



Laura Jetzer, Dr. iur. , Rechtsanwältin, Zürich



Nora Markwalder, Prof. Dr. iur. , Assistenzprofessorin, Universität St. Gallen

Plädoyer gegen die fahrlässige Mittäterschaft – Besprechung von **BGE 143 IV 361**

Hinweis der Schriftleitung: «forumpoenale» versteht sich als Forum für die Diskussion rechtlicher Probleme aus unterschiedlichen Perspektiven. Getreu diesem Konzept wurde das Urteil im letzten Heft bereits aus einer anderen Perspektive besprochen.

Inhaltsübersicht:

- I. Problemstellung
- II. Streifzug durch die Rechtsprechung
 - 1. The Rolling Stones
 - 2. The Striking Rockets
 - 3. Gemeinsame fahrlässige Verursachung von Feuersbrünsten
- III. Würdigung
 - 1. Gemeinschaftliche Begehung einer Fahrlässigkeitstat
 - 2. «Vervorsätzlichung» der Sorgfaltspflichtverletzung
 - 3. Kriterien kausalität ersetzender fahrlässiger Mittäterschaft
- IV. Fazit: Jeder versagt für sich allein!

I. Problemstellung ↑

Die Frage, ob nicht nur vorsätzliches, sondern auch fahrlässiges Zusammenwirken eine strafbare Mittäterschaft zu begründen vermag, beschäftigt die Strafrechtslehre schon lange und gehört unbestrittenermassen zu den schwierigsten Fragen der strafrechtlichen Zurechnung.¹ Mit dem jüngsten Bundesgerichtsurteil vom 1. Juni 2017² hat die Thematik nun neuen Aufschwung erhalten. Es ging bei diesem Fall, wie unter Ziff. II.2. noch genauer auszuführen sein wird, um zwei junge Erwachsene, die je zwei Feuerwerksraketen gezündet hatten, wobei eine dieser vier Raketen einen Balkon in Flammen gesetzt hatte. Es konnte jedoch nicht ermittelt werden, welcher der beiden Beschuldigten die brandauslösende Rakete gezündet hatte. Das Hauptproblem lag somit, wie bei den zuvor im Bereich der fahrlässigen Mittäterschaft ergangenen Urteilen des Bundesgerichts, darin, dass man bei gemeinsam begangenen sorgfaltspflichtwidrigem Verhalten nicht beweisen konnte, wessen Handlung ursächlich war für den Erfolgseintritt. Voraussetzung für die Bejahung der fahrlässigen Begehung eines Erfolgsdelikts ist aber (abgesehen von der Tatsache, dass zumindest im Kernstrafrecht das Delikt explizit auch fahrlässig strafbar sein muss), dass der Täter durch ein Tun (seltener auch durch Unterlassen) eine individuelle Sorgfaltspflicht verletzt, woraus der tatbestandsmässige Erfolg natürlich kausal resultiert.³ Einschränkungen der Zurechenbarkeit des Erfolgs ergeben sich zwar aus der Anwendung der adäquaten Kausalität sowie weiterer Zurechnungsvoraussetzungen.⁴ Fakt ist jedoch, dass für eine allfällige Strafbarkeit zumindest der natürliche Kausalverlauf feststehen und bewiesen sein muss. Es geht also, wie einzelne Stimmen aus der Lehre auch offen anführen,⁵ bei der Anwendung der fahrlässigen Mittäterschaft um eine Zurechnungsproblematik, die das gemeinhin als stossend empfundene Ergebnis vermeiden will, dass die Involvierten nicht bestraft werden können, nur weil sie beide gehandelt haben und daher die kausal zum Erfolg führende Handlung nicht eindeutig einer Person zugeordnet werden kann.

Vorliegend wird zunächst die bundesgerichtliche Rechtsprechung nachgezeichnet und unter Berücksichtigung der einschlägigen Lehre interpretiert. Der vorherrschende An-

forumpoenale 2018 - S. 221

satz wird im Anschluss einer kritischen Würdigung unterzogen, um schliesslich die Frage zu beantworten, ob und wie die Rechtsfigur der fahrlässigen Mittäterschaft begründet werden kann.

II. Streifzug durch die Rechtsprechung ↑

1. The Rolling Stones ↑

Bekannt ist die Problematik seit Jahrzehnten, prominentestes Praxisbeispiel ist der vom Bundesgericht entschiedene Fall der Rolling Stones.⁶ A. und B. entschlossen sich spontan, je einen grossen Steinbrocken von einem überhängenden Felsen hinunterzurollen. Ihnen war bekannt, dass sich unterhalb des Überhangs am Flussufer häufig Fischer aufhalten. Doch überzeugten sie sich fahrlässigerweise nicht hinreichend davon, dass sich dort niemand befand. Einer der Steine traf denn auch einen am Flussufer sitzenden Fischer tödlich. Es konnte jedoch nicht festgestellt werden, wer diesen Stein hinuntergerollt hatte.

