

**Westfahl Spilker Wastl  
Rechtsanwälte**

München

Berlin

Leipzig

**Ersetzung von Recht durch Verhaltensregeln**

- Plädoyer wider diese Entwicklung und Folgerungen für die Juristenausbildung -

Vortrag anlässlich der zweiten seitens der VolkswagenStiftung veranstalteten Tagung zum Thema „Rechtsgestaltung – Rechtskritik – Konkurrenz von Rechtsordnungen ... Neue Akzente für die Juristenausbildung“ am 23./24.02.2012 in Berlin

[Rechtsanwalt Dr. Ulrich Wastl, München](#)

<http://www.westfahl-spilker.de>

**Ersetzung von Recht durch Verhaltensregeln**

**- Plädoyer wider diese Entwicklung und Folgerungen für die Juristenausbildung -**

I.	Einführung.....	1
II.	Exemplarische Befunde im Bereich des Bank- und Kapitalmarktrechts .....	2
III.	Rechtspolitische und rechtliche Fragestellungen.....	4
IV.	Erste Folgerungen betreffend die zukünftige Juristenausbildung .....	5
V.	Fazit .....	7
	Literaturverzeichnis .....	8
	Abkürzungsverzeichnis.....	9

**Ersetzung von Recht durch Verhaltensregeln\*\***

**- Plädoyer wider diese Entwicklung und Folgerungen für die Juristenausbildung -**

*„The first thing we do, let’s kill all the lawyers“<sup>1</sup> ..?*

## **I. Einführung**

Das Phänomen lässt sich anhand eines strafrechtlichen Beispiels anschaulich verdeutlichen. Es ist dies die Rechtsprechung des BGH zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Bankmitarbeitern infolge einer das Kreditinstitut schädigenden Kreditvergabe<sup>2</sup>. Der BGH hat in diesem Zusammenhang nicht nur entschieden, dass ein Bankmitarbeiter, der gegen die aus § 18 KWG resultierenden und durch entsprechende Anordnungen und Hinweise der BaFin<sup>3</sup> konkretisierten Pflichten verstößt, den Straftatbestand der Untreue erfüllt. Vielmehr geht er in einer derartigen Konstellation sogar davon aus, dass aus einem bloßen Verstoß gegen die entsprechenden Prüfpflichten das vorsätzliche Handeln des jeweiligen Bankmitarbeiters hergeleitet werden kann.<sup>4</sup> Dieses Beispiel zeigt besonders deutlich, wie weit die Ersetzung von Recht durch Verhaltensregeln gehen kann. Dieses Phänomen umfasst selbst die Begründung strafrechtlicher Verantwortlichkeit durch eine bloße Verhaltensrichtlinie.

Vor diesem Hintergrund soll nachfolgend anhand des Bank- und Kapitalmarktrechts zunächst der Frage nachgegangen werden, ob dieses Ausweichen auf bloße Verhaltensregeln und die darauf basierende Begründung straf- und haftungsrechtlicher Konsequenzen als eine sich zunehmend verselbstständigende und ausufernde Entwicklung zu qualifizie-

---

\* Der Autor ist Partner der Rechtsanwaltssozietät [Westpfahl Spilker Wastl, München, Berlin, Leipzig](#), Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht und und schwerpunktmäßig in den Bereichen Bank-, Aktien- und Kapitalmarktrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht tätig.

\*\* Dieser Text stellt das überarbeitete, teilweise erweiterte und mit einigen Fußnoten versehene Manuskript zu dem anlässlich der Veranstaltung der VolkswagenStiftung „Rechtsgestaltung – Rechtskritik – Konkurrenz von Rechtsordnungen ... Neue Akzente für die Juristenausbildung“ vom 23./24.02.2012 gehaltenen (Kurz-)Vortrag dar; der Vortragsstil wurde beibehalten.

<sup>1</sup> *Dick, the butcher*, in: *William Shakespeare*, Henry VI (Part II, Act IV, Scene II).

