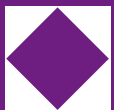


Berit Völzmann

Geschlechtsdiskriminierende Wirtschaftswerbung

Zur Rechtmäßigkeit eines Verbots
geschlechtsdiskriminierender Werbung im UWG



Nomos

Schriften zur Gleichstellung

herausgegeben von

Prof. Dr. Susanne Baer
Marion Eckertz-Höfer
Prof. Dr. Jutta Limbach
Prof. Dr. Heide Pfarr
Prof. Dr. Ute Sacksofsky

Band 40

Berit Völzmann

Geschlechtsdiskriminierende Wirtschaftswerbung

Zur Rechtmäßigkeit eines Verbots
geschlechtsdiskriminierender Werbung im UWG



Nomos

Gedruckt mit Unterstützung des Deutschen Akademikerinnenbund e.V. (DAB).



Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2014

ISBN 978-3-8487-1849-8 (Print)

1. Auflage 2014

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2014. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Diese Arbeit lag als Dissertation im Sommersemester 2014 der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln vor. Sie war im Dezember 2013 abgeschlossen; danach veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur wurde zum Teil bis Sommer 2014 berücksichtigt.

Mein besonderer und herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater, Prof. Dr. Karl-Nikolaus Peifer, ohne dessen Unterstützung diese Arbeit so nicht entstanden wäre. Seine Anregungen und Kritik habe ich ebenso zu schätzen gewusst wie seine Offenheit für queerfeministische Theorien, interdisziplinäres Arbeiten und die feministische Rechtswissenschaft. Die Arbeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl hat mir das Schreiben dieser Arbeit nicht nur finanziell ermöglicht, sondern mir auch einen familiären Raum gegeben, innerhalb dessen ich mir steter Unterstützung in vielfältiger Form sicher sein konnte. Auch den studentischen und wissenschaftlichen Mitarbeiter_innen des Instituts für Medienrecht, die zur Zeit der Erstellung dieser Arbeit mit mir am Lehrstuhl arbeiteten und mit ihren Recherchehilfen, kritischen Nachfragen und Diskussionsbeiträgen zum Entstehen der Arbeit beitrugen, gilt daher mein herzlicher Dank.

Meinem Zweitgutachter, Prof. Dr. Wolfram Höfling, danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Für die Beteiligung am Druckkostenzuschuss danke ich dem Deutschen Akademikerinnenbund (DAB).

Meiner Familie, insbesondere meinen Eltern, und meinen Freund_innen danke ich für die moralische Unterstützung, für konstruktive Diskussionen und für wissenschaftsferne Ablenkungen. Meiner Partnerin, Beate Kruschinski, danke ich für ihr Verständnis und ihre Geduld, für ihr stets offenes Ohr und das Korrekturlesen der Arbeit, vor allem aber für die Kraft, die sie mir gibt.

Prof. Dr. Susanne Baer, PräsBVerwG Marion Eckertz-Höfer, Prof. Dr. Jutta Limbach, Prof. Dr. Heide Pfarr und Prof. Dr. Ute Sacksofsky danke ich für die Aufnahme der Arbeit in diese Schriftenreihe.

Köln, im August 2014

Berit Völmann

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
A. Einleitung	23
I. Problemdarstellung	23
II. Arbeitshypothese	26
III. Stand der Rechtsprechung und Forschung	26
IV. Gang der Darstellung	33
B. Geschlechtsdiskriminierende Darstellungen in der Werbung	35
I. Begriffsbestimmung „Werbung“	35
II. Geschlechtsbezogene Darstellungen in der Werbung	36
1. Geschlechtsrollen und Stereotype	36
2. Grundlegende Studien zur Stereotypisierung von Geschlechtsrollen in der Werbung in den 1970er und 1980er Jahren	37
3. Entwicklung in den 1990er Jahren und um die Jahrtausendwende	39
4. Aktuelle Studien	40
5. Aktuelle Beispiele	41
6. Zusammenfassung	43
III. Verfestigung von Geschlechtsrollenstereotypen durch Werbung	44
1. Geschlechtsrollen als Bestandteil des Geschlechts	44
2. Geschlechtsrollenerwerb	48
3. Medienwirkungsforschung	49
a) Quantitative Medienwirkungsforschung	49
b) Qualitative Medienwirkungsforschung	51
c) Kritik und Bewertung	54
d) Zusammenfassung	58
IV. Gefährdungspotenzial von Geschlechtsrollenstereotypisierung	58
1. Ungleichwertigkeit von Geschlechtsrollenstereotypen	59

2. Auswirkungen auf Leistung und berufliche Ambitionen – Stereotype Threat	59
3. Zusammenfassung	61
V. Geschlechtsdiskriminierung	62
1. Begriff der Diskriminierung	62
2. Diskriminierung durch Werbeaussagen	63
3. Betroffene diskriminierender Werbeaussagen	64
4. Ergebnis	65
VI. Zusammenfassung	65
C. Die Werbeselbstkontrolle als Mittel gegen geschlechtsdiskriminierende Werbung	66
I. Werbeselbstkontrolle in Deutschland	66
II. Umgang mit geschlechtsdiskriminierender Werbung	67
1. Kriterienkatalog	68
2. Beschwerdeverfahren	69
III. Kritische Betrachtung der Werbeselbstkontrolle	70
1. Vorteile der Werbeselbstkontrolle	70
2. Problematische Gremienzusammensetzung	71
3. Unzureichende Anwendung und problematische Ausformulierung der Verhaltensregeln	73
a) Unzureichende Anwendung der Verhaltensregeln	73
b) Problematische Ausformulierung der Verhaltensregeln	76
4. Probleme im Verfahren	77
5. Unzulänglichkeiten des Sanktionssystems und im Rahmen der Durchsetzungsfähigkeit	78
6. Werbeselbstkontrolle statt staatlicher Zwangmaßnahmen	80
IV. Ergebnis	82
D. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung einer Begrenzung geschlechtsdiskriminierender Werbung	83
I. Verletzung von Grundrechten bzw. verfassungsrechtlichen Leitbildern durch geschlechtsdiskriminierende Wirtschaftswerbung	83
1. Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG	83
a) Einordnung durch Rechtsprechung und Literatur	84

b) Schutz der Protagonist_innen	86
aa) Menschenwürde als vom Individuum unabhängige staatliche Schutzpflicht	87
(1) Die „Peep-Show“-Entscheidung	87
(2) Die „Zwergenweitwurf“-Entscheidung	88
(3) Literatur	90
(4) Arbeitsgemeinschaft der Landesmedienanstalten in der Bundesrepublik Deutschland	90
bb) Selbstbestimmung als Kern der Menschenwürde	91
cc) Bewertung	94
c) Schutz der Rezipient_innen	96
aa) Schutz von Einzelnen als Teil einer Gruppe	96
(1) Rechtsprechung	96
(a) „Benetton“	96
(b) „Verfolgungsschicksal“	99
(c) „Soldaten sind Mörder“	99
(d) Zusammenfassung	100
(2) Literatur	100
(3) Bewertung	101
bb) „Geschlechtsgruppe“ als verletzungs­fähige Gruppe iSd Art. 1 Abs. 1 GG	102
(1) Die Entscheidung „Frauen gegen den Stern“	102
(2) Bewertung	103
cc) Menschenwürdeverletzung durch Rezeption mensenwürdeverletzender Darstellungen	106
(1) Grundsatz und Bedeutung der Menschenwürde	106
(2) Verletzung durch Rezeption	110
d) Menschenwürdeschutz als Bestandteil der objektiven Wertordnung	112
aa) Einleitung	112
bb) Würde der Menschheit oder strenge Individualwürde?	113
(1) Einordnung durch Rechtsprechung und Literatur	113
(2) Bewertung	115

cc)	Verletzung der Menschenwürde durch geschlechtsdiskriminierende Darstellungen	117
	(1) Möglichkeit der Menschenwürdeverletzung durch fiktionale mediale Darstellungen	117
	(2) Bedeutung der Intention der Aussage	120
	(3) (Teil-) Konkretisierung des objektiv-rechtlichen Gehalts der Menschenwürde	121
	(a) Geschlechtsrollenstereotypisierung	121
	(b) Sexualisierte Werbung	123
	(c) Objektifizierung iSd Menschenwürde	124
e)	Ergebnis	127
2.	Gleichberechtigungsgebot, Art. 3 Abs. 2 S. 1, 2 GG	127
a)	Konkretisierung Gleichberechtigung	128
	aa) Chancengleichheit	128
	bb) Dominierungsverbot, Äquivalenzmodell, Rollentauschmodell	131
	cc) Hierarchisierungsverbot	134
	dd) Symmetrische Hierarchien als Gleichberechtigungsgefährdung	137
	ee) Zwischenergebnis	139
b)	Geschlechtsbezogene Hierarchien in der Werbung	139
	aa) Hierarchien durch Geschlechtsrollenstereotype	139
	bb) Benachteiligungen durch Geschlechtsrollenstereotype	140
c)	Ergebnis	145
3.	Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG	146
a)	Entfaltungsbehinderung durch Benachteiligung aufgrund des Geschlechts	146
b)	Selbstdarstellung entsprechend der empfundenen Geschlechtszugehörigkeit	148
c)	Geschlechtsfindung und Personwerdung als Grundbedingung freier Entfaltung der Persönlichkeit	149
	aa) Recht auf Geschlechtsfindung und Personwerdung	150
	bb) Gefährdung der Grundbedingungen der Persönlichkeitsentwicklung bzgl. der Geschlechtsfindung und Personwerdung	151

cc) Beeinträchtigung des Rechts auf Geschlechtsfindung und Personwerdung	155
dd) Ergebnis	156
4. Zusammenfassung	157
II. Einem Verbot entgegenstehende, nicht zu rechtfertigende Grundrechtseingriffe	158
1. Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 S. 1, 2 GG	158
2. Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG	159
a) Bedeutung und Gehalt der Meinungsfreiheit	159
b) Wirtschaftswerbung als Meinungsäußerung	160
aa) Einordnung durch Literatur und Rechtsprechung	161
bb) Grundsätzliche Schutzmöglichkeit über Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG	163
c) Konkretisierung des sachlichen Schutzbereichs	165
aa) Das Meinungsspektrum in Rechtsprechung und Literatur	165
bb) Werbeaussagen als Meinungs- oder Tatsachenäußerung	166
(1) Grundsätzliche Meinungseigenschaft sämtlicher Werbeaussagen	166
(2) Werbeaussagen als Tatsachen, die Voraussetzung der Bildung von Meinungen sind	170
(3) Werbeaussagen mit Meinungsqualität	171
(4) Zwischenergebnis	174
cc) Meinungswertigkeit geschlechtsdiskriminierender Wirtschaftswerbung	174
dd) Zwischenergebnis	176
d) Persönlicher Schutzbereich	177
e) Abwägung im Rahmen der Grundrechtskollision	178
aa) Das hohe Gut der Meinungsfreiheit	178
bb) Objektive Werte und staatliche Schutzpflichten aus Art. 3 Abs. 2 GG und Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG	179
cc) Ausgleich der betroffenen Rechtsgüter	180
(1) Der kommerzielle Zweck einer Meinungsäußerung	181

(2) Meinungsmacht der Medien und besondere Wirkung der Werbung	184
(3) Meinungsäußerung als Teil zwischenmenschlicher Kommunikation	187
(4) Zusammenfassung und Ergebnis	188
3. Pressefreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GG	189
a) Bedeutung der Pressefreiheit	190
b) Abgrenzung zur Meinungsfreiheit	190
c) Schutzbereichskonkretisierung	191
d) Abwägung im Rahmen der Grundrechtskollision	194
4. Rundfunkfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GG	195
a) Bedeutung der Rundfunkfreiheit	195
b) Abgrenzung zur Meinungsfreiheit	196
c) Abgrenzung zur Pressefreiheit	196
d) Schutzbereichskonkretisierung	197
e) Abwägung im Rahmen der Grundrechtskollision	198
5. Kunstfreiheit, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG	199
a) Bedeutung der Kunstfreiheit	199
b) Abgrenzung zur Meinungs-, Presse- und Rundfunkfreiheit	200
c) Kunst in der Werbung und Werbung als Kunst	202
aa) Geschützte Tätigkeiten in Werk- und Wirkungsbereich	203
bb) Künstlerische Vorlagen in der Werbung	204
(1) Formaler Kunstbegriff	205
(2) Materieller Kunstbegriff	208
(3) Offener Kunstbegriff	208
(4) Ergebnis	209
cc) Die Werbung selbst als Kunstwerk	209
d) Persönlicher Schutzbereich	212
e) Abwägung im Rahmen der Grundrechtskollision	214
III. Ergebnis	216
E. Vereinbarkeit einer Begrenzung geschlechtsdiskriminierender Werbung mit europäischem Primärrecht	218
I. Anwendbarkeit der EU-Grundrechte	218

