

Dr. Tobias Teicke, RA, und Soleiman Mohsseni, LL.M. (KCL)

Facilitation Payments – Haftungsrisiken für Unternehmen nach deutschem Recht, FCPA und UK Bribery Act

Die Abwicklung von Geschäften im Ausland bedarf regelmäßig der Einbeziehung von staatlichen Stellen. Dabei hängt der Erfolg eines Geschäfts häufig davon ab, dass Anträge – beispielsweise in Zoll- oder Visa-Angelegenheiten – von lokalen Behörden zügig bearbeitet werden. Manche Staatsdiener, vornehmlich in schwächeren Verwaltungs- und Justizsystemen, nutzen diese Abhängigkeit aus und veranlassen Unternehmen zu gesetzlich nicht vorgesehenen Zuzahlungen, sog. Facilitation Payments. Der Beitrag beleuchtet die Haftungsrisiken, die bei Leistung von Facilitation Payments an ausländische Amtsträger nach deutschem Recht, dem US-amerikanischen Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) und dem UK Bribery Act drohen, und zeigt Empfehlungen zur Haftungsvermeidung auf.

I. Einleitung

Die Unternehmen befinden sich in einer Zwickmühle. Auf der einen Seite führen solche zusätzlichen Zahlungen zu Kostensteigerungen und sind nach dem jeweiligen ausländischen Recht in der Regel strafbar. Auf der anderen Seite stellen die Zahlungen im Vergleich zu den wirtschaftlichen Konsequenzen für den Fall einer Zahlungsverweigerung (z.B. Verderb von Waren oder Produktionsausfall) häufig auf den ersten Blick ein kleineres Übel dar.

Facilitation Payments¹ bewegen sich – wohl nicht zuletzt auf Grund der eher niedrigen Beträge – lange Zeit weitgehend außerhalb medialer wie auch fachlicher Aufmerksamkeit, obwohl sie nicht weniger häufig sind als andere Korruptionsdelikte.² Mit Inkrafttreten des UK Bribery Act im Juli 2011 sind Facilitation Payments in Deutschland stärker in die Öffentlichkeit gerückt, denn auch deutsche Unternehmen, deren Vertreter im Ausland Facilitation Payments leisten, unterliegen dem strengen Sanktionsregime des UK Bribery Act.

II. Facilitation Payments – eine begriffliche Annäherung

1. Allgemeine Definition

Allgemein wird unter dem Begriff der Facilitation Payment eine gesetzlich nicht vorgesehene Zahlung eines in der Regel kleineren Betrags an einen Amtsträger verstanden, die dem Zweck dient, den Amtsträger zu veranlassen, eine Diensthandlung zu beschleunigen oder vorzunehmen, auf die das Unternehmen grundsätzlich einen Anspruch hat.³

Danach zielen Facilitation Payments, anders als klassische Bestechungszahlungen, grundsätzlich auf rechtmäßige Amtshandlungen ab. Zwar verstößt die Annahme des Geldes durch den Amtswalter in

der Regel gegen die Gesetze der jeweiligen ausländischen Rechtsordnung, jedoch stellt die angestrebte Amtshandlung ihrerseits ein prinzipiell zulässiges Verwaltungshandeln dar. Allein die Annahme der Zahlung führt nicht zur Rechtswidrigkeit der Amtshandlung.⁴

2. Differenzierende Betrachtungsweise

Diese allgemeine Definition berücksichtigt nicht, dass in bestimmten Konstellationen Facilitation Payments auch als Gegenleistung für pflichtwidriges Verwaltungshandeln geleistet werden. So lassen sich Facilitation Payments – zumindest in der Theorie – rechtlich in zwei Gruppen unterteilen.⁵

Zum einen können Zahlungen dadurch veranlasst werden, dass der Amtswalter zu erkennen gibt, nicht oder jedenfalls nicht in der üblichen Zeit die Amtshandlung vorzunehmen, zu deren Vornahme er jedoch nach dem jeweiligen Recht in dem konkreten Zeitpunkt verpflichtet ist. Zum anderen können Zahlungen aber auch geleistet werden, um die beantragte Amtshandlung – entgegen dem regulären Verwaltungsverfahren – schneller als üblich zu bewirken.

Im ersten Fall will der Zahlende nur die rechtmäßige Amtshandlung herbeiführen, auf die er – entsprechend der allgemeinen Definition (s.o. unter 1.) – einen Anspruch hat, wobei der Amtswalter in Aussicht stellt, die Amtshandlung zu verzögern oder überhaupt nicht vorzunehmen und damit „erpresserischen Druck“ auf das Unternehmen ausübt.⁶ Im zweiten Fall sichert sich der Zahlende hingegen einen (zeitlichen) Vorteil oftmals zum Nachteil eines Dritten, wobei das jeweilige ausländische Recht eine solche Beschleunigung oder Bevorzugung gerade nicht vorsieht und die Vornahme der Amtshandlung daher pflichtwidrig ist.⁷

Allerdings lässt sich bei Zahlungen im Ausland eine klare Unterscheidung zwischen diesen beiden Gruppen kaum vornehmen. Häufig geht es in beiden Fällen um die Beschleunigung der Vornahme einer

¹ Auch Facilitating Payments genannt.

² Transparency International, Bribe Payers Index, 2008, S. 8, abrufbar unter www.transparency.org.

³ Vgl. Definition von Transparency International, abrufbar unter www.transparency.de/Facilitating-Payments_09-04-25.1428.0.html; Kommentar zur OECD Anti-Korruptionskonvention in Art. 1 Ziff. 9: Commentaries on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 1997; *Deister/Geier/Rew*, CCZ 2011, 81, 85; Bribery Act 2010: Joint Prosecution Guidance of the Director of the Serious Fraud Office and the Director of Public Prosecutions, S. 8 f.; *Dunst/Diamant/Kung*, Business Law International 2011, 257, 272; differenzierend *Dann*, Wistra 2008, 41 und *Argandoña*, Journal of Business Ethics 2005, 251, 253.

⁴ Hinsichtlich des deutschen Rechts BGH, 14.2.2007 – 5 StR 323/06, Rn. 10 (zitiert nach juris).

⁵ Zu dieser Differenzierung vgl. auch *Dann*, Wistra 2008, 41, der sich hierbei an den im FCPA verwendeten Begriffen der Facilitation Payments und Expediting Payments orientiert. Der FCPA differenziert zwischen den beiden Begriffen, ohne sie jedoch genauer zu definieren.

⁶ Diese Zahlungen werden teilweise auch als „Erleichterungszahlungen“ oder als eigentliche Facilitation Payments bezeichnet, vgl. *Dann*, Wistra 2008, 41.

⁷ Diese Zahlungen werden teilweise auch „Beschleunigungszahlungen“ genannt, orientiert an den im FCPA erwähnten Expediting Payments (*Dann*, Wistra 2008, 41). Da jedoch häufig in beiden Fällen eine „Beschleunigung“ angestrebt wird, erscheint der Begriff „Beschleunigungszahlung“ nicht als sinnvolles begriffliches Abgrenzungskriterium.

Diensthandlung. Wird vom Amtswalter bei der Beantragung einer Genehmigung unzweideutig auf die „doch so lange Bearbeitungszeit“ verwiesen, wird das Unternehmen in der Regel nicht einschätzen können, ob mit der Zahlung nur eine eigenmächtige Verschleppung durch den Amtswalter abgewendet werden soll oder eine üblicherweise langwierige Bearbeitung zum Nachteil eines Dritten beschleunigt wird. Auch werden Strafverfolgungsbehörden und Gerichte diese Unterscheidung nur schwer ermitteln können.

Um dennoch beide Fälle zu erfassen, sollte die Definition von Facilitation Payments alle gesetzlich nicht vorgesehenen Zahlungen kleinerer Beträge von Unternehmen umfassen, die dem Zweck dienen, den Amtsträger zu veranlassen, eine Diensthandlung zu beschleunigen oder vorzunehmen, auf die das Unternehmen grundsätzlich einen Anspruch hat, ggf. jedoch unter Verstoß verwaltungsinterner Vorgaben und zeitlicher Benachteiligung von Dritten.

III. Haftungsrisiken bei Facilitation Payments

1. Deutsches Recht

Das deutsche Strafrecht sieht keine besondere Regelung zu Facilitation Payments vor. Eine Strafbarkeit ist allein an den Tatbeständen des § 333 StGB (Vorteilsgewährung) und des § 334 StGB (Bestechung) zu messen. Erfüllt ein Mitarbeiter einen der Tatbestände, besteht das Risiko, dass gegen das Unternehmen gem. § 30 OWiG ein Bußgeld festgesetzt wird.⁸

a) § 333 StGB (Vorteilsgewährung)

Eine Strafbarkeit von Facilitation Payments nach § 333 StGB scheidet bei Zahlungen an ausländische Amtsträger aus. So ist nach § 333 StGB nur strafbar, wer einem deutschen Amtsträger für die Dienstaussübung einen Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt, ohne dass der Amtswalter mit der Diensthandlung seine Dienstpflichten verletzen muss. Daran fehlt es bei einer Bestechung eines ausländischen Amtsträgers. Aus § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB ergibt sich, dass die Amtsträgereigenschaft formell nach deutschem Recht erlangt werden muss.⁹ Facilitation Payments an deutsche Amtsträger sind hingegen nach § 333 StGB strafbar.

b) § 334 StGB (Bestechung)

Im Gegensatz zu § 333 StGB kommt im Rahmen von § 334 StGB grundsätzlich eine Strafbarkeit von Facilitation Payments in Betracht. Denn § 2 des Gesetzes zur Bekämpfung internationaler Bestechung (IntBestG)¹⁰ hat für den Straftatbestand der Bestechung ausländische Amtswalter deutschen Amtswaltern gleichgestellt. Dem Amtswalter muss, wie bei der Vorteilsgewährung, ein Vorteil angeboten, versprochen oder gewährt werden. Zusätzlich muss der Amtswalter durch die angestrebte Diensthandlung seine Dienstpflichten verletzen. Die Dienstpflichtverletzung richtet sich nach dem Recht des ausländischen Staats.¹¹ Da jedoch die Diensthandlung selbst pflichtwidrig sein muss,¹² fallen Facilitation Payments – jedenfalls nach der allgemeinen Definition – nicht unter § 334 StGB. Denn Facilitation Payments zielen grundsätzlich auf die Herbeiführung einer pflichtgemäßen Diensthandlung ab, auf die ein Anspruch besteht.

Unter Verweis auf die obigen Ausführungen unter II. 2. können Facilitation Payments jedoch ausnahmsweise dann den Tatbestand der Bestechung gem. § 334 StGB erfüllen, wenn sie auf eine *pflichtwidrige*, beschleunigte Bescheidung durch die Behörde abzielen. Allerdings

kommt nach Rechtsprechung des BGH nur dann eine Strafbarkeit wegen Bestechung in Betracht, wenn mit der bevorzugten beschleunigten Bearbeitung zugleich ein Nachteil für andere Personen verbunden ist.¹³ Dies dürfte zwar häufig der Fall sein. Letztlich wird sich jedoch nur schwer nachweisen lassen, dass nach dem jeweiligen ausländischen Recht pflichtwidrig eine bevorzugte Bearbeitung vorgenommen wurde und dabei zugleich Dritte benachteiligt wurden.

c) Zwischenergebnis: Facilitation Payments sind nach deutschem Recht nur ausnahmsweise strafbewehrt

Facilitation Payments an ausländische Amtsträger sind nach deutschem Recht in der Regel straffrei. Allerdings sind Fälle denkbar, in denen Facilitation Payments strafbar sein können. Dies gilt insbesondere dann, wenn die beschleunigte Bearbeitung gegen die jeweiligen Verwaltungsregeln verstößt und dabei Dritte benachteiligt werden. Die Tat dürfte jedoch häufig schwer nachweisbar sein, was auch das Risiko einer Unternehmensgeldbuße nach § 30 OWiG geringer erscheinen lässt.

2. OECD-Arbeitsgruppe fordert Nachbesserung vom deutschen Gesetzgeber

Selbst wenn die Milde des deutschen Gesetzgebers an dieser Stelle überraschen dürfte, verstößt Deutschland grundsätzlich nicht gegen die Vorgaben der OECD Anti-Korruptionskonvention. Diese hat das Ziel, im Bereich Anti-Korruption gleiche Wettbewerbsbedingungen für international tätige Unternehmen zu schaffen. Die OECD Anti-Korruptionskonvention selbst verlangt nicht die Pönalisierung von sog. Facilitation Payments.¹⁴

Dennoch hat die für Deutschland zuständige OECD-Arbeitsgruppe in ihrem am 17.3.2011 vorgelegten 3. Evaluationsbericht zur Anwendung der besagten Konvention die deutsche Praxis und Gesetzeslage beanstandet. Insbesondere fordert der 3. Evaluationsbericht die rechtliche Behandlung von Facilitation Payments klar zu definieren und dabei klar zu stellen, dass *kleine* Zahlungen im Bereich der Facilitation Payments straffrei sind.¹⁵ Die OECD-Arbeitsgruppe hält es für sinnvoll, auch den Tatbestand der Vorteilsgewährung (§ 333 StGB) in den Anwendungsbereich des IntBestG mit einzubeziehen mit der Folge, dass auch die Vorteilsgewährung bei ausländischen Amtsträgern nach deutschem Recht strafbar sein würde.¹⁶ Da es bei der Vorteilsgewährung – wie oben aufgezeigt – nicht auf die Pflichtwidrigkeit der Amtshandlung ankommt, wären dann auch allgemein Facilitation

⁸ Regulär haftet das Unternehmen bis zu einem Betrag von 1 Mio. Euro, wobei es durch eine Gewinnabschöpfung oder Anordnung eines Verfalls auch zu höheren Haftungsrisiken kommen kann; allgemein zur Haftung des Unternehmens bei Compliance-Verstößen: *Schaefer/Baumann*, NJW 2011, 3601.

