

## VI. Verfassungskonforme Auslegung

### 1. Von der Auslegung zur Konfliktentscheidung

Ein einfaches Gesetz, das mit einem Artikel des Grundgesetzes in Widerspruch steht, ist nichtig. Nun sind aber die Artikel des Grundgesetzes, vor allem die Grundrechte, nicht so eindeutig gefasst, dass es unzweifelhaft wäre, ob ein bestimmtes Gesetz mit ihnen in Widerspruch steht oder nicht. Was die Würde des Menschen antastet, darüber kann man trefflich streiten. Nichts anderes gilt beispielsweise für Art. 2 Abs. 1, das Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit, Art. 3, die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz, Art. 5 Abs. 3, die Freiheit von Kunst, Wissenschaft, Forschung und Lehre, oder Art. 6 Abs. 1, wonach Ehe und Familie unter dem besonderen Schutz des Staates stehen, um nur einige Beispiele zu nennen. Dem BVerfG fällt also zunächst die Kompetenz zu, darüber zu entscheiden, ob ein bestimmter Rechtssatz in einem einfachen Gesetz einem dieser Verfassungssätze widerspricht, oder sagen wir besser, mit ihm unvereinbar ist. So hat das BVerfG (BVerfGE 115, 118) entschieden, dass § 14 Abs. 3 LuftSiG, wonach ein Flugzeug, das von Terroristen binnen weniger Minuten in ein Hochhaus gesteuert werden würde, auf Anordnung des Verteidigungsministers abgeschossen werden darf, mit der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG und dem Recht auf Leben nach Art. 2 Abs. 2 GG unvereinbar ist, weil die Passagiere und Besatzungsmitglieder dadurch vom Staat „als bloße Objekte seiner Rettungsaktion zum Schutze anderer behandelt“ und ihnen „der Wert“ abgesprochen wird, „der dem Menschen um seiner selbst willen zukommt“ (S. 154). Ob dies angesichts der Tatsache, dass den wenigen Minuten Leben der Flugzeuginsassen hunderte oder tausende weiterer Todesopfer gegenüberstehen, so bewertet werden muss, ist zweifelhaft. Aber das BVerfG hat die Kompetenz zu entscheiden, was das Wort Menschenwürde bedeutet und wie deren Garantie im Einzelfall verwirklicht werden muss.

Es ist nun möglich, dass das einfache Gesetz nicht in seinem gesamten Anwendungsbereich, sondern nur in einem Teil davon einem Grundrecht widerspricht. Dann könnte das BVerfG zwar das gesamte Gesetz für nichtig erklären und es dem Gesetzgeber überlassen, ein neues Gesetz zu schaffen, das mit der Verfassung vereinbar ist, aber das BVerfG beschreitet einen anderen Weg, um das Gesetz zu retten. Es schränkt das einfache Gesetz durch weitere Tatbestandsmerkmale so ein, dass es gemäß seiner Ansicht nicht mehr mit dem Grundgesetz kollidiert. Dieses Verfahren wird allgemein akzeptiert, obwohl es zweifelhaft ist, ob das BVerfG damit nicht Kompetenzen an sich zieht, die eigentlich dem demokratischen Gesetzgeber zustehen. Jedenfalls geht das, was das BVerfG unter der Bezeichnung verfassungskonforme Auslegung betreibt, weit über das hinaus, was man landläufig unter der Auslegung eines Gesetzes versteht.

Aber die Rechtsgestaltung durch das BVerfG geht noch einen Schritt weiter. Es begnügt sich nämlich nicht damit, einen Anwendungsbereich des einfachen Gesetzes festzustellen, in dem es mit einer Norm des Grundgesetzes unvereinbar ist, und das einfache Gesetz in diesem Bereich, etwa durch Einführung einer Ausnahme, für unanwendbar zu erklären. Es wird vielmehr zwischen den Interessen und Anliegen des einfachen Gesetzes und denen der kollidierenden Grundrechtsvorschrift eine Abwägung getroffen, wie sie auch sonst für die Lösung eines Interessenkonflikts charakteristisch ist. Dabei setzt sich oft auch das Grundrecht nicht voll durch.

Die Entscheidung des BVerfG zur Einschränkung des Tatbestandes der Geldwäsche bietet dafür ein Beispiel.<sup>202</sup> Die Beschwerdeführer waren Rechtsanwälte, die wegen Geldwäsche nach § 261 StGB verurteilt worden waren, weil sie von ihren Mandanten für deren Verteidigung als Honorar Gelder entgegengenommen hatten, die offensichtlich aus einschlägigen Straftaten gegen das Vermögen stammten. Alle Voraussetzungen des Tatbestandes der Geldwäsche waren erfüllt. Die Anwälte machten nun geltend, dass die Urteile ihr Recht auf Ausübung ihres Berufs nach Art. 12 GG sowie auch das durch das Rechtsstaatsprinzip geschützte Recht ihrer Mandanten auf freie Wahl ihrer Verteidiger verletzen. Das BVerfG schloss sich dieser Ansicht im Grundsatz an. Danach hätte es nahe gelegen, im Wege verfassungskonformer Auslegung des Tatbestandes der Geldwäsche eine Ausnahme für die Entgegennahme von Verteidigerhonorar einzuführen. Das BVerfG hat diese Ausnahme aber nur unter der Voraussetzung eingeführt, dass der Anwalt nicht sicher ist, dass die Honorarzahlung aus einer einschlägigen Straftat stammt. Weiß er dies, so macht er sich nach wie vor wegen Geldwäsche strafbar, wenn er das Verteidigerhonorar entgegennimmt. Insofern erleidet sein Recht auf freie Ausübung seines Berufs eine Einbuße. Diese hat allerdings wohl eher symbolischen Charakter und dient nicht der Durchsetzung des Anliegens des Geldwäschetatbestandes, sondern dem Ansehen der Anwälte, die in der Öffentlichkeit nicht als Inhaber einer Lizenz zum Geldwaschen dargestellt werden sollen.

