

Buchrezension

Alina Herrmann, Tatrichterliche Beurteilungsspielräume im materiellen Recht. Eine dogmatische und rechtstheoretische Untersuchung zur Revisibilität der tatrichterlichen Rechtsanwendung in Fällen unbestimmter Tatbestandsmerkmale, Duncker & Humblot, Berlin, 2025, 234 S., € 79,90.

I. Die zu besprechende, von *Volker Erb* in Mainz betreute Dissertation, die in der Reihe „Strafrechtliche Abhandlungen – Neue Folge“ erscheint, widmet sich der wissenschaftlich umstrittenen und praxisrelevanten Grundfrage nach der Revisibilität unbestimmter Rechtsbegriffe im materiellen Recht. Aus § 337 StPO ableitbar ist, dass die Revision nur auf eine Gesetzesverletzung gestützt werden kann (Abs. 1) und dass eine solche vorliegt, „wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist“ (Abs. 2). Soweit die Revisionsgerichte ohne ausdrückliche Ermächtigung im Gesetz unter Anerkennung eines tatgerichtlichen Beurteilungsspielraums ihre Prüfungskompetenz selbst beschränken, verfolgt die Untersuchung das Ziel zu klären, „ob die Praxis sich mit der prozessrechtlichen Grundkonzeption des Revisionsrechts vereinbaren lässt oder sie die gesetzlichen Vorgaben überschreitet und insoweit als Rechtsfortbildung contra legem unzulässig ist“ (S. 21).

II. Eingerahmt von einer Einleitung und einer Schlussbetrachtung gliedert sich die Arbeit in fünf Kapitel.

In Kapitel 1 beschreibt *Herrmann* das Phänomen des tatrichterlichen Beurteilungsspielraums zunächst von dessen Rechtsfolge her und konstatiert zutreffend, dass die Anerkennung eines solchen Spielraums von der durch § 337 StPO geforderten umfassenden Nachprüfung der Rechtsanwendung auf Sachrüge hin abweicht und „eine Verschiebung der Letztentscheidungskompetenz für den Rechtsanwendungsvorgang vom Revisions- an das Tatgericht zur Folge hat“ (S. 24). In Abgrenzung zu den Freiheiten bei der tatgerichtlichen Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung arbeitet die *Autorin* heraus, dass der Freiraum auf der Ebene der rechtlichen abstrakten Normkonkretisierung entsteht (S. 25 ff., 35). Die Gegenüberstellung zur beschränkten Überprüfbarkeit von Ermessensentscheidungen verdeutlicht, dass jene die Rechtsfolge betrifft und gesetzlich ausdrücklich vorgesehen ist (S. 30–35). In der Folge untersucht die *Verf.* die „Beurteilungsspielräume in der Rechtsprechung“ (S. 36 ff.). Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und frühe Entscheidungen des Bundesgerichtshofs waren noch der „vielfach inkonsequente[n]“ Unterscheidung von Tat- und Rechtsfrage verhaftet (S. 40). Nach einer Sichtung der Beurteilungsspielräume im Bereich der Strafzumessung (S. 40–49) wendet sich die *Autorin* der Sichtung der aktuellen Rechtsprechung zum Beurteilungsspielraum im materiellen Strafrecht zu (S. 49 ff.). Den von mehreren Autoren festgestellten Trend zur Ausweitung des Zugestehens eines tatrichterlichen Beurteilungsspielraums in der Rechtsprechung der 1990er und zu Beginn der 2000er-Jahre nimmt *Herrmann* mit Blick auf den inzwischen eingetretenen Zeitablauf zum Anlass, die einzelnen Fallgruppen anhand der neueren Revisionsrechtsprechung durchzumustern (S. 51 ff.). Ihre Analyse ergibt, dass die im Schrifttum ange-

führten Fallgruppen der Abgrenzung zwischen aktivem Tun und Unterlassen, der Abgrenzung zwischen strafloser Vorbereitungshandlung und Versuchsbeginn, zur Vollendung der Wegnahme, zum auffälligen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung i.S.v. § 291 StGB, zur bandenmäßigen Tatbegehung sowie der Wert- und Maßbegriffe nicht mehr aktuell sind. Die Rechtsprechung vermochte auf diesen Feldern die unbestimmten Rechtsbegriffe durch Aufstellung allgemeiner Grundsätze weiter zu konkretisieren, so dass es des Zugeständnisses eines tatrichterlichen Beurteilungsspielraums schlicht nicht mehr bedurfte (S. 71, 208). Gleichwohl ist das Thema der Arbeit damit nicht obsolet. Denn die Analyse von *Herrmann* gelangt zu dem Ergebnis, dass die aktuelle Revisionsrechtsprechung tatrichterliche Beurteilungsspielräume in immerhin zwei von ursprünglich acht (S. 208) Fallgruppen auch weiterhin anerkennt: bei der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme und bei Entscheidungen zu niedrigen Beweggründen i.S.v. § 211 StGB (S. 54–58, 63–65, 71 f.). Nicht um Anwendungsfälle des tatrichterlichen Beurteilungsspielraums, sondern um der Beweiswürdigung zuzuordnende Auslegungsfragen handelt es sich nach der von *Herrmann* zustimmend referierten Rechtsprechung bei der Feststellung eines bedingten Tötungsvorsatzes sowie der Auslegung von schriftlichen und mündlichen Erklärungen (S. 66–71, 209).

