sust.admin.ch/de/sust-startseite/), in Deutschland die Bundesstelle für Flugunfalluntersuchung (BFU), homepage: [www.bfu-web.de](http://www.bfu-web.de); näher zu ihr: *Bleienheuft*, in: *Grabherr/Reidt/Wysk*, LuftVG, Anh. 3b, 2. Kommentierung, Rn. 4 ff.

in einem Bericht über eine Tagung in der Deutschen Richterakademie<sup>5</sup> wiedergegeben sind.

## A. Das Strafverfahren in der Schweiz

### I. Der Sachverhalt: Annäherung zweier Flugzeuge im Schweizer Luftraum am 12.4.2013

Das Schweizerische Bundesgericht legte seiner Verurteilung (Fn. 1) folgenden Sachverhalt<sup>6</sup> zugrunde: Am 12.4.2013 kam es gegen 16:11:49 Uhr UTC<sup>7</sup> ca. 20 nautische Meilen südöstlich des Flughafens Zürich zu einer Annäherung zwischen zwei Flugzeugen in einer Höhe zwischen 36.000 und 37.000 ft. Das bodenseitige Konfliktsystem am Arbeitsplatz des Flugverkehrsleiters löste Alarm aus, aber auch die in beiden Flugzeugen vorhandenen Verkehrswarn- und Kollisionsverhinderungssysteme (TCAS II) gaben je einen Ausweichbefehl aus. Der verurteilte Schweizer Flugverkehrsleiter (FVL) war an dem Tag für drei Sektoren des oberen Luftraums Zürich und dort für die Staffelung zuständig. Die drei Sektoren (ab Flugfläche 32.500 ft und darüber) waren aufgrund der vorhergesagten Verkehrszahlen vom zuständigen „supervisor“ des Unternehmens zu einem Sektor am Arbeitsplatz des betroffenen Flugverkehrsleiters zusammengelegt worden. Die tatsächliche Verkehrsentwicklung für den Sektor war im maßgebenden Zeitraum jedoch höher als erwartet: So flogen zwischen 16:00 Uhr und 16:20 Uhr UTC nun 22 statt der geplanten 14 Flugzeuge in den Sektor ein, und die volle Sektorenkapazität von 43 Flügen pro Stunde war zwischen 15:40 Uhr und 16:40 Uhr UTC mit tatsächlichen 54 Flügen deutlich überschritten. Im maßgebenden Zeitraum zwischen 16:00 Uhr und 16:11 Uhr UTC stand der FVL in Kontakt mit 21 Flugzeugen, darunter 4 des Unternehmens Ryanair und einem Flugzeug von Air Portugal. Die Air Portugal (Funkrufzeichen: TAP706) meldete sich um 16:00:53 Uhr unter Angabe ihrer Flughöhe von 37.000 ft. Eine Ryanair-Maschine (Funkrufzeichen RYR3595) meldete sich um 16:01:11 Uhr mit der Flughöhe 36.000 ft. Zwischen 16:04:08 Uhr und 16:04:23 Uhr erteilte der FVL der anfragenden

5 ZLW 2019, S. 64 ff.

6 Vgl. SchwBGer (Fn. 1) und das vorinstanzliche Urteil des Bundesstrafgerichts vom 30.5.2018, Az. SK.2018.1 sowie Schlussbericht der SUST Nr. 2211 vom 24.9.2014, genehmigt von der Geschäftsleitung der SUST am 9.10.2014.

7 UTC = Koordinierte Weltzeit, dazu Wysk, in: *Grabherr/Reidt/Wysk*, LuftVG, Einl. Rn. 245 f.; allgemein zu den auch im Folgenden benutzten Maßeinheiten im Luftverkehr ders., a.a.O. Anhang I, Rn. 235 ff.

TAP706 eine Freigabe zur Routenänderung, um 16:09:41 Uhr einer weiteren Ryanair (Rufzeichen RYR6DW) die Freigabe, auf 34.000 ft zu steigen. Der Funkverkehr erfolgte auf Seiten des FVL wie der Crew bis zu dem Zeitpunkt jeweils unter Angabe bzw. Bestätigung des jeweiligen Funkrufzeichens. Um 16:10:43 Uhr meldete sich die RYR3595 ohne Angabe ihres Rufzeichens und bat um Freigabe (von 36.000 ft) auf 38.000 ft zu steigen. Der FVL bestätigte die Freigabe um 16:10:47 Uhr jedoch unter Angabe des Funkrufzeichens 6DW. Auf diese Freigabe an die RYR6DW reagierte deren Besatzung nicht. Stattdessen bestätigte die RYR3595 um 16:10:51 Uhr eine von ihr erbetene, aber nicht erteilte Freigabe unter Angabe ihres Rufzeichens RYR3595. Um 16:10:54 Uhr erteilte der FVL einem weiteren Flugzeug eine Freigabe, auf 36.000 ft zu steigen. Auf die von der RYR3595 fälschlicherweise angenommene und um 16:10:51 Uhr rückgelesene Freigabe reagierte er nicht. Um 16:11:37 Uhr löste das bodenseitige Konfliktsystem (STCA) einen Alarm über einen sich anbahnenden Konflikt zwischen der TAP706 und der RYR3595 aus. Darauf rief der FVL um 16:11:43 Uhr die RYR3595 an, um sich die Höhe von 36.000 ft bestätigen zu lassen; als die Crew dies verneinte, gab der FVL um 16:11:49 Uhr die Anweisung, umgehend zu sinken, was die Crew ebenfalls umgehend bestätigte. Um 16:11:48 Uhr hatte die RYR3595 zudem bereits eine Ausweichanweisung des bordseitigen TCAS II Systems erhalten, umgehend zu sinken. Die Anweisung des TCAS II der TAP706 lautete, entsprechend zu steigen. Beide Crews kamen der Anweisung des TCAS II jeweils umgehend nach. Die größte Annäherung zwischen beiden Flugzeugen betrug nach den Angaben im Bericht der SUST um 16:11:49 Uhr horizontal 0,8 NM (~ 1,5 km) und vertikal 650 ft (~200 Meter). Die Flugdatenschreiber standen der SUST allerdings nicht zur Verfügung, denn sie waren zwischen dem Ereignis am 12.4.2013 und der Meldung durch das Unternehmen an die SUST am 16.04.2013 bereits überschrieben worden.

### II. Die strafprozessuale Vorgeschichte in der Schweiz

Der Schlussbericht der SUST zum Ereignis vom 12.4.2013 wurde am 9.10.2014 von deren Geschäftsleitung genehmigt. Er enthielt die Firmennamen der betroffenen Luftfahrtunternehmen sowie die Flugnummern<sup>8</sup>. Am 8.12.2014 eröffnete die Bundesanwaltschaft<sup>9</sup> ein Ermittlungsverfahren zunächst gegen Unbekannt; dieses erstreckte sie am 22.12.2016 auf den betroffenen FVL. Im Jahr 2017 erließ die Bundesanwaltschaft einen Strafbefehl nach Art. 237 SchwStGB gegen den Piloten der RYR3595

8 S. Fn. 4 des Schlussberichts der SUST Nr. 2211.

9 Zuständigkeit der Bundesanwaltschaft aufgrund Ermittlung auch gegen den Piloten der RYR3595, s. dazu Bundesstrafgericht, Az. SK.2018.1, Rn. 1.1.

und gegen den FVL. Das Bundesstrafgericht bestätigte den Schuldspruch des FVL auf seinen Einspruch hin mit Urteil vom 30.5.2018<sup>10</sup>. Dagegen wandte sich der FVL an das Bundesgericht, das dessen Beschwerde mit dem hier besprochenen Urteil vom 27.6.2019 abgewiesen hat.

