

négligence, que l'acte dont il s'agissait aurait pour conséquence naturelle de favoriser certains créanciers au détriment des autres (Trib. féd., 25 avril 1901, Garcin c. Borel-Monti, RO édit. sp^{le} 4 p. 127 consid. 5*. — 26 mars 1904, Bosshard et Keller c. Masse Kägi, *ibid.* édit. sp^{le} 7 p. 131 consid. 5 et *loc. cit.* **).

5. — C'est à bon droit que les instances cantonales ont admis que les recourants pouvaient reconnaître que l'intention de leur père était de favoriser certains créanciers. Cela découle en effet des faits suivants : L'acte de vente de l'Hôtel Terminus prévoit expressément que certaines dettes de François Baur, énumérées dans une liste y annexée, seront payées sur le prix de vente, les autres restant à la charge du vendeur ; cette distinction déjà, entre les créanciers du vendeur, devait éveiller l'attention des acheteurs. — Ce fait prend d'autant plus d'importance que le paiement du surplus du prix de vente a, d'après l'acte, été effectué hors de la vue des notaires et que ceux-ci ont tenu à dégager leur responsabilité ; il aurait été facile aux recourants de donner des explications à ce sujet s'ils avaient jugé avantageux de le faire. — Les acheteurs étant les enfants du vendeur, ils devaient être au courant de la situation de leur père ; ils pouvaient d'ailleurs facilement se rendre compte de cette situation et le pourquoi de cet acte de vente ; s'ils ne l'ont pas fait, cette négligence leur est imputable. — Enfin, le proche degré de parenté peut jusqu'à un certain point faire présumer la connivence (conf. Jaeger, Commentaire LP ad 288, 3^e et arrêt du 6 avril 1895, Sunner c. Masse Sunner, RO 21 p. 670 consid. 4 *in fine*, 20 mars 1896, Ghilione c. Régie fédérale des alcools 22 p. 216). — En conséquence le prononcé des instances cantonales sur ce point ne peut être que confirmé.

Les conditions de l'art. 288 LP étant acquises, c'est à bon droit que les conclusions de la demande ont été admises.

6. — Les recourants ont encore offert de prouver que la connivence n'a pas existé, mais, ainsi qu'on l'a vu ci-dessus,

* Ed. gén. 27 II N^o 32 p. 284 et suiv.

** Ed. gén. 30 II N^o 22 p. 164 et suiv. (*Anm. d. Red. f. Publ.*)

cette preuve serait inefficace, étant donné qu'elle n'est pas de nature à établir qu'ils n'auraient pas pu, avec l'attention dictée par les circonstances, se rendre compte que l'intention de François Baur, leur père, était de favoriser certains créanciers au détriment des autres.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est déclaré mal fondé.

26. **Urteil vom 31. März 1906 in Sachen Müller-Billiger, Kl. u. Ver.-Kl., gegen Bachmann, Befl. u. Ver.-Befl.**

Schadenersatzklage gegen den Betreibungsbeamten, Art. 5 SchKG. Verjährung. Art. 7 eod. Art. 69 OR.

A. Durch Urteil vom 10. Januar 1906 hat die I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich die Klage abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrage auf Gutheißung der Klage im eingeklagten Betrage von 18,559 Fr. 50 Cts.; eventuell wolle die Berufungsinstanz das Quantitativ des vom Beklagten zu bezahlenden Schadenersatzes nach richterlichem Ermessen festsetzen.

C. In der heutigen Verhandlung haben der Vertreter des Klägers Gutheißung und der Vertreter des Beklagten Abweisung der Berufung beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Dem Urteil der Vorinstanz liegt im wesentlichen folgender Tatbestand zu Grunde:

Im Konkurse über Andreas Turini hatte am 4. Januar 1901 eine erste Liegenschaftssteigerung stattgefunden, wobei die Liegenschaft zum Rosengarten in Zürich V dem Jakob Nievergelt in Zug zum Preise von 58,050 Fr. zugeschlagen worden war. Da Nievergelt den Kauf nicht hielt, wurde am 5. März eine

zweite Gant abgehalten, bei welcher der Agent Siegfried Stierli mit ebenfalls 58,050 Fr. Meistbieter blieb. Der bei der Steigerung anwesende heutige Kläger machte den heutigen Beklagten, welcher die Gant als Konkursbeamter leitete, darauf aufmerksam, daß Stierli insolvent sei. Da indessen Stierli die in den Gantbedingungen vorgesehene Barkaution von 1000 Fr., sowie für den Betrag der ausstehenden Hypothekarzinsse Bürgschaft leistete, erteilte der Beklagte den Zuschlag dennoch an ihn. Stierli hielt jedoch den Kauf ebenfalls nicht, und es stellte sich heraus, daß derselbe insolvent war. An einer dritten Gant wurden nur 41,100 Fr. Erlöst.

Der Kläger ließ sich vom Konkursamt „das Guthaben aus Mindererlös“ sowohl gegenüber Nievergelt als gegenüber Stierli abtreten. Er betrieb zuerst den letztern auf 16,350 Fr., was am 23. April zur fruchtlosen Auspfändung desselben führte. Ein Doppel der Pfändungsurkunde wurde am 25. April an den Kläger versandt. Darauf klagte dieser von Jakob Nievergelt den ihm entstandenen Schaden von 16,350 Fr. ein und begründete diese Klage einerseits damit, daß Nievergelt mit seinem Angebot von 58,050 Fr. so lange hafte, bis ein späterer Käufer diese Summe „nicht nur übernehme, sondern auch bezahle“, anderseits damit, daß Stierli nur der Strohmann des Nievergelt gewesen sei, welcher letzterer die Insolvenz des erstern gekannt und denselben zu dem Zwecke vorgeschoben habe, um selber von seiner Haftung befreit zu werden. Diese Klage wurde durch Urteil des Bundesgerichtes vom 6. Mai 1905* rechtskräftig abgewiesen, mit der Motivierung, daß einerseits als „Ausfall“ im Sinne von Art. 143 SchRG die Differenz zwischen dem an einer Gant erzielten und dem an der darauffolgenden Gant erzielten Kaufpreis zu betrachten sei, und daß anderseits eine Feststellung darüber fehle, daß Nievergelt die Insolvenz Stierlis vor dem Ganttage gekannt und diesen widerrechtlich als Scheinkäufer vorgeschoben habe.

Am 13. Juni 1905 leitete darauf Müller die vorliegende, gegen den Leiter der zweiten Gant gerichtete Klage ein. Er erblickt in dem trotz seiner Warnung erfolgten Zuschlag an Stierli eine schuldhafte Handlung im Sinne von Art. 5 SchRG und

* AS 31, II Nr. 48 S. 331 ff.; Sep.-Ausg. 8 Nr. 44 S. 183 ff.

(Ann. d. Red. f. Publ.)

beifizert den ihm durch den Zuschlag entstandenen Schaden auf 18,559 Fr. 50 Cts. Dieser Betrag setzt sich zusammen aus:

1) den 16,350 Fr., für welche der Kläger schon den Stierli betrieben und den Nievergelt belangt hatte;

2) einem Betrag von 1000 Fr., welchen er gegenüber Stierli und Nievergelt freiwillig in Abzug gebracht hatte, (da er zugestandenermaßen die von Stierli geleistete Barkaution bezogen hatte), den er aber bei Einreichung der Klage gegen den heutigen Beklagten nicht in Abzug brachte;

3) den Kosten des Prozesses gegen Nievergelt im Betrage von 1209 Fr. 50 Cts.

2. Gegenüber der vorliegenden, auf Art. 5 SchRG gegründeten Schadenersatzklage erhebt der Beklagte in erster Linie die Einrede der Verjährung. Bei Prüfung dieser Einrede ist davon auszugehen, daß nach Art. 7 des genannten Gesetzes der gegen den Betreibungs- oder Konkursbeamten gegebene Anspruch auf Schadenersatz in einem Jahre von dem Tage hinweg verjährt, „an welchem der Geschädigte von der Schädigung Kenntnis erlangt hat“. Sodann ist festzustellen, daß zur Kenntnis der „Schädigung“ im Sinne dieser Gesetzesbestimmung (wie auch im Sinne von Art. 69 OR) der richtigen Ansicht nach die Kenntnis der schädigenden Handlung nicht genügt, sondern auch noch die Kenntnis des Schadens nötig ist, wie dies insbesondere aus dem französischen und dem italienischen Texte der beiden angeführten Gesetzesbestimmungen deutlich hervorgeht und übrigens auch dem allgemein-rechtlichen Grundsatz entspricht, daß die Verjährung erst in dem Zeitpunkte beginnt, wo der Berechtigte alle diejenigen tatsächlichen Umstände kennt, welche zur Begründung seines Anspruches erforderlich sind. Dagegen kann der Beginn der Verjährung niemals davon abhängig gemacht werden, von welchem Zeitpunkt an der Berechtigte das Bewußtsein von der rechtlichen Begründetheit seines Anspruches erlangt hat.

3. Im vorliegenden Falle hatte der Kläger von der schädigenden Handlung sofort Kenntnis erhalten; denn dieselbe war in seiner Gegenwart vorgenommen worden. Was die Kenntnis des Schadens betrifft, so hat der Kläger spätestens 3 Tage

nach der fruchtlosen Auspfändung des Agenten Stierli von denjenigen Tatsachen Kenntnis erhalten, welche zur Begründung seines Anspruches gegen den Beklagten, sofern dieser Anspruch überhaupt bestand, erforderlich waren, m. a. W. er hat spätestens am 26. April 1902 (aus der Urkunde über die fruchtlose Pfändung bei dem Agenten Stierli) erfahren, daß und inwieweit ihm infolge des Zuschlages an Stierli ein Schaden erwachse, daß und inwieweit also eine „Schädigung“ vorliege. Es begann daher spätestens an diesem Tage der Lauf der Verjährung.

4. Der Kläger wendet ein, er habe bis zum 6. Mai 1905, d. h. bis zur rechtskräftigen Abweisung der von ihm gegen den Meistbieter der ersten Gant, Nievergelt, angestregten Klage, glauben können und auch wirklich geglaubt, es stehe ihm gegen den solventen Nievergelt ein Anspruch in der Höhe des heute eingeklagten zu; er habe daher erst an jenem Tage erfahren, daß ihm überhaupt ein Schaden erwachsen sei. Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß schon die Klage gegen Nievergelt als Schadenersatzklage substantiiert worden war; ein Schaden somit nach des Klägers eigener Auffassung schon vor Erledigung, ja sogar schon vor Einleitung des Prozesses gegen Nievergelt vorlag und dem Kläger bekannt war, da er ja von Nievergelt gerade Ersatz dieses Schadens verlangte. Der Kläger war lediglich in einem Irrtum darüber befangen, ob ihm für den Mindererlös der dritten Gant gegenüber der ersten und der zweiten, hinter oder neben dem zweifellos ersatzpflichtigen Meistbieter der zweiten Gant, auch noch der Meistbieter der ersten Gant hafte. Nach Hebung dieses Irrtums glaubt er nun eine andere Person, den heutigen Beklagten, als regresspflichtig in Anspruch nehmen zu können. Es ist somit in der Tat ein und derselbe Schaden, für welchen der Kläger zuerst den Meistbieter der ersten Gant, und dann, als die Klage gegen diesen abgewiesen wurde, den Konkursbeamten haftbar zu machen versucht hat, wie denn auch in dem heute eingeklagten Betrag von 17,350 Fr. plus 1209 Fr. 50 Cts. der ursprünglich gegen Nievergelt eingeklagte Betrag von Fr. 16,350 = Fr. 17,350 — 1000 Fr. inbegriffen ist (vergl. hievon Erwägung 1, letzter Absatz). Der Kläger kann sich daher nicht darauf berufen, von dem Eintritt des Schadens erst im Momente der Abweisung

seiner gegen Nievergelt gerichteten Klage Kenntnis erhalten zu haben.

5. Nach der Auffassung der Vorinstanz besteht der Schaden nicht darin, daß der zweite Gantlauf nicht gehalten wurde, sondern darin, daß durch den Zuschlag an den Meistbieter der zweiten Gant der Meistbieter der ersten Gant von seiner Haftung befreit worden sei; hievon aber habe der Kläger erst an dem Tage Kenntnis erhalten, an welchem seine Klage gegen den Meistbieter der ersten Gant rechtskräftig abgewiesen wurde. Auch dieser Argumentation gegenüber ist darauf hinzuweisen, daß die tatsächlichen Umstände, aus welchen sich der Verlust des Anspruches gegen Nievergelt, oder, genauer ausgedrückt, der Nichterwerb eines solchen Anspruches ergab, dem Kläger schon mit dem Zuschlag an Stierli bekannt geworden waren und daß dies für den Beginn der Verjährung genügte, indem die Berufung auf Rechtsirrtum gegenüber der Verjährung nicht Stich hält.

6. Daß dem Kläger erst am Tage der Abweisung seiner Klage gegen Nievergelt die Person des „Täters“ im Sinne von Art. 69 OR bekannt geworden sei, kann ebenfalls nicht gesagt werden. Schon der Umstand, daß Art. 7 SchRG — offenbar absichtlich und in bewußtem Gegensatz zu Art. 69 OR — die Kenntnis der Person des „Täters“ gerade nicht als Voraussetzung für den Beginn der Verjährung anführt, deutet darauf hin, daß eine Ungewißheit über die Person des „Täters“ im Falle des Art. 7 cit. vom Gesetzgeber überhaupt für so gut wie ausgeschlossen gehalten wurde, d. h. daß eben als Ungewißheit über die Person des „Täters“ nicht schon die Ungewißheit darüber betrachtet wurde, wer für die Folgen einer bestimmten Handlung verantwortlich sei. Nur um eine solche Ungewißheit könnte es sich aber im vorliegenden Falle handeln; denn der Kläger ist nie im ungewissen darüber gewesen, wer den Zuschlag an Stierli erteilt habe; er befand sich lediglich im Irrtum darüber, wer für den durch diesen Zuschlag entstandenen Schaden verantwortlich sei.

Aber auch vom Standpunkt des Art. 69 OR aus, d. h. abgesehen davon, daß Art. 7 SchRG die Kenntnis der Person des

Täters nicht als Voraussetzung des Beginns der Verjährung anführt, würde nicht anders zu entscheiden sein. In dieser Beziehung liegt der heutige Fall ganz gleich wie der durch Urteil des Bundesgerichtes vom 2. Februar 1906 * in Sachen Cavagnoli gegen Graubünden entschiedene. Hier wie dort waren die Tatsachen, auf Grund derer gegen die eine oder die andere der als möglicherweise verantwortlich in Betracht kommenden Personen hätte geklagt werden können, von vornherein bekannt, und es herrschte lediglich eine Ungewissheit darüber, wer auf Grund dieser feststehenden Tatsachen rechtlich in Anspruch genommen werden könne. Für den heutigen wie für den damaligen Fall gilt der Satz, daß die Verjährung nicht erst von der rechtskräftigen Erledigung des Prozesses gegen den unrichtigen Beklagten an zu laufen beginnt, wie denn auch über den diesem Satz analogen Satz, daß die Verjährung durch Inanspruchnahme des unrichtigen Beklagten nicht unterbrochen wird, niemals Zweifel bestanden haben.

7. Daraus, daß die Verjährung im vorliegenden Falle spätestens im April 1902 zu laufen begonnen hat, ergibt sich ohne weiteres die Begründetheit der vom Beklagten erhobenen Verjährungseinrede. Denn es ist unbestritten, daß in den Jahren 1903 und 1904 nichts geschehen ist, wodurch die Verjährung hätte unterbrochen werden können.

8. Infolge Gutheißung der Verjährungseinrede ist eine materielle Prüfung des eingeklagten Anspruches, wie auch eine Prüfung der vom Beklagten weiterhin erhobenen Einrede der mangelnden Aktivlegitimation überflüssig.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil der I. Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 10. Januar 1906 bestätigt.

* Unten Nr. 29 S. 186 ff.

(Anm. d. Red. f. Publ.)

Vergl. auch Nr. 14 u. 20.

VII. Organisation der Bundesrechtspflege. Organisation judiciaire fédérale.

27. Auszug aus dem Urteil vom 23. Februar 1906 in Sachen

Hirt, Bess. u. Ber.=Kl., gegen Balli, Kl. u. Ber.=Bess.

Kompetenz des Bundesgerichts; Streitwert. Art. 59 OG. Massgebender Zeitpunkt für die Berechnung. «Klage» und «Antwort» nach solothurn. Zivilprozess. — Schriftliches oder mündliches Berufungsverfahren?

Der Kläger Balli hatte gegen den Beklagten Hirt Klage erhoben mit den Rechtsbegehren:

1. Der Beklagte habe den Mietvertrag über eine Wirtschaft zu erfüllen oder eine Entschädigung von 1500 Fr. an den Kläger nebst 5 % Zins seit Anhebung der Klage (21. September 1904) zu zahlen.

2. Der Beklagte habe den Kläger vom 17. August 1904 an für den Entzug der Wirtschaft monatlich, sei es für pränumerando bezahlten und zu bezahlenden Mietzins, sei es für entgangenen Gewinn bis zur Zeit der eventuellen Übergabe der Wirtschaft zur mietweisen Benutzung mit 416 Fr. 65 Cts. zu entschädigen.

Die Beklagte hatte Abweisung der Klage beantragt. Die Hauptverhandlung vor Amtsgericht Solothurn fand am 27. Juli 1905 statt.

Über seine Kompetenz in dieser Streitsache, hinsichtlich des Streitwertes und das anzuwendende Verfahren, hat sich das Bundesgericht wie folgt ausgesprochen:

Als für die Berechnung des Streitwertes maßgebender Zeitpunkt ist anzusehen der Tag der Hauptverhandlung vor erster Instanz (27. Juli 1905). Denn maßgebend, „Klage“ und „Antwort“ im Sinne von Art. 59 OG, sind nach solothurnischem Zivilprozeß nicht die Klage- und Antwortschrift, sondern