

Prof. Dr. Marc Liesching

Professor für Medienrecht und Medientheorie

Anschrift

Biedersteiner Str. 6

D-80802 München

Tel./Fax/

T: +49 (0) 89 - 55 05 73 71

F: +49 (0) 89 – 54 84 78 30

Internet/E-Mail

www.technolex.de

Liesching@technolex.de

Anforderungen an den Erwachsenenversandhandel gemäß § 1 Abs. 4 Jugendschutzgesetz

Rechtsgutachten

von Prof. Dr. jur. Marc Liesching

im Auftrag des BfTG e.V.

Inhaltsübersicht

I. Gutachtenauftrag	4
II. Rechtsgutachten.....	5
A. Überblick / Gang der gutachtlichen Untersuchung.....	5
B. Gesetzliche Grundlagen	5
1. Gesetzeswortlaut des § 10 Abs. 3 JuSchG.....	5
2. Gesetzeswortlaut des § 1 Abs. 4 JuSchG.....	6
C. Gesetzesmaterialien und historische Auslegung.....	6
1. Amtliche Begründung zu § 10 Abs. 3 JuSchG	6
a) Allgemeine Erwägungen zum Versandhandelsverbot	6
b) Konkrete Hinweise zu den Anforderungen des Erwachsenenversandhandels	7
aa) 1. Stufe: Verifikation während des Online-Bestellvorgangs	8
bb) 2. Stufe: Verifikation bei der Übergabe am Bestellerhaushalt	8
2. Amtliche Begründung zu § 1 Abs. 4 JuSchG	9
3. Historische Auslegung	10
D. Wortlautauslegung	11
E. Wettbewerbsrechtliche Rechtsprechung zu § 1 Abs. 4 JuSchG	12
1. Bundesgerichtshof (Urt. v. 12.7.2007)	12
2. OLG München (Urteil v. 29.7.2004)	14
3. OLG Frankfurt (Urt. v. 7.8.2014)	16
4. Vormalige Rechtsauffassung der Obersten Landesjugendbehörden	16
5. Bewertung	18
F. Auslegungsansätze der Rechtsliteratur	18
G. Rechtsmethodische Auslegung.....	19
1. (Teleologische) Normzweckauslegung.....	19
2. Rechtssystematische Auslegung	21
a) Systematischer Gleichlauf mit Abgabeverbot	21
b) Intersystematische Auslegung – Geringe Anforderungen an „ab 18“ Telemedienvertrieb	23
3. Verfassungsrechtliche Auslegung	24
a) Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf Art. 12 GG.....	24
b) Gleichbehandlungsgebot gemäß Art. 3 GG	26
H. Zusammenfassung der Auslegungsergebnisse	27
III. Gesamtergebnis.....	29

I. Gutachtenauftrag

Der Bündnis für Tabakfreien Genuss (BfTG) e.V. bittet um die Erstellung eines Rechtsgutachtens zu der Frage der Anforderungen des Sicherstellens eines ausschließlichen Erwachsenenzugangs beim Versandhandel im Sinne des § 1 Abs. 4 in Verbindung mit § 10 Abs. 3 des Jugendschutzgesetzes (JuSchG). Dabei sollen insbesondere die Vorgaben und Auswirkungen des Gesetzes zum Schutz von Kindern und Jugendlichen vor den Gefahren des Konsums von elektronischen Zigaretten und elektronischen Shishas vom 3.3.2016 (BGBl. I S. 369) berücksichtigt werden.

II. Rechtsgutachten

A. Überblick / Gang der gutachtlichen Untersuchung

Entsprechend der gutachtengegenständlichen Fragestellung wird nach Darstellung der gesetzlichen Grundlagen (hierzu nachfolgend Punkt B.) zunächst eine historische bzw. teleologische Auslegung der maßgeblichen Vorschriften anhand der Erwägungen des Bundesgesetzgebers vorgenommen (hierzu C.). Im Anschluss hieran erfolgt eine Auslegung der Anforderungen des Erwachsenenversandhandels anhand des Wortlauts des § 1 Abs. 4 JuSchG (hierzu D.). Darüber hinaus wird die vor Inkrafttreten des Gesetzes zum Schutz von Kindern und Jugendlichen vor den Gefahren des Konsums von elektronischen Zigaretten und elektronischen Shishas ergangene, insbesondere wettbewerbsrechtliche Rechtsprechung dargestellt und analysiert (hierzu E.). Überdies werden Auslegungsansätze der Rechtsliteratur dargestellt (hierzu F.). Schließlich erfolgt eine rechtssystematische Auslegung des Erwachsenenversandhandels (hierzu G.), ehe die Auslegungsergebnisse zusammengefasst werden (hierzu H.).

B. Gesetzliche Grundlagen

1. Gesetzeswortlaut des § 10 Abs. 3 JuSchG

Durch das Gesetz zum Schutz von Kindern und Jugendlichen vor den Gefahren des Konsums von elektronischen Zigaretten und elektronischen Shishas vom 3.3.2016¹ ist die vormals auf Tabakwaren beschränkte Regelung zum Schutz der Jugend in der Öffentlichkeit erheblich erweitert worden. Neben der Objektserweiterung u.a. auf nikotinhaltige Erzeugnisse und Behältnisse ist in Absatz 3 ein ausdrückliches Versandhandelsverbot implementiert worden. Die Vorschrift hat den nachfolgenden, auszugsweise wiedergegebenen Wortlaut:

§ 10 JuSchG [Rauchen in der Öffentlichkeit; Tabakwaren]

(1) In Gaststätten, Verkaufsstellen oder sonst in der Öffentlichkeit dürfen Tabakwaren und andere nikotinhaltige Erzeugnisse und deren Behältnisse an Kinder oder Jugendliche weder abgegeben noch darf ihnen das Rauchen oder der Konsum nikotinhaltiger Produkte gestattet werden.

1 BGBl. I S. 369, in Kraft getreten am 1.4.2016.

(...)

(3) Tabakwaren und andere nikotinhaltige Erzeugnisse und deren Behältnisse dürfen Kindern und Jugendlichen weder im Versandhandel angeboten noch an Kinder und Jugendliche im Wege des Versandhandels abgegeben werden.

(4) Die Absätze 1 bis 3 gelten auch für nikotinfreie Erzeugnisse, wie elektronische Zigaretten oder elektronische Shishas, in denen Flüssigkeit durch ein elektronisches Heizelement verdampft und die entstehenden Aerosole mit dem Mund eingeatmet werden, sowie für deren Behältnisse.

2. Gesetzeswortlaut des § 1 Abs. 4 JuSchG

Unmittelbar im Zusammenhang mit den Versandhandelsverboten in Tatbeständen des JuSchG (z.B. § 10 Abs. 3 JuSchG, § 12 Abs. 3 JuSchG) steht die Legaldefinition des Versandhandels, welche u.a. einen Versandhandel im Falle des Sicherstellens des Erwachsenenversandes zulässt. Die Vorschrift hat den nachfolgenden, auszugsweise wiedergegebenen Wortlaut:

§ 1 JuSchG [Begriffsbestimmungen]

(...)

(4) Versandhandel im Sinne dieses Gesetzes ist jedes entgeltliche Geschäft, das im Wege der Bestellung und Übersendung einer Ware durch Postversand oder elektronischen Versand ohne persönlichen Kontakt zwischen Lieferant und Besteller oder ohne dass durch technische oder sonstige Vorkehrungen sichergestellt ist, dass kein Versand an Kinder und Jugendliche erfolgt, vollzogen wird.

C. Gesetzesmaterialien und historische Auslegung

1. Amtliche Begründung zu § 10 Abs. 3 JuSchG

a) Allgemeine Erwägungen zum Versandhandelsverbot

In den Materialien des Gesetzgebers zum Entwurf des Gesetzes zum Schutz von Kindern und Jugendlichen vor den Gefahren des Konsums von elektronischen Zigaretten und elektronischen Shishas finden sich unmittelbar zu § 10 Abs. 3 JuSchG zunächst nur allgemeine Hinweise zum Erwachsenenversandhandel. Insoweit werde eine „Sicherstellung eingeführt“, dass die bezeichneten Produkte auch im Wege des

Versandhandels nur an Erwachsene abgegeben werden“. „Entsprechend dem Abgabeverbot des § 10 Absatz 1“ werde durch Abs. 3 „auch für den Versandhandel klargestellt, dass eine Abgabe nur an Erwachsene zu erfolgen hat“.²

Ausdrücklich wird hierbei auf die in § 1 Abs. 4 JuSchG festgelegten Voraussetzungen der Definition des Versandhandels im Sinne des JuSchG als „maßgeblich“ verwiesen. Mithin gelten nach dem Willen des Gesetzgebers keine anderen Voraussetzungen an den Versandhandel wie etwa beim Versandvertrieb von Bildträgern mit dem Kennzeichen „Keine Jugendfreigabe“ i.S.d. § 12 Abs. 3 JuSchG.