## B. Verwertbarkeit von Unterlagen der Flugunfalluntersuchung in justiziellen Verfahren

### I. Vertraulichkeit nach internationalem und EU-Recht

Die Flugunfalluntersuchung ist für die Vertragsstaaten des ICAO-Abkommens vom 7.12.1944 verbindlich in Annex 13 des Abkommens<sup>11</sup> geregelt und von den Vertragsstaaten in nationales Recht umzusetzen.<sup>12</sup> Annex 13 des ICAO-Abkommens enthält in Kapitel 5.12 Vorgaben zur Zweckgebundenheit schützenswerter Informationen und Unterlagen. Diese sollen grundsätzlich nur für die Zwecke der Unfalluntersuchung verwendet werden, es sei denn die jeweils zuständige Stelle eines Staates entscheidet nach einer Abwägung, dass der Nutzen einer Offenlegung solcher Informationen für andere rechtlich zulässige Zwecke gegenüber den möglichen Nachteilen für die betroffene oder künftige Sicherheitsuntersuchungen überwiegt. Die EU hat diese Vorgaben des ICAO Annex 13, Kapitel 5.12 zum Schutz sensibler Informationen in Art. 14 der VO (EU) 996/2010<sup>13</sup> umgesetzt. Sensible und besonders schützenswerte Informationen sind danach u.a. die Identitäten sowie Aussagen von Personen, Cockpit- und Stimmaufzeichnungen aus Flugverkehrskontrollstellen, elektronische Aufzeichnungen und Abschriften der Aufzeichnungen aus Flugverkehrskontrollstellen einschließlich Berichten und Ergebnissen zur internen Verwendung. Sie sind grundsätzlich nur für die Sicherheitsuntersuchung zu verwenden. Nur unter Beachtung der engen Vorgaben des Art. 14 Abs. 3 können sie offengelegt bzw. weitergegeben werden. Art. 14 Abs. 3 setzt zunächst einen rechtlich zulässigen Zweck des jeweils Anfragenden voraus, z.B. die benötigte Verwendung in einem justiziellen Verfahren. Sodann muss für jede der vorliegenden Informationen abgewogen werden zwischen den öffentlichen

<sup>10</sup> Bundesstrafgericht, Az. SK.2018.1.

<sup>11</sup> Zu den Annexen und dem ICAO-Abkommen vgl. *Wysk* (Fn. 7), Einl. Rn. 147 ff.

<sup>12</sup> Im Einzelnen dazu *Kaienburg/Wysk*, in: *Grabherr/Reidt/Wysk*, LuftVG, Einl. Rn. 265 (294 ff.) sowie *ZLW* 2018, 38 (49). Zur Umsetzung näher *Bleienheuft*, in: *Grabherr/Reidt/Wysk* (Fn. 4), Rn. 12 ff.

<sup>13</sup> VO (EU) 996/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.10.2010 über die Untersuchung und Verhütung von Unfällen und Störungen in der Zivilluftfahrt und zur Aufhebung der Richtlinie 94/56/EG, ABl. EU L 295 vom 11.12.2010, S. 35.

Interessen der Unfallvermeidung und der Verbesserung der Flugsicherheit einerseits und der geordneten Rechtspflege andererseits<sup>14</sup>. Es muss also in jedem Einzelfall zwischen etwaigen Nachteilen für die jeweilige oder künftige Sicherheitsuntersuchung und dem z.B. öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung abgewogen werden. Ergibt sich im Laufe eines Untersuchungsverfahrens nach VO (EU) 996/2010 ein Verdacht einer Straftat, obliegt es zwar der Sicherheitsuntersuchungsstelle gem. Art. 12 Abs. 2 der VO (EU) 996/2010 die Staatsanwaltschaft zu informieren, der Umfang der Information hat sich jedoch auch in einem solchen Fall am Abwägungsgebot des Art. 14 VO (EU) 996/2010 zu orientieren.

### II. Umsetzung der Vertraulichkeit im deutschen Recht

Das Gesetz über die Untersuchung von Unfällen und Störungen bei dem Betrieb ziviler Luftfahrzeuge (FIUUG) sieht auf Anfrage einer Staatsanwaltschaft keine Übergabe von ganzen Untersuchungsakten vor. Bei einem Verdacht von Straftaten, die im Zusammenhang mit einer schweren Störung oder einem Unfall stehen oder die von erheblicher Bedeutung sind, gilt nach § 7 FIUUG nur eine Unterrichts-, keine Aktenabgabepflicht. Eine solche Unterrichtung sowie etwaige Übermittlung weiterer Daten steht unter dem vorrangigen Vorbehalt der in Art. 14 Abs. 3 und Art. 12 Abs. 2 VO (EU) 996/2010 genannten Kriterien. Untersuchungsberichte der BFU enthalten gem. Art. 16 Abs. 2, Art. 2 Nr. 10 und 11 VO (EU) 996/2010 keine Angaben zu Eigentümer und Betreiber/Halter. Eine Aufhebung der Anonymität erfolgt, wenn überhaupt, nur bei Pressemitteilungen und dort nur dann, wenn die Anonymität bereits medial durchbrochen wurde, wie im Fall des Ereignisses Germanwings am 24.3.2015, bei dem bereits unmittelbar nach dem Ereignis das Kennzeichen und dann auch die Airline mittels Bildberichterstattung durch die internationale Presse verbreitet worden waren. Anfragen von Gerichten und/oder Staatsanwaltschaften auf Aktenübersendung werden unter den Vorgaben des Art. 14 Abs. 3 VO (EU) 996/2010 von der BFU geprüft. Das Untersuchungsverfahren wird in Deutschland seit dem Gesetzgebungsverfahren zum FIUUG 1998 nicht als förmliches Verwaltungsverfahren verstanden, sondern als Verfahren eigener Natur und Prägung, das mit keinem anderen institutionalisierten Verfahren vergleichbar ist.<sup>15</sup> Daher erstellt die BFU, auch aufgrund der auch durch Art. 5 Abs. 6 VO (EU) 996/2010 vorgegebenen strikten Trennung gegenüber Justiz- und Verwaltungsverfahren, keine gutachterlichen Stel-

<sup>14</sup> Vgl. Erwägungsgrund 23 zur VO (EU) Nr. 996/2010.

<sup>15</sup> BT-Drs. 13/10738 vom 20.5.1998, s. auch ausführlich *Bleienheuft*, in: *Grabherr/Reidt/Wysk* (Fn. 4), Rn. 21.

lungnahmen. Aussagegenehmigungen für BFU-Untersucher nach § 376 ZPO bzw. § 54 StPO enthalten generell keine Freigabe für gutachterliche Beurteilungen.

### III. Die Rechtslage im Schweizer Recht

In der Schweiz ist die VO (EU) 996/2010 über die Untersuchung und Verhütung von Unfällen und schweren Störungen in der Zivilluftfahrt (ABl. L 295 S. 35) unmittelbar anwendbar. Das ergibt sich aus dem Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Luftverkehr (im Folgenden: Luftfahrtabkommen) vom 21.6.1999 (ABl. EG Nr. L 114 vom 30.4.2002, S. 73; Schweiz SR 0.748.127.192.68).<sup>16</sup> Nach Art. 18 Abs. 1 dieses Luftfahrtabkommens ist jede Vertragspartei in ihrem eigenen Gebiet für die ordnungsgemäße Anwendung des Abkommens zuständig, insbesondere hinsichtlich der im Anhang aufgeführten Verordnungen und Richtlinien. In Umsetzung der VO (EU) 996/2010 galt für die SUST zum Zeitpunkt ihrer Untersuchung 2013/14 die schweizerische VO vom 23.11.1994 (Nr. 748.126.3) über die Flugunfalluntersuchungen (SchwVFU).<sup>17</sup> Allerdings hatte die Schweiz gegenüber der ICAO zu Annex 13 Kapitel 5.12 in einem Supplement vom 10.1.2003 zur 9. Ausgabe des Annex 13 einen Vorbehalt erklärt, wonach die Schweizer Gesetzgebung es erfordere, dass alle Unterlagen den Justiz- wie Verwaltungsbehörden zugänglich zu machen seien.<sup>18</sup> Dementsprechend bestimmte Art. 28 Abs. 4 SchwVFU, dass die SUST die Akten auf Verlangen den Gerichts- und Verwaltungsbehörden für ihre Verfahren zur Verfügung stellen muss, wenn ihre Untersuchung abgeschlossen ist. Zum 1.2.2015 trat die Verordnung über die Sicherheitsuntersuchung von Zwischenfällen im Verkehrswesen (SchwVSZV, SR 742/161) in Kraft<sup>19</sup>, die VFU wurde aufgehoben.<sup>20</sup> An der Verpflichtung der SUST, Untersuchungsunterlagen einer anfragenden Staatsanwaltschaft oder auch Verwaltungsbehörde und umgekehrt unentgeltlich zur Verfügung zu stellen, änderte sich dadurch im Grundsatz nichts.<sup>21</sup> Gem. Art. 51 Abs. 3 SchwVSZV hat der Untersuchungsdienst der SUST die Akten nach Abschluss eines Untersuchungsverfahrens anfragenden Untersuchungs- oder

<sup>16</sup> Das Abkommen ist verfügbar unter <https://eur-lex.europa.eu> sowie etwa [www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19994646/index.html](http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19994646/index.html), s. dort Anhang I, Punkt 3 „Flugsicherheit“.

