

# SZZP/RSPC

4/2025, S. 355

## Rechtsprechung – Jurisprudence – Giurisprudenza

› Zivilprozessordnung – Procédure civile – Procedura civile

›› IV. Litispandez und Klagerückzug – Litispandez et désistement –  
Litispandez e desistenza

››› Litispandez – Litispandez – Litispandez

» [3023] Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts i.S. Bank A. (Schweiz) AG in Liq. gegen B. SA (Beschwerde in Zivilsachen) **4A\_249/2024** vom 4. März 2025; zur Publikation vorgesehen

*Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO; Rechtshängigkeit zwischen Adhäsionsklage und negativer Feststellungsklage auf Nichtbestehen einer vertraglichen Verpflichtung*

Im Gegensatz zum allgemeinen Grundsatz, wonach das Gericht den geltend gemachten Anspruch im Hinblick auf sämtliche in Frage kommende Rechtsgrundlagen prüft, ist die Kognition des Strafgerichts bei einer Adhäsionsklage begrenzt: Die im Strafverfahren adhäsionsweise gestellten Zivilforderungen stützen sich meist auf den Rechtstitel der unerlaubten Handlung, Persönlichkeitsrechte, Eigentums- und Besitzrechte oder unlauteren Wettbewerb. Zivilansprüche, die auf einem Vertrag beruhen, können dagegen nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht Gegenstand adhäsionsweise erhobener Zivilklagen im Strafverfahren bilden (E. 2.3.1). In einer solchen Situation der beschränkten Kognition ist bei der Beurteilung der Identität der Streitgegenstände neben dem Rechtsbegehren und dem Lebenssachverhalt auch der Rechtsgrund zu berücksichtigen. Kann das Strafgericht bei einer Adhäsionsklage also nur bestimmte Arten von Rechtsgründen beurteilen, insbesondere ausservertragliche Ansprüche, so kann entsprechend auch die Rechtshängigkeitssperre nur in Bezug auf diese Ansprüche eintreten. Die Spaltung des Rechtswegs wirkt sich also auf den Umfang der Sperrwirkung aus (E. 2.3.2). Diese Situation kann für die Gerichte einen Mehraufwand bedeuten und birgt die Gefahr widersprüchlicher Entscheide. Darüber hinaus besteht die Gefahr einer Über- bzw. Doppelentschädigung, wenn der Geschädigte für den gleichen Schaden neben der Adhäsionsklage zugleich auf dem ordentlichen Zivilweg eine Leistungsklage für vertragliche Ansprüche erhebt und beide Gerichte die Klage gutheissen, was eine Koordinierung der Verfahren erforderlich macht (E. 2.3.4).

*Art. 59 al. 2 lit. d CPC; Litispandez entre une action civile par adhésion et une demande en constatation négative fondée sur l'inexistence d'une obligation contractuelle*

Contrairement à la règle selon laquelle le tribunal examine la prétention invoquée au regard de tous les fondements juridiques envisageables, la compétence du tribunal pénal est limitée dans le cas d'une action civile par adhésion. Les prétentions civiles invoquées à titre accessoire dans une procédure pénale se fondent généralement sur l'acte illicite, les droits de la [Seite 356](#) personnalité, la propriété et la possession et la concurrence déloyale. En revanche, selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, les prétentions civiles fondées sur un contrat ne peuvent pas faire l'objet d'une action civile jointe à une procédure pénale (consid. 2.3.1). Dans une telle situation où le pouvoir de cognition est limité, il convient, pour apprécier l'identité d'objets des litiges, de tenir compte non seulement des conclusions et du conglomerat de faits, mais également du fondement juridique de la demande. Dès lors que dans le cadre d'une action civile par adhésion, le tribunal pénal ne peut examiner que certains motifs juridiques, en particulier les prétentions extracontractuelles, l'exception de litispandez ne peut s'appliquer qu'à ces prétentions. La scission des voies de droit a donc une incidence sur l'étendue de l'effet bloquant (*Sperrwirkung*) (consid. 2.3.2). Cette situation peut entraîner une charge supplémentaire pour les tribunaux et implique un risque de décisions contradictoires. Il existe en outre un risque de surindemnisation ou de double indemnisation si la victime, outre l'action civile par adhésion,

intente simultanément une action en exécution d'une obligation contractuelle devant la juridiction civile ordinaire pour le même dommage et que les deux tribunaux admettent les actions, ce qui implique une coordination des procédures (consid. 2.3.4).

*Art. 59 cpv. 2 lit. d CPC; Litispendenza tra un'azione adesiva civile e un'azione d'accertamento negativa fondata sull'inesistenza di un'obbligazione contrattuale*

Contrariamente alla regola secondo cui il tribunale esamina la pretesa invocata alla luce di tutti i fondamenti giuridici ipotizzabili, la competenza del tribunale penale è limitata nel caso di un'azione adesiva civile. Le pretese civili invocate a titolo accessorio in una procedura penale si fondano generalmente sull'atto illecito, i diritti della personalità, la proprietà, il possesso e la concorrenza sleale. Per contro, secondo costante giurisprudenza del Tribunale federale, le pretese civili fondate su di un contratto non possono formare l'oggetto di un'azione civile adesiva ad una procedura penale (consid. 2.3.1). In una situazione in cui il potere di cognizione è limitato occorre, per apprezzare l'identità dell'oggetto litigioso, tenere conto non soltanto delle domande e del conglomerato dei fatti, ma anche del fondamento giuridico dell'azione. Siccome, nel quadro di un'azione adesiva civile, il tribunale penale può esaminare soltanto certi motivi giuridici, in particolare le pretese extracontrattuali, l'eccezione di litispendenza può applicarsi soltanto a queste pretese. La scissione delle vie di diritto ha dunque un'incidenza sull'ampiezza dell'effetto bloccante (*Sperrwirkung*) (consid. 2.3.2). Questa situazione può comportare un onere supplementare per il tribunale ed implica un rischio di decisioni contraddittorie. Esiste anche un rischio di sovraindennizzo o di doppio indennizzo, se la vittima, oltre all'azione adesiva civile, presenta simultaneamente un'azione in esecuzione di un obbligo contrattuale dinanzi alla giurisdizione civile ordinaria per il medesimo danno e i due tribunali ammettono le azioni, ciò che implica un coordinamento delle procedure (consid. 2.3.4).

## 1.

1.1. Die Beschwerdeführerin stellt sich in ihrer Hauptbegründung auf den Standpunkt, die Vorinstanz sei in bundesrechtswidriger Weise von der Rechtshängigkeit der vermeintlichen Adhäsionsklage ausgegangen. Es gebe keine zivilrechtlichen Ansprüche, welche die Beschwerdegegnerin aus der im Strafverfahren gegen die Beschwerdeführerin vorgeworfenen Straftat geltend machen könne. Aus **Art. 102 StGB [Seite 357]** könnten keine zivilrechtlichen Ansprüche hergeleitet werden. Es stünden ihr auch keine deliktischen oder vertraglichen Ansprüche zu. Die Beschwerdegegnerin könne entsprechend im gegen die Beschwerdeführerin geführten Strafverfahren keine Erklärung nach **Art. 119 Abs. 2 lit. b StPO** abgeben, weshalb durch ihre Erklärung auch keine Rechtshängigkeit im Sinne von **Art. 122 Abs. 1 StPO** eingetreten sei.

1.2. Die Beschwerdegegnerin meldete im Strafverfahren gegen die Beschwerdeführerin adhäsionsweise eine Schadenersatzforderung von Fr. 20 Mio. an. Durch ihre Erklärung gegenüber der Strafverfolgungsbehörde, im Strafverfahren zivilrechtliche Ansprüche geltend zu machen, hat sie sich ordnungsgemäss als Zivilklägerin im Sinne von **Art. 119 Abs. 2 lit. b StPO** konstituiert und ihre Adhäsionsklage rechtshängig gemacht (dazu bereits Urteil **4A\_622/2019** vom 15. April 2020 E. 5.3). Ob der Beschwerdegegnerin die von ihr geltend gemachten zivilrechtlichen Ansprüche gegenüber der Beschwerdeführerin zustehen, hängt vom Ausgang des Strafverfahrens samt dessen rechtlichen Würdigung sowie der juristischen Beurteilung der Adhäsionsklage ab. Über diese Frage hat das Strafgericht zu befinden. Es ist nicht an der zweitangerufenen Vorinstanz, im Rahmen der Prüfung der Prozessvoraussetzungen dem Strafgericht vorzugreifen und diese Punkte zu klären. Dies hat die Vorinstanz zutreffend erkannt. Die Adhäsionsklage der Beschwerdegegnerin ist somit rechtshängig.

2. Für den Fall, dass die Adhäsionsklage rechtshängig ist, macht die Beschwerdeführerin als Eventualstandpunkt geltend, die Vorinstanz hätte auf ihre negative Feststellungsklage eintreten müssen, insoweit es um die Beurteilung vertraglicher Ansprüche gehe. Die Vorinstanz habe bundesrechtswidrig die Sperrwirkung der Adhäsionsklage für vertragliche Ansprüche bejaht und damit **Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO** und **Art. 64 Abs. 1 lit. a ZPO** verletzt.

**2.1.** Als (negative) Prozessvoraussetzung wird gemäss **Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO** vorausgesetzt, dass die Sache nicht anderweitig rechtshängig ist (sog. Litispendenz). Die Rechtshängigkeit bewirkt nach **Art. 64 Abs. 1 lit. a ZPO**, dass der Streitgegenstand zwischen den gleichen Parteien nicht anderweitig rechtshängig gemacht werden kann (Sperrwirkung). Wie der Grundsatz der Rechtskraft soll der Grundsatz der Rechtshängigkeit insbesondere verhindern, dass in einer bestimmten Rechtsordnung zwei sich widersprechende Gerichtsentscheide über dieselbe Klage und zwischen denselben Parteien bestehen, die gleichermassen vollstreckbar sind (**BGE 128 III 284 E. 3b/bb**; **127 III 279 E. 2b**; Urteile **4A\_248/2024** vom 4. März 2025 E. 5.2.1; **4A\_405/2022** vom 26. Januar 2023 E. 2.1; **5A\_455/2022** vom 9. November 2022 E. 7.2.1; **4A\_141/2013** vom 22. August 2013 E. 2.2). Andererseits geht es auch darum, unnötige Verfahren zu vermeiden, indem derselbe Streitfall zwischen denselben Parteien Gegenstand mehrerer gleichzeitiger Prozesse wird (Urteile **4A\_248/2024** vom 4. März 2025 E. 5.2.1; **5A\_455/2022** vom 9. November 2022 E. 7.2.1; **4A\_141/2013** vom 22. August 2013 E. 2.2 mit Hinweisen).

Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Voraussetzung der fehlenden Rechtshängigkeit erfüllt ist (**Art. 60 ZPO**; Urteile **4A\_248/2024** vom 4. März 2025 E. 5.2.1; **4A\_405/2022** vom 26. Januar 2023 E. 2.1; **4A\_141/2013** vom 22. August 2013 E. 2.2).

**[Seite 358] 2.2.** Damit ein früher eingeleitetes Verfahren für einen späteren Prozess Sperrwirkung entfalten kann, bedarf es einer doppelten Identität, nämlich der Identität der Parteien und der Identität des Streitgegenstands. Der Begriff des Streitgegenstands wird in der **Zivilprozessordnung** nicht definiert. Das Bundesgericht geht für die Identität von Streitgegenständen bei der sogenannten negativen Wirkung der materiellen **Rechtskraft** (**Art. 59 Abs. 2 lit. e ZPO**) vom zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff aus. Nach diesem beurteilt sich die Identität von Streitgegenständen nach den Klageanträgen («les conclusions de la demande») und dem behaupteten Lebenssachverhalt, d.h. dem Tatsachenfundament, auf das sich die Klagebegehren stützen («le complexe de faits sur lequel les conclusions se fondent»; **BGE 144 III 452 E. 2.3.2**; **142 III 210 E. 2.1**; **141 III 257 E. 3.2**; **140 III 278 E. 3.3**; **139 III 126 E. 3.2.3**; Urteil **4A\_248/2024** vom 4. März 2025 E. 5.2.2 f.). Auch im Hinblick auf das Prozesshindernis der **Rechtshängigkeit** nach **Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO** geht das Bundesgericht im Anwendungsbereich der **Zivilprozessordnung** (ZPO) davon aus, dass sich die objektiven Grenzen der Rechtshängigkeit nach diesem zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff richten (ausführlich dazu Urteil **4A\_248/2024** vom 4. März 2025 E. 5.2.4 ff. mit weiteren Hinweisen).

Auf den «Rechtsgrund» – verstanden als «angerufene Rechtsnorm» –, auf den die Klagebegehren gestützt werden, kommt es hingegen nicht an (**BGE 140 III 278 E. 3.3**; **139 III 126 E. 3.2.3**; Urteile **4A\_248/2024** vom 4. März 2025 E. 5.2.3; **4A\_525/2021** vom 28. April 2022 E. 3.3, nicht publ. in **BGE 148 III 371**). Das Gericht hat im Normalfall der uneingeschränkten Kognition in Befolgung des Gebots der richterlichen Rechtsanwendung von Amtes wegen gemäss **Art. 57 ZPO** (iura novit curia; **BGE 149 III 268 E. 4.2**) alle in Fragen kommenden Rechtsgrundlagen auf den Streitgegenstand anzuwenden (Urteil 4C.384/1995 vom 1. Mai 1997 E. 2e; Lorenz Droese, *Res iudicata ius facit*, 2015, S. 48 f.; SIMON ZINGG, *Berner Kommentar Zivilprozessordnung*, 2012, N. 74 zu **Art. 59 ZPO**; STEPHEN V. BERTI, *Zur materiellen Rechtskraft nach schweizerischem Zivilprozessrecht*, in: Bommer/Berti [Hrsg.], *Festschrift zum Schweizerischen Juristentag 2011*, 2011, S. 225 ff., S. 236 f.; DANIEL SCHWANDER, *Die objektive Reichweite der materiellen Rechtskraft – Ausgewählte Probleme*, 2002, S. 155 Fn. 666, S. 162 f.; vgl. auch **BGE 139 III 126 E. 3.2.2**).

## 2.3.

**2.3.1.** Im Gegensatz zu diesem allgemeinen Grundsatz, wonach das Gericht den geltend gemachten Anspruch im Hinblick auf sämtliche in Frage kommende Rechtsgrundlagen prüft, ist die Kognition des Strafgerichts bei einer Adhäsionsklage begrenzt: Die im Strafverfahren adhäsionsweise gestellten Zivilforderungen stützen sich meist auf den Rechtstitel der unerlaubten Handlung, Persönlichkeitsrechte, Eigentums- und Besitzrechte oder unlauteren Wettbewerb (dazu **BGE 148 III 401 E. 3.2.1**). Zivilansprüche,

die auf einem Vertrag beruhen, können hingegen nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht Gegenstand einer adhäsionsweise erhobenen Zivilklage im Strafverfahren bilden (**BGE 148 III 401** E. 3.2.1 am Ende; **148 IV 432** E. 3.2 f.; Urteile **7B\_111/2024** vom 25. Juli 2024 E. 3.1; **7B\_329/2024** vom 16. Juli 2024 E. 1.1.3; **7B\_38/2023** vom 25. April 2024 E. 1.1; **7B\_507/2023** vom 20. März 2024 E. 1.2.1; **7B\_986/2023** vom 1. Februar 2024 E. 1.1; **6B\_1200/2021** vom [Seite 359] 15. September 2023 E. 4.2; **6B\_57/2021** vom 27. April 2023 E. 4.2.2; **6B\_602/2020**, **6B\_603/2020** vom 29. März 2023 E. 3.1). Dem Strafgericht ist es damit im Rahmen der Adhäsionsklage verwehrt, vertragliche Ansprüche zu beurteilen.

**2.3.2.** In einer solchen Situation der beschränkten Kognition ist bei der Beurteilung der Identität der Streitgegenstände neben dem Rechtsbegehren und dem Lebenssachverhalt auch der Rechtsgrund zu berücksichtigen (DROESE, a.a.O., S. 49–52; BERTI, a.a.O., S. 237; MARCO STACHER, Urteil des Bundesgerichts vom 25. Februar 2013 i.S. A. c. X. Ltd. BGer **4A\_496/2012** [Streitgegenstand, materielle Rechtskraft], **ZZZ 2011, S. 308** ff., S. 312, Schwander, a.a.O., S. 155 Fn. 666, S. 162 f.). Kann das Strafgericht bei einer Adhäsionsklage also nur bestimmte Arten von Rechtsgründen beurteilen, insbesondere ausservertragliche Ansprüche (Erwägung 2.3.1), so kann entsprechend auch die Rechtshängigkeitssperre nur in Bezug auf diese Ansprüche eintreten (DROESE, a.a.O., S. 51; DOMINIK BOPP, Die Reichweite der Verjährungsunterbrechung – ein übersehenes Problem?, Jusletter 13. November 2023, Rz. 15; DOMINIQUE MÜLLER/PASCAL BETTICHER, Zur Unterbrechung der Verjährung von zivilrechtlichen Ansprüchen durch Geltendmachung im Strafverfahren/Besprechung von BGer, **4A\_417/2021**, 1.9.2022, **AJP 2023, S. 105** ff., S. 109). Die Sperrwirkung der Adhäsionsklage kann sich mit anderen Worten nicht auf vertragliche Ansprüche beziehen, die vom Adhäsionsgericht nicht geprüft werden dürfen. Die Spaltung des Rechtswegs wirkt sich also auf den Umfang der Sperrwirkung aus.

**2.3.3.** Kann ein Geschädigter aus mehreren Anspruchsgrundlagen (z.B. Vertrag und Delikt) die Leistung fordern (Anspruchskonkurrenz; Urteil **6B\_1084/2022** vom 5. April 2023 E. 6.3), ist es ihm entsprechend möglich, neben einer Adhäsionsklage die vertraglichen Ansprüche in einer separaten Klage im ordentlichen Zivilverfahren geltend zu machen (DAMIAN K. GRAF, Zivilforderungen im Strafbefehl: Phase bis zum Entscheid, in: Eichel/Hurni/Markus [Hrsg.], Zivilverfahren im Kielwasser der StPO-Revision, CIVPRO, 2024, S. 1 ff., S. 10 f.; MÜLLER/BETTICHER, a.a.O., S. 109; BOPP, a.a.O., Rz. 15; ARNAUD NUSSBAUMER-LAGHZAOU, L'interruption de prescription de l'action contractuelle en procédure pénale, LawInside, 7. Oktober 2022, Ziff. 2; FABIO BURGNER, Déclaration de participation à la procédure pénale comme demandeur au civil et interruption de la prescription, IusNet, 1. September 2022, Ziff. III.3). Ebenso ist es möglich, dass der im Strafverfahren Beschuldigte eine negative Feststellungsklage auf dem Zivilweg einreicht, wonach dem Gegner aus vertraglicher Grundlage keine Ansprüche zustehen, wie es vorliegend geschehen ist.

**2.3.4.** Diese Sondersituation bei der Adhäsionsklage hat zur Folge, dass dasselbe Rechtsbegehren (bzw. dessen kontradiktorisches Gegenteil, **BGE 142 III 210** E. 2.1; **140 III 278** E. 3.3; **139 III 126** E. 3.2.3; Urteil **4A\_248/2024** vom 4. März 2025 E. 5.2.3) und derselbe Lebenssachverhalt zwischen denselben Personen in zwei verschiedenen Prozessen mit jeweils unterschiedlichen rechtlichen Grundlagen beurteilt werden können. Das kann für die Gerichte einen Mehraufwand bedeuten und impliziert die Gefahr widersprüchlicher Entscheide (BOPP, a.a.O., Rz. 15; MÜLLER/BETTICHER, a.a.O., S. 109), was mit der Rechtshängigkeitssperre gerade vermieden werden soll (oben E. 2.1). Zudem besteht das Risiko einer Über- bzw. Doppelentschädigung, [Seite 360] wenn der Geschädigte für den gleichen Schaden neben der Adhäsionsklage gleichzeitig eine Leistungsklage für vertragliche Ansprüche auf dem ordentlichen Zivilweg erhebt und beide Gerichte die Klagen gutheissen (vgl. NUSSBAUMER-LAGHZAOU, a.a.O., Ziff. 2; BURGNER, a.a.O., Ziff. III.3). Da in casu die Beschwerdeführerin eine negative Feststellungsklage erhob, braucht Letzteres nicht weiter vertieft zu werden.

In jedem Fall ist den aufgeworfenen Problemen durch eine Verfahrenskoordination vorzubeugen (vgl. Urteil **4A\_248/2024** vom 4. März 2025 E. 5.2.12), in der vorliegenden

Konstellation namentlich durch eine Sistierung des Zivilverfahrens ([Art. 126 Abs. 1 ZPO](#)). Andererseits kann der Geschädigte, wenn er alle zivilrechtlichen Ansprüche in einem Verfahren beurteilt haben möchte, diese in einem gewöhnlichen Zivilprozess bei einem Gericht mit umfassender Kognition einbringen und auf die adhäsionsweise Geltendmachung im Strafverfahren verzichten.

**2.4.** Nach dem Ausgeführten gilt für die negative Feststellungsklage der Beschwerdeführerin Folgendes: Die Kognition des Strafgerichts ist für die von der Beschwerdegegnerin anhängig gemachte Adhäsionsklage beschränkt, namentlich auf die von ihr geltend gemachten ausservertraglichen Ansprüche (oben E. 2.3.1). Entsprechend wirkt die Rechtshängigkeitssperre der Adhäsionsklage der Beschwerdegegnerin auch nur für diese ausservertraglichen Ansprüche (oben E. 2.3.2). Die Beschwerdeführerin kann daher gegen die Beschwerdegegnerin eine negative Feststellungsklage einreichen, wonach der Beschwerdegegnerin aus der Bankbeziehung keine vertraglichen Ansprüche zustehen, wie sie das vorliegend gemacht hat. Dieser negativen Feststellungsklage kann die Rechtshängigkeit der Adhäsionsklage der Beschwerdegegnerin nicht entgegen gehalten werden, soweit es um vertragliche Ansprüche geht (dazu oben E. 2.3.3). Das hat die Vorinstanz verkannt und damit [Art. 59 Abs. 2 lit. d ZPO](#) und [Art. 64 Abs. 1 lit. a ZPO](#) verletzt.

**2.5.** Im vorinstanzlichen Verfahren hat die Beschwerdegegnerin das Feststellungsinteresse der Beschwerdeführerin bestritten. Diese Frage hat die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid offengelassen (oben Sachverhalt B), weil sie bereits infolge Litispendenz auf die Klage der Beschwerdeführerin nicht eintrat. Die Vorinstanz hat nun die Frage des Feststellungsinteresses zu klären und zu beurteilen, ob auf die negative Feststellungsklage der Beschwerdeführerin eingetreten werden kann.

Bejahendenfalls hat sie dem Umstand, dass neben der negativen Feststellungsklage auch die Adhäsionsklage der Beschwerdegegnerin rechtshängig ist, im Rahmen der Prozessleitung Rechnung zu tragen, namentlich durch eine allfällige Sistierung des von der Beschwerdeführerin eingeleiteten Verfahrens (oben E. 2.3.4).

*NOTE Lorenz Droese*

Es ist die Eigenart jeder Rechtsentwicklung, dass fallbezogene Antworten der Gerichte neue und allgemeine Fragen aufwerfen, die später allenfalls eine – wiederum einzelfallbezogene – Antwort finden. Dieser zur Publikation bestimmte Entscheid liesse sich als Beispiel für diesen gleichsam hinkenden Erkenntnisfortschritt anführen.

**[Seite 361]** Die mit [BGE 148 III 401](#) und [BGE 148 IV 432](#) begründete Rechtsprechung schliesst vertragliche Ansprüche vom Adhäsionsverfahren aus. Vor diesem Hintergrund steht die dem Bundesgericht hier gestellte Frage: Bedeutet dies, dass angesichts einer Adhäsionsklage eine mit der ausservertraglichen Anspruchsgrundlage konkurrierende vertragliche Anspruchsgrundlage nicht rechtshängig wird und deshalb «anderweitig» ([Art. 59 Abs. 2 lit. d](#) und [64 Abs. 1 lit. a ZPO](#)) geltend gemacht werden darf? Das Bundesgericht bejaht dies – und qualifiziert seine Antwort zugleich: Grundsätzlich gilt weiterhin der zweigliedrige Streitgegenstand, wonach die Identitätsfrage anhand von Rechtsbegehren und Lebenssachverhalt zu beantworten ist und der Rechtsgrund gerade keine Rolle spielt. Bei der zu beurteilenden Konstellation aber handelt es sich um eine «Sondersituation» (E. 2.3.4), also um eine Ausnahme vom «Normalfall» (E. 2.2) bzw. «vom allgemeinen Grundsatz» (E. 2.3.1). Damit ist zweierlei klargestellt: Der vorliegende Entscheid bedeutet keine Rückkehr zur alten, seit [BGE 139 III 126](#) überholten Rechtsprechung, in welcher der «Rechtsgrund» ein (diffuses) Kompositum der bundesgerichtlichen Streitgegenstandsformel darstellte (vgl. dazu

DROESE, Res iudicata ius facit, Habil. Luzern, Bern 2015, S. 40 ff.). Und: Der Entscheid bedeutet nicht, dass sich das Bundesgericht neu und grundsätzlich zum dreigliedrigen Streitgegenstand bekennen würde. Danach besteht der Streitgegenstand nicht nur aus Rechtsbegehren und Lebenssachverhalt, sondern (immer) auch aus «den Rechtsnormen, die auf den Fall anwendbar sind, die funktionelle Einheit der Rechtsfolge definieren und in beidem dem Sachverhalt sein Mass (und darin seine Grenze) geben» (BÖHM, Die Ausrichtung des Streitgegenstands am Rechtsschutzziel, in: Rechberger/Welser [Hrsg.], FS Kralik, Wien 1986, S. 121 f.). Dabei ist nicht zu verkennen, dass zur Bewältigung von Sonderkonstellationen der zweigliedrige Streitgegenstand vom Bundesgericht gleichsam situativ um ein drittes Glied erweitert wird und sich damit zumindest potentiell dem Konzept eines dreigliedrigen Streitgegenstands annähert (DROESE, a.a.O., S. 59).

Soweit die vom Bundesgericht gegebene Antwort – die eine neue Frage aufwirft: Wie verhält es sich mit der materiellen Rechtskraft? Auch dort stellt sich bekanntlich die Identitätsfrage – und auch dort gilt der zweigliedrige Streitgegenstandsbegriff. Das Bundesgericht hat die Kongruenz der für Rechtskraft und Rechtshängigkeit relevanten Streitgegenstandsbegriffe kürzlich unterstrichen, als es die aus dem eurointernationalen Kontext mit Blick auf die Rechtshängigkeit entwickelte «Kernpunkttheorie» für das Binnenverhältnis abgelehnt und seine unter dem GestG begründete Rechtsprechung aufgegeben hat (BGer [4A\\_248/2024](#) [zur Publ. bestimmt] E. 5.2.2 [= Nr. 3022 in diesem Heft]). Dabei hielt es fest (E. 5.2.13), es gebe «unter der Geltung der ZPO keinen zwingenden Grund, im Binnenverhältnis dem Institut der materiellen Rechtskraft und demjenigen der Rechtshängigkeit unterschiedliche Streitgegenstandsbegriffe zugrunde zu legen. Die objektiven Grenzen der Rechtshängigkeit im Binnenverhältnis bestimmen sich somit ebenso nach dem zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff». Der vorliegende Entscheid sagt in E. 2.2 das Gleiche mit anderen Worten. Wo aber die gleiche Regel gilt, muss auch die gleiche Ausnahme gelten: Wir dürfen also davon ausgehen, dass auch die Rechtskraft der Abweisung einer Adhäsionsklage die vertragliche Anspruchsgrundlage unberührt lässt. Wird eine Adhäsionsklage rechtskräftig abgewiesen, ist eine identische Klage für die Zukunft nur dann ausgeschlossen, wenn sie sich auf eine adhäsionsfähige Anspruchsgrundlage stützt – neben [Art. 41 ff. OR](#) zählen dazu das Persönlichkeits-, Eigentums- und Besitzesrecht sowie der unlautere [\[Seite 362\]](#) Wettbewerb. Ein vertraglicher Anspruch bleibt dagegen stets ausgeschlossen und damit auch unbeurteilt und rechtskraftfrei. Was das Bundesgericht für die Sperrwirkung der Rechtshängigkeit ausspricht, gilt deshalb ebenso für die Sperrwirkung der materiellen Rechtskraft: «Die Sperrwirkung der Adhäsionsklage kann sich [...] nicht auf vertragliche Ansprüche beziehen, die vom Adhäsionsgericht nicht geprüft werden dürfen. Die Spaltung des Rechtswegs wirkt sich also auf den Umfang der Sperrwirkung aus» (E. 2.3.2. i.f.). Im Falle der Gutheissung der Adhäsionsklage stellt sich die Lage komplexer dar – alsdann droht die Gefahr, dass der gleiche Anspruch einmal (vom Strafericht) auf deliktischer und einmal (vom Zivilgericht) auf vertraglicher Grundlage zugesprochen wird, so dass für die gleiche Ersatzforderung zwei Vollstreckungstitel bestehen. Dem will das Bundesgericht mit dem Mittel der Sistierung entgegenwirken, wie es dies bereits im Kontext der Verrechnung tat ([BGE 141 III 549](#) E. 6.5 [= [SZZP 2016, S. 99](#) mit Note von DROESE]). Prävention ist in der Tat dringend geboten, denn sind einmal zwei Entscheide in der Welt, die den gleichen Anspruch auf unterschiedlicher Grundlage zusprechen, so wird man wohl zur Keule des Rechtsmissbrauchs greifen müssen, um das Doppelzahlungsrisiko abzuwenden.

Eine weitere Frage, die man sich bei Lektüre des vorliegenden Entscheids stellen mag, lautet: Hat diese Klärung Folgen für die Kontroverse, ob klagende Parteien die gerichtliche Anspruchsprüfung im Rechtsbegehren auf einen bestimmten Rechtsgrund beschränken können? Dass die Parteien nicht nur über den Anspruch, sondern auch über den diesem zugrundeliegenden Rechtsgrund disponieren können, ist für das Schiedsverfahren seit längerem anerkannt (vgl. z.B. DIKE ZPO-GLASL/GLASL, Art. 57 N 20) – ob dies auch im staatlichen Zivilprozess zulässig ist, wird seit geraumer Zeit diskutiert. So findet sich in BGer [4A\\_307/2011](#) E. 2.4 (= [SZZP 2012, S. 296](#) ff. mit Notes von BOHNET und DROESE) die Aussage, das Gericht sei «an den Gegenstand und Umfang des Begehrens gebunden, insbesondere wenn der Kläger seine Ansprüche im Rechtsbegehren selbst qualifiziert oder beschränkt». Diese Aussage wiederholen BGer [4A\\_709/2014](#) E. 4.1 (= [SZZP 2015, S. 384](#)) und [BGE 142 III 234](#) E. 2.2, worauf sich das Bundesgericht auch bezieht, wenn es in [BGE 139 III 126](#) E. 3.2.2 (= [SZZP 2013, S. 206](#) ff. mit Note von SCHWEIZER) erwägt, in der Lehre werde vertreten, «der Rechtsgrund könne ein sinnvolles Element der Identitätsbestimmung etwa in den Ausnahmefällen bilden, in denen die Kognition des erkennenden Gerichts durch verbindliche Parteidisposition beschränkt war». Neben diesen Erwägungen, die für eine auch den Rechtsgrund erfassende Dispositionsbefugnis der Klägerin zu sprechen scheinen, stehen jedoch andere, die – wiederum ohne die letzte Deutlichkeit – in eine abweichende Richtung weisen. So heisst es in [BGE 149 III 268](#) E. 4.2, es liege keine Verletzung des Grundsatzes «ne eat iudex ultra petita partium» vor, wenn das Gericht den geltend gemachten Anspruch in rechtlicher Hinsicht ganz oder teilweise abweichend «vom Parteivorbringen» beurteile, solange dies durch den – zweigliedrigen – Streitgegenstand gedeckt sei. Ähnliches lesen wir in BGer [5A\\_696/2019](#) E. 3.1.2 (= [SZZP 2020, S. 511](#) ff.), wo es heisst, das Gericht müsse den von einer Partei erhobenen Anspruch auf alle möglichen Entstehungsgründe hin beurteilen und sich deshalb auch mit einem von den Parteien nicht eingenommenen Rechtsstandpunkt befassen.

Die höchstrichterliche Ambivalenz spiegelt sich in der Kommentarliteratur, wo beide Meinungen vertreten werden. So ist HURNI der Ansicht, dass die in Schiedsverfahren zulässige, privatautonome Beschränkung der Beurteilung auch im staatlichen Prozess über disponible [\[Seite 363\]](#) Ansprüche erlaubt sein müsse, wenn der Verzichtswille klar artikuliert werde (BK ZPO-HURNI, Art. 57 N 15 f.). Auch nach GLASL/GLASL ist massgeblich, ob der Nennung des Rechtsgrunds im Rechtsbegehren eine bewusste Entscheidung der klagenden Partei zugrunde liegt – ist dies der Fall, handelt es sich um eine beachtliche, d.h. für das Gericht verbindliche Individualisierung des Anspruchs (DIKE ZPO-GLASL/GLASL, Art. 57 N 24a). TREZZINI (Commentario pratico-TREZZINI, Art. 57 N 19 f.) versteht namentlich BGer [4A\\_307/2011](#) dahin, dass bei bewusster Qualifikation des Anspruchs im Rechtsbegehren der Dispositionsgrundsatz der Beurteilung unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten entgegensteht. SEILER wiederum hält diese Lesart für eine Überinterpretation, zumal sie sich in jüngeren Entscheiden nicht spiegle und in der Konsequenz gar zu einer materiellen Streitgegenstandstheorie führen müsste (ZK ZPO-SEILER, Art. 57 N 9a; CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 57 N 5). OBERHAMMER/WEBER weisen darauf hin, dass es sich letztlich um ein Problem des Streitgegenstands handle; dieser aber sei zweigliedrig und weiterer Eingrenzung durch die Parteien grundsätzlich entzogen, was der umfassenden Streitentscheidung und der effizienten Verwaltung der Ressource «Justiz» zuträglich sei ([KUKO ZPO-OBERHAMMER/WEBER, Art. 57 N 4](#)); CHABLOZ teilt diese Ansicht zumindest für den staatlichen Zivilprozess ([PC CPC-CHABLOZ, Art. 57 N 4](#); ähnlich im Ergebnis auch [OFK ZPO-SARBACH, Art. 57 N 2 i.f.](#)).

Lässt sich aus dem vorliegenden Entscheid zu diesem umstrittenen Thema etwas ableiten? Dafür scheint zu sprechen, dass das Bundesgericht hier die Konsequenzen aus einer Rechtsprechung zieht, die für adhäsionsfähige Schadenersatzforderungen den Rechtsweg spaltet und so in Kauf nimmt, dass zwei Prozesse geführt werden müssen, um konkurrierende Grundlagen eines einheitlichen Anspruchs zu klären. Dass dies der umfassenden Streiterledigung und dem haushälterischen Umgang mit den – trotz Gebührenpflicht stets auch aus öffentlichen Mittel geäußerten – Justizressourcen nicht zuträglich ist, liegt auf der Hand. Ebenso ist offensichtlich, dass ein parteiautonomer Ausschluss bestimmter Anspruchsgrundlagen ähnliche Folgen hätte: Die ausgeschlossene Anspruchsgrundlage würde weder rechtshängig noch von der Rechtskraft namentlich des abweisenden Entscheids erfasst. Und doch ist ein aus dieser Ähnlichkeit der Rechtsfolgen abgeleitetes Argument eher rechtspolitisch als rechtlich: Der vorliegende Entscheid behandelt die Rechtshängigkeitsfolgen einer kognitionsbeschränkenden sachlichen Zuständigkeitsnorm (vgl. DROESE, *Res iudicata ius facit*, a.a.O., S. 50 f.). Die Frage lautet also, ob es sinnvoll ist, eine sachliche Zuständigkeitsnorm – etwa Art. 122 StPO – so auszulegen, dass es zu Doppelspurigkeiten kommen kann. Eine andere Frage ist es, ob die Parteiautonomie nur Ansprüche oder auch Anspruchsgrundlagen erfassen soll. Der Umstand, dass bei beiden Fragen die gleichen Argumente dagegensprechen, bedeutet aber nicht, dass die gleichen Gründe dafürsprechen – in der anderen Waagschale liegt einmal die Parteiautonomie und einmal die Zuständigkeitsordnung. So kann man derzeit nur sagen: Konnte das Postulat der umfassenden Streiterledigung das Bundesgericht nicht davon abhalten, die Frage der Adhäsionsfähigkeit vertraglicher Ansprüche schliesslich negativ zu entscheiden, so handelt es sich dabei offensichtlich nicht um ein Argument von unwiderstehlicher Überzeugungskraft. Dies wiederum legt es nahe, auch der Parteiautonomie zuzutrauen, dieses Element zu überwiegen. Dies umso mehr, als es der beklagten Partei – anders als dem Beschuldigten angesichts einer Adhäsionsklage (zur Unzulässigkeit der Widerklage im Adhäsionsverfahren vgl. WEISS, *Der Adhäsionsprozess*, Basel 2023, S. 82; DROESE, *Die Zivilklage nach der schweizerischen StPO*, in: Fellmann/Weber, *Haft [Seite 364] pflichtprozess* 2011, Zürich 2011, S. 44; GROLIMUND, *Internationale Fragen des Adhäsionsprozesses*, in: Kren Kostkiewicz/Markus/Rodriguez [Hrsg.], *Schnittstellen zwischen Zivilprozess und Strafverfahren*, Bern 2014, S. 51; BSK StPO-DOLGE, Art. 122 N 27) – freisteht, diese Beschränkung durch eine negative Feststellungswiderklage zu korrigieren; seit dem 1.1.2025 gar, ohne dabei zusätzliche Kostenrisiken einzugehen (Art. 94 Abs. 3 ZPO). Eine direkte Ableitung ist somit nicht möglich, eine indirekte dagegen durchaus. Weiter trägt der Entscheid in diesem Zusammenhang aber nicht.

Im Entscheid nicht zur Sprache kommt schliesslich die Frage, ob eine Änderung der Rechtsprechung – wie BGE 148 III 401 bzw. BGE 148 IV 432 sie brachte – als neue und deshalb rechtskraftfreie Tatsache gelten kann, die es erlaubt, erneut eine negative Feststellungsklage zu erheben, nachdem die erste negative Feststellungsklage an der vorbestehenden (und immer noch bestehenden, vgl. E. 1.2) Rechtshängigkeit der Adhäsionsklage gescheitert ist. Gemeinhin gelten Änderungen der Rechtsprechung nicht als Tatsachen, die sich auf die Rechtskraftgrenzen auswirken können, zumal sie den entscheidrelevanten Lebenssachverhalt nicht verändern (DROESE, *Res iudicata ius facit*, a.a.O., S. 264 f.). Vorliegend allerdings lautet die Frage, ob sich die geänderte Rechtsprechung betreffend den Ausschluss vertraglicher Anspruchsgrundlagen vom Adhäsionsverfahren bereits auf das Adhäsionsverfahren auswirken würde, das zum Nichteintreten auf die beiden negativen Feststellungsklagen geführt hatte. Ist dies

der Fall, wovon das Bundesgericht offensichtlich ausging, ist eine Beurteilung der vertraglichen Anspruchsgrundlage in diesem Verfahren bereits ausgeschlossen. Würde unter diesen Umständen darauf verwiesen, die negative Prozessvoraussetzung der Rechtshängigkeit sei bereits beurteilt worden und eine neue Tatsache nicht ersichtlich, so würde die rechtliche Dimension ausgeschlossen und ein toter Winkel eröffnet, der die vertragliche Anspruchsgrundlage unsichtbar macht. Dies will der Entscheid verhindern, indem er dem Rechtsgrund ausnahmsweise Bedeutung beimisst – eine Betrachtungsweise, die zwingend auch die Präklusionsfrage einschliessen muss.

NOTE Laurent Varriale, assistant diplômé à l'Université de Lausanne, doctorant

### **Action civile adhésive et constatation négative de droit: la litispendance à l'épreuve du pouvoir de cognition du juge pénal – réflexions sur l'arrêt du Tribunal fédéral [4A\\_249/2024](#), du 4 mars 2025**

Destiné à publication, l'arrêt du Tribunal fédéral [4A\\_249/2024](#), du 4 mars 2025, s'inscrit dans le sillage d'une série de jurisprudences fédérales, formant désormais un triptyque, portant sur l'action civile adhésive à la procédure pénale et les types de prétentions pouvant y être émises. En effet, notre Haute Cour a d'abord tranché un débat doctrinal de longue date, dans l'[ATF 148 IV 432](#), en décrétant que les prétentions civiles dont le fondement est de nature contractuelle ne pouvaient être émises par adhésion à la procédure pénale (consid. 3.1.2-3.3). Puis, la I<sup>re</sup> Cour de droit civil a précisé que le dépôt d'une plainte pénale et de conclusions civiles par adhésion fondées sur un contrat n'interrompaient pas la prescription de l'action contractuelle ([ATF 148 III 401](#), consid. 3.2.1). Enfin, selon l'arrêt ici commenté, dans le cadre d'une action civile adhésive, l'effet de blocage découlant de la litispendance ([art. 64 al. 1 lit. b CPC](#)) n'a d'effet qu'à l'égard des prétentions civiles extracontractuelles émises par adhésion. L'action en constatation négative de droit ([art. 88 CPC](#)) [[Seite 365](#)] introduite parallèlement devant la juridiction civile ne peut donc pas se voir opposer la litispendance de l'action civile adhésive antérieure.

La ligne argumentative du Tribunal fédéral s'articule autour des axes suivants. D'abord, les conditions de recevabilité découlant de l'[art. 59 CPC](#) et particulièrement de l'al. 2 lit. d (consid. 2.1) ont été rappelées. Puis, sans modifier sa jurisprudence constante, les conditions pour retenir l'effet de blocage ([art. 64 al. 1 lit. a CPC](#)) lié à la litispendance d'une action ont été réaffirmées, soit la notion de double identité du litige: celle des parties et de l'objet du litige. Celui-ci est examiné en fonction de deux critères (théorie binôme de l'objet du litige): celui des conclusions émises et le fondement factuel sur lequel s'appuient les conclusions de la demande (complexe de faits à la base de la demande – *Lebenssachverhalt*) (consid. 2.2) (sur cette théorie et de nombreux autres aspects, lire Wojcik dans le présent numéro commentant l'arrêt du Tribunal fédéral [4A\\_248/2024](#), du 4 mars 2025). Le considérant s'achève sur deux réflexions importantes étant à la base de la seconde ligne argumentative. La première concerne le fait que le «*fondement juridique*», soit la norme juridique invoquée à l'appui des conclusions, n'a pas d'importance et la seconde précise que, dans le cas d'un pouvoir de cognition illimité du tribunal, ce dernier doit appliquer d'office toutes les bases juridiques relevant du cas d'espèce à l'objet du litige, conformément à l'adage «*iura novit curia*» découlant de l'[art. 57 CPC](#). C'est précisément en se fondant sur ce deuxième argument que le Tribunal fédéral poursuit sa seconde réflexion dont l'essence peut être résumée comme suit (consid. 2.3). Dans le cadre d'une action civile adhésive, le juge pénal ne dispose pas

d'un pouvoir de cognition illimité à l'instar du juge civil, il est en particulier empêché de statuer sur les prétentions de nature contractuelle (consid. 2.3.2). Une telle limitation contraint le juge civil, saisi d'une action parallèle, à tenir compte, dans l'analyse de l'identité de l'objet du litige, non seulement des conclusions et du complexe de faits à la base de la demande (*Lebenssachverhalt*), mais également du fondement juridique invoqué. Partant, l'effet de blocage de l'action civile adhésive ne peut pas concerner les prétentions de nature contractuelle, car le juge pénal n'est pas compétent pour connaître de telles actions (consid. 2.3.2).

Fort de ces constats, nous pouvons souligner les points suivants. En premier lieu, cette troisième jurisprudence semble s'inscrire dans la continuité de la logique développée dans les deux précédentes, ce malgré le fait qu'elles prêtent le flanc à la critique. Toutefois, il est à noter que la possibilité d'ouvrir une action en constat de droit négatif parallèle à l'action pénale peut comporter des risques pour le demandeur. Rappelons préalablement que le demandeur à l'action civile (en constat de droit négatif) est le défendeur à l'action pénale, soit le prévenu lorsque les actions sont parallèles. Le premier risque est concrétisé dans l'hypothèse où le demandeur (prévenu dans l'action pénale) devait être condamné pour l'infraction pour laquelle il est recherché devant la juridiction pénale, toute chose étant par ailleurs égale au cas d'espèce. Dans une telle constellation, la partie plaignante au pénal devrait certes ouvrir une action condamnatoire et demander la jonction de causes (art. 125 lit. c CPC) avec l'action en constat négatif de droit suspendue, mais elle disposerait de l'avantage d'un jugement pénal définitif et exécutoire pouvant être produit dans la procédure civile. Notons cependant que le demandeur à l'action en constat négatif de droit dispose, sauf convention d'élection de for ou for impératif, de l'avantage du choix du for de l'action en constat négatif et fait naître en premier la litispendance si la partie plaignante est ensuite [Seite 366] renvoyée à agir par la voie civile conformément à l'art. 126 al. 2 CPP. En effet, lorsque l'action civile adhésive est fondée sur des prétentions contractuelles, une telle action ne permet pas de déclencher la litispendance et, par conséquent, n'ouvre pas le droit à la partie plaignante déboutée de son action civile adhésive de bénéficier de l'art. 63 CPC par analogie (BSK StPO-DOLGE, N 30, ad. art. 126; JOSITSCH/SCHMID, Strafprozessordnung, N 5, ad. art. 126; CR CPP-JEANDIN/FONTANET, N 17, ad. art. 126; KLINGLER MARTIN, Füllung der Gesetzeslücken im schweizerischen Adhäsionsverfahren – Beitrag zur Koordination des Straf- und Zivilverfahrensrechts im Adhäsionsverfahren nach Art. 122 ff. StPO, Sui generis, Zurich, 2022, p. 467; WEISS MARCO, Der Adhäsionsprozess – Unter besonderer Berücksichtigung zivilprozessualer Fragestellungen, Bâle, 2023, p. 162; PERRIER DEPEURSINGE CAMILLE/GARBARSKI ANDREW M./MUSKENS LOUIS F., Action civile adhésive au procès pénal: no man's land procédural?, SJ 2021 II, p. 219). La chronologie du cas d'espèce démontre cependant que la partie demanderesse à l'action en constat de droit négatif (Bank A, AG) a endigué un tel risque puisque son action a été déposée dix jours après la décision de classement par le parquet zurichois, soit le 29 juillet 2019, un recours – toujours pendant – a été déposé à l'encontre d'une telle décision. Le second risque, plus hypothétique, peut se manifester lorsqu'après l'ouverture de l'action en constat de droit négatif, le juge civil estime qu'une suspension ne s'avère pas nécessaire et permet la continuation des deux procédures en parallèle. Rappelons qu'en procédure pénale, le prévenu dispose d'une protection liée à son statut procédural. Il en va en particulier du principe «*nemo tenetur se ipsum accusare*». Toutefois, ce principe n'est pas applicable en procédure civile où règnent les maximes de disposition et des débats. Ainsi, le prévenu devenu demandeur dans l'action en constat de droit négatif doit alléguer et prouver les faits et risque ainsi de devoir dévoiler des éléments de faits qui pourront être réutilisés dans la procédure

pénale à son encontre. Il en va de même des moyens de preuve fournis dans l'une des procédures (NUSSBAUMER ARNAUD, Procédures civile et pénale: la difficile cohabitation, Revue de l'avocat, 2022, p. 72 s.).

En second lieu, il sied de relever que le Tribunal fédéral n'a envisagé la prise en compte du fondement juridique, afin d'évaluer l'identité de causes, que de manière exceptionnelle et dans les cas où le demandeur lui-même qualifie ou limite ses prétentions dans le cadre de sa demande (ATF 139 III 126, consid. 3.2.2; TF, 4A\_307/2011, du 16 décembre 2011, consid. 2.4. Lire également: DROESE LORENZ, RSPC 4/2012, p. 296 ss). Il est, au demeurant, à noter que la jurisprudence fédérale a abandonné le critère du fondement juridique (théorie matérielle) lorsqu'elle a adopté la théorie binôme de l'objet du litige (ATF 139 III 126, consid. 3; ATF 142 III 210, consid. 2.1 ss. Au sujet de l'ancienne jurisprudence, lire: ATF 125 III 241, consid. 1; ATF 123 III 16, consid. 2a; ATF 119 II 89, consid. 2a; TF, 4A\_508/2010, du 14 février 2011, consid. 2.1). Faute de disposer des conclusions civiles émises dans le procès pénal de cette affaire – ce qu'il convient de regretter –, leur analyse demeure malheureusement impossible. Dans ses considérants, le Tribunal fédéral semble néanmoins assertif en affirmant que les prétentions civiles émises dans le procès pénal sont de nature contractuelle (consid. 2.3.1, 2.3.2 et 2.4), ce qui nous fait supposer que le demandeur à l'action pénale et civile adhésive (B. AG) n'avait pas encore pu bénéficier de la solution retenue dans l'ATF 148 IV 432 levant l'ambiguïté quant aux fondements juridiques pouvant être émis dans le cadre d'une action civile adhésive. Toutefois, relevons qu'il est inusuel et déconseillé de spécifier le fondement juridique de ses prétentions dans ses conclusions, dans la mesure où la maxime de dispositi[on] – applicable à l'action civile adhésive (TF, 6B\_193/2014, du 21 juillet 2014, consid. 2.2; TF, 6B\_267/2016, du 15 février 2017, consid. 6.1; TF, 6B\_819/2013, du 27 mars 2014, consid. 5.1) – empêche le juge d'allouer un montant global ou d'admettre la demande sur un autre fondement (BOHNET FRANÇOIS, RSPC 4/2012, p. 296 ss.). Nous estimons toutefois que la prise en compte du fondement juridique du litige dans l'analyse de son objet, telle qu'adoptée par notre Haute Cour dans le présent arrêt, instaure une distinction dans l'approche de la litispendance au sein du droit fédéral qui ne paraît ni nécessaire ni particulièrement avantageuse pour les parties. En effet, le maintien de l'effet de blocage découlant de la litispendance antérieure, tel que consacré par la jurisprudence précédent l'arrêt commenté (TF, 4A\_622/2019 du 15 avril 2020, consid. 5.2.2), ne semble pas porter atteinte aux intérêts des parties. Concrètement, en admettant l'effet de blocage tel que retenu par le *Handelsgericht* zurichois, dans sa décision du 11 novembre 2019, nous aboutirions au fait qu'à l'issue de la procédure pénale, la partie plaignante soit déboutée pour ses prétentions civiles, en raison de l'incompétence du juge pénal pour juger de telles prétentions. Dès lors, la partie plaignante éconduite devra décider si elle souhaite ouvrir une action civile afin de faire valoir ses prétentions de nature contractuelle et, cas échéant, en avancer les frais. En adoptant la perspective procédurale du prévenu, il convient de relever que seules de rares situations justifient que soit garantie la possibilité d'ouvrir une action en constat de droit négatif, et, partant, qu'il y ait lieu de nier l'effet de blocage découlant de la litispendance d'une action civile adhésive antérieure. En effet, le demandeur à une telle action doit avant tout remplir les conditions restrictives découlant de l'art. 88 CPC et de la jurisprudence du Tribunal fédéral, soit un intérêt à la constatation (qui peut être de fait: ATF 135 III 378, consid. 2.2) et le respect du principe de subsidiarité de l'action en constat de droit négatif vis-à-vis de l'action condamnatoire ou formatrice (ATF 144 III 175, consid. 5; ATF 135 III 378, consid. 2.2). La jurisprudence a développé le critère étroit de l'incertitude intolérable consistant à admettre l'action en constat de droit négatif

uniquement lorsque «les relations juridiques entre les parties sont incertaines et que cette incertitude peut être levée par la constatation judiciaire; pour cela, n'importe quelle incertitude ne suffit pas; il faut au contraire que l'on ne puisse pas exiger de la partie demanderesse qu'elle tolère plus longtemps le maintien de cette incertitude, parce que celle-ci l'entrave dans sa liberté de décision» (ATF 135 III 378, consid. 2.2). Une telle action pourrait supposément se justifier en cas d'action partielle de la partie plaignante (art. 86 CPC) ou lorsque, en fonction des circonstances, l'intérêt à la constatation demeure malgré le fait que la partie plaignante ait été déboutée de son action civile devant la juridiction pénale. Il s'agit toutefois de cas rares et inusuels dans la pratique, critères non pris en compte par Notre Haute Cour dans son raisonnement, bien qu'elle ait souligné que la question de l'intérêt à l'action en constat négatif de droit devait encore être analysée par l'instance inférieure (consid. 2.5).

La conjugaison de ces divers éléments nous porte à conclure que l'ancienne jurisprudence consistant à garantir l'effet de blocage devrait continuer à s'appliquer. Les cas restreints dans lesquels une action en constat de droit négatif est susceptible d'aboutir ne justifient pas un changement de jurisprudence créant une disparité dans l'analyse de la litispendance et une coordination difficile des procédures pénale et civile. L'ancienne solution retenue par le Tribunal fédéral permet aussi une économie de procédures et de moyens tout en renforçant l'attrait de l'action civile adhésive telle que voulue par le législateur. Le plaideur prou [Seite 368] dent – et désormais bien averti – ne prendra néanmoins pas le risque de formuler des conclusions civiles dont le fondement est contractuel dans le cadre d'une action civile adhésive. Cette dernière réflexion nous permet de soulever la question suivante, que nous laisserons à dessein sans réponse. Au vu de la complexité soulevée par l'exclusion des prétentions contractuelles découlant de l'infraction pénale, ne serait-il pas plus avantageux et conforme aux principes «*iura novit curia*» et d'économie de procédure d'adopter la position d'une partie de la doctrine reconnaissant ce fondement, pour autant qu'il y ait un lien de connexité suffisant avec l'infraction (PERRIER DEPEURSINGE CAMILLE/GARBARSKI ANDREW M./MUSKENS LOUIS F., op. cit., SJ 2021 II, p. 197 et références citées), et d'admettre les prétentions contractuelles dans le procès pénal?