

## B u c h r e z e n s i o n

**Dorian Dorschfeldt**, Strafbarkeit von Facilitation Payments, Betrachtung der Strafbarkeit korruptiver Beschleunigungs- und Sicherungszahlungen, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2016, 360 S., € 69,-.

Der *Autor* widmet sich dankenswerterweise den immer wieder diskutierten „Facilitation Payments“ – das sind geringe Zahlungen an einen (ausländischen) Amtsträger, die dessen routinemäßige Amtshandlung sichern oder beschleunigen sollen. Strafverfolgungsbehörden dürften bei Zahlungen an ausländische Amtsträger nicht nur einmal gehört haben, dass solche Zahlungen nicht strafbar seien, weil sich der Zahlende aufgrund der Sitten des ausländischen Staates gezwungen gesehen habe, eine solche Zahlung zu leisten.

Dass überhaupt diskutiert wird, dass solche „Facilitation Payments“ nicht strafbar sind, folgt aus der OECD-Konvention gegen die Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr (S. 31, 41). Es heißt in den Erläuterungen hierzu: „Kleinere Zahlungen zur Erleichterung sind keine Zahlungen im Sinne von Absatz 1, die geleistet werden, um einen Auftrag zu erlangen oder zu behalten, und somit ebenfalls nicht strafbar. Derartige Zahlungen, die in manchen Ländern geleistet werden, um Amtsträger zu veranlassen, ihre Aufgaben wahrzunehmen, wie zum Beispiel Genehmigungen oder Erlaubnisse zu erteilen, sind in dem betreffenden anderen Staat im allgemeinen rechtswidrig.“<sup>1</sup>

Die Arbeit untersucht schwerpunktmäßig, ob „Facilitation Payments“ nach deutschem Recht strafbar sind.<sup>2</sup> Der *Autor* hat seine Arbeit im Sommersemester 2015 eingereicht, sodass sie durch die Reform der Korruptionsdelikte im November 2015 teilweise überholt ist. Die neue Rechtslage wird am Ende der Untersuchung jedoch knapp dargestellt (S. 321-323).

Die Zahlung von „Facilitation Payments“ an deutsche Amtsträger führe ohne weiteres zu einer Strafbarkeit nach §§ 331, 333 StGB (S. 191 ff.). Jedenfalls in Deutschland seien „Facilitation Payments“ nicht üblich, sodass eine Korrektur dieses Ergebnisses über „Sozialadäquanz“ (als ungeschriebenes Tatbestandskorrektiv) nicht in Betracht komme (S. 193 f.). In Fällen, in denen die Zahlung der Sicherung der Amtshandlung dienen solle, weil der Amtsträger ansonsten die Amtshandlung verweigere, komme jedoch eine Rechtfertigung nach §§ 32 oder 34 StGB in Betracht (S. 195 ff.).

Wenn die Zahlung von „Facilitation Payments“ an deutsche Amtsträger der Sicherung der Amtshandlung diene, scheide eine Strafbarkeit nach §§ 332, 334 StGB in der Regel

aus, da die Dienstpflichtverletzung nicht die Gegenleistung für den erlangten Vorteil sei (S. 205 ff.).

In Fällen, in denen die Zahlung zur Beschleunigung der Amtshandlung erfolge, komme eine Strafbarkeit nach §§ 332, 334 StGB in Betracht, wenn die Bearbeitungsreihenfolge ohne Rechtsgrund geändert worden sei (S. 203 f.). Nach Ansicht der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu §§ 332, 334 StGB ist eine bevorzugte oder schnellere Erledigung einer dienstlichen Handlung nur dann pflichtwidrig und führt zu einer Strafbarkeit gemäß §§ 332, 334 StGB, wenn im Einzelfall ein anderer Antragsteller benachteiligt oder gegen eine materielle Pflicht zur Bearbeitung in einer bestimmten Reihenfolge verstoßen wurde (S. 172 ff.).<sup>3</sup> Der *Autor* folgt dieser Rechtsprechung aber nicht, da verwaltungsrechtliche Vorgaben zur Bearbeitungsreihenfolge (auch außerhalb einer materiellen Pflicht zur Bearbeitungsreihenfolge) bestünden. Bei Fehlen ausdrücklicher gesetzlicher oder untergesetzlicher Vorgaben ergebe sich die Bearbeitungsreihenfolge jedenfalls aus dem sogenannten Prioritätsprinzip. Auch eine Verletzung des Prioritätsprinzips begründet daher nach Ansicht des *Autors* eine pflichtwidrige Dienstpflichtverletzung im Sinne der §§ 332, 334 StGB (S. 180 ff.).<sup>4</sup>

Da Art. 2 § 1 IntBestG a.F. auf § 334 StGB<sup>5</sup> Bezug nehme, würden hinsichtlich der Strafbarkeit von „Facilitation Payments“ für ausländische Amtsträger die Ausführungen zu § 334 StGB grundsätzlich gelten. Bei der Frage, ob eine Dienstpflichtverletzung bei Beschleunigungszahlungen vorliege, müsse man jedoch das ausländische Recht betrachten. Nur wenn dieses eine Bearbeitungsreihenfolge vorgebe, gegen die verstoßen wurde, könne eine Dienstpflichtverletzung vorliegen (S. 277 ff.).

Ob bei „Facilitation Payments“ ausnahmsweise eine Strafbarkeit nach Art. 2 § 1 IntBestG a.F. ausscheiden könne, untersucht *Dorschfeldt* näher (S. 286 ff.): Eine Einschränkung über das Kriterium der Sozialadäquanz komme nicht in Betracht, da durch Bezugnahme auf § 334 StGB eine pflichtwidrige Diensthandlung vorliegen müsse und eine solche außerhalb des normalen Lebens liege. Zur Bestimmung der Sozialadäquanz könne nicht auf die Bräuche und Sitten des jeweiligen Auslands abgestellt werden, da Nr. 7 der Erläuterungen zur OECD-Konvention dies verbiete. Auch eine Ausnahme aufgrund der Nennung der „Facilitation Payments“ in den Erläuterungen zu der OECD-Konvention – (wohl) durch eine teleologische Reduktion oder im Wege der

<sup>1</sup> Nr. 9 der offiziellen Erläuterungen zur Konvention gegen die Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr der OECD vom 17.12.1997.

<sup>2</sup> Zudem finden sich in der Arbeit insbesondere Ausführungen dazu, wie es zu der OECD-Konvention kam (S. 48 ff.), wie andere Rechtsordnungen „Facilitation Payments“ behandeln (S. 80 ff.) und ob „Facilitation Payments“ moralisch verwerflich sind (S. 148 ff.).

<sup>3</sup> Nachweise des *Autors* (S. 173 ff.): BGH, Urt. v. 5.10.1960 – 2 StR 427/60; BGH, Urt. v. 16.2.1961 – 1 StR 611/60; OLG Frankfurt, Urt. v. 9.3.1990 – 1 Ss 505/89; BGH, Urt. v. 13.11.1997 – 4 StR 426/97.

<sup>4</sup> Etwas anderes gelte nur im Falle von §§ 332 Abs. 3 Nr. 2, 334 Abs. 3 Nr. 2 StGB, da danach nur eine Beeinflussung des Ermessens hinsichtlich der Sachentscheidung unter Strafe gestellt ist, die Beschleunigungszahlung aber auf die Beeinflussung des Verfahrens ziele (S. 190, 327).

<sup>5</sup> Art. 2 § 1 IntBestG a.F., der das Delikt der Bestechung eines ausländischen Amtsträgers enthielt, wurde durch die Reform der Korruptionsdelikte im November 2015 in § 335a StGB überführt.

völkerrechtsfreundlichen Auslegung – lehnt der *Autor* ab. Die Erläuterungen zur OECD-Konvention seien lediglich Auslegungshilfen und entfalten keine Bindungswirkung (S. 291 ff.).

Der *Autor* weist aber darauf hin, dass die besondere Situation, die bei „Facilitation Payments“ vorliege, jedenfalls bei der Strafzumessung berücksichtigt werden könne. Zudem biete es sich im Einzelfall an, die Tat gemäß § 153c Abs. 1 Nr. 1 StPO (Absehen von der Verfolgung bei Auslandstaten) einzustellen (S. 298 ff.).

Unter Geltung des neuen § 335a Abs. 1 StGB würden diese Ausführungen weiterhin gelten (S. 322). §§ 331, 333 StGB fänden bei ausländischen Amtsträgern immer noch keine Anwendung. Das sieht der *Autor* kritisch, da man nicht von anderen Staaten effektive Korruptionsbekämpfung fordern könne, aber selbst bei Auslandssachverhalten ein anderes Maß als bei Inlandssachverhalten anlegen dürfe (S. 330).

In Fällen, in denen ein Vorteil im geschäftlichen Verkehr geleistet wurde, um eine Beschleunigung zu erreichen, sei der Vorteilsleistende gegenüber anderen Wettbewerbern bevorzugt worden, sodass eine Strafbarkeit in Betracht gekommen sei (S. 318 f.). In Fällen, in denen gezahlt wurde, um lediglich eine Geschäftshandlung zu sichern, habe keine Bevorzugung vorgelegen, sondern nur eine Gleichstellung. Daher sei eine solche Zahlung nicht strafbar gewesen (S. 319 f.).

Dass sich durch die Neufassung des § 299 StGB an der Strafbarkeit von „Facilitation Payments“ nichts geändert habe – wie der *Autor* ausführt (S. 323) –, erscheint nach Einführung des sogenannten Geschäftsherrenmodells fraglich: Nach § 299 Abs. 2 Nr. 2 StGB macht sich strafbar, wer im geschäftlichen Verkehr einem Angestellten oder Beauftragten eines Unternehmens ohne Einwilligung des Unternehmens einen Vorteil für diesen anbietet, verspricht oder gewährt, dass er beim Bezug von Waren oder Dienstleistungen eine Handlung vornehme oder unterlasse und dadurch seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletze. Spiegelbildlich gilt dies gemäß § 299 Abs. 1 Nr. 2 StGB für den Angestellten oder Beauftragten des Unternehmens. Eine Bevorzugung gegenüber einem anderen ist danach – anders als bei § 299 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 1 StGB – nicht erforderlich. Bei „Facilitation Payments“ ohne Einwilligung des Unternehmens und bei entsprechender Pflichtverletzung gegenüber dem Unternehmen ist eine Strafbarkeit nach § 299 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 Nr. 2 StGB somit (wenn deutsches Strafrecht Anwendung findet<sup>6</sup>) denkbar.

<sup>6</sup> Denkbar dürfte eine Anwendbarkeit deutschen Strafrechts bei Auslandssachverhalten insbesondere nach § 7 Abs. 2 StGB bei solchen ausländischen Staaten sein, die auch das Europarats-Übereinkommen über die Korruption und den Rahmenbeschluss des Rates zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor umgesetzt haben, worauf die Einführung des Geschäftsherrenmodells zurückgeht: *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 64. Aufl. 2017, § 299 Rn. 33. Vgl. zur Anwendbarkeit des § 299 StGB bei Auslandssachverhalten auch: *Kappel/Juckers*, NZWiSt 2016, 382 (384).

Der *Autor* setzt sich ausführlich mit den vielfältigen Aspekten der Thematik „Facilitation Payments“ auseinander. Auch wenn er zum Ergebnis kommt, dass „Facilitation Payments“ nach deutschem Recht strafbar sein können, so bietet die Untersuchung durchaus Anhaltspunkte, die in der strafrechtlichen Praxis zur Verteidigung genutzt werden können, z.B. dass bei Sicherungszahlungen eine Rechtfertigung nach §§ 32, 34 StGB in Betracht kommt oder im Einzelfall eine Einstellung nach § 153c Abs. 1 Nr. 1 StPO (Absehen von der Verfolgung von Auslandstaten) geboten sein könnte.

Dass im Falle von „Facilitation Payments“ – jedenfalls wenn ausländische Amtsträger bestochen werden – Ausnahmen von der Strafbarkeit diskutiert werden können, gilt auch nach dem Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 20.11.2015.<sup>7</sup> Denn die Gesetzesmaterialien zu § 335a Abs. 1 StGB führen – zur Erläuterung, warum bei § 335a StGB ein Zusammenhang der Bestechung mit dem internationalen geschäftlichen Verkehr künftig nicht mehr erforderlich sei – aus: „Extremsituationen, die durch diese sehr weitgehende Pönalisierung von Bestechungstaten im Ausland möglicherweise entstehen, kann im Rahmen der Rechtswidrigkeit, Schuld und Strafzumessung sowie auf prozessualer Ebene (§ 153c Absatz 1 Nummer 1 der Strafprozessordnung) Rechnung getragen werden.“<sup>8</sup>

*Dr. Ricarda Christine Schelzke, Frankfurt a.M.*

<sup>7</sup> BGBl. I 2015, S. 2025.

<sup>8</sup> BT-Drs. 18/4350, S. 24; BR-Drs. 25/15, S. 25.