Urteilskopf

98 II 150

23. Urteil der II. Zivilabteilung vom 5. Mai 1972 i.S. Longoni gegen v. Heydebrand.
Regeste (de):
Berufung an das Bundesgericht gegen ein Urteil, das eine Aberkennungsklage wegen Rechtshängigkeit der Streitsache zurückweist.

Ein Urteil, das eine Klage wegen Rechtshängigkeit zurückweist und damit das Verfahren abschliesst, ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 48 OG (Bestätigung der Rechtsprechung). An der Auffassung, in der aus prozessualen Gründen erfolgten Zurückweisung einer Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 2 SchKG) liege angesichts der Möglichkeit einer spätern Rückforderungsklage (Art. 86 SchKG) kein Endentscheid, kann nicht festgehalten werden (Änderung der Rechtsprechung; Erw. 1).

Verhältnis zwischen Arrestforderungs- und Aberkennungsklage.

Macht die Hängigkeit einer Arrestforderungsklage (Art. 278 Abs. 2 SchKG) die Erhebung einer Aberkennungsklage mit Bezug auf die gleiche Forderung unnötig? (Frage offen gelassen; Erw. 2).

Rechtshängigkeit; Bundesrecht und kantonales Prozessrecht.

Ob eine Klage wegen Rechtshängigkeit zurückgewiesen werden darf, beurteilt sich nach der heute noch herrschenden Auffassung unter Vorbehalt von Art. 22 BZP grundsätzlich nach kantonalem Prozessrecht. Die Frage der Identität der Ansprüche beurteilt sich dagegen bei bundesrechtlichen Ansprüchen nach Bundesrecht. Identität einer auf einen Schuldbrief gestützten Forderung gegen die geschiedene Ehefrau mit einer auf den gleichen Betrag lautenden Forderung, die der Gläubiger damit begründet, dass er den Schuldbrief abbezahlt und die geschiedene Ehefrau ihm den abbezahlten Betrag gemäss Scheidungskonvention zu erstatten habe? (Erw. 3).

Regeste (fr):
Recours en réforme au Tribunal fédéral contre un jugement qui rejette une action en libération de dette pour cause de litispendance du litige.

Un jugement qui rejette une action pour cause de litispendance et met ainsi fin à la procédure est une décision finale au sens de l'art. 48OJ (confirmation de la jurisprudence). L'opinion selon laquelle el rejet d'une action en libération de dette (art. 83 al. 2 LP) pour des motifs de procédure ne constitue pas une décision finale à cause de la possibilité d'une action en répétition de l'indû ultérieure (art. 86 LP) ne peut être maintenue (modification de la jurispruprudence; consid. 1).

Rapport entre l'action en validation de séquestre et l'action en libération de dette.

La litispendance d'une action en validation de séquestre (art. 278 al. 2 LP) rend-elle inutile l'introduction d'une action en libération de dette se rapportant à la même créance? (Question laissée ouverte; consid. 2).

Litispendance; droit fédéral et droit de procédure cantonal.

Selon l'opinion actuellement encore dominante, la question de savoir si une action peut être rejetée pour cause de litispendance se juge, sous réserve de l'art. 22 PCF, en principe d'après le droit cantonal de procédure. En revanche, la question de l'identité des prétentions se juge d'après le droit fédéral s'il s'agit de prétentions de droit fédéral. Identité d'une créance fondée sur une cédule hypothécaire contre la femme divorcée et d'une créance du même montant que le créancier justifie en ce sens qu'il a payé la cédule hypothécaire et que la femme divorcée doit lui rembourser le montant payé selon une convention de divorce? (consid. 3).

Regesto (it):
Ricorso per riforma al Tribunale federale contro una sentenza che respinge un'azione di inesistenza del debito a causa della litispendenza.

Una sentenza che respinge l'azione per litispendenza conclude il procedimento e costituisce pertanto una decisione finale nel senso dell'art. 48 OG (conferma della giurisprudenza). L'opinione secondo cui il rigetto di un'azione di inesistenza del debito (art. 83 cpv. 2 LEF) per motivi di procedura non costituisce una decisione finale perchè lascia aperta la possibilità di un'azione per la ripetizione dell'indebito (art. 86 LEF) non può essere mantenuta (modificazione della giurisprudenza; consid. 1).

Rapporto fra azione di validazione del sequestro e azione di inesistenza del debito.

La litispendenza di un'azione di validazione del sequestro (art. 278 cpv. 2 LEF) rende inutile il promovimento di un'azione di inesistenza del debito concernente la stessa pretesa? (questione rimasta aperta; consid. 2).

Litispendenza; diritto federale e diritto processuale cantonale.

Secondo l'opinione ancora dominante, la questione di sapere se un'azione può essere respinta per litispendenza si risolve, di massima riservato l'art. 22 PCF, in applicazione del diritto processuale cantonale. Per contro, la questione dell'identità delle pretese si giudica in applicazione del diritto federale, se si tratta di pretese fondate su questo diritto. Identità di una pretesa verso la moglie divorziata, fondata su una cartella ipotecaria, con una pretesa dello stesso ammontare, che il creditore fonda sul fattoche ha pagato la cartella ipotecaria e che la moglie divorziata deve rimborsargli il relativo ammontare in virtù della convenzione di divorzio? (consid. 3).

Sachverhalt ab Seite 152

A.- Am 7. Februar 1964 kaufte Margaritha v. Heydebrand-Wüthrich von Werner Stucki die Liegenschaft Kesslergasse 5 (heute Münstergasse 35) in Bern. Sie erwarb die Liegenschaft fiduziarisch für ihren Ehemann Godhard v. Heydebrand. Für den Betrag von Fr. 43'317.–, um den der Kaufpreis die von der Käuferin übernommenen Hypotheken im 1.-9. Rang überstieg, wurde zugunsten des Verkäufers ein Schuldbrief im 10. Rang errichtet. Ende 1964 wurden daran Fr. 5317.– abbezahlt, Ende 1965, 1966 und 1967 je Fr. 5000.–, insgesamt also Fr. 20'317.–. Anfangs Mai 1968 übergab Stucki den Schuldbrief an Godhard v. Heydebrand, der Stucki für sein Restguthaben von Fr. 23'000.– befriedigte. Am 22. Mai 1968 wurde der Schuldbrief gemäss Art. 64 Abs. 3 GBV, der den Ersatz von schadhaft, unleserlich oder unübersichtlich gewordenen Pfandtiteln vorsieht, unter Entkräftung des alten Titels neu ausgestellt. Als Schuldnerin ist im neuen Titel Margaritha v. Heydebrand angegeben, als Gläubiger Godhard v. Heydebrand. Für die Schuldnerin unterzeichnete den neuen Schuldbrief Notar F. Sägesser, der in Ziffer 12 des Kaufvertrags vom 7. Februar 1964 zur Unterzeichnung des Originaltitels ermächtigt worden war.

B.- Am 21. Juni 1968 wurde die Ehe v. Heydebrand-Wüthrich in Gutheissung der vom Ehemann am 5. Mai 1965 eingeleiteten Klage geschieden. Am 4. September 1968 schlossen die geschiedenen Ehegatten einen Vergleich, der im wesentlichen bestimmte, die Ehefrau behalte die Liegenschaft Münstergasse 35 definitiv; der Ehemann verzichte auf sein Vorkaufsrecht; die Ehefrau erstatte ihm Fr. 60'000.– "und ausserdem den Betrag, um welchen sich die hypothekarische Belastung seit 1. Jan. 1964 vermindert hat, und ferner den Saldo der

Gewinn- und Verlustrechnung per 31. Dez. 1968 auf der Liegenschaft Münstergasse 35"; damit seien "sämtliche gegenseitige güterrechtliche Ansprüche und aus Mitarbeit der Ehefrau im Geschäft des Ehemanns abgegolten"; vorbehalten bleibe der Teilvergleich vom gleichen Tage über das Sondergut (der die Herausgabe von zwei Einrichtungsgegenständen an die Ehefrau vorsieht); der von der Ehefrau zu leistende Gesamtbetrag werde am 1. Juli 1969 fällig

BGE 98 II 150 S. 153

und sei vom 1. Januar bis 1. Juli 1969 mit 5% zu verzinsen. Am 13. Dezember 1968 ergänzte das Amtsgericht von Bern sein Scheidungsurteil durch Genehmigung dieser Vereinbarungen.

C.- Die geschiedenen Ehegatten konnten sich über die Höhe des von der Ehefrau nach dem Vergleich vom 4. September 1968 geschuldeten Gesamtbetrags nicht einigen. Da die Ehefrau den vom Ehemann gemäss einer Abrechnung vom 15. Oktober 1968 geforderten Betrag von Fr. 129'451.25 nicht zahlte, erwirkte der Ehemann am 24./25. Juli 1969 einen Arrest auf ihre Liegenschaft. Der am 1. September 1969 beim Appellationshof des Kantons Bern eingeleitete Arrestforderungsprozess ist noch hängig. In einem Widerspruchsprozess wurde der Anspruch eines Dritten auf die ihm abgetretenen Mietzinse aus der arrestierten Liegenschaft geschützt.

D.- Im Mai 1970 betrieb G. v. Heydebrand seine geschiedene Ehefrau (nun Frau Longoni) gestützt auf den erwähnten Schuldbrief für Fr. 43'317.– nebst 5% Zins seit 1. Januar 1969 auf Verwertung der Pfandliegenschaft. Zugleich verlangte er den Einzug der Mietzinse durch das Betreibungsamt (Betreibung Nr. 84'194 des Betreibungsamtes Bern 2). Frau Longoni und ihr gemäss Art. 68 bis SchKG mitbetriebener Ehemann erhoben Rechtsvorschlag ohne Grundangabe. Nachdem G. v. Heydebrand die provisorische Rechtsöffnung erwirkt hatte, leitete Frau Longoni gegen ihn beim Appellationshof des Kantons Bern am 19. September 1970 (innert der Frist von Art. 83 Abs. 2 SchKG) Klage auf Aberkennung der in Betreibung gesetzten Forderung ein. Der Appellationshof wies die Aberkennungsklage mit Urteil vom 9. November 1971 zurück. Er nahm an, die im Aberkennungsprozess streitige Forderung sei bereits Gegenstand des zwischen den gleichen Parteien hängigen Arrestforderungsprozesses; dort habe G. v. Heydebrand gestützt auf den Vergleich vom 4. September 1968 Abschlagszahlungen von Fr. 54 567.– an die auf der Liegenschaft Münstergasse 35 lastenden Grundpfandschulden geltend gemacht, und in dieser Summe sei der an Stucki bezahlte Betrag von Fr. 43 317.– inbegriffen. An der "Identität der Forderung" ändere es nichts, dass sie im Arrestforderungsprozess auf den Vergleich vom 4. September 1968 und im Aberkennungsprozess auf den Schuldbrief gestützt werde; ihre "innere Rechtfertigung"

BGE 98 II 150 S. 154

beruhe auch diesmal (d.h. im Aberkennungsprozess) auf dem Vergleich vom 4. September 1968; dass der Betrag von Fr. 43 317.– zweimal verlangt werden könne, habe G. v. Heydebrand nie behauptet; er anerkenne vielmehr, dass der Betrag nur einmal geschuldet sei; bei beiden Prozessen handle es sich um rein materiellrechtliche Streitigkeiten, in denen über das Bestehen oder Nichtbestehen der Forderung endgültig entschieden werde; die Hängigkeit des Arrestforderungsprozesses schliesse also die Entgegennahme einer Aberkennungsklage über die gleiche Forderung aus.

E.- Gegen das Urteil des Appellationshofs vom 9. November 1971 hat die Klägerin Frau Longoni die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag, es sei aufzuheben und die mit der Betreibung Nr. 84'194 geltend gemachte Forderung von Fr. 43 317.– nebst Zins sei abzuerkennen. Der Beklagte beantragt, auf die

Berufung sei nicht einzutreten, da kein Endentscheid im Sinne von Art. 48 Abs. 1 OG vorliege; eventuell sei sie abzuweisen.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In BGE 80 I
259 ff. (bes. 263/64) hat das Bundesgericht entschieden, Endentscheid im Sinne von Art. 48 OG sei auch ein Urteil, mit dem auf die Klage wegen Rechtshängigkeit der Streitsache nicht eingetreten wird, sofern das Urteil das Verfahren abschliesst. Dieser Entscheid stützt sich auf die in BGE 74 II 177 /78 und BGE 79 II 108 vertretene Auffassung, der in Art. 48 des geltenden OG verwendete Begriff des Endentscheides sei weiter als der Begriff des Haupturteils im Sinne von Art. 58 des OG von 1893; Endentscheid sei jeder Entscheid, der - sei es auch bloss aus einem prozessualen Grunde - ein Verfahren abschliesst, das auf die endgültige, dauernde Regelung zivilrechtlicher Verhältnisse abzielt; es sei nicht erforderlich, dass der Entscheid den Kläger von der Verfolgung des eingeklagten Anspruchs endgültig ausschliesst. Diese Definition des Endentscheides hat sich in der Folge nicht durchgesetzt. Vielmehr nimmt die neuere Rechtsprechung entsprechend der Praxis zu Art. 58 aoG an, Endentscheid sei nicht jeder den Prozess beendigende Entscheid, sondern nur ein Entscheid, durch den entweder über den materiellen Anspruch geurteilt oder dessen Beurteilung aus einem Grunde abgelehnt wird, der endgültig verbietet, dass der gleiche Anspruch zwischen den gleichen Parteien nochmals geltend gemacht

wird (BGE 84 II 230 und 398, BGE 86 II 123, BGE 88 II 59, BGE 93 II 217, 285 und 390, BGE 95 II 294, BGE 96 II 427 und 434/35). Ein Entscheid, der eine Klage wegen Rechtshängigkeit zurückweist, wird von dieser Definition, wenn man sie streng wörtlich nimmt, kaum erfasst, weil er den eingeklagten materiellen Anspruch nicht beurteilt und diese Beurteilung nicht aus einem Grunde ablehnt, der eine neue Klage für immer ausschliesst, sondern an und für sich die Möglichkeit offen lässt, den Anspruch nach Erledigung des hängigen Verfahrens neu geltend zu machen (vgl. BIRCHMEIER, Handbuch des OG, S. 164 Mitte, und WURZBURGER, Les conditions objectives du recours en réforme..., Diss. Lausanne 1964, S. 186 unter Ziff. 250, mit Hinweisen). Dessen ungeachtet wurde jedoch in einem Falle, der vorletztes Jahr drei Abteilungen des Bundesgerichts beschäftigte, der in BGE 80 I 263 /64 ausgesprochene Grundsatz bestätigt, dass ein die Klage wegen Rechtshängigkeit zurückweisender und damit das Verfahren abschliessender Entscheid als Endentscheid im Sinne von Art. 48 OG zu gelten hat (nicht veröffentlichtes Urteil des Kassationshofs vom 22. Mai 1970 i.S. Milcent, Urteile der I. Zivilabteilung und der Staatsrechtlichen Kammer vom 14. bzw. 22 Juli 1970 in der gleichen Sache: BGE 96 II 449 und BGE 96 I 450). Diese Lösung lässt sich damit rechtfertigen, dass ein Entscheid, der eine auf das Bundesrecht gestützte Klage zu Unrecht wegen Rechtshängigkeit zurückweist, dem Kläger die durch das Bundesrecht gewährleistete Möglichkeit, seinen Anspruch auf dem Prozessweg geltend zu machen (BGE 95 II 642), zwar nicht für immer, aber doch für die Dauer des hängigen Verfahrens entzieht, was bedeutet, dass dem Kläger das Klagerecht für eine gewisse - oft lange - Zeit endgültig abgesprochen wird. Ist die zurückgewiesene Klage befristet und läuft die Klagefrist während der Dauer des hängigen Verfahrens ab, wie es im vorliegenden Falle zutrifft, so kann die Zurückweisung sogar zum vollständigen Verlust des Klagerechts führen. Diese Folge der Zurückweisung ist bei Prüfung der Frage, ob ein die Klage wegen Rechtshängigkeit zurückweisender Entscheid den Charakter eines Endentscheids habe, richtigerweise zu berücksichtigen, auch wenn es sich dabei, wie in BGE 84 II 231 für den Fall der Zurückweisung mangels gehöriger Vollmacht des Prozessvertreters angenommen, nicht um eine "unmittelbare rechtliche Auswirkung" des Nichteintretensentscheides, d.h. nicht um eine im Sinne dieses Entscheides liegende Rechtsfolge,

sondern nur um eine "mittelbare Folge" der Zurückweisung handelt. Der angefochtene Entscheid ist daher als Endentscheid im Sinne von Art. 48 OG zu betrachten. Der Kläger hat in derartigen Fällen ein schützenswertes Interesse daran, dass er die Frage, ob die Zurückweisung vor dem Bundesrecht standhalte oder nicht, im Anschluss an den Nichteintretensentscheid der letzten kantonalen Instanz durch Berufung dem Bundesgericht unterbreiten kann, wenn die übrigen Voraussetzungen dieses Rechtsmittels erfüllt sind, wie es hier zutrifft. Die I. Zivilabteilung des Bundesgerichts hat im zuletzt angeführten Entscheide freilich angenommen, ein Erkenntnis, das eine Aberkennungsklage aus prozessualen Gründen zurückweist, sei auf jeden Fall deshalb kein Endentscheid im Sinne von Art. 48 OG, weil es lediglich den Fortgang der Betreibung ermögliche und dem Betriebenen die Möglichkeit vorbehalten bleibe, "dem Richter den Streit über die Forderung innerhalb eines Jahres nach Zahlung der angeblichen Nichtschuld durch Rückforderungsklage gemäss Art. 86 Abs. 1 SchKG erneut zu unterbreiten". Die I. Zivilabteilung folgte damit einem ältern Entscheide der II. Zivilabteilung (BGE 47 III 103 ff.). Die in diesen Entscheiden vertretene Auffassung ist jedoch in der Lehre mit Recht kritisiert worden (KUMMER, ZBJV 1960 S. 63; WURZBURGER, a.a.O. S. 183 unter Ziff. 246). Es ist von vornherein umstritten, ob die Rückforderungsklage dem Schuldner überhaupt zu Gebote steht, wenn die Betreibung zum Konkurs geführt hat (verneinend JAEGER, Kommentar, 3. Aufl., N. 5 zu Art. 86, N. 1 zu Art. 187 und N. 1 a.E. zu Art. 250 SchKG, sowie KUMMER, a.a.O.; anderer Ansicht BLUMENSTEIN, Handbuch, S. 320 Anm. 24, S. 783 Anm. 36, sowie V. SCHWANDER, BlSchK 1943 S. 97 ff., und R. DAGON, Über die Rückforderung im Betreibungsrecht, Zürcher Diss. 1960, S. 62 ff.). Die Rückforderungsklage fällt auf jeden Fall dann ausser Betracht, wenn der Schuldner eine Aktiengesellschaft ist, die infolge des Konkurses aufgelöst wird (KUMMER a.a.O.). Unabhängig von der Art der Zwangsvollstreckung ist eine Rückforderung ausgeschlossen, soweit der Gläubiger nicht befriedigt wird, sondern einen Verlust erleidet. Wird der Gläubiger nicht durch eine Zahlung des betriebenen Schuldners, sondern aus dem Erlös der Zwangsverwertung von Vermögensstücken des Schuldners befriedigt, so bringt die Rückforderungsklage dem Schuldner die verwerteten Gegenstände nicht zurück und macht die Vermögenseinbusse, die mit der Zwangsverwertung meist

verbunden ist, nicht ungeschehen. Im übrigen hat der Schuldner nicht selten mit der Gefahr zu rechnen, dass der zur Rückleistung verurteilte Gläubiger das seinerzeit empfangene Geld nicht zurückzuzahlen vermag, weil er es inzwischen verbraucht hat. Die Rückforderungsklage ist also offensichtlich kein vollwertiger Ersatz der Aberkennungsklage. An der Praxis, die der aus prozessualen Gründen erfolgten Zurückweisung einer Aberkennungsklage den Charakter eines Endentscheids unter Hinweis auf die Möglichkeit einer spätern Rückforderungsklage absprach, kann daher nicht festgehalten werden. Die I. Zivilabteilung hat dieser Änderung der Rechtsprechung zugestimmt. Auf die vorliegende Berufung ist deshalb einzutreten.

2. Die Klägerin behauptet, der Nichteintretensentscheid der Vorinstanz verletze Bundesrecht, weil die im Aberkennungsprozess streitige Schuldbrieforderung mit der im Arrestforderungsprozess streitigen Forderung aus ehelichem Güterrecht auch insoweit nicht identisch sei, als diese Forderung sich auf die Abzahlung des Schuldbriefs stützt. Ausserdem wirft die Klägerin der Vorinstanz vor, sie habe ihr durch die Zurückweisung der Aberkennungsklage wegen angeblicher Rechtshängigkeit der Streitsache die ihr durch diesen gesetzlich vorgesehenen Rechtsbehelf gewährleistete Möglichkeit entzogen, sich dem Definitivwerden der dem Beklagten in der Grundpfandbetreibung erteilten provisorischen Rechtsöffnung und der Fortsetzung dieser Betreibung zu wider-

setzen, solange kein Urteil vorliegt, das den mit dieser Betreibung geltend gemachten Anspruch schützt. Damit rügt die Klägerin der Sache nach, das angefochtene Urteil verstosse gegen Art. 83 Abs. 2 und 3 SchKG. Von der Annahme ausgehend, dass beide Prozesse den gleichen Anspruch betreffen, hat die Vorinstanz unter Hinweis auf BGE 22 S. 328 f. und ein Urteil des waadtländischen Kantonsgerichts vom 24. April 1922 (SJZ 1922/23 S. 27 Nr. 26) ausgeführt, die Rechtsöffnung könne nicht definitiv werden, solange die Arrestforderungsklage nicht rechtskräftig beurteilt sei; die Klägerin sei daher nicht genötigt gewesen, zu ihrer Verteidigung auf Aberkennung zu klagen. Ob diese Auffassung zutreffe (vgl. dazu ausser den angeführten Präjudizien auch BGE 38 I 204 Erw. 2, J. GASSMANN in Festgabe für F. Goetzinger, 1935, S. 46 f., und H. HINDERLING, ZSR 1964 I S. 127 f., der sich mit einer abweichenden Meinung auseinandersetzt), kann dahingestellt bleiben, wenn die Klägerin mit der Rüge durchdringt, dass die Zurückweisung ihrer Aberkennungsklage

wegen Rechtshängigkeit der Streitsache mangels Identität der in Frage stehenden Ansprüche gegen das Bundesrecht verstösst.

3. Während heute als Regel des Bundesrechts anerkannt ist, dass ein aus dem Bundesprivatrecht abgeleiteter Anspruch, der Gegenstand eines formell rechtskräftigen kantonalen Urteils ist, nicht (oder jedenfalls nicht gegen den Willen des Beklagten) von neuem gerichtlich geltend gemacht werden kann (BGE 95 II 639 ff.), hat das Bundesgericht an der Auffassung festgehalten, die Frage, ob eine Klage wegen Rechtshängigkeit des eingeklagten Anspruchs zurückgewiesen werden dürfe oder nicht, werde unter Vorbehalt des für direkte Prozesse vor Bundesgericht geltenden Art. 22 BZP grundsätzlich vom kantonalen Prozessrecht beherrscht (BGE 96 II 449 Erw. 2 mit Hinweis auf BGE 80 I 261 Erw. 2, BGE 85 II 83). Ob der eingeklagte Anspruch mit dem bereits gerichtlich geltend gemachten identisch sei oder nicht, gilt jedoch nach dieser Rechtsprechung, wenn es sich um bundesrechtliche Ansprüche handelt, als Frage des Bundesrechts, wie das auch schon nach der frühern Rechtsprechung zur Einrede der abgeurteilten Sache (BGE 75 II 290 mit Hinweisen, BGE 81 II 146 f., BGE 88 I 164) der Fall war. Die blosse Tatsache, dass im Aberkennungsprozess der schon im Arrestforderungsprozess eingeklagte Betrag von Fr. 43'317.– streitig ist und dass der Gläubiger erklärt, dieser Betrag sei ihm nur einmal geschuldet, genügt nicht, um den Schluss zu rechtfertigen, dass beide Prozesse den gleichen Anspruch betreffen. Es ist möglich, dass jemand gegenüber der gleichen Person aus zwei verschiedenen Rechtsgründen Anspruch auf dieselbe Leistung hat. Man spricht in solchen Fällen von konkurrierenden Ansprüchen, die abgesehen davon, dass die Erfüllung des einen den andern dahinfallen lässt, voneinander unabhängig sind und nach Wahl des Gläubigers gemeinsam oder einzeln geltend gemacht werden können (v. TUHR/SIEGWART, Allg. Teil des schweiz. OR, § 5 I, S. 36/37; vgl. auch OFTINGER, Schweiz. Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Bd. I 1958, S. 426 ff., 433/34). Bei getrennter gerichtlicher Geltendmachung derartiger Ansprüche liegt keine Identität der Streitsachen vor (KUMMER, Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweiz. Recht, 1954, S. 94/95, und LEUCH, Die ZPO für den Kanton Bern, 3. Aufl. 1956, N. 11 d zu Art. 192, S. 213). Der Beklagte begründet seine Forderung von Fr. 43'317.– im Arrestforderungsprozess damit, dass der auf diesen Betrag lautende Schuldbrief in der Zeit von Ende 1964 bis Mai 1968

vollständig abbezahlt wurde und dass der güterrechtliche Vergleich vom 4. September 1968 bestimmt, die Klägerin habe dem Beklagten den Betrag zu erstatten, um den sich die hypothekarische Belastung der Liegenschaft Münstergasse 35 seit dem 1. Januar 1964 vermindert hat. Im Aberkennungsprozess fordert er den

gleichen Betrag gestützt auf den am 22. Mai 1968 neu ausgestellten Schuldbrief vom Februar 1964. Er leitet also seine Forderung in den beiden Prozessen aus verschiedenen Entstehungsgründen ab. Die Bemerkung der Vorinstanz, die "innere Rechtfertigung" der Forderung beruhe auch im Aberkennungsprozess auf dem Vergleich vom 4. September 1968, kann hieran nichts ändern. Bei Beurteilung der Frage der Identität von Ansprüchen ist massgebend, worauf der Ansprecher die Ansprüche stützt. Im Aberkennungsprozess beruft sich der Beklagte ausschliesslich auf den vor Abschluss des Vergleichs vom 4. September 1968 errichteten und neu ausgestellten Schuldbrief. Gegenüber dem Einwand der Klägerin, mit dem Abschluss dieses Vergleichs seien die Ansprüche aus dem Schuldbrief untergegangen, macht er geltend, der Vergleich berühre seine Ansprüche aus dem Schuldbrief nicht. Anderseits stützt er seine Forderung im Arrestforderungsprozess ausschliesslich auf die erwähnte Vergleichsklausel und die Abzahlung des Schuldbriefs. Auf die im Schuldbrief verurkundeten Ansprüche konnte er sich im Arrestforderungsprozess nicht berufen, weil nach Art. 271 Abs. 1 SchKG ein Arrest nur für eine nicht durch ein Pfand gedeckte Forderung erwirkt werden kann. Der Beklagte macht also mit getrennten Klagen konkurrierende Ansprüche auf die gleiche Leistung geltend, die sich nach den von ihm angerufenen Entstehungsgründen deutlich voneinander unterscheiden, so dass von Identität der Ansprüche nicht die Rede sein kann.
Da im Arrestforderungsprozess für eine Auseinandersetzung über die Ansprüche aus dem Schuldbrief kein Raum ist, würde der Klägerin durch die Bestätigung des angefochtenen Entscheides die Möglichkeit entzogen, Einwendungen gegen die Gültigkeit des Schuldbriefs und gegen das vom Beklagten beanspruchte Recht zu erheben, sich trotz der güterrechtlichen Vereinbarung ihr gegenüber auf diesen Pfandtitel zu berufen. Dadurch würde die Klägerin in ihren Verteidigungsrechten empfindlich beschränkt. Sie hat auch unter der Voraussetzung, dass sie dem Beklagten gemäss der güterrechtlichen Vereinbarung den Betrag von Fr. 43'317.–schulden sollte, ein berechtigtes

Interesse daran, dass sie die Eintreibung dieses Betrages auf dem Wege der Grundpfandbetreibung und damit den Eintritt der in Art. 806 ZGB vorgesehenen Rechtsfolgen verhindern kann, wenn der Schuldbrief ungültig oder der Beklagte aus einem andern Grunde nicht berechtigt sein sollte, seine Forderung gestützt auf diesen Titel geltend zu machen. Dieses Interesse kann die Klägerin nur mittels der Aberkennungsklage wahrnehmen. Die Klägerin hat es bei Erhebung des Rechtsvorschlags gegen den Zahlungsbefehl in der Grundpfandbetreibung freilich unterlassen, das Pfandrecht als solches zu bestreiten, wozu nach Art. 85 Abs. 1 VZG eine entsprechende Erklärung nötig gewesen wäre. Das hindert sie aber nicht, gegenüber dem Beklagten die Einwendung zu erheben, der Schuldbrief sei ungültig oder der Vergleich vom 4. September 1968 verbiete dem Beklagten, seine Forderung auf den Schuldbrief zu stützen. Dringt sie damit durch, so entfällt auch das mit der Schuldbrieforderung akzessorisch verbundene Pfandrecht. Die erwähnten Einwendungen kann sie aber nur im Aberkennungsprozess geltend machen, was ihr durch den angefochtenen Entscheid verunmöglicht würde. Auch aus diesen Gründen ist die Identität der Ansprüche, die Gegenstand der beiden Prozesse sind, zu verneinen. Die Vorinstanz hat die Aberkennungsklage also materiell zu behandeln. Ob sie die beiden Prozesse nebeneinander weiterführen oder allenfalls die Aberkennungsklage, mit der die Klägerin vor allem die auf Grund von Art. 806 ZGB und Art. 91/92 VZG verfügte Mietzinssperre abzuwenden sucht, vorweg behandeln will, ist vorwiegend eine Frage der Prozessökonomie.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird in dem Sinne teilweise gutgeheissen, dass das Urteil des Appellationshofes (II. Zivilkammer) des Kantons Bern vom 9. November 1971 aufgehoben und die Sache zur materiellen Behandlung der Aberkennungsklage an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.