Das Problem liegt auf der Hand: A. und B. haben nicht unabhängig voneinander, sondern gemeinsam sorgfaltspflichtwidrig gehandelt, doch liess sich nicht beweisen, wessen Handlung ursächlich war für den Erfolgseintritt. Oder etwas pointierter: «Soll nun derjenige, der durch seinen sträflichen Leichtsinn den Tod des Fischers tatsächlich verursacht hat, nur deshalb ungestraft davonkommen, weil ein anderer genauso leichtsinnig war?»⁷ Trotz Zweifeln darüber, wessen Unsorgfalt sich im Erfolg realisiert hatte, sprach das Bundesgericht nicht beide frei. Um A. und B. verurteilen zu können, wurden die sich durch das Kausalitätserfordernis der Einzelhandlung ergebenden Beweisschwierigkeiten unter Annahme fahrlässiger Mittäterschaft aus dem Weg geräumt: Nach Auffassung unseres höchsten Gerichts ist nicht die Kausalität der Einzelhandlung nachzuweisen, sondern es genügt der Nachweis der Kausalität der *Gesamthandlung*, wo der Erfolg auf den gemeinsamen Entschluss und die arbeitsteilig, aber gemeinsam begangene sorgfaltswidrige Handlung zurückgeht.⁸

2. The Striking Rockets ↑

Dem jüngsten, hier zu besprechenden Bundesgerichtsurteil⁹ lag nunmehr folgender Sachverhalt zugrunde: Anlässlich Silvester zündeten zwei Cousins je zwei Feuerwerkskörper, dies fahrlässigerweise inmitten von Wohnhäusern und ohne ordnungsgemässe Abfeuerung aus einer gut fixierten Flasche oder einem Rohr. Eine der Raketen fiel auf einen Balkon und setzte diesen in Brand, wobei ein Sachschaden von fast einer Mio. CHF entstand. Allerdings konnte nicht mehr geklärt werden, wer von den beiden die brandauslösende Rakete gezündet hatte. Beide Cousins wurden mit separaten Strafbefehlen unter anderem wegen Art. 222 StGB bestraft. Auf Einsprachen hin sprach die erste Instanz beide Cousins frei. Die dagegen erhobene Berufung der Staatsanwaltschaft wurde vom Obergericht des Kantons Aargau gutgeheissen, welches beide Cousins verurteilte. Das Bundesgericht wiederum hob diese Verurteilungen auf Beschwerden der beiden Cousins hin auf und sprach diese frei.

Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz hatten die beiden Cousins nur, aber immerhin gemeinsam beschlossen, je zwei Raketen abzufeuern. Hingegen hatte jeder für sich, also ohne vorgängige Absprache, beschlossen, dies durch In-den-Boden-Stecken der Raketen zu tun.¹⁰ Es stellte sich vor diesem Hintergrund die Frage, ob überhaupt eine *Gesamthandlung* im Sinne von BGE 113 IV 58 vorlag, wie von der Vorinstanz angenommen.

Das Bundesgericht fasste zunächst die verschiedenen Lehrmeinungen zu seinem Rolling Stones-Urteil¹¹ zusammen. Es kam zum Schluss, in der Literatur sei umstritten, wie dieses Urteil zu verstehen sei, und ob ihm überhaupt eine fahrlässige Mittäterschaft zugrunde liege. Die Konzeption einer fahrlässigen Mittäterschaft werde jedenfalls von der wohl herrschenden Lehre abgelehnt.¹² Auch das Bundesgericht selber hatte sich in seiner früheren Rechtsprechung insbesondere zum Strassenverkehrsrecht noch dagegen ausgesprochen.¹³

Nach Auffassung des Bundesgerichts präsentierte sich der vorliegende Sachverhalt indessen «ganz anders» als derjenige der Rolling Stones.¹⁴ Wie erwähnt hatten die beiden Cousins gemäss verbindlichen vorinstanzlichen Feststellungen die Art und Weise des Abfeuerns der Raketen nicht miteinander abgesprochen. Sie hatten nur, aber immerhin gemeinsam beschlossen, draussen vier Raketen zu zünden, und zwar ein jeder deren zwei. Doch hatte jeder für sich allein beschlossen, dies unvorsichtigerweise durch blosses In-den-Boden-Stecken zu tun. Dieses Risiko, welches sich im Erfolg realisiert hatte,¹⁵ waren die beiden Cousins ent-

sprechend nicht gemeinsam eingegangen bzw. der gemeinsame Beschluss einer solchen sorgfaltswidrigen (Gesamt-) Handlung war beweismässig nicht erstellt. Nur die sorgfaltswidrige Handlung des einen Cousins hatte den Brand (strafbar) verursacht, während die (gleichermaßen) sorgfaltswidrige Handlung des andern eine bloss (straflose) Gefährdung darstellte.¹⁶

Weil es folglich schon an den tatsächlichen Voraussetzungen einer Gesamthandlung im Sinne von BGE 113 IV 58 fehlte, konnte das Bundesgericht die viel diskutierte Frage nach einer rechtlich zu konzipierenden «Unsorgfaltsgemeinschaft»¹⁷ offenlassen. Denn eine wie auch immer zu begründende Mittäterschaft führt nicht zu einer Beweiserleichterung betreffend einen gemeinsamen Tatentschluss, sondern ermöglicht die Zurechnung von nicht eigenhändig vorgenommenen Tatbeiträgen, wenn dieser gemeinsame Tatentschluss denn (zumindest konkludent) vorliegt.¹⁸ Die Vorinstanz hätte sich demnach nicht mit dem Nachweis der Kausalität der Gesamthandlung begnügen dürfen, sondern feststellen müssen, welche der einzeln beschlossenen und begangenen Sorgfaltspflichtverletzungen conditio sine qua non für den Erfolgseintritt darstellte. Wie erwähnt hatte genau dies allerdings nicht mehr ermittelt werden können, also welcher der beiden Cousins die brandauslösende Rakete gezündet hatte. Infolgedessen waren beide Cousins freizusprechen.¹⁹

3. Gemeinsame fahrlässige Verursachung von Feuersbrünsten ↑

Der Vollständigkeit halber sei zu erwähnen, dass das Bundesgericht noch vor einigen Jahren die mittäterschaftlich begangene fahrlässige Verursachung einer Feuersbrunst ausdrücklich abgelehnt hatte im Falle von drei Jugendlichen, welche mit Feuerwerkskörpern hantiert hatten.²⁰ Dabei hatte Y. einen Feuerwerkskörper gezündet, den Z. in Richtung eines Hangars warf. Der dadurch verursachte Brand sei X., der unmittelbar zuvor ebenfalls, aber halt eben folgenlos Feuerwerkskörper gezündet hatte, mangels Vorsatzes nicht zurechenbar.²¹ Im Gegensatz zum jüngsten Bundesgerichtsurteil liess sich hier freilich feststellen, welcher Feuerwerkskörper den Hangar in Brand gesetzt hatte. X. hatte ihn weder gezündet noch geworfen, war also an dem Kausalverlauf, der zum deliktischen Erfolg geführt hatte, nicht beteiligt gewesen.

