

# Versandhandel oder Versand?\*

Thomas Fuchs\*\*

21. Mai 2003

## Inhaltsangabe

Das Strafgesetzbuch, das Jugendschutzgesetz und das Arzneimittelgesetz enthalten Vorschriften, nach denen der Versand von bestimmten Gegenständen verboten ist. Auffälligerweise werden zu diesem Zweck unterschiedliche Begriffe gebraucht, nämlich einerseits "Versandhandel" und andererseits "Versand". Der Aufsatz beleuchtet die damit verbundenen Bedeutungsunterschiede und kommt zu dem Ergebnis, dass diejenigen Vorschriften, die von dem Begriff "Versandhandel" ausgehen, geändert werden sollten.

## Inhalt

<b>1 Einleitung</b>	<b>1</b>
<b>2 Der Begriff "Versandhandel"</b>	<b>2</b>
2.1 Begriffsentwicklung	2
2.2 Eine Querverbindung als Gesetzeslücke	5
2.2.1 Rechtliche Konstruktion	5
2.2.2 Rechtliche Überprüfung	6
2.3 Privatrechtsakzessorietät	8
2.3.1 Kein Verstoß gegen Verbotsgesetze	8
2.3.2 Kein Umgehungsgeschäft	9
<b>3 Der Begriff "Versand"</b>	<b>10</b>
<b>4 Ergebnis</b>	<b>12</b>

## 1 Einleitung

Die Rechtslage, die das Verbot des Versandhandels mit bestimmten Gegenständen zum Gegenstand hat, wurde erst vor kurzem teilweise neu gestaltet. Alte Vorschriften wurden aufgehoben (§ 4 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 GjSM), neue Vorschriften eingeführt (§ 15 Abs. 1 Nr. 3, Nr. 5 JuSchG) und Begriffsdefinitionen mit beschränktem Geltungsbereich festgeschrieben (§ 1 Abs. 4 JuSchG), obwohl der betreffende Begriff auch anderweit gebraucht wird (§ 184 Abs. 1

\*[URL: http://delegibus.com/2003,2.pdf](http://delegibus.com/2003,2.pdf).

\*\*Rechtsanwalt Dr. iur., Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Heidelberg; Impressum: [URL: http://lexetius.com/impressum](http://lexetius.com/impressum).

Nr. 3, Nr. 4 StGB). Daneben existiert auch ein Verbot des Versands von Arzneimitteln (§ 43 Abs. 1 S. 1 AMG), welches voraussichtlich – sei es aus gemeinschaftsrechtlichen, sei es aus rechtspolitischen Gründen – in ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt umgewandelt werden wird (siehe Abschnitt 3 auf Seite 12). Diese Umbruchsstimmung rechtfertigt es, auf gewisse Unstimmigkeiten, die vor allem der Begriff des Versandhandels mit sich bringt, aufmerksam zu machen, auch wenn im Bereich des Jugendschutzgesetzes die Gelegenheit zur Berücksichtigung verpasst wurde.

## 2 Der Begriff "Versandhandel"

Gegenstand dieses Beitrags ist in erster Linie das Begriffsmerkmal der Entgeltlichkeit, das den Begriff des Versandhandels im Wesentlichen von dem des Versands unterscheidet. Zunächst soll sein Gebrauch in Rechtsprechung und Literatur verdeutlicht werden, um dann einen – in diesem Kontext – bisher unbeachteten Schwachpunkt herauszuarbeiten und zu überprüfen.

### 2.1 Begriffsentwicklung

Im Rahmen eines strafbewehrten Verbots wurde der Begriff des Versandhandels erstmals in § 4 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 GjSM<sup>1</sup> und kurze Zeit später auch in § 184 Abs. 1 Nr. 3, Nr. 4 StGB<sup>2</sup> gebraucht. Eine Schrift, deren Aufnahme in die Liste bekanntgemacht ist oder die den Voraussetzungen des § 6 GjSM entspricht, darf nach § 4 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 GjSM nicht im Versandhandel vertrieben, verbreitet oder verliehen, zu diesen Zwecken vorrätig gehalten oder im Weg des Versandhandels eingeführt werden. Vorsätzliche oder fahrlässige Verstöße gegen § 4 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 GjSM sind nach § 21 Abs. 1 Nr. 4, Nr. 6, Abs. 3 GjSM strafbar und mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe beziehungsweise mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bedroht.<sup>3</sup> Nach § 184 Abs. 1 Nr. 3, Nr. 4 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wer entsprechende Schriften im Versandhandel einem anderen anbietet oder überlässt oder im Weg des Versandhandels einzuführen unternimmt.<sup>4</sup>

Die Versandhandelsbegriffe der beiden Gesetze wurden dabei stets im selben Sinn gebraucht, zumal der Gesetzgeber auf eine unmittelbar damit im Zusammenhang stehende Legaldefinition verzichtet hat. Zur Verfügung stand aber ein gewerberechtlicher Versandhandelsbegriff, der in der Legaldefinition des

<sup>1</sup>Seit der Novelle vom 21. März 1961 (Bundesgesetzblatt I, S. 296).

<sup>2</sup>Seit dem Vierten Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 23. November 1973 (Bundesgesetzblatt I, S. 1725). Die Einführung des Versandhandelsverbots nach § 184 Abs. 1 Nr. 3 StGB stellte damals eine sehr kontroverse Liberalisierung dar, denn zuvor war die Verbreitung entsprechender Schriften generell verboten (vergleiche Greger, NSTZ 1986, S. 11).

<sup>3</sup>Ein ähnliches Verbot enthält § 7 Abs. 3 Nr. 2 JÖSchG, wonach Bildträger, die von der obersten Landesbehörde nicht oder mit "Nicht freigegeben unter 18 Jahren" gekennzeichnet worden sind, nicht im Versandhandel angeboten oder überlassen werden dürfen. Verstöße gegen § 7 Abs. 3 Nr. 2 JÖSchG sind nach § 12 Abs. 1 Nr. 8, Abs. 3 JÖSchG ordnungswidrig und mit Geldbuße bis zu 15.000 Euro bedroht. Unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 12 Abs. 4 JÖSchG sind Verstöße gegen § 7 Abs. 3 Nr. 2 JÖSchG auch strafbar.

<sup>4</sup>Auch die – inzwischen als anachronisch bezeichnete – Vorschrift des § 184 Abs. 1 Nr. 4 StGB dient dem Jugendschutz (OLG Hamm, NJW 2000, S. 1966; Behm, AfP 2002, S. 23).