In Kapitel 2 (S. 73–98) geht es um die verfassungsrechtliche Relevanz tatrichterlicher Beurteilungsspielräume. Die Vereinbarkeit mit dem Gesetzlichkeitsprinzip wird in zwei Schritten geprüft. Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe verstoße als solche nicht gegen den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG, setze allerdings die Möglichkeit einer effektiven fachgerichtlichen Kontrolle voraus (S. 84). Das Gesetzlichkeitsprinzip weise die „Letztverantwortung zur Wahrnehmung des verfassungsrechtlichen Präzisierungsauftrages“ den Revisionsgerichten zu. Eine Verschiebung der Entscheidungskompetenz auf die Ebene der Tatgerichte stelle sich als „Eingriff gegen die gesetzliche Aufgabenzuweisung“ dar (S. 85) und bedürfe „[a]ufgrund der Vorgabe einer strikten Gesetzesbindung der Gerichte jedenfalls einer normativen Ermächtigung“ (S. 86). Anschließend wendet sich die *Verf.* dem Gebot effektiven Rechtsschutzes zu und leitet aus dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch einen Anspruch auf eine umfassende Nachprüfung der materiell-rechtlichen Rechtsanwendung des Tatgerichts im strafrechtlichen Revisionsverfahren her (S. 86 ff.). Das Zugeständnis tatrichterlicher Beurteilungsspielräume hänge von einer gesetzlichen Grundlage ab (S. 90). Aus dem Gleichheitsgrundsatz wird abgeleitet, dass die „obersten Gerichte als primäre Adressaten des Präzisierungsgebotes unter dem Auftrag der Rechtsvereinheitlichung dafür Sorge zu tragen [haben], dass vergleichbare Sachverhalte nicht ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandelt werden“ (S. 93). Die Delegation der Entscheidung an die Tatgerichte vernachlässige die „verfassungsrechtliche Aufgabe zur einheitlichen Rechtskonkretisierung“ (S. 93). Eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG drohe nur dann nicht, wenn die „Rechtskonkretisierung“ „nach der gesetzlichen Wertung ausnahmsweise letztverantwortlich den Tatgerichten zugewiesen wäre“ (S. 93 f.). Eine Verletzung des verfassungsgemäßen Anspruchs auf den

gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verneint *Herrmann* (S. 94–96). Zwar könne „die unterlassene Rechtskontrolle aus der falschen Annahme einer Alleinkompetenz des Tatrichters heraus grundsätzlich eine Verletzung des verfassungsgemäßen Rechts auf den gesetzlichen Richter darstellen“ (S. 96). Die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erforderliche „willkürliche Kompetenzanmaßung“ (S. 95) sei jedoch „keinesfalls erreicht“, weil die Revisionsgerichte – ungeachtet des Fehlens einer weitergehenden Begründung – überzeugt zu sein scheinen, dass eine Beschränkung ihrer Kontrollkompetenz in der gesetzlichen Aufgabenverteilung angelegt sei; sollte tatsächlich ein normativer Anknüpfungspunkt fehlen, handelte es sich lediglich um eine „irrtümliche Grenzüberschreitung“ (S. 96). Zusammenfassend konstatiert die *Verf.* eine „enorme[] verfassungsrechtliche Relevanz der Rechtsfigur“ (S. 96, 209). Die Praxis der Revisionsrechtsprechung könne nur dann akzeptiert werden, „wenn sie einerseits durch einen gewichtigen sachlichen Grund gerechtfertigt ist und andererseits aus den gesetzlichen Regelungen ein dahingehender Wille des Gesetzgebers hervorgeht“ (S. 96); es bedürfe daher – auch, um nicht mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung in Konflikt zu geraten (S. 98) – „eines normativen Anhaltspunktes in den Regelungen der Strafrechtsordnung“ und „eines dogmatischen Begründungskonzeptes, welches die Notwendigkeit einer Beschränkung des Kontrollumfangs in sachlicher Hinsicht belegt“ (S. 96 f.). Damit ist das folgende Prüfungsprogramm der Untersuchung vorgegeben.