Und wenn wir schon bei der gemeinsamen fahrlässigen Verursachung von Feuersbrünsten sind: In der deutschen Rechtsprechung²² wurde die Konstruktion einer fahrlässigen Mittäterschaft in ganz entsprechenden Fällen ausdrücklich abgelehnt. Im sog. Streichholz-Fall waren die beiden Angeklagten zwecks Begehung eines Diebstahls in eine Fabrikhalle eingedrungen. Das elektrische Licht einzuschalten hatten sie nicht riskieren wollen. Um sich im Dunkeln orientieren zu können, hatten sie abwechselnd Streichhölzer angezündet und diese noch brennend weggeworfen. Eines dieser Streichhölzer hatte einen Stoffballen in Brand gesetzt, wobei sich das Feuer in der Folge ausgebreitet hatte und die gesamte Fabrikhalle abgebrannt war. Wer ebendieses Streichholz weggeworfen hatte, konnte im Nachhinein nicht mehr eruiert werden. Das Oberlandesgericht Schleswig lehnte eine wechselseitige Zurechnung über § 25 Abs. 2 dStGB bei Fahrlässigkeit ausdrücklich ab und sprach beide Angeklagten in dubio pro reo frei.²³ Auch eine Garantenpflicht aus vorangegangener sorgfaltswidriger Handlung wurde verneint, welche es möglich gemacht hätte, dem einen das gefährliche Tun des andern zuzurechnen.²⁴

Wegen Unterlassens nach Ingerenz verurteilte demgegenüber das Bayerische Oberlandesgericht im sog. Kerzen-Fall beide Angeklagten, nachdem diese in einem Wohnhaus mehrere Kerzen angezündet und den Raum hernach verlassen hatten.²⁵ Bei ihrer Rückkehr hatte bereits der Teppich gebrannt, und auch hier konnte nicht mehr festgestellt werden, wer die feuerverursachende Kerze angezündet hatte. Dem einen nun aber eine pflichtwidrige Unterlassung vorzuwerfen, also dass er den andern nicht vom gefährlichen Tun abgehalten habe, erscheint schon angesichts der vom Schweizerischen Bundesgericht vertretenen Subsidiaritätstheorie²⁶ unlogisch.

III. Würdigung [↑]

1. Gemeinschaftliche Begehung einer Fahrlässigkeitstat [↑]

Seit dem Bundesgerichtsurteil betreffend die Rolling Stones wird auch in der schweizerischen Literatur die Einführung und Begründung einer Rechtsfigur der fahrlässigen Mittäterschaft kontrovers diskutiert, wobei sich entgegen der Einschätzung des Bundesgerichts im Fall der Striking Rockets²⁷

forumpoenale 2018 - S. 223

ein Trend zu deren Befürwortung abzeichnet.²⁸ Klar scheint jedenfalls, dass sich die Erwägungen des Bundesgerichts kaum anders denn als Anerkennung einer Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt verstehen lassen.²⁹

Nicht in Abrede gestellt wird hier zunächst, dass ein Fahrlässigkeitsdelikt gemeinsam begangen werden kann und dass sich auch hier *rein äusserlich* zwischen den Beteiligungsformen differenzieren lässt. Um dies am jüngsten Bundesgerichtsfallbeispiel zu illustrieren, wo Raketen inmitten von Häusern gezündet werden, ohne dass die Beteiligten hierfür eine Flasche verwenden, um zu vermeiden, dass eine Rakete eine Liegenschaft in Brand setzt, was denn auch geschieht: Fahrlässige Gehilfenschaft läge vor, wenn beispielsweise der eine die Schutzkappe entfernt, sodass der andere die Rakete in den Boden stecken und zünden kann. Fahrlässige Mittäterschaft wäre demgegenüber anzunehmen, wenn beide gemeinsam die Rakete in den Boden stecken und zünden, denn dann lägen nicht nur Sorgfaltspflichtverletzungen beider Täter vor, sondern der daraus resultierende Kausalverlauf hätte auch für beide Täter individuell betrachtet zum Erfolg geführt. Dass solche Fälle «echter» fahrlässiger Mittäterschaft aber bisher in der Rechtsprechung keine Rolle gespielt haben, liegt vermutlich daran, dass sie keine Probleme bei der Zurechnung des Erfolgs bereiten. Denn in solchen Fällen wird sich die Staatsanwaltschaft damit begnügen, die Beteiligten je als (Haupt-) Täter zur Verantwortung zu ziehen, da deren Tatbeiträge beide isoliert betrachtet bereits natürlich kausal waren für den Erfolgseintritt. Klar ist aber auch, dass sich in diesem Kontext wohl kaum von fahrlässiger *Nebentäterschaft* sprechen lässt, haben doch sowohl A. und B. als auch die beiden Cousins nicht unabhängig voneinander,³⁰ sondern offensichtlich gemeinsam delinquent. Sowohl der Sachverhalt der Rolling Stones als auch derjenige der Striking Rockets zeichnen sich dadurch aus, dass die Tatbeiträge gleichwertig und in diesem Sinne wechselseitig austauschbar sind. Es stellt sich also nur, aber immerhin, die Frage der Unterscheidbarkeit der fahrlässigen gemeinsamen Täterschaft

von der fahrlässigen Einzeltäterschaft, nicht diejenige nach der Zulässigkeit und Begründung der Unterscheidbarkeit fahrlässiger Täterschaft von der fahrlässigen Beteiligung.

