

Korrektur des Verhandlungsprotokolls nach der ZVN 2022

Der Beitrag schnell gelesen

Mit der ZVN 2022¹ wurden die Vorschriften über das Verhandlungsprotokoll umfassend novelliert. Die nunmehr einschlägigen Normen der §§ 207–213 ZPO wurden übersichtlicher sowie verständlicher gestaltet und den praktischen Realitäten angepasst. Dies gibt Anlass, die so bedeutsamen² Einflussmöglichkeiten der Parteien auf den Inhalt des Verhandlungsprotokolls sowie amtswegige Korrekturmöglichkeiten

im Lichte der neuen Bestimmungen einer genaueren Betrachtung zu unterziehen.³

Zivilverfahrensrecht

§§ 207 ff, 210 f, 292 Abs 2, § 498 Abs 2 ZPO; § 22 AußStrG OGH 5 Ob 187/07 x; 18 ONc 2/19 t; 10 ObS 103/22 b

ÖJZ 2023/25



Univ.-Prof. MMag. Dr. MARTIN TRENKER ist Leiter des Instituts für Zivilgerichtliches Verfahren an der LFU Innsbruck.
Univ.-Ass. Mag. LUKAS FRYBERT ist Universitätsassistent (prae doc) am Institut für Zivilgerichtliches Verfahren an der LFU Innsbruck.

Inhaltsübersicht:

- A. Grundlagen des Verhandlungsprotokolls
 - 1. Einführung
 - 2. Modus der Protokollierung
 - 3. Wirkung des Protokolls
 - 4. Überblick über die Korrekturmöglichkeiten des § 210 ZPO
- B. Korrekturmöglichkeiten der Parteien
 - 1. Anregung zur Protokollberichtigung
 - 2. Widerspruch gegen die Protokollierung
 - 3. Widerspruch gegen die Übertragung
- C. Amtswegige Berichtigungsmöglichkeit
 - 1. Während der Tagsatzung
 - 2. Nach Ende der Tagsatzung
- D. Zusammenfassung

Verfahrens (§ 208 Abs 1 ZPO; „Deckblatt“) in Vollschrift aufzunehmen (§ 209 Abs 2 ZPO). Nach jeder Tagsatzung (§ 207 Abs 1 Satz 2 ZPO) muss das Kurzschrift- bzw Tonbandprotokoll überdies in Vollschrift übertragen werden (§ 209 Abs 4 ZPO). Alle Arten des Protokolls sind von der Richterin – hingegen grundsätzlich (Ausnahme: „Vergleichsprotokolle“¹⁰) nicht mehr von den Parteien¹¹ – zu unterschreiben (§ 209 Abs 3 ZPO) und den Parteien von Amts wegen zuzustellen (§ 209 Abs 4, § 207 Abs 1 Satz 3 ZPO).¹²

3. Wirkung des Protokolls

Das Verhandlungsprotokoll hat insb deshalb immense praktische Bedeutung, weil das ordnungsgemäß zustande gekommene Protokoll über die Geschehnisse in der Verhandlung vollen Beweis liefert, sofern keine Partei dagegen Widerspruch erhoben hat (§ 211 ZPO). Trotz seiner Eigenschaft als öffentliche Urkunde¹³

A. Grundlagen des Verhandlungsprotokolls

1. Einführung

Über den Verlauf und Inhalt jeder mündlichen Verhandlung ist zwingend⁴ ein Verhandlungsprotokoll aufzunehmen (§ 207 Abs 1 Satz 1, § 211 ZPO).⁵ Dieses soll das Gericht bei der Entscheidungsfindung unterstützen sowie eine bestmögliche Überprüfbarkeit von Entscheidungen im Rechtsmittelverfahren gewährleisten.⁶ Seine Anfertigung obliegt allein dem Gericht, dh der Einzelrichterin oder Senatsvorsitzenden.⁷ Den Parteien kommen aber im Interesse möglichst richtiger und vollständiger Protokollierung, insb auch wegen der Wirkungen des Protokolls (unten A.3), gewisse Mitwirkungs- und Kontrollrechte (unten B) zu; zudem kann das Gericht gewisse Fehler von Amts wegen berichtigen (unten C).

2. Modus der Protokollierung

Es gibt drei verschiedene Modi der Protokollierung:⁸ das Vollschriftprotokoll, das Kurzschriftprotokoll sowie das Tonbandprotokoll, wobei in der Praxis im absoluten Regelfall Letzteres verwendet wird.⁹ Auch beim Kurzschrift- und Tonbandprotokoll sind die notwendigen formalen Angaben zur Identifikation des

¹ Zivilverfahrensnovelle 2022 BGBl I 2022/61.

² Die große praktische Bedeutung ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass die §§ 207–213 ZPO grundsätzlich auch für Verhandlungen im Außerstreitverfahren (§ 22 AußStrG), im Exekutions- und Provisorialverfahren (§§ 78, 402 EO) sowie im Insolvenzverfahren (§ 252 IO) gelten.

³ Dazu überblicksmäßig Spiegel, ZVN 2022: Digitalisierung im Zivilverfahren, ecolex 2022, 614 (616); ausführlich Trenker in Kodek/Oberhammer, Kommentar zur Zivilprozessordnung (in Vorbereitung) Vor §§ 207 ff–213.

⁴ Ziehensack in Höllwerth/Ziehensack, ZPO Taschenkommentar (2019) § 207 Rz 2.

⁵ Vgl Holzhammer, Österreichisches Zivilprozessrecht² (1976) 212; Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht⁵ (2021) Rz 439.

⁶ Ausführlich Materialien zu den österreichischen Zivilprozessgesetzen I (1897) 193 f, 270 ff; Neumann, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen I⁴ (1927) 832 f; Petschek/Stagel, Der österreichische Zivilprozess (1963) 338.