### 2. Die Drittwirkung oder Ausstrahlungswirkung der Grundrechte

Ursprünglich wurden die Grundrechte ausschließlich als Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat verstanden. Seit dem berühmten Lüth-Urteil<sup>203</sup> des BVerfG ist aber allgemein anerkannt, dass sie auch das Verhältnis eines Bürgers zum

---

<sup>202</sup> BVerfGE 110, 226.

<sup>203</sup> BVerfGE 7, 198.

anderen mitbestimmen können. Dies zwar nicht dadurch, dass die Grundrechtsnormen im Verhältnis der Bürger untereinander unmittelbar gelten, aber dadurch, dass diejenigen Vorschriften des einfachen Rechts, die Verhältnisse der Bürger untereinander regeln, wie es heißt „im Lichte der Grundrechte“ auszulegen sind.<sup>204</sup> So hat beispielsweise das BVerfG als Wahrnehmung berechtigter Interessen im Sinne von § 193 StGB auch das Recht auf freie Meinungsäußerung nach Art. 5 Abs. 1 GG anerkannt. Deshalb könne die Meinungsfreiheit auch ehrenrührige Tatsachenbehauptungen rechtfertigen, die nicht erweislich wahr sind. Allein mit der Anerkennung der Meinungsfreiheit als berechtigtes Interesse i.S. von § 193 StGB ist das aber nicht zu erreichen, denn nach Art. 5 Abs. 2 GG findet das Recht auf freie Meinungsäußerung seine Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, in den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre. Danach kann sich niemand, der gegen § 186 StGB verstößt, zur Rechtfertigung auf sein Recht auf freie Meinungsäußerung berufen. Dass sie im Lichte der Grundrechte auszulegen sind, gilt nun aber auch für diejenigen Gesetze, die die Grundrechte einschränken, also auch für § 186 StGB. So entsteht ein Zirkel. Die einfachen Gesetze sollen nach dem Wortlaut des Grundgesetzes bestimmte Grundrechte einschränken, aber eben diese Grundrechte sollen im Wege verfassungskonformer Auslegung die einfachen Gesetze einschränken. Es bleibt also der verfassungskonformen Auslegung, insbesondere durch das BVerfG, überlassen, in jedem Einzelfall zu entscheiden, welches rechtliche Anliegen sich durchsetzt, das des Grundrechts oder das des allgemeinen Gesetzes, das das Grundrecht einschränkt.<sup>205</sup> Das ändert sich nicht, wenn das Anliegen des einfachen Gesetzes dem Schutz eines anderen Grundrechts dient, beispielsweise die Gesetze zum Schutze der Ehre dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Dadurch wird der vom BVerfG zu entscheidende Interessenkonflikt lediglich auf die höhere Ebene eines Konflikts zwischen zwei Grundrechten gehoben.

### 3. Grundrechtsgleiche Rechtswerte als Konkurrenznormen der Grundrechte

Das BVerfG erweitert aber nicht nur den Anwendungsbereich von Grundrechtsnormen zu Lasten der einfachen Gesetze, die sie einschränken, sog. Schranken-Schranken, manchmal geschieht auch das Umgekehrte. Um ein Grundrecht einzuschränken, das nicht unter einem Gesetzesvorbehalt steht, werden Regelungen vom BVerfG zusammengefasst und zu „anderen mit Verfassungsrang ausgestatteten Rechtswerten“ erhoben.<sup>206</sup> Diese neue Verfassungsnorm hat dann den gleichen Rang wie das Grundrecht, das ursprünglich nur mit den einfachgesetzlichen Normen kollidiert, aus denen die neue Verfassungsnorm abgeleitet wurde, die also hinter die Grundrechtsnorm zurücktreten müssten, wenn diese neue Verfassungsnorm nicht wäre.

Hierfür folgendes Beispiel:

Aus der Norm „Die Kunst ist frei“ in Art. 5 Abs. 3 GG wird die Konsequenz gezogen, dass nicht nur das künstlerische Schaffen, sondern auch die Verbreitung, einschließlich der Vermarktung der Kunst nicht eingeschränkt werden darf,<sup>207</sup> auch nicht durch Gesetze, die dem Schutz anderer Rechtsgüter dienen. Letzteres ergibt sich daraus, dass das Grundgesetz für das Grundrecht der Kunstfreiheit keinen Gesetzesvorbehalt macht. Aus Art. 5 Abs. 3 GG folgt also die Norm: Es ist verboten, die Verbreitung von Kunst einzuschränken. Nach den §§ 3, 6 Nr. 2 GjS (a.F.) dürfen pornografische Schriften im Sinne des § 184 StGB einem Kind oder Jugendlichen nicht angeboten, überlassen oder zugänglich gemacht werden. Wenn das Anwendungsgebiet der §§ 3, 6 Nr. 2 GjS in Verbindung mit § 184 StGB sich auch auf Schriften und sonstige Darstellungen erstreckt, die Kunst sind, so widerspricht das Verbot, Pornografie in einer Weise zu verbreiten, dass sie Kindern und Jugendlichen zugänglich ist, in einem Teil seines Anwendungsbereichs dem Verbot, die Verbreitung von Kunst einzuschränken. Deshalb hatte die h.L. den Begriff der Pornografie dahin ausgelegt, dass ein Schriftstück oder eine Darstellung, die Kunst ist, nicht Pornografie ist.<sup>208</sup> So wurde durch verfassungskonforme Auslegung der §§ 3, 6 Nr. 2 GjS und § 184 StGB der Widerspruch zwischen dem Satz, dass Kunst frei vertrieben werden darf und dem Satz, dass Pornografie nicht frei vertrieben werden darf, zugunsten des ersten Satzes, also der vorrangigen Norm, des Art. 5 Abs. 3 GG, beseitigt.

Diese verfassungskonforme Auslegung des Pornografiebegriffs hat das BVerfG aber nicht übernommen, weil es keine Möglichkeit mehr sah, Kunst gegen andere, insbesondere pornografische Erzeugnisse abzugrenzen.<sup>209</sup> Es blieb kaum noch ein anderes Kriterium übrig, als dass das Erzeugnis mit dem Anspruch auftritt, Kunst zu sein, also von seinem Schöpfer oder Verbreiter als Kunst deklariert wird. Von nun an sollte es also nicht mehr ausgeschlossen sein, dass Kunst

<sup>204</sup> In besonderen Fällen ist die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte so stark, dass sie sogar Entscheidungen gegen den Wortlaut der Normen des Privatrechts und eine richterliche Rechtsfortbildung *contra legem* erlaubt – siehe etwa die berühmte Soraya-Entscheidung des BVerfG, BVerfGE 34, 269 (279 ff.).

<sup>205</sup> BVerfGE 54, 208 (219 f.); 85, 1 (17); 99, 185 (198); 114, 339 (353 f.).

<sup>206</sup> Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 28, 243 (261).

<sup>207</sup> BVerfGE 30, 173 (189); Jarass/Pieroth-Jarass Art. 5 Rn. 107; v. Mangoldt/Klein/Starck-Starck Art. 5 Rn. 310; Schmidt-Bleibtreu/Klein-Kannengießer Art. 5 Rn. 27.

<sup>208</sup> Lackner 18. Aufl., § 184 S. 815; Schönke/Schröder-Lenckner, 24. Aufl., § 184 Rn. 4; Dreher/Tröndle, 45. Aufl., § 184 Rn. 11; LK-Laufhütte, 10. Aufl., § 184 Rn. 9.

<sup>209</sup> BVerfGE 83, 130 (139); auch BGHSt 37, 55 (58 f.).

Pornografie ist. Damit war nun zwar die Kollision zwischen den §§ 3, 6 Nr. 2 GJS, 184 StGB und Art. 5 Abs. 3 GG wieder hergestellt, aber nach dem Grundsatz vom Vorrang des höheren Gesetzes hätte sich Art. 5 Abs. 3 GG nach wie vor gegen die §§ 3, 6 Nr. 2 GJS, 184 StGB durchsetzen müssen, weil diese Normen partiell verfassungswidrig wären. Deshalb hat das BVerfG den Jugendschutz als gleichrangiges Verfassungsgut postuliert, indem es ihn in Art. 1 GG und Art. 6 GG verankerte.<sup>210</sup> Damit ist der Widerspruch zwischen den Normen des Jugendschutzes und dem Satz des Art. 5 Abs. 3 GG, dass die Kunst frei ist, wieder hergestellt. „Die Kunstfreiheit kann nicht nur mit Grundrechten anderer Personen, sondern auch mit anderen, von der Verfassung anerkannten und geschützten Werten kollidieren. In diesen Fällen ist ein verhältnismäßiger Ausgleich der gegenläufigen, gleichermaßen verfassungsmäßig geschützten Interessen mit dem Ziel ihrer Optimierung herzustellen. Dies geschieht bei einem Konflikt der Kunstfreiheit mit anderen Verfassungsgütern durch eine fallbezogene Abwägung der jeweiligen Belange“,<sup>211</sup> sog. praktische Konkordanz.<sup>212</sup> Inzwischen hat das Bundesverfassungsgericht weitere öffentliche Interessen als grundrechtsgleiche Rechtswerte anerkannt, als wohl wichtigsten die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege. Dieser grundrechtsgleiche Rechtswert wird mit dem Rechtsstaatsprinzip begründet. Aus dem Rechtsstaatsprinzip wird aber auch ein Recht des einzelnen auf ein faires Verfahren sowie effektiven Rechtsschutz abgeleitet. In BVerfGE 122, 248 (272) heißt es dazu:

„Eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren liegt erst dann vor, wenn eine Gesamtschau auf das Verfahrensrecht – auch in seiner Auslegung und Anwendung durch die Gerichte – ergibt, dass rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben wurde. Im Rahmen dieser Gesamtschau sind auch die Erfordernisse einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege in den Blick zu nehmen. Das Rechtsstaatsprinzip, das die Idee der Gerechtigkeit als wesentlichen Bestandteil enthält, fordert nicht nur eine faire Ausgestaltung und Anwendung des Strafverfahrensrechts. Es gestattet und verlangt auch die Berücksichtigung der Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, ohne die der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden kann.“<sup>213</sup>

Die Entscheidung darüber, welches der beiden aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten verfassungsrechtlich geschützten Interessen sich im Einzelfall durchsetzt, hat aber das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich dem einfachen Gesetzgeber und den Gerichten überlassen. Bis zu einer Grenze an der „rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben wurde.“

## VII. Die richtlinienkonforme Auslegung

### 1. Richtlinienkonforme Gesetzesauslegung im Zivilrecht

In Art. 3 Abs. 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie des Parlaments und Rates der EU (im folgenden Richtlinie) heißt es:

„Bei Vertragswidrigkeit hat der Verbraucher entweder Anspruch auf die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes des Verbrauchsguts durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung nach Maßgabe des Abs. 3“.

In Abs. 3 heißt es:

„Die Nachbesserung oder die Ersatzlieferung muss innerhalb einer angemessenen Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen...“.

Abs. 4 der Richtlinie lautet:

„Der Begriff ‚unentgeltlich‘ in den Abs. 2 und 3 umfasst die für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes des Verbrauchsguts notwendigen Kosten, insbesondere Versand, Arbeits- und Materialkosten.“.

Zur Erfüllung der Richtlinie hat der deutsche Gesetzgeber diesen Text wörtlich in § 439 BGB übernommen, der aber nicht auf den Verbrauchsgüterkauf beschränkt ist.

Im sog. Fliesenfall<sup>214</sup> hatte der Beklagte dem Kläger italienische Fliesen zum Einbau in dessen Küche, Bad und Flur geliefert. Nach dem Einbau zeigten sich an den Fliesen „Verschattungen“ die weder der Verkäufer noch der Käufer vor dem Einbau der Fliesen erkennen konnte, weil sie nur unter einem bestimmten Einfallswinkel des Lichtes erschienen. Die Ursache war ein Produktionsfehler. Da es nicht möglich war, diesen Fehler zu beheben, lieferte der Beklagte dem Kläger neue mangelfreie Fliesen. Der Kläger beehrte vom Beklagten außerdem die Erstattung der Kosten, die ihm durch den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der nachgelieferten Fliesen entstanden waren.

<sup>210</sup> BVerfGE 83, 130 (139); auch BGHSt 37, 55 (62 f.).

<sup>211</sup> BGHSt 37, 55 (62); dazu auch BVerfGE 83, 130 (146). Dabei setzt sich das BVerfG aber über einen anderen systematischen Einwand hinweg: Der Verfassungsgeber hat den Konflikt zwischen Äußerungsrecht und Jugendschutz dadurch schon selbst ausdrücklich geregelt, dass er das Grundrecht der freien Meinungsäußerung in Art. 5 Abs. 2 GG durch die „gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Jugend“ eingeschränkt hat. Diese Einschränkung bezieht sich aber ausdrücklich nicht auf die Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3.

<sup>212</sup> Katz Staatsrecht Rn. 565; Dreier-Pernice Art. 5 III Rn. 34.

<sup>213</sup> S. dazu auch BVerfGE 129, 208 (260); 133, 168 (199); 64, 135 (145 f.).

<sup>214</sup> BGHZ 192, 148.

Hätte der Beklagte den Mangel der zuerst gelieferten Fliesen zu vertreten, so stünde dem Kläger nach § 280 Abs. 1 BGB ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu. Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat nach § 249 BGB den Zustand herzustellen, der bestanden hätte, wenn das schadenstiftende Ereignis nicht eingetreten wäre. In unserem Fall ist dieses Ereignis die Lieferung der mangelhaften Fliesen. Hätte der Beklagte von vornherein einwandfreie Fliesen geliefert, so wären dem Käufer weder Ausbaurkosten für die mangelhaften Fliesen, noch Einbaurkosten für die nachgelieferten entstanden. Diese Kosten müsste also der Verkäufer dem Käufer erstatten, wenn er den Mangel zu vertreten hätte.

Nun hat aber der Verkäufer diesen Mangel nicht zu vertreten, weil er für ihn, ebenso wie für den Käufer vor dem Einbau unerkennbar war. Damit stellt sich die Frage, ob die Ausbau- und Einbaurkosten ein Teil der unentgeltlichen Ersatzlieferung i.S. des § 439 bzw. des Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie sind. In einem früheren Urteil hatte der BGH dies abgelehnt, weil der Verkäufer der mangelhaften Kaufsache nur dazu verpflichtet sei, die misslungene Lieferung nachzuholen. Die Kosten für Aus- und Einbau seien Mangelfolgeschäden, die der Verkäufer nur dann zu tragen hätte, wenn er den Mangel zu vertreten hätte.<sup>215</sup>

Auf Anregung des Klägers legte nun der BGH die Rechtsfrage dem EuGH vor. Dieser entschied dahin, dass die Nachlieferung nicht unentgeltlich und nicht ohne wesentliche Unannehmlichkeiten für den Käufer erbracht würde, wenn der Verkäufer nicht auch die Kosten für den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der nachgelieferten Sache übernimmt. Begründet wird das damit, dass Parlament und Rat mit der Richtlinie ein „hohes Verbraucherschutzniveau“ angestrebt habe.<sup>216</sup>

„In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass eine solche Auslegung auch nicht zu einem ungerechten Ergebnis führt. Selbst wenn nämlich die Vertragswidrigkeit des Verbrauchsguts nicht auf einem Verschulden des Verkäufers beruht, hat dieser doch auf Grund der Lieferung eines vertragswidrigen Verbrauchsguts die Verpflichtung, die er im Kaufvertrag eingegangen ist, nicht ordnungsgemäß erfüllt und muss daher die Folgen der Schlechterfüllung tragen. Dagegen hat der Verbraucher seinerseits den Kaufpreis gezahlt und damit seine vertragliche Verpflichtung ordnungsgemäß erfüllt.“<sup>217</sup>

Diese Auslegung prästiert sicherlich ein hohes Verbraucherschutzniveau, aber prästiert sie auch ein hohes juristisches Argumentationsniveau? Der EuGH leugnet den Unterschied zwischen einer verschuldeten und einer unverschuldeten Leistungsstörung,<sup>218</sup> der sich durch unser gesamtes Schuldrecht zieht und dies wohl nicht nur durch das deutsche. Sind die Kosten für den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der mangelfreien Fliesen ein Entgelt für deren Lieferung? Ist die Entstehung dieser Kosten eine Unannehmlichkeit, die mit der Nachlieferung verbunden ist? Offenbar empfindet auch der EuGH selbst eine solche Auslegung des Wortlauts der Richtlinie in der deutschen Fassung als einigermaßen fernliegend und verweist deshalb auf Fassungen in anderen Sprachen, die eine solche Auslegung eher zulassen sollen,<sup>219</sup> aber auch nicht erzwingen.

Aber wie dem auch sei, dem BGH blieb nun nichts anderes übrig, als diese Auslegung der Richtlinie durch den EuGH eins zu eins in seine Auslegung des § 439 BGB eins zu eins zu übernehmen. Denn die Fassung des § 439 war vom deutschen Gesetzgeber erlassen worden, um den Anforderungen der Richtlinie zu genügen. Deshalb ist diese Auslegung für die nationalen Gerichte verbindlich.<sup>220</sup>

Das ist sie allerdings nur insoweit, als § 439 einen Verbrauchsgüterkauf betrifft. Als der BGH mit dem gleichen Auslegungsproblem bei einem Kauf unter Unternehmern konfrontiert war, befürwortete er daher eine sog. gesplante Auslegung, indem er es ablehnte, aus dem Erfordernis, dass die Nachlieferung unentgeltlich zu erfolgen habe abzuleiten, dass der nachliefernde Verkäufer auch die Kosten für den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der ersatzweise gelieferten Sachen in eine andere Sache zu tragen habe.<sup>221</sup>

Zu einer solchen „gesplante“ Auslegung kann es leicht kommen, weil in der europarechtlichen Methodenlehre die Regel anerkannt ist, dass bei der Auslegung stets die „Auslegungsmethode“ anzuwenden ist die mit der einschlägigen Richtlinie bzw. deren Interpretation durch den EuGH vereinbar ist.<sup>222</sup> Dem liegt ein grundlegendes Missverständnis der sog. Auslegungsmethoden, besser Auslegungsrichtlinien oder Auslegungsgesichtspunkte zugrunde. Es sind nicht konkurrierende Rechtsanwendungsmethoden, die mit gleicher Berechtigung widersprüchliche Ergebnisse produzieren, zwischen denen der Ausleger dann nach Belieben wählen kann (s. dazu. o., VI 1). Schon Savigny hat erkannt, dass die verschiedenen Richtlinien (Auslegungscanones) sich gegenseitig ergänzen müssen um bei Auslegungszweifeln zu einigermaßen eindeutigen und überzeugenden Ergebnissen führen zu können.<sup>223</sup> Eine

<sup>215</sup> BGHZ 177, 224 (228 ff.), „Parkettstäbefall“.

<sup>216</sup> EuGH NJW 2011, 2269 (2272, Rn. 55).

<sup>217</sup> EuGH NJW 2011, 2269 (2272, Rn. 56).

<sup>218</sup> Lorenz NJW 2011, 2241 (2243).

<sup>219</sup> EuGH NJW 2011, 2269 (2272, Rn. 54).

<sup>220</sup> v. Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, *Roth/Jopen* 13/16; EuGH NJW 2004, 3547 (3549 Rn. 115), „Pfeiffer“.

<sup>221</sup> BGH NJW 2013, 220 (221).

<sup>222</sup> v. Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, *Roth/Jopen* 13/26.

<sup>223</sup> Savigny, Juristische Methodenlehre nach der Ausarbeitung des Jacob Grimm, hrsg. von Wesenberg (1951), 215; näher dazu o. VI 1.

Auslegung, die einseitig nur einen Gesichtspunkt berücksichtigt ist also nicht methodengerecht.

Eine sog. „gespaltene Auslegung“ ist in Wahrheit eine widersprüchliche Auslegung. Der Gesetzgeber könnte natürlich bestimmen, dass der Lieferant bei einem Verbrauchsgüterkauf im Gegensatz etwa zu einem Handelskauf, diese Kosten zu tragen hat. Aber es stellt einen Widerspruch dar, wenn aus ein und demselben Gesetzestext je nach Bedarf einmal A, hier die Kostentragung des Verkäufers, und einmal non A abgeleitet wird. Dadurch nimmt man dem Gesetzestext seinen Sinn. Wenn man aber beim Verbrauchsgüterkauf aus dem Text des § 439 ableitet, dass die Nacherfüllungspflicht auch die Kosten von Ausbau und Einbau umfasst, warum sollte man nicht bei Gelegenheit, aus welchen Gründen auch immer, in anderen Fällen das Gleiche tun und in wiederum anderen Fällen sich nach wie vor weigern, dies aus dem Gesetzestext abzuleiten? Der Gesetzgeber fand diesen Rechtszustand denn auch so unerträglich, dass er inzwischen ein Gesetz erlassen hat, das das Auslegungsergebnis des EuGH wörtlich übernimmt, ohne es allerdings auf den Verbrauchsgüterkauf zu beschränken.<sup>224</sup> Der einzige Unterschied, der danach zwischen dem Verbrauchsgüterkauf und dem Handelskauf übrig bleibt, ist der, dass der Verkäufer beim Verbrauchsgüterkauf diese Regelung nicht wie beim Handelskauf vertraglich abbedingen kann.<sup>225</sup>

Die Frage nach der Vereinbarkeit des damals geltenden § 439 mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie der EU stellte sich aber noch unter einem anderen Gesichtspunkt. Nach § 439 Abs. 1 hat der Käufer bei Lieferung einer mangelhaften Sache die Wahl zwischen einer Nacherfüllung durch Beseitigung des Mangels oder durch Lieferung einer mangelfreien Sache. Nach § 439 Abs. 3 konnte der Verkäufer die vom Käufer gewählte Art der Nacherfüllung verweigern, wenn sie für ihn mit unverhältnismäßig hohen Kosten verbunden war. Das konnte er auch dann, wenn die gewählte Form der Nacherfüllung die einzig technisch mögliche war oder beide Möglichkeiten mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden waren, sog. absolute Unverhältnismäßigkeit. Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie sieht aber ein solches Verweigerungsrecht nur für die sog. relative Unverhältnismäßigkeit vor. Der Verkäufer kann den Käufer also auf die nicht von diesem gewählte Nacherfüllungsmöglichkeit verweisen, wenn die von ihm gewählte mit unverhältnismäßigen Kosten für den Verkäufer verbunden wäre. Zum Fall der absoluten Unverhältnismäßigkeit äußert sich also die Richtlinie gar nicht.

Aber der EuGH folgert nun daraus im Wege eines *argumentum e contrario*, dass der Verkäufer, sofern nur eine Form der Nacherfüllung technisch möglich ist, diese nicht mit der Begründung verweigern kann, dass sie für ihn mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden sei. Das wird damit begründet, dass durch die verbleibenden Möglichkeiten des Käufers, den Rücktritt vom Vertrag und die Minderung des Kaufpreises nicht das gleiche Verbraucherschutzniveau erreicht werde.<sup>226</sup> Der EuGH erklärte deshalb § 439 Abs. 3 BGB a.F. insoweit für richtlinienwidrig, als er dem Verkäufer auch bei absoluter Unverhältnismäßigkeit der Aufwendungen für die einzig mögliche Nacherfüllung ein Verweigerungsrecht einräumt. Das hat die Konsequenz, dass § 439 Abs. 3 insoweit annulliert wird, wenn die Umsetzungsfrist der Richtlinie abgelaufen ist.