Auf Letztere einzugehen würde den Rahmen der vorliegenden Abhandlung sprengen. In diesem Zusammenhang sei daher nur Folgendes gesagt: Die für das Vorsatzdelikt entwickelten Kriterien, nach denen der Täter vom Anstifter und Gehilfen abgegrenzt werden kann, funktionieren beim Fahrlässigkeitsdelikt nicht. Der Fahrlässigkeitstäter entschliesst sich nicht dazu, einen tatbestandsmässigen Erfolg zu verwirklichen. Sondern er setzt einen Geschehensablauf in Gang, aus welchem der strafrechtlich relevante Erfolg zwar vorausseh- und vermeidbar, aber eben ungewollt resultiert. Das Charakteristikum der fahrlässigen Täterschaft liegt also nicht in der planvollen Steuerung des Geschehens auf den Erfolg hin.³¹ Aus Art. 24 Abs. 1 und Art. 25 StGB, welche für die Beteiligung an der Haupttat ausdrücklich Vorsatz voraussetzen, ergibt sich sodann,³² dass fahrlässige Anstiftung und Gehilfenschaft, wenn man sie denn abgrenzen könnte, straflos bleiben. Wenn nun also dem Mittäter – im Gegensatz zum Anstifter oder Gehilfen – das Verhalten anderer dergestalt zugerechnet werden soll, als habe er es selber ausgeführt, so bedarf dies besonderer Begründung.

Dies führt uns zur Frage, ob und wie eine gegenseitige Zurechnung bei arbeitsteiligem fahrlässigem Handeln begründet werden kann. An die Stelle des gemeinsamen Tatvorsatzes sowie der gemeinsamen Tatherrschaft müsste jedenfalls eine andere *Gemeinsamkeit* des Zusammenwirkens treten.

2. «Vervorsätzlichung» der Sorgfaltspflichtverletzung ↑

Gemeinsames (logischerweise nur bewusst) fahrlässiges Handeln, das auf einen gemeinsamen Entschluss hierzu zurückgeht, ist, wie dargelegt, ohne Weiteres denkbar. Doch bezieht sich dieser gemeinsame Entschluss nicht auf die Verwirklichung des Straftatbestandes der fahrlässigen Verursachung einer Feuersbrunst bzw. im Falle der Rolling Stones auf die fahrlässige Tötung des Fischers, sondern einzig und allein auf die gemeinsame Vornahme einer Handlung, die im Falle des Erfolgeintritts (also ex post, aber zumindest theoretisch aus einer ex ante Betrachtung) als unsorgfältig ausgeführt beurteilt wird.³³ Mit anderen Worten: Objektiv mag zwar jeder einen Tatbeitrag setzen. Doch ist beim Fahrlässigkeitsdelikt ein gemeinsamer *Tatentschluss* nicht denkbar, denn die Vorstellungen der Beteiligten richten sich auf ausserdeliktische Ziele. Um ein Beteiligungssystem analog zum Vorsatzdelikt schaffen zu wollen, müsste daher ein Zu-

rechnungskriterium gefunden werden, welches diese fehlende subjektive Komponente auszugleichen vermag. Das Bundesgericht schafft dieses Zurechnungskriterium mit dem Begriff der *Gesamthandlung*, durch welche der Erfolg den an der Sorgfaltspflichtverletzung beteiligten Personen zugerechnet werden kann, ohne jedoch genau zu erörtern, wie eine solche Gesamthandlung definiert sein muss.

Wir verstehen das Bundesgericht in seinem jüngsten Urteil so, dass es noch nicht genügt, dass zwei junge Burschen gemeinsam beschliessen, gemeinsam Raketen zu zünden. Vorausgesetzt ist darüber hinaus, dass man gemeinsam beschliesst, die Raketen eben *sorgfaltspflichtwidrig* zu zünden.³⁴ In diesem Sinne wäre eine fahrlässige Mittäterschaft dann anzunehmen, wenn mehrere Personen gemeinsam beschliessen, eine (individuell für jeden einzelnen Beteiligten betrachtet) sorgfaltspflichtwidrige Handlung (respektive Unterlassung) zu begehen, und eine dieser gleichgelagerten Handlungen danach den Erfolg verursacht, unabhängig vom Ausgang der übrigen sorgfaltspflichtwidrigen Handlungsverläufe. Dies bedeutet also, dass in solchen Fällen nicht mehr auf die natürliche Kausalität abgestellt werden kann, sondern von nun an ein neues dogmatisches Konstrukt der «*Gesamtkausalität*» geschaffen werden müsste, welche sich aus der Gesamthandlung ergäbe. Diese Gesamtkausalität würde demnach im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung das relevante Zurechnungskriterium fremder Taterfolge bei der fahrlässigen Mittäterschaft darstellen. Abgesehen davon, dass man damit faktisch eine Kausalhaftung für ungewollte Taterfolge anderer geschaffen hat, bleibt auch bei dieser dogmatischen Konstruktion weiterhin das Problem bestehen, dass man mangels individueller Zurechnung des Erfolgs kein taugliches Abgrenzungskriterium besitzt, um die Strafbarkeit allfälliger Mitbeteiligter an einer Sorgfaltspflichtverletzung einzugrenzen. Müssen die aus der Sorgfaltspflichtverletzung resultierenden Handlungen nun genau identisch sein, wie dies bei den Rolling Stones der Fall war? Oder reichen ähnlich gelagerte Handlungen? Wenn ja, wieweit muss das sorgfaltspflichtwidrige Verhalten (explizit oder implizit) abgestimmt und zeitlich sowie räumlich koordiniert sein, damit von Mittäterschaft ausgegangen werden kann?³⁵ Wird dergestalt der Vorwurf nicht dahingehend verlagert, dass den jeweils Handelnden vorgeworfen wird, es unterlassen zu haben, den anderen von seinem fahrlässigen Tun abzuhalten, womit der eine zum Garanten des anderen gemacht würde? Wird man konsequenterweise auch immer allfällige Mitbeteiligte wegen fahrlässiger Mittäterschaft verurteilen müssen, auch wenn genau nachgewiesen werden kann, dass sie zwar gemeinsam sorgfaltswidrig gehandelt haben, ihre eigene Handlung aber nicht zum Erfolg geführt hat? Wenn ja, würde man in solchen Fällen dann nicht jedes Fahrlässigkeitsdelikt zum Gefährdungsdelikt verkommen lassen und so die Strafbarkeit in einem unangemessenen Umfang vorverlagern und ausweiten?

