Urteilskopf

105 II 229

38. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 30. Oktober 1979 i.S. Hafinag AG gegen Modernbau Klier und Rabe KG (Berufung)
Regeste (de):
Einrede der Rechtshängigkeit. Verzugszins.

1. Erweiterung der Kognition des Bundesgerichts bei der Rechtshängigkeit analog zu derjenigen bei der materiellen Rechtskraft? Frage offen gelassen, weil sich die Anwendbarkeit von Bundesrecht im vorliegenden Fall auch aus staatsvertraglicher Regelung ergibt (E. 1a).

2. Identität von negativer Feststellungsklage und Leistungsklage in bezug auf die Frage der Rechtshängigkeit verneint (E. 1b).

3. Der Zinsanspruch fällt auch dann unter die gesetzlichen Verzugsfolgen von Art. 499 Abs. 2 Ziff. 1 OR, wenn der Zinssatz vertraglich festgelegt worden ist (E. 4b).

Regeste (fr):
Exception de litispendance. Intérêt moratoire.

1. Faut-il étendre la cognition du Tribunal fédéral en matière de litispendance dans le sens de la jurisprudence relative à la force matérielle de chose jugée? Question laissée ouverte, le droit fédéral étant également applicable en l'espèce en vertu d'un accord international (consid. 1a).

2. Rejet de l'exception de litispendance, faute d'identité entre une action négatoire de droit et une action condamnatoire (consid. 1b).

3. La dette d'intérêt rentre également dans les suites légales de la demeure du débiteur, au sens de l'art. 499 al. 2 ch. 1 CO, lorsque le taux de l'intérêt a été fixé par contrat (consid. 4b).

Regesto (it):
Eccezione di litispendenza. Interessi moratori.

1. Bisogna estendere per analogia la cognizione del Tribunale federale in materia di crescita materiale in giudicato all'esame della litispendenza? Questione lasciata aperta poichè in concreto risulta applicabile il diritto federale in virtù di un accordo internazionale (consid. 1a).

2. Per quanto riguarda la litispendenza non vi è identità fra l'azione di accertamento negativo e l'azione tendente all'esecuzione di una prestazione (consid. 1b).

3. Gli interessi moratori convenzionali rientrano nelle conseguenze legali della mora del debitore ai sensi dell'art. 499 cpv. 2 n. 1 CO (consid. 4b).

Sachverhalt ab Seite 230

BGE 105 II 229 S. 230

A.- Die Modernbau Klier und Rabe KG, Aschaffenburg (BRD), verkaufte der Centra-Bau GmbH, Bonn, am 6. März 1972 ein Baugelände im Gebiet der Gemeinde St. Augustin (BRD). Mit Vertrag vom 14./15. März 1972 übertrug die Gemeinde die gesamten Erschliessungsarbeiten den Unternehmern, zu denen auch die Modernbau Klier und Rabe KG gehörte. Die Centra-Bau GmbH verpflichtete sich für die Erschliessungskosten von DM 755'000.- aufzukommen, die in sechs Raten an die Arbeitsgemeinschaft "ARGE" zu bezahlen waren. Die Fälligkeit der letzten Rate wurde von der Bestätigung der Gemeinde abhängig gemacht, dass 100% der Erschliessungsanlagen fertig erstellt seien. Die Hafinag AG, Mellingen, versprach mit Schreiben vom 28. Februar 1972, als Bürgin für die Erschliessungskosten einzustehen. An diese Kosten wurden in der Folge vier Raten voll, die fünfte teilweise und die sechste nicht bezahlt, obwohl die Gemeinde St. Augustin die Fertigstellung der Erschliessungsanlagen bestätigte. Im Mai 1975 klagte die Modernbau Klier und Rabe KG gegen die Hafinag AG als Bürgin auf Zahlung der ausstehenden Erschliessungskosten von Fr. 19'081.60 und Fr. 112'560.- nebst 10% Verzugszins seit verschiedenen Verfalldaten.

B.- Das Bezirksgericht Baden hiess am 6. April 1978 die Klage für den Betrag von Fr. 131'641.- sowie 10% Verzugszins seit 29. Juli 1974 gut. Auf Appellation der Beklagten entschied das Obergericht des Kantons Aargau am 5. April 1979 im gleichen Sinne. Die von der Beklagten erhobene Berufung weist das Bundesgericht ab, soweit es darauf eintritt.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. Im kantonalen Verfahren hielt die Beklagte der Klage die Rechtshängigkeit eines schon am 10. Februar 1975 beim Landgericht Bonn eingeleiteten Prozesses entgegen. Das Obergericht des Kantons Aargau betrachtete diese Einrede an sich als verspätet, prüfte die Frage indessen als Prozessvoraussetzung von Amtes wegen. Es fand, es sei nicht erwiesen, dass zwischen den Parteien über den gleichen Streitgegenstand bereits ein Prozess hängig sei. In der Berufung hält die Beklagte an ihrem Einwand fest und macht geltend, das Obergericht verletze

BGE 105 II 229 S. 231

mit seiner gegenteiligen Ansicht Bundesrecht. Nach Meinung der Klägerin handelt es sich dagegen um eine Frage des kantonalen Prozessrechts, die im Berufungsverfahren nicht zu überprüfen sei. a) Gemäss Rechtsprechung gehört die Einrede der Rechtshängigkeit grundsätzlich zum kantonalen Prozessrecht, wobei allerdings das Bundesrecht bestimmt, ob die kantonalen Gerichte Identität der Ansprüche bejahen und die zweite Klage deshalb zurückweisen durften (BGE 98 II 158 E. 3, BGE 96 II 449 E. 2, BGE 80 I 261 E. 2). Dass Bundesrecht nur mit der Gutheissung, nicht auch mit der Abweisung der Einrede verletzt werden kann, entspricht der früheren Rechtsprechung zur Einrede der abgeurteilen Sache (BGE 88 I 164, BGE 85 II 58, 83 II 267). Zwischen den beiden Rechtsinstituten besteht ohnehin weitgehende Analogie (BGE 96 II 449 lit. a, BGE 80 I 262, BGE 75 II 290); so wollen beide namentlich das Zustandekommen widersprüchlicher Urteile in der gleichen Sache verhindern (BGE 64 II 72; GULDENER in ZSR 80 II S. 30). Es läge daher nahe, die Kognition des Bundesgerichts bei der Litispendenz im gleichen Sinn zu erweitern, wie dies mit der in BGE 95 II 639 erfolgten Praxisänderung bei der materiellen Rechtskraft geschehen ist. Das kann indes offen bleiben, weil

sich die Frage nach der Anwendbarkeit von Bundesrecht vorliegend auch unter einem andern Gesichtspunkt stellt. Der Vorprozess, dessen Hängigkeit laut Berufung der vorliegenden Klage entgegenstehen soll, wurde in der Bundesrepublik eingeleitet. Bestimmt ein Vollstreckungsabkommen zwischen der Schweiz und einem andern Staat, dass der Richter das Eintreten auf eine Sache abzulehnen hat, die schon vorher bei einem Gericht des andern Vertragsstaates anhängig gemacht worden ist (wie z.B. Art. 8 des Abkommens mit Österreich oder Art. 10 desjenigen mit Belgien), so ist die Einrede der Litispendenz nach Bundesrecht zu prüfen. Das deutsch-schweizerische Vollstreckungsabkommen vom 2. November 1929 (BS 12 S. 359) enthält keine solche Bestimmung. Nach der herrschenden Lehre ist auch diesfalls die Einrede zuzulassen, wenn mit einer späteren Anerkennung und Vollstreckung des ausländischen Urteils zu rechnen ist (SCHNEIDER, L'exception de litispendance en droit international privé, in Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes, Genève 1976, S. 295 ff., insbes. S. 299, 303 und 307; GULDENER, Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, S. 175 ff.).

BGE 105 II 229 S. 232

Auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht teils in dieser Richtung, so für den Gerichtsstandsvertrag mit Frankreich (BGE 64 II 72, abweichend jedoch BGE 85 II 83) und später im Verhältnis zu Deutschland (Sem. jud. 1964, p. 449). Deutlich gilt das für die kantonale Rechtsprechung selbst in Fällen, in denen sich die Vollstreckung allein nach kantonalem Recht beurteilt (STRÄULI/MESSMER, N. 10 zu § 107, N. 11 zu § 302 ZPO/ZH; LEUCH, N. 4 zu Art. 160 ZPO/BE), sowie für die deutsche Rechtsprechung (BAUMBACH-LAUTERBACH-ALBERS-HARTMANN, 36. Aufl., N. 6a zu § 261 ZPO; SCHNEIDER, a.a.O., S. 301). In diesem Sinn ist der Auffassung von LEUCH (a.a.O.) beizupflichten, dass die Berücksichtigung früherer ausländischer Litispendenz eine "unabweisbare Folgerung aus der Urteilsanerkennung" ist. Wo die Urteilsanerkennung durch Staatsvertrag geordnet ist, muss es sodann selbst ohne entsprechende Sondervorschrift ein Gebot des Bundesrechts sein, schon die Hängigkeit eines ausländischen Prozesses zu berücksichtigen. Vorliegend sind die Voraussetzungen für eine Anerkennung des allfälligen deutschen Urteils in der Schweiz offenbar gegeben; auf die Einrede der Litispendenz ist daher einzutreten. b) Die Hafinag AG klagte beim Landgericht Bonn gegen die Arbeitsgemeinschaft "ARGE" und deren Gesellschafter, darunter die Modernbau Klier und Rabe KG. Auf seiten der Klägerin wie auch der Beklagten des vorliegenden Verfahrens besteht damit im Verhältnis zu jenem Prozess personelle Identität. Daran vermögen weder die vertauschten Parteirollen noch der Umstand etwas zu ändern, dass in Bonn neben der hiesigen Klägerin noch weitere Streitgenossen eingeklagt sind (SCHNEIDER, a.a.O., S. 308). Das Klagebegehren in Bonn lautet auf Feststellung, dass keine der Beklagten auf Grund des Erschliessungsvertrages vom 14. März 1972 und der Bürgschaftsverpflichtung vom 28. Februar 1972 derzeit eine fällige Forderung gegen die Klägerin habe. Es wird nicht etwa Zahlung von DM 50'000.- verlangt, wie das angefochtene Urteil vermuten lässt. Wenn es auch zutreffen mag, dass dort der Streit um die mangelhafte Ausführung der Erschliessungsarbeiten im Vordergrund steht, so geht es bei jener Klage vorweg ebenfalls um die Frage der Bürgschaft, mindestens soweit es die Parteien dieses Verfahrens betrifft. Die heutige Beklagte verlangt dort die Feststellung des

BGE 105 II 229 S. 233

Nichtbestandes einer Bürgschaftsverpflichtung welche ihrerseits im vorliegenden Prozess zur Begründung der Leistungsklage dient. Dass die Gutheissung einer negativen Feststellungsklage einer späteren Leistungsklage gegenüber abgeurteilte Sache darstellt, bedeutet nicht zugleich schon Identität in bezug auf die Frage der Rechtshängigkeit. Ein Urteil, das über eine Vorfrage zu einer andern Klage entscheidet, kann für diese

res iudicata bewirken, während eine entsprechende Klage nicht die Einrede der Rechtshängigkeit begründet (LEUCH, N. 4 zu Art. 160 ZPO; STRÄULI/MESSMER, N. 12 zu § 107 ZPO, beide unter Berufung auf BGE 38 I 542). So wird diese Einrede mangels Identität versagt, wenn die erste Klage auf negative Feststellung, die zweite auf Leistung geht (GULDENER, IZP, S. 178 und S. 174, Anm. 2; SCHNEIDER, a.a.O., S. 308; LEUCH, a.a.O.; STRÄULI/MESSMER, a.a.O., N. 13; sinngemäss auch HABSCHEID, Droit judiciaire privé suisse, S. 251, Ziff. 2c). Gleich verhält es sich, ebenfalls abweichend von den Rechtskraftregeln, im deutschen Recht (BAUMBACH-LAUTERBACH-ALBERS-HARTMANN, a.a.O., N. 3B und 6C zu § 261; ROSENBERG-SCHWAB, Zivilprozessrecht, 12. Aufl., S. 541). Weil die Feststellungsklage durchaus nicht zu einem Urteil führen muss, das dann tatsächlich der Leistungsklage gegenüber Rechtskraftwirkung entfaltet, ist die unterschiedliche Behandlung von Rechtskraft und Rechtshängigkeit hinsichtlich der Identität auch sachlich gerechtfertigt. Die Vorinstanz durfte daher ohne Verletzung von Bundesrecht die Identität der beiden Klagen verneinen und die Einrede der Beklagten verwerfen.

4. ...
b) Schliesslich behauptet die Beklagte, sie könne jedenfalls nur für den gesetzlichen Verzugszins von 5% haftbar gemacht werden, weil der vom Obergericht angeführte Art. 499 Abs. 2 Ziff. 1 OR die zusätzliche Bürgenhaftung nur für "die gesetzlichen Folgen" eines Verzuges des Hauptschuldners begründe. Nach Ansicht der Vorinstanz geht der zwischen den Parteien des Kaufvertrags vereinbarte Zinsfuss von 10% dem gesetzlichen Zinssatz von 5% gemäss Art. 104 Abs. 2 OR vor. BECKER betrachtet den sogenannten gesetzlichen Zinsfuss des Art. 104 OR als variabel, der mindestens 5% beträgt, aber höher sein kann, wenn er vertraglich vereinbart worden ist (N. 5 zu Art. 104 OR). In ähnlichem Sinn erklären OSER/SCHÖNENBERGER (N. 6a zu Art. 104 OR) sowie VON TUHR/ESCHER (S. 147 Anm. 25),

der vom Verzug an erwachsende Zins sei auch dann als Verzugszins zu behandeln, wenn darüber eine Zinsabrede bestehe, was für Art. 499 Abs. 2 Ziff. 1 und 3 OR von Bedeutung sei. Auch wenn der Satz des Verzugszinses vorliegend auf eine vertragliche Vereinbarung zurückgeht, rechtfertigt es sich in der Tat, den Zinsanspruch insgesamt unter die gesetzlichen Folgen des Verzuges gemäss Art. 499 Abs. 2 Ziff. 1 und nicht unter die vertragsgemässen Zinsen von Ziff. 3 zu subsumieren, und zwar namentlich wegen der zeitlichen Befristung der Haftung nach Ziff. 3. Das Obergericht hat daher die Bürgenhaftung der Beklagten für 10% Verzugszins zu Recht bejaht.