

**QUALIFIZIERTE FAHRLÄSSIGKEIT ODER (HYPOTHETISCHER) VORSATZ?
– ZUM ANGEMESSENEN UMGANG MIT ILLEGALLEN
KRAFTFAHRZEUGRENNEN UND IHREN FOLGEN**

Georg Freund

Professor Dr. Dr. h.c. dupl. *Georg Freund* ist Inhaber der Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie am Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg.

I. EINFÜHRUNG IN DIE PROBLEMATIK

Illegale Kraftfahrzeugrennen werden seit geraumer Zeit als besonderes Problem empfunden.¹ Insbesondere bei gravierenden Folgen wird immer wieder der Ruf laut, endlich geeignete Gegenmaßnahmen zu ergreifen. Dabei denken viele sogleich und ausschließlich an das Strafrecht, dessen gegenwärtiger Einsatz als zu milde empfunden wird. Das deutsche Straßenverkehrsstrafrecht enthielt bis vor kurzem keine Straftaten, die speziell illegale Rennen mit Kraftfahrzeugen erfassen. Die Straßenverkehrsgefährdung nach § 315c dStGB und der gefährliche Eingriff in den Straßenverkehr nach § 315b dStGB passen nur sehr eingeschränkt.² Die praktisch relevante fahrlässige Tötung nach § 222 dStGB sieht nur eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe vor. Hinzu kommt, dass sich deutsche Gerichte scheuen, für eine fahrlässige Tötung überhaupt Freiheitsstrafen zu verhängen, die nicht mehr zur Bewährung ausgesetzt werden können, weil sie zwei Jahre übersteigen. Die Ausschöpfung des Maximalmaßes von fünf Jahren dürfte Seltenheitswert haben. Das hängt nicht zuletzt mit dem deutschen Modell der Konkurrenz von Straftaten zusammen, nach dem bei tateinheitlicher Begehung mehrerer Straftaten – etwa einer hundertfachen fahrlässigen Tötung – auch nur der eine Strafrahmen mit dem Maximalmaß von fünf Jahren zur Verfügung steht.

Das von vielen als zu mild und lückenhaft angesehene deutsche Strafrecht wurde vor kurzem durch speziell auf illegale Kraftfahrzeugrennen zugeschnittene Regelungen ergänzt.

¹ S. dazu etwa *Kubiciel/Hoven*, NStZ 2017, 439 ff. – Weiterführend zur Problematik *Rostalski*, GA 2017, 585 ff.

² Sachlich übereinstimmend *Rostalski*, GA 2017, 585.

QUALIFIZIERTE FAHRLÄSSIGKEIT ODER (HYPOTHETISCHER) VORSATZ?
– ZUM ANGEMESSENEN UMGANG MIT ILLEGALEN KRAFTFAHRZEUGRENNEN UND
IHREN FOLGEN

Eingeführt wurde § 315d dStGB.³ Nach dieser Vorschrift werden die Ausrichtung, die Durchführung sowie die Teilnahme an einem nicht erlaubten Kraftfahrzeugrennen unter Strafe gestellt. Erfasst wird auch der Fall des sog. „Einzelrasers“, der „sich als Kraftfahrzeugführer mit nicht angepasster Geschwindigkeit und grob verkehrswidrig und rücksichtslos fortbewegt, um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen“. Die Strafe ist eine maximal zweijährige Freiheitsstrafe oder Geldstrafe. § 315d Abs. 2 sieht eine strengere Bestrafung desjenigen vor, der als Teilnehmer an einem solchen Rennen oder als Einzelraser eine Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert herbeiführt. Abs. 4 der Vorschrift enthält für die Fälle des Abs. 2 einen Verbrechenstatbestand, wenn eine schwere Folge – insbesondere der Tod eines Menschen – verursacht wird. Die Strafe ist dann grundsätzlich Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren.

Diese Regelungen sollen eine angemessene Verschärfung des Strafrechts bewirken. Allerdings dürfte dieses Ziel weitgehend verfehlt werden. Das überrascht nicht: Schon ganz grundsätzlich ist zu bezweifeln, dass die eingeführten bereichsspezifischen Regelungen die eigentliche Problematik sachangemessen erfassen. Diese Regelungen werden mehr Probleme produzieren als lösen. Weshalb beispielsweise der leichtfertig handelnde Veranstalter eines solchen Rennens, der den Tod Unbeteiligter zu verantworten hat, von dem Verbrechenstatbestand des Abs. 4 ausgenommen wird, ist nicht nachvollziehbar.

Umso wichtiger ist vor diesem Hintergrund die Auseinandersetzung mit einer alternativen Lösung, für die sich insbesondere das Landgericht Berlin eingesetzt hat.⁴ Diese ist auch nach den durch den Gesetzgeber vorgenommenen bereichsspezifischen Regelungen von besonderem Interesse und großer praktischer Bedeutung: Das Landgericht Berlin hat in einem besonders krassen Fall eines gefährlichen Autorennens die Angeklagten wegen *vorsätzlicher* Tötung unter Erfüllung eines Mordmerkmals – also wegen Mordes nach § 211 dStGB – schuldig gesprochen und zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt. Die beiden Angeklagten waren mit ihren Kraftfahrzeugen nachts im Stadtzentrum von Berlin unterwegs. Ihre Geschwindigkeit betrug bis zu einhundsiebzig Kilometer pro Stunde. Sie rasten über elf

³ 56. Strafrechtsänderungsgesetz vom 30.9.2017, in Kraft ab 13.10.2017 (BGBl. I S. 3532). – Krit. dazu *Rostalski*, GA 2017, 585, 593 f., 595; näher zu dieser Regelung etwa auch *Stam*, StV 2018, 464 ff. m.w.N. – In Brasilien erfasst Art. 308 des brasilianischen Straßenverkehrsgesetzes solche Fälle bereits seit 1997.