II. Vereinbarkeit mit EU-Grundfreiheiten	219
1. Tatbestand des Art. 34 AEUV	219
a) Produktbezogene diskriminierende Werbung	220
b) Diskriminierende Werbung als Verkaufsmodalität	221
c) Ergebnis	223
2. Rechtfertigung	223
a) Schranken	223
b) Verhältnismäßigkeit	225
3. Ergebnis	227
F. Das UWG als Mittel gegen geschlechtsdiskriminierende Werbung	228
I. Sinnhaftigkeit der Durchsetzung des verfassungsrechtlich gebotenen Schutzes vor geschlechtsdiskriminierender Werbung über das UWG	228
1. Bündelung aller werbebezogenen Fälle sowie aller Fälle geschlechtsdiskriminierender Werbung in einem Gesetz	228
2. Möglichkeit der Verfolgung von Kollektivinteressen und Verbandsklagemöglichkeit	229
3. Schnelligkeit der Durchsetzbarkeit von Ansprüchen	231
4. Ergebnis	232
II. Ausschließlicher Schutz der Entscheidungsfreiheit als Verkürzung des lauterkeitsrechtlichen Schutzzwecks	233
III. Wertbezogene Auslegung der lauterkeitsrechtlichen Schutzzwecke	235
1. Einleitung	235
2. Diskriminierungsschutz als Freiheitsschutz	236
3. Richtlinienkonforme Auslegung anhand der UGP-Richtlinie	238
a) Ziel und Anwendungsbereich	238
b) Öffnungsklausel als Betonung des beschränkten Anwendungsbereichs der UGP-Richtlinie	239
c) Ausstrahlungswirkung der UGP-Richtlinie auf den nichtharmonisierten Bereich	240
aa) Eingeschränkter Zweck der Richtlinie	241
bb) Enger Unlauterkeitsbegriff der Richtlinie	241
cc) Beschränktes Verbraucherschutzverständnis der Richtlinie gegenüber sonstigem europäischem Recht	242

dd) Fazit	243
d) Veränderte Auslegung der UGP-Richtlinie seit Geltung des AEUV	244
aa) Wettbewerbsbezogener Gleichstellungsauftrag im EGV aF	244
bb) Weitere Stärkung der sozialen Komponente im AEUV	245
cc) Diskriminierungsverbot in der GRCh	246
dd) Fazit	247
e) Erfassung geschlechtsdiskriminierender Wirtschaftswerbung durch die Öffnungsklausel der UGP-Richtlinie	247
f) Ergebnis	250
4. Verfassungskonforme Auslegung	250
a) Die Grundrechte im Privatrecht – Verfassungsprivatrecht	250
b) Verfassungsrechtliche Auslegungsmöglichkeit des UWG	252
aa) Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe im UWG	252
bb) Begrenzung der verfassungsrechtlichen Auslegung des UWG	253
cc) Einschränkungslöse verfassungsrechtliche Auslegung des UWG	255
c) Übertragung der verfassungsrechtlichen Wertungen	259
5. Unzulässige Reduktion der Verbraucher_innen auf die Funktion des „Schiedsrichters“	260
6. Anhaltspunkte im UWG	262
a) Historie und Gesetzesbegründung	262
aa) Wertbezogene Auslegung des UWG 1909	262
bb) Keine grundsätzlichen Änderungen durch die Neufassungen 2004 und 2008	263
cc) Fazit	265
b) Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher	265
c) § 4 Nr. 1 Alt. 2 UWG als Schutz vor menschenverachtender Werbung	266
d) § 4 Nr. 11 UWG als Öffnungsnorm für Marktverhaltensregelungen	267

e) § 7 UWG als Schutz vor unzumutbaren Belästigungen	268
f) Fazit	270
7. Ergebnis	270
IV. Implementierung des Diskriminierungsschutzes in die Normen des UWG	271
1. § 4 Nr. 1 Alt. 2 UWG	272
2. § 4 Nr. 11 UWG	273
3. § 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 1, 2 UWG und § 3 Abs. 3 UWG iVm Ziff. 1, 2 oder 3 des Anhangs	274
a) § 3 Abs. 3 UWG iVm Ziff. 1, 2 oder 3 des Anhangs	274
b) § 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 1, 2 UWG	275
4. § 7 Abs. 1 S. 1 UWG	276
a) Geschlechtsdiskriminierende Werbung als unzumutbare Belästigung	276
b) Möglichkeit der Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf den Schutz vor inhaltlich unzumutbaren Belästigungen	277
aa) Wortlaut	277
bb) Systematik der Norm	278
cc) Gesetzesbegründung	278
c) Zu enger Anwendungsbereich und Konflikt mit Normkonzept	279
5. § 3 Abs. 1 UWG	279
6. Ergebnis	280
V. Einführung einer neuen Norm	281
1. Bedürfnis	281
2. Vergleichbare Normen anderer Länder	282
a) Verbote geschlechtsdiskriminierender Werbung	282
b) Fallgruppen geschlechtsdiskriminierender Werbung im norwegischen Marktgesetz	283
aa) „Kränkende Darstellung“	284
bb) „Herabsetzende Beurteilung“	284
cc) „Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter“	285
dd) Bewertung	286
3. Vorschläge für eine Norm gegen diskriminierende Werbung im deutschen Recht	286

Inhaltsverzeichnis

4. Eigener Normvorschlag	288
a) Geschlechtsdiskriminierende Werbung im Lauterkeitsrecht	288
aa) Ausdrückliche Aussagen	288
bb) Hierarchische Darstellungen	290
cc) Werbung und Werbekampagne	294
dd) Fazit	295
b) Konkreter Regelungsort für ein Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung	295
c) Normtext	296
G. Zusammenfassung	298
Literaturverzeichnis	303

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
ABIEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
ABIEU	Amtsblatt der Europäischen Union
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
aE	am Ende
aF	alte Fassung
AfP	Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht
AG	Amtsgericht
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
allg.	allgemein
allgM	allgemeine Meinung
AmtlBegr	amtliche Begründung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament, herausgegeben von der Bundeszentrale für politische Bildung
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (Zeitschrift)
AVMD-RL	Richtlinie 2010/13/EU v. 10.3.2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste, ABIEU v. 15.4.2010 Nr. L 95/1
Az.	Aktenzeichen
b2c	Business-to-Consumer
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bearb.	Bearbeiter_in
Bd.	Band
Begr.	Begründer_in
BegrRegE	Begründung des Regierungsentwurfes
Bf.	Beschwerdeführer_in
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BLM	Bayerische Landeszentrale für neue Medien

Abkürzungsverzeichnis

BMJ	Bundesministerium der Justiz
BReg	Bundesregierung
BT-Drucks	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CEDAW	Committee on the Elimination of Discrimination against Women (Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau)
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
EASA	European Advertising Standards Alliance
E-Commerce-RL	Richtlinie 2000/31/EG v. 8.6.2000 über den elektronischen Ge- schäftsverkehr, ABIEG v. 17.7.2000 Nr. L 178/1
EGBGB	Einführungsgesetz zum BGB
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einf	Einführung
Einl	Einleitung
endg	endgültig
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGHE	Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht mit Betreuungsrecht, Erbrecht, Verfahrensrecht, Öffentlichem Recht
ff.	fortfolgende
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GewArch	Das Gewerbearchiv (Zeitschrift)

GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GjS	Gesetz gegen jugendgefährdende Schriften
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. C-303/1 ff. vom 14.12.2007
grds.	grundsätzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (Zeitschrift)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HessVGH	Hessischer Verwaltungsgerichtshof
hM	herrschende Meinung
HmbMedienG	Hamburgisches Mediengesetz
Hrsg.	Herausgeber_in(en)
insbes.	insbes.
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des/der
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
JMStV	Jugendmedienschutz-Staatsvertrag
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JuSchG	Jugendschutzgesetz
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	JuristenZeitung
KG	Kammergericht
KJ	Kritische Justiz (Zeitschrift)
KLM	Kommission für Jugendmedienschutz der Landesmedienanstalten
K&R	Kommunikation und Recht (Zeitschrift)
LG	Landgericht
LT-Drucks NW	Drucksache des Landtags Nordrhein-Westfalen
MMR	MultiMedia und Recht (Zeitschrift)
mwN	mit weiteren Nachweisen
M&K	Medien & Kommunikationswissenschaft (Zeitschrift)
NDR	Norddeutscher Rundfunk
NDR-StV	NDR-Staatsvertrag
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
No.	Number (englisch)
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht Rechtsprechungs-Report
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

Abkürzungsverzeichnis

NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
PreisangabenVO	Preisangabenverordnung
ProdHaftG	Produkthaftungsgesetz
PVÜ	Pariser Verbandsübereinkunft
RÄStV	Rundfunkänderungsstaatsvertrag
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rspr	Rechtsprechung
RStV	Rundfunkstaatsvertrag, in der Fassung des fünfzehnten Staatsvertrags zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (15. RÄStV) vom 15.12./17.12./21.12.2010, Inkrafttreten: 01.01.2013)
S.	Satz/Seite
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
StGB	Strafgesetzbuch
stRspr	ständige Rechtsprechung
Tz.	Textziffer
u.a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
UFITA	Archiv für Urheber- und Medienrecht (Zeitschrift)
UGP-RL	Richtlinie 2005/29/EG v. 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken, ABIEG v. 11.6.2005 Nr. L 149/22
Urt.	Urteil
US	United States (of America)
UWG	Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb
v.	vom
VerlG	Gesetz über das Verlagsrecht
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume (englisch)
vs.	versus
VuR	Verbraucher und Recht (Zeitschrift)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift)
ZAW	Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft e.V.
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

Abkürzungsverzeichnis

zfwu	Zeitschrift für Wirtschafts- und Unternehmensethik
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZUM-RD	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht Rechtsprechungsdienst

A. Einleitung

I. Problemdarstellung

Im Gegensatz zu den Anfängen der Massenkommunikation, als mittels Werbung versucht wurde, möglichst viele potenzielle Konsument_innen gleichzeitig zu erreichen, wird der Markt heute in immer kleinere Zielgruppeneinheiten aufgeteilt. Ein bedeutender Orientierungsfaktor dabei ist das Geschlecht. Die moderne Marktforschung geht davon aus, dass sich Produkte besser vermarkten, wenn man sie geschlechtsspezifisch positioniert, sie also als Frauen- bzw. Männerprodukte ausweist.¹ Dies ist bereits im Rahmen von Kinderwerbung zu beobachten, die sowohl bezüglich der Produkte selbst als auch in den entsprechenden Werbekampagnen deutlich zwischen Jungen und Mädchen unterscheidet. Während ein Großteil der Produkte für Mädchen Bezüge zur Haus- oder Familienarbeit oder zur Schönheitspflege aufweist, sind Produkte für Jungen häufig auf Konstruktion, Forschung und Wettbewerb angelegt.²

Aber auch wenn Werbung sich an Erwachsene richtet, arbeitet sie mit Zuschreibungen aufgrund des Geschlechts. Insbesondere über zusätzliche Werbetexte transportiert sie Aussagen über die typische oder ideale Frau und den typischen oder idealen Mann.³ „Zuverlässiger als die meisten Männer“ wirbt eine Anzeige für Kopfschmerztabletten. Auf dem Werbeplakat eines Uhrenherstellers findet sich der Schriftzug „Fast so kompliziert wie eine Frau. Aber pünktlich.“ Und ein Elektronikmarkt wirbt mit den Aussagen „NEU FÜR FRAUEN: MEHR EINKAUFEN, WENIGER AUSGEBEN“ und „MÄNNER GEHEN NICHT AUF DEN MARKT. MÄNNER GEHEN IN DEN MARKT“. Werbung macht sich zunutze, dass Menschen in unserer Gesellschaft in der Regel als „richtiges“ Mädchen bzw. „richtige“ Frau oder „richtiger“ Junge bzw. Mann gelten wollen. Sie nutzt die identitätsstiftende Kategorie „Geschlecht.“⁴

1 *Barletta* Marketing to Women, S. 111 ff.; *Wolin* Journal of Advertising Research 2003, 43.1, 111.

2 Vgl. dazu die Abbildungen unten, S. 290.

3 Ausführlich dazu Teil B. II., S. 36 ff.

4 *Foerster* Medienimpulse 12/1995, 18.

Die Problematik derartiger Darstellungen wird an einer besonderen „Rolle der Frau“ deutlich: In einer Zeitschrift findet sich die Abbildung einer nackten, rothaarigen Frau auf einer Betonröhre, zusammen mit dem Text „Jäger stehen drauf, Füchse sowieso“. Geworben wird für einen künstlichen Fuchsbau. Eine Hotelkette wirbt mit der Abbildung des Unterleibs einer Frau, die lediglich einen Bikini-Slip samt Aufschrift „24 h OPEN“ trägt.⁵ Ein Raumausstattungsunternehmen verziert seine Transporter mit dem Bild einer liegenden, nackten Frau und schreibt darüber: „Wir machen geile Bodenbeläge“.⁶ Werbedarstellungen wie die eben beschriebenen nutzen und reproduzieren das Bild der völlig unabhängig vom Gegenüber sexuell jederzeit bereiten, verfügbaren Frau. Sie spielen also mit einem Menschenbild, das durch Unterordnung gekennzeichnet ist und damit verfassungsrechtliche Fragen aufwirft.