<sup>2</sup> Trotz aller Versuche der Relativierung nach wie vor grundlegend hierzu BGH, Urteil vom 15.11.2001 – Aktenzeichen: 1 StR 185/01, BGHSt 47, 148, mit dem die Entscheidung des BGH vom 06.04.2000 – Aktenzeichen: 1 StR 280/99, BGHSt 46, 30, verschärfend präzisiert wurde; vgl. aber auch zur geradezu sklavischen Umsetzung dieser Rechtsprechung des BGH durch die Instanzgerichte OLG Karlsruhe, Beschluss vom 03.07.2003 – Aktenzeichen: 3 Ws 72/03, wistra 2005, 72.

<sup>3</sup> Zum damaligen Zeitpunkt wurden die gemäß § 18 KWG lediglich generalklauselartig beschriebenen Verpflichtungen durch Rundschreiben des Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen (BAKred) konkretisiert.

<sup>4</sup> So explizit BGHSt 47, 148, insb. 156 f.

ren ist (hierzu II.). Aufbauend auf diesen exemplarischen Befunden ist dann auf einige mit dieser Entwicklung verbundene rechtspolitische und rechtliche Problemstellungen einzugehen (hierzu III.). In Form einer ersten Conclusio werden schließlich aus diesen rechtstatsächlichen und rechtlichen Befunden einige seitens der juristischen Lehre und Forschung zu ziehende Folgerungen thesenartig beschrieben (hierzu IV.).

Ohne das Ergebnis all dieser Überlegungen bereits an dieser Stelle vorwegzunehmen, ist jedenfalls festzuhalten, dass die eingangs wenig schmeichelhaft behandelten Rechtsanwältinnen in diesem Kontext eine nicht zu unterschätzende und aus Sicht der juristischen Forschung und Lehre kritisch zu hinterfragende sowie konkurrierende Rolle spielen.

## II. Exemplarische Befunde im Bereich des Bank- und Kapitalmarktrechts

Die geschilderte Problematik der Schaffung strafrechtlicher Verantwortlichkeiten im Anwendungsbereich des § 18 KWG und unter Zugrundelegung dieser Norm erst konkretisierender Verlautbarungen der BaFin ist beileibe kein exotischer Einzelfall der Ersetzung des Rechts durch Verhaltensregeln. Vielmehr ist insoweit zunehmend eine Tendenz der Jurisprudenz festzustellen, bloße Verhaltensregeln mit faktisch rechtsersetzendem Charakter nicht nur anzuerkennen, sondern derartiges „Quasi-Recht“ außerhalb der grundsätzlich hierfür vorgesehenen Rechtssetzungsverfahren zu schaffen. Dies lässt sich exemplarisch anhand der folgenden, namentlich aus dem Bereich des Bank- und Kapitalmarktrechts stammenden Entwicklungen beschreiben:

- Gemäß § 91 Abs. 2 AktG hat der Vorstand für ein umfassendes Risikomanagement in der Form geeigneter Maßnahmen zur Früherkennung sowie der Errichtung eines geeigneten Überwachungssystems Sorge zu tragen. Dieser gesetzgeberische Obersatz bedarf nun aber der Konkretisierung. Diese Aufgabe übernehmen nicht nur Heerschaaren von Rechtsanwälten und Wirtschaftsprüfern,<sup>5</sup> sondern im Bereich des Bank- und Kapitalmarktrechts generiert insoweit wiederum die BaFin umfangreiche Verhaltensrichtlinien, die sie selbst als „Zentrales Regelwerk der qualitativen Bankenaufsicht“<sup>6</sup> bezeichnet. Betrachtet man die in diesem Kontext seitens der BaFin geschaffenen so genannten „Mindestanforderungen an das Risikomanagement“ (= MaRisk) unter Zugrundelegung der eingangs geschilderten strafrechtlichen Denkweise des BGH im Hinblick auf eine Verletzung aus § 18 KWG resultierender Pflichten, so wird schnell klar, welche enorme Relevanz dieses Regelwerk in strafrechtlicher, aber damit auch haftungsrechtlicher Hinsicht erlangen kann.<sup>7</sup>
- Ein weiterer Komplex, der seinen Ursprung ebenfalls im Bereich des Kapitalmarktrechts hatte, tritt hinzu: (Corporate) Compliance! Genauer betrachtet, handelt es sich dabei um ein Institut, das eine bare Selbstverständlichkeit beschreibt, nämlich die Tatsache, dass ein Unternehmen auf die Einhaltung der Gesetze und interner Verhaltensrichtlinien achten muss.<sup>8</sup> Auch hinsichtlich dieser Obliegenheit wurden schnell gesellschaftsrechtliche Generalklauseln gefunden, über die diese

---

<sup>5</sup> Siehe hierzu exemplarisch nur die Nachweise aus dem Schrifttum bei *Hefermehl/Spindler*, in: *MüKo/AktG* (2004), § 91 AktG.