⁴ LG Berlin NStZ 2017, 471 ff.

QUALIFIZIERTE FAHRLÄSSIGKEIT ODER (HYPOTHETISCHER) VORSATZ? – ZUM ANGEMESSENEN UMGANG MIT ILLEGALEN KRAFTFAHRZEUGRENNEN UND IHREN FOLGEN

Kreuzungen mit mehreren roten Ampeln. Bei einem Zusammenstoß wurde ein unbeteiligter Kraftfahrer getötet.

Die Entscheidung des Landgerichts Berlin hat einerseits durchaus Zustimmung, andererseits aber auch Widerspruch erfahren.⁵ Der Bundesgerichtshof, bei dem Revision eingelegt worden ist, hat die Verurteilung der Angeklagten wegen vorsätzlicher Tötung aufgehoben.⁶ Sicher zu erwarten war das aber nicht. Auch kann es durchaus sein, dass der Bundesgerichtshof in einem zukünftigen Fall eine besser begründete Verurteilung wegen Totschlags oder sogar wegen Mordes nicht beanstandet.

Unabhängig vom konkreten Ausgang des Revisionsverfahrens in dem Berliner Fall bleibt die abstrakt-generelle Grundfrage klärungsbedürftig, was genau den Vorsatz von der (bloßen) Fahrlässigkeit unterscheidet. Zunächst muss man geklärt haben, was genau jemand für vorsätzliches Verhalten i. S. eines Tötungsdelikts wissen muss – genauer: wie der Gegenstand seiner Kenntnis beschaffen sein muss und welche Anforderungen an die entsprechende Kenntnis zu stellen sind. Erst danach kann man der Frage nachgehen, ob prozessordnungsgemäß bewiesen ist, dass eine bestimmte Person bei ihrem Verhalten genau dieses Wissen (genau diese Kenntnis) hatte.⁷

II. DIE UNTERSCHIEDUNG VORSÄTZLICHEN UND FAHRLÄSSIGEN VERHALTENS

1. HINTERGRUND DER UNTERSCHIEDUNG: DIE AUFGABE VON SCHULDSPRUCH UND STRAFE

Nicht nur im deutschen Strafrecht ist die Unterscheidung zwischen vorsätzlichem und fahrlässigem Verhalten von weichenstellender Bedeutung für das „Ob“ und das „Wie“ der Strafbarkeit. Vorsätzliches Verhalten wird eher bestraft als (bloß) fahrlässiges. Wenn fahrlässiges Verhalten überhaupt strafbar ist, wird unter sonst gleichen Umständen vorsätzliches Verhalten stets viel härter bestraft. Die Berechtigung dafür hängt eng mit der Aufgabe der strafrechtlichen Reaktion auf rechtliches Fehlverhalten zusammen: Aufgabe von Schuldspruch und Strafe ist es, angemessen missbilligend auf einen bestimmten

⁵ Im Berliner Raser-Fall den Tötungsvorsatz mit dem LG Berlin bejahend etwa *Kubiciel/Hoven*, NSTZ 2017, 439, 442. – Den Tötungsvorsatz dagegen ablehnend etwa *Rostalski*, GA 2017, 585 ff.

⁶ BGH 1.3.2018 – 4 StR 399/17, BeckRS 2018, 2754 (Mord durch illegales Autorennen) (= NSTZ 2018, 409 ff. m. zust. Anm. *Tonio Walter*; s. auch *Eisele*, JZ 2018, 549 ff.

⁷ Die beiden zu trennenden Fragen werden bei der Diskussion um den Vorsatz oft vermischt. – Eine zutreffende Trennung findet sich etwa bei *Frisch*, Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, 1990, S. 533, 536 ff., 550 ff.

QUALIFIZIERTE FAHRLÄSSIGKEIT ODER (HYPOTHETISCHER) VORSATZ? – ZUM ANGEMESSENEN UMGANG MIT ILLEGALEN KRAFTFAHRZEUGRENNEN UND IHREN FOLGEN

Verhaltensnormverstoß (und ggfs. dessen spezifische Folgen) zu reagieren, um den durch die begangene Tat gestörten Rechtsfrieden wieder herzustellen. Der Verhaltensnormverstoß des Täters bedeutet eine Infragestellung der Normgeltung. Dieser Infragestellung muss – um mit *Jakobs* zu sprechen – sinnfällig widersprochen werden, damit sich nicht der Widerspruch des Täters behaupten kann, sondern das Recht die notwendige Bestätigung erfährt.⁸ Dieses Konzept der geltungssichernden ausgleichenden Ahndung orientiert sich nicht an irgendwelchen Präventionsbedürfnissen, sondern ausschließlich an dem, was der Täter verbrochen hat. Zum Vorwurf wird ihm nur das gemacht, was ihm auch tatsächlich vorgeworfen werden kann: Sein Verhaltensnormverstoß und ggfs. auch dessen spezifische Folgen.⁹

2. DIE QUALIFIZIERTE PERSONALE FEHLEISTUNG DES VORSATZTÄTERS IM GEGENSATZ ZUR FAHRLÄSSIGKEIT ALS DER GRUNDFORM DES VERHALTENSNORMVERSTOßES

a) Vorsätzliches Verhalten als nicht mehr zu überbietende Vollform des Verhaltensnormverstoßes

Dieser Verhaltensnormverstoß des Täters als der Dreh- und Angelpunkt der strafrechtlichen Reaktion ist bei vorsätzlichem Verhalten nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ gravierender als bei bloßer Fahrlässigkeit.¹⁰ Der Fahrlässigkeitstäter scheitert mit der Normbildung und Normbefolgung schon bei der von ihm rechtlich zu erwartenden *Bildung* der kontext- und adressatenspezifisch konkretisierten Norm, weil er irgendwelche relevanten Umstände nicht richtig erfasst. Demgegenüber gelingt dem Vorsatztäter die von ihm zu erwartende Bildung der Norm einwandfrei. Er erfasst alle relevanten Umstände vollkommen zutreffend. Dennoch befolgt er sie nicht und bringt dadurch in idealtypisch ausgeprägter und nicht mehr zu überbietender Form seine Missachtung der Normgeltung zum Ausdruck.

b) Irrelevanz eines voluntativen Vorsatzelements

Diese qualifizierte personale Fehlleistung des Vorsatztäters ist vollkommen unabhängig von einem voluntativen Element des Täters i.S. eines realpsychologischen Billigens. Allerdings

⁸ Zum Verständnis von Schuldspruch und Strafe als Widerspruch gegenüber dem Verhaltensnormverstoß des Täters s. *Jakobs*, AT, 2. Aufl. 1991, 1/9 ff.; *dens.*, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004, S. 28 ff.; weiterführend *Frisch*, GA 2015, 65, 67 f., 75 ff.

⁹ Diese Folgenverantwortlichkeit des Täters ist allerdings keine originäre, sondern stets abhängig von ihrem Grund – also dem Verhaltensnormverstoß als der Wurzel des Übels.

¹⁰ Grundlegend zur qualifizierten personalen Fehlleistung des Vorsatztäters *Frisch*, Vorsatz und Risiko – Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen, S. 102 ff. et passim; s. a. *Freund*, in: MünchKommStGB, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, Vor § 13 Rn. 204 ff., 298, 370 ff.

QUALIFIZIERTE FAHRLÄSSIGKEIT ODER (HYPOTHETISCHER) VORSATZ? – ZUM ANGEMESSENEN UMGANG MIT ILLEGALEN KRAFTFAHRZEUGRENNEN UND IHREN FOLGEN

arbeiten in Deutschland Rechtsprechung und herrschende Lehre leider noch immer mit einem solchen Element.¹¹ Anerkannt ist aber, dass bei rechtverstandener und im aktuell verhaltensrelevanten Zeitpunkt vorhandener Kenntnis dessen, was Folge des eigenen Verhaltens sein kann, in Bezug auf diese Folge auch stets vorsätzliches Verhalten gegeben ist. Wer weiß, was er willentlich tut, kann nicht mehr behaupten, das habe er nicht gewollt! Damit ist ein ernstgemeintes voluntatives Vorsatzelement hinfällig.¹²

c) Die genauen Anforderungen an die Kenntnis der Tatumstände – Nicht ausreichender hypothetischer Vorsatz

Entscheidend ist nur, dass das Erfordernis der Kenntnis der Umstände, die die nicht gerechtfertigte Tatbestandsverwirklichung begründen, richtig konkretisiert wird: Diese Kenntnis – dieses Wissen – ist in einer für den Vorsatz ausreichenden Form nicht bereits dann vorhanden, wenn sich der Täter diese Umstände bei gehöriger Anstrengung seiner Erkenntniskräfte *bewusst machen könnte*. Zwar ließe sich dann vielleicht sagen, dass er um diese Umstände „eigentlich“ weiß und er dieses „Wissen“ nur aktuell nicht parat hat. Indessen ist eine solche bloß abgeschwächte Form der Kenntnis nicht schon aktuell verhaltensrelevant und kann daher die konkrete Entscheidung des Täters in dieser Hinsicht auch noch nicht zu einer vorsätzlichen machen. Vielmehr beruht seine Entscheidung für ein bestimmtes Verhalten auf einer unzutreffenden Situationseinschätzung. Das genügt zwar für den Vorwurf der Fahrlässigkeit, reicht aber nicht für den qualifizierten Vorwurf vorsätzlicher Tatbestandsverwirklichung.

Daran vermag auch die mehr oder weniger leichte Erreichbarkeit einer zutreffenden Situationseinschätzung nichts zu ändern. Selbst wenn die richtige Einschätzung für den Täter handgreiflich nahe liegt und es für ihn daher ein Leichtes wäre, die für den Vorsatz benötigte Kenntnis zu erlangen, ist ein solcher bloß *hypothetischer Vorsatz* kein tatsächlicher. Ein dennoch erhobener Vorwurf vorsätzlicher Tatbegehung wäre wegen des sachlich unzutreffenden Schuldspruchs von vornherein ungeeignet, die allein legitime Funktion einer angemessen missbilligenden strafrechtlichen Reaktion zu erfüllen. Eine solche Gleichschaltung von gravierenden Fahrlässigkeitstaten mit den Taten, die unter sonst gleichen

11 BGH 1.3.2018 – 4 StR 399/17, BeckRS 2018, 2754, *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil (AT), 49. Aufl. 2019, Rn. 316, 318 m.w.N.; *Spendel*, Festschrift für Lackner, 1987, S. 167, 172.

