

# **BStGer BB.2012.84 vom 5. März 2013**

Bundesstrafgericht, 2013-03-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger\\_BB.2012.84](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger_BB.2012.84)

FR: TPF BB.2012.84 du 5 mars 2013

IT: TPF BB.2012.84 del 5 marzo 2013

## **Regeste**

Verfahrenshandlung der Bundesanwaltschaft (Art. 20 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO).

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die Beschwerdeführer 1 bis 3 fechten die Verfügung vom 6. Juni 2012 an, mit welcher die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeführer 2 und 3 anweist, den Betrag von CHF 66'391'618.71 vorläufig in der dritten Klasse in den Kollokationsplan der A. AG aufzunehmen. Sie machen zur Hauptsache geltend, die angefochtene Verfügung stelle eine Kompetenzanmassung dar und sei daher nichtig. Für die Prüfung und Zulassung von Konkursforderungen sei das Kollokationsverfahren vorgesehen. Weder das SchKG noch die KOV sähen vor, dass die Konkursorgane zur Kollokation von Forderungen angewiesen würden. Die Beschwerdegegnerin habe eine Verfügung in einem Verfahren getroffen, das sie nicht führe und seiner Natur nach nicht führen könne (act. 1 S. 9).

### **E. 1.2.1**

Gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Bundesanwaltschaft kann bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts Beschwerde nach den Vorschriften der Art. 393 ff. StPO erhoben werden (Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO i.V.m. Art. 20 Abs. 1 lit. b StPO und Art. 37 Abs. 1 StBOG und Art. 19 Abs. 1 des Organisationsreglements vom 31. August 2010 für das Bundesstrafgericht [BStGerOR; SR 173.713.161]). Der angefochtene Entscheid vom

### **E. 1.2.2**

Eine nichtige Verfügung entfaltet keinerlei Rechtswirkungen. Nichtigkeit bedeutet absolute Unwirksamkeit einer Verfügung. Sie ist vom Erlass an (ex tunc) und ohne amtliche Aufhebung rechtlich unverbindlich. Eine Verfügung ist dann nichtig, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und zudem durch die Feststellung der Nichtigkeit die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährdet wird. Die örtliche Unzuständigkeit ist in der Regel kein Nichtigkeitsgrund. Die funktionelle und sachliche Unzuständigkeit stellt zumeist einen Nichtigkeitsgrund dar (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6.A., Zürich 2010, S. 215-218, mit weiteren Hinweisen). Ist der Entscheid vom 6. Juni 2012 nichtig, kann dieser aufgrund seiner fehlenden Rechtswirkung nicht Anfechtungs-

- 8 -

objekt einer Beschwerde sein. Diesfalls ist auf die Beschwerde nicht einzutreten, jedoch ist die Nichtigkeit im Dispositiv festzustellen.

### **E. 1.3.1**

Die Tatsache, dass in der Beschwerde eine Nichtigkeit geltend gemacht wird, bedeutet nicht, dass sich die Frage nach der Legitimation der Beschwerdeführer 1 bis 3 zur Beschwerde nicht stellt. Wird die Beschwerde von einer Person erhoben, welche kein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheides im Sinne von Art. 382 Abs. 1 StPO hat, könnte die Eingabe höchstens als Anzeige betrachtet werden. Aufgrund einer solchen kann sich die Beschwerdekammer veranlasst sehen, von Amtes wegen einzugreifen. Der Anzeigersteller hat jedoch keinen Anspruch auf einen Entscheid.

### **E. 1.3.2**

Zur Beschwerde berechtigt ist jede Partei, welche ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheides hat (Art. 382 Abs. 1 StPO). Ein rechtlich geschütztes Interesse bzw. eine sogenannte Beschwer liegt vor, wenn diese Partei durch den angefochtenen Entscheid unmittelbar in ihren Rechten betroffen ist. Der Parteibegriff ist im Sinne von Art. 104 und 105 zu verstehen (s. Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozesses [nachfolgend: Botschaft], BBl 2005 S. 1308; VIKTOR LIEBER, Zürcher Kommentar StPO, Zürich 2010, Art. 382, N. 2). Demnach wird nebst der beschuldigten Person und der Privatklägerschaft auch den anderen am Verfahren beteiligten Personen die Beschwerdelegitimation zuerkannt, sofern sie sich am erstinstanzlichen Verfahren beteiligt haben und ein rechtlich geschütztes Interesse geltend machen können (s. Botschaft, S. 1308). Darunter können von Zwangsmassnahmen wie Beschlagnahmungen oder Einziehungsentscheiden betroffene Dritte fallen (LIEBER, a.a.O., Art. 382 N. 2; NIKLAUS SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, S. 669 f.).

### **E. 1.3.3**

Was die Beschwerdeführerin 1 anbelangt, ist vorab festzuhalten, dass sie die Konkursmasse der A. AG in Liquidation ist. Die Konkursmasse ist keine juristische Person, sie ist aber in Prozessen, welche die Aktiven und Passiven des Gemeinschuldners betreffen, partei- und prozessfähig (Art. 240 SchKG; BGE 47 III 10 E. 1; 97 II 403 E. 2; 121 III 28 E. 3 mit Hinweisen). Vor Gericht wird die Konkursmasse durch die Konkursverwaltung vertreten (Art. 240 SchKG) (vgl. zum Ganzen Urteil 5C.180/1996 vom 15. Mai 1997 E. 2b), was in casu auch der Fall ist. Vorliegend wird nicht eine Beschlagnahme von Vermögenswerten der A. AG, sondern die Anweisung an die Beschwerdeführer 2 und 3 angefochten, den Betrag von CHF 66'391'618.71 vorläufig in der dritten

- 9 -

Klasse in den Kollokationsplan der A. AG aufzunehmen. Die Beschwerdeführerin 1 begründet ihre Beschwerdelegitimation damit, dass sich der von der Beschwerdegegnerin geltend gemachte Anspruch gegen die Masse zu richten hätte (act. 1 S. 3). Nach der konkursrechtlichen Rechtsmittelordnung ist der konkursite Eigentümer zur Anfechtung des Kollokationsplanes mit Bezug auf den materiellrechtlichen Inhalt nicht legitimiert. Ihm steht lediglich die betriebsrechtliche Beschwerde offen, mit welcher der Kollokationsplan nur wegen Verfahrensfehlern bei dessen Erstellung angefochten werden kann (s. JO-LANTA KREN KOSTKIEWICZ, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 350). Ohne einen Entscheid in der Sache vorwegzunehmen, kann als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass die Beschwerdeführerin 1 nicht dargelegt

hat, inwiefern sie unter Berücksichtigung ihrer Stellung und Verfahrensrechte im Konkurs durch die angefochtene Anordnung unmittelbar in ihren Rechten betroffen ist.

#### **E. 1.3.4**

Sowohl die Beschwerdeführerin 2 wie auch der Beschwerdeführer 3 haben die Beschwerde ausdrücklich (auch) im eigenen Namen erhoben. Die Beschwerdeführerin 2 ist als ausseramtliche Konkursverwaltung ausführendes Organ im Konkursverfahren der A. AG. Ihr obliegt die Durchführung des Konkurses im Einzelnen. Der Beschwerdeführer 3 ist Gläubigerausschuss im Konkurs der A. AG (act. 1.4). Der Gläubigerausschuss ist ein von der Gläubigerversammlung eingesetztes Hilfsorgan (MARC RUSSENBERGER, in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 2. Aufl. 2010, Art. 237 N. 24). Seine Kompetenzen sind beschliessender und nicht vollziehender Natur, was bedeutet, dass die auf seinen Anordnungen beruhenden, nach aussen wirkenden Verfügungen von der Konkursverwaltung zu treffen sind (RUSSENBERGER, a.a.O., Art. 237 N. 24). Zu den unmittelbaren gesetzlichen Kompetenzen des Gläubigerausschusses gehört das Recht, Widerspruch gegen Konkursforderungen zu erheben, welche die Konkursverwaltung zugelassen hat (Art. 237 Abs. 3 Ziff. 4 SchKG). Sowohl die Beschwerdeführerin 2 als auch der Beschwerdeführer 3 verfügen in ihrer Eigenschaft als atypische Konkursorgane grundsätzlich über keine Rechtspersönlichkeit und sind somit weder partei- noch prozessfähig. Nach ständiger Rechtsprechung ist die Konkursverwaltung zur Beschwerde an die kantonale Aufsichtsbehörden bzw. an die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Bundesgericht nur dann legitimiert, wenn sie Interessen der Konkursmasse und damit der Gesamtheit der Gläubiger oder - als Organ des Kantons - fiskalische Interessen geltend macht (BGE 116 III 32). Diese Voraussetzungen sind im Falle der Beschwerdeführerin 2 nicht erfüllt, soweit die vorstehenden Vorgaben auf die Beschwerdefugnis in Strafsachen übertragen werden. Die Beschwerdeführer 2 und 3 werden mit der angefochtenen Verfügung allerdings durch eine ihnen grundsätz-

- 10 -

lich nicht vorgesetzte Behörde zu einer bestimmten Ausübung ihres Amtes angewiesen. Unter diesen Umständen ist den Beschwerdeführern 2 und 3 als Adressaten einer solchen Verfügung durchaus ein ausreichendes Interesse anzuerkennen, im eigenen Namen zumindest die Nichtigkeit eines solchen Aktes feststellen zu lassen.

#### **E. 1.3.5**

Rechtfertigt es sich, die von den Beschwerdeführern geltend gemachte Nichtigkeit zu prüfen, braucht mit Blick auf den Verfahrensausgang die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführer nicht abschliessend beurteilt zu werden. 2.

