

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB230023-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichterin lic. iur. A.
Strähl sowie Gerichtsschreiberin MLaw T. Rumpel

Urteil vom 2. Oktober 2023

in Sachen

A._____

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

Kanton Zürich,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Regierungsrat des Kantons Zürich

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____

betreffend **Staatshaftung**

**Berufung gegen ein Urteil der 4. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom
29. Juni 2023; Proz. CG220064**

Modifiziertes Rechtsbegehren:

(act. 24 S. 1)

" Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 203'120.08 und Zins zu 5% seit 9. Februar 2022 zu bezahlen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich MWST. zulasten des Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 12'875.– festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei auferlegt und mit dem geleisteten Vorschuss verrechnet. Der Mehrbetrag wird zurückerstattet.
4. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine Parteient-schädigung von Fr. 9'085.25 (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. [Mitteilungen]
6. [Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (act. 34 S. 2):

1. Das angefochtene Urteil sei aufzuheben.
2. Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 203'120.08 und Zins zu 5% seit 9. Februar 2022 zu bezahlen.
3. Eventuell sei die Streitsache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie über die noch nicht beurteilten Voraussetzungen der Staatshaftung ent-scheide.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren, zuzüglich MWST, zulasten des Beklagten.

Erwägungen:

1. Ausgangslage und Prozessverlauf

1.1. B._____ trat dem Kläger und Berufungskläger (nachfolgend Kläger) am 15. Januar 2021 drei Forderungen gegen C._____ im Gesamtbetrag von rund Fr. 2.6 Mio. zuzüglich Vertrags- und Verzugszinsen ab. Die Forderungen waren Gegenstand der gegen C._____ eingeleiteten Beteiligungen Nrn. 1, 2 und 3 des Beteiligungsamtes Küsnacht-Zollikon-Zumikon (act. 3/6) und gehörten der Pfändungsgruppe Nr. 4 an (act. 1 Rz. 5).

1.2. C._____ ist die geschiedene Ehefrau von D._____. Dieser war als einer der Hauptbeschuldigten am sog. "E._____-Skandal" beteiligt, bei dem in Deutschland in den 1990er Jahren durch den Handel mit F._____ ein Deliktsbetrag von mehreren Milliarden Deutsche Mark entstanden war. Über D._____ wurde kurz nach seiner Verhaftung in Deutschland ein Insolvenzverfahren eröffnet. C._____ hatte mit dem deutschen Insolvenzverwalter zwei Vereinbarungen abgeschlossen. Sie behielt jedoch entgegen diesen Vereinbarungen den Erlös aus dem Verkauf eines Grundstücks in G._____ für sich. Zur Verfolgung der daraus entstandenen Ansprüche wurde in der Schweiz ein Hilfskonkursverfahren eröffnet. Die Hilfskonkursmasse von D._____ machte Forderungen im Gesamtbetrag von rund Fr. 39 Mio. gegen C._____ geltend (Beteiligung-Nrn. 5 und 6). Die Pfändungsurkunde wurde am 5. November 2020 ausgestellt (Pfändung-Nr. 7). Darin wurde die Pfändung-Nr. 4 als Pfändungsvorgang aufgeführt.

1.3. Nach Abschluss des Strafverfahrens gegen C._____ hob das Obergericht des Kantons Thurgau die Beschlagnahme auf verschiedenen Vermögenswerten auf und überwies dem Beteiligungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon gestützt auf die rechtskräftigen Pfändung-Nrn. 8, 9 und 4 am 26. August 2020 einen Betrag von Fr. 4'689'337.44. Das Beteiligungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon setzte der Hilfskonkursmasse auf deren Ersuchen hin (act. 12/3) mit Verfügung vom 23. Oktober 2020 eine Frist von 20 Tagen an, um eine Kollokationsklage gegen B._____ als Pfändungsgläubiger in der Pfändung-Nr. 4 zu erheben (act. 3/9). Am 13. November 2020 erhob die Hilfskonkursmasse beim Bezirksgericht Meilen eine Kollo-

kationsklage gegen B._____. Mit Verfügung vom 14. Juli 2021 wurde – infolge der Forderungsabtretungen an den Kläger – vom Parteiwechsel Vormerk genommen (act. 3/10). Das Bezirksgericht Meilen trat auf die Kollokationsklage der Hilfskonkursmasse mit Verfügung vom 11. Oktober 2021 mangels Legitimation nicht ein (act. 3/10).

1.4. Der Kläger ersuchte das Betreibungsamt am 17. November 2021 um Auszahlung des Betrages von Fr. 2'834'223.65 (act. 12/4). Das Betreibungsamt verfügte am 3. Dezember 2021, dass keine Verteilung vorgenommen werde, bis der hängige Kollokationsprozess rechtskräftig entschieden sei (act. 12/5). Nachdem die Kammer die von der Hilfskonkursmasse erhobene Berufung mit Urteil vom 28. Januar 2022 abgewiesen hatte (act. 3/3), wurde der Erlös dem Kläger am 9. Februar 2022 ausbezahlt (act. 3/11).

1.5. Der Kläger reichte am 25. April 2022 ein Schadenersatzbegehren beim Regierungsrat des Kantons Zürich ein (act. 3/1). Dieser lehnte das Staatshaftungsbegehren mit Schreiben vom 11. Juli 2022 ab (act. 3/2). Darauf erhob der Kläger am 1. September 2022 beim Bezirksgericht Zürich (nachfolgend Vorinstanz) gestützt auf Art. 5 Abs. 1 SchKG die eingangs erwähnte Staatshaftungsklage (act. 1). Die Vorinstanz wies die Klage nach durchgeführtem Verfahren mit Urteil vom 29. Juni 2023 vollumfänglich ab (act. 36).

1.6. Gegen dieses Urteil erhob der Kläger mit Eingabe vom 22. August 2023 Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich (act. 34). Die Akten der Vorinstanz wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1 – 32). Mit Verfügung vom 7. September 2023 wurde dem Kläger ein Kostenvorschuss auferlegt und die Prozessleitung delegiert (act. 37). Der Vorschuss ging fristgerecht bei der Obergerichtskasse ein (act. 39). Da sich die Berufung sofort als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif. Dem Beklagten ist die Berufungsschrift (act. 34) mit diesem Urteil zuzustellen.

1.7. Der Kläger stützt die Staatshaftungsklage auf die Tatsache, dass ihm das Betreibungsamt Küsnacht-Zollikon-Zumikon den Verteilungserlös nicht unmittel-

bar nach Eingang der entsprechenden Mittel, mithin spätestens am 31. August 2020, sondern erst am 9. Februar 2022 überwies (act. 1 Rz. 17, act. 3/11).

2. Prozessuales zum Berufungsverfahren

2.1. Beim angefochtenen Urteil handelt es sich um einen berufungsfähigen Entscheidungs (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Der Kläger ist durch das angefochtene Urteil beschwert. Die Berufung wurde unter Beachtung des Fristenstillstands gemäss Art. 145 Abs. 1 lit. a ZPO frist- und formgerecht erhoben (Art. 311 Abs. 1 ZPO; vgl. act. 29) und der Kostenvorschuss wurde ebenfalls geleistet (act. 39). Dem Eintreten auf die Berufung steht nichts entgegen.

2.2. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 m.H.a. die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBI 2006 S. 7374). Mit Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheidung in den angefochtenen Punkten fehlerhaft ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheidung erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.Hinw.; BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016 E. 5.3; BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015 E. 2.4.3; BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014 E. 3.1 und E. 5). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-HURNI, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; GLASL, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 57 N 22).

3. Prozessuale Rügen

3.1. Der Kläger führt aus, dass die Instruktionsverhandlung vom 24. Januar 2023 von Bezirksrichter H._____ geleitet worden sei. Gemäss Gerichtsprotokoll sei jedoch seit Klageeingang Bezirksrichterin I._____ Referentin gewesen. Auch habe Bezirksrichter H._____ nicht der 4. Abteilung, sondern der 1. Abteilung angehört. Die Instruktionsverhandlung habe sich unzulässigerweise auf die persönliche Einschätzung der Sach- und Rechtslage beschränkt, die Parteien seien nicht zu einer Entgegnung zugelassen worden (act. 34).

3.2. Es ist unklar, was der Kläger aus diesen Beanstandungen genau ableiten will. Den Akten des erstinstanzlichen Verfahrens lässt sich nicht entnehmen, dass der Kläger anlässlich der Instruktionsverhandlung die Anwesenheit von Bezirksrichter H._____ rügte. Mit der Bemerkung, Bezirksrichter H._____ habe zum fraglichen Zeitpunkt der 1. Abteilung und nicht der zuständigen 4. Abteilung angehört, macht der Kläger sinngemäss eine Verletzung von Art. 30 Abs. 1 BV bzw. seines Rechts auf Beurteilung durch ein durch Gesetz geschaffenes zuständiges Gericht geltend. Wie jedes Bezirksgericht konstituiert sich auch das Bezirksgericht Zürich selber (§ 9 Abs. 2 GOG). Die der 1. Abteilung des Bezirksgericht Zürich angehörenden Bezirksrichterinnen und Bezirksrichter sind gemäss § 43 Abs. 1 der online abrufbaren Organisationsverordnung des Bezirksgerichts Zürich auch als Richterinnen und Richter für diverse Einsätze tätig (https://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/BG_Zuerich/Organisation/GO_ab_Juni_2021.pdf; *besucht am 21. September 2023*). Wenn Bezirksrichter H._____ – wie der Kläger geltend macht – im Januar 2023 der 1. Abteilung angehörte, war sein Einsatz auf der 4. Abteilung somit nicht zu beanstanden.

3.3. Mit Bezug auf den Inhalt der Instruktionsverhandlung ist festzuhalten, dass eine solche den in Art. 226 Abs. 2 ZPO aufgeführten Zwecken dienen kann: der freien Erörterung des Streitgegenstandes, der Ergänzung des Sachverhaltes, dem Versuch einer Einigung und der Vorbereitung der Hauptverhandlung. Der Kläger scheint davon auszugehen, dass die Parteien in einer Instruktionsverhandlung zu Parteivorträgen zuzulassen sind. Damit liegt er falsch. Der Inhalt der Instruktionsverhandlung ist Gegenstand der richterlichen Prozessführung (Art. 124

Abs. 1 ZPO). Wie aus der Vorladung vom 25. November 2022 ersichtlich, wurden die Parteien auf den 23. Januar 2023 zu einer Vergleichsverhandlung und nicht zu Parteivorträgen vorgeladen (act. 14). Die Kritik des Klägers zur erstinstanzlichen Prozessführung ist deshalb unbegründet.

4. Erwägungen der Vorinstanz

Die Vorinstanz begründete die Klageabweisung damit, dass die Verfügung des Betreibungsamtes vom 23. Oktober 2020, mit welcher der Hilfskonkursmasse die Möglichkeit zur Einreichung einer Kollokationsklage eingeräumt und gleichzeitig verfügt worden sei, die Verteilung des Erlöses an den Kläger erfolge nach rechtskräftigen Abweisung der Kollokationsklage bzw. innert 20 Tagen bei Verzicht auf Einreichung einer Kollokationsklage, stelle einen Rechtsakt eines Beamten dar. Bei Rechtsakten setze die Widerrechtlichkeit des Verhaltens eines Richters oder Beamten in Ausübung seiner amtlichen Befugnisse einen besonderen bzw. wirklich krassen Fehler voraus. Ein solcher liege nicht schon vor, wenn sich eine Entscheidung später als unrichtig, gesetzeswidrig oder sogar willkürlich erweise. Vorliegend sei die Frage offen gewesen, ob die Hilfskonkursmasse als Gläubigerin der vierten und damit einer nachgehenden Pfändungsgruppe legitimiert sei, eine Kollokationsklage gegen den Kläger als Gläubiger der dritten und damit einer vorgehenden Pfändungsgruppe zu erheben. Die Leitentscheide des Bundesgerichts, welche über hundert Jahre alt seien, verneinten diese Legitimation. Die Praxis des Bundesgerichts werde von einem Teil der Lehre kritisiert, der die Legitimation zumindest dann bejahe, wenn ein Gläubiger einer nachgehenden Pfändungsgruppe geltend mache, die Schuldnerin habe den Gläubiger einer vorangehenden Pfändungsgruppe begünstigt, so wie dies die Hilfskonkursmasse geltend gemacht habe. Nachdem die Gerichte – erstinstanzlich das Bezirksgericht Meilen, zweitinstanzlich das Obergericht des Kantons Zürich – mit seitenlangen Erwägungen zum Schluss gekommen seien, die Legitimation der Hilfskonkursmasse sei gegeben, könne dem Betreibungsbeamten nicht vorgeworfen werden, einen wirklich krassen Fehler begangen zu haben. Damit sei die Widerrechtlichkeit zu verneinen. Darüber hinaus gelte im Staatshaftungsrecht der allgemeine Rechtsgrundsatz, dass die Rechtmässigkeit formell rechtskräftiger Verfügungen, Entscheidun-

gen und Urteil nicht mehr in einem Verantwortlichkeitsverfahren überprüft werden könne. Der Kläger habe weder gegen die Verfügung des Betreibungsbeamten vom 23. Oktober 2020 noch gegen die Verfügung vom 3. Dezember 2021 (Zuwarfen mit Verteilung bis zur rechtskräftigen Erledigung des Kollokationsprozesses) Beschwerde nach Art. 17 SchKG erhoben. Da der Kläger die ihm für die Anfechtung der angeblich schädigenden Verfügungen offenstehenden Rechtsmittel nicht genutzt habe, könne nach dem Grundsatz der Einmaligkeit des Rechtsschutzes im Rahmen eines Staatshaftungsprozesses nicht mehr überprüft werden, ob die Handlung des Betreibungsbeamten rechtmässig gewesen sei (act. 36 S. 5 ff.).

5. Grundsätzliches zur Staatshaftung

Der Kanton haftet für den Schaden, den die Beamten und Angestellten, ihre Hilfspersonen, die ausseramtlichen Konkursverwaltungen, die Sachwalter, die Liquidatoren, die Aufsichts- und Gerichtsbehörden sowie die Polizei bei der Erfüllung der Aufgaben, die ihnen das SchKG zuweist, widerrechtlich verursachen (Art. 5 Abs. 1 SchKG). Die Haftung nach Art. 5 SchKG ist subsidiär zum Rechtsschutz, welcher durch die verschiedenen Anfechtungsverfahren des SchKG, aber auch durch die Rechtsmittel gewährleistet wird (BGer 5A_96/2011 vom 27. Juni 2011 E. 3.3.1; BSK SchKG II-GASSER, 3. Aufl. 2021, Art. 5 N 14; KuKo SchKG-LEVANTE, 2. Aufl. 2014, Art. 5 N 8). Da die Staatshaftung subsidiär zum Primärrechtsschutz ist, wären Überlegungen zur Einmaligkeit des Rechtsschutzes grundsätzlich der Prüfung der Haftungsvoraussetzungen vorzuziehen. Dem Aufbau des angefochtenen Urteils und der Berufungsschrift entsprechend, wird nachfolgend in umgekehrter Reihenfolge zunächst auf die Widerrechtlichkeit als Haftungsvoraussetzung und danach erst auf den Ausschlussgrund des Primärrechtsschutzes eingegangen.

6. Widerrechtlichkeit

6.1. Im Staatshaftungsrecht wird auf die privatrechtlichen Haftungsgrundsätze zurückgegriffen. Entsprechend wird die Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 5 SchKG bejaht, wenn ein absolutes Recht des Geschädigten verletzt ist oder wenn – bei einem blossen Vermögensschaden – eine Schutznorm verletzt wurde, die

Schäden von der Art des eingetretenen verhüten soll (BSK SchKG II-GASSER, a.a.O., Art. 5 N 40).

6.2. Der Kläger vertritt die Auffassung, es genüge eine blosser Gesetzeswidrigkeit oder ein Ermessensmissbrauch. Der Betreibungsbeamte sei kein Organ der Rechtsprechung, bei dem die Literatur die Haftung auf krasse Fehler beschränke. Die Literatur bezeichne deshalb etwa die falsche Rechtsauskunft oder das Unterlassen der Verwertung nach Wegfall eines (gesetzlichen) Hindernisses als haftungsbegründend (act. 34 Rz. 6). Gemäss Art. 144 Abs. 1 und 4 SchKG sei der Betreibungsbeamte verpflichtet, in der Betreuung auf Pfändung die Verteilung vorzunehmen, sobald alle Vermögenswerte verwertet sind. Eine Verwertung habe sich in casu erübrigt, weil die aus der strafrechtlichen Beschlagnahme überwiesenen Vermögenswerte aus Geld bestanden hätten. Der Betreibungsbeamte wäre deshalb verpflichtet gewesen, den ihm (dem Kläger) zustehenden Verwertungserlös sofort auszubezahlen. Art. 144 SchKG bezwecke, die Interessen des Gläubigers zu wahren, der Betreibungsbeamte habe davon nicht abweichen dürfen. Indem der Betreibungsbeamte nicht sofort zur Verteilung geschritten sei, habe er Art. 144 wie auch Art. 110 SchKG verletzt und damit widerrechtlich gehandelt. Entgegen dem angefochtenen Entscheid habe das Obergericht für den Entscheid betreffend die Legitimation der Hilfskonkursmasse zur Kollokationsklage weniger als eine Seite benötigt und eine klare Rechtslage bestätigt (act. 34 Rz. 7 ff.).

6.3. Wie sich dem von der Vorinstanz zitierten Bundesgerichtsentscheid BGE 118 Ib 163 entnehmen lässt, beurteilt das Bundesgericht die Widerrechtlichkeit bei Richtern und Beamten nach den gleichen Massstäben. Es bejaht eine haftungsbegründende Widerrechtlichkeit nur, wenn der Richter oder Beamte eine für die Ausübung seiner Funktion wesentliche Pflicht, eine wesentliche Amtspflicht, verletzt hat. Demgegenüber liegt keine Widerrechtlichkeit vor, wenn sich eine Entscheidung später als unrichtig, gesetzeswidrig oder sogar willkürlich erweist. Dabei weist das Bundesgericht explizit darauf hin, dass die Amtspflichten vor Schädigungen durch fehlerhafte Rechtsakte schützen sollen, nicht die Normen des materiellen Rechts selbst, die der Richter oder Beamte anzuwenden hat (BGE 118 Ib 163).

6.4. Der vom Kläger geltend gemachte Schaden stellt ein reiner Vermögensschaden dar. Art. 110 SchKG regelt den Pfändungsanschluss und die Bildung von Pfändungsgruppen, während Art. 144 SchKG die Verteilung des Pfändungserlöses betrifft. Entgegen der Auffassung des Klägers stellt weder Art. 144 noch Art. 110 SchKG eine haftungsrechtliche Schutznormen dar, die das Vermögen des am Erlös berechtigten Gläubigers schützen soll. Eine Schutznorm ist beispielsweise im Arrestbeschlagn zu sehen. Entsprechend liegt im Falle der Missachtung des bestehenden Arrestbeschlagn durch Freigabe eines Arrestgegenstandes entsprechend ein widerrechtliches Verhalten vor (BGer 5A_306/2007 vom 19. September 2007 E. 4.2.2).

6.5. Dass die Legitimation der Hilfskonkursmasse zur Kollokationsklage mit Urteil der Kammer vom 28. Januar 2022 verneint wurde, führt nicht dazu, dass die Fristansetzung zur Kollokationsklage durch den Betreibungsbeamten mit Verfügung vom 23. Oktober 2020 widerrechtlich war. Wie erwähnt liegt keine Widerrechtlichkeit vor, wenn sich eine Entscheidung im Nachhinein als unrichtig, gesetzeswidrig oder sogar willkürlich erweist. Zur Rechtsfrage, ob ein Gläubiger einer nachgehenden Pfändungsgruppe zur Kollokationsklage gegen eine vorrangige Pfändungsgruppe legitimiert ist, bestand im Zeitpunkt der Verfügung vom 23. Oktober 2020 ein Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahre 1898 (BGE 24 I 365), der im Jahre 1902 bestätigt wurde (BGE 28 I 279). Die bundesgerichtliche Praxis wurde aber in jüngerer Zeit von zahlreichen Lehrmeinungen kritisiert, die insbesondere bei Vorliegen von potentiellen Gläubigerbevorzugungen – wie sie seitens der Hilfskonkursmasse geltend gemacht wurde – die Zulässigkeit einer Kollokationsklage befürworten. Die strittige Rechtsfrage wurde mit Urteil der Kammer vom 28. Januar 2022 geklärt und die Legitimation der Hilfskonkursmasse zur Kollokationsklage verneint, wobei sich die entsprechenden Erwägungen über rund sieben Seiten erstreckten (act. 3/3 S. 13-20). Aufgrund des Gesagten war die mit Verfügung vom 23. Oktober 2020 erfolgte Fristansetzung vertretbar, sie stellt keine Amtspflichtverletzung und schon gar nicht die Verletzung einer wesentlichen Amtspflicht dar.

6.6. Hinzu kommt, dass der Kläger mit Schreiben vom 7. Oktober 2020 – bevor der Betreibungsbeamte die Verfügung vom 23. Oktober 2020 erliess – darum gebeten hatte, den Kollokationsplan und das Lastenverzeichnis möglichst rasch aufzulegen, "damit die Fristen für eine allfällige Anfechtung des Kollokationsplans bzw. Lastenverzeichnisses zu laufen beginnen" (act. 10 Rz. 24, 12/3). Entsprechend war der Kläger mit der Fristansetzung gemäss Verfügung des Betreibungsbeamten vom 23. Oktober 2020 einverstanden. Wenn der Kläger nun ausführen lässt, das Schreiben vom 7. Oktober 2020 habe dem Betreibungsbeamten "ein Kollokationsverfahren also nur postulieren [können], sofern überhaupt die gesetzlichen Voraussetzungen dazu bestehen würden [...]" (act. 34 Rz. 12), verhält er sich widersprüchlich, wurden im besagten Schreiben doch keinerlei Vorbehalte angebracht, sondern explizit die mit der Auflage des Kollokationsplans ausgelösten Fristen erwähnt. Das Schreiben des Klägers vom 7. Oktober 2020 ist damit als Zustimmung zum Vorgehen gemäss Verfügung vom 23. Oktober 2020 zu verstehen. Damit stünde auch die Einwilligung des Klägers einer allfälligen Widerrechtlichkeit entgegen, wobei es wie erwähnt bereits an der Widerrechtlichkeit fehlt.

6.7. Aufgrund des Gesagten ist die Widerrechtlichkeit mit der Vorinstanz zu verneinen.

7. Einmaligkeit des Rechtsschutzes

7.1. Der Kläger macht geltend, BGE 119 Ib 208 betreffe das Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes und sei auf die vorliegende Streitsache nicht anwendbar. Darüber hinaus diene die Schranke der Einmaligkeit des Rechtsschutzes nur als Herabsetzungs- und nicht als Ausschlussgrund. An die Pflicht zur Schadensminderung sei kein strenger Massstab zu legen. Er habe erst aufgrund der Anzeige des Betreibungsamtes vom 22. Oktober 2020 erfahren, dass es an einer Unterdeckung und damit an den Voraussetzungen für eine Kollokationsklage fehle. Gemäss Art. 44 OR rechtfertige eine Einwilligung des Verletzten die Schädigung nicht, sondern erlaube dem Gericht bloss, sie bei den Rechtsfolgen zu berücksichtigen. Von einer Entschädigung könne nur im Falle eines den Kausalzusammenhang unterbrechenden Selbstverschuldens abgesehen werden. Der Betrei-

bungsbeamte habe sich beim Verzicht auf sofortige Verteilung nicht auf das Schreiben vom 7. Oktober 2020, sondern explizit auf das Begehren der Hilfskonkursmasse vom 16. Juli 2020 gestützt. Der Rechtsgrundsatz der Einmaligkeit des Rechtsschutzes sei somit nicht erfüllt (act. 34 Rz. 10 ff.).

7.2. Es trifft zu, dass sich der von der Vorinstanz zitierte Bundesgerichtsentscheid BGE 119 Ib 208 mit dem Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes befasst. Das Bundesgericht äusserte sich jedoch in BGer 5A_96/2011 vom 27. Juni 2011 ausdrücklich zum Vorrang des Primärrechtsschutzes im Zusammenhang mit einer Haftung nach Art. 5 SchKG und hielt Folgendes fest: Um seiner Schadensminderungspflicht nachzukommen, muss der Geschädigte insbesondere alle Möglichkeiten nutzen, die ihm das SchKG bietet, um rechtswidrige Verfügungen und Massnahmen sowie ungerechtfertigte Unterlassungen und Verzögerungen in Frage zu stellen. Die Verantwortlichkeitsklage nach Art. 5 SchKG ist somit subsidiär zu den im SchKG vorgesehenen Rechtsmitteln, einschliesslich der kantonalen und eidgenössischen Rechtsmittel (*aus dem Französischen übersetzt*).

7.3. Damit hat das Bundesgericht den Vorrang des Primärrechtsschutzes ausdrücklich auch im Zusammenhang mit der Haftung nach Art. 5 SchKG bestätigt. Die Ausführungen des Klägers zum Charakter von Schadensminderungs- und Herabsetzungsgründen gehen deshalb an der Sache vorbei. Die Vorinstanz wies zutreffend darauf hin, dass sich der Kläger weder gegen die Verfügung des Betriebsamtes vom 23. Oktober 2020 (act. 3/9) noch gegen diejenige vom 3. Dezember 2021 (act. 12/5) mit Beschwerde im Sinne von Art. 17 SchKG zur Wehr setzte. Dagegen bringt der Kläger in der Berufung nichts vor. Da die Staatshaftung subsidiär zu den gesetzlich vorgesehenen Anfechtungsmöglichkeiten ist und der Kläger auf die Anfechtung der ihn angeblich schädigenden Verfügungen verzichtet hat, entfällt ein Staatshaftungsanspruch zum Vorneherein. Auf den Inhalt seines Schreibens vom 7. Oktober 2020 kommt es nicht an.

7.4. Nach dem Gesagten hat der Kläger keinen Staatshaftungsanspruch, weshalb die Vorinstanz seine Klage zu Recht abgewiesen hat. Die Berufung ist abzuweisen und das angefochtene Urteil ist zu bestätigen.

8. Kosten- und Entschädigungsfolgen

8.1. Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens wird der Kläger kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 203'120.08 ist die Entscheidgebühr gestützt auf die Gebührenverordnung des Obergerichts (§§ 4 Abs. 1 und 12 GebV OG) auf Fr. 12'875.– festzusetzen.

8.2. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen; dem Kläger nicht, weil er unterliegt, dem Beklagten nicht, weil ihm durch das Berufungsverfahren keine entschädigungspflichtigen Aufwendungen entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 29. Juni 2023 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 12'875.– festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt.

Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden mit dem vom Berufungskläger geleisteten Vorschuss verrechnet.

3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage von Doppeln der Berufungsschrift (act. 34), sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder

Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 203'120.08.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Lichti Aschwanden

MLaw T. Rumpel

versandt am: