



Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen

Geschäftszeichen: 1 U 12/18 = 2 O 33/16 Landgericht Bremen

B e s c h l u s s

In dem Rechtsstreit

...,

Klägerin,

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte ...

gegen

...,

Beklagte,

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte ...

hat der 1. Zivilsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Schromek am 21.03.2019 beschlossen:

Auf den als Antrag auf Protokollberichtigung auszulegenden Antrag der Beklagten vom 10.12.2018 wird das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 29.08.2018 dahingehend berichtigt, dass dem Verweis auf S. 2 des Protokolls auf den als Anlage zum Protokoll genommenen Berichterstattervermerk die folgende Maßgabe hinzugefügt wird:

„Die Verweisung auf den Berichterstattervermerk gilt mit der Maßgabe, dass es auf S. 7, vorletzter Absatz des Berichterstattervermerks statt „Frau A.“ richtig heißen muss „Frau B.“.

Im Übrigen wird der Antrag der Beklagten vom 10.12.2018 zurückgewiesen.

Gründe

I.

Der Senat hat im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 10.12.2018 über die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts vom 18.01.2018 die Klägerin und die Beklagte zur Aufklärung des Sachverhalts gemäß § 141 Abs. 1 S. 1 ZPO persönlich angehört. Über den Termin zur mündlichen Verhandlung wurde gemäß §§ 159, 160 ZPO nach vorläufiger Aufzeichnung auf einem Tonträger (§ 160a Abs. 1 ZPO) ein Protokoll erstellt, das vom Vorsitzenden unterzeichnet wurde. In dem Protokoll heißt es: „Der Inhalt der Anhörung wird in einem Berichterstattervermerk niedergelegt, der als Anlage zum Protokoll genommen wird.“ Dieser Berichterstattervermerk über den Inhalt der Parteivernehmungen ist überschrieben mit „Vermerk des Berichterstatters über die Erklärungen und Parteianhörungen im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 29.08.2018“ und wurde vom Berichterstatter unter dem Datum des 31.08.2018 unterzeichnet. Das Protokoll nebst Berichterstattervermerk ist den Parteien am 06.09.2018 übersandt worden.

Mit Schriftsatz vom 10.12.2018 hat die Beklagte beantragt, den Berichterstattervermerk zur mündlichen Verhandlung vom 29.08.2018 zu berichtigen und zu ergänzen. Im Einzelnen hat die Beklagte die folgenden Änderungen beantragt:

1. - 8. [...]

9. Auf der Seite 7 wird von [...] Frau A. gesprochen, richtigerweise muss es heißen „Frau B.“.

Die Klägerin hat erklärt, dass die Änderung zu Ziffer 9 erfolgen könne, und hat im Übrigen beantragt, den Antrag der Klägerin zurückzuweisen.

II.

Der Antrag der Beklagten vom 10.12.2018 ist statthaft als Antrag auf Protokollberichtigung gemäß § 164 ZPO (siehe unter 1.). Über diesen Antrag ist zu entscheiden durch den Vorsitzenden (siehe unter 2.); auf den Antrag war das Protokoll nur in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang zu berichtigen, im Übrigen war der Antrag zurückzuweisen (siehe unter 3.).

1. Der Antrag der Beklagten vom 10.12.2018, mit dem sie eine Ergänzung und Berichtigung des Berichterstattervermerks zum Terminsprotokoll vom 29.08.2018 beantragt

hat, ist statthaft als ein Antrag mit dem Ziel der Berichtigung des Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 29.08.2018 gemäß § 164 ZPO.

a. Die ZPO enthält zwar keine ausdrückliche und spezifische Regelung zu Berichterstattervermerken als Mittel der Protokollierung einer Beweisaufnahme, die Zulässigkeit ihrer Verwendung ist aber vom Bundesgerichtshof generell anerkannt (siehe BGH, Urteil vom 29.11.1988 – VI ZR 231/87, juris Rn. 8; Urteil vom 24.10.1990 – XII ZR 101/89, juris Rn. 17, WM 1991, 283; Urteil vom 11.07.2001 – VIII ZR 215/00, juris Rn. 16, NJW 2001, 3269; Urteil vom 26.05.2004 – VIII ZR 310/03, juris Rn. 7, WuM 2004, 411; Urteil vom 01.10.2010 – V ZR 173/09, juris Rn. 6, WM 2010, 2328 m.w.N.; zweifelnd noch RG, *Entsch. v. 06.03.1941 – V 48/40, DR 1941, 1741*; zustimmend siehe auch Stein/Jonas-Roth, 22. Aufl., § 160 ZPO Rn. 19; Wieczorek/Schütze-Smid, 4. Aufl., § 160 ZPO Rn. 41). Voraussetzung dafür, eine Entscheidung auf ein im Berichterstattervermerk niedergelegtes Ergebnis der Beweisaufnahme zu stützen, ist, dass der Vermerk – sofern nicht eine Entscheidung am Ende des Verhandlungstermins ergeht – den Parteien rechtzeitig vor dem Termin zur Verkündung dieser Entscheidung zugeht, so dass ihnen eine Möglichkeit der Stellungnahme verbleibt (siehe BGH, Urteil vom 24.10.1990 – XII ZR 101/89, juris Rn. 17, WM 1991, 283; siehe auch zur älteren Rechtsprechung BGH, Urteil vom 05.07.1972 – VIII ZR 157/71, juris Rn. 18, NJW 1972, 1673; ebenso BeckOK-Wendtland, 31. Ed., § 160 ZPO Rn. 19; Doms, MDR 2001, 73 f., Saenger-Wöstmann, 7. Aufl., § 161 ZPO Rn. 6; Zöller-Schultzky, 32. Aufl., § 161 ZPO Rn. 9). Inwieweit die Zulässigkeit einer solchen Verwendung eines Berichterstattervermerks darüber hinaus generell von der Zustimmung der Parteien abhängt, ist demgegenüber umstritten. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird teilweise ein Zustimmungserfordernis befürwortet, da mit der Verwendung eines solchen Vermerks von der Regelung des § 160 Abs. 3 ZPO abgewichen werde (siehe BeckOK-Bacher, 31. Ed., § 295 ZPO Rn. 5.8; Dötsch, MDR 2014, 755, 757; Doms, NJW 2002, 777, 779 f.). Der Bundesgerichtshof hat zu dieser Frage noch nicht ausdrücklich Stellung genommen und er hat die Zulässigkeit der Verwendung von Berichterstattervermerken bejaht, ohne dass aus den Entscheidungsgründen ersichtlich würde, dass die Parteien ihre Zustimmung zu dieser Verfahrensweise erklärt hätten (siehe BGH, Urteil vom 24.10.1990 – XII ZR 101/89, juris Rn. 17, WM 1991, 283; Urteil vom 01.10.2010 – V ZR 173/09, juris Rn. 6, WM 2010, 2328; siehe hierzu Dötsch, MDR 2014, 755, 757).

Die Verwendung des Berichterstattervermerks im vorliegenden Verfahren genügt den hier zu beachtenden Voraussetzungen: Der Berichterstattervermerk ist den Parteien zusammen mit dem Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 29.08.2018 übersandt

worden. Da das Protokoll ausdrücklich auf diesen Vermerk verweist und der Vermerk seinerseits auf das Protokoll Bezug nimmt, ist der Vermerk zudem nach § 160 Abs. 5 ZPO als Bestandteil des Protokolls anzusehen. Jedenfalls bei Beachtung der Voraussetzungen dieser gesetzlichen Sonderregelung, die keine Erklärung der Zustimmung der Parteien voraussetzt, ist die Verwendung des Berichterstattervermerks auch nicht von einem Verzicht der Parteien auf die Einhaltung der Protokollierungsvorgaben des § 160 Abs. 3 ZPO abhängig zu machen. Für den vorliegenden Fall sind diese Vorgaben ohnehin deswegen nicht einschlägig, da die Angaben der Parteien in ihrer persönlichen Anhörung zur Aufklärung des Sachverhalts gemäß § 141 Abs. 1 S. 1 ZPO nicht zu den nach § 160 Abs. 3 Nr. 4 ZPO zu protokollierenden Angaben zählen (siehe BGH, Urteil vom 11.12.1950 – III ZR 94/50, BeckRS 1950, NJW 1951, 110; Stein/Jonas-Roth, 22. Aufl., § 160 ZPO Rn. 19; Wieczorek/Schütze-Smid, 4. Aufl., § 160 ZPO Rn. 42 Fn. 151 m.w.N.).

b. Wegen des Fehlens einer ausdrücklichen und spezifischen Regelung zu Berichterstattervermerken in der ZPO enthält das Gesetz auch keine explizite Regelung zur Änderung bzw. Berichtigung des Berichterstattervermerks im Hinblick auf Unrichtigkeiten oder Unvollständigkeiten seines Inhalts. Während Rechtsprechung zu dieser Frage nicht berichtet worden ist, findet sich in der Literatur vereinzelt die Überlegung, dass die Bestimmungen zur Protokollberichtigung bzw. Protokollergänzung nach den §§ 160 Abs. 4, 164 ZPO entsprechend auch auf den Berichterstattervermerk heranzuziehen seien (siehe Dötsch, MDR 2014, 755, 757). Auf diese Ansicht stützt sich auch der Antrag der Beklagten.

c. Richtigerweise ist davon auszugehen, dass jedenfalls dann, wenn ein Berichterstattervermerk als Mittel der Protokollierung des Inhalts einer Beweisaufnahme oder Parteienanhörung verwendet wird und dieser Vermerk sodann nach § 160 Abs. 5 ZPO als Anlage zum Protokoll genommen wird, auf welche im Protokoll verwiesen wird, der Berichterstattervermerk nicht selbst Gegenstand und Bezugspunkt eines Antrags auf Änderung bzw. Berichtigung des protokollierten Inhalts der Beweisaufnahme sein kann, sondern nur das Protokoll selbst. Im Hinblick auf das Vorhandensein einer gesetzlichen Regelung zur Berichtigung bzw. Ergänzung des Protokolls selbst nach den §§ 160 Abs. 4, 164 ZPO besteht weder Raum noch Bedarf für eine analoge Anwendung dieser Bestimmungen in Bezug auf den Berichterstattervermerk, der nach § 160 Abs. 5 ZPO als Teil des Protokolls gilt: Das Ziel der Berichtigung bzw. der Ergänzung der Angaben, die im Berichterstattervermerk enthalten sind, kann ohne weiteres auch im Rahmen des

Protokolls erreicht werden, welches auf den Berichterstattervermerk verweist, indem dieser Verweisung auf den Vermerk eine entsprechende Maßgabe hinzugefügt wird.

d. Wird eine Berichtigung bzw. Ergänzung der im Berichterstattervermerk enthaltenen Angaben begehrt, indem der im Protokoll enthaltenen Verweisung auf den Berichterstattervermerk eine entsprechende Maßgabe hinzugefügt werden soll, kann dies nur als Protokollberichtigung nach § 164 ZPO erfolgen, nicht als Protokollergänzung nach § 160 Abs. 4 ZPO.

aa. Allgemein bestehen Uneinigkeiten hinsichtlich der Abgrenzung zwischen den Regelungen des § 164 ZPO und des § 160 Abs. 4 ZPO, soweit – wie auch vorliegend überwiegend beantragt – die Wiedergabe einer Aussage um zusätzliche Angaben ergänzt werden soll: In der Literatur wird teils vertreten, dass von der Regelung des § 164 ZPO auch Ergänzungen von „Unvollständigkeiten“ des Protokolls erfasst sein sollen (siehe Baumbach/Lauterbach-Hartmann, 77. Aufl., § 164 ZPO Rn. 5; MK-Fritsche, 5. Aufl., § 164 ZPO Rn. 1; Stein/Jonas-Roth, 22. Aufl., § 164 ZPO Rn. 2; siehe auch Zöller-Schultzky, 32. Aufl., § 164 ZPO Rn. 2). Von der überwiegenden Auffassung in der Rechtsprechung wird dagegen angenommen, dass allenfalls sprachliche Unvollständigkeiten bei der Wiedergabe eines Vorgangs oder einer Äußerung von § 164 ZPO erfasst sein könnten, während jede Hinzufügung einer vollständig fehlenden Wiedergabe eines Vorgangs oder einer Äußerung als Fall des § 160 Abs. 4 ZPO anzusehen sei (siehe OLG Dresden, Beschluss vom 11.10.2016 – 4 U 556/16, juris Rn. 34; OLG Frankfurt, Beschluss vom 08.11.2004 – 4 W 53/04, juris Rn. 8 f., OLGR Frankfurt 2005, 463; OLG Schleswig, Beschluss vom 25.02.2011 – 5 W 7/11, juris Rn. 10 f., MDR 2011, 751). Diese Unterscheidung ist namentlich deswegen von Bedeutung, weil eine Protokollergänzung nach § 160 Abs. 4 ZPO lediglich bis zum Schluss des betreffenden Verhandlungstermins beantragt werden kann (siehe OLG Dresden, a.a.O.; OLG Frankfurt, a.a.O.; OLG Schleswig, a.a.O.; Stein/Jonas-Roth, 22. Aufl., § 160 ZPO Rn. 30), während eine Protokollberichtigung nach § 164 ZPO nicht fristgebunden ist (siehe Stein/Jonas-Roth, 22. Aufl., § 164 ZPO Rn. 2; Zöller-Schultzky, 32. Aufl., § 164 ZPO Rn. 2).

bb. Für die vorliegende Konstellation kommt allein die Anwendung des § 164 ZPO in Betracht: Unabhängig davon, ob es um eine Berichtigung oder Ergänzung der im Berichterstattervermerk enthaltenen Angaben geht, kann dies im Wege der Hinzufügung einer Maßgabe zu der Verweisung auf den Berichterstattervermerk im Protokoll nur als Protokollberichtigung nach § 164 ZPO erfolgen, nicht als Protokollergänzung nach

§ 160 Abs. 4 ZPO. Für dieses Ergebnis spricht bereits, dass es sich bei der Hinzufügung einer Maßgabe zu der Verweisung auf den Berichterstattervermerk im Protokoll schon dem Inhalt nach um eine Berichtigung handelt: Es wird die zunächst nicht mit Qualifikationen versehene Verweisung dahin korrigiert, dass auf den Berichterstattervermerk nur unter Berücksichtigung dieser Maßgabe verwiesen wird. Eine Unterscheidung zwischen Berichtigungen und Ergänzungen liegt auch im Hinblick auf die Natur der Maßgabe zu der Verweisung nicht nahe. Vor allem aber ist zu berücksichtigen, dass die Anwendung des § 160 Abs. 4 ZPO auch deswegen nicht sachgerecht wäre, weil der Berichterstattervermerk zum Inhalt der Beweisaufnahme oder Parteianhörung den Parteien erst nach dem Schluss des betreffenden Verhandlungstermins zugeht, so dass eine Gelegenheit zur Stellung eines Antrags auf Protokollergänzung nach § 160 Abs. 4 ZPO nicht mehr bestünde.

2. Die Entscheidung über eine Berichtigung des Protokolls nach § 164 ZPO war allein vom Vorsitzenden zu treffen, der auch das Protokoll des Termins zur mündlichen Verhandlung vom 29.08.2018 unterzeichnet hat, nicht durch den Berichterstatter als Ersteller des Berichterstattervermerks. Die Protokollberichtigung nach § 164 ZPO obliegt, wenn – wie hier – kein Urkundsbeamter zur Protokollführung hinzugezogen wurde, dem Vorsitzenden allein (siehe OLG Stuttgart, Beschluss vom 13.11.2013 – 7 W 58/13, juris Rn. 20, VersR 2014, 1103; MK-Fritsche, 5. Aufl., § 164 ZPO Rn. 8; Stein/Jonas-Roth, 22. Aufl., § 164 ZPO Rn. 9; Zöller-Schultzky, 32. Aufl., § 164 ZPO Rn. 5). Da die Berichtigung nicht den vom Berichterstatter unterzeichneten Vermerk selbst betrifft, sondern die im Terminsprotokoll enthaltene Verweisung auf diesen Vermerk, bezieht sie sich auf einen Teil des Protokolls, der vom Vorsitzenden in eigener Verantwortlichkeit geführt wurde (zur Protokollführungsverantwortung siehe allgemein OLG Stuttgart, a.a.O.; MK-Fritsche, 5. Aufl., § 159 ZPO Rn. 5; Stein/Jonas-Roth, 22. Aufl., § 159 ZPO Rn. 12). Auf diese Weise wird im Übrigen auch ein Auseinanderfallen der Zuständigkeiten vermieden, welches sich ergäbe, wenn gegebenenfalls in Bezug auf dieselbe mündliche Verhandlung danach zu unterscheiden wäre, ob hinsichtlich der Wiedergabe des Inhalts einer Beweisaufnahme oder Parteianhörung eine Berichtigung der Verweisung auf den Berichterstattervermerk oder eine Berichtigung des Protokolls im Übrigen begehrt würde.

3. Maßstab der Protokollberichtigung nach § 164 ZPO ist allein die Entscheidung des Protokollierenden darüber, ob der protokollierte Inhalt unrichtig ist (siehe unter a.). Nach diesem Maßstab ist der Antrag auf Berichtigung des Protokolls im tenorierten Umfang begründet (siehe unter b.), im Übrigen dagegen unbegründet (siehe unter c.).

a. Da das Protokoll, wenn – wie hier – kein Urkundsbeamter zur Protokollführung hinzugezogen wurde, vom Vorsitzenden allein in eigener Verantwortung geführt wird, ist auch über die Frage einer Protokollberichtigung vom Protokollierenden in eigener Verantwortung zu entscheiden (siehe vorstehend unter 2.). Maßstab kann also allein die Überzeugung des Protokollierenden davon sein, dass das Protokoll unrichtig und damit berichtigungsbedürftig ist. Für diese eigene Überzeugung kann es maßgeblich allein auf die Erinnerung des protokollierenden Vorsitzenden ankommen (vgl. auch OLG Stuttgart, Beschluss vom 13.11.2013 – 7 W 58/13, juris Rn. 16, VersR 2014, 1103; Stein/Jonas-Roth, 22. Aufl., § 164 ZPO Rn. 2; Zöller-Schultzky, 32. Aufl., § 164 ZPO Rn. 2). Dies schließt nicht aus, z.B. Parteivortrag, Schriftstücke oder Erklärungen Dritter heranzuziehen, um ein Erinnerungsvermögen des Protokollierenden aufzufrischen (siehe auch Stein/Jonas-Roth, 22. Aufl., § 164 ZPO Rn. 5). Die vom Beklagtenvertreter beantragte Vernehmung von Zeugen dazu, welche Angaben die Parteien in der mündlichen Verhandlung vom 29.08.2018 gemacht haben sollen, kommt dagegen nicht in Betracht, da dies die eigene Erinnerung des Protokollierenden nicht ersetzen kann. Soweit in der Literatur teilweise (siehe Wieczorek/Schütze-Smid, 4. Aufl., § 164 ZPO Rn. 15) weitere Quellen der Überzeugungsbildung zugelassen werden, zu denen gegebenenfalls auch eine Zeugenvernehmung zu zählen wäre, beruht dies auf einer verkürzenden Zitierung der dieser Auffassung zugrunde liegenden Gerichtsentscheidung (siehe OLG Saarbrücken, Beschluss vom 07.04.1971 – 1 U 21/70, BeckRS 9998, 60929, NJW 1972, 61), in der für den Fall einer möglichen Divergenz der Erinnerung bei zwei Protokollierenden die Möglichkeit der Herbeiführung einer übereinstimmenden Überzeugung angenommen wurde. Dies steht auch im Einklang damit, dass nach allgemeiner Auffassung die Überprüfung der Vornahme einer Protokollberichtigung in der Sache nur dem Gericht zustehen kann, das die mündliche Verhandlung geführt hat, nicht aber einem Beschwerdegericht: Da das übergeordnete Gericht an der Sitzung nicht teilgenommen hat, wird es als zur Überprüfung des Protokolls nicht geeignet angesehen (siehe BGH, Beschluss vom 14.07.2004 – XII ZB 268/03, juris Rn. 6, NJW-RR 2005, 214; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.10.2001 – 9 W 85/01, juris Rn. 9, MDR 2002, 230; OLG Frankfurt, Beschluss vom 30.04.2007 – 15 W 38/07, juris Rn. 22, NJW-RR 2007, 1142; MK-Fritsche, 5. Aufl., § 164 ZPO Rn. 11; Stein/Jonas-Roth, 22. Aufl., § 164 ZPO Rn. 15; Zöller-Schultzky, 32. Aufl., § 164 ZPO Rn. 11), weswegen auch ein Rechtsmittel gegen die Berichtigungsentscheidung im Hinblick auf den Inhalt der Berichtigung nicht statthaft ist (siehe BGH, a.a.O., juris Rn. 8; Beschluss vom 24.11.2016

– juris Rn. 9, WM 2017, 346; OLG Düsseldorf, a.a.O.; OLG Frankfurt, a.a.O.; Stein/Jonas-Roth, a.a.O.; Zöller-Schultzky, a.a.O.). Anderes wird lediglich teilweise für Fälle angenommen, in denen das übergeordnete Gericht bereits aufgrund des Inhalts der Akten (so OLG Frankfurt, Beschluss vom 11.02.2013 – 19 W 8/13, juris Rn. 1, NJW-RR 2013, 574) oder aufgrund einer dienstlichen Äußerung gerade des für das Protokoll verantwortlichen Richters und des Protokollführers (so OLG Koblenz, Beschluss vom 26.02.1986 – 8 W 121/86, juris Ls., MDR 1986, 593) die Richtigkeit des Protokolls überprüfen könnte (noch weitergehend aus der Literatur Baumbach/Lauterbach-Hartmann, 77. Aufl., § 164 ZPO Rn. 15, wonach auch dienstliche Äußerungen oder Aktenvermerke *aller* an der Sitzung beteiligten Gerichtspersonen zuzulassen wären; ablehnend dagegen MK-Fritsche, 5. Aufl., § 164 ZPO Rn. 11; Zöller-Schultzky, a.a.O.). Dem ist zu entnehmen, dass eine unabhängig vom Erinnerungsvermögen des Protokollierenden erfolgende Überzeugungsbildung, wie sie beispielsweise in anderen Konstellationen auf der Grundlage einer Beweisaufnahme durch Zeugenbeweis vonstatten gehen könnte, für das Verfahren nach § 164 ZPO ausgeschlossen ist.

b. Nach diesem Maßstab ist der Antrag auf Berichtigung des Protokolls begründet, soweit die Beklagte unter Ziffer 9 ihres Antrags gerügt hat, dass es auf S. 7 des Berichterstattervermerks statt „Frau A.“ richtig heißen muss „Frau B.“. Nach Erinnerung des Vorsitzenden, der das Protokoll im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 29.08.2018 unterzeichnet hat, ist in der Verhandlung tatsächlich durchgängig von „Frau B.“ die Rede gewesen und es ist dieser Punkt durch eine entsprechende Maßgabe in der Verweisung des Protokolls auf den Berichterstattervermerk zu korrigieren.

c. Im Übrigen ist der Antrag der Beklagten vom 10.12.2018 auf Berichtigung des Protokolls dagegen unbegründet, da nach der eigenen Erinnerung des Vorsitzenden – auch unter Berücksichtigung des Vorbringens der Beklagten hierzu – dieser nicht zu der Überzeugung kommen konnte, dass das Protokoll insoweit unrichtig ist, als die weiteren von der Beklagten genannten Ergänzungen bzw. Berichtigungen ihrer Angaben im Protokoll begehrt werden.

gez. Dr. Schromek