<sup>6</sup> So wörtlich die BaFin in ihrer Homepage; vgl. hierzu insbesondere auch die Rundschreiben der BaFin 15/2009 sowie 11/2010 nebst Anschreiben zur Veröffentlichung der Neufassung der MaRisk vom 15.12.2010, jeweils abrufbar unter *www.bafin.de*.

<sup>7</sup> Hierzu bereits kritisch *Wastl*, in: *Rostocker Schriften zum Bankrecht* (2008), 9, insb. 20.

<sup>8</sup> In diesem Sinne beispielsweise Ziff. 4.1.3 des Corporate Governance Kodex.

Verhaltensanforderung zu einer gesetzlichen Pflicht mutierte.<sup>9</sup> Auch insoweit stellt sich unverzüglich die Frage, welche Pflichten in diesem Zusammenhang in concreto aus Sicht des Unternehmens sowie seiner Leitungsebene bestehen und welche straf- und haftungsrechtlichen Konsequenzen aus einem Verstoß gegen derartige, gesetzlich nicht detailliert normierte Pflichten resultieren können. Verschärft wird diese Problematik dadurch, dass sich zudem zwischenzeitlich der 5. Strafsenat des BGH in einem obiter dictum dahingehend geäußert hat, dass beispielsweise auch ein Compliance Officer nicht nur gegenüber seinem Unternehmen bzw. Arbeitgeber, sondern sogar im Verhältnis zu Dritten für die Gewährleistung einer optimalen Compliance-Struktur verantwortlich sein soll.<sup>10</sup> Im kapitalmarktrechtlichen Bereich liegt darüber hinaus eine entsprechende Verhaltensregeln im Compliance-Bereich konkretisierende „Dienstanweisung“ der BaFin vor. Es handelt sich hierbei um die so genannten „Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und die weiteren Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten nach § 31 ff. WpHG für Wertpapierdienstleistungsunternehmen“ (MaComp).<sup>11</sup>

- Ebenfalls in diesem Kontext zu erwähnen ist das Phänomen unternehmensinterner Privatermittlungen, das einer breiteren Öffentlichkeit erstmals aufgrund der Siemens-Korruptionsaffäre bekannt wurde und zwischenzeitlich in der deutschen Rechtswirklichkeit weit darüber hinaus Bedeutung erlangt hat.<sup>12</sup> Diese Entwicklung hin zu einer Pflicht des Unternehmens bzw. seiner Leitung betreffend die Durchführung umfassender unternehmensinterner Privatermittlungen ist letztlich auf die weitestgehend kritiklose Adaption diesbezüglicher, namentlich auf kapitalmarktrechtlichen Überlegungen basierender US-amerikanischer Rechtstraditionen sowie die damit verbundene Etablierung einer Compliance-Pflicht durch die Hintertür zurückzuführen.<sup>13</sup> Auch hier stellt sich unverzüglich die Frage der straf- und haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit des Unternehmens und/oder seiner Leitung.<sup>14</sup>
- Ein letztes Beispiel, gleichsam ein Aperçu: Es ist dies der Corporate Governance Kodex. Dieser Kodex besteht aus Verhaltensregeln, die von einer seitens des Bundesministeriums der Justiz eingesetzten Kommission aus Unternehmensleitern, Professoren, Wirtschaftsprüfern und Gewerkschaftsvertretern geschaffen werden und über § 161 AktG, jedenfalls faktisch,<sup>15</sup> gleichsam Gesetzeskraft erlangen. Hinzu treten die haftungsrechtlichen,<sup>16</sup> aber insbesondere auch die bis-

---

<sup>9</sup> Vgl. hierzu einfürend und unter dem Blickwinkel einer Compliance-Maßnahme in Form einer unternehmensinternen Privatermittlung betrachtet nur *Wastl*, NWB 2010, 2221, 2222 f. sowie 2224 ff.

<sup>10</sup> BGH, Urteil vom 17.07.2009 – Aktenzeichen: 5 StR 394/08, wistra 2009, 433.

<sup>11</sup> Abrufbar unter [www.bafin.de](http://www.bafin.de).

<sup>12</sup> Vgl. den Beitrag von *Wastl*, Das Agieren der SEC und US-amerikanischer Anwälte in der Siemens-Korruptionsaffäre, in diesem Band.

<sup>13</sup> Ausführlich hierzu bereits *Wastl* (Fn. 12), *Wastl*, ZRP 2011, 57, *Wastl/Litzka/Pusch*, NSTZ 2009, 68 sowie *Wastl* (Fn. 7), 9, 30 ff.

<sup>14</sup> Einfürend hierzu *Wastl*, NWB 2010, 2221.

<sup>15</sup> Vgl. diesbezüglich instruktiv *Lutter*, in: KK-AktG (2006), insb. § 161, Rn. 11 und Rn. 76.

<sup>16</sup> Ausführlich hierzu *Lutter* (Fn. 15), § 161, Rn. 79 ff. m.w.N.

lang nur vereinzelt gesehenen strafrechtlichen<sup>17</sup> Konsequenzen, die auch diese bloßen Verhaltensrichtlinien nach sich ziehen können.

### III. Rechtspolitische und rechtliche Fragestellungen

Die anhand einiger besonders bedeutsamer Beispiele exemplarisch beschriebene und rasant voranschreitende Entwicklung, Recht durch bloße, außerhalb entsprechender formalisierter Rechtssetzungsverfahren geschaffene Verhaltensregeln zu ersetzen, führt zu einer Vielzahl rechtlicher und rechtspolitischer Fragestellungen. Aufgrund des vorgegebenen Rahmens können all diese Fragen hier sicherlich nicht abschließend behandelt, oder gar beantwortet werden. Demzufolge muss an dieser Stelle die Darstellung der folgenden beispielhaften Überlegungen genügen:

- In Anbetracht der geschilderten Verlagerung eigentlich zu formalisierender Rechtssetzung auf außerparlamentarische Gremien bzw. Fachleute und teilweise sogar private Institutionen kann mit Fug und Recht von einem Outsourcing oder gar einer Privatisierung der Rechtssetzung gesprochen werden. An diese Feststellung schließt sich geradezu zwingend die Frage an, wo die rechtlichen Grenzen für ein derartiges Outsourcing der Gesetzgebung verlaufen. In rechtspolitischer Hinsicht wäre diesbezüglich endlich zu klären, welches Maß an Enthaltensamkeit und Delegation des Gesetzgebers in diesem Zusammenhang wünschenswert bzw. gerade noch tolerabel sein kann; dies gilt umso mehr in Anbetracht der Tatsache, dass, teils zumindest faktisch, sogar die strafrechtliche Relevanz des Handelns einzelner Personen nur noch von derartigem „Quasi-Recht“ abhängt, das der Konkretisierung seitens des Gesetzgebers geschaffener Generalklauseln dient. Ein besonders erschreckendes Beispiel stellen in diesem Zusammenhang die aktuellen Diskussionen in der juristischen Praxis über die Pflicht betreffend Compliance-Maßnahmen und die damit korrespondierenden unternehmensinternen Privatermittlungen dar, denn diese werden letztendlich nahezu ausschließlich durch die rechtlichen Berater, vulgo, die Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und deren Verbände geführt.<sup>18</sup>
- Eine weitere gefährliche Entwicklung in diesem Kontext tritt hinzu. Jedenfalls in der bank- und kapitalmarktrechtlichen Praxis, aber insbesondere auch der entsprechenden Forschung und Lehre, wurde trotz entsprechender (Warn-)Hinweise<sup>19</sup> bislang noch nicht hinreichend wahrgenommen, dass ein Paradigmenwechsel hin zu einer wachsenden Bedeutung des Strafrechts stattgefunden hat.<sup>20</sup> Dies führt dazu, dass in aktuellen Rechtssetzungsverfahren, aber insbesondere auch bei der Ersetzung von Recht durch Verhaltensregeln, die strafrechtlichen Konsequenzen des jeweiligen Vorhabens nach wie vor nicht, jedenfalls aber bei weitem nicht hinreichend berücksichtigt werden. Des Weiteren zeigt diese Entwicklung, dass auch<sup>21</sup> in diesem Zusammenhang durch die allzu kritiklose Adaption angloamerikanischer Rechtsvorstellungen noch nicht einmal die Diskussi-

---

<sup>17</sup> Frühzeitig bereits kritisch hierzu *Wastl*, in: Hücke (2003), 92, 102 f. sowie, dies vertiefend, *Schlitt*, DB 2007, 326.

<sup>18</sup> Siehe exemplarisch nur das Autorenverzeichnis zu *Hauschka* (Hg. 2010) sowie *Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland*, Prüfungsstandard 980, Grundsätze ordnungsmäßiger Prüfung von Compliance-Management-Systemen.

<sup>19</sup> *Wastl* (Fn. 17), 92, 97 f. sowie 106.

<sup>20</sup> *Wastl* (Fn. 7), 9, insb. 14 ff. sowie *Wastl*, ZfgKw 2008, 604.

<sup>21</sup> Vgl. hierzu auch unter dem Blickwinkel unternehmensinterner Privatermittlungen bereits den Beitrag von *Wastl* in diesem Band (Fn. 12) sowie *Wastl*, ZRP 2011, 57.

on darüber stattgefunden hat, ob und inwieweit diese Hinwendung zum verfehlten Glauben an die vermeintliche Präventivwirkung strafrechtlicher Sanktionen überhaupt mit dem deutschen bzw. kontinentaleuropäischen, traditionell auf präventiver Kontrolle basierenden Rechtssystem kompatibel ist.

- Generell offenbart diese Entwicklung ein aus Sicht der deutschen bzw. kontinentaleuropäischen Rechtstradition bestehendes Dilemma. Denn es wird in diesem Zusammenhang aufgrund eines seit ca. einem Jahrzehnt vermuteten und angeblich bestehenden Globalisierungsdrucks durch die Hintertür eine über Jahrhunderte hinweg gewachsene Rechtstradition ausgehöhlt, ja wohl sogar geopfert; und, als wäre dies noch nicht genug, geschah und geschieht all dies auch noch, ohne dass in Forschung und Lehre darüber auch nur die dringend gebotenen kritischen Diskussionen geführt worden wären.
- Durch das Aufeinanderprallen dieser unterschiedlichen juristischen Denkwelten, das namentlich auch in dem fortschreitenden Outsourcing bzw. zunehmend sogar der Privatisierung formalisierter Rechtssetzung durch die Schaffung bloßer Verhaltensregeln kulminiert, werden aus Sicht betroffener Unternehmen und Unternehmensleitungen sowohl erhebliche straf-, als auch haftungsrechtliche Risiken geschaffen. Verschärft wird diese Problematik dadurch, dass sich diese Risiken im Vergleich zum in sich geschlossenen angloamerikanischen Rechtsverständnis teils im luftleeren bzw. rechtsfreien Raum verwirklichen können.<sup>22</sup>

#### **IV. Erste Folgerungen betreffend die zukünftige Juristenausbildung**

Aus Sicht des Praktikers ist es angezeigt, zunächst lediglich einige erste Gedanken betreffend die aus dieser Entwicklung hin zur Ersetzung von Recht durch Verhaltensregeln mit Blickrichtung auf die neue Akzentuierung der Juristenausbildung sowie generell von Forschung und Lehre zu ziehenden Konsequenzen zu skizzieren. Hierbei wird sich zeigen, dass, auch unter dem Blickwinkel der Ersetzung von Recht durch Verhaltensregeln betrachtet, die bereits im Rahmen meines ersten Vortrags zu SEC-Ermittlungen in Deutschland<sup>23</sup> gefundenen Ergebnisse eine neuerliche Bestätigung erfahren. Allerdings werden diese namentlich durch eine weitere Komponente angereichert, nämlich das dringende Erfordernis einer Rückbesinnung der juristisch-wissenschaftlichen Lehre und Forschung auf ihre Stärke: Die im Idealfall von Interessen Dritter unabhängige Suche nach dem Wissen, wenn nicht sogar der Wahrheit!

Diesem, unter anderem auch als Weckruf aus der kritischen Rechtspraxis an die idealtypisch von Partikularinteressen unabhängige juristisch-wissenschaftliche Forschung und Lehre zu qualifizierenden Appell liegen aufgrund des vorgegebenen beschränkten Rahmens die folgenden, lediglich exemplarisch zu thematisierenden Überlegungen zugrunde:

- Zunächst ist festzuhalten, dass auch dieses Phänomen der Ersetzung von Recht durch Verhaltensregeln, soweit ersichtlich, bislang noch nicht zum Gegenstand der eigentlich gebotenen eingehenden juristisch-wissenschaftlichen Diskussion gemacht wurde. Es mag hierfür ein Bündel von Ursachen geben. Auffällig ist jedoch, dass sich insbesondere, aber keineswegs ausschließlich, im hier zu beurtei-

---

<sup>22</sup> Exemplarisch hierzu *Wastl* (Fn. 7), 9, insb. 13 ff. sowie *Wastl*, *ZfgKw* 2008, 604; vgl. in diesem Zusammenhang jedoch auch den aus heutiger Sicht geradezu anachronistisch anmutenden und vehement geführten publizistischen Schlagabtausch zwischen *Volk*, *BB* 1999, 66, *Volk*, *ZIP* 1999, 787, zum einen und *Schneider/Burgard*, *ZIP* 1999, 381, zum anderen, sowie kommentierend hierzu *Wastl* (Fn. 17), 92, 98.

<sup>23</sup> Beitrag von *Wastl* in diesem Band (Fn. 12).

lenden Bereich des Bank- und Kapitalmarktrechts in immer stärkerem Maß die Rechtspraxis mit der Rechtssetzung beschäftigt. Namentlich geschieht dies dergestalt, dass interessierte Rechtsanwaltskanzleien und große Wirtschaftsprüfungsgesellschaften sich in immer stärkerem Umfang im Bereich der klassischen Rechtssetzung<sup>24</sup>, aber insbesondere auch in der Form der Ersetzung von Recht durch Verhaltensregeln engagieren. Dieses Feld der Jurisprudenz wurde zumindest in den letzten zehn Jahren seitens der juristischen Forschung und Lehre zunehmend und in erschreckendem Umfang nahezu kampflos den Rechtspraktikern überlassen. Dies war und ist auch aus Sicht des kritischen Rechtspraktikers zu bedauern. Denn, wer all die Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer näher kennt, weiß allzu gut, dass ihr Handeln nachgerade zwingend und berufsbedingt an spezifischen (Partikular-)Interessen ausgerichtet ist. Wie nötig wäre hier der wissenschaftliche Kontrapunkt in Lehre und Forschung!