§ 1 Abs. 2 Nr. 2 EinzelhG<sup>5</sup> niedergelegt war. Diese Begriffsdefinition hat – auf Grundlage der Gesetzesmaterialien<sup>6</sup> – erstmals das Bayerische Oberste Landesgericht in das Strafrecht übernommen und im Weg der Auslegung angepasst. Danach ist Versandhandel das gewerbsmäßige, auf Bestellung erfolgende Versenden von Waren zum Verkauf an beliebige, dem Versender unbekanntes Endverbraucher.<sup>7</sup> Eine weitere, im Wesentlichen gleiche Definition stammt vom Bundesverfassungsgericht und wurde vom Oberlandesgericht Düsseldorf aufgegriffen. Hiernach gehört zum Versandhandel jedes entgeltliche Geschäft, das im Weg der Bestellung und Übersendung einer Ware ohne persönlichen Kontakt zwischen Lieferant (Anbieter) und Besteller (Kunden) vollzogen wird.<sup>8,9</sup> In der Literatur wurde schließlich eine weitere, ebenfalls im Wesentlichen gleiche Definition aufgestellt. Versandhandel ist hier die gegen Entgelt erfolgende beziehungsweise gewerbliche Lieferung von Material an Endverbraucher ohne persönlichen Kontakt, regelmäßig auf telefonische oder schriftliche Bestellung, zum Zweck der Veräußerung oder Vermietung.<sup>10</sup> Im Rahmen dieses Beitrags soll hierbei vor allem ein Aspekt von Interesse sein, nämlich das Begriffsmerkmal der Entgeltlichkeit. Dieses Begriffsmerkmal ist in allen Definitionen enthalten. Das gilt auch für die älteste, vom Bayerischen Obersten Landesgericht stammende Definition. Dort wird die Entgeltlichkeit zwar nicht unmittelbar angesprochen, aus dem Merkmal der Gewerbsmäßigkeit geht sie aber hervor, weil diese die Erzielung von Gewinn zum Gegenstand hat, was eine Entgeltlichkeit voraussetzt.

Mit dem Inkrafttreten des Staatsvertrags der Länder über den Schutz der Menschenwürde und den Jugendschutz in Rundfunk und Telemedien am 1. April 2003 ist nach § 30 Abs. 1 S. 1 JuSchG auch das neue Jugendschutzgesetz in Kraft getreten. Das Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften und Medieninhalte ist dabei nach § 30 Abs. 1 S. 2 JuSchG zugleich aufgehoben worden.<sup>11</sup> Trägermedien, deren Aufnahme in die Liste jugendgefährdender Medien nach § 24 Abs. 3 S. 1 JuSchG bekannt gemacht ist oder die die Voraussetzungen des § 15 Abs. 2, Abs. 3 JuSchG entsprechen, dürfen nunmehr nach § 15 Abs. 1 Nr. 3, Nr. 5 JuSchG nicht im Versandhandel einer anderen Person angeboten oder überlassen oder im Weg des Versandhandels eingeführt werden. Vorsätzliche oder fahrlässige Verstöße gegen § 15 Abs. 1 Nr. 3, Nr. 5 JuSchG sind nach § 27 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1 JuSchG strafbar und mit Freiheitsstra-

<sup>5</sup> Gesetz über die Berufsausübung im Einzelhandel vom 5. August 1957 (Bundesgesetzblatt I, S. 1121), aufgehoben durch Art. 9 Nr. 3 des Gesetzes zur Neuordnung des Arzneimittelrechts vom 24. August 1976 (Bundesgesetzblatt I, S. 2445).

<sup>6</sup> Bundestagsdrucksache 3/2373, Art. 1 Nr. 4 des Entwurfs.

<sup>7</sup> *BayObLG*, NJW 1963, S. 672; *BayObLG*, NJW 1967, S. 1049.

<sup>8</sup> *BVerfG*, NJW 1982, S. 1512; *OLG Düsseldorf*, JR 1985, S. 158; *OLG Düsseldorf*, NStE Nr. 5 zu § 184 StGB, S. 2.

<sup>9</sup> Der Begriffsgebrauch des Oberlandesgerichts Düsseldorf ist allerdings nicht ganz nachvollziehbar, weil zunächst das Tatbestandsmerkmal des Überlassens im Versandhandel nach § 184 Abs. 1 Nr. 3 StGB definiert wird (*OLG Düsseldorf*, NStE Nr. 5 zu § 184 StGB, S. 1 f.), und zwar im Sinn des Versandhandelsbegriffs des Bayerischen Obersten Landesgerichts, und dann im selben Urteil das Tatbestandsmerkmal des Versandhandels (*OLG Düsseldorf*, NStE Nr. 5 zu § 184 StGB, S. 2), wobei diesmal auf die Definition des Bundesverfassungsgerichts Bezug genommen wird. Dem Bayerischen Obersten Landesgericht ging es in den beiden genannten Urteilen aber immer nur um den Versandhandelsbegriff und nicht um das Überlassen.

<sup>10</sup> *von der Horst*, ZUM 1993, S. 229; *Eckstein*, wistra 1997, S. 48; *Laufhütte* in: Jähne/Laufhütte/Odersky, StGB, § 184 Abs. 27; *Lenckner* in: Schönke/Schröder, StGB, § 184 Abs. 22; *Steindorf* in: Erbs/Kohlhaas/Amb, Strafrechtliche Nebengesetze, GJSM § 4 Abs. 6.

<sup>11</sup> Gleiches gilt für das Gesetz zum Schutz der Jugend in der Öffentlichkeit.

fe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe beziehungsweise mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bedroht.<sup>12</sup>

Im Gesetzgebungsverfahren zum Jugendschutzgesetz wurde bezüglich des Versandhandelsbegriffs die aktuelle Definition der Rechtsprechung übernommen und zunächst um eine Klarstellung hinsichtlich des elektronischen Versands erweitert.<sup>13</sup> In der Begründung<sup>14</sup> wurde dazu Folgendes ausgeführt:

Der Begriff "Versandhandel" übernimmt die Definition des Bundesverfassungsgerichts und des Oberlandesgerichts Düsseldorf und erweitert diesen zur Klarstellung um den elektronischen Versand, das heißt um den im Internet immer bedeutender werdenden Handel mit elektronisch versandten Dateien.

Kurz darauf wurde die Reichweite der Definition durch die Berücksichtigung von sicheren Altersverifikationssystemen<sup>15</sup> aber wieder teilweise zurückgenommen.<sup>16</sup> Hierzu findet sich in der Begründung<sup>17</sup> folgende Aussage:

Für einen effektiven Kinder- und Jugendschutz muss sichergestellt werden, dass ein Versand nur an Erwachsene erfolgt. Dieses Ziel wird zum einen durch einen persönlichen Kontakt zwischen Lieferant und Besteller erreicht. Insbesondere beim elektronischen Versand kann dieses Ziel jedoch auch durch technische Vorkehrungen, wie zum Beispiel sichere Altersverifikationssysteme, oder sonstige Vorkehrungen erreicht werden. Um den elektronischen Versand nicht unnötig zu erschweren, bedarf es dieser Erweiterung.

Die Definition des Versandhandelsbegriffs findet sich jetzt in § 1 Abs. 4 JuSchG als Legaldefinition wieder, wobei auch das Erfordernis der Entgeltlichkeit zementiert wurde:

Versandhandel im Sinn dieses Gesetzes ist jedes entgeltliche Geschäft, das im Weg der Bestellung und Übersendung einer Ware durch Postversand oder elektronischen Versand ohne persönlichen Kontakt zwischen Lieferant und Besteller oder ohne dass durch

<sup>12</sup>Ein ähnliches Verbot enthält § 12 Abs. 3 Nr. 2 JuSchG, wonach Bildträger, die nicht mit "Keine Jugendfreigabe" nach § 14 Abs. 2 JuSchG von der obersten Landesbehörde oder einer Organisation der freiwilligen Selbstkontrolle im Rahmen des Verfahrens nach § 14 Abs. 6 JuSchG oder nach § 14 Abs. 7 JuSchG vom Anbieter gekennzeichnet sind, nicht im Versandhandel angeboten oder überlassen werden dürfen. Verstöße gegen § 12 Abs. 3 Nr. 2 JuSchG sind nach § 28 Abs. 1 Nr. 16, Abs. 5 JuSchG ordnungswidrig und mit Geldbuße bis zu 50.000 Euro bedroht. Unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 27 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 JuSchG sind Verstöße gegen § 12 Abs. 3 Nr. 2 JuSchG auch strafbar.

