

BIU – Bundesverband Interaktive  
Unterhaltungssoftware e.V.  
Charlottenstraße 62  
10117 Berlin  
Tel. +49 30 2408779-0  
Fax +49 30 2408779-11  
info@biu-online.de  
www.biu-online.de

# Stellungnahme

**zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung eines  
Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes  
gegen den unlauteren Wettbewerb vom 9. Januar  
2015 und zu Ziffer 10 der Stellungnahme des  
Bundesrates zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes  
zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren  
Wettbewerb vom 6. März 2015**

April 2015

Der BIU – Bundesverband Interaktive Unterhaltungssoftware e. V. ist der Verband der deutschen Computer- und Videospiegelindustrie. Seine 21 Mitglieder sind Entwickler, Publisher und Anbieter von digitalen Spielen und repräsentieren über 85 Prozent des deutschen Marktes. Der BIU ist beispielsweise Veranstalter der gamescom. Als kompetenter Ansprechpartner für Medien sowie politische und gesellschaftliche Institutionen beantwortet der BIU alle Fragen rund um das Thema digitale Spiele.

Die Förderung des Kinder- und Jugendschutzes, der Medienkompetenz sowie des Daten- und Verbraucherschutzes zählen zu den zentralen Anliegen des BIU. Durch transparente Angebote einerseits sowie durch intensive Aufklärungsarbeit andererseits wird ein verantwortungsvoller Umgang mit dem Medium gefördert und ein besseres Verständnis von Medienkompetenz in der Gesellschaft verankert. Der BIU wurde 2005 gegründet und hat seinen Sitz in Berlin.

## **1 Zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 9. Januar 2015 („RegE“)**

Mit dem RegE bezweckt die Bundesregierung ausweislich ihrer eigenen Begründung keine Änderung der Rechtslage. Vielmehr sollen Umformulierungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb („UWG“) nur die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken („UGP-Richtlinie“)<sup>1</sup> unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH besser und genauer umsetzen. So sind laut Bundesregierung „Änderungen in der Rechtsanwendung [...] durch die vorgeschlagenen Änderungen nicht zu erwarten, da das UWG auch bereits bisher durch die Gerichte richtlinienkonform ausgelegt wurde“.<sup>2</sup>

Der BIU begrüßt das Vorhaben der (erneuten) sprachlichen Anpassung des UWG an die UGP-Richtlinie und die hierzu ergangene Rechtsprechung. Das UWG muss derzeit in einem erheblichen Maße entgegen des jeweiligen Wortlauts in richtlinienkonformer Weise korrigierend ausgelegt werden. Dies führt dazu, dass auf der Rechtsanwenderseite viele Unklarheiten entstehen und Auslegungsfragen nicht selten gerichtlicher Klärung bedürfen. Das UWG, das einen freien und fairen Wettbewerb fördern soll, wird aufgrund der bestehenden Rechtsunsicherheit systemwidrig zum Hemmschuh, da eine Vielzahl von Werbemaßnahmen mit einem erheblichen Prozess- und Kostenrisiko verbunden sind. Dies könnte durch wortgetreuere Umsetzung der UGP-Richtlinie vermieden werden.

---

<sup>1</sup> Richtlinie 2005/29/EG.

<sup>2</sup> S. 8 RegE.

Der vorliegende RegE sollte in **einigen Details nachgebessert** werden, um dem verfolgten Ziel der richtlinienkonformen Umsetzung vollständig gerecht zu werden. Genannt sei diesbezüglich insbesondere die Neufassung von **Generalklauseln** für Mitbewerber in § 3 Abs. 3 S. 1 und S. 2 UWG und der Begriff der „**fachlichen Sorgfalt**“ im Verhältnis der Mitbewerber untereinander – ein Begriff der in der Richtlinie nur für das Verhältnis zwischen Unternehmer und Verbraucher vorgesehen ist und vom EuGH daher auch spezifisch für dieses Verhältnis ausgelegt werden wird.<sup>3</sup> Die im RegE insoweit vorgesehenen Änderungen würden zu mehr Unklarheiten als Klarstellungen führen und das UWG für die Rechtsanwendung unnötig verkomplizieren, da gesicherte Rechtsprechung zur Auslegung des Begriffs der „fachlichen Sorgfalt“ im Verhältnis zwischen Unternehmern nicht vorliegt.

Änderungen im horizontalen Verhältnis zwischen den Mitbewerbern irritieren schon deswegen, weil die UGP-Richtlinie sich allein auf den binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern bezieht und somit das Verhältnis zwischen den Mitbewerbern zumindest in Bezug auf die Richtlinie keiner Anpassung bedarf.<sup>4</sup> In Bezug auf Handlungen, die nur zwischen Unternehmern Wirkung entfalten, ist eine Änderung des UWG also nicht europarechtlich zwingend. Insofern widerspricht der RegE der in der Begründung ausdrücklich dargelegten Konzeption (Klarstellungen ohne Änderung des geltenden Rechts), da für das Verhältnis zwischen Unternehmen sehr wohl auch neuer Regelungsgehalt vorgesehen ist.

