

Entscheidungsanmerkung

Unzulässige Protokollrüge

Eine Verfahrensrüge ist unzulässig, wenn sich dem Revisionsvorbringen nicht die bestimmte Behauptung entnehmen lässt, dass ein Verfahrensfehler tatsächlich vorliegt, sondern nur, dass er sich aus dem Protokoll ergebe („gemäß Protokoll“). (Amtlicher Leitsatz)

StPO § 274

BGH, Beschl. v. 13.7.2011 – 4 StR 181/11 (LG Bielefeld)¹

I. Einführung: Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls in der Hauptverhandlung

Nach § 274 StPO kann die Beachtung der für die Hauptverhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten nur durch das Protokoll bewiesen werden. Das Hauptverhandlungsprotokoll ist damit das einzige Beweismittel für Verfahrensfehler.

Wenn es aber nur ein Mittel gibt, mit dem die Abläufe in der Hauptverhandlung bewiesen werden können, dann *ist* geschehen, was im Protokoll steht (positive Beweiskraft)² bzw. dann *ist nicht* geschehen, was nicht im Protokoll steht (negative Beweiskraft)³. Selbst wenn sich alle Beteiligten eines besseren erinnern oder das Geschehen noch so unplausibel erscheint, kann doch nur gelten, was das einzig zugelassene Beweismittel belegt.

Dass eine solche Regelung gravierende Nachteile hat, liegt auf der Hand. Man mag den Sinn der Einschränkung auf ein einziges Beweismittel durchaus hinterfragen. Grundsätzlich wäre es nämlich auch denkbar gewesen, wenn die StPO es zulassen würde, Verfahrensfehler im Freibeweisverfahren zu belegen. Zwingende Gründe für eine bestimmte Regelung gab es nicht. Der Gesetzgeber hat sich aber dafür entschieden, dem Revisionsgericht nicht die Möglichkeit zu geben, sich im Freibeweisverfahren über mögliche Verfahrensverstöße zu informieren. Das würde nämlich bedeuten, dass im Revisionsverfahren eine Beweisaufnahme über den Hergang der tatrichterlichen Verhandlungen stattfinden müsste.

Hintergrund der Regelung ist also die Überzeugung, dass Beweiserhebungen über das Prozessgeschehen in der Tatsacheninstanz mit Stellung und Aufgabe der Revisionsgerichte wenig vereinbar wären. Der Gesetzgeber hat die Zulassung anderer Beweise deshalb für unzutraglich gehalten, weil dadurch das Revisionsgericht in einer seiner Stellung nicht zukommenden Weise mit Beweiserhebungen und Verhandlungen über die Richtigkeit prozessrechtlicher Tatsachen belastet würde und so von der Erfüllung seiner eigentlichen Aufgabe,

der bloßen Nachprüfung der Rechtsanwendung, abgehalten würde.

Diese ausdrückliche strenge Beweiskraft führt dazu, dass für das Revisionsgericht Verfahrensfehler passiert sind, selbst wenn jeder weiß, wie unwahrscheinlich sie im Einzelfall sind. So auch z.B., wenn das Protokoll nicht den Formsatz enthält, dass die Anklageschrift verlesen worden ist.⁴ Es erscheint sehr unwahrscheinlich, dass – vor allem in größeren Verfahren – es „vergessen“ wird, die bisweilen umfangreiche Anklageschrift zu verlesen und niemandem der fünf anwesenden Volljuristen im Raum es auffällt. Dennoch gehört die Verlesung der Anklageschrift zu den wesentlichen Förmlichkeiten der Hauptverhandlung und wenn das Protokoll diesen Hinweis nicht enthält, dann ist bewiesen, dass die Verlesung der Anklageschrift fehlt.⁵ Damit ist das Urteil aufzuheben wegen eines Formfehlers, der zwar schwer wiegen *würde*, der aber aller Wahrscheinlichkeit oder vielleicht sogar mit sicherem Wissen aller Beteiligten nicht stattgefunden *hat*. Man kann sich vorstellen, dass es wohl nicht zu den Annehmlichkeiten eines Revisionsrichters gehört, das Ergebnis einer unter Umständen wochen- oder gar monatelang andauernden Hauptverhandlung zunichtezumachen, nur weil das Protokoll einen Verfahrensfehler festhält, der nicht passiert ist.