<sup>13</sup>Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Entwurf eines Jugendschutzgesetzes vom 13. Mai 2002 (Bundestagsdrucksache 14/9013, S. 3).

<sup>14</sup>Bundestagsdrucksache 14/9013, S. 18.

<sup>15</sup>Eine Möglichkeit besteht nach der Auffassung einer Reihe von Versandhändlern offenbar darin, bei der Bestellung zunächst die Personalausweisnummer, die automatisch auf Plausibilität überprüft werden kann, anzugeben und dem Versandhändler vor Auslieferung noch eine Kopie des Personalausweises zu überlassen. Siehe zum Beispiel: (URL: <http://www.okaysoft.de/check18.htm>). Zumindest ein System, bei dem nur die Personalausweisnummer anzugeben ist, kann nicht als hinreichend sicher bezeichnet werden, weil mit Hilfe der Plausibilitätskontrolle nicht festgestellt werden kann, ob die betreffende Nummer überhaupt beziehungsweise an die verwendende Person vergeben wurde.

<sup>16</sup>Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (13. Ausschuss) ... vom 12. Juni 2002 (Bundestagsdrucksache 14/9410, S. 6).

<sup>17</sup>Bundestagsdrucksache 14/9410, S. 30.

technische oder sonstige Vorkehrungen sichergestellt ist, dass kein Versand an Kinder und Jugendliche erfolgt, vollzogen wird.

Weshalb es eigentlich auf die Entgeltlichkeit ankommen soll, wurde (aus rechtspolitischer Sicht) nie begründet. Der Zweck dieses – nunmehr als Tatbestandsmerkmal geltenden – Begriffsmerkmals ist sicherlich, die Reichweite des Begriffs nicht in solche Bereiche ausufern zu lassen, in denen das Versandhandelsverbot nicht gerechtfertigt ist. Zu denken ist etwa an den Versand eines entsprechenden Trägermediums im Rahmen eines Personensorgerechtsverhältnisses. Hier findet der Versand zwar in aller Regel unentgeltlich statt, insbesondere dieser Fall war aber ohnehin schon immer durch das Begriffsmerkmal des persönlichen Kontakts<sup>18</sup> von der Anwendbarkeit des Verbots ausgenommen. Der kaum vorstellbare Fall eines entgeltlichen Versands im Rahmen eines Personensorgerechtsverhältnisses, in dem es an einem persönlichen Kontakt fehlt, wird durch § 27 Abs. 4 JuSchG<sup>19</sup> ”entschärft“. Danach ist das bewusste Verhalten nicht strafbar, wenn eine personensorgeberechtigte Person das Medium einem Kind oder einem Jugendlichen anbietet oder überlässt und – neuerdings – dabei die Erziehungspflicht nicht gröblich verletzt. Eine tragfähige Begründung für das Erfordernis der Entgeltlichkeit scheint danach jedenfalls nicht in Sicht zu sein. Weshalb dieses Merkmal problematisch ist, wird sogleich erläutert.

## 2.2 Eine Querverbindung als Gesetzeslücke

Versandhandel ist nicht gleich Versandhandel. Es gibt eine ganze Reihe von unterschiedlichen Vertriebskonstruktionen, bei denen Waren im Weg des Versands von einem Lieferanten an einen Besteller verkauft werden. Um nicht unter das Versandhandelsverbot zu fallen, wurden dabei auch immer wieder Konstruktionen gewählt, an denen drei Personen teilnehmen. Solche Konstruktionen scheiterten letztlich aber immer an den von der Rechtsprechung aufgestellten Kriterien.<sup>20</sup>

### 2.2.1 Rechtliche Konstruktion

Eine – eigentlich sehr nahe liegende – Variante wurde dabei aber bisher offenbar übersehen: Ein Besteller kann als Auftraggeber einen Lieferanten als Auftragnehmer im Sinn des § 662 BGB damit beauftragen, ihm ein Trägermedium im Weg des Versands zu verschaffen. Der Auftragnehmer kauft das Trägermedium sodann auf eigene Rechnung, jedoch in fremdem Interesse bei einem Händler und schickt es dem Auftraggeber zu. Der Clou an dieser simplen Konstruktion ist, dass sich der Beauftragte nach § 662 BGB durch die Annahme eines Auftrags verpflichtet, ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen *unentgeltlich* zu besorgen. Die Unentgeltlichkeit ist dabei Wesensmerkmal des Auftrags, ohne sie handelt es sich nicht um einen solchen. § 662 BGB enthält mit anderen Worten eine – wenn auch untypische – Legaldefinition. Die Vorschrift beschreibt ein Verhalten, das nicht nur gesetzlich als unentgeltlich gilt, sondern auch tatsächlich unentgeltlich vonstatten geht. Trotzdem muss ein

<sup>18</sup>Der Bedeutungsgehalt des Begriffs ”persönlicher Kontakt“ reicht von der persönlichen Begegnung bis zum persönlichen Bekanntsein. Persönlich bekannt ist deshalb, wer auf Grund zumindest einmaliger Begegnung von Angesicht zu Angesicht dem Namen und dem Aussehen nach wiedererkannt werden kann. Ein persönlicher Kontakt fehlt nur dann, wenn sich der gesamte Versandvorgang objektiv und subjektiv anonym vollzieht (*Eckstein*, wistra 1997, S. 49 f.).

<sup>19</sup>Zuvor war § 21 Abs. 4 GjSM einschlägig.

<sup>20</sup>Siehe dazu *Eckstein*, wistra 1997, S. 48 ff.

solches Geschäft wirtschaftlich nicht sinnlos sein. Das Gesellschaftsrecht erlaubt nämlich Konstruktionen, durch die der Auftragnehmer am Gewinn teilhat, ohne selbst Händler zu sein. Zu denken ist etwa an die Variante, dass der Auftragnehmer bloßer Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist, wobei die Gesellschaft – vertreten durch einen Geschäftsführer – als Händler auftritt. Mit dem Versand darf die Gesellschaft freilich nichts zu tun haben. Den Aufwand für den Versand trägt zunächst der Beauftragte, allerdings handelt es sich für ihn dabei um ein Nullsummenspiel. Macht der Beauftragte zum Zweck der Ausführung des Auftrags Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Auftraggeber nach § 670 BGB zum Ersatz verpflichtet.<sup>21</sup> Das bedeutet zunächst, dass der Beauftragte den Preis für das Trägermedium, der an den Händler zu entrichten ist, auf den Auftraggeber abwälzen kann, ohne dass das Geschäft damit zu einem entgeltlichen wird. Des Weiteren bedeutet das aber auch, dass der Auftraggeber letztlich die Kosten des Beauftragten für den Versand, darunter Personal- und Sachkosten, zu tragen hat.

### 2.2.2 Rechtliche Überprüfung

Es ist zunächst nicht zu bezweifeln, dass die Definition des § 662 BGB, wonach die Geschäftsbesorgung durch den Beauftragten unentgeltlich ist, im Zusammenhang mit den strafrechtlichen Versandhandelsverboten Wirkung entfaltet. Es gibt keine Regel, die besagt, dass Vorschriften des Privatrechts im Strafrecht nicht gelten. Vielmehr wird durch eine ganze Reihe von privatrechtlichen Vorschriften das Gegenteil belegt. Zu denken ist etwa an die §§ 226–231, 904, 929 ff. und 946 ff. BGB, die sowohl im Privatrecht als auch im Strafrecht Wirkung entfalten. Es ist nichts ersichtlich, was dafür spricht, dass dies nicht auch für § 662 BGB gilt.