<sup>17</sup> [www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19940348/index.html](http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19940348/index.html) (zuletzt aufgerufen am 30.10.2019).

<sup>18</sup> Müller/Rocheray, Straffloses Meldewesen in der Luftfahrt, ZLW 2013, S. 6 Punkt 3.2.2.

<sup>19</sup> [www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20141771/index.html](http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20141771/index.html), (zuletzt aufgerufen am 30.10.2019).

<sup>20</sup> Art. 59 SchwVSZV.

<sup>21</sup> Art. 23 Abs. 3 SchwVSZV.

Verwaltungsbehörden oder Gerichten zur Verfügung zu stellen. In Art. 24 SchwVSZV ist lediglich die Verwertung von Auskünften von Personen gegenüber der SUST in einem Strafverfahren eingeschränkt, sie setzt das Einverständnis der jeweils betroffenen Person voraus.

Eine Übergabe oder Verwendung der kompletten Untersuchungsakte an bzw. durch eine Staatsanwaltschaft, so wie sie Art. 23 SchwVZSV für die Schweiz regelt, ist weder in Art. 14 Abs. 3 noch in Art. 12 Abs. 2 VO (EU) 996/2010 vorgesehen. Anders ausgedrückt, sieht die SchwVSZV eine Abwägung, so wie sie von Art. 14 VO (EU) 996/2010 gefordert wird, gar nicht vor. Nach Art. 24 SchwVSZV sind lediglich die Aussagen von Personen in einem Strafverfahren nicht verwertbar, wenn kein Einverständnis der Betroffenen vorliegt. Diese Regelung beruht auf der berechtigten Erkenntnis, dass Anhörungen einer Sicherheitsuntersuchungsstelle keine strafprozessualen und strafrechtlichen Belehrungen vorangehen. Ohne ausdrückliches Einverständnis der betroffenen Person, dass seine Aussage in einem Strafverfahren verwendet werden darf, ist sie also bereits aus diesem Grund nicht verwertbar.<sup>22</sup>

### IV. Anwendung durch das Bundesgericht im konkreten Fall

Im konkreten Fall wurde Art. 24 SchwVSZV bereits im Ermittlungsverfahren der Bundesanwaltschaft wie auch vor Gericht zugunsten des betroffenen FVL angewandt, d.h. seine Erklärungen bei den Anhörungen durch die SUST wurde von den Gerichten nicht berücksichtigt, obwohl sie vor Inkrafttreten der SchwVSZV am 1.2.2015 abgegeben wurden.<sup>23</sup> Hingegen wurde die Untersuchungsakte der SUST sehr wohl ausgewertet, wobei aus den Urteilen nicht erkennbar ist, ob die SUST oder die Bundesanwaltschaft vor einer Übergabe bzw. Verwertung der vollständigen Akte eine Abwägung nach Art. 14 Abs. 3 VO (EU) 996/2010 z.B. hinsichtlich der übrigen Teile der Akte, darunter z.B. der Aufzeichnungen der Flugverkehrskontrollstelle, vorgenommen hatte. Zudem enthalten die Urteile des Bundesstrafgerichts und des Bundesgerichts keine Ausführungen dazu, ob und inwieweit aufgrund von Art. 18 Abs. 1 des Luftfahrtabkommens zwischen der Schweiz und der EU die Anwendung von Art. 23 SchwVSZV EU-rechtskonform erfolgte und damit bereits die Herausgabe und Verwertung der vollständigen U-Akte der SUST in einem justiziellen Verfahren zu hinterfragen war. Nach Art. 18 des Luftfahrtabkommens war die Schweiz ja zur

<sup>22</sup> Vgl. Bundesstrafgericht Az. SK 2018.1 Rn. 1.3.1.2.

<sup>23</sup> Bundesstrafgericht a.a.O., Rn. 1.3.1.3.

ordnungsgemäßen Anwendung der im Anhang u.a. aufgeführten VO (EU) 996/2010 (d.h. einschließlich deren Art. 14) verpflichtet.

In Art. 5 Abs. 6 VO (EU) 996/2010 (in 2013/14 noch Abs. 5) ist festgelegt, dass die Sicherheitsuntersuchungen nach den Abs. 1, 2 und 4 auf keinen Fall darauf abzielen dürfen, die Schuld- oder Haftungsfrage zu klären. Sie sind unabhängig und getrennt von Justiz- oder Verwaltungsverfahren und ohne Präjudizierung solcher Verfahren zur Feststellung des Verschuldens oder der Haftung durchzuführen. Demgegenüber wird in der Schweiz die Flugunfalluntersuchung als Verwaltungsverfahren verstanden, entsprechend sollen dabei erhobene Beweise auch in einem Strafverfahren genutzt werden dürfen;<sup>24</sup> die Beiziehung von Luftfahrtbehörden als Sachverständige wird als unerlässlich angesehen.<sup>25</sup> So hatte in dem hier besprochenen Fall das Bundesstrafgericht von der SUST zusätzlich eine Stellungnahme eingeholt und diese im Rahmen der Risikobewertung herangezogen.<sup>26</sup> Dies war nach Ansicht des Bundesgerichts zulässig.<sup>27</sup> Nach Art. 16 Abs. 2 der VO (EU) 996/2010<sup>28</sup> ist in einem Untersuchungsbericht die Anonymität aller an einer schweren Störung beteiligten Personen zu wahren. Zu den beteiligten Personen gehören nach Art. 2 Nr. 11 und 10 auch Eigentümer und Betreiber. Art. 54 Abs. 2 SchwVSZV sieht jedoch die Nennung der beteiligten Unternehmen vor. Insofern führte der Schlussbericht der SUST diese namentlich auf. Auch hier stellt sich die Frage, inwieweit die Fassung des SchwVSZV von 2014 Art. 18 des Abkommens zwischen der Schweiz und der EU über den Luftverkehr und damit die Vorgaben der VO (EU) 996/2010 ausreichend umsetzt oder EU-rechtskonform angewendet werden muss.

#### V. Opting-out oder Geltung des EU-Rechts?

Die Unterschiedlichkeit der Rechtslagen in Deutschland und in der Schweiz resultiert augenscheinlich daraus, dass die Schweiz aufgrund des gegenüber der ICAO erklärten Vorbehalts davon ausgeht, von den Vertraulichkeitsregelungen in Kapitel 5.12 des Annex 13 freigestellt zu sein. Darauf deutet hin, dass sich die Gerichte nicht mit der VO (EU) 996/2010 auseinandersetzen und die SUST die VO (EU) 996/2010 zwar auf

24 Müller/Rocheray, Straffloses Meldewesen in der Luftfahrt: Soll Sicherheitsdenken vor Strafe schützen?, ZLW 2013, S. 1 (S. 10 bei Punkt 4.5).

25 Müller/Rocheray a.a.O. (S. 10 bei Punkt 4.3).

26 Bundesstrafgericht a.a.O., Rn. F und 2.6.7 (Stellungnahme SUST vom 12.4.2018).

27 Bundesgericht a.a.O. Punkt 1.4.

28 Art. 16 Abs. 2 in deutscher, französischer wie italienischer Fassung spricht von beteiligten Personen.

ihrer Webseite als Rechtsgrundlage aufführt, bei ihren Berichten aber nur auf den ICAO Annex 13 und die SchwVSZV abstellt. Eine Freistellung von den Vertraulichkeitspflichten kollidiert freilich mit ihrer Verpflichtung aus dem Luftfahrtabkommen mit der EU, die VO (EU) 996/2010 anzuwenden.