### **1.1 Regelung in § 5a Abs. 5 RegE erfüllt ihren Zweck noch nicht vollständig**

Die für die Digitalwirtschaft und insbesondere für die Computer- und Videospiegelbranche relevanteste Änderung durch den RegE stellt dabei § 5a Abs. 5 dar. Grundsätzlich handelt es sich hierbei um eine sehr begrüßenswerte Regelung, die gewisse gerade für die Digitalwirtschaft sinnvolle und sachgerechte Erleichterungen im Zusammenhang mit der Erfüllung von Informationspflichten vorsieht: Ähnlich wie nach der Verbraucherrechterichtlinie<sup>5</sup> sollen nunmehr bei der Beurteilung, ob ein Anbieter seine Informationspflichten vollständig erfüllt hat, auch „räumliche und zeitliche Beschränkungen“ des gewählten Kommunikationsmittels, sowie unabhängig hiervon zusätzlich erteilte Informationen eine Rolle spielen. Damit kann insbesondere den Platzbeschränkungen bei mobilen Anwendungen (bspw. auf Smartphones, Tablets und mobilen Spielkonsolen) Rechnung getragen werden. Mobile Anwendungen

<sup>3</sup> vgl. Köhler, *WRP* 2015, 275; Ohly, *GRUR* 2014, 1137.

<sup>4</sup> vgl. u.a. *Erwägungsgründe 6 und 7 der Richtlinie 2005/29/EG*.

<sup>5</sup> *Richtlinie 2011/83/EU*.

wie bspw. Spiele für Smartphones und Tablets sind für die Digitalwirtschaft und insbesondere die Computer- und Videospiegelbranche von großer wirtschaftlicher Bedeutung mit weiterhin großem Wachstumspotential.

Die gegenwärtige Formulierung des § 5a Abs. 5 berücksichtigt jedoch noch nicht hinreichend die Abhängigkeit der Inhalte-Anbieter von den Vertriebs-Plattformen und deren technisch-organisatorischen Vorgaben. So können beispielsweise bei digitalen Computerspiele-Vertriebs-Plattform wie den App-Stores für Mobilgeräte die Entwickler bzw. Verleger (sogenannte Publisher) von Spielen beim Einstellen eines Spiels in den App-Store nicht vollständig kontrollieren, wie und wann bestimmte Informationen zu den Produkten angezeigt werden. Dies gilt zum Beispiel bezüglich zeitlicher Abläufe, Schriftgröße oder Platzierung auf der Seite. Etwaige Abweichungen von in Deutschland üblichen oder anerkannten Standards sollten den einzelnen Entwicklern und Publishern nicht als UWG-Verstoß ausgelegt werden. An anderer Stelle hat der Gesetzgeber solchen externen Zwängen bereits Rechnung getragen (z.B. Anpassung der Vorschriften über die Widerrufsbelehrung an Gegebenheiten von Online-Auktionen, damals teilweise als „Ebay-Gesetz“<sup>6</sup> bezeichnet).<sup>7</sup> Äußere Zwänge durch marktbedeutende Vertriebsplattformen auf die Unternehmer sollten daher im Rahmen der UWG-Novelle ausdrücklich berücksichtigt werden.

Ähnliches gilt im Hinblick auf die Informationen, die der Unternehmer „auf andere Weise“ (§ 5a Abs. 5 Nr. 2 RegE) zur Verfügung stellt. Hier sollte eine etwa vom Betreiber der jeweiligen Vertriebs-Plattform kommunizierte Information dem Publisher zu dessen Gunsten zugerechnet werden, die Information des Verbrauchers also ggf. auch durch Beauftragte des Unternehmers erfolgen können. Der Schutz des Verbrauchers wird hierdurch nicht eingeschränkt. Im Gegenteil: Der Verbraucher kennt – ähnlich wie in dem Ebay-Beispiel – die technisch-organisatorisch bedingten Abläufe auf den Vertriebs-Plattformen und es ist für ihn von Vorteil, wenn die relevanten Informationspflichten technisch-organisatorisch einheitlich unter Mitwirkung der jeweiligen Distributionsplattform erfüllt werden. Es sollte aus Sicht des BIU im Sinne des Verbraucherschutzes also auch ein arbeitsteiliges Zusammenwirken zwischen Entwickler bzw. Publisher und Distributionsplattform bei der digitalen Distribution ermöglicht werden. Dies sollte sich aus Gründen der Rechtssicherheit bereits aus dem Wortlaut der Norm

---

<sup>6</sup> vgl. Schröder, *NJW* 2010, 1933 (1935), insbesondere bezüglich § 355 Abs. 2 S. 2 und § 257 Abs. 3 S. 2 BGB a.F.