Hinsichtlich des Schutzzwecks und des gesetzessystematischen Gleichlaufs verweist der Gesetzgeber schließlich darauf, dass die gesetzliche Fassung des Versandhandelsverbotes nach § 10 Abs. 3 JuSchG „in der Praxis bestehenden Wertungswidersprüche zwischen stationärem Verkauf und Verkauf über das Internet beseitigt“ und zudem „die Wettbewerbsnachteile für Mitbewerber, die bereits einen effektiven Jugendschutz im Versandhandel praktizieren, aufgehoben“ würden.³

b) Konkrete Hinweise zu den Anforderungen des Erwachsenenversandhandels

Im Rahmen der Kalkulation des Erfüllungsaufwandes für die Wirtschaft zur Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben des § 10 Abs. 3 JuSchG gibt der Gesetzgeber über die dargelegten allgemeinen Erläuterungen konkretere Hinweise zu den Anforderungen des Erwachsenenversandhandels nach § 1 Abs. 4 JuSchG. Die Notwendigkeit hierfür ergibt sich daraus, dass nur derart der wirtschaftliche Aufwand für den rechtskonformen Versand durch Inanspruchnahme von Zustellerdienstleistungen hinreichend bestimmt taxiert werden kann.

Der Bundesgesetzgeber geht insoweit von einem zweistufigen Prüfungsverfahren aus, um sicherzustellen, dass kein Versand an Kinder und Jugendliche erfolgt. Dies betrifft namentlich zunächst den Bestellvorgang über das Internet [hierzu nachfolgend aa)] und des Weiteren die Übergabe der Versandware am Bestellerhaushalt [hierzu bb)].

2 BT-Drs. 18/6858, S. 14.

3 BT-Drs. 18/6858, S. 14.

aa) 1. Stufe: Verifikation während des Online-Bestellvorgangs

In Bezug auf den Bestellvorgang nennt der Bundesgesetzgeber insbesondere die Verwendung von Perso-Check-Verfahren und die Verwendung Schufa-verifizierter Personendaten als in Betracht kommende, hinreichende Verifikationsverfahren. In den Gesetzesmaterialien wird im Wortlaut ausgeführt:

„Verkauf über den Online-Handel

Für den Online-Handel gibt es technische Mittel, wie zum Beispiel Prüfroutinen zur Feststellung der Volljährigkeit an Hand der Personalausweisnummer (so genannter Perso-Check) oder verifizierter Adressdaten (zum Beispiel Schufa-Q-Bit-Check), die preisgünstig zur Verfügung stehen oder von Anbietern mit geringem Aufwand zu programmieren sind. Nach ihrer Inbetriebnahme verursacht deren Anwendung keinen Mehraufwand. Dies betrifft Online-Versandhändler von Tabakwaren und von elektronischen Zigaretten und elektronischen Shishas. Der VdeH gibt an, dass es 350 Händler gibt, die E-Zigaretten und E-Shishas über das Internet vertreiben. Der VdeH schätzt weiterhin, dass bei ca. 50 % dieser Händler noch keine Kontrolle des Alters erfolgt. Er schätzt hierfür ein, dass für die Programmierung ca. 4 Stunden verwendet werden“.⁴

Aufgrund der lediglich beispielhaften Nennung der beiden Verifikationsverfahren ist davon auszugehen, dass grundsätzlich auch andere technische Altersüberprüfungsverfahren im Rahmen des Online-Bestellvorgangs in Betracht kommen und ausreichend sein können. Mit Blick auf die Praxis beim Versandhandel mit „Ab 18“ Bildträgern könnte etwa eine Altersabfrage auf einer für das Jugendschutzprogramm „JusProG“ mit 18 gelabelten Webseite in Betracht kommen.

bb) 2. Stufe: Verifikation bei der Übergabe am Bestellerhaushalt

Nach den Gesetzesmaterialien ist auch am Bestellerhaushalt dafür zu sorgen, dass die Versandware nur an Erwachsene ausgehändigt wird. Der Gesetzgeber verlangt hierbei im Einklang mit dem Wortlaut des § 1 Abs. 4 JuSchG jedoch nicht, dass die Ware nur an den jeweils im Bestellvorgang verifizierten Kunden direkt ausgehändigt wird. Notwendig und auch hinreichend ist lediglich, dass die Versandware an eine erwachsene Person übergeben wird. Folgerichtig lässt der Bundesgesetzgeber auch explizit das DHL Altersprüfsichtverfahren zu Portokosten von einem Euro genügen. Der Bundesgesetzgeber führt im Wortlaut aus:

4 BT-Drs. 18/6858, S. 10.

„Beim Versand der Tabakwaren und elektronischen Zigaretten und elektronischen Shishas müssen die Verkäufer ebenfalls sicherstellen, dass die Waren auch nur an Personen ausgehändigt werden, die über 18 sind bzw. müssen sicherstellen, dass die getätigten Angaben des Käufers bezüglich des Alters auch richtig waren. Dafür ist bei der Post eine DHL Identitäts- und Altersprüfung anzuwenden, welches einen Euro zusätzlich zum normalen Versand kostet“.⁵

Bei der von dem Dienstleister DHL für ca. 1 Euro angebotenen Dienstleistung wird die Versandware persönlich oder an Personen im Haushalt des Empfängers übergeben, sofern diese das vorgegebene Mindestalter erreicht haben. Insoweit erfolgt eine ausweisgestützte Identifikation des Empfängers, wenn für die Zustellperson nicht eindeutig ersichtlich ist, dass der Empfänger das Mindestalter überschritten hat.⁶

2. Amtliche Begründung zu § 1 Abs. 4 JuSchG

Im Gegensatz zu den dezidierten Hinweisen in den Gesetzesmaterialien des Entwurfs des Gesetzes zum Schutz von Kindern und Jugendlichen vor den Gefahren des Konsums von elektronischen Zigaretten und elektronischen Shishas finden sich in der Amtlichen Begründung zu § 1 Abs. 4 JuSchG von 2002 keine Erläuterungen zur Auslegung des Sicherstellens des Erwachsenenversandhandels. Insoweit wird lediglich darauf hingewiesen, dass der Versandhandelsbegriff der Rechtsprechung im Wesentlichen übernommen werde.⁷ Weder zu den technischen noch zu sonstigen Vorkehrungen zum Ausschluss des Versandes an Kinder und Jugendliche werden mithin konkretisierende oder interpretierende Erläuterungen zum Zeitpunkt der Umsetzung des Jugendschutzgesetzes gegeben.

5 BT-Drs. 18/6858, S. 11.

6 <https://www.dhl.de/content/dam/dhlde/downloads/paket/produkte-services/dhl-alterssichtpruefung-infoblatt-082016.pdf>

7 Vgl. BT-Drs. 14/9013, S. 18: „Der Begriff „Versandhandel“ übernimmt die Definition des Bundesverfassungsgerichts – Vorprüfungsausschuss – (NJW 1982, 1512) und des OLG Düsseldorf (NJW 1984, 1977) und erweitert diesen zur Klarstellung um den elektronischen Versand, d. h. um den im Internet immer bedeutender werdenden Handel mit elektronisch versandten Dateien. Das heißt, unter Versandhandel im Sinne dieses Gesetzes ist jedes entgeltliche Geschäft zu verstehen, das im Wege der Bestellung und Übersendung einer Ware durch Postversand oder elektronischen Versand ohne persönlichen Kontakt zwischen Lieferant (Anbieter) und Besteller (Kunden) vollzogen wird“.

3. Historische Auslegung

In der Gesamtschau der Gesetzesmaterialien zu § 1 Abs. 4 JuSchG und § 10 Abs. 3 JuSchG ist festzustellen, dass der Bundesgesetzgeber zunächst mit Inkrafttreten des Jugendschutzgesetzes am 1.4.2003 keine Erläuterungen im Hinblick auf die neu eingeführte Anforderung an den Erwachsenenversandhandel nach § 1 Abs. 4 JuSchG gegeben hat. Insoweit ist davon auszugehen, dass der Bundesgesetzgeber die Auslegung insbesondere der Judikatur, namentlich Rechtsprechung und Schrifttum überlassen wollte.

Demgegenüber werden im Rahmen des Gesetzes zum Schutz von Kindern und Jugendlichen vor den Gefahren des Konsums von elektronischen Zigaretten und elektronischen Shishas 13 Jahre später dezidierte Hinweise zur Auslegung gegeben. Ob dies in Reaktion oder Korrektur zur bisherigen Auslegung in wettbewerbsrechtlichen Entscheidungen⁸ oder der vormaligen Auslegung der Obersten Landesjugendbehörden⁹ erfolgt, ist offen. In den Gesetzesmaterialien wird jedenfalls weder auf die bislang lediglich in zivilrechtlichen Verfahren ergangenen Gerichtsentscheidungen noch auf die restriktiven OLG-Auslegungshinweise Bezug genommen. Zwar bestätigen die Ausführungen in den Gesetzesmaterialien zum Teil die Rechtsprechungserwägungen, insbesondere des Bundesgerichtshofs.

Allerdings weichen sie auch – insbesondere hinsichtlich der Anforderungen an die Übergabe der Versandware am Bestellerhaushalt von der Rechtsprechung des OLG Frankfurt ab. Namentlich fordert der Gesetzgeber nicht, dass die Versandware nur von der erwachsenen Bestellperson entgegengenommen werden kann (etwa durch Einschreiben eigenhändig). Vielmehr lässt er eine Alterssichtprüfung nach dem DHL-Verfahren genügen, sodass lediglich zu überprüfen ist, dass (irgendeine) Übergabeperson am Bestellerhaushalt auch volljährig ist. Dies kann vor dem Hintergrund der vor Inkrafttreten des Gesetzes zum Schutz von Kindern und Jugendlichen vor den Gefahren des Konsums von elektronischen Zigaretten und elektronischen Shishas als Korrektur des Gesetzgebers im Hinblick auf die vorherige Auslegung des § 1 Abs. 4 JuSchG durch einzelne Zivilgerichte verstanden werden. Jedenfalls dürfen die Gesetzesmaterialien zu § 10 JuSchG – neben dem Gesetzeswortlaut selbst –

8 Siehe hierzu unten Punkt E.1.-3.

9 Siehe hierzu unten Punkt E.4.

rechtsmethodisch bei der Auslegung von Rechtsvorschriften nicht per se übergangen werden. Dies legt nahe, dass jedenfalls mit Inkrafttreten des § 10 Abs. 3 JuSchG und mit Geltung der zugrundeliegenden Erwägungen des Normgebers in den Gesetzesmaterialien dessen expliziten Vorgaben zum Erwachsenenversandhandel wie folgt zu beachten sind:

- Zur Sicherstellung des Erwachsenenversandhandels ist ein zweistufiger Verifikationsprozess sowohl im Rahmen des Online-Bestellvorgangs (Stufe 1) als auch im Rahmen des Übergabe der Versandware am Bestellerhaushalt (Stufe 2) durchzuführen.
- Im Rahmen der Stufe 1 können z.B. Persocheck-Verfahren eingesetzt oder die Überprüfung von Registrierungsdaten anhand von Schufa-verifizierten Datensätzen vorgenommen werden.
- Im Rahmen der Stufe 2 kann das DHL-Alterssicht-Prüfverfahren zum Einsatz kommen, bei dem sichergestellt wird, dass die Versandware an eine volljährige Person im Bestellerhaushalt (nicht notwendig an den Besteller selbst) übergeben wird.

D. Wortlautauslegung

Die vorstehende Auslegung der Anforderungen an § 1 Abs. 4 JuSchG, wie sie der Gesetzgeber in den Materialien zum Entwurf des Gesetzes zum Schutz von Kindern und Jugendlichen vor den Gefahren des Konsums von elektronischen Zigaretten und elektronischen Shishas ausgeführt hat, muss freilich mit dem Gesetzeswortlaut vereinbar sein. Insoweit ist anerkannt, dass Erwägungen in Gesetzesmaterialien dann umso geringeres Gewicht beizumessen ist, wenn ihnen der Wortlaut der gesetzlichen Vorgaben selbst entgegensteht. Umgekehrt ist rechtsmethodisch Gesetzesmaterialien in der Auslegung besonderes Gewicht beizumessen, wenn sie im Einklang mit dem Gesetzeswortlaut stehen.

Vor diesem Hintergrund ist von Bedeutung, dass nach dem Wortlaut des § 1 Abs. 4 JuSchG „sichergestellt ist, dass kein Versand an Kinder und Jugendliche erfolgt“. Hiernach ist aber gerade nicht erforderlich, dass die Versandware nur dem Besteller als erwachsener Person übergeben wird. Maßgeblich ist vielmehr nur in negativer Hinsicht, dass ein Versand an minderjährige Personen ausgeschlossen wird. Dies ist

aber auch dann der Fall, wenn zum Abschluss des Versandprozesses eine Übergabe der Versandware am Bestellerhaushalt an (irgendeine) volljährige Person erfolgt. Denn mit der Übergabe am Ende des Versandvorganges an einen Erwachsenen ist gerade ausgeschlossen und kann negiert werden, dass ein Versand „an Kinder oder Jugendliche erfolgt“ ist.

Mithin steht die Auslegung des Bundesgesetzgebers, wonach eine DHL-Alterssichtprüfung für einen Euro hinreichend ist, vollumfänglich im Einklang mit dem Wortlaut des § 1 Abs. 4 JuSchG.

E. Wettbewerbsrechtliche Rechtsprechung zu § 1 Abs. 4 JuSchG

1. Bundesgerichtshof (Urt. v. 12.7.2007)

Der 1. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat sich in einem wettbewerbsrechtlichen Verfahren im Urteil vom 12.7.2007 zur Auslegung des § 1 Abs. 4 JuSchG geäußert. Teleologisch führt der Senat zunächst aus, dass die für einen effektiven Kinder- und Jugendschutz notwendige Sicherstellung eines Versands nur an Erwachsene nicht nur durch einen persönlichen Kontakt zwischen Lieferant und Besteller erreicht werden könne, sondern auch durch technische Vorkehrungen wie z.B. sichere Altersverifikationssysteme.¹⁰ Hinsichtlich der Anforderungen an eine entsprechende Altersprüfung unterschied der Senat (ebenfalls) zwischen dem Bestellvorgang und der Zustellung am Bestellerhaushalt. Während er für erstere Prüfstufe beispielhaft auf das PostIdent-Verfahren verweist, sieht er für die Zustellung exemplarisch das Einschreiben eigenhändig als ausreichend an.

Der 1. Zivilsenat des BGH führt im Urteil im Wortlaut aus:

„Die Anforderungen an das Altersverifikationssystem ergeben sich aus dem Schutzzweck des Jugendschutzrechts. Die besonderen Regelungen für die vom Jugendschutzgesetz als Versandhandel bezeichneten Geschäfte bezwecken zu verhindern, dass Minderjährige jugendschutzrelevante Medieninhalte wahrnehmen. Für einen effektiven Kinder- und Jugendschutz ist deshalb einerseits eine zuverlässige Altersverifikation vor dem Versand der Medien erforderlich. Andererseits muss aber auch sichergestellt sein, dass die abgesandte Ware nicht von Minderjährigen in Empfang genommen

10 BGH GRUR 207, 890, 893, Abs. 32 unter Verweis auf den Vorschlag des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, BT-Dr 14/9410, S. 30.

wird.¹¹ So lässt sich etwa durch das Postidentverfahren vor Versendung der Ware ausreichend gewährleisten, dass der Kunde volljährig ist.¹² Außerdem muss die Ware in einer Weise versandt werden, die regelmäßig sicherstellt, dass sie dem volljährigen Kunden, an den sie adressiert ist, persönlich ausgehändigt wird. Das kann etwa durch eine Versendung als »Einschreiben eigenhändig« gewährleistet werden“.¹³

Fraglich und im Nachgang des Urteils durch den BGH ungeklärt geblieben ist, ob der 1. Senat mit dem Urteil zwingend nur eine Übergabe an den bestellenden erwachsenen Kunden für ausreichend erachten wollte. Unklarheiten ergaben sich vor allem dadurch, dass in dem Urteil lediglich gefordert hatte, dass „regelmäßig“ sichergestellt sei, dass dem volljährigen Kunden die Ware persönlich ausgehändigt werde und das „Einschreiben eigenhändig“ nur beispielhaft („etwa“) genannt worden ist.

Dies lässt die Deutung zu, dass der 1. Senat möglicherweise auch die DHL-Alterssichtprüfung am Bestellerhaushalt in der Weise für hinreichend erachtet hätte, wie sie nunmehr vom Bundesgesetzgeber in den Gesetzesmaterialien zum Gesetz zum Schutz von Kindern und Jugendlichen vor den Gefahren des Konsums von elektronischen Zigaretten und elektronischen Shishas genannt werden.¹⁴ Denn auch hierdurch wird „regelmäßig“ sichergestellt, dass dem erwachsenen Bestellkunden die Ware persönlich übergeben wird. Lediglich in dem Fall, dass eine andere nachweislich erwachsene Person am Haushalt angetroffen wird, erfolgt eine Übergabe an diese Person. Indes ist auch in diesem Fall dem Schutzzweck nach der Auslegung des BGH Rechnung getragen, dass „die abgesandte Ware nicht von Minderjährigen in Empfang genommen wird.“¹⁵

11 BGH GRUR 207, 890, 895, Abs. 48 unter Verweis auf OLG München, GRUR 2004, 963, 964 f.

12 BGH GRUR 207, 890, 895, Abs. 48 unter Verweis auf OLG München, GRUR 2004, 963, 965; *Scholz/Liesching*, Jugendschutz – Kommentar, § 1 JuSchG Rn. 24; *Nikles/Roll/Spürck/Umbach*, Jugendschutzrecht, § 1 JuSchG Rn. 23.

