

# **BGer 4A 172/2007 vom 13. August 2007**

Bundesgericht, 2007-08-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_172\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_172_2007)

FR: TF 4A 172/2007 du 13 août 2007

IT: TF 4A 172/2007 del 13 agosto 2007

## **Regeste**

Anfechtung einer Vereinbarung | Vertragsrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Da sich die Beschwerde gegen den Beschluss des Kassationsgerichts richtet, der nach dem 1. Januar 2007 ergangen ist, richtet sich das Verfahren nach dem Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (SR 173.110; Art. 132 Abs. 1 BGG). Dass der Beschwerdeführer keinen materiellen Antrag stellt, schadet ihm nicht, da das Bundesgericht, sollte es seiner Rechtsauffassung folgen, die Sache zur weiteren Abklärung an die Vorinstanz zurückweisen müsste (zur Publikation bestimmtes Urteil des Bundesgerichtes 4A\_102/2007 vom 9. Juli 2007, E. 3.1 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 130 III 136 E. 1.2 S. 139; 125 III 412 E. 1b S. 414).

### **E. 2**

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe § 154 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (LS 211.1, GVG/ZH) willkürlich angewandt und dadurch gegen Art. 9 BV verstossen. Das Protokoll enthalte nach dem Vergleichstext zwar den Vermerk "vorgelesen und bestätigt", nicht aber den Hinweis "übersetzt". Der Beschwerdeführer ist der Auffassung, nach § 154 GVG hätte das Obergericht davon ausgehen müssen, der Vergleichstext (insbesondere der Ratifikationsvorbehalt) sei nicht übersetzt worden.

#### **E. 2.1**

Die Vorinstanz erachtete es als zulässig, dass sich das Obergericht insbesondere auf die Vernehmlassung des erstinstanzlichen Richters abstützte und erkannte, der Vergleichstext sei tatsächlich übersetzt worden, auch wenn das Protokoll keinen entsprechenden Hinweis enthalte. Entgegen einer in der Lehre geäusserten Meinung (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, N. 1 zu § 154 GVG /ZH), komme dem Protokoll keine uneingeschränkte negative Beweiskraft zu. Zwar könne nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, ein Vergleich sei übersetzt worden, wenn das Protokoll keinen entsprechenden Hinweis enthalte. Der Wortlaut von § 154 GVG /ZH schliesse aber nicht aus, dass entsprechende Feststellungen aufgrund anderer Beweismittel getroffen werden können.

#### **E. 2.2**

Damit ist die Vorinstanz nach Ansicht des Beschwerdeführers in Willkür verfallen. Gemäss den einschlägigen Bestimmungen müsse aus dem Protokoll selbst ersichtlich sein, ob ein Vergleich einer der deutschen Sprache nicht mächtigen, unbeholfenen Partei übersetzt und

allenfalls auch erläutert wurde, so dass sie den Inhalt genügend erfassen und eine gültige Zustimmung erteilen könne. § 154 GVG /ZH stelle klar, dass das Protokoll in diesem wesentlichen Inhalt abschliessenden Beweis für die Richtigkeit bilde. Eine Unterscheidung in positive und negative Beweiskraft werde nicht vorgenommen und sei völlig künstlich. Die Auffassung der Vorinstanz, die dem Gerichtsverfassungsgesetz und der herrschenden Rechtsauffassung widerspreche, sei offensichtlich unhaltbar.

### **E. 2.3**

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Art. 9 BV durch eine willkürliche Anwendung kantonalen Prozessrechts. Soweit eine willkürliche Anwendung von kantonalem Recht geltend gemacht wird, wendet das Bundesgericht das Recht nicht von Amtes wegen an, sondern es gilt das Rügeprinzip ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; vgl. BGE 130 I 26 E. 2.1 S. 31, 258 E. 1.3 S. 261 f.). Es ist im einzelnen aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid willkürlich ist und gegen Art. 9 BV verstösst. Willkürlich ist ein Entscheid nach konstanter Rechtsprechung nicht schon dann, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre. Das Bundesgericht hebt einen kantonalen Entscheid wegen Willkür vielmehr nur auf, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft ( BGE 132 III 209 E. 2.1 S. 211 mit Hinweisen).

### **E. 2.4**

Gemäss § 154 GVG /ZH bildet die Ausfertigung des Protokolls Beweis für die Richtigkeit der darin enthaltenen Verurkundungen. Über Begehren um Berichtigung des Protokolls entscheidet das Gericht.

#### **E. 2.4.1**

Das Gerichtsprotokoll gemäss § 154 GVG /ZH ist eine öffentliche Urkunde (so schon ZR 18/1919 S. 315; ebenso Hauser/Schweri, a.a.O., N. 1 zu § 154 GVG /ZH). In der Lehre wird die Auffassung vertreten, ein vorschriftsgemäss unterzeichnetes Protokoll genieisse öffentlichen Glauben, das heisst die darin enthaltenen Beurkundungen gelten so lange als richtig, als nicht ihre Unrichtigkeit nachgewiesen ist. Nachträglich dürfe das Protokoll nicht verändert werden, es wäre denn, nach Anhörung der Parteien gestützt auf einen förmlichen Beschluss des Gerichtes im Rahmen einer Protokollberichtigung (Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., S. 258). Dieser Auffassung ist das Obergericht in der Sache gefolgt. Es hat am Protokoll keine nachträgliche Korrektur vorgenommen, sondern ist in Würdigung der Beweise zum Schluss gekommen, dass der Vergleich dem Beschwerdeführer tatsächlich übersetzt und erläutert wurde, auch wenn die Übersetzung im Protokoll nicht erwähnt sei. Die Auffassung des Obergerichts, beziehungsweise der Vorinstanz, findet mithin eine Stütze in einem Standardwerk zum schweizerischen Zivilprozessrecht. Eine entsprechende Regelung findet sich zudem auch in der Zivilprozessordnung des Kantons Bern (vgl. Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Aufl., S. 91; Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, N. 1 zu § 131 ZPO /BE). Von Willkür kann unter diesen Umständen keine Rede sein.

#### **E. 2.4.2**

Darüber hinaus ist zweifelhaft, ob die Lehrmeinung, auf die sich der Beschwerdeführer beruft (Hauser/Schweri, a.a.O., N. 1 zu § 154 GVG /ZH), tatsächlich davon ausgeht, das Protokoll bilde im interessierenden Punkt abschliessenden Beweis für die Richtigkeit. Nach

der Aussage, dass Gerichtsprotokolle öffentliche Urkunden seien, verweisen die Autoren nämlich auf Art. 9 ZGB (Hauser/Schweri, a.a.O., N. 1 zu § 154 GVG /ZH). Danach erbringen öffentliche Register und öffentliche Urkunden für die durch sie bezeugten Tatsachen vollen Beweis, solange nicht die Unrichtigkeit ihres Inhaltes nachgewiesen ist, wobei dieser Nachweis an keine besondere Form gebunden ist ( Art. 9 ZGB ). Das Bundesrecht lässt mithin den Nachweis der Unrichtigkeit des Inhalts unbeschränkt zu und untersagt, ihn an bestimmte Formen zu binden. Es gilt von Bundesrechts wegen die freie Beweiswürdigung (Kummer, Berner Kommentar, N. 67 zu Art. 9 ZGB mit Hinweisen; Schmid, Basler Kommentar, 3. Aufl., N. 1 zu Art. 9 ZGB ). Schlösse nach Meinung der Kommentatoren § 154 GVG den Nachweis der Unrichtigkeit des Protokolls aus, ergäbe der Hinweis auf Art. 9 ZGB keinen Sinn.

### **E. 2.4.3**

Die herrschende Lehre geht zwar davon aus, Art. 9 ZGB befasse sich nur mit den bundesprivatrechtlich vorgesehenen Urkunden (vgl. BGE 96 II 161 E. 3 S. 167; Kummer, a.a.O., N. 12 zu Art. 9 ZGB ; Schmid, a.a.O., N. 4 zu Art. 9 ZGB ; Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, N. 3b zu Art. 100 ZPO /SG; Bühler/Edelmann/Killer, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, N. 3 zu § 192 ZPO /AG). In der Lehre wurde aber ebenso die Auffassung vertreten, Art. 9 ZGB regle die Beweiskraft auch bezüglich öffentlicher Urkunden kantonalen Rechts (vgl. schon Guhl, Die interkantonale Bedeutung der öffentlichen Urkunde, in MBVR 18 [1920] S. 257 ff. S. 261; Guldener, Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, S. 10). Ein Teil der Autoren, welcher die Anwendung von Art. 9 ZGB auf Urkunden des kantonalen öffentlichen Rechts nicht befürwortet, vertritt zudem den Standpunkt, soweit bundesrechtliche Ansprüche zu beurteilen seien, müssten die kantonalrechtlichen Regeln das Prinzip der freien Beweiswürdigung respektieren, da diese sonst Bundesrecht vereitelten (Bühler/Edelmann/Killer, a.a.O., N. 3 zu § 192 und N. 1 zu § 204 ZPO /AG; vgl. auch Schmid, a.a.O., N. 4 zu Art. 9 ZGB ). Damit ist es im Ergebnis jedenfalls nicht offensichtlich unhaltbar, wenn die Vorinstanz den Beweis der Unrichtigkeit des Protokolls zulässt, wie dies Art. 9 Abs. 2 ZGB ausdrücklich vorsieht.

### **E. 2.5**

Damit könnte Willkür nur vorliegen, falls der Entscheid des Obergerichts einer steten Praxis widerspräche, welche auch in Zukunft beibehalten werden soll. Willkürlich wäre diesfalls nicht die Auslegung von Art. 154 GVG /ZH, sondern das Abweichen von der gefestigten Praxis, ohne Beachtung der für Zulässigkeit einer Praxisänderung aufgestellten Grundsätze (vgl. BGE 133 III 335 E. 2.3 S. 338 mit Hinweisen; Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., S. 108 ff. Rz. 509 ff.) und die daraus resultierende Ungleichbehandlung des Beschwerdeführers. Diesbezüglich erhebt er indessen keine hinreichend begründete Rüge, so dass nicht weiter darauf einzugehen ist. Selbst wenn man ungeachtet der mangelhaften Begründung den angefochtenen Entscheid diesbezüglich prüfen wollte, ändert sich am Ergebnis aus nachstehenden Gründen nichts.

#### **E. 2.5.1**

Das Protokollberichtigungsbegehren ist bei dem Gericht zu stellen, über dessen Verfahren das Protokoll Auskunft gibt. Sofern sich das Gericht aus eigenem Wissen darüber äussert, ob das Protokoll korrekt ist, kann sich die Rechtsmittelinstanz im

Protokollberichtigungsverfahren nicht darüber hinwegsetzen (ZR 103/2004 S. 198; Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Habil. Zürich 1942, S. 35 f. Fn. 49; Hauser/Schweri, a.a.O., N. 15 zu § 154 GVG /ZH). Da das Obergericht aber am Protokoll keine Korrektur vorgenommen hat, kann der Beschwerdeführer unmittelbar aus den für das Protokollberichtigungsverfahren geltenden Bestimmungen nichts zu seinen Gunsten ableiten. Selbst bei analoger Anwendung der Bestimmungen ergäbe sich nichts anderes, hat sich das Obergericht doch hauptsächlich auf die Vernehmlassung jener Instanz abgestützt, über deren Verfahren das Protokoll Auskunft geben soll, und sich damit gerade nicht über deren Auffassung hinweggesetzt.

#### **E. 2.5.2**

Schliesslich findet sich in einem älteren Entscheid der Hinweis, das Obergericht und das Kassationsgericht kämen immer wieder in die Lage, gegenüber der Rüge der unrichtigen Protokollierung ihrer Vorinstanz darauf zu verweisen, dass deren Protokoll Beweis für die Richtigkeit der darin enthaltenen Tatsachen bilde, solange die Vorinstanz ihr Protokoll nicht auf Gesuch hin berichtigt habe (ZR 66/1967 S. 314). Auch gestützt darauf erweist sich der angefochtene Entscheid nicht als willkürlich. Die zitierte Rechtsprechung kann dahingehend verstanden werden, dass dem Protokoll die im Gesetz vorgesehene erhöhte Beweiskraft zukommt, solange keine Protokollberichtigung erfolgt (ZR 66/1967 S. 314). Dass es unzulässig wäre, gestützt auf andere Beweismittel die verstärkte Beweiskraft des Protokolls zu widerlegen, folgt daraus nicht zwingend. Der angefochtene Entscheid steht damit nicht in einem offensichtlichen Widerspruch zu einer konstanten Praxis.

#### **E. 2.5.3**

Im Übrigen enthält das Protokoll ausdrücklich den Vermerk "vorgelesen und bestätigt". Daraus folgt, dass die Kundgabe in einer für die Parteien nachvollziehbaren Form erfolgt sein muss, da die Partei sonst keine Bestätigung hätte abgeben können. Damit ergibt sich auch aus der Auslegung des Protokolls selbst, dass eine Übersetzung stattgefunden hat. Von Willkür kann keine Rede sein.

#### **E. 3**

Insgesamt gelingt es dem Beschwerdeführer nicht, einen Verstoß gegen das Willkürverbot zu belegen. Die Beschwerde ist unbegründet und abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Da sich der Beschwerdegegner nicht hat vernehmen lassen, steht ihm keine Parteientschädigung zu ( Art. 68 Abs. 2 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.