§ 274 StPO steht also unter Umständen einer sachgerechten Entscheidung entgegen. Seinen Grund hat der Paragraph in der besonderen Formenstrenge des Revisionsrechts. Obwohl in der StPO nicht in dem Abschnitt über die Revision enthalten, stellt § 274 StPO ein Paradebeispiel für den hohen Formalisierungsgrad des Revisionsrechts dar. Dem Revisionsrecht liegt die Vorstellung einer klaren Aufgabenteilung zwischen Tatsachen- und Revisionsgericht zugrunde. Die Tatsachenfeststellung ist Aufgabe des Tatrichters, dem Revisionsgericht obliegt nur die Überprüfung der richtigen Anwendung des Rechts, nicht die Aufgabe, eine sachgerechte Entscheidung herbeizuführen. Auf der anderen Seite kann aber natürlich nicht bestritten werden, dass auch die gerechte Entscheidung im Einzelfall zu den anerkannten Zielen der Revision gehört. Und dieses Ziel wird sicherlich nur schwer erreicht, wenn eine Entscheidung wegen Fehlern aufgehoben werden muss, die nicht passiert sind.

Deshalb erstaunt es wenig, dass die Rechtsprechung versucht, die Wirkungen des § 274 StPO einzuschränken, um im Einzelfall eine sachgerechte Entscheidung zu erzielen.

Die einschränkende Auslegung bzw. der Versuch, die unerwünschten Folgen der Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls einzuschränken, hat sich in drei Etappen vollzogen: Der erste Versuch bestand darin, die Beweiskraft bei offensichtlichen Mängeln nicht anzuerkennen. In einem weiteren Schritt hat man den Verteidigern, die sich missbräuchlich auf das Protokoll berufen haben, diese Möglichkeit abgeschnitten, und die dritte Lösung ist die radikalste: das Protokoll soll zwar seine Beweiskraft weiterhin haben, aber es ist inzwischen nach der Rechtsprechung möglich, das Protokoll

¹ Abgedruckt in StV 2012, 73.

² Engelhardt, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, § 274 Rn. 7; Meyer-Göbner, Strafprozessordnung, Kommentar, 54. Aufl. 2011, § 274 Rn. 13; Pfeiffer, Strafprozessordnung, Kommentar, 5. Aufl. 2005, § 274 Rn. 3.

³ Meyer-Göbner (Fn. 2), § 274 Rn. 13.

⁴ BGH NStZ 1986, 39; BGH NStZ 2000, 214.

⁵ BGH NStZ 1986, 374.

nachträglich auch dann noch zu berichtigen, wenn eine Revision bereits auf diesen Mangel gestützt wurde.⁶

Der vorliegende Fall betrifft die zweite Gruppe. Der *Senat* hat noch einmal klar gestellt, dass eine sog. Protokollrüge nicht zulässig ist. Eine Protokollrüge liegt dann vor, wenn sich der Verteidiger auf einen Fehler des Protokolls beruft, dabei aber gar nicht behauptet, dass der gerügte Fehler passiert sei, sondern lediglich auf das Protokoll hinweist.