12 Das hat auch der Bundesgerichtshof mit seiner Formel vom „Billigen im Rechtssinne“ – *volens volens (!)* – schon vor langer Zeit anerkannt; vgl. BGHSt 7, 363, 369 f. (Lederriemenfall). – Nachdrücklich gegen die Vorsatzrelevanz eines voluntativen Elements *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 268; s. auch *Freund/Rostalski*, Strafrecht Allgemeiner Teil – Personale Straftatlehre (AT), 3. Aufl. 2019, § 7 Rn. 54 ff.

QUALIFIZIERTE FAHRLÄSSIGKEIT ODER (HYPOTHETISCHER) VORSATZ?
– ZUM ANGEMESSENEN UMGANG MIT ILLEGALEN KRAFTFAHRZEUGRENNEN UND
IHREN FOLGEN

Umständen bei vorhandenem Vorsatz gegeben wären, wäre eine illegitime kontrafaktische Fiktion. Eine solche wäre im strafrechtlichen Kontext dysfunktional. Der nicht nur quantitative sondern auch qualitative Unterschied zwischen der personalen Fehlleistung des Vorsatztäters und der des Fahrlässigkeitstäters darf nicht ignoriert werden. Der Weg bis zum richtigen Vorsatz mag für den Täter, der sich in gravierendem Maße fahrlässig verhält, nicht mehr weit sein. Deshalb mag auch der Unwertgehalt dieses fahrlässigen Verhaltens dem eines vorsätzlichen Verhaltens sehr nahe kommen. Dennoch bleibt der für den zwingend erforderlichen *richtigen Schuldspruch* bedeutsame Unterschied stets vorhanden.¹³

Dieser Unterschied muss nicht nur beim Schuldspruch, sondern auch bei der Bestimmung der richtigen Rechtsfolge im Übrigen – also bei der Strafzumessung – zwingend berücksichtigt werden. Auch die noch so leichtfertige Tötung ist und bleibt eine fahrlässige Tötung und muss auch bei der Strafhöhe stets zumindest etwas milder beurteilt werden als die unter sonst gleichen Umständen begangene vorsätzliche Tötung. Nur bei der Vorsatztat enthält der Verhaltensnormverstoß des Täters aufgrund seiner uneingeschränkt zutreffenden Einschätzung der Sachlage auch die voll ausgeprägte Infragestellung des Rechts, auf die entsprechend hart zu reagieren ist.

Die Unterscheidung von Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht beruht auf der jeweils quantitativ und qualitativ unterschiedlichen personalen Fehlleistung. Zwar ist der Unwertgehalt der entsprechenden Fahrlässigkeitstat in dem der Vorsatztat enthalten. Es besteht also nach zutreffender Auffassung zwischen beiden Straftattypen ein Plus-Minus-Verhältnis. Auch verstoßen beide Täter gegen dieselbe Verhaltensnorm. Aber für die strafrechtlich bedeutsame Infragestellung der Verhaltensnormgeltung ist es von grundlegender Bedeutung, ob diese in voll ausgeprägter Form vorhanden ist oder ob insofern Abstriche zu machen sind. Damit die Infragestellung der Normgeltung voll ausgeprägt ist, muss der Normbrüchige in vollem Umfang erfassen, was er tut. Er muss die Legitimationsgründe der übertretenen Verhaltensnorm vor Augen haben – also die möglichen Konsequenzen seines Verhaltens klar erkennen – und sich dennoch für den Normverstoß entscheiden.¹⁴

¹³ Zur Bedeutung des richtigen Schuldspruchs für die Erfüllung der Aufgabe des Strafrechts näher *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen – Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe, 1992, S. 109 ff.

¹⁴ S. dazu und zum Folgenden etwa bereits *Freund*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MünchKommStGB), Band 1, 3. Aufl. 2017, Vor § 13 Rn. 298.
Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 21, N. 1, pp. 393-404, Jan.-Abr. 2020. 398

QUALIFIZIERTE FAHRLÄSSIGKEIT ODER (HYPOTHETISCHER) VORSATZ? – ZUM ANGEMESSENEN UMGANG MIT ILLEGALEN KRAFTFAHRZEUGRENNEN UND IHREN FOLGEN

Während sich der Fahrlässigkeitstäter in einer wesentlichen Hinsicht irrt, entscheidet sich der Vorsatztäter gleichsam sehenden Auges gegen das durch die von ihm übertretene Verhaltensnorm geschützte Rechtsgut.¹⁵ Weitere Aufklärung durch Information über die normrelevanten Aspekte kann bei ihm nichts bewirken. Denn er hat bei seinem Verhalten die Beeinträchtigung des durch die übertretene Verhaltensnorm geschützten Rechtsguts als in concreto mögliche Verhaltensfolge bereits gedanklich korrekt antizipiert und das mögliche weitere Geschehen in dieser Hinsicht ohne Fehleinschätzung zu Ende gedacht.¹⁶

Die für vorsätzliches Verhaltensunrecht erforderliche zutreffende Situationseinschätzung lässt sich nicht durch eine in besonderem Maße vorwerfbare Fehleinschätzung ersetzen. Daher ist etwa die Position von *Pawlik* abzulehnen, beim Vorsatz von der konkreten Person zu abstrahieren und vorsätzliches Verhalten schon dann anzunehmen, wenn ein um Rechtstreue bemühter Bürger zur korrekten Einschätzung der zu verantwortenden Schädigungsmöglichkeiten gelangt wäre.¹⁷ Ein solcher bloß *hypothetischer Vorsatz* ist keiner, der es rechtfertigt, die konkrete Person wegen vorsätzlicher Tatbestandsverwirklichung schuldig zu sprechen. Mehr als eine qualifizierte Form der Fahrlässigkeit lässt sich in solchen Fällen nicht begründen.¹⁸

d) Gefährdungsvorsatz und bewusste Fahrlässigkeit

Auf der Basis des richtigen Vorsatzkonzepts fällt es auch nicht schwer, den bei manchen Straftatbeständen ausreichenden Gefährdungsvorsatz vom Verletzungs- bzw. Schädigungsvorsatz zu unterscheiden. In engem Zusammenhang mit dieser Unterscheidung steht eine weitere: Die Unterscheidung der bewussten Fahrlässigkeit vom Vorsatz.¹⁹ Insofern erfolgt die Weichenstellung durch die Analyse der genauen Gegenstände des Vorwurfs bei bestimmten Sanktionsnormen. Beispielhaft: Beim Totschlag nach § 212 Abs. 1 dStGB wird dem Täter vorgeworfen, einen anderen Menschen vorsätzlich getötet zu haben. Daher

¹⁵ Ggf. in Kenntnis seiner Sonderverantwortlichkeit. – Zur Sonderverantwortlichkeit als Kriterium der Tatbestandsverwirklichung bei Tun und Unterlassen s. *Freund/Rostalski*, AT, § 2 Rn. 19 ff., § 6 Rn. 17 ff., 56 ff., 152.

¹⁶ Näher zur Ratio der Vorsatzstrafe *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 46 ff., 195 ff. et passim.

¹⁷ *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers – Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre, 2012, schreibt S. 381: „Da sie [*Pawliks* Auffassung] aber nicht an das Wissen anknüpft, welches der individuelle Delinquent aktuell besaß, sondern an das, welches er vernünftiger- und zumutbarerweise hätte haben müssen, entkoppelt sie das Urteil über die Rechtsfeindlichkeit eines Verhaltens von dem beim Täter real vorfindbaren psychischen Befund.“; S. 394 schreibt *Pawlik* von einer vollkommenen „Gleichstellung“ der „schlechthin unentschuldbare[n] Unkenntnis“ mit der „real vorhandene[n] Kenntnis“; S. 396: „Entscheidend ist vielmehr, weshalb der Täter zu der betreffenden Fehleinschätzung gelangt ist.“ – Ähnlich *Jakobs*, ZStW 114 (2002), 584 ff.; iS einer Verobjektivierung des Vorsatzes ferner *Pérez-Barberá*, GA 2013, 454 ff.

¹⁸ Zur Erfassung solcher qualifizierten Fälle der Fahrlässigkeit durch einen Vorschlag de lege ferenda s. noch unten II.3.

¹⁹ Diese Unterscheidung wird ganz zu Unrecht oft als besonders schwierig angesehen; vgl. statt vieler *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, Rn. 335: „Beide Fallgruppen liegen im Grenzbereich eng beieinander.“

QUALIFIZIERTE FAHRLÄSSIGKEIT ODER (HYPOTHETISCHER) VORSATZ?
– ZUM ANGEMESSENEN UMGANG MIT ILLEGALEN KRAFTFAHRZEUGRENNEN UND
IHREN FOLGEN

erfordert tötungsvorsätzliches Handeln, dass sich der Täter der möglichen Herbeiführung des Todes eines anderen Menschen aktuell handlungsrelevant bewusst ist. Dagegen wird dem Täter beim in zweifacher Hinsicht vorsätzlichen gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr nach § 315b Abs. 1 Nr. 2 dStGB (etwa durch Hindernisbereiten mit Herbeiführung einer konkreten Lebensgefahr für andere Verkehrsteilnehmer) genau dies zum Vorwurf gemacht – nicht mehr, aber auch nicht weniger: Der entsprechende Vorsatztäter muss daher zunächst um die Tatumstände des „Eingriffs in den Straßenverkehr wissen“ – also in dieser Hinsicht die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung erkennen. Außerdem muss er die Möglichkeit des Entstehens der tatbestandsmäßigen Gefahrensituation vor Augen haben – etwa einen Unfall in Rechnung stellen, bei dem grundsätzlich auch mit einem tödlichen Ausgang zu rechnen ist. Verdrängt der Täter auf der Basis dieser Vorstellung sodann bei seinem Tun die entsprechende Schädigungsmöglichkeit und vertraut er auf einen letztlich guten Ausgang, schließt das zwar den Verletzungs- bzw. Schädigungsvorsatz nach § 212 Abs. 1 dStGB aus. Die Entscheidung des Täters ist aber durchaus eine vorsätzliche im Hinblick auf den nach dem Tatbestand des § 315b Abs. 1 Nr. 2 dStGB erforderlichen konkreten (Lebens-)Gefährdungserfolg. Diesen Gefährdungserfolg hat er in der für den tatbestandsspezifischen Vorwurf erforderlichen Form als mögliche Handlungsfolge erkannt.