<sup>7</sup> Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht vom 29. Juli 2009, BGBl I, 2355.

ergeben und nicht allein der Auslegung durch die Rechtsprechung überlassen werden.

Bereits mit wenigen Ergänzungen kann § 5a Abs. 5 RegE dahingehend präzisiert werden:

(5) Bei der Beurteilung, ob Informationen vorenthalten wurden, sind zu berücksichtigen:

1. räumliche, ~~oder~~ zeitliche, **technische oder organisatorische** Beschränkungen durch das für die geschäftliche Handlung gewählte Kommunikations- **oder Vertriebsmittel** sowie
2. alle Maßnahmen des Unternehmers, um dem Verbraucher die Informationen auf andere Weise als durch das Kommunikations- **oder Vertriebsmittel** nach Nummer 1 zur Verfügung zu stellen **oder stellen zu lassen**.

### **1.2 Unklarheiten in § 4a Abs. 2 Nr. 4 RegE**

Auch die angestrebte Einführung des § 4a RegE ist zu begrüßen, da es sich hierbei um Regelungen zu aggressiven geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern aus der UGP-Richtlinie handelt, die bisher nur durch die Generalklauseln in § 4 Nr. 1 und Nr. 2 UWG erfasst wurden, also in existierende Vorschriften mitunter richtlinienkonform „hineingelesen“ wurden. Die Einführung würde daher der Rechtssicherheit dienen. Gerade dieses Anliegen betreffend fällt jedoch auf, dass sich insbesondere aus den Feinheiten des § 4a Abs. 2 Nr. 4 RegE noch immer Unklarheiten ergeben werden, die daher bereits im Rahmen der Beratungen im Bundestag überarbeitet werden sollten:

Nach § 4a Abs. 2 Nr. 4 RegE ist bei der Feststellung, ob eine geschäftliche Handlung aggressiv ist, abzustellen auf belastende oder unverhältnismäßige Hindernisse nichtvertraglicher Art, mit denen der Unternehmer den Verbraucher an der Ausübung seiner vertraglichen Rechte zu hindern versucht, wozu auch das Recht gehört, den Vertrag zu kündigen oder zu einer anderen Ware oder Dienstleistung oder einem anderen Unternehmer zu wechseln. Weder aus § 4a Abs. 2 Nr. 4 RegE noch aus der Begründung der Bundesregierung geht jedoch hervor, was „belastende“ bzw. „unverhältnismäßige“ Hindernisse nichtvertraglicher Art sein sollen.

Allerdings handelt es sich hierbei um den exakten Wortlaut des Art. 9 lit. d) der UGP-Richtlinie. Das bedeutet zum einen, dass es sich um eine unpräzise Übersetzung handeln könnte. Die englische Fassung lautet “any onerous or

disproportionate non-contractual barriers”.<sup>8</sup> In der spanischen Fassung heißt es „cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados“.<sup>9</sup> Sowohl „onerous“ als auch „oneroso“ kann mit „belastend“ übersetzt werden. Allein die französische Fassung scheint sprachlich Sinn zu ergeben, wo es heißt: „tout obstacle non contractuel important ou disproportionné“<sup>10</sup>, also „importante“ im Sinne von „beträchtlich“. Dies würde dahingehend Sinn ergeben, als dass der europäische Gesetzgeber an dieser Stelle wohl eine Bagatellgrenze einführen wollte.

Zum anderen bedeutet die wortgetreue Übernahme aus der UGP-Richtlinie aber auch, dass für die Auslegung der im RegE gewählten Begriffe der EuGH zuständig ist. Dieser muss sich zunächst der verschiedenen Sprachfassungen der UGP-Richtlinie widmen und sodann entscheiden, wie die einzelnen Merkmale nun letztlich auszulegen sind. Es handelt sich allerdings sowohl bei „belastend“, als auch bei „beträchtlich“ und erst Recht bei „unverhältnismäßig“ um derart unbestimmte und schwierig zu handhabende Rechtsbegriffe, die stets zu Unsicherheiten in der Auslegung führen werden.

Es sollte daher erwogen werden, den Begriff „belastend“ in § 4a Abs. 2 Nr. 4 RegE durch den von der Rechtsprechung besser ausdifferenzierten, dem deutschen Recht bekannten und aus Gründen der Rechtssicherheit daher vorzugswürdigen Terminus „erheblich“ zu ersetzen, der auch eine gute Entsprechung zu dem in der französischen Fassung der Richtlinie verwendeten Begriff „important“ darstellt.

## **2 Zu Ziffer 10 der Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 6. März 2015**

In seiner 931. Sitzung am 6. März 2015 hat der Bundesrat beschlossen, in seiner Stellungnahme zum RegE die Einführung einer weiteren Variante des § 20 UWG anzuregen, die einen neuen Ordnungswidrigkeitentatbestand für bestimmte Verstöße gegen das Verbot der direkten Kaufaufforderung an Kinder (Nr. 28 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG; „Blacklist“) enthalten sollte.