Folgerichtig ist Kapitel 3 der Suche nach einem fundierten sachlichen Begründungskonzept auf normativer Legitimationsgrundlage gewidmet. Zunächst bestätigt *Herrmann* den bereits zuvor im Schrifttum erörterten Befund, dass die Rechtsprechung zur Thematik der tatrichterlichen Beurteilungsspielräume „ein erhebliches Begründungsdefizit“ aufweist und aus der Entscheidungspraxis ein dogmatisches Legitimationskonzept nicht abzuleiten ist (S. 100–102, 210). In der Folge verwirft sie eine Begründung mit justizökonomischen Aspekten (S. 102–104) und erteilt insbesondere unter Hinweis auf die erheblichen strukturellen Unterschiede und die besondere Grundrechtssensibilität des Strafprozesses, die „eine eigene, bereichsspezifische normative Grundlage“ erfordere (S. 112), einer analogen Anwendung der aus dem Verwaltungsrecht geläufigen Grundsätze zum behördlichen Beurteilungsspielraum eine Absage (S. 104–112). Auch eine Begründung mittels der Grundsätze der Leistungsmethode wird nach eingehender Prüfung (S. 112–133) verworfen. Während die Strafzumessung durch den höchstpersönlichen unmittelbaren Eindruck aus der Hauptverhandlung geprägt sei und § 267 Abs. 3 S. 1 StPO einen normativen Anknüpfungspunkt für eine beschränkte Revisionskontrolle biete, sei dies mit der Überprüfung unbestimmter Rechtsbegriffe nicht vergleichbar. Der „rechtliche Subsumtionsvorgang“ sei „grundsätzlich frei von höchstpersönlichen Eindrücken zu halten und vielmehr an objektiv-mittelbaren Kriterien auszurichten.“ Dies ergebe „sich sowohl aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Gesetzlichkeitsprinzips als auch aus den Anforderungen an die Urteilsbegründung nach § 267 Abs. 1 S. 1 StPO“ (S. 133). Eine teleologische Betrachtung der Revision trägt nach

Ansicht von *Herrmann* die Lehre vom tatrichterlichen Beurteilungsspielraum ebenfalls nicht (S. 133–147). Der vorrangige Revisionszweck der Einzelfallgerechtigkeit gebiete eine vollumfängliche revisionsgerichtliche Nachprüfung der Subsumtionsentscheidung (S. 146). Gerade bei unbestimmten Rechtsbegriffen komme der Gewährleistung von Rechtseinheit besondere Bedeutung zu. Es sei nicht tragbar, dass über die Rechtsfigur des tatrichterlichen Beurteilungsspielraums divergierende Entscheidungen zu vergleichbaren Sachverhalten möglich werden (S. 146 f., 211). Nachdem insgesamt vier Begründungsansätze verworfen worden sind, wendet sich die Untersuchung abschließend und eingehend auf S. 147–181 der „Erklärung über das Fehlen einer Gesetzesverletzung i.S.d. § 337 StPO“ zu. *Herrmann* erblickt die dogmatische Begründung der Rechtsfigur der tatrichterlichen Beurteilungsspielräume bei der materiell-rechtlichen Strafrechtsanwendung im Ergebnis in § 337 StPO, der zentralen Vorschrift des Revisionsrechts (S. 181, 211). Bei vertretbarer Rechtsanwendung durch das Tatgericht sei keine Gesetzesverletzung i.S.d. § 337 StPO feststellbar und es fehle insoweit an der Grundvoraussetzung für eine revisionsgerichtliche Kontrollbefugnis (S. 147, 181, 211 ff.). Über das Fehlen einer revisiblen Gesetzesverletzung i.S.d. § 337 StPO sei die Rechtsfigur des tatrichterlichen Beurteilungsspielraums auch normativ legitimiert (S. 181). Im Einzelnen entwickelt *Herrmann* in diesem Hauptteil der Arbeit den Gedankengang wie folgt: Zunächst wird die These mehrerer richtiger Entscheidungen wegen Unvereinbarkeit mit dem „logischen Subsumtionsmodell“ verworfen (S. 148 ff.). Die rechtliche Entscheidung ergehe „immer in Relation zu einem ‚Obersatz‘“, daher könne „nur eine finale Ableitung als logisch fehlerfrei angesehen werden“ (S. 151). Es sei daher „missverständlich, von mehreren gleichermaßen ‚richtigen‘ Ergebnissen zu sprechen“ (S. 152). Es gehe vielmehr „auf der Ebene der Normkonkretisierung“ um mehrere „gleichermaßen ‚richtige‘ Konkretisierungsmöglichkeiten, die sodann unterschiedliche gleichermaßen korrekte Subsumtionsschlüsse zulassen“ (S. 152). Treffender sei es daher, „begrifflich von der These mehrerer ‚vertretbarer‘ Entscheidungen auszugehen“ (S. 152). Bei der Untersuchung der letztgenannten These erkennt die *Verf.*, dass es aufgrund der subjektiven Prägung des Rechtsanwendungsvorgangs klassischerweise für die materiell-rechtliche Subsumtionsentscheidung zumindest in Randbereichen und insbesondere im Bereich der Wertentscheidungen mehrere „vertretbare“ Ergebnisse geben kann (S. 152–159). Dem wird aber anschließend auf S. 159–162 der Begriff der Richtigkeit i.S.v. § 337 Abs. 2 StPO in seinem revisionsspezifischen Kontext gegenübergestellt. Aus der Zuweisung der letztverbindlichen Konkretisierungskompetenz an die Revisionsgerichte sei abzuleiten, dass in Fällen mehrerer vertretbarer Rechtsauffassungen letztlich diejenige des Revisionsgerichts maßgeblich sei; die Grundkonzeption des Revisionsrechts sehe ein Nebeneinander mehrerer vertretbarer Subsumtionsergebnisse nicht vor (S. 160, 162, 211). Bis hierhin scheint die Untersuchung auf eine wohlbegründete Ablehnung der Anerkennung tatrichterlicher Beurteilungsspielräume hinauszulaufen.

Doch nun wirft *Herrmann* die Frage auf, „ob es in gewissen Konstellationen angezeigt ist, von diesen Grundsätzen

abzuweichen und die Letztentscheidungskompetenz für die Normkonkretisierung im Einzelfall ausnahmsweise doch den Tatgerichten zuzusprechen“ (S. 163). Nachdem sie herausgearbeitet hat, dass mittels der Begrifflichkeiten der „Tat-“ bzw. „Rechtsfrage“ bei Vermischung tatsächlicher und rechtlicher Argumente eine eindeutige Zuordnung nicht möglich ist (S. 163–165), sieht sie das erforderliche klare Abgrenzungskriterium in dem von *Ulfrid Neumann* geprägten Abgrenzungsmodell des „Regelkriteriums“. Es besage im Grunde, dass es sich immer dann um eine (revisible) Rechtsfrage handle, „wenn sich aus dem betroffenen Teil der Entscheidung allgemeingültige Maßstäbe und damit Regeln für vergleichbare Konstellationen ableiten lassen“ (S. 166, 169, 211). Allerdings stelle sich die „konkretisierende Normsubordination in den Fällen hochkomplexer Tatbestandsmerkmale nur in äußerst beschränktem Maße als regelgeleitetes Verfahren“ dar mit der Folge, dass sich für den Vorgang der einzelfallbezogenen Gesamtwürdigung lediglich gewisse „Relevanzregeln“ aufstellen ließen und die revisionsgerichtliche Nachprüfung auf die Einhaltung dieser abstrakten Entscheidungsregeln beschränkt sei (S. 181, 212). Außerhalb dieser Entscheidungsregeln seien „stets gewisse subjektive Wertungsspielräume eröffnet“. Insoweit falle die einzelfallbezogene Fallkonkretisierung in den Verantwortungsbereich der Tatgerichte. Bei tatrichterlicher Einhaltung der kontrollfähigen Relevanzregeln seien „aus revisionsrechtlicher Perspektive mehrere Ergebnisse zur individuellen Gesamtwürdigung gleichermaßen als vertretbar anzuerkennen“. Die Revisionsgerichte hätten jedes tatgerichtliche Abwägungsergebnis hinzunehmen, weil dieses keinen revisiblen Rechtsfehler i.S.d. § 337 StPO“ enthalte (S. 181, 212).

Im kurzen 4. Kapitel (S. 182–189) geht es um die praktischen Auswirkungen des Begründungskonzeptes. Die *Autorin* arbeitet zwei Gesichtspunkte heraus, die die Feststellung eines revisiblen Rechtsfehlers rechtfertigen können: Es sei erstens zu prüfen, ob die „(wenigen) abstrakten Maßstäbe eingehalten wurden“ (S. 188 f.). Zweitens gebe es besondere Anforderungen an die Urteilsbegründung des Tatgerichts. Sie müsse erkennen lassen, „dass sämtliche abwägungsrelevante[n] Umstände in die Entscheidungsfindung eingeflossen sind“ (S. 189), welchem Aspekt des Sachverhalts das Tatgericht „aus welchem Grund bei der Gesamtabwägung vorrangige Bedeutung beimisst“ (S. 186) und dass sich das Tatgericht der Möglichkeit eines abweichenden Abwägungsergebnisses bewusst gewesen ist (S. 186).