Diese Entscheidung ist zugleich eine bewusst fahrlässige in Bezug auf die Todesherbeiführung: Der Täter hat im Verlauf seines Entscheidungsprozesses immerhin diese Schädigungsmöglichkeit zunächst in Betracht gezogen und erst in einem zweiten Schritt in rechtlich zu beanstandender Weise verworfen. Regelmäßig handelt es sich insofern (im Verhältnis zur unbewussten Fahrlässigkeit) um eine gravierendere Form der Fahrlässigkeit, weil der Täter konkreten Anlass hat, sich der möglichen Schädigungsfolgen seines Verhaltensnormverstoßes bewusst zu werden und den Verstoß deshalb zu unterlassen. Schädigungsvorsatz hat er dennoch nicht. Ebenso wie bei der unbewussten Fahrlässigkeit fehlt ihm im Zeitpunkt des Verhaltens die verhaltensrelevante Kenntnis der tatbestandsmäßigen Schädigungsmöglichkeit. Im Gegensatz zur unbewussten Fahrlässigkeit ist aber die Fehlleistung des Täters regelmäßig gewichtiger, weil er im Vorfeld seines normwidrigen Verhaltens bei der Normbildung immerhin schon ein gutes Stück weiter gekommen ist als derjenige, der schon gar nicht die Idee hatte, dass jemand als Konsequenz seines Verhaltens zu Tode kommen könnte.

QUALIFIZIERTE FAHRLÄSSIGKEIT ODER (HYPOTHETISCHER) VORSATZ?
– ZUM ANGEMESSENEN UMGANG MIT ILLEGALEN KRAFTFAHRZEUGRENNEN UND
IHREN FOLGEN

Die gängige Kennzeichnung dieser Fälle als solche der „bewussten Fahrlässigkeit“ ist missverständlich. Denn in Bezug auf den jeweiligen tatbestandsmäßigen (Verletzungs- bzw. Schädigungs-)Erfolg fehlt im aktuell verhaltensrelevanten Bewusstsein die Vorstellung der entsprechenden Verletzungs- bzw. Schädigungsmöglichkeit ganz genauso wie in den Fällen der unbewussten Fahrlässigkeit. Sachlich relevantes Merkmal der sog. „bewussten Fahrlässigkeit“ ist vielmehr die Bewusstheit der Verletzungs- bzw. Schädigungsmöglichkeit *im Vorfeld* des tatbestandspezifisch missbilligten Verhaltens – genauer: in einer bestimmten Frühphase der Normbildung. Bei der konkreten Entscheidung für ein bestimmtes Verhalten ist diese Verletzungs- bzw. Schädigungsmöglichkeit gerade nicht mehr in ausreichender Form bewusst. Die sog. bewusste Fahrlässigkeit ist daher nur als dynamischer und zeitlich gestreckter Vorgang beim Normadressaten richtig zu verstehen.

e) Konsequenzen für den Berliner Raser-Fall – Zur Aufhebungsentscheidung des Bundesgerichtshofs

Im Berliner Raser-Fall ist es vor diesem Hintergrund zu begrüßen, dass der Bundesgerichtshof die Verurteilungen wegen vorsätzlicher Tötung aufgehoben hat. Zwar haben die beiden Angeklagten über einen längeren Zeitraum erhebliche Schädigungsmöglichkeiten in Bezug auf Leben und Körperintegrität anderer Verkehrsteilnehmer geschaffen. Daher ist es durchaus denkbar, dass es zumindest Phasen gab, in denen sie die möglichen Folgen ihrer riskanten Fahrweise zutreffend einschätzten. Indessen reicht ein *nur möglicherweise gegebener Vorsatz* nicht für den Schuldspruch wegen Vorsatztat.²⁰ Es gilt: in dubio pro reo! Auch in dem Berliner Fall ist es bei lebensnaher Würdigung des Verhaltens der beiden „Rennfahrer“ gerade nicht ausgeschlossen, dass sie in den entscheidenden Momenten auf den jeweils guten Ausgang vertraut haben. Das war zwar vollkommen irrational und in gravierendem Maße fahrlässig. Es rechtfertigt aber nicht den kontrafaktischen Schuldspruch wegen einer vorsätzlichen Tötung.

²⁰ Selbst bei hoher Wahrscheinlichkeit der Erfüllung der Anforderungen des materiellrechtlichen Vorsatzerfordernisses sind die prozessualen Beweisanforderungen nicht erfüllt.

3. ZUM SACHGERECHTEN UMGANG MIT QUALIFIZIERTEN FÄLLEN DER FAHRLÄSSIGKEIT – DIE BESONDERS LEICHTFERTIGE TÖTUNG DE LEGE LATA UND DE LEGE FERENDA

Im gegenwärtigen deutschen Strafrecht werden Fälle der qualifizierten Fahrlässigkeit nur punktuell erfasst. Zu nennen sind die todeserfolgsqualifizierten Delikte²¹ – insbesondere die Körperverletzung mit Todesfolge nach § 227 dStGB²². Allerdings stoßen diese Regelungen rasch an Grenzen: Als Problemfall hat sich etwa bei der Körperverletzung mit Todesfolge die Todesherbeiführung bereits durch den Versuch des Grunddelikts erwiesen. Zwar hat der Bundesgerichtshof in dem berühmt gewordenen „Gubener Verfolgungsfall“ die Möglichkeit eines erfolgsqualifizierten Versuchs der Körperverletzung anerkannt. Diese Hilfskonstruktion versagt jedoch, wenn der Tod des Opfers in leichtfertiger Weise etwa bereits durch bloße Vorbereitungshandlungen herbeigeführt wird oder wenn als Grunddelikt nur eine Nötigung nach § 240 dStGB gegeben ist.

Der sachangemessene Umgang mit qualifizierten Fällen der fahrlässigen Tötung ist ein allgemeines Strafrechtsproblem. Daher kann auch nur eine allgemeine Regelung die vorhandenen Defizite bei der strafrechtlichen Aufarbeitung solcher Fälle beheben. Demgegenüber müssen bereichsspezifische Regelungen, wie sie der deutsche Gesetzgeber für illegale Kraftfahrzeugrennen geschaffen hat, zwangsläufig Flickwerk bleiben. Auf dieser Basis werden weiterhin Fälle, die in wesentlicher Hinsicht gleich sind, sachwidrig ungleich behandelt.

Nach bisheriger deutscher Gesetzeslage werden auch (besonders) leichtfertige Tötungen grundsätzlich über § 222 dStGB schon mit dem Schuldspruch „fahrlässige Tötung“ unangemessen milde geahndet.²³ Da diese Fälle nicht mehr weit vom Tötungsvorsatz entfernt sind, passt auch der Strafraumen des § 222 dStGB nicht zu dem des § 212 Abs. 1 dStGB.²⁴

²¹ Bei den todeserfolgsqualifizierten Delikten findet sich bisweilen sogar ausdrücklich die gesetzliche Normierung eines Leichtfertigkeitserfordernisses. Zu nennen ist etwa der Raub mit Todesfolge nach § 251 dStGB, der bei wenigstens leichtfertiger Todesherbeiführung mit lebenslanger Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren bestraft wird.

²² Bei der praktisch bedeutsamen Körperverletzung mit Todesfolge nach § 227 dStGB (die mit Freiheitsstrafe von mindestens drei bis zu fünfzehn Jahren bestraft wird) steht das Leichtfertigkeitserfordernis zwar nicht ausdrücklich im Gesetz; die strenge Strafe lässt sich indessen nur legitimieren, wenn die Todesherbeiführung durch eine vorsätzliche Körperverletzung wenigstens leichtfertig geschieht. Das Leichtfertigkeitserfordernis ist aufgrund der gebotenen verfassungskonformen Auslegung als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal aufzufassen. – Näher dazu *Freund*, Festschrift für Frisch, 2013, S. 677, 685 ff.

²³ S. dazu und zum Folgenden bereits *Freund*, Festschrift für Frisch, 2013, S. 677, 693 ff.

²⁴ Abhilfe kann nur ein innerhalb der fahrlässigen Tötungen differenzierendes Konzept schaffen. Dieses Konzept muss die Stufen der (einfach-)fahrlässigen und der (besonders) leichtfertigen Tötung im Schuldspruch berücksichtigen und auch auf die Bestrafung vorsätzlicher Tötungen abgestimmt sein. Der Strafraumen für die bisher von § 222 dStGB erfassten Fälle der einfach-fahrlässigen und der (besonders) leichtfertigen Tötungen reicht von Geldstrafe bis zu höchstens fünf
Revista Argumentum – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 21, N. 1, pp. 393-404, Jan.-Abr. 2020. 402

QUALIFIZIERTE FAHRLÄSSIGKEIT ODER (HYPOTHETISCHER) VORSATZ?
– ZUM ANGEMESSENEN UMGANG MIT ILLEGALEN KRAFTFAHRZEUGRENNEN UND
IHREN FOLGEN

Um die angemessene Ahndung (besonders) leichtfertiger – also tötungsvorsatznaher – Tötungen zu ermöglichen, habe ich bereits in der Festschrift für *Wolfgang Frisch* folgende Regelung vorgeschlagen:²⁵

§ 222 dStGB (neu) Fahrlässige und besonders leichtfertige Tötung

(1) Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Begeht der Täter die Tat in einer vorsätzlichem Handeln nahekommenden Weise (besonders leichtfertig), so ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren.

Die vorgeschlagene Strafvorschrift könnte zumindest einige todeserfolgsqualifizierte Delikte (insbes. §§ 227, 221 Abs. 3, 239 Abs. 4 dStGB) ersetzen²⁶ und zugleich die unberechtigte Privilegierung leichtfertiger Tötungen in anderem deliktischen Zusammenhang (etwa bei einer Nötigung) oder in einem im Übrigen nichtdeliktischen Kontext (etwa bei der rücksichtslosen Durchführung von Bauarbeiten ohne jede Sicherungsmaßnahme) vermeiden.²⁷

Das Problem der angemessen strengen Ahndung gravierender Fälle der Fahrlässigkeit stellt sich nicht nur in Deutschland, sondern wohl auch in Brasilien. Auch in Brasilien werden – soweit ersichtlich – solche Fälle nur punktuell und mit wohl zu geringem Höchstmaß der Strafe erfasst.²⁸ Ebenso wenig wie in Deutschland ist von bereichsspezifischen Sonderregelungen – etwa im Bereich des Straßenverkehrsstrafrechts – angemessene Abhilfe

Jahren Freiheitsstrafe. Demgegenüber ist der Grundfall der vorsätzlichen Tötung nach § 212 I dStGB mit mindestens fünf Jahren Freiheitsstrafe zu ahnden. Das Höchstmaß beträgt grundsätzlich fünfzehn Jahre Freiheitsstrafe.