#### 1. Uneingeschränkte Geltung der VO (EU) 996/2010 in der Schweiz

Die Anwendbarkeit der VO (EU) 996/2010 ist in der Schweiz nicht eingeschränkt. Sie hätte vereinbart werden können; dies ist aber nicht geschehen. Im Anhang des Luftfahrtabkommens sind sehr wohl EU-Verordnungen verzeichnet, die der Gemischte Ausschuss für die Schweiz nur mit Abweichungen übernommen hat. So finden sich ausführliche Anmerkungen etwa bei der VO (EU) 2018/1135 (EASA Grundverordnung), nicht aber bei den Verordnungen (EU) 996/2010 und 376/2014. Ohne derartige Anmerkungen gelten die aufgeführten Verordnungen einschränkungslos. Das Verfahren für nachträgliche Änderungen der Anwendung richtet sich nach Art. 23 des Luftfahrtabkommens. Danach bleibt die Befugnis unberührt, Rechtsvorschriften zu einem vom Abkommen geregelten Sachverhalt zu ändern. Die nationalrechtliche Änderung muss aber in einem formellen Verfahren zustande kommen und ist sodann durch Beschluss des Gemischten Ausschusses in eine Änderung des Anhangs des Abkommens umzusetzen. Dieses Verfahren ist bei der SchwVSZV weder vor noch nach ihrem Inkrafttreten am 1.2.2015 eingehalten worden, der Anhang des Luftfahrtabkommens wurde insofern nicht geändert.<sup>29</sup> Solange mithin kein anderslautender Beschluss des Gemischten Ausschusses erfolgt und veröffentlicht ist, der den Umfang der Anwendung der VO (EU) 996/2010 entsprechend den Bestimmungen der SchwVSZV oder einer anderen nationalen Verordnung einschränkt, ist diese EU-Verordnung von den Schweizer Behörden und der Rechtsprechung ohne Abweichung anzuwenden.

#### 2. Anwendungsvorrang des EU-Rechts auch in der Schweiz

EU-Verordnungen - also auch die VO (EU) 996/2010 - gelten in der Schweiz unmittelbar. Diese Wirkung tritt zwar nicht kraft der Regelung in Art. 288 Abs. 1 AEUV (ex-Art. 249 Abs. 2 EGV) ein, sondern nur im Umfang ihrer Aufnahme in das Abkommen. Ihrem Inhalt nach sind es aber die gleichen Regeln, die in der EU gelten; der Zweck der Harmonisierung kann nur erreicht werden, wenn die Auslegung der

29 Vgl. die konsolidierte Fassung des Abkommens auf [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:02002A0430\(02\)-20190201&from=DE](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:02002A0430(02)-20190201&from=DE), (zuletzt aufgerufen am 30.10.2019).

EU-Bestimmungen in der Schweiz in gleicher Weise erfolgt wie in der EU. Zu diesem Zweck sehen die Abkommen teilweise ausdrücklich eine Berücksichtigungspflicht für die Rechtsprechung der anderen Vertragspartei vor.<sup>30</sup> Beispielsweise bestimmt auch Art. 1 Abs. 2 des Luftfahrtabkommens, dass die EU-Verordnungen im Anhang hinsichtlich ihrer Umsetzung und Anwendung in Übereinstimmung mit den vor der Unterzeichnung dieses Luftfahrtabkommens erlassenen Urteilen, Beschlüssen und Entscheidungen des Gerichtshofs und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften auszulegen sind. Damit ist das Luftfahrtabkommen nebst den im Anhang aufgeführten EU-Verordnungen direkt anwendbar, sofern diese „self executing“ sind<sup>31</sup>, also ohne Präzisierung im nationalen Recht Geltung für ihre Adressaten beanspruchen. Dies trifft für die VO (EU) 996/2010 zu.

Für die Frage, welcher Regelung im Fall von Widersprüchen zwischen Bestimmungen der VO (EU) 996/2010 und der SchwVSZV der Vorrang zu geben ist, kann gem. Art. 1 Abs. 2 des Luftfahrtabkommens eine Grundsatzentscheidung des EuGH aus 1964 herangezogen werden.<sup>32</sup> Der EuGH hatte in der Rechtssache Costa/ENEL1964 entschieden, dass im Falle der Kollision zwischen EU-Recht und nationalem Recht das nationale Recht im Umfang der Kollision nicht angewendet werden darf (sog. Anwendungsvorrang des EU-Rechts). Dies gilt nach EuGH unabhängig davon, ob das nationale Recht vor oder nach Inkrafttreten der EU-Verordnung erlassen wurde.<sup>33</sup> Die Schweiz ist auch an dieses Rechtsprinzip gebunden. Die SchwVSZV ist daher richtigerweise nur noch in den Bereichen anzuwenden, die von der VO (EU) 996/2010 nicht geregelt werden. Die Schweizer Behörden wie auch Gerichte haben aufgrund des Luftfahrtabkommens die Befugnis wie auch die Pflicht, die VO (EU) 996 /2010 anzuwenden sowie im Fall der Kollision mit Regelungen der SchwVSZV, letztere EU-rechtskonform anzuwenden oder außer Anwendung zu lassen.

30 Seiler, XVI. Treffen der obersten Verwaltungsgerichtshöfe Österreichs, Deutschlands, des Fürstentums Liechtenstein und der Schweiz vom 18./19. September 2008, Beitrag der Schweiz zum Thema „Auswirkungen des EU-Rechts auf Nicht-EU-Mitglieder“, S. 9.

31 Seiler a.a.O.

32 Grundl. EuGH Slg. 1964, 1251 (1269); Slg. 2009, I-11049 Rn. 81 m.w.N.; EuGH, NJW 2011, 2187 Rn. 54 ff.

33 EuGH, Rs. 106/77 (Simmenthal), Slg.1978, 629, Rn. 21/23.

## 2. Suspendiert das Opting-out vom EU-Recht?

Fraglich ist, ob sich die Schweiz mit ihrem im Supplement vom 10.1.2003 zur 9. Ausgabe des Annex 13 erklärten Vorbehalt zu Kapitel 5.12 ICAO Annex 13 generell, also auch gegenüber der EU vom Vertraulichkeitsschutz nach Art. 14 VO (EU) 996/2010 befreit hat. Bei dem Vorbehalt (opting-out) handelt es sich um eine nach Art. 38 des ICAO-Abkommens den Vertragsstaaten eingeräumte Möglichkeit, in nationalen Regelungen von Vorgaben der ICAO abzuweichen, sofern ein Staat die Abweichung der ICAO anzeigt.<sup>34</sup> Mit dem Vorbehalt vom 10.1.2003 hat die Schweiz die Bindungswirkung von Kapitel 5.12 des Annex 13 zum Vertraulichkeitsschutz gegenüber der ICAO ausgeschlossen. Das ergibt sich aus dem nationalen Schweizer Recht: Die Schweiz<sup>35</sup> verfolgt das sog. monistische System<sup>36</sup>, wonach Völkerrecht und innerstaatliches Recht als Teile einer einheitlichen Rechtsordnung zu sehen sind. Eine Transformation völkerrechtlicher Verträge in innerstaatliches Recht ist überflüssig. Die Annexe zum ICAO-Abkommen sind dennoch in der Schweiz nicht aus sich heraus unmittelbar anwendbar. Hierzu bedarf es gem. Art. 6a Abs. 1 des Schweizer Bundesgesetzes über die Luftfahrt (LFG, SR 748.0) im Grundsatz einer ausdrücklichen Erklärung des Bundesrates.<sup>37</sup> So sind neben dem in den oben genannten Urteilen erwähnten Art. 3 Abs. 1 VFSD z.B. gem. Art. 122p der Schweizer Luftfahrtverordnung (LFV, AS 2018, 3843-3846<sup>38</sup>) für die Durchführung von Maßnahmen für Erleichterungen in der Luftfahrt (Facilitation) die Normen und Empfehlungen der ICAO im Anhang 9 zum ICAO-Abkommen unmittelbar anwendbar. Art. 122p LFV enthält aber auch einen ausdrücklichen Vorbehalt durch den Hinweis auf die hierzu gem. Art. 38 des ICAO-Abkommens von der Schweiz gemeldeten Abweichungen. Eine entsprechende Erklärung des Bundesrates zur unmittelbaren Anwendbarkeit des Annex 13 findet sich weder in Art. 22 ff. LFG, die Bestimmungen zur Flugunfalluntersuchung ent-

34 Vgl. auch Kaienburg/Wysk, in: Grabherr/Reidt/Wysk, LuftVG, Einl. Rn. 405.

35 Seiler a.a.O. S. 6, BGE 138 II 42 ff., E. 3.1.

36 Dazu und zur Abgrenzung vom sog. dualistischen System ausführlich Kaienburg/Wysk, in: Grabherr/Reidt/Wysk, LuftVG, Einl. Rn. 393.