Nachdem im 3. Kapitel, namentlich auf S. 181, ungeachtet der Überschrift „Zwischenergebnis“ der Eindruck entstanden war, die *Verf.* habe sich schon auf das Abgrenzungsmodell des „Regelkriteriums“ festgelegt, wird eingangs des 5. Kapitels deutlich, dass es bislang nur um die Vorstellung eines Gesamtkonzeptes gegangen war, das nun noch in Auseinandersetzung mit möglichen Kritikpunkten einer kritischen Betrachtung unterzogen wird. Dies geschieht in fünf Schritten.

Zunächst untersucht die *Verf.* in Abschnitt I (auf den S. 190–192), ob die Grenzen revisionsgerichtlicher Rechtsfortbildung eingehalten sind. Aus dem verfassungsrechtlichen Präzisierungsauftrag abgeleitete Bedenken verwirft sie. Das

BVerfG verlange lediglich eine Präzisierung und Konkretisierung „nach Möglichkeit“, und bei faktischer Unmöglichkeit reduzierten sich die Anforderungen des Präzisierungsauftrages entsprechend (S. 190 f.). Allerdings obliege es den Revisionsgerichten, „grundsätzlich jede potenziell in Betracht kommende, weitergehende Konkretisierung der Relevanzkriterien vorzunehmen und den tatrichterlichen Beurteilungsspielraum damit über das Aufstellen von Relevanzkriterien stets so klein wie möglich zu halten“ (S. 191, 213). Die „Freiheit zur individuell-gesamtabwägenden Rechtskonkretisierung“ entstehe erst, wenn „sämtliche Möglichkeiten zur abstrakten Normpräzisierung ausgeschöpft wurden“ (S. 191). Aus der Verantwortlichkeit der Revisionsgerichte für den Konkretisierungsvorgang ergebe sich ihre Zuständigkeit zu entscheiden, „ob die Methodik der klassischen Normsubordination bei gewissen Begrifflichkeiten an ihre praktische Grenze“ gekommen sei (S. 191 f., 212 f.).

Dem Einwand fehlender Konsistenz der Rechtsprechungspraxis, die bei einigen höchst wertungsabhängigen Begrifflichkeiten ihrer Konkretisierungsaufgabe derart gerecht geworden sei, dass die Rechtsanwendung der Tatgerichte vollumfänglich nachgeprüft werden könne, während sie bei anderen Merkmalen an ihre praktischen Grenzen stoße, begegnet die *Verf.* unter II. mit dem Hinweis, es sei „Ausdruck der Anerkennung der aktiv gestaltenden Rolle der (Revisions-)Rechtsprechung im normativen Konkretisierungsprozess“, einen „gerechten Ausgleich“ zwischen dem „Bedürfnis nach Flexibilität als auch Präzision“ zu schaffen (S. 194).

In Auseinandersetzung mit fallgruppenbezogener Kritik wird unter III. eingehend geprüft, ob die revisionsgerichtliche Rechtsprechung ausreichend ihrer verfassungsgemäßen Pflicht zur Normpräzisierung nachgekommen ist (S. 194–200). Zur Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe konstatiert die *Autorin*, dass mit der im Schrifttum favorisierten Tatherrschaftslehre im Vergleich zur normativen Kombinations-theorie der Rechtsprechung trotz denkbarer Grenzfälle eine vollständige Revisibilität erreichbar wäre und es eines tatrichterlichen Beurteilungsspielraums nicht mehr bedürfte (S. 196 f.). Fraglich sei allerdings, ob die Revisionsrechtsprechung „im Rahmen ihres Präzisierungsauftrags zwangsläufig auch dazu verpflichtet“ sei, auf die Tatherrschaftslehre zurückzugreifen. Dies sei nur dann „der Fall, wenn der Rückgriff auf eine einzelfallbezogene Gesamtschau in keiner Weise mehr zweckmäßig wäre“ (S. 197). Der *Autorin* erscheint es „durchaus zweckmäßig“, angesichts der erheblichen Auswirkungen der Abgrenzung auf das Strafmaß „eine möglichst flexible Rechtsanwendung zu gewährleisten“ (S. 197). Sie trage „der Vielzahl an relevanten Einzelfaktoren für die Abwägungsentscheidung [...] in höchstem Maße Rechnung“ und ermögliche es, „etwa vorhandene Defizite bei der Tatherrschaft aufgrund der besonders starken Ausprägung anderer Abwägungskriterien auszugleichen“ (S. 198). Im Übrigen habe die Rechtsprechung, die sich inzwischen nach Einschätzung Vieler stark der Tatherrschaftslehre angenähert habe, „einige weitergehende (Relevanz-)Regeln etabliert und damit ein gewisses Mindestmaß an revisionsgerichtlicher Kontrolle der Abwägungsentscheidung sichergestellt“ (S. 197, 214). Insgesamt halte sich die Rechtsprechung „wohl noch innerhalb des ihr

