

F. Das UWG als Mittel gegen geschlechtsdiskriminierende Werbung

I. Sinnhaftigkeit der Durchsetzung des verfassungsrechtlich gebotenen Schutzes vor geschlechtsdiskriminierender Werbung über das UWG

Die bisherigen Untersuchungen haben gezeigt, dass geschlechtsdiskriminierende Werbung verfassungsrechtliche Grundwerte verletzt und dass eine Begrenzung geschlechtsdiskriminierender Werbung grundsätzlich verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann¹⁰⁰⁶ sowie mit europäischem Primärrecht vereinbar wäre. Die Werbeselbstkontrolle ist nicht geeignet, dem Problem geschlechtsdiskriminierender Werbung adäquat zu begegnen. Dies liegt vor allem an der mangelhaften Durchsetzungsfähigkeit des Werberates, aber auch an der bisherigen Gremienzusammensetzung, der Ausformulierung und Anwendung der Verhaltensgrundsätze sowie der Gefahr der potenziellen Parteilichkeit des Werberates als Organ der Selbstregulierung.

Eine effektive Kontrolle geschlechtsdiskriminierender Werbung bedarf also eines auf Werbung zugeschnittenen legislativen Regulatoriums, das in der Lage ist, sämtliche Fälle geschlechtsdiskriminierender Werbung zu erfassen. Insbesondere darf ein solches nicht ausschließlich auf individuelle Rechtsverletzung abstellen, sondern muss die Beeinträchtigungen kollektiver Interessen erfassen können. Auch eine außergerichtliche Regulationsmöglichkeit würde die Effektivität und Schnelligkeit der Kontrolle erhöhen. Eine Einbettung des Schutzes vor geschlechtsdiskriminierender Werbung in das UWG ist angesichts dessen aus mehreren Gründen sinnvoll.

1. Bündelung aller werbebezogenen Fälle sowie aller Fälle geschlechtsdiskriminierender Werbung in einem Gesetz

Das UWG reguliert unlautere geschäftliche Handlungen. Da jede kommerzielle Werbung eine klassische geschäftliche Handlung iSd UWG ist, könnte

¹⁰⁰⁶ Ausnahme ist die Beeinträchtigung der Kunstfreiheit, deren Schutzbereich aber nur im Einzelfall eröffnet sein dürfte. Dieser Ausnahme kann mit einer entsprechenden Formulierung der Norm begegnet werden.

jeder geschlechtsdiskriminierenden Werbung – wenn sie als unlauter erfasst wird – mit dem UWG begegnet werden.

Der Vorteil würde zunächst darin bestehen, geschlechtsdiskriminierende Werbung mit einem Gesetz zu erfassen, das geschaffen wurde, um geschäftliche Handlungen, insbesondere Werbung, zu regulieren und das dieser Aufgabe bereits seit über 100 Jahren erfolgreich nachkommt.¹⁰⁰⁷ Mit der Erfassung geschlechtsdiskriminierender Werbung durch das UWG käme es zu einer stärkeren Bündelung aller werbebezogenen Fälle in einem Gesetz.

Auch die unterschiedlichen Fälle geschlechtsdiskriminierender Werbung würden erstmals in einem Gesetz gebündelt. Für die Anwendung der jeweils einschlägigen medien- und strafrechtlichen Vorschriften ist häufig die Art der Veröffentlichung der jeweiligen geschlechtsdiskriminierenden Werbung entscheidend. So sind der RStV und der JMStV bei Werbung im Rundfunk anwendbar, nicht aber bei plakativer Außenwerbung. Dies führt zu unterschiedlichen Ergebnissen je nach Art der Veröffentlichung einer geschlechtsdiskriminierenden Werbung. Allen diesen Fällen gemeinsam sind die Werbeeigenschaft und die damit einhergehende Bedeutung als Sozialisationsagent. Anders als mittels des zurzeit bestehenden Flickenteppichs aus medien- und strafrechtlichem Schutz könnte über das UWG ein einheitlicher Standard im Vorgehen gegen Geschlechtsdiskriminierung erreicht werden.

2. Möglichkeit der Verfolgung von Kollektivinteressen und Verbandsklagemöglichkeit

In den Fällen geschlechtsdiskriminierender Werbung geht es nicht um konkrete, individuelle Grundrechtsverletzungen, sondern um Beeinträchtigungen des objektiven Gehalts von Verfassungsnormen.¹⁰⁰⁸ Die Durchsetzung dieser Interessen bedarf eines Gesetzes, das eine darauf zugeschnittene Struktur aufweist. Anders als das Deliktsrecht, das zunächst ergänzend neben dem UWG angewandt wurde,¹⁰⁰⁹ erfasst dieses nicht nur individuelle Rechtsgutsverletzungen zwischen Konkurrent_innen, sondern erkennt an, dass es im Wettbewerb auch andere, insbesondere kollektive Interessen gibt.¹⁰¹⁰ Praktiken, die diese gefährden und damit inakzeptabel sind, können

1007 *Emmerich* § 1 Rn. 8 ff.

1008 Vgl. oben, D. I., S. 79 ff.

1009 *Fezer* E 6.

1010 Statt vieler *Piper/Ohly/Sosnitza* § 1 Rn. 11, 18, 26; *Beater* Rn. 21.

effektiv von verschiedenen Stellen bekämpft werden. Der Schutz der kollektiven Interessen steht, anders als subjektive Rechte, auch nicht zur Disposition einzelner Rechtsinhaber_innen.¹⁰¹¹ Als insbesondere auch auf die Verfolgung von Kollektivinteressen ausgelegtes Gesetz ist das UWG in besonderem Maße zur Verfolgung objektiver Grundrechtsverletzungen durch die Ansprache der Verbraucher_innen geeignet.

Wenn zum Teil angenommen wird, dass außerhalb der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit Vertrags- und Deliktsrecht ausreichend Individualschutz böten,¹⁰¹² geht damit eine Verkennung von Zweck und Funktion des UWG einher. Bei Interessensverletzungen von Verbraucher_innen durch geschäftliche Handlungen ist Individualschutz durch Vertrags- und Deliktsrecht in einigen Fällen (z.B. bei Gesundheitsverletzungen) durchaus sinnvoll. Denkbar sind aber auch Fälle, in denen die vermögenswerten Einbußen entweder sehr gering oder, wie im Falle geschlechtsdiskriminierender Werbung, auch gar nicht vorhanden sind. Zur Erfassung solcher Fälle hat der UWG-Gesetzgeber die Klagemöglichkeit für Verbraucherverbände eingeführt: Mit der Möglichkeit der Verfolgung von Kollektivinteressen korreliert die Verleihung wettbewerbsrechtlicher Klagerechte an bestimmte Einrichtungen und Verbände.¹⁰¹³ Dabei soll es nicht um die Kompensation der verschwindend geringen Schäden der Verbraucher_innen gehen, sondern vielmehr darum, im Interesse aller Verbraucher_innen, sonstigen Marktbeteiligten sowie der Allgemeinheit Verstöße der Unternehmer_innen zu verfolgen. Erst diese Ausweitung des Klagerechts bietet die Gewähr dafür, dass Wettbewerbsverstöße tatsächlich bekämpft und Kollektivinteressen geschützt werden.¹⁰¹⁴ Geschlechtsdiskriminierende Werbung verletzt nicht notwendigerweise Individualinteressen. Wenn Interessensverletzungen im Raum stehen, nicht aber individuelle Rechtsverletzungen, die mit finanziellem Ausgleich kompensiert werden können, scheitern Vertrags- und Deliktsrecht als adäquate Mittel. Das UWG hingegen fokussiert nicht auf die Verletzung subjektiver Rechte Einzelner, sondern nimmt die Interessen aller Marktbeteiligten in den Blick und bietet die Möglichkeit der Verbandsklage. Das UWG reguliert das Verhalten der Unternehmen am Markt. Geschlechtsdiskriminierende Wirtschaftswerbung ist geschäftliche Handlung der Unternehmen iSd § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG, also Marktverhalten

1011 Vgl. zur Aktivlegitimation § 8 Abs. 3 UWG.

1012 Piper/*Ohly*/Sosnitza § 4.11 Rn. 11/25.

1013 § 8 Abs. 3 Nr. 1-3, § 10 Abs. 1 UWG.

1014 *Beater* Rn. 2591.

iSd UWG. Aufgrund der dargestellten Grundrechtsverletzungen könnte geschlechtsdiskriminierende Wirtschaftswerbung Marktmechanismen stören. Mit der Möglichkeit der Verfolgung von Kollektivinteressen und der Verbandsklagemöglichkeit eignet sich das UWG zur Erfassung geschlechtsdiskriminierender Werbung.

3. Schnelligkeit der Durchsetzbarkeit von Ansprüchen

Ein weiterer Vorteil des UWG ist die besondere Schnelligkeit der Durchsetzbarkeit der lauterkeitsrechtlichen Ansprüche. Diese ergibt sich zum einen aus dem erleichterten Erlass einstweiliger Verfügungen nach § 12 Abs. 2 UWG und zum anderen aus der Möglichkeit der Abmahnung nach § 12 Abs. 1 UWG.

Gemäß § 12 Abs. 2 UWG können einstweilige Verfügungen zur Sicherung der Unterlassungsansprüche aus dem UWG auch ohne die Darlegung und Glaubhaftmachung der in den §§ 935 und 940 ZPO bezeichneten Voraussetzungen erlassen werden. Damit wird die Eilbedürftigkeit und Dringlichkeit der einstweiligen Verfügung in Wettbewerbssachen vermutet.¹⁰¹⁵ Das Verfahren wird vereinfacht und damit beschleunigt.

Durch die Abmahnung nach § 12 Abs. 1 UWG wird die Anspruchsgegenseite über die Unzulässigkeit ihres Handelns aufgeklärt; sie kann ihr Geschäftsverhalten schnell ändern und damit Prozessrisiken ausräumen.¹⁰¹⁶ Eine solche Vorgehensmöglichkeit wäre gerade im Bereich geschlechtsdiskriminierender Werbung von Vorteil: Werbende könnten zunächst ohne prozessualen Aufwand über eine Abmahnung auf unzulässiges Handeln aufmerksam gemacht werden. Die Erfahrungen des Deutschen Werberates lassen vermuten, dass vielen Unternehmen einerseits nicht bewusst ist, wenn sie diskriminierend werben, dass sie andererseits aber bereit sind, die jeweilige Kampagne zu ändern oder auch einzustellen, wenn sie auf das Problem aufmerksam gemacht werden. Selbiges könnte auch im Wege der Abmahnung erreicht werden. Diese hätte den Vorteil, dass – während dem Werberat nach einer erfolglosen öffentlichen Rüge die Hände gebunden sind – nach einem Verstoß gegen eine im Zuge des Abmahnverfahrens abgegebene strafbewehrte Unterlassungserklärung der Weg zu den Gerichten frei wäre.

1015 *Emmerich* § 25 Rn. 1.

1016 *Beater* Rn. 2822.

Ein weiterer Vorteil liegt in der Möglichkeit des schnellen und effektiven Vorgehens gegen Wettbewerbsverstöße.¹⁰¹⁷ Gerade bei geschlechtsdiskriminierenden Werbebildern ist aufgrund der Vielzahl und Wirkung der Bilder eine zeitnahe Einstellung oder Änderung der Kampagnen nötig. Das Mittel der Abmahnung verspricht hier ein zeitlich effektiveres Vorgehen als über den Werberat, dessen Verfahren auch mehrere Wochen dauern kann.

Darüber hinaus könnten konkurrierende Unternehmen eigenständig gegen diskriminierend werbende Unternehmen vorgehen und damit in die Rechtsdurchsetzung eingeschaltet werden. Angesichts der noch immer verbreiteten Befürwortung des „Sex Sells“-Grundsatzes sowie der stark auf Geschlechter fokussierenden Kinderwerbung ist zu hoffen, dass Abmahnungen, auch der Unternehmen untereinander, zu einer stärkeren Auseinandersetzung mit dem Thema und damit korrelierend auch zu einer höheren Sensibilisierung führen. Diese Dynamik auszulösen ist vermutlich der größte Vorteil der Abmahnung und damit insgesamt auch der Regulierung geschlechtsdiskriminierender Werbung im UWG.

4. Ergebnis

Das UWG befasst sich schwerpunktmäßig mit der Regulierung von Werbung. Es ermöglicht kollektiven Rechtsschutz, große Durchsetzungsschnelligkeit sowie die Chance, alle marktbezogenen Regelungen nach einheitlichen Verfahren durchzusetzen, bietet also gerade diejenigen Möglichkeiten, die für eine Regulierung geschlechtsdiskriminierender Werbung wünschenswert sind, und macht eine Einbettung des Schutzes vor geschlechtsdiskriminierender Werbung in das UWG damit sinnvoll.

1017 *Beater* Rn. 2822.

II. Ausschließlicher Schutz der Entscheidungsfreiheit als Verkürzung des lauterkeitsrechtlichen Schutzzwecks

Diese Möglichkeiten lässt die zurzeit herrschende, sog. funktionsorientierte Auffassung¹⁰¹⁸ ungenutzt, wenn sie ausschließlich rein mechanische Wirtschaftsprozesse schützt, anstatt auch die grundrechtliche Wertordnung mit einzubeziehen. Sie verkürzt den lauterkeitsrechtlichen Schutzzweck, indem sie allein auf die Funktionen der Beteiligten am Markt abstellt und den Wettbewerb für funktionierend hält, wenn Verbraucher_innen sich frei entscheiden¹⁰¹⁹ und Unternehmer_innen ihre Produkte frei anbieten können.¹⁰²⁰ Ihre Anhänger_innen wollen weder im Grundgesetz geschützte Allgemeininteressen noch ethische oder soziale Werte über das UWG schützen.¹⁰²¹ Die Interessen der Verbraucher_innen seien anhand ihrer „Funktion am Markt“ zu ermitteln.¹⁰²² Das UWG schütze Verbraucher_innen als „Schiedsrichter“¹⁰²³ oder „Vertragspartner“¹⁰²⁴, aber „nicht als Mensch“¹⁰²⁵. Geschützt sei daher allein ihre wirtschaftliche Handlungs- und Entscheidungsfreiheit.¹⁰²⁶

Das Wettbewerbsgeschehen bestünde, so argumentiert *Inge Scherer*, aus Austauschprozessen mit der jeweiligen Marktgegenseite einerseits und Parallelprozessen zwischen den Mitbewerber_innen andererseits.¹⁰²⁷ Dieser Prozess funktioniere nur dann, wenn für die Anbietenden Angebotsfreiheit

1018 *Scherer* WRP 2010, 586, 590; *dies.* WRP 2006, 401, 403; *Fezer/Scherer* § 4-2 Rn. 23 ff., 163; *Beater* Rn. 987 ff.; *Köhler/Bornkamm* § 1 Rn. 41; *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Stuckel* § 4 Nr. 1 Rn. 154, § 3 Rn. 314 ff.; *Piper/Ohly/Sosnitza* § 4.11 Rn. 11/25.

1019 *Scherer* WRP 2006, 401, 405.

1020 Ebenda.

1021 *Gloy/Loschelder/Erdmann/Leistner* § 4 Rn. 27, 30.

1022 *Scherer* WRP 2006, 401, 405.

1023 *Beater* FS Tilmann, S. 87; *Dettmar* Unlauterer Wettbewerb durch Rechtsbruch, S. 83; *GK-UWG/Pahlow* § 4 Nr. 1 Rn. 1; *Piper/Ohly/Sosnitza* § 4.11 Rn. 11/25.

1024 *Gärtner/Heil* WRP 2005, 20, 22.

1025 Ebenda.

1026 *Ohly* WRP 2008, 177, 183 f.; *Wuttke* WRP 2007, 119, 123; *Scherer* WRP 2006, 401, 403 f., 405 f.; *Beater* FS Tilmann, S. 87; *Dettmar* Unlauterer Wettbewerb durch Rechtsbruch, S. 83, 165 f.; *Köhler/Bornkamm* § 3 Rn. 78; *Gloy/Loschelder/Erdmann/Leistner* § 4 Rn. 31.

1027 *Scherer* WRP 2006, 401, 405; so auch *Köhler/Bornkamm* Einl. Rn. 1.10, der daraus jedoch nicht dieselben Schlüsse zieht.

und für die Nachfragenden Wahlfreiheit bestünde.¹⁰²⁸ Das Interesse der Nachfragenden bestünde daher in der Freiheit zur unbeeinträchtigten Willensbildung und an dem Erhalt den Tatsachen entsprechenden Informationen, die für diese Willensbildung notwendig sind,¹⁰²⁹ sowie in der Freiheit, darüber entscheiden zu können, ob sie überhaupt kommerziell mit der Marktgegensseite kommunizieren wollen.¹⁰³⁰

Sonstige Rechte und Rechtsgüter der Verbraucher_innen, wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Eigentum, Besitz, Gesundheit, Freiheit und Vermögen¹⁰³¹ spielten im UWG daher nur dann eine Rolle, wenn der Schutz dieser Interessen für die Nachfrageentscheidung relevant würde¹⁰³² oder wenn durch eine Verletzung dieser Interessen zugleich die Interessen der Marktteilnehmenden oder des Wettbewerbs betroffen seien,¹⁰³³ wobei das Interesse der Verbraucher_innen im Schutz ihrer Entscheidungsfreiheit bestünde.¹⁰³⁴ Diese Auslegung lasse sich der Zusammenschau von § 1 mit § 3 UWG und den §§ 4–7 UWG¹⁰³⁵ sowie den Vorgaben der UGP-Richtlinie entnehmen.¹⁰³⁶ Das Interesse der Allgemeinheit erschöpfe sich im Schutz der Institution des Wettbewerbs.¹⁰³⁷

1028 Scherer WRP 2006, 401, 405.

1029 Scherer WRP 2006, 401, 405; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Podszun* § 1 Rn. 54 f.

1030 Scherer WRP 2006, 401, 405; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Podszun* § 1 Rn. 54.

1031 Köhler/Bornkamm § 1 Rn. 16.

1032 Scherer WRP 2006, 401, 405.

1033 Köhler/Bornkamm § 1 Rn. 41; Köhler/Bornkamm § 3 Rn. 78; aA Scherer WRP 2007, 594, 597 (Menschenwürde ist konstituierende Grundlage der gesamten Rechtsordnung in der Bundesrepublik Deutschland, ihre Verletzung ist daher zur Begründung einer Unlauterkeit gemäß § 3 Abs. 1 UWG geeignet).

1034 Köhler/Bornkamm § 3 Rn. 78.

1035 Scherer WRP 2006, 401, 404.

1036 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Podszun* § 1 Rn. 68; Piper/*Ohly*/Sosnitza § 4.11 Rn. 11/25.

1037 Köhler/Bornkamm § 1 Rn. 42, 49; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Podszun* § 1 Rn. 63.

III. Wertbezogene Auslegung der lauterkeitsrechtlichen Schutzzwecke

1. Einleitung

Die soeben dargestellte Verkürzung des lauterkeitsrechtlichen Schutzzwecks durch die herrschende Meinung in der Literatur greift zu kurz. Sie verkennt, dass sich das UWG als Teil der Rechtsordnung grundrechtlichen Wertungen nicht entziehen kann. Dies wird auch von Teilen der Literatur gesehen. So wollen sowohl *Renate Kaplan* als auch mittlerweile *Axel Beater* Grundrechte im Rahmen der Drittwirkung als (wettbewerbsfremde) Allgemeininteressen im UWG berücksichtigen.¹⁰³⁸ *Helmut Köhler* erkennt die Grundrechte als Schranken im Rahmen der Auslegung und Anwendung des Begriffs der Unlauterkeit in § 3 Abs. 1 UWG an¹⁰³⁹ und *Frauke Henning-Bodewig* fragt, ob sich nicht auch eine rein funktionale Beurteilung so interpretieren ließe, „dass ein ‚unverfälschter Wettbewerb‘ nicht nur Handlungs- und Entscheidungsfreiheit, sondern auch ein Mindestmaß an Wirtschaftsethik beinhaltet, sodass sich der Gegensatz weitgehend in Luft auflöst.“¹⁰⁴⁰ Den diesbezüglich immer wieder angeführten Gegensatz hatte vorher bereits *Rolf Sack* als konstruiert entlarvt und provokant gefragt, ob nach der derzeitigen Auslegung des UWG ethische Werte, die nicht der wirtschaftlichen Betrachtungsweise entsprechen, noch mit dem UWG vereinbar sind.¹⁰⁴¹ *Karl-Heinz Fezer* als deutlichster Vertreter derartiger Überlegungen sieht die sozialen Grundwerte als marktbezogene Allgemeininteressen, die Bestandteil des Interessenschutzes der Verbraucher_innen und Mitbewerber_innen sind.¹⁰⁴² Im Schutz von allgemeinen Gemeinschaftsgütern und Grundwerten von Personen liegt nach *Fezer* das rechtsethische Fundament des Interessenschutzes der Marktteilnehmenden.¹⁰⁴³

1038 *Beater* WRP 2012, 6, 16; *Kaplan* Das Interesse der Allgemeinheit bei der Konkretisierung der Generalklausel des § 3 UWG, S. 206 f.

1039 *Köhler/Bornkamm* § 3 Rn. 72.

1040 *Henning-Bodewig* WRP 2010, 1094, 1105; ähnlich bereits *Nastelski* GRUR 1969, 322, 324.

1041 *Sack* Diskussionsbeitrag zu Hilty/Henning-Bodewig/Peifer Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire, S. 147.

1042 *Fezer* § 3 Rn. 82.

1043 *Fezer* § 3 Rn. 79.

2. Diskriminierungsschutz als Freiheitsschutz

Die Verwirklichung eines Schutzes vor geschlechtsdiskriminierender Werbung über das UWG ist möglich, wenn dieses wertbezogen auszulegen ist und geschlechtsdiskriminierende Werbung die Institution des lautereren, freien Wettbewerbs iSd UWG in seiner Entfaltung und Funktionsfähigkeit bedroht. Dies rührt am Grundverständnis dessen, was freier, lauterer, also unverfälschter Wettbewerb iSd UWG bedeutet.

Ein im UWG angesiedelter Schutz vor geschlechtsdiskriminierender Werbung ist in erster Linie keine Freiheitsbeschränkung (der Werbenden), sondern vielmehr ein Schutz der Freiheit aller Schutzsubjekte des UWG.

Freiheit ist dort bedroht, wo Machtmonopole dominieren. Diese können staatlich, aber auch Teil der Wirtschaft oder der Gesellschaft sein. In der Verfestigung von Geschlechtsrollenstereotypen durch die Werbung manifestiert sich ein solches Machtmonopol. Dessen Deutungshoheit führt zu Entfaltungsbeeinträchtigungen und damit zu einer Reduktion persönlicher Freiheit, die letztlich, das hat die verfassungsrechtliche Prüfung gezeigt, zu einem Konflikt mit dem Gleichberechtigungsgebot führen.¹⁰⁴⁴ Aufgrund dieses Konflikts ist die Freiheit, in geschlechtsdiskriminierender Art und Weise zu werben, zu beschränken. Grenze freiheitlichen Handelns ist die Beeinträchtigung der Freiheit anderer. Und Teil der Freiheit muss Gleichheit sein, da es ohne Gleichheit keine Freiheit (für alle Beteiligten) geben kann. Nur wenn alle Mitglieder der Gesellschaft sich unter denselben Bedingungen entwickeln können, wenn sie an denselben Anforderungen gemessen und ihnen grundsätzlich dieselben Fähigkeiten und Möglichkeiten zugesprochen und zugetraut werden, können sie sich gleich und frei entwickeln. Freiheit und Gleichheit gehen miteinander einher und sind in gleichem Maße Bedingungen eines freien, auf der grundrechtlichen Wertordnung basierenden Wettbewerbs.¹⁰⁴⁵

Das UWG „dient dem Schutz der Mitbewerber, der Verbraucherinnen und Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer vor unlauteren geschäftlichen Handlungen. Es schützt zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb“, § 1 S. 1 und 2 UWG. Verbraucher_innen und sonstige Marktteilnehmende sind Rezipient_innen ge-

1044 Oben, Teil D. I. 2., S. 127 ff.

1045 Zur Notwendigkeit der Ordnung wettbewerbslicher Freiheit auch Hilty/Henning-Bodewig/*Peifer* Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire, S. 125 ff., insbes. S. 129.

schlechtsdiskriminierender Wirtschaftswerbung. Die Verfestigung stereotyper Geschlechtsrollenbilder wirkt sich aus auf ihre Selbst- und Fremdeinschätzung, auf ihr Bild von sich selbst und anderen aufgrund der Zugehörigkeit zu einem Geschlecht. Die damit einhergehenden Entfaltungsbeeinträchtigungen führen zu einer Reduktion von Freiheit und Gleichheit.¹⁰⁴⁶ Auch im Wettbewerb selbst wird die Entfaltung von Verbraucher_innen beeinträchtigt, wenn ihnen suggeriert wird, sie müssten aufgrund ihres Geschlechts bestimmte Produkte oder Dienstleistungen konsumieren.

Aber auch die Mitbewerber_innen werden durch geschlechtsdiskriminierende Werbung in ihrer Freiheit eingeschränkt, durch ein Verbot dieser Form von Werbung aber geschützt. Der Werbemarkt ist geprägt von dem Kampf um Aufmerksamkeit. Unternehmen, die bewusst auf bestimmte, aufmerksamkeitsheischende Mittel (z.B. „Sex Sells“) verzichten wollen, sind damit dem Risiko des Aufmerksamkeitsverlustes gegenüber anderen werbenden Unternehmen ausgesetzt.¹⁰⁴⁷ Gewerbetreibende haben daher ein eigenes, wirtschaftlich begründetes Anliegen, „nicht zusehen zu müssen, wie andere mit grob anstößigen Methoden den Markterfolg suchen, oder nicht vor die Entscheidung gestellt zu werden, ob sie selbst in gleicher Form Wettbewerb betreiben sollen, um nicht im Wettbewerb zurückzufallen.“¹⁰⁴⁸ Ein Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung führt also dazu, dass Mitbewerber_innen in der Werbung nicht auf Geschlechtsrollenstereotype fokussieren müssen, sondern ihnen der Weg erleichtert wird, auf das gesamte, sehr viel breitere Potenzial zurückzugreifen. Werbung mit Geschlechtsrollenstereotypen bleibt außerdem nicht auf den Einzelfall beschränkt. Es besteht daher zumindest auch die Möglichkeit, dass derartige Werbekampagnen die in der Bevölkerung latent vorhandenen Abneigungen gegen Werbung verstärken, also ein „werbefeindliches Klima“ erzeugen und „damit diesen notwendigen Kommunikationsweg zu Lasten anderer Unternehmer“ verengen könnten.¹⁰⁴⁹

Die Allgemeinheit ist noch darüber hinaus betroffen. Auch der Wettbewerb muss als Teil eines auf Freiheit und Gleichheit basierenden demokratischen Staates das Gleichheitsideal fördern, darf es aber jedenfalls nicht

1046 Oben, Teil B. III., S. 44 ff. und B. IV., S. 58 ff.

1047 Ebenso *Nastelski* GRUR 1969, 322, 324.

1048 BGHZ 149, 247, 262 – H.I.V. POSITIVE II, mit Verweis auf BGHZ 130, 5, 12 – Busengrapscher; BVerfGE 102, 347, 360 – Benetton-Werbung; 32, 311, 316; auf Wettbewerbsgleichheit abstellend auch *Gärtner/Heil* WRP 2005, 20, 25.

1049 Ähnlich *Ahrens* JZ 1995, 1096, 1099.

behindern. Damit einher geht die Pflicht, der Verfestigung künstlicher, überkommener Geschlechtsrollen in der Werbung entgegenzutreten.

Geschlechtsdiskriminierende Werbung führt zu Entfaltungsbehinderungen der Marktbeteiligten im Wettbewerb und einer Betroffenheit der Allgemeinheit. Ein Verbot von Werbung, die Geschlechtsrollenstereotype verfestigt, erhöht hingegen den Freiheitsspielraum für alle Beteiligten.

Ob das UWG wertbezogen auszulegen ist und damit dem Schutz der Freiheit aller Schutzsubjekte dienen kann, ist anhand der richtlinien- und der verfassungskonformen Auslegung, einer Analyse der „Funktion“ der Verbraucher_innen im Wettbewerb sowie Anhaltspunkten innerhalb des UWG bzw. seiner Gesetzesbegründungen und Historie zu untersuchen.

3. Richtlinienkonforme Auslegung anhand der UGP-Richtlinie

Die UGP-Richtlinie steht einer wertbezogenen Auslegung des UWG nicht entgegen.

a) Ziel und Anwendungsbereich

Diskriminierungsschutz liegt außerhalb des Anwendungsbereichs der UGP-Richtlinie. Ziel der UGP-Richtlinie ist einerseits der Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher_innen¹⁰⁵⁰ und andererseits die Gewährleistung einer Wirtschaftsverfassung, die dem Binnenmarkt und dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb verpflichtet ist.¹⁰⁵¹ Hemmnisse für den grenzüberschreitenden Dienstleistungs- und Warenverkehr oder die Niederlassungsfreiheit sollen dadurch beseitigt werden, dass „auf Gemeinschaftsebene einheitliche Regeln, die ein hohes Verbraucherschutzniveau gewährleisten, festgelegt und bestimmte Rechtskonzepte geklärt werden.“¹⁰⁵² Dabei stellen die Erwägungsgründe der Richtlinie klar, dass diese allein auf den Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher_innen zielt.¹⁰⁵³ Das durch die Richtlinie eingeführte einzige ge-

1050 Erwägungsgrund 8 UGP-RL, ABIEG 2005 L 149/22.

1051 *Keßler/Micklitz* VuR 2009, 88, 90.

1052 Erwägungsgrund 5 UGP-RL, ABIEG 2005 L 149/22.

1053 Erwägungsgrund 8 UGP-RL, ABIEG 2005 L 149/22.

meinsame generelle Verbot umfasst unlautere Geschäftspraktiken, die das wirtschaftliche Verhalten der Verbraucher_innen beeinträchtigen.¹⁰⁵⁴

Die UGP-Richtlinie strebt eine Vollharmonisierung im Verhältnis zwischen Unternehmer_innen und Verbraucher_innen, also im „b2c“-Bereich an.¹⁰⁵⁵ Geschlechtsdiskriminierende Werbung betrifft nicht die „wesentliche Beeinflussung des wirtschaftlichen Verhaltens des Verbrauchers“, die in Art. 2 e) UGP-RL definiert wird als „die Anwendung einer Geschäftspraxis, um die Fähigkeit des Verbrauchers, eine informierte Entscheidung zu treffen, spürbar zu beeinträchtigen und damit den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.“

b) Öffnungsklausel als Betonung des beschränkten Anwendungsbereichs der UGP-Richtlinie

Ein Schutz vor geschlechtsdiskriminierender Werbung im deutschen UWG ist daher europarechtswidrig, wenn die Richtlinie den Schutz der Verbraucher_innen vor geschäftlichen Handlungen sowohl innerhalb als auch außerhalb ihres Anwendungsbereichs allein auf wirtschaftliche Interessen beschränkt sieht. Dann könnte das deutsche UWG Verbraucher_innen tatsächlich allein in ihrer Entscheidungsfreiheit schützen.

Dagegen steht jedoch der siebte Erwägungsgrund der UGP-Richtlinie.¹⁰⁵⁶ Dort heißt es: „[Die Richtlinie] bezieht sich nicht auf die gesetzlichen Anforderungen in Fragen der guten Sitten und des Anstands, die in den Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich sind. Geschäftspraktiken wie beispielsweise das Ansprechen von Personen auf der Straße zu Verkaufszwecken können in manchen Mitgliedstaaten aus kulturellen Gründen unerwünscht sein. Die Mitgliedstaaten sollten daher im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht in ihrem Hoheitsgebiet weiterhin Geschäftspraktiken aus Gründen der guten Sitten und des Anstands verbieten können, auch wenn diese Praktiken

1054 Erwägungsgrund 13 UGP-RL, ABIEG 2005 L 149/22.

1055 Fezer WRP 2009, 1163, 1164; Henning-Bodewig FS Schricker, S. 705, 709; dies. GRUR Int 2005, 629, 630; dies./Glöckner WRP 2005, 1311, 1315; Köhler GRUR 2005, 793, 800.

1056 So auch Keirsbilck The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law, S. 265 f.

die Wahlfreiheit des Verbrauchers nicht beeinträchtigen.“¹⁰⁵⁷ Diese sogenannte Öffnungsklausel unterstreicht den Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie und macht deutlich, dass sich die Vollharmonisierung der Richtlinie nur auf ihren Anwendungsbereich, also den Bereich unlauterer Geschäftspraktiken, die die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher_innen beeinträchtigen, bezieht.¹⁰⁵⁸ Darüber hinaus betont sie ausdrücklich, dass die Mitgliedstaaten weiterhin gegen sittenwidrige Geschäftspraktiken vorgehen können, auch wenn diese die Wahlfreiheit der Verbraucher_innen nicht beeinträchtigen.

Demnach wäre ein Schutz vor geschlechtsdiskriminierender Werbung im UWG möglich, wenn diese von der Öffnungsklausel der UGP-Richtlinie erfasst ist. Dies ist aber nur dann möglich, wenn die UGP-Richtlinie nicht auf den nichtharmonisierten Bereich ausstrahlt oder seit Geltung des AEUV anders ausgelegt werden muss.

c) Ausstrahlungswirkung der UGP-Richtlinie auf den nichtharmonisierten Bereich

Teilweise wird gefordert, dass die Prinzipien des europäischen Richtlinienrechts als Auslegungsdirektiven im Sinne einer einheitlichen Auslegung des nationalen Rechts anerkannt werden sollten.¹⁰⁵⁹ Die unionsrechtlichen Prinzipien des Richtlinienrechts bildeten auch bei nicht unionsrechtlich umgesetztem nationalen Recht wesentliche Auslegungskriterien, die bei der Gesamtabwägung zu berücksichtigen seien.¹⁰⁶⁰ Ob die UGP-Richtlinie tatsächlich eine Ausstrahlungswirkung auf das gesamte Lauterkeitsrecht der Mitgliedstaaten haben sollte, ist zweifelhaft.

1057 Erwägungsgrund 7 der UGP-RL, ABIEG 2005 L 149/22.

1058 So auch *Ohly* WRP 2006, 1401, 1411.

1059 *Hommelhoff* FG 50 Jahre BGH Bd. 2, S. 889, 915 f. (quasi-richtlinienkonforme Auslegung); *Fezer* § 3 Rn. 210.

1060 *Mayer/Schürnbrand* JZ 2004, 545, 551; *Jarass/Belijn* JZ 2003, 768; *Fezer* § 3 Rn. 210.

aa) Eingeschränkter Zweck der Richtlinie

Dafür könnte sprechen, dass im Falle eines Verbots geschlechtsdiskriminierender Werbung der Binnenmarkt belastet würde und dies einem der Zwecke der Richtlinie entgegenliefe. Dem ist jedoch zu widersprechen. Zweck der Richtlinie ist laut Art. 1 UGP-RL, „durch Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über unlautere Geschäftspraktiken, die die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher beeinträchtigen, zu einem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts und zum Erreichen eines hohen Verbraucherschutzniveaus beizutragen.“ Bereits daraus geht hervor, dass die Richtlinie nur einen Teil des Lauterkeitsrechts harmonisieren will: die Beeinträchtigung wirtschaftlicher Interessen von Verbraucher_innen durch unlautere Geschäftspraktiken. Darüber hinaus weist die Formulierung „unlautere Geschäftspraktiken, die die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher beeinträchtigen“ darauf hin, dass unlautere Geschäftspraktiken wirtschaftliche Interessen der Verbraucher_innen beeinträchtigen können, aber nicht zwingend müssen, andernfalls hätte es dieser Erwähnung nicht bedurft.

bb) Enger Unlauterkeitsbegriff der Richtlinie

Art. 5 Abs. 2 a) und b) UGP-RL definieren Unlauterkeit iSd Richtlinie: Erste Voraussetzung ist, dass die Geschäftspraxis den Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht widerspricht. Dies ähnelt der Definition von Unlauterkeit im Regierungsentwurf zu § 1 UWG 2004, wo an Art. 10^{bis} Abs. 2 PVÜ angeknüpft wurde und als unlauter alle Handlungen galten, „die den anständigen Gepflogenheiten in Handel, Gewerbe, Handwerk oder selbständiger beruflicher Tätigkeit zuwiderlaufen“.¹⁰⁶¹ Als zweite Voraussetzung fordert die UGP-Richtlinie für die Begründung der Unlauterkeit einer Handlung, dass diese geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten von Verbraucher_innen wesentlich zu beeinflussen. Die Beeinträchtigung wirtschaftlicher Interessen von Verbraucher_innen als Voraussetzung für die Unlauterkeit einer Handlung ist folglich ein spezieller Zusatz der Richtlinie. Dies lässt sich vor allem mit den Kompetenzen der EU erklären: Rechtliche Basis der UGP-Richtlinie war Art. 95 EGV (jetzt Art. 114 AEUV). In

1061 BegrRegE UWG 2004, BT-Drucks 15/1487, S. 16.

Abs. 1 S. 2 der Norm heißt es: „Das Europäische Parlament und der Rat erlassen [...] die Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben.“ Dass die UGP-Richtlinie lediglich Geschäftspraktiken regelt, die die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher_innen beeinträchtigen, ist letztlich eine Folge der beschränkten Kompetenz der verantwortlichen Generaldirektion SAN-CO.¹⁰⁶² Die UGP-Richtlinie bewegt sich mit ihrem marktbezogenen Wettbewerbsverständnis also schlicht innerhalb der Kompetenzen der EU. Auch dies spricht gegen eine Ausstrahlungswirkung der UGP-Richtlinie auf den nichtharmonisierten Bereich.

cc) Beschränktes Verbraucherschutzverständnis der Richtlinie gegenüber sonstigem europäischem Recht

Zu beachten ist zudem, dass der Verbraucherschutzbegriff der UGP-Richtlinie selbst innerhalb des EU-Rechts ungewöhnlich eng ist: Das Grünbuch zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union,¹⁰⁶³ auf dessen Folgedokument¹⁰⁶⁴ sich die UGP-Richtlinie in Erwägungsgrund 5 bezieht,¹⁰⁶⁵ begründete, indem es allein auf die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher_innen abstellt, ein sehr enges Verständnis von Verbraucherschutzrecht. Sowohl das Grünbuch als auch die UGP-Richtlinie bleiben insoweit hinter den Vorgaben des AEUV zurück,¹⁰⁶⁶ in dessen Art. 169 (ex Art. 153 EGV) es heißt: „Zur Förderung der Interessen der Verbraucher und zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus leistet die Union einen Beitrag zum Schutz der Gesundheit, der Sicherheit und der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher sowie zur Förderung ihres Rechtes auf Information, Erziehung und Bildung von Vereinigungen zur Wahrung ihrer Interessen.“ Die UGP-Richtlinie regelt also auch nur einen Teil des unionsrechtlich erfassten Verbraucherschutzes. Da die EU laut Art. 169 AEUV auch wei-

1062 *Henning-Bodewig* GRUR Int 2005, 629, 630.

1063 Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Grünbuch zum Verbraucherschutz in der Europäischen Union, KOM (2001) 531 endg.

1064 Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Grünbuch. Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz, KOM (2006) 744 endg.

1065 UGP-RL, ABIEG 2005 L 149/22.

1066 *Micklitz/Reich* VuR 2007, 121, 129.

tergehende Verbraucherinteressen fördert, kann die UGP-Richtlinie diesbezüglich also keine mitgliedstaatlichen Regelungen verhindern, indem es nur einen Teil des Verbraucherschutzes vollharmonisiert.

Dass der europarechtliche Begriff von Verbraucherschutz weiter ist als jener der UGP-Richtlinie, zeigt sehr deutlich auch die Mitteilung der Kommission zur verbraucherpolitischen Strategie der EU, in der es heißt: „Die EU-Verbraucherpolitik kann viel dazu beitragen, grundlegende europäische Werte wie Fairness, Offenheit, Solidarität und Transparenz zu gewährleisten und weltweit zu propagieren.“¹⁰⁶⁷ Unterstrichen werden diese Ausführungen auch von der Öffnungsklausel in Erwägungsgrund 7 S. 3 bis 5 der UGP-Richtlinie selbst: Danach sind nationale Verbote von Geschäftspraktiken aus Gründen der „guten Sitten und des Anstands“ möglich, auch wenn sie die Wahlfreiheit der Verbraucher_innen nicht beeinträchtigen.¹⁰⁶⁸ Die UGP-Richtlinie geht also selbst davon aus, dass sie nur einen bestimmten Teil des lauterkeitsrechtlichen Verbraucherschutzes regelt, während sie die anderen Bereiche der Regelung durch die Mitgliedstaaten überlässt.

dd) Fazit

Die UGP-Richtlinie auf das gesamte UWG ausstrahlen zu lassen, hieße, sie auf Bereiche auszudehnen, welche sie zwar gesehen, aber bewusst nicht geregelt hat, würde also einem Handeln entgegen der mit ihr verfolgten Intention gleichkommen. Da die Richtlinie selbst ein umfassenderes Unlauterkeitsverständnis hat und nur einen Teilbereich regeln will, ist es aus ihrer Sicht nicht geboten, von einer Ausstrahlungswirkung der Richtlinie auf andere Teile des UWG auszugehen.

1067 Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss. Verbraucherpolitische Strategie der EU (2007-2013). Stärkung der Verbraucher – Verbesserung des Verbraucherwohls – wirksamer Verbraucherschutz, KOM (2007) 99 endg, S. 3.

1068 UGP-RL, ABIEG 2005 L 149/22.

d) Veränderte Auslegung der UGP-Richtlinie seit Geltung des AEUV

Die UGP-Richtlinie könnte nach Veränderung der primärrechtlichen Determinanten sogar weiter auszulegen sein. Der Schutz rein wirtschaftlicher Interessen im Lauterkeitsrecht wurde vor dem Vertrag von Lissabon auch mit dem EG-Vertrag begründet,¹⁰⁶⁹ welcher als Ziel der EU noch „einen Binnenmarkt mit freiem und unverfälschtem Wettbewerb“ anführte. Art. 3 Abs. 1 G) EGV aF und Art. 4 Abs. 1 EGV aF wurde ein ausdrückliches Bekenntnis des europäischen Primärrechts zur Freiheit des Wettbewerbs entnommen. Dies könne nur so verstanden werden, dass das Lauterkeitsrecht rein wettbewerbsfunktional sein solle.¹⁰⁷⁰

aa) Wettbewerbsbezogener Gleichstellungsauftrag im EGV aF

Bereits während der Geltung des EGV aF griff dieses Argument jedoch zu kurz. Es führt zurück zu der Frage, ob es Freiheit ohne Gleichheit geben kann und ob Bedingung eines freien Wettbewerbs nicht auch die Gleichheit und Diskriminierungsfreiheit der Marktteilnehmenden ist. Letzteres stützte sogar die für Funktionalität vorgebrachte Norm selbst: Während Art. 3 Abs. 1 lit. g EGV aF lautete: „Die Tätigkeit der Gemeinschaft im Sinne des Artikels 2 umfaßt nach Maßgabe dieses Vertrags und der darin vorgesehenen Zeitfolge ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt“, hieß es in Abs. 2 der Norm: „Bei allen in diesem Artikel genannten Tätigkeiten wirkt die Gemeinschaft darauf hin, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern.“ Art. 3 EGV aF ist daher jedenfalls kein Argument für strenge wettbewerbsliche Funktionalität des Lauterkeitsrechts. Vielmehr zeigt sich bereits hier sehr deutlich der Auftrag für ein Eintreten gegen Sexismus in sämtlichen Bereichen – also auch im Lauterkeitsrecht. Demnach lässt sich dem damaligen EGV keine strikte wettbewerbsliche Funktionalität entnehmen, vielmehr kann er sogar dahingehend ausgelegt werden, dass zu einem

1069 Vgl. nur *Beater* Unlauterer Wettbewerb, 2002, § 6 Rn. 9, 38, 44 ff., § 13 Rn. 43 ff.

1070 *Beater* aaO; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Schünemann* UWG 2. Auflage (Vorauslage) § 1 Rn. 47, 93 ff. (allerdings anerkennend, dass bei systematischer Interpretation Raum für ein „wohlfahrtsökonomisches Wettbewerbsverständnis“ bliebe).

unverfälschten Wettbewerb im Binnenmarkt auch die Bekämpfung gleichstellungswidriger Leitbilder in der Wirtschaftswerbung gehört.

bb) Weitere Stärkung der sozialen Komponente im AEUV

Der Vertrag von Lissabon brachte, das Wettbewerbsrecht betreffend, einige Änderungen mit sich: Zwar hat die Union nach dem neuen Art. 3 Abs. 1 b) AEUV noch immer die ausschließliche Zuständigkeit im Bereich der Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln. Auf Initiative Frankreichs wurde aber „der unverfälschte Wettbewerb“ aus den Zielbestimmungen gestrichen und in ein neues Protokoll (Nr. 27) verlagert. Auch wenn Protokolle als integrale Bestandteile des Vertrages rechtlich bindend sind: Nach der geltenden Vertragsgrundlage ist der Schutz des Wettbewerbs damit lediglich eine Tätigkeit und kein Ziel der Gemeinschaft.¹⁰⁷¹ Auch aus Art. 169 Abs. 1 AEUV ergibt sich, dass der Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher_innen nur ein Bestandteil auf dem Weg der Förderung der Interessen der Verbraucher_innen und der Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus ist – neben dem Schutz der Gesundheit und der Sicherheit von Verbraucher_innen und der Förderung ihres Rechtes auf Information, Erziehung und Bildung von Vereinigungen zur Wahrung ihrer Interessen.

Während das Ziel eines freien und unverfälschten Wettbewerbs in den Lissabon-Vertrag nicht mehr aufgenommen wurde, erfolgte eine deutliche Stärkung der sozialen Komponente:¹⁰⁷² Art. 8 AEUV enthält die Bestimmung, dass die Union bei all ihren Tätigkeiten darauf hinwirkt, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern. Gemäß Art. 10 AEUV zielt die Union bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen darauf ab, Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts zu bekämpfen. Der AEUV setzt damit die Vorgaben des EUV um: Nach Art. 3 Abs. 1 EUV ist es Ziel der Union, den Frieden, die Werte und das Wohlergehen ihrer Völker zu fördern. Art. 3 Abs. 3 EUV betont, dass sich Europa auf der Grundlage einer in hohem Maße wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft entwickeln soll, die auf sozialen Fortschritt abzielt. Insbesondere bekämpft die EU soziale Ausgren-

1071 Lieb/Maurer/Becker Der Vertrag von Lissabon, S. 69 f.

1072 Frenz NZS 2011, 81, 83 ff.

zung und Diskriminierung und fördert soziale Gerechtigkeit und sozialen Schutz sowie die Gleichstellung von Frauen und Männern, Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EUV. Diese Zielvorgaben des EUV werden im AEUV zu konkreten inhaltlichen Determinanten, die bei der Festlegung und Durchführung der Maßnahmen der Union einzuhalten sind.¹⁰⁷³ Selbst wer also dem Art. 3 Abs. 1 b) AEUV ein strenges Funktionalitätsdogma entnimmt, kommt nicht umhin anzuerkennen, dass Diskriminierungsabbau auch Teil der Funktionalität des Binnenmarkts ist („bei all ihren Tätigkeiten“).

cc) Diskriminierungsverbot in der GRCh

Ein umfassendes Diskriminierungsverbot findet sich schließlich in Art. 21 Abs. 1 GRCh: „Diskriminierungen, insbesondere wegen des Geschlechts [...] sind verboten.“ Nach Art. 23 GRCh ist „[d]ie Gleichheit von Männern und Frauen [...] in allen Bereichen, einschließlich der Beschäftigung, der Arbeit und des Arbeitsentgelts, sicherzustellen.“ In der Rechtssache „Mangold“¹⁰⁷⁴ stellte der EuGH fest, dass die Diskriminierungsverbote (hier bezüglich des Alters) als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts von den nationalen Gerichten zu gewährleisten sind, sobald eine nationale Regelung in den Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt. Es obliege den nationalen Gerichten, die volle Wirksamkeit des allgemeinen Verbots der Diskriminierung wegen des Alters zu gewährleisten, indem sie jede entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet lassen, selbst wenn die Frist für die Umsetzung der betreffenden Richtlinie noch nicht abgelaufen sei.¹⁰⁷⁵ In der „Kücükdeveci“-Entscheidung bestätigte der Gerichtshof die „Mangold“-Entscheidung im Hinblick auf den allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts, der jede Diskriminierung aufgrund des Alters verbiete, und verwies zur Begründung auf Art. 21 Abs. 1 GRCh.¹⁰⁷⁶

1073 Frenz NZS 2011, 81, 84.

1074 EuGH EuZW 2006, 17 – Mangold.

1075 EuGH EuZW 2006, 17, 20 Rn. 74, 78 – Mangold.

1076 EuGH NJW 2010, 427 Rn. 22 – Kücükdeveci.

dd) Fazit

Da die Rechtsquellen der EU nicht mehr den freien und unverfälschten Wettbewerb als Ziel nennen, sondern die soziale Marktwirtschaft hervorheben und die Werte der Gemeinschaft, vor allem Gleichbehandlungsge- und Diskriminierungsverbote, in sämtlichen Primärrechtsquellen betonen, fragt sich, ob nicht auch die UGP-Richtlinie nunmehr diesen Zielen gemäß ausgelegt werden müsse. Jedenfalls das primär-europarechtliche Argument gegen einen umfassenderen Verbraucherschutz der UGP-Richtlinie ist schwächer geworden. Einer weiteren, auf Diskriminierungsschutz bezogenen Auslegung der UGP-Richtlinie steht aber letztlich wohl jedenfalls ihr schon dem Wortlaut nach enger, konkret auf die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher_innen bezogene Anwendungsbereich entgegen. Deutlich aber wird, dass Diskriminierungsschutz auf europäischer Ebene grundsätzlich als Zweck des Lauterkeitsrechts anerkannt wird.

e) Erfassung geschlechtsdiskriminierender Wirtschaftswerbung durch die Öffnungsklausel der UGP-Richtlinie

Abschließend stellt sich die Frage, ob geschlechtsdiskriminierende Werbung von der sogenannten Öffnungsklausel der UGP-Richtlinie erfasst und damit dem Anwendungsbereich der Richtlinie entzogen ist. In der Öffnungsklausel heißt es: „[Die Richtlinie] bezieht sich nicht auf die gesetzlichen Anforderungen in Fragen der guten Sitten und des Anstands, die in den Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich sind.“¹⁰⁷⁷ Beispielhaft genannt wird das gezielte Ansprechen von Passant_innen auf der Straße.¹⁰⁷⁸ Mitgliedstaaten soll das Verbot von Geschäftspraktiken möglich gemacht werden, die in den jeweiligen Ländern aus kulturellen Gründen unerwünscht sind.¹⁰⁷⁹ Damit sollen nach allgemeiner Meinung aber keinesfalls die „guten Sitten“ iSd früheren lauterkeitsrechtlichen Generalklausel Deutschlands (§ 1 UWG 1909) und

1077 Erwägungsgrund 7 S. 3 der UGP-RL, ABIEG 2005 L 149/22.

1078 Erwägungsgrund 7 der UGP-RL, ABIEG 2005 L 149/22; vgl. BGH GRUR 2005, 443 – Ansprechen in der Öffentlichkeit II; BGH GRUR 2004, 699 – Ansprechen in der Öffentlichkeit.

1079 Erwägungsgrund 7 der UGP-RL, ABIEG 2005 L 149/22.

einiger anderer Mitgliedstaaten gemeint sein, da andernfalls der Harmonisierungseffekt der Richtlinie leerliefe.¹⁰⁸⁰

Ob das tatsächlich der Fall wäre, ist fraglich. Schließlich bliebe die Harmonisierung im Bereich der die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher_innen berührenden Unlauterkeit bestehen. Zwar spricht die Rechtssicherheit für eine umfassende Vollharmonisierung im gesamten Lauterkeitsrecht. Die Vollharmonisierung kann sich jedoch nur auf den Anwendungsbereich der Richtlinie erstrecken, also auf unlautere geschäftliche Handlungen, die die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher_innen betreffen, Art. 1 UGP-RL.

Erhellendes zur Auslegung der Öffnungsklausel ergibt sich aber aus dem primären Unionsrecht.¹⁰⁸¹ Zwar könnte auf den ersten Blick gegen eine Erfassung des Diskriminierungsschutzes durch die Öffnungsklausel sprechen, dass Antidiskriminierungsrecht nicht „bloß“ zum Bereich „Sitte und Anstand“, sondern vielmehr zu den gesellschaftlichen Grundwerten gehört. Der Schutz vor Diskriminierung ist keine Frage der unterschiedlichen kulturellen Ansichten und Gewohnheiten der Mitgliedstaaten, sondern ein Grundsatz der Europäischen Union. Allerdings werden „Sitte und Anstand“ in einer Gesellschaft stets auch von deren grundrechtlichen Wertungen bestimmt. Die Grundwerte Diskriminierungsschutz und Gleichbehandlungsgebot sind in mehreren Artikeln der GRCh normiert: So sind gemäß Art. 20 GRCh alle Personen vor dem Gesetz gleich. Diskriminierungen, insbesondere wegen des Geschlechts, sind verboten, Art. 21 Abs. 1 GRCh. Und nach Art. 23 GRCh ist die Gleichheit von Männern und Frauen in allen Bereichen sicherzustellen. Auf diese Grundwerte bezieht sich ausdrücklich auch die UGP-Richtlinie in Erwägungsgrund 25: „Diese Richtlinie achtet die insbesondere in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union anerkannten Grundrechte und Grundsätze.“¹⁰⁸²

Die deutlichste Erläuterung „der guten Sitten und des Anstands“ iSd UGP-Richtlinie ergibt sich aus den Hinweisen der Europäischen Kommission zu deren Anwendung und Umsetzung. Hier wird ausdrücklich klargestellt, dass Erwägungsgrund 7 S. 3-5 nationale Regelungen zu Geschäftspraktiken, insbesondere Marketing und Werbung, erfasst, die den Schutz der Menschenwürde, den Schutz vor sexueller, rassistischer und religiöser Dis-

1080 Vgl. nur *Henning-Bodewig* GRUR Int 2010, 549, 557.

1081 Vgl. dazu *Henning-Bodewig* GRUR Int 2010, 549, 557 und dort Fn. 72.

1082 Erwägungsgrund 25 der UGP-RL, ABIEG 2005 L 149/22.

kriminierung (!) sowie die Darstellung von Nacktheit, Gewalt und unsozialem Verhalten betreffen.¹⁰⁸³

Vorschriften zum Schutz der Menschenwürde und zum Schutz vor Diskriminierung gehören damit ausdrücklich in den von der UGP-Richtlinie für nationale Verbote von Geschäftspraktiken geöffneten Bereich „der guten Sitten und des Anstands“.¹⁰⁸⁴ Damit hindert die UGP-Richtlinie nicht den Diskriminierungsschutz zugunsten von Verbraucher_innen durch das UWG. Vielmehr wird deutlich, dass sowohl das Europäische Parlament und der Europarat als auch die Europäische Kommission Diskriminierungsschutz als lauterkeitsrechtliches Schutzziel anerkennen. Dies wird untermauert durch die Entschlüsse, Empfehlungen und Fahrpläne der Kommission,¹⁰⁸⁵ des Europäischen Parlaments,¹⁰⁸⁶ des Europarates¹⁰⁸⁷ sowie der

1083 Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Leitlinien zur Umsetzung/Anwendung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, SEK (2009) 1666, S. 13, http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/ucp_guidance_de.pdf (abgerufen am 16.12.2013).

1084 So auch *Köhler*/Bornkamm § 4 Rn. 11.6c.

1085 Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Fahrplan für die Gleichstellung von Frauen und Männern 2006-2010, KOM (2006) 0092 endg.

1086 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12. März 2013 zum Abbau von Geschlechterstereotypen in der EU, 2012/2116(INI), abgedruckt in BT-Drucks 17/13340, S. 4; Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. Dezember 2010 zum Einfluss der Werbung auf das Verbraucherverhalten, 2010/2052(INI), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0484+0+DOC+XML+V0//DE> (abgerufen am 16.12.2013); Entschließung des Europäischen Parlaments vom 3. September 2008 zu den Auswirkungen von Marketing und Werbung auf die Gleichstellung von Frauen und Männern, 2008/2038(INI), ABIEU 2009/C 259 E/13, S. 43 f.; Entschließung des Europäischen Parlaments vom 3. September 2008 zur Gleichstellung von Frauen und Männern, 2008/2047(INI), ABIEU 2009/C 295 E/11, S. 35-42; Entschließung des Europäischen Parlaments vom 25. Juli 1997 zur Diskriminierung von Frauen in der Werbung, A4-0258/97, ABIEG 1997/C 304/02, S. 60.

1087 Entschließung des Rats und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 5. Oktober 1995 zur Darstellung der Frau und des Mannes in Werbung und Medien, ABIEG 1995/C 296/06, S. 15.

parlamentarischen Versammlung des Europarates¹⁰⁸⁸ zu den negativen Auswirkungen geschlechtsdiskriminierender Werbung auf die Gleichstellung der Geschlechter.

f) Ergebnis

Der Schutz vor geschlechtsdiskriminierender Werbung fällt nicht in den Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie. Die richtlinienkonforme Auslegung steht einer wertbezogenen Auslegung des UWG also jedenfalls nicht entgegen. Grundsätzlich wird Diskriminierungsschutz auf europäischer Ebene aber sogar als Zweck des Lauterkeitsrechts und insbesondere auch als Interesse der Verbraucher_innen anerkannt.

4. Verfassungskonforme Auslegung

Auch die verfassungskonforme Auslegung spricht dafür, das UWG wertbezogen auszulegen.

a) Die Grundrechte im Privatrecht – Verfassungsprivatrecht

Das BVerfG hat schon früh betont, dass die Grundrechte eine „objektive Wertordnung“ bilden,¹⁰⁸⁹ die „als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten“ muss und damit „selbstverständlich“

1088 Entschließung 1751 (2010) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates zur Bekämpfung sexistischer Klischees in den Medien, <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/ERES1751.htm#1> (abgerufen am 16.12.2013); Empfehlung 1931 (2010) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates zur Bekämpfung sexistischer Klischees in den Medien, <http://www.assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/EREC1931.htm> (abgerufen am 16.12.2013); Entschließung 1557 (2007) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates zum Bild der Frau in der Werbung, abgedruckt in BT-Drucks 16/8170, S. 12 ff.; Entschließung 1555 (2002) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates zum Bild der Frau in den Medien, abgedruckt in BT-Drucks 14/9978, S. 26 f.; Entschließung 1018 (1994) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates zur Gleichberechtigung von Mann und Frau, abgedruckt in BT-Drucks 12/7174, S. 15 f.

1089 BVerfGE 2, 1, 12; 5, 85, 134 ff., 197 ff.; insbes. BVerfGE 6, 32, 40 f.

auch das bürgerliche Recht „beeinflusst“ (sogenannte Ausstrahlungswirkung der Grundrechte ins Privatrecht).¹⁰⁹⁰ Seit dem „Ehevertrag“-Urteil¹⁰⁹¹ von 2001 nimmt auch das BVerfG eindeutig auf die in der Literatur schon länger herrschende Schutzpflichtenlehre¹⁰⁹² Bezug: Der Staat (in Form von Gesetzgebung und Rechtsprechung) habe im Privatrecht die Grundrechte Einzelner zu schützen und vor Verletzungen durch andere zu bewahren.¹⁰⁹³ Er werde vom potenziellen Grundrechtsgegner zum Grundrechtsschützer.¹⁰⁹⁴ In einem Verfassungsstaat kann die Idee der Grundrechte nur verwirklicht werden, weil der Staat zum Garanten der Grundrechte wird – auch zwischen Privaten, deren Grundrechtsgewährleistungen er untereinander abgrenzen muss.¹⁰⁹⁵

Dabei hat das BVerfG in gefestigter Rechtsprechung seit 1998 immer wieder entschieden, dass die Grundrechte ihre Wirkkraft als verfassungsrechtliche Wertentscheidungen durch das Medium der Vorschriften, die das jeweilige Rechtsgebiet unmittelbar beherrschen, entfalten – vor allem durch die zivilrechtlichen Generalklauseln.¹⁰⁹⁶ Es obliege den Gerichten, den Schutz der Grundrechte der Einzelnen durch Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts durch die Beurteilung und Abwägung von Grundrechtspositionen im Verhältnis zueinander zu gewähren und im Einzelfall zu konkretisieren.¹⁰⁹⁷ Die Grundrechte bilden ein Wertsystem, das „selbstverständlich auch das bürgerliche Recht [beeinflusst]; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf im Widerspruch zu ihm stehen, jede muss in seinem Geiste ausgelegt werden.“¹⁰⁹⁸

Zwar ist die Rechtsprechung aufgrund der Gewaltenteilung an die gesetzgeberische Ausgestaltung gebunden, diese darf sie daher weder durch eigene verfassungsrechtliche Überlegungen überspielen noch ist sie in der Lage, den gesetzgeberischen Gestaltungsfreiraum durch selbst gesetztes

1090 StRSpr, statt vieler BVerfGE 81, 242, 254, 256; 7, 198, 205 – Lüth.

1091 BVerfGE 103, 89, 100.

1092 *Canaris AcP* 1984, 201, 225 ff.; *Stern Staatsrecht* Bd. III/1 § 76 III 4 b, IV 5: grundrechtliche Schutzpflicht.

1093 BVerfGE 103, 89.

1094 *Stern Staatsrecht* Bd. III/1 § 69 IV 5 a β, γ.

1095 *Stern Staatsrecht* Bd. III/1 § 69 IV 5 a β, mwN; zum Aufbau des Spannungsverhältnisses zwischen privatautonomer Gestaltung im Privatrecht und verfassungsrechtlicher Überformung des Privatrechts vgl. *Ruffert JZ* 2009, 389, 390.

1096 BVerfGE 103, 89, 100; 42, 143, 148; 7, 198, 205 f. – Lüth.

1097 BVerfGE 103, 89, 100.

1098 BVerfGE 73, 261, 269; 7, 198, 205.

Richterrecht auszuhöhlen.¹⁰⁹⁹ Die strikte Gesetzesbindung tritt jedoch dort zurück, wo offene Regelungen und Regelungslücken bestehen¹¹⁰⁰ und so der Zivilrechtsprechung Gestaltungsspielräume eröffnen und die Verfassungsbindung wiederaufleben kann.¹¹⁰¹ Dies ist einerseits der Fall bei der bewussten Weitergabe des Gestaltungsspielraums durch die Zivilgesetzgebung, also insbesondere bei den zivilrechtlichen Generalklauseln,¹¹⁰² die als „offene Normen“ ein „Stück offengelassener Gesetzgebung“ darstellen, und zum anderen bei der Übernahme verfassungsrechtlicher Vorgaben durch die Gesetzgebung (verhältnismäßig, angemessen, zumutbar).¹¹⁰³

b) Verfassungsrechtliche Auslegungsmöglichkeit des UWG

aa) Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe im UWG

Zivilgerichte, die in wettbewerbsrechtlichen Verfahren zu entscheiden haben, sind als staatliche Gewalt ihrerseits an die Grundrechte gebunden, Art. 1 Abs. 3 GG.¹¹⁰⁴ Dies gilt insbesondere für die Ausfüllung von unbestimmten Rechtsbegriffen oder Generalklauseln, durch welche die Gesetzgebung im Lauterkeitsrecht Wertungsspielräume eröffnet.¹¹⁰⁵ Das UWG enthält mit § 3 UWG eine Generalklausel, womit die Gesetzgebung also einen Teil des Gesetzes bewusst offengelassen hat.¹¹⁰⁶ Zusätzlich besteht diese, wie auch das UWG insgesamt, zum Teil aus unbestimmten, wertausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffen, welche klassischerweise in ihrer Auslegung durch die Grundrechte beeinflusst werden (z.B. „Lauterkeit“).¹¹⁰⁷ § 3 Abs. 1 UWG könnte also als Generalklausel als „Einfallstor“ für die

1099 Ruffert JZ 2009, 389, 391; Röthel JuS 2001, 424, 426; Stern Staatsrecht Bd. III/1 § 73 IV 4 c δ, § 75 III 2.

1100 Röthel JuS 2001, 424, 426.

1101 Röthel JuS 2001, 424, 426; Ipsen Richterrecht und Verfassung, S. 63 ff., 213 ff.

1102 BeckOK GG/Hillgruber Art. 1 Rn. 72, 72.1, mwN.

1103 Röthel JuS 2001, 424, 427, mit Verweis auf Esser Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, S. 220 ff., und Hedemann Die Flucht in die Generalklausel, S. 58 zu § 626 BGB.

1104 BeckOK GG/Hillgruber Art. 1, Rn. 72, 72.1, mwN.

1105 So auch Sevecke AfP 1994, 196, 198.

1106 So ausdrücklich auch BegrRegE UWG 2004, BT-Drucks 15/1487, S. 13.

1107 Götting/Nordemann Einl Rn. 47 ff.; Götting/Nordemann/Wirtz § 3 Rn. 97 ff.; Beater Rn. 771.

Wertentscheidungen der Grundrechte fungieren.¹¹⁰⁸ Dann bestünde eine Möglichkeit, den verfassungsrechtlich gebotenen Schutz vor geschlechtsdiskriminierender Werbung über das UWG durchzusetzen.

bb) Begrenzung der verfassungsrechtlichen Auslegung des UWG

Teile der Literatur argumentieren dagegen und betonen, dass die Förderung der Grundrechte von Verbraucher_innen im Rahmen des UWG verfehlt sei. Die Drittwirkung der Grundrechte im Wirtschaftsrecht wirke sich nur in ihrer schrankensetzenden Funktion zugunsten der Wettbewerber_innen aus – in Form der allgemeinen wirtschaftlichen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1, der Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 und der Meinungsäußerungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG.¹¹⁰⁹ In eine ähnliche Richtung geht eine andere Ansicht, wonach das Allgemeininteresse am Schutz der grundgesetzlichen Wertordnung lauterkeitsrechtlich erschöpfend im Interesse aller an einem funktionierenden freiheitlichen, lauterer, unverfälschten Wettbewerb geschützt ist; die grundgesetzliche Wertordnung entfalte sich daher als (ökonomische) Freiheitsordnung.¹¹¹⁰ Außerwettbewerbliche Interessen könnten außerhalb des Wettbewerbsrechts spezifischer und damit besser geschützt werden.¹¹¹¹

Jenen Ansichten ist entgegenzuhalten, dass das UWG sowohl Wettbewerber_innen als auch Verbraucher_innen schützt. Nicht überzeugend ist es daher, die Grundrechte nur eines Teils der Schutzsubjekte in die Auslegung miteinzubeziehen. Insbesondere schützt das UWG nicht „den Wettbewerb“, sondern ausweislich der Schutzzweckklausel die Marktteilnehmenden und die Allgemeinheit. Geregelt wird also nicht allein die ökonomische Freiheit, sondern gerade auch der Schutz der teilnehmenden Personenkreise vor bestimmten geschäftlichen Handlungen. Schließlich bleibt kritisch zu hinter-

1108 Götting/Nordemann Einl. Rn. 48; Beater Rn. 771.

1109 Gloy/Loschelder/Erdmann/Lubberger § 14, § 44 Rn. 6, Fn. 10; ähnlich Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Schünemann UWG 2. Auflage (Vorauslage) § 1 Rn. 91; zu § 1 UWG 1909 Sevecke AfP 1994, 196, 199 („jedenfalls“).

1110 Säcker WRP 2004, 1199, 1203; Schünemann FS Stober, S. 147 ff., mwN; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Schünemann UWG 2. Auflage (Vorauslage) § 3 Rn. 315; Gloy/Loschelder/Erdmann/Leistner § 5 Rn. 5 ff.

1111 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Schünemann UWG 2. Auflage (Vorauslage) § 3 Rn. 316.

fragen, ob der Wettbewerb iSd UWG tatsächlich „funktioniert“, auch wenn er Grundwerte der Gesellschaft verletzt.¹¹¹²

Andere verweisen darauf, dass grundsätzlich Medienrecht und Strafrecht einen adäquaten Schutz der Menschenwürde und sonstiger Grundrechte böten.¹¹¹³ Einen Menschenwürdeschutz und den Schutz sonstiger Grundwerte (im Rahmen des Allgemeininteresses) im Wettbewerbsrecht aufzunehmen, wäre nur möglich, wenn sich „Aussagen, die nach den allgemeinen Gesetzen gerade noch tolerierbar sind, durch ihre Verwendung im Wettbewerb zu kommerziellen Zwecken in ihrem Charakter derart wandeln, dass es gerade aufgrund der kommerziellen Verwendung zu einem Menschenwürdeverstoß kommt“.¹¹¹⁴ Mit eben dieser Argumentation war der BGH in seiner zweiten „Benetton“-Entscheidung¹¹¹⁵ jedoch auf Widerspruch vom BVerfG gestoßen: „Wird [die absolute Grenze der Menschenwürde] beachtet, kann nicht allein der Werbekontext dazu führen, dass eine ansonsten zulässige Meinungsäußerung die Menschenwürde verletzt.“¹¹¹⁶ Aber auch darüber hinaus ist diese Argumentation zweifelhaft: Der RStV bezieht sich ausschließlich auf audiovisuelle Medien und das StGB erfasst lediglich besonders krasse Fälle von Grundrechtsverletzungen durch Kommunikation. Von einem „adäquaten Schutz“ kann also keine Rede sein.

Des Weiteren wird gefordert, dass die mitgliedstaatlichen Gesetzgebungen vor einer möglichen Regulierung die Voraussetzungen der Öffnungsklausel der UGP-Richtlinie aber auch tatsächlich schaffen müssten – indem sie einen Beispielsfall aufnehmen, der Grundwerte verletzende Werbung regelt.¹¹¹⁷ Dagegen sprechen jedoch schon der Wortlaut des § 4 („insbesondere“) sowie der Zweck der Generalklausel.¹¹¹⁸

Schwer verständlich sind schließlich Argumentationen, nach denen den Marktteilnehmenden ein weiter eigener Spielraum für Reaktionen auf geschmacklose Werbung verbleiben müsse und nach denen ein Schutz auch

1112 Ähnlich *Henning-Bodewig* WRP 2010, 1094, 1105; *Nastelski* GRUR 1969, 322, 324.

1113 Gloy/Loschelder/Erdmann/*Leistner/Facius* § 14 Rn. 96; Piper/*Ohly/Sosnitza* Einf D Rn. 19.

1114 Gloy/Loschelder/Erdmann/*Leistner/Facius* § 14 Rn. 96.

1115 BVerfGE 107, 275 – Benetton-Werbung II.

1116 Ebenda.

1117 Harte-Bavendamm/*Henning-Bodewig/Stuckel* § 4 Nr. 1 Rn. 154.

1118 *Ahrens* FS Schricker, S. 619, 627 Fn. 44, dabei aber eingestehend, dass der Begründungsaufwand für die Bildung unbestimmter richterrechtlicher Marktverhaltensnormen größer geworden ist; ebenso *Ohly* GRUR 2004, 889, 897.

deshalb nicht notwendig sein soll, weil menschenverachtende Werbung grundsätzlich nicht erfolgreich sei.¹¹¹⁹ Zum einen ist bedenklich, dass hier nicht klar zwischen grundrechtsverletzender, insbesondere menschenverachtender Werbung, und geschmackloser Werbung unterschieden wird. Zum anderen soll ein Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung nicht Handlungsmöglichkeiten der Marktteilnehmenden beschneiden, sondern sie insgesamt gerade erweitern.¹¹²⁰ Auch die Möglichkeit eines persönlichen Vorgehens gegen eine solche Werbung wird durch zusätzliche Werberegulierung nicht beschnitten. Völlig unerheblich ist schließlich, ob menschenverachtende Werbung (wirtschaftlich) erfolgreich ist oder nicht. Dieses Argument zielt letztlich auf die Voraussetzung der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Verbraucher_innen ab, auf die es aber – wie auch im Rahmen von belästigender Werbung – im UWG nicht immer ankommt.

cc) Einschränkungslöse verfassungsrechtliche Auslegung des UWG

Die Argumente für eine Begrenzung der verfassungsrechtlichen Auslegungsfähigkeit des UWG verfangen also nicht. Schon 1970 führte *Gerhard Schricker* aus: „Die moderne Interessenjurisprudenz gebietet, die Belange aller Beteiligten abzuwägen und die Entscheidung nach den Wertfaktoren zu treffen, die sich aus der Verfassung und dem ganzen Rechtssystem ergeben.“¹¹²¹ Vor allem im Rahmen der Allgemeininteressen gehe es gerade nicht um die Belange von Einzelpersonen oder begrenzten Gruppen, „sondern um Wertungsgesichtspunkte, Wertfaktoren, die sich aus Fundamentalnormen, besonders der Verfassung ergeben, und aus dem Zweck staatlicher Organisation, ein friedliches und geordnetes Zusammenleben zu sichern.“¹¹²² Noch deutlicher führte *Karl Nastelski* aus: „Der Wettbewerb ist die Grundlage unseres gesamten Wirtschaftssystems. Das hat zur Folge, daß jeder einzelne auf Schritt und Tritt, selbst in seiner privaten Sphäre, von seinen Auswirkungen betroffen wird. Damit ist aber die Forderung gerechtfertigt, den Wettbewerb so einzurichten, daß er auch für die Allgemeinheit tragbar ist. Ich möchte zudem meinen, daß unter den gegebenen Umständen auch die Frage, ob ein Wettbewerb funktionsgerecht ist, sich nur unter Be-

1119 Piper/*Ohly*/Sosnitza Einf D Rn. 19.

1120 Vgl. oben, F. III. 2., S. 232 ff.

1121 *Schricker* GRUR Int 1970, 32, 41.

1122 *Schricker* GRUR Int 1970, 32, 39.

rücksichtigung seiner gesamten Auswirkungen, also auch unter Heranziehung des Allgemeininteresses, entscheiden läßt.“¹¹²³ Und selbst der von den Anhänger_innen der sogenannten funktionsorientierten Auffassung häufig zitierte *Norbert Geis* („Das UWG hat den Wettbewerb zu schützen. Andere Gesetze haben andere Schutzzwecke.“¹¹²⁴) betonte im Zusammenhang mit der zitierten Aussage, dass es Aufgabe des UWG sei, den Wettbewerb als Ordnungsprinzip der freien Marktwirtschaft zu erhalten. Dazu gehöre auch der Schutz der Wertordnung des Grundgesetzes. Der Schutz der Allgemeinheit durch das UWG sei der Grund dafür, dass eine menschenverachtende oder geschlechtsdiskriminierende (!) Werbung unterbliebe. Seiner Ansicht nach gehört gerade dieser Schutz zum Wettbewerb (anders als etwa der Umweltschutz).¹¹²⁵

Jedenfalls zur alten Generalklausel, § 1 UWG 1909, nahm auch *Hans-Jürgen Ahrens* an, dass es auch im Rahmen der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel Sachverhalte gebe, bei denen – eventuell sogar allein – auf den ethischen Bezug der guten Sitten zurückgegriffen werden müsse.¹¹²⁶ Alles andere sei eine krampfhaft Reduzierung der Generalklausel, womit die ausweichende Suche nach Anspruchsgrundlagen im allgemeinen Deliktsrecht vorprogrammiert wäre.¹¹²⁷ In die lauterkeitsrechtliche Güterabwägung müsse einfließen, ob dem Handeln der Werbenden grundrechtlich geschützte Positionen gegenüber stünden.¹¹²⁸ Auch andere halten im Wege der mittelbaren Drittwirkung die im Grundrechtskatalog getroffenen Wertentscheidungen für die wettbewerbsrechtliche Rechtsanwendung für beachtlich.¹¹²⁹ *Axel Beater* und *Frauke Henning-Bodewig* nennen diesbezüglich unter anderem die Menschenwürde und auch das Diskriminierungsver-

1123 *Nastelski* GRUR 1969, 322, 324.

1124 *Geis* FS Tilmann, S. 121, 128.

1125 Ebenda.

1126 *Ahrens* JZ 1995, 1096, 1099.

1127 Ebenda.

1128 *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Ahrens* UWG 2. Auflage (Vorauslage) Einl F Rn. 99.

1129 *Henning-Bodewig* WRP 2010, 1094, 1101, 1105 (jedenfalls andeutend); *Beater* Rn. 771; zu § 1 UWG 1909: *Henning-Bodewig* WRP 1992, 533, 538; *Sack* WRP 1974, 247, 250.

bot.¹¹³⁰ *Ahrens* zählte zur Generalklausel des UWG 2004 auch Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 sowie Art. 3 GG auf¹¹³¹ und auch *Olaf Sosnitza* hält einen Einfluss von Antidiskriminierungsrecht jedenfalls durch die europäische Rechtsentwicklung für möglich.¹¹³² *Karl-Heinz Fezer* schließlich sieht im Verfassungsrecht des Grundgesetzes auch die Grundlage der marktwirtschaftlichen Wettbewerbstheorie.¹¹³³ In Fällen wie z.B. diskriminieren-der Werbung stelle die kommerzielle Kommunikation den Lauterkeitsbezug zu den sozialen Grundwerten her, womit diese als marktbezogene Allgemeininteressen zu berücksichtigen seien.¹¹³⁴ Die sozialen Grundwerte der Gesellschaft gehörten daher stets auch zur Rechtsverbindlichkeit der sozialen Marktverantwortung.¹¹³⁵ Den Schutz vor diskriminierender Werbung sieht er daher als Interessenschutz der Marktteilnehmenden und damit ausdrücklich auch als Schutzgegenstand des Lauterkeitsrechts.¹¹³⁶ Betonend, dass dieses Ergebnis auch über die Theorie der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte erreichbar sei, geht *Fezer* dabei von einer pluralistischen Privatrechtstheorie aus, welche die Funktionsbedingungen eines verfassungsgestalteten Privatrechts konstituieren soll:¹¹³⁷ „Die sozialen Grundwerte einer Gesellschaft konkretisieren die Immanenzschränken der individuellen Freiheitsrechte und konkretisieren die ethische Verantwortung der Teilhabe der Bürger innerhalb einer Gesellschaft bei der Ausübung der individuellen Freiheitsrechte.“¹¹³⁸

1130 *Beater* Rn. 771 diskutiert auch Art. 3 Abs. 3 GG, hält geschlechtsdiskriminierende Werbung aber lediglich für eine Frage des guten Geschmacks, die sich mit juristischen Kategorien nicht fassen lasse und dem Markt selbst überlassen bleiben sollte (Rn. 792, 2361).

1131 *Ahrens* JZ 2004, 763, 766.

1132 *MünchKommUWG/Sosnitza* § 3 Rn. 70, dabei allerdings zur Vorsicht mahnend und auf „eine ernsthafte Bedrohung des fundamentalen Prinzips der Vertragsfreiheit“ hinweisend.

1133 *Fezer* JZ 1985, 762 ff.; *ders.* Einl E Rn. 279; als philosophischer Ausgangspunkt dafür dient ihm die pluralistische Theorie der offenen Gesellschaft, dazu *Fezer* Teilhabe und Verantwortung, S. 368 ff.

1134 *Fezer* § 1 Rn. 82.

1135 *Fezer* JZ 1990, 657 ff.; *Fezer* Einl E Rn. 294.

1136 *Fezer* § 3 Rn. 216 f.

1137 *Fezer* JZ 1998, 265, 267.

1138 *Fezer* Einl E Rn. 294.

Soziale Marktwirtschaft beinhaltet die Berücksichtigung der gesellschaftlichen Grundwerte auch im Marktgeschehen.¹¹³⁹ Dies impliziert die Pflicht, Konsument_innen nicht auf eine Funktion im Marktgeschehen zu reduzieren, sondern sie stets als Menschen mit allen ihren in der Verfassung garantierten Rechten zu betrachten und zu behandeln. Eben dies ist Element der Menschenwürde. Die Grundwerte der Gesellschaft spielen daher auch im Wettbewerb eine Rolle und können diesem Grenzen setzen. Auch die Gesetzesbegründung zum UWG betont, dass „der hohe Rang der menschlichen Würde, die durch Art. 1 des Grundgesetzes geschützt ist, ihre Achtung und Wahrung auch im Wettbewerbsrecht erfordert.“¹¹⁴⁰ In der Begründung heißt es außerdem, dass Übertreibungen der Werbung mit anzüglich-obszönen Themen im Einzelfall den Tatbestand der Unlauterkeit erfüllen könnten, eine generalisierende Betrachtung sich jedoch verböte. Vielmehr erfordere die Feststellung der Unlauterkeit eine konkrete Würdigung des Einzelfalls unter Beachtung insbesondere des Grundrechts der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG und der neuen Rechtsprechung des BVerfG hierzu.¹¹⁴¹ Dieses hat zumindest bei menschenwürdeverletzender Werbung festgestellt, dass die Menschenwürde auch der Meinungsfreiheit im Lauterkeitsrecht eine absolute Grenze setzt:¹¹⁴² Art. 1 Abs. 1 GG verpflichte die staatliche Gewalt, alle Menschen gegen Angriffe auf die Menschenwürde zu schützen;¹¹⁴³ dies gelte auch dann, wenn die Werbeanzeigen selbst Grundrechtsschutz genießen.¹¹⁴⁴

Im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung ausschließlich Verletzungen der Menschenwürde Gewicht beizumessen, würde jedoch vernachlässigen, dass das Grundgesetz ein Ganzes und die Menschenwürde nicht als Einzelnorm von allen anderen isolierbar ist, sondern vielmehr auch durch die anderen Grundrechte verwirklicht wird. In dem gezielten Herausgreifen der Menschenwürde und ihrer Erhebung über Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, wird

1139 Hecker zfwu 12/2 (2011), 269, 271: „Charakteristisch für die Konzeption der [...] Sozialen Marktwirtschaft ist die Einbettung von Marktprozessen in eine durch rechtliche und moralische Normen gestaltete Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung“; ebenso Fezer § 1 Rn. 72.

1140 Beschlussempfehlung/Bericht des Rechtsausschusses zu BegrRegE UWG 2004, BT-Drucks 15/2795, S. 21.

1141 Ebenda.

1142 BVerfGE 107, 275, 281 – Benetton-Werbung II; 102, 347, 366 f. – Benetton-Werbung.

1143 BVerfGE 107, 275, 284; 102, 347, 367; erstmals 1, 97, 104.

1144 BVerfGE 102, 347, 367.

der Schutzbereich der nichteinbezogenen Grundrechte verkannt (Art. 3 Abs. 2 und Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG). Damit wird bereits in der Schutzbereichseröffnung eine Abwägung vorgenommen, die davon ausgeht, dass Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG gegenüber den nicht einbezogenen Grundrechten überwiegt. Eine verfassungskonforme Auslegung des UWG ist jedoch nur möglich, wenn sämtliche Grundrechte hinsichtlich der Eröffnung ihres Schutzbereiches untersucht und vollständig in die Abwägung einbezogen werden (hier insbesondere Art. 5 Abs. 1 S. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG einerseits sowie Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 2 und Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG andererseits).

Die unbestimmten Rechtsbegriffe, insbesondere der Begriff der „Lauterkeit“, sowie die Generalklausel, § 3 Abs. 1 UWG, fungieren also als Einfallstore für die Gesamtheit der Wertentscheidungen der Grundrechte. Das UWG darf sich „der Strahlkraft der Verfassungsnormen und anderer leitender Wertgesichtspunkte der Rechtsordnung nicht entziehen.“¹¹⁴⁵

c) Übertragung der verfassungsrechtlichen Wertungen

Die in Teil D. vorgenommene verfassungsrechtliche Prüfung¹¹⁴⁶ hat gezeigt, dass geschlechtsdiskriminierende Werbung objektive Verfassungswerte aus Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 2 und Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG beeinträchtigt, aber auch die Werbenden grundrechtlichen Schutz aus Art. 12 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 und 2, Abs. 3 GG genießen. Nicht völlig ausgeschlossen werden kann, dass in Ausnahmefällen die Kunstfreiheit einschlägig ist. In einem solchen Fall würde selbige in der Abwägung überwiegen. Ansonsten überwiegen, unabhängig von der nicht abwägbaren – im Fall geschlechtsdiskriminierender Werbung aber auch selten einschlägigen – Menschenwürde, die Schutzpflichten aus Art. 3 Abs. 2 und Art. 2 Abs. 1 iVm 1 Abs. 1 GG, solange ein gesellschaftliches Ungleichgewicht hinsichtlich der Geschlechtergleichstellung besteht. Diese Wertungen werden durch die Generalklausel in das UWG getragen.

1145 *Schricker* GRUR Int 1970, 32, 40; so auch *Nastelski* GRUR 1969, 322, 324; kritisch *Gärtner* BB 1970, 1361 ff.

1146 Oben, Teil D., S. 83 ff.

5. Unzulässige Reduktion der Verbraucher_innen auf die Funktion des „Schiedsrichters“

Die Ergebnisse der richtlinien- und verfassungskonformen Auslegung für eine wertbezogene Auslegung des UWG werden auch durch die Lebenswirklichkeit gestützt: Die Reduktion der Verbraucher_innen auf eine Schiedsrichterfunktion und die damit einhergehende Beschränkung ihrer vorvertraglichen Interessen auf die beeinträchtigungslose Entscheidungsfreiheit ist fragwürdig, wenn das gleichberechtigte Nebeneinander von Unternehmen und Verbraucher_innen nur ein Ideal ist, Verbraucher_innen aber tatsächlich gar keine neutralen Schiedsrichter_innen sind, die sich nach umfangreicher Information für das beste Produkt entscheiden. So ist zweifelhaft, ob Verbraucher_innen die sogenannte Schiedsrichterrolle überhaupt stets annehmen oder sich nicht häufig, etwa aufgrund finanzieller Zwänge, für die kostengünstigste Variante entscheiden. Darüber hinaus ist fraglich, ob Verbraucher_innen eine solche Rolle überhaupt annehmen können, selbst wenn sie wollen: Schon die für eine neutrale Entscheidung nötige Information mag vielfach, insbesondere hinsichtlich der Produktqualität, kaum verfügbar sein. Vor allem aber zielen Werbung und sonstige Verkaufstechniken nicht immer nur darauf, Verbraucher_innen positiv zu unterrichten, sondern auch darauf, sie einseitig zu beeinflussen.¹¹⁴⁷ So sind etwa die Planung von Selbstbedienungsläden und die Schulung des Verkaufspersonals darauf ausgerichtet, dass Käufer_innen mehr und anders konsumieren, als sie es sich vorgenommen hatten.¹¹⁴⁸ Auch spielt das durch die Werbung gebildete Image eines Produktes sowie insgesamt dessen Bekanntheitsgrad aus der Werbung eine große Rolle im Rahmen der Konsumententscheidung: Ein Produkt verkauft sich umso erfolgreicher, je mehr und besser es beworben wird; Meinungen, Triebe, Ängste, Wünsche und Sehnsüchte werden verkaufsfördernd ausgenutzt und sind häufig die beste Beeinflussung zum Produkterwerb.¹¹⁴⁹ Hinzu kommt, dass Werbung nicht nur bestehende Bedürfnisse ausnutzt, sondern auch neue Begehrlichkeiten weckt und konstruiert und

1147 Seyffert Allgemeine Werbelehre, S. 62 f.; ders. Werbelehre, S. 3 ff.; Kroeber-Riel/Weinberg/Gröppel-Klein Konsumentenverhalten, S. 628 ff.; Heygster/Maseberg Werbung im Fernsehen, S. 7, mit Verweis auf Koszyk/Pruys dtv-Wörterbuch zur Publizistik; Korosides Fernsehwerbung in Deutschland, S. 33 ff., 38; ebenso BVerwGE 2, 172, 178 f.; Simitis Verbraucherschutz, S. 101.

1148 Simitis Verbraucherschutz, S. 101.

1149 Darauf hinweisend auch Kocher KJ 2003, 293, 303.

sich damit selbst die Welt schafft, die sie braucht, um Produkte abzusetzen.¹¹⁵⁰ Die Herstellenden von Produkten „züchten Verhaltensweisen, strukturieren Wahrnehmung, Empfindung und Bewertung und modellieren Sprache, Kleidung, Selbstverständnis“,¹¹⁵¹ um Fertigerzeugnisse in absetzbare Waren umzuwandeln.¹¹⁵² Dabei führt eine Monate und Jahre dauernde Werbearbeit zu einer schleichenden Bedürfnisweckung und Bedarfsprogrammierung: Den Absatz fördernde Stimmungen werden geweckt und wachgehalten, Konsumhemmungen abgebaut und bestehende Bedürfnisse und Verhaltensweisen umfunktioniert. Am Ende steht eine Konsumaktivität der Verbraucher_innen, die diese nicht als Folge der Werbekampagnen, sondern ihrer eigenen persönlichen Überzeugungen sehen.¹¹⁵³ Werbung beeinflusst als kommerzielle Kommunikation also das Marktverhalten von Verbraucher_innen. Der Fokus auf die sogenannte Schiedsrichterrolle am Markt verkennt die tatsächliche Situation der Konsument_innen vor und bei ihrer Konsumententscheidung.

Wer die Verbraucher_innen nur als Schiedsrichter_innen am Markt und ihr einziges Interesse im Schutz der Entscheidungsfreiheit sieht, der verfällt letztlich wieder in die ursprüngliche Funktionsbestimmung des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb:¹¹⁵⁴ Schließlich geht es dann doch wieder nur um die Interessen der Wettbewerber_innen – an einem unbeeinflussten „Schiedsrichter“ und der Chance, dass sich die Besseren durchsetzen mögen und nicht das Unternehmen, welches täuscht und irreführt.¹¹⁵⁵ Das zeigt auch *Hans-Jürgen Ahrens*, für den Werbung „mit hohen Emotionen und Sexismus“ allein deshalb sittenwidrig iSd UWG sein kann, weil diese Werbung die in der Bevölkerung latent vorhandene Abneigungen gegen Werbung verstärkt, damit ein „werbefeindliches Klima“ erzeugt und schließlich den notwendigen Kommunikationsweg „Werbung“ zu Lasten anderer Unternehmer verengt.“¹¹⁵⁶ Seit der Schutznormklausel und der entsprechenden Gesetzesbegründung ist aber anerkannt, dass die Verbraucher_innen „glei-

1150 Vgl. dazu auch *Simitis* Verbraucherschutz, S. 103 f.

1151 *Haug* Kritik der Warenästhetik, S. 125; ähnlich *Luhmann* Die Realität der Massenmedien, S. 63, 66.

1152 *Simitis* Verbraucherschutz, S. 104.

1153 Ebenda.

1154 Dieses als einer von wenigen erkennend, aber auch positiv bejahend: *Schricker* Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, S. 245.

1155 So auch *Fezer* Teilhabe und Verantwortung, S. 547.

1156 *Ahrens* JZ 1995, 1096, 1099.

chermaßen und gleichrangig“ geschützt werden.¹¹⁵⁷ Die Sicherung der Verbraucherinteressen ist eine eigenständige Säule des UWG; daher muss es auch Fälle erfassen können, die allein Verbraucher- und keine sonstigen wettbewerblichen Interessen berühren.¹¹⁵⁸

Werbung ist also mehr als der Wettbewerb zwischen mehreren Unternehmen, den die Verbraucher_innen letztlich entscheiden. Von den Verbraucher_innen als neutralen „Schiedsrichtern“ zu reden, wird ihrer tatsächlichen Situation nicht gerecht und ist ein unzulässiger Zirkelschluss. Dies zu erkennen, bedeutet auch, den Schutz der Verbraucher_innen auszudehnen. Denn Verbraucher_innen sind durch wirtschaftliche Werbung nicht nur in ihrer unmittelbaren Entscheidungsfreiheit bedroht. Wenn das UWG Marktverhalten im Interesse der Verbraucher_innen regeln will, dann muss es den Schutz der Verbraucher_innen im Rahmen ihrer Ansprache durch die Wirtschaft gewährleisten.¹¹⁵⁹ Grundsätzlich geht es also um „den Umgang“ der Unternehmen mit Verbraucher_innen im Rahmen von geschäftlichem Verhalten. Das Mindestmaß dieses Umgangs und damit Teil des Verbraucherschutzes ist die Einhaltung von Grundwerten.

6. Anhaltspunkte im UWG

a) Historie und Gesetzesbegründung

aa) Wertbezogene Auslegung des UWG 1909

Eine wertbezogene Auslegung des UWG ist nichts grundsätzlich Neues, sondern war bis 2004 üblich: Der Begriff der Sittenwidrigkeit iSd § 1 UWG 1909 wurde von Literatur und Rechtsprechung relativ weit und vor allem auch ethisch-moralisch fundiert ausgelegt.¹¹⁶⁰ Gegen das UWG verstieß,

1157 BegrRegE UWG 2004, BT-Drucks 15/1487, S. 15.

1158 *Beater* Rn. 806.

1159 Ebenso (zu § 1 UWG 1909) *Henning-Bodewig* GRUR 1997, 180, 187 f.; ähnlich (ebenfalls zu § 1 UWG 1909) *dies.* WRP 1992, 533, 538: „Interessen der Verbraucher [...], nicht durch die Werbung mit Motiven, die mit dem beworbenen Produkt in keinerlei Beziehung stehen und die die Mehrzahl der Verbraucher dem absoluten Intimbereich (Geburt, Tod) zurechnet oder die durch ihr Elend schockiert oder belästigt, behelligt zu werden.“

1160 *Sack* NJW 1985, 776 ff.; *ders.* WRP 1985, 1 ff.; *Baumbach/Hefermehl* Wettbewerbsrecht, 22. Auflage 2001 (Altauflage), Einl Rn. 66 ff.; jeweils mwN.

wer Wettbewerb „unter Missachtung gewichtiger Interessen der Allgemeinheit“ betrieb.¹¹⁶¹ Zwar sollte der Schutz der Verbraucher_innen durch das UWG wettbewerbsbezogen sein.¹¹⁶² Allerdings bedeutete „wettbewerbsbezogen“ lediglich, dass das angegriffene geschäftliche Verhalten als ein Handeln gemäß § 1 UWG 1909 „zu Zwecken des Wettbewerbs“ erfolgte, also das Verhalten überhaupt im Anwendungsbereich des UWG lag.¹¹⁶³ Genauere Ausdifferenzierungen, welche Interessen Verbraucher_innen im UWG hatten, fanden sich aber nicht, vielmehr wurde grundsätzlich auf die notwendige richterrechtliche Ausgestaltung des weit zu fassenden Rechtsbegriffs „gute Sitten“ durch Einzelfallentscheidungen abgestellt.¹¹⁶⁴ Jedenfalls aber galten die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte und die ihnen innewohnenden Wertvorstellungen im Rahmen des § 1 UWG 1909 als richtungsweisend.¹¹⁶⁵ Mit der grundrechtlichen Wertordnung unvereinbare Wettbewerbshandlungen hielten sich grundsätzlich nicht im Rahmen des lautereren Wettbewerbs.¹¹⁶⁶

bb) Keine grundsätzlichen Änderungen durch die Neufassungen 2004 und 2008

Die UWG-Reform des Jahres 2004 brachte bezüglich der wertbezogenen Auslegung des UWG keine Kehrtwende. In der Begründung zum UWG-Entwurf 2004 heißt es: „Der eigentliche Zweck des UWG liegt darin, das Marktverhalten der Unternehmen im Interesse der Marktteilnehmer, insbesondere der Mitbewerber und der Verbraucher und damit zugleich das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb zu re-

1161 Vgl. nur BVerfGE 107, 275, 283 f. – Benetton-Werbung II; 102, 347, 366 f. – Benetton-Werbung; BGHZ 149, 247, 257 – H.I.V. POSITIVE II; 144, 255, 266 – Abgasemissionen; BGH GRUR 2000, 237, 238 – Giftnotrufbox; BGHZ 140, 134, 138 f. – Hormonpräparate; 130, 5, 12 – Busengrapscher.

1162 *Baumbach/Hefermehl* Wettbewerbsrecht, 19. Auflage 1996 (Altauflage), Einl Rn. 79.

1163 Ebenda.

1164 *Baumbach/Hefermehl* Wettbewerbsrecht, 22. Auflage 2001 (Altauflage), Einl UWG Rn. 72.

1165 *Baumbach/Hefermehl* Wettbewerbsrecht, 19. Auflage 1996 (Altauflage), Einl UWG Rn. 92.

1166 BGHZ 130, 5, 12 – Busengrapscher; *Baumbach/Hefermehl* Wettbewerbsrecht, 19. Auflage 1996 (Altauflage), Einl UWG Rn. 93.

geln.¹¹⁶⁷ Die Verfälschung des Wettbewerbs ist aber nichts anderes als die Folge unlauteren Verhaltens der Wettbewerber_innen¹¹⁶⁸ und Unlauterkeit wird im Folgenden denkbar weit definiert: „Unlauter sind alle Handlungen, die den anständigen Gepflogenheiten in Handel, Gewerbe, Handwerk oder selbständiger beruflicher Tätigkeit zuwiderlaufen.“¹¹⁶⁹ Dabei wird ausdrücklich darauf verwiesen, dass der Begriff der Unlauterkeit hier den bisherigen Begriff der guten Sitten (§ 1 UWG 1909) ablöse, weil dieser antiquiert wirke und die Kompatibilität mit dem Unionsrecht verbessert werden solle.¹¹⁷⁰ Eine inhaltliche Änderung der Schutzrichtung des UWG sollte damit also nicht verbunden sein.

Zum Teil wird der Gesetzesbegründung zum UWG 2004 entnommen, dass die Gesetzgebung allein die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher_innen als Marktgegenseite vor Beeinträchtigungen schützen wollte.¹¹⁷¹ Allerdings heißt es in der Gesetzesbegründung diesbezüglich: „Geschützt werden insbesondere die Angebotsfreiheit der Wettbewerber und die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher.“¹¹⁷² Die Gesetzesbegründung stellt also zwar auf die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher ab. Das Wort „insbesondere“ zeigt jedoch, dass dies zwar der wichtigste, aber gerade nicht der einzige Schutzbereich ist. Im Weiteren heißt es: „Hierdurch wird vor allem auch die Stellung, die dem Verbraucher im Rahmen des Lauterkeitsrechts zukommt, unterstrichen. Das UWG schützt nämlich aufgrund eines von der Rechtsprechung angenommenen Funktionswandels nicht nur den Mitbewerber, sondern ebenso den Verbraucher.“¹¹⁷³ Sinn der Gesetzesänderung ist der Begründung zufolge also insbesondere, auf den gleichrangigen Schutz der Verbraucher_innen aufmerksam zu machen. Die Entscheidungsfreiheit wird zwar als einer der Hauptschutzzwecke genannt. Daraus eine Ausschließlichkeit zu folgern, ist aber nicht zwingend. Vielmehr wird schon aus dem Wortlaut der Gesetzesbegründung deutlich, dass es auch andere Schutzzwecke gibt. Einer wertbezogenen Auslegung des UWG und einem Schutz vor geschlechtsdiskriminierender Werbung steht die Gesetzesbegründung je-

1167 BegrRegE UWG 2004, BT-Drucks 15/1487, S. 15 f.

1168 So auch *Kaplan* Das Interesse der Allgemeinheit, S. 31, und wohl auch *Köhler* WRP 2005, 645, 647.

1169 BegrRegE UWG 2004, BT-Drucks 15/1487, S. 16.

1170 Ebenda.

1171 *Wutke* WRP 2007, 119, 124, mit Verweis auf BegrRegE UWG 2004, BT-Drucks 15/1487, S. 1, 13.

1172 BegrRegE UWG 2004, BT-Drucks 15/1487, S. 1, 13.

1173 Ebenda.

denfalls nicht im Wege, vielmehr ist zu vermuten, dass das UWG nach wie vor wertbezogen ausgelegt werden sollte.

Auch die UWG-Novelle 2008 sollte keine grundsätzlichen Änderungen herbeiführen, sondern diene lediglich der sprachlichen Angleichung im Rahmen der Umsetzung der UGP-Richtlinie.¹¹⁷⁴ Dass der Schutz des Interesses der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb nach 2008 noch ausdrücklicher Bestandteil der Schutznormklausel des UWG ist und neben dem Schutz der Kollektivinteressen auch den Schutz des freien und fairen Wettbewerbs iSd UWG als Institution bezweckt,¹¹⁷⁵ bestätigt dies.

cc) Fazit

Das UWG 1909 wurde wertbezogen ausgelegt. Den Regierungsbegründungen zum UWG 2004 und 2008 ist zu entnehmen, dass kein Bruch mit dem bisherigen Verbraucherschutz herbeigeführt, sondern dieser sogar gestärkt werden sollte. Damit sprechen sowohl die Historie als auch die Gesetzesbegründungen für eine wertbezogene Auslegung des UWG.

b) Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher

Ein Argument für eine wertbezogene Auslegung des UWG könnte sich auch aus dem Wortlaut der Normzweckklausel ergeben. § 1 S. 1 UWG spricht nicht nur von „Verbrauchern“, sondern ausdrücklich von „Verbraucherinnen und Verbrauchern“. Dies könnte dahingehend interpretiert werden, dass auch mit dem UWG das Ziel der Geschlechtergleichstellung verfolgt wird und die Verbraucherinnen im UWG möglicherweise zusätzlich in spezifischen Interessen, etwa vor frauendiskriminierender Werbung, geschützt werden sollen. Allerdings enthalten weder die Gesetzesbegründungen von

1174 BegrRegE UWG 2008, BT-Drucks 16/10145, S. 10 f., 22.

1175 *Peifer* Lauterkeitsrecht, Rn. 5; *MünchKommUWG/Sosnitza* § 1 Rn. 14; *Köhler/Bornkamm* § 1 Rn. 42; *Fezer* § 1 Rn. 91, 97K.

2004 und 2008 diesen Ansatz stützende Äußerungen noch finden sich solche in Literatur und Rechtsprechung.¹¹⁷⁶

c) § 4 Nr. 1 Alt. 2 UWG als Schutz vor menschenverachtender Werbung

Ein deutlicher Hinweis auf den Schutz grundrechtlicher Werte durch das UWG ergibt sich jedoch aus § 4 Nr. 1 Alt. 2 UWG. Diese Norm wurde 2004 zum Schutz vor menschenverachtender Werbung eingeführt.¹¹⁷⁷ In der Begründung der Empfehlung des Rechtsausschusses heißt es dazu: „Durch die Änderung wird klargestellt, dass eine menschenverachtende Werbung eine typische Unlauterkeitshandlung darstellt. Der hohe Rang der menschlichen Würde, die durch Artikel 1 des Grundgesetzes geschützt ist, erfordert ihre Achtung und Wahrung auch im Wettbewerb. Wettbewerbshandlungen sind dann menschenverachtend, wenn sie dem Betroffenen durch Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung, Ächtung oder andere Verhaltensweisen seinen Achtungsanspruch als Mensch absprechen. [...] Entsprechend der Rechtsprechung zur diskriminierenden Werbung auf der Grundlage von § 1 UWG a. F. können aber gleichwohl Übertreibungen der Werbung mit anzüglich-obszönen Themen im Einzelfall den Tatbestand der Unlauterkeit erfüllen.“¹¹⁷⁸ Die Norm ist heute aufgrund ihrer unglücklichen Formulierung bedeutungslos: Nach dem Wortlaut muss die jeweilige geschäftliche Handlung geeignet sein, „die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer [...] in menschenverachtender Weise [...] zu beeinträchtigen.“ Dass die Entscheidungsfreiheit von Rezipient_innen durch menschenverachtende Werbung beeinträchtigt werden kann, ist schon grundsätzlich zweifelhaft, jedenfalls aber nicht der Regelfall. Daher ist die Norm nicht in der Lage, die vom Rechtsausschuss intendierte Wirkung zu entfalten. Die ursprüngliche Intention illustriert aber sehr deutlich, dass auch Grundwerte verletzende Werbung die Unlauterkeit einer geschäftlichen

1176 Piper/Ohly/Sosnitza § 1 Rn. 10, sieht in der Erwähnung der Verbraucherinnen gar eine „überflüssige pseudofeministische Duplizierung des Begriffs des Verbrauchers, die den Gesetzestext unnötig belastet und sachlich ohne Bedeutung ist“; dem zustimmend Götting/Nordemann § 1 Rn. 8.

1177 Beschlussempfehlung/Bericht des Rechtsausschusses zu BegrRegE UWG 2004, BT-Drucks 15/2795, S. 21.

1178 Ebenda.

Handlung begründen können sollte und dass Diskriminierungsschutz ein Schutzzweck des UWG ist.

d) § 4 Nr. 11 UWG als Öffnungsnorm für Marktverhaltensregelungen

Darauf deutet auch § 4 Nr. 11 UWG hin. Die Norm verankert die frühere Fallgruppe des „Wettbewerbsverstoßes durch Rechtsbruch“ ausdrücklich im Wettbewerbsrecht. Noch in den 1990er Jahren begründeten Verstöße gegen sogenannte wertbezogene Normen die Wettbewerbswidrigkeit einer damit zusammenhängenden Wettbewerbshandlung. Als wertbezogen galten dabei Normen, die Ausdruck einer sittlichen Grundanschauung waren oder dem Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsguts dienten.¹¹⁷⁹ Heute ist die Frage, ob und wann geschäftliche Handlungen unlauter sind, weil sie gegen gesetzliche Vorschriften verstoßen, eine der umstrittensten des gesamten Lauterkeitsrechts.¹¹⁸⁰ Dies zeigen bereits die Länge der Kommentierungen zu § 4 Nr. 11 UWG und die ausführliche argumentative Auseinandersetzung mit sämtlichen als sogenannte Marktverhaltensregelungen in Betracht kommenden Normen¹¹⁸¹ sowie Streitigkeiten darüber, ob gewisse Normen Marktverhaltensregelungen sind oder nicht.¹¹⁸²

Die Gesetzesbegründung verweist darauf, dass „der verletzten Norm zumindest eine sekundäre Schutzfunktion zu Gunsten des Wettbewerbs zukommen muss. Es wird dementsprechend nur ein Verstoß gegen solche Normen erfasst, die zumindest auch das Marktverhalten im Interesse der Marktbeteiligten regeln.“¹¹⁸³ Dies betont die Abkehr von einer sehr weiten Auslegung unter § 1 UWG 1909, lässt aber, da nur eine sekundäre Schutzfunktion zugunsten des Wettbewerbs vorliegen muss, dennoch relativ großen Spielraum bezüglich der Erfassung von außerwettbewerblichen Normen.

Bei allen Unklarheiten ist angesichts der historischen Entwicklung, der Gesetzesbegründung und der umstrittenen Auslegung der Norm ersichtlich,

1179 Zusammenfassung so bei Köhler/Bornkamm § 4 Rn. 11.2, mwN.

1180 Köhler/Bornkamm § 4 Rn. 11.1.

1181 Vgl. bei Köhler/Bornkamm § 4 Rn. 11.59-11.180b.

1182 Umstritten beispielsweise die Normen des Jugendschutzrechts. Darin Marktverhaltensnormen sehend Köhler/Bornkamm § 4 Rn. 11.180; aA Scherer WRP 2006, 401, 405 f.; Piper/Ohly/Sosnitza § 4.11 Rn. 11/25.

1183 BegrRegE UWG 2004 zu § 4 Nr. 11, BT-Drucks 15/1487, S. 31.

dass § 4 Nr. 11 UWG eine grundsätzliche Öffnung des UWG und ein Implementieren – zumindest eines Teils – der übrigen Rechtsordnung bezweckt. Sowohl die Rechtsprechung als auch die herrschende Meinung in der Literatur erkennen an, dass § 4 Nr. 11 UWG auch Normen erfasst, die dem Schutz der Rechte und Rechtsgüter der Verbraucher_innen dienen.¹¹⁸⁴ Die Norm zeigt, dass das UWG verfassungsrechtliche Werte schützt, die durch geschäftliche Handlungen von Mitbewerber_innen verletzt werden können. Sie spricht daher für eine wertbezogene Auslegung des UWG.

e) § 7 UWG als Schutz vor unzumutbaren Belästigungen

Einen Verbraucherschutz, der deutlich über den Schutz der anhand der „Funktion am Markt“ ermittelten Verbraucherinteressen¹¹⁸⁵ hinausgeht und mehr erfasst als den Schutz der Verbraucher_innen in ihrer Eigenschaft als „Schiedsrichter“¹¹⁸⁶, enthält § 7 UWG. Nach § 7 Abs. 1 S. 1 UWG ist „[e]ine geschäftliche Handlung, durch die ein Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt wird, [...] unzulässig.“ Ob die Norm auch Verbraucher_innen in ihrer Entscheidungsfreiheit, also davor schützt, dass sie den Wünschen der Werbenden nachgeben, um der Belästigung zu entgehen, ist zweifelhaft.¹¹⁸⁷ Schutzgegenstände des § 7 Abs. 1 S. 1 UWG sind jedenfalls die Privatsphäre und die Ungestörtheit von Betriebsabläufen.¹¹⁸⁸ Verbraucher_innen und alle sonstigen Marktteilnehmenden sollen davor geschützt werden, dass Werbende ihre private oder berufliche Sphäre unangemessen beeinträchtigen (z.B. durch Telefonwerbung).¹¹⁸⁹ Eine Beeinträchtigung der

1184 BGH GRUR 2011, 633, 637 Rn. 34 – BIO TABAK; BGH GRUR 2010, 754 Rn. 21 – Golly Telly; *Elskamp* Gesetzesverstoß und Wettbewerbsrecht, S. 149 f.; *von Walter* Rechtsbruch als unlauteres Marktverhalten, S. 97; *Köhler/Bornkamm* § 4 Rn. 11.35d.

1185 *Scherer* WRP 2006, 401, 405.

1186 *Beater* FS Tilmann, S. 87; *Dettmar* Unlauterer Wettbewerb durch Rechtsbruch, S. 83; GK-UWG/*Pahlow* § 4 Nr. 1 Rn. 1; *Piper/Ohly/Sosnitza* § 4.11 Rn. 11/25.

1187 So aber *Köhler/Bornkamm* § 7 Rn. 3 (allerdings auch nur „mittelbar“); *Fezer/Mankowski* § 7 Rn. 24 (Schutz der Privatsphäre, um die Entscheidungsfreiheit zu erhalten); *Henning-Bodewig* WRP 1992, 533, 536 (zu § 1 UWG 1909); ablehnend *Piper/Ohly/Sosnitza* § 7 Rn. 1; *MünchKommUWG/Leible* § 7 Rn. 1.

1188 *Köhler/Bornkamm* § 7 Rn. 2; *Piper/Ohly/Sosnitza* § 7 Rn. 1.

1189 *Köhler/Bornkamm* § 7 Rn. 2; zu § 1 UWG 1909: BGH GRUR 1970, 523, 524; BGH GRUR 1965, 315, 316; *Henning-Bodewig* WRP 1992, 533, 536.

Entscheidungsfreiheit ist in diesem Fall nicht nötig, die Privat- und Intimsphäre ist nach allgemeiner Meinung bereits für sich genommen ein Schutzgut des § 7 UWG.¹¹⁹⁰ Die psychische Belästigung der Verbraucher_innen ist keine wettbewerbsrechtlich irrelevante Geschmacklosigkeit, sondern eine grobe Missachtung des Verbraucherpersönlichkeitsrechts und damit ein Verstoß gegen die Prinzipien des lautereren Wettbewerbs.¹¹⁹¹

In diesem Sinne entschied auch die ständige Rechtsprechung zu § 1 UWG 1909. Insbesondere das Verbot unaufgeforderter Besuche Trauernder zur Anbahnung von Geschäften über die Begräbnisgestaltung nach dem Tod von Angehörigen ist hierfür ein Beispiel.¹¹⁹² Aber auch die Regierungsbegründung¹¹⁹³ und die aktuelle Rechtsprechung¹¹⁹⁴ zu § 7 UWG stellen allein auf den Schutz der Individualsphäre ab. So betont der BGH in einem Urteil von 2010, dass eine Missachtung der Gefühle der Hinterbliebenen auch für sich allein ausreichen könne, zu einer Unzulässigkeit nach § 7 Abs. 1 UWG zu führen, weil der Schutz der Intimsphäre Vorrang vor dem wirtschaftlichen Gewinnstreben habe und werbliche Maßnahmen im Hinblick auf einen Trauerfall daher in gewissem Umfang zurückzutreten hätten.¹¹⁹⁵ Auch die Gesetzesbegründung zum UWG 2008 geht davon aus, dass § 7 UWG nicht allein auf den Schutz der Entscheidungsfreiheit der Verbraucher_innen abstellt, sondern einen darüber hinausgehenden Schutz bezweckt.¹¹⁹⁶

1190 Köhler/Bornkamm § 7 Rn. 2; MünchKommUWG/Leible § 7 Rn. 70; Henning-Bodewig WRP 1992, 533, 536, 538 (zu § 1 UWG 1909).

1191 Henning-Bodewig WRP 1992, 533, 539 (zu § 1 UWG 1909).

1192 Vgl. (zu § 1 UWG 1909) BGHZ 56, 18, 9 ff. – Grabsteinwerbungen II; BVerfG GRUR 1972, 358 – Grabsteine.

1193 BegrRegE UWG 2004, BT-Drucks 15/1487, S. 21.

1194 BGH GRUR 2010, 1113, 1114 – Grabmalwerbung (Belästigung durch Pietätlosigkeit, Gefühlsmissachtung); BGH GRUR 2005, 443, 444 – Ansprechen in der Öffentlichkeit II; BGH NJW 2004, 2593, 2595 – Ansprechen in der Öffentlichkeit; OLG München WRP 2008, 380, Rn. 23 f. – Friedhofswerbung; obwohl Art. 9 lit. c. UGP-RL auch in einem solchen Fall die Beeinträchtigung des Urteilsvermögens fordert, bleibt die Rechtsprechungspraxis aufgrund der Öffnungsklausel des Erwägungsgrundes 7 der UGP-RL weiter möglich.

1195 BGH GRUR 2010, 1113 Rn. 16; BGHZ 56, 18, 19 ff.; BGH GRUR 1967, 430, 431.

1196 BegrRegE UWG 2008, BT-Drucks 16/10145, S. 28 (zur Vereinbarkeit mit der UGP-RL: § 7 UWG sei zwar strenger als die UGP-RL; das sei jedoch zulässig, weil § 7 UWG auf Art. 13 Abs. 3 der Datenschutz-RL beruhe und diese gemäß Nr. 26 des Anhangs I der UGP-RL unberührt bleibe); zur Vereinbarkeit aufgrund der Öffnungsklausel der UGP-RL Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Schöler § 7 Rn. 175, mwN.

§ 7 Abs. 1 S. 1 UWG zeigt also, dass das UWG Menschen in sozialen Sondersituationen vor Übergriffen des Wettbewerbs in ihrer Privatsphäre schützt. In Rede stehen nicht Beeinträchtigungen der Entscheidungsfreiheit der Betroffenen oder Einwirkungen auf ihren Entscheidungsfindungsprozess, sondern Belästigungen durch Pietätlosigkeit und Gefühlsmissachtung¹¹⁹⁷ sowie Belästigungen durch Störung der Marktteilnehmenden in ihrer Ruhe oder ihrer anderweitigen Beschäftigung.¹¹⁹⁸ Die Norm ist damit ein deutliches Indiz dafür, dass das UWG nicht nur die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher_innen, sondern auch sonstige Rechtsgüter, insbesondere die Privatsphäre, schützt.¹¹⁹⁹

f) Fazit

Der systematischen Analyse des UWG lässt sich entnehmen, dass die funktionsorientierte Auffassung irrt, wenn sie den lauterkeitsrechtlichen Schutz auf den Schutz der Funktion der Marktbeteiligten im Wettbewerb beschränkt. Insbesondere ist keine Beschränkung der Verbraucherinteressen auf den Schutz der Entscheidungsfreiheit erkennbar. Vielmehr sind auch solche Interessen erfasst, die von der Art und Weise der Werbeansprache tangiert werden; dies betrifft insbesondere Verletzungen der Privatsphäre oder der Gefühlswelt der Verbraucher_innen. Bereits dies spricht dafür, das UWG nicht strikt funktions- sondern vielmehr wertbezogen auszulegen. Auch zeigen Historie und Gesetzesbegründungen des UWG, dass der Schutz der Allgemeinheit Einfallstor für grundrechtliche Wertungen bleibt.

7. Ergebnis

Das UWG ist wertbezogen auslegen. Es ist damit in der Lage, Diskriminierungsschutz als Freiheitsschutz für alle Marktbeteiligten und die Allgemeinheit durchzusetzen. Die richtlinienkonforme Auslegung hat gezeigt, dass geschlechtsdiskriminierende Werbung von der Öffnungsklausel der UGP-Richtlinie erfasst wird, also nicht in ihren Anwendungsbereich fällt, und Diskriminierungsschutz auf europäischer Ebene als Zweck des Lauterkeits-

1197 BGH GRUR 2010, 1113, 1114.

1198 Köhler/Bornkamm § 7 Rn. 2.

1199 So auch Gloy/Loschelder/Erdmann/von Ungern-Sternberg § 23 Rn. 12.

rechts anerkannt wird. Durch die Generalklausel und die unbestimmten, wertausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffe werden die Wertungen des Grundgesetzes in das UWG getragen. Ein Schutz der Wertungen des Grundgesetzes ist nur möglich, wenn nicht nur die Menschenwürde, sondern auch sämtliche anderen Grundwerte in diesem Zusammenhang Beachtung finden. Mit dieser Sichtweise ist es auch nicht vereinbar, Verbraucher_innen auf eine Funktion am Markt – die Rolle „des Schiedsrichters“¹²⁰⁰ – zu reduzieren. Eine solche Funktionsbestimmung ignoriert neben den grundrechtlichen Wertungen auch die tatsächlichen Vorgänge sowie die Verhaltensweisen von Verbraucher_innen im Wettbewerb iSd UWG. Schließlich lassen sich auch dem UWG selbst, seiner Geschichte und den Gesetzesbegründungen, vor allem aber auch einzelnen Normen, Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass das UWG neben der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit auch andere Interessen der Verbraucher_innen sowie darüber hinaus die Interessen der Allgemeinheit schützt. Werbung ist kommerzielle Kommunikation. Das UWG setzt ihr, also dem Verhalten der Unternehmen am Markt, gegenüber den Verbraucher_innen als Teil einer Gesamtrechtsordnung Grenzen. Ein Teil dieser Grenzen wird durch die Grundwerte der Verfassung bestimmt. Das UWG schützt Verbraucher_innen in ihrer Rolle als Konsument_innen, aber auch sonstige Marktbeteiligte vor kommerzieller Kommunikation, welche die Grenzen der Gesamtrechtsordnung verlässt und die sozialen Grundwerte der Gesellschaft verletzt,¹²⁰¹ sowie das Interesse der Allgemeinheit an einem Wettbewerb iSd UWG, der sich innerhalb der verfassungsrechtlichen Grenzen bewegt.

IV. Implementierung des Diskriminierungsschutzes in die Normen des UWG

Zu untersuchen ist, ob der Schutz vor geschlechtsdiskriminierender Werbung mit Hilfe der wertbezogenen Auslegung über die bestehenden Normen

1200 Fezer/Scherer § 4-2 Rn. 25.

1201 Ebenso Wuttker WRP 2007, 119, 124, der einen sekundären Schutz für Interessen der Verbraucher_innen außerhalb ihrer reinen Konsumentensouveränität als Schutzfunktion des UWG annimmt; von Walter Rechtsbruch als unlauteres Marktverhalten, S. 97, der das Schutzinteresse der Verbraucher_innen in ihrer Rolle als Konsument_innen sieht und nicht bloß im Schutz der Nachfrageentscheidung; Fezer § 1 Rn. 59 f., 82, § 3 Rn. 217, für den die Grundwerte der Gesellschaft als Allgemeininteressen Teil der Konsumentensouveränität sind.

des UWG gewährleistet werden kann. Nur wenn dies nicht möglich ist, bedarf es der Einführung einer neuen Norm.

1. § 4 Nr. 1 Alt. 2 UWG

Angesichts des klaren Wortlauts der Norm kann § 4 Nr. 1 Alt. 2 UWG geschlechtsdiskriminierende Werbung nicht erfassen. Die Norm spricht nicht von menschenverachtender Werbung, sondern fordert eine in menschenverachtender Weise erfolgende Entscheidungsbeeinträchtigung der Verbraucher_innen und Marktteilnehmenden.¹²⁰² Geschlechtsdiskriminierende und/oder menschenverachtende Darstellungen in der Werbung werden häufig kaum wahrgenommen. Werden sie wahrgenommen, mag das zu Ärger, Betroffenheit, Erregung oder Erheiterung führen, grundsätzlich jedoch zu keiner oder allenfalls einer negativen Kaufentscheidung. Eine mit solcher Werbung einhergehende Beeinträchtigung der Freiheit, sich für das Produkt oder die Dienstleistung zu entscheiden, ist jedoch nicht ersichtlich.

Selbst wer die Norm entsprechend dem Willen der Gesetzgebung¹²⁰³ versteht und sich über den eindeutigen Wortlaut hinwegsetzt,¹²⁰⁴ kann aber nur einen geringen Teil der Fälle geschlechtsdiskriminierender Werbung erfassen, da unter „menschenverachtend“ eine Verletzung der Menschenwürde iSd Art. 1 GRCh oder des Art. 1 GG zu verstehen ist.¹²⁰⁵ Nur die wenigsten Fälle geschlechtsdiskriminierender Werbung verletzen jedoch die Menschenwürde.¹²⁰⁶

1202 Ganz hM, vgl. *Scherer* GRUR 2008, 490, 493, 495; *Scherer* WRP 2007, 594, 595; *Sack* WRP 2005, 531, 543; *Ohly* GRUR 2004, 889, 894 f.; *Köhler/Bornkamm* § 3 Rn. 74, § 4 Rn. 1.38; GK-UWG/*Pahlow* § 4 Nr. 1 Rn. 65; MünchKommUWG/*Heermann* § 4 Nr. 1 Rn. 114, 120; *Fezer/Scherer* § 4-1 Rn. 126 ff.; *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Stuckel* § 4 Nr. 1 Rn. 30, 154; *Gloy/Loschelder/Erdmann/Hasselblatt* § 48 Rn. 72 f.; *Piper/Ohly/Sosnitza* § 4.1 Rn. 1/11; *Gloy/Loschelder/Erdmann/Leistner/Facius* § 14 Rn. 93 ff., § 48 Rn. 72; *Götting* § 9 Rn. 3 ff.; *Götting/Nordemann* § 4 Nr. 1 Rn. 1.26; *Emmerich* § 12 Rn. 11; HK-WettbR/*Plaß* § 4 Rn. 30.

1203 Beschlussempfehlung/Bericht des Rechtsausschusses zu BegrRegE UWG 2004, BT-Drucks 15/2795, S. 43.

1204 So in jüngerer Zeit noch von *Henning Piper* angenommen: *Piper/Ohly* UWG 4. Auflage (Vorauslage) § 4.1 Rn. 1/11, 1/44.

1205 *Köhler/Bornkamm* § 4 Rn. 1.37.

1206 Vgl. dazu oben, D. I. 1., S. 83 ff.

2. § 4 Nr. 11 UWG

Als geschlechtsdiskriminierende Werbung betreffende Marktverhaltensregelungen iSd § 4 Nr. 11 UWG kommen Normen des AGG, des RStV sowie des JMStV in Betracht.

Die §§ 19, 20 AGG verbieten zwar unter anderem auch Benachteiligungen aufgrund des Geschlechts.¹²⁰⁷ Allerdings muss es zu der Benachteiligung bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse kommen, § 19 Abs. 1 AGG. Geschlechtsdiskriminierende Wirtschaftswerbung findet vor dem Geschäftsabschluss statt und liegt daher schon nicht im Anwendungsbereich der §§ 19, 20 AGG.

Als geschlechtsdiskriminierende Werbung untersagende Norm kommt aber insbesondere § 7 Abs. 1 Nr. 2 RStV in Betracht: Danach dürfen Werbung und Teleshopping nicht „Diskriminierungen aufgrund von Geschlecht, Rasse oder ethnischer Herkunft, Staatsangehörigkeit, Religion oder Glauben, Behinderung, Alter oder sexueller Orientierung beinhalten oder fördern.“ Im Rundfunk ausgestrahlte geschlechtsdiskriminierende Werbung iS dieser Arbeit wird also jedenfalls teilweise von § 7 Abs. 1 Nr. 2 RStV erfasst.

Darüber hinaus setzen mehrere Normen des JMStV zum Teil auch die hinter einem Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung stehenden Wertideale um, namentlich § 4 Abs. 1 Nr. 8 JMStV (Verstoß gegen die Menschenwürde), § 4 Abs. 1 Nr. 9 JMStV (Darstellung von Kinder oder Jugendliche in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung), § 4 Abs. 2 Nr. 1 JMStV (in sonstiger Weise pornografische Angebote) und § 6 Abs. 3, § 5 JMStV (Entwicklungsbeeinträchtigung).

Allerdings beziehen sich sowohl § 7 Abs. 1 Nr. 2 RStV als auch die Normen des JMStV allein auf Werbung im Rundfunk bzw. auf die Beeinträchtigungen von Kindern in Rundfunk und Telemedien, also nur auf einen Teil geschlechtsdiskriminierender Werbung. Auch ist entwicklungsbeeinträchtigende Werbung nicht grundsätzlich untersagt, sondern muss lediglich getrennt von Angeboten erfolgen, die sich an Kinder oder Jugendliche richten, § 6 Abs. 3 JMStV. Die einzelnen Normen können also lediglich Teilbereiche geschlechtsdiskriminierender Werbung erfassen und sind jeweils nur auf einem begrenzten Terrain (Rundfunk und Telemedien) anwendbar und/oder zielen nur auf einen besonderen Beteiligtenkreis (Kinder und Jugendliche).

1207 Köhler will die §§ 19, 20 AGG unter Umständen im Rahmen des § 4 Nr. 11 UWG als Marktverhaltensregelungen ansehen: Köhler/Bornkamm § 4 Rn. 11.157.

Im Interesse eines einheitlichen Vorgehens gegen geschlechtsdiskriminierende Werbung in allen Medien und sowohl gegenüber Kindern und Jugendlichen als auch gegenüber Erwachsenen ist ein uneinheitlicher Flickenteppich verschiedener Normen zu vermeiden. Es bedarf einer Norm, die geeignet ist, alle Fälle geschlechtsdiskriminierender Werbung zu erfassen. Diese Möglichkeit bietet sich über § 4 Nr. 11 UWG nicht.

3. § 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 1, 2 UWG und § 3 Abs. 3 UWG iVm Ziff. 1, 2 oder 3 des Anhangs

Über § 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 1, 2 UWG und § 3 Abs. 3 UWG iVm Ziff. 1, 2 oder 3 des Anhangs ist eine Regulierung geschlechtsdiskriminierender Werbung jedenfalls solcher Unternehmen möglich, welche die Behauptung moralischer Integrität (hinsichtlich des Erreichens von Gleichberechtigung) zum Geschäftsmotiv und damit zum Wettbewerbsmittel erheben.¹²⁰⁸ Dies ist zum einen in Verbindung mit der Berufung auf Verhaltenskodices bzw. der Nutzung von Gütezeichen möglich, zum anderen dann, wenn gezielt mit dem Einhalten gesellschaftlicher Werte geworben wird.

a) § 3 Abs. 3 UWG iVm Ziff. 1, 2 oder 3 des Anhangs

Irreführende und unwahre Angaben im Zusammenhang mit Verhaltenskodices sind nach § 3 Abs. 3 UWG iVm dem Anhang unzulässig. Ziffer 1 des Anhangs verbietet „die unwahre Angabe eines Unternehmers, zu den Unterzeichnenden eines Verhaltenskodexes zu gehören“, Ziffer 2 „die Verwendung von Gütezeichen, Qualitätskennzeichen oder Ähnlichem ohne die erforderliche Genehmigung“ und Ziffer 3 „die unwahre Angabe, ein Verhaltenskodex sei von einer öffentlichen oder anderen Stelle gebilligt“. Derartige Verhaltenskodices oder Kennzeichen über das Nichtverwenden geschlechtsdiskriminierender Werbung existieren jedoch – zumindest bisher – nicht bzw. jedenfalls nicht in ausreichendem Umfang. Selbst wenn die Regelungen des Werberates als ein solcher Verhaltenskodex angesehen werden würden – was zweifelhaft ist, da es nicht zu einer aktiven Unterzeichnung kommt – ist es aber jedenfalls absolut unüblich, mit der Einhal-

1208 Hilty/Henning-Bodewig/*Peifer* Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire, S. 125 f., 140 f.

tung des Verhaltenskodexes des Werberates zu werben. Zumindest für eine umfassende Erfassung geschlechtsdiskriminierender Werbung genügt ein Vorgehen über die genannten Normen nicht.

b) § 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 1, 2 UWG

Erfolgversprechender könnte der Weg über das allgemeine Irreführungsverbot, § 5 Abs. 1 UWG, sein, wonach unlauter handelt, „wer eine irreführende geschäftliche Handlung vornimmt.“

Angaben über das Einhalten oder Fördern gesellschaftlicher Werte erfüllen dann das Kriterium der unmittelbar der Absatzförderung dienenden geschäftlichen Handlung, wenn sie Teil von Aussagen in Anzeigen, Werbefilmen, Prospekten und Internetwerbung sind. Jedenfalls nicht erfasst sind rein betriebsinterne Vorgaben. Bei auf Homepages veröffentlichten Angaben hängt es von der konkreten Art des geschäftlichen Einsatzes der sog. „Good Governance“-Grundsätze ab, ob ein objektiver Zusammenhang mit der Absatzförderung und damit eine geschäftliche Handlung gemäß § 2 Nr. 1 UWG zu bejahen ist.¹²⁰⁹

Eine konkrete Irreführung aber liegt nur dann vor, wenn Vorstellung und Wirklichkeit auseinanderfallen.¹²¹⁰ Dabei müssen die durch die Angabe hervorgerufenen Vorstellungen hinreichend konkret sein, sodass der angesprochene Kreis der Adressat_innen ihnen einen bestimmten, nachprüfbaren Aussagegehalt entnehmen kann.¹²¹¹ Denkbar ist, dass einzelne Äußerungen von Unternehmen über den Abbau von Diskriminierungen und die Förderung von Gleichberechtigung zu bestimmten Vorstellungen der Rezipient_innen über die angesprochenen Themen führen, die mit den tatsächlichen Vorgängen im Unternehmen und bezüglich seines konkreten Engagements nicht im Einklang stehen, wenn diese geschlechtsdiskriminierend werben.

Jedenfalls aber müssten sich, um das Problem der geschlechtsdiskriminierenden Werbung insgesamt zu lösen, sämtliche Unternehmen mittels einer geschäftlichen Handlung iSd § 5 Abs. 1 UWG zur Gleichberechtigung bekennen. Dies ist bisher nicht der Fall. Insbesondere existiert diesbezüglich auch keine gesetzliche Pflicht. § 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 1, 2 UWG und § 3

1209 Henning-Bodewig WRP 2010, 1094, 1103.

1210 Fezer/Peifer § 5 Rn. 20; vgl. dazu auch Henning-Bodewig WRP 2010, 1094 ff.

1211 Vgl. dazu Henning-Bodewig WRP 2010, 1094, 1103 f.

Abs. 3 UWG iVm Ziff. 1, 2 oder 3 des Anhangs sind also – jedenfalls noch – nicht geeignet, den Schutz vor geschlechtsdiskriminierender Werbung über das UWG durchzusetzen.

4. § 7 Abs. 1 S. 1 UWG

Nach § 7 Abs. 1 S. 1 UWG ist eine geschäftliche Handlung, „durch die ein Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigt wird“, unzulässig.

a) Geschlechtsdiskriminierende Werbung als unzumutbare Belästigung

Zumindest ein Teil der Fälle geschlechtsdiskriminierender Werbung könnten unzumutbare (inhaltliche) Belästigungen darstellen. § 7 UWG dient auch dem Schutz der Privatsphäre, welche Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist und damit in Art. 1 Abs. 1 GG wurzelt. Dadurch wirkt auch die Menschenwürde in das wirtschaftliche Verhalten der Verbraucher_innen und deren Teilnahme am Wettbewerbsgeschehen ein. Insbesondere geschlechtsdiskriminierende Werbebilder, die sich einer Sexualisierung bedienen,¹²¹² könnten ähnlich in die (geistige) Privatsphäre eingreifen, wie dies durch erkennbar nicht gewollte, hartnäckige Ansprache in der Öffentlichkeit oder über Fernabsatzkommunikation, durch ohne ausdrückliche Einwilligung erfolgende Telefonanrufe oder im Rahmen der Ansprache auf Friedhöfen geschieht. Auch *Axel Nordemann* sieht in § 7 Abs. 1 S. 1 UWG den Zweck, Verbraucher_innen in ihrer privaten Sphäre davor zu schützen, in ihrer Beschäftigung oder Ruhe gestört zu werden und nimmt – allerdings auf den Ausnahmecharakter und die Gefahr von Geschmackszensur verweisend – an, dass der vom BGH entschiedene Fall „Busengrapscher“, in welchem ebenfalls auf eine unzumutbare Belästigung abgestellt wurde,¹²¹³ ein Fall des § 7 Abs. 1 S. 1 UWG wäre.¹²¹⁴ Dann könnte geschlechtsdiskriminierende Werbung über § 7 Abs. 1 S. 1 UWG erfasst werden. Voraussetzung dafür ist, dass der Anwendungsbereich auf den Schutz vor inhaltlich

1212 Dazu ausführlich *Lembke/Völzmann* Regulierungen des Intimen.

1213 BGHZ 130, 5, 10 – Busengrapscher; aA BVerfGE 102, 347, 363 – Benetton-Werbung (keine nennenswerte Belästigung des Publikums durch Werbeanzeigen).

1214 *Nordemann* Wettbewerbsrecht Markenrecht, Rn. 550.

unzumutbaren Belästigungen ausgedehnt werden kann. Die derzeitige Auslegung von § 7 UWG¹²¹⁵ wäre dann zu eng.

b) Möglichkeit der Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf den Schutz vor inhaltlich unzumutbaren Belästigungen

Geschlechtsdiskriminierende Werbung verstößt nur dann gegen § 7 Abs. 1 S. 1 UWG, wenn sich die Unzumutbarkeit iSv § 7 Abs. 1 S. 1 UWG auch aus dem Inhalt einer geschäftlichen Handlung und nicht nur, so die ganz herrschende Meinung,¹²¹⁶ aus der Art und Weise einer solchen ergeben kann. Für die herrschende Meinung sprechen allerdings Systematik und Gesetzesbegründung der Norm.

aa) Wortlaut

§ 7 Abs. 1 S. 2 UWG stellt klar, dass eine unzumutbare Belästigung von Marktteilnehmenden durch Werbung insbesondere dann vorliegt, wenn diese erfolgt, „obwohl erkennbar ist, dass der angesprochene Marktteilnehmer diese Werbung nicht wünscht.“ Dadurch wird in erster Linie § 7 Abs. 1 S. 1 UWG konkretisiert: Erfasst werden sollen jedenfalls Fälle, in denen Marktteilnehmende (erkennbar) ungewollt mit Werbung konfrontiert werden. Eine Erkennbarkeit der Unerwünschtheit bestimmter Werbung in Bezug auf Inhalte von Werbung ist nur schwer vorstellbar. Die Formulierung stellt eher auf ein tatsächliches Verhalten und die Ansprache „an sich“ gegenüber konkreten Werbeadressat_innen ab, meint also vor allem die Art und Weise von Werbung. Andererseits signalisiert die Formulierung „insbesondere“ aber auch, dass neben den in § 7 Abs. 1 S. 2 UWG konkretisierten Fällen andere Formen von Belästigung iSd § 7 Abs. 1 S. 1 UWG möglich sind. Solche können, jedenfalls dem Wortlaut nach, auch inhaltlicher Art sein.

1215 Unzumutbarkeit allein aufgrund der Art und Weise der Werbung, statt vieler Köhler/Bornkamm § 7 Rn. 19, 34.

1216 Ganz hM mit Verweis auf BegrRegE UWG 2004 zu § 7, BT-Drucks 15/1487, S. 20; Köhler/Bornkamm § 7 Rn. 19, 34; MünchKommUWG/Leible § 7 Rn. 50; Piper/Ohly/Sosnitza § 7 Rn. 24; so wohl auch HK-WettbR/Plaß § 7 Rn. 67, 69; aA Haslinger WRP 2008, 1052, 1056.

bb) Systematik der Norm

In § 7 Abs. 2 UWG sind Fälle aufgelistet, in denen eine unzumutbare Belästigung stets anzunehmen sein soll. Dazu gehören die erkennbar nicht gewollte, hartnäckige Ansprache über Fernabsatzkommunikation (Nr. 1), Telefonanrufe, auch automatische, oder Faxesendungen ohne die vorherige ausdrückliche Einwilligung der adressierten Person (Nr. 2, 3) sowie die Werbung mit einer Nachricht ohne erkennbaren Absender (Nr. 4). Sämtliche dieser Alternativen betreffen das Aufdrängen von Werbung, also die Art und Weise der Werbeansprache. Sie konkretisieren den Schutz von Privatpersonen davor, gegen ihren Willen „auf den Markt gezerrt“ zu werden.¹²¹⁷ Auch Abs. 3 erfasst allein Fälle der erkennbar ungewollten Ansprache durch Werbung. Angesichts des Aufbaus der Norm ist folglich ein Fokus auf den Schutz vor ungewollter Werbeansprache in ihrer Art und Weise erkennbar. Der Schutz vor Belästigungen inhaltlicher Art ist an keiner Stelle erwähnt oder (von den Fallgruppen des Abs. 2) auch nur miterfasst. Das spricht jedenfalls nicht für eine Erfassung inhaltlicher Belästigungen durch § 7 Abs. 1 S. 1 UWG.

cc) Gesetzesbegründung

Während die Gesetzesbegründung zum UWG 2008 fast ausschließlich auf die Vereinbarkeit mit der UGP-Richtlinie fokussiert,¹²¹⁸ formulierte die Begründung zum UWG 2004 ausdrücklich: „[Unter das Verbot der unzumutbaren Belästigungen] fallen solche Handlungen, die bereits wegen der Art und Weise unabhängig von ihrem Inhalt als Belästigung empfunden werden. Die Belästigung besteht darin, dass die Wettbewerbshandlung den Empfängern aufgedrängt wird.“¹²¹⁹ Da dem 2008 nicht widersprochen wurde, ist auch dies ein Indiz dafür, dass § 7 Abs. 1 S. 1 UWG allein ihrer Art und Weise nach belästigende geschäftliche Handlungen erfasst.

1217 *Ohly* WRP 2006, 1401, 1411 f.

1218 *BegrRegE UWG 2008*, BT-Drucks 16/10145, S. 28: § 7 UWG sei zwar strenger als die UGP-RL. Das sei jedoch zulässig, weil § 7 UWG auf Art. 13 Abs. 3 der Datenschutz-RL beruhe und diese gemäß Nr. 26 des Anhangs 1 der UGP-RL unberührt bleibe; zur Vereinbarkeit mit der UGP-RL aufgrund deren Öffnungsklausel: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Schöler* § 7 Rn. 175, mwN.

1219 *BegrRegE UWG 2004*, BT-Drucks 15/1487, S. 20.

c) Zu enger Anwendungsbereich und Konflikt mit Normkonzept

Eine Auslegung von § 7 Abs. 1 S. 1 UWG dahingehend, dass Verbraucher_innen vor inhaltlichen Belästigungen geschützt werden, muss angesichts der vorhergehenden Ausführungen als ambitioniert betrachtet werden.¹²²⁰ Eine solche Auslegung ließe sich mit dem Wortlaut von § 7 Abs. 1 S. 1 UWG zwar noch vereinbaren, steht aber im Gegensatz zur Gesetzesbegründung und der Systematik innerhalb der Norm. Sinn und Zweck von § 7 Abs. 1 S. 1 UWG ist der Schutz von Verbraucher_innen davor, gegen ihren Willen in das Marktgeschehen gezogen zu werden.¹²²¹

Auch ist zweifelhaft, ob durch eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Norm auf die „geistige Privatsphäre“ oder den Schutz des Verbraucherpersönlichkeitsrechts alle Fälle geschlechtsdiskriminierender Werbung über § 7 Abs. 1 UWG erfassbar wären. Zu vermuten ist, dass eine Beeinträchtigung – wenn überhaupt – in erster Linie in Fällen der Sexualisierung vorläge, nicht aber bereits bei sonstigen Zuschreibungen von Eigenschaften und Rollen aufgrund des Geschlechts.

Jedenfalls aber würde eine solche Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf inhaltliche Belästigungen das Konzept des § 7 UWG sprengen. Da die Norm auf Belästigung durch die Art und Weise, nicht aber die Inhalte einer Werbung angelegt ist, müsste in die Norm aufgenommen werden, welche konkreten Inhalte belästigend sind. Dies ließe sich jedoch klarer innerhalb einer neuen Norm formulieren. § 7 UWG ist für eine Implementierung des Schutzes vor geschlechtsdiskriminierender Werbung nicht geeignet.

5. § 3 Abs. 1 UWG

Schließlich könnte der Schutz vor geschlechtsdiskriminierender Werbung über die Generalklausel, § 3 Abs. 1 UWG, gewährleistet werden. Allerdings ist diese Norm lediglich als Auffangtatbestand konzipiert und ihre Anwen-

1220 Ähnlich *Ohly* GRUR 2004, 889, 894 (eine Belästigung iSd § 7 UWG ließe sich nur mit einer gequälten Konstruktion begründen).

1221 So auch die allgM in der Literatur, statt vieler *Köhler* /Bornkamm § 7 Rn. 19, 34; *Piper/Ohly/Sosnitza* § 7 Rn. 24; *MünchKommUWG/Leible* § 7 Rn. 50.

dung darüber hinaus sehr umstritten.¹²²² Aufgrund der Formulierung als Auffangtatbestand sind die Voraussetzungen der Generalklausel zwar so weit und offen formuliert, dass eine Erfassung geschlechtsdiskriminierender Werbung möglich wäre. Allerdings zeigen die Begründungen einiger Entscheidungen der Werbeselbstkontrolle ebenso wie die Argumentationen von Rechtsprechung und Literatur Schwierigkeiten im Rahmen der Definition geschlechtsdiskriminierender Werbung.¹²²³ Dies verdeutlicht die Erforderlichkeit einer konkreten Norm, die definiert und anhand von Fallgruppen veranschaulicht, unter welchen Voraussetzungen Werbung geschlechtsdiskriminierend ist. Diesen Anforderungen kann die Generalklausel nicht genügen.

6. Ergebnis

Die Implementierung des Diskriminierungsschutzes in die Normen des UWG scheitert daran, dass die Normen – wenn überhaupt – nur einen Teil der Fälle geschlechtsdiskriminierender Werbung erfassen können oder zu vage und offen formuliert sind, um ein effektives Vorgehen gegen geschlechtsdiskriminierende Werbung zu ermöglichen. Eine Umsetzung des Schutzes vor geschlechtsdiskriminierender Werbung ist innerhalb der bestehenden Normen des UWG nicht möglich.

1222 Die Verletzung der Menschenwürde als absolute Grenze im Lauterkeitsrecht anerkennend: BVerfGE 102, 347, 366 f. – Benetton-Werbung; BVerfGE 107, 275, 281 – Benetton-Werbung II; dem folgend die hM in der Literatur, statt vieler Köhler/Bornkamm § 3 Rn. 73; Fezer/Scherer § 4-2 Rn. 304; Beater Rn. 2348; unterschiedliche Würdebegriffe nutzen wollend Ahrens FS Schrickler, S. 619, 628; dem widersprechend und eine Verletzung der Menschenwürde als Begründung der Unlauterkeit ablehnend: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Stuckel § 4 Nr. 1 Rn. 30, 154 („nur in besonders gelagerten Extremfällen bei gleichzeitiger Verfälschung der Entscheidungsfreiheit“); Ohly GRUR 2004, 889, 895; Schöne-mann FS Stober, S. 147 ff., mwN (grundgesetzliche Wertordnung entfalte sich im Lauterkeitsrecht konsequent als ökonomische Freiheitsordnung); über die Generalklausel grundsätzlich ethische und soziale Grundwerte erfassen wollend: LG Berlin openJur 2012, 9756; Ahrens JZ 1995, 1096, 1099 (allerdings zu § 1 UWG 1909); Schrickler/Henning-Bodewig Elemente einer Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der Europäischen Union, S. 79; Fezer § 3 Rn. 216 f., § 1 Rn. 82.

1223 Vgl. etwa Wassermeyer Diskriminierende Werbung, S. 198; Ahrens JZ 1995, 1096, 1100; Henning-Bodewig WRP 1992, 533, 540.

V. Einführung einer neuen Norm

1. Bedürfnis

Die Werbeselbstkontrolle ist jedenfalls in ihrer derzeitigen Arbeitsweise, aber auch grundsätzlich nicht geeignet, die Regulierung geschlechtsdiskriminierender Werbung als einzige zuständige Stelle zu übernehmen.¹²²⁴ Vor allem besteht die Gefahr, dass Verhaltensweisen, die „nur“ von der Selbstkontrolle erfasst werden, als weniger gravierend erscheinen und damit letztlich auch bei der Auslegung der Generalklausel unberücksichtigt bleiben. Gerade in Zeiten sich verschärfenden Wettbewerbs und einer Liberalisierung der Wettbewerbsregeln besteht ein Bedürfnis, verbindlich die Grenzen dessen festzulegen, was „redlicherweise“ zu Absatzzwecken eingesetzt werden darf und was nicht. Es widerspricht dem Schutzzweck des heutigen Wettbewerbsrechts, Fragen, welche die Grundwerte der Gesellschaft betreffen, ausschließlich der Selbstkontrolle der Wirtschaft zu überlassen.¹²²⁵ Eine zusätzliche Verankerung dieser Fragen in der Selbstkontrolle mag gerade auch hinsichtlich der Bekämpfungsgeschwindigkeit vorteilhaft sein, sie macht eine gesetzliche Regelung jedoch nicht überflüssig.¹²²⁶

Das UWG ist aus verschiedenen Gründen ein geeigneter Ort für die Regulierung geschlechtsdiskriminierender Werbung.¹²²⁷ Allerdings sind die derzeitigen Normen – wenn überhaupt – nur geeignet, einen Teil geschlechtsdiskriminierender Werbung zu erfassen. Die Generalklausel hingegen ist zu vage formuliert. Insbesondere aufgrund der Schwierigkeit der Bestimmung einer Diskriminierung könnten Richter_innen vor einer (theoretisch möglichen) Subsumtion unter die Generalklausel zurückschre-

1224 Vgl. oben, C. III., S. 70 ff.

1225 *Schricker/Henning-Bodewig* Elemente einer Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der Europäischen Union, S. 82.

1226 So im Ergebnis auch *Schricker/Henning-Bodewig* Elemente einer Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der Europäischen Union, S. 82.

1227 Siehe dazu oben, F. I., S. 228 ff.; zu ähnlichen Erwägungen im Rahmen der Einführung eines Verbots geschlechtsdiskriminierender Werbung im norwegischen Marktgesetz: *Kur* WRP 1995, 790, 791; aA (zum Schutz der Menschenwürde über das Lauterkeitsrecht) *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Schünemann* UWG (Vorauslage) § 3 Rn. 316: besserer und spezifischerer Schutz außerhalb des Wettbewerbs möglich.

cken.¹²²⁸ Die Fallgruppe geschlechtsdiskriminierender Werbung wäre bei einer bloßen Erfassung über die lauterkeitsrechtliche Generalklausel außerdem nicht selbst ausdrücklich im UWG festgeschrieben und erhielte damit nicht den Stellenwert, den sie bräuchte, um tatsächlich effektive Regulierung entfalten zu können. Aus Gründen der einfacheren Subsumtion und damit einhergehend auch der erhöhten Rechtssicherheit sind verbotene Verhaltensweisen möglichst präzise zu erfassen. Zur optimalen, effektiven Bekämpfung geschlechtsdiskriminierender Werbung bedarf es daher einer lauterkeitsrechtlichen Norm, die in Fallgruppen deutlich macht, wann eine geschlechtsdiskriminierende Werbung vorliegt.¹²²⁹

2. Vergleichbare Normen anderer Länder

In verschiedenen anderen Ländern existieren Verbote geschlechtsdiskriminierender Werbung, so etwa in Irland¹²³⁰, Norwegen, Schweden, Dänemark und Finnland¹²³¹ sowie Kroatien, Griechenland, Portugal und Spanien¹²³².

a) Verbote geschlechtsdiskriminierender Werbung

Art. 9 Nr. 5 des griechischen Werbegesetzes untersagt diskriminierende Werbung.¹²³³ Art. 7 des portugiesischen Werbegesetzbuches enthält unter der Überschrift „Grundsatz der Rechtmäßigkeit“ einen umfassenden Verbotskatalog, welcher die Verletzung grundlegender Werte, verfassungs-

1228 So zu Grundwerten der Gesellschaft auch *Schricker/Henning-Bodewig* Elemente einer Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der Europäischen Union, S. 83.

1229 Alternativ denkbar ist die Ausgestaltung einer relativ knappen gesetzlichen Regelung im Wege spezieller „guidelines“ nach dem Vorbild der Richtlinien der Verbraucherombudsmänner in den nordischen Staaten oder „Empfehlungen“ einer Kommission im Rahmen einer Ko-Regulierung, vgl. dazu *Schricker/Henning-Bodewig* Elemente einer Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der Europäischen Union, S. 83, und *Kur WRP* 1995, 790 ff.

1230 *Prechal/Burri* Geschlechtergleichstellungsrecht in 30 Europäischen Ländern, S. 60 (Stand 2009).

1231 *Kur WRP* 1995, 790, 792.

1232 *Schricker/Henning-Bodewig* Elemente einer Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der Europäischen Union, S. 84 (Stand Juli 2001).

1233 Ebenda.

rechtlich geschützter Grundsätze, Angriffe auf die Menschenwürde sowie die Diskriminierung nach Geschlecht nennt.¹²³⁴ In Art. 3 a) des spanischen Werbegesetzes wird jede Werbung verboten, die gegen die Würde der Person verstößt oder die durch die Verfassung anerkannten Werte und Rechte verletzt, wobei der Schutz von Kindern, Jugendlichen und Frauen ausdrücklich genannt wird.¹²³⁵ Das polnische Gesetz über die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 16. April 1993 definiert in Art. 16 Abs. 1 Hauptfallgruppen unlauterer Werbung und nennt an erster Stelle in der Nr. 1 „eine dem Gesetz oder den guten Sitten widersprechende oder die Würde des Menschen verletzende Werbung“.¹²³⁶ Die aufgeführten Normen befinden sich sämtlich in den jeweils äquivalenten Gesetzen zum deutschen UWG, greifen jedoch mehrheitlich auf weite Begriffe wie Würde oder gute Sitten zurück, um geschlechtsdiskriminierende Werbung zu erfassen.

b) Fallgruppen geschlechtsdiskriminierender Werbung im norwegischen Marktgesetz

Differenzierter formuliert ist das norwegische Marktgesetz (MFL), das in § 1 Abs. 2 ein ausdrückliches Verbot geschlechtsdiskriminierender Vertriebsmaßnahmen enthält. Die Einführung dieser Vorschrift erfolgte bereits im Jahre 1978 im Zusammenhang mit dem Erlass eines Gesetzes über die Gleichberechtigung der Geschlechter.¹²³⁷ Die Norm wurde bewusst nicht in das Gesetz über die Gleichberechtigung, sondern in das MFL eingefügt, da es als zweckmäßiger angesehen wurde, die Vorschrift im MFL zu verankern und ihre Überwachung den dort zuständigen Organen anzuvertrauen.¹²³⁸ Sie unterscheidet drei Fallgruppen: Die „herabsetzende Beurteilung“, die „kränkende Darstellung“ und den „Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter“, wobei letztere den Oberbegriff zu den beiden erstgenannten Fallgruppen bildet und auch für die Erfassung von Fällen

1234 Ebenda.

1235 Ebenda.

1236 *Wisniewska* GRUR Int 2001, 213, 218.

1237 Lov om likestilling mellom kjønnene, Nr. 45 v. 9. 6. 1978, zitiert aus *Kur WRP* 1995, 790, 792.

1238 *Kur WRP* 1995, 790, 792.

herangezogen werden kann, die nicht eindeutig der „herabsetzenden Beurteilung“ oder „kränkenden Darstellung“ zugeordnet werden können.¹²³⁹

aa) „Kränkende Darstellung“

Dabei werden unter die Fallgruppe der „kränkenden Darstellung“ vor allem Fälle erfasst, in denen der weibliche Körper als Blickfang in der Werbung eingesetzt wird, ohne dass ein sachlicher Zusammenhang besteht. Ankommen soll es dabei nicht auf spärliche Bekleidung oder vollkommene Nacktheit, sondern vielmehr darauf, ob durch die Art und Weise der Präsentation eine Herabwürdigung der dargestellten Person zum bloßen Objekt erfolgt, wobei z.B. die Pose und der Gesichtsausdruck des Models sowie die Perspektive der Betrachter_innen eine Rolle spielen sollen.¹²⁴⁰ So wurde in einer der ersten Entscheidungen zu § 1 Abs. 2 MFL eine Werbung untersagt, in der Models verschiedene Kleidungsstücke präsentierten und die weiblichen, mit Bademoden bekleideten Testimonials sämtlich eine „aufreizende“ Stellung einnahmen, während das männliche Model mit einem Bademantel bekleidet in sachlicher, „lässiger“ Weise posierte.¹²⁴¹ Als zulässig angesehen wurde dagegen eine Werbekampagne, die zwei Coca Cola trinkende junge Frauen in Bikini und Skistiefeln zeigte. Auch wenn die Frauen hier als Blickfang wirkten, erschienen sowohl die dargestellte Situation (Erfrischungspause und Sonnenbad bei Frühjahrsskilauf) als auch die Posen als natürlich und standen darüber hinaus auch in sachlichem Zusammenhang mit der Werbebotschaft.¹²⁴²

bb) „Herabsetzende Beurteilung“

Als „herabsetzende Beurteilung“ erfasst § 1 Abs. 2 MFL Darstellungen und Aussagen, in denen Frauen oder Männern in klischeehafter Weise bestimmte negative Eigenschaften zugeschrieben werden. Typische derartige, in bildlicher oder wörtlicher Form aufgestellte Behauptungen seien etwa, dass

1239 *Kur WRP* 1995, 790, 791 ff.

1240 *Kur WRP* 1995, 790, 792.

1241 Markedsrådet (Marktrat) GRUR Int 1980, 683 – Express Forlag (Produktrelevanz).

1242 MR sak 15/81 – Coca Cola and a smile, zitiert aus *Kur WRP* 1995, 790, 793.

Frauen dumm und unselbständig oder Männer rücksichtslos und nicht in der Lage seien, sich um Kinder oder Haushalt zu kümmern. Nicht einschlägig soll § 1 Abs. 2 MFL sein, wenn der humoristische Charakter einer Anzeige über ihren diskriminierenden Unterton überwiegt und es sich lediglich um humoristische, unschädliche Übertreibungen handelt.¹²⁴³

cc) „Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter“

Das Gesetz über die Gleichberechtigung, in dessen Zusammenhang auch § 1 Abs. 2 in das MFL eingefügt worden ist, fordert nicht nur die Aufhebung diskriminierender Vorschriften, sondern bezweckt auch die aktive Förderung der Stellung der Frauen, sodass Werbemaßnahmen, die diesem Anliegen zuwiderlaufen, grundsätzlich auch gemäß § 1 Abs. 2 MFL unzulässig sein können. Noch keinen Verstoß gegen den Gleichberechtigungsgrundsatz stelle allerdings die Widerspiegelung der Realitäten des Arbeitslebens in der Werbung dar (männlicher Chef und Sekretärin), auch wenn sie dabei im Hinblick auf die Stellung von Frauen ein ungünstiges Bild liefere.¹²⁴⁴ Als besonders krasse Form der diskriminierenden Werbung, die dem Gleichheitsgrundsatz widersprach, indem sie auf bestimmte Rollenmuster anspielte, wurde eine Werbung für Jeans bewertet, die eine junge Frau in Jeans und BH sowie mehrere ältere Männer in Unterhosen zeigte. Im Text der Anzeige hieß es: "How to make love pay ... So what if he isn't so young anymore – just close your eyes, take a deep breath, and GO FOR GOLD!" Dies unterstelle, dass Frauen grundsätzlich bereit seien, sich für materielle Vorteile zu prostituieren, und dass für Männer Sex gegen Zahlung etwas Normales sei.¹²⁴⁵

1243 *Kur WRP* 1995, 790, 794.

1244 Ebenda.

1245 Berichtet in „Pretty Woman, Cindy og oss andre“, Vortragsmanuskript für die Veranstaltung „Backlash i Norge“, Oslo, 27.10.1993, zitiert aus *Kur WRP* 1995, 790, 794.

dd) Bewertung

Die norwegischen Fallgruppen und vor allem die Merkmale „kränkend“ und „herabwürdigend“ sind für sich genommen sehr unbestimmt und insbesondere auch für subjektive Wertungen anfällig. Sie bedurften daher zunächst einer genauen Ausdifferenzierung der einzelnen Fallgruppen, erweisen sich seitdem aber wohl als taugliches Mittel in der Praxis.¹²⁴⁶

3. Vorschläge für eine Norm gegen diskriminierende Werbung im deutschen Recht

Für ein Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung im deutschen UWG sprechen sich zumindest Teile der Literatur aus,¹²⁴⁷ die Wenigsten aber fordern eine eigene Norm. *Frauke Henning-Bodewig* und *Gerhard Schricker* betonen den wettbewerblichen Unrechtsgehalt grundwerteverletzender Werbung, zu der sie auch diskriminierende Werbung zählen. Auf die Art und Weise einer Regulierung im UWG (eigene Norm oder neue Fallgruppe der Generalklausel) gehen sie jedoch nicht ein.¹²⁴⁸ *Andrea Wassermeyer* und *Anja Steinbeck* plädieren für die Einführung einer Fallgruppe diskriminierender Werbung im Rahmen der Generalklausel und sprechen sich gegen die Einführung einer eigenen Norm im UWG aus.¹²⁴⁹

Dabei soll nach *Wassermeyer* „frauendiskriminierende“ Werbung vorliegen, wenn „ein Widerspruch im Spannungsgefälle zwischen Fortschritt und Rückständigkeit die Darstellung der Frau betreffend besteht“. Dies sei regelmäßig dann der Fall, „wenn sich das Bild der Frau in der Werbung von dem tatsächlichen Selbstverständnis der Frauen von heute unterscheidet und damit noch vorhandene Vorurteile verstärkt oder zumindest aufrecht erhal-

1246 *Kur* WRP 1995, 790, 793 f.

1247 Dagegen etwa *Ruess* Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2002, S. 209, 219: „Es liegt auf der Hand, dass der Gesetzgeber ‚diskriminierend‘ nicht wirklich fassen kann, da es in den anvisierten Fällen nicht um die begrifflich damit gemeinte ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von Menschen oder der Leugnung ihrer Gleichheit geht, sondern [...] um die Erfassung von Geschmack.“

1248 *Schricker/Henning-Bodewig* Elemente einer Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der Europäischen Union, S. 77 ff., 109.

1249 *Wassermeyer* Diskriminierende Werbung, S. 210 f.; *Steinbeck* ZRP 2002, 435, 438.

ten werden.“¹²⁵⁰ Als Hauptanwendungsfall nennt sie die Darstellung in herabwürdigender Weise als verfügbares, reines Sex- oder Lustobjekt.¹²⁵¹ Davon abgesehen, dass *Wassermeyer* allein auf „die Frau“ abstellt und damit einen Teil geschlechtsdiskriminierender Werbung ausblendet, kann auch ihre Definition kaum im Rahmen der Einordnung tatsächlicher Fälle behilflich sein. Unklar bleibt vor allem, wie und durch wen „Fortschritt und Rückständigkeit“ definiert werden sollen. Darüber hinaus verkennt sie, dass sexuelle Objektifizierung zwar eine Fallgruppe geschlechtsdiskriminierender Werbung sein kann, eine Reduktion darauf jedoch zu eng ist.

Ein Verbot diskriminierender Werbung als Spezialtatbestand im UWG schlägt schließlich *Karl-Heinz Fezer* vor¹²⁵² – allerdings ohne einen Normvorschlag zu unterbreiten. Er betont, dass die Darstellung von Sexualität und Nacktheit in der Werbung grundsätzlich zulässig sei, und bejaht dies, im Unterschied z.B. zum norwegischen Recht,¹²⁵³ auch für den Fall, dass kein Sachzusammenhang zu dem beworbenen Produkt besteht. Diskriminierungskriterien sind für ihn „die Degradierung eines Menschen zum Sexualobjekt“, „die Leugnung der sozialen, wirtschaftlichen oder kulturellen Gleichwertigkeit eines Menschen aufgrund seiner geschlechtsspezifischen Eigenschaften“ sowie „erniedrigende oder verächtlich machende Darstellungen geschlechtsspezifischen Inhalts“.¹²⁵⁴

Insbesondere das Kriterium der erniedrigenden oder verächtlich machenden Darstellungen ist jedoch relativ unbestimmt, wodurch eine direkte Fallsubsumtion erschwert wird. Unklar bleibt auch, ab wann die Degradierung eines Menschen zum Sexualobjekt vorliegt – vor allem da *Fezer* Sexualität und Nacktheit in der Werbung auch ohne Sachzusammenhang zu dem beworbenen Produkt für zulässig hält. Des Weiteren erkennt *Fezer* gerade geschlechtsspezifisch unterschiedliche Eigenschaften an und verkennt, dass damit bereits eine Differenzierung einhergeht, die entindividualisierend ist und letztendlich der Gleichstellung im Wege steht.¹²⁵⁵ Vor diesem Hintergrund ist insbesondere auch im Rahmen seiner letzten Fallgruppe fraglich,

1250 *Wassermeyer* Diskriminierende Werbung, S. 189.

1251 *Wassermeyer* Diskriminierende Werbung, S. 190.

1252 So jedenfalls zu § 1 UWG 1909 *Fezer* WRP 2001, 989, 1017; *ders.* BMJ-Gutachten UWG, S. 86 ff.; *ders.* JZ 1998, 266, dort auch mit Kriterien für diskriminierende Werbung im Allgemeinen; letzteres ebenso in *Fezer* NJW 2001, 580, 582 f.

1253 Vgl. oben, F. VI. 2. b), S. 283 ff.

1254 *Fezer* WRP 2001, 989, 1018; *ders.* JZ 1998, 265, 273.

1255 Oben, D. I. 2., S. 127 ff.; D. I. 3., S. 146 ff.

was für ihn eine erniedrigende oder verächtlich machende Darstellung geschlechtsspezifischen Inhalts ausmacht.

4. Eigener Normvorschlag

Abschließend ist zu definieren, wann geschlechtsdiskriminierende Werbung im Lauterkeitsrecht vorliegt, sowie aufzuzeigen, welcher der sinnvollste Regelungsort im UWG für eine neue Norm ist, um letztlich einen konkreten Normvorschlag für ein Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung im Lauterkeitsrecht zu präsentieren.

a) Geschlechtsdiskriminierende Werbung im Lauterkeitsrecht

In Teil B und D wurde gezeigt, dass die Konstruktion von Geschlecht, insbesondere durch die Verfestigung von Geschlechtsrollenstereotypen, zu Differenzierung, Entwicklungs- und Entfaltungsbeeinträchtigung und Geschlechterungleichheit führt. Da nicht jede Konstruktion von Geschlecht bereits als geschlechtsdiskriminierend verboten werden kann, andererseits aber weite und unbestimmte Fallgruppen, wie die soeben beschriebenen, Anwendungsschwierigkeiten mit sich bringen, bedarf es einer Konkretisierung dessen, was geschlechtsdiskriminierende Werbung im Lauterkeitsrecht ist. Unabhängig davon, dass für eine Anwendbarkeit des UWG geschlechtsdiskriminierende Werbung stets geschäftliche Handlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG sein muss, sind für eine solche Konkretisierung drei Mittel kumulativ heranzuziehen:

aa) Ausdrückliche Aussagen

Zunächst ist die Auslegung der Bildaussage auf (relativ) ausdrückliche Aussagen zu beschränken. Grundsätzlich nicht erfasst sind damit unterschwellige Hierarchisierungen, wie z.B. durch nicht übermäßig betonte Körpernormen¹²⁵⁶. Entscheidend ist stets, welche Aussage durchschnittliche Rezipi-

1256 Körpernormen sind gesellschaftlich konstruierte Vorstellungen von körperlichen Schönheitsmerkmalen, wie etwa Schlankheit und Haarlosigkeit (insbesondere bei Frauen an den Beinen, unter den Achseln und im Intimbereich).

ent_innen der jeweiligen Werbung entnehmen. Erst auf der zweiten Ebene ist zu würdigen, ob die so verstandene Aussage diskriminierend ist. Der Werbespruch „MÄNNER GEHEN NICHT AUF DEN MARKT. MÄNNER GEHEN IN DEN MARKT“ eines Multimediamarktes stellt implizit die Forderung auf, dass es Aufgabe der Frauen ist, auf den Markt zu gehen. Der Slogan „AUCH MÄNNER HABEN GEFÜHLE: DURST“ einer Werbung für Limonade suggeriert, dass Männer weniger Gefühle haben als Frauen. Eine Uhrenwerbung, die ein Produkt zeigt sowie den Spruch: „Fast so kompliziert wie eine Frau. Aber pünktlich“ enthält die Aussage: Frauen sind kompliziert und unpünktlich.

**AUCH
MÄNNER
HABEN
GEFÜHLE:
DURST.**

Almdudler G'spritzt
Weniger Zucker, mehr Erfrischung.

**Fast so kompliziert
wie eine Frau. Aber
pünktlich.**

Die große Idee: Männer
sollten nicht nur die Verantwortung
für den Erfolg der Familie übernehmen,
sondern auch die Verantwortung für die
Emotionen der Familie übernehmen.
Das ist die Idee der IWC Schaffhausen.
Die Idee der IWC Schaffhausen ist es,
die Verantwortung für die Emotionen
der Familie zu übernehmen.

Letztlich werden durch die beschriebenen Aussagen Angehörige gesellschaftlicher Gruppen auf feste Eigenschaften, Rollen und Aufgaben fixiert, welche zu Entfaltungsbeeinträchtigungen und Hierarchien zwischen den Geschlechtern führen.¹²⁵⁷ Dies kommt insbesondere im Rahmen von Kinderwerbung vor: Während Mädchen nicht selten auf die Bereiche Schönheits-, Kinder- und Haushaltspflege reduziert werden, ist Werbung, die sich an Jungen richtet, auf Konstruktion, Auseinandersetzung und ein tendenziell umfangreiches Betätigungsfeld ausgerichtet.

1257 Oben, B. III., S. 44 ff., B. IV., S. 58 ff.



Gebrauchsgegenstände für Kinder sind häufig in Mädchen- und Jungenprodukte getrennt, was durch Beschriftung und unterschiedliche Farbgestaltung deutlich gemacht wird. Teilweise erwecken für beide Geschlechtsgruppen angebotene Produkte den Eindruck, für Mädchen seien einfachere und funktionsärmere Produkte ausreichend. Darin liegt eine besonders deutliche, zu einer Diskriminierung führende Eigenschaftszuschreibung aufgrund des Geschlechts.



Eine Werbung ist also dann geschlechtsdiskriminierend, wenn sie eindeutige Geschlechtsrollenstereotypisierungen vornimmt, also Aussagen in Form von Bildern oder Texten enthält, die Menschen aufgrund ihres Geschlechts Eigenschaften, Fähigkeiten und soziale Rollen in Familie und Beruf zuordnen.

bb) Hierarchische Darstellungen

Eigenschaftszuschreibungen und Hierarchien werden jedoch nicht allein durch eindeutige Aussagen vermittelt. Daher ist zusätzlich auf hierarchische Darstellungen innerhalb der jeweiligen Werbeaussage zu achten, also darauf, ob die jeweilige Werbung geschlechtsbezogene Über-/Unterordnungsverhältnisse wiedergibt. Von Bedeutung dafür können die Anzahl der dar-

gestellten Frauen und Männer sein, ihre Körperhaltung und Bekleidung oder auch besonders betonte Körpernormen. Eine Hierarchie liegt z.B. vor, wenn ein Mann im Bademantel neben mehreren Frauen im Bikini zu sehen ist¹²⁵⁸ oder ein Mann zwei Frauen im Arm hält. Die genannten Fälle deuten eine besondere Machtstellung und Überlegenheit „des Mannes“ an, welche eine gewisse Verfügungsmacht über Frauen beinhaltet. Dies wird insbesondere deutlich durch das Vorstellen einer geschlechtervertauschten Darstellung der genannten Situationen. Die Darstellungen würden nicht nur ungewohnt anmuten, sondern auch ein Machtgefälle zugunsten der dargestellten Frauen und zulasten der Männer implizieren. Zu vermuten ist, dass Machtgefälle zugunsten von Männern demgegenüber seltener wahrgenommen werden, weil sie häufig in Darstellungen reproduziert und tendenziell als Norm empfunden werden.

Ein geschlechtsbezogenes Über-/Unterordnungsverhältnis kann sowohl zwischen den in der Werbung abgebildeten Menschen, als auch im Verhältnis zu den Werbeadressat_innen bestehen, dazu sogleich.

Die häufig in Bezug genommene Sexualisierung (von Frauen) ist ebenso wie Nacktheit oder sexuelle Objektivierung nicht per se eine Diskriminierung.¹²⁵⁹ Zum einen kann nicht jeder Darstellung eines nackten Menschen bereits eine Aussage oder Hierarchie entnommen werden. Entscheidend für die jeweilige Aussage der Werbung ist, wie und in welcher Form ein bestimmtes Motiv verwendet wird. Eine geschlechtsbezogene Hierarchie kann insbesondere dann ausscheiden, wenn Nacktheit oder Sexualisierung produktbezogen und situationsadäquat eingesetzt werden. Zum Beispiel kann Nacktheit als Symbol für Schutzlosigkeit dienen und mit der Darstellung von Sexualität auf die Gefährlichkeit sexuell übertragbarer Krankheiten aufmerksam gemacht werden.



1258 Markedsrådet (Marktrat) GRUR Int 1980, 683 – Express Forlag (Produktrelevanz), Beispiel aus der Entscheidungspraxis Norwegens, in diesem Fall eine Geschlechtsdiskriminierung annehmend.

1259 Ausführlich dazu Lembke/Völzmann Regulierungen des Intimen.

Zum anderen sind Nacktheit, Sexualisierung und Objektivierung auch in Werbeanzeigen für gleichgeschlechtlich liebende Menschen zu finden, dort wird aber mangels unterschiedlicher beteiligter Geschlechtsgruppen (dargestellte Personen sowie Adressat_innen) grundsätzlich keine Hierarchie zwischen verschiedenen Geschlechtsgruppen und damit keine Geschlechtsdiskriminierung vorliegen.

Auch im Rahmen von Sexualisierung kommt es also darauf an, ob (mit ihrer Hilfe) Geschlechtsrollenstereotype oder direkte Hierarchien vermittelt werden. Dies kann sich insbesondere aus der Darstellung verschiedener Geschlechter in der Werbung, aber auch aus einer Zusammenschau von Werbung und Werbeadressat_innen ergeben, etwa wenn eine Werbung für ein Männerprodukt gezielt Männer anspricht und zusammen mit dem Produkt eine leicht bekleidete, sich lasziver Mimik und Gestik bedienende Frau abbildet und damit für die männlichen Adressaten die sexuelle Verfügbarkeit der abgebildeten Frau suggeriert. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ihre Abbildung in keinem Zusammenhang mit dem beworbenen Produkt steht, sondern ihre sexuellen Reize als Blickfang herausgestellt werden und die dargestellte Person (zumindest zunächst einmal) Objekt und nicht länger eine Person (Subjekt) ist, die die Fähigkeit hat, eigenständig zu handeln oder ihre eigenen unabhängigen Entscheidungen (im sexuellen Bereich) zu treffen. Beispiele dafür sind die Werbung auf dem Transporter eines Raumausstatters mit dem Slogan „Wir machen geile Bodenbeläge“, worunter sich eine nackte Frau auf dem Boden räkelt, sowie die Werbung eines Anhängerverleihs, die unter dem Spruch „MIET MICH BENUTZ MICH“ einen Anhänger sowie drei leicht bekleidete, sich lasziv räkelnde Frauen zeigt.



Ebenfalls zu dieser Fallgruppe gehört die oben¹²⁶⁰ bereits angesprochene und abgebildete AXE-Werbung.

Eine Sexualisierung von Männern kommt in dieser Art nicht vor, da auch Sexualisierung von Männern sich der männlichen Geschlechtsrollenstereotype Stärke und Aktivität bedient. Werbung ist darüber hinaus stets im sozialen Kontext zu lesen. Selbst ein passiver, „schwächerer“, sexualisierter Mann wird grundsätzlich nicht als Objekt wahrgenommen, das sexuelle Handlungen ohne eigene Entscheidungsbefugnis jederzeit an sich duldet. Dies widerspricht schlicht dem gesellschaftlich herrschenden Verständnis von männlicher (aktiver) und weiblicher (passiver) Sexualität. Die Reduktion auf Äußerlichkeiten und die sexuelle Verfügbarkeit sind somit weibliche Geschlechtsrollenstereotype. Aus ihrem Einsatz ergeben sich in der Regel auch direkte Hierarchien (zulasten von Frauen).

Das Problem der Sexualisierung von Frauen (für Männer) sollte zum Zwecke besserer Erkennbarkeit im Rahmen einer neuen Norm in zwei Fallgruppen sichtbar und damit greifbar gemacht werden: Darstellung der sexuellen Anziehung als ausschließlicher Wert von Frauen sowie Reduktion von Frauen auf eine Sache zum sexuellen Gebrauch.¹²⁶¹ In die erste Fallgruppe passt als Beispiel das Werbeplakat eines Edelmetallhandelshauses: „WARUM SIE LIEBER IN GOLD ALS IN EINE SCHÖNE FRAU INVESTIEREN SOLLTEN: WEIL GOLD NIE SEINEN GLANZ VERLIERT.“



Ein Beispiel für die zweite Fallgruppe (Reduktion von Frauen auf einen Gegenstand zum sexuellen Gebrauch) ist neben den beiden bereits oben angeführten Werbeanzeigen die schon an anderer Stelle erwähnte Hostelwerbung mit der Darstellung eines weiblichen Unterleibs, dessen Tanga die Auf-

1260 Oben, S. 74 f., Abbildung auf S. 74.

1261 Kritisch Knopf/Schneikart/Lembke *Sex/ismus und Medien*, S. 29, 46.

schrift „24 h OPEN“ trägt.¹²⁶² Darüber hinaus ist die Fallgruppe dann einschlägig, wenn weibliche Körper oder Körperteile ohne Produktbezug als Blickfang eingesetzt werden oder der Eindruck hervorgerufen wird, die abgebildete Frau sei wie das Produkt käuflich. Beispiel dafür ist die Werbeanzeige eines Telekommunikationsanbieters, dessen Angebot zunächst nicht eindeutig erscheint und auch in der Bereitstellung der Verfügbarkeit über die dargestellte Frau liegen könnte.



Um die Diskriminierung anderer Geschlechter durch Sexualisierung nicht völlig auszuschließen, muss aber jedenfalls ein Rückgriff auf die allgemeinen Tatbestandsmerkmale geschlechtsdiskriminierender Werbung (Über-/Unterordnungsverhältnis) möglich bleiben.

cc) Werbung und Werbekampagne

Schließlich ist im Rahmen der Prüfung, ob eine Werbung eine Geschlechtsrollenstereotypisierung oder sonst ein Über-/Unterordnungsverhältnis enthält, nicht allein die einzelne Werbung, sondern auch die gesamte Werbekampagne in den Blick zu nehmen. So kann eine Diskriminierung vorliegen, wenn alle Bilder einer Werbekampagne in derselben Weise bestimmte Geschlechtsrollenstereotype bedienen, die für sich genommen in den einzelnen Werbeanzeigen noch nicht aussagekräftig genug waren, um eine Diskriminierung anzunehmen. Andererseits können geschlechtsrollenstereotype

¹²⁶² Vgl. Abbildung oben, S. 126.

Aussagen eines Bildes aber auch durch deren Umkehrung in einem anderen Bild derselben Kampagne neutralisiert werden.¹²⁶³

dd) Fazit

Die Kombination der vorgeschlagenen Tatbestandsmerkmale, Fallgruppen und Auslegungshilfen hat den Vorteil einer angemessenen Erklär- und Nachvollziehbarkeit. Dies ist vor allem deshalb wichtig, da viele Menschen sich der alltäglichen Hierarchie in diskriminierenden Bildern nicht bewusst sind und die in hohem Maße durch Geschlechtsrollenstereotype definierte Kategorie „Geschlecht“ selbst nicht in Frage gestellt wird. Die vorgeschlagene Herangehensweise akzeptiert, dass Geschlecht in unserer Gesellschaft ein wichtiger Identifikationsfaktor ist, der sich nicht ohne Weiteres und jedenfalls auch nicht unmittelbar negieren lässt. Auch wird verhindert, dass bereits jede Art der Konstruktion von Geschlecht in der Werbung verboten werden muss. Gleichzeitig ist diese Auslegung aber nicht in sich beschränkt, sondern kann sich vielmehr zusammen mit der Gesellschaft und ihrem Verständnis von Geschlecht entwickeln.

Geschlechtsdiskriminierende Werbung liegt also im Lauterkeitsrecht vor, wenn Werbeaussagen eindeutige Geschlechtsrollenstereotypisierungen in Form von Eigenschafts- oder Verhaltenszuschreibungen aufgrund des Geschlechts vermitteln oder sich aus der einzelnen werblichen Darstellung bzw. Aussage oder der gesamten Werbekampagne ein Über-/Unterordnungsverhältnis, insbesondere durch Körpernormen, Bekleidung und Sexualisierung, ergibt.

b) Konkreter Regelungsort für ein Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung

Für ein Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung kommen verschiedene Regelungsorte innerhalb des UWG in Betracht. Denkbar wäre, innerhalb des § 4 UWG ein Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung als Nr. 12 neu einzuführen. Allerdings definieren die Nummern des § 4 UWG allein die Lauterkeit. Für eine lauterkeitsrechtliche Unzulässigkeit sind in

¹²⁶³ Voraussetzung dafür ist selbstverständlich die gleichmäßige Verbreitung der einzelnen Komponenten und ein hoher Grad der Wahrnehmungswahrscheinlichkeit.

diesen Fällen weiterhin die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 UWG nötig. Angesichts der gegen eine Regulierung geschlechtsdiskriminierender Werbung bestehenden Bedenken der Literatur, der zum Teil sehr engen Auslegung des UWG sowie des Beispiels des wirkungslosen § 4 Nr. 1 Alt. 2 UWG unterliegt diese Lösung starken Bedenken. Sinnvoller erscheint, auch aufgrund der inhaltlichen Nähe, eine an § 7 UWG angelehnte Lösung innerhalb eines neu zu schaffenden § 7a UWG.¹²⁶⁴

c) Normtext

Der Normtext des neu einzuführenden § 7a UWG ist in Anlehnung an die oben gefundene Definition geschlechtsdiskriminierender Werbung zu bilden und muss, vor allem aufgrund des notwendigen Schutzes der Kunstfreiheit, ein der verfassungskonformen Auslegung zugängliches Tatbestandsmerkmal enthalten. Damit könnte § 7a UWG wie folgt lauten:

§ 7a UWG Diskriminierende Werbung

(1) Eine geschäftliche Handlung, durch die Marktteilnehmende in diskriminierender Weise angesprochen werden, ist unzulässig, wenn nicht verfassungsrechtlich geschützte Interessen ausnahmsweise überwiegen. Die Diskriminierung kann sich aus der Aussage einer Werbung, ihrem Gesamteindruck oder der Gesamtheit der einzelnen Teile einer Werbekampagne ergeben.

(2) Werbung ist geschlechtsdiskriminierend, wenn sie Geschlechtsrollenstereotype in Form von Bildern oder Texten wiedergibt oder sich in sonstiger Weise ein geschlechtsbezogenes Über-/Unterordnungsverhältnis zwischen den Personen in der Werbung oder im Verhältnis zu den von der Werbung adressierten Personen ergibt. Werbung ist insbesondere geschlechtsdiskriminierend, wenn sie

1. Menschen aufgrund ihres Geschlechts Eigenschaften, Fähigkeiten und soziale Rollen in Familie und Beruf zuordnet oder
2. sexuelle Anziehung als ausschließlichen Wert von Frauen darstellt oder
3. Frauen auf einen Gegenstand zum sexuellen Gebrauch reduziert, insbesondere, indem weibliche Körper oder Körperteile ohne Produktbezug

¹²⁶⁴ In § 8 Abs. 1 UWG müsste es dann heißen: „Wer eine nach § 3, 7 oder 7a unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt, [...]“.

als Blickfang eingesetzt werden oder der Eindruck hervorgerufen wird, die abgebildete Frau sei wie das Produkt käuflich.

Die Absätze 3 ff. sind geeignet, Beschreibungen von Diskriminierungen aufgrund anderer Merkmale aufzunehmen.