37 Art. 6 a Abs. 1 LuftFG: Der Bundesrat kann ausnahmsweise einzelne Anhänge, einschließlich zugehöriger technischer Vorschriften, zum Übereinkommen vom 7. Dezember 1944 über die internationale Zivilluftfahrt als unmittelbar anwendbar erklären; er kann eine besondere Art der Veröffentlichung solcher Bestimmungen vorschreiben und bestimmen, dass von einer Übersetzung ganz oder teilweise abzusehen ist.

38 [https://www.admin.ch/opc/search/?text=SR+0.748.0&lang=de&facet=&product%5B%5D=oc&language%5B%5D=de&productAll=all&date\\_range\\_min=&date\\_range\\_max=&d\\_is\\_in\\_force=yes](https://www.admin.ch/opc/search/?text=SR+0.748.0&lang=de&facet=&product%5B%5D=oc&language%5B%5D=de&productAll=all&date_range_min=&date_range_max=&d_is_in_force=yes), (zuletzt aufgerufen am 30.10.2019).

halten, noch in der SchwVSZV. Auch die hier besprochenen Urteile des Bundesstrafgerichts und des Bundesgerichts enthalten keine Hinweise darauf, dass Annex 13 als Rechtsgrundlage herangezogen wurde. Wenn die SUST in ihren Schlussberichten auf Kapitel 3.1 des Annex 13 hinweist, dann doch nur im Zusammenhang mit der gesetzlichen Vorgabe in Art. 24 LFG, wonach Untersuchungsberichte nicht den Zweck haben, Schuld zuzuweisen oder Haftungsfragen zu klären. Auch auf ihrer Webseite führt die SUST nur das LFG, die VO (EU) 996/2010 sowie die SchwVSZV auf. Insofern kann dieser Hinweis im Schlussbericht nicht als solcher auf eine unmittelbar anzuwendende Rechtsgrundlage gedeutet werden.

Es ist daher davon auszugehen, dass Annex 13 über die vorgenannten nationalen gesetzlichen Regelungen (LFG und SchwVSZV) nur teilweise in Schweizer Recht umgesetzt wurde. Es besteht daher mangels direkter Anwendbarkeit des Annex 13 und des dazu erklärten Vorbehalts schon keine Kollision zur direkt anwendbaren VO (EU) 996/2010. Die SchwVSZV darf hinsichtlich der Regelungen, die der VO (EU) 996/2010 widersprechen - sei es beim Vertraulichkeitsschutz, sei es bei der Gewährleistung der Anonymität (VO [EU] 996/2010 Art. 14, 16, Art. 2. Ziff. 10, 11 gegenüber den Art. 23, 51, 54 SchwVSZV) - von den Justizbehörden, der SUST selbst und den Gerichten nicht angewendet werden. Abgesehen davon kann das auf Art. 38 des ICAO-Abkommens beruhende opting-out nur der ICAO gegenüber Wirkung entfalten, suspendiert nur von der Verpflichtung, Annex 13 in dem ausgeklammerten Punkt zu beachten. Gegenüber der EU entfaltet das opting-out keine Wirkungen. Die EU war nicht Adressat des Vorbehalts von 2003 und hat ein gleichsinniges opting-out nicht selbst erklärt oder akzeptiert. Die EU-Verordnung 996/2010 ist später hiervon unbeeindruckt und ohne Einschränkungen in das Luftfahrtabkommen und damit in Schweizer Recht übernommen worden. Durch EU-Recht ist die Schweiz mithin, ungeachtet einer Freistellung der ICAO, zum Vertraulichkeitsschutz verpflichtet.

### C. Weitere strafrechtliche Aspekte

#### I. Zum Begriff der schweren Störung nach VO (EU) 996/2010

In Art. 2 Nr. 16 der VO (EU) 996/2010 ist der Begriff der schweren Störung wie folgt definiert: „eine Störung, deren Umstände darauf hindeuten, dass eine hohe Unfallwahrscheinlichkeit bestand, die mit dem Betrieb eines Luftfahrzeugs verbunden ist und die im Fall eines bemannten Luftfahrzeugs zwischen dem Zeitpunkt des Anbordgehens von Personen mit Flugabsicht und dem Zeitpunkt, zu dem alle diese Personen

das Luftfahrzeug wieder verlassen haben ... eintritt.“ Im Anhang der EU-Verordnung findet sich eine Liste von Beispielen für schwere Störungen. Diese sind: „typische Beispiele für Störungen, die mit großer Wahrscheinlichkeit schwere Störungen darstellen.“ Die Liste ist nicht erschöpfend und dient nur als Richtschnur für die Definition der „schweren Störung“. Als ein Beispiel ist im Anhang erwähnt: „Fastzusammenstoß, bei dem ein Ausweichmanöver erforderlich war oder eine gefährliche Situation eingetreten ist oder ein Ausweichmanöver angemessen gewesen wäre“. Die in Art. 2 Nr. 16 erfolgte Begriffsbestimmung sowie der Anhang lassen es zu, auch andere Ereignisse, als die im Anhang aufgeführten Beispiele, als schwere Störungen zu klassifizieren. Möglich ist es danach aber auch, ein z.B. erfolgreiches Ausweichmanöver nicht als schwere Störung einzuordnen. So kann es Ereignisse geben, bei denen das Unfallrisiko trotz eines Ausweichmanövers aufgrund der Auswertung der Flugdatenschreiber und der Radardaten schlussendlich nicht als hoch eingestuft wird.

Sicherheitssysteme wie TCAS II und bodenseitige Warnsysteme, die gegriffen haben, implizieren zwar ein Kollisionsrisiko; nach Auswertung der vorerwähnten Daten kann das Kollisionsrisiko letztlich aber auch anders eingeschätzt werden. Eine TCAS-traffic information wird bei einer Flughöhe um die 36.000 ft ab einer Unterschreitung des vertikalen Abstands zwischen zwei Luftfahrzeugen ausgelöst, die weniger als 1.000 ft aber noch bis 700 ft beträgt. Unterhalb 700 ft Abstand erfolgt eine resolution advisory. Ob das TCAS nur eine Verkehrsinformation oder sofort eine Ausweichanweisung gibt, hängt zudem von weiteren Parametern ab wie z.B. vom Horizontalflug, Sink- bzw. Steigraten der beteiligten Flugzeuge, der Geschwindigkeit und vom horizontalen Abstand der Flugzeuge. Entscheidend ist daher immer eine möglichst umfassende Faktenlage, die eine Beurteilung zulässt, ob unabhängig von einem geflogenen Ausweichmanöver eine hohe Unfallwahrscheinlichkeit bejaht werden kann. Wenn danach ein Fastzusammenstoß zu verneinen ist, könnte das betreffende Ereignis als Störung i.S. von Art. 2 Nr. 7 VO (EU) 996/2010 klassifiziert bzw. umverfügt werden. Auch eine Störung kann gem. Art. 5 Abs. 4 VO (EU) 996/2010 i.V.m. dem jeweiligen nationalen Recht untersucht werden, wenn aus der Untersuchung Erkenntnisse für die Verbesserung der Flugsicherheit zu erwarten sind. Im Schweizer Recht ist eine solche nationale Rechtsgrundlage in Art. 20 Abs. 4 SchwVSZV vorhanden. Auch das FIUUG sieht in §§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 5 die Untersuchung von Störungen vor.