II. Sachverhalt

In dem zu entscheidenden Fall wurde die Zeugin M verhört. Diese hatte ein Zeugnisverweigerungsrecht gegenüber dem Zeugen, weil dieser ihr Vater war. Der Sachverhalt teilt nicht mit, aus welchem Grunde die Zeugin M eine gesetzliche Vertreterin hatte. Wir können hier aber annehmen, dass M minderjährig und der Beschuldigte der gesetzliche Vertreter war. In einem solchen Fall ist ein Ergänzungspfleger zu bestellen.⁷ Jedenfalls hatte M die gesetzliche Vertreterin, nämlich die Rechtsanwältin H. Das hat zur Folge, dass nicht nur die Zeugin M, sondern auch ihre Vertreterin H über das Zeugnisverweigerungsrecht zu belehren war.⁸ Ob dies in der Hauptverhandlung passiert ist, wissen wir nicht. Der Verteidiger des Beschuldigten machte aber einen solchen Verstoß geltend. Das ergibt sich aus der Revisionsbegründungsschrift. Dort war unter den Verfahrenstatsachen auszugsweise der Inhalt des Hauptverhandlungsprotokolls wiedergegeben. Der Verteidiger führte aus: „Verlesen wurde im Hinblick auf das Zeugnisverweigerungsrecht der Zeugin M also lediglich die Erklärung der Rechtsanwältin H vom 27.01.2010 vor der polizeilichen Vernehmung, wonach diese für M von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht keinen Gebrauch mache. Die Zeugin selbst machte also gemäß des Protokolls keine Angaben zu ihrer Aussagebereitschaft gegen den Vater. H überprüfte ihre Einstellung als Vertreterin im Hinblick auf das Zeugnisverweigerungsrecht kein weiteres Mal im Rahmen der Hauptverhandlung. Gemäß dem Protokoll fand eine entsprechende Belehrung der M nicht statt, dass die Zustimmung der H sie nicht zur Aussage gegen den eigenen Vater verpflichtet.“ In einem weiteren Abschnitt heißt es entsprechend: „Aus dem Hauptverhandlungsprotokoll ergibt sich gerade nicht, dass M aussagen will. Im Protokoll befindet sich lediglich die recht allgemeine Ausführung, die Zeugin wurde dem Alter entsprechend belehrt. Ihre Reaktion darauf ist nicht protokolliert.“

III. Problemaufriss

Das Hauptverhandlungsprotokoll enthält also einen Fehler. Dabei ist eines unklar, nämlich ob das Protokoll fehlerhaft ist

⁶ Das Phänomen der sog. „Rügeverkümmern“. Das beschreibt die Berichtigung des Protokolls durch das erstinstanzliche Gericht, nachdem bereits die Revision erhoben worden und auf den protokollierten Fehler gestützt worden ist. Diese Möglichkeit hat in der Praxis sehr viel Widerstand hervorgerufen. Sie ist aber vom BVerfG für zulässig erklärt worden, BVerfGE 122, 248.

⁷ Meyer-Goßner (Fn. 2), § 52 Rn. 20.

⁸ Meyer-Goßner (Fn. 2), § 52 Rn. 26.

oder ob tatsächlich ein Fehler in der Hauptverhandlung stattgefunden hat. Das Protokoll enthält jedenfalls keinen Hinweis darauf, dass die gesetzliche Vertreterin H über das Zeugnisverweigerungsrecht der M in der Hauptverhandlung belehrt worden ist und mit M noch einmal besprochen hätte, welche Folgen eine Aussage vor der Polizei in der Hauptverhandlung hätte. Es ist jedenfalls nicht die Rede von einer Kommunikation zwischen H und M, inwieweit eine Aussage auch in der Hauptverhandlung gewollt sei. Das Protokoll spricht lediglich von einer Belehrung der M selbst über ihr Recht, nicht aussagen zu müssen, was aber im Falle einer Vertretung nicht ausreicht. Wenn es wirklich passiert wäre, was das Protokoll wiedergibt, läge ein Verfahrensfehler vor.

Man mag nun bezweifeln, ob es sehr wahrscheinlich ist, dass dem Gericht ein solcher Fehler unterläuft. Aber wegen der Beweiskraft des Protokolls muss das Revisionsgericht davon ausgehen, dass es genauso passiert ist, also dass die gesetzliche Vertreterin H zwar vor der polizeilichen Vernehmung, nicht aber auch wirksam in der Hauptverhandlung auf das Zeugnisverweigerungsrecht der M verzichtet hat.