Doch stellen sich diese Fragen nicht allein für dieses Bild, sondern für alle Geschlechtsrollenstereotype, mit denen die Werbung arbeitet. Einige von ihnen erzeugen ein hierarchisches Verhältnis zwischen den Geschlechtern; jedenfalls aber beschränken sie Entfaltungsfreiheiten, da sie Menschen aufgrund ihres Geschlechts auf bestimmte Eigenschafts- und Verhaltensmuster reduzieren. Dies ist vor allem deshalb problematisch, weil Werbung nicht spurlos an Rezipient_innen vorbei geht, sondern in ihrem gesamten Wirken auf Beeinflussung ausgelegt ist.⁷ Schätzungen zufolge erreichen jeden Menschen in Deutschland im Durchschnitt zwischen 2.500 und 10.000 Werbebotschaften pro Tag, wovon der größte Teil nicht rational wahrgenommen, sondern unterbewusst registriert wird. Das trifft vor allem auf emotionale Botschaften zu.⁸

Die Werbewirkungsforschung geht davon aus, dass Werbung nicht nur ein Spiegel der Gesellschaft ist, sondern Auswirkungen auf Einstellungen und Verhalten von Rezipient_innen hat.⁹ Dies betrifft nicht nur die Einstellungen und das Kaufverhalten bezüglich der beworbenen Produkte. Werbung trägt auch zur Aufrechterhaltung und Verfestigung von geschlechts-

5 Vgl. Abbildung unten, S. 126.

6 Vgl. Abbildung unten, S. 292.

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

8 Menhard MUM - Markt & Medien 03/2008, 1 f.

9 Ausführlich dazu Teil B. III., IV.

spezifischen Rollenbildern bei: „Medien stellen Männer und Frauen nicht bloß dar, sondern sie produzieren auch Vorstellungen darüber, wie Männer und Frauen ‚sind‘. Sie liefern Bilder von ‚richtigen‘ Männern und ‚attraktiven‘ Frauen [...]. Auf unterschiedliche Weise arbeiten die Medien daran mit, die Beziehungen der Geschlechter untereinander und zueinander ins Bild zu setzen, zu reglementieren, zu verändern, zu stabilisieren oder zu idealisieren.“¹⁰

Dies gerät in Konflikt mit Leitbildern der Verfassung, wonach niemand aufgrund des Geschlechts diskriminiert werden darf und Männer und Frauen gleichberechtigt sind (Art. 3 Abs. 3, 2 GG), die freie Entwicklung und Entfaltung der Persönlichkeit geschützt wird (Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG) und die Würde des Menschen unantastbar ist (Art. 1 Abs. 1 GG). Insbesondere aus Art. 3 Abs. 2 GG ergibt sich die Pflicht des Staates, für eine Gleichstellung der Geschlechter zu sorgen und bestehende Nachteile abzubauen. Dazu gehört nach neuerer Rechtsprechung des BVerfG auch, überkommenen Rollenverteilungen entgegenzuwirken.¹¹ Dies wird behindert, wenn die Meinungsbildung in den Medien, zu der auch die Wirtschaftswerbung gehört, gleichstellungsgefährdende Rollenbilder verfestigt.

Einen Versuch, sich für moralische Mindeststandards in der Werbebranche einzusetzen, unternimmt der am 19. Januar 1949 gegründete Deutsche Werberat. Jedes Jahr werden dem Selbstkontrollorgan der deutschen Werbewirtschaft hunderte Werbefilme und -anzeigen durch kritische Verbraucher_innen oder Verbraucherorganisationen vorgelegt.¹² Nur ein Bruchteil wird jedoch vom Werberat als diskriminierend anerkannt. Werbung sei lediglich ein Spiegel der Gesellschaft, meint *Volker Nickel*, bis August 2013 Sprecher des ZAW und Vertreter des Werberates.¹³

In prozedural effektiver Weise kontrolliert wird Wirtschaftswerbung durch das Lauterkeitsrecht. Während in der Vergangenheit Fälle geschlechtsdiskriminierender Werbung mit Hilfe des UWG verboten wurden,

10 *Foerster* Medienimpulse 12/1995, 18; ebenso *Schmerl* IFF-Info Nr. 25/2003, 16, 22 f.

11 BVerfG NJW 2012, 216, 217; NJW 2012, 214, 216; BVerfGE 114, 357, 370 f.; 92, 91, 112.

12 *Deutscher Werberat* Jahrbuch 2009, S. 13.

13 *Nickel* auf der Werbewirtschaftlichen Tagung 2002 in Wien unter dem Motto „Sex sells!? – Gratwanderung zwischen Erfolg, Provokation und Pleite“, dokumentiert von *Marschik/Dorer* Medienimpulse 42/2002, 1, 4.

A. Einleitung

ist die Anwendung des Gesetzes auf diese Fälle in neuerer Zeit äußerst umstritten.

II. Arbeitshypothese

Ziel dieser Arbeit ist es, die als zu wenig wirksam angesehene Werbeselbstkontrolle durch die Nutzung des lauterkeitsrechtlichen Durchsetzungsinstrumentariums zu stärken und somit dem Verfassungsgebot der Herstellung von Gleichberechtigung mehr Schub zu verleihen. Dabei geht die Arbeit davon aus, dass der Verletzung verfassungsrechtlicher Grundwerte durch die Verfestigung von Geschlechtsrollenstereotypen mangels anderer einschlägiger Normen oder sonstiger adäquater Lösungen am besten über eine auf die Abwehr von Diskriminierungen zielende, verfassungskonforme Auslegung des für Werbung zuständigen einfachen Rechts, des UWG, zu begegnen ist.

III. Stand der Rechtsprechung und Forschung

Bereits zum UWG in seiner Fassung vor der Reform im Jahr 2004 nahm die Rechtsprechung an, dass geschlechtsdiskriminierende Werbung Grundrechte verletzt, und zog das UWG für ein Verbot der entsprechenden Fälle heran. Das Urteil „Busengrapscher“ war 1995 die erste Entscheidung eines deutschen Gerichts, die eine geschlechtsdiskriminierende Werbung feststellte und untersagte. Streitgegenständlich war die Gestaltung zweier Miniatur-Likörf Flaschen. Während das Etikett „Busengrapscher“ einen Mann zeigte, der einer Frau von hinten an die Brust griff, war auf dem Etikett „Schlüpferstürmer“ eine fast nackte Frau zu sehen, die gerade dabei war, ihren Slip auszuziehen. Die Vorinstanzen sahen darin einen „erkennbar bloß [...] anzüglichen Scherz mit sexuellen Phantasievorstellungen“. Sie erkannten eine „schlüpfrig niedrige Ebene sexueller Anspielung“, welche aber „nicht geeignet [sei], das sittliche Empfinden der angesprochenen Verkehrskreise zu verletzen und insbesondere die weibliche Verbraucherschaft in ihrem Selbstwertgefühl zu kränken.“¹⁴ Außerdem sei das Publikum heute an frivole Texte und sexbetonte Bilder gewöhnt und empfinde ein solches Werben daher

14 KG Berlin GRUR 1993, 778 (reduzierter Leitsatz).

nicht als grobe Belästigung.¹⁵ Der BGH stimmte dem nicht zu und beurteilte beide Gestaltungen als unlauter nach dem damaligen § 1 UWG 1909. Das Gericht begründete seine Entscheidung damit, dass beide Etiketten durch Wort- und Bilddarstellungen geprägt seien, „die in obszöner Weise den Eindruck der freien Verfügbarkeit der Frau in sexueller Hinsicht vermitteln und zugleich die Vorstellung fördern sollen, dass die so bezeichneten alkoholischen Getränke geeignet seien, solcher Verfügbarkeit für die angesprochenen sexuellen Handlungen Vorschub zu leisten.“¹⁶ Die Feststellung der Vorinstanzen, das Publikum werde die Etikettierung nicht auch als Propagierung eines Mittels zur Überwindung sexueller Widerstände verstehen, sei mit der Lebenswirklichkeit nicht in Einklang zu bringen. Im Gegenteil läge ein solches Verständnis nahe und werde bewusst angesprochen, wobei es nicht nur darum gehe, bei der Frau, sondern auch beim Mann den Gedanken an Enthemmung zu wecken, um letzteren zu sexueller Initiative zu bewegen.¹⁷ Bei einem solchen Verständnis bedeute die Werbeaussage eine Herabsetzung und Diskriminierung der Frau. Dies verstoße, wenn die Aussage, wie vorliegend, zur Förderung des eigenen Warenabsatzes erfolge, gegen § 1 UWG 1909.¹⁸ Bei der Werbung handele es sich „nicht mehr um ein lediglich als grob geschmacklos zu qualifizierendes Verhalten“, vielmehr verstoße sie wegen der kränkenden Herabsetzung eines Bevölkerungsteils in grobem Maße gegen das allgemeine Anstandsgefühl und wirke dadurch Ärgernis erregend und belästigend. Damit sei die durch Art. 1 GG geschützte menschliche Würde betroffen.¹⁹ Allerdings führte der BGH auch aus, dass sich die Schwelle des noch Hinzunehmenden trotz des Ärgerniserregens durch die in jedem Einzelfall vorzunehmende Güterabwägung erhöhen könne, wenn Darstellungen in den Medien in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG fielen.²⁰ An einem Element der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder des Meinens im Rahmen einer geistigen Auseinandersetzung, welche nach der Rechtsprechung des BVerfG konstitutiv für das Vorliegen einer Meinungsäußerung sind,²¹ fehle es hier aber. Die Werbung befriedige erkennbar keinerlei Meinungsbildungsbedürfnis, sondern solle allein der För-

15 Ebenda.

16 BGHZ 130, 5, 9 f. – Busengrapscher.

17 Ebenda.

18 Ebenda.

19 BGHZ 130, 5, 10 – Busengrapscher.

20 BGHZ 130, 5, 11 – Busengrapscher.

21 BVerfG NJW 1994, 3342; 1992, 1153; BVerfGE 71, 162, 175, 179.

derung des Absatzes von Waren dienen. Ein solch ausschließlich kommerzielles Interesse habe jedoch bei der gebotenen Güterabwägung an Bedeutung und Gewicht zurückzutreten, wenn ihm schützenswerte Interessen anderer gegenüberstehen.²² Als schützenswerte Interessen nannte der BGH zum einen diejenigen des teilweise durch die Diskriminierung unmittelbar betroffenen Publikums und machte damit deutlich, dass auch Verbraucher_innen und sonstige Marktteilnehmende selbst unmittelbar durch diskriminierende Werbung betroffen sein können.²³ Zum anderen betonte das Gericht, dass auch die Interessen der Mitbewerber_innen berührt seien, da sie in die Zwangslage gebracht würden, entweder „sich selbst um des Markterfolgs willen Werbeaussagen wie die hier in Rede stehenden zu eigen zu machen oder Wettbewerbsnachteile gegenüber solchen Mitbewerbern in Kauf zu nehmen, die keine Bedenken haben, Werbeaussagen der beanstandeten Art zum Mittel ihres Wettbewerbs zu machen.“²⁴

Ebenfalls auf Grundlage des § 1 UWG 1909 gerichtlich verboten wurde die Ausstattung einer Spirituosenflasche mit der Bezeichnung „kleiner Bengel“, an deren Flaschenhals ein Kondom befestigt war. Das in dieser Sache entscheidende LG Hamburg war der Auffassung, dass eine derartige Werbung im Spirituosenbereich nicht üblich und in keiner Weise erforderlich sei. Sie sei bei aller Liberalisierung in Bezug auf sexuelle Fragen und auch angesichts der Normalität, mit der zunehmend von Kondomen Gebrauch gemacht werde, für den Verbraucher störend, lästig und für nicht zu vernachlässigende Teile des Verkehrs anstößig.²⁵ Das LG Hamburg führte nichts zu einer eventuellen Diskriminierung aus. Offensichtlich missfiel dem Gericht also der eindeutige Sexualbezug, ausschließlich diesen machte es zur Grundlage des lauterkeitsrechtlichen Verbots.

In zwei vergleichbaren Fällen verneinten die Gerichte einen Verstoß gegen das UWG: Das LG Bayreuth ließ in einer nicht veröffentlichten Entscheidung die Gestaltung des Flaschenetiketts einer Miniatur-Likörflasche mit der Aufschrift „Scharfer Hüpfel“ zu.²⁶ Das Etikett zeigte einen nackten

22 BGHZ 130, 5, 11 f. – Busengrapscher; vgl. auch BGH GRUR 1994, 808 – Markenverunglimpfung I.

23 BGHZ 130, 5, 12 – Busengrapscher.

24 Ebenda.

25 LG Hamburg, Urt. v. 13.09.1995, Az. 315 O 387/95, nicht veröffentlicht, zitiert aus *Wassermeyer* Diskriminierende Werbung, S. 143.

26 LG Bayreuth, Urt. v. 29.03.1996, Az. KH U 19/96, nicht veröffentlicht, zitiert aus *Steinbeck* ZRP 2002, 435, 437.

Mann und eine nackte Frau in comicartiger Darstellung. Die Frau befand sich in einer Gedankenblase des Mannes und rekelte sich auf einem Bett, während der Mann freudig erregt ihr Fußgelenk ergriff.

Im zweiten Fall hatte das OLG München eine Werbeanzeige zu beurteilen, deren zentrales Bildelement die Gestalt einer auf gefliesten Treppenstufen sitzenden Frau war. Diese trug ein eng anliegendes, langes, schulterfreies, vorn mit einem Reißverschluss verschlossenes Kleidungsstück sowie schwarze Handschuhe mit langen Armen. Ihre Beine gingen über in ein überdimensionales flossenähnliches Gebilde, das an Nixendarstellungen erinnerte. Über ihrem Kopf fanden sich die Worte: „Hätten Sie nicht Lust, sie gleich zu öffnen?“ Neben dieser Abbildung stand, farblich abgesetzt, eine Flasche des beworbenen Wodkas. Das OLG München urteilte, ein „erotischer Bezug [sei] unübersehbar“. Einen „eindeutigen“ sexuellen Gehalt, wie ihn die „handgreiflichen“ Abbildungen hatten, die der [...] Entscheidung des BGH zugrunde lagen“, konnte das Gericht jedoch nicht erkennen.²⁷ Übertrieben herausgestellte sexuelle Elemente würden vielmehr fehlen; die Anzeige spiele durch den Werbeslogan „Hätten Sie nicht Lust, sie gleich zu öffnen?“ vieldeutig-mehrdeutig mit möglichen Assoziationen. Der plump-aufdringliche Aufforderungscharakter der Etiketten, die der Busengrapscher-Entscheidung des BGH zugrunde lagen, fehle der hier vorliegenden Werbung. Damit habe sie keinen Charakter, „der von dem verbreiteten Einsatz erotischer Anreize oder sexueller Anspielungen in der Werbung deutlich ins Negative abweicht“ und sei daher mit den guten Sitten im Wettbewerb, § 1 UWG 1909, vereinbar.²⁸ Auch hier war also der eine gewisse Grenze überschreitende, eindeutige sexuelle Gehalt für ein Verbot nach § 1 UWG 1909 entscheidend.