Die einzige Möglichkeit, die das nationale Gericht hat, dies zu verhindern, besteht darin, dem für richtlinienwidrig erklärten Gesetz eine Auslegung zu geben, die nach der Rechtsauffassung des EuGH mit der Richtlinie vereinbar ist. Der EuGH hat denn auch eine solche vorgeschlagen, indem er ausführt, dass Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie es nicht ausschließt „dass der Anspruch des Verbrauchers auf Erstattung der Kosten für den Ausbau des vertragswidrigen Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts, falls erforderlich, auf einen Betrag beschränkt wird, der dem Wert, den das Verbrauchsgut hätte, wenn es vertragsgemäß wäre, und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit angemessen ist.“

Nun enthält weder die Richtlinie noch § 439 Abs. 3 dem Wortlaut nach einen Anhaltspunkt für ein solches Beschränkungsrecht. In § 439 bestand auch kein Anlass, eine solche Kostenbeschränkung einzuführen, da das Gesetz dem Verkäufer ja das Recht eingeräumt hatte, auch die einzig technisch mögliche Nachlieferung wegen Unverhältnismäßigkeit der Kosten zu verweigern.

Der BGH in seiner Not leitete aber dennoch ein solches Kostenminderungsrecht aus § 439 Abs. 3 BGB ab. Er begründete dies damit, dass sich durch die Entscheidung des EuGH, wonach das in dieser Vorschrift vorgesehene Recht des Verkäufers, auch die einzig technisch mögliche Nacherfüllung bei absoluter Unverhältnismäßigkeit zu verweigern, richtlinienwidrig sei, eine planwidrige Lücke im deutschen Gesetz gezeigt habe, die das Gericht im Wege der Rechtsfortbildung auszufüllen habe. Denn der Gesetzgeber habe diese Fassung des § 439 erlassen, um der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie der EU Genüge zu tun, hätte also das Verweigerungsrecht des Verkäufers bei absoluter Unverhältnismäßigkeit der Kosten der Nachlieferung nicht eingeführt, wenn er gewusst hätte, dass es nach der Ansicht des EuGH dieser Richtlinie widerspricht.<sup>227</sup>

Die dadurch erforderliche Rechtsfortbildung soll im Wege einer teleologischen Reduktion des Wortlauts des § 439 Abs. 3 BGB erreicht werden, die allerdings nur für den Verbrauchsgüterkauf, also nicht für den gesamten Anwendungsbereich des § 439 BGB gilt. Es heißt dazu: „Die Vorschrift ist in solchen Fällen einschränkend dahingehend anzuwenden, dass ein Verweigerungsrecht nicht besteht, wenn nur eine Art der Nacherfüllung möglich

---

<sup>224</sup> § 439 Abs. 3 BGB n.F. vom 1. Januar 2018.

<sup>225</sup> § 476 Abs. 1 BGB n.F. vom 1. Januar 2018.

<sup>226</sup> EuGH NJW 2011, 2269 (2274, Rn. 72).

<sup>227</sup> BGHZ 192, 148 (163).

ist oder der Verkäufer die andere Art der Nacherfüllung zu Recht verweigert. In den zuletzt genannten Fällen beschränkt sich das Recht des Verkäufers, die Nacherfüllung in Gestalt der Ersatzlieferung wegen unverhältnismäßiger Kosten zu verweigern, auf das Recht, den Käufer bezüglich des Ausbaus der mangelhaften Kaufsache und des Einbaus der als Ersatz gelieferten Kaufsache auf die Kostenerstattung in Höhe eines angemessenen Betrages zu verweisen.<sup>228</sup>

Ob das noch eine bloße teleologische Reduktion des Wortlauts des Gesetzes darstellt, oder nicht vielmehr die teilweise Ersetzung von § 439 Abs. 3 durch einen neuen Normtext, ist doch zweifelhaft. Damit gerät die richtlinienkonforme Auslegung von § 439 Abs. 3 durch den BGH in Konflikt mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung, also Art. 20 Abs. 2 S. 2 und 3 des Grundgesetzes, was das Bundesverfassungsgericht auf den Plan rufen könnte.<sup>229</sup>

Wenn es um richtlinienkonforme „Auslegung“ zivilrechtlicher Gesetze geht, erkennt aber der BGH inzwischen überhaupt keine Bindung an den Wortlaut des Gesetzes mehr an.

„Der von der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften geprägte Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung verlangt von den nationalen Gerichten aber mehr als bloße Auslegung im engeren Sinne. Der Gerichtshof ist bei der Verwendung des Begriffs »Auslegung« nicht von der im deutschen Rechtskreis - anders als in anderen europäischen Rechtsordnungen - üblichen Unterscheidung zwischen Auslegung (im engeren Sinne) und Rechtsfortbildung ausgegangen. Auch die vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften formulierte Einschränkung, nach der die richtlinienkonforme Auslegung nicht als Grundlage für eine Auslegung des nationalen Rechts *contra legem* dienen darf, bezieht sich nicht auf die Wortlautgrenze. Der Begriff des *Contra-legem*-Judizierens ist vielmehr funktionell zu verstehen; er bezeichnet den Bereich, in dem eine richterliche Rechtsfindung nach nationalen Methoden unzulässig ist. Der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung fordert deshalb auch, das nationale Recht, wo dies nötig und möglich ist, richtlinienkonform fortzubilden.“<sup>230</sup>

Die Entscheidung des Fliesenfalls durch den EuGH, die inzwischen zum Pflichtpensum deutscher Jurastudenten gehört, zeigt, welche zersetzende Wirkung punktuelle Eingriffe in die Rechtssysteme der Mitgliedstaaten der EU auf diese Rechtssysteme ausüben, wenn diese Eingriffe zur einseitigen Durchsetzung eines populären Interesses<sup>231</sup> (Verbraucher sind wir schließlich alle) von den Organen der EU vorgenommen werden. Für das EU-Recht gilt der Grundsatz der Subsidiarität. Die Organe der EU sollen nur dann in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten eingreifen, wenn es zur Vereinheitlichung des Rechtsverkehrs innerhalb der EU unbedingt notwendig ist.<sup>232</sup> Im vorliegenden Fall geht der Eingriff in das Rechtssystem der Mitgliedstaaten aber gar nicht vom Richtliniengeber selbst aus, denn die Formulierung von Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, sind mit den grundlegenden Unterscheidungen unseres Schuldrechts zwischen verschuldeter und nicht verschuldeter Leistungsstörung durchaus vereinbar. Er geht vielmehr aus, von der exzessiven Auslegung von Artikel 3 Abs. 2 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie durch den EuGH, die zu dem Ergebnis führt, dass der Lieferant des mangelhaften Verbrauchsguts praktisch zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet ist, unabhängig davon, ob er den Mangel zu vertreten hat oder nicht. Der Grundsatz der Subsidiarität des europäischen Rechts sollte nicht nur für den Richtliniengeber, sondern auch für den EuGH als verbindlichen Ausleger der Richtlinien gelten.

## 2. Richtlinienkonforme Auslegung im Strafrecht

Obwohl das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung auch für das Strafrecht gilt, erweist sich das Strafrecht doch erheblich resistenter gegen wortlautwidrige und auch systemwidrige Eingriffe von außen, als die übrigen Rechtsgebiete. Das liegt zunächst an der Bindung der Strafbarkeit an den Wortlaut des Strafgesetzes, die durch Artikel 49 GrCh abgesichert ist. Damit ist es nicht nur ausgeschlossen, ein Strafgesetz gegen seinen Wortlaut zu erweitern, um es an eine europäische Richtlinie anzupassen, sondern auch, ein Gesetz, das die Strafbarkeit einschränkt, kurzerhand für ganz oder teilweise unanwendbar zu erklären, wenn es den Vorgaben einer europäischen Richtlinie oder deren Interpretation durch den EuGH nicht entspricht.<sup>233</sup>

Aber auch die übrigen Auslegungsrichtlinien, etwa die systematische, können sich im Strafrecht gegen die Ansprüche einer richtlinienkonformen Handhabung des Gesetzes durchsetzen. Während auf anderen Rechtsgebieten, etwa im Zivilrecht, die Lehre herrschend ist, dass eine richtlinienkonforme Auslegung schon dann Geltung beansprucht, wenn sie durch Anwendung eines einzigen Auslegungskriteriums erreichbar ist, ist eine richtlinienkonforme Auslegung von Strafgesetzen nur dann zulässig, wenn sie „den methodischen Standards“ der jeweiligen Rechtsordnung insgesamt genügt.<sup>234</sup> Dabei sind also außer der Wortlautgrenze auch alle übrigen

<sup>228</sup> BGHZ 192, 148 (163 f.).

<sup>229</sup> Auch diese Unzuträglichkeit hat inzwischen der Gesetzgeber durch § 475 Abs. 4 BGB n.F. vom 1. Januar 2018 behoben.

<sup>230</sup> BGHZ 179, 27 (34 f.).

<sup>231</sup> Lorenz nennt das Sozialromantik, NJW 2011, 2241 (2243).

<sup>232</sup> Art. 5 Abs. 3 EUV; vgl. dazu von der Groeben/Schwarze/Hatje-Kadelbach EUV Art. 5 Rn. 25 ff.

<sup>233</sup> Satzger Internationales und Europäisches Strafrecht, 8. Aufl. 2018, 9/88, 93.

<sup>234</sup> Kreß/Gazeas Puppe-FS (2011), S. 1487 (1495).

Auslegungsgesichtspunkte zu berücksichtigen und notfalls gegeneinander abzuwägen. Die erhöhten Anforderungen an die Rechtssicherheit im Strafrecht verbieten auch jegliche gespaltene Auslegung von Strafnormen und Strafrechtsbegriffen, je nachdem, ob in einem Einzelfall eine europäische Richtlinie einschlägig ist oder nicht.<sup>235</sup> Lässt sich ein Strafgesetz unter korrekter und sorgfältiger Anwendung der Auslegungsstandards nicht so auslegen, dass es den Anforderungen einer Richtlinie bzw. deren Auslegung durch den EuGH genügt, so kann nur der Strafgesetzgeber Abhilfe schaffen.

Durch einen Rahmenbeschluss vom 24.10. 2008 des Rates der EU<sup>236</sup> wurden die Mitgliedstaaten verpflichtet, die passive und aktive Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung unter Strafe zu stellen. Nach Art. 1 Ziff. 1 dieses Rahmenbeschlusses bezeichnet der Ausdruck kriminelle Vereinigung

„einen auf Dauer angelegten organisierten Zusammenschluss von mehr als zwei Personen, die um sich unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil zu verschaffen, in Verabredung handeln, um Straftaten zu begehen, die mit einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung in Höchstmaß von mindestens vier Jahren oder einer schwereren Strafe bedroht sind.“

Art. 1 Ziff. 2 des Rahmenbeschlusses umschreibt einen organisierten Zusammenschluss in diesem Sinne als einen

„Zusammenschluss, der nicht zufällig zur unmittelbaren Begehung eines Verbrechens gebildet wird und der auch nicht notwendigerweise förmlich festgelegte Rollen für seine Mitglieder, eine kontinuierliche Mitgliedschaft oder eine ausgeprägte Struktur hat.“

Es stellte sich die Frage, ob dieser Rahmenbeschluss durch europarechtskonforme Auslegung des § 129 StGB zu erfüllen sei, der ja ausdrücklich die Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung unter Strafe stellt.