13 BGH GRUR 207, 890, 895, Abs. 48.

14 Siehe hierzu oben Punkt II.C.

15 BGH GRUR 207, 890, 895, Abs. 48 unter Verweis auf OLG München, GRUR 2004, 963, 964 f.

2. OLG München (Urteil v. 29.7.2004)

Das OLG München hat sich – ebenfalls in einem wettbewerbsrechtlichen Verfahren – im Urteil vom 29.7.2004 zur Auslegung des § 1 Abs. 4 JuSchG geäußert. Die vorstehend dargestellte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs referenziert überwiegend auf diese Entscheidung des Oberlandesgerichts, welche ebenfalls ein zweistufiges Altersprüfverfahren bei der Sicherstellung des Erwachsenenversandhandels befürwortet. Begründet wird dies damit, dass der Begriff des Versands an Kinder und Jugendliche in § 1 Abs. 4 JuSchG nicht allein den Vorgang des Absendens erfasse, sondern den gesamten Ablauf der Übermittlung einschließlich des Eintreffens in der Sphäre des Empfängers.¹⁶

Ziel der besonderen Regelungen für die vom Jugendschutzgesetz als Versandhandel bezeichneten Geschäfte sei es nach Auffassung des Wettbewerbssenats, zu verhindern, dass Minderjährige jugendschutzrelevante Inhalte wahrnehmen. Deshalb ist bei an Träger gebundenen Inhalten darauf abzustellen, ob Minderjährige den Gewahrsam an den Trägern erlangen, ohne den die Wahrnehmung der Inhalte nicht möglich ist. Entsprechend untersagt § 12 Abs. 3 Nr. 2 JuSchG die Überlassung von Bildträgern „im Versandhandel“, gehe also davon aus, dass nicht nur das Absenden, sondern auch die Überlassung – d.h. die Verschaffung des Gewahrsams – Teil des Versandhandels sei.¹⁷

Hinsichtlich des zu vermeidenden Missbrauchsrisikos bei der Versandzustellung stellt das OLG München – wie der BGH – in erster Linie darauf ab, dass die Sendung nicht Minderjährigen in die Hände fallen dürfe. Insoweit wird im Urteil vom 29.7.2005 im Wortlaut ausgeführt:

„So besteht die Gefahr, dass die Warensendung vom Postboten unmittelbar an in häuslicher Gemeinschaft mit dem erwachsenen Kunden lebende Minderjährige ausgehändigt wird. Die Gefahr, dass diese die Sendung öffnen, obwohl sie nicht an sie persönlich adressiert ist, erscheint durchaus real, zumal Sendungen der Ag. mit unverfänglichen Bildträgern gleichartig verpackt sind und sich Minderjährige für berechtigt halten können, Sendungen von der Ag. selbst zu öffnen, wenn früher bereits solche Bildträger für den Familiengebrauch bestellt worden sind. Darüber hinaus besteht die gleiche

16 OLG München GRUR 2004, 963, 964 = NJW 2004, 3344 ff. m. Anm. *Liesching*, NJW 2004, 3303.

17 OLG München GRUR 2004, 963, 964 unter Verweis auf *Scholz/Liesching*, Jugendschutz, § 12 JuSchG Rn. 11.

Gefahr aber auch, wenn die Sendung in dem Hausbriefkasten des erwachsenen Kunden eingeworfen wird. Hausbriefkästen werden von allen Bewohnern einer Wohnung gleichzeitig genutzt, so dass sich deren häusliche Sphären insoweit überlappen. Mit dem Einwurf in den Hausbriefkasten gelangt die Sendung daher nicht nur – wie beabsichtigt – in die Sphäre des Kunden, sondern zugleich auch in die seiner minderjährigen Mitbewohner und eröffnet diesen die Möglichkeit, den Inhalt der Bildträger wahrzunehmen. Anders als in dem – nicht der Ag. zurechenbaren – Fall, in dem ein Kunde erst nach Empfang der Sendung durch Nachlässigkeit im eigenen Bereich die Gefahr der Wahrnehmung des Bildträgerinhalts durch Minderjährige eröffnet, gelangen durch den Einwurf in den gemeinsamen Hausbriefkasten die Bildträger unmittelbar durch die von der Ag. veranlasste Versendung in den zu vermeidenden (Mit-)Gewahrsam von Minderjährigen.

Die von der Ag. praktizierte Vorgehensweise der Versendung mit einfachem Brief enthält keine Vorkehrungen, die dieser Gefahr begegnen und sicherstellen, dass kein Versand an Kinder und Jugendliche erfolgt. Die Ankündigung einer Warensendung per E-Mail mag zwar den Kunden zu allgemein erhöhter Aufmerksamkeit veranlassen; es kann aber nicht erwartet werden, dass er deswegen dafür Sorge trägt, die Sendung abzufangen, bevor sie in den Hausbriefkasten eingeworfen oder an minderjährige Mitbewohner übergeben wird. Auch die nachträgliche Mitteilung darüber, welche Bildträger zurückgesandt worden sind, kann nicht sicherstellen, dass kein Versand an Minderjährige erfolgt. Sie erreicht den Kunden erst nach erfolgtem Versand und kann ihm deshalb allenfalls nachträglich Kenntnis von einer missbräuchlichen Bestellung der Bildträger durch Minderjährige verschaffen; dann ist aber das bereits eingetreten, was durch § 1 Abs. 4 JuSchG verhindern soll. Die Möglichkeit des Kunden, die Gesamtheit der in seinem Namen erfolgten Bestellungen im Internet einzusehen, ist schon deshalb ungeeignet, weil nicht gewährleistet ist, dass sie auch wahrgenommen wird; im Übrigen gelten in dem Fall, dass der Kunde sein Internet-Konto ein sieht, die gegen die E-Mail-Benachrichtigungen erhobenen Einwände in gleicher Weise“.¹⁸

Die Ausführungen des OLG München lassen letztlich offen, ob dem geschilderten Missbrauchsrisiko nur dadurch Rechnung getragen werden kann, das dem bestellenden erwachsenen Kunden in jedem Fall persönlich die Sendung ausgehändigt werde. Wie es der Bundesgerichtshof in der dargestellten Entscheidung von 2007 später aufgreift, führt auch das OLG München nur aus, dass jedenfalls durch eine Übersendung in einer Weise, die „regelmäßig“ gewährleistet, dass die Warensendung dem volljährigen Kunden, an den sie adressiert ist, persönlich ausgehändigt wird -

18 OLG München GRUR 2004, 963, 965.

wie etwa bei der Versendung als „Einschreiben eigenhändig“ – eine ausreichende Sicherstellung i.S.d. § 1 Abs. 4 JuSchG vorliegt.¹⁹

Hingegen lässt (auch) das OLG München – ebenso wie der Bundesgerichtshof – offen, ob auch in anderen Zustellverfahren wie der nunmehr vom Bundesgesetzgeber genannten 1-Euro-DHL-Alterssichtprüfung den Missbrauchsrisiken einer Gewahrsamerlangung durch Minderjährige hinreichend Rechnung getragen wird.

3. OLG Frankfurt (Urt. v. 7.8.2014)

Insoweit restriktiver als die Rechtsprechung des BGH und des OLG München vertrat indes das OLG Frankfurt in einem wettbewerbsrechtlichen Verfahren im Urteil vom 7.8.2014²⁰ die Ansicht, dass nur eine persönliche Übergabe an den bestellenden Kunden ausreichend sei. Die Übergabe an eine andere erwachsene Person am Bestellerhaushalt ließ der 6. Senat explizit nicht genügen. Insoweit wird im Urteil ausgeführt:

„Die bloße Alterskontrolle der Person, die die Sendung vom Zusteller entgegennimmt, reicht nicht aus. Denn es kann sich um einen Empfangsboten handeln, der die Sendung nur an den (minderjährigen) Besteller weiterleitet, ohne selbst Kenntnis vom Inhalt zu haben“.²¹

Diese Entscheidung ist ebenfalls vor Bekanntwerden der Hinweise des Gesetzgebers im Rahmen der Gesetzesmaterialien zum Gesetz zum Schutz von Kindern und Jugendlichen vor den Gefahren des Konsums von elektronischen Zigaretten und elektronischen Shishas vom 3.3.2016 ergangen.

4. Vormalige Rechtsauffassung der Obersten Landesjugendbehörden

Auch die Obersten Landesjugendbehörden haben ausweislich eines Hinweispapiers vor Inkrafttreten des Gesetzes zum Schutz von Kindern und Jugendlichen vor den Gefahren des Konsums von elektronischen Zigaretten und elektronischen Shishas

19 OLG München GRUR 2004, 963, 965.

20 OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 7.8.2014 - 6 U 54/14.

21 OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 7.8.2014 - 6 U 54/14, Abs. 23.

in Bezug auf „18“ Bildträger eine restriktive Rechtsansicht für den Erwachsenenversandhandel vertreten.²²

Der Versand von Bildträgern mit dem Kennzeichen „Keine Jugendfreigabe“ und nicht gekennzeichneten (§ 12 Abs. 3 JuSchG) sowie indizierten (§ 15 Abs. 1 Nr. 3 JuSchG) Bildträgern und anderen Trägermedien sei danach nur zulässig, wenn a) ein Bestellen ausschließlich durch Erwachsene sichergestellt (Stufe 1) und b) ein Ausliefern der bestellten Ware an Kinder und Jugendliche wirksam verhindert wird (Stufe 2). Dies steht in der allgemeinen Formulierung auch im Einklang mit den nunmehr vom Gesetzgeber geforderten zweistufigen Prüfverfahren.

Allerdings gingen die Anforderungen in dem genannten OLjB-Papier sodann hierüber hinaus. Namentlich wurde für Stufe 1 eine verlässliche Identifikations- und Volljährigkeitsprüfung „im Rahmen einer Face-to-Face Kontrolle“ gefordert. Konkretisierend wurde ein AVS-System entsprechend der geschlossenen Benutzergruppe nach § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV (wie etwa bei pornographischen Telemedien) für notwendig erachtet. Darüber hinaus wurde in dem Papier auf Stufe 2 des Prüfverfahrens vorausgesetzt, dass „die bestellte Ware dem volljährigen Kunden persönlich (z. B. durch Versenden als »Einschreiben eigenhändig«) ausgehändigt wird“.

Diese Auslegung geht also auf beiden Stufen über das hinaus, was vom Bundesgesetzgeber nunmehr in den Gesetzesmaterialien des Gesetzes zum Schutz von Kindern und Jugendlichen vor den Gefahren des Konsums von elektronischen Zigaretten und elektronischen Shishas als hinreichend für § 1 Abs. 4 JuSchG angesehen worden ist. Die Obersten Landesjugendbehörden (OLjB) sind aktuell in einen Prozess der Überarbeitung ihrer Auslegungshinweise getreten. Ob dies gerade in Reaktion auf die abweichende Auslegung im Lichte des § 10 Abs. 3 JuSchG n.F. erfolgt ist, ist diesseits nicht bekannt. Mit einer Überarbeitung und Fassung eines neuen OLjB-Papiers zu § 1 Abs. 4 JuSchG ist vor Februar 2017 nicht zu rechnen.

22 Rechtsauffassung und Praxishinweise der Obersten Landesjugendbehörden zum Versandhandel nach § 1 Abs. 4 Jugendschutzgesetz (JuSchG), undatiert; abrufbar unter www.ms.niedersachsen.de/download/62657, zuletzt abgerufen am 14.11.2016.

5. Bewertung

Die bisher – soweit ersichtlich – ausschließlich im Wettbewerbsrecht ergangenen Gerichtsentscheidungen sowie die Auslegungshinweise der Obersten Landesjugendbehörden zum Bildträgerversand nehmen Interpretationen des § 1 Abs. 4 JuSchG zu einem Zeitpunkt vor, bevor sich der Bundesgesetzgeber explizit im Rahmen des Gesetzes zum Schutz von Kindern und Jugendlichen vor den Gefahren des Konsums von elektronischen Zigaretten und elektronischen Shishas zu den Anforderungen an einen Erwachsenenversandhandel geäußert hat. Vor diesem Hintergrund bestehen bereits Zweifel, ob die Rechtsprechung und das veraltete und in Überarbeitung befindliche OLjB-Papier angesichts der neuen klaren Auslegungshinweise des Bundesgesetzgebers zu § 1 Abs. 4 JuSchG noch uneingeschränkt herangezogen werden können.

Jedenfalls steht aber die neue Auslegung des Bundesgesetzgebers (insbesondere DHL-Alterssichtprüfung) im Einklang mit den Vorgaben und Erwägungen des Bundesgerichtshofs und des OLG München. Denn insoweit trägt auch das vom Bundesgesetzgeber nunmehr als hinreichend erachtete Zwei-Stufen-Verfahren (z.B. Perso-Check beim Bestellvorgang und DHL-Alterssichtprüfung bei der Auslieferung) den Schutzzweckerwägungen des Bundesgerichts Rechnung. Namentlich ist auch durch die 1-Euro-Alterssichtprüfung des DHL-Dienstleisters zuverlässig ausgeschlossen, „dass die abgesandte Ware nicht von Minderjährigen in Empfang genommen wird“.²³

F. Auslegungsansätze der Rechtsliteratur

In der – ebenfalls vor den neuen Hinweisen des Bundesgesetzgebers veröffentlichten – Rechtsliteratur wird das zweistufige Verfahren nach der Rechtsprechung überwiegend abgelehnt.²⁴ Vielmehr wird ganz überwiegend davon ausgegangen, dass die technischen Anforderungen an die Sicherstellung des ausschließlichen Erwachsenenversandes im Bestellvorgang denen der geschlossenen Benutzergruppe i.S.d.

23 BGH GRUR 207, 890, 895, Abs. 48 unter Verweis auf OLG München, GRUR 2004, 963, 964 f.

24 Vgl. *Altenhain*, in: Löffler, Presserecht, 6. Aufl. 2015, BT Jugendschutz, Rn. 72; *Erdemir*, CR 2005, 275, 281; *Liesching*, NJW 2004, 3303 f.; *Liesching/Schuster*, Jugendschutzrecht – Kommentar, 5. Aufl. 2011, § 1 JuSchG Rn. 40 ff.; *Lober*, K&R 2005, 65, 67; *Mayer*, NJOZ 2010, 1316, 1317; *Sulzbacher*, JMS-Report 1/2005, 2, 3; a.A. *Schippan*, K&R 2005, 349 ff.

§ 4 Abs. 2 S. 2 JMStV entsprechen müssen, jedoch nicht zusätzlich den Risiken der Zustellung am Bestellerhaushalt Rechnung getragen werden braucht.²⁵

Begründet wird dies zum Teil mit einer rechtssystematisch vergleichenden Betrachtung der beiden vom Gesetzgeber in der Legaldefinition des Versandhandels vorgesehenen Ausschlussvarianten. Hiernach liegt ein Versandhandel im Sinne des Jugendschutzgesetzes nach der ersten Ausschlussvariante bereits dann nicht vor, wenn ein „persönlicher Kontakt zwischen Lieferant und Besteller“ gegeben ist. Weitere Vorkehrungen im Rahmen des Zustellakts, welche dem Risiko einer Gewährsamserlangung durch minderjährige Nichtadressaten Rechnung tragen, sind insoweit nach Rechtsprechung und Schrifttum gerade nicht erforderlich.²⁶ Dies müsse dann auch für beide gesetzlichen Varianten des Ausschlusses eines Versandhandels gelten.

Auch diese herrschende Meinung im Schrifttum konnte noch nicht berücksichtigen, dass sich der Bundesgesetzgeber in Auslegung des neuen § 10 Abs. 3 JuSchG i.V.m. § 1 Abs. 4 JuSchG nunmehr dezidiert zu einem zweistufigen Altersprüfverfahren im Rahmen des Erwachsenenversandhandels geäußert hat. Vor diesem Hintergrund dürfte die Literaturauffassung eines lediglich beim Bestellvorgang erforderlichen Altersprüfverfahrens mit den klaren Auslegungserläuterungen des Gesetzgebers nicht mehr zu vereinbaren sein.

G. Rechtsmethodische Auslegung

1. (Teleologische) Normzweckauslegung

Eine rechtsanalytische Betrachtung des Normzwecks des § 1 Abs. 4 JuSchG in Verbindung mit den jugendschutzrechtlichen Versandhandelsverboten fußt zunächst auf dem Gesetzeswortlaut, wonach durch technische oder sonstige Vorkehrungen sicherzustellen ist, dass kein Versand an Kinder und Jugendliche erfolgt. Der Bun-

25 Vgl. *Altenhain*, in: Löffler, Presserecht, 6. Aufl. 2015, BT Jugendschutz, Rn. 72; *Erdemir*, CR 2005, 275, 281; *Liesching*, NJW 2004, 3303 f.; *Liesching/Schuster*, Jugendschutzrecht – Kommentar, 5. Aufl. 2011, § 1 JuSchG Rn. 40 ff.; *Lober*, K&R 2005, 65, 67; *Mayer*, NJOZ 2010, 1316, 1317; *Sulzbacher*, JMS-Report 1/2005, 2, 3; a.A. *Schippa*, K&R 2005, 349 ff.

26 Vgl. *Liesching/Schuster*, Jugendschutzrecht – Kommentar, 5. Aufl. 2011, § 1 JuSchG Rn. 41 unter Verweis auf OLG Schleswig, OLGSt § 184 StGB Nr. 2; *Eckstein*, wistra 1997, 47, 49 mwN.

desgerichtshof leitet hieraus sowie aus den jugendschutzrechtlichen Versandhandelsverboten den Zweck ab zu verhindern, „dass Minderjährige jugendschutzrelevante Medieninhalte wahrnehmen“.²⁷ Neben der zuverlässigen Altersverifikation vor dem Versand der Medien sei deshalb auch eine Sicherstellung erforderlich, dass die abgesandte Ware „nicht von Minderjährigen in Empfang genommen wird“.²⁸

Eine hieran gemessene Auslegung stützt die nunmehr vom Bundesgesetzgeber in der Begründung des Gesetzes zum Schutz von Kindern und Jugendlichen vor den Gefahren des Konsums von elektronischen Zigaretten und elektronischen Shishas vom 3.3.2016 ausdrücklich genannten Maßnahmen des Sicherstellens. Denn insoweit gewährleistet gerade die Kombination aus (1.) der Altersverifikation im Rahmen des Bestellvorgangs (z.B. durch Perso-Check oder Rückgriff auf Schufa-Daten) und (2.) der Aushändigung nur an erwachsene Personen bei der Zustellung der Versandware (DHL-Alterssichtprüfung) insgesamt, dass ein Versand an Minderjährige nicht erfolgt.

Praxisrelevante Missbrauchsszenarien, welche eine Versandzustellung an minderjährige Besteller zum Gegenstand haben, sind gerade in der Kombination des Zweistufenverfahrens des Gesetzgebers nicht denkbar. Konstruierbar wäre allein der Fall, dass ein Minderjähriger im Bestellerhaushalt die Bestelldaten einer anderen erwachsenen Person des Bestellerhaushaltes verwendet und hiermit den Verifikationsprozess bei der Bestellung durchläuft. Im Falle des Perso-Checks würde dies zusätzlich die Nutzung fremder Ausweisdaten erforderlich machen. Hierdurch allein wäre aber immer noch kein Versand erfolgt. Aufgrund des Alterssichtprüfverfahrens würde die Ware am Bestellerhaushalt nicht dem Minderjährigen, sondern nur einer erwachsenen Person übergeben werden. Da Adressat im Falle der Bestellung mit Daten Dritter nicht der Minderjährige ist, sondern eine andere erwachsene Person am Bestellerhaushalt, ist auch ausgeschlossen, dass die betreffende erwachsene Empfängerperson das Zustellpaket ungeöffnet an den Minderjährigen weitergibt, da dieser als Adressat gar nicht ausgewiesen ist. Mithin erscheint allenfalls das Missbrauchsszenario denkbar, dass ein erwachsener Kunde wissentlich und kollusiv mit dem Minderjährigen in dem Sinne zusammenwirkt, dass die erwachsene Person (Elternteil oder ältere Geschwister) von vorneherein die Bestellung für den Minderjährigen vornehmen. Dieses Missbrauchsszenario kann aber auch bei einem Offline-

27 BGH GRUR 207, 890, 895, Abs. 48.

28 BGH GRUR 207, 890, 895, Abs. 48 unter Verweis auf OLG München, GRUR 2004, 963, 964 f.

Kauf im Einzelhandel oder bei einer Zustellung per „Einschreiben eigenhändig“ nicht verhindert werden.

Vor diesem Hintergrund trägt die von dem Bundesgesetzgeber nunmehr genannte zweistufige Prüfung aus (1.) einer Altersverifikation beim Bestellvorgang (Person-Check, Schufe-ID-Check) und kumulativ (2.) einer DHL-Alterssichtprüfung beim Zustellakt, welche eine Aushändigung nur an Erwachsene des Bestellerhaushaltes sicherstellt, dem Normzweck des § 1 Abs. 4 i.V.m. § 10 Abs. 3 JuSchG vollumfänglich Rechnung.

2. Rechtssystematische Auslegung

a) Systematischer Gleichlauf mit Abgabeverbot

Im intrasystematischen Rechtsvergleich des Versandhandelsverbotes nach § 10 Abs. 3 JuSchG ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Anforderungen hieran nicht das Schutzniveau der allgemeinen Abgabebeschränkung des § 10 Abs. 1 JuSchG unterschreiten darf. Hiernach dürfen in Gaststätten, Verkaufsstellen oder sonst in der Öffentlichkeit Tabakwaren und andere nikotinhaltige Erzeugnisse und deren Behältnisse „an Kinder oder Jugendliche weder abgegeben noch darf ihnen das Rauchen oder der Konsum nikotinhaltiger Produkte gestattet werden“. Die Anforderungen an die Umsetzung der Abgabebeschränkungen werden in § 2 Abs. 2 JuSchG näher konkretisiert. Personen, bei denen nach diesem Gesetz Altersgrenzen zu beachten sind, haben nach Satz 1 der Vorschrift „ihr Lebensalter auf Verlangen in geeigneter Weise nachzuweisen“. Veranstalter und Gewerbetreibende haben gemäß Satz 2 „in Zweifelsfällen“ das Lebensalter zu überprüfen.

Als geeigneter Nachweis ist nicht notwendigerweise die Vorlage eines amtlichen Personalausweises erforderlich. Die jeweils geltenden Vorschriften über Personalausweise und deren Mitführung bleiben unberührt. Im Rahmen des JuSchG genügen andere Ausweispapiere wie Kinderausweise, Schülerpässe, Betriebs- oder Werksausweise, Mitgliederausweise von Vereinen, soweit daraus die Identität und

das Geburtsdatum ersichtlich sind und Anhaltspunkte für eine Fälschung oder Verfälschung nicht bestehen. Auch die glaubhafte Versicherung einer erwachsenen Begleitperson kann im Einzelfall ausreichend sein.²⁹

Eine flächendeckende Alterskontrolle aller Kunden erfordert § 10 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 S. 2 JuSchG nicht, sondern lediglich eine Altersprüfung „im Zweifelsfall“. Ein Zweifelsfall liegt vor allem dann vor, wenn nach dem äußeren Erscheinungsbild (Aussehen oder Verhalten) einer Person für den Beobachter der Eindruck entstehen kann, sie habe möglicherweise die im konkreten Fall relevante Altersgrenze noch nicht erreicht. Auch in Rechtsprechung und Schrifttum wird jeweils an das äußere Erscheinungsbild angeknüpft,³⁰ wobei es auf körperliche Merkmale ankommt und nicht etwa die Kleidung.³¹ Insoweit bedarf es stets eines hinreichend erfahrenen Personals, um Zweifelsfälle erkennen und ggf. Ausweiskontrolle vornehmen zu können.³²

Die vom Bundesgesetzgeber nunmehr konkretisierten Anforderungen des Versandhandels nach § 10 Abs. 3 JuSchG in einem zweistufigen Verfahren entsprechen auch dem Schutzniveau des allgemeinen Abgabeverbotes nach § 10 Abs. 1 JuSchG. Zum einen stellen das Persocheck-Verfahren sowie der Schufa-Datenabgleich Verifikationsprozesse dar, welche die Altersprüfung nach § 2 Abs. 2 S. 1 JuSchG vom Schutzniveau nicht unterminieren. Zum anderen erfüllt auch die Alterskontrolle am Bestellhaushalt im Rahmen der Alterssichtprüfung der DHL mindestens das Schutzniveau der „Zweifelsfall“-Alterskontrolle nach § 2 Abs. 2 S. 2 JuSchG. Denn es erfolgt bei der DHL-Alterssichtprüfung immer eine ausweisgestützte Identifikation des Empfängers, wenn für die Zustellkraft nicht eindeutig ersichtlich ist, dass der Empfänger das Mindestalter überschritten hat.³³

29 Vgl. v. Hartlieb, NJW 1985, 830, 834; Engels/Stulz-Herrnstadt, AfP 2003, 97, 101; Liesching/Schuster, Jugendschutzrecht – Kommentar, 5. Aufl. 2011, § 2 JuSchG Rn. 10.

30 Vgl. OLG Karlsruhe 1987, 284; OLG Bremen MDR 1957, 629; OLG Hamburg GA 1962, 119; Engels/Stulz-Herrnstadt, AfP 2003, 97, 101 mwN.

31 AG Ahaus, Urt. v. 19.5.2006 – 30 OWi 79 Js 596/06 - 57/06.

32 Vgl. Liesching/Schuster, Jugendschutzrecht – Kommentar, 5. Aufl. 2011, § 2 JuSchG Rn. 11.

33 <https://www.dhl.de/content/dam/dhlde/downloads/paket/produkte-services/dhl-alterssichtpruefung-in-foblatt-082016.pdf>, zuletzt abgerufen am 16.11.2016.

b) Intersystematische Auslegung – Geringe Anforderungen an „ab 18“ Telemedienv Vertrieb

In intersystematischer Auslegung können zudem zur Bestimmung der Anforderungen an den Erwachsenenversandhandel nach § 1 Abs. 4 JuSchG andere jugendschutzrechtliche Versandhandelsverbote des Jugendschutzgesetzes in den Blick genommen werden. Dies gilt insbesondere für das in § 12 Abs. 3 Nr. 2 JuSchG geregelte Verbot des Versandhandels mit FSK/USK-18-Bildträgern. Nach der Vorschrift dürfen namentlich „Bildträger, die nicht oder mit »Keine Jugendfreigabe« nach § 14 Abs. 2 von der obersten Landesbehörde oder einer Organisation der freiwilligen Selbstkontrolle im Rahmen des Verfahrens nach § 14 Abs. 6 oder nach § 14 Abs. 7 vom Anbieter gekennzeichnet sind“, nicht (...) „im Versandhandel angeboten oder überlassen werden“. Die Vorschrift entspricht damit dem Versandhandelsverbot des § 10 Abs. 3 JuSchG. Für beide Verbote gilt die Legaldefinition des Versandhandels nach § 1 Abs. 4 JuSchG.

In Bezug auf den Vertrieb von nicht gekennzeichneten und „ab 18“ Medien ist im Lichte der Medienkonvergenz vor allem in den Blick zu nehmen, welche Anforderungen an einen entsprechenden Vertrieb von Filmen und Spielen im Online-Bereich gestellt werden (so genannte Telemedien). Denn in der Vertriebspraxis überwiegt zwischenzeitlich ein Zugänglichmachen von „ab 18“ Medien über das Internet, z.B. über Video-on-Demand-Plattformen. Die gesetzlichen Anforderungen für eine legale Verbreitung ergeben sich hierbei aus § 5 JMStV. Insbesondere ist hiernach ausreichend, dass der Anbieter durch technische Mittel sicherstellt, dass Kinder und Jugendliche der betroffenen Altersgruppe die Medieninhalte „üblicherweise“ nicht wahrnehmen. Hierfür genügt die Programmierung entsprechender Angebote für ein KJM-anerkanntes Jugendschutzprogramm wie etwa das Programm „JusProG“.³⁴

Dies bedeutet, dass Online-Provider von „ab 18“ Filmen oder Spielen lediglich einen von dem Programm potentiell auslesbaren XML-Code hinterlegen brauchen und

34 Vgl. die Selbstdarstellung von JusProg unter <http://www.jugendschutzprogramm.de>, zuletzt abgerufen am 16.11.2016. Die KJM hat in ihrer Sitzung am 8.2.2012 das Jugendschutzprogramm „JusProg“ unter Auflagen anerkannt. Das Konzept entspreche nach Ansicht der KJM grundsätzlich den Anforderungen des § 11 JMStV (KJM-PM 13/2011 v 10.8.2011 sowie KJM-PM 03/2012 v 9.2.2012); vgl. hierzu auch (VG Neustadt a.d.W. Beschl v 17.4.2013 – 5 L 68/13.NW, MMR 2013, 408; Liesching, MMR 2013, 362.

können, damit legal und ohne weitere Zugangsbarrieren die entwicklungsbeeinträchtigenden Medieninhalte frei verbreiten.

Dies kann in intersystematischer Auslegung sowie mit Blick auf Art. 3 GG auch die Überprüfung der Jugendschutzanforderungen an alternative Vertriebswege wie den Einzel- oder Versandhandel beeinflussen. Denn es wäre unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgebotes³⁵ wie auch im Hinblick auf die Wahrung eines einheitlichen Jugendschutzniveaus nicht rechtfertigbar, für denselben (entwicklungsbeeinträchtigenden) Medieninhalt im Falle des Online-Vertriebs nur geringe Hürden und eine geringfügige Wahrnehmungsbarriere zu errichten, und in Offline-Vertriebswegen Anforderungen zu stellen, die hierüber hinausgehen und den Vertrieber vergleichsweise erheblich wirtschaftlich belasten.

Da das Jugendschutzprogramm JusProG in der Praxis nur eine geringe Marktdurchdringung hat und von der überwiegenden Mehrzahl der Haushalte nicht genutzt wird, ist faktisch von einem sehr niederen Schutzniveau bei „ab 18“-Telemedien auszugehen. Demgegenüber stellen die Anforderungen an den Versandhandel nach § 1 Abs. 4 JuSchG – auch nach den nunmehr erfolgten Konkretisierungen des Bundesgesetzgebers weitaus höhere Zugangshürden und finanzielle Belastungen an die Vertrieber als Online-Anbieter desselben Inhaltes. Dies erscheint intersystematisch im Hinblick auf einen Gleichlauf des Jugendschutzniveaus für identische Gefährdungsgrade bedenklich. Jedenfalls kann hiernach aber rechtssystematisch ausgeschlossen werden, dass die vom Bundesgesetzgeber in den Materialien zum Gesetz zum Schutz von Kindern und Jugendlichen vor den Gefahren des Konsums von elektronischen Zigaretten und elektronischen Shishas genannten Anforderungen an ein zweistufiges Verfahren (Perso-Check/Schufa-ID-Check sowie DHL-Alterssichtprüfung) zu gering sind.

3. Verfassungsrechtliche Auslegung

a) Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf Art. 12 GG

Durch das Versandhandelsverbot des § 10 Abs. 3 JuSchG wird für die Normadressaten insbesondere der Schutzbereich des Art. 12 GG betroffen. Die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG gewährt allen Deutschen das Recht, den Beruf frei zu wählen und

35 Siehe hierzu auch unten Punkt G.3.b).

frei auszuüben. „Beruf“ ist jede auf Erwerb gerichtete Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage dient.³⁶ Das Grundrecht der Berufsfreiheit ist nach Art. 19 Abs. 2 GG auch auf juristische Personen anwendbar, soweit sie eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit ausüben, die ihrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise einer juristischen wie einer natürlichen Person offen steht.³⁷ Eine solche Tätigkeit stellt der Versandvertrieb von Tabakwaren oder anderen nikotinhaltigen Produkten i.S.d. § 10 JuSchG dar.

Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit müssen geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sein.³⁸ Generell verfügt der Gesetzgeber vor allem bei Berufsausübungsregeln über einen weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum.³⁹ Vor diesem Hintergrund unterliegt die grundsätzliche Normierung eines Versandhandelsverbotes, das über § 1 Abs. 4 JuSchG auf den Erwachsenenversandhandel beschränkt bleibt, keinen durchgreifenden Bedenken. Denn insoweit sind die Regelungsziele eines effektiven Jugendschutzes legitime Allgemeinwohlerwägungen, welche in der grundsätzlichen Normierung als geeignet, erforderlich und angemessen erscheinen.

Die Beachtung des Art. 12 GG erstreckt sich über die Gesetzesnorm hinaus aber auch auf die Auslegung der die Berufsfreiheit beschränkenden Norm. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der Annahme eines zweistufigen Prüfungsverfahrens, das den Versandhändlern zum Ausschluss des Versandes an Minderjährige auferlegt wird. Auch der Bundesgesetzgeber hat dies im Rahmen des Gesetzes zum Schutz von Kindern und Jugendlichen vor den Gefahren des Konsums von elektronischen Zigaretten und elektronischen Shishas in den Blick genommen und bei der Kalkulation der für Versandhändler durch die Neufassung des § 10 Abs. 3 JuSchG entstehenden Kosten berücksichtigt.

36 Vgl. BVerfGE 7, 377, 397 ff. = NJW 1958, 1035; BVerfGE 105, 252, 265 = NJW 2002, 2621; BVerfG NVwZ 2006, 1041, 1042.

37 Vgl. BVerfGE 50, 290, 363 = NJW 1978, 699; BVerfG NVwZ 2006, 1041, 1042.

38 BVerfGE 94, 372, 389 f. = NJW 1996, 3067; BVerfGE 102, 197, 213 = NVwZ 2001, 790; BVerfGE 103, 1, 10 = NJW 2001, 353; BVerfGE 106, 181, 191 f. = NJW 2003, 879.

39 BVerfGE 77, 308, 332 = NJW 1988, 1899; BVerfGE 88, 203, 262 = NJW 1993, 1751; BVerfGE 102, 197, 218 = NVwZ 2001, 790; BVerfGE 110, 141, 157 = NVwZ 2004, 597.