Die Bundesregierung hat in ihrer Gegenäußerung bereits deutlich gemacht, dass sie diesem Vorschlag nicht folgen wird. Dieser Schritt ist nicht nur angesichts der

<sup>8</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32005L0029&from=de>, abgerufen am 16. April 2015.

<sup>9</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32005L0029&from=de>, abgerufen am 16. April 2015.

<sup>10</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32005L0029&from=de>, abgerufen am 16. April 2015.

gesetzgeberischen Konzeption des RegE konsequent, sondern auch aus weiteren, in der Gegenäußerung nicht näher diskutierten Gründen inhaltlich zu begrüßen. Der Vorschlag des Bundesrates ist aus zahlreichen Gründen abzulehnen, die im Folgenden der Vollständigkeit halber kurz skizziert werden sollen.

Die Gegenwärtige Fassung des § 20 UWG regelt die (bewusst limitierten) ordnungsrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten des Lauterkeitsrechts. Ziffer 10 der Stellungnahme formuliert den avisierten neuen Tatbestand dabei wie folgt:

- „(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig  
[...]
2. im elektronischen Geschäftsverkehr im Sinne des § 312i Absatz 1 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entgegen § 3 Absatz 4 in Verbindung mit Nummer 28 des Anhangs eine in eine Werbung einbezogene unmittelbare Aufforderung an Kinder, selbst die beworbene Ware zu erwerben oder die beworbene Dienstleistung in Anspruch zu nehmen oder ihre Eltern oder andere Erwachsene dazu zu veranlassen, übermittelt.“

Als Rechtsfolge schlägt der Bundesrat eine Geldbuße von bis zu EUR 100.000 vor, Verwaltungsbehörde im Sinne des § 26 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten („OWiG“) soll die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien („BPjM“) sein. Dieser Vorschlag ist als unlogisch und systemwidrig abzulehnen.

Der BIU engagiert sich seit vielen Jahren tatkräftig für die Belange des Kinder- und Jugendschutzes und betont die Verantwortung der Spielebranche bei der persönlichen Entwicklung dieser besonders schutzbedürftigen Personen. Der BIU und die Computer- und Videospielebranche sind dieser besonderen Verantwortung bisher zu jeder Zeit nachgekommen und haben im Dialog mit der Politik und den Aufsichtsbehörden die Instrumente des Jugendschutzes stetig weiterentwickelt. Die vom Bundesrat vorgeschlagene Umsetzung durch eine zusätzliche Form der Repression zwecks Prävention ist jedoch nicht zielführend und dessen konkrete Ausgestaltung nicht sachgerecht und sogar verfassungsrechtlich bedenklich.

## **2.1 Grundsätzliche Kritik am Regelungsansatz**

Anders als die Bundesregierung scheint der Bundesrat das UWG inhaltlich erheblich umgestalten zu wollen. Er verkennet somit den Charakter der Novelle als Umsetzung von EuGH-Rechtsprechung und der UGP-Richtlinie. Die

Bundesregierung hat hingegen im RegE an zahlreichen Stellen deutlich gemacht, dass eine Umgestaltung des UWG gerade nicht gewollt ist.<sup>11</sup>

Zudem verkennt der Bundesrat, dass die UGP-Richtlinie eine Vollharmonisierung darstellt, sodass nationales Recht weder großzügiger noch strenger sein darf – zumindest im Rahmen des Anwendungsbereichs der Richtlinie auf das Verhältnis zwischen Anbieter und Verbraucher.

Ferner bezieht sich der Bundesrat bei seinem Vorschlag auf Sachverhalte im Zusammenhang mit digitalen Vertriebsplattformen wie den App-Stores für Mobilgeräte. Zum einen ist es nicht nachvollziehbar, warum der Vorschlag des Bundesrates den Tatbestand des Nr. 28 des Anhangs zu § 3 Abs. 4 UWG nur in bestimmten Fällen als Ordnungswidrigkeit sanktionieren will, nämlich nur dann, wenn es sich um Sachverhalte des elektronischen Geschäftsverkehrs im Sinne des § 312i Abs. 1 S. 1 BGB handelt. Zum anderen lässt der Vorschlag des Bundesrates außer Acht, dass derzeit auf europäischer Ebene intensive Regulierungs-Gespräche stattfinden zu verbraucherschutzrechtlichen Fragen unter anderem im Zusammenhang mit digitalen Vertriebsplattformen wie den App-Stores für Mobilgeräte. Diese Gespräche werden von der Europäischen Kommission mit den Branchen der Inhalte-Anbieter geführt im Rahmen der „Stakeholder Consultation Group for consumer rules for Online and Digital Purchases“. Dabei soll identifiziert werden, welche verbraucherschutzpolitischen Defizite eventuell bestehen und wie diesen ggf. begegnet werden könnte. Der deutsche Gesetzgeber sollte diesen Beratungen nicht vorgehen.