Für die nachfolgenden Kontrollüberlegungen ist es wesentlich, dass der Versand zwischen dem Beauftragten und dem Auftraggeber erfolgt. Nach dem in § 184 Abs. 1 Nr. 3, Nr. 4 StGB und § 15 Abs. 1 Nr. 3, Nr. 5 JuSchG verwendeten Versandhandelsbegriff kommt es hinsichtlich der Entgeltlichkeit nämlich ausschließlich auf die vertragliche Beziehung an, an welcher der Besteller als Vertragspartei beteiligt ist.<sup>22</sup> Das ergibt sich daraus, dass es sich um ein entgeltliches Geschäft handeln muss, das im Weg der Bestellung und Übersendung einer Ware ohne persönlichen Kontakt zwischen Lieferant und Besteller vollzogen wird. Das Begriffsmerkmal des Geschäfts setzt dabei zunächst überhaupt eine vertragliche Beziehung voraus und durch die Entgeltlichkeit, die den Pflichtenkreis des Bestellers kennzeichnet, wird diese vertragliche Beziehung am Besteller als Vertragspartei festgemacht. Bei demjenigen, dem das Entgelt zugute kommen muss, kann es sich deshalb nur um den Vertragspartner des Bestellers handeln. Lieferant ist hier zwar der Beauftragte, der die Ware von dem Händler auf eigene Rechnung erworben hat, versendet und damit liefert; das maßgebliche Geschäft mit dem Auftraggeber findet nach dem gesetzlich typisierten Auftragsvertrag aber unentgeltlich statt, so dass dem Vertragspart-

<sup>21</sup>Um ein Entgelt handelt es sich dabei aber nicht (*BGH*, *BGHZ* 15, S. 105; *Seiler* in: *Rebmann/Säcker/Rixecker*, *MK-BGB*, *BGB* § 662 Abs. 26). Der Auftraggeber hat dem Beauftragten nach § 669 BGB für die zur Ausführung des Auftrags erforderlichen Aufwendungen auf Verlangen sogar einen Vorschuss zu leisten.

<sup>22</sup>Es ist deshalb unerheblich, wenn zwischen dem Besteller und dem Händler ein Vertrag besteht, der eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand hat, und sich der Händler eines Dritten bedient, der den Versand übernimmt. Zwischen dem Besteller und demjenigen, der den Versand übernimmt, muss nicht unbedingt eine Vertragsbeziehung bestehen (*Eckstein*, *wistra* 1997, S. 48).

ner des Bestellers kein Entgelt zugute kommt. Ohne Belang ist, dass es sich bei dem Händler um eine mit den Mitteln des Gesellschaftsrechts ausgestaltete juristische Person handelt, an welcher der Beauftragte als Gesellschafter beteiligt ist. Das Strafrecht ahndet nur rechtswidrige Taten, und eine Tat kann nur von einer natürlichen Person begangen werden. Eine Strafbarkeit des Beauftragten ist also ausgeschlossen, weil der Begriff des Versandhandels ein im Weg des Versands abgewickelter, entgeltliches Geschäft als rechtswidrige Tat voraussetzt. Die Gesellschaft als Händler ist dementsprechend nicht Lieferant im Sinn des Versandhandelsbegriffs. Zwischen dem Beauftragten und der Gesellschaft besteht eine eigene Geschäftsbeziehung, es wird ein Kaufvertrag abgeschlossen, wobei hier das Ob und Wie des Vertriebs auf sich beruhen kann, weil in dieser Geschäftsbeziehung jedenfalls ein persönlicher Kontakt besteht. Im Hinblick auf eine Strafbarkeit des Geschäftsführers der Gesellschaft greift deshalb auch nicht § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB ein. Handelt jemand als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person, so ist danach ein Gesetz, nach dem besondere persönliche Merkmale die Strafbarkeit begründen, auch auf den Vertreter anzuwenden, wenn diese Merkmale zwar nicht bei ihm, aber bei dem Vertretenen vorliegen. Zu den besonderen persönlichen Merkmalen gehören besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse und Umstände. Die Eigenschaft, Lieferant im Sinn des Versandhandelsbegriffs zu sein, mag zwar eine besondere persönliche Eigenschaft sein. Sie liegt aber weder bei der Gesellschaft, noch beim Geschäftsführer selbst vor.<sup>23</sup>

Es ist auch nicht möglich, das beschriebene Modell einer Trennung zwischen unentgeltlich handelndem Lieferant und entgeltlich handelndem Händler als wirtschaftliche Einheit zu behandeln mit der Folge, dass Lieferant und Händler die Begriffsvoraussetzungen gemeinsam erfüllen. Die Denkfigur der wirtschaftlichen Einheit gilt nur im Privatrecht, nicht im Strafrecht. Letzteres sieht für das gemeinschaftliche Begehen einer Straftat ausschließlich und abschließend die Mittäterschaft nach § 25 Abs. 2 StGB vor. Bei dem in der Konstruktion vorkommenden entgeltlichen Geschäft, das dem Beauftragten allenfalls über § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden kann, handelt es sich aber nicht um das vom Versandhandelsbegriff gemeinte entgeltliche Geschäft. Das Entgelt, das der Händler vom Beauftragten erhält, stammt vielmehr von dem Beauftragten, der durch den zwischen ihnen geschlossenen Kaufvertrag selbst berechtigt und verpflichtet wird. Eine andere Deutung kommt nicht in Betracht, weil der Versandhandelsbegriff das Merkmal des Geschäfts enthält. Dieses Merkmal bezieht sich auf die Vertragsbeziehung zwischen Besteller und Lieferant (siehe Abschnitt [2.2.2 auf der vorherigen Seite](#)), bei denen es sich in diesem Fall um den Auftraggeber und den Beauftragten handelt. Auch nach der äußersten Wortlautgrenze, die im Strafrecht unüberwindlich ist, ist es nicht denkbar, darunter zwei zusammengefasste Vertragsbeziehungen, nämlich die zwischen Auftraggeber und Beauftragten sowie die zwischen Beauftragten und Händler, zu verstehen. Umgekehrt ist es auch nicht sinnvoll, dem Geschäftsführer der als Händler fungierenden Gesellschaft vom Beauftragten verwirklichte Tatbestandsmerkmale zuzurechnen, weil es dann auch bei ihm immer noch an der Verwirklichung des Merkmals der Entgeltlichkeit im Sinn des Versandhandelsbegriffs fehlt.

---

<sup>23</sup>Eine Strafbarkeit des Auftraggebers als Besteller kommt – auch im Bereich des § 184 Abs. 1 Nr. 4 StGB und des § 15 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2, Abs. 3 JuSchG – nicht in Betracht, weil dieser allenfalls notwendiger und damit strafloser Teilnehmer einer Tat sein kann (vergleiche *LG Freiburg*, NSStZ-RR 1998, S. 11; *OLG Hamm*, NJW 2000, S. 1966).

Nach alldem kann als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass sich durch das den Versandhandelsbegriff einengende Erfordernis der Entgeltlichkeit in Verbindung mit § 662 BGB eine Lücke im gesetzlichen Jugendschutz ergibt, die bisher offenbar zwar nicht zu praktischen Problemen geführt hat, dafür aber aus theoretischer Sicht bedenklich ist.