zugestandenem Konkretisierungsspielraum, so dass ihr im Ergebnis kein evidenten Verstoß gegen ihren Präzisierungsauftrag vorgeworfen werden“ könne (S. 198, 214). Zu demselben Ergebnis gelangt Herrmann mit Blick auf die niedrigen Beweggründe i.S.d. § 211 StGB. Den in der Literatur entwickelten „Ansätzen zur präziseren inhaltlichen Ausfüllung der Motivgeneralklausel“ sei gemein, „dass auch sie auf letzter Ebene ausfüllungsbedürftige Wertungselemente enthalten und demnach ihrerseits nicht als objektiv-verbindliche Subordinationsregel verstanden werden“ könnten, „sondern allenfalls im Rahmen einer Gesamtabwägung als ergänzende Kriterien herangezogen werden können“ (S. 199). Angesichts der Vielgestaltigkeit und Dynamik entsprechender Motivlagen sei der Rückgriff der Revisionsrechtsprechung auf eine einzelfallorientierte Gesamtabwägung gleichsam alternativlos (S. 199 f.).

Anschließend untersucht die Autorin unter IV. (S. 201–203), ob eine restriktive Kontrolldicke auch ohne die Rechtsfigur der tatrichterlichen Beurteilungsspielräume erreicht werden könnte, indem man direkt oder analog die Grundsätze der freien Beweiswürdigung heranzieht. Dies lehnt sie mit der Begründung ab, die Prüfungsinhalte und die Prüfungstiefe seien unterschiedlich. Der Prüfungsumfang in den Fällen der tatrichterlichen Beurteilungsspielräume, bei denen es um reine Rechtsfragen gehe, gehe auf inhaltlicher Ebene über die Kontrollmaßstäbe im Rahmen der Beweiswürdigung hinaus. Auf dem Feld der Beweiswürdigung gehe es um einen „Vorgang der Sachverhaltsfeststellung“ (S. 207), es finde „keine materielle Kontrolle“ statt, insbesondere keine „steuernde Einflussnahme über Beweisregeln“ (S. 202). In einem kurzen Exkurs wird im Anschluss vor allem an *Puppe* angedeutet, dass es BGH-Entscheidungen zum bedingten Tötungsvorsatz gibt, in denen die Rechtsprechung „über das Einfallstor eines ‚durchgreifenden Erörterungsmangels‘“ tatgerichtliche Urteile aufgehoben habe, weil gewisse Umstände nach Ansicht des Revisionsgerichts nicht ausführlich genug oder nicht mit dem richtigen Gewicht in die Gesamtschau einbezogen worden seien. Auf diesem – ausdrücklich als „äußerst kritisch“ bezeichneten – Weg komme die Rechtsprechung faktisch zu einer eigenen Würdigung der Beweisindizien, setze sich über die Kontrollmaßstäbe hinweg und vollziehe eine materielle Prüfung der Beweisergebnisse (S. 203). Für diese Fallgruppe plädiert die Autorin dafür, entweder strikt von jeglicher materiellen Prüfung des Beweisergebnisses abzusehen oder aber die Prüfung des bedingten Tötungsvorsatzes als „(hyperkomplexe) Rechtsfrage“ mit tatrichterlichem Beurteilungsspielraum zu verstehen“ (S. 203).

Abschließend behandelt die Autorin unter V. (S. 203 f.) in knapper Form verbliebene verfassungsrechtliche Bedenken. Tatrichterliche Freiräume gebe es nur, wenn „eine abstrakte Regelbildung aufgrund der spezifischen Individualität der Konstellation nicht in Betracht“ komme und die Revisionsrechtsprechung „sich zur Normkonkretisierung auf eine individuelle Gesamtwürdigung zurückziehen müsste“ (S. 204). Die „entscheidungserheblichen Sachverhaltsumstände“ müssten „derart vielfältig sein, dass eine Identität verschiedener Konstellationen praktisch ausgeschlossen ist.“ Träten doch ähnliche Fallkonstellationen auf, werde dem „Anspruch auf

eine einheitliche Rechts-Gleichheit aus Art. 3 Abs. 1 GG“ dadurch genügt, dass die Rechtsprechung durch Aufstellen konkretisierender Relevanzregeln im Rahmen des ihr Möglichen den Rechtsanwendungsvorgang vereinheitliche. Dem Gebot effektiven Rechtsschutzes werde genügt. Bei den in Rede stehenden Fällen sei es der Rechtsprechung nicht möglich, „kontrollfähige Maßstäbe“ zu etablieren. In diesen Fällen fordere § 337 StPO auch keine vollumfängliche Überprüfung des Rechtsanwendungsvorgangs.