## **2.2 Kritik an dem Vorschlag im Einzelnen**

### **2.2.1 Bußgeld als Ausnahmefall**

Bisher beruht das UWG hinsichtlich des enthaltenen Ordnungswidrigkeitenkatalogs auf einem Regel-Ausnahme-Prinzip: Grundsätzlich soll sich der Wettbewerb regulieren, indem Mitbewerber und ausgewählte Organisationen und Vereinigungen als Kontrollinstanzen eingesetzt werden. Lediglich im Bereich des Cold Calling (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 UWG) hat der Gesetzgeber bisher einen Bußgeldtatbestand für erforderlich gehalten. Die Einführung dieses Bußgeldtatbestandes war im Gegensatz zu den jetzigen Bestrebungen des Bundesrates allerdings gut begründet.

---

<sup>11</sup> vgl. insb. S. 1 und S. 8 des RegE.



So heißt es auf Seite 14 der damaligen Gesetzesbegründung<sup>12</sup> zur Einführung des § 20 Abs. 1 UWG:

„Die Durchsetzung des geltenden Rechts stößt in der Praxis allerdings auf Schwierigkeiten. Oftmals liegen die erforderlichen Angaben gar nicht oder jedenfalls nicht in der für eine gerichtliche Auseinandersetzung notwendigen Form vor. Dies gilt in besonderer Weise, wenn die Anrufenden von der Möglichkeit Gebrauch machen, ihre Rufnummer zu unterdrücken.“

Gerade diese erschwerte Durchsetzbarkeit ist im Bereich der Werbung im elektronischen Geschäftsverkehr jedoch nicht gegeben. Vielmehr ist Werbung dort typischerweise einfach erkenn- und abrufbar und kann etwa von Verbraucherschutzorganisationen beanstandet werden, wie dies schon jetzt routinemäßig geschieht.

Weiter heißt es auf Seite 9 der damaligen Gesetzesbegründung:

„Zurzeit wenden sich Verbraucherinnen und Verbraucher mit Beschwerden über unerlaubte Telefonwerbung in vielen Fällen an die Verbraucherzentralen. Bei diesen gehen jährlich etwa 60.000 Beschwerden über unerwünschte Werbeanrufe ein.“

Es gibt keinerlei Anzeichen dafür, dass es über Einzelfälle hinaus zu Verstößen bei Werbeansprachen an Kinder kommt, die die Erforderlichkeit eines Bußgeldtatbestandes rechtfertigten. Ganz im Gegensatz zum Cold Calling, wo es zu massenhaften Beschwerden kam. Weder Verbraucheranfragen bei den Unternehmen noch Beschwerden bei den Aufsichtsbehörden oder die Abmahn-tätigkeit von Verbraucherzentralen lassen insoweit auf eine Problematik schließen, deren Ausmaß eine ordnungsrechtliche Sanktionierung erfordern würde. Vielmehr können hier – wie im UWG üblich – die anerkannten Mechanismen der zivilrechtlichen Regulierung effektiv eingesetzt werden, vorausgesetzt der Gesetzgeber formuliert die Verbotsnorm eindeutig. Insbesondere die Verbraucherzentralen sind in der Vergangenheit bei vermuteten Verstößen gegen Nr. 28 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG in Online-Diensten gegen Unternehmen vorgegangen. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Verbraucherzentralen (sowie Wettbewerber und/oder Wettbewerbszentralen) insoweit ineffektiv oder überfordert wären.

Zudem handelt es sich bei § 7 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 UWG (Cold Calling) um hinreichend bestimmte und abgeschlossene Tatbestände. Dies ist bei Nr. 28 des Anhangs zum UWG gerade nicht der Fall, eine Bußgeldbewehrung daher vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots bedenklich. Hierzu sogleich.

---

<sup>12</sup> BT-Drucks. 16/10734 vom 31.10.2008.

### **2.2.2 Strengere Sanktionierung des Verstoßes gegen Nr. 28 des Anhangs zum UWG**

Der Bundesrat verkennt, dass das Ordnungswidrigkeitenrecht als „kleine Schwester“ des Strafrechts dem Ultima-Ratio-Prinzip (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Art. 20 GG) unterworfen ist: Der Gesetzgeber darf danach schon aus verfassungsrechtlichen Gründen nur stärker missbilligtes Verhalten unter Ahndung stellen.<sup>13</sup> Warum die werbende Ansprache von Kindern und Jugendlichen in elektronischen Medien – selbst bei fahrlässiger Begehungsweise – stärker missbilligt sein soll, als deren werbende Ansprache in anderen Medien oder andere lauterkeitsrechtlich relevanten Maßnahmen, die z.T. erheblichen Druck auf Verbraucher ausüben, führt der Bundesrat nicht weiter aus und ist insofern auch nicht ersichtlich.

