

Schriften zum europäischen, internationalen und
vergleichenden Unternehmensrecht

18

Johannes Rowold

**Pflichten und Handlungsmöglichkeiten
von Vorstandsmitgliedern bei
internationalen Normenkonflikten**



Nomos

Schriften zum europäischen, internationalen und
vergleichenden Unternehmensrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Ulrich Ehricke, Universität zu Köln

Prof. Dr. Jessica Schmidt, LL.M., Universität Bayreuth

Prof. Dr. Christoph H. Seibt, LL.M., Freshfields Bruckhaus
Deringer LLP

Band 18

Johannes Rowold

**Pflichten und Handlungsmöglichkeiten
von Vorstandsmitgliedern bei
internationalen Normenkonflikten**



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Hamburg, Bucerius Law School, Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6350-4 (Print)

ISBN 978-3-7489-0457-1 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Bucerius Law School in Hamburg im August 2019 als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten zum Großteil bis Oktober 2019 berücksichtigt werden.

Meinem Doktorvater, Professor Dr. *Christoph H. Seibt*, LL.M. (Yale), gebührt größter Dank – für die hervorragende Betreuung, insbesondere die Unterstützung im Bewerbungsverfahren für meinen Forschungsaufenthalt, die äußerst zügige Erstkorrektur und Erstellung des Erstgutachtens sowie anschließende Aufnahme in der von ihm mitherausgegebenen Schriftenreihen. Herrn Professor *Thilo Kuntz*, LL.M. (Chicago) bin ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens zu Dank verpflichtet -seine Anmerkungen wurden, sofern im Rahmen der Promotionsordnung möglich, vor der Drucklegung zum Großteil in Form weiterführender Hinweise berücksichtigt. Ich danke auch den weiteren Mitherausgebern, Herrn Professor Dr. *Ulrich Ebricke*, LL.M., M.A. und Frau Professor Dr. *Jessica Schmidt*, LL.M. (Nottingham), für die Aufnahme in ihre Schriftenreihe sowie Frau Professor Dr. Dr. h.c. mult. *Katharina Boele-Woelki* für die Unterstützung im Vorfeld der Bewerbung für meinen Auslandsaufenthalt an der University of California Los Angeles, der dankenswerterweise von der *Joachim Herz Stiftung* großzügig unterstützt wurde. Vor Ort dienten insbesondere Gespräche mit meinem dortigen Faculty Sponsor Professor *James Park* sowie den Professoren *Stephen Bainbridge* (ebenfalls UCLA Law) und *Elizabeth Pollman* (Loyola Law School Los Angeles) als Inspirationsquelle.

Dr. *Jonas Wittgens* bin ich dafür dankbar, dass er mein Interesse am Aktienrecht geweckt hat. Meinen Eltern, denen diese Arbeit gewidmet ist, danke ich für die Ermöglichung eines sorglosen Studiums und einer anschließenden Promotionszeit. Insbesondere meine Mutter war in den Endzügen der Bearbeitung mit geduldigem Korrekturlesen eine große Hilfe.

Hamburg im Oktober 2019

Johannes Rowold

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
Teil I: Die Aktiengesellschaft und internationale Normenkonflikte	26
A. Der Internationale Normenkonflikt – Definition und Dogmatik	26
I. Definition des Normenkonflikts	26
1. Normen	27
2. Konflikte	28
3. Unscheinbare Normenkonflikte	29
4. Ergebnis	31
II. Nähere Eingrenzung: Echte internationale Normenkonflikte	31
1. Ausklammerung von Normenkonflikten in rein privatrechtlichen Sachverhalten	32
2. Öffentlich-rechtliche Sachverhalte (Wirtschaftskontrollrecht)	33
a) Extraterritoriale Jurisdiktion und ihre völkerrechtliche Anerkennung	34
aa) Vom Territorialitäts- zum Wirkungsprinzip	37
bb) Personalitätsprinzip	38
cc) Schutzprinzip	40
dd) Gesamtbetrachtung der Anknüpfungsprinzipien – Konkurrenz statt Exklusivität	41
b) Durchsetzung extraterritorialer Jurisdiktion	43
aa) Öffnung und Unterstützung für fremde Hoheitsakte	44
bb) Persuasion	45
(1) Druckmittel	45
(2) Völkerrechtliche Zulässigkeit	46
c) Ergebnis	47
3. Lösungsansätze in Konfliktfällen im Bereich des Wirtschaftskontrollrechts	47
a) (Öffentlich-rechtliches) Kollisionsrecht	48
aa) Im deutschen Recht	48
(1) Keine spezifischen öffentlich-rechtlichen Kollisionsnormen	48

(2) Internationale Rechtfertigung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten im deutschen Recht	49
(3) Eingriffsnormen im IPR	51
bb) Im US-amerikanischen Recht	52
b) Konfliktlösung auf Exekutivebene	53
c) Konfliktvermeidende Auswirkungen bi- und multilateraler Abkommen	54
d) Völkerrechtliche Lösungsansätze	55
e) Ergebnis	56
4. Derzeitige Praxis in potentiell normenkonfliktträchtigen Rechtsgebieten	56
a) Kartellrecht	57
b) Außenwirtschaftsrecht	58
c) Datenschutzrecht	59
d) Kapitalmarktrecht	62
e) Ergebnis	63
5. Ergebnis	63
B. Kategorisierung und Spezifizierung von Normenkonflikten im Zusammenhang mit der Aktiengesellschaft	64
I. Unternehmensbezogene Normenkonflikte	64
1. Unternehmensbezogene Normenkonflikte in grenzüberschreitenden Konzernstrukturen	65
a) Konzernweit eskalierende Normenkonflikte	65
b) Gesellschaftsübergreifende Normenkonflikte	67
c) Ergebnis	68
2. Erstarben zu personalen Normenkonflikten	68
a) Das Unterscheidungskriterium – der vollständige Ausgleich etwaiger negativer Folgen	69
b) Sanktionsregress bei der Gesellschaft – Möglichkeit, Prozedere und Anspruch	69
aa) Gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit der Erstattung persönlicher Sanktionen der Vorstandsmitglieder	70
bb) Erstattungsanspruch	71
c) Ergebnis	72
3. Definition des unternehmensbezogenen Normenkonflikts	73

II. Personale Normenkonflikte	73
1. Binnen- und Außenpflichten des Vorstandsmitglieds	73
a) Binnenpflichten	74
b) Außenpflichten	75
2. Personale Normenkonflikte als echte Normenkonflikte	75
3. Abgrenzung zur bloßen Interessenkollision	76
4. Definition des personalen Normenkonflikts	77
C. Fazit Teil I	78
Teil II: Unternehmensbezogene Normenkonflikte	79
A. Die Legalitätspflicht und unternehmensbezogene Normenkonflikte	79
I. Die Legalitätspflicht nach herrschendem Verständnis	79
1. Definitionsgehalt der Legalitätspflicht	80
2. Schadensabwendungspflicht und Identität der Legalitätspflicht	81
a) Schutz der Gesellschaft vor Gefährdungen durch Gesetzesverstöße	82
b) Verhältnis zur Schadensabwendungspflicht	83
c) Ergebnis	84
3. Reichweite der Legalitätspflicht	84
a) Anerkannte Ausnahmen	84
b) Reichweite im Hinblick auf ausländisches Recht	85
aa) Auffassungen in der Literatur	85
bb) Auffassung der Rechtsprechung	86
cc) Ergebnis	87
4. Konzeption der Legalitätspflicht	87
5. Ergebnis	88
II. Relevanz der Legalitätspflicht bei unternehmensbezogenen Normenkonflikten	89
1. Die Vorfrage der Legalitätspflicht	89
a) Unternehmensbezogene Normenkonflikte ohne Legalitätspflicht	89
aa) Geschäftsleiterermessen	90
bb) Anwendung des Geschäftsleiterermessens auf unternehmensbezogene Normenkonflikte	92
cc) Ergebnis	93

b)	Unternehmensbezogene Normenkonflikte mit Legalitätspflicht bezüglich deutschen Rechts	93
aa)	Auseinanderfallen betriebswirtschaftlicher Vernunft und gebotenen Verhaltens	94
bb)	Rechtfertigungsmöglichkeit	94
cc)	Vermeidungsstrategie aus rein praktischer Sicht	96
(1)	Abstimmung des Verhaltens zwischen Vorstand und Aufsichtsrat	96
(2)	Zustimmung der Hauptversammlung	97
(3)	Ergebnis	98
dd)	Ergebnis	98
c)	Unternehmensbezogene Normenkonflikte mit gleichrangiger Legalitätspflicht	99
aa)	Vergleichbare Entscheidungssituation wie im Falle gänzlich fehlender Legalitätspflicht	99
bb)	Ordre Public-Vorbehalt	100
cc)	Ergebnis	100
d)	Zusammenfassung der Ergebnisse	101
2.	Drohende Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Legalitätspflicht	101
a)	Schadensersatz und das Problem der Vorteilsansrechnung	102
aa)	Keine Frage des rechtmäßigen Alternativverhaltens	102
bb)	Vorteilsanrechnung bei nützlichen Gesetzesverletzungen	103
b)	Bestellungswiderruf	107
c)	Anstellungsvertragliche Konsequenzen	109
d)	Rechtliches Restrisiko als Verhaltenssteuerung (insbesondere Erstattungsanspruch)	111
e)	Strafrechtliche Bewertung	112
f)	Ergebnis	113
3.	Ergebnis	113
III.	Begründungsbedürfnis der Legalitätspflicht	114
1.	Fehlende grammatikalische Verankerung	114
2.	Keine systematische Herleitung aus § 93 Abs. 4 S. 1 AktG	115
3.	Keine rechtsstaatliche Selbstverständlichkeit	117
4.	Kein zwingendes Ergebnis einer historischen Gesetzesexegese	117

5. Keine Herleitung aus der Allgemeinwohlbindung der Geschäftsleitung im Aktiengesetz	118
a) Normative Anknüpfungen an das Allgemeinwohl im Aktiengesetz	118
b) Allgemeinwohlbindung aufgrund der Zielkonzeption der Aktiengesellschaft	120
6. Unklarheiten im Hinblick auf Reichweite und Konzeption	121
7. Ergebnis	121
IV. Fazit	121
B. Die Legalitätspflicht – Rechtsvergleich und dogmatische Grundlage	122
I. Rechtsvergleich zum US-Recht als Argumentationsquelle	122
1. Wahl des Rechtsvergleichs als Methode	122
2. US-Recht als Vergleichsmaßstab	123
a) US-amerikanisches Gesellschaftsrecht	123
b) Corporate Governance Struktur	123
c) Strukturelle Vergleichbarkeit bezüglich der Legalitätspflicht	125
aa) Vergleichbare Rechtslage und vergleichbares Begründungsbedürfnis	126
bb) Vergleichbare Relevanz im Hinblick auf die Rechtsfolgen eines Pflichtenverstößes	127
cc) Ergebnis	129
d) Vergleichbarkeit vor dem Hintergrund der historischen Entwicklung des deutschen Aktienrechts im Verhältnis zum US-Recht	129
e) Sonstige Eignung und Relevanz als Vergleichsmaßstab	130
f) Ergebnis	131
3. Die Legalitätspflicht im US-amerikanischen Recht	131
a) Ablehnung der Legalitätspflicht in der US- amerikanischen Literatur	132
b) Begründung der Legalitätspflicht – Good Faith- Doktrin der Rechtsprechung	133
c) Rezeption der Good Faith-Doktrin in der Literatur	135
4. Unternehmensbezogene Normenkonflikte – Konzeption der Legalitätspflicht im US-Recht	137
a) Marihuana-Industrie in den USA – Praxis eines unscheinbaren Normenkonflikts	137

b) Reichweite und Konzeption der Legalitätspflicht	139
aa) Reichweite im Hinblick auf ausländisches Recht und die Public Policy	139
bb) Subjektivität und Spielraum für Einzelfallentscheidungen	141
cc) Gezielte Gleichsetzung mit natürlicher Person	143
dd) Schlussfolgerungen für den Umgang mit unternehmensbezogenen Normenkonflikten	144
5. Ergebnis des Rechtsvergleichs	145
II. Dogmatische Herleitung unter Berücksichtigung der Ergebnisse des Rechtsvergleichs	146
1. Ablehnung der Legalitätspflicht als Ausgangspunkt der Untersuchung	146
2. Rechtsökonomische Effizienz und Verhaltenssteuerung	147
a) Grundsätzlich wünschenswerte Effekte durch die Legalitätspflicht	147
b) Ökonomische Effizienz als Auslegungsinstrument	148
c) Ausnahmefälle und unternehmensbezogene Normenkonflikte	149
d) Ergebnis	150
3. Keine unmittelbare Übertragung der Good Faith-Doktrin	150
4. Einheit der Rechtsordnung	151
a) Verfassungsmäßige Vorgaben bezüglich der Einheit der Rechtsordnung	152
b) Gesetzgeberische Entscheidung zu Rechtsgeschäft und staatlicher Wirtschaftsordnung	152
aa) Keine unmittelbare Anwendung von §§ 134, 138 BGB im Rechtsverhältnis zwischen Vorstand und Gesellschaft	153
bb) Grenzen der möglichen Gesellschaftstätigkeit als Grenzen des Vorstandshandelns	154
(1) Satzungsbindung des Vorstands	155
(2) Legalitätspflicht als Folge der gesetzgeberisch gebilligten Gesellschaftstätigkeit	156
c) Ergebnis	157
5. Reichweite und Konzeption	157
a) Gesellschaftstätigkeit und Verbotsgesetze	158
aa) Anerkennung von Verbotsgesetzen im Zusammenhang mit der Gesellschaftstätigkeit	158

bb) Verbotsgesetze im Lichte der schuldrechtlichen Unmöglichkeit – Systematik und Telos	160
cc) Ordnungswidrigkeiten und Verbotsgesetze	162
dd) Restriktive Anwendung des § 134 BGB	163
b) Gesellschaftstätigkeit und Sittenwidrigkeit	163
aa) Das Verhältnis von Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit	163
bb) Validierung dieser Konzeption der Legalitätspflicht anhand der Sittenwidrigkeit	165
(1) Etwaige Bedenken hinsichtlich der Rechtssicherheit	166
(2) Subjektivität der Rechtsverletzung	166
(3) Umgang mit Vertragsverletzungen	167
(4) Verletzung reformbedürftiger Rechtsstrukturen	169
(5) Etwaige Diskrepanzen zu sonstigen Vorschriften des AktG	170
cc) Ergebnis	171
c) Gesellschaftstätigkeit und ausländische Rechtsvorschriften	171
aa) Internationale Wohlverhaltenspflicht wegen Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes	172
bb) Internationale Wohlverhaltenspflicht wegen des Prinzips der Rechtsautorität und eines Interessengleichlaufs	173
cc) Ergebnis	175
6. Ergebnis und Konzeption der Legalitätspflicht	175
III. Schlussfolgerungen für die Legalitätspflicht bei unternehmensbezogenen Normenkonflikten	176
1. Grundsätzlich keine Legalitätspflicht hinsichtlich ausländischen Rechts bei unternehmensbezogenen Normenkonflikten	176
2. Ausnahmen von der Legalitätspflicht hinsichtlich deutschen Rechts	176
a) Verbotsgesetze	177
b) Spezifisches Abwägungsprogramm	177
c) Ergebnis	178
3. Keine Pflicht zur Verletzung deutschen Rechts	179
4. Rechtsvergleichende Betrachtung der Behandlung unternehmensbezogener Normenkonflikte	180

IV. Fazit	180
C. Bewältigung unternehmensbezogener Normenkonflikte	181
I. Konkrete Handlungspflichten bei unternehmensbezogenen Normenkonflikten auf Vorstandsebene	181
1. Identifizierung als echter unternehmensbezogener Normenkonflikt	181
2. Überprüfung der Legalitätspflicht	182
3. Entscheidung auf Grundlage angemessener Informationen und Sanktionsregress	183
4. Der Sonderfall unscheinbarer Normenkonflikte	183
5. Auflösung praxistypischer unternehmensbezogener Normenkonflikte (Einführungssachverhalte 1 und 3)	184
a) Datenschutzrecht und US-behördliches Auskunftsverlangen – Einführungssachverhalt 1	185
aa) Identifizierung als echter unternehmensbezogener Normenkonflikt	185
bb) Überprüfung der Legalitätspflicht	186
(1) Verbotsgesetz	186
(2) Anwendung des Abwägungsprogrammes	187
cc) Unternehmerische Entscheidung auf Grundlage angemessener Informationen	188
b) Außenwirtschaftsrecht – Einführungssachverhalt 3	188
aa) Identifizierung als echter unternehmensbezogener Normenkonflikt	188
bb) Überprüfung der Legalitätspflicht	189
(1) Verbotsgesetz	189
(2) Anwendung des Abwägungsprogrammes	189
cc) Sonstige Handlungsmöglichkeiten	190
6. Ergebnis	191
II. Spezifische Besonderheiten für den Vorstand einer Tochtergesellschaft	191
1. Weisungen	192
a) Vertragskonzern	192
b) Faktischer Konzern	193
2. Gesellschaftsübergreifende Normenkonflikte und die Legalitätspflicht	193

III. Organisations- und Überwachungspflichten im Hinblick auf unternehmensbezogene Normenkonflikte	194
1. Gesellschaftsbezogene Organisations- und Überwachungspflichten	195
a) Legalitätskontrollpflicht als Derivat der Legalitätspflicht	195
b) Sensibilität für unternehmensbezogene Normenkonflikte bei der Risikoanalyse	196
c) Handlungsanweisungen zur Auflösung unternehmensbezogener Normenkonflikte	197
2. Compliance-Organisation im Konzern	198
a) Keine echte Legalitätskontrollpflicht im Konzern	198
b) Schlussfolgerungen für Vorstandspflichten im Hinblick auf die Auflösung unternehmensbezogener Normenkonflikte in Tochtergesellschaften	200
aa) Grundsätzlich weiter Handlungsspielraum bei Handlungspflicht	201
bb) Besonderheiten bei extensiver Anwendung des § 130 OWiG	202
c) Ergebnis	203
D. Fazit Teil II: Überblick Pflichten und Handlungsmöglichkeiten	204
I. Einfacher unternehmensbezogener Normenkonflikt	204
II. Konzernrechtliche Besonderheiten aus Sicht der Konzernmuttergesellschaft	205
III. Konzernrechtliche Besonderheiten aus Sicht einer deutschen Tochtergesellschaft	206
Teil III: Personale Normenkonflikte	207
A. Personale Normenkonflikte und das Pflichtengefüge der Vorstandsmitglieder	207
I. Der typische personale Normenkonflikt und die Binnenpflichten	207
1. Keine verlässliche Deeskalation durch Ressortänderung	208
2. Rechtsgeschäftlich nicht abdingbare Vorstandspflichten	209
3. Kein Fall der „Legalitätspflicht“	209
4. Ergebnis	210
II. Allgemeine Lehre zum Umgang mit Pflichtenkollision	210
1. Kollision von Binnenpflichten innerhalb einer Gesellschaft	211

2. Kollision von Binnenpflichten beim Vorstandsdoppelmandat	212
3. Umgang mit Pflichtenkollisionen zwischen Binnen- und Außenpflicht	214
aa) Rechtsprechung zur Pflichtenkollision zwischen § 92 Abs. 2 AktG und § 266a StGB	214
bb) (Bloße) Indizwirkung der strafrechtlichen Absicherung von Pflichten	215
cc) Besonderheiten bei ausländischen (strafrechtlich abgesicherten) Außenpflichten	215
4. Ergebnis	216
III. Fazit und Gang der weiteren Untersuchung	216
B. Ausschluss der Binnenpflicht nach allgemeinem Schuldrecht	217
I. Anwendungsbereich des § 275 BGB	217
II. Voraussetzungen	218
1. Keine Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB)	219
a) Keine Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen als Recht	219
b) Regelmäßig kein Fall tatsächlicher Unmöglichkeit wegen Vorrangs des eigenen Rechts	221
c) Ergebnis	222
2. Kein grob unverhältnismäßiger Leistungsaufwand (§ 275 Abs. 2 BGB)	222
3. Persönliche Unzumutbarkeit (§ 275 Abs. 3 BGB)	223
a) Die ausländische Vorschrift als Leistungshindernis	224
aa) Der definitorische Unterschied zwischen Aufwand und Hindernis	224
bb) Maßgeblichkeit des Entscheidungskonflikts	224
cc) Keine Ausweichmöglichkeiten	225
b) Die Abwägung im Einzelnen	225
aa) Regelmäßig keine Unzumutbarkeit bei Möglichkeit des Sanktionsregresses	226
bb) Haftstrafen, Einreisehindernisse und sonstige einschneidende Maßnahmen bei geringer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Geschäftsleitung	227
cc) Ausnahmsweises Überwiegen des Gesellschaftsinteresses	228
(1) Regelmäßige Irrelevanz des Vertretenmüssens	228

(2) Außerordentliche Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Geschäftsleitung	230
(a) Angemessene Maßnahmen zur Milderung der Auswirkungen einer Leistungsbefreiung unter regelmäßiger Beteiligung des Aufsichtsrats	230
(b) Berücksichtigung der ultima ratio	233
c) Ergebnis	234
III. Rechtsfolgen eines Leistungsausschlusses	234
1. Rechtsfolgen im Organverhältnis – Schadensersatzanspruch der Gesellschaft	236
2. Rechtsfolgen im anstellungsvertraglichen Verhältnis – Kein eigener Anspruch auf Schadensersatz und Schicksal der Vorstandsvergütung	237
a) Schadensersatzansprüche im Anstellungsverhältnis	237
b) Die Befreiung von der Gegenleistungspflicht (§ 326 Abs. 1 BGB)	237
aa) Kein Fall des § 326 Abs. 2 BGB oder § 615 Abs. 1 S. 3 BGB	238
bb) § 616 S. 1 BGB – Vorübergehende Leistungshindernisse	238
(1) Tatbestand des § 616 S. 1 BGB	239
(2) Anwendung auf partielle Pflichtenbefreiung	241
(3) Keine praktische Relevanz der zeitlichen Begrenzung von § 616 S. 1 BGB	242
cc) Ergebnis	243
3. Sonstige Rechtsfolgen: Sanktionierung der Einredeerhebung durch Blocking Statutes und möglicher Erstattungsanspruch	243
4. Ergebnis	245
IV. Ultima ratio: Beendigung des Organverhältnisses	245
1. Alternativlosigkeit der echten Beendigung des Vorstandsamtes	246
a) Keine einvernehmliche Dienstbefreiung oder Suspendierung	246
b) Keine Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern als Stellvertreter (§ 105 Abs. 2 AktG)	247
2. Schicksal der Vorstandsvergütung und des Anstellungsvertrags	248

Inhaltsverzeichnis

3. Wiederbestellung als Vorstandsmitglied nach Wegfall des Leistungshindernisses	250
4. Ergebnis	251
C. Bewältigung personaler Normenkonflikte	251
I. Handlungsmöglichkeiten und Pflichten	252
1. Identifizierung als echter personaler Normenkonflikt	252
2. Überprüfung und Geltendmachung der Einrede aus § 275 Abs. 3 BGB	252
3. Maßnahmen nach Beendigung des personalen Normenkonflikts	254
II. Besonderheiten beim Aufeinandertreffen eines personalen und unternehmensbezogenen Normenkonflikts	254
III. Auflösung eines praxistypischen personalen Normenkonflikts (Einführungssachverhalt 2)	256
IV. Ergebnis	256
D. Fazit Teil III	256
Zusammenfassung in Thesen	258
Literaturverzeichnis	267

Einleitung

Unternehmen sind im Zuge der Globalisierung in den letzten Jahrzehnten wesentlich internationaler geworden. Das betrifft nicht nur die Erstreckung des operativen Geschäfts über die Landesgrenzen hinaus, sondern auch die personelle Besetzung der maßgeblichen Funktionen. Insbesondere die Vorstände weltweit agierender Konzerne sind längst nicht mehr rein national besetzt; zudem ist ein allein im Inland operierender DAX-Konzern kaum denkbar. Die Mitglieder des Vorstands dieser Gesellschaften sind gemäß § 93 Abs. 1 S. 1 AktG verpflichtet ihre Geschäftsführung im weiteren Sinne mit der gebotenen Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters auszuüben. Zum Verhaltensstandard wird von der ganz herrschenden Meinung eine (i) Zweckförderungspflicht (in aller Regel abzielend auf Gewinnmaximierung),¹ (ii) eine Treuepflicht persönliche Interessen bei unternehmerischen Entscheidungen auszuklammern,² (iii) eine sowohl horizontale (gegenseitige) als auch vertikale Überwachungspflicht³ sowie (iv) eine umfassende Pflicht für ein stets legales Verhalten der Gesellschaft zu sorgen (Legalitätspflicht)⁴ gezählt. Dieses breite, infolge der Finanzkrise noch wesentlich stärker in den Fokus von Praxis und Rechtswissenschaft gerückte Pflichtengefüge führt jedoch in bestimmten internationalen Sachverhalten, die in dieser Abhandlung unter dem näher zu umreißenen Oberbegriff der internationalen Normenkonflikte behandelt werden, zu rechtlichen Problemen. Der zu behandelnde Themenkreis lässt sich am besten anhand der drei folgenden Einführungssachverhalte veranschaulichen:

Einführungssachverhalt 1⁵

Gegen einen in Form einer deutschen Aktiengesellschaft inkorporierten Automobilhersteller und dessen Tochterunternehmen wird seitens diver-

1 Vgl. zum Überblick *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit, § 93 Rn. 5 m.w.N.

2 Vgl. zum Überblick *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 113 ff. m.w.N.

3 Vgl. zum Überblick *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, § 93 Rn. 94 ff. m.w.N.

4 Vgl. zum Überblick *Koch*, in: Hüffer/Koch, § 93 Rn. 6 ff. m.w.N.

5 Angelehnt an *Seibt*, in: ZIP 2016, Beilage zu Heft 22, 73 (75). Siehe auch *Werkmeister/Mirza-Khanian*, CCZ 2016, 98 (99). Das Beispiel basiert auf einem wahren Sachverhalt, siehe N.N., Abgasaffäre. VW verärgert die US-Justiz, SZ Online, 08. Januar

ser US-amerikanischer Behörden wegen „betrügerischer“ Nutzung einer Software bei der Abgasregelung seiner Autos ermittelt. Im Rahmen dieser Ermittlungen fordert die zuständige Behörde die Herausgabe von bestimmten E-Mail und Einsicht in diese. Wenn die Gesellschaft dieser Informationsübermittlungspflicht nicht nachkommt, drohen empfindliche Bußgelder sowohl für die persönlich Beteiligten als auch für das Unternehmen selbst. Auf der anderen Seite verbietet jedoch das europäische Datenschutzrecht explizit die Herausgabe dieser E-Mails, die umfangreiche personenbezogene Daten beinhalten. Die Verletzung einer der Rechtsordnungen ist auch nach umfangreichen Kooperationsbemühungen mit den zuständigen Behörden unausweichlich. Den mit der Entscheidung betrauten Vorstand der Gesellschaft trifft nach herkömmlichem Verständnis eine Legalitätspflicht, wonach er dazu angehalten ist, für ein Handeln der Gesellschaft im Einklang mit sämtlichen sie adressierenden Rechtspflichten zu sorgen. Die überwiegende Auffassung scheint in der Regel nicht zwischen in- und ausländischen Gesetzesverstößen zu differenzieren, so dass unklar ist, welche Handlungsmöglichkeiten dem Vorstand zulässigerweise offenstehen.

Einführungssachverhalt 2 ⁶

Einem Vorstandsmitglied mit US-amerikanischer Staatsbürgerschaft ist es aufgrund seiner Nationalität nach US-Recht unter Androhung einer Haftstrafe verboten, Geschäfte mit dem Iran zu unterstützen.⁷ Die deutsche Aktiengesellschaft, deren Vorstand er angehört, ist hingegen gesetzlich in keiner Weise gehindert, mit dem Iran bestimmte Geschäfte einzugehen⁸ und es bietet sich konkret eine erfolgsversprechende Gelegenheit, die vom übri-

2016, abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/abgasaffaere-vw-veraerrgert-die-us-justiz-1.2811197>, zuletzt abgerufen am 30.9.2019.

6 Angelehnt an *S. H. Schneider*, NZG 2009, 1413 (1414); auch *Seibt*, ZIP 2016, Beilage zu Heft 22, 73 (74).

7 Vgl. §§ 560.208, 560.701 Iranian Transactions and Sanctions Regulations (ITSR).

8 Dies entspricht der Rechtslage vor Ankündigung der USA aus dem Joint Comprehensive Plan of Action (JCPOA) auszusteigen. Nunmehr ist nach Ablauf einer bestimmten Frist davon auszugehen, dass sich die Iran-Sanktionen der USA auch gegen deutsche Unternehmen selbst richten, vgl. zum Ganzen ein Memorandum der zuständigen US-Behörde, aktualisiert am 06. August 2018, abrufbar unter https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/jcpoa_winddown_faqs.pdf, zuletzt abgerufen am 30.9.2019. Dass im Ergebnis über einen weiteren Zwischenschritt (Blocking Statute) diese Gesetzesänderung auf das eigentliche Phänomen dieser Art von Normenkonflikten praktisch kaum Auswirkungen hat, zeigt sich in Teil III Abschnitt C.II.

gen Vorstand aus rein betriebswirtschaftlicher Sicht auch stark befürwortet wird. Das US-amerikanische Vorstandsmitglied steht nun vor dem Problem, dass ihm seine vorstandsrechtliche Treuepflicht verbietet, die persönlichen Folgen einer Unterstützung des Irangeschäfts vor die unternehmerische Entscheidung zu stellen. Nach seiner Zweckförderungspflicht wäre das Vorstandsmitglied zudem verpflichtet, die entsprechende Transaktion zu unterstützen, während die horizontale Überwachungspflicht es verbietet, sich aus der in Frage stehenden Transaktion gänzlich herauszuhalten. Allerdings wird genau dies von der zuständigen US-Behörde als notwendig erachtet.⁹ Damit ist fraglich, inwieweit sich diese Embargovorschriften auf die Binnenpflichten auswirken.

Einführungssachverhalt 3¹⁰

Die deutsche Tochtergesellschaft eines US-amerikanischen Zahlungsdienstleisters verweigert einem Kunden, der einen Online-Eintrittskartenverkauf betreibt, die weitere Nutzung des Zahlungssystems, weil dieser die Nutzung dieses Systems unter anderem auch bei dem Verkauf von Eintrittskarten für die Aufführung einer kubanischen Tanzgruppe anbietet. Die Verweigerung wird auf eine US-Embargovorschrift gestützt, die es unter Straf- und Bußgeldandrohung für die US-amerikanische Muttergesellschaft auch der (hundertprozentigen) Tochtergesellschaft verbietet, bestimmte Rechtsgeschäfte in Bezug auf kubanische Waren zu unterstützen.¹¹ Der Kunde des Zahlungsdienstleisters erwirkt vor dem zuständigen Landgericht jedoch eine einstweilige Verfügung, die es auf Grundlage der Wertungen der EG VO Nr. 2271/96¹² der deutschen Tochtergesellschaft gegen Geldbuße verbietet, der amerikanischen Embargovorschrift nachzukommen. Ebenso wie im Einführungssachverhalt 1 ist nunmehr unklar, für die Einhaltung welchen rechtlichen Gebots die Geschäftsleitung Sorge zu tragen hat.

9 Siehe FAQ der zuständigen US-Behörde vom 16.12.2016, abrufbar unter https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Documents/jcpoa_faqs.pdf, zuletzt abgerufen am 30.9.2019.

10 Angelehnt an LG Dortmund, Urt. v. 15.1.2016 (Az. 3 O 610/15), BeckRS 2016, 03046.

11 Vgl. LG Dortmund, Urt. v. 15.1.2016 (Az. 3 O 610/15), BeckRS 2016, 03046, allerdings ohne Bezugnahme auf konkrete Vorschriften.

12 Näher dazu Teil I Abschnitt A.II.4.b).

Aktualität des Themas und derzeitiger Forschungsstand

Bei sämtlichen Einföhrungssachverhalten sehen sich die Aktiengesellschaft oder deren Vorstandsmitglieder zwei miteinander unvereinbaren Normbefehlen unterschiedlicher Länder ausgesetzt. Sie beruhen auf realen Sachverhalten¹³ und stellen wohl keineswegs Einzelfälle dar, denn bemerkenswerterweise scheint in jüngerer Zeit dem Trend des stetig größer werdenden Welthandels¹⁴ eine außenpolitische Isolierung einzelner wirtschaftlicher Gromachte entgegenzulaufen. Das äußert sich nicht nur in Form von klassischen Handelskriegen mit Strafzöllen, sondern es werden umfassende Vorschriften erlassen, die nicht nur den jeweils inländischen Unternehmen und ihren Organmitgliedern bestimmte Geschaftbeziehungen unter Androhung ernstzunehmender Sanktionen verbieten. Doch diese insbesondere von der USA praktizierte Embargopolitik stößt auf Gegenwehr: Einerseits von den sanktionierten Staaten selbst,¹⁵ andererseits durch einzelne Staaten und die EU, die abweichende Sanktionsprogramme haben und sich durch die extraterritoriale Erstreckung in ihrer Souveränität verletzt fühlen.¹⁶ Damit wird die Außenpolitik zunehmend verrechtlicht. Das macht sich unter anderem durch Berichte über europäische Unternehmen, die im Hinblick auf bestimmte grenzüberschreitende Geschaftszie-

13 Bezüglich Einföhrungssachverhalt 2 lässt sich zwar keine entsprechende Gerichtsentscheidung oder konkrete Berichterstattung angeben, allerdings findet sich eine Schilderung dieser Sachverhaltskonstellation vermehrt von Vertretern der einschlägigen Rechtsberatungspraxis in der Literatur wieder (siehe Nachweise in Fn. 6).

14 Der weltweite Warenexport hat sich zwischen den Jahren 1960 und 2018 um mehr als den Faktor 18 vergrößert. Siehe ausföhrlich dazu Bundeszentrale für politische Bildung, Entwicklung des grenzüberschreitenden Warenhandels, 4.4.2018, abrufbar unter <http://www.bpb.de/nachschlagen/zahlen-und-fakten/globalisierung/52543/entwicklung-des-warenhandels>, zuletzt abgerufen am 30.9.2019.

15 Das lässt sich besonders am Beispiel von Sanktionen der USA gegen Russland demonstrieren. Russland hat auf diese Sanktionen mit Gegensanktionen reagiert, die unter anderem die Befolgung der US-Sanktionen ihrerseits verbieten, so dass (deutsche) Unternehmen, die mit beiden Ländern Handel treiben, vor einem Dilemma stehen. Darüber berichtet etwa *Steiner*, Deutsche Unternehmen fürchten Russlands Rache, Welt Online, 28.05.2018, abrufbar unter <https://www.welt.de/wirtschaft/article176731353/Sanktionen-Unternehmer-zittern-vor-russischer-Gegenreaktion.html>, zuletzt abgerufen am 30.9.2019.

16 Damit sind insbesondere Blocking Statutes gemeint, also Normen, die explizit die Befolgung ausländischer Embargomanahmen verbieten um die eigenen, europäischen Auenhandelspolitik zu schützen, siehe näher dazu Teil I Abschnitt A.II.3.a)bb).

hungen vor einem rechtlichen Dilemma stehen, bemerkbar. Eine solche Erstreckung der Regulierung ist jedoch mitnichten auf die außenwirtschaftlichen Beziehungen beschränkt, sondern lässt sich auch etwa in den Bereichen des Kapitalmarktrechts, Kartellrechts bis hin zum Datenschutzrecht beobachten. Problematisch ist dabei, dass auch hier zum Teil ohne kooperative Abstimmung (vor allem mit dem transatlantischen Handelspartner USA) auf nationale oder zumindest europäische Einzellösungen zurückgegriffen wird – sei es, weil die internationalen Implikationen der jeweiligen Regelung schlicht verkannt wurden, oder weil es an Kompromissbereitschaft bezüglich der hinter der jeweiligen Regulierung stehenden Wertungen mangelt.

Während sich Kollisionen widersprüchlicher Normen innerhalb einer Rechtsordnung immer in die eine oder andere Richtung auflösen lassen, gestaltet sich dies vor allem in der Praxis auf der internationalen Bühne wesentlich schwieriger. Das bekommen vor allem Unternehmen zu spüren, denn letztlich sind es primär sie, die über die Jurisdiktionsgrenzen hinweg agieren und sich so dem Risiko rechtlicher Konfliktsituationen aussetzen. Umso verwunderlicher ist es, dass sich die Rechtswissenschaft, sowohl im In- als auch im Ausland, bisher allenfalls im Bereich des Öffentlichen Rechts beziehungsweise Völkerrechts vertieft mit diesem Phänomen auseinandergesetzt hat.¹⁷ Dort gerät jedoch die Perspektive des jeweiligen Normenadressaten völlig aus dem Blick. Zu Unrecht, denn wie die Einführungssachverhalte eindrucksvoll zeigen, stellt hier die Frage nach den Pflichten und Handlungsmöglichkeiten der Geschäftsleitung das aktienrechtliche Vorstandsrecht nach seinem herkömmlichen Verständnis vor eine Herausforderung. Nur sehr vereinzelt wurde diese Thematik in der jüngeren Zeit in kürzeren Zeitschriftenbeiträgen¹⁸ und als Nebenpunkt einer Dissertation¹⁹ aufgegriffen. Eine schwerpunktmäßige, monographische Auseinandersetzung ist unterblieben; diese Lücke soll nun gefüllt werden.

17 Siehe exemplarisch *Kment*, Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln, 2010, S. 202 ff.; *Ohler*, Die Kollisionsordnung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2005, S. 15 ff.; *Bareiß*, Pflichtenkollisionen im transnationalen Beweisverkehr, 2014, S. 164 ff.

18 *S. H. Schneider*, NZG 2009, 1413; *Seibt*, ZIP 2016, Beilage zu Heft 22, 73; *Werkmeister/Mirza-Khanian*, CCZ 2016, 98.

19 *Mabret*, Pflichtenkollisionen von Geschäftsleitern, 2017, S. 187 ff.

Die Untersuchung – Fragestellung, Methodik und Fortgang

Die Abhandlung befasst sich folglich mit der Frage nach den Handlungsmöglichkeiten und Pflichten der Vorstandsmitglieder, wenn sie oder die Gesellschaft einem internationalen Normenkonflikt ausgesetzt sind. Sie ist dementsprechend allein *de lege lata* ausgerichtet, so dass hinsichtlich der Methodik primär auf die klassische Rechtsdogmatik zurückgegriffen wird und nur an vereinzelter Stelle auch auf einen Rechtsvergleich mit dem US-Gesellschaftsrecht rekurriert wird.²⁰

Eingangs stellt sich die Frage, was für die Zwecke dieser Abhandlung genau unter einem Normenkonflikt zu verstehen ist, und vor allem, wie solche im völkerrechtlichen und kollisionsrechtlichen Gefüge überhaupt entstehen können. Damit befasst sich Teil I. An der dort vorzunehmenden Kategorisierung in *unternehmensbezogene* und *personale Normenkonflikte* orientiert sich der weitere Aufbau: Für die jeweiligen Kategorien werden in Teil II und III die Rechtslage im Hinblick auf die Vorstandspflichten und darauf aufbauend die konkreten Handlungsmöglichkeiten erörtert. Dabei wird immer wieder zur Orientierung auf die Einführungssachverhalte als prototypische Fälle von Normenkonflikten Bezug genommen.

Die Betrachtung der zugrundeliegenden Rechtslage liegt im Fokus der Abhandlung, denn letztlich ist allein darin die Möglichkeit für eine verlässliche Antwort zu sehen. Ohne zu viel vorwegzunehmen befasst sich die Untersuchung schwerpunktmäßig einerseits mit der Legalitätspflicht (Teil II) und andererseits mit dem Umgang mit persönlichen Leistungshindernissen im Vorstandsrecht (Teil III). Letzterer Aspekt hat im Hinblick auf das Aktienrecht zwar relativ wenig Beachtung erfahren, ist jedoch nicht zuletzt aufgrund der Involvierung des allgemeinen Schuldrechts sehr technisch und rechtsordnungsspezifisch geprägt, so dass der zusätzliche Rückgriff auf rechtsvergleichende, rechtsökonomische oder rechtsgeschichtliche Methodik keinen großen Erkenntnisgewinn im Hinblick auf die Forschungsfrage verspricht. Die Legalitätspflicht hat hingegen in der aktienrechtlichen Literatur relativ viel Beachtung gefunden, jedoch meist nur mit der Feststellung ihrer allgemeinen Anerkennung. Ihr dogmatisches Fundament ist weitestgehend ungeklärt und wird bis auf wenige Ausnahmen in der deutschen Literatur und Rechtsprechung bisher allenfalls rudi-

20 Die Einbeziehung des US-Rechts wird darüber hinaus auch an anderer Stelle relevant, bezieht sich jedoch dann auf die Darstellung des Problems eines internationalen Normenkonflikts als Ausgangslage und ist dem Umstand geschuldet, dass ein Großteil des Konfliktpotentials europäischer Staaten mit dem Recht der USA besteht.

mentär behandelt. Aus diesem Grund wird hier unterstützend auf einen Rechtsvergleich mit dem US-amerikanischen Gesellschaftsrecht, in dem insbesondere die hier relevante Frage der nützlichen Gesetzesverletzungen intensiv behandelt worden ist, zurückgegriffen. In diesem Rahmen wird vereinzelt auch auf rechtsökonomische Überlegungen Bezug genommen.

Teil I: Die Aktiengesellschaft und internationale Normenkonflikte

In der Einleitung wurde anhand der Einführungssachverhalte der zu untersuchende Themenkomplex bereits umrissen. Teil I dieser Abhandlung soll davon ausgehend den Untersuchungsgegenstand des internationalen Normenkonflikts so abstrahieren, definieren, und kategorisieren, dass die auszuarbeitenden Handlungsmöglichkeiten und Pflichten auf neue und weitere Sachverhaltskonstellationen übertragbar sind.

A. *Der Internationale Normenkonflikt – Definition und Dogmatik*

Im Rahmen der Definition und dogmatischen Untersuchung des internationalen Normenkonflikts ist zu klären, welche Sachverhalte überhaupt darunter fallen und potentiell für rechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Aktiengesellschaft in Betracht kommen.

I. Definition des Normenkonflikts

Der Normenkonflikt an sich ist kein terminologisch einheitlich definierter Begriff. Insbesondere im hier zu betrachtenden internationalen Kontext findet sich vielfach auch die Wendung des „Jurisdiktionskonflikts“ anstelle eines Normenkonflikts,²¹ oder er wird auf sein Ergebnis reduziert lediglich als „Internationale Pflichtenkollision“ umschrieben.²² Bereits der Normenbegriff ist folglich erklärungsbedürftig. Dasselbe dürfte auch für das Vorliegen eines Konflikts gelten.

21 So *Meng* (Fn. 17), S. 88 ff.

22 So *Mahret* (Fn. 19), S. 187.

1. Normen

Teilweise wird die Norm mit dem materiellen Gesetzesbegriff gleichgesetzt.²³ Dafür spricht vor allem auch die Verwendung des Normenbegriffs im Verwaltungs- und Verfassungsprozessrecht, wenn die Überprüfung von (materiellen) Gesetzen als Normenkontrolle bezeichnet wird.²⁴ Zudem findet sich der Begriff der Rechtsnorm auch im Gesetz, beispielsweise in § 73 ArbGG, und ist dabei auf generelle Regelungen wie Bundes- und Landesgesetze, Rechtsverordnungen, Tarifverträge beschränkt.²⁵

Das würde jedoch bedeuten, dass etwa im Fall des Einführungssachverhalts 1 rein terminologisch nur bedingt von einem Normenkonflikt die Rede sein kann. Denn wenn man davon ausgeht, dass die Herausgabeanordnung der US-Behörde zwar rechtsverbindlichen Charakter hat, jedoch dem Wesen nach eher einem Verwaltungsakt entspricht,²⁶ der wegen seines Einzelfallcharakters eben kein Gesetz im materiellen Sinne darstellt, könnte man auf die Idee kommen hier keinen Normenkonflikt zu sehen.

Bei einer umgangssprachlichen Annäherung versteht man unter dem Begriff Norm jedoch sowohl eine „allgemein anerkannte, als verbindlich geltende Regel für das Zusammenleben der Menschen“ als auch eine „Rechtsnorm“,²⁷ wobei letzterer Begriff seinerseits als „(gewohnheitsrechtlich festliegende oder vom Staat festgesetzte) rechtlich bindende Norm“ aufgefasst wird.²⁸ Geht man also von einer an die allgemainsprachliche Verwendung angelehnten Definition aus, umfasst die Norm nicht nur die geschriebene Rechtsvorschrift, sondern vielmehr jede rechtlich verbindliche Verhaltensanordnung – sei es aus Verwaltungsakt, Gesetz, Gewohnheitsrecht, Richterspruch oder sonstiger Rechtsquelle. Aus Sicht des jeweiligen Rechtssubjekts, für das die jeweilige Verhaltensanordnung gilt, ist die Rechtsnatur von lediglich sekundärem Interesse, solange sie verbindlich erfolgt. Insbesondere bei einer internationalen Betrachtung ist eine Unterscheidung zwischen geschriebenem und ungeschriebenem Recht so-

23 So wohl auch *Groh*, in: Creifelds, Rechtswörterbuch, „Norm“.

24 Allgemeine Terminologie, exemplarisch *Giesberts*, in: BeckOK-VwGO, § 47 Rn. 1 ff.; *Karpenstein*, in: BeckOK-BVerfGG, § 76 Rn. 1 ff.

25 Vgl. *Koch*, in: ErfK, ArbGG § 73 Rn. 3 f.

26 Im US-Recht entspricht dem Verwaltungsakt die „Order“, zu deren Erlass der Prozess der „Adjudication“ führt (vgl. 5 U.S.C. § 551 Abs. 6, 7).

27 „Norm“ auf Duden online, abrufbar unter <http://www.duden.de/rechtschreibung/Norm>, zuletzt abgerufen am 30.9.2019.

28 „Rechtsnorm“ auf Duden online, abrufbar unter <http://www.duden.de/rechtschreibung/Rechtsnorm>, zuletzt abgerufen am 30.9.2019.

wie die Klassifizierung der Rechtsnatur im Anbetracht der divergierenden Dogmatik unterschiedlicher Rechtsordnungen ohnehin hinfällig. Auch nach der Normenlehre *Kelsen* ist unter dem Begriff der Norm jede verbindliche Regel zu verstehen – unabhängig davon, ob sie einen individuellen oder generellen Charakter hat.²⁹ Bei der Klassifizierung einer Verhaltensanordnung als Norm ist allein die Rechtsverbindlichkeit entscheidend, die wiederum vom Regelungsgeber selbst festgelegt wird. Zudem lässt sich zumindest im deutschen Recht eine nicht in Gesetzesform gegossene Verhaltensanordnung häufig auf ein Gesetz zurückbeziehen: Selbst wenn man entgegen der hiesigen Auffassung den Inhalt eines (bestandskräftigen) Verwaltungsaktes nicht als Norm ansieht, ist es jedenfalls § 35 VwVfG, der die verbindliche Rechtswirkung nach außen voraussetzt.

Der Begriff „Norm“ ist folglich im Kontext dieser Arbeit wesentlich weiter zu verstehen, als dies bei § 73 ArbGG oder in der öffentlich-rechtlichen Literatur zu Normenkontrollverfahren der Fall ist. So liegt den folgenden Ausführungen ein sehr weiter Normenbegriff zugrunde, wonach jede rechtsverbindliche Verhaltensanordnung als prinzipiell konfliktfähige „Norm“ zu klassifizieren ist,³⁰ so dass hiervon neben abstrakt-generellen Vorschriften wie Gesetzen auch Verwaltungsakte und andere entsprechend konkret-individuelle rechtsverbindliche Regelungen umfasst sind.

2. Konflikte

Von einem Normen*konflikt* kann grundsätzlich nur dann die Rede sein, wenn zwei jeweils anwendbare Normen auch tatsächlich divergierendes Verhalten beziehungsweise Unterlassen fordern. *Kelsen* formuliert dies treffend: „Ein Konflikt zwischen zwei Normen liegt vor, wenn das, was die eine als gesollt setzt, mit dem, was die andere als gesollt setzt, unvereinbar, und daher die Befolgung oder Anwendung der einen Norm notwendiger- oder möglicherweise die Verletzung der anderen involviert.“³¹ Beanspruchen beide Normen Anwendung auf denselben Sachverhalt oder besteht zumindest faktisch ein Zwang zur Einhaltung beider Vorschriften, geht jedoch die eine Vorschrift inhaltlich lediglich über die andere hinaus, so dass die Erfüllung der einen die Erfüllung der anderen Vorschrift beinhaltet, stellen sich nicht die für den Vorstand virulenten, hier zu untersuchen-

29 Vgl. *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, 1979, S. 6 f.

30 Im Ergebnis so auch *Seibt*, ZIP 2016, Beilage zu Heft 22, 73 ff.

31 *Kelsen* (Fn. 29), S. 99.

den Fragen. Die Unvereinbarkeit der verschiedenen Inhalte ist damit grundsätzlich essentieller Bestandteil der Definition.³²

3. Unscheinbare Normenkonflikte

Davon ist jedoch eine Ausnahme zu machen, wenn zwar im Einklang mit zwei Rechtsordnungen gehandelt werden kann, wertungsmäßig gleichwohl ein Normenkonflikt vorliegt: In einem bestimmten regulierten Bereich wird ein von einer Rechtsordnung erlaubtes Verhalten durch eine ebenfalls anwendbare Norm einer anderen Rechtsordnung verboten, so dass der Adressat beider Normen durch bloßes Nichtstun die Pflichtenkollision vermeiden kann. Auf den ersten Blick scheint dies vergleichbar mit dem Fall, dass ein Normengeber bei einem bestimmten Sachverhalt keine spezifischen Regeln hat, weil auch hier eine Handlungsalternative in Form der Befolgung der einseitigen Regulierung besteht. Bedenkt man jedoch, dass in manchen regulierten Bereichen der Normgeber teilweise ganz bewusst bestimmte Sachverhalte nicht von Verboten oder einer näheren Regulierung erfasst (weil die individuelle Entfaltung in eine ganz bestimmte Richtung hier gewollt ist), besteht wertungsmäßig zumindest aus Sicht der Regelungsgeber sehr wohl ein Normenkonflikt zwischen der verbietenden Norm und der infolge einer systematisch-teleologischen Betrachtung gewährten Freiheit beziehungsweise Erlaubnis.³³ Freilich kann ein solcher *unscheinbarer Normenkonflikt* nur dann angenommen werden, wenn konkrete Anhaltspunkte bestehen, die die Nichtregulierung als bewusste Entscheidung des jeweiligen Normgebers darstellen und es erkennbar ist, dass dieser eine entsprechende Verhaltensweise gezielt beabsichtigt hat.

Teilweise wird in der Rechtsprechung und Rechtswissenschaft in dieser Konstellation explizit kein Normenkonflikt gesehen. So hat der EuGH im sogenannten *Zellstoff*-Fall einen Normenkonflikt zwischen EU-Recht und US-Recht verneint: Im konkreten Fall ging es um eine von der Kommission verhängten Geldbuße gegen außerhalb der EU ansässigen Hersteller

32 Eine ähnliche Argumentation findet sich zum Begriff des Normenkonflikts in der Dogmatik zu Art. 31 GG, dessen Anwendungsbereich einen Normenkonflikt von Bundes- und Landesrecht vorsieht, vgl. März, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 31 Rn. 42 m.w.N. So auch *Ekkenga/Kuntz*, WM 2004, 2427 (2432).

33 Solche „unscheinbaren Normenkonflikte“ sind deshalb auch nicht innerhalb einer Rechtsordnung, sondern ausschließlich im internationalen Kontext denkbar. Das gezielte Bewusstsein der Erlaubnis ist für solche Konflikte essenziell und wäre nicht existent, sobald derselbe Normgeber ein konkretes Verbot erlässt.