Insofern erschliesst sich uns übrigens auch nicht, wie sich nun der Sachverhalt des jüngeren Bundesgerichtsurteils in Sachen Striking Rockets vom älteren betreffend die Rolling Stones unterscheiden soll. Hier wie dort trat doch der Erfolg (nur?) als natürlich kausale Folge der gemeinsam begangenen (freilich je für sich allein) sorgfaltswidrigen Handlungen beider Täter ein. Bei den Rolling Stones wurde ja wohl auch nur konkludent «vereinbart», dass man die Gefahren für Fischer nicht hinreichend bannt. Dem höchstrichterlichen Urteil über die Striking Rockets ist betreffend die sachverhaltlichen Feststellungen der Vorinstanz zu entnehmen, man habe gemeinsam beschlossen, die vier gleichartigen Feuerwerksraketen auf dem hierfür ungeeigneten Gartenplatz (und damit fahrlässigerweise inmitten von Wohnhäusern) arbeitsteilig zu zünden.³⁶

3. Kriterien kausalität ersetzender fahrlässiger Mittäterschaft ↑

In Ermangelung genauer Zurechnungskriterien der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat die Lehre seit dem Rolling Stones-Urteil versucht, die Voraussetzungen fahrlässiger Mittäterschaft näher zu umschreiben. Denn: Der Mittäter wird von allen Beteiligten am strengsten bestraft. Wenn also in Fällen gemeinsamer Unsorgfalt auf den Kausalitätsnachweis einzelner fahrlässiger Handlungen verzichtet

werden kann, so muss diese «Gemeinsamkeit» der Unsorgfalt eingehend definiert und begründet werden.

Um gewisse Zurechnungskriterien aufzustellen, verweisen die Befürworter einer fahrlässigen Mittäterschaft auf die Voraussetzung eines gemeinsamen *Handlungsentschlusses*, welcher neben einer individuellen Sorgfaltspflichtverletzung gegeben sein muss.³⁷ Sie setzen im Wesentlichen voraus, dass zwei oder mehrere Personen ein (1) gemeinsames Handlungsprojekt (2) gemeinsam ausführen, woraus dann der (3) strafrechtlich relevante Erfolg zwar ungewollt, aber eben vorausseh- und vermeidbar resultiert.³⁸

Wieso nun aber eine Gemeinsamkeit in Bezug auf den deliktischen Erfolg entbehrlich sein sollte, konnte bis anhin

forumpoenale 2018 - S. 225

niemand befriedigend erklären. Die sorgfaltswidrige Handlung vorzunehmen ist ja nicht um ihrer selbst willen verboten, sondern pönalisiert wird die sorgfaltswidrige Herbeiführung des Erfolges. Sonst degradierte man alle fahrlässigen Erfolgsdelikte zu Gefährdungsdelikten. So ist das Herunterrollen von Steinen an sich nicht verboten, solange man alle Gefahren bannt oder, etwas pointierter ausgedrückt, wenn niemand zu Schaden kommt. Auf eine irgendwie geartete Erfolgsbezogenheit des Tatplans kann also nicht verzichtet werden. Ansonsten fehlt es an einer Gemeinschaftlichkeit in Bezug auf den zu verwirklichenden Straftatbestand. Daran kranken letztlich alle bis anhin präsentierten Konstruktionsversuche einer fahrlässigen Mittäterschaft. Und es kommt hinzu, dass einer Ausweitung der Fahrlässigkeitstäterschaft Tür und Tor geöffnet wären, denn je weiter man das ausserdeliktische Handlungsprojekt fasst, desto grösser wird die Schnittmenge der Mittäter, die sich sorgfaltswidrige Handlungen von andern zurechnen lassen müssen.³⁹ Ähnliche Tendenzen sind übrigens nicht nur in der vorliegenden Diskussion zu beobachten, sondern finden sich etwa auch in der Problematik um die (allzu extensive) Anwendung des Eventualvorsatzes.⁴⁰

Hier wird die ergebnisorientierte Zurechnung besonders deutlich, spricht sich doch selbst die traditionelle Lehre zwar gegen eine fahrlässige Mittäterschaft aber gleichwohl für die Strafbarkeit beider Täter aus: So soll jeder der beiden Steinwerfer bzw. Raketenzünder als Fahrlässigkeitstäter qualifizieren mit der Begründung, dass jeder den andern in seinem Vorhaben zumindest psychisch unterstützt habe, welch sorgfaltspflichtwidriges Verhalten – ganz egal welcher Stein bzw. welche Rakete am Ende getroffen habe – sich kausal im Erfolg realisiert habe.⁴¹

Insofern erscheint fraglich, ob eine bloss psychische Mitwirkung am Zustandekommen der sorgfaltswidrigen Handlung Fahrlässigkeitstäterschaft begründen kann, gereicht dies für den Vorsatzbereich ja eben gerade nicht zur Qualifikation als Mittäter, sondern man spräche von Anstiftung.⁴² Ansonsten könnte (müsste?) man ja wohl auch den Beifahrer bestrafen, der einen Fahrzeuglenker zum Rasen oder zu einem waghalsigen Überholmanöver anstachelt, wenn die Fahrt böse Folgen zeitigt (wegen Art. 125 bzw. 117 StGB). Auch diese Auffassung bietet also kein klares Kriterium, um fremde Handlungen wie eigene zuzurechnen. Und hier ist eben doch entscheidend, dass man diese Zurechnung, die eigentlich eine Ausnahme darstellt und wohlgemerkt auch nicht

gesetzlich, sondern nur durch die Rechtsprechung normiert wurde,⁴³ auf Basis der subjektiven Tatbestandsmerkmale vornimmt.

Eine letzte hier erwähnenswerte Lösung vorliegenden Zurechnungsproblems wurde von WOHLERS vorgeschlagen und betrifft eine Vorverlagerung der Sorgfaltspflichtverletzung, aus welcher danach ein Kausalverlauf konstruiert werden kann. Im Fall der Rolling Stones etwa sei gemäss WOHLERS bereits die Bestärkung des andern, den Stein herunterzurollen, als sorgfaltspflichtwidrig anzusehen, und nicht nur das Herabrollen des Steines selbst. Dies führe dann dazu, dass jeder Beteiligte für beide Steine verantwortlich sei.⁴⁴ Das ist zwar eine elegante Lösung, da hier der Beginn der Kausalkette durch die Vorverlagerung der Sorgfaltspflichtverletzung schon vor der ursprünglich sorgfaltspflichtwidrigen Handlung definiert wird und die nachfolgenden Handlungen danach miteinschliesst. Allerdings baut man dann faktisch ebenso auf einen rein psychischen Tatbeitrag, der für die Zurechnung genügen soll, was wiederum die alten Abgrenzungsschwierigkeiten mit sich bringt.

IV. Fazit: Jeder versagt für sich allein!⁴⁵ ↑

Nach dem Gesagten bleiben also in den Fällen, in denen die Anwendung einer fahrlässigen Mittäterschaft zur Diskussion steht, weil ein Beweis- und somit ein Zurechnungsproblem vorliegt, nur folgende zwei Lösungsansätze: Entweder man räumt ein, dass in gewissen (und wohlgerne selte-

forum-poenale 2018 - S. 226

nen) Fällen analog zu Konstellationen im Vorsatzbereich ein Beweisproblem besteht, welches nicht erlaubt, eine Handlung und den daraus resultierenden Erfolg einer Person zuzurechnen. Die Beschuldigten sind daher in dubio pro reo freizusprechen und die dogmatischen Ungereimtheiten hätten ein Ende. Möchte man dieses «stossende» Resultat, wie dies vielfach in der Lehre zu Beginn der Ausführungen postuliert wird, abwenden, so bleibt einem eigentlich nur die zweite Lösung: Nämlich dass man in Fällen, in denen eine gemeinsam begangene Sorgfaltspflichtverletzung vorliegt, woraus zwei Kausalverläufe resultieren, welche beide den Erfolg hätten herbeiführen können, jedoch nur der Nachweis des Erfolgeintritts gelingt, beiden Tätern die jeweilige Handlung im Sinne einer Gesamtkausalität (und somit faktisch einer Kausalhaftung) zurechnet. Damit entfernen wir uns dann aber in bedenklicher Weise vom schuldangemessenen und individualisierbaren Strafrechtsgedanken, was vermutlich auch der Grund sein dürfte, warum die Lehre im Bereich der fahrlässigen Mittäterschaft solch dogmatische Kapriolen schlägt, um dieses Ergebnis zu vermeiden. Es wäre aber in Anbetracht des identischen Endresultats, nämlich der Zurechnung ungewollter Handlungen anderer, wohl die ehrlichere Lösung. In Anbetracht der Unerwünschtheit letzterer Option soll diese Abhandlung daher ein Plädoyer gegen das Konzept der fahrlässigen Mittäterschaft im Sinne einer Zurechnung fremder Handlungen sein. Wenngleich diese Konzeption zu im Einzelfall stossenden Ergebnissen führen mag, so ist sie in Anbetracht der bedenklichen Ausweitung fahrlässiger Strafbarkeit eher zu vertreten, zumal sich solche Einzelfälle auch im Vorsatzbereich, wo Mittäterschaft anwendbar ist, nicht vermeiden lassen. Es sind dies die strafprozessualen Grenzen der Durchsetzbarkeit des materiellen Rechts, welche nicht durch das Aufweichen dogmatischer Grundsätze gelockert werden sollen.

Stichwörter: Mittäterschaft, Fahrlässigkeit, Kausalität, Zurechnung

Mots-clés: coactivité, négligence, causalité, imputation

Zusammenfassung: Vorliegende Abhandlung bespricht den zuletzt entschiedenen Fall der Striking Rockets, in welchem das Bundesgericht seine im Präzedenzfall der Rolling Stones geschaffene Konstruktion einer fahrlässigen Mittäterschaft konkretisiert hat. Dass demnach eine gemeinsam beschlossene und begangene Sorgfaltspflichtverletzung «gesamtkausal» zur Zurechnung ungewollter Taterfolge anderer führen soll, verdient Kritik. Unter Würdigung der einschlägigen Lehre, die sich immer mehr für eine fahrlässige Mittäterschaft ausspricht, werden die Unzulänglichkeiten kausalitätseretzender fahrlässiger Mittäterschaft aufgezeigt.

Résumé: Les auteurs de la présente contribution commentent l'affaire récemment jugée des *striking rockets*, à l'occasion de laquelle le Tribunal fédéral a concrétisé la figure juridique de la coactivité par négligence, créée dans le précédent dit des *rolling stones*. Le fait que la violation d'un devoir de prudence décidée et commise de concert conduise de manière «globalement causale» à l'imputation de résultats délictueux non voulus engendrés par des tiers suscite la critique. A la lumière de la doctrine qui s'est exprimée sur la question et dont un nombre croissant de représentants se prononcent en faveur de la coactivité par négligence, les auteurs révèlent les insuffisances de cette construction en tant que succédané de la causalité.

- 1 In diesem Sinne auch STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011, § 16 N 38.
- 2 BGE 143 IV 361, dazu bereits VILLARD, Coactivité par négligence: le retour des «Rolling Stones»? , AJP 2017, S. 1453 ff.; HÄRING, Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, sui-generis 2018, S. 1 ff.
- 3 Für die Voraussetzungen der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit beim Erfolgsdelikt siehe STRATENWERTH (Fn. 1), § 16 N 5 ff.
- 4 STRATENWERTH (Fn. 1), § 16 N 5 und 15 ff.; NIGGLI/MAEDER, in: NIGGLI/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), BSK StGB I, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 12 N 117 ff.
- 5 Siehe beispielsweise WOHLERS, Intensivierung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Unternehmensleitung: Geschäftsherrenhaftung und Täterschaft kraft Organisationsherrschaft, in: ACKERMANN/WOHLERS (Hrsg.), Umfangreiche Wirtschaftsstrafverfahren in Theorie und Praxis, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 107 f.; VILLARD (Fn. 2), S. 1455.
- 6 BGE 113 IV 58.
- 7 PUPPE, Wider die fahrlässige Mittäterschaft, GA 2004, S. 129 ff., 130.
- 8 BGE 113 IV 58 E. 2.
- 9 BGE 143 IV 361.
- 10 A. a. O., E. 4.6.

- 11 Vorne, Ziff. II.1.
- 12 A. a. O., E. 4.7 m. zahlr. Verw.
- 13 A. a. O., E. 4.8 m. w. Verw. Erwähnenswert ist insofern BGE 98 IV 11, wo das Bundesgericht erkannte, der fahrlässigen schweren Körperverletzung, begangen in Mittäterschaft, mache sich nicht nur der Lenker strafbar, sondern mit ihm der Halter des Fahrzeuges, der dieses dem angetrunkenen (und deshalb fahruntfähigen) Lenker überlasse, und überdies auch «der für seine Kollegen bestimmende Anführer eines Trinkgelages» (a. a. O., E. 2). Von dieser Praxis wandte sich das Bundesgericht kontinuierlich ab, bis es in BGE 126 IV 84, ohne den Fall der Rolling Stones überhaupt zu erwähnen, erwog, dass Mittäterschaft vorsätzliches Zusammenwirken voraussetze: «Par conséquent, la coactivité par négligence n'est pas concevable.» (a. a. O., E. 2c/aa).
- 14 A. a. O., E. 4.9.
- 15 Nach ebenfalls verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz hatte es sich bei der Rakete, die auf den Balkon gefallen war, nicht um einen eigentlichen Irrläufer im Sinne eines technischen Defekts der Rakete selber gehandelt, sondern der Brand war durch das unsachgemässe Abfeuern (blosses In-den-Boden-Stecken) verursacht worden: a. a. O., E. 4.9.
- 16 Zum Ganzen a. a. O., E. 4.9.
- 17 A. a. O., E. 4.7 m. Verw. auf HURTADO POZO, Droit pénal, Partie générale, Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 1409.
- 18 A. a. O., E. 4.9 und 4.10.
- 19 A. a. O., E. 5; vgl. auch E. 4.10: «Diese Beweislosigkeit kann nicht über eine wie auch immer begründete Mittäterschaft substituiert werden.»
- 20 BGer 6B 477/2011, Urteil v. 24. 11. 2011.
- 21 A. a. O., E. 1.3, dies unter Berufung auf BGE 113 IV 58 und 126 IV 84 (vgl. E. 1.1).
- 22 In unserem Nachbarland wird die fahrlässige Mittäterschaft vor allem in jüngerer Zeit im Rahmen von Gremienentscheidungen befürwortet, wo die natürliche Kausalität der einzelnen Stimme zweifelhaft ist. Einschlägiges Fallbeispiel bildet der sog. Lederspray-Fall des deutschen Bundesgerichtshofes: BGHSt 37, 106, 130 ff., dazu statt vieler WOHLERS (Fn. 5), S. 107 ff.
- 23 OLG Schleswig, NStZ 1982, 116.
- 24 OLG Schleswig, NStZ 1982, 116, 117.
- 25 BayObLG, NJW 1990, 3032.
- 26 Statt vieler BGE 129 IV 119 E. 2.2.
- 27 Vorne, Fn. 12.
- 28 HÄRING, Die Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, Diss. Basel 2005, S. 192 ff.; SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Basel 2016, S. 181; so wohl auch RIEDO/CHVOJKA, Fahrlässigkeit,

Mittäterschaft und Unsorgfaltsgemeinschaft, ZStrR 2002, S. 152 ff., 160 ff.; unter ausdrücklicher Beschränkung auf die bewusste Fahrlässigkeit WOHLERS (Fn. 5), S. 83 ff., 111; ablehnend DONATSCH, Mittäterschaft oder Teilnahme am fahrlässigen Erfolgsdelikt?, SJZ 1989, S. 109 ff., 111 ff.; TRECHSEL/NOLL, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 6. Aufl., Zürich 2004, S. 206.

- 29 So auch HÄRING (Fn. 2), S. 15, 18 f.; VILLARD (Fn. 2), S. 1456; unter Bezugnahme auf die Rolling Stones bereits WOHLERS (Fn. 5), S. 109 m. w. Verw.
- 30 Vgl. z. B. BGE 125 IV 195 betr. natürliche Kausalität eines Zweitaufpralls für die Verschlimmerung von Verletzungsfolgen, welche das Opfer durch die Erstkollision erlitten hatte.
- 31 Statt vieler STRATENWERTH (Fn. 1), § 16 N 47 ff.
- 32 In Verbindung mit Art. 1 StGB (Nulla poena sine lege).
- 33 Vgl. auch SEELMANN/GETH (Fn. 28), S. 181: Der gemeinsame Tatentschluss beziehe «sich bei gemeinsamem fahrlässigen Handeln nicht auf den gesetzlichen Tatbestand, sondern auf jene natürliche Handlung, die dem sorgfaltspflichtwidrigen Verhalten zugrunde liegt».
- 34 Für HÄRING (Fn. 2), S. 16 f. ist dies entbehrlich, der Entschluss brauche sich lediglich auf die aussertatbestandliche Handlung zu beziehen.
- 35 Im Fall der Striking Rockets scheinen die Koordination und das Ausmass des Zusammenwirkens jedenfalls nicht genügend gewesen zu sein, um die bundesgerichtliche Voraussetzung einer Gesamthandlung zu erfüllen.
- 36 BGE 143 IV 361 E. 4.5.
- 37 Vgl. nur HÄRING (Fn. 2), S. 10.
- 38 In der Schweiz allen voran HÄRING (Fn. 2), S. 10 ff.; vgl. auch RIEDO/CHVOJKA (Fn. 28), S. 161 f.; in Deutschland v. a. RENZIKOWSKI, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, Habil. Tübingen 1997, S. 288 f.; vgl. auch HARRO, Mittäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, Jura 1990, S. 47 ff.; KAMM, Die fahrlässige Mittäterschaft, Diss. Berlin 1999, S. 221; WEISSER, Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?, JZ 1998, S. 230 ff., 236 f.; ROXIN, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl., Habil. Göttingen 1963, Berlin/New York 2000, S. 694 f. m. w. Verw.
- 39 PUPPE (Fn. 7), S. 133.
- 40 Siehe dazu beispielsweise THOMMEN/JETZER, Eventualvorsatz und Lebensgefährdung, Zur Entstehung von Art. 129 StGB sowie zu dessen Anwendbarkeit auf Gewaltdelikte im Strassenverkehr, in: DONATSCH/GOSSNER/MAURER/WIEDERKEHR (Hrsg.), Liber amicorum für Ulrich Weder, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 189 ff.; MARKWALDER/SIMMLER, Das Unrecht der eventualvorsätzlichen Tat – Zur Relevanz der Rücksichtslosigkeit für die Normdestabilisierung, Strafrecht und Moral, Sonderheft zum Heft 2/2018 der ZStrR, im Druck.
- 41 STRATENWERTH (Fn. 31), § 16 N 49; WOHLERS (Fn. 5), S. 111 f.; NIGGLI/MAEDER (Fn. 4), Art. 12 N 135; im Ergebnis auch ARZT, Vorsatz und Fahrlässigkeit, recht 1988, S. 66 ff., 72; DONATSCH (Fn. 28), S. 113; WALDER, The Rolling Stones, recht 1989, S. 56 ff., 58 f.; vgl. ferner FORSTER, BSK StGB I (Fn. 4), Vor Art.

24 N 24, der die Straflosigkeit beider unter Annahme von Eventualvorsatz, also vorsätzlicher Mittäterschaft umschiffen will.

42 Vgl. nur STRATENWERTH (Fn. 1), § 13 N 64: «Die ‹Teilnahme› am Entschluss äussert sich entweder in einer Beteiligung am Delikt, von der dessen Ausführung abhängt, oder sie ist nichts anderes als eine Anstiftung.» Vgl. in diesem Zusammenhang ferner BGE 105 IV 330, in welchem das Bundesgericht festhielt, dass unbedachte Äusserungen über die Wünschbarkeit eines Brandes, welche das Gegenüber dazu anregten, den Brand zu legen, weder als Anstiftung noch als fahrlässige Verursachung einer Feuersbrunst qualifiziert werden können. In diesem Falle war die Anstiftung fahrlässig erfolgt und blieb somit straflos, und auch die durch die unbedachten Äusserungen verursachte Brandlegung durch Dritte konnte mangels Adäquanz der Kausalkette keine Strafbarkeit begründen (a. a. O., E. 1a).

43 Was im Hinblick auf das strikte Legalitätsprinzip im Strafrecht bereits an und für sich problematisch ist.

44 WOHLERS (Fn. 5), S. 111 f.

45 In Anlehnung an die Vorlesungsfolien zur Täterschaft und Teilnahme von GODENZI, abrufbar unter <https://www.rwi.uzh.ch/de/lehreforschung/alphabetisch/godenzi/lehre/Vorlesungsmaterialien/Herbstsemester-2017.html> > (besucht am: 17. 3. 2018).