Beispiele für solche Maßnahmen, bei denen der Bundesrat wohlgerne einen Bußgeldtatbestand nicht für erforderlich hält, wären

- das Erwecken des Eindrucks, der Verbraucher könne bestimmte Räumlichkeiten nicht ohne vorherigen Vertragsabschluss verlassen (Nr. 25 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG);
- die Nichtbeachtung einer Aufforderung, die Wohnung eines Verbrauchers zu verlassen oder nicht zu ihr zurückzukehren (Nr. 26 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG);
- die Angabe, dass der Arbeitsplatz oder Lebensunterhalt des Unternehmers gefährdet sei, wenn der Verbraucher die Ware oder Dienstleistung nicht abnehme (Nr. 30 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG).

### **2.2.3 Verbraucherschutz ist primär Sache des allgemeinen Zivilrechts**

Der Bundesrat führt an, mit der Einführung eines neuen Bußgeldtatbestandes bei Verstößen gegen § 3 Abs. 4 UWG i. V. m. Nr. 28 Anhang des UWG den Schutz von Kindern vor versteckten Kosten bei digitalen Diensten wie Smartphone-Apps und Online-Spielen stärken zu wollen.<sup>14</sup> Es würden erhebliche Kosten für die Eltern entstehen, über deren Telefondienstleister die Entgelte der Spieleanbieter in der Regel abgerechnet würden. Sinn und Zweck des Lauterkeitsrechts ist der Schutz des Verbrauchers vor versteckten Kosten jedoch nur in seltensten Fällen.<sup>15</sup> Primär geschützt sind vielmehr die Entscheidungs- bzw. Wahlfreiheit und die Fähigkeit

<sup>13</sup> Mitsch, in: *Karlsruher Kommentar zum OWiG*, 4. Auflage 2014, Rn. 120, 124.

<sup>14</sup> Ziffer 10, S. 10 der Stellungnahme vom 6. März 2015.

<sup>15</sup> Köhler nennt zum Schutz des Vermögens als sonstiges Recht allein § 7 UWG: Köhler, in: *Köhler/Bornkamm, UWG*, 33. Auflage 2015, § 1 Rn. 20.

des Verbrauchers zu einer informierten Entscheidung.<sup>16</sup> Darüber hinaus bezweckt der Bundesrat zwar laut eigener Aussage den Schutz der Kinder vor versteckten Kosten, benennt jedoch die Eltern als potenzielle Geschädigte.

Am meisten verwundert allerdings, dass der Bundesrat selbst die Wirksamkeit solcher Verträge infrage stellt und dazu meint, dass dennoch die geforderten Entgelte im Regelfall bezahlt würden. Folglich wird vom Bundesrat erkannt, dass in derartigen Fällen bereits die Vorschriften des Minderjährigenrechts aus §§ 104 ff. Bürgerliches Gesetzbuch („BGB“) zur Geltung kommen. Danach sind Verträge die ein Kind oder Jugendlicher schließt grundsätzlich nur mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters – also des laut Bundesrat potenziell finanziell Geschädigten – wirksam. Verträge, die Kinder unter 7 Jahren schließen, sind sogar von vorneherein gänzlich unwirksam. Es besteht also meist keine vertragliche Verpflichtung der Eltern zur Zahlung des Entgelts. Darüber hinaus bestünden ggf. sogar weitere Möglichkeiten sich vom Vertrag zu lösen – etwa durch Widerruf oder Anfechtung –, sofern dieser auf irgendeine Weise doch wirksam zustande gekommen sein sollte. Die Forderung des Bundesrates bietet somit keinen weiteren Schutz, da dieser bereits umfassend besteht. Dass die geforderten Entgelte trotz etwaiger Vertragsunwirksamkeit oder Möglichkeiten der Lossagung im Regelfall bezahlt würden, wird nicht nur pauschal in den Raum gestellt ohne hierfür Belege anzuführen, sondern begründet auch keine Notwendigkeit weiterer gesetzlicher Regelungen, erst recht nicht zum Kinder- und Jugendschutz.

Der Bundesrat versucht folglich eine vermeintliche, „gefühlte“, aber unbelegte Fehlentwicklung auf der (ordnungs-)rechtlichen Ebene zu lösen. Köhler<sup>17</sup> bemerkte bereits zur Einführung des § 20 Abs. 1 UWG als Bußgeldtatbestand bei Cold Calling sehr trefflich:

„Was die Verbesserung des vertragsrechtlichen Verbraucherschutzes angeht, so steht und fällt er freilich damit, dass die Verbraucher ihre erweiterten Rechte auch wahrnehmen. Am Beispiel des Widerrufsrechts: Wer von dem Recht, sich von einem telefonisch geschlossenen Vertrag zu lösen, nichts weiß, kann es auch nicht ausüben. [...] Insoweit gilt auch heute noch der Satz „ius vigilantibus scriptum“<sup>18</sup>.“

#### **2.2.4 Objektiver Tatbestand zu unbestimmt**

Der objektive Tatbestand des vorgesehenen Bußgeldtatbestandes ergibt sich aus Nr. 28 des Anhangs zum UWG. Danach ist die in eine Werbung einbezogene unmittelbare Aufforderung an Kinder, selbst die beworbene Ware zu erwerben oder die beworbene Dienstleistung in Anspruch zu nehmen oder ihre Eltern oder andere Erwachsene dazu zu veranlassen eine unzulässige geschäftliche Handlung.