Der Wortlaut von § 129 a.F. steht dem nicht entgegen. Danach ist eine kriminelle Vereinigung eine Vereinigung, „deren Zweck oder Tätigkeit auf die Begehung von Straftaten gerichtet ist“. Einem derart weiten Vereinigungsbegriff steht aber die Systematik des deutschen Strafrechts entgegen. Dieses unterscheidet nämlich von der kriminellen Vereinigung, deren Gründung oder Unterstützung nach § 129 selbstständig unter Strafe steht, die Bande, die ebenfalls ein auf Dauer angelegter Zusammenschluss zur Begehung von Straftaten ist. Die Begehung einer Straftat als Mitglied einer Bande ist kein selbstständiger Straftatbestand, sondern lediglich eine Qualifikation der jeweils bandenmäßig begangenen Straftat. Dabei sind die Anforderungen an den Begriff der Bande in gewisser Hinsicht sogar strenger als die an den der kriminellen Vereinigung, weil der bandenmäßige Zusammenschluss jeweils auf bestimmte Arten von Straftaten beschränkt ist, beispielsweise Raub und Diebstahl oder Betrug und Urkundenfälschung. Im Übrigen würde sich der Begriff der kriminellen Vereinigung, sofern man die Begriffsbestimmung durch den Rahmenbeschluss in § 129 übernehmen würde, kaum von dem der Bande unterscheiden. Das wäre aber systemwidrig. Nach der deutschen Rechtsprechung ist eine kriminelle Vereinigung „der auf eine gewisse Dauer angelegte, freiwillige organisatorische Zusammenschluss von mindestens drei Personen (...), die bei Unterordnung des Willens des einzelnen unter den Willen der Gesamtheit gemeinsame Zwecke verfolgen und unter sich derart in Beziehung stehen, dass sie sich untereinander als einheitlicher Verband fühlen“.<sup>237</sup> Auf diese Weise ist ein Unterschied zwischen krimineller Vereinigung und Bande beschrieben, der die systematische Unterscheidung zwischen der Beteiligung als Mitglied einer Bande als bloßer Strafschärfungsgrund und der Beteiligung als Mitglied einer kriminellen Vereinigung oder deren Unterstützung als selbstständige Straftat erklärt. Der BGH hat die Übernahme des weiten Vereinigungsbegriffs des Rahmenbeschlusses in den § 129 StGB mit der Begründung abgelehnt, dass er „zu einem unauflösbaren Widerspruch zu wesentlichen Grundgedanken des Systems der Strafbarkeit mehrerer zusammenwirkender Personen führ[t], auf dem das deutsche materielle Strafrecht beruht“.<sup>238</sup>

Wenn die europarechtliche Rechtsquelle nicht ein Rahmenbeschluss wäre sondern eine Richtlinie, so könnte dieser Sieg der Systematik des deutschen StGB über den zu weit gefassten europarechtlichen Begriff der kriminellen Vereinigung ein Pyrrhussieg sein. Denn, wenn eine europäische Richtlinie nicht fristgerecht in innerstaatliches Recht umgesetzt wird, so erlangt sie automatisch innerhalb dieses Staates Gesetzeskraft, sofern sie hinreichend bestimmt ist. Das gilt aber nach der Rechtsprechung des EuGH nicht im Strafrecht. Denn nach dieser Rechtsprechung kann eine Richtlinie für sich allein keine Strafbarkeit begründen.<sup>239</sup>

Dagegen kann eine Richtlinie Strafbarkeit aufheben, sofern sie im Widerspruch zu einem Strafgesetz steht und die Umsetzungsfrist abgelaufen ist, ohne dass das Gesetz der Richtlinie angepasst wurde. Das nennt man aber nicht Außerkraftsetzung des Gesetzes, sondern „Neutralisierung“.<sup>240</sup>

Offenbar zur Erfüllung der Vorgaben des Rahmenbeschlusses hat nach Erlass der o.g. BGH-Entscheidung der

---

<sup>235</sup> Belegbar?

<sup>236</sup> Der sog. Rahmenbeschluss hatte im Gegensatz zur Richtlinie keine unmittelbare Wirkung auf das Recht der Einzelstaaten. Die bestehenden Rahmenbeschlüsse gelten fort, aber neue können nicht mehr erlassen werden.

<sup>237</sup> BGHSt 54, 216 (221).

<sup>238</sup> BGHSt 54, 216 (223).

<sup>239</sup> EuGH vom 3.5.2005, verbundene Rechtssachen C-387/02, C-391/02, C-403/02 (Berlusconi u.a.), Rn 74.

<sup>240</sup> Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 8. Aufl. 2018, 9/79 ff.

Gesetzgeber die Definition der kriminellen Vereinigung in § 129 Abs. 2 wie folgt neu gefasst:

„Eine Vereinigung ist ein auf längere Dauer angelegter, von einer Festlegung von Rollen der Mitglieder, der Kontinuität der Mitgliedschaft und der Ausprägung der Struktur unabhängiger organisierter Zusammenschluss von mehr als zwei Personen zur Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses.“

Der Gesetzgeber hat also auf das Erfordernis der Unterordnung des Willens des einzelnen unter den Willen der Gemeinschaft verzichtet. Wenn diese Definition dem weiten Vereinigungsbegriff des Rahmenbeschlusses entspricht, so wäre damit die erforderliche gesetzliche Grundlage für dessen Anwendung geschaffen. Das ist aber zweifelhaft, weil der Gesetzgeber nun das Erfordernis der Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses eingefügt hat, während im Rahmenbeschluss lediglich davon die Rede ist, dass die Mitglieder handeln „um sich unmittelbar oder mittelbar einen finanziellen oder sonstigen materiellen Vorteil zu verschaffen“. Der derzeit nach dem deutschen § 129 geltende Vereinigungsbegriff ist also immer noch enger, als der des Rahmenbeschlusses.<sup>241</sup>

---

<sup>241</sup> SK-Greco § 129 Rn 19, 21.