



Urteil Bundesgericht 5A_133/2019 vom 20. Juli 2019; Abweisung

ZA 18 1

Entscheid vom 20. September 2018
Zivilabteilung

Besetzung

Obergerichtsvizepräsidentin Babara Brodmann, Vorsitz,
Oberrichterin Franziska Ledergerber Kilchmann,
Oberrichter Franz Odermatt,
Oberrichter Albert Odermatt,
Oberrichter Peter Epper,
Gerichtsschreiber Marius Tongendorff.

Verfahrensbeteiligte

A.____ (Konkursmasse im Konkurs Nr. xxx),

vertreten durch das Betreibungs- und Konkursamt Nidwalden,
Postfach 1243, Engelbergstrasse 34, 6371 Stans,

vertreten durch lic. iur. Dominik Gasser, Rechtsanwalt,
LGP Luginbühl Gasser + Partner,
Länggassstrasse 7, Postfach, 3001 Bern,

Berufungsklägerin,

gegen

Kanton St. Gallen,

handelnd durch das Sicherheits- und Justizdepartement,
Oberer Graben 32, 9001 St. Gallen,

vertreten durch Dr. iur. Stephan Thurnherr, Rechtsanwalt,
rohner thurnherr wiget & partner rechtsanwälte,
Rosenbergstrasse 42b, 9000 St. Gallen,

Berufungsbeklagter.

Gegenstand

Aussonderungsklage

Urteil des Kantonsgerichts Nidwalden, Zivilabteilung/
Kollegialgericht, vom 28. April 2017 (ZK 16 1).

Sachverhalt:

A.

Die Staatsanwaltschaft St. Gallen führte gegen B.____ sel. und seine Lebensgefährtin A.____ ein Strafverfahren wegen Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung, Veruntreuung und Geldwäscherei durch, in dessen Rahmen sie mit Verfügung vom 28. Juni 2005 die Eigentumswohnung, Grundstück (GS) Nr. Syyy, Grundbuch (GB) Stansstad, einschliesslich zweier Schuldbriefe (Nrn. aaa [im 9. Rang] und bbb [im 10. Rang], je über Fr. 100'000.–) beschlagnahmte. Eigentümerin des GS Nr. Syyy, GB Stansstad, war zu diesem Zeitpunkt A.____.

Mit Urteil vom 13. Dezember 2007 erkannte das Kreisgericht St. Gallen, dass das beschlagnahmte GS Nr. Saaa, GB Stansstad, einschliesslich der Schuldbriefe einzuziehen und (mitsamt einer hier nicht weiter zu interessierenden Eigentumswohnung im Königreich Spanien) zu verwerten sei, da diese Eigentumswohnung mittels deliktisch erlangtem Geld gekauft worden war. A.____ wurde zufolge Verjährung vollumfänglich freigesprochen. B.____, der am 27. Oktober 2008 in Stansstad versterben wird, wurde wegen mehrfacher Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung und mehrfacher Veruntreuung zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 15 Monaten und zu einer Busse von Fr. 10'000.– verurteilt, vom Vorwurf der Geldwäscherei hingegen freigesprochen.

Am 11. Mai 2009 eröffnete das Konkursamt Nidwalden den Konkurs über A.____. Am darauffolgenden Tag, dem 12. Mai 2009, liess das Konkursamt das Rubrikkonto Nr. xxx bei der Nidwaldner Kantonalbank eröffnen, das ausschliesslich der Abwicklung des Konkurses A.____ diente. Über dieses Konto wurden sämtliche Banktransaktionen durchgeführt, die die besagte Konkursabwicklung betrafen (und nicht alleine diejenigen im Rahmen der Verwertung des GS Nr. Syyy, GB Stansstad; hierzu sogleich, lit. C).

Mit Urteil vom 14. Dezember 2009 stellte das Kantonsgericht St. Gallen als Berufungsinstanz das Strafverfahren gegen B.____ sel. infolge Todes ein, bestätigte den Freispruch von A.____, zog das GS Nr. Syyy, GB Stansstad, ein und ordnete dessen Verwertung an. Besagtes Urteil erwuchs in Rechtskraft.

B.

Mit Schreiben vom 31. Dezember 2009 teilte die Staatsanwaltschaft St. Gallen dem Konkursamt Nidwalden mit, dass die Verwertung des GS Nr. Syyy, GB Stansstad, zweckmässigerweise über dieses erfolgen solle, insofern das Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen rechtskräftig werden sollte. Dabei seien die beiden Schuldbriefe vorgängig im Grundbuch zu löschen und der Verwertungserlös sei, abzüglich vorgehender Grundpfandrechte und der Verwertungskosten, der Staatskasse St. Gallen zuzuführen.

C.

Am 4. Mai 2011 verwertete das Konkursamt Nidwalden das GS Nr. Syyy, GB Stansstad, mit einem Bruttoerlös einschliesslich Zinsertrag von Fr. 915'437.65. Abzüglich Gebühren und Auslagen des Konkursamtes sowie Dividendenzahlungen für vertragliche Grundpfandrechte (an die Credit Suisse AG [Fr. 229'962.70] und die Staatsanwaltschaft St. Gallen [Fr. 226'750.-; Valuta 11. Juli 2011]) verblieb ein Betrag von Fr. 418'726.65. Dieser Betrag stellt vorliegend den Streitwert dar.

D.

Am 27. Oktober 2011 wurde das Rubrikkonto Nr. xxx saldiert und der verbliebene Betrag von Fr. 569'738.02 auf das allgemeine Bank-Konkurskonto Nr. zzz überwiesen. Dieses allgemeine Konkurskonto lautet auf das Konkursamt Nidwalden, steht aber im Eigentum des Kantons Nidwalden. Es dient der Abwicklung von Konkursen und beinhaltet die Vermögen unterschiedlicher Konkursmassen. Zwecks Konkursabwicklung A.____ wurden von diesem allgemeinen Konkurskonto am 20. März und 2. November 2012 diverse Abschlagszahlungen vorgenommen, womit zum Stichtag 2. November 2012 zur Abwicklung des Konkurses A.____ noch Fr. 150'104.07 zur Verfügung standen (ausführlich Buchhaltungsabrechnung).

E.

Mit Schreiben vom 22. November 2012 beantragte der Berufungsbeklagte beim Konkursamt Nidwalden die Aussonderung des Steigerungserlöses des GS Nr. Syyy, GB Stansstad. Während dieses Zeitraums war vor dem Kantonsgericht St. Gallen ein Verfahren pendent, das die Witwe eines Privatklägers aus dem strafrechtlichen Berufungsverfahren (oben, lit. A) angestrengt hatte und worin sie verlangte, dass ebendieser Betrag von Fr. 418'726.65 zu ihren Gunsten zu verwendet sei. Dieses Ansinnen wurde mit Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen

vom 10. September 2013 abgewiesen; die hiergegen gerichtete Bundesgerichtsbeschwerde bleibt erfolglos (Urteil 6B_1126/2013 vom 21. Juli 2014).

Am 31. Dezember 2013 standen gemäss Buchhaltungsabrechnung zur Abwicklung des Konkurses A.____ noch Fr. 150'009.87 zur Verfügung.

F.

Mit Schreiben vom 2. Dezember 2015 beantragte der Berufungsbeklagte beim Konkursamt Nidwalden die Aussonderung des Steigerungserlöses des GS Nr. Syyy, GB Stansstad.

Mit Verfügung in Briefform vom 9. Dezember 2015 wies das Konkursamt das Aussonderungsbegehren des Berufungsbeklagten gemäss Art. 242 SchKG (SR 281.1) betreffend den geltend gemachten Resterlös aus der Verwertung des GS Nr. Syyy, GB Stansstad, im Umfang von Fr. 418'726.65, vollumfänglich ab (Ziff. 1). Weiter setzte das Konkursamt dem Berufungsbeklagten eine Frist von 20 Tagen, um seinen Aussonderungsanspruch beim Kantonsgericht Nidwalden gerichtlich geltend zu machen (Ziff. 2), widrigenfalls der geltend gemachte Anspruch verwirke (Ziff. 3).

G.

Mit Klage vom 28. Dezember 2015 stellte der Berufungsbeklagte (als damaliger Kläger) beim Kantonsgericht Nidwalden folgende Rechtsbegehren, die durch die Replik vom 31. Mai 2016 leicht verändert wurden:

«Die beiliegende Verfügung des Betreibungs- und Konkursamtes Nidwalden vom 9. Dezember 2015 sei aufzuheben. Es sei festzustellen, dass der Verwertungserlös aus der Verwertung des Grundstückes Nr. Syyy GB Stansstad CHF 418'726.65 beträgt und die Beklagte sei zu verpflichten, diesen Betrag dem Kläger zu bezahlen, eventualiter herauszugeben;
alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten.»

Die Berufungsklägerin (als damalige Beklagte) beantragte die kostenfällige Klageabweisung. Auf die Einholung eines Kostenvorschusses wurde verzichtet.

Am 12. September 2016 standen gemäss Buchhaltungsabrechnung zur Abwicklung des Konkurses A.____ noch Fr. 131'396.72 zur Verfügung.

H.

Mit Urteil ZK 16 1 vom 28. April 2017 erkannte das Kantonsgericht Nidwalden, Zivilabteilung/Kollegialgericht:

- «1. Es wird festgestellt, dass ein Aussonderungsanspruch des Klägers im Konkurs Nr. xxx des Konkursamtes Nidwalden über die Schuldnerin A.____ am Verwertungserlös aus der Verwertung des Grundstückes Nr. Syyy, GB Stansstad, von Fr. 418'726.65 besteht und demzufolge dieser Verwertungserlös aus dem Konkursbeschlagn entlassen wird.
2. Die Gerichtskosten für das begründete Urteil betragen Fr. 11'000.00 (inkl. Auslagen) und gehen ausgangsgemäss zu Lasten der Beklagten.
Die Beklagte wird verpflichtet, der Gerichtskasse Nidwalden die Gerichtskosten von Fr. 11'000.00 zu bezahlen.
3. Die Beklagte hat dem Kläger an seine Parteikosten den richterlich genehmigten Betrag von Fr. 38'559.00 (Honorar Fr. 35'500.00, Auslagen Fr. 202.80, Mehrwertsteuer Fr. 2'856.20) zu bezahlen.
- [4. Zustellung dieses Urteils erfolgt an: ...]»

Das Dispositiv wurde am 31. Mai 2017 und der begründete Entscheid am 15. November 2017 versandt.

Am 19. Dezember 2017 standen gemäss Buchhaltungsabrechnung zur Abwicklung des Konkurses A.____ noch Fr. 115'759.52 zur Verfügung.

I.

Mit Berufung vom 4. Januar 2018 stellte die Berufungsklägerin folgende Rechtsbegehren:

«Der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und die Klage vom 28.12.2015 sei abzuweisen.

Eventualiter: Der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen.

– unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Berufungsbeklagten –»

Die Berufungsklägerin zahlte den Gerichtskostenvorschuss über Fr. 7'000.– fristgerecht ein.

J.

Mit Berufungsantwort vom 1. März 2018 stellte der Berufungsbeklagte folgende Rechtsbegehren:

- «1. Die Berufung vom 4. Januar 2018 sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Eventualiter: Die Berufung sei im Umfang von CHF 150'009.87, subeventualiter CHF 115'795.52, abzuweisen und festzustellen, dass im Umfang dieser Beträge ein Aussonderungsanspruch des Berufungsbeklagten besteht und dass dieser Verwertungserlös entsprechend aus dem Konkursbeschlagn entlassen und herauszugeben ist;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Berufungsklägerin.»

K.

Mit Gesuch um superprovisorische Massnahmen vom 8. März 2018 beantragte der Berufungsbeklagte, die Nidwaldner Kantonalbank sei superprovisorisch anzuweisen, das Konto Nr. zzz, lautend auf das Konkursamt Nidwalden, im Umfang von Fr. 418'726.65 zu sperren. Mit Verfügung vom 13. März 2018 wurde dem Gesuch einstweilen entsprochen (Verfahren P 18 9). Mit Stellungnahme vom 21. März 2018 beantragte die Berufungsklägerin die vollumfängliche, kostenfällige Abweisung des Gesuchs. Mit Verfügung vom 27. März 2018 wurde das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen abgewiesen, die Teilspernung des Kontos Nr. zzz aufgehoben und die Kosten- und Entschädigungsfolgen auf die Hauptsache verlegt.

L.

Mit Replik vom 17. April 2018 und Duplik vom 13. Juni 2018 hielten die Parteien im Wesentlichen an ihren Anträgen und Begründungen fest.

M.

Das Obergericht Nidwalden, Zivilabteilung, beriet die Streitsache anlässlich seiner Sitzung vom 20. September 2018 in Abwesenheit der Parteien. Auf die Parteivorbringen wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Erwägungen:

1. Formelles

1.1 Eintretensvoraussetzungen

Angefochten ist das Urteil ZK 16 1 des Kantonsgerichts Nidwalden, Zivilabteilung/Kollegialgericht, vom 28. April 2017 betreffend Aussonderungsklage. Gegen erstinstanzliche Endentscheide ist das Rechtsmittel der Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO [SR 272]; Art. 309 und 319 ZPO e contrario), sofern der Streitwert über Fr. 10'000.– liegt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt (Art. 91 Abs. 1, erster Satz ZPO) und liegt unbestrittenermassen bei Fr. 418'726.65. Das Rechtsmittel der Berufung ist somit zulässig.

Berufungsinstanz gegen Urteile des Kantonsgerichts Nidwalden ist das Obergericht Nidwalden, Zivilabteilung (Art. 27 GerG [NG 261.1]), das in Fünferbesetzung entscheidet (Art. 22 Ziff. 3 GerG). Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Obergerichts ist somit gegeben.

Zur Berufung ist berechtigt, wer als Haupt- oder Nebenpartei am Verfahren beteiligt war, das zum angefochtenen Entscheid geführt hat (formelle Beschwer), und überdies durch den angefochtenen Entscheid unmittelbar betroffen ist und ein Rechtsschutzinteresse an dessen Aufhebung oder Abänderung hat (materielle Beschwer; vgl. PETER REETZ, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, 3. A. 2016, N 30 ff. zu den Vorbem. zu Art. 308–318 ZPO). Die Berufungsklägerin nahm am vorinstanzlichen Verfahren teil und ist durch die im angefochtenen Urteil angeordneten Folgen hinlänglich berührt. Sie ist somit zur Berufung berechtigt.

Die Berufung ist innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids schriftlich und begründet einzureichen (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). Die Berufung vom 4. Januar 2018 wurde fristgerecht eingereicht (Versand des vorinstanzlichen, begründeten Entscheids am 15. November 2017, Empfang am 20. November 2017, Ablauf der Frist einschliesslich Gerichtsferien [Art. 145 Abs. 1 lit. c ZPO] am 5. Januar 2018) und entspricht den Formanforderungen.

Auf die Berufung ist demnach einzutreten.

1.2 Kognition

Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Der Begriff der Rechtsanwendung (lit. a) ist aufgrund der freien und nicht an eine Rügepflicht des Berufungsklägers anknüpfenden Kognition der Rechtsmittelinstanz als umfassend zu verstehen und beinhaltet sämtliche generell-abstrakten, staatlichen Normen. Die Ermessenskontrolle bezieht sich auf die Frage nach der korrekten Handhabung von Art. 4 ZGB (SR 210) und wird gelegentlich auch als Rechtsfolgeermessen bezeichnet (im Unterschied zum Tatbestandsermessen, das zur Feststellung des Sachverhalts gehört). Diese Überprüfung erfolgt zwar grundsätzlich frei. Indessen bedeutet die Einschränkung der Kognition auf unrichtige Rechtsanwendung, dass die Rechtsmittelinstanz nicht einfach ihr eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen der Vorinstanz setzen kann (ausführlich MARTIN H. STERCHI, in: Berner Kommentar ZPO, 2012, N 6, 8 f. zu Art. 310 ZPO; KURT BLICKENSTORFER, in: Brunner/Gasser/Schwander, ZPO Kommentar, 2. A. 2016, N 8 ff. zu Art. 310 ZPO).

1.3 Rechtliches Gehör; Replikrecht

1.3.1 Parteivorbringen

Die Berufungsklägerin rügt, dass die Vorinstanz ihr den gegnerischen, schriftlichen Schlussvortrag erst zusammen mit dem schriftlichen Entscheiddispositiv zur Kenntnis gebracht habe. Ihr sei dadurch verunmöglicht worden, zu den neuen rechtlichen Vorbringen des Berufungsbeklagten Stellung zu nehmen. Damit habe die Vorinstanz das Replikrecht verletzt.

Dem entgegnet der Berufungsbeklagte, dass es zwar zutrefte, dass die jeweiligen Schlussvorträge der Gegenpartei vor der Urteilsfällung nicht zur Kenntnis gebracht worden seien. Da insbesondere Rechtsfragen offen seien und das Obergericht diesbezüglich mit voller Kognition entscheide, sei der Mangel jedoch heilbar. Eine Rückweisung an die Vorinstanz wäre ein einziger Leerlauf, zumal die Berufungsklägerin in der Berufung nichts Neues vortrage.

1.3.2 Rechtsgrundlagen

Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV [SR 101]; Art. 53 Abs. 1 ZPO). Der Gehörsanspruch verleiht den Parteien das Recht, sich (mindestens schriftlich) vor Erlass des Entscheides zu sämtlichen entscheidrelevanten Sachfragen und Beweisergebnissen zu äussern und ihre Sichtweise in das Verfahren einzubringen. Der Gerichtsentscheid darf nur solche Tatsachen und Beweisergebnisse berücksichtigen, zu denen die Parteien Stellung nehmen konnten. Aus dem Anspruch auf vorgängige Äusserung folgt das Replikrecht. Durch dieses haben die Parteien einen bedingungslosen Anspruch auf Zustellung und Stellungnahme zu eingegangenen Beweiseingaben, Äusserungen und Vernehmlassungen der übrigen Verfahrensparteien, unteren Instanzen und weiteren Stellen. Dabei ist es unerheblich, ob eine Eingabe neue Tatsachen oder Argumente enthält und ob sie das Gericht tatsächlich zu beeinflussen vermag. Einer Partei darf somit die Möglichkeit zur Replik nicht mit der Begründung genommen werden, eine neu eingereichte Stellungnahme enthalte keine neuen oder wesentlichen Vorbringen, welche einer Entgegnung bedürfen (CHRISTOPH HURNI, in: Berner Kommentar ZPO, 2012, N 37 und 39 f. zu Art. 53 ZPO).

Der Gehörsanspruch ist formeller Natur. Bei Verweigerung des rechtlichen Gehörs leidet der Entscheid an einem schweren Mangel, der ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt. Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann jedoch ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn der Betroffene die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinne einer Heilung des

Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Gehörsverletzung von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führte, die mit dem Interesse des Betroffenen an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wäre (MYRIAM A. GEHRI, in: Basler Kommentar ZPO, 3. A. 2017, N 33 f. zu Art. 53 ZPO; HURNI, a.a.O., N 82 f. zu Art. 53 ZPO).

1.3.3 Würdigung

Die Vorinstanz lud die Parteien ein, auf eine mündliche Parteiverhandlung zu verzichten, womit sich diese unter dem Vorbehalt einverstanden erklärten, einen schriftlichen Schlussvortrag einreichen zu können. Die Vorinstanz gewährte den Parteien die Möglichkeit zum schriftlichen Schlussvortrag, stellte die Vorträge der Gegenpartei jedoch nicht mit der Möglichkeit zu replizieren zu. Die Vorinstanz legte die schriftlichen Schlussvorträge lediglich dem gefälltten Urteil bei, womit sie den Parteien die Möglichkeit verwehrte, vor Entscheidfällung zu den Vorbringen der jeweiligen Gegenpartei Stellung zu nehmen. Damit hat die Vorinstanz deren unbedingten Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, womit ihr Entscheid grundsätzlich bereits deswegen aufzuheben wäre.

Eine Heilung im Rechtsmittelverfahren ist nur mit grosser Zurückhaltung anzunehmen. Im vorliegenden Fall sind vornehmlich Rechtsfragen strittig, die das Obergericht mit voller Kognition überprüfen kann. Die Parteien konnten im vorliegenden Berufungsverfahren zu sämtlichen Vorbringen ausführlich Stellung nehmen. Eine Rückweisung zur Vorinstanz zwecks Klärung der Rechtsfragen brächte keinen Mehrwert, sondern hätte lediglich unnötigen Leerlauf zur Folge, die mit dem Interesse der Parteien an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären. Die Gehörsverletzung kann somit im vorliegenden Berufungsverfahren geheilt werden.

1.3.4 Zwischenfazit

Die Vorinstanz verletzte das rechtliche Gehör der Berufungsklägerin, die Gehörsverletzung kann jedoch, ausnahmsweise, als geheilt betrachtet werden.

1.4 Eventualbegehren des Berufungsbeklagten

Der Berufungsbeklagte stellt im Berufungsverfahren einen Eventual- und einen Subeventualbegehren für den Fall, dass die Berufung teilweise gutgeheissen würde. Die Berufungsklägerin

wirft dem Berufungsbeklagten vor, durch das Stellen neuer Eventualanträge eine unzulässige Klageänderung vorgenommen zu haben, was dieser bestreitet.

Eine Klageänderung ist im Berufungsverfahren nur noch zulässig, wenn kumulativ die Voraussetzungen nach Art. 227 Abs. 1 ZPO gegeben sind und sie auf neue Tatsachen oder Beweismittel beruht (Art. 317 Abs. 2 ZPO). Demnach ist eine Klageänderung zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und er entweder mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht oder aber die Gegenpartei zustimmt. Eine Beschränkung der Klage ist jederzeit zulässig (Art. 227 Abs. 3 ZPO). Eine Klageänderung ist eine Änderung des Streitgegenstandes. Sie kann in einer Änderung der Rechtsbegehren und/oder des ihm zugrundeliegenden Lebenssachverhalts bestehen. Auch neue, zusätzliche Rechtsbegehren sind eine Klageänderung, nicht jedoch die blosser Änderung der rechtlichen Argumentation. Eine Klageänderung steht nicht im Belieben der Parteien (DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, ZPO Kurzkommentar, 2. A. 2014, N 1 f. zu Art. 227 ZPO). Demgegenüber ist die Beschränkung einer rechtshängigen Klage jederzeit und voraussetzungslos zulässig, wobei die örtliche und sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts erhalten bleibt. Die Klagebeschränkung regelt ausschliesslich ein Weniger gegenüber der ursprünglichen Klage. Eine qualitative Klagebeschränkung liegt beim Rückzug einzelner Begehren vor, eine quantitative erfolgt durch Reduktion des Leistungsbegehrens, sei es zeitlich (Anspruchsdauer) oder v.a. ziffernmässig (Anspruchssumme; DANIEL WILLISEGGER, in: Basler Kommentar ZPO, a.a.O., N 47 ff. zu Art. 227 ZPO).

Beim berufungsbeklaglichen Eventualbegehren handelt es sich um ein (sub-) eventualiter beantragtes Weniger, mithin um eine quantitative Beschränkung des Leistungsbegehrens. Der Streitgegenstand, die Prozessparteien, die Verfahrensart und der Gerichtsstand bleiben identisch. Das Eventualbegehren stellt somit keine Klageänderung dar, sondern eine (sub-) eventualiter beantragte Klagebeschränkung, die zulässig ist. Das berufungsbeklagliche Eventualbegehren ist auch unter dem Aspekt des Dispositionsgrundsatzes erlaubt, wonach der Berufungsbeklagte für den Fall eines teilweisen Unterliegens gewisse Beträge anerkennt (vgl. Art. 58 Abs. 1 ZPO).

Das berufungsbeklagliche Eventualbegehren ist somit zulässig.

2. Vorinstanzliches Dispositiv; Dispositionsgrundsatz

2.1 Parteivorbringen

Die Berufungsklägerin rügt, die Vorinstanz habe den Dispositionsgrundsatz verletzt, indem sie das behauptete Aussonderungsrecht bloss festgestellt habe. Die Aussonderungsklage sei

eine Leistungsklage, weswegen ein blosses Feststellungsurteil rechtsfehlerhaft sei. Wenn die Vorinstanz annehme, dass der Entscheid nicht auf Herausgabe lauten könne, hätte sie die Klage konsequenterweise abweisen müssen.

Dem entgegnet der Berufungsbeklagte, dass die Berufungsklägerin Wortklauberei betreibe. Der Berufungsbeklagte habe eine Feststellung des Verwertungserlöses und dessen Bezahlung bzw. Herausgabe verlangt. Die Vorinstanz habe den Verwertungserlös antragsgemäss festgestellt und angeordnet, dass dieser aus dem Konkursbeschluss zu entlassen sei. Diese Formulierung könne ja wohl nichts anderes als dem Herausgabeantrag des Berufungsbeklagten ähnlich bezeichnet werden.

2.2 Rechtsgrundlagen

Mit einer Leistungsklage verlangt der Kläger die Verurteilung des Beklagten zu einem bestimmten Tun, Dulden oder Unterlassen (Art. 84 Abs. 1 ZPO). Mit der Gestaltungsklage verlangt der Kläger die Begründung, Änderung oder Aufhebung eines bestimmten Rechts oder Rechtsverhältnisses (Art. 87 ZPO). Mit einer Feststellungsklage verlangt der Kläger die gerichtliche Feststellung, dass ein Recht oder Rechtsverhältnis besteht oder nicht besteht (Art. 88 ZPO). Ein Feststellungsinteresse wird nur bejaht, wenn für die klagende Partei eine Unsicherheit über ein Rechtsverhältnis besteht, diese Unsicherheit unzumutbar ist, und es zudem unmöglich ist, die Unsicherheit durch einen anderen Rechtsbehelf zu beheben. Insofern ist die Feststellungsklage subsidiär zur Leistungsklage (GASSER/RICKLI, a.a.O., N 2 zu Art. 88 ZPO).

Der Dispositionsgrundsatz besagt, dass das Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen darf, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Dadurch ist ein Gericht in Verfahren, die nicht vom Offizialgrundsatz beherrscht werden (Art. 58 Abs. 2 ZPO), an die Parteianträge gebunden. Wenn ein Kläger somit ein Leistungsbegehren stellt, hat das Gericht dieses zu beurteilen, d.h. es entweder gutzuheissen oder (teilweise) abzuweisen.

Das Urteilsdispositiv bringt in knapper Formulierung das Ergebnis des Entscheids zum Ausdruck und hält damit die im streitigen Fall eingetretenen oder anzuwendenden Rechtsfolgen fest. Das Dispositiv muss alle gestellten Anträge erledigen, indem es sich über die Begründetheit oder Unbegründetheit von Klage und allfälliger Widerklage ausspricht. Grundsätzlich erwächst nur das Dispositiv in materielle Rechtskraft. Die Entscheidungsgründe können allerdings für dessen Auslegung und die Bestimmung seines Umfangs massgeblich sein. Das Dispositiv

muss klar wiedergeben, was dem Kläger zugesprochen wird und damit Gegenstand der Vollstreckung bildet; bei Fehlen einer klaren Zahlungsverpflichtung kann gestützt auf ein solches Urteil keine definitive Rechtsöffnung erteilt werden. Bei Gutheissung einer Leistungsklage hat das Dispositiv den Befehl an den Beklagten zu einem Tun oder Unterlassen zu beinhalten, bei Gutheissung einer Feststellungsklage die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des strittigen Rechts oder Rechtsverhältnisses (LAURENT KILLIAS, in: Berner Kommentar ZPO, a.a.O., N 9–13 zu Art. 238 ZPO).

2.3 Würdigung

Der Berufungsbeklagte stellte in seiner Klage drei Begehren: Ein kassatorisches Begehren (Aufhebung der Verfügung des Konkursamtes), ein Feststellungsbegehren (summenmässiger Betrag des Verwertungserlöses) und ein Leistungsbegehren (Auszahlung dieses Betrages an den Berufungsbeklagten). Das vorinstanzliche Dispositiv (dortige Ziff. 1) hingegen besteht aus drei Feststellungen (Bestehen eines Aussonderungsanspruchs; summenmässiger Betrag des Verwertungserlöses; Entlassung des Verwertungserlöses aus dem Konkursbeschlagn).

Die Vorinstanz behandelte das kassatorische Rechtsbegehren (Aufhebung der Verfügung des Konkursamtes) in ihrem Urteilsdispositiv nicht ausdrücklich und hob die angefochtene Verfügung nicht formell auf. Nur aus dem Inhalt der Dispositiv-Ziff. 1, der dem Dispositiv der konkursamtlichen Verfügung widerspricht, lässt sich sinngemäss erahnen, dass die angefochtene Verfügung aufgehoben sein müsste. In der fehlenden Klarheit des vorinstanzlichen Dispositives hinsichtlich des kassatorischen Rechtsbegehrens lässt sich bereits ein erster Mangel am vorinstanzlichen Entscheid erkennen.

Die Vorinstanz erwähnt im Dispositiv den eigentlichen Kern der damaligen Klage, das Leistungsbegehren (Auszahlung des Betrages an den Berufungsbeklagten), überhaupt nicht. Weder heisst sie die Leistungsklage im Dispositiv gut noch weist sie diese ab. Die Vorinstanz befindet lediglich, dass der Verwertungserlös von Fr. 418'726.65 aus dem Konkursbeschlagn zu entlassen sei, ohne jedoch zu entscheiden, was nun mit dem Verwertungserlös zu geschehen habe. Selbst in den Erwägungen (etwa E. 8 S. 32) steht lediglich, dass ein Aussonderungsanspruch bestehe und der Verwertungserlös von Fr. 418'726.65 aus dem Konkursbeschlagn zu entlassen sei. Gleichzeitig führt die Vorinstanz aus, dass der Berufungsbeklagte «die Bezahlung eines Betrages aus dem Erlös», d.h. eine Leistung, von Fr. 418'726.65 einklagt habe (E. 1.2 S. 8). An anderer Stelle führt die Vorinstanz aus, dass «der Entscheid nicht auf Herausgabe des Verwertungserlöses lauten kann» (E. 7 S. 31), womit ein Leistungsurteil nicht möglich wäre. Wenn ein Leistungsurteil indes nicht möglich ist, hätte die Vorinstanz die

damalige Klage teilweise gutheissen (Feststellungsbegehren) und im Übrigen abweisen müssen (Leistungsbegehren). Die Klage wird indes weder teilweise noch gänzlich abgewiesen. Urteilsbegründung und Urteilsdispositiv stehen somit in einem inneren, nicht auflösbaren Widerspruch. Wenn ein Entscheid an einem inneren, nicht auflösbaren Widerspruch leidet, kann dies Willkür in der Rechtsanwendung darstellen (Art. 9 BV; hierzu ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. A. 2016, Rz. 812). Wenn die Vorinstanz zudem bei einer Leistungsklage ein reines Feststellungsurteil fällt, spricht sie dem Berufungsbeklagten als damaligen Kläger nicht das zu, was er verlangte, sondern etwas anderes, was er nicht verlangte. Damit verletzt die Vorinstanz den Dispositionsgrundsatz (Art. 58 Abs. 1 ZPO).

Dem Berufungsbeklagten ist nicht zuzustimmen, wenn er dies als reine «Wortklauberei» bezeichnet und meint, dass die Formulierung im Entscheiddispositiv «ja wohl nichts anderes als dem Herausgabeantrag des Klägers «ähnlich» bezeichnet werden» könne (Berufungsantwort, Rz. 20 S. 10). Dieser Auffassung widerspricht bereits die vorinstanzliche Ausführung, wonach «der Entscheid nicht auf Herausgabe des Verwertungserlöses lauten kann» (E. 7 S. 31). Überdies kann lediglich aus dem Umstand, dass ein Verwertungserlös aus dem Konkursbeschlagnahmeentlassung sei, nicht eo ipso geschlossen werden, dass mit dem Verwertungserlös nach der Entlassung irgendetwas zu geschehen habe und er namentlich irgendjemandem herauszugeben sei. Ein Urteilsdispositiv, das bei Leistungsklagen auf Geld in Landesmünze einen definitiven Rechtsöffnungstitel darstellt (vgl. Art. 80 Abs. 1 SchKG), muss eindeutig und aus sich selbst heraus verständlich und vollstreckbar sein. Der vorinstanzliche Entscheid verletzt somit nicht nur den Dispositionsgrundsatz, sondern er ist auch für eine Vollstreckung untauglich.

2.4 Zwischenfazit

Die Vorinstanz verletzte den Dispositionsgrundsatz, ihr Entscheid leidet an einem inneren, unauflösbaren Widerspruch und ihr Entscheiddispositiv ist mangelhaft und unklar.

Der angefochtene Entscheid ist somit aufzuheben und die Berufung dem Grundsatz nach gutzuheissen.

3. Prozessbeteiligte, -thema; Schadenersatz

Vorliegend steht eine Konkursmasse als Beklagte des vorinstanzlichen und Berufungsklägerin dieses Verfahrens dem Kanton St. Gallen als Kläger bzw. Berufungsbeklagten gegenüber. Nicht Partei ist das Konkursamt oder der Kanton Nidwalden. Die Konkursmasse steht zum

Konkursamt in einem Vertretungsverhältnis (vgl. das obige Rubrum); mithin besteht zwischen beiden keine ontische Realidentität.

Gegenstand dieses Verfahrens bildet die Frage, ob der vom Berufungsbeklagten eingeklagte Betrag von Fr. 418'726.65, eventualiter Fr. 150'009.87, subeventualiter Fr. 115'795.52, auszusondern und ihm auszuhändigen ist oder nicht. Während der Berufungsbeklagte und die Vorinstanz diese Frage bejahen, verneint die als Berufungsklägerin auftretende Konkursmasse dies. Damit zumindest ein Betrag ausgesondert werden kann, muss er aussonderungsfähig sein (hierzu sogleich, E. 4).

Nicht Gegenstand dieses Verfahren bildet indes die Frage, ob das Konkursamt dem Berufungsbeklagten durch ein möglicherweise unsorgfältiges Handeln widerrechtlich Schaden zugefügt haben könnte, denn die Konkursmasse, nicht das Konkursamt ist vorliegend beklagt. Demnach ist im vorliegenden Aussonderungsverfahren bedeutungslos, ob sich das Konkursamt bösgläubig, treuwidrig oder rechtsmissbräuchlich verhalten haben mag oder nicht. Diese Fragestellung wäre gegebenenfalls in einem eigenständigen und von diesem Verfahren unabhängigen Staatshaftungsprozess zu besprechen (vgl. Art. 5 SchKG).

4. Aussonderungsfähigkeit; Vermischung

4.1 Vorinstanzliche Erwägungen und Parteivorbringen

Die Berufungsklägerin rügt, dass es vorliegend an einer Aussonderungsfähigkeit fehle. Spätestens durch die Saldierung des der Konkursabwicklung A.____ dienenden Rubrikkontos Nr. 129.590-228 und der Überweisung des verbliebenen Betrags von Fr. 569'738.02 auf das allgemeine Bank-Konkurskonto Nr. zzz (vgl. hierzu oben, Sachverhalt lit. A und D) fehle es an einer hinlänglichen Individualisierung und Segregierung. Damit seien die Voraussetzungen für eine Aussonderung nicht gegeben. Zudem stünden infolge von Abschlagszahlungen sowie nach Abzug von Gebühren und Auslagen nicht mehr Fr. 418'726.65 zur Verfügung, sondern nur noch Fr. 115'759.52. Ob sich das Konkursamt rechtsmissbräuchlich oder bösgläubig verhalten habe, sei nicht in einem Aussonderungsverfahren, sondern in einem Staatshaftungsprozess zu prüfen.

Die Vorinstanz führt aus, dass das Konkursamt zwar nicht mehr über den Gewahrsam am GS Nr. Syyy, GB Stansstad, verfüge, dafür jedoch eine Gegenleistung, ein Surrogat, erhalten habe. Das Bundesgericht spreche in BGE 122 III 436 ausdrücklich von «auszuscheidenden Vermögenswerten», womit das Surrogat ein auszuscheidender Vermögenswert sei. Das Bundesgericht habe «die Thematik der Vermischung mit keinem Wort erwähnt». Dies spreche dafür, dass die Thematik der Vermischung kein Problem darstelle und es somit nach Verkauf

der fremden Gegenstände nicht zu einer Vermischung komme, sondern die erhaltene Gegenleistung als Surrogat aus der Konkursmasse auszuscheiden sei. Das Bundesgericht zähle keine weiteren Bedingungen oder Ausnahmen auf, was darauf hindeute, dass eine Ausscheidung (recte: Aussonderung) ganz grundsätzlich zu erfolgen habe. Dies unabhängig davon, auf welches Konto der Erlös bzw. das Surrogat einbezahlt worden sei. Würde man die Vermischung und als Konsequenz die fehlende Aussonderungsfähigkeit bejahen, würde dies zum stossenden Ergebnis führen, dass Konkursämter, welche den Verwertungserlös wissentlich nicht auf ein separates Konto einzahlten, den Verwertungserlös nicht aus der Konkursmasse aussondern müssten. Jene Konkursämter hingegen, die den Verwertungserlös auf einem separaten Konto verbuchten, müssten den Erlös als Surrogat dem Eigentümer der veräusserten Gegenstände herausgeben. Es könne nicht angehen, dass sich ein Konkursamt der Aussonderung eines Gegenstandes widersetzen und diese umgehen könne, indem es sage, dieses könne infolge Vermischung nicht ausgesondert werden. Somit könne eine Konkursverwaltung jedes Mal, wenn es einen Gegenstand mit Drittsprache veräussere, den Erlös auf ein Konto überweisen, auf dem weitere Transaktionen getätigt würden, um so der Aussonderung zu entgehen. Wollte man der Vermischungsthese der Berufungsklägerin folgen, wäre diese verpflichtet gewesen, den Verwertungserlös auf einem separaten Konto aufzubewahren. Sich nach vorbehaltlos durchgeführter Verwertung auf den Standpunkt zu stellen, der Verwertungserlös sei nicht aussonderbar, obwohl der Eigentumsanspruch des Berufungsklägers bereits vor der Verwertung bekannt gewesen sei, könne als rechtsmissbräuchliches Verhalten bezeichnet werden.

Der Berufungsbeklagte stellt sich grundsätzlich auf einen ähnlichen Standpunkt wie die Vorinstanz und ergänzt, dass ein Surrogat von vornherein nicht vermischen könne. Sowohl der Berufungsbeklagte als auch die Vorinstanz führen als Untermauerung ihres Standpunktes vornehmlich BGE 122 III 436 an, daneben BGE 108 III 119; 70 III 817; Bundesgerichtsurteil B.146/2002 vom 5. September 2002; schliesslich die analoge Anwendung von Art. 202 SchKG (mit Hinweisen auf LUKAS HANDSCHIN/DANIEL HUNKELER, in: Basler Kommentar SchKG, 2. A. 2010, N 5 zu Art. 202 SchKG; CARL JAEGER, SchKG [Kommentar], Bd. II, 3. A. 1911, N 3 zu Art. 202 SchKG).

4.2 Rechtsgrundlagen

In sachenrechtlicher Hinsicht gilt bezüglich Geld der von Art. 727 ZGB abweichende Grundsatz, dass derjenige, der fremdes Geld mit seinem eigenen vermischt, dessen Eigentümer wird. Dies gilt auch dann, wenn die Person, die das Geld mit eigenem vermischt, bösgläubig

ist, und ebenso unabhängig davon, ob der fremde Geldbetrag mengenmässig festgestellt werden kann oder, ob der fremde Geldbetrag den eigenen übersteigt. Das Spezialitätsprinzip setzt für die Geltendmachung des Eigentumsanspruchs voraus, dass die angesprochenen Gegenstände individualisiert und damit konkret bestimmt werden können. Dies ist bei der Vermengung von Geld regelmässig nicht möglich. Eine Ausnahme besteht nur, wenn die Identität der vermischten Münzen oder Banknoten eindeutig festgestellt werden kann (z.B. ausländische Währung vermischt mit Landesmünze; Vermengung weniger Münzen mit zwei Tausendernoten; auf Münzen angebrachte, besondere Markierung). Der Eigentümer des vermengten Geldes kann die von ihm beigetragene Menge nicht vindizieren, selbst wenn er zwar nicht die einzelnen Spezies, wohl aber die von ihm stammende Menge nachweisen kann, denn eine Partial- oder Geldwertvindikation ist dem ZGB fremd. Ebenfalls kann kein Miteigentum der Beteiligten entstehen. Dadurch würden unübersichtliche Rechtsverhältnisse entstehen, weil Geldbeträge in ihrer Höhe vielfach einer Bestandesänderung unterworfen sind, womit die Miteigentumsanteile ständig änderten. Der Andere erhält im Gegenzug eine Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung, allenfalls aus anderen Rechtsgründen (JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 5. A. 2017, Rz. 1130a; DIETER ZOBL, in: Zürcher Kommentar ZGB, 2. A. 1977, N 84 ff. zu Art. 727 ZGB; vgl. auch IVO SCHWANDER, in: Basler Kommentar ZGB, 5. A. 2015, N 6 zu Art. 727 ZGB; WOLFGANG ERNST, in: Ebd., N 3 zu 935 ZGB; alle mit Hinweisen).

Im Rahmen eines Auftragsverhältnisses (Art. 394 ff. OR [SR 220]) ist es bisweilen schwierig festzustellen, wann Forderungen oder bewegliche Sachen genügend individualisiert sind, um es zum Objekt einer Aussonderung zu machen. Bei Geld gibt es jedoch wegen der Vermischung mit dem Vermögen des Beauftragten grundsätzlich keine Aussonderung, es sei denn, dass das Geld des Auftraggebers vom Geld des Beauftragten ausreichend individualisiert und segregiert (getrennt) ist. Dabei werden strenge Anforderungen an die Bestimmtheit des Aussonderungsguts gestellt. Dies ist nicht der Fall, wenn Geld auf das Postcheck- oder Bankkonto des Beauftragten überwiesen wird. Für eine Individualisierung spricht hingegen, wenn das Geld unmittelbar gesondert aufbewahrt wird oder wenn es auf ein für diesen Zweck bestimmtes Konto überwiesen wird, über welches der Beauftragte nicht beliebig verfügen kann. Keine genügende Individualisierung liegt jedoch vor, wenn das Geld zwar auf ein Sonderkonto fliesst, dort jedoch mit Geld mehrerer anderer Auftraggeber aufbewahrt wird. Ungenügend ist zudem die rein rechnerische bzw. bloss buchhalterische Ausscheidung der Gelder des Auftraggebers als Sonderkonto im Vermögen des Beauftragten (WALTER FELLMANN, in: Berner Kommentar Privatrecht, 1992, N 102, 106–108 und 111 zu Art. 401 OR; MARC RUSSENBERGER, in: Basler

Kommentar SchKG, a.a.O., N 21 zu Art. 242 SchKG; ROLF H. WEBER, in: Basler Kommentar OR, 6. A. 2015, N 13 f. zu Art. 401 OR).

Zum Auftragsrecht Analoges gilt auch im Anwaltsrecht (Art. 12 lit. h BGFA [SR 935.61]; vgl. hierzu WALTER FELLMANN, in: Ders./Gaudenz G. Zindel, Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. A. 2011, N 151 und 154 zu Art. 12 BGFA).

Wenn ein Schuldner eine fremde Sache verkauft und zur Zeit der Konkurseröffnung den Kaufpreis noch nicht erhalten hat, so kann der bisherige Eigentümer gegen Vergütung dessen, was der Schuldner darauf zu fordern hat, Abtretung der Forderung gegen den Käufer oder die Herausgabe des inzwischen von der Konkursverwaltung eingezogenen Kaufpreises herausverlangen (Art. 202 SchKG). Diese Bestimmung gilt für Käufe, die vor der Konkurseröffnung stattgefunden haben, und der Verkäufer den Kaufpreis zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch nicht erhalten hat. Gemäss HANDSCHIN und HUNKELER (a.a.O., N 5 zu Art. 202 SchKG) sei diese Bestimmung, wenn auch nur analog, auch anwendbar, wenn der Verkauf durch die Konkursmasse nach Eröffnung, aber vor Abschluss des Konkursverfahrens stattgefunden habe. In diesem Fall trete der Erlös aus dem Verkauf an die Stelle der fremden Sache und werde Gegenstand des Aussonderungsverfahrens. HANDSCHIN und HUNKELER berufen sich hierfür auf JAEGER (a.a.O., N 3 zu Art. 202 SchKG).

4.3 Würdigung

4.3.1 Surrogatseigenschaft des Steigerungserlöses

Unbestritten ist, dass der Steigerungserlös ein Surrogat des GS Nr. Syyy, GB Stansstad, darstellt. Dieses Surrogat war womöglich genügend individualisiert und segregiert, solange es sich auf dem eigenständigen und nur der Berufungsklägerin dienenden Rubrikkonto Nr. yyy bei der Nidwaldner Kantonalbank befand (die Vermischungsfrage auf dem Rubrikkonto kann mit Blick auf unten, E. 4.3.4, offengelassen werden). Dieses Rubrikkonto wurde indes am 27. Oktober 2011 saldiert und der verbliebene Betrag von Fr. 569'738.02 auf das allgemeine Konkurskonto Nr. zzz, lautend auf das Konkursamt Nidwalden, aber im Eigentum des Kantons stehend, überwiesen.

4.3.2 Höhe eines allfälligen Aussonderungsbetrags

Zum Stichtag 19. Dezember 2017, d.h. unmittelbar vor Einreichung der Berufung, betrug die Konkursmasse (Berufungsklägerin) gemäss Buchhaltungsabrechnung noch Fr. 115'759.52 (oben, Sachverhalt lit. H). Dieser Umstand ist im Berufungsverfahren zu berücksichtigen (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Der Differenzbetrag beläuft sich somit auf Fr. 302'967.13

(Fr. 418'726.65 [Leistungsbegehren des Berufungsbeklagten] ./ Fr. 115'759.52 [Konkursmasse per 19. Dezember 2017]).

Es ist allgemein bekannt «sowohl, dass das Sein ist [i.S.v. existiert], als auch, dass das Nichtsein nicht ist [nicht existiert]» (ὅπως ἔστιν τε καὶ ὡς οὐκ ἔστι μὴ εἶναι [Παρμενίδης]). Etwas Existierendes kann, gegebenenfalls, ausgesondert werden. Der Restbetrag von Fr. 115'759.52 existiert, er kann demnach ausgesondert werden, insofern die diesbezüglichen Voraussetzungen erfüllt sind. Etwas Nichtseiendes kann demgegenüber nicht ausgesondert werden, weil es schlicht nicht existiert. Der Differenzbetrag von Fr. 302'967.13 existiert nicht (mehr). Er kann demnach aus der Konkursmasse (Berufungsklägerin) auch nicht ausgesondert werden. Selbst wenn der Berufungsbeklagte eine Aussonderung verlangen könnte (dazu sogleich, E. 4.3.4), dann nur über den verbleibenden Betrag von Fr. 115'759.52. Beklagt ist die Konkursmasse (Berufungsklägerin), nicht das Konkursamt (oben, E. 3). Das Konkursamt kann und darf sich nicht nach Belieben aus der allgemeinen Staatskasse oder aus dem Vermögen anderer Konkursmassen bedienen, deren Vermögenswerte ebenfalls auf dem allgemeinen Konkurskonto Nr. zzz liegen, um den Differenzbetrag von Fr. 302'967.13 auszugleichen.

Indem folglich der aussonderbare Betrag höchstens Fr. 115'759.52 betragen kann, ist die Berufung auch aus diesem Grunde begründet. Der angefochtene Entscheid ist, wollte man ihn als Leistungsurteil auffassen (vgl. jedoch oben, E. 2, insb. E. 2.3), in diesem Umfang aufzuheben und die berufungsbeklagte Leistungsklage ist im Umfang des Hauptbegehrens (Fr. 418'726.65) und des Eventualbegehrens (Fr. 150'009.87) abzuweisen.

Sollte das Konkursamt die Konkursmasse (Berufungsklägerin) indes widerrechtlich verringert und dem Berufungsbeklagten dadurch Schaden zugefügt haben, dann ist dies nicht im vorliegenden Aussonderungsverfahren zu behandeln, sondern vielmehr hat der Berufungsbeklagte ein eigenständiges Staatshaftungsverfahren gegen den Kanton gemäss Art. 5 SchKG anzustrengen.

4.3.3 Angeführte Rechtsprechung bezüglich Vermischung

Der vorinstanzliche Verweis auf BGE 122 III 436 ist wenig tauglich, denn dieser Entscheid betraf eine «von einem Dritten angesprochene Sache im ausschliesslichen Gewahrsam der Konkursmasse» (Regeste). Durch die Saldierung des Rubrikkontos Nr. yyy und der Überweisung des Restbetrags auf das allgemeine Konkurskonto Nr. zzz befand sich der Steigerungserlös bzw. sein Surrogat indes nicht mehr im «ausschliesslichen Gewahrsam der Konkursmasse», d.h. der Berufungsklägerin, sondern in demjenigen des Konkursamtes. Konkursamt

und Konkursmasse sind jedoch ontisch nicht realident, sondern voneinander zu unterscheiden (oben, E. 3). In besagtem Entscheid standen verfahrensrechtliche und nicht materielle rechtliche Fragen im Vordergrund (vgl. dortige E. 2c S. 438). Damit stellte sich im damaligen Fall die Frage nach einer allfälligen Vermischung überhaupt nicht, weswegen die Vermischungsproblematik auch nicht behandelt wurde (unhaltbar die diesbezüglichen Ausführungen im angefochtener Entscheid, E. 5.2 S. 22 f.).

Ebenso wenig überzeugt der Verweis des Berufungsbeklagten auf BGE 108 III 119 vom 11. August 1982. Dort hielt das Bundesgericht zwar fest, dass der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) für die Parteien auch im Betreibungs- und Konkursrecht gilt (dortige E. 2 S. 120 f.), namentlich für die damalige Rekurrentin, die Gläubigerin Palm Shipping Inc., die Kenntnis von einem rechtswidrigen Zustand hatte und dadurch rechtsmissbräuchlich einen Vorteil zu erheischen suchte (E. 3 S. 121). Über die Treupflicht eines Betreibungsamtes sprach sich das Bundesgericht nicht aus; die Frage einer allfälligen Staatshaftung stellte sich nicht. Weiter betraf der besagte Bundesgerichtsentscheid einerseits einen Arrest, andererseits bezog sich der streitbefangene Arrestbefehl (und damit das Verfahren) «auf Barschaft und Wertsachen [...], die aus dem aufgehobenen Arrest Nr. 68/1981 stammten und sich noch beim Betreibungsamt Zürich 1 befanden» (dortiger Sachverhalt, lit. A S. 119). Besagte Barschaft und die Wertsachen waren offensichtlich beim Betreibungsamt noch individualisiert und segregiert, weswegen sich die Frage einer allfälligen Vermischung nicht stellte.

Ebenfalls untauglich ist der vom Berufungsbeklagten ins Feld geführte BGE 70 III 81 vom 8. Dezember 1944. Dort ging es um die Gläubigeranfechtung (Art. 285 ff. SchKG) und die Anwendung des Grundsatzes von Art. 202 SchKG (dortige Regeste, S. 81, und Sachverhalt, lit. A S. 82). Vorliegend ist weder eine Absichtspauliana (Art. 288 SchKG) streitbefangen noch wurde das GS Nr. Syyy, GB Stansstad, vor der Konkursöffnung verkauft, sondern erst danach, womit auch Art. 202 SchKG nicht einschlägig ist. Zwar wurde in besagtem Entscheid auch die Thematik der Vermischung von Geldern auf einem Konto thematisiert. Jedoch wurde eine Summe von der Schuldnerin vor der Konkursöffnung überwiesen, nicht danach, und besagtes Postcheckkonto lautete auf die Schuldnerin selbst, nicht auf einen Dritten wie namentlich das Konkursamt.

Auch beim berufungsbeklagten Verweis auf das Urteil 7B.146/2002 des Bundesgerichts vom 5. September 2002 bleibt unklar, inwiefern dieses für den vorliegenden Fall von Belang sein soll. Es geht vorliegend nicht um Zessionen, die eine Schuldnerin vor Konkursöffnung einer Partei (einer Bank) als Sicherheit für einen Darlehensvertrag abgetreten hat. Weil sich

keinerlei Vermischungsfragen stellten, erstaunt es nicht, dass eine Vermischung auch in diesem Urteil nicht angesprochen wurde.

4.3.4 Fehlende Aussonderungsfähigkeit

4.3.4.1

Sowohl das Sachen- als auch das Obligationen- und das Anwaltsrecht kennen eine Vermischung, auch und insbesondere von Geld. Im schuldbetreibungs- und konkursrechtlichen Bereich hilft der Verweis des Berufungsbeklagten und der Vorinstanz auf HANDSCHIN und HUNKELER nicht weiter, weil diese Autoren lediglich das Postulat aufstellen, dass in analoger Anwendung von Art. 202 SchKG Aussonderungsfähigkeit vorliege. HANDSCHIN und HUNKELER begründen nicht, weshalb der Anwendungsbereich von Art. 202 SchKG (Schuldner, vor Konkurseröffnung) contra oder zumindest extra legem auf das Konkursamt und die Zeit nach der Konkurseröffnung ausgedehnt werden soll. Zudem befassen sich die Autoren in ihrer lediglich 7.5 Zeilen umfassenden Note (a.a.O., N 5 zu Art. 202 SchKG) nicht mit der Frage, ob eine Vermischung möglich ist. Insbesondere vertreten HANDSCHIN und HUNKELER nicht die Meinung, dass eine Vermischung überhaupt nicht möglich sei oder, dass es sich hierbei um eine konkursrechtliche Sonderregelung handle – sie erwähnen eine Vermischung lediglich nicht. Als einzige Quelle nennen sie JAEGER (anno 1911). Auch JAEGER führt weder eine Begründung für die Ausdehnung der Anwendung von Art. 202 SchKG an, noch befasst er sich mit der Vermischung. Insbesondere schliesst er eine Vermischung nicht aus.

Die Aussage des Berufungsbeklagten, wonach ein «Surrogat, welches der Steigerungserlös ja ist, zum Vornherein nicht vermischen» könne (Berufungsantwort, Rz. 10 S. 5), leuchtet nicht ein. Unter dem Gesichtswinkel der Einheit der Rechtsordnung zeigt sich, dass das Zivilrecht in verschiedenen Bereichen eine Vermischung kennt und die Voraussetzung stellt, dass Geld streng segregiert und individualisiert sein muss, um einer Vermischung zu entgehen. Die Gründe für eine konkursrechtliche Sonderregelung müssten gewichtig sein, um die dadurch verursachte Zerfledderung der Zivilrechtsordnung zu rechtfertigen und die damit einhergehenden Nachteile für die Rechtssicherheit ausgleichen zu können. Es sprechen jedoch keine schlüssigen, logisch nachvollziehbaren oder rational plausibilisierbaren Gründe für eine konkursrechtliche Sonderregelung, wonach bei einer Konstellation wie der vorliegenden keine Vermischung möglich sein soll. Um die Einheit der Rechtsordnung zu wahren, ist somit auch im Bereich des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts eine Vermischung möglich – sofern freilich die allgemeinen zivilrechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

4.3.4.2

Indem das Rubrikkonto Nr. yyy saldiert und dessen Geldbetrag auf das allgemeinen Konkurskonto Nr. zzz überwiesen wurde, fand eine Vermischung statt zwischen diesem Geldbetrag und übrigen Geldbeträgen, die von anderen Konkursmassen stammen (oben, E. 4.2). Diese Vermischung fand unabhängig davon statt, ob der Geldbetrag des saldierten Rubrikkontos Nr. yyy mengenmässig festgestellt werden könnte und, ob eine rein rechnerisch-buchhalterische Aufschlüsselung der einzelnen Posten besteht, denn diese ist für Individualisierung und Segregierung untauglich. Indem jedoch der eingeklagte Geldbetrag mitsamt seinen Eventualbeträgen (Fr. 418'726.65, eventualiter Fr. 150'009.87, subeventualiter Fr. 115'795.52) aufgrund des Spezialitätsprinzips, d.h. mangels Individualisierung und Segregierung, nicht vindiziert oder ausgeschieden werden kann, kann er auch, mangels Aussonderungsfähigkeit, nicht ausgesondert werden.

Aussonderungsfähig war das GS Nr. Syyy, GB Stansstad, bis zu seiner Versteigerung und womöglich anschliessend dessen Surrogat in Form von Geld, jedoch höchstens so lange es sich auf dem separierten Rubrikkonto Nr. yyy befand, mithin bis zum 27. Oktober 2011. Auf dem allgemeinen Konkurskonto Nr. zzz ist der eingeklagte Geldbetrag weder individualisiert noch segregiert. Der Berufungsbeklagte stellte sein Aussonderungsbegehren somit zu spät, was er sich selbst zuzurechnen hat: Schliesslich war er es, der dem Konkursamt, nach der Konkurseröffnung vom 11. Mai 2009, mit Schreiben vom 31. Dezember 2009 mitteilte, die Verwertung des GS Nr. Syyy, GB Stansstad, solle zweckmässigerweise über das Konkursamt erfolgen.

Indem der eingeklagte Geldbetrag infolge Saldierung und Vermischung nicht aussonderungsfähig ist und demnach auch nicht ausgesondert werden kann, ist die Berufung gutzuheissen, der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Aussonderungsklage vom 28. Dezember 2015 abzuweisen.

4.3.4.3

An der fehlenden Aussonderungsfähigkeit ändert sich im Übrigen selbst dann nichts, wenn sich der Vorwurf erhärtete, dass das Konkursamt bösgläubig gewesen sei, die Erfüllung von Ansprüchen des Berufungsbeklagten arglistig vereitelt oder sich anderweitig treuwidrig und rechtsmissbräuchlich verhalten hätte. Allfällige Schadenersatzansprüche richteten sich diesfalls nicht gegen die beklagte bzw. berufungsklägerische Konkursmasse, sondern gegen das Konkursamt selbst, das im vorliegenden Verfahren weder Kläger noch Beklagter ist. Allfällige

Schadenersatzansprüche aus Staatshaftung sind nicht Gegenstand eines Aussonderungsverfahrens.

Es steht im Belieben des Berufungsbeklagten, gegen das Konkursamt ein neues Verfahren gestützt auf Art. 5 SchKG einzuleiten. In diesem Verfahren wird auch auf die Einwände des Konkursamts einzugehen sein, wonach der Berufungsbeklagte nicht einmal für seine miteingezogenen Schuldbriefe Deckung erhalten hätte, wenn GS Nr. Syyy, GB Stansstad, tatsächlich ausgesondert und alsdann, ausserhalb des Konkurses, für sich alleine verwertet worden wäre. Aufgrund der gemäss Anordnung der Staatsanwaltschaft St. Gallen vom 31. Dezember 2009 vorgängig abzuziehenden Verwertungskosten und Grundpfandrechte seien, laut Konkursamt, die berufungsbeklagten Grundpfandforderungen diesfalls nur im Betrage von Fr. 50'417.20 anstelle der tatsächlich mit Valuta 11. Juli 2011 ausgezahlten Fr. 226'750.– gedeckt gewesen (Fr. 915'437.65 [Bruttoerlös] ./ Fr. 39'998.30 [Gebühren und Auslagen Konkursverwaltung] ./ Fr. 825'022.15 [damalige Grundpfandforderung Credit Suisse AG]). Folglich habe der Berufungsbeklagte von der vorgängigen Versteigerung der Liegenschaft in Emmen LU (GS Nr. jjj, GB Emmen) profitiert, während eine vorgängige Aussonderung des GS Nr. Syyy, GB Stansstad, dem Berufungsbeklagten geschadet hätte. Damit stamme, so das Konkursamt, zumindest die streitgegenständliche Restanz von Fr. 418'726.65 nicht aus der Verwertung des GS Nr. Syyy, GB Stansstad, sondern aus der Verwertung des GS Nr. jjj, GB Emmen.

Da diese Fragen nicht das vorliegende Aussonderungsverfahren betreffen, können sie offengelassen werden.

4.4 Zwischenfazit

Mangels Aussonderungsfähigkeit hätte die Vorinstanz die Klage nicht gutheissen dürfen, sondern zur Gänze abweisen müssen. Die Berufung ist begründet.

5. Zusammenfassung

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz den Dispositionsgrundsatz und, wenn auch auf heilbare Weise, den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzte. Daneben verletzte sie Bundesrecht, indem sie die Vermischung von Geld nicht berücksichtigte, obschon diese bewirkt, dass kein Geldbetrag ausgesondert werden kann. Mithin hätte sie die Klage abweisen müssen. Die Berufung ist begründet, der angefochtene Entscheid wird aufgehoben und die Aussonderungsklage des Berufungsbeklagten vom 28. Dezember 2015 wird vollumfänglich abgewiesen.

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1 Grundsatz

Die Prozesskosten bestehen aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO) und werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1, erster Satz ZPO). Trifft die Rechtsmittelinstanz eine neue Entscheidung, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Der Streitwert beträgt Fr. 418'726.65. Bei diesem Verfahrensausgang wird der Berufungsbeklagte kostenpflichtig.

6.2 Gerichtskosten

Die Entscheidgebühr des Kantonsgerichts als erste Instanz beträgt bei einem Streitwert von über Fr. 300'000.– zwischen 2 und 3.5 % des Streitwerts (Art. 7 Abs. 1 PKoG [NG 261.2]), d.h. zwischen Fr. 8'374.50 und Fr. 14'655.45, und wurde von der Vorinstanz auf Fr. 11'000.– angesetzt. Der Betrag erscheint angemessen und wird bestätigt, indes ist er ausgangsgemäss dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen. Es wurde von der Vorinstanz kein Kostenvorschuss einverlangt. Der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Gerichtskasse für das vorinstanzliche Verfahren den Betrag von Fr. 11'000.– zu bezahlen.

Die Entscheidgebühr des Obergerichts als Berufungsinstanz richtet sich nach dem im Verfahren vor dem Kantonsgericht als erster Instanz massgebenden Tarif, jedoch um einen Drittel reduziert (Art. 8 Abs. 1 Ziff. 2 PKoG). Der Gebührenrahmen vor Obergericht liegt somit zwischen Fr. 5'583 und Fr. 9'770.30. Unter Einbezug des vom Berufungsbeklagten gestellten Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen und dessen Behandlung (vgl. oben, Sachverhalt lit. K), der Schwierigkeit der Sache und der wirtschaftlichen Bedeutung (Art. 2 Abs. 1 PKoG) wird die Entscheidgebühr vor Obergericht auf Fr. 9'000.– angesetzt, dem Berufungsbeklagten auferlegt und mit dem Gerichtskostenvorschuss der Berufungsklägerin von Fr. 7'000.– verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Gerichtskasse den Fehlbetrag von Fr. 2'000.– zu bezahlen und der Berufungsklägerin den Kostenvorschuss von Fr. 7'000.– intern und direkt zurückzuerstatten (Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO).

6.3 Parteientschädigung

Die Anwaltskosten umfassen das Honorar (ordentliches Honorar und Zuschläge), die notwendigen Auslagen und die Mehrwertsteuer (Art. 31 Abs. 1 PKoG). Der Berufungsbeklagte hat die Berufungsklägerin zu entschädigen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

Im Zivilprozess vor erster Instanz beträgt das ordentliche Honorar bei einem Streitwert über Fr. 200'000.– bis Fr. 500'000.– zwischen Fr. 10'000.– und Fr. 40'000.– (Art. 42 Abs. 1 PKoG).

Der berufungsklägerische Rechtsbeistand legte für das vorinstanzliche Verfahren eine Honorarnote über Fr. 34'872.50 (inkl. Auslagen und MWSt.) ins Recht. Die Honorarnote erscheint angemessen und wird bewilligt. Der Berufungsbeklagte hat die Berufungsklägerin für das vorinstanzliche Verfahren intern und direkt mit Fr. 34'872.50 (inkl. Auslagen und MWSt.) zu entschädigen.

Im Berufungsverfahren beträgt das ordentliche Honorar 20 bis 60 % des für das Verfahren vor erster Instanz zulässigen Honorars, bemessen nach dem noch strittigen Betrag, mindestens jedoch Fr. 500.– (Art. 43 PKoG), mithin zwischen Fr. 2'000.– (20 % x Fr. 10'000.–) und Fr. 24'000.– (60 % x Fr. 40'000.–). Der berufungsklägerische Rechtsbeistand legte für das vorliegende Verfahren eine Honorarnote über Fr. 19'934.55 (inkl. Auslagen und MWSt.) ins Recht. Die Honorarnote erscheint angemessen und wird bewilligt. Der Berufungsbeklagte hat die Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren intern und direkt mit Fr. 19'934.55 (inkl. Auslagen und MWSt.) zu entschädigen.

Rechtsspruch:

1. Die Berufung wird gutgeheissen und das Urteil ZK 16 1 des Kantonsgerichts Nidwalden, Zivilabteilung/Kollegialgericht, vom 28. April 2017 wird aufgehoben.
2. Die Aussonderungsklage des Berufungsbeklagten vom 28. Dezember 2015 wird abgewiesen.
3. Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens betragen Fr. 11'000.–, werden dem Berufungsbeklagten auferlegt und der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Gerichtskasse innert 30 Tagen seit Rechtskraft dieses Entscheides den Betrag von Fr. 11'000.– zu bezahlen.
4. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens betragen Fr. 9'000.– und werden mit dem von der Berufungsklägerin einbezahlten Kostenvorschuss von Fr. 7'000.– verrechnet. Der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Gerichtskasse innert 30 Tagen seit Rechtskraft dieses Entscheides den Fehlbetrag von Fr. 2'000.– zu bezahlen und der Berufungsklägerin den Kostenvorschuss von Fr. 7'000.– intern und direkt zurückzuerstatten.
5. Der Berufungsbeklagte hat die Berufungsklägerin für das erstinstanzliche Verfahren intern und direkt mit Fr. 34'872.50 (inkl. Auslagen und MWSt.) zu entschädigen.
6. Der Berufungsbeklagte hat die Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren intern und direkt mit Fr. 19'934.55 (inkl. Auslagen und MWSt.) zu entschädigen.
7. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen eingereicht werden (Art. 72 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. BGG [SR 173.110]). Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angeführten Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Für den Fristenlauf gelten die Art. 44 ff. BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 418'726.65.

8. Zustellung (GU/Empfangsschein) an:

- RA Dr. Stephan Thurnherr, 9000 St. Gallen (2-fach)
- RA Dominik Gasser, 3001 Bern (2-fach)
- Kantonsgericht Nidwalden, 6371 Stans
- Gerichtskasse (Dispositiv)

Stans, 20. September 2018

OBERGERICHT NIDWALDEN
Zivilabteilung
Die Vorsitzende

Barbara Brodmann

Der Gerichtsschreiber

Marius Tongendorff

Versand: _____