



---

Geschäfts-Nr. PN020246      [A](#), [B](#), [C](#)

**III. Zivilkammer**

Mitwirkend:    die Oberrichter Dr. iur. E. Mazurczak, Vorsitzender,  
Dr. iur. R. Wyler und Dr. iur. A. Brunner  
sowie die juristische Sekretärin lic. iur. V. Girsberger

**Zirkular-Erledigungsbeschluss vom 9. Januar 2003**

in Sachen

**P.**

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin X.

gegen

**M.**

Beklagter und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt Y.

betreffend **Ehescheidung (Protokollberichtigung)**

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen eine Verfügung der Einzelrichterin  
am Bezirksgericht Q. vom 25. Oktober 2002 (FE...)**

### **Das Gericht zieht in Erwägung:**

1. Mit Beschluss vom 17. Oktober 2002 wurde die Nichtigkeitsbeschwerde der Beschwerdeführerin (...) gegen die Verfügung der Einzelrichterin am Bezirksgericht Q. betreffend Protokollberichtigung teilweise gutgeheissen und die Sache zum neuen Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen. Mit einzelrichterlicher Verfügung vom 25. Oktober 2002 wurde in Ergänzung von Ziff. 6 der Erwägungen des Entscheids vom 19. August 2002 auf die einzelnen Rügen der Beschwerdeschrift vom 15. August 2002 eingegangen. Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 29. November 2002 erneut Nichtigkeitsbeschwerde und beantragte:

- "1. Es sei die Verfügung vom 25. Oktober 2002 der Einzelrichterin des Bezirksgerichts Q. aufzuheben.
2. Es sei die Einzelrichterin anzuweisen, die Begründung der Verfügung vom 25. Oktober 2002 zu vervollständigen.  
Eventualiter sei die Einzelrichterin anzuweisen, die Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen zu wiederholen.
3. (...)
4. (...)
5. Es sei die aufschiebende Wirkung zu gewähren."

Mit Präsidialverfügung (...) wurde der Einzelrichterin Frist zur Erstattung einer obligatorischen Vernehmlassung zu Ziffer 5 der Beschwerdeschrift angesetzt und das Gesuch um aufschiebende Wirkung mangels hinreichender Begründung einstweilen abgewiesen. Am 6. Dezember 2002 (...) nahm die Vorinstanz zu Ziffer 5 der Beschwerdeschrift Stellung und verzichtete im Übrigen auf eine Vernehmlassung (act. 5). Mit ausführlich begründeter Eingabe vom 13. Dezember 2002 beantragte die Beschwerdeführerin, die vorläufige Abweisung der aufschiebenden Wirkung in Wiedererwägung zu ziehen. Mit Präsidialverfügung vom 16. Dezember 2002 wurde der Nichtigkeitsbeschwerde daraufhin die aufschiebende Wirkung zuerkannt. (...)

2. Zur Begründung der Beschwerde wird vorgebracht, die Vorinstanz sei der Aufforderung des Obergerichts, ihre teilweise ablehnende Entscheidung vom 19. August 2002 pflichtgemäss zu begründen, nicht nachgekommen.

Die Einzelrichterin habe zwar nun begründet, weshalb die in der Nichtigkeitsbeschwerde vom 19. September 2002 verlangten Korrekturen am Protokoll grösstenteils nicht vorzunehmen seien. Sie gehe aber mit keinem Wort darauf ein, ob das Tonband nun tatsächlich zur Protokollausfertigung beigezogen worden sei oder nicht und ob das Handprotokoll mit der Tonbandaufzeichnung übereinstimme. Trotz substantzierter Darlegung der Beschwerdeführerin sei nach wie vor auch in keiner Weise begründet worden, weshalb das Handprotokoll mit den Tatsachen übereinstimmen sollte. Das einzelrichterliche Verhalten stelle eine unzulässige Beweismittelbeschränkung und damit eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar, weil im Protokollberichtigungsverfahren insbesondere die vormalige Anwältin der Beschwerdeführerin (...) nicht als Zeugin befragt und die ausführliche präzise Zusammenstellung betreffend Besuchs- und Sorgerecht, welche die Beschwerdeführerin (ihrer vormaligen Anwältin) ausgehändigt gehabt habe, nicht herangezogen worden sei. Die Vorinstanz hielt dem entgegen, das unterzeichnete Protokoll sei eine öffentliche Urkunde und bilde Beweis für die darin enthaltene Beurkundung. Der Beizug von weiteren Beweisen erscheine nicht notwendig.

3. Das Verfahren vor der Kassationsinstanz hat lediglich die Frage nach dem Vorhandensein von Nichtigkeitsgründen im Sinne von § 281 ZPO zum Gegenstand. In der Beschwerdeschrift ist darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid mit einem der erwähnten Mängel behaftet sei. Die Kassationsinstanz überprüft nur die geltend gemachten Mängel (§ 290 ZPO). Der Entscheid über ein Protokollberichtigungsbegehren ist als prozessleitender Entscheid unter den Voraussetzungen von § 282 Ziff. 1 und 2 ZPO, d.h. eines drohenden und nur schwer wiedergutzumachenden Nachteils oder der Ersparnis eines bedeutenden Zeit- oder Kostenaufwands, mit Nichtigkeitsbeschwerde anfechtbar. Die Kognition der Kassationsinstanz ist in Protokollberichtigungsverfahren insofern zusätzlich beschränkt, als sie sich als obere Instanz über die Feststellung des Gerichts, welches die Verhandlung durchgeführt und sich in seinem Entscheid über das Protokollberichtigungsbegehren aus eigenem Wissen darüber ausgesprochen hat, ob das

Protokoll richtig geführt worden sei oder nicht, nicht hinwegsetzen kann (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 15 zu § 154 GVG). Da die obere Instanz nicht aufgrund *eigener* Wahrnehmungen beurteilen kann, ob das Protokoll richtig und vollständig geführt sei, steht ihr auch kein Entscheidungsrecht darüber zu (Hauser/Schweri, a.a.O., N 8). Damit fällt die Prüfung der Tatbestände der "*willkürlichen tatsächlichen Annahme*" gemäss § 281 Ziff. 2 ZPO und der Verletzung des rechtlichen Gehörs als eines "*wesentlichen Verfahrensgrundsatzes*" gemäss § 281 Ziff. 1 ZPO insoweit ausser Betracht, als mit der Nichtigkeitsbeschwerde gerügt wird, die Vorinstanz verweigere die begehrte Protokollberichtigung. Gerügt werden kann schliesslich, der angefochtene Entscheid verstosse gegen klares materielles Recht (§ 281 Ziff. 3 ZPO).

4. Auf die Nichtigkeitsbeschwerde gegen den prozessleitenden Entscheid vom 25. Oktober 2002 ist insofern einzutreten, als bei Zuwarten mit einer allfälligen Protokollberichtigung bis zum Endentscheid im Massnahmeverfahren die Gefahr bestünde, dass der (zweitinstanzliche) Endentscheid gestützt auf ein teilweise unrichtiges Protokoll ergehen könnte. Die Voraussetzungen gemäss § 282 Ziff. 2 ZPO sind erfüllt.
5. Soweit mit der Nichtigkeitsbeschwerde geltend gemacht wird, die Einzelrichterin müsse sich im Rahmen ihrer Begründungspflicht zur Verwendung der Tonbandaufzeichnung bei der Protokollausfertigung äussern, handelt es sich dabei um eine *res iudicata*, weshalb auf diese Rüge nicht einzutreten ist.
6. Die Beschwerdeführerin rügt die Verletzung der richterlichen Begründungspflicht und damit eine Verletzung des rechtlichen Gehörs gemäss § 281 Ziff. 1 ZPO dadurch, dass die Vorinstanz nicht darlege, weshalb das Handprotokoll "die Tatsachen" richtig wiedergeben sollte. Diese Rüge geht ins Leere, weil die protokollierende Gerichtssekretärin kraft ihrer prozessualen Rechtsstellung als Urkundsperson die Richtigkeit des Protokolls mit der Unterzeichnung des ausgefertigten Protokolls bestätigte (vgl. Hauser/Schweri, a.a.O., N 1 zu § 142 GVG). Die Beschwerdeführerin rügt zu

Recht nicht, die gesetzlichen Bestimmungen über das Protokoll seien nicht befolgt worden, so dass das Protokoll der Verhandlung vom (...) als Urkunde keine Gültigkeit beanspruchen könnte (a.a.O., N 7 zu § 141 GVG). Entgegen ihrer Auffassung kann auch die Tatsache, dass *dieselbe* - angeblich "unerfahrene"- juristische Sekretärin das Handprotokoll geschrieben und die Korrektheit und Wahrheit des Protokolls unterzeichnet und bestätigt hat, keineswegs zu grundlegenden Zweifeln an der Richtigkeit des Handprotokolls berechtigen. Dieses Vorgehen ist nicht nur nicht zu beanstanden, sondern entspricht zwingendem Verfahrensrecht: Das Protokoll wird "vom *Protokollführer* ausgefertigt und unterzeichnet" (§ 149 Abs. 3 GVG; Hauser/Schweri, a.a.O., N 7 zu § 141 GVG).

7. Des Weiteren wird vorgetragen, da das Verhandlungsprotokoll vom (...) sich bereits wiederholt als mangelhaft herausgestellt habe, könne es nicht den Beweis für die Richtigkeit der darin enthaltenen Verurkundungen bilden. Der Richter sei auch im Rahmen eines Protokollberichtigungsverfahrens verpflichtet, die notwendigen Beweise zur Beurteilung der Sachlage von Amtes wegen beizuziehen. Die Beschwerdeführerin geht demnach davon aus, sie sei bei der gegebenen Sachlage ohne Weiteres zum Antritt des Beweises berechtigt, dass das Protokoll für die durch dieses bezeugten Tatsachen nicht den vollen Beweis zu erbringen vermöge (Art. 9 ZGB i.V.m. § 154 Abs. 1 GVG). Diese Rüge zielt richtig besehen auf eine Verletzung klaren materiellen Rechts im Bereich der Entkräftung des Urkundenbeweises: Die Beweisabnahme über die Echtheit einer öffentlichen Urkunde ist unter der einschränkenden Voraussetzung zulässig, dass deren Unechtheit *glaubhaft* gemacht werden kann (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. A., 10. Kapitel, N 113; Berner Kommentar N 67 in fine zu Art. 9 ZGB). Diese zivilprozessuale Regel kann für den Fall der Bestreitung des *Wahrheitsgehalts* einer echten Urkunde analog zur Anwendung gelangen, indem die Unrichtigkeit des Protokolls zum Beweis erhoben werden kann, sofern die Unrichtigkeit des Protokollinhalts glaubhaft gemacht wird. Die hier angerufenen Protokollkorrekturen betrafen die Berichtigung eines offensichtlichen Schreibfehlers sowie die (sinnentstellende) Wiedergabe einer Aussage der

Klägerin in der Gegenwart, anstatt in der Vergangenheit, die unterlassene Protokollierung des Antrags auf unentgeltliche Prozessführung und -verbeiständung sowie die nicht festgehaltene Einsichtsmöglichkeit der Einzelrichterin in die Strafuntersuchungsakten. Die Vorinstanz nahm die erwähnte Protokollberichtigung bezüglich der Wiedergabe einer Aussage der Klägerin aufgrund einer Überprüfung des Handprotokolls vor, nachdem die Beschwerdeführerin ein entsprechendes Protokollberichtigungsgesuch gestellt hatte. Die weiteren beantragten Änderungen des Verhandlungsprotokolls mit Bezug auf die klägerischen Aussagen wurden - nach Rückweisung durch die Kassationsinstanz - aufgrund eines sorgfältigen Vergleichs der behaupteten Aussagen der Beschwerdeführerin mit dem Handprotokoll verweigert. Es wäre der Beschwerdeführerin unbenommen gewesen, selbst Einsicht in das Handprotokoll zu nehmen, um zu überprüfen, ob die weiteren handschriftlichen Aufzeichnungen der Aussagen der Klägerin im Handprotokoll auf sinnentstellende Weise in das ausgefertigte Protokoll übertragen wurden. Eine solche Rüge liegt indessen nicht vor. Es bestehen ausser den blossen Behauptungen der Beschwerdeführerin keinerlei Hinweise darauf, dass das Protokoll den Sinngehalt der klägerischen Aussagen an der Verhandlung vom (...) unrichtig wiedergeben würde. Die erwähnte, von der Vorinstanz bezüglich der zwei Parteiaussagen zugestandene Protokollberichtigung ist für sich allein nicht geeignet, die Richtigkeit des Protokolls in den übrigen von der Klägerin abweichend dargestellten Parteiaussagen in Frage zu stellen. Die von der Kassationsinstanz angeordneten Berichtigungen betrafen sodann keine zu protokollierenden Parteiaussagen, sondern prozessuale Parteianträge, welche nach der (unzutreffenden) Auffassung der Vorinstanz aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht in das Protokoll gehörten, so dass jedenfalls nicht eine ungenaue Protokollierung den Grund für diese Unterlassungen bildete. Damit hat die Unrichtigkeit der Protokollierung der Aussagen der Klägerin nach wie vor als bloss behauptet zu gelten und ist nicht glaubhaft gemacht. Die Vorinstanz kann daher auch nicht klar materielles Recht verletzt haben, indem sie nicht von Amtes wegen ein Be-

weisverfahren zwecks Entkräftung der Urkundenqualität des Gerichtsprotokolls eröffnete.

8. (...)

**Demgemäss beschliesst das Gericht:**

1. Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird.
- 2.-4. (Kosten- und Entschädigungsfolge)
5. (Schriftliche Mitteilung)