## 2.3 Privatrechtsakzessorietät

Obwohl der vorstehende Gedankengang schon recht verblüffend war, soll hier noch eine weitere, so möglicherweise noch nicht gekannte Überlegung eingeführt werden: Eine Strafbarkeit des Beauftragten kommt nur dann nicht in Betracht, wenn der Auftragsvertrag wirksam ist. Es handelt sich quasi um eine Privatrechtsakzessorietät des Strafrechts. Diese Bezeichnung ist an den aus dem Umweltstrafrecht bekannten Begriff der Verwaltungsakzessorietät angelehnt. Das mit diesem Begriff gekennzeichnete Prinzip besagt, dass das Strafrecht kein Verhalten mit Strafe bedrohen kann, das von der Rechtsordnung im Übrigen ausdrücklich gebilligt wird. Es folgt aus dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung und dem daraus abgeleiteten Verbot der Schaffung krasser Widersprüchlichkeiten.<sup>24,25</sup> Um einen unentgeltlichen Auftrag mit der Wirkung, dass die Merkmale des Versandhandelsbegriffs nicht erfüllt sind, kann es sich dementsprechend nur handeln, wenn auch tatsächlich ein Auftrag vorliegt. Das ist nur der Fall, wenn der Auftragsvertrag nicht aus privatrechtlichen Gründen nichtig ist. Eine Geldzahlung, der kein Vertragsverhältnis zugrunde liegt, ist demgegenüber nicht erst recht unentgeltlich im Sinn des strafrechtlichen Merkmals. Aus strafrechtlicher Sicht ist es zunächst durchaus ausreichend, dass eine Geldzahlung erfolgt. Entscheidend ist hier aber nicht die strafrechtliche Sicht allein. Liegt ein wirksamer Vertrag vor, so wird der strafrechtliche Befund von dem privatrechtlichen überlagert. Der Grund für die Beachtlichkeit des Privatrechts ist der Gleiche wie der für die Beachtlichkeit des Verwaltungsrechts. Die Einheit der Rechtsordnung gebietet, ein Verhalten, das im Privatrecht als wirksames Rechtsverhältnis, das eine unentgeltliche Leistung zum Gegenstand hat, gebilligt wird, auch im Strafrecht mit diesem Inhalt anzuerkennen.

### 2.3.1 Kein Verstoß gegen Verbotsgesetze

Abgesehen von der Nichtigkeit bei Geschäftsunfähigkeit nach den §§ 104, 105 Abs. 1 BGB und der schwebenden Unwirksamkeit bei beschränkter Geschäftsfähigkeit nach den §§ 106, 107, 108 Abs. 1 BGB<sup>26</sup> ist in diesem Zusammenhang vor allem an § 134 BGB zu denken. Danach ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Die beschriebene Konstruktion verstößt nun – wie gezeigt – aber nicht gegen die Versandhandelsverbote des § 184 Abs. 1 Nr. 3, Nr. 4 StGB und des § 15 Abs. 1 Nr. 3, Nr. 5 JuSchG. Eine Nichtigkeit des Auftragsvertrags nach § 134 BGB kommt daher insoweit nicht in Betracht.

<sup>24</sup>Heine, NJW 1990, S. 2426; Lackner/Kühl in: Lackner, StGB, Vor § 324 Abs. 3.

<sup>25</sup>Die Strafbarkeit nach § 324 Abs. 1 StGB hängt danach zum Beispiel davon ab, ob eine wirksame verwaltungsbehördliche Erlaubnis vorliegt (Lackner/Kühl in: Lackner, StGB, § 324 Abs. 10).

<sup>26</sup>Die aufgedeckte Lücke im Bereich des Jugendschutzes wird durch die Regelungen über die Geschäftsfähigkeit nicht kaschiert. Zu berücksichtigen sind nämlich die §§ 106, 110 BGB, wonach der erforderliche Auftragsvertrag wirksam ist, wenn der Minderjährige den Aufwendungsersatz mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zweck oder zu freier Verfügung überlassen worden sind. Kinder und Jugendliche verfügen heutzutage vielfach über eine ausreichende Kaufkraft in diesem Sinn.

### 2.3.2 Kein Umgehungsgeschäft

Unter § 134 BGB fallen aber auch Umgehungsgeschäfte. Ein Umgehungsgeschäft liegt vor, wenn ein Rechtsgeschäft zwar nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, aber so konzipiert ist, dass im Ergebnis ein widerrechtlicher Erfolg eintritt.<sup>27</sup> Die Gesetzesumgehung löst Nichtigkeit aus, wenn der Zweck einer Vorschrift durch die gewählte rechtliche Gestaltung vereitelt wird.<sup>28</sup> Bei der Behandlung von Umgehungsgeschäften ist danach zu unterscheiden, ob sich das umgangene Verbotsgesetz nur gegen eine bestimmte Geschäftsform wendet oder ob es die Verwirklichung eines praktischen Erfolgs überhaupt verhindern will.<sup>29</sup> Soll nach dem Sinn des Gesetzes nicht der mit dem verbotenen Rechtsgeschäft erreichte Erfolg, sondern nur eine bestimmte Geschäftsform als Mittel eines an sich gebilligten Erfolgs vereitelt werden, so ist jedes andere Rechtsgeschäft, das zum gleichen Erfolg führt, zulässig.<sup>30</sup> In diesem Fall liegt kein Umgehungsgeschäft vor.

Es stellt sich also die Frage, wie die Verbote des § 184 Abs. 1 Nr. 3, Nr. 4 StGB und des § 15 Abs. 1 Nr. 3, Nr. 5 JuSchG einzuordnen sind. Da sich der Regelungsgehalt dieser Vorschriften im Wesentlichen auf das Verbot des Versandhandels mit entsprechenden Schriften oder Trägermedien reduziert, kann hierbei zunächst von der bisherigen Rechtslage auf Grund von § 184 Abs. 1 Nr. 3, Nr. 4 StGB und dem aufgehobenen § 4 Abs. 1 Nr. 3, Nr. 4 GjSM ausgegangen werden. Zum Zweck dieser Vorschriften wird allgemein, und zwar zu Recht, Folgendes vertreten: Der Gesetzgeber hat die dort genannte, unter dem Gesichtspunkt des Jugendschutzes für besonders gefährlich angesehene Vertriebsart mit einem absoluten Verbot belegt.<sup>31</sup> Die Gesetze wollen – vornehmlich zur Sicherung des Jugendschutzes – den gewinnbringenden Versand von jugendgefährdenden Schriften verhindern, bei dem die Anonymität des Empfängers gewahrt bleibt, der mangels persönlichen Kontakts jeder Kontrolle durch den Versender entzogen ist.<sup>32</sup> Das Versandhandelsverbot erfasst aber nicht sämtliche Vertriebsarten.<sup>33</sup> Bei den betreffenden Vorschriften geht es lediglich um die besondere Art des Vertriebs.<sup>34</sup> Der Zweck dieser Vorschriften besteht folglich nicht darin, den Zugang zu jugendgefährdenden Schriften überhaupt zu verhindern. Dies wird auch aus der Systematik des Gesetzes deutlich. Grundsätzlich ist der Zugang zu entsprechenden Schriften für jedermann erlaubt.<sup>35</sup> Die Regelungen der §§ 3–5 GjSM (und des § 184 StGB) verhindern die Verbreitung von entsprechenden Schriften nicht völlig, es werden lediglich Werbe- und Ver-

<sup>27</sup>Mayer-Maly/Armbrüster in: Säcker, MK-BGB, BGB § 134 Abs. 11.