²⁵ *Freund*, Festschrift für Frisch, 2013, S. 677, 694 f.

²⁶ Zu bisherigen Überlegungen zur Abschaffung erfolgsqualifizierter Delikte vgl. etwa *Lorenzen*, Zur Rechtsnatur und verfassungsrechtlichen Problematik der erfolgsqualifizierten Delikte, 1981, S. 164 ff.; ferner *Diez-Ripollés*, ZStW 96 (1984), 1059 ff., 1074 ff. – Einen Tatbestand der leichtfertigen Tötung für zumindest diskutabel hält LK-StGB/*Vogel*, 12. Aufl. 2007, § 18 Rn. 25 Fn. 33; vgl. auch *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1991, 9/37 a.E.

²⁷ Auf derselben Linie liegt der Vorschlag von *Rostalski*, GA 2017, 595, 598, die leichtfertige Tötung als Straftat zu normieren; vgl. auch *Lohmeyer*, Fahrlässige Tötungen als Straftat und das Erfordernis des spezifischen Gefahrrealisierungszusammenhangs bei den todeserfolgsqualifizierten Delikten – Überlegungen de lege lata und de lege ferenda, 2011, S. 130 ff., 137, 175 f. – Der hier unterbreitete Gesetzesvorschlag präzisiert jedoch stärker die *Vorsatznähe* der hier interessierenden Leichtfertigkeit, um dadurch eine zusätzliche Anwendungsbremse im Wortlaut der neuen Strafvorschrift zu verankern.

²⁸ Art. 129 § 3 des brasilianischen Strafgesetzbuchs erfasst die Körperverletzung mit Todesfolge und Art. 308 § 2 des brasilianischen Straßenverkehrsgesetzes erfasst illegale Kraftfahrzeugrennen mit Todesfolge.

QUALIFIZIERTE FAHRLÄSSIGKEIT ODER (HYPOTHETISCHER) VORSATZ?
– ZUM ANGEMESSENEN UMGANG MIT ILLEGALEN KRAFTFAHRZEUGRENNEN UND
IHREN FOLGEN

zu erwarten.²⁹ Daher möchte ich auch für Brasilien anregen, eine qualifizierte Form der fahrlässigen Tötung mit deutlich strengerer Bestrafung einzuführen.

**III. FAZIT UND KONSEQUENZEN DER ANGEMESSENEN
MATERIELLRECHTLICHEN DIFFERENZIERUNGEN FÜR DIE
BEWEISRECHTLICHE ANSCHLUSSFRAGE**

Die vorgeschlagene differenzierte Behandlung der Fahrlässigkeitsfälle ist allemal besser als die kontrafaktische Einstufung von Konstellationen der Leichtfertigkeit als solche des Vorsatzes. Das ist unseriös und wäre selbst dem Gesetzgeber nicht anzuraten. Auch dessen Regelungsmacht ist begrenzt. Unter sonst gleichen Umständen ist im Verhältnis auch zur leichtfertigen Tatbestandsverwirklichung der entsprechende „echte“ Vorsatzfall stets quantitativ und qualitativ noch gravierender! Wenn aber elementaren rechtlichen Anforderungen Rechnung getragen werden soll, müssen gleiche Fälle gleich und unterschiedliche Fälle auch verschieden bestraft werden. Das gilt für den richtigen Schuldspruch, der passen muss, ebenso wie für die Intensität der strafrechtlichen Reaktion im Übrigen.

Das hier vorgestellte Konzept der materiellrechtlichen Differenzierung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit sowie innerhalb der Fahrlässigkeitsfälle nach denen der einfachen Fahrlässigkeit und denen der (besonderen) Leichtfertigkeit hat einen wichtigen Entlastungseffekt für die Praxis der Strafrechtsanwendung: Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes müssen nicht länger zum Anlass genommen werden, die Anforderungen an den rechtsgenügenden Beweis des Vorsatzes zu missachten und so zu tun, als seien sie erfüllt. Die entsprechende Gefahr besteht momentan noch in besonderem Maße, weil die Strafrechtspraxis – wie das Urteil des Landgerichts Berlin zeigt – durchaus zutreffend erfasst, dass die Ahndung von Fällen der (besonders) leichtfertigen Tötung nach § 222 dStGB nicht sachgerecht ist. Sobald der Strafrechtspraxis ein passendes Strafgesetz für die Fälle der qualifizierten fahrlässigen Tötung zur Verfügung gestellt wird, entfällt der falsche Anreiz, den Tötungsvorsatz anzunehmen, obwohl seine Voraussetzungen nicht erfüllt und insbesondere auch nicht prozessordnungsgemäß bewiesen sind.

²⁹ Das gilt uneingeschränkt für die Verletzungserfolgsdelikte mit (besonders) leichtfertiger Herbeiführung des Todes oder der Verletzung eines anderen Menschen. Immerhin diskutabel erscheint eine bereichsspezifische Regelung, wenn es um leichtfertige Gefährdungen von Leib und Leben anderer geht. *Rostalski*, GA 2017, 595, 598 schlägt folgende Neufassung des bisherigen § 315c dStGB vor: *Wer im Straßenverkehr durch eine grobe Verkehrswidrigkeit leichtfertig Leib oder Leben eines anderen Menschen gefährdet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*
Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 21, N. 1, pp. 393-404, Jan.-Abr. 2020. 404