Damit ist das Ergebnis der Revision eigentlich vorgezeichnet: Wegen des Verfahrensfehlers muss das Urteil aufgehoben werden. Das Revisionsgericht sieht sich damit in den Vorgaben des § 274 StPO gefangen. Es gehört zu den wesentlichen Förmlichkeiten, dass die Zeugin und auch ihre gesetzliche Vertreterin entscheiden, ob sie von dem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machen. Da dies ausweislich des Protokolls nicht geschehen ist, muss das Urteil aufgehoben werden.

Nun mag aber tatsächlich eingewendet werden, dass ein solches Geschehen nicht wahrscheinlich ist. Ausweislich des Protokolls war H nicht einmal in der Hauptverhandlung anwesend. Das ist aber ein Fehler, der unwahrscheinlich erscheint. Dennoch: Nach der Regelung des § 274 StPO muss das Urteil aufgehoben werden, weil dieser sehr klar sagt, dass über wesentliche Förmlichkeiten nur das Protokoll Beweis erbringen kann.

Das ist eine sehr missliche Situation des Revisionsrichters. Er muss die Revision für begründet erklären, obwohl der behauptete Fehler nicht wahrscheinlich ist. Viel wahrscheinlicher ist es, dass ein ganz anderer Fehler passiert ist, nämlich dass bei der Abfassung des Protokolls einfach der Hinweis darauf unterblieben ist, dass auch H belehrt wurde und sie erneut darauf hingewiesen hat, dass sie mit M gesprochen und sie aufgeklärt habe.

Die Rechtsprechung hat wie eingangs erwähnt drei Wege beschritten, solche Konstellationen zu lösen, nämlich der Wegfall der Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls, der Ausschluss einer missbräuchlichen Berufung auf das Protokoll oder die nachträgliche Berichtigung. Der *Senat* hält die Revision in casu aus dem zweiten Grunde für unbegründet. Nehmen wir dies zum Anlass, eine kleine tour de raison zur Rechtsprechung bei zweifelhaften Protokollen in der Revisionsbegründung nachzuvollziehen.

IV. Wegfall der Beweiskraft bei offensichtlichen Mängeln des Protokolls

Bei einem Fehler, der nicht wahrscheinlich erscheint und bei dem offensichtliche Fehler passiert sind – also nicht in der Hauptverhandlung, sondern in der Abfassung des Protokolls – geht die Rechtsprechung davon aus, dass die Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls entfallen kann.

1. Auslegung des Protokolls bei Lücken, Widersprüchen oder Mehrdeutigkeiten

So soll die ausschließliche Beweiskraft nur einem Protokoll zukommen, das aus sich heraus eine klare Aussage erbringt und eindeutige Schlussfolgerungen über das Verfahrensgeschehen zulässt. Ein Protokoll, das sich wegen offensichtlicher Mängel als ein untaugliches Beweismittel erweise, könne seine Aufgabe dagegen nicht erfüllen. Deshalb sei es gerechtfertigt, ihm die Beweiskraft abzuspochen.⁹

Im Laufe der Jahre hat die Rechtsprechung dazu drei Fallgruppen entwickelt, nämlich den Wegfall der Beweiskraft wegen offensichtlicher Lücken, wegen Widersprüchen oder wegen Mehrdeutigkeiten.

Eine Lücke im Protokoll wird angenommen, wenn ein protokollierter Verfahrensvorgang darauf hindeutet oder gar beweist, dass ein anderer Verfahrensvorgang, der nicht protokolliert worden ist, tatsächlich geschehen ist. Von der Protokollierung eines bestimmten Verfahrensvorgangs muss also der Schluss darauf gezogen werden können, dass sich ein anderer nicht protokollierter Verfahrensvorgang ebenfalls zugegetragen hat. Wenn z.B. im Protokoll vermerkt steht „Die Öffentlichkeit wird wieder hergestellt“, muss sie denklogisch vorher ausgeschlossen worden sein.¹⁰ Eine Lücke liegt auch dann vor, wenn zwar über die Ablehnung eines Beweisantrages entschieden wurde, aber im Protokoll nicht erwähnt wird, dass dieser Beweisantrag überhaupt gestellt wurde oder der Inhalt nicht benannt wird.¹¹

Ein Widerspruch liegt vor, wenn das Protokoll sich gegenseitig ausschließende Feststellungen enthält. Z.B. widersprüche die Eintragung „Zeuge Z macht von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch“ dem Vermerk „Alle Zeugen werden vereidigt“.