<sup>28</sup>BAG, BAGE 10, S. 70; BGH, LM Nr. 19 zu § 134 BGB, S. 2; BGH, BGHZ 85, S. 46; Mayer-Maly/Armbrüster in: Säcker, MK-BGB, BGB § 134 Abs. 17; Palm in: Westermann, BGB, § 134 Abs. 18.

<sup>29</sup>BGH, LM Nr. 19 zu § 134 BGB, S. 2; OLG Hamm, NJW 1983, S. 2708; Brox, BGB-AT, Abs. 282; Mayer-Maly/Armbrüster in: Säcker, MK-BGB, BGB § 134 Abs. 17; Palm in: Westermann, BGB, § 134 Abs. 18.

<sup>30</sup>OLG Hamm, NJW 1983, S. 2708; Mayer-Maly/Armbrüster in: Säcker, MK-BGB, BGB § 134 Abs. 17; Palm in: Westermann, BGB, § 134 Abs. 18.

<sup>31</sup>BVerfG, NJW 1971, S. 1557; BayObLG, NJW 1963, S. 672; OLG Düsseldorf, JR 1985, S. 159; OLG Hamburg, WRP 1987, S. 484; Eckstein, wistra 1997, S. 47; Lampe, JR 1985, S. 161.

<sup>32</sup>BVerfG, NJW 1982, S. 1512.

<sup>33</sup>BVerfG, NJW 1971, S. 1557.

<sup>34</sup>BayObLG, NJW 1963, S. 672.

<sup>35</sup>BGH, BGHSt 34, S. 97 f.; OLG Hamm, NJW 2000, S. 1966; Greger, NSTZ 1986, S. 11; Behm, AfP 2002, S. 23 f. Ein grundsätzliches Verbot des Zugangs zu jugendgefährdenden Schriften oder Trägermedien ist aus verfassungsrechtlichen Gründen ausgeschlossen (BVerfG, NJW 1971, S. 1557).

breitungsbeschränkungen aufgestellt.<sup>36</sup> Selbst Kindern und Jugendlichen ist der Zugang zu jugendgefährdenden Schriften grundsätzlich erlaubt. Die Vorschriften der §§ 3—5 GjSM (und des § 184 StGB) sollen sicherstellen, dass Kindern und Jugendlichen Schriften, die sich auf ihre Entwicklung schädlich auswirken können, nur mit Zustimmung ihrer Eltern zugänglich gemacht werden.<sup>37</sup> Das zeigt auch die Regelung in § 21 Abs. 4 GjSM. Die einzelnen Verbotsvorschriften sind mithin als Ausnahme zu diesem Grundsatz zu begreifen.

Gleiches gilt im Grundsatz auch für § 15 Abs. 1 Nr. 3, Nr. 5 JuSchG, dessen Versandhandelsbegriff in § 1 Abs. 4 JuSchG eigens definiert ist. Der Unterschied zur bisherigen Rechtslage besteht nur darin, dass der Gesetzgeber die Vertriebsart des Versandhandels auf Grund der Möglichkeit, sichere Altersverifikationssysteme berücksichtigen zu können, nicht mehr mit einem absoluten Verbot belegt hat. Das Überlassen von jugendgefährdenden Trägermedien an Erwachsene im Weg des Versandhandels ist nunmehr ausdrücklich erlaubt, wie schon die Gesetzesbegründung hervorhebt (siehe Abschnitt 2.1 auf Seite 4). Daraus und aus § 27 Abs. 4 JuSchG ergibt sich, dass auch nach dem Zweck der neuen Vorschriften der Zugang zu jugendgefährdenden Trägermedien grundsätzlich für jedermann erlaubt ist, wobei als Ausnahme davon hinsichtlich der Vertriebsart des Versandhandels nur noch für Personen, die nicht nachweisen, dass sie mindestens 18 Jahre alt sind, eine Beschränkung gilt. Abgesehen von dieser Einengung des Ausnahmebereichs hat sich an der Rechtslage also nichts Entscheidendes geändert.

Aus alledem folgt, dass sich § 184 Abs. 1 Nr. 3, Nr. 4 StGB und § 15 Abs. 1 Nr. 3, Nr. 5 JuSchG nur gegen eine bestimmte Geschäftsform und nicht gegen die Verwirklichung eines praktischen Erfolgs überhaupt wenden. Gegen dieses Ergebnis kann nicht eingewandt werden, dass bereits der Einsatz der besonderen Vertriebsform einen praktischen Erfolg darstelle. Dadurch würde der zugrundegelegte Unterschied zwischen Geschäftsform und Erfolg aufgegeben. Der Auftrag ist daher nicht als Umgehungsgeschäft nichtig.

### 3 Der Begriff "Versand"

Der Gegenentwurf zum Versandhandelsbegriff soll im Folgenden überblicksmäßig am Beispiel des § 43 Abs. 1 AMG dargestellt werden. Vor der letzten Gesetzesänderung<sup>38</sup> hatte die Vorschrift folgenden Wortlaut:

Arzneimittel im Sinn des § 2 Abs. 1 oder Abs. 2 Nr. 1, die nicht durch die Vorschriften des § 44 oder der nach § 45 Abs. 1 erlassenen Rechtsverordnung für den Verkehr außerhalb der Apotheken freigegeben sind, dürfen im Einzelhandel nur in Apotheken in den Verkehr gebracht werden.

Hier war weder von Versandhandel noch von Versand die Rede, gebraucht wurde vielmehr der Begriff des Einzelhandels. Das Verbot des Einzelhandels mit Arzneimitteln außerhalb von Apotheken erstreckte sich aber ohne weiteres auch auf den Versandhandel. Seit der letzten Gesetzesänderung, mit der auf

<sup>36</sup> BVerfG, BVerfGE 83, S. 143 f.

<sup>37</sup> BVerfG, BVerfGE 83, S. 140.

<sup>38</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Achten Gesetzes zur Änderung des Arzneimittelgesetzes vom 3. März 1998 (Bundestagsdrucksache 13/9996, S. 6).

ähnliche Probleme wie oben dargestellt reagiert wurde, hat die Vorschrift<sup>39</sup> nunmehr folgenden Wortlaut:

Arzneimittel im Sinn des § 2 Abs. 1 oder Abs. 2 Nr. 1, die nicht durch die Vorschriften des § 44 oder der nach § 45 Abs. 1 erlassenen Rechtsverordnung für den Verkehr außerhalb der Apotheken freigegeben sind, dürfen außer in den Fällen des § 47 berufs- oder gewerbsmäßig für den Endverbrauch nur in Apotheken und nicht im Weg des Versandes in den Verkehr gebracht werden. Außerhalb der Apotheken darf außer in den Fällen des Absatzes 4 und des § 47 Abs. 1 mit den nach Satz 1 den Apotheken vorbehaltenen Arzneimitteln kein Handel getrieben werden.

In der Gesetzesbegründung<sup>40</sup> finden sich dazu folgende Aussagen:

Durch die Änderung zu Absatz 1 Satz 1 wird klargestellt, dass die der Apothekenpflicht unterliegenden Arzneimittel im Einzelhandel nur in Apotheken in den Verkehr gebracht werden dürfen und auch eine unentgeltliche Abgabe über die Notfallversorgung hinaus unterbleiben muss. Diese Änderung erscheint zweckmäßig, weil in Gerichtsentscheidungen § 43 Abs. 1 aufgrund des Begriffs "Einzelhandel" dahin gehend ausgelegt worden ist, dass die unentgeltliche Abgabe von Arzneimitteln durch Ärzte und Zahnärzte auch über die Notfallversorgung hinaus zulässig sei; eine Klärung durch die Rechtsprechung (vgl. AMG-Erfahrungsbericht 1993 der Bundesregierung, Drucksache 12/5226) ist bislang nicht eingetreten. Durch den dem Absatz 1 neu angefügten Satz 2 wird klargestellt, dass andere Personen als die am Arzneimittelverkehr beteiligten apothekenpflichtige Arzneimittel auch dann nicht entgeltlich abgeben dürfen, wenn es nicht berufs- oder gewerbsmäßig geschieht. Damit werden insbesondere auch Einzelfälle der Abgabe von "Ersatzdrogen" erfasst. Durch die weiteren Änderungen in Absatz 1 und 5 wird ein Arzneimittelversand apothekenpflichtiger Arzneimittel verboten. Im Hinblick auf die Beratung durch den Apotheker oder – bei Tierarzneimitteln den Tierarzt – ist ein Versand dieser Arzneimittel keine adäquate Abgabeform.

Verboten ist nach § 43 Abs. 1 S. 1 AMG jede Versendung eines Arzneimittels an den Endverbraucher, die berufs- oder gewerbsmäßig vorgenommen wird. Das Versandverbot richtet sich nicht nur an den Apothekeninhaber, der seinem Beratungsauftrag nachkommen soll. Wer ohne eine Apotheke zu betreiben apothekenpflichtige Arzneimittel versendet, verstößt gegen das Apothekenmonopol nach § 43 Abs. 1 S. 1 AMG. Als Versendung ist dabei jeder Transport anzusehen, der nicht durch den Apotheker oder das Apothekerpersonal erfolgt. Ein Versand liegt also immer dann vor, wenn eine selbstständig handelnde Person oder Institution für den Transport zwischengeschaltet wird. Das Versandverbot gilt dabei für den Postversand, die Zulieferung durch Zustelldienste und

<sup>39</sup>Verstöße gegen § 43 Abs. 1 S. 1 AMG sind nach § 97 Abs. 2 Nr. 10, Abs. 3 AMG ordnungswidrig und mit Geldbuße bis zu 25.000 Euro bedroht. Vorsätzliche oder fahrlässige Verstöße gegen § 43 Abs. 1 S. 2 AMG sind nach § 95 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 4 AMG strafbar und mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe beziehungsweise mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bedroht. Verstöße gegen § 43 Abs. 1 S. 2 AMG sind daneben nach § 97 Abs. 2 Nr. 10, Abs. 3 AMG auch ordnungswidrig und mit Geldbuße bis zu 25.000 Euro bedroht.

<sup>40</sup>Bundestagsdrucksache 13/9996, S. 15 f.

auch für eine Versendung mit der Deutschen Bahn verbunden mit einer Abholung durch den Adressaten. Die Versendung zwischen Endverbrauchern ist nicht verboten, sofern sie die Grenze der Berufs- oder Gewerbsmäßigkeit nicht überschreitet.<sup>41</sup> Gewerbsmäßig ist jede Handlung, die im Rahmen irgendeiner auf Erwerb gerichteten Tätigkeit ausgeübt wird.<sup>42</sup> Berufsmäßig ist eine Tätigkeit, die auf Grund eines (insbesondere freien) Berufs ausgeübt wird, ohne gewerbsmäßig zu sein, auf Dauer ausgerichtet ist und dem Erwerb dient. Beruf ist jede auf Dauer berechnete und nicht nur vorübergehend der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende Betätigung.<sup>43</sup>

Entscheidend ist daran, dass nach dem Wortlaut der Vorschrift jeder Versand an den Endverbraucher verboten ist und nicht nur ein Versandhandel, der eine mit einer gewissen Regelmäßigkeit wiederkehrende und auf Gewinn ausgerichtete Tätigkeit erfordert.<sup>44</sup> Die geschilderte Entgeltproblematik wirkt sich hier also nicht (mehr) aus.<sup>45</sup>

## 4 Ergebnis

Die Begriffsdefinition des § 1 Abs. 4 JuSchG, nach der ein entgeltliches Geschäft erforderlich ist, erweist sich damit als unglücklich. Angesichts der von der Rechtsprechung aufgestellten Definition, nach der es ebenfalls auf die Entgeltlichkeit ankommt, nutzt es aber auch wenig, dass sich die Legaldefinition nur auf den Begriff des Versandhandels im Sinn des Jugendschutzgesetzes erstreckt. In diesem Zusammenhang stellt sich nämlich sogleich die Frage, ob der Versandhandelsbegriff außerhalb des Jugendschutzgesetzes erweiternd ausgelegt werden kann, und zwar dahin gehend, dass auf das Begriffsmerkmal der Entgeltlichkeit verzichtet wird. Im Rahmen der Auslegung ist davon auszugehen, dass der Schwerpunkt des Versandhandelsbegriffs nach dem eindeutigen Normzweck bei der Vertriebsform liegt.<sup>46</sup> Bei der Zuordnung der Merkmale des Versandhandelsbegriffs ist festzustellen, dass "Bestellung", "Übersendung" und "ohne persönlichen Kontakt" dem Schwerpunkt, das heißt der Vertriebsform, angehören. Nicht zum Schwerpunkt gehört also nur das Merkmal "entgeltliches Geschäft". Würde auf die Entgeltlichkeit verzichtet, so wäre der Handelsteil nur noch durch den Bestandteil "Geschäft" gekennzeichnet. Der Normzweck würde hierdurch nicht beeinträchtigt. In diesem Zusammenhang ist jedoch zu bedenken, dass es den Strafgerichten nicht erlaubt ist, eine Strafbestimmung über ihren eindeutigen, einer Auslegung nicht zugänglichen Wortlaut

<sup>41</sup> *Feiden/Pabel* in: Kloesel/Cyran, Arzneimittelrecht, AMG § 43 Anm. 14.

<sup>42</sup> *Feiden/Pabel* in: Kloesel/Cyran, Arzneimittelrecht, AMG § 13 Anm. 9.

<sup>43</sup> *Feiden/Pabel* in: Kloesel/Cyran, Arzneimittelrecht, AMG § 13 Anm. 10.

<sup>44</sup> *Feiden/Pabel* in: Kloesel/Cyran, Arzneimittelrecht, AMG § 43 Anm. 14.

<sup>45</sup> Jüngst hat es zwar nicht wenig Aufregung wegen eines groß aufgezogenen Versands von Arzneimitteln gegeben, der von den Niederlanden aus nach Deutschland durchgeführt wurde (vergleiche *LG Berlin*, MMR 2001, S. 249; *LG Frankfurt a. M.*, MMR 2001, S. 243). Dem lag aber kein Problem mit dem Versandbegriff des § 43 Abs. 1 S. 1 AMG zugrunde, sondern ein Auslegungsproblem der Ausnahmevorschrift des § 73 Abs. 2 Nr. 6a AMG, die einen gemeinschaftsrechtlichen Hintergrund hat (*Mankowski*, MMR 2001, S. 253 ff.). Als Reaktion darauf wird § 43 Abs. 1 S. 1 AMG voraussichtlich allerdings dahin gehend geändert, dass entsprechende Arzneimittel "ohne behördliche Erlaubnis nicht im Weg des Versands in den Verkehr gebracht werden" dürfen, wobei das Nähere in der Apothekenbetriebsordnung geregelt sein soll (Gesetzesentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Gesundheitssystems (GMG-E), 1. Arbeitsentwurf vom 13. März 2003, Art. 12 Nr. 1 Buchst. a Doppelbuchst. aa GMG-E zu § 43 AMG, S. 101. (URL: <http://www.kv-pfalz.de/pub/gesetzneu-pdf.pdf>)).

<sup>46</sup> *BVerfG*, NJW 1982, S. 1512; *OLG Düsseldorf*, NStE Nr. 5 zu § 184 StGB, S. 2; *Eckstein*, wistra 1997, S. 48.

hinaus allein im Blick auf den Normzweck anzuwenden; dies verstieße gegen das in Art. 103 Abs. 2 GG sowie in § 1 StGB verankerte strafrechtliche Analogieverbot.<sup>47</sup> Den Versandhandelsbegriff dahin gehend auszulegen, dass es auf eine Entgeltlichkeit nicht ankomme, ist vor diesem Hintergrund geradezu undenkbar. Andernfalls hätte auch die Verwendung des Begriffs "Versand" ausgereicht. Bei der Auslegung des Versandhandelsbegriffs auf die Entgeltlichkeit zu verzichten hieße, den Unterschied zwischen den Begriffen "Versandhandel" und "Versand" aufzugeben und die äußerste Wortlautgrenze zu überschreiten. Der Verzicht auf die Entgeltlichkeit würde also das Analogieverbot verletzen. Dieses Ergebnis wird durch den Satz, dass der Schwerpunkt des Versandhandelsbegriffs bei der Vertriebsform liegt, bestätigt. Die Aussage des Satzes besteht nämlich auch darin, dass der Versandhandelsbegriff nicht auf die Vertriebsform reduziert werden kann. Eine erweiternde Auslegung des Versandhandelsbegriffs ist daher nach allem nicht möglich.<sup>48</sup>

Dem Gesetzgeber ist daher zu empfehlen, alle Verbotsvorschriften, die den Begriff "Versandhandel" enthalten, insbesondere § 184 Abs. 1 Nr. 3, Nr. 4 und § 15 Abs. 1 Nr. 3, Nr. 5 JuSchG, zu ändern. Es bietet sich dabei an, den gleichen Weg wie bei § 43 Abs. 1 S. 1 AMG zu gehen und den Begriff "berufs- und gewerbsmäßigen Versand" zu verwenden.

## Literatur

- Behm, Ulrich:** Einfuhr pornografischer Schriften gem. § 184 Abs. 1 Nr. 4 StGB – eine anachronistische Vorschrift. AfP, 2002, S. 22.
- Brox, Hans:** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 20. Auflage. 1996.
- Eckstein, Ken:** Pornografie und Versandhandel. wistra, 1997, S. 47.
- Erbs, Georg/Kohlhaas, Max/Amb, Friedrich:** Strafrechtliche Nebengesetze. Band II, 2003.
- Greger, Reinhard:** Die Video-Novelle 1985 und ihre Auswirkungen auf StGB und GjS. NSTZ, 1986, S. 8.
- Heine, Günter:** Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts, Rechtsvergleichende Funktionsanalysen – unbestimmte Rechtsbegriffe – Reichweite von Genehmigungen. NJW, 1990, S. 2425.
- Horst, Rutger von der:** Rollt die Euro-Pornowelle? – Zur Strafbarkeit von aus dem Ausland gesendeter Porno-Satellitenprogramme nach deutschem Strafrecht. ZUM, 1993, S. 227.
- Jähnke, Burkhard/Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Odersky, Walter:** StGB, Leipziger Kommentar, Großkommentar. 11. Auflage. 1995.
- Kloesel, Arno/Cyran, Walter:** Arzneimittelrecht, Kommentar. Band II, 3. Auflage. 1999.
- Kloesel, Arno/Cyran, Walter:** Arzneimittelrecht, Kommentar. Band I, 3. Auflage. 1999.
- Lackner, Karl:** Strafgesetzbuch mit Erläuterungen. 22. Auflage. 1997.
- Lampe, E.-J.:** Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Urteil vom 16. April 1984 – 5 Ss 42/84—75/84 I. JR, 1985, S. 159.
- Mankowski, Peter:** Anmerkung zu LG Berlin, Urteil vom 7. November 2000 – 103 O 192/00 und zu LG Frankfurt a. M., Urteil vom 9. November 2000 – 2—03 O 366/00. MMR, 2001, S. 251.

<sup>47</sup> BVerfG, NJW 1982, S. 1512.

<sup>48</sup> Vergleiche auch Steindorf in: Erbs/Kohlhaas/Amb, Strafrechtliche Nebengesetze, GjSM § 4 Abs. 6.

- Rebmann, Kurt/Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland:** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 4, Schuldrecht, Besonderer Teil II, §§ 607—704, 3. Auflage. 1997.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst:** Strafgesetzbuch, Kommentar. 25. Auflage. 1997.
- Säcker, Franz Jürgen:** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1—240, AGB-Gesetz, 4. Auflage. 2001.
- Westermann, Harm Peter:** Erman – Bürgerliches Gesetzbuch. 10. Auflage. 2000.

## Rechtsprechung

- BGH:** Urteil vom 12. Oktober 1954 – IV ZR 128/54. BGHZ, 15, S. 102.
- BGH:** Urteil vom 30. November 1955 – VI ZR 95/54. LM Nr. 19 zu § 134 BGB.
- BAG:** Beschluss vom 12. Oktober 1960 – 3 AZR 65/56. BAGE, 10, S. 65.
- BayObLG:** Urteil vom 7. Februar 1963 – 4 St 284/62. NJW, 1963, S. 672.
- BayObLG:** Urteil vom 15. Dezember 1966 – 4b St 24/66. NJW, 1967, S. 1049.
- BVerfG:** Beschluss vom 23. März 1971 – 1 BvL 25/61, 3/62. NJW, 1971, S. 1555.
- BVerfG:** Beschluss vom 8. April 1982 – 2 BvR 1339/81. NJW, 1982, S. 1512.
- BGH:** Urteil vom 23. September 1982 – VII ZR 183/80. BGHZ, 85, S. 39.
- OLG Hamm:** Urteil vom 16. Dezember 1982 – 28 U 198/82. NJW, 1983, S. 2708.
- OLG Düsseldorf:** Urteil vom 16. April 1984 – 5 Ss 42/84—75/84 I. JR, 1985, S. 157.
- BGH:** Beschluss vom 10. Juni 1986 – 1 StR 41/86. BGHSt, 34, S. 94.
- OLG Hamburg:** Urteil vom 13. November 1986 – 3 U 47/86. WRP, 1987, S. 484.
- OLG Düsseldorf:** Urteil vom 17. November 1986 – 5 Ss 142/86, 141/86 I. NStE Nr. 5 zu § 184 StGB.
- BVerfG:** Urteil vom 27. November 1990 – 1 BvR 402/87. BVerfGE, 83, S. 130.
- LG Freiburg:** Beschluss vom 26. August 1997 – III Qs 61/97. NStZ-RR, 1998, S. 11.
- OLG Hamm:** Urteil vom 22. März 2000 – 2 Ss 1291/99. NJW, 2000, S. 1965.
- LG Berlin:** Urteil vom 7. November 2000 – 103 O 192/00. MMR, 2001, S. 249.
- LG Frankfurt a. M.:** Urteil vom 9. November 2000 – 2—03 O 366/00. MMR, 2001, S. 243.