## II. Gefährdungen des Luftverkehrs nach schweizerischem und deutschem Strafrecht

### 1. Tatbestandsmerkmal „Gefährdung des Luftverkehrs“ im SchwStGB

Nach Art. 237 des Schweizer StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, wer „den öffentlichen Verkehr, namentlich den Verkehr [...] in der Luft hindert, stört oder gefährdet und dadurch wissentlich Leib und Leben von Menschen in Gefahr bringt“<sup>39</sup>. Unter Strafe gestellt ist auch fahrlässiges Handeln (Abs. 2). Diesen Tatbestand sieht das Bundesgericht der Schweiz abstrakt als erfüllt an, wenn eine konkrete Gefährdung des Lebens oder der körperlichen Integrität einer am öffentlichen Verkehr teilnehmenden Person vorgelegen hat, der Täter fahrlässig gehandelt hat und Kausalität zwischen Fahrlässigkeit und Gefährdung gegeben ist. Die Gefährdung ist nach ständiger Schweizer Rechtsprechung hinreichend konkret, wenn sie naheliegend und ernsthaft ist, d.h. wenn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die Wahrscheinlichkeit oder nahe Möglichkeit der Verletzung eines Menschen besteht. Sie ist daher auch dann zu bejahen, wenn der Eintritt des schädigenden Erfolgs nur durch Zufall oder durch das Verhalten eines der Beteiligten verhütet wird. Ob es zu einer konkreten Gefährdung gekommen ist, wird als Rechtsfrage betrachtet, weil sie vom Gericht anhand der Würdigung des ermittelten Sachverhalts zu beurteilen ist.<sup>40</sup>

Das Schweizer Bundesstrafgericht wie auch das Bundesgericht in letzter Instanz bejahten bei dem Ereignis vom 12.4.2013 (oben A I) ein hohes Kollisionsrisiko i.S. von Art. 237 SchwStGB, also eine konkrete Gefahrenlage. Diese sahen sie aufgrund der „massiven Unterschreitung“ des geltenden Sicherheitsabstandes (0,8 NM statt 5 NM horizontal und 650 ft statt 1.000 ft vertikal) als gegeben an. Auch die Auslösung des TCAS-Ausweichbefehls und des STCA indiziere die nahe und ernsthafte Wahrscheinlichkeit einer Kollision. Der in Art. 2 Nr. 16 VO (EU) 996/2010 nebst Anhang genannte Fastzusammenstoß, bei dem ein Ausweichmanöver erforderlich ist, sei zu bejahen, da ein Ausweichmanöver geflogen werden musste.<sup>41</sup> Art. 237 SchwStGB scheidet, so das Bundesstrafgericht, nicht dadurch aus, dass „der Eintritt eines schä-

39 Art. 237 Schweizerisches StGB ist abrufbar unter: [www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/index.html#a237](http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/index.html#a237), (zuletzt aufgerufen am 30.10.2019).

40 SchwBGer a.a.O., S. 3 Nr. 2.2 m.w.N. sowie das vorinstanzliche Urteil des Bundesstrafgerichts, Az.: SK.2018.1 RN 1.4.2.

41 Bundesgericht a.a.O., Punkt 2.3, Bundesstrafgericht a.a.O., Rn. 2.7.

digenden Ereignisses durch Zufall oder das Verhalten der Beteiligten verhütet wird“<sup>42</sup>. Das fahrlässige Handeln sahen beide Gerichte darin, dass sich der FVL entgegen den Vorgaben der Schweizer Verordnung über den Flugsicherungsdienst<sup>43</sup> - und damit pflichtwidrig - nicht vergewisserte, um welches Luftfahrzeug es sich handelte, bevor er diesem eine Freigabe erteilte. Ergänzend ist in dem Fall noch anzumerken, dass keine Daten des Flugdatenschreibers vorlagen, die Aufschluss über die vom Piloten der RYR3595 nach der vermeintlichen Freigabe eingegebene Steigrate hätte geben können. Der Bericht der SUST und die Urteile enthielten keine Ausführungen zu den vom TCAS beider Flugzeuge vorgegebenen Sink- bzw. Steigraten, anhand derer die vertikale Annäherung ohne die TCAS resolution advisory hätte berechnet werden können. Im Bericht finden sich auch keine entsprechenden Angaben der angehörten Personen hierzu. Die Tatsachengrundlage, nach der die Schweizer Gerichte urteilten, ergibt sich allein aus der Klassifizierung und den Feststellungen der SUST in ihrem Bericht und aus dem geflogenen Ausweichmanöver, das das Bundesgericht<sup>44</sup> gem. Art. 2 Nr. 16 VO (EU) 996/2010 nebst Anhang als schwere Störung und damit als weiteres Indiz für eine konkrete Gefahrenlage eingeordnet hat.

### 2. Strafbarkeit nach deutschem Recht

Im deutschen StGB ist die fahrlässige Gefährdung des Luftverkehrs durch z.B. einen Lotsen, der gegen Rechtsvorschriften zur Sicherung des Luftverkehrs<sup>45</sup> verstößt, nach § 315 a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 2, strafbar. Auch § 315 a StGB setzt eine durch das jeweilige Verhalten verursachte konkrete Gefahrenlage voraus. Diese wird von der Rechtsprechung<sup>46</sup> dann angenommen, wenn der Eintritt eines Schadens in so bedrohliche Nähe gerückt und damit die Sicherheit einer bestimmten Person oder Sache so stark beeinträchtigt ist, dass sich seine Vermeidung nur noch als Zufall darstellt. Hierzu müssen die Sachverhaltsfeststellungen ergeben, dass es dem Täter - etwa nur aufgrund überdurchschnittlich guter Reaktion - sozusagen im allerletzten Moment gelungen ist, einen Aufprall zu verhindern.<sup>47</sup> Konnte umgekehrt der Täter unter den

42 Bundesstrafgericht, a.a.O., Rn. 2.1.1 m.w.N.

43 Zu den Pflichten s. Art. 3 Schweizer Verordnung über den Flugsicherungsdienst (VFSD), SR-Nr. 748.132.1 sowie BGE a.a.O., Punkt 3, Bundesstrafgericht a.a.O., Punkt 2.6.

44 Bundesgericht a.a.O., Rn. 2.3.

45 Wie z.B. VO (EU) 923/2012 Anhang SERA.8015 e)3: Pflicht des Lotsen zur Anhörung des Readbacks der Crew ob Freigabe ordnungsgemäß bestätigt und ggfls. Ergreifen von Maßnahmen.

46 BGH, NJW 95, 3131 Rn. 6 und 9, NStZ 13, 167 Rn. 4, s. auch Fischer, StGB 64. Aufl. 2017 § 315 c Rn. 15a m.w.N.

47 BGH NStZ 13, 167 Rn. 5.

konkreten Umständen vernünftigerweise erwarten und darauf vertrauen, dass sich die Gefahr nicht in Form eines Schadens verwirklicht, spricht dies nach ständiger Rechtsprechung gegen einen nur durch Zufall verhinderten Beinahe-Unfall.

Im gewerblichen Luftverkehr über 15 t ist seit September 2001 die Ausrüstung der Luftfahrzeuge mit TCAS II im Luftraum der European Civil Aviation Conference (ECAC) vorgeschrieben.<sup>48</sup> Aufgrund der im Zusammenhang mit der Untersuchung des Unfalls von Überlingen von der BFU 2002 und 2004 an die ICAO herausgegebenen Sicherheitsempfehlungen änderte die ICAO ihre Regelungen. Seither ist klar vorgegeben, dass Piloten den resolution advisories von TCAS II-Systemen umgehend und unabhängig von etwaigen Anweisungen eines Fluglotsen Folge zu leisten haben<sup>49</sup> und dass für den Zeitraum des aufgrund einer resolution advisory geflogenen Flugmanövers der Fluglotse für die Separierung der betroffenen Flugzeuge so lange nicht mehr verantwortlich ist, bis er von der Flight-Crew die Meldung „clear of conflict“ bekommt<sup>50</sup>. Insofern stellt sich mit Blick auf § 315 a StGB die Frage, ob in den Fällen wie dem hier beschriebenen Ereignis vom 12.4.2013 eine konkrete Gefahrenlage verneint werden muss. So ist eine etwaige Kollision nicht nur durch Zufall verhindert worden, sondern durch ein Sicherheitssystem, das bei den betroffenen Flugzeugen verbindlich vorgegeben ist und dessen unmittelbare Befolgung von Anweisungen für die Piloten vorrangige Pflicht ist. Man könnte daher ebenso zu dem Schluss kommen, dass der FVL zwar fahrlässig handelte, da er sich nicht das Funkrufzeichen der anfragenden RYR3595 vor der Freigabe angeben ließ bzw. auf deren Readback nicht reagierte, dass er aber darauf vertrauen durfte, dass eine etwaige Annäherung vom TCAS-System beider Flugzeuge und deren Crews gelöst würde. Generell kann man die Frage stellen, ob nicht aufgrund der seit langem vorgeschriebenen Ausrüstung mit TCAS II im Linienflugverkehr die Voraussetzungen für die Annahme einer konkreten Gefahrenlage neu definiert werden müssen. Soweit bekannt, liegt zu dieser Frage noch kein Urteil eines deutschen Gerichts vor.