Im Ergebnis sieht die Autorin keine durchgreifenden Bedenken gegen die Praxis der Rechtsprechung, bei der Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe sowie bei der Annahme niedriger Beweggründe i.S.v. § 211 StGB einen tatrichterlichen Beurteilungsspielraum anzuerkennen (S. 205).

In einer „Schlussbetrachtung“ werden die Erträge der Untersuchung pointiert zusammengefasst (S. 206–214).

III. Das Thema der Untersuchung ist bereits zuvor von *Kuhli* monografisch¹ sowie in mehreren Beiträgen zu Festschriften², Aufsätzen³ und Handbüchern⁴ und in Kommentierungen⁵ behandelt worden. Die Untersuchung von Herrmann fasst den aktuellen Stand der Diskussion präzise zusammen.

¹ *Kuhli*, Normative Tatbestandsmerkmale in der strafrechtlichen Rechtsanwendung, 2018, S. 231–382.

² *Maatz/Wahl*, in: Geiß/Nehm/Brandner/Hagen (Hrsg.), Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, 2000, S. 531 (551 ff.); *Tolksdorf*, in: Eser/Goydke/Maatz/Meurer (Hrsg.), Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag, 2001, S. 523; *Mosbacher*, in: Kahlo/Kleszczewski/Schneider/Schumann (Hrsg.), Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag am 15. September 2008, 2008, S. 227; *Schneider*, in: Schöch u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften, Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag, 2008, S. 759; *Geisler*, in: Geisler u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011, S. 113; *Bartel*, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 1255; *Puppe*, in: Stuckenberg/Gärditz (Hrsg.), Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat, Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015, 2015, S. 655; *Norouzi*, in: Barton u.a. (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, 2018, S. 765.

³ *Maatz*, StraFo 2002, 373; *Schneider*, NSTz 2019, 324; *Neuhaus*, StV 2019, 843; *Harden*, NSTz 2021, 193; *Neumann*, ZStW 136 (2024), 103.

⁴ *Beulke*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 9, 2023, § 60 Rn. 21; *Sander*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (a.a.O.), § 59 Rn. 81.

⁵ *Franke*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Bd. 7/2, 26. Aufl. 2012, § 337 Rn. 87 ff.; *Frisch*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, GVG und EMRK, Bd. 7, 5. Aufl. 2018, § 337 Rn. 4 f., 11, 107 ff.

Deutlich wird, dass sich die Zahl der Fallgruppen, in denen die Revisionsrechtsprechung tatrichterliche Beurteilungsspielräume gewährt, deutlich zurückgegangen ist. Die verfassungsrechtlichen Verschränkungen des Themas werden ansprechend herausgearbeitet. Das „Hauptanliegen“ der Arbeit, „ein dogmatisches Legitimationskonzept für das Zugeständnis tatrichterlicher Beurteilungsspielräume zu liefern und damit das Begründungsdefizit der Revisionsrechtsprechung auszugleichen“ (S. 210), wird in vertretbarer Weise erfüllt. Konsensfähig erscheint der Ausgangspunkt, die tatgerichtliche konkretisierende Behandlung von Rechtsfragen müsse grundsätzlich vollständig in der Revision überprüfbar sein und Ausnahmen bedürften einer dogmatischen Begründung und eines normativen Anknüpfungspunktes in den Vorschriften der StPO. Mit ihrer Kernthese, die dogmatische Begründung der Rechtsfigur des tatgerichtlichen Beurteilungsspielraums sei in § 337 StPO zu finden, liegt die zu besprechende Untersuchung auf einer Linie mit der Monografie von Kuhl, der ebenfalls annimmt, „mangels feststellbarer Regelwidrigkeit“ fehle „schlichtweg der Anknüpfungspunkt für eine Revisionskontrolle“.⁶

Es bleibt abzuwarten, ob die Schlussfolgerungen zu der Fallgruppe der niedrigen Beweggründe i.S.v. § 211 StGB im Schrifttum auf Zustimmung stoßen werden. Entscheidend wird dies davon abhängen, ob die Vielgestaltigkeit und die Dynamik entsprechender Motivlagen den Rückgriff der Revisionsrechtsprechung auf eine einzelfallorientierte Gesamtabwägung tatsächlich als alternativlos erscheinen lassen.