<sup>16</sup> vgl. u.a. Erwägungsgründe 7, 16, 18 der Richtlinie 2005/29/EG.

<sup>17</sup> Köhler, NJW 2009, 2567, 2572.

<sup>18</sup> Das Recht ist für den Wachsamem geschrieben.

Dies bereitet einige verfassungsrechtliche Probleme, denn Nr. 28 kann dem Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 103 Abs. 2 GG i. V. m. § 3 OWiG nicht gerecht werden. Nach dem Bestimmtheitsgrundsatz muss die Norm das missbilligte Verhalten hinlänglich bestimmt bezeichnen.<sup>19</sup> Das gilt erst recht dann, wenn sich an das missbilligte Verhalten eine (sei es strafrechtliche oder ordnungsrechtliche) Sanktion knüpft. Der Begriff „Kinder“ ist jedoch unionsrechtlich zu bestimmen und bedarf einer endgültigen Klärung durch den EuGH.<sup>20</sup> Und auch der Begriff der „Aufforderung an Kinder“ sorgt für viele offene Fragen. Weder Werbenden noch Gerichten<sup>21</sup> ist es möglich, die Zielgruppen klar zu trennen. Es fehlt an verbindlichen Kriterien zur Beantwortung zentraler Fragen: Wodurch wird objektiv erkennbar, ob gezielt 13-jährige oder gezielt 15-jährige angesprochen werden? Wie ist Werbung zu beurteilen, die sich ohne konkrete Zielgruppe einfach an die Allgemeinheit richten soll? Und wie kann ein werbetreibendes Unternehmen überhaupt dafür sorgen, dass sich Kinder von seiner Werbung nicht angesprochen fühlen? Derartige Einordnungen sind oftmals Einzelfallentscheidungen, nicht selten subjektiv geprägt und dem gesellschaftlichen Wandel unterworfen. Hinsichtlich des Produktbezugs der Werbung gibt es sogar Unterschiede in den verschiedenen Sprachfassungen der UGP-Richtlinie, die zu Interpretationsschwierigkeiten – und damit zum EuGH – führen.<sup>22</sup>

Es ist also noch vielfach ungeklärt, welches genaue Verhalten überhaupt unter den Wortlaut der Nr. 28 fällt. Die Anknüpfung an einen derart unbestimmten Tatbestand für ordnungsrechtliche Sanktionen verstößt daher gegen den Bestimmtheitsgrundsatz und somit gegen grundlegende verfassungsrechtliche Prinzipien.

### **2.2.5 Subjektiver Tatbestand umschließt auch Fahrlässigkeit**

Dies gilt insbesondere dann, wenn bereits die fahrlässige Begehung unter Strafe gestellt wird. Ist der Inhalt der Verbotsnorm nicht hinreichend geklärt, kann sogar jeder erst gerichtlich als solcher deklarierte Verstoß als fahrlässig eingeordnet und mit Geldbuße sanktioniert werden. Ein solches Risiko würde zu einer erheblichen, unverhältnismäßigen Behinderung von Entwicklung und Innovation führen, insbesondere in der Spielebranche.

Gemäß § 10 OWiG kann nur vorsätzliches Handeln geahndet werden, außer wenn das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Geldbuße bedroht. Aus dem

---

<sup>19</sup> BVerfG NJW 1987, 3175; BVerfGE 14, 245, 251 = NJW 1962, 1563, 1564; BVerfGE 32, 346, 362 = NJW 1972, 860, 862.

<sup>20</sup> vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Auflage 2015, Anhang zu § 3 Abs. 3, Rn. 28.5.

<sup>21</sup> Siehe z. B. BGH, Urt. v. 12. Dez. 2013 – I ZR 192/12, GRUR 2014, 686 – Goldbärenbarren; BGH, Urt. v. 18. Sept. 2014 – I ZR 34/12, GRUR 2014, 1211 – Runes of Magic II.

<sup>22</sup> vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Auflage 2015, Anhang zu § 3 Abs. 3, Rn. 28.7-28.11.

Wortlaut geht hervor, dass die Ahndung von fahrlässig begangenen Ordnungswidrigkeiten die Ausnahme sein sollte und daher einer gesonderten Begründung des Gesetzgebers bedarf.<sup>23</sup> Der Bundesrat sieht tatsächlich vor, dass nicht nur vorsätzliche Verstöße, sondern schon bloße Fahrlässigkeit zur Verwirkung der Geldbuße führen. Eine Begründung für die Sanktionierung der fahrlässigen Begehung gibt er nicht. Der BIU zweifelt daher auch aus diesem Grund an der Verhältnismäßigkeit und damit der Rechtsstaatlichkeit und Verfassungsmäßigkeit der vorgesehenen Norm.

### **2.2.6 BPjM als Verwaltungsbehörde i. S. d. § 36 Abs. 1 Nr. 1 OWiG ungeeignet**

Die Eignung der BPjM als zuständige Behörde ist sehr zweifelhaft.

Nach § 17 Abs. 2 JuSchG entscheidet die BPjM über eine Aufnahme oder Streichung in die Liste jugendgefährdender Medien. Für das Tätigwerden der BPjM ist in der Regel ein Antrag einer antragsberechtigten Organisation<sup>24</sup>, oder die Anregung einer Behörde bzw. eines anerkannten Trägers der freien Jugendhilfe<sup>25</sup> erforderlich. Die BPjM selbst ist weder für die Ermittlung von potenziellen „Listenkandidaten“ noch für die Ermittlung oder Ahndung von Verstößen gegen jugendschutzrechtliche Vorschriften (wie etwa die aus einer Indizierung resultierenden Vertriebsbeschränkungen) zuständig. Inhaltlich befasst sich die Bundesprüfstelle mit der jugendgefährdenden Wirkung von Medieninhalten, nicht mit der Frage ob ein Medium oder Inhalt gezielt an ein Kind adressiert ist. Überdies werden Entscheidungen über eine Jugendgefährdung bei der BPjM nicht durch juristisch geschulte Sachbearbeiter oder Verwaltungsjuristen getroffen, sondern durch ein pluralistisch besetztes ehrenamtliches Gremium von Jugendschutz-Sachverständigen. Insofern ist es fernliegend, der BPjM aufzutragen, Kaufappelle an Kinder in Online-Werbung zu ermitteln und zu prüfen, ob hierfür ein Bußgeld verhängt werden muss. Die BPjM verfügt auch nicht über die hierfür erforderlichen Ressourcen, Mechanismen und fachlichen Mittel. Eine derartige Kompetenzerweiterung würde zudem eine Neustrukturierung erforderlich machen, um einem derartigen Aufgabenzuwachs überhaupt gewappnet zu sein.

### **2.2.7 Spannungsfeld zur geltenden Rechtslage nach JMStV**

Unklarheiten ergeben sich zudem bezüglich des Verhältnisses von Jugendmedienschutz-Staatsvertrag („JMStV“) und dem in Ziffer 10 vorgesehenen Bußgeldtatbestand. § 6 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 JMStV normieren bereits ein

<sup>23</sup> vgl. auch Rengier, in: *Karlsruher Kommentar zum OWiG*, 4. Auflage 2014, § 10, Rn. 1.

<sup>24</sup> § 21 Abs. 2 JuSchG.

<sup>25</sup> § 21 Abs. 4 JuSchG.

gleichlautendes Verbot von Kaufapellen an Kinder bzw. der Aufforderung, Eltern oder Dritte zum Kauf zu bewegen. Zusätzlich beschränkt sich der Bundesrat für den Bußgeldtatbestand auf den elektronischen Geschäftsverkehr. Folglich würden alle denkbaren Sachverhalte Telemedien betreffen, so dass der Anwendungsbereich des JMStV nach § 2 Abs. 1 JMStV eröffnet wäre. Das führt zu dem Folgeproblem, dass die Vorschläge des Bundesrates die Durchsetzung des JMStV durch die zuständige Kommission für Jugendmedienschutz („KJM“)<sup>26</sup> der Länder und die eingerichtete gemeinsame Stelle Jugendschutz aller Länder („Jugendschutz.net“)<sup>27</sup> schwächen würden. Dadurch würde auch die erfolgreiche Selbstregulierung des Telemedien-Marktes nach dem JMStV geschwächt werden, die beispielsweise durch die Unterhaltungssoftware Selbstkontrolle („USK“)<sup>28</sup> ausgeübt wird. Der Bundesrat würde so gravierende Unklarheiten bezüglich der Zuständigkeiten von KJM, jugendschutz.net, USK und der vom Bundesrat als zuständige Verwaltungsbehörde vorgesehenen BPjM schaffen.

---

<sup>26</sup> § 16 JMStV.

<sup>27</sup> § 18 JMStV.

<sup>28</sup> „Die Unterhaltungssoftware Selbstkontrolle (USK) ist eine freiwillige Einrichtung der Computerspielewirtschaft. Die USK ist sowohl unter dem Jugendschutzgesetz als auch für den Online-Bereich unter dem Jugendmedienschutz-Staatsvertrag als zuständige Selbstkontrolle staatlich anerkannt. Im Bereich des Jugendschutzgesetzes erteilen staatliche Vertreter am Ende eines USK-Verfahrens die Alterskennzeichen. Darüber hinaus vergibt die USK Alterskennzeichen auch innerhalb des internationalen IARC -Systems für Online-Spiele und Apps.“ Vgl. <http://www.usk.de/> (Zuletzt abgerufen am 15. April 2015).