48 Dazu und ausführlich zur Systembeschreibung von TCAS s. S. 46 ff. im BFU-Bericht über den Unfall von Überlingen: [www.bfu-web.de/DE/Publikationen/Untersuchungsberichte/2002/Bericht\\_02\\_AX001-1-2.html](http://www.bfu-web.de/DE/Publikationen/Untersuchungsberichte/2002/Bericht_02_AX001-1-2.html), (zuletzt aufgerufen am 30.10.2019).

49 So z.B. in ICAO Doc. 8186 Vol. III Kapitel 4.3.2 und Doc. 4444, Kapitel 15.7.3.2 (Doc. 4444 in der Schweiz über Art. 3 Abs. VFSD unmittelbar anwendbar).

50 ICAO Doc. 4444 Kapitel 15.7.3.3.

### III. Strafverfolgung von Lotsen und das Prinzip „Just culture“

In der Schweiz ist die VO (EU) 376/2014<sup>51</sup> aufgrund des Luftfahrtabkommens<sup>52</sup> unmittelbar anwendbar<sup>53</sup>. Nach Art. 18 Abs. 1 des Luftfahrtabkommens ist jede Vertragspartei in ihrem eigenen Gebiet für die ordnungsgemäße Anwendung dieses Abkommens, insbesondere der im Anhang aufgeführten Verordnungen und Richtlinien, zuständig. Art 16. Abs. 6 der VO (EU) 376/2014 sieht vor, dass unbeschadet nationaler Strafrechtsvorschriften dann auf die Einleitung eines Verfahrens verzichtet wird, wenn es sich um einen lediglich versehentlichen Verstoß gegen Rechtsvorschriften handelt und die Ermittlungsbehörden lediglich aufgrund einer Meldung nach Art. 4 und 5 der EU-VO von dem Ereignis Kenntnis erlangt haben. Dieser Schutz soll nach Art. 16 Abs. 10 nur dann entfallen, wenn es zu einer vorsätzlichen oder offenkundigen, schwerwiegenden und ernststen Missachtung eines offensichtlichen Risikos gekommen ist und ein gravierender Mangel an beruflicher Verantwortung hinsichtlich der Wahrnehmung der unter den Umständen ersichtlich erforderlichen Sorgfalt vorliegt, wodurch eine Person oder Sache vorhersehbar geschädigt oder die Flugsicherheit ernsthaft beeinträchtigt wird.

Diese Forderung des Art. 16 Abs. 6 entspricht dem in der Luftfahrt entwickelten Konzept einer sog. Redlichkeitskultur, auch „just culture“ genannt. Gemeint ist eine Lernkultur, die auf eine Erhöhung der Flugsicherheit abzielt, indem Systeme, Organisationen, Verfahren etc. ständig verbessert werden. Um dies umsetzen zu können, bedarf es eines möglichst großen Wissens und entsprechend möglichst zahlreicher Meldungen über sicherheitsrelevante Ereignisse. Der dafür notwendige Meldefluss ist dann gewährleistet, wenn die nach Maßgabe der Redlichkeitskultur gesammelten

51 VO (EU) 376/2014 über die Meldung, Analyse und Weiterverfolgung von Ereignissen in der Zivilluftfahrt zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 996/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Verordnungen (EG) Nr. 1321/2007 und (EG) Nr. 1330/2007 der Kommission (ABl. L 122 vom 24.4.2014, S. 18).

52 Siehe [www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19994646/index.html](http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19994646/index.html), dort Anhang 1, Punkt 3 Flugsicherheit, anwendbar seit 1.4.2016 mit Übernahme durch den Gemischten Ausschuss s. Art. 23 III. Ausführlich auch [www.bazl.admin.ch/bazl/de/home/fachleute/sicherheits--und-risikomanagement/meldewesen/neue-verordnung--eu--376-2014-zur-meldung--analyse-und-weiterver.html](http://www.bazl.admin.ch/bazl/de/home/fachleute/sicherheits--und-risikomanagement/meldewesen/neue-verordnung--eu--376-2014-zur-meldung--analyse-und-weiterver.html), (zuletzt aufgerufen am 30.10.2019).

53 Seit 1.4.2016, s. <https://www.bazl.admin.ch/bazl/de/home/fachleute/sicherheits--und-risikomanagement/meldewesen/neue-verordnung--eu--376-2014-zur-meldung--analyse-und-weiterver.html>, (zuletzt aufgerufen am 30.10.2019).

Informationen grundsätzlich geschützt sind. Andererseits ist dem Legalitätsprinzip Rechnung zu tragen. Beide Prinzipien hat die VO (EU) 376/2014 in der Grundsatzregelung deren Art. 16 Abs. 6 einerseits und durch die in deren Abs. 10 festgelegte Ausnahme andererseits abwägend zu einem Ausgleich gebracht.<sup>54</sup>

Über Art. 20 LFG wurde der Schweizer Bundesrat ermächtigt, zur Verbesserung der Flugsicherheit ein Meldesystem für besondere Ereignisse in der Luftfahrt einzurichten, das sich am Recht der Europäischen Union orientieren sollte. Gemäß Art. 20 Abs. 3 LFG kann der Bundesrat vorsehen, dass auf die Einleitung eines Strafverfahrens gegenüber den Urhebern der Meldung verzichtet wird.

Die Schweiz hat bisher auf der Grundlage des Art. 16 Abs. 12 VO (EU) 376/2014 zunächst ein „reporting office for just culture in civil aviation“ (ROJCA) eingerichtet zum Schutz der Meldenden, die Verstöße gegen die in Art. 16 festgesetzten Regeln durch Organisationen, Unternehmen oder Behörden beobachten. Das ROJCA ist eine Meldestelle im eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK). Es kann nach Prüfung einer solchen Meldung Empfehlungen an die betroffenen Stellen aussprechen, gegenüber dem BAZL ggfls. auch eine Empfehlung an das UVEK zum Erlass einer Anweisung.<sup>55</sup>

Das Ereignis vom 12.4.2013 war gem. Art. 4 i.V.m. Art. 2 Nr. 7 VO (EU) 376/2014 sowie Art. 9 VO (EU) 996/2010 vom Flugsicherungsunternehmen gemeldet worden. Nach Abschluss der Untersuchung durch die SUST und Veröffentlichung des Berichts im Oktober 2014 hatte die Bundesanwaltschaft im Dezember 2014 ein Ermittlungsverfahren zunächst gegen Unbekannt eröffnet und am 22.12.2016 auf den FVL erstreckt.<sup>56</sup> Das Bundesstrafgericht stellte in seinem Urteil vom 30. Mai 2018 ein pflichtwidriges Verhalten des FVL fest. Ein gravierender Mangel an beruflicher Verantwortung wurde dem FVL weder vom Bundesstrafgericht noch vom Bundesgericht vorgeworfen.<sup>57</sup> Wenn auch bei der Einleitung des Ermittlungsverfahrens durch die Bundesanwaltschaft im Dezember 2014 die VO (EU) 376/2014 noch nicht anwendbar war, so war sie doch bei Ausdehnung des Verfahrens im Dezember 2016 auf den FVL

54 Ausführlich *Kamp/Bleienheuft*, Flugsicherheit und „Just culture“, ZLW 2019, S. 64 ff.

55 <https://www.uvek.admin.ch/uvek/de/home/uvek/organisation/fachstellen/meldestelle-just-culture-zivilluftfahrt/informationen.html>, (zuletzt aufgerufen am 30.10.2019).