⁹ Ausländische Amtswalter sind den deutschen Amtswaltern nur im Hinblick auf eine Bestechung (§ 334 StGB) gleichgestellt (s. dazu unter b)).

¹⁰ Gesetz vom 10.9.1998 zu der OECD-Konvention vom 17.12.1997 über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr.

¹¹ *Korte*, MünchKomm/StGB, 2006, § 334, Rn. 18.

¹² Die Diensthandlung wird insbesondere auch nicht dadurch pflichtwidrig, dass für sie eine unerlaubte Gegenleistung verlangt und entgegengenommen wurde, BGH, 14.2.2007 – 5 StR 323/06, Rn. 10 (zitiert nach juris).

¹³ BGH, 5.10.1960 – 2 StR 427/60 = NJW 1961, 1316f.; BGHSt 15, 82; OLG Naumburg, NJW 1997, 1593, 1594, wobei nach OLG Naumburg offenbar auch der Verstoß gegen eine vorgeschriebene Reihenfolge ausreichen dürfte.

¹⁴ Vgl. Art. 1 Ziff. 9 der Commentaries on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 1997.

¹⁵ 3. Evaluationsbericht zur Anwendung der OECD Anti-Korruptionskonvention Germany: Phase 3 – Report on the application of the convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 2009 revised recommendation on combating bribery in international business transactions, S. 20/21 und S. 70, abrufbar unter www.oecd.org; auf die von der OECD Arbeitsgruppe geforderte Klarstellung bzgl. der „kleinen Beträge“ wird – im Hinblick auf die Auslandsituation – von gesetzgeberischer Seite nicht näher eingegangen bei *Dörbecker/Stammler*, DB 2011, 1093, 1095 f.

¹⁶ Andere Ansicht die Ministerialbeamten *Dörbecker/Stammler*, DB 2011, 1093, 1095, die diesbezüglich auf das in Deutschland geltende Legalitätsprinzip verweisen.

Payments umfasst.¹⁷ Es bleibt abzuwarten, ob der deutsche Gesetzgeber auf diese Kritik – auch vor dem Hintergrund der neuen Anti-Korruptionsinitiative der EU¹⁸ – reagieren wird.

3. Der US-amerikanische Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)

Der bereits 1977 in Kraft getretene amerikanische Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)¹⁹ hat in Deutschland im Rahmen der *Siemens-Affäre* Bekanntheit erlangt. In den letzten Jahren ist seine Relevanz auch für deutsche Unternehmen kontinuierlich gestiegen. Die Überwachung der Einhaltung des FCPA fällt in den Zuständigkeitsbereich von zwei Behörden: dem US Department of Justice (DOJ) sowie der US Securities and Exchange Commission (SEC).²⁰ Die Geldstrafen können sich dabei auf bis zu 2 Mio. USD oder den doppelten Betrag des durch die Bestechung generierten Gewinns oder Verlusts belaufen.²¹

a) Der Anwendungsbereich des FCPA

Die an US-Börsen gelisteten deutschen Unternehmen unterfallen unmittelbar dem FCPA.²² Das US Department of Justice (DOJ) sieht sich in diesem Zusammenhang ebenfalls zuständig für ausländische Tochtergesellschaften von US-amerikanischen Muttergesellschaften.²³ Daneben finden die Korruptionsbestimmungen gem. § 78dd-3 FCPA auf jede – auch ausländische – natürliche und juristische Person Anwendung, die Handlungen zur Förderung von Korruptionzahlungen auf dem Hoheitsgebiet der USA vornimmt. Das DOJ sieht den Tatbestand schon bei kleinsten Berührungspunkten als erfüllt an (z.B. bei Überweisungen über ein US-Bankkonto sowie bei aus den USA geführten Telefonaten oder versandten E-Mails).²⁴

Auch wenn eine neuere Gerichtsentscheidung den von der Behörde vertretenen weiten Anwendungsbereich teilweise nicht bestätigt hat und fordert, dass der Täter die Handlung vom Hoheitsgebiet der USA aus vornimmt,²⁵ ist weiterhin Vorsicht geboten. Insbesondere bleibt abzuwarten, inwieweit andere US-Gerichte dieser Entscheidung folgen werden und die amerikanischen Verfolgungsbehörden ihr Vorgehen dieser Rechtsprechung anpassen werden.

b) Facilitation Payments nach FCPA

Der FCPA untergliedert sich in die Antibribery Provisions (§ 78dd), also die eigentlichen Korruptionsbestimmungen, sowie die Accounting Provisions (§ 78m), die auch erhebliche Relevanz für Korruptionsdelikte aufweisen.

aa) Gemäß den Antibribery Provisions sind Facilitation Payments grundsätzlich straflos

Die Korruptionstatbestände des FCPA finden grundsätzlich keine Anwendung auf an einen Foreign Official²⁶ geleistete Facilitation Payments oder Expediting Payments, deren Zweck es ist, staatliche Routinemaßnahmen zu ermöglichen oder zu beschleunigen.²⁷ Die Begriffe Facilitation Payments und Expediting Payments werden nicht näher definiert. § 78dd-1 (f) (3) (A) FCPA nennt beispielhaft einige Routinemaßnahmen (Erteilung von Visa und Genehmigungen, Anschluss an Strom- oder Wasserversorgung), auf die der Täter grundsätzlich einen Anspruch haben muss.²⁸

Das DOJ hat in mehreren Fällen das Vorliegen von Facilitation/Expediting Payments abgelehnt, obwohl diese nach dem Wortlaut des Gesetzes vorzuliegen schienen.²⁹ Dies wurde von der Behörde bspw. mit Verweis auf die Gesamtsumme begründet, obgleich einzelne

Zahlungen an die Beamten teilweise nur in der Höhe von 67 USD lagen.³⁰

Insgesamt wenden die amerikanischen Behörden die Ausnahmeregelung für Facilitation/Expediting Payments sehr restriktiv an, wobei es selten zu einer gerichtlichen Überprüfung kommt, da viele Unternehmen bereit sind, im Rahmen außergerichtlicher Vereinbarungen Strafzahlungen an die Verfolgungsbehörden zu leisten.³¹

bb) Accounting Provisions als „Auffangtatbestand“ für Facilitation Payments

Korruptionszahlungen können zusätzlich gegen die Accounting Provisions (§ 78m FCPA) und die darin geregelten Pflichten zur ordnungsgemäßen Buchführung und Einrichtung eines internen Kontrollsystems verstoßen. Insbesondere dürfte die Erfassung der Korruptionszahlungen häufig gegen buchhalterische Grundsätze verstoßen. Beachtlich ist hierbei, dass in vielen Fällen, in denen im Rahmen der Antibribery Provisions offensichtlich die Ausnahmeregelung für Facilitation Payments (§ 78dd-1 (b) FCPA) greifen würde, Unternehmen durch die SEC wegen Verstoßes gegen Buchhaltungsvorschriften in Anspruch genommen werden.³² Insofern stellen die Accounting Provisions eine Art „Auffangtatbestand“ dar, der es den Behörden erlaubt, bei Bestechungshandlungen – ohne alle Merkmale des Bestechungstatbestands nachweisen zu müssen – Strafzahlungen zu verhängen.

cc) Zwischenergebnis: Hohes Haftungsrisiko trotz Ausnahmeregelung für Facilitation Payments

Der FCPA begründet trotz Ausnahmeregelung hinsichtlich Facilitation Payments ein signifikantes Haftungsrisiko für deutsche Unternehmen, die derartige Zahlungen leisten. Dies liegt zum einen an der res-

17 Hierzu *Reyhn/Rübenstahl*, CCZ 2011, 161, 164 mit dem Hinweis, dass dann „kleinere“ Beträge von der Strafbarkeit explizit ausgenommen werden sollten.

18 Entscheidung der EU-Kommission (C(2011) 3673) vom 6.6.2011, Establishing an EU Anti-corruption reporting mechanism for periodic assessment („EU Anti-corruption Report“), abrufbar unter [ec.europa.eu/home-affairs/news/intro/docs/110606/3673/COM%20Decision%20C\(2011\)%203673%20final%20_EN.pdf](http://ec.europa.eu/home-affairs/news/intro/docs/110606/3673/COM%20Decision%20C(2011)%203673%20final%20_EN.pdf).

19 Abrufbar unter www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa.

20 Das DOJ ist zuständig für die strafrechtliche Verfolgung von Korruptionstaten und teilw. auch zivilrechtliche Aufgabenstellungen. Die SEC überwacht die Einhaltung der Korruptionsbestimmungen, ist aber keine Strafverfolgungsbehörde, vgl. der Lay person's guide unter www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/, der einen Kurzüberblick zum FCPA bietet.

21 Vgl. hierzu die knappe Übersicht von *Dunst/Diamant/Kung*, Business Law International 2011, 257, 284.

22 Hierbei ist es unerheblich, ob die Handlung einen Bezug zum US-amerikanischen Hoheitsgebiet aufweist: § 78dd-1 (a) FCPA, vgl. auch *Grau/Meshulam/Blechschildt*, BB 2010, 652, 653; Erläuterungen des US Department of Justice, abrufbar unter www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/lay-persons-guide.pdf.

23 Vgl. z. B. den Fall einer chinesischen Tochtergesellschaft einer in Los Angeles angesiedelten Gesellschaft, die in China Schmiergelder zahlte: Department of Justice, Pressemitteilung 20.5.2005, abrufbar unter www.justice.gov/opa/pr/2005/May/05_crm_282.htm.

24 Vgl. Response of the United States supplementary questions concerning phase 3 OECD working group on bribery, 21.5.2010, abrufbar unter www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/response3-supp.pdf.

25 Vgl. hierzu *Dunst/Diamant/Kung*, Business Law International 2011, 257, 264, Fn. 46, die auf eine Entscheidung des US District Court of the District of Columbia verweisen, nach der die Förderungshandlung vom Hoheitsgebiet der USA vorgenommen werden muss.

26 Zu beachten ist, dass der Begriff des Foreign Official weiter gefasst ist, als der deutsche Amtsträgerbegriff und auch Vertreter von Unternehmen umfasst, deren Anteile teilweise in staatlicher Hand liegen, vgl. hierzu *Dunst/Diamant/Kung*, Business Law International 2011, 257, 267 f.; *Grau/Meshulam/Blechschildt*, BB 2010, 652, 656 f.

27 S. jeweils § 78dd-1 (b) FCPA, § 78dd-2 (b) FCPA und § 78dd-3 (b) FCPA.

28 Ausdrücklich ausgenommen sind Vergabeentscheidungen, vgl. § 78dd-3 (f) (4) (B) FCPA.

29 *Dunst/Diamant/Kung*, Business Law International 2011, 257, 273.

30 *Grime/Zdeb*, The illusory facilitating payments exception: risks posed by ongoing FCPA enforcement actions and the U.K. Bribery Act, S. 4 f., abrufbar unter seclawcenter.pli.edu/wp-content/uploads/2011/05/Grime-Risks-Posed-by-Ongoing-FCPA.pdf.

31 *Grime/Zdeb*, The illusory facilitating payments exception: risks posed by ongoing FCPA enforcement actions and the U.K. Bribery Act, S. 3, abrufbar unter seclawcenter.pli.edu/wp-content/uploads/2011/05/Grime-Risks-Posed-by-Ongoing-FCPA.pdf.

32 Vgl. die beschriebenen Fälle von *Grime/Zdeb*, The illusory facilitating payments exception: risks posed by ongoing FCPA enforcement actions and the U.K. Bribery Act, S. 1 ff., abrufbar unter seclawcenter.pli.edu/wp-content/uploads/2011/05/Grime-Risks-Posed-by-Ongoing-FCPA.pdf, vgl. auch die Klarstellung von staatlicher Seite: Response of the United States questions concerning phase 3 OECD working group on bribery, 3.5.2010, S. 23 ff.

triktiven und unvorhersehbaren Auslegung der Ausnahmegesetz durch die US-amerikanischen Ermittlungsbehörden. Dabei kommt es selten zu einer gerichtlichen Überprüfung, weil viele Unternehmen bereit sind, im Rahmen außergerichtlicher Vereinbarungen Strafzahlungen an die Verfolgungsbehörden zu leisten. Zum anderen können die Ermittlungsbehörden bei Korruptionszahlungen die Buchführungsbestimmungen als „Auffangtatbestand“ nutzen.

Es bleibt anzumerken, dass eine wachsende Aktivität der Ermittlungsbehörden erkennbar ist. Im Jahr 2004 verhängten die US-amerikanischen Behörden Bußgelder i. H. v. insgesamt 11,3 Mio. USD. Bereits im Jahr 2010 beliefen sich die Geldstrafen insgesamt auf mehr als 1,5 Mrd. USD.³³

4. Der UK Bribery Act

Am 1.7.2011 trat das neue britische Anti-Korruptionsgesetz, der UK Bribery Act, in Kraft. Schon im Vorfeld wurde der UK Bribery Act – im internationalen Vergleich – als eines der strengsten Anti-Korruptionsgesetze bezeichnet.³⁴ Der sehr weite Anwendungsbereich führt dazu, dass der UK Bribery Act auch für deutsche Unternehmen hohe Relevanz hat.

a) Anwendbarkeit des UK Bribery Act auf deutsche Unternehmen

Der UK Bribery Act kennt vier Korruptionstatbestände: Bestechung (§ 1), Bestechlichkeit (§ 2), die Bestechung eines ausländischen Amtswalters (Foreign Public Official) (§ 6) und die Nichtvornahme von Korruptionspräventionsmaßnahmen durch Unternehmen (§ 7).³⁵ Verstöße gegen letztgenannte Regelung werden mit Geldstrafen in unbegrenzter Höhe gegen das Unternehmen geahndet.

Eine territoriale Begrenzung kennt der UK Bribery Act hinsichtlich der Strafbarkeit von Unternehmen nicht.³⁶ Nach § 7 Abs. 5 UK Bribery Act unterfallen alle Unternehmen, die im Vereinigten Königreich Geschäfte oder Teile ihrer Geschäfte betreiben, unabhängig davon, wo sie niedergelassen sind oder gegründet wurden, dem UK Bribery Act. Wann ein Unternehmen Geschäft im Vereinigten Königreich betreibt, bleibt offen und bedarf der Klärung durch die Gerichte.³⁷ Nach Ansicht des Ministry of Justice soll dies im Einzelfall unter Anwendung des „gesunden Menschenverstands“ beurteilt werden.³⁸ Eine Vielzahl von deutschen Unternehmen dürfte somit betroffen sein; insbesondere, aber nicht ausschließlich, könnte dies bei denjenigen Unternehmen der Fall sein, die Tochtergesellschaften³⁹ oder Auslandsbüros im Vereinigten Königreich haben, welche dort Geschäften nachgehen.

Der weite Anwendungsbereich des UK Bribery Act ergibt sich daraus,⁴⁰ dass es unerheblich ist, ob Bestechungszahlungen in einem Zusammenhang mit dem Geschäft im Vereinigten Königreich stehen. So kommt eine Anwendung des UK Bribery Act auch in Betracht, wenn ein Mitarbeiter einer deutschen GmbH, die einen Teil ihres Geschäfts in England vollzieht, unabhängig von diesem Geschäft mit England in China einen Zollbeamten besticht, damit die Waren endlich abgefertigt und eingeführt werden können.⁴¹

b) Facilitation Payments sind nach UK Bribery Act strafbar

§ 7 UK Bribery Act sieht die Bestrafung von Unternehmen vor, wenn eine Person, die dem Unternehmen zuzurechnen ist (Associated Person), einen ausländischen Amtswalter besticht, ohne dass das Unternehmen geeignete Präventionsmechanismen implementiert hatte.

Eine Bestechung liegt vor, wenn die zahlende Person dem Amtswalter Zuwendungen zukommen lässt, um diesen in seiner hoheitlichen Funktion zu beeinflussen, um Geschäfte oder Vorteile im Geschäftsverkehr für das Unternehmen zu erhalten und die Entgegennahme der Zuwendung nach dem nationalen Recht nicht vorgesehen ist.

Anders als nach den Regelungen zum FCPA sind Facilitation Payments gemäß den Vorschriften des UK Bribery Act strafbar. Zwar ist der Wortlaut diesbezüglich nicht ganz eindeutig.⁴² Das britische Parlament hat jedoch ausdrücklich die Strafbarkeit von Facilitation Payments nach UK Bribery Act bestätigt.⁴³

Der UK Bribery Act beinhaltet mithin ein erhebliches Haftungsrisiko bei Zahlung von Facilitation Payments. Dabei hat sich noch nicht abgezeichnet, wie die einzelnen Tatbestände von den Gerichten ausgelegt werden. Für deutsche Unternehmen dürfte es weniger beruhigend sein, dass das Serious Fraud Office erklärt hat, die Regelung zur extraterritorialen Anwendbarkeit des UK Bribery Act sehr weit auszulegen, um die Benachteiligung von „ethisch einwandfreien, britischen Unternehmen“ gegenüber anderen ausländischen Unternehmen zu verhindern.⁴⁴

Das Unternehmen haftet nicht für die Zahlung von Facilitation Payments einer Associated Person, wenn es gem. § 7 Abs. 2 UK Bribery Act beweisen kann, dass eine angemessene Compliance-Struktur implementiert war, die geeignet war, eine solche Zahlung zu verhindern. Nach den Richtlinien des britischen Justizministeriums („Guidance“) sind diesbezüglich insbesondere die folgenden Aspekte, die sog. Six Principles, zu berücksichtigen:⁴⁵

- Die Präventionsmaßnahmen müssen das individuelle Bestechungsrisiko des konkreten Unternehmens berücksichtigen, wobei die Compliance-Strukturen effektiv zu implementieren und durchzusetzen sind. Einzelne Präventionsmaßnahmen werden in der Guidance aufgelistet (so z. B. Whistle Blowing).
- Top-level Commitment: Die Geschäftsführung ist in die Compliance-Struktur involviert und fördert aktiv die Anti-Korruptionkultur.
- Risikoanalyse: Das Unternehmen sollte periodisch das konkrete Korruptionsrisiko analysieren und dokumentieren.
- Due diligence von Personen, die für das Unternehmen auftreten (insbesondere Associated Persons).

33 Andersen, U.S. FCPA enforcement receives international praise, Februar 2011, abrufbar unter www.insidecounsel.com/2011/02/01/us-fcpa-enforcement-receives-international-praise.

34 Jungermann, Null Toleranz bei Korruption, 21.4.2011, abrufbar unter www.lto.de/de/html/nachrichten/3099/UK_bribery_act/; vgl. auch *Dunst/Diamant/Kung*, Business Law International 2011, 257, 264, die u. a. von einem „aggressive extraterritorial reach“ sprechen.

35 Einen Überblick bieten hierzu *Deister/Geier/Rew*, CCZ 2011, 81, 83.

36 Bzgl. der Strafbarkeit von natürlichen Personen gelten jedoch gem. § 12 UK Bribery Act Einschränkungen.

37 Vgl. auch *Deister/Geier/Rew*, CCZ 2011, 81, 84.

38 Ministry of Justice, The Bribery Act 2010: Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing, Rn. 35; hierzu *Deister/Geier/Rew*, CCZ 2011, 81.

39 Zu den etwas missverständlichen Aussagen in der Guidance des Justizministeriums hinsichtlich Tochtergesellschaften: *Deister/Geier/Rew*, CCZ 2011, 81, 84.

40 Auch der weite Begriff der Associated Person führt zu einem erweiterten Anwendungsbereich, vgl. § 8 UK Bribery Act.

41 §§ 7 Abs. 5 (d), 12 Abs. 5 UK Bribery Act.

42 So verlangt § 7 UK Bribery Act die Erlangung eines Vorteils. Erlangt das Unternehmen jedoch lediglich seine ihm nach Gesetz zustehende Rechtsposition – wie dies in der Regel bei Facilitation Payments der Fall sein wird – könnte auch argumentiert werden, dass das Tatbestandsmerkmal des Vorteils gerade nicht erfüllt ist.

43 Joint Committee on the Draft Bribery Bill, First Report, 16.7.2008, abrufbar unter www.publications.parliament.uk/pa/jt200809/jtselect/jtbribe/115/11510.htm#a25.

44 Rede des Direktors des Serious Fraud Office Richard Alderman vom 17.3.2011, S. 6 f., abrufbar unter www.ukbriberyact2010.com/Assets/Resources/Richard-Alderman-Speech-March-2011.pdf.

45 Ministry of Justice, The Bribery Act 2010: Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing, S. 20 ff.

– Die Compliance-Struktur muss intern und extern kommuniziert werden. Das Unternehmen hat die Implementierung des Systems – insbesondere durch Schulungen – sicherzustellen.

– Die Compliance-Struktur ist zu überwachen, regelmäßig zu überprüfen und erforderlichenfalls zu aktualisieren.

Die Vorgaben werden für gut informierte Compliance-Abteilungen wenig Neues enthalten. Dennoch bieten die Grundsätze auch deutschen Unternehmen – im Gegensatz zum FCPA und einschlägigen deutschen Vorschriften – eine gewisse Orientierung zur Vermeidung von Unternehmenshaftung für den Fall, dass Vertreter des Unternehmens Facilitation Payments leisten.

c) Reduzierung des Haftungsrisikos durch Ermessensausübung der britischen Verfolgungsbehörden?

Da der britische Gesetzgeber das Dilemma vieler Unternehmen im Hinblick auf die in einigen Ländern verbreitete Praxis der Facilitation Payments erkannte, ersuchte er das Ministry of Justice, Leitlinien aufzustellen. In seiner Guidance verweist das Justizministerium auf eine Veröffentlichung des Serious Fraud Office und der Public Prosecution.⁴⁶ Diese Leitlinien sollen Klarheit darüber verschaffen, unter welchen Voraussetzungen Facilitation Payments strafrechtlich zu verfolgen sind. Denn anders als in Deutschland steht die Verfolgung von Straftaten im Vereinigten Königreich im Ermessen der Behörden. Eine strafrechtliche Verfolgung bedarf der Zustimmung des Serious Fraud Office oder der Public Prosecution. Dabei sind die Taten stets strafrechtlich zu verfolgen, sofern nicht Allgemeinwohlinteressen gegenüber dem Interesse an einer Verfolgung überwiegen.

Nach der gemeinsamen Erklärung des Serious Fraud Office und der Public Prosecution sprechen für eine Verfolgung insbesondere die folgenden Kriterien:⁴⁷

- hohe oder sich häufig wiederholende Zahlungen;
- Facilitation Payments werden als notwendige „Standard-Maßnahme“ akzeptiert;
- Anzeichen, die dafür sprechen, dass Facilitation Payments aktiv angeboten wurden.

Gegen eine Verfolgung sprechen nach Ansicht der Verfolgungsbehörden insbesondere:

- die einmalige Zahlung eines kleinen Betrags;
- Selbstanzeige und andere erforderliche Maßnahmen wurden ergriffen;
- Zahlung erfolgte in einer schwachen/prekären Lage.

Ferner dürfte die Erklärung des Serious Fraud Office zu einem gewissen Grad beruhigend auf deutsche Unternehmen wirken, denn die britische Behörde geht offenbar nicht davon aus, dass Facilitation Payments mit Inkrafttreten des UK Bribery Act über Nacht vollständig eingestellt wurden. Die Behörde erwartet jedoch von Unternehmen, dass diese bei Facilitation Payments einen Zero-Tolerance-Ansatz verfolgen und dafür Sorge tragen werden, dass die Zahlungen innerhalb einer bestimmten Zeit eingestellt werden.

In diesem Zusammenhang hat das Serious Fraud Office Prinzipien⁴⁸ für die Fälle aufgestellt, in denen es nach Inkrafttreten des UK Bribery Act weiterhin zu (kleinen) Facilitation Payments kommt und ermuntert betroffene Unternehmen dazu, mit der Behörde in einen Dialog zu treten. So hat das Serious Fraud Office angekündigt, hinsichtlich Unternehmen, die über den 1.7.2011 hinaus Facilitation Payments leisten, im Rahmen der behördlichen Ermessensausübung die folgenden Aspekte zu berücksichtigen:

1. Hat das Unternehmen eine klar aufgestellte Policy hinsichtlich Facilitation Payments?
2. Verfügen die relevanten Mitarbeiter über schriftliche Verhaltensvorgaben für den Fall, dass zur Zahlung von Facilitation Payments aufgefordert wird?
3. Werden diese Vorgaben von den Mitarbeitern befolgt?
4. Gibt es Nachweise dafür, dass alle Facilitation Payments vom Unternehmen erfasst werden?
5. Gibt es Nachweise dafür, dass geeignete Maßnahmen ergriffen wurden, die zuständigen Behörden in den jeweiligen Ländern darüber zu informieren, dass von bestimmten Stellen Facilitation Payments verlangt werden?
6. Gibt es Nachweise dafür, dass das Unternehmen alle ihm zur Verfügung stehenden Schritte unternommen hat, um Facilitation Payments einzudämmen?

Auch wenn die oben genannten Ermessenskriterien Unternehmen sicherlich keine wirkliche Sicherheit bieten können, zeigen sie, dass die britischen Verfolgungsbehörden unter gewissen, engen Voraussetzungen gewillt sind, von der Verfolgung abzusehen. Es ist jedoch zu beachten, dass diese Grundsätze nur für eine sehr beschränkte Zeit nach Inkrafttreten des UK Bribery Act im Sommer 2011 Geltung entfalten dürften.

d) Zwischenergebnis: Facilitation Payments sind nach UK Bribery Act strafbar, Unternehmen können jedoch Vorsorge treffen

Facilitation payments sind nach UK Bribery Act strafbar. Insbesondere der weite Anwendungsbereich – wonach die Leistung von Facilitation Payments selbst keinen Bezug zum Vereinigten Königreich haben muss – stellt für deutsche Unternehmen ein hohes Haftungsrisiko dar. Zusätzlich zu den in der Guidance genannten Beispielen für Compliance-Bausteine, mittels derer sich Unternehmen enthaften können, haben die Verfolgungsbehörden erklärt, unter welchen Voraussetzungen Facilitation Payments, insbesondere in der ersten Zeit nach Inkrafttreten des UK Bribery Act, verfolgt werden. Diese Angaben können Unternehmen angesichts der strengen Regelungen des UK Bribery Act zumindest eine hilfreiche Orientierung bieten und lassen überdies hoffen, dass die britischen Verfolgungsbehörden Verstöße mit einem gewissen Augenmaß ahnden werden.⁴⁹

IV. Maßnahmen zur Haftungsvorbeugung

1. Notwendigkeit eines effektiven Compliance-Systems steht außer Frage

Die obige Darstellung zeigt einmal mehr, wie wichtig – auch für mittelständische Unternehmen – die Implementierung von effektiven Compliance-Systemen ist und sei es „nur“ zur Vermeidung von kleineren Korruptionszahlungen für staatliche Routinemaßnahmen, auf die das Unternehmen sogar grundsätzlich einen Anspruch hat. Hinzu

⁴⁶ Bribery Act 2010: Joint Prosecution Guidance of the Director of the Serious Fraud Office and the Director of Public Prosecutions, abrufbar unter www.sfo.gov.uk/media/167348/bribery%20act%20joint%20prosecution%20guidance.pdf.

⁴⁷ Bribery Act 2010: Joint Prosecution Guidance of the Director of the Serious Fraud Office and the Director of Public Prosecutions, S. 5.

⁴⁸ Abrufbar unter thebriberyact.com/2011/06/09/exclusive-facilitation-payments-after-july-1st-a-six-solution/.

⁴⁹ Teilw. wird von der Over-Enforcement der FCPA-Regelungen seitens der amerikanischen Behörden und der – zumindest angekündigten – Under-Enforcement durch die britischen Verfolgungsbehörden gesprochen, vgl. *Dunst/Diamant/Kung*, Business Law International 2011, 257, 275.

kommt, dass angesichts der Ausweitung der extraterritorialen Anwendungsbereiche der oben dargestellten nationalen Gesetze deutsche Unternehmen sogar dem Risiko ausgesetzt sind, von den unterschiedlichen Ländern in gleicher Sache mehrmals in Anspruch genommen zu werden.⁵⁰

Die vom britischen Justizministerium veröffentlichte Guidance, die als eine Art allgemeine Anleitung für die Errichtung eines effektiven Compliance-Systems verstanden werden darf, bietet auch für deutsche Unternehmen wertvolle Orientierung. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass erstens weder der deutsche Gesetzgeber noch deutsche Verfolgungsbehörden vergleichbare Leitlinien veröffentlicht haben, und dass zweitens dem anglo-amerikanischen Rechtskreis auch bzgl. Compliance-Maßnahmen deutscher Unternehmen in vielerlei Hinsicht Vorbildfunktion zukommt.

2. Compliance-Maßnahmen im Einzelnen

Bei der vorgeschalteten Risikoanalyse und der Erstellung des individuell zugeschnittenen Compliance-Systems sowie der Implementierung, Überwachung und regelmäßigen Anpassung dieses Systems ist ein besonderes Augenmerk auf die Bereiche oder Personen zu legen, die für die Zahlung von Facilitation Payments „anfällig“ sind.

Einerseits kann es sich hierbei z.B. um Vertriebsmitarbeiter des Unternehmens handeln. Diese sollten in individuellen Schulungen gesondert über die Unzulässigkeit von Facilitation Payments informiert werden und klare Verhaltensvorgaben für den Fall erhalten, dass ausländische Stellen Facilitation Payments einfordern.

Andererseits kann das Unternehmen im Ausland auch mit externen Vermittlern oder Beratern zusammenarbeiten. Gerade diese Personen müssen in das Compliance-System des Unternehmens soweit wie möglich integriert werden. Sie sollten deshalb vor der Zusammenarbeit mit dem Unternehmen unbedingt einer sorgfältigen Prüfung unterzogen werden. Hierbei sollte das Unternehmen zunächst bei der Botschaft, den Außenhandelskammern, Institutionen des jeweiligen Landes oder anderen Unternehmen Erkundigungen über den zukünftigen Partner anstellen.

Vor Beginn der Zusammenarbeit sollten die im Ausland tätigen Vermittler eine Erklärung abgeben, in der sie bestätigen, dass sie in der Vergangenheit keine Bestechungsgelder gezahlt oder angeboten haben und auch zukünftig davon absehen werden. Diese Erklärung kann auch in Form eines Fragebogens abgegeben werden, in dem auch die konkret zu erbringenden Leistungen beschrieben werden.

Der zukünftige Partner sollte – im Idealfall in einem persönlichen Gespräch – über die Compliance-Grundsätze des Unternehmens, insbesondere Facilitation Payments, informiert werden, zu deren Einhaltung er sich in dem abzuschließenden Vertrag zu verpflichten hat (sog. Anti-Korruptionsklausel). Es ist sinnvoll, die Laufzeit des Vertrags auf einen bestimmten Zeitraum zu befristen und ggf. jeweils zu verlängern.

Die laufenden Geschäfte sollten während der Zusammenarbeit mit entsprechenden Kennzahlen und Erläuterungen der konkret erbrachten Leistungen schriftlich in Übersichten dokumentiert werden. Die Tätigkeit des Vermittlers ist regelmäßig zu überwachen. Im Fall von relevanten Compliance-Verstößen ist die Zusammenarbeit umgehend zu beenden und ggf. Anzeige zu erstatten.

Wie so oft steht und fällt die Möglichkeit, das Haftungsrisiko zu reduzieren, mit einer übersichtlichen schriftlichen Dokumentation der oben beispielhaft genannten Maßnahmen.

3. Ausblick

Aus der Sicht mancher Unternehmer sind erfolgreiche Geschäfte im Ausland ohne Facilitation Payments nicht denkbar. Angesichts der hohen Haftungsrisiken ist diese Einstellung jedoch dringend zu überdenken. Neben den zusätzlich anfallenden Kosten sprechen viele Gründe dafür, von Facilitation Payments abzusehen. So begibt sich das Unternehmen in die – oftmals willkürlich agierenden – Hände der jeweiligen Amtsperson. Ferner können sich nach beanstandungsloser Zahlung auch andere staatliche Stellen in dem jeweiligen Land bemüßigt fühlen, für ihre Tätigkeit eine „zusätzliche Gebühr“ – ggf. in größerer Höhe – zu verlangen. Das Unternehmen macht sich außerdem angreifbar; es gefährdet damit nicht nur seinen guten Ruf in der Öffentlichkeit, denn in der Regel sind Facilitation Payments auch in dem jeweiligen Land strafbar. Auch wenn Verstöße in korrupten Verwaltungssystemen in der Regel nicht konsequent verfolgt werden, ist keinesfalls ausgeschlossen, dass – aus diversen Gründen, z.B. um ein Exempel zu statuieren – die jeweilige ausländische Untersuchungsbehörde plötzlich vor der Tür steht. Schließlich ist zu bedenken, dass durch Facilitation Payments Länder, die für viele deutsche Unternehmen bereits heute und vor allem in Zukunft wichtige wachsende Absatzmärkte darstellen, in ihrer rechtsstaatlichen Entwicklung gebremst werden.

Insbesondere für mittelständische Unternehmen, die ihre Geschäftsbeziehung mit bestimmten Ländern zu etablieren versuchen, ist es alles andere als einfach, von der Zahlung von Facilitation Payments abzusehen. Dennoch sollte – insbesondere mit Hilfe der von der britischen Verfolgungsbehörde aufgestellten Grundsätze – die Zahlung von Facilitation Payments unbedingt unterbunden werden.

Eine weitere Möglichkeit, Facilitation Payments einzudämmen, ist der von den Vereinten Nationen empfohlene Ansatz, wonach sich Unternehmen mit anderen vor Ort tätigen Unternehmen zusammen tun, um gemeinsam die Zahlung von Beschleunigungszahlungen zu verweigern.⁵¹ Hilfestellung hierfür können die Außenhandelskammern, Botschaften, EU-Vertretungen, internationalen Organisationen und Nichtregierungsorganisationen bieten. Diese Stellen sollten im Einzelfall aktiv angesprochen werden.

Von anderen recht kreativen Unternehmens-Initiativen berichtet der Direktor des Serious Fraud Office.⁵² Danach haben sich teilweise Unternehmen mit zuständigen Behördenleitungen in Ländern mit sehr schwachen Verwaltungssystemen (und schlecht bezahlten Amtsträgern) auf einheitlich geltende, transparente Verwaltungsgebühren geeinigt, mit denen die Löhne für die behördlichen Sachbearbeiter gezahlt werden. Auch wenn eine solche Vorgehensweise selbstverständlich nicht in allen Ländern möglich ist, ist sie ein interessantes Beispiel für die konstruktive Bewältigung von Compliance-Problemen durch Unternehmen.

V. Zusammenfassung

Bei Facilitation Payments handelt es sich um gesetzlich nicht vorgesehene geringfügige Zahlungen von Unternehmen, die dem Zweck die-

⁵⁰ Hierzu Kappel/Ehling, BB 2011, 2115 ff.

⁵¹ Vgl. United Nations Office on Drugs and Crime and United Nations Industrial Development Organization, Corruption prevention to foster small and medium-sized enterprise development, Band 1, S. 18 f.

⁵² Der unter folgendem Link abrufbare Artikel „The Bribery Act – having an impact on facilitation payments or just hype?“ vom 14.12.2011 verweist diesbezüglich auf eine Rede von Richard Alderman (Direktor des Serious Fraud Office): thebriberyact.com/2011/12/14/the-bribery-act-having-an-impact-on-facilitation-payments-or-just-hype/.

nen, den Amtsträger zu veranlassen, eine Diensthandlung zu beschleunigen oder vorzunehmen, auf die das Unternehmen grundsätzlich einen Anspruch hat, ggf. jedoch unter Verstoß verwaltungsinterner Vorgaben und zeitlicher Benachteiligung von Dritten.

Nach deutschem Recht kommt eine Strafbarkeit von im Ausland gezahlten Facilitation Payments – und damit auch eine Geldbuße für Unternehmen – nur dann in Betracht, wenn durch die pflichtwidrige Beschleunigung Dritte benachteiligt werden. Dies kann im Einzelfall im Ausland schwer nachweisbar sein.

Obwohl der amerikanische FCPA ausdrücklich Facilitation Payments von der Strafbarkeit ausnimmt, besteht faktisch ein signifikantes Haftungsrisiko für deutsche Unternehmen, da amerikanische Ermittlungsbehörden die Ausnahmeregelung eng auslegen und darüber hinaus viele Unternehmen bereit sind, ohne gerichtliche Überprüfung außergerichtliche Strafzahlungen an die Verfolgungsbehörden zu leisten. Im Übrigen kann sich zusätzlich – ohne dass die Ausnahmeregelung greift – eine Strafbarkeit aus den Buchführungsbestimmungen ergeben.

Facilitation Payments sind nach UK Bribery Act strafbar. Insbesondere der weite Anwendungsbereich – wonach die Leistung von Facilitation Payments selbst keinen Bezug zum Vereinigten Königreich haben muss – stellt für deutsche Unternehmen ein hohes Haftungsrisiko dar. Neben den in der Guidance genannten Compliance-Strukturen, mittels derer sich Unternehmen enthaften können, haben die Verfolgungsbehörden erklärt, unter welchen Voraussetzungen Facilitation Payments – insbesondere in der ersten Zeit nach Inkrafttreten des UK Bribery Act – verfolgt werden. Diese Angaben können Unternehmen zumindest eine hilfreiche Orientierung bieten und lassen zudem hoffen, dass die britischen Behörden Verstöße mit einem gewissen Augenmaß verfolgen werden.

Zur Vermeidung von Haftungsfällen ist insbesondere darauf zu achten, dass die im Ausland für das Unternehmen tätigen Vermittler oder Berater in das Compliance-System des Unternehmens effektiv integriert werden. Vor Beginn der Zusammenarbeit sollten sie sorgfältig

anhand von Referenzen überprüft werden und zu ihren Geschäftspraktiken ausführlich Stellung nehmen. Die befristeten Verträge sollten eine Antikorruptionsklausel enthalten, wobei das laufende Geschäft anhand von Kennzahlen und Leistungsbeschreibungen regelmäßig zu dokumentieren ist. Wird das Unternehmen im Rahmen seiner regelmäßigen Überwachung des Vermittlers auf Compliance-Verstöße aufmerksam, ist die Zusammenarbeit umgehend zu beenden und ggf. Anzeige zu erstatten. Um das Haftungsrisiko tatsächlich zu reduzieren, sollten alle compliance-relevanten Maßnahmen schriftlich dokumentiert werden.

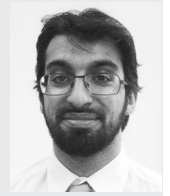
Insbesondere mittelständische Unternehmen, für die die Ablehnung von Facilitation Payments im Einzelfall schwierig sein kann, sollten – auch mit Hilfe der von der britischen Verfolgungsbehörde aufgestellten Grundsätze – die Zahlung von Facilitation Payments unbedingt unterbinden. In diesem Zusammenhang empfiehlt sich auch die Kontaktaufnahme zu anderen vor Ort tätigen Unternehmen sowie zu Außenhandelskammern, Botschaften und anderen Institutionen.

// Autoren

Dr. Tobias Teicke arbeitet als Rechtsanwalt bei CMS Hasche Sigle, Berlin. Schwerpunkte seiner Tätigkeit bilden das Gesellschaftsrecht, Compliance sowie Schiedsverfahren.



Soleiman Mohsseni, LL.M. (KCL), war im Jahr 2011 als wissenschaftlicher Mitarbeiter bei CMS Hasche Sigle, Berlin, im Bereich Gesellschaftsrecht, tätig.



Andreas Wieland, RA

Unternehmen der „Realwirtschaft“ als Adressaten des Bank- und Finanzaufsichtsrechts – Teil 1: Hintergründe und Fragen der Erlaubnispflicht

In der laufenden Diskussion um die Regulierung des Finanzsektors findet bisher nur wenig Beachtung, dass ein immer dichter werdendes Netz bankaufsichtsrechtlicher Bestimmungen auch Unternehmen und Unternehmensgruppen der sog. „Realwirtschaft“ zu Adressaten bankaufsichtsrechtlicher Vorschriften macht. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass – wie häufig – Industrie- oder Handelskonzerne auch Beteili-

gungen an regulierten Unternehmen umfassen. Der folgende Beitrag liefert einen Überblick über die wichtigsten Problemfelder. Der Beitrag wird in zwei Teilen erscheinen; der zweite Teil folgt in BB 18/2012. Im ersten Teil wird zunächst ein kurzer Überblick über die Hintergründe dieser Entwicklung gegeben sowie für Industrie- und Handelskonzerne relevante Fragen der Erlaubnispflicht nach dem Kreditwesengesetz erör-