2.1 Die Beschwerdegegnerin stellt in der angefochtenen Verfügung in einem ersten Punkt fest, dass die Voraussetzungen für die Anordnung der Sicherungsbeschlagnahme im Hinblick auf die Durchsetzung der Ersatzforderungen gemäss Art. 71 Abs. 3 StGB im Grundsatz gegeben seien, und legt in einem zweiten Punkt Bestand sowie Umfang der Ersatzforderung provisorisch fest (act. 1.1 S. 3 f., s. act. 4 S. 4). Sie kommt sodann zum Schluss, dass die "provisorische Kollokation" der Ersatzforderung anzuordnen sei (act. 1.1 S. 5). Im Dispositiv ordnet sie die "provisorische Kollokation" der Ersatzforderung gegenüber der Beschwerdeführerin 2 und den Beschwerdeführer 3 an (act. 1.1 S. 5). 2.2 Zunächst ist auf die Darstellung der Beschwerdegegnerin einzugehen, die angefochtene provisorische Anordnung entspreche einer sogenannten "Kollokation pro memoria"

gemäss Art. 63 Abs. 1 und Art. 82 Abs. 2 KOV. Streitige Forderungen, welche im Zeitpunkt der Konkursöffnung bereits Gegenstand eines Prozesses, wie vorliegend seit 2010, bilden würden, seien im Kollokationsplan zunächst ohne Verfügung der Konkursverwaltung lediglich pro memoria vorzumerken (act. 4 S. 4). 2.3

2.3.1 Gemäss Art. 244 SchKG hat die Konkursverwaltung die angemeldeten Forderungen nach Rechtsbestand, Höhe und Rang zu prüfen (DIETER HIERHOLZER, in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. II, 2. Aufl. 2010, Art. 244 N.15). Sie entscheidet in der sog. Kollokationsverfügung über die Anerkennung der Forderungen (Art. 245 SchKG) und erstellt darauf basierend in der Folge den Kollokationsplan (Art. 247 Abs. 1 SchKG). Sofern die Konkursforderung im Zeitpunkt der Konkursöffnung bereits Gegenstand einer Zivilklage bildet, ist eine Kollokationsklage ausgeschlossen. Die Konkursverwaltung hat diesfalls die eingegebene Forderung

- 11 -

ohne Verfügung lediglich pro memoria gemäss Art. 63 Abs. 1 KOV vorzumerken (BGE 133 II 386). Nach BGE 93 III 86 ist eine Verfügung, durch welche die Konkursverwaltung eine zur Zeit der Konkursöffnung bereits im Prozess liegende Forderung gegen den Gemeinschuldner abweist bzw. die Kollokation einer solchen Forderung abweist, statt sie gemäss Art. 63 Abs. 1 KOV zunächst lediglich pro memoria im Kollokationsplan vorzumerken, nicht schlechthin nichtig, sondern nur innert der Frist von Art. 17 Abs. 2 SchKG anfechtbar (a.M. HIERHOLZER, a.a.O., Art. 247 N. 75). Wird die Frist zur Beschwerde gegen eine solche Verfügung versäumt, so ist der Streit darüber, ob die betreffende Forderung bei der Verteilung der Konkursmasse zu berücksichtigen sei, im Kollokationsprozess nach Art. 250 SchKG auszutragen (BGE 93 III 86). 2.3.2 Zur Anordnung einer – um den von der Beschwerdegegnerin gewählten Ausdruck zu verwenden – "Kollokation pro memoria" gegenüber der Beschwerdeführerin 2 ist demnach grundsätzlich die Aufsichtsbehörde über die Beschwerdeführerin 2 auf Beschwerde im Sinne von Art. 17 Abs. 2 SchKG hin zuständig. Die Beschwerdegegnerin ist nicht Aufsichtsbehörde über die Beschwerdeführerin 2. Sie war folglich nach Konkursrecht nicht befugt, eine solche Anordnung gegenüber der Beschwerdeführerin 2 zu treffen, selbst wenn diese die Kollokation der verfahrensgegenständlichen Ersatzforderung abgewiesen hätte, statt diese pro memoria im Kollokationsplan vorzumerken. Unter diesen Umständen braucht die Frage, ob die Ersatzforderung überhaupt eine zur Zeit der Konkursöffnung bereits im Prozess liegende Forderung gegen die konkursite A. AG darstellt, nicht zu beantwortet zu werden. 2.3.3 Darüber hinaus können Anordnungen gegenüber der Konkursverwaltung betreffend den Kollokationsplan grundsätzlich auch im Kollokationsprozess erfolgen, welcher entweder im ordentlichen oder im vereinfachten Verfahren (Art. 219 ff., Art. 243 ff. ZPO) durchgeführt wird. Auf Kollokationsklage hin gegen die im Kollokationsplan enthaltene Verfügung der Konkursverwaltung spricht sich der Kollokationsrichter im Urteilsdispositiv über die Zulassung einer bestrittenen Forderung im Kollokationsplan unter entsprechender Anweisung an die Konkursverwaltung aus und überprüft dabei vorfrageweise die materiellrechtliche Frage (s. HIERHOLZER, a.a.O., Art. 250 N. 69). Örtlich zuständig für die Kollokationsklage ist das Gericht am Konkursort (Art. 148 SchKG); die sachliche Zuständigkeit richtet sich nach kantonalem Recht. Diese Zuständigkeitsvoraussetzungen sind bei der Beschwerdegegnerin nicht gegeben.

- 12 -

2.4 Nach dem Gesagten steht als Zwischenergebnis fest, dass sich aus dem Konkursrecht keine Anordnungsbefugnis der Beschwerdegegnerin ableiten lässt.

3.

3.1 Die Beschwerdegegnerin argumentiert, es sei an Stelle der Beschlagnahme, welche mit der Konkurseröffnung nicht mehr möglich sei, die vorläufige Aufnahme der Forderung im Umfange der Ersatzforderung in den Kollokationsplan anzuordnen bis zum Entscheid durch den Sachrichter in Strafsachen betreffend die Einziehung (act. 1.1). Sie beruft sich dabei auf verschiedene Rechtsgrundlagen: In der angefochtenen Verfügung stützt sie ihr Vorgehen auf Art. 71 Abs. 3 StGB i.V.m. Art. 263 Abs. 1 lit. b, c und d StPO ab (act. 1.1 S. 5). In der Beschwerdeantwort bringt die Beschwerdegegnerin vor, eine Anordnung auf "provisorische Kollokation" einer Forderung in der Höhe des an die A. AG geflossenen mutmasslichen Netto-Deliktsbetrages während der Strafuntersuchung erscheine als weniger einschneidendes Mittel als die Beschlagnahme sämtlicher Vermögenswerte in Anwendung von Art. 70 Abs. 1 StGB (act. 4 S. 3). Sie scheint damit ihre Anordnungsbefugnis (auch) aus Art. 70 Abs. 1 StGB ableiten zu wollen. Im Rahmen der Beschwerdeantwort beruft sie sich auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Festlegung von Bestand und Höhe einer öffentlich-rechtlichen Forderung im Konkurs den zuständigen Verwaltungsbehörden zustehe. Nichts anderes habe in analoger Anwendung für die Strafuntersuchung zu gelten, in der der verfahrensleitende Staatsanwalt bis zu deren Abschluss für die Sicherung der Vermögenswerte zuständig sei, die künftig einer Einziehung unterliegen können und möglicherweise zu Gunsten der Geschädigten verwendet werden. Daraus folgert die Beschwerdegegnerin, sie habe insofern eine provisorische öffentlich-rechtliche Forderung festzulegen und durchzusetzen (act. 4 S. 4). Einen zusätzlichen Grund für ihre Anweisungsbefugnis erblickt die Beschwerdegegnerin darin, dass sie – im Falle ihres durch die Beschwerdeführer 2 und 3 abgewiesenen Antrages auf Kollokation einer öffentlich-rechtlichen Forderung in Form einer Ersatzforderung – keinen Kollokationsprozess anstrengen dürfte, da im Strafverfahren der Sachrichter definitiv über Höhe und Bestand der Forderung zu entscheiden habe (act. 4 S. 3).

- 13 -

3.2 Das Gericht verfügt die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine Straftat erlangt worden sind oder dazu bestimmt waren, eine Straftat zu veranlassen oder zu belohnen, sofern sie nicht dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt werden (Art. 70 Abs. 1 StGB). Die Einziehung ist ausgeschlossen, wenn ein Dritter die Vermögenswerte in Unkenntnis der Einziehungsgründe erworben hat und soweit er für sie eine gleichwertige Gegenleistung erbracht hat oder die Einziehung ihm gegenüber sonst eine unverhältnismässige Härte darstellen würde (Art. 70 Abs. 2 StGB). Sind die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte nicht mehr vorhanden, so erkennt das Gericht auf eine Ersatzforderung des Staates in gleicher Höhe, gegenüber einem Dritten jedoch nur soweit dies nicht nach Artikel 70 Absatz 2 ausgeschlossen ist (Art. 71 Abs. 1 StGB). Das Gericht kann von einer Ersatzforderung ganz oder teilweise absehen, wenn diese voraussichtlich uneinbringlich wäre oder die Wiedereingliederung des Betroffenen ernstlich behindern würde (Art. 71 Abs. 2 StGB). 3.3 Gemäss Art. 71 Abs. 3 StGB kann die Untersuchungsbehörde im Hinblick auf die Durchsetzung der Ersatzforderung Vermögenswerte des Betroffenen mit Beschlagnahme belegen. Der Sicherungsbeschlagnahme nach Art. 71 Abs. 3 StGB unterliegen alle Vermögenswerte der betroffenen Person, nicht nur jene, bei denen ein Zusammenhang mit der Anlasstat

ersichtlich oder zumindest vermutet wird (Urteil des Bundesgerichts 6B\_694/2009 vom 22. April 2010, E. 1.4.2). Hintergrund für die Einführung der Sicherungsbeschlagnahme nach Art. 59 Ziff. 2 Abs. 3 aStGB bildete der Umstand, dass das damals geltende Recht denjenigen begünstigte, welcher sich der einziehbaren Vermögenswerte entledigte gegenüber demjenigen, der sie behielt (vgl. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes [Revision des Einziehungsrechts, Strafbarkeit der kriminellen Organisation, Melderecht des Financiers vom 30. Juni 1993, BBl 1993 III 277 f., 313). Da den Behörden im Bereich der Ersatzforderung eine direkte dingliche Zugriffsmöglichkeit auf Vermögenswerte des Betroffenen fehlte, konnten sie nur betriebsrechtlich vorgehen. Der zwischen der Eröffnung eines Untersuchungsverfahrens und der tatsächlichen Intervention der Betreibungsbehörde aufgrund des Zahlungsbefehls - mit welchem der Staat seine Ersatzforderung geltend machte - liegende Zeitraum gab dem Betroffenen die Möglichkeit, Dispositionen zu treffen, die ihn anschliessend als zahlungsunfähig erscheinen liessen (BBl 1993 III 313).

- 14 -

Die Sicherungsbeschlagnahme begründet bei der Zwangsvollstreckung der Ersatzforderung kein Vorzugsrecht zu Gunsten des Staates (Art. 71 Abs. 3 in fine StGB). Die Beschlagnahme nach Art. 71 Abs. 3 StGB als Sicherungsinstrument zur späteren Durchsetzung der Ersatzforderung stellt eine vorsorgliche Massnahme dar, die sich ihrer Natur und Tragweite nach von der herkömmlichen strafprozessualen Beschlagnahme unterscheidet, indem ihre Wirkung über die Rechtskraft des Urteils hinaus bis zu dem Zeitpunkt andauert, in welchem sie durch eine Massnahme nach dem Schuldbetreibungs- und Konkursrecht abgelöst wird. Die Gläubigerinteressen werden dadurch gewahrt, dass die Durchsetzung der Ersatzforderung, die Verwertung beschlagnahmter Vermögenswerte und die Verteilung entsprechender Erlöse nach den Vorschriften des SchKG durch die gemäss diesem Gesetz zuständigen Behörden erfolgt (vgl. BBl 1993 III 313). Wenn über das Vermögen des Täters oder des durch die Straftat Begünstigten der Konkurs eröffnet worden ist und die Vermögenswerte zur Konkursmasse gehören, dürfen die Vermögenswerte, die sich nicht als durch die Straftat erworbene Originalwerte oder Surrogate bestimmen lassen, zur Sicherung einer Schadenersatzforderung des Staates oder des Geschädigten nicht mehr beschlagnahmt werden. Ist der Betroffene im Konkurs, fällt der sichergestellte Betrag in die Konkursmasse und der Staat partizipiert dann ohne Vorrang mit den übrigen Gläubigern der 3. Klasse. Die Strafbehörde, welche die Ersatzforderung anordnete und über die beschlagnahmten Vermögenswerte verfügt, überweist diese der Konkursverwaltung und meldet die Forderung beim Konkursamt an (s. NIKLAUS SCHMID, in: N. Schmid [Hrsg.], Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Bd. I, 2. Aufl., Zürich 2007, Art. 70-72 StGB N. 185, Fn. 912 und 913, S. 213). 3.4 Von der Sicherungsbeschlagnahme nach Art. 71 Abs. 3 StGB gilt es die Einziehungsbeschlagnahme gemäss Art. 263 Abs. 1 lit. d StPO zu unterscheiden, welche eine vorsorgliche Massnahme zur Durchsetzung des Einziehungsrechts gemäss Art. 69, Art. 70 bzw. Art. 72 StGB darstellt. Die strafrechtliche Beschlagnahme von Vermögenswerten, die sich eindeutig als durch die Straftat erworbene Originalwerte oder Surrogate im Sinne von Art. 70 Abs. 1 StGB bestimmen lassen, geht dem Konkursbeschluss vor. Solche Vermögenswerte dürfen auch dann zur Sicherung der Einziehung beschlagnahmt werden, wenn über das Vermögen des Täters oder des durch die Straftat Begünstigten der Konkurs

eröffnet worden ist und die Vermögenswerte zur Konkursmasse gehören (BGE 126 I 97 S. 110). Die Restitutionsbeschlagnahme nach Art. 263 Abs. 1 lit. c StPO bildet das prozessuale Gegenstück zu Art. 70 Abs. 1 in fine StGB (FELIX BOMMER /PETER

- 15 -

GOLDSCHMID, in: Basler Kommentar StPO, Basel 2011, Art. 263 N 48). Ihr unterliegen sämtliche Gegenstände und Vermögenswerte, die voraussichtlich dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands gemäss Art. 70 Abs. 1 in fine StGB auszuhändigen sind (HEIMGARTNER, in: Zürcher Kommentar StPO, Art. 263 N. 20). Gemäss Art. 263 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 268 Abs. 1 StPO kann vom Vermögen einer beschuldigten Person soviel beschlagnahmt werden, als zur Deckung der Verfahrenskosten, Geldstrafen, Bussen und Entschädigung voraussichtlich nötig ist. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geht auch die Kostendeckungsbeschlagnahme im Sinne von Art. 263 Abs. 1 lit. b StPO (zumindest hinsichtlich der Verfahrenskosten) einem Beschlagnahme nach Schuldbetreibungs- und Konkursrecht selbst dann vor, wenn der staatliche Beschlagnahme erst später erfolgt ist als der zwangsvollstreckungsrechtliche (FELIX BOMMER /PETER GOLDSCHMID, in: Basler Kommentar StPO, Basel 2011, Art. 268 N. 17, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). 3.5 Nach Darstellung der Beschwerdegegnerin könne aktuell nicht beurteilt werden, welche Vermögenswerte der A. AG unmittelbar, mittelbar oder gar nicht auf deliktisches Handeln zurückzuführen seien (act. 1.1, act. 4). Demnach scheiden einstweilen sowohl die Einziehungsbeschlagnahme nach Art. 70 Abs. 1 StGB i.V.m. Art. 263 lit. d StPO als auch die Restitutionsbeschlagnahme gestützt auf Art. 70 Abs. 1 in fine StGB i.V.m. Art. 263 Abs. 1 lit. c StPO aus. Bei dieser Sachlage kann Art. 70 Abs. 1 StGB bereits im Ansatz nicht zur Begründung von weniger einschneidenden Massnahmen wie der geltend gemachten Anordnungsbefugnis herangezogen werden. Die Befugnis zur Anordnung der "provisorischen Kollokation" der Ersatzforderung lässt sich auch nicht aus Art. 263 Abs. 1 lit. b StPO ableiten, welcher ohnehin lediglich die vorsorgliche Sicherstellung von Verfahrenskosten, Geldstrafen, Bussen und Entschädigung betrifft. Da eine Kostendeckungsbeschlagnahme dem Konkursbeschlagnahme vorgeht, auch wenn der staatliche Beschlagnahme erst später erfolgt ist, würde die "provisorische Kollokation" einer Forderung zur Kostendeckung ohnehin Art. 263 Abs. 1 lit. b StPO widersprechen. Soweit die Beschwerdegegnerin ihre Anweisungsbefugnis aus Art. 71 Abs. 3 StGB ableitet, ist klarzustellen, dass diese Norm sowohl nach ihrem eindeutigen Wortlaut als auch mit Blick auf ihre Entstehungsgeschichte die Untersuchungsbehörde ausschliesslich zur Beschlagnahme von Vermögenswerten des Betroffenen im Hinblick auf die Durchsetzung der Ersatzforderung ermächtigt. Die Beschlagnahme nach Art. 71 Abs. 3 StGB bezweckt die Sicherung der betreffenden Vermögenswerte bis die Beschlagnahme durch eine

- 16 -

Massnahme nach dem Schuldbetreibungs- und Konkursrecht abgelöst wird. Ist - wie vorliegend - noch vor Anordnung der Sicherungsbeschlagnahme über das Vermögen des (nach Darstellung der Beschwerdegegnerin) Betroffenen der Konkurs eröffnet worden und gehören die Vermögenswerte zur Konkursmasse, besteht angesichts des Konkursbeschlagnahms keine Notwendigkeit, aber auch keine gesetzliche Grundlage für eine besondere Sicherung der Ersatzforderung des Staates, welcher gegenüber den anderen Konkursgläubigern kein Vorzugsrecht genießt. 3.6 Wie vorstehend ausgeführt, hat die Durchsetzung der Ersatzforderung nach den Vorschriften des SchKG durch die gemäss

diesem Gesetz zuständigen Behörden zu erfolgen. Die Durchführung des Konkurses im Einzelnen obliegt der Konkursverwaltung. Sie ist auch zur Erstellung des Kollokationsplans zuständig (Art. 247 Abs. 1 SchKG). Dem Gläubigerausschuss steht das Genehmigungrecht hinsichtlich des ihm unterbreiteten Kollokationsplans zu (Art. 247 Abs. 3 SchKG). Als Konkursforderung gilt jede Forderung an den Konkursiten, die im Zeitpunkt der Konkurseröffnung schon rechtlich bestanden hat oder erst durch die Konkurseröffnung entstanden ist. Nach der Rechtsprechung entstehen der Einziehungs- und Ersatzforderungsanspruch des Staates von Gesetzes wegen mit dem Augenblick, in welchem der Betroffene in Genuss der Zuwendung gelangt. Was in der Folge mit der Zuwendung geschieht, ändert an der Existenz des staatlichen Anspruches grundsätzlich nichts. Dieser kann sich einzig in dem Sinne wandeln, dass bei Verbrauch der Zuwendung das ursprünglich auf Verfall derselben angelegte Recht zu einer Ersatzforderung auf deren ursprünglichen Wert wird (BGE 104 IV 3 S. 5). Die Ersatzforderung kommt demnach als Konkursforderung grundsätzlich in Frage, soweit ihr Entstehungsgrund vor der Konkurseröffnung eingetreten ist, auch wenn darüber noch kein rechtskräftiger Entscheid vorliegt. Den Konkursgläubiger trifft grundsätzlich eine Anmeldepflicht (HIERHOLZER, a.a.O., Art. 244 N. 3), welche ebenfalls für den Staat als Gläubiger einer öffentlich-rechtlichen Forderung gilt. Entgegen der Annahme der Beschwerdeführerin sind öffentlich-rechtliche Forderungen selbst dann anzumelden, wenn für die Feststellung von deren Bestand und Umfang die SchKG-Behörden nicht zuständig sind (s. F. LORANDI/R. CAMPONOVO, Die Kollokation öffentlich-rechtlicher Geldforderungen im Konkurs und beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, AJP/PJA 1993 1676 ff., S. 1473). Auch als öffentlich-rechtliche Forderung ist demnach die Ersatzforderung in jedem Fall im Konkurs einzugeben (Art. 232 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG), selbst wenn darüber noch kein rechtskräftiger Entscheid vorliegt. Wie vorstehend ausgeführt, gilt