56 Bundesstrafgericht Az. SK 2018/1, S. 3.

57 Bundesstrafgericht a.a.O., Rn. 2.6 (S. 16 ff.), Bundesgericht a.a.O., Punkt 3.

anwendbar. Ob Überlegungen hierzu von der Bundesanwaltschaft im Ermittlungsverfahren gegen den FVL berücksichtigt wurden, ergibt sich aus den Urteilen nicht. Berücksichtigt man die Vorgaben in Art. 18 Abs. 1 des Luftfahrtabkommens<sup>58</sup>, ist die Schweiz in ihrem eigenen Gebiet zuständig für die ordnungsgemäße Anwendung dieses Abkommens, insbesondere der im Anhang aufgeführten Verordnungen und damit auch der VO (EU) 376/2014. Es bleibt daher abzuwarten, wie dies umgesetzt wird. Denkbar wäre neben einer Verbreitung der Vorgaben der VO (EU) 376/2014 durch Informationswege innerhalb der Justiz auch eine Änderung im Schweizer StGB oder/und der Strafprozessordnung sowie etwaiger nationaler Verordnungen, wonach die Ermittlungsbehörden dann auf die Einleitung eines Verfahrens bzw. das Gericht auf Strafe verzichten, wenn der Staat nur im Rahmen eines vom Gesetz vorgesehenen Meldeverfahrens zur Verbesserung der Sicherheit von einem Ereignis erfährt, es keinen Personen- oder Sachschaden gegeben hat und der Verursacher weder grob fahrlässig noch absichtlich gehandelt hat. Im Vergleich zwischen der Beurteilung solcher Fälle durch die schweizerische und deutsche Rechtspraxis kann auf die Erkenntnisse der Tagung der Deutschen Richterakademie im September 2018 verwiesen werden. Viele der Teilnehmer sahen keinerlei öffentliches Interesse an einer Strafverfolgung bei solchen Ereignissen.<sup>59</sup>

#### IV. ICAO - Neueste Ansätze

Vom 24. September bis 4. Oktober 2019 fand die 40. Vollversammlung der ICAO statt. In einem der Arbeitspapiere (WP 428)<sup>60</sup> innerhalb der Legal Commission wurde vorgetragen, dass zunehmend die Einleitung von justiziellen Verfahren aufgrund bloßer Arbeitsfehler der in der Luftfahrt Beschäftigten zu beobachten sei, und dies bereits während laufender Sicherheitsuntersuchungen. Daher wurde der Versammlung vorgeschlagen, die ICAO möge alle Vertragsstaaten auffordern, ihre Gesetze zu überprüfen und ggf. anzupassen, um Sicherheitsinformationen vor einer Verwendung in justiziellen Verfahren zu schützen. Auch wenn keine vertiefte Diskussion dieses Vorschlags erfolgt ist, war deutlich zu erkennen, dies auch aufgrund der ganz überwiegenden Ablehnung bestimmter Arbeitspapiere (so WP 235 und 236), dass im

58 Siehe [www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19994646/index.html](http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19994646/index.html), dort Anhang 1, Punkt 3 Flugsicherheit, (zuletzt aufgerufen am 30.10.2019).

59 *Kamp/Bleienheuft*, Flugsicherheit und „Just culture“, ZLW 2019, S. 64 (87).

60 Abrufbar unter: [https://www.icao.int/Meetings/a40/pages/WP\\_Num.aspx?Category=\(LE\)](https://www.icao.int/Meetings/a40/pages/WP_Num.aspx?Category=(LE)), (zuletzt aufgerufen am 4.11.2019).

internationalen Kontext das Konzept von Just Culture und seine Bedeutung für die Luftverkehrssicherheit unbestritten sind.

#### D. Résumé

Im Zusammenhang mit justizellen Verfahren, die auf Ahndung von Fehlverhalten von Lotsen oder auch Besatzungen abzielen, ist die Schweiz zur Einhaltung der Vertraulichkeitsvorgaben des Art. 14 VO (EU) 996/2010 sowie Art. 16 VO (EU) 376/2014 verpflichtet. Unterlagen der SUST dürfen daher nur noch sehr eingeschränkt und nach einer eingehenden Abwägung an Staatsanwaltschaften und Gerichte herausgegeben werden. Es bleibt abzuwarten, ob und wie dies umgesetzt wird. Dies könnte sowohl über eine Anpassung des materiellen wie des Prozessrechts erfolgen als auch über eine einheitliche Praxis der Ermittlungsbehörden und eine Anerkennung der EU-Verordnungen in der Rechtsprechung der Gerichte. Ggf. kann auch der rechtsvergleichende Blick auf die von der Rechtsprechung definierten Voraussetzungen einer konkreten Gefahrenlage in beiden Ländern (Schweiz und Deutschland) ebenso eine Hilfe sein wie Überlegungen zur rechtlichen Berücksichtigung der gerade in der Luftfahrt zwischenzeitlich eingesetzten hochkomplexen Sicherheitssysteme. Diese Überlegungen könnten auch für den Straßenverkehr Bedeutung erlangen, in dem zwischenzeitlich zunehmend ausgeklügelte Sicherheitssysteme wie autonom agierende Bremsassistenten vermehrt Anwendung finden.

#### Klimaschutz in der Luftfahrt

Die Folgen des CORSIA Programms der ICAO für den Emissionszertifikatehandel der EU

von Nina Naske und Nele Hackenberg\*

Die Internationale Zivilluftfahrtorganisation hat 2016 die Einrichtung eines globalen marktbasierten Mechanismus zum Ausgleich der CO<sup>2</sup>-Emissionen der internationalen zivilen Luftfahrt beschlossen und mit Band IV des Anhang 16 zum Chicagoer Abkommen auch entsprechende Standards und Empfehlungen herausgegeben. In der Europäischen Union gelten seit dem 20.10.2019 erste Umsetzungsvorschriften. Für Luftfahrtunternehmen und andere Luftfahrzeugbetreiber in der Europäischen Union drängt die Zeit, nachdem Ausgangspunkt für das „Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation“ (CORSIA) der ICAO die Emissionen der Jahre 2019 und 2020 sind.

#### A. Überblick: Klimaschutz in der Luftfahrt

Die laufenden Bemühungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union und vieler anderer Staaten rund um den Klimaschutz ereignen sich vor dem Hintergrund der UN-Klimarahmenkonvention.<sup>1</sup> Das von den ersten Vertragsstaaten auf der Klimakonferenz in Rio de Janeiro 1992 unterzeichnete völkerrechtliche Abkommen trat 1994 in Kraft und sieht vor, dass die Vertragsstaaten zur Erreichung der vereinbarten Klimaschutzziele vereinzelte Maßnahmen treffen, die allerdings im Abkommen selbst nicht detailliert vorgegeben sind. Mit dem schon 1997 aufgelegten, allerdings erst 2005 in Kraft getretenen sogenannten Kyoto-Protokoll haben sich die Bundesrepublik Deutschland und weitere Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu einer Reduzierung des Kohlenstoffdioxidausstoßes in unterschiedlichem Ausmaß verpflichtet, die Bundesrepublik Deutschland zuletzt sogar zu einer Reduktion um rund 20% gegenüber der im Jahr 1990 ausgestoßenen Menge.<sup>2</sup> Die Europäische Union und ihre Mit-

\* Nina Naske, M.A., ist Rechtsanwältin und hat sich mit ihrer Kanzlei Naske Legal auf das Luftrecht und die Luftfahrt spezialisiert. Nele Hackenberg ist Rechtsanwältin in der Kanzlei Naske Legal.

<sup>1</sup> United Nations Framework Convention on Climate Change, 1771 UNTS 107.

<sup>2</sup> Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, 2303 UNTS 162. Die Reduktion um 20 Prozent ergibt sich nach dem noch nicht in Kraft getretenen Doha Amendment zum Kyoto-Protokoll, siehe UNFCCC Sites and Platforms, Kyoto Protocol Base Year Data