Die Entscheidungen verleiteten das Schrifttum dazu, sich der Frage des juristischen (vor allem lauterkeitsrechtlichen) Umgangs mit geschlechtsdiskriminierender Werbung zu stellen.²⁹ Einigkeit bestand darüber, dass über § 1 UWG 1909 jedenfalls Fälle mit menschenwürdeverletzendem Inhalt erfassbar seien. Damit endete aber die Gemeinsamkeit: Einigen Stimmen in der Literatur genügte dieses Ergebnis; sie sahen in Darstellungen, die nicht die Menschenwürde verletzten, nur nicht verbotswürdige Geschmacklosig-

27 OLG München NJW-RR 1997, 107 – Werbung mit erotischem Bezug.

28 Ebenda, mit Bezug auf BGHZ 130, 5 – Busengrapscher.

29 Vgl. nur *Wassermeyer* Diskriminierende Werbung; *Steinbeck* ZRP 2002, 435; *Schricker/Henning-Bodewig* WRP 2001, 1367; *Fezer* WRP 2001, 989; *ders.* JZ 1998, 265; *Kur* WRP 1995, 790.

keiten.³⁰ Wie auch in den Gerichtsentscheidungen wurden Nacktheit und Sexualbezug tendenziell als üblich angesehen und sollten nur unterbunden werden, wenn die Kampagnen allzu eindeutig waren und damit zu stark von einer Normalität abwichen, an die sich das Publikum gewöhnt hatte. Geschlechtsdiskriminierende Werbung blieb auf den Bereich sexualbezogener Darstellungen beschränkt.³¹

Andere subsumierten unter geschlechtsbezogene Diskriminierung auch Darstellungen, die Geschlechtsrollenstereotype verfestigen,³² und erkannten darin einen Konflikt mit dem Gleichheitsgrundsatz, dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und der Menschenwürde.³³ Sie forderten bereits damals eine eigenständige Norm für geschlechtsdiskriminierende Werbung³⁴ oder zumindest eine eigene Fallgruppe im Rahmen der Generalklausel.³⁵

Im Rahmen der UWG-Novelle von 2004, seit der keine gerichtlichen Entscheidungen zu geschlechtsdiskriminierender Werbung mehr ergangen sind, konnten sich diese Ansichten nur bedingt durchsetzen: Mit § 4 Nr. 1 Alt. 2 UWG 2004 wurde ein Verbot menschenverachtender Werbung aufgenommen, unter welches nach der Gesetzesbegründung auch die von der Rechtsprechung zur diskriminierenden Werbung entwickelten Fallkonstellationen subsumierbar sein sollten.³⁶ Zum einen erfassten die Fallgruppen der Rechtsprechung zur geschlechtsdiskriminierenden Werbung aber ausschließlich den Bereich sexueller Anzüglichkeiten auf Kosten von Frauen. Zum anderen entspann sich ein Streit darum, ob die Norm ihrem eindeutigen Wortlaut nach nicht einzig auf die Verhinderung von Beeinträchtigungen der Entscheidungsfreiheit zielt und daher gar nicht geeignet ist, die ihr der Begründung nach zukommenden Funktionen umzusetzen.

30 *Ruess/Voigt* WRP 2002, 171-177; ähnlich zum UWG 2008 *Köhler/Bornkamm* § 3 Rn. 80; *Emmerich* § 12 Rn. 14.

31 Vgl. nur *Wassermeyer* Diskriminierende Werbung, S. 194; *Emmerich* § 12 Rn. 15.

32 *Schricker/Henning-Bodewig* WRP 2001, 1367, 1397, 1400; *Fezer* WRP 2001, 989, 1017 f.; *ders.* JZ 1998, 265-275.

33 *Steinbeck* ZRP 2002, 435, 436, 438; *Fezer* JZ 1998, 265, 267; *von Gierke* FS Piper, S. 243, 253 f.; *Knopf/Schneikart/Lembke* Sex/ismus und Medien, S. 29, 36, 44, so tendenziell auch bereits 1979 *Hering/Wild* Weisbilder, Nachwort.

34 *Schricker/Henning-Bodewig* WRP 2001, 1367, 1397, 1400; *Fezer* WRP 2001, 989, 1017 f.; *ders.* JZ 1998, 265, 266.

35 *Steinbeck* ZRP 2002, 435, 438; *Kocher* KJ 2003, 293, 305.

36 *Beschlussempfehlung/Bericht des Rechtsausschusses zur BegrRegE UWG 2004, BT-Drucks 15/2795*, S. 21; so auch verstanden von *Fezer* E Rn. 45.

Mittlerweile ist § 4 Nr. 1 Alt. 2 UWG nach ganz herrschender Meinung aufgrund des Wortlautes nicht auf die ursprünglich gedachten Fälle anwendbar.³⁷ Stattdessen ist, zumal die neue Generalklausel, § 3 UWG, nicht mehr auf die „guten Sitten“ abstellt, die Rechtslage mit der UWG-Novelle noch unklarer geworden: Eine Minderheit will von der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel auch den Schutz ethischer oder sozialer Grundwerte erfasst sehen³⁸ und zählt daher auch den Schutz der Verbraucher_innen vor diskriminierender Werbung zu den Anliegen des Lauterkeitsrechts.³⁹ Andere folgen einer strikt funktionsorientierten Auslegung des UWG und lehnen es ab, die Menschenwürde oder auch sonstige Grundrechte zur Begründung einer Unlauterkeit iSd § 3 Abs. 1 UWG heranzuziehen.⁴⁰ Dazwischen finden sich verschiedene Ansichten, die jedoch hauptsächlich zu der lauterkeitsrechtlichen Einordnung menschenverachtender Werbung und selten ausdrücklich zu geschlechtsdiskriminierender Werbung⁴¹ argumentieren. Die wohl herrschende Meinung nimmt an, dass menschenverachtende Werbung unlauter iSd § 3 Abs. 1 UWG sein müsse,⁴² da die Menschenwürde als Fundament aller Grundrechte mit keinem Einzelgrundrecht abwägungsfähig sei und da-

37 Scherer GRUR 2008, 490, 493, 495; dies. WRP 2007, 594, 595; 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.; Gloy/Loschelder/Erdmann/Hasselblatt § 48 Rn. 72 f.; Gloy/Loschelder/Erdmann/Leistner/Facius § 14 Rn. 93 ff.; Piper/Ohly/Sosnitza § 4.1 Rn. 1/11; Götting § 9 Rn. 3 ff.; Götting/Nordemann § 4 Nr. 1 Rn. 1.26; HK-WettbR/Platz § 4 Rn. 30.

38 Schricker/Henning-Bodewig Elemente einer Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der Europäischen Union, S. 79; Ahrens JZ 1995, 1096, 1099 (allerdings zu § 1 UWG 1909); Fezer § 3 Rn. 216 f., § 1 Rn. 82; vgl. dazu auch LG Berlin openJur 2012, 9756.

39 Fezer § 3 Rn. 217.

40 Hilty/Henning-Bodewig/Peifer Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire, S. 125, 126, 136 f.; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Stuckel § 4 Nr. 1 Rn. 30, 154 („nur in besonders gelagerten Extremfällen bei gleichzeitiger Verfälschung der Entscheidungsfreiheit“).

41 So aber Fezer/Scherer § 4-2 Rn. 278 ff., insbes. Rn. 323 ff.

42 Sack WRP 2005, 531, 543; Köhler/Bornkamm § 3 Rn. 73, 78; Fezer/Scherer § 4-1 Rn. 124, § 4-2 Rn. 304; GK-UWG/Pahlow § 4 Nr. 1 Rn. 68; MünchKommUWG/Sosnitza § 3 Rn. 65; Götting/Nordemann § 4 Nr. 1 Rn. 1.27; Beater Rn. 2348; HK-WettbR/Platz § 3 Rn. 23; Lehmler § 3 Rn. 29; so wohl auch Emmerich § 12 Rn. 12; zweifelnd Gloy/Loschelder/Erdmann/Leistner/Facius § 14 Rn. 96 ff.; unentschieden Lettl Rn. 172.

her auch der Werbe- und Meinungsfreiheit im Lauterkeitsrecht eine absolute Grenze setze.⁴³

Zum Teil erfolgt noch immer eine Gleichsetzung von „geschlechtsdiskriminierend“ mit „mensenverachtend“; alle Darstellungen, die nicht die Menschenwürde verletzen, gelten als lediglich geschmacklos, nicht aber unlauter.⁴⁴ Als typische der zuletzt genannten Darstellungen werden regelmäßig „sexuelle Motive“ genannt, die im Allgemeinen nicht wettbewerbswidrig sein sollen.⁴⁵ Darüber hinausgehende Fallkonstellationen geschlechtsdiskriminierender Werbung werden ausgespart.⁴⁶

Die Analyse des Standes von Rechtsprechung und Forschung offenbart das Bedürfnis nach einer auch sozialwissenschaftlich fundierten Untersuchung, die herausarbeitet, wann geschlechtsdiskriminierende Werbung Grundrechte und verfassungsrechtliche Leitbilder verletzt.⁴⁷ Darüber hinaus fehlt es bisher an einer Prüfung, ob ein Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung möglich wäre oder ob es seinerseits einen nicht zu rechtfertigenden Grundrechtseingriff bedeutete. Ebenso fehlt es an einer Auseinandersetzung mit der Effektivität der Arbeit des Werberates hinsichtlich des Vorgehens gegen geschlechtsdiskriminierende Werbung. Schließlich wird deutlich, dass es einer ausführlichen Schutzzweckanalyse des UWG 2008 bedarf, um festzustellen, ob das UWG diskriminierungsspezifisch ausgelegt werden kann und ob sich aus dem strukturellen Schutz des Gleichheitsgebots ein strukturelles Interesse der Schutzsubjekte im UWG ergibt. Sollte dies der Fall sein, ist zu überprüfen, ob ein Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung in das bestehende UWG implementierbar ist. Falls dies nicht oder nur unzureichend möglich sein sollte, bedarf es einer Gesetzesänderung durch Einfügung einer neuen Norm in das UWG.

43 Vgl. nur *Köhler/Bornkamm* § 3 Rn. 7; *Götting/Nordemann* § 4 Nr. 1 Rn. 1.27; *Beater* Rn. 2348; *HK-WettBR/Plaß* § 3 Rn. 23; sämtlich zurückgreifend auf die Formulierung des BVerfG: BVerfGE 107, 275, 281 – Benetton-Werbung II; 102, 347, 366 f. – Benetton-Werbung.

44 So wenig differenziert *Schünemann* WRP 2004, 925, 934 f.; *Emmerich* § 12 Rn. 14 f.; ähnlich *Köhler/Bornkamm* § 3 Rn. 80; *Götting/Nordemann* § 4 Nr. 1 Rn. 1.24 f.

45 *GK-UWG/Pahlow* § 4 Nr. 1 Rn. 72.

46 Vgl. nur *Wassermeyer* Diskriminierende Werbung, S. 194; *Emmerich* § 12 Rn. 14; *GK-UWG/Pahlow* § 4 Nr. 1 Rn. 72.

47 *Fezer, Steinbeck, von Gierke und Lembke* (vgl. Fn. 33) nennen zwar diese Grundrechte, bleiben eine ausführliche Prüfung jedoch schuldig.

IV. Gang der Darstellung

Ausgangspunkt der Arbeit ist das Kapitel Geschlecht in der Werbung und Diskriminierung (B.), in dem der Bestimmung des Begriffs „Werbung“ (I.) die Analyse der Darstellung von Geschlecht in der Werbung (II.) folgt. Nach der Untersuchung, ob und wie Werbung Geschlechtsrollenstereotype verfestigt (III.), wird das Gefährdungspotenzial von Geschlechtsrollenstereotypisierung erörtert (IV.) und darauf aufbauend eine dieser Arbeit zugrunde liegende Definition geschlechtsdiskriminierender Werbung formuliert (V.).

Das folgende Kapitel (C.) stellt die Werbeselbstkontrolle vor und analysiert ihre Arbeitsweise im Vorgehen gegen geschlechtsdiskriminierende Werbung. Untersucht wird, ob die Werbeselbstkontrolle in der Lage ist, effektiven Schutz gegen geschlechtsdiskriminierende Werbung zu vermitteln.

Im sich daran anschließenden verfassungsrechtlichen Kapitel (D.) untersucht die Arbeit zunächst die Verletzung von Grundrechten und verfassungsrechtlichen Leitbildern durch geschlechtsdiskriminierende Werbung (I.). In Betracht kommt eine Beeinträchtigung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG), vor allem aber eine Verletzung des Leitbildes aus Art. 3 Abs. 2, 3 GG. Anschließend untersucht die Arbeit, ob die Verletzung von Grundrechten der Werbenden, Künstler_innen etc. einem Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung entgegensteht (II.). Zu prüfen sind Verletzungen der Berufs- (Art. 12 Abs. 1 GG) und Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG), der Presse- (Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GG) und Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GG) sowie der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG).

Darauf folgt Kapitel E., in welchem die Vereinbarkeit einer Begrenzung geschlechtsdiskriminierender Werbung mit europäischem Primärrecht, insbesondere der Warenverkehrsfreiheit geprüft wird.

Die Ergebnisse der vorangegangenen Abschnitte der Arbeit führen sodann zu der Untersuchung, ob das UWG ein mögliches und taugliches Mittel gegen geschlechtsdiskriminierende Werbung ist (Kapitel F.). Zunächst wird die Sinnhaftigkeit der Durchsetzung des verfassungsrechtlich gebotenen Schutzes gegen geschlechtsdiskriminierende Werbung über das UWG dargestellt (I.) sowie herausgearbeitet, dass Diskriminierungsschutz Freiheitschutz ist (II.). Der Darstellung der sogenannten funktionsorientierten Auslegung des UWG (III.) folgt eine Analyse, ob das UWG wertbezogen ausulegen ist (IV.). Anschließend wird untersucht, ob sich das Ergebnis in die

A. Einleitung

Normen des UWG implementieren lässt (V.), und abschließend die Einführung einer neuen Norm vorgeschlagen (VI.).

Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung ihrer Ergebnisse (Kapitel G.).

B. Geschlechtsdiskriminierende Darstellungen in der Werbung

Als Grundlage dieser Arbeit ist zunächst zu untersuchen, wie Menschen unterschiedlichen Geschlechts in der Werbung dargestellt werden. Sodann wird gezeigt, ob und wie sich die Rezeption dieser Darstellungen auf die Geschlechtsentwicklung, Ansichten und Verhaltensweisen von Kindern und Erwachsenen auswirkt und welches Gefährdungspotenzial Geschlechtsrollenstereotype haben. Im abschließenden Teil der Sachverhaltsanalyse ist zu benennen, wann Werbung geschlechtsdiskriminierend im tatsächlichen (nicht im Rechts-) Sinne ist.

I. Begriffsbestimmung „Werbung“

Da diese Arbeit die Erfassung geschlechtsdiskriminierender Werbung durch das UWG untersucht, arbeitet sie mit dem Werbebegriff des UWG. Das UWG selbst definiert „Werbung“ nicht. Es greift weitestgehend zurück auf den Begriff der „geschäftlichen Handlung“, die in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG definiert wird als „jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt“.

Legaldefiniert wird „Werbung“ in Art. 2 Nr. 1 der Irreführungsrichtlinie von 1984/2006. Demnach ist Werbung „jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen [...] zu fördern“.⁴⁸ Das Lauterkeitsrecht übernahm diesen Werbebegriff in § 5 Abs. 1 UWG 2004. Im UWG 2008 findet sich der Begriff „Werbung“ in §§ 5 Abs. 2-4; 6 Abs. 1; 7; 16 UWG sowie in einigen Vorschriften der sog. „Blacklist“ zu § 3 Abs. 3 UWG.

Der Begriff der Werbung ist nicht nur hinsichtlich des Zeitpunkts der Vornahme der Handlung enger als derjenige der geschäftlichen Handlung,

48 RL 84/450/EWG, ABIEG 1984 L 250/17 bzw. RL 2006/114/EG, ABIEG 2006 L 376/21.

auch bedarf es eines Verhaltens in Form einer Äußerung sowie einer Absatzförderungszweck. Werbung iSd UWG und dieser Arbeit ist jede mit Absatzförderungszweck getätigte Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs. Werbung für Parteien oder ideelle Tätigkeiten fällt daher aus dieser Definition heraus. Erfasst ist hingegen auch die sogenannte Imagewerbung.⁴⁹

II. Geschlechtsbezogene Darstellungen in der Werbung

Die Darstellung von Menschen in der Werbung mit Fokus auf die Darstellungen der Geschlechter wird seit den 1970er Jahren analysiert. Zentrale Begriffe dieser Untersuchungen sind „Geschlechtsrollen“ und „Stereotype“.

1. Geschlechtsrollen und Stereotype

Der Begriff „Geschlechtsrolle“ (Gender Role) wurde 1955 von dem US-amerikanischen Forscher *John Money*⁵⁰ benutzt, „um all jene Dinge zu beschreiben, die eine Person sagt oder tut, um sich selbst auszuweisen als jemand, der oder die den Status als Mann oder Junge, als Frau oder Mädchen hat.“⁵¹ Die US-amerikanischen Psychoanalytiker *Robert Stoller* und *Ralph Greenson* erweiterten diese Definition wie folgt: Geschlechtsidentität (Gender Identity) beginnt mit dem Wissen und dem (sei es auch nur latenten) Bewusstsein, dass man einem bestimmten Geschlecht (Sex) angehört und nicht dem anderen. Geschlechtsrolle (Gender Role) ist das äußerliche Verhalten, welches man in der Gesellschaft zeigt, die Rolle, die man spielt, insbesondere mit anderen Menschen.⁵²

„Stereotype“ sind verbreitete und allgemeine Annahmen über die relevanten Eigenschaften und Verhaltensweisen einer Personengruppe, die als kognitives Wissen im Laufe der Sozialisation durch eigene Beobachtungen,

49 Vgl. dazu Fezer/Peifer § 5 Rn. 174.

50 *John Money* war ein für seine Forschungen über Geschlechteridentitäten bekannter und aufgrund seiner Vorgehensweise auch stark umstrittener US-amerikanischer Psychologe und Sexologe. Er ging davon aus, dass eine entsprechende Sozialisation jedem Kind zu dem Gender und der Geschlechtsidentität verhelfen könnte, das die Eltern für es vorsehen.

51 *Money* Bulletin of John Hopkins Hospital 96 (1955), 253-264.

52 *Stoller* Sex and Gender, S. 10.

Handlungen und Aussagen anderer oder über Medien erworben werden. Ihre Grundlage ist ein Kategorisierungsprozess.⁵³

Geschlechtsrollenstereotype sind also Eigenschaften und Verhaltensweisen, die Personen aufgrund ihres Geschlechts zugeschrieben werden. Als weiblich konnotiert gelten (in der westlichen Kultur) z.B. die Eigenschaften Passivität, Abhängigkeit, Zurückhaltung in sexuellen Belangen, Einfühlungsgabe und Bevorzugung von sozialen gegenüber sachlichen Objekten.⁵⁴ Frauen werden die Bereiche des Miteinanders zugesprochen: Beziehungen, Sorgen, Gefühle, Sozialität, Verantwortung, Empathie, Innenraum und Alltag.⁵⁵ Eher Männern als Frauen werden hingegen Eigenschaften wie Aggressivität, Durchsetzungsfähigkeit, Dominanz, Unterdrückung von Gefühlen und Unabhängigkeit zugeschrieben.⁵⁶ Männlichkeit wird gleichgesetzt mit Außenraum, Zukunft, Politik, abstrakten Ordnungen der Gesellschaft, Verstand, Recht, Individualität und Selbstverwirklichung, also Bereichen des Gegeneinanders, der Konkurrenz.⁵⁷

2. Grundlegende Studien zur Stereotypisierung von Geschlechtsrollen in der Werbung in den 1970er und 1980er Jahren

Eine der grundlegenden Studien zur Darstellung von Menschen in der Werbung mit Fokus auf deren Geschlechtsrollen stammt von *Erving Goffman*. In den 1970er Jahren analysierte er 400 Werbebilder in US-amerikanischen Zeitungen und Zeitschriften und arbeitete heraus, wie Werbung Geschlechtsrollen darstellt. Insbesondere veranschaulichte er, welche Posen und Körperhaltungen Stereotype begründen oder verstärken:⁵⁸ Frauen seien stets kleiner als Männer, dies sei nur dann umgekehrt, wenn Männer ihnen gegenüber eine niedrigere soziale Stellung einnehmen („Relative Size“).⁵⁹ Weibliche Hände würden berührend oder liebevoll dargestellt, nicht aber

53 Pasero/Braun/*Alfermann* Konstruktion von Geschlecht, S. 30; *Golombok/Fivush* Gender Development, S. 17; *Basow* Gender Stereotypes, S. 3; *Faller/Lang* Medizinische Psychologie und Soziologie, S. 221, 274 f.

54 *Allemann-Tschopp* Geschlechtsrollen, S. 116 f.; *Basow* Gender Stereotypes, S. 5.

55 *Tillmann/Liebau* Jugend weiblich – Jugend männlich, S. 134 f.

56 *Allemann-Tschopp* Geschlechtsrollen, S. 116 f.; *Basow* Gender Stereotypes, S. 5.

57 *Tillmann/Liebau* Jugend weiblich – Jugend männlich, S. 134 f.

58 *Goffman* Gender Advertisements, S. 28 ff.

59 *Goffman* Gender Advertisements, S. 28 f.

anpackend und bearbeitend („The Feminine Touch“).⁶⁰ Wenn ein Bild illustrierte, dass Instruktionen gegeben werden, instruiere ein Mann eine Frau („Function Ranking“).⁶¹ Gerades, aufrechtes Stehen mit erhobenem Kopf sei als Zeichen von Überlegenheit mit höherer Wahrscheinlichkeit bei Männern in der Werbung zu finden als bei Frauen. Letztere hingegen würden häufig den Kopf oder auch den gesamten Körper neigen, sowie häufiger und stärker lächeln als Männer, was sie unschuldig oder unseriös wirken ließe. Sitzende oder liegende Personen in einer Werbung seien fast immer Frauen oder Kinder („The Ritualization of Subordination“).⁶² Frauen würden häufiger als Männer mit in die Ferne gerichtetem Blick oder mit vor das Gesicht gehaltenen Händen gezeigt, vermieden eher Blickkontakt und lehnten sich häufig an einen männlichen Partner an oder hielten sich an ihm fest („Licensed Withdrawal“).⁶³ *Goffman* weist darauf hin, dass Frauen häufig in einer Weise posierten, die an das Aussehen und Verhalten von Kindern erinnerten,⁶⁴ sie also unschuldig wirken lasse und die Geschlechterstereotype Passivität und Abhängigkeit unterstütze. Außerdem seien Männer in der Werbung grundsätzlich ernsthaft und angemessen gekleidet, wohingegen Frauen oft kostümiert wirkten.⁶⁵

Andere Untersuchungen führten zu ähnlichen Ergebnissen: Studien von Werbeanzeigen im US-amerikanischen Rundfunk zeigten, dass Männer zahlreicher vertreten waren als Frauen und sich auch deutlich unterschiedlich verhielten.⁶⁶ Mit jeweils größerer Wahrscheinlichkeit waren Männer Autoritäten oder Experten, Frauen hingegen Konsumentinnen oder Produktbenutzerinnen⁶⁷ und wurden Männer in den Werbeanzeigen mit beruflichem und sozialem Aufstieg, Frauen mit der Zustimmung von Familie, Freund oder Ehemann belohnt.⁶⁸ *Christiane Schmerl* teilte die Darstellung von Frauen in der Werbung in sieben Kategorien ein: Sexuelle Anzüglichkeiten auf Kosten der Frau, Gleichsetzung von Frauen mit Produkten und Konsumartikeln, Übertreibungen und Unwahrheiten über Frauen und

60 *Goffman* Gender Advertisements, S. 29 ff.

61 *Goffman* Gender Advertisements, S. 32 ff.

62 *Goffman* Gender Advertisements, S. 40 ff.

63 *Goffman* Gender Advertisements, S. 57 ff.

64 Ebenda.

65 *Goffman* Gender Advertisements, S. 28 ff.

66 *McArthur/Resko* The Journal of Social Psychology 1975, 97, 209, 217; ausführlich dazu *Courtney/Whipple* Sex Stereotyping in Advertising.

67 *McArthur/Resko* The Journal of Social Psychology 1975, 209, 217.

68 *McArthur/Resko* The Journal of Social Psychology 1975, 209, 218.

„ihren“ Haushalt, Betonung „typisch weiblicher“ Unarten, kosmetische Zwangsjacken, Vermarktung und Pervertierung des Emanzipationsbegriffs sowie männlicher Zynismus auf Kosten der Frau.⁶⁹

3. Entwicklung in den 1990er Jahren und um die Jahrtausendwende

Einige Studien in den 1990er Jahren und um die Jahrtausendwende bestätigten die Ergebnisse aus den 1970er Jahren.⁷⁰ Andere erkannten zumindest in Teilbereichen einen Rückgang der bekannten Geschlechtsrollenstereotype in der Werbung.⁷¹ Allerdings brachten die Studien auch neue Erkenntnisse und zeigten neue Entwicklungen, etwa dass Männer eher für nicht-körperliche Produkte wie Versicherungen und Banken, Frauen eher für Lebensmittel und Körperprodukte warben.⁷² Vor allem aber zeichnete sich ein Anstieg sexualisierter Bilder ab: Sowohl die Häufigkeit als auch der Grad an Nacktheit war in den 1990er Jahren gegenüber den 1970er Jahren signifikant erhöht.⁷³ Eine Studie über Geschlechterbilder und -stereotype in Werbespots des Musiksenders MTV kam zu dem Ergebnis, dass die Darstellungen stereotyp waren: Weibliche Charaktere waren weniger häufig zu sehen, waren (nach der herrschenden Norm) physisch attraktiver, trugen knappere und aufreizendere Kleidung und waren mit höherer Wahrscheinlichkeit als männliche Charaktere das Objekt von Blicken Anderer in der Werbedarstellung.⁷⁴

69 *Schmerl* Frauenfeindliche Werbung, S. 78 f., ausführlich S. 4 ff., 15 ff.; *dies.* Das Frauen- und Mädchenbild in den Medien, S. 101 f.; ähnlich auch die Einteilung der Bildersammlung in *Hering* Weibs-Bilder.

70 *Dallmann* *European Journal of Marketing* 2001, 1334 f.; *Neto/Pinto* Sex Roles 1998, 153, 160 ff.; *Lovdal* Sex Roles 1989, 715 ff.; *Signorielli* Sex Roles 1989, 341, 358 f.; jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

71 *Kang* Sex Roles 1997, 979, 994 f.; *Furnham/Bitar* Sex Roles 1993, 297, 304.

72 *Furnham/Bitar* Sex Roles 1993, 297, 304, 308.

73 *Kang* Sex Roles 1997, 979, 993 f.; *Schmerl* Frauenzoo der Werbung, S. 146 ff.

74 *Signorielli/McLeod/Healy* *Journal of Broadcasting & Electronic Media* 1994, 91 ff.

4. Aktuelle Studien

Aktuelle Studien zeigen, dass die Betonung von Geschlechterrollen in der Werbung noch immer üblich ist.⁷⁵ Eine auf 64 Einzelstudien basierende Metastudie von 2009 kommt zu dem Schluss, dass Stereotypisierungen in der Werbung noch immer verbreitet sind⁷⁶ und Werbebilder sich deutlich von der sozialen Wirklichkeit und den gesellschaftlich weithin anerkannten Bestrebungen nach Gleichberechtigung unterscheiden.⁷⁷

Eine Studie, die Fernsehwerbung in unterschiedlichen Ländern verglich, stützt die Ergebnisse einiger vorangegangener Studien, wonach in Deutschland Männer eher in der Berufswelt gezeigt werden und Frauen häufig eine eher dekorative Rolle spielen.⁷⁸ Das Fortschreiten dieser sich schon in den 1990er Jahren und um die Jahrtausendwende abzeichnenden Entwicklung bestätigen auch einige andere Studien. Eine Analyse der Darstellung von Frauen in den US-amerikanischen Printmedien kam zu dem Ergebnis, dass in einer von zwei Werbeanzeigen eine Frau als Sexobjekt und in knapp 10 Prozent der Werbeanzeigen eine Frau als Opfer von Aggressivität oder Gewalt dargestellt wird.⁷⁹

Während Frauen häufig in Entspannungssituationen oder unabhängig vom Produktgebrauch als Dekoration für das Produkt gezeigt werden, befinden sich die abgebildeten Männer mit größerer Wahrscheinlichkeit bei der Arbeit, beim Sport oder im Freien.⁸⁰

In einer Analyse von 183 Mobilfunkwerbeanzeigen in deutschen Zeitungen erkannten die Forschenden einige der in den 1970er Jahren von *Erving Goffman* aufgestellten Kriterien in den aktuellen Werbeanzeigen wieder, vor allem aber fanden sich subtilere Formen wie geschlechtsstereotype Körper-

75 *Döring/Pöschl* Sex Roles 2006, 173, 182; *Knopf/Schneikart* Sex/ismus und Medien, S. 215 ff.; *Kronsteiner* Strategien der Werbung im Fernsehen; ausführlich dazu *Parkin* Food Is Love, Advertising and Gender Roles in Modern America; *Jäckel/Derra/Eck* Schönheitsansichten, S. 30 ff., 71 ff.; *Erdmann* Die Darstellung der Frau in der deutschen Werbung, S. 35 f., 37 ff.; zur Werbesprache vgl. *Motschenbacher* Doing Gender als Strategie der Werbesprache.

76 *Eisend* Journal of the Academy of Marketing Science 2010, 418 ff.

77 Ebenda.

78 *Paek/Nelson/Vilela* Sex Roles 2011, 192, 203.

79 *Stankiewicz/Rosselli* Sex Roles 2008, 579 ff., dabei eine sexuelle Objektifizierung annehmend, wenn die Sexualität einer Frau dem Verkauf eines Produktes dient (S. 583), zu den Fallgruppen, welche eine Opferstellung begründen, S. 584.

80 *Döring/Pöschl* Sex Roles 2006, 173, 182.

haltung, Mimik und Gestik. Ein Anstieg an Ungleichheit zeigte sich im Rahmen der Bekleidung. Mit hoher Wahrscheinlichkeit waren Männer vollständig, Frauen hingegen leicht bekleidet.⁸¹ Außerdem konnte herausgearbeitet werden, dass der Grad an Stereotypisierung je nach beworbenem Produkt und Leserschaft der Zeitschrift variierte.⁸² Insgesamt kamen die Forschenden zu dem Ergebnis, dass sich Geschlechtsrollenstereotype in den untersuchten Werbeanzeigen nur leicht, nicht aber in einer den realen Verhältnissen angemessenen Weise geändert hatten.⁸³

Den Studien zufolge ist eine typische Art der Darstellung von Frauen in der Werbung ihre Sexualisierung. Diese erfolgt einerseits durch leichtere Bekleidung, vor allem aber auch durch Körperhaltung, Mimik und Gestik: „Mehr oder weniger geöffnete Münder, geschlossene Augen, herausgestreckte Zungen oder verklärte Blicke sollen erotische Involviertheit, Verzücktheit oder Ekstase darstellen. Die Selbstberührung der Lippen mit den Fingern, das Lecken und Befeuchten derselben mit der Zunge, das Knabbern an ihnen, das Zusammenpressen oder Anspitzen des Mundes sind weitere ‚orale Handlungen‘, die als erotisches Engagement, als Begierde und Zugänglichkeit oder als Anspielungen auf sexuelle Praktiken (insbesondere Oralverkehr) verstanden werden können und sollen. Hinzu kommen Körperhaltungen wie gespreizte Beine, Gesten wie die in den Mund gesteckten Finger usw., die erotische Bereitschaft und Affekte der Darstellerinnen indizieren.“⁸⁴ *Herbert Willems* und *York Kautt* sprechen in diesem Zusammenhang von dem Frauenkörper als einer „erotiksymbolischen Ausdrucksmaschine“.⁸⁵

5. Aktuelle Beispiele

Die zitierten Studien machen Geschlechtsrollenstereotypisierungen in der Werbung an vielen einzelnen Merkmalen fest. An einigen aktuellen Wer-

81 *Döring/Pöschl Sex Roles* 2006, 173, 182 f.

82 *Döring/Pöschl Sex Roles* 2006, 173, 183.

83 *Döring/Pöschl Sex Roles* 2006, 173, 184.

84 *Willems/Kautt* *Theatralität der Werbung*, S. 371; vgl. auch *American Psychological Association, Task Force on the Sexualization of Girls* Report of the APA Task Force on the Sexualization of Girls, <http://www.apa.org/pi/women/programs/girls/report.aspx> (abgerufen am 16.12.2013).

85 *Willems/Kautt* *Theatralität der Werbung*, S. 371; zur Sexualisierung und Körperkonstruktion in der Werbung auch *Holz-Bacha/Wilk* *Stereotype*, S. 62, 65 ff., 75 ff.

beanzeigen lassen sich geschlechtsrollenstereotype Aussagen beispielhaft erkennen: Das Werbeplakat eines Goldhauses warb mit dem Slogan: „WARUM SIE LIEBER IN GOLD ALS IN EINE SCHÖNE FRAU INVESTIEREN SOLLTEN: WEIL GOLD NIE SEINEN GLANZ VERLIERT.“ Die Werbung zeichnet damit das Bild eines reichen Menschen, der in „schöne Frauen investieren“ kann. In einer heteronormativen Gesellschaft wird dieser Mensch bei den Rezipient_innen als „Mann“ verstanden werden. Damit spricht die Werbung, obwohl es sich um ein geschlechtsneutrales Gut handelt, allein Männer als Investoren an. Während damit das Bild des reichen Mannes vermittelt wird, ist das Bild der Frau ein völlig anderes: Sie wird als Investorin gar nicht erst angesprochen, sondern allein mit dem Adjektiv „schön“ versehen. Im „Schön-Sein“ erschöpft sich ihre Rolle. Unterstützt wird diese Aussage durch den zweiten Satz: „Weil Gold nie seinen Glanz verliert“. Die Schönheit einer Frau ist vergänglich, danach ist sie weniger wert. Der Wert einer Frau bemisst sich in dieser Werbung also nach ihrer Jugend und Schönheit.⁸⁶

Eine ähnliche Aussage transportiert auch der Werbespot eines Versicherungsvergleichsportals im Internet: Da die Autoversicherung zu teuer ist, kann der dargestellte Mann seiner Freundin nichts mehr zum Anziehen kaufen. Also vergleicht er auf dem Portal im Internet, spart Geld und kauft seiner Freundin noch weniger zum Anziehen. Die Kamera schwenkt auf die Freundin, die jetzt knappe Hotpants trägt, in denen Geldscheine stecken. Demnach kümmern sich Männer um die Finanzen; Frauen hingegen sind von ihren Männern finanziell und bezüglich der Versorgung mit Kleidung, von der sie stets zu wenig haben, abhängig.

Ebenfalls geschlechtsrollenstereotypisierend war die Werbung von Nivea zur Fußball-WM 2010 der Männer: Lediglich für den Kauf von Pflegeprodukten für Männer gab es Fanprodukte. Die Aussage lautet: Männer interessieren sich für Fußball, Frauen nicht.

Das Beispiel einer Uhrenwerbung zeigt das Aufgreifen von Geschlechtsrollenstereotypen hinsichtlich der Aufgabenverteilung im Haushalt: Abgebildet ist eine Herrenarmbanduhr. Der in großen schwarzen Lettern darüber abgedruckte Text sagt: „Viel zu schade zum Einkaufen, Waschen, Putzen und Wickeln.“ Die sich in Verbindung mit dem Bild ergebende Aussage legt nahe: Die Uhr ist für Männer gemacht. So wie die Uhr sind auch diese zu schade für die genannte Hausarbeit.

86 Vgl. Abbildung unten, S. 293.

Besonders häufig und zugleich besonders schwerwiegend sind Stereotypisierungen in der Kinderwerbung. Hier zeigt sich eine Entwicklung hin zur kompletten Segmentierung, wofür das Unternehmen LEGO exemplarisch betrachtet werden kann. In den 1940er und 1950er Jahren begann LEGO damit, geschlechtsneutrales Spielzeug für Kinder herzustellen. Das Unternehmen bewarb seine Produkte mit gemeinsam bastelnden Jungen und Mädchen, die sich mit Ausnahme der Haarlänge sehr ähnlich sahen. Zunehmend erfolgte jedoch eine Fokussierung der Werbung auf Jungen und das gemeinsame Bauen von „Jungs und ihren Vätern“ sowie eine Veränderung der Produktpalette, woraufhin es LEGO-Bausätze für die unterschiedlichsten Bauwerke und Fahrzeuge gab, die LEGO-Figuren aber nicht mehr wie zu Beginn geschlechtsneutral, sondern fast ausschließlich männlich waren. 2012 entwickelte LEGO schließlich eine eigene Reihe, die sich gezielt an Mädchen richtet: Bei LEGO Friends gibt es Gebäude wie ein Designstudio, eine Bäckerei, ein Café und einen Beautyshop, denen gemein ist, dass sie nicht des LEGO-typischen Zusammenbaus bedürfen und grundsätzlich in pink und lila gehalten sind. Sie enthalten viele Dekorationselemente und spezielle weibliche Legofiguren, die größer und dünner als das ursprüngliche Modell sind sowie Brüste haben. Während LEGO mit seinen Werbekampagnen suggeriert, dass Jungen das gesamte übrige Betätigungsfeld der Welt des Bauens und Erschaffens offen steht (LEGO Friends ist eine von derzeit zwölf verschiedenen LEGO-Produktgruppen⁸⁷), fixiert es Mädchen auf einen sehr eingeschränkten und eindimensionalen Ausschnitt (von dem es aber wiederum die Jungen ausnimmt).

6. Zusammenfassung

Geschlechtsrollenstereotype sind seit den 1970er Jahren in der Werbung üblich. Auch wenn sich einige Darstellungsformen geändert haben, hinkt die Darstellung von Geschlecht in der Werbung der gesellschaftlichen Entwicklung hinterher und zeigt stereotype, teilweise auch idealisierte Bilder der Geschlechter „Frau“ und „Mann“. Frauen und Männer werben tendenziell für unterschiedliche Produkte und werden in unterschiedlichen Umgebungen sowie bei unterschiedlichen Tätigkeiten gezeigt. Insbesondere die Dar-

87 Vgl. Homepage der Lego Group <http://www.lego.com/en-us/products/default.aspx> (abgerufen am 16.12.2013).

stellung der Körper, deren Bekleidung und Haltung, differieren zwischen den Geschlechtern und bekräftigen die jeweiligen Geschlechtsrollenstereotype. Teilweise arbeiten Werbeanzeigen auch mit ausdrücklichen Aussagen, die Frauen oder Männern Eigenschaften oder Verhaltensweisen zuschreiben.

