

Separatum aus

**Tatsachen
Verfahren
Vollstreckung**

Festschrift für Isaak Meier

Herausgegeben von

Peter Breitschmid
Ingrid Jent-Sørensen
Hans Schmid
Miguel Sogo

Schulthess §

Tatsachen Verfahren Vollstreckung

Festschrift für Isaak Meier
zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

Peter Breitschmid
Ingrid Jent-Sørensen
Hans Schmid
Miguel Sogo

Schulthess § 2015

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2015

ISBN 978-3-7255-7090-4

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

KERN ALEXANDER

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich

European Central Bank's Single Supervisory Mechanism1

RUTH ARNET

Prof. Dr. iur., ordentliche Professorin an der Universität Zürich

NICOLE ROTH

MLaw, wissenschaftliche Assistentin an der Universität Zürich

Die Grundbuchberichtigungsklage im Kontext von Art. 976 ff. und Art. 736

Abs. 1 ZGB23

MARTIN BERNET

Dr. iur., Rechtsanwalt und Partner bei Schellenberg Wittmer AG in Zürich

JÖRN ESCHMENT

Dr. iur., LL.M., M.A., Rechtsanwalt bei Schellenberg Wittmer AG in Zürich

Die Haftung des Schiedsrichters nach Schweizer Recht41

PETER BREITSCHMID

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich

Zeit im Prozess, der Prozess in der Zeit und die Zeit und das Personal, das

Prozesse brauchen ... nebst dem Geld, das man für den Prozess braucht..... 57

ALEXANDER BRUNNER

Prof. Dr. iur., CEDR Accredited Mediator (London), Titularprofessor für
Handels- und Konsumrecht sowie Verfahrensrecht an der Universität
St. Gallen, Obergericht am Handelsgericht des Kantons Zürich und ne-
benamtlicher Bundesrichter (Lausanne)

Die Kunst des Vergleiches – eine Anleitung aus Richtersicht.....69

FELIX DASSER

Prof. Dr. iur., LL.M., Titularprofessor an der Universität Zürich,
Rechtsanwalt und Partner bei Homburger AG in Zürich

Bern, Lugano, Brüssel oder doch lieber Den Haag? – Ein Ausflug zu den

Rechtsquellen für Gerichtsstandsvereinbarungen89

PETER DIGGELMANN

lic. iur., Oberrichter am Obergericht des Kantons Zürich

Das Kind ist rot zu schreiben 103

TANJA DOMEJ

Prof. Dr. iur., ausserordentliche Professorin an der Universität Zürich

Prozessführungsbefugnis bei Abtretung einer streitbefangenen Forderung 113

ANDREAS DONATSCH

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich

MISCHA DEMARMELS

MLaw, wissenschaftlicher Assistent an der Universität Zürich

Der Beizug von Gutachten und Zeugenaussagen aus Zivilverfahren im
Strafprozess..... 125

CHRISTIAN EXNER

lic. iur., Rechtsanwalt bei Wenger Plattner in Küsnacht-Zürich

Rechtsbehelfe des Betriebenen bei ungerechtfertigten Betreibungen..... 139

EUGEN FRITSCHI

Dr. iur., Rechtsanwalt und Partner bei Bühlmann & Fritschi Rechtsanwälte
in Zürich

Die Beschwerde gegen Konkurseröffnungsentscheide..... 157

MYRIAM ANNA GEHRI

Dr. iur., LL.M., Solicitor, Rechtsanwältin, Handelsrichterin am Handels-
gericht des Kantons Zürich

Are you ready for E-technology?..... 173

REINHOLD GEIMER

Prof. Dr. iur. Dr. h.c., Honorarprofessor an der Universität München,
Notar a.D. in München

Das Haager Gerichtsstandsübereinkommen 2005 185

ROGER GIROUD Prof. Dr. iur., LL.M., Dozent an der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften, Rechtsanwalt und Partner bei Giroud & Anderes in Küsnacht-Zürich Tilgung oder Hinterlegung des geschuldeten Betrages beim Weiterzug der Konkursöffnung.....	217
TARKAN GÖKSU Prof. Dr. iur., Titularprofessor an der Universität Freiburg i.Ü., Rechtsanwalt und Partner bei Zaehringen Rechtsanwälte AG in Freiburg i.Ü. Auslegung und Ergänzung des Schiedsverfahrens	233
PETER GOTTWALD Prof. Dr. iur. Dr. h.c., emeritierter Professor an der Universität Regensburg Insolvenzrechtliche Annexverfahren im Verhältnis Deutschland – Schweiz	249
ALAIN GRIFFEL Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich Auswirkungen der Rechtsweggarantie auf die Entscheidbefugnis eines Gerichts.....	263
PASCAL GROLIMUND Prof. Dr. iur., LL.M., Titularprofessor an der Universität Basel, Advokat und Partner bei Kellerhals Anwälte in Basel	
EVA BACHOFNER MLaw, Gerichtsschreiberin am Zivilgericht Basel-Stadt Schweizer Zuständigkeit über im EU-Raum belegene Liegenschaften im Lichte der EU-Erbrechtsverordnung.....	279
ULRICH HAAS Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich	
Yael STRUB Dr. iur., Rechtsanwältin, Oberassistentin an der Universität Zürich Rechtsprechungstätigkeit zwischen Verfahrens- und materiellem Recht.....	293

STEFAN HEIMGARTNER

PD Dr. iur., Privatdozent an der Universität Zürich,
Staatsanwalt bei der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich

DIEGO R. GFELLER

Dr. iur., Rechtsanwalt und Partner bei Peyer Partner Rechtsanwälte in
Zürich

Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im Adhäsionsprozess.....311

KARL HOFSTETTER

Prof. Dr. iur., LL.M., Titularprofessor an der Universität Zürich, exekuti-
ves Mitglied des Verwaltungsrats der Schindler Holding AG in Hergiswil

Unternehmen als „Prügelknaben“ des Wirtschaftsrechts?.....327

YASMIN IQBAL

Dr. iur., Lehrbeauftragte an der Universität Zürich,
Rechtsanwältin in Zürich

Vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren.....351

TOBIAS JAAG

Prof. Dr. iur., LL.M., emeritierter Professor an der Universität Zürich,
Rechtsanwalt und Konsulent bei Umbricht Rechtsanwälte in Zürich

Der Staat als Gläubiger363

MARTIN KILLIAS

Prof. Dr. iur. Dr. h.c., lic. phil., ständiger Gastprofessor an der Universität
St. Gallen und emeritierter Professor an der Universität Zürich

Die Rechtlosstellung der Opfer von Straftaten durch die neue StPO und ZPO373

ANGELOS KORNILAKIS

Prof. Dr. iur., Assoc. Professor an der Universität Thessaloniki

Privatautonomie, Treu und Glauben und „effiziente“ Vertragsauslegung.....381

ACHILLES G. KOUTSOURADIS

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Thessaloniki

Allgemeine Bemerkungen zum modernen griechischen Familienrecht403

DIETER LEIPOLD Prof. Dr. iur. Dres. h.c., emeritierter Professor an der Universität Freiburg i. Br. Anordnung der Urkundenvorlage von Amts wegen ohne Vorlagepflicht der Partei?	421
MATTHIAS MAHLMANN Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich Theorie und Verfahren.....	437
KALLIOPI MAKRIDOU Prof. Dr. iur., ordentliche Professorin an der Universität Thessaloniki Speeding up civil litigation in Greece through ADR methods	449
ARNOLD MARTI Prof. Dr. iur., Titularprofessor an der Universität Zürich, Vizepräsident des Obergerichts des Kantons Schaffhausen Zwei interessante Zivilprozesse mit öffentlich-rechtlichen Nebenaspekten um Kulturgüter in Schaffhausen.....	471
HEINRICH ANDREAS MÜLLER Dr. iur., Oberrichter am Obergericht des Kantons Zürich Beweisen nach der ZPO.....	487
PETER NOBEL Prof. Dr. rer. publ., em. Professor an den Universitäten Zürich und St. Gallen, Rechtsanwalt und Partner, Nobel & Hug Rechtsanwälte in Zürich Iura novit curia.....	507
WOLFGANG PORTMANN Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich	
RAHEL NEDI MLaw, LL.M., wissenschaftliche Assistentin an der Universität Zürich Neue Arbeitsformen – Crowdwork, Portage Salarial und Employee Sharing	525

WALTER H. RECHBERGER
Prof. Dr. iur. DDr. h.c., emeritierter Professor an der Universität Wien
LGVÜ 2007 und Brüssel Ia-VO545

HANS REISER
Dr. iur., Rechtsanwalt in Zürich

INGRID JENT-SØRENSEN
Prof. Dr. iur., Titularprofessorin an der Universität Zürich,
Gerichtsschreiberin und Ersatzrichterin am Obergericht des Kantons Zürich
Der Vergleich und seine Anfechtung.....557

ARNOLD RUSCH
PD Dr. iur., LL.M., Privatdozent an der Universität Zürich
Will das Recht, dass man klagt?569

PETER SCHLOSSER
Prof. Dr. iur. Dr. h.c., emeritierter Professor an der Universität München
Brüche im EuGVVO-LugÜ-Gefüge?587

ERNST F. SCHMID
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt und Partner bei Niederer Kraft & Frey AG
in Zürich
Die Nebenfolgen bei vorsorglicher Beweisführung – Belohnung des wider-
spenstigen Gesuchsgegners? 605

HANS SCHMID
Dr. iur., alt Obergericht am Obergericht und am Handelsgericht des Kantons
Zürich, Konsulent Roesle Frick & Partner in Zürich
Der Gesuchsgegner im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung aus
schutzwürdigem Interesse..... 621

JÜRIG SCHMID
alt Notariatsinspektor des Kantons Zürich

INGRID JENT-SØRENSEN
Prof. Dr. iur., Titularprofessorin an der Universität Zürich,
Gerichtsschreiberin und Ersatzrichterin am Obergericht des Kantons Zürich
Zur Liquidation juristischer Personen nach Art. 230a SchKG639

ANTON K. SCHNYDER Prof. Dr. iur., LL.M., ordentlicher Professor an der Universität Zürich Ausgewählte Exponenten des Internationalen Zivilverfahrensrechts an der Universität Zürich.....	655
ROLF A. SCHÜTZE Prof. Dr. iur. Dr. h.c., Honorarprofessor an der Universität Tübingen, Rechtsanwalt in Stuttgart Armut im Prozess.....	667
KURT SIEHR Prof. Dr. iur. Dr. h.c., M.C.L., emeritierter Professor an der Universität Zürich Deutsch-schweizerische Erbfälle nach Inkrafttreten der EuErbVO.....	681
MIGUEL SOGO PD Dr. iur., LL.M., Privatdozent an der Universität Zürich Vermögenswerte Unterlassungsansprüche im Konkurs des Unterlas- sungsverpflichteten	697
ADRIAN STAEHELIN Prof. Dr. iur. Dr. h.c., emeritierter a.o. Professor an der Universität Basel, alt Appellationsgerichtspräsident des Kantons Basel-Stadt Zur Geschichte der Konkursprivilegien.....	711
DANIEL STAEHELIN Prof. Dr. iur., Titularprofessor an der Universität Basel, Advokat, Notar und Partner bei Kellerhals Anwälte in Basel	
LUKAS BOPP Dr. iur., LL.M., Advokat und Partner bei Kellerhals Anwälte in Basel Wider das Erfordernis der Binnenbeziehung beim Staatenarrest	723
ROLF STÜRNER Professor Dr. iur. Dres. h.c., emeritierter Professor an der Universität Freiburg i. Br.	
BEATRICE STAPF Assessorin in Freiburg i. Br. Grundzüge des rechtlichen Gehörs im spanischen Zivilprozess.....	739

UELI VOGEL-ETIENNE

Dr. iur., Rechtsanwalt und Partner bei Peyer Partner Rechtsanwälte in
Zürich, Mediator SAV/SKWM

ANNEGRET LAUTENBACH-KOCH

lic. iur., Rechtsanwältin und Partnerin bei Peyer Partner Rechtsanwälte in
Zürich, Mediatorin SAV

Vom Diener am Recht zum Beauftragten Mediator757

ROLF H. WEBER

Prof. Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich, Visiting
Professor an der Hong Kong University und Rechtsanwalt in Zürich

RAINER BAISCH

Dipl.-Kfm. univ., MLaw, wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität
Zürich

Optimierung der Rechtsdurchsetzung.....775

RENATE WENNINGER SCHMID

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin in Zürich

Der sorgfältige Nachweis fremden Rechts.....793

MATTHIAS WIGET

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt bei Pestalozzi in Zürich

Ausgewählte Streitfragen zur sachlichen Zuständigkeit der Handelsgerichte 811

THOMAS WINKLER

lic. iur., Lehrbeauftragter an der Universität Zürich, Leiter Stadtammann-
amt und Betriebsamt Dietikon

Wiedereröffnung des Konkurses, Nachkonkurs oder Einzelzwangsvoll-
streckung?825

Schrifttumsverzeichnis.....843

Der Vergleich und seine Anfechtung

Inhaltsübersicht

1. Definition	557
2. Formen und Tragweite der Erledigung	559
3. Mängel und Unwirksamkeit des gerichtlichen Vergleichs.....	561
A. Mängelbehebung	561
B. Revision als ausschliessliches Rechtsmittel?	562
C. Revisionsinstanzen	563
D. Sonderfall: Schlichtungsverfahren.....	564
E. Rechtsmittel.....	565
F. Einbezug zusätzlicher Streitpunkte und Dritter	565
4. Stadien des Vergleichs	566
5. Der Vergleich in der Vollstreckung.....	567

1. Definition

Der Vergleich ist „die durch gegenseitige Zugeständnisse zustande gekommene vertragliche Beseitigung eines Streites oder einer Ungewissheit über ein bestehendes Rechtsverhältnis.“¹ Der Zweck des Vergleiches besteht darin, aus einem bestrittenen oder unsicheren Rechtszustand zwischen den Vergleichsparteien einen sicheren und unbestreitbaren zu machen.² Insofern handelt es sich nicht um ein reines Verpflichtungs-, sondern auch um ein Feststellungsgeschäft.³ Weil der Vergleich im besonderen Teil des schweizerischen Obligationenrechts nicht geregelt ist, handelt es sich um einen Innominatkontrakt. Er charakterisiert sich als gerichtlicher Vergleich, wenn er im Rahmen eines Verfahrens vor Gericht geschlossen oder wenn er – ausserhalb des Gerichts geschlossen – dem Gericht im

Dieser Aufsatz ist ISAAK MEIER gewidmet, mit dem wir im Laufe unseres ganzen Berufslebens unzählige juristische Fragen diskutiert haben, ohne bisher am Ende der unendlichen Geschichte des Verhältnisses zwischen materiellem Recht und Prozessrecht angelangt zu sein.

¹ BGE 95 II 423 f.; vgl. auch BGE 132 III 737, E. 1.3.

² GAUCH PETER, Der aussergerichtliche Vergleich, in: FORSTMOSER PETER/TERCIER PIERRE/ZÄCH ROGER (Hrsg.), Innominatverträge, Festschrift für Walter R. Schlupe, Zürich 1988, 4.

³ GAUCH (FN 2) 5.

Rahmen eines hängigen Verfahrens integral mitgeteilt und in der Folge vom Gericht als solcher identifiziert und der gesetzlich vorgeschriebenen Erledigung des Verfahrens zugeführt wird. Die Absicht der Parteien geht beim gerichtlichen Vergleich dahin, den Rechtsstreit zu beenden. Der Vergleich kommt einem Entscheid des Gerichts in eigener Rechtsfindung zuvor und macht diesen überflüssig.⁴ Der gerichtliche Vergleich dient der definitiven Wiederherstellung des Rechtsfriedens und ermöglicht die Vollstreckung gleich einem Urteil.

Eine eigentliche gerichtliche Genehmigung braucht der Vergleich nicht, es sei denn, das materielle Recht bzw. die ZPO sehen das Erfordernis einer Genehmigung speziell vor.

Die in einer Mediation erzielte Vereinbarung (Art. 217 ZPO) hat erst nach gerichtlicher Genehmigung „die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides“.⁵ Gleiches gilt zum Beispiel für die Genehmigung der Vereinbarung über die Scheidungsfolgen.⁶ Während sich das Gesetz im erst genannten Fall darüber ausschweigt, was bei der Genehmigung zu prüfen ist, gibt es für den zweiten Fall entsprechende Anweisungen (Art. 279 Abs. 1 ZPO).

Im Übrigen beschränkt sich die Tätigkeit des Gerichts auf eine formalisierte Erledigung in den gesetzlich vorgesehenen Formen. Eine eingehende Prüfung jedes Vergleichs im Sinne von § 188 Abs. 3 ZPO/ZH, in dem die Erledigung von der Zulässigkeit und Klarheit des Vereinbarten abhängig gemacht wurde, ist nicht vorgesehen.⁷ Hingegen muss das Gericht prüfen, ob prozessuale Gründen der Abschreibung des Verfahrens entgegenstehen.⁸ Ausserdem kann und soll das Gericht im Rahmen einer Instruktionsverhandlung einen gerichtlichen Vorschlag unterbreiten. Dieser qualifiziert sich jedoch nicht als endgültige Ansichtsausserung über die geltend gemachten Ansprüche – im Gegenteil sind Vergleichsvorschläge stets unter den Vorbehalt eines abweichenden Sachverhalts und einer einlässlicheren rechtlichen Prüfung zu stellen – und den Parteien steht es frei, dem

⁴ Prägnant bereits WALDER HANS ULRICH, *Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung*, Habilitationsschrift, Zürich 1966, 149.

⁵ Es handelt sich hier um Mediationen, die gemäss Art. 214 ZPO eingeleitet wurden. Entgegen dem, was der Wortlaut von Art. 217 ZPO nahelegt, ist davon auszugehen, dass die Genehmigung im Rahmen eines Abschreibungsbeschlusses erfolgen muss.

⁶ Art. 279 ZPO.

⁷ A.A. MEIER ISAAK, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Zürich 2010, 236, welcher sich für eine erweiterte Prüfungspflicht auf die gerichtliche Fragepflicht (Art. 56 ZPO), Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) sowie den Grundsatz der Verfahrensökonomie (Art. 124 Abs. 1 ZPO) beruft.

⁸ Beispiel: In einem Prozess einer Konkursmasse wird ein vom Konkursiten unterzeichneter Vergleich eingereicht. Oder: Bei den Akten liegt (noch) keine Vollmacht, als der angebliche Vertreter einen von ihm unterzeichneten Vergleich einreicht. Oder: Der eingereichte Vergleich erledigt den Rechtsstreit nicht vollumfänglich (HÄRRI MATTHIAS, in: NIGGLI MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), *Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz*, 2. Aufl., Basel 2011 [zit. BSK-BEARBEITER/IN], Art. 32 BGG N 17).

Vorschlag zu folgen oder auch auf Grund ihrer eigenen Einschätzung einen abweichenden Vergleich zu schliessen oder aber den Prozess weiter zu führen.⁹

Verweigert das Gericht die Abschreibung des Verfahrens, nachdem ein gerichtlicher Vergleich geschlossen oder eingereicht wurde, ohne dafür zureichende Verfahrensmängel zu nennen, können die Parteien sich wegen Rechtsverweigerung beschweren. Wird die Abschreibung in Entscheidform verweigert, so ist dies ein prozessleitender Entscheid, der nur sehr eingeschränkt anfechtbar ist.¹⁰

2. Formen und Tragweite der Erledigung

Der vor dem Gericht geschlossene Vergleich, über den ein separates Dokument erstellt und von den Parteien unterzeichnet wird, veranlasst im Kanton Zürich folgendes gerichtliches Vorgehen: (Mindestens) ein Exemplar des von den Parteien unterzeichneten Dokumentes wird einakturiert. Über die Vergleichsverhandlung wird ein Protokolleintrag erstellt, in dem der Text des Vergleichs festgehalten wird. Schliesslich ergeht in einzelgerichtlichen Verfahren eine Abschreibungsverfügung, in Kollegialfällen ein -beschluss („das Verfahren wird abgeschrieben“). Ob der Grund der Abschreibung im Dispositiv explizit erwähnt werden muss, ist umstritten.¹¹ In den Abschreibungs-“Entscheid“ gehört im Hinblick auf die Vollstreckung jedenfalls der Vergleichstext. Die Kosten des Verfahrens werden durch das Gericht im Abschreibungs-“Entscheid“ festgesetzt. Die Rechtsmittelbelehrung hat diesbezüglich auf die Kostenbeschwerde gemäss Art. 110 ZPO hinzuweisen. Jedenfalls wenn man der Meinung ist, dass gegen gerichtliche Vergleiche im Übrigen lediglich die Revision zur Verfügung stehe, ist dieses Rechtsmittel anzugeben.

Wie gezeigt, trifft die Behauptung nicht zu, dass der Vergleich eo ipso und ohne jegliches Zutun des Gerichtes das Verfahren beendet. Das galt auch unter der sog. „Berner Variante“ nicht. So beendete ein zufolge Fehlens der Dispositionsbefugnis rechtlich unwirksamer Vergleich den Prozess nicht; dieser war vom Gericht weder entgegenzunehmen noch zu protokollieren.¹² Diese Bemerkung der

⁹ BGE 60 II 56.

¹⁰ Art. 319 lit. b ZPO.

¹¹ Für die Erwähnung des Erledigungsgrundes: NAEGELI GEORG/RICHERS ROMAN, in: OBERHAMMER PAUL/DOMEJ TANJA/HAAS ULRICH (Hrsg.), *Kurzkomentar ZPO*, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 241 ZPO N 40; STECK DANIEL, in: SPÜHLER KARL/TENCHIO LUCA/INFANGER DOMINIK (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 241 ZPO N 18. In strenger Wortinterpretation von Art. 241 Abs. 3 ZPO verzichtet die Praxis bisweilen auf die Nennung des Abschreibungsgrundes.

¹² LEUCH GEORG/MARBACH OMAR/KELLERHALS FRANZ/STERCHI MARTIN, *Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern*, 5. Aufl., Bern 2000, Art. 207 ZPO/BE N 2c.

Kommentatoren zeigt, dass auch nach dem „Berner Modell“ ein Vergleich einer Entgegennahme und Protokollierung durch das Gericht bedurfte und erst damit zu einem definitiven Rechtsöffnungstitel wurde. Das ergibt sich daraus, dass ein Vergleich vor der förmlichen Erledigung kein vollstreckbarer gerichtlicher Entscheid i.S.v. Art. 80 Abs. 1 und 2 Ziff. 1 SchKG und damit kein definitiver Rechtsöffnungstitel ist. Erst damit und mit der Eröffnung an die Parteien wird er rechtskräftig (Art. 241 Abs. 2 ZPO) und vollstreckbar.¹³ Erst die korrekte Eröffnung des gerichtlichen Aktes verleiht dem Vergleich – bildlich gesprochen – das Exequatur. Es ist nicht anders als beim Erlass eines Zivilurteils, das auch nur unter der Rechtsbedingung, dass es verkündet wird, in Rechtskraft erwachsen kann.¹⁴

Der von den Parteien dem Gericht eingereichte, unterzeichnete Vergleich wird zu den Akten genommen, eine (protokollierte) Vergleichsverhandlung entfällt und das Gericht schreibt das Verfahren in Beschluss- bzw. Verfügungsform ab. Auch hier ist der Vergleichstext im entsprechenden Gerichtsakt integral wiederzugeben. Und auch hier wird der Vergleich erst mit der förmlichen Erledigung und Eröffnung an die Parteien rechtskräftig (Art. 241 Abs. 2 ZPO) und vollstreckbar.

Die Ansicht des Bundesgerichts, dass der Abschreibungsbeschluss lediglich einen deklaratorischen Charakter habe¹⁵ und dass der Vergleich den Prozess unmittelbar und ipso iure beende,¹⁶ wird der Tragweite der gerichtlichen Abschreibung nicht gerecht. Es wird dabei ausser Acht gelassen, dass dem von den Parteien geschlossenen Vergleich damit eine zusätzliche Wirkung, vergleichbar dem Exequatur,¹⁷ verliehen wird.

¹³ Vor der förmlichen Erledigung und der Eröffnung an die Parteien dürfte das von den Parteien unterzeichnete Dokument allenfalls ein provisorischer Rechtsöffnungstitel sein (Art. 82 SchKG; STÜCHELI PETER, Die Rechtsöffnung, Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Band 119, Diss. Zürich 2000, 255).

¹⁴ Grundlegend: GULDENER MAX, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1979, 390 FN 114; vgl. BGer vom 24.2.2015, 5A_881/2014, E.3.

¹⁵ BGE 139 III 133, E. 1.2. Kritisch zum bloss „deklaratorischen“ Charakter des Abschreibungsbeschlusses MAURER MATTHIAS, Der Vergleichsvertrag, Zürcher Schriften zum Privatrecht, Band 255, Diss. Zürich 2013, N 72.

¹⁶ Kritisch zur Konstruktion der unmittelbaren Prozessbeendigung durch Parteierklärung deutlich bereits MESSMER GEORG/IMBODEN HERMANN, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, N 123, 166.

¹⁷ REISER HANS/JENT-SØRENSEN INGRID, Exequatur und Arrest im Zusammenhang mit dem revidierten Lugano-Übereinkommen, SJZ 2011, 453 ff., 453.

3. Mängel und Unwirksamkeit des gerichtlichen Vergleichs

Es ist keine Seltenheit, dass eine Partei den Vergleich nachträglich in Frage stellt, weil sie ihn für unwirksam hält.

A. Mängelbehebung

Das Bundesgericht war seit jeher dezidiert der Meinung, dass eine Mängelbehebung möglich sein muss. Umstritten war, ob dies durch eine neue Klage oder durch die Anfechtung des gerichtlichen Vergleichs mit einem Rechtsmittel zu geschehen habe. Das Bundesgericht legte sich nicht explizit auf einen der beiden Wege fest, bestand jedoch darauf, dass die Kantone eine Abänderbarkeit auf einem dieser Wege zulassen mussten.¹⁸ Vor diesem Hintergrund gab es – je nach Kanton – zwei verschiedene Systeme: Exemplarisch ist der Kanton Bern zu nennen, der gegen die vergleichsweise gerichtliche Erledigung kein Rechtsmittel vorsah.¹⁹ Der Kanton Zürich entschied sich für das andere Modell (§ 293 Abs. 2 ZPO/ZH). Nach der „Berner Lösung“ galt der Vergleich als reiner Privatakt, so dass das Fehlen eines Rechtsmittels konsequent war. Nach dem „Zürcher Modell“ ging man vom Vorliegen eines Justizaktes aus, der folgerichtig mit einem Rechtsmittel angefochten werden konnte.²⁰

Der Gesetzgeber der schweizerischen ZPO sah sich mit diesen beiden Modellen konfrontiert. Die Wahl der Revision als Rechtsmittel belegt – wie der Jubilar bereits in seiner kritischen Sicht zum Vorentwurf²¹ erwähnt – die Nähe zur „Zürcher Lösung“. Damit steht gleichzeitig fest, dass Remedur nicht auf dem Wege der zivilrechtlichen Anfechtung des Vergleichs nach dem „Berner Modell“ geschaffen werden kann.

¹⁸ BGE 56 I 223; 60 II 56.

¹⁹ LEUCH GEORG, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Bern 1956, Art. 397 ZPO/BE N 5, 386 f.

²⁰ Zu den beiden Modellen und zur Lösung in der früheren aargauischen Prozessordnung vgl. BÜHLER ALFRED, Von der Prozesserledigung durch Parteierklärung (Vergleich, Anerkennung, Rückzug) nach aargauischem Zivilprozessrecht, in: AARGAUISCHER JURISTENVEREIN (Hrsg.), Festschrift für Dr. Kurt Eichenberger, a.Oberrichter, Veröffentlichungen zum Aargauischen Recht, Bd. 42, Aarau 1990, 49 ff.

²¹ Vgl. MEIER ISAAK, Vorentwurf für eine Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2003, 54 f.

B. Revision als ausschliessliches Rechtsmittel?

In BGE 139 III 133 E. 1.3 hat das Bundesgericht mit Hinweis auf eine Fülle von Lehrmeinungen in prätorischer Rechtsprechung festgehalten, dass der gerichtliche Vergleich einzig mit der Revision angefochten werden kann. Das impliziert, dass ein anfechtbarer Justizakt vorliegt (vgl. oben 2.). Das „Berner Modell“, das – wie gezeigt – nicht Gesetz geworden ist, kam ohne förmlichen Abschreibungsbeschluss aus,²² so dass es auch keinen Justizakt gab, der mit einem Rechtsmittel anfechtbar gewesen wäre. Folgerichtig stand gegen solche Vergleiche nur eine neue Klage zur Verfügung.²³

Nach dem Bundesgericht bildet „der Abschreibungsbeschluss [...] kein Anfechtungsobjekt, das mit Berufung oder Beschwerde nach ZPO bzw. – falls er von einer Vorinstanz i.S.v. Art. 75 BGG ergangen ist – mit der Beschwerde nach BGG angefochten werden könnte. Lediglich der darin enthaltene Kostenentscheid ist anfechtbar.“²⁴ Das führt dazu, dass das Bundesgericht die Revision als Einheitsrechtsmittel versteht und dass sie sich – mangels Anfechtungsobjekt (Justizakt) – unausgesprochen direkt gegen privatrechtliche Erklärungen der Parteien richtet.

In der Praxis hat sich allerdings gezeigt, dass geltend gemachte Mängel nicht nur die privatrechtliche Seite des Vergleichs betreffen können, sondern auch die prozessrechtliche. Dem hat die kantonale Praxis versucht, Rechnung zu tragen, indem sie gegen derartige Mängel das Rechtsmittel der Berufung oder Beschwerde zugelassen hat.²⁵ Sie kann sich dafür auf den Wortlaut von Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO stützen, der die Revision lediglich für die Fälle der Unwirksamkeit und nicht für prozessuale Mängel vorsieht.

Die Ansicht des Bundesgerichts führt dazu, dass der gerichtliche Vergleich mit Zustellung des Abschreibungsbeschlusses rechtskräftig und vollstreckbar ist²⁶ und dass sich Abgrenzungsfragen gegenüber den anderen Rechtsmitteln erübrigen. Sowohl materielle als auch prozessuale Mängel sind auf dem Weg der Revision geltend zu machen.²⁷ Wie bereits erwähnt, bejaht das Bundesgericht die Zulässig-

²² Ein Vergleichsschluss wurde lediglich zu Protokoll genommen (Art. 207 ZPO/BE).

²³ Vgl. oben bei FN 12.

²⁴ BGE 139 III 133, E. 1.2.

²⁵ OGer ZH vom 20.3.2014, NP130033; OGer ZH vom 4.3.2011, PD110003 = ZR 2011 Nr. 34; OGer ZH vom 9.3.2011, PF110004; OGer ZH vom 16.6.2011, PE110014; vgl. dazu auch KRIECH MARKUS, in: BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen [zit. DIKE-Kommentar-BEARBEITER/IN], Art. 241 ZPO N 21 (Online-Stand 20.10.2013).

²⁶ BGer vom 7.12.2012, 4A_269/2012, E. 3.1.

²⁷ BGer vom 24.7.2014, 5A_348/2014, E. 3.2; BGer vom 22.2.2013, 4A_605/2012, E. 1.3, 1.4.

keit der Kostenbeschwerde.²⁸ Gleiches muss für die Frage der unentgeltlichen Prozessführung gelten.²⁹

Unabhängig davon, welches das zutreffende Rechtsmittel ist, ist auf Folgendes hinzuweisen: Die Rügen gegen einen gerichtlichen Sachentscheid sind deutlich umfassender als das, was gegen einen Vergleich vorgebracht werden kann. Im Zentrum der gerügten Mängel gegen einen Sachentscheid steht die unrichtige Rechtsanwendung durch das erkennende Gericht sowie Sachverhaltsmängel.³⁰ Der Vergleich basiert hingegen nicht auf der Rechtsfindung des Gerichts, sondern auf der Vereinbarung und dem Willen der Parteien und demzufolge kann auch nicht gerügt werden, das Gericht habe das Recht falsch angewendet oder den Sachverhalt unrichtig ermittelt. Daher ist der Anwendungsbereich und die Bedeutung der Anfechtung von gerichtlichen Vergleichen – unabhängig von der Systemwahl des Gesetzes – zwar kein Randphänomen, jedoch eher marginal.

C. Revisionsinstanzen

Die Revision ist kein devolutives Rechtsmittel. Zuständig ist deshalb das Gericht, von dem die „Entscheidung ausgegangen ist, deren Revision verlangt wird.“³¹ An diesen Grundsatz hält sich auch Art. 328 ZPO, der jenes Gericht, „welches als letzte Instanz in der Sache entschieden hat“, für zuständig erklärt. Das ist jenes Gericht, das den Abschreibungsbeschluss erlassen hat. Ausnahmen gelten hinsichtlich der Schiedsgerichtsbarkeit (für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit gemäss Art. 396 Abs. 1 i.V.m. Art. 356 Abs. 1 ZPO das obere kantonale Gericht, für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit ist praxisgemäss das Bundesgericht Revisionsinstanz).³²

Werden prozessuale Mängel gerügt, so hat exakt jene Instanz über das Vorliegen dieser Mängel zu befinden, die sie nach Meinung des Revisionsklägers selber begangen hat. Damit wird das Gericht Richter in eigener Sache.

Nach Eingang eines entsprechenden Gesuchs hat das zuständige Gericht die geltend gemachte materiellen Revisionsgründe sowie die vorgebrachten formellen, im Gesetz nicht erwähnten Rügen zu prüfen. Wird der geltend gemachte Mangel bejaht, ist der Abschreibungs-“Entscheid“ aufzuheben und das Verfahren ab jenem Stadium fortzuführen, in dem es im Vorprozess beendet wurde. Wird der geltend gemachte Mangel verneint, so wird das Revisionsgesuch abgewiesen.

²⁸ BGE 139 III 133, E. 1.2.

²⁹ Art. 121 ZPO.

³⁰ Art. 310 und 320 ZPO.

³¹ GULDENER (FN 14) 532.

³² BGE 134 III 286, E. 2.

Sowohl gutheissende wie abweisende Entscheidungen der Revisionsinstanz sind mit dem entsprechenden Rechtsmittel weiterziehbar.

Angefochtene Vergleiche können bereits vollzogen, insbesondere kann mehr bezahlt worden sein, als der nachmalige Revisionsentscheid zuspricht. Eine ähnliche Situation besteht bei vorläufig vollstreckten erstinstanzlichen Urteilen, die durch die obere Instanz aufgehoben werden. In der ZPO ist die Rückabwicklung ganz allgemein und bedauerlicherweise nicht geregelt.³³ REETZ/HILBER³⁴ schlagen vor, dass die Rechtsmittelinstanz auch über die Rückforderung entscheidet. Die Entscheidung über die Rückforderung durch die Rechtsmittelinstanz, hier durch die Revisionsinstanz, liegt in der vorliegenden Konstellation besonders nahe. Hier entfallen auch die Bedenken, dass die Rückforderungsthematik nicht vom zu beurteilenden Prozessgegenstand umfasst sein könnte, weil exakt die Aufhebung des Abschreibungsentscheides Thema des Revisionsverfahrens ist. Selbstverständlich müsste diejenige Prozesspartei, die eine Rückforderung geltend machen will, einen Antrag stellen und die Zahlung nachweisen.

D. Sonderfall: Schlichtungsverfahren

Nach Art. 328 Abs. 1 ZPO amtiert als Revisionsinstanz jenes Gericht, „welches als letzte Instanz in der Sache entschieden hat.“ Geht es um einen beim Friedensrichter geschlossenen Vergleich hinsichtlich einer Streitsumme, welche die Entscheidungskompetenz des Friedensrichters von Fr. 2'000.– übersteigt, hat der Friedensrichter nicht nur nicht entschieden, sondern hätte das auch nicht tun dürfen.³⁵ Dennoch wird man davon ausgehen müssen, dass das Revisionsbegehren beim Friedensrichter zu stellen ist. In der Literatur werden zu Recht Bedenken geäußert, Revisionsgesuche von Instanzen entscheiden zu lassen, die für den Entscheid einer Streitigkeit mit entsprechendem Streitwert im Übrigen nicht zuständig wären.³⁶ Geht man von der Funktion des Friedensrichters aus – Schlichten und allenfalls Feststellung des Scheiterns der Schlichtung – liegt es nahe, den Friedensrichter mit den Parteien in der Revisionsangelegenheit eine Schlichtung durchführen zu lassen. Führt diese nicht zu einer Einigung, ist eine Klagebewilligung auszustellen, die beim zuständigen Gericht eingereicht werden kann, wodurch das Re-

³³ JENT-SØRENSEN INGRID, Resolutiv bedingte Vollstreckbarkeit und vorläufige Vollstreckung – Abwehr und Rückforderungsmöglichkeiten, SJZ 2014, 57 ff., 63.

³⁴ REETZ PETER/HILBER SARAH, in: SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2013 [zit. ZK-BEARBEITER/IN], Art. 315 ZPO N 41.

³⁵ Art. 212 Abs. 1 ZPO.

³⁶ Vgl. PLATZ ERNST, Der Vergleich im schweizerischen Recht, St. Galler Schriften zur Rechtswissenschaft, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2014, 186.

visionsgesuch von einem Gericht mit der nötigen Spruchkompetenz entschieden wird. Der Rückforderungsanspruch für die bereits bezahlte Vergleichssumme kann gegebenenfalls im Rahmen des Schlichtungsverfahrens eingebracht werden.

E. Rechtsmittel

Kantonale Revisionsentscheide sind mit Rechtsmitteln anfechtbar, und zwar mit denjenigen, die gegen den Sachentscheid mit entsprechendem Streitwert zulässig wären. Das versteht sich von selbst, wenn gleichzeitig mit der Aufhebung des ursprünglichen Entscheides ein neuer Sachentscheid gefällt wird.

Ein separater Entscheid über das Revisionsgesuch ist mit (kantonalen) Beschwerden anfechtbar.³⁷ Diesfalls handelt es sich im Falle der Abweisung um einen Endentscheid, bei separater Gutheissung um einen Zwischenentscheid i.S.v. Art. 93 BGG.

Keine Revision ist möglich bei Prozessabschreibung auf Grund von Vergleichen vor Bundesgericht.³⁸

Nach dem Konzept für die Revision von Vergleichen beim Friedensrichter, wie es oben bei D. vertreten wird, kommt ein Rechtsmittel beim Obergericht nicht in Frage, weil über das Revisionsgesuch nur geschlichtet und nicht entschieden wird.

Weigert sich der Friedensrichter, die Klagebewilligung auszustellen, kann dagegen Rechtsverweigerungsbeschwerde erhoben werden.

F. Einbezug zusätzlicher Streitpunkte und Dritter³⁹

Nach praktisch einhelliger Meinung kann ein Vergleich auch vor der unzuständigen Instanz geschlossen werden und er kann sich auf Themen erstrecken, die dem angerufenen Gericht nicht vorgelegt worden sind und auch Fragen, für die es weder örtlich noch sachlich zuständig ist. Trotzdem erwächst ein solcher Vergleich in Rechtskraft und ist vollstreckbar. Wird er auf dem Weg der Revision angefochten und wird das Revisionsgesuch gutgeheissen, so wird der Prozess in jenes Stadium zurück versetzt, in dem es sich im Zeitpunkt des Vergleiches befunden hat.

³⁷ Art. 332 ZPO.

³⁸ BSK-ESCHER (FN 8) Art. 127 BGG N 4. Zu Art. 136 OG vgl. BIRCHMEIER WILHELM, Bundesrechtspflege, Zürich 1950, 499; MESSMER/IMBODEN (FN 16) N 33, 47; BGE 60 II 58, allerdings zum (gleich verstandenen) Art. 73 Abs. 2 BZP.

³⁹ Art. 73 Abs. 1 BZP: „In den gerichtlichen Vergleich können ausserhalb des Prozesses liegende Streitfragen zwischen den Parteien und einer Partei mit Dritten einbezogen werden, sofern es der Beilegung des Prozesses dient.“ Art. 201 Abs. 1 ZPO nennt den Einbezug ausserhalb des Verfahrens liegender Streitfragen.

Das kann dazu führen, dass das Gericht im Rahmen der Neubeurteilung jener Fragen nicht befinden kann, hinsichtlich derer es unzuständig ist und hinsichtlich derer auch eine Einlassung nicht möglich ist.

War die Streitfrage im ursprünglichen Verfahren rechtshängig und das Gericht örtlich wie sachlich zuständig, ist nunmehr ein gerichtlicher Sachentscheid auszufallen, der mit dem dafür vorgesehenen Rechtsmittel anfechtbar ist. War nur ein Teil der im Vergleich erledigten Streitfragen rechtshängig, so kann über die nicht hängig gewesenen Streitpunkte kein Sachentscheid ergehen. Das Gericht kann streng genommen auch keinen Nichteintretensentscheid fällen, weil die Frage nie rechtshängig gewesen ist. Art. 63 ZPO, der die Wiedereinbringung aufgrund von fehlender Zuständigkeit oder falscher Verfahrensart regelt, dürfte ebenfalls ausscheiden, weil diese Bestimmung voraussetzt, dass eine Klage mit den betreffenden Anträgen förmlich eingereicht worden ist.⁴⁰ Das kann für Parteien, die davon ausgehen, wegen eines geschlossenen Vergleiches keine Verjährungs- bzw. Verwirkungsfristen (mehr) wahren zu müssen, fatal sein.⁴¹ Unter Umständen könnte in der Zustimmung zum Vergleich eine verjährungsunterbrechende Anerkennung der Forderung i.S.v. Art. 135 Ziff. 1 OR durch den Schuldner gesehen werden. Als Ausweg könnte ausserdem die Möglichkeit einer Klageänderung in Betracht gezogen werden, wofür jedenfalls die örtliche und sachliche Zuständigkeit gegeben sein und ein entsprechender Antrag vorliegen muss. Die Klageänderung ist nur in einem zeitlich beschränkten Rahmen nach Massgabe von Art. 227 und 230 ZPO möglich.

Zulässig soll auch der Einbezug Dritter in den Vergleichschluss sein. Sinnvoll erscheint dies in der klassischen Streitverkündungssituation: Der Verkäufer und der Käufer von mangelhaften Waren beziehen den Hersteller derselben in den Vergleich mit ein. Bei Wegfall des Vergleichs gilt sinngemäss, was hinsichtlich der Erweiterung des Streitgegenstandes ausgeführt wurde. Dass gegebenenfalls Streit verkündet worden war, ändert nichts daran, dass der Dritte nicht Partei des Verfahrens war. Hingegen bleibt er am weitergeführten Prozess als Nebenpartei beteiligt.

4. Stadien des Vergleichs

Der Vergleich kann in jedem Stadium des Prozesses abgeschlossen werden, selbst in einem Zeitpunkt, in dem Noven nicht mehr vorgebracht werden können. Im-

⁴⁰ Art. 63 ZPO setzt voraus, dass es sich um dieselbe Klage handeln muss; vgl. dazu ZK-SUTTER-SOMM/HEDINGER (FN 34) Art. 63 ZPO N 16; DIKE-Kommentar-MÜLLER-CHEN (FN 25) Art. 63 ZPO N 17 m.w.H. (Online-Stand 13.4.2013).

⁴¹ Art. 135 und 138 OR.

merhin muss er vor Eröffnung⁴² des Sachentscheides vor Gericht geschlossen oder diesem eingereicht werden. Vergleiche können auch vor den Rechtsmittelinstanzen geschlossen werden, wofür es selbstverständlich die Einlegung eines Rechtsmittels braucht. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie es sich mit jenen Rechtsmitteln verhält, die von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung haben (Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO; Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG). Ausgehend vom Mechanismus der unmittelbaren Vollstreckbarkeit des bereits gefällten Sachurteils bleibt dieses nach Einreichung des Rechtsmittels für so lange bestehen, bis die Rechtsmittelinstanz einen neuen Sachentscheid fällt. Damit stellt sich die Frage, ob für einen Vergleichsschluss im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens ein Antrag um aufschiebende Wirkung erforderlich ist. Diese Frage ist zu bejahen. Vertretbar ist es jedoch, in dem vor Gericht abgeschlossenen oder bei diesem eingereichten Vergleich einen solchen Antrag zu sehen.

5. Der Vergleich in der Vollstreckung

Vergleiche sind wie gerichtliche Sachentscheide zu vollstrecken.⁴³ Früher waren und auch heute sind sie gemäss Art. 80 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG definitive Rechtsöffnungstitel. Das zeigt, dass die Unterscheidung zwischen der unmittelbaren Beendigung durch Parteierklärung (sog. „Berner Modell“) und die mittelbare Beendigung durch hoheitlichen gerichtlichen Entscheid (sog. „Zürcher Modell“) hinsichtlich der Vollstreckbarkeit nie eine Rolle gespielt hat. Vergleiche auf Realleistungen sind nach Art. 335 ZPO zu vollstrecken. Ist die Revision – wie das Bundesgericht vertritt – das einzige Rechtsmittel gegen Vergleiche, sind diese mit Eröffnung des Abschreibungsentscheides vollstreckbar und es ist der Arrest gemäss Art. 271 Ziff. 6 SchKG zulässig. Im internationalen Verhältnis ist umstritten, ob ein gerichtlicher Vergleich vor einem schweizerischen Gericht einem Urteil gleichgestellt und wie ein eigentlicher Sachentscheid zu behandeln ist.⁴⁴

⁴² ZK-LEUMANN LIEBSTER (FN 34) Art. 241 ZPO N 14.

⁴³ Die Gleichstellung von Vergleichen und gerichtlichen Urteilen muss bei Realansprüchen dazu führen, dass Art. 345 ZPO betreffend Schadenersatz und Umwandlung in Geld (Taxation) zur Anwendung gelangt.

⁴⁴ Bejahend: ACOCELLA DOMENICO, in: SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Lugano-Übereinkommen zum internationalen Zivilverfahrensrecht, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 58 LugÜ N 12; verneinend: DOMEJ TANJA/OBERHAMMER PAUL, in: DASSER FELIX/OBERHAMMER PAUL (Hrsg.), Handkommentar Lugano-Übereinkommen, 2. Aufl., Bern 2011, Art. 32 LugÜ N 10.

Unter Bezugnahme auf den Entscheid des EuGH aus dem Jahre 1994⁴⁵ werden in der Literatur die Kriterien materielle Rechtskraft des Vergleichs und gerichtliche Befassung mit dem Vergleich als entscheidende Kriterien diskutiert. Dass der Vergleich der materielle Rechtskraft teilhaftig ist, ergibt sich aus Art. 241 Abs. 2 ZPO.⁴⁶ Was die gerichtliche Befassung betrifft, ist einzuräumen, dass diese „mini-invasiv“ erfolgt. Gleichwohl liegt nach dem Konzept der ZPO eine gewisse Befassung mit dem Vergleich vor, so dass der daraus resultierende Abschreibungsbeschluss sich als Entscheid i.S.v. Art. 32 revLugÜ qualifizieren lässt. Es entspricht dem Wesen des schweizerischen Vergleichs nicht, diesen wie eine vollstreckbare öffentliche Urkunde zu betrachten mit allen entsprechenden Einreden, die die verbindliche Streitbeilegung zur Illusion werden lassen.⁴⁷

⁴⁵ EuGH, Urteil vom 2.6.1994, Solo Kleinmotoren GmbH/Emilio Bloch, C-4114/92, Slg. 1994, 2237.

⁴⁶ Dass die materielle Rechtskraft nach dem „Berner Modell“ nicht eintreten konnte, folgt aus dessen Konzept, nämlich der Anfechtung des Vergleichs durch neue Klage, vgl. oben 3./A.

⁴⁷ Siehe auch GELZER THOMAS, in: OETIKER CHRISTIAN/WEIBEL THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar, Lugano-Übereinkommen, Basel 2011, Art. 58 LugÜ N 34.