Nicht zu überzeugen vermag mich die Behandlung des tatgerichtlichen Beurteilungsspielraums bei der Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe. Obwohl Herrmann anerkennt, dass bei Anwendung der Tatherrschaftslehre die Abgrenzungsfrage „vollständig revisibel und ein tatgerichtlicher Beurteilungsspielraum nicht mehr gegeben“ sei (S. 197), rechtfertigt sie die normative Kombinationstheorie der Rechtsprechung über den „Zweck der Einzelfallgerechtigkeit“ (S. 197). Gerade wegen der „erheblichen Auswirkungen auf das Strafmaß“ erscheint es ihr „durchaus zweckmäßig, eine möglichst flexible Rechtsanwendung zu gewährleisten“ (S. 197). Einen weiteren Vorzug sieht sie darin, etwa vorhandene Defizite bei der Tatherrschaft aufgrund der besonderen Ausprägung anderer Abwägungskriterien auszugleichen (S. 198). Dieses hohe Lied auf die Flexibilität überzeugt nicht.⁷ Herrmann sieht die Rechtsprechung zu Recht in der Pflicht, „objektive Entscheidungsmaßstäbe zu entwickeln“ und „die definierten Relevanzkriterien für spezifische (wiederkehrende) Sachverhaltskonstellationen so weit wie möglich zu konkretisieren“ (S. 184). Zu erinnern ist auch an ihre berechtigte Forderung, es müssten „sämtliche Möglichkeiten zur abstrakten Normpräzisierung ausgeschöpft“ werden (S. 191). Die zutreffend herausgestellte Bedeutung der Abgrenzung für die Strafrahmenwahl macht es etwa für einen wegen Mordes in Mittäterschaft verurteilten Revisionsführer in besonderem Maße ärgerlich und wenig einsehbar, in der Revisionsentscheidung

zu lesen, die von ihm für zutreffend erachtete Beteiligungsformen der bloßen Beihilfe hätte zwar aus Sicht des Revisionsgerichts möglicherweise nähergelegen, die gegenteilige Wertung des Tatgerichts müsse aber hingenommen werden.⁸ Gerade aufgrund der besondere Rechtsfolgenrelevanz bedarf es einer möglichst exakten und berechenbaren Abgrenzung. Diesem Anspruch wird die derzeitige höchsttichterliche Rechtsprechung nicht gerecht. Die normative Kombinationstheorie des Bundesgerichtshofs enthält ein ganzes Bündel von Kriterien, ohne dass klar ist, ob sie abschließend sind, einer Rangfolge unterliegen und ob sie kumulativ vorliegen müssen oder nicht.⁹ Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit lassen sich so nicht herstellen.¹⁰ Vorzugswürdig erscheint, was hier nicht vertieft werden kann, die Tatherrschaftslehre in ihrer engen tatbestandsbezogenen Ausformung.¹¹ Würde sie angewendet, bedürfte es eines tatrichterlichen Beurteilungsspielraums, wie auch Herrmann anerkennt (S. 197), nicht mehr. Indem die Autorin der Rechtsprechung einen „Konkretisierungsfreiraum“ zugesteht (S. 197 f.), relativiert sie die Pflicht zur Konkretisierung der Relevanzkriterien bedenklich und lässt es zu, dass entgegen ihrer eigenen Forderung nicht „sämtliche Möglichkeiten zur abstrakten Normpräzisierung ausgeschöpft“ werden. Die „im Fluss“¹² befindliche Diskussion zur Anerkennung eines tatrichterlichen Beurteilungsspielraums bei der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme dürfte weitergehen.

Insgesamt hat Alina Herrmann eine überzeugend aufgebaute, zugleich kompakte und gehaltvolle, gut lesbare und besonders in den grundlegenden Passagen überzeugende Arbeit vorgelegt. Sie wird die gewiss noch nicht abgeschlossene Diskussion auf diesem Feld befruchten.

Generalstaatsanwalt Dr. Thomas Harden, Köln*

⁸ Tolksdorf (Fn. 2), S. 534; Harden, NSTZ 2021, 193 (194 m.w.N.).

⁹ Harden, NSTZ 2021, 193 (200 m.w.N.).

¹⁰ Schünemann/Greco, in: Cirener u.a. (Hrsg.), Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 2, 14. Aufl. 2025, § 25 Rn. 35; Puppe (Fn. 2), S. 672; Habetha, NSTZ 2022, 96 (99).

¹¹ Vgl. dazu Schünemann/Greco (Fn. 10), § 25 Rn. 43 ff., 176, 205 ff., 211, 221 mit umfassenden Nachweisen; Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 11. Aufl. 2022, S. 307 ff., 869 ff. m.w.N.; Rudolphi, in: Kaufmann/Bemmann/Krauss/Volk (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, S. 369; Harden, NSTZ 2021, 193 (200 f. m.w.N. in Fn. 126–133).

¹² Limperg, JZ 2025, 893 (896 Fn. 51).

* Der Verf. ist Lehrbeauftragter an der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

⁶ Kuhl (Fn. 1), S. 380; so auch Neumann, ZStW 136 (2024), 103 (120 ff., 125 f.).

⁷ Vgl. dazu auch Habetha, NSTZ 2022, 95 (96, 97 f. m.w.N.).