- 17 -

sie als Konkursforderung, soweit ihr Entstehungsgrund vor der Konkurseröffnung eingetreten ist. Gemäss Art. 244 SchKG hat die Konkursverwaltung die angemeldeten Forderungen nach Rechtsbestand, Höhe und Rang zu prüfen (HIERHOLZER, a.a.O., Art. 244 N.15). Sie entscheidet in der sog. Kollokationsverfügung über die Anerkennung der Forderungen (Art. 245 SchKG) und erstellt darauf basierend in der Folge den Kollokationsplan (Art. 247 Abs. 1 SchKG). Entscheiden die Konkursverwaltung und der Kollokationsrichter über die Zulassung von zivilrechtlichen Forderungen im Kollokationsplan, bestehen zur gesetzlichen Vorgehensweise (sowohl was die Überprüfungs- und Entscheidbefugnis der Konkursverwaltung sowie als auch was die Zulässigkeit der Kollokationsklage anbelangt) Ausnahmen im Zusammenhang mit öffentlich-rechtlichen Forderungen (s. F. LORANDI/R. CAMPONOVO, a.a.O., S. 1473). Sieht das Gesetz zur Beurteilung des Bestehens einer öffentlich-rechtlichen Forderung eine besondere Instanz vor, so ist der Konkursrichter nicht befugt, darüber im Rahmen der Anfechtung des Kollokationsplans zu entscheiden (s. HIERHOLZER, a.a.O., Art. 247 N.13, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Die Kompetenzabgrenzung zwischen SchKG- und Verwaltungsbehörden hat unabhängig davon, in welchem Stadium sich das Verwaltungsverfahren befindet, ihre Gültigkeit (s. F. LORANDI/R. CAMPONOVO, a.a.O.). Das einzuschlagende Vorgehen im Konkursverfahren hängt davon ab, wie weit das Verwaltungsverfahren zur Feststellung von Bestand und Umfang der öffentlich-rechtlichen Forderung im Zeitpunkt der Erstellung des Kollokationsplanes bereits

fortgeschritten ist (s. F. LORANDI/R. CAMPONOVO, a.a.O.). Es wird unterschieden, ob a) die Konkursforderung aus öffentlichem Recht auf einem rechtskräftigen Entscheid der zuständigen Verwaltungsbehörde bzw. des Verwaltungsgerichts beruht, b) das Verwaltungsverfahren zur Festsetzung der öffentlich-rechtlichen Forderung eingeleitet, aber noch nicht rechtskräftig abgeschlossen ist, oder c) noch kein bzw. noch kein definitiver Entscheid der Verwaltungsbehörde vorliegt (s. zum Ganzen HIERHOLZER, a.a.O., Art. 247, N. 14 bis 16 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Gemäss BGE 120 III 149 hat die Konkursverwaltung gleich wie bei zivilrechtlichen Forderungen über die Anerkennung oder Nichtanerkennung der angemeldeten Forderung zu entscheiden, wenn die Verwaltungsbehörde nach der anwendbaren Spezialgesetzgebung ausschliesslich zur Beurteilung von Bestand und Umfang der öffentlich-rechtlichen Forderung zuständig ist und der Gläubiger selbst das zur Feststellung seiner Forderung führende Verfahren bei der für die Entscheidung zuständigen Behörde in Gang zu bringen hat. Weist die Konkursverwaltung diese Forderung ganz oder teilweise ab, so setzt