⁷ Fucik/Peer, Die Protokollberichtigung, ÖJZ 2009, 697 (698); Ziehensack in Höllwerth/Ziehensack, ZPO § 210 Rz 3.

⁸ Daneben lassen sich noch diverse Arten der Protokollierung unterscheiden, zB das Resumeeprotokoll oder das Abschnittsprotokoll (s zB Fasching, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts² [1990] Rz 629), ohne dass dieser Differenzierung rechtliche Bedeutung zukäme.

⁹ Fucik/Peer, ÖJZ 2009, 697; Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht⁵ Rz 440.

¹⁰ Ausführlich dazu Trenker/Werner, Der gerichtliche Vergleich nach der ZVN 2022 – Protokollierung und Gebühren, RZ 2023 (im Erscheinen).

¹¹ ErläutRV 1291 BlgNR 27. GP 9.

¹² Mayr, Neuigkeiten beim gerichtlichen Vergleichsversuch, in FS Konecny (2022) 327 (331).

¹³ Fasching, Lehrbuch² Rz 633; Schneider in Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider, Zivilprozessrecht¹³ Rz 244 uva.

ist nach zutreffender Rsp¹⁴ und hL¹⁵ – anders als gem § 292 Abs 2 ZPO¹⁶ – sogar der Beweis des Gegenteils des protokollierten Geschehens unzulässig. Denn § 211 ZPO ist entsprechend der Intention des Gesetzgebers¹⁷ lex specialis zu § 292 Abs 2 ZPO; andernfalls hätte der Widerspruch (dazu unter B.2) auch wenig Sinn.¹⁸

Das unwidersprochene Verhandlungsprotokoll begründet unwiderlegbaren Beweis darüber, was sich in der Verhandlung (nicht) zugetragen hat.

Die unumstößliche Beweiskraft des unwidersprochenen Protokolls bezieht sich sowohl auf die Richtigkeit als auch auf die Vollständigkeit des Protokolls.¹⁹ Nicht protokollierte Prozesshandlungen sind folglich im Ergebnis wirkungslos.²⁰ Das muss konsequenterweise aber entgegen älterer Rsp²¹ und Lehre²² selbst dann gelten, wenn die Richterin ihre persönlichen Erinnerungen in der Urteilsbegründung offenlegt. Anderes gilt nur, wenn das Gericht das Protokoll noch von Amts wegen berichtigen könnte, also bei offenkundigen Unrichtigkeiten (ausführlich unten C.2).²³ Aufgrund dieser unumstößlichen und weitreichenden Beweiskraft sind die Parteien also gut beraten, die Befugnis zum Widerspruch sowie ihre sonstigen Mitwirkungsmöglichkeiten unbedingt wahrzunehmen, wenn sie mit der Protokollierung seitens des Gerichts nicht einverstanden sind.

4. Überblick über die Korrekturmöglichkeiten des § 210 ZPO

Seit der ZVN 2022 fasst § 210 ZPO die Korrekturmöglichkeiten eines Verhandlungsprotokolls sowohl seitens der Parteien als auch des Gerichts zusammen. Die Neuregelung ist dabei nicht nur übersichtlicher gestaltet, sondern wurde auch einigen Usancen der Praxis angepasst, welche in den bisherigen §§ 212, 212a ZPO nicht hinreichend zum Ausdruck kamen. Im Einzelnen steht den Parteien gem § 210 Abs 1 ZPO während der Tagsatzung zum einen die Möglichkeit der Anregung einer Berichtigung²⁴ (dazu B.1), zum anderen der schon erwähnte Widerspruch gegen den Protokollinhalt zu (dazu B.2). Nach Ende der Tagsatzung bleibt nach dem Gesetzeswortlaut (vgl aber C.2) des § 210 Abs 2 ZPO nur die Möglichkeit des Widerspruchs gegen die Übertragung des Kurzschrift-/Tonbandprotokolls (dazu B.3). Darüber hinaus normiert § 210 Abs 4 ZPO eine amtswegige Korrekturmöglichkeit (dazu unten C).

B. Korrekturmöglichkeiten der Parteien

1. Anregung zur Protokollberichtigung

Sind die Parteien mit der vom Gericht vorgenommenen Protokollierung nicht einverstanden, so haben sie zunächst die Möglichkeit, die Richterin darauf aufmerksam zu machen und – formfrei²⁵ – eine Korrektur anzuregen (§ 210 Abs 1 Satz 1 ZPO).²⁶ Eine dementsprechende Korrektur kann bereits anlässlich der Protokollierung oder erst nachträglich angeregt werden; nach dem nunmehr eindeutigen Wortlaut muss dies spätestens bis zum Ende der Tagsatzung erfolgen.²⁷ Zu diesem Zweck können die Parteien auch verlangen, dass ihnen das Protokoll vorgelesen, vorgelegt oder vorgelesen wird (§ 210 Abs 1 Satz 2 ZPO).²⁸

Will die Richterin einer Anregung nachkommen, so hat sie die Richtigstellung des Protokolls durch dessen „Ausbesserung“ vorzunehmen, beim Tonbandprotokoll also zB durch Überspielen der Tonbandaufnahme (§ 210 Abs 1 Satz 3 ZPO). Die gem § 212 Abs 1 Satz 3 ZPO aF erforderliche Vornahme der Korrektur

in einem Anhang zum Protokoll ist – entsprechend der schon bisher gelebten Praxis²⁹ – nunmehr auch nach dem Gesetzeswortlaut entbehrlich. Mit der ZVN 2022 wurde zudem klargestellt, dass eine solche Berichtigung nur dann in Form eines Beschlusses zu ergehen hat, wenn sich eine Partei (also die Gegenpartei) gegen deren Vornahme ausspricht (§ 210 Abs 1 Satz 5 ZPO).³⁰ Gegen einen solchen Beschluss ist kein abgesonderter, sondern nur ein vorbehaltener Rekurs zulässig (§ 210 Abs 5 ZPO),³¹ sodass die Berichtigung idR erst anlässlich der Berufung bekämpft und darüber entschieden werden kann. Anstelle eines vorbehaltenen Rekurses sollte die (Gegen-)Partei gegen die beschlussmäßige Berichtigung aber auch einfach Widerspruch erheben können.³² Wenn sich die Gegenpartei nämlich gegen die Berichtigung ausspricht, ist dies als unberücksichtigte Erklärung anzusehen, gegen die gem § 210 Abs 1 Satz 4 ZPO Widerspruch erhoben werden kann. Im Ergebnis unterscheidet sich die Funktionsweise des Widerspruchs allerdings ohnehin kaum von jener des vorbehaltenen Rekurses (dazu sogleich B.2).

¹⁴ RIS-Justiz RS0120115; OGH 1 Ob 276/03 z; 1 Ob 181/03 d; 10 Ob 17/04 d; 1 Ob 168/05 w; 18 ONc 2/19 t; OLG Innsbruck SVSlg 64.805; LGZ Wien MietSlg 57.648; aA noch OGH 7 Ob 24/91.

¹⁵ Ausführlich Schragel in Fasching/Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen II/2³ (2003) § 212 ZPO Rz 5; ebenso Horten, Österreichische Zivilprozessordnung I (1908) Rz 1884; Sperl, Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege I (1928) 386; Novak, Einige Probleme des Zivilprozessrechts, JBl 1964, 57; Fucik/Peer, ÖJZ 2009, 697 uv; aA noch Fasching, Lehrbuch² Rz 633; Rechberger/Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁹ (2017) Rz 556 uam.

¹⁶ OGH 2 Ob 62/19 k; Wilfinger in Spitzer/Wilfinger, Beweisrecht (2020) § 292 Rz 19.

¹⁷ Materialien I 273.

¹⁸ Hagen, Die Verwendung von Schallträgern im zivilgerichtlichen Verfahren, ÖJZ 1969, 289 (291); Ballon, JBl 1988, 792 (Anm); Gitschthaler in Rechberger/Klicka, ZPO⁵ (2019) § 215 Rz 3.

¹⁹ So schon Materialien I 273; Novak, JBl 1964, 57; zuletzt auch OGH 18 ONc 2/19 t; aA noch explizit Horten, ZPO I Rz 1884.

²⁰ LGZ Wien EFSlg 105.795; Schragel in Fasching/Konecny² § 217 ZPO Rz 1.

²¹ RIS-Justiz RS0037351; OGH 3 Ob 50/27 Rsp 1927/161; 2 Ob 27/66 RZ 1966, 185.

²² Sperl, Lehrbuch I 387; Neuwirth in Fasching II¹ (1962) 1007 f; Iby in Fasching/Konecny II/3³ (2015) § 217 ZPO Rz 1/4.

²³ Trenker in Kodek/Oberhammer, ZPO § 211 Rz 3; nur insoweit zutr Gitschthaler in Rechberger/Klicka, ZPO⁵ §§ 207–208 Rz 2.

²⁴ Dieser Rechtsbehelf wird mitunter auch Berichtigungs- oder Ergänzungsantrag genannt, so zB Fasching, Lehrbuch² Rz 628; Gitschthaler in Rechberger/Klicka, ZPO⁵ Vor § 207 Rz 5, 8. In der bisherigen Praxis wird der Berichtigungsantrag aber zT auch für „echte“ Widersprüche gegen die Protokollierung oder bloß für den Beweis des Gegenteils nach vorherigem Widerspruch verwendet, s OGH 4 Ob 69/82 Arb 10.115; 1 Ob 276/03 z; LGZ Wien EFSlg 101.965; EFSlg 151.616; LG Linz EFSlg 151.614. Diese Diktion sollte zur Vermeidung von Missverständnissen – jedenfalls nach neuer Rechtslage – aufgegeben werden.

²⁵ LG Linz EFSlg 151.614; Iby in Fasching/Konecny³ § 212 ZPO Rz 2; Ziehensack in Höllwerth/Ziehensack, ZPO § 212 Rz 3.

²⁶ Neben den Parteien können bei Zeugen- oder Sachverständigenvernehmungen auch die Vernommenen (wohl bis zum Ende ihrer Vernehmung, s Schragel in Fasching/Konecny² § 212 ZPO Rz 2) auf Unrichtigkeiten hinweisen (§ 343 Abs 3, § 367 ZPO).

²⁷ Ebenso vor der ZVN 2022 OGH 10 Obs 103/22 b; LGZ Wien EFSlg 101.965; Gitschthaler in Rechberger/Klicka, ZPO⁵ Vor § 207 Rz 4; aA Fasching, Lehrbuch² Rz 628. Auch nach Ende der Tagsatzung bleibt ein Einwand als Anregung zur amtswegigen Korrektur aber weiterhin möglich (s B.2. aE).

²⁸ Näher dazu ErläutrV 1291 BgNR 27. GP 10.

²⁹ Fucik/Peer, ÖJZ 2009, 697 (698).

³⁰ Nach bislang hA war hingegen auch bei einvernehmlicher Berichtigung ein Beschluss zu fassen, vgl RIS-Justiz RS0037302; OGH 2 Ob 125/54; 6 Ob 195/16 v; Fucik/Peer, ÖJZ 2009, 697 (698); aA bereits Iby in Fasching/Konecny³ § 212 ZPO Rz 4, 6/1.

³¹ Zum vorbehaltenen Rekurs allgemein zB Sloboda in Fasching/Konecny IV/1³ (2019) § 515 ZPO Rz 1, 3 mwN; konkret zu § 210 Abs 5 ZPO s Trenker in Kodek/Oberhammer, ZPO § 210 Rz 14 f.

³² So schon Iby in Fasching/Konecny³ § 212 ZPO Rz 3/2; nach der bisherigen Rechtslage aber wohl abw Schragel in Fasching/Konecny² § 212 ZPO Rz 3.

Berichtigungsanträgen kann das Gericht formlos „nachkommen“, ohne Einverständnis der Gegenpartei ist ein nicht abgesondert anfechtbarer Beschluss zu fällen.

2. Widerspruch gegen die Protokollierung

Folgt das Gericht der Anregung nicht, so hat es hierüber hingegen keinen Beschluss zu fassen.³³ Das folgt aus einem Umkehrschluss zu § 210 Abs 1 Satz 4 ZPO sowie daraus, dass Satz 5 legt die Partei diesfalls (nur) auf die Möglichkeit des Widerspruchs verweist. Das Gericht hat die mangelnde Bereitschaft zur Berichtigung aber erkennbar zum Ausdruck zu bringen.³⁴

Gegen eine unterlassene Berichtigung kann eben Widerspruch erhoben werden. Es handelt sich dabei um den „formellen Rechtsbehelf“ gegen behauptete Fehler bei der Protokollstellung. Im Vergleich zum Rekurs weist er gewisse Besonderheiten in seiner Funktionsweise auf: Er zielt gerade nicht darauf ab, das Protokoll abzuändern, sondern verhindert „bloß“ dessen volle Beweiskraft (§ 211 ZPO).³⁵ Das Prozessgericht hat daher auch nicht über den Widerspruch zu entscheiden,³⁶ sondern lediglich die konkreten Einwendungen, dh insb den aus Sicht der Partei wahren Geschehensablauf, zu protokollieren (§ 210 Abs 1 Satz 6 ZPO).³⁷ Bei einer anwaltlich vertretenen Partei kann das Gericht stattdessen auch eine schriftliche Abfassung des Widerspruchs anordnen, die dem Protokoll als Anhang beigefügt wird (§ 210 Abs 1 letzter Satz ZPO).³⁸

Der Widerspruch ist kein Rechtsmittel, sondern verhindert „nur“ die volle Beweiskraft des Protokolls.

Letztlich wird über die Berechtigung des Widerspruchs daher erst aus Anlass eines Berufungsverfahrens entschieden. Dabei hat das Berufungsgericht in freier Beweiswürdigung (§ 272 ZPO) über die Richtigkeit des vom Widerspruch betroffenen Geschehensablaufs zu erkennen (§ 498 Abs 2 ZPO).³⁹ Allenfalls sind dazu auch Beweise aufzunehmen. Das Neuerungsverbot steht dem nicht entgegen, wenn und weil die neuen Beweise eben gerade zur Dartuung oder Widerlegung der geltend gemachten Berufungsgründe (§ 482 Abs 2 ZPO) erforderlich sind.⁴⁰ Hinsichtlich der objektiven Beweislastverteilung für den tatsächlichen Geschehensablauf gelten uE die allgemeinen Regeln, wonach Negativfeststellungen zu Lasten jener Partei gehen, für welche eine positive Feststellung günstig gewesen wäre. Der Widerspruch erlaubt nämlich nicht nur den Beweis des Gegenteils nach § 292 Abs 2 ZPO,⁴¹ sondern zerstört jegliche besondere Beweiskraft des Protokolls.

Fraglich ist, ob der im Widerspruch enthaltene Vorwurf der falschen Protokollierung für sich genommen als wesentlicher Verfahrensmangel geltend zu machen ist⁴² oder das vom Widerspruch betroffene Verhandlungsgeschehen immer nur – sozusagen als Vorfrage – zur Beurteilung eines bestimmten Berufungsgrunds zu ermitteln ist. Dogmatisch ist uE Letzteres vorzugswürdig, weil der eigentliche Mangel nie in der falschen Protokollierung liegt, sondern in der falschen Wahrnehmung seitens des Gerichts, mit allen damit verbundenen Folgen. Wird daher zB gegen die Protokollierung einer Zeugenaussage Widerspruch erhoben, welche das Erstgericht für seine Beweiswürdigung herangezogen hat, so ist dies im Rahmen der Beweistrübe zur Bekämpfung der betroffenen Feststellung geltend zu machen. Letztlich ist die Frage aber wohl primär von theoretischer Bedeutung, weil bei

falscher Einordnung ohnehin der Grundsatz „falsa demonstratio non nocet“ gilt (§ 84 Abs 2 Satz 2 ZPO).⁴³

Praktisch dürfte ein Widerspruch iaR unmittelbar im Anschluss an die betreffende Protokollierung erhoben werden.⁴⁴ Zulässig ist der Widerspruch aber stets bis zum Ende der Tagsatzung (§ 210 Abs 1 Satz 1 ZPO).⁴⁵ Nach Ende der Tagsatzung erhobene Widersprüche sind dagegen – streng genommen⁴⁶ – als verspätet zurückzuweisen.⁴⁷ Der verspätete Widerspruch könnte zwar als Anregung zur amtswegigen Korrektur verstanden werden.⁴⁸ Das Gericht muss jedoch über eine solche Anregung nicht entscheiden und darf das Protokoll in diesem Stadium auch nur noch in begrenztem Ausmaß ändern (s unten C.2).

3. Widerspruch gegen die Übertragung

Ein Kurzschrift- oder Tonbandprotokoll ist – wie erwähnt (oben A.2) – nach der Tagsatzung in Vollschrift zu übertragen, von der RichterIn zu unterschreiben und den Parteien von Amts wegen zuzustellen (§ 209 Abs 4, § 207 Abs 1 Satz 3 ZPO). Den Parteien steht daraufhin binnen drei Tagen ab Zustellung⁴⁹ der Widerspruch gegen die Übertragung offen (§ 210 Abs 2 ZPO), nicht mehr jedoch gegen den Inhalt der ursprünglichen Protokollierung.⁵⁰ In diesem Widerspruch können daher nur noch Übertragungsfehler geltend gemacht werden, nicht mehr jedoch Fehler bei der Erstellung des Kurzschrift- oder Tonbandprotokolls an

³³ So schon zur alten Rechtslage LGZ Wien EFSlg 112.121; *Neuwirth in Fasching* II¹ 999; *Fucik/Peer*, ÖJZ 2009, 697 (699); *Iby in Fasching/Konecny*³ § 212 ZPO Rz 2, 3/1; *Ziehensack in Höllwerth/Ziehensack*, ZPO § 212 Rz 7; aA womöglich OGH 4 Ob 69/82 Arb 10.115; LGZ Wien EFSlg 101.965; *Petschek/Stagel*, Zivilprozeß 340.

³⁴ *Gitschthaler in Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ Vor § 207 Rz 8 mwN.

³⁵ *Holzhammer*, Zivilprozeßrecht² 214; *Iby in Fasching/Konecny*³ § 212 ZPO Rz 4/1; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ Rz 555.

³⁶ LGZ Wien EFSlg 112.121; *Neuwirth in Fasching* II¹ 999; *Ballon*, JBl 1988, 792 (Anm); *Iby in Fasching/Konecny*³ § 212 ZPO Rz 6/1; *Gitschthaler in Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ Vor § 207 Rz 8.

³⁷ LG Linz EFSlg 151.614; *Trenker in Kodek/Oberhammer*, ZPO § 210 Rz 4.

³⁸ Nach *Iby in Fasching/Konecny*³ § 212 ZPO Rz 6/2 ist eine solche Verfügung (nicht gesondert) anfechtbar (§ 210 Abs 5 ZPO).

³⁹ *Holzhammer*, Zivilprozeßrecht² 214; *Ballon*, JBl 1988, 792 (Anm); *Pimmer in Fasching/Konecny*³ § 498 ZPO Rz 14; *Spiegel*, *ecolex* 2022, 614 (616). Dasselbe gilt, wenn behauptet und bewiesen wird, dass ein vorgenommener Widerspruch nicht protokolliert wurde; vgl *Neumann*, Zivilprozeßgesetze I⁴ 847.

⁴⁰ So auch *Neuwirth in Fasching* II¹ 999; aA möglicherweise *Pimmer in Fasching/Konecny*³ § 498 ZPO Rz 14.

⁴¹ Die Norm wird durch § 211 ZPO vielmehr vollständig verdrängt.

⁴² Dafür *Neuwirth in Fasching* II¹ 998f; *Ballon*, JBl 1988, 792 (Anm).

⁴³ ErläutRV 669 BgNR 15. GP 49; RIS-Justiz RS0041851, zB OGH 7 Ob 628/89; 4 Ob 9/18d; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1695; *G. Kodek in Fasching/Konecny* II/2³ (2016) § 85 ZPO Rz 57.

⁴⁴ Nach § 212 Abs 1 ZPO aF konnten die Parteien erst am Ende der Tagsatzung Fehler monieren (s auch *Fasching*, Lehrbuch² Rz 628), wenngleich schon bislang vertreten wurde, dass dies bereits anlässlich der Protokollierung möglich sein müsse (zB *Gitschthaler in Rechberger/Klicka*⁵ Vor § 207 ZPO Rz 4; idS wohl auch OGH 10 ObS 103/22b). Nunmehr ergibt sich die Zulässigkeit sofortiger Widersprüche eindeutig aus dem Wortlaut des § 210 Abs 1 Satz 1 ZPO („spätestens am Ende der Tagsatzung“).

⁴⁵ OGH 10 Ob 17/04d; 10 ObS 103/22b; LG Linz EFSlg 151.614; *Fucik/Peer*, ÖJZ 2009, 697 (698); *Spiegel*, *ecolex* 2022, 614 (616). Nicht anwendbar sind hingegen § 179 Satz 2, § 196 ZPO.

⁴⁶ Es bestehen jedoch auch keine durchgreifenden Bedenken, wenn etwa das Rechtsmittelgericht einen im Rechtsmittel erstmals erhobenen Widerspruch formlos als unbeachtlich abtut, so wohl jüngst OGH 10 ObS 103/22b.

⁴⁷ OGH 6 Ob 281/06a; LGZ Wien WR 460; LG Linz EFSlg 151.614. De lege ferenda für eine dreitägige Widerspruchsfrist ab Zustellung der Protokollausfertigung *Ballon*, JBl 1988, 792 (793) (Anm).

⁴⁸ *Fucik/Peer*, ÖJZ 2009, 697; *Iby in Fasching/Konecny*³ § 212 ZPO Rz 10/3.

⁴⁹ Eine Frist für die Zustellung ist nicht mehr vorgesehen; anders noch § 212 Abs 5 Satz 3 ZPO aF, wenngleich eine Überschreitung dieser dreitägigen Frist sanktionslos blieb (s *Iby in Fasching/Konecny*³ § 212 ZPO Rz 8).

⁵⁰ *Deixler-Hübner/Klicka*, Zivilverfahren¹² (2022) 124; *Spiegel*, *ecolex* 2022, 614 (616); *Trenker in Kodek/Oberhammer*, ZPO § 210 Rz 11; vgl auch *Ballon*, JBl 1988, 792 (Anm).

sich.⁵¹ Der Entfall der verpflichtenden Vorlesung usw am Ende der Tagsatzung ändert daran richtigerweise nichts.⁵²

Nach Ende der Tagsatzung steht den Parteien nur der Widerspruch gegen die Übertragung, nicht jedoch gegen die ursprüngliche Protokollierung offen.

Der Widerspruch ist schriftlich zu erklären; nur Parteien, die nicht anwaltlich vertreten sind, können ihn auch mündlich zu Protokoll geben. Anregungen bzw Berichtigungsanträge, die innerhalb der Dreitagesfrist eingebracht werden,⁵³ sind in einen Widerspruch umzudeuten.⁵⁴ Allerdings kann das Protokoll aufgrund eines solchen Widerspruchs gegen die Übertragung dem Widerspruch entsprechend geändert werden (§ 210 Abs 2 letzter Satz ZPO).⁵⁵ Der Widerspruch gegen die Übertragung erfüllt also ohnehin sowohl die Funktion der Anregung zur Berichtigung als auch des echten Widerspruchs während der Tagsatzung.

Anders als während der Tagsatzung hat eine Berichtigung jedenfalls mit Beschluss zu geschehen, selbst dann, wenn beide Parteien einverstanden sind. Ein Beschluss ist darüber hinaus auch erforderlich, wenn dem Widerspruch nicht gefolgt wird. Für das unbedingte Erfordernis eines Beschlusses⁵⁶ spricht nämlich, dass § 210 Abs 3 ZPO implizit davon ausgeht, dass über den Widerspruch rechtskräftig entschieden wird (dazu sogleich).⁵⁷ Gegen diesen Beschluss steht den Parteien sodann wiederum der (vorbehaltene) Rekurs zur Verfügung. Wird kein Rekurs erhoben, so erwächst der Beschluss über den Widerspruch in Rechtskraft und entfaltet damit unumstößliche Beweiskraft.

Der Widerspruch gegen die Übertragung bewirkt außerdem, dass die der Übertragung zugrunde liegende Tonbandaufnahme (bzw das Kurzschriftprotokoll) erst nach rechtskräftiger Entscheidung über den Widerspruch⁵⁸ gelöscht werden darf (§ 210 Abs 3 ZPO).⁵⁹ Andernfalls würde der wichtigste Beweis zur Überprüfung der Richtigkeit der Übertragung vernichtet werden. In praxi wird der zeitnahen Löschung von den Parteien aber häufig ausdrücklich zugestimmt, womit § 210 Abs 3 ZPO uE wirksam abbedungen wird.⁶⁰

C. Amtswegige Berichtigungsmöglichkeit

1. Während der Tagsatzung

Bis die RichterIn das Protokoll am Ende der Tagsatzung unterschreibt, kann sie dieses jederzeit auch von Amts wegen ändern, sofern ihr die Ausbesserung notwendig erscheint (§ 210 Abs 1 Satz 3 ZPO).⁶¹ Den Parteien ist aber jedenfalls zuvor Gehör zu gewähren.⁶² Sie können sich daraufhin gegen die Ausbesserung aussprechen und dadurch, wie bei einer Anregung, einen (nicht gesondert) anfechtbaren Beschluss provozieren. Neben dem Rekurs müsste dann auch ein Widerspruch gegen die Protokollierung zulässig sein, weil „Erklärungen“ einer Partei iSd § 210 Abs 1 Satz 5 ZPO unberücksichtigt geblieben sind. Das Regelungsregime ist insofern identisch mit jenem bei einer Berichtigung aufgrund einer Anregung (s oben B.1).

2. Nach Ende der Tagsatzung

Auch nach Ende einer Tagsatzung können bei allen drei Protokollmodi⁶³ noch offenkundige Unrichtigkeiten des Protokolls oder der Übertragung von Amts wegen berichtigt werden (§ 210 Abs 4 ZPO).⁶⁴ Dasselbe gilt nach Schluss der mündlichen Streitverhandlung; sogar das Rechtsmittelgericht kann uE offen-

kundige Protokollierungsfehler des erstinstanzlichen Gerichts korrigieren.⁶⁵ Sofern es sich um sinnverändernde Korrekturen iwS handelt, ist den Parteien aber zuvor (diesfalls iaR wohl: schriftliches) Gehör zu gewähren. Bei mangelndem Einvernehmen ist nämlich analog § 210 Abs 1 Satz 4 ZPO ein (nicht gesondert) anfechtbarer Beschluss zu fällen. Ein Widerspruch gegen eine nachträgliche amtswegige Berichtigung des Vollschriftprotokolls kommt hingegen uE nicht in Betracht; ein solcher ist eben nur bis zum Ende der Tagsatzung möglich (oben B.2).

Im Übrigen stellt sich die Frage, ob das Gericht nachträglich auch nicht offenkundige Fehler berichtigen kann. UE ist dies bei Einverständnis der Parteien möglich,⁶⁶ sogar bei einem Erklärungsirrtum einer Partei.⁶⁷ Mangels klarer gesetzlicher Regelung ist eine pragmatische Vorgehensweise zu befürworten. Dementsprechend ist eine einvernehmliche Berichtigung auch nach Schluss der Verhandlung – die Parteien könnten schriftlich zustimmen – und sogar im Rechtsmittelverfahren denkbar; Letzteres ist aber nur im Einvernehmen mit der ErstrichterIn zulässig, weil diese Möglichkeit nicht auf eine (uE nicht bestehende) Dispositionsbefugnis der Parteien zurückgeht, sondern nur deshalb zu rechtfertigen ist, weil die einhellige Meinung aller (wesentlich

⁵¹ OLG Wien EFSlg 101.966; ASG Wien SVSlg 47.471; LG Salzburg EFSlg 94.507; LGZ Wien EFSlg 147.590; EFSlg 151.615; *Fucik/Peer*, ÖJZ 2009, 697 (700).

⁵² Vgl jedoch *Schragel in Fasching/Konecny*² § 212 ZPO Rz 7 aE, der binnen dieser Frist auch einen Widerspruch gegen den Inhalt zuließ, wenn das Kurzschriftprotokoll entgegen § 212 Abs 1 ZPO aF nie vorgelesen wurde.

⁵³ Außerhalb dieser Frist werden Berichtigungsverlangen – ebenso wie verspätete Widersprüche gegen das Protokoll – zurückgewiesen (OGH 4 Ob 69/82 Arb 10.115; LGZ Wien EFSlg 101.965; s auch *Fucik/Peer*, ÖJZ 2009, 697 [698]); s zur unklaren Behandlung von „Berichtigungsanträgen“ schon oben FN 24.

⁵⁴ RIS-Justiz RS0037287; OGH 7 Ob 509/86; 5 Ob 187/07x; *Neuwirth in Fasching II*¹ 999; *Fucik/Peer*, ÖJZ 2009, 697 (700); *Gitschthaler in Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ Vor § 207 Rz 9.

⁵⁵ RIS-Justiz RS0037287; OGH 7 Ob 509/86; *Iby in Fasching/Konecny*³ § 212 ZPO Rz 6/1.

⁵⁶ Vor der ZVN 2022 str: wie hier *Schragel in Fasching/Konecny*² § 212 ZPO Rz 9; *Lutschoung in Schneider/Verweijen*, AußStrG § 22 Rz 4; *Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth*, Kommentar zum Außerstreitgesetz I² (2019) § 22 Rz 13, 16; aA, nämlich für eine Gleichbehandlung mit dem Widerspruch gegen die Protokollierung und damit gegen eine Entscheidungspflicht des Gerichts, RIS-Justiz RS0037287; OGH 2 Ob 25/04x; 5 Ob 187/07x; LGZ Wien EFSlg 101.967; *Albiez/Pablik/Parzmayr*, Handbuch Zivilprozess² (2016) 110; *Gitschthaler in Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ Vor § 207 Rz 9.

⁵⁷ Ebenso *Spiegel*, *ecolex* 2022, 614 (616); *Trenker in Kodek/Oberhammer*, ZPO § 210 Rz 11.

⁵⁸ Ansonsten beträgt die Lösungsfrist einen Monat ab Ablauf der dreitägigen Widerspruchsfrist (§ 210 Abs 3 ZPO).

⁵⁹ IdS schon *Iby in Fasching/Konecny*³ § 212a ZPO Rz 4/1.

⁶⁰ Es wäre nämlich (in begrenztem Maße auch im Voraus) sogar ein Verzicht auf den Rekurs gegen den Beschluss über den Widerspruch zulässig; dazu allgemein *Trenker*, Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess (2020) 572 ff.

⁶¹ Vgl *Schragel in Fasching/Konecny*² § 212 ZPO Rz 10; *Fucik/Peer*, ÖJZ 2009, 697.

⁶² LGZ Wien EFSlg 101.968; EFSlg 112.121; *Fucik/Peer*, ÖJZ 2009, 697; *Schneider in Ballon/Nunner-Krautgasser/Schneider*, Zivilprozessrecht¹³ Rz 242; *Gitschthaler in Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ Vor § 207ff Rz 10.

⁶³ Nun unzweifelhaft auch beim Vollschriftprotokoll, wie sich aus dem leicht veränderten Wortlaut (vgl § 212 Abs 5 letzter Satz ZPO aF) sowie insb aus einer systematischen Betrachtung des neuen § 210 Abs 4 ZPO ergibt. Schon bisher wurde aber eine sinngemäße Anwendung der einschlägigen Regel vertreten, s RIS-Justiz RS0037267; OGH 8 Ob 626/90; *Iby in Fasching/Konecny*³ § 212 ZPO Rz 10; aA noch OGH 2 Ob 612/55 JBl 1956, 53.

⁶⁴ Auch die Berichtigung gerichtlicher Vergleiche erfolgt nach dieser Bestimmung, s LGZ Graz MietSlg 46.635; LGZ Wien EFSlg 88.137; nicht anwendbar ist hingegen § 419 ZPO, der sich nur auf Urteile und Beschlüsse bezieht, s RIS-Justiz RS0037259; OGH 2 Ob 612/55 JBl 1956, 53; LGZ Wien EFSlg 60.857; EFSlg 88.136; *M. Bydlinski in Fasching/Konecny III*^{2/3} (2018) § 419 ZPO Rz 9.

⁶⁵ *Schragel in Fasching/Konecny*² § 212 ZPO Rz 10 aE; aA aber OGH 3 Ob 39/57; *Gitschthaler in Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ Vor § 207 Rz 10, wohl auch *Fucik/Peer*, ÖJZ 2009, 697 (697f).

⁶⁶ OGH 6 Ob 519/88; *Fucik/Peer*, ÖJZ 2009, 697 (697f).

⁶⁷ LGZ Graz MietSlg 46.635.

Beteiligten über den Geschehensablauf der formalen Beweiskraft des Protokolls vorzuziehen ist; dementsprechend wesentlich beteiligt ist gerade die protokollführende Richterin, weshalb ihre Zustimmung unerlässlich erscheint.⁶⁸ Bei Zustimmung beider Parteien (und allenfalls der Erstrichterin) ist analog § 210 Abs 1 Satz 4 ZPO aber kein Beschluss über die Berichtigung notwendig.

Ohne Einvernehmen der Parteien ist es im Umkehrschluss zu § 210 Abs 4 ZPO abzulehnen, das bereits von der Richterin unterschriebene Protokoll (§ 209 Abs 3 ZPO) in deren beliebige Änderungsdisposition zu stellen.⁶⁹ Eine Berichtigung anderer als offenkundiger Unrichtigkeiten ist diesfalls uE unzulässig und kann, weil sie mangels Einverständnisses beider Parteien in Beschlussform erfolgen muss, erfolgreich mit (vorbehaltenem) Rekurs bekämpft werden. Zu erwägen wäre – freilich allein aus pragmatischen Gründen und dogmatisch wohl zumindest praeter legem – allenfalls, ob das Gericht einen Widerspruch (gegen die Protokollierung) aufgrund eines nicht offenkundigen Mangels auch noch nachträglich zulassen und somit die volle Beweiskraft des Protokolls verhindern kann, wenn und weil es selbst von dessen Unrichtigkeit ausgeht, eine Änderung aber an der Einwilligung des Prozessgegners scheitert.⁷⁰ De lege ferenda sollte für diese Konstellation eine Regelung erwogen werden.

Gegen den Willen einer Partei ist eine amtswegige Protokollberichtigung anderer als offenkundiger Unrichtigkeiten unzulässig.

Die somit maßgebliche Abgrenzung zwischen offenkundigen und nicht offenkundigen Fehlern ist schwierig. Der Annahme offenkundiger Fehler ist daher mit Zurückhaltung zu begegnen. Letztlich wird Offenkundigkeit insb dann gegeben sein, wenn die Unrichtigkeit aus anderen Passagen des Protokolls zweifelsfrei erkennbar ist, das Protokoll also widersprüchlich ist oder gar keinen Sinn ergibt.⁷¹ Ferner ist an Rechen- oder (sinnstörende) Schreibfehler zu denken. Zudem können Vorgänge auch offenkundig unrichtig sein, wenn sie aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung völlig unwahrscheinlich sind.⁷²

D. Zusammenfassung

Um eine Berichtigung des Verhandlungsprotokolls noch während der Tagsatzung zu erwirken, stehen den Parteien bis zum Ende der Tagsatzung die Anregung zur Berichtigung sowie – bei Erfolglosigkeit dieser Anregung – der Widerspruch gegen die Protokollierung zur Verfügung. Zunächst hat die Partei, die mit der Protokollierung nicht einverstanden ist, eine Änderung anzuregen. Will das Gericht dieser Anregung folgen, spricht sich aber die andere Partei dagegen aus, so hat es die Berichtigung mit Beschluss vorzunehmen. Daraufhin kann die andere Partei (vorbehaltenen) Rekurs, uE aber auch Widerspruch, erheben. Erklärt die Gegenpartei keine Einwände, so erfolgt die Berichtigung ohne Beschluss (B.1). Will das Gericht der Anregung nicht folgen, so ergeht ebenfalls kein Beschluss; die anregende Partei kann aber Widerspruch erheben. Über den Widerspruch gegen die Protokollierung ist nicht beschlussmäßig zu entscheiden; der Widerspruch nimmt dem Protokoll aber seine volle Beweiskraft. Das Rechtsmittelgericht beurteilt dann die Richtigkeit des vom Widerspruch betroffenen Geschehensablaufs der Verhandlung in freier Beweiswürdigung (B.2).

Nach der Tagsatzung steht den Parteien beim Kurzschrift- und Tonbandprotokoll noch der Widerspruch gegen die Übertragung zur Verfügung. Dieser richtet sich gegen die Übertra-

gung in Vollschrift und ist binnen drei Tagen ab Zustellung der Übertragung einzubringen. Das Gericht kann daraufhin das Protokoll ändern oder dem Widerspruch nicht folgen – beides hat mit Beschluss zu geschehen, gegen den (vorbehaltener) Rekurs möglich ist (B.3).

Das Gericht kann während der Tagsatzung das Protokoll auch jederzeit von Amts wegen abändern. Herrscht kein Einvernehmen, muss es aber einen Beschluss fassen (C.1). Nach der Tagsatzung kann es noch offenkundige Unrichtigkeiten berichtigen. Den Parteien ist allerdings zuvor Gehör zu gewähren, weil die Berichtigung bei mangelndem Einvernehmen wiederum mit Beschluss zu erfolgen hat. Nicht offenkundige Unrichtigkeiten können nur, aber immerhin dann von Amts wegen berichtigt werden, wenn beide Parteien einverstanden sind. Wenn die vom Gericht beabsichtigte Berichtigung indes an der Zustimmung einer Partei scheitert, wäre – zumindest de lege ferenda – ausnahmsweise die nachträgliche Zulassung eines Widerspruchs anzudenken, um zumindest die volle Beweiskraft einer sogar vom Erstgericht für falsch erachteten Protokollierung zu zerstören (C.2).

Plus

ÜBER DIE AUTOREN

Kontaktadresse: Institut für Zivilgerichtliches Verfahren, Universität Innsbruck, Innrain 52, 6020 Innsbruck.

E-Mails: martin.trenker@uibk.ac.at; lukas.frybert@uibk.ac.at

LITERATURTIPP

Fucik, Muster für Protokollwidersprüche, ÖJZ 2023, 137 (in diesem Heft).

⁶⁸ *Trenker* in *Kodek/Oberhammer*, ZPO § 210 Rz 9.

⁶⁹ Insofern überschießend *Schragel* in *Fasching/Konecny*² § 212 ZPO Rz 10, der Einwände einer Partei als Widerspruch (gegen die Protokollierung) behandeln will.

⁷⁰ So *Trenker* in *Kodek/Oberhammer*, ZPO § 210 Rz 9.

⁷¹ Wenn zB nicht protokolliert wurde, dass der Inhalt eines Schriftsatzes Gegenstand der Verhandlung wurde, s OGH 9 ObA 119/89; großzügiger wohl *Schragel* in *Fasching/Konecny*² § 212 ZPO Rz 10.

⁷² *Trenker* in *Kodek/Oberhammer*, ZPO § 210 Rz 10.