- Als eine der entscheidenden Ursachen der vorstehend beschriebenen Entwicklung zu qualifizieren ist es, dass die juristisch-wissenschaftliche Forschung und Lehre häufig auf die bloße Rechtsanwendung fixiert ist. Demgegenüber wäre es namentlich im Bereich des Bank- und Kapitalmarktrechts aus Sicht von Forschung und Lehre dringend erforderlich, bereits die Rechtssetzung sowie die noch weit gefährlichere Ersetzung von Recht durch in der Rechtspraxis geschaffene Verhaltensregeln kritisch zu hinterfragen und ausgehend von diesem Ansatzpunkt zumindest mitzugestalten. Hierzu bedarf es verstärkter Anstrengungen von Wissenschaft und Lehre, wenn nicht sogar eines generellen Umdenkens.
- In einem weiteren Bereich ist zudem eine grundlegende Neubestimmung unabdingbar! Gerade das Bank- und Kapitalmarktrecht zeigt, wie problematisch die klassische Dreiteilung zwischen Zivil-, öffentlichem und Strafrecht ist. Denn namentlich in diesem rechtlichen Umfeld findet die Ersetzung von Recht durch Verhaltensregeln immer häufiger nicht nur auf der Grundlage einseitiger Interessen statt, sondern auch in rechtlicher Hinsicht ist die diesbezügliche Rechtsgestaltung nicht, jedenfalls aber bei weitem nicht hinreichend, juristisch-interdisziplinär ausgestaltet. Es ist daher auch in diesem Zusammenhang ein interdisziplinärer Austausch zwischen den drei klassischen Bereichen deutscher Jurisprudenz unerlässlich, um aus Sicht der Praxis, somit insbesondere der Rechtsanwender, unhaltbare Risiken und Rechtskonsequenzen zu vermeiden.
- Vor diesem geschilderten Hintergrund ist es demzufolge auch dringend geboten, dass ein größerer Austausch zwischen juristischer Forschung und Lehre zum einen und der Rechtspraxis zum anderen stattfindet. Denn nur so kann auf Dauer vermieden werden, dass Forschung und Lehre zum oftmals zitierten Elfenbeinturm verkommen, während die Rechtspraxis, beispielsweise und insbesondere mit der Ersetzung von Recht durch Verhaltensregeln, den Gestaltungsspielraum, aber auch den bloßen Rechtsanwendungsfokus der juristischen Forschung und Lehre fortlaufend einschränkt und damit zu guter Letzt ad absurdum führt. Ein mahnendes Beispiel für diese Entwicklung stellen namentlich die Diskussionen der letzten

---

<sup>24</sup> So ist es zwischenzeitlich namentlich im kapitalmarktrechtlichen Bereich durchaus üblich, dass große Rechtsanwaltskanzleien durch Bundesministerien mit der Erstellung von Gesetzesvorlagen beauftragt werden. Demgegenüber stellen die im Rahmen des insbesondere auch kapitalmarktrechtlich motivierten Gesetzgebungsverfahrens, das letztendlich zu dem im Jahre 1998 in Kraft getretenen Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) führte, erstatteten Gutachten von *Wastl/Wagner/Lau* (1996/I) sowie von *Wastl/Wagner* (1997) lediglich einen ersten zurückhaltenden Schritt in diese Richtung dar.



Jahre im Hinblick auf Bedeutung und Tragweite der so genannten „Corporate-Compliance“ dar.

- Aus Sicht von Forschung und Lehre wäre vor diesem Hintergrund bereits die Erkenntnis, dass zwischenzeitlich hinsichtlich vieler Themenkomplexe ein weitestgehend einseitig verlaufender Konkurrenzkampf zwischen Rechtspraxis und Wissenschaft stattfindet, ein erster Ansatzpunkt, sich den tatsächlichen Herausforderungen zu stellen. Die Ersetzung von Recht durch Verhaltensregeln ist hier sicherlich nur eines der Beispiele, aber, wie ich meine, ein geradezu phänotypisches.

## V. Fazit

Was somit bleibt, ist die Erkenntnis, dass Forschung und Lehre sich bei weitem stärker auf ihre Führungsrolle besinnen sollten, ja sogar müssen. Es mag überraschen, dass dieses Plädoyer von einem Rechtspraktiker an die juristische Wissenschaft gerichtet wird, aber es ist der Hilferuf desjenigen, der zunehmend erkennen muss, dass die Rechtsanwendung durch vorgelagerte interessengesteuerte Einflussnahmen gerade – aber nicht nur – im Bereich des Bank- und Kapitalmarktrechts zunehmend der Gefahr unterliegt, zu einer bloßen Farce zu verkommen.

In Anbetracht des zu Beginn aus Gründen der Sachlichkeit in Frageform formulierten Postulats des Massenmörders nach Shakespeare kann die Antwort nach alledem nur lauten:

*Lasst sie nur leben, die Anwälte; denn von ihnen zu lernen und sie kritisch zu hinterfragen, heißt für Forschung und Lehre nicht mehr, aber auch nicht weniger, als wieder das Siegen zu lernen!*<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Vgl. aber auch kritisch zu tiefgreifenden Veränderungen im Hinblick auf das anwaltliche Selbstverständnis und Berufsbild *Westpfahl*, in: FS *Krämer* (2009), 149.

## Literaturverzeichnis

- Hauschka, Ch. E.*, Corporate Compliance – Handbuch der Haftungsvermeidung in Unternehmen, München 2. Aufl. 2010
- Hefermehl, W./Spindler, G.*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 3, München 3. Aufl. 2004
- Lutter, M.*, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 3, 1. Teillieferung (§ 161 AktG), Köln 3. Aufl. 2006
- Schlitt, Ch.*, Die strafrechtliche Relevanz des Corporate Governance Kodexes, DB 2007, 326
- Schneider, U. H./Burgard, U.*, Scalping als Insiderstraftat, ZIP 1999, 381
- Volk, K.*, Die Strafbarkeit von Absichten im Insiderhandelsrecht, BB 1999, 66
- Volk, K.*, Scalping strafbar?, ZIP 1999, 787
- Wastl, U.*, Der aktien- und kapitalmarktrechtliche Hintergrund der Fehlentwicklungen am deutschen Kapitalmarkt, in: Hücke (Hg.), Aktuelle Entwicklungen im Unternehmensrecht, Wiesbaden 2003, 92
- Wastl, U.*, Europäisierte Finanz- und Kapitalmärkte: Horrorszenario oder Trutzburg?, in: Institut für Bankrecht und Bankwirtschaft e.V. an der Universität Rostock (Hg.), Rostocker Schriften zum Bankrecht, Heft 12, 13. Rostocker Bankentag am 08.11.2007, Rostock 2008, 9
- Wastl, U.*, Europäisierte Finanz- und Kapitalmarktrechtssysteme: Ein gefährliches, aber notwendiges Übel!, ZfgKw 2008, 604
- Wastl, U./Litzka, P./Pusch, M.*, SEC-Ermittlungen in Deutschland – Eine Umgehung rechtsstaatlicher Mindeststandards!, NStZ 2009, 68
- Wastl, U.*, Unternehmensinterne Privatermittlungen in mittelständischen Unternehmen, NWB Steuer- und Wirtschaftsrecht 2010, 2221
- Wastl, U.*, Privatisierung staatsanwaltschaftlicher Ermittlungen, ZRP 2011, 57
- Wastl, U./Wagner, F./Lau Th.*, Der Erwerb eigener Aktien aus juristischer Sicht – Herleitung und Entwicklung von Vorschlägen für eine gesetzgeberische Reform, Frankfurt am Main 1996
- Wastl, U./Wagner F.*, Das Phänomen der wechselseitigen Beteiligungen aus juristischer Sicht – Herleitung von Vorschlägen für eine gesetzgeberische Reform, Frankfurt am Main 1997
- Westpfahl, M.*, Änderungen und Bedrohungen des anwaltlichen Berufsbildes, in: FS Krämer, Berlin 2009, 149

## Abkürzungsverzeichnis

AktG	=	Aktiengesetz
Aufl.	=	Auflage
BaFin	=	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAKred	=	Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen
BB	=	Betriebsberater
BGH	=	Bundesgerichtshof
BGHSt	=	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
bzw.	=	beziehungsweise
ca.	=	circa
DB	=	Der Betrieb
Fn.	=	Fußnote
FS	=	Festschrift
KK	=	Kölner Kommentar
KonTraG	=	Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
KWG	=	Kreditwesengesetz
Hg.	=	Herausgeber(in)
insb.	=	insbesondere
MaComp	=	Mindestanforderungen an die Compliance-Funktion und die weiteren Verhaltens-, Organisations- und Transparenzpflichten nach 31ff. WpHG für Wertpapierdienstleistungsunternehmen
MaRisk	=	Mindestanforderungen an das Risikomanagement
MüKo	=	Münchener Kommentar
m.w.N.	=	mit weiteren Nachweisen
NWB	=	NWB Steuer- und Wirtschaftsrecht
NStZ	=	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OLG	=	Oberlandesgericht

Rn.	=	Randnummer
SEC	=	Securities and Exchange Commission
vgl.	=	vergleiche
wistra	=	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WpHG	=	Wertpapierhandelsgesetz
Ziff.	=	Ziffer
ZfgKw	=	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
ZIP	=	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRP	=	Zeitschrift für Rechtspolitik