Mehrdeutig ist ein Protokoll dann, wenn die niedergelegte Verfahrensweise sich nicht eindeutig ergibt und sowohl zulässige als auch unzulässige Verfahrenshandlungen vorgenommen worden sein können. Eine solche Situation soll z.B. vorliegen, wenn an mehreren Stellen des Protokolls von unterschiedlichen mitwirkenden Richtern die Rede ist.¹²

Der Wegfall der Beweiskraft bei offensichtlichen inhaltlichen Mängeln hat zur Folge, dass das Revisionsgericht den fraglichen Verfahrensvorgang im Wege des Freibeweises aufklären kann und muss. Das Vorbringen des Beschwerdeführers wird also auch bei dem Wegfall der Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls nicht als wahr unterstellt, son-

dern er hat nun die Möglichkeit, den Nachweis über einen Verfahrensfehler zu führen. Das Revisionsgericht muss nun also im Freibeweisverfahren klären, was in der Hauptverhandlung wirklich passiert ist.¹³ Selbstverständlich entfällt die Beweiskraft dabei nicht gänzlich, sondern nur insoweit, als das Protokoll unter dem inhaltlichen Mangel leidet.

2. Grenzen der Einschränkung der Beweiskraft wegen offensichtlicher Mängel

Die Rechtsprechung zum ausnahmsweisen Wegfall der Beweiskraft ist auf der einen Seite im Grundsatz sachgerecht, da kein nachvollziehbarer Grund dafür besteht, auch einem erkennbar mangelhaft abgefassten Protokoll die ausschließliche Beweiskraft zuzubilligen. Letztlich lässt man zu, dass ein Urteil aufgehoben wird, nur weil es bei der Abfassung des Protokolls zu einem kleinen Fehler gekommen ist, indem z.B. der kleine Satz fehlt „Die Anklageschrift wurde verlesen“. Eine wochenlange Hauptverhandlung war nur deshalb umsonst, weil ein einziger kleiner Standardsatz fehlt.

Auf der anderen Seite läuft die von der Rechtsprechung zugelassene Einschränkung der Beweiskraft des § 274 StPO zuwider. Der Anwendungsbereich für einen Wegfall der Beweiskraft muss deshalb sehr eng gezogen werden. Dieser Forderung kam die Rechtsprechung auch nach, indem sie einen offensichtlichen oder augenscheinlichen Mangel des Protokolls verlangt. Deshalb ist es wenig verwunderlich, dass es bis in die 90er Jahre des letzten Jahrhunderts nur wenige veröffentlichte Entscheidungen gab, bei denen der Übergang zum Freibeweisverfahren für zulässig erachtet wurde. Seitdem gibt es aber eine Tendenz, die starre Beweisregel des § 274 StPO bei Bedarf im Einzelfall auszuhebeln. Zu diesem Zweck wurden die Voraussetzungen, unter denen ein zum Wegfall der Beweiskraft führender Mangel des Protokolls anzunehmen ist, weit weniger streng gehandhabt, als es durch die herkömmliche Rechtsprechung eigentlich vorgegeben ist.

Die Aufweichung der Voraussetzungen für einen Wegfall der Beweiskraft des Protokolls äußert sich aber nicht nur darin, dass im Ergebnis vermehrt ein Mangel des Protokolls angenommen wird, sondern die neueren Entscheidungen zeichnen sich auch dadurch aus, dass die Senate des BGH ganz offen dazu übergehen, das im Protokoll nicht dokumentierte Verfahrensgeschehen mit Erfahrungssätzen über den gewöhnlichen Ablauf einer Hauptverhandlung abzugleichen. Das Revisionsvorbringen wird bisweilen explizit auf die allgemeine gerichtliche Erfahrung bzw. Praxis abgestellt. Es werden also Plausibilitätserwägungen angestellt, dass vieles dafür spreche, dass sich ein bestimmter Verfahrensvorgang anders als im Protokoll dokumentiert zugegetragen hat.

Methodisch ist das bedenklich. Letztlich ist hier der Vorwurf der Beliebigkeit zu erheben. Es ist nur in wenigen Fällen wirklich denkbar, dass ein Verfahrensfehler so eindeutig nicht passiert sein kann, dass nur eine denkbare Lösung existiert, nämlich dass nicht der Fehler in der Hauptverhandlung zu suchen ist, sondern in dem Protokoll. Ist es z.B. wirklich mit Sicherheit zu sagen, dass ein Angeklagter im Fall der notwendigen Verteidigung während der Hauptverhandlung

⁹ BGHSt 16, 306 (308); 31, 39; BGH NJW 1984, 2172; BGH NStZ 2006, 177 (181).

¹⁰ BGHSt 17, 220.

¹¹ OLG Hamm NStZ-RR 2008, 382.

¹² BGHSt 16, 306.

¹³ BVerfG StV 2002, 521.

immer einen Verteidiger an seiner Seite hatte, weil es wohl unwahrscheinlich ist, dass niemandem im Raum aufgefallen wäre, dass dies dem vorschriftsgemäßen Vorgehen widerspricht?¹⁴

Die Rechtsprechung zu den lückenhaften oder widersprüchlichen Protokollen hat damit ihre Schwachstellen. Es erscheint unmöglich, eine klare Grenzziehung vorzunehmen, in welchen Fällen wirklich eine Konstellation vorliegt, in der sicher ist, dass der Fehler nicht in der Hauptverhandlung, sondern nur im Protokoll vorliegt.

Eine solche Fallgestaltung liegt auch im vorliegenden Fall vor. Es ist zwar unwahrscheinlich, dass niemandem im Raum aufgefallen ist, dass die Rechtsanwältin H nicht bei der Hauptverhandlung anwesend war. Aber völlig auszuschließen ist auch diese Alternative nicht. Deshalb hat der *Senat* sich auch nicht darauf berufen, dass die Wirksamkeit des Protokolls ausgeschlossen ist.

V. Unbeachtlichkeit einer missbräuchlichen Verfahrensrüge

Der *Senat* beruft sich vielmehr auf etwas anderes, nämlich auf die Unzulässigkeit einer reinen Protokollrüge.

Dem Verteidiger obliegt im Strafverfahren zwar die Pflicht, sich für seinen Mandanten einzusetzen, aber es obliegt ihm auch eine Wahrheitspflicht. Deshalb ist es ihm grundsätzlich nicht erlaubt, bewusst die Unwahrheit zu sagen.

Der Verteidiger kann sich aber grundsätzlich auch das Protokoll berufen, wenn er meint, dass die Hauptverhandlung nicht richtig wiedergegeben ist.¹⁵ Ein Verteidiger, der nach der Hauptverhandlung ein Protokoll zugesandt bekommt, in dem ein gravierender Verfahrensfehler protokolliert worden ist, kann sich deshalb erst einmal über den Fehler der Protokollanten freuen. Die Revision scheint gesichert, obwohl tatsächlich das Verfahren ordnungsgemäß stattgefunden hat.

Auch das hat jedoch seine Grenzen. Eine Berufung auf das Protokoll scheidet dann aus, wenn der Verteidiger genau weiß, dass sich die Geschehnisse, wie sie im Protokoll dokumentiert wurden, so nicht zugetragen haben.¹⁶ Das wird begründet mit einem allgemeinen Missbrauchsverbot, das die Rechtsprechung grundsätzlich anerkennt.¹⁷ Danach ist es dem Verteidiger verwehrt, sich auf ein Protokoll zu berufen, von dessen Unrichtigkeit er weiß.¹⁸

Ein solches Vorgehen beschreitet der *Senat* im vorliegenden Fall. Er zieht es vor, sich nicht zur Fehlerhaftigkeit des Protokolls zu äußern, sondern wirft dem Verteidiger nur vor, dass dieser sich nicht darauf berufen habe, dass tatsächlich in der Hauptverhandlung ein Fehler geschehen sei, sondern nur auf das Protokoll verweise:

„Zwar könne eine Formulierung wie beispielsweise ausweislich des Protokolls im Revisionsvorbringen auch nur als ein Hinweis auf das geeignete Beweismittel zu verstehen sein, ohne dass die Ernsthaftigkeit der Tatsachenbehauptung selbst in Frage gestellt wird. Hier leite sich die Fehlerhaftigkeit des Verfahrens jedoch mehrfach ausdrücklich nur aus dem Protokoll ab. Es werden keine Angaben zum tatsächlichen Geschehen (Inhalt der Belehrung, Reaktion der M) gemacht. Auch werde nicht dargelegt, dass H. als gesetzliche Vertreterin überhaupt in der Hauptverhandlung anwesend gewesen sei.“

Der *Senat* verhält sich also gar nicht zur Tatsache, ob in der Hauptverhandlung dieser Fehler geschehen ist, sondern wirft dem Verteidiger nur vor, sich lediglich auf das Protokoll zu berufen. Das ist aber nicht gestattet, weil der Verteidiger im Revisionsvorbringen wenigstens darlegen muss, dass der behauptete Fehler wirklich passiert sei.

Die vorliegende Entscheidung ist deshalb ein Schulbeispiel dafür, dass dem Hauptverhandlungsprotokoll zwar uneingeschränkte Beweiskraft zukommt. Das entpflichtet den Verteidiger aber nicht, den behaupteten Fehler auch zu beweisen und darzulegen. Es reicht nicht, einfach nur darauf hinzuweisen, dass das Protokoll einen Fehler enthält. Hier hätte der Verteidiger vielmehr weiter darlegen müssen, ob H in der Hauptverhandlung anwesend war und wie sie sich verhalten hat.

Der Verteidiger, der sich auf das Protokoll beruft, muss behaupten, dass der vorgetragene Fehler wirklich passiert ist. Er muss sich also dazu positionieren, ob es sich um einen Flüchtigkeitsfehler in der Aufzeichnung handelt oder um einen wirklichen Verfahrensverstoß. Das stellt der *Senat* hier noch einmal klar. Trotz der Beweiskraft des § 274 StPO reicht es nicht, wenn der Verteidiger auf den vermeintlichen Verfahrensverstoß hinweist, weil er sich aus dem Protokoll ergibt. Er hätte vielmehr darlegen müssen, dass das Geschehen wie von ihm behauptet so stattgefunden hat.

Ob H in der Hauptverhandlung anwesend war und die Förmlichkeiten eingehalten wurden oder nicht, wissen wir nicht. Das weiß auch das Revisionsgericht nicht. Ob der Verteidiger es weiß, können wir nur mutmaßen. Der *Senat* stellt aber eines noch einmal klar: Es reicht nicht, wenn der Verteidiger behauptet, dass ein bestimmter Verfahrensfehler passiert sei, nur weil es im Protokoll steht. Eine reine „Protokollrüge“, also der Hinweis darauf, dass der Fehler im Protokoll vermerkt sei, reicht jedenfalls nicht. Dem Verteidiger obliegt es in der Revision, den behaupteten Fehler darzulegen und zu behaupten. Er muss ihn nicht beweisen. Als Beweismittel kann er das Protokoll heranziehen, das ergibt sich aus § 274 StPO. Das bedeutet aber nicht, dass er sich mit einem Verweis auf das Protokoll begnügen kann, weil eine reine Protokollrüge nicht ausreicht, eine Revision zu begründen.

Prof. Dr. Katharina Beckemper, Leipzig

¹⁴ BGH NStZ 2002, 270 (271); siehe aber auch BGH NStZ 2005, 46.

¹⁵ *Park*, StraFo 2004, 335.

¹⁶ BGHSt 51, 88.

¹⁷ BGHSt 38, 111.

¹⁸ Grundsätzliche Ausführungen zum Missbrauchsverbot – auch in Fällen wie dem vorliegenden – bei *Kudlich*, HRRS 2007, 9.