Hintergrund ist, dass zuvor der Zivilsenat des BGH im Rahmen des Zustellaktes das Verfahren „Einschreiben eigenhändig“ beispielhaft genannt hat, das im Versandhandel freilich einen erheblichen Kostenaufwand von mehr als 4 Euro (aktuell 4,65 Euro) verursacht, der entweder vom Versandhändler zu tragen ist oder auf den Kunden umgelegt wird.⁴⁰ Vor diesem Hintergrund stellte sich die Auslegungsfrage, ob Erwachsenenversandhandel ausschließlich über das teure Einschreibensverfahren umgesetzt werden kann. Faktisch würden die hohen Kosten in viele Fällen zu einem totalen Versandverbot führen, da ein ökonomischer Vertrieb für viele Versandhändler nicht zu gewährleisten ist. Dies gilt verstärkt für Fälle des Bildträger-Versandvertriebs nach § 12 Abs. 3 Nr. 2 JuSchG, da parallele Online-Verbreitungswege ein geringeres Jugendschutzniveau ohne Vertriebsmehrkosten aufweisen. Wenn indes eine Berufsausübungsregel faktisch zur Berufsaufgabe zwingt, müssen nach den Vorgaben des BVerfG die strengen Voraussetzungen einer Berufswahlregelung vorliegen, sofern der Zwang zur Berufsaufgabe nicht nur Einzelsituationen betrifft.⁴¹

Um dies zu vermeiden und verfassungsrechtliche Bedenken auszuräumen, hat der Bundesgesetzgeber – wie dargelegt - im Rahmen des am 1.4.2016 in Kraft getretenen Gesetzes zum Schutz von Kindern und Jugendlichen vor den Gefahren des Konsums von elektronischen Zigaretten und elektronischen Shishas, eine Konkretisierung vorgenommen. Namentlich wird klargestellt, dass neben dem teuren Verfahren „Einschreiben eigenhändig“ auch das 1-Euro-Alterssichtprüfverfahren in Betracht kommt.⁴² Vor dem Hintergrund dieser gesetzgeberischen Klarstellung und der Möglichkeit eines mit moderatem wirtschaftlichem Aufwand umzusetzenden, indes gleich geeigneten Alterssichtprüfverfahren wird eine Verfassungswidrigkeit aufgrund Verletzung des Art. 12 Abs. 1 GG jedenfalls vermieden.

b) Gleichbehandlungsgebot gemäß Art. 3 GG

Im Zusammenhang mit der Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Eingriffen in die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG bestehen Berührungspunkte mit dem Gleichheitssatz, denn insoweit muss verhindert werden, dass Teilgruppen besonders belastet werden – auch wenn die Regelung für den Großteil der Betroffenen verhältnismäßig

40 Siehe hierzu oben Punkt E.1.

41 BVerfGE 17, 269, 276 = NJW 1964, 1175; BVerfGE 30, 292, 313; BVerfGE 31, 8, 29; BVerfGE 61, 291, 311 = NJW 1983, 439; BVerfGE 68, 155, 170 f. = NJW 1985, 963.

42 Siehe hierzu ausführlich oben Punkt C.1.b)bb).

ist –, um einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG zu vermeiden.⁴³ Betrachtet man die Vertreiber von Tabakwaren und nikotinhaltigen Produkten im Einzelhandel in ihrer Gesamtheit als Berufsgruppe, so ergäbe sich die Gefahr der Ungleichbehandlung gerade für die Teilgruppe der Versandhändler, welchen durch übermäßige wirtschaftliche Belastungen eines teuren Prüfverfahrens (Einschreiben eigenhändig) faktisch ein Totalversandverbot entgegen der Intention des § 1 Abs. 4 JuSchG auferlegt würde. Dies wird durch die Klarstellung des Bundesgesetzgebers vermieden, wonach auch die 1-Euro-DHL-Alterssichtprüfung in Kombination mit einer Perso-Check- bzw. Schufa-ID-Prüfung beim Bestellvorgang den Anforderungen des Erwachsenenversandhandels genügt.

Mit Blick auf § 12 Abs. 2 Nr. 3 JuSchG bleiben freilich erhebliche Diskrepanzen zwischen dem Jugendschutzniveau und den Anforderungen des Versandhandels von „ab 18“ Offline Filme- und Spiele (Bildträger) im Vergleich zu der Online-Verbreitung derselben Inhalte als Telemedien bestehen.⁴⁴ Dies ist auch bei der Auslegung des § 1 Abs. 4 JuSchG zu berücksichtigen, sodass jedenfalls ein Aufkrotzieren eines Zweistufenverfahrens mit zusätzlichen wirtschaftlichen Belastungen eines Einschreibens eigenhändig für den Bildträgerversand eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung gegenüber der faktischen Unterminierung dieses Jugendschutzniveaus im Telemedienbereich in Bezug auf dieselben entwicklungsbeeinträchtigenden Medieninhalte darstellte. Auch dies wird durch die Konkretisierung des Gesetzgebers auf die alternative Nutzung der 1-Euro-DHL-Alterssichtprüfung jedenfalls im Sinne einer extremen Ungleichbehandlung vermieden.

H. Zusammenfassung der Auslegungsergebnisse

Die rechtsmethodische Auslegung hat ergeben, dass den Anforderungen an die Sicherstellung eines Erwachsenenversandes gemäß § 1 Abs. 4 JuSchG jedenfalls durch ein Zweistufenverfahren dann genügt wird, wenn 1. im Rahmen des Bestellvorgangs eine Altersverifikation durch Perso-Check- und/oder Schufa-ID-Check-Verfahren und 2. im Rahmen des Versandes eine DHL-Alterssichtprüfung am Bestellerhaushalt vorgenommen wird.

43 Vgl. BVerfGE 30, 292, 327 = NJW 1971, 1255; BVerfGE 65, 116, 126 f. = NJW 1984, 556; BVerfGE 68, 155, 173 = NJW 1985, 963.

44 Siehe hierzu auch oben Punkt G.2.b).

- Diese Auslegung ergibt sich zunächst ausdrücklich aus den Ausführungen des Bundesgesetzgebers in den Gesetzesmaterialien des Entwurfs des Gesetzes zum Schutz von Kindern und Jugendlichen vor den Gefahren des Konsums von elektronischen Zigaretten und elektronischen Shishas vom 3.3.2016 (BGBl. I S. 369).⁴⁵
- Die Auslegung entspricht auch dem Wortlaut des § 1 Abs. 4 JuSchG, wonach durch technische oder sonstige Vorkehrungen sichergestellt werden muss, „dass kein Versand an Kinder und Jugendliche erfolgt“. Dem wird durch die DHL-Alterssichtprüfung vollumfänglich Rechnung getragen, da eine Übergabe der Versandware in keinem Fall an Minderjährige erfolgt.⁴⁶
- Die Auslegung trägt der Vorgaben der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des OLG München Rechnung, da durch das Zweistufensystem verhindert wird, dass „die abgesandte Ware nicht von Minderjährigen in Empfang genommen wird.“⁴⁷
- Die Auslegung ergibt sich auch unter Berücksichtigung rechtsmethodischer Grundsätze wie insbesondere der teleologischen, der rechtssystematischen und der verfassungsrechtlichen Auslegung.⁴⁸

45 Vgl. BT-Drs. 18/6858, S. 10 f.; hierzu oben Punkt C.1.b).

46 Hierzu oben Punkt D.

47 BGH GRUR 207, 890, 895, Abs. 48 unter Verweis auf OLG München, GRUR 2004, 963, 964 f.; hierzu oben Punkt E.1. und 2.

48 Hierzu oben Punkt G.1., 2. und 3.

III. Gesamtergebnis

Den Anforderungen an die Sicherstellung eines Erwachsenenversandes gemäß § 1 Abs. 4 JuSchG wird durch ein Zweistufenverfahren genügt, wie es der Bundesgesetzgeber in der Amtlichen Begründung des Gesetzes zum Schutz von Kindern und Jugendlichen vor den Gefahren des Konsums von elektronischen Zigaretten und elektronischen Shishas vom 3.3.2016 (BGBl. I S. 369) konkretisiert hat.

Danach ist eine Sicherstellung, dass kein Versand an Kinder oder Jugendliche erfolgt, gewährleistet, wenn

1. im Rahmen des Bestellvorgangs eine Altersverifikation durch Perso-Check-Verfahren und/oder durch Überprüfung von Registrierungsdaten anhand von Schufa-Daten durchgeführt wird und (kumulativ)
2. im Rahmen der Zustellung eine DHL-Alterssichtprüfung am Bestellerhaushalt vorgenommen wird, welche gewährleistet, dass die Versandware nur erwachsenen Personen übergeben wird.



Prof. Dr. Marc Liesching