III. Verfestigung von Geschlechtsrollenstereotypen durch Werbung

Die Darstellung von Geschlecht in der Werbung hat individuelle und gesellschaftliche Auswirkungen und könnte damit auch in Konflikt mit verfassungsrechtlichen Leitbildern geraten, wenn Werbung nicht nur ein Spiegel der Gesellschaft ist, der bereits existierende Verhaltensmuster reflektiert⁸⁸, sondern eine aktive Rolle im Rahmen der Konstruktion und Verfestigung von Geschlechtsrollenstereotypen spielt. Um dies beurteilen zu können, ist zunächst herauszuarbeiten, in welchem Verhältnis Geschlecht und Geschlechtsrollen zueinander stehen und wie sich letztere entwickeln. Sodann ist die Rolle der Werbung als Sozialisationsagent zu untersuchen.

1. Geschlechtsrollen als Bestandteil des Geschlechts

Die oben bereits beschriebenen Geschlechtsrollen machen einen großen Teil dessen aus, was als Geschlecht wahrgenommen und bezeichnet wird. Der überwiegend⁸⁹ üblichen eindeutigen und absoluten Zweiteilung der Geschlechter, auch Geschlechterdichotomie genannt, liegt die traditionelle eu-

88 So Volker Nickel, bis August 2013 Sprecher des Deutschen Werberates, auf der Werbewirtschaftlichen Tagung 2002 in Wien unter dem Motto „Sex sells!?! – Gratwanderung zwischen Erfolg, Provokation und Pleite“, dokumentiert von Marschik/Dorer Medienimpulse 42/2002, 1, 4.

89 Die Biologin Anne Fausto-Sterling spricht von fünf Geschlechtern: *Fausto-Sterling* The Sciences 2000, 19 ff.; *dies.* The Sciences 1993, 20 ff.; Ethnologen berichten über multiple Geschlechtersysteme bei Native American Cultures, vier Geschlechtern bei den Navajos, Geschlechtsrollenwechsel im sibirischen Schamanismus, sogenannte „Geschworene Jungfrauen“ auf dem Balkan, die Xanith in Oman, dritte und vierte Geschlechter in Indonesien und das dritte Geschlecht, die Hijra, in Indien: *Lang* Intersexualität, S. 191 ff.; *Schröter* Über Grenzverläufe zwischen den Geschlechtern, S. 107 ff.; *Wesley/Jacobs* American Indian Culture and Research Journal 1999, 91 ff.

ropäische Idealvorstellung von den Geschlechtern zugrunde.⁹⁰ Diese biologische Eindeutigkeit und die Absolutheit der biologischen Determination von weiblichen und männlichen Geschlechtscharakteren und vermeintlichen geschlechtsspezifischen Eigenschaften und Verhaltensweisen wird jedoch zunehmend als Naturalisierung gesellschaftlicher Geschlechtervorstellungen kritisiert, die geeignet ist, Differenzierungen und Diskriminierungen zu rechtfertigen.⁹¹ Um die vermeintlich natürlichen Eigenschaften zu hinterfragen, wurde das Begriffspaar „Sex“ und „Gender“ entwickelt,⁹² wobei „Sex“ als das biologische, körperlich bestimmbare Geschlecht gilt, das bei der Geburt festgelegt wird und in diesem Verständnis eine festgelegte, unwandelbare Kategorie ist. Der Begriff „Gender“ hingegen bezeichnet das soziale Geschlecht und soll verdeutlichen, dass Geschlechtsidentität und Geschlechterrollen nicht biologisch determiniert sind, sondern erworben und in sozialer Interaktion erlernt werden müssen (Sex = angeboren, Gender = erlernt).⁹³ Wegbereitend für die sich diesem Gebiet widmenden „Gender Studies“ war *Simone de Beauvoir* mit ihrem Werk „Das andere Geschlecht“⁹⁴, in welchem sie die These vertritt, dass die Unterdrückung der Frau gesellschaftlich bedingt sei und dass keine irgendwie geartete Essenz der Frau existiere: „Man wird nicht als Frau geboren, man wird es. Keine biologische, psychische oder ökonomische Bestimmung legt die Gestalt fest, die der weibliche Mensch in der Gesellschaft annimmt.“⁹⁵ *Beauvoir* begreift das Geschlecht damit als Ergebnis von sozialen Verhaltensnormen und per-

90 Tillmann/*Liebau* Jugend weiblich – Jugend männlich, S. 134.

91 *Ebeling/Schmitz* Geschlechterforschung und Naturwissenschaften, S. 281, 282 f.; *Bontrup/Engler* Doing Gender, S. 3.

92 Erstmalige Veröffentlichung des Begriffspaares durch *Money/Hampson/Hampson* Bulletin John Hopkins Hospital 97 (1955), 284 ff.; Weiterentwicklung durch *Reiter/Rubin* Toward an anthropology of women, S. 157 ff.

93 *Laqueur* Auf den Leib geschrieben, S. 25 f.; *Lindsey* Gender Roles, S. 4; *Basow* Gender Stereotypes, S. 23.

94 Titel der deutschen Übersetzung (sämtlicher Ausgaben), Titel im Original: *Le Deuxième Sexe*, 1949. Eine Kritik bzgl. der nicht ganz wörtlichen Übersetzung ist der Verfasserin nicht bekannt. Jedenfalls bezieht sich *Beauvoir* in ihrem Werk aber lediglich auf die zwei Geschlechter „Mann“ und „Frau“, sodass die deutsche Übersetzung nicht falsch sein dürfte.

95 *Beauvoir* Das andere Geschlecht, S. 334 (geläufige wortwörtliche Übersetzung des Originalzitats „On ne naît pas femme : on le devient. Aucun destin biologique, psychique, économique ne définit la figure que revêt au sein de la société la femelle humaine“).

formativen Akten.⁹⁶ Das soziale Geschlecht zeige sich in Traditionen, Gebräuchen, Vereinbarungen, in gesellschaftlichen Frauen- und Männerleitbildern und -rollen. Es werde erworben, aufgezwungen und ansozialisiert. Differenzen zwischen den Geschlechtern resultierten aus unterschiedlichen Erfahrungen und Lebenslagen und seien nicht auf biologische Faktoren zurückzuführen, so *Beauvoir*.⁹⁷ Gender meint also die gesellschaftsbedingte Konstruktion von Geschlecht und bezeichnet die kulturellen Wertungen, Deutungen, Verwendungen, also die sozialen Geschlechterrollen: Die Rolle eines Menschen, die er aufgrund seines Geschlechts als Mann oder Frau in der Gesellschaft einnimmt.⁹⁸ Ab dem Zeitpunkt ihrer Geburt werden Menschen aufgrund ihres Geschlechts unterschiedlich behandelt, machen verschiedene Erfahrungen und müssen unterschiedliche Erwartungen erfüllen. Das sich dadurch entwickelnde soziale Geschlecht (Gender) ist nicht biologisch, sondern eine soziale Folge der Funktionsweisen einer Gesellschaft:⁹⁹ „Die Geschlechtsrolle wird nicht bei der Geburt festgelegt, sondern nach und nach durch Erfahrungen aufgebaut und vervollständigt; das geschieht durch zufälliges und ungeplantes Lernen, durch gezieltes Unterweisen und Einschärfen.“¹⁰⁰

Die bewusste Unterscheidung von „Sex“ und „Gender“ machte auf die gesellschaftliche und kulturelle Konstruktion von „Geschlechtsidentität“ aufmerksam, ermöglichte es, die Naturalisierung von Geschlecht – also die Auffassung, dass es die Natur sei, die menschliches Verhalten festlegt – zu verabschieden und sich auf soziale Prozesse zu konzentrieren, die grundsätzlich veränderbar sind.¹⁰¹ Vorstellungen von Weiblichkeit und Männlichkeit, Geschlechtsidentitäten und -rollen, werden seitdem zunehmend als variabel und wandelbar sowie in historische und kulturelle Zusammenhänge eingebettet angesehen.¹⁰²

Auch die „Sex“/„Gender“-Unterscheidung impliziert jedoch eine durch die Natur vorgenommene, feststehende Unterscheidung zwischen den Geschlechtern, wobei „Sex“ sozusagen als ein außerkultureller Tatbestand fun-

96 *Beauvoir* Das andere Geschlecht, insbes. S. 334 ff.

97 Ebenda.

98 *Villa* *Sexy Bodies*, S. 55; *Laqueur* Auf den Leib geschrieben, S. 25 f.

99 *Goffman* Interaktion und Geschlecht, S. 109.

100 *Money* Bulletin of John Hopkins Hospital 96 (1955), 253 ff.

101 von *Braun/Stephan* Gender Studien, S. 3 f.; *Schöblier* Einführung in die Gender Studies, S. 11.

102 *Ebeling/Schmitz* Geschlechterforschung und Naturwissenschaften, S. 281, 282 f.; *Bontrup/Engler* Doing Gender, S. 3.

giert und „Gender“ als soziale Überformung oder Transformation dieses biologischen Tatbestandes gesehen wird.¹⁰³ Die neuere Forschung verdeutlicht hingegen, dass auch die Kriterien für eine biologische Differenzierung nach vermeintlich eindeutigen Geschlechtern nicht stets eindeutig und allein in dualistisch entgegengesetzter Prägung existent, sondern in vielfältiger Weise vorhanden oder entwickelt sind. Auch die biologische Kategorie „Geschlecht“ ist geprägt durch fließende Übergänge¹⁰⁴ und entspricht eher einem Kontinuum als einer strikten Dichotomie.¹⁰⁵ Diese Hinterfragung der „natürlichen“ Zweigeschlechtlichkeit stellt letztlich auch die Unterscheidung von „Sex“ (körperlich angeboren) und „Gender“ (sozial erlernt)¹⁰⁶ in Frage; nicht zuletzt auch, da eine biologisch gerechtfertigte Zweiteilung der Geschlechtlichkeit anfällig ist, mit unterschiedlichen geschlechtsbezogenen Eigenschaften, Rollen und Aufgaben einherzugehen und damit letztlich zur Konstruktion eines hierarchischen Unterschieds zwischen den Geschlechtern zu führen. Körper sind nicht nur der Konstituierung von Gender vorhergehende Realität. Vielmehr sind Körper und Kultur, Sex und Gender untrennbar miteinander verwoben; sie bedingen und beeinflussen sich gegenseitig und unterliegen beständig wechselseitigen Veränderungsprozessen.¹⁰⁷ Um allen Menschen gerecht zu werden und soziale wie medizinische Diskriminierungen zu beenden, müsste daher die vorhandene biologische Vielfalt von Geschlecht berücksichtigt und von der strikten Dichotomie abgerückt werden. Zusätzlich bedarf es der Entwicklung neuer Begrifflichkeiten.¹⁰⁸ Da Geschlecht schon als binäre Kategorie nicht eindeutig ist, erweist es sich jedenfalls auch als ungeeignetes Differenzierungsmerkmal. Falls

103 Bontrup/Engler *Doing Gender*, S. 12; zur Kritik an der Trennung von „Sex“ und „Gender“ vgl. *Butler Das Unbehagen der Geschlechter*; Ebeling/Schmitz *Geschlechterforschung und Naturwissenschaften*, S. 331 ff.

104 Pasero/Gottburgsen/Maurer *Wie natürlich ist Geschlecht*, S. 65, 90; Petersen/Mauß/Heinsohn *Feministische Naturwissenschaftsforschung*, S. 14, 21 f.

105 Hyde *American Psychologist* 2005, 581 ff.; Ebeling/Schmitz *Geschlechterforschung und Naturwissenschaften*, S. 33, 40, 53; Fausto-Sterling *Sexing the Body*, S. 45 ff., S. 146 ff.; S. 195 ff.; Pasero/Gottburgsen/Maurer *Wie natürlich ist Geschlecht*, S. 65, 81; Hagemann-White *Sozialisation: Weiblich-männlich?* S. 13.

106 Bontrup/Engler *Doing Gender*, S. 12; so auch *Villa Sexy Bodies*, S. 57.

107 Ebeling/Schmitz *Geschlechterforschung und Naturwissenschaften*, S. 33, 54, 331, 342.

108 Pasero/Gottburgsen/Maurer *Wie natürlich ist Geschlecht*, S. 65, 86; zur juristischen Einordnung des Problems vgl. *Adamietz APuZ* 20-21/2012, 15 ff.

Werbung als Instrument geeignet ist, Rollenbilder zu festigen, sollte daher auch die Werbung keine binären Geschlechtsrollenstereotype verwenden.

2. Geschlechtsrollenerwerb

Wie genau Menschen zum „richtigen“ Geschlechtsrollenverhalten finden, ist umstritten. Die Social Learning Theory geht davon aus, dass Kinder von ihrem Elternhaus und der übrigen Umwelt dazu angehalten werden, sich „geschlechtskonform“ zu verhalten, indem sie für angemessenes, geschlechtskonformes Verhalten gelobt, für unangemessenes Verhalten hingegen bestraft werden. Dies kann durch eindeutige Aussagen, wie z.B.: „Ein Junge weint nicht!“ oder „Du bist ein Mädchen, also benimm dich auch wie eines!“ geschehen, aber auch deutlich subtiler und unbewusster,¹⁰⁹ etwa indem das Spielen mit Puppen bei Mädchen enthusiastischer unterstützt wird als bei Jungen.¹¹⁰ Die Kinder lernen daraufhin, zwischen „richtigem“ und „falschem“ Rollenverhalten zu unterscheiden.¹¹¹

Einer anderen Theorie zufolge, der Cognitive Development Theory, nehmen Kinder geschlechtskonformes Verhalten entsprechend ihrer kognitiven Fähigkeit und dem Grad des Verständnisses, das sie ihrer Umwelt entgegenbringen, an.¹¹² Der Erwerb von Geschlechtsrollen basiert demnach im Gegensatz zur Social Learning Theory auf einem selbstmotivierten Prozess und ist nicht primär ferngesteuert: Kinder nehmen Klassifizierungen anhand von Geschlecht in ihrer Umgebung wahr, ordnen sich entsprechend ein und entwickeln ihr Verhalten. Sie nehmen Geschlechtsrollen an, weil sie Jungen oder Mädchen sein wollen.¹¹³

109 *Bandura Social Learning Theory; Bandura/Walters Social Learning; Mischel Psychological Review* 1973, 252 ff.; ausführlich zu Mitteln, Wegen und Wirkungen geschlechtsspezifischer Erziehung *Hagemann-White Sozialisation: Weiblich-männlich?* S. 48 ff., zur Sozialisationstheorie ebenda S. 86 ff.; Weiterentwicklung der Social Learning Theory zur Social Cognitive Theory: *Bussey/Bandura Psychological Review* 1999, 676 ff.; *Bandura Social Foundations*, insbes. S. 51 ff.