- 18 -

sie dem Gläubiger eine 20-tägige Frist (gleich derjenigen für die Kollokationsklage) an, um das Verfahren auf Anerkennung der Forderung im Verwaltungsverfahren einzuleiten. Die Frage, ob und inwiefern sich ein solches Vorgehen auf das Strafverfahren übertragen lässt, ist für die Beurteilung der angefochtenen Anordnung der "provisorischen Kollokation" der Ersatzforderung aus nachfolgenden Gründen nicht zu entscheiden. So bedeutet der Umstand, wonach der Konkursrichter nicht befugt ist, über Bestand und Höhe einer öffentlich-rechtlichen Forderung zu entscheiden, sondern die zuständige Verwaltungsbehörde darüber zu entscheiden hat, nicht, dass diese vorab für die Kollokation der Forderung zuständig sei, wie dies demgegenüber die Beschwerdegegnerin anzunehmen scheint. Die Befugnis der zuständigen Verwaltungsbehörde zur Anordnung der Kollokation einer öffentlich-rechtlichen Forderung vorab ergibt sich auch nicht aus der von der Beschwerdegegnerin angerufenen Rechtsprechung des Bundesgerichts. Die Erstellung des Kollokationsplans bleibt auch in einer solchen Konstellation Sache der Konkursverwaltung. Die Befugnis, sie zur Kollokation einer Konkursforderung anzuweisen, steht in der Regel der Aufsichtsbehörde als der der Konkursverwaltung vorgesetzten Behörde auf Beschwerde hin und dem für kollokationsrechtliche Streitigkeiten zuständigen Kollokationsrichter auf Kollokationsklage hin zu (s. supra Ziff. 2.3). Die Frage, ob die Ersatzforderung eine öffentlich-rechtliche Forderung darstellt, über deren Bestand und Umfang der Konkursrichter im Rahmen der Anfechtung des Kollokationsplans nicht entscheiden darf, ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht zu beantworten. Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, setzt sich die Beschwerdegegnerin mit ihrer gegenüber der Beschwerdeführerin 2 und dem Beschwerdeführer 3 verfügten Anweisung der "provisorischen Kollokation" in jedem Fall über die gesetzliche Kompetenzordnung bzw. den im SchKG vorgesehenen Verfahrensablauf hinweg. TRECHSEL/JEAN-RICHARD führen in ihrer Kommentierung zu Art. 71 Abs. 3 StGB ohne weitergehende Begründung aus, im Konkursfall sei eine "provisorische Kollokation" angebracht. Soweit in einem Strafverfahren noch offen sei, ob der Nachweis der Einziehbarkeit eines beschlagnahmten Vermögenswertes gelingen werde, habe - so die beiden Autoren weiter - die betreibungs- oder konkursrechtliche Verteilung des entsprechenden Verwertungserlöses zu unterbleiben (TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar 2008,

Art. 71 N. 4). Es ist nicht eindeutig, ob ihre Ausführungen zuhanden der Untersuchungsbehörde oder der Konkursbehörden gelten sollen. Im ersten Fall bleibt festzuhalten, dass für ein solches Vorgehen keine gesetzliche Ausnahmebestimmung besteht. Wie die angemeldete, durch ein Strafgericht noch nicht festgelegte Ersatzforderung konkursrechtlich zu

- 19 -

behandeln und welches Vorgehen unter Berücksichtigung der noch laufenden Strafuntersuchung einzuschlagen ist, wird ausgehend vom Konkursverfahren zu bestimmen sein. Ausgangspunkt wird der Entscheid der Beschwerdegegnerin 2 als ausführendes Organ im Konkursverfahren (vgl. Art. 244 ff. SchKG) bilden. Das von der Beschwerdegegnerin aufgeworfene Argument, sie dürfte keinen Kollokationsprozess in Bezug auf die Ersatzforderung anstrengen, vermag die Umgehung des im Konkursrecht vorgesehenen Verfahrensablaufs nicht zu rechtfertigen. Ebenso wenig ist die Beschwerdegegnerin befugt, den Entscheid der Beschwerdeführerin 2 vorweg zu nehmen mit Blick auf das von ihr als richtig beurteilte Ergebnis bzw. mit der Begründung, es könnte eine prozessual nicht geregelte Zwischenphase folgen. Vielmehr ist der Staat (bzw. die Beschwerdegegnerin als die im Untersuchungsverfahren zuständige Behörde) wie jeder andere Konkursgläubiger soweit notwendig an die entsprechenden Beschwerde- und Anfechtungsmöglichkeiten zu verweisen. Was das weitere Verfahren im Konkurs anbelangt, steht es der Beschwerdekammer in Strafsachen nicht zu, weitergehende Ausführungen zu machen. Aus dem Gesagten folgt, dass die Anordnung der Beschwerdegegnerin, mit welcher sie die Beschwerdeführer 2 und 3 anweist, den Betrag von CHF 66'391'618.71 vorläufig in der dritten Klasse in den Kollokationsplan der A. AG aufzunehmen, mangels sachlicher Zuständigkeit nichtig ist. Auf die Beschwerde ist folglich nicht einzutreten und es ist festzustellen, dass die Anordnung der "provisorischen Kollokation" von Ersatzforderungen aus einem Strafverfahren nichtig ist.

4. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Gerichtskosten zu erheben und keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

- 20 -

## **E. 6**

Juni 2012, mit welchem die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeführer 2 und 3 – formell in Anwendung von Art. 263 Abs. 1 lit. b, c und d StPO i.V.m. Art. 71 und 73 StGB sowie Art. 219 Abs. 4 und Art. 247 Abs. 3 SchKG – anweist, den Betrag von CHF 66'391'618.71 vorläufig in der dritten Klasse in den Kollokationsplan der A. AG in Liquidation aufzunehmen, stellt insofern eine Verfügung im Sinne von Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO i.V.m. Art. 20 Abs. 1 lit. b StPO dar (s. aber nachfolgend Ziff. 1.2.2).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.