

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PP200008-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Urteil vom 29. September 2020

in Sachen

A._____ AG,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____ GmbH,

betreffend **Forderung (Herausgabe der Tonbandaufnahmen)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Ver-
fahren am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 18. Dezember 2019
(FV190079-L)**

Erwägungen:

I.

1. Mit Eingabe vom 12. Februar 2019 und unter Einreichung der Klagebewilligung des Friedensrichteramts C._____, reichte die Rechtsvorgängerin der Klägerin und Beschwerdeführerin (fortan Klägerin) eine Klage über Fr. 5'832.– zuzüglich Verzugszins gegen die Beklagte und Beschwerdegegnerin (fortan Beklagte)

ein (Urk. 4/1 und Urk. 4/2). Am 15. November 2019 fällte die Vorinstanz das Urteil in der Sache in unbegründeter Form, das den Parteien am 19. November 2019 eröffnet wurde (Urk. 4/16, 4/16a). Mit Zuschrift vom 18. November 2019, eingegangen bei der Vorinstanz am 19. November 2019, ersuchte die Klägerin darum, ihr spätestens mit Zustellung des Entscheids im Dispositiv eine vollständige Kopie des Verhandlungsprotokolls inklusive Audioaufnahme zukommen zu lassen (Urk. 4/19). Am 2. Dezember 2019 verlangte die Klägerin die Begründung des Urteils und wiederholte ihr Gesuch betreffend Verhandlungsprotokoll samt Audioaufnahme (Urk. 4/21). Am 4. Dezember 2019 liess die Vorinstanz der Klägerin das Verhandlungsprotokoll zukommen (Urk. 4/22). Mit Eingabe vom 9. Dezember 2019 hielt die Klägerin am Antrag um Zustellung der Audiodatei fest und beantragte, die Aussagen der Beklagten seien neu zu protokollieren, indem die effektiv gestellten Fragen und die darauf tatsächlich erteilten Antworten auszuweisen seien, bzw. bei Nichtbefolgung um Zustellung einer beschwerdefähigen Verfügung (Urk. 4/24). Am 18. Dezember 2019 erliess die Vorinstanz die folgende Verfügung (Urk. 2):

1. Das Gesuch um Herausgabe der Tonbandaufnahme der Hauptverhandlung vom 14. November 2019 wird abgewiesen.
2. Das Gesuch um wörtliche Protokollierung der beklagtischen Ausführungen anlässlich der Hauptverhandlung vom 14. November 2019 wird abgewiesen.
3. Die Kosten für diesen Entscheid werden auf Fr. 300.– festgesetzt und der Klägerin auferlegt.
4. (Schriftliche Mitteilung).
5. (Beschwerde gegen Ziffer 3 dieser Verfügung).

2. Am 24. Januar 2020 erhob die Klägerin sowohl Beschwerde gegen das Urteil vom 15. November 2019 (separates Verfahren PP200007-O) als auch gegen die Verfügung vom 18. Dezember 2019 und beantragte, letztere sei (insbesondere in Bezug auf die Kostenregelung) aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, der Klägerin die Audiodatei der erstinstanzlichen Verhandlung herauszugeben (Urk. 1 S. 2). Mit Verfügung vom 4. März 2020 wurde der Beklagten Frist zur Be-

antwortung der Beschwerde angesetzt (Urk. 5). Die Beklagte liess sich nicht vernehmen.

3. Hauptstreitpunkt bildet die Frage, ob die Vorinstanz zu verpflichten ist, die Tonbandaufnahmen der Hauptverhandlung herauszugeben. Das Rubrum ist entsprechend anzupassen.

II.

1. Die Beschwerde richtet sich - ungeachtet des Erlasses erst nach dem Endentscheid - gegen eine prozessleitende Verfügung im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO, die nur angefochten werden kann, wenn – vom Kostenpunkt abgesehen (Art. 110 ZPO) – durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Dabei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der vom Gericht unter Berücksichtigung der konkreten Umstände und in pflichtgemässer Ausübung des Ermessens konkretisiert werden muss. Ein solcher Nachteil ist ohne Weiteres anzunehmen, wenn er auch durch einen für den Ansprecher günstigen Zwischen- oder Endentscheid nicht mehr beseitigt werden kann. Geltend gemacht werden können sowohl rechtliche wie (zumindest nach einem Teil der Lehre) auch tatsächliche Nachteile (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 319 N 13 f.). Die Unzulässigkeit der selbständigen Anfechtung einer prozessleitenden Verfügung in Ermangelung eines drohenden Nachteils bedeutet jedoch nicht, dass derartige Entscheide überhaupt nicht angefochten werden können. Vielmehr kann mit dem Rechtsmittel gegen den Endentscheid die Fehlerhaftigkeit des prozessleitenden Entscheids gerügt werden (Blickensdorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 319 N 22 und N 41). Die muss auch gelten, wenn die prozessleitende Verfügung nach dem Endentscheid ergangen ist; sonst könnte sie überhaupt nicht angefochten werden. Das macht die Klägerin denn auch erklärtermassen geltend (vgl. Urk. 1 S. 2 letzter Absatz). Auf die Beschwerde ist – unter Vorbehalt hinreichender Begründung – einzutreten.

2. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO).

Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip (Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., Art. 321 N 15), d.h. die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (zum Nachweis des gerügten Mangels) sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven (BGE 137 III 470 E. 4.5.3).

3. Die Vorinstanz gab eingangs die rechtlichen Anforderungen an die Protokollierung im Sinne von Art. 235 Abs. 2 ZPO wieder. Darauf kann verwiesen werden (Urk. 2 S. 3). Sodann führte sie im Wesentlichen aus, die Klägerin habe bis heute nicht geltend gemacht, das Protokoll sei fehlerhaft oder die Aussagen seien falsch protokolliert. Sie behalte sich ein Berichtigungsbegehren lediglich vor, für den Fall, dass sie bei Abhören der Audiodatei solches feststelle. Damit fehle es bereits an einem aktuellen Rechtsschutzinteresse an der Herausgabe dieser Audiodatei. Die Klägerin beantrage, dass die Aussagen der Beklagten neu zu protokollieren seien, indem die effektiv gestellten Fragen und die darauf tatsächlich erteilten Antworten auszuweisen seien. Daraus werde ersichtlich, dass die Klägerin die wörtliche Abschrift der Tonbandaufzeichnung erreichen wolle. Darauf bestehe jedoch kein Anspruch (Urk. 2 S. 3).

4. Die Klägerin macht zusammengefasst geltend, die Verweigerung der Vorinstanz, die Audiodatei herauszugeben, verletze ihren Anspruch auf rechtliches Gehör. Um das schriftliche Protokoll auf dessen Richtigkeit und Vollständigkeit hin überprüfen zu können, müsse es einer Partei möglich sein, die Audiodatei auszuwerten. Gleiches gelte, wenn eine Überschreitung der richterlichen Fragepflicht im Raum stehe und überprüft werden müsse. Es sei der Klägerin bewusst, dass kein Anspruch auf ein Wortprotokoll bestehe. Ein solches habe sie denn auch nie beantragt, zumal sie lediglich begehrt habe, dass der Parteivortrag der Beklagten in Frage-Antwort-Form (nicht aber zwingend wörtlich) zu protokollieren sei. Vorliegend unterscheide sich das schriftliche Protokoll derart stark von den tatsächlichen Äusserungen, dass vollkommen falsche Tatsachen suggeriert würden, wenn

man nur auf das schriftliche Protokoll abstelle. Da der Klägerin die Audiodatei nicht vorliege, gestalte es sich auch schwierig, konkrete Beispiele korrekt zu formulieren. Unter diesen Umständen sei es der Klägerin unmöglich, eine Verletzung der richterlichen Fragepflicht überhaupt erst geltend zu machen, da die Fragen schlicht nicht dokumentiert seien (Urk. 1 S. 4 f.). Weiter wird gerügt, die Vorinstanz werfe der Klägerin vor, dass sie bis heute nicht geltend gemacht habe, das Protokoll sei fehlerhaft oder Aussagen seien falsch protokolliert. Diese Begründung gehe fehl, da es der Klägerin ohne Audiodatei nicht möglich sei, konkrete Falschprotokollierungen darzulegen und zu beweisen (Urk. 1 S. 5).

5. Den Parteien steht das Recht zu, Fehler im Protokoll mit einem Protokollberichtigungsbegehren zu rügen. Das Gesetz sieht keine Frist vor, innert derer das Protokollberichtigungsbegehren zu stellen ist. Nach Treu und Glauben muss das Begehren aber unverzüglich nach Kenntnisnahme des angeblichen Fehlers gestellt werden (Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 235 N 24, KUKO ZPO-Naegeli/Richers, Art. 235 N 14; BSK ZPO-Willisegger, Art. 235 N 45).

6. Im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens gegen den Sachentscheid kann eine fehlerhafte Protokollierung indessen nicht geltend gemacht werden. Protokollberichtigungen sind vielmehr durch das erwähnte Protokollberichtigungs-gesuch zu erwirken, für das diejenige Instanz zuständig ist, unter deren Aufsicht resp. über deren Verhandlung das Protokoll geführt wurde (Pahud, DIKE-Komm-ZPO, Art. 235 N 22 und N 25 BK ZPO I-Killias, Art. 235 N 19; BSK ZPO-Willisegger, Art. 235 N 41; KUKO ZPO-Naegeli/Richers, Art. 235 N 16). Sofern die Einvernahme zusätzlich mit technischen Hilfsmitteln aufgezeichnet wurde, sind diese Aufnahmen sodann **im Rahmen des Protokollberichtigungsverfahrens** den Parteien auf entsprechenden Antrag zur Verfügung zu stellen (KUKO ZPO-Naegeli/Richers, Art. 235 N 15; KUKO ZPO-Schmid, Art. 176 N 7; Leuenberger, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 235 N 19; Reinert, Stämpflis Handkommentar, Art. 176 ZPO N 4; Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 176 N 20; vgl. auch die Botschaft zur ZPO vom 28. Juni 2006, BBI 2006 S. 7322 und S. 7343). Eine unrichtige Protokollierung wäre demnach, auch nach bundesgerichtlicher Praxis, unverzüglich nach Kenntnisnahme des vermeintlichen Fehlers mit einem Protokollbe-

richtigungsgesuch vor Vorinstanz geltend zu machen gewesen (vgl. BGer 4A_160/2013 vom 21. August 2013, E. 3.4).

7. Die Klägerin hat, wie ausgeführt, kein Protokollberichtigungsbegehren gestellt. Sie hat einzig die Herausgabe der Audiodatei im Hinblick auf eine Überprüfung des Protokolls verlangt. Darauf besteht nach dem Ausgeführten kein Anspruch. Eine Verletzung des Gehörsanspruchs liegt nicht vor. Dem Begehren um Herausgabe der Tonbandaufnahmen ist deshalb nicht stattzugeben und die Beschwerde diesbezüglich abzuweisen.

8. Die Klägerin ficht weiter die Kostenaufgabe an. Sie macht geltend, selbst wenn die Verfügung materiell Bestand hätte, könnten ihr keine Kosten auferlegt werden. Die Entscheidgebühr gemäss Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO sei eine Pauschalgebühr und gelte, von Ausnahmen im Sinne von Art. 95 Abs. 2 lit. c-e ZPO abgesehen, für sämtliche gerichtliche Leistungen eines üblich verlaufenden Verfahrens (Urk. 1 S 6).

9. Mit der Zustellung des Urteilsdispositivs setzte die Vorinstanz die Pauschalgebühr auf Fr. 1'200.– fest (Urk. 4/16). Gemäss Pauschalssystem hat die Entscheidgebühr grundsätzlich alle gerichtlichen Prozesshandlungen in der Instanz abzudecken mit Ausnahme der in Art. 95 Abs. 2 Bst. c–e ZPO ausdrücklich vorbehaltenen effektiven Kosten der Beweisführung, der Übersetzung und der Vertretung des Kindes. Prozessleitende Entscheide rechtfertigen in aller Regel keine gesonderte Gebühr nach Art. 95 lit. b ZPO, sondern sind durch die Pauschale in der Hauptsache gedeckt. Eine gesonderte Entscheidgebühr kann nur dann festgesetzt werden, wenn die prozessleitende Verfügung in einem eigenen – zu erledigenden – Verfahren ergeht zur Vorbereitung, Unterstützung oder Nachbereitung des Hauptprozesses, wie z.B. bei der Sistierung (Art. 126 ZPO) oder bei der Erläuterung und der Berichtigung (Art. 334 ZPO; vgl. Suter/von Holzen, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 95 N 22). Eine vergleichbare Konstellation liegt vor. Die Klägerin hat ihr Begehren um eine beschwerdefähige Verfügung betreffend die Protokollierung und Herausgabe der Audiodatei im Nachgang gestellt, und zwar erst nach Fällung des Urteils (Urk. 4/24). Folglich musste die anwaltlich vertretene Klägerin damit rechnen, dass die angestrebte Verfügung nicht in der

Pauschalgebühr enthalten sein werde. Entsprechend erfolgte die Kostenaufgabe zu Recht.

10. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen.

III.

1. Die vorliegende Beschwerde betrifft ein Verfahren mit einem Streitwert in der Hauptsache von Fr. 5'832.–. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 9 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 der Gerichtsgebührenverordnung auf Fr. 300.-- festzusetzen.

2. Ausgangsgemäss wird die Klägerin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO), weshalb ihr die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen sind. Für das Beschwerdeverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Klägerin zufolge ihres Unterliegens, der Beklagten mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3, Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 300.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten (im Verfahren PP200007-O) gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert in der Hauptsache beträgt Fr. 5'832.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG

Zürich, 29. September 2020

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:
sd