110 Vgl. *Snow/Jacklin/Maccoby Child Development* 1983, 227, 230.

111 *Crawford/Gentry/Datan Gender and Thought*, S. 175, 185 f.; *Fagot Sex Roles* 1984, 593, 594; *Snow/Jacklin/Maccoby Child Development* 1983, 54, 227, 230; *Langlois/Downs Child Development* 1980, 1237, 1245; *Rheingold/Cook Child Development* 1975 459, 462.

112 *Kohlberg Zur kognitiven Entwicklung des Kindes*, S. 334 ff.

113 *Kessler/McKenna Gender*, S. 96 ff.; ablehnend *Hagemann-White Sozialisation: Weiblich-männlich?* S. 84 ff.

Nach der daraus entwickelten Gender Schema Theory nehmen Kinder Informationen nach bestimmten Schemata auf und verinnerlichen sie. Ist eine Gesellschaft stark geschlechtersegregiert, wird die Geschlechtszugehörigkeit eines Menschen zu einem Schlüsselschema für Kinder, die dann alle Informationen um die Geschlechtszugehörigkeit gruppieren und sich entsprechend verhalten.¹¹⁴

Geschlechtsstereotypes Verhalten beruht also auf einem Sozialisationsprozess. Verschiedene sogenannte „Sozialisierungsagenten“ sind während eines kontinuierlichen Sozialisationsprozesses an der Bildung der Geschlechtsrollen beteiligt, allen voran die Familie, in der ein Kind seine moralischen Grundprinzipien und erstes sozialadäquates Verhalten lernt.¹¹⁵

3. Medienwirkungsforschung

Entscheidend für diese Arbeit ist, ob auch Werbung ein einflussreicher Sozialisierungsagent ist. Um die Wirkung geschlechtsrollenstereotyper Fernsehbilder auf Rezipient_innen zu untersuchen, gibt es verschiedene Herangehensweisen: unter anderem die quantitative und die qualitative Medienwirkungsforschung.¹¹⁶

a) Quantitative Medienwirkungsforschung

Die quantitative Methode untersucht den Imitations- und Identifikationseffekt medialer Bilder im Zusammenhang mit der Häufigkeit des medialen Konsums. Dabei zeigen Studien, dass Verhaltensweisen und Einstellungen

114 Bem Chicago Journals 1983, 598 ff.; *dies.* Psychological Review 1981, 354 ff.; Martin/Halverson Child Development 1983, 563 ff.

115 Lindsey Gender Roles, S. 61 ff.

116 Nicht mehr auf quantitative/qualitative Medienwirkungsforschung abstellend, Werbung aber jedenfalls als einen (von mehreren) Sozialisierungsagenten ansehend Hoffmann/Mikos Mediensozialisationstheorien; Vollbrecht/Wegener Handbuch Mediensozialisation.

von Rezipient_innen umso stärker von Geschlechtsrollenstereotypen geprägt sind, je häufiger die entsprechende Person fernsieht.¹¹⁷

In den 1970er Jahren wurden in Kanada die Berufserwartungen von Mädchen und Jungen aus verschiedenen Städten über einen Zeitraum von zwei Jahren evaluiert. Eine der drei Städte hatte zu Beginn der Untersuchung keinen Zugang zum Fernsehen.¹¹⁸ Die Forschenden untersuchten zwei Hypothesen: Zunächst vermuteten sie, dass die Kinder in der Stadt ohne Fernsehzugang weniger geschlechtsrollenstereotype Vorstellungen hätten als jene in den anderen Städten. Da diese Hypothese durch die Ergebnisse bestätigt wurde und sich die Städte vom Fernsehzugang abgesehen in allen sonstigen Aspekten ähnelten, interpretierten die Forschenden dies als Beweis dafür, dass Fernsehkonsum geschlechtsrollenstereotype Ansichten von Kindern verstärkt.¹¹⁹ Dieses Ergebnis wurde bestärkt durch die sich ebenfalls als richtig erweisende zweite Hypothese: Zwei Jahre nach der ersten Untersuchung zeigten die Kinder der Stadt, welche erst kurz nach der ersten Untersuchung Fernsehzugang erlangt hatte, einen „dramatischen Anstieg“ stereotyper Ansichten.¹²⁰ Da die einzige größere Veränderung während der Zweijahresperiode der Zugang zum Fernsehen war, interpretierten die Forschenden die Ergebnisse als deutlichen medialen Effekt.¹²¹

Auch in anderen Studien zeigte sich ein signifikanter Zusammenhang zwischen der Häufigkeit von Fernsehkonsum und dem Glauben an Ge-

117 *Golombok/Fivush* Gender Development, S. 34; *Signorielli/Lears* Sex Roles 1992, 157 ff.; *Signorielli* Sex Roles 1989, 341, 358 f.; *Calvert/Huston* New Directions for Child and Adolescent Development 1987, 75 ff.; *Greenfield* Imagination, Cognition and Personality 1983-84, 3 ff.; *McGee/Frueh* Sex Roles 1980, 179, 185; *Frueh/McGhee* Developmental Psychology 1975, 109; *Beuf* Journal of Communication 1974 142, 144; *Thompson/Zerbinos* Sex Roles 1997, 415, 430; jeweils mwN.

118 Darstellung der Studie bei *Williams* The impact of television, S. 1 ff.

119 *Williams/Kimball* The impact of television, S. 265, 279; um die Wahrnehmung korrekten Geschlechterverhaltens zu ermitteln, nutzten die Forschenden die Sex-Role-Differentiation Scale (SDR) von *Lambert* Sex Role Imagery: Dabei mussten die Kinder auf einer sieben-punktigen Skala angeben, wie typisch das entsprechende Verhalten für Jungen oder Mädchen ihres Alters ist. Die Studie wurde, um möglichst repräsentative Ergebnisse zu erhalten, sowohl mit verschiedenen Personen, die zum jeweiligen Zeitpunkt der Datenerhebung gleichaltrig waren (cross-sectional), als auch als Begleitstudie mit den gleichen Personen über den gesamten zweijährigen Zeitraum (longitudinal) durchgeführt.

120 *Williams/Kimball* The impact of television, S. 265, 279 f., 204.

121 *Williams* The impact of television, S. 395, 400; so auch bereits BVerfGE 35, 202, 227 ff. – Lebach.

schlechtsrollenstereotype¹²² sowie geschlechtsrollenstereotypem Verhalten.¹²³ Besonders anfällig für die Einflüsse von Werbebildern sind Kinder, da sich deren Einstellungen und Überzeugungen erst formen:¹²⁴ So äußern Kinder, die häufig fernsehen, eher traditionelle Berufswünsche als Kinder, die wenig Zeit vor dem Fernseher verbringen.¹²⁵ Auch neigen häufig fernsehende Kinder im Vergleich zu jenen, die seltener fernsehen, stärker dazu, sich für geschlechtsspezifisches Spielzeug zu entscheiden¹²⁶ und stereotypisierte Antworten auf Fragen nach richtigem Rollenverhalten von Mädchen und Jungen zu geben.¹²⁷ Mädchen, die am häufigsten fernsahen, zeigten die größten Vorurteile gegen ihre eigene Geschlechtsgruppe.¹²⁸

b) Qualitative Medienwirkungsforschung

Diese Ergebnisse bestärkt auch die qualitative Medienwirkungsforschung, welche die unmittelbare Wirkung von stereotypen (oder gerade nicht stereotypen) Fernsehbildern auf Verhaltensweisen, Ansichten und Einstellungen der Proband_innen untersucht. So konnten Forschende nachweisen, dass Frauen, die zunächst zu ihrem Führungsinteresse befragt und dann kurzzeitig traditionelle Fernsehwerbung gezeigt bekamen, anschließend ein geringeres Interesse hinsichtlich beruflicher Führung aufwiesen.¹²⁹ Besonders deutlich zeigt sich die Wirkung stereotyper Werbebilder, wenn die Wirkung nicht- oder gegensätzlich-stereotyper Bilder untersucht wird: In einer zweiten Studie zeigten die Autor_innen der eben genannten Studie, dass der Effekt von Stereotypisierungen auf Führungsbestrebungen durch die Rücknahme von

122 *Wroblewski/Huston* The Journal of Early Adolescence 1987, 283, 295; *Morgan* The Journal of Early Adolescence 1987, 269, 279 f.; *Durkin* British Journal of Social Psychology 1985, 191 ff.; *McGee/Frueh* Sex Roles 1980, 179, 186.

123 *Morgan* The Journal of Early Adolescence 1987, 269, 280.

124 *Unnikrishnan/Bajpai* The impact of television advertising on children, S. 146 ff.; *Davis* Sociological Spectrum 2003, 407 f.; vgl. dazu oben die Theorien zur Geschlechtsentwicklung.

125 *Beuf* Journal of Communication 1974, 142, 144.

126 *Frueh/McGhee* Developmental Psychology 1975, 109.

127 *McGee/Frueh* Sex Roles 1980, 179 ff.

128 *Zuckermann/Singer/Singer* Journal of Applied Social Psychology 1980, 281, 291.

129 *Davies/Spencer/Steele* Journal of Personality and Social Psychology 2005, 276, 279 f.

stereotypem Erwartungsdruck (Stereotype Threat)¹³⁰ vermindert werden kann – indem Frauen bewusst gemacht wird, dass es keine geschlechtsbedingten Unterschiede in Fähigkeiten für Führungsaufgaben gibt.¹³¹ Auch in anderen Studien konnte nachgewiesen werden, dass Rezipient_innen ihre von traditionellen Geschlechtsrollenstereotypen geprägten Einstellungen nach der Konsumierung medialer Bildern, die diesen Stereotypen entgegenliefen, änderten.¹³²

Untersuchungen mit Kindern zeigten, dass Kinder durch die Beobachtung und das Modell-Lernen anhand von TV-Bildern genauso effektiv Verhaltensweisen übernehmen wie von realen Vorbildern des täglichen Lebens.¹³³ So konnte nachgewiesen werden, dass das Zeigen von stereotypen Werbespots mit Frauen und Männern zu einer deutlichen Verstärkung klischeehafter Geschlechtervorstellungen und Berufswünsche bei diesen Kindergruppen führt¹³⁴ und andererseits nicht-stereotype Geschlechterrollendarstellungen in Werbespots einen deutlichen Einfluss auf Mädchen haben, der sich etwa in Form von Erweiterungen ihres Verhaltensrepertoires, ihrer Berufswünsche etc. zeigt.

Zu ähnlichen Ergebnissen kamen Untersuchungen mit erwachsenen Frauen: Spots mit progressiven Frauenrollen führten in entsprechenden Tests zu wesentlich höheren Werten für Selbstbewusstsein und Unabhängigkeit bei den Probandinnen als in der Vergleichsgruppe mit konventionell-stereotypen Werbespots. Auch äußerten die Probandinnen der letzten Gruppe geringere berufliche Leistungsansprüche als die Frauen der Kontrollgruppe und als die Männer.¹³⁵ In einer weiteren Studie äußerten die Teilnehmenden, die Werbung mit stereotypen Geschlechterbildern gesehen hatten, gegenüber jenen, die progressive Werbespots gezeigt bekamen, stereotypere Annahmen zu Geschlechtern und eine höhere Akzeptanz von sogenannten

130 Erstmals dazu *Davies/Spencer/Quinn/Gerhardstein* *Personality and Social Psychology Bulletin* 2002, 1615 ff.; ausführlich zum Stereotype Threat *Inzlicht/Schmader* *Stereotype Threat*.

131 *Davies/Spencer/Steele* *Journal of Personality and Social Psychology* 2005, 276, 280 f.

132 *Durkin* *British Journal of Social Psychology* 1985, 211, 221.

133 *Bandura/Ross/Ross* *Journal of Abnormal and Social Psychology* 1963, 3 ff.

134 *Huston/Greer/Wright/Welch/Ross* *Developmental Psychology* 1984, 707 ff.; *O'Bryant/Corder-Bolz* *Journal of Vocational Behavior* 1978, 233 ff.; *Cheles-Miller* *Journal of Advertising Research* 1975, 45 ff.

135 *Geis/Brown/Jennings-Walstedt/Porter* *Sex Roles* 1984, 513 ff.; *Jennings-Walstedt/Geis/Brown* *Journal of Personality and Social Psychology* 1980, 203 ff.

Vergewaltigungsmythen, die die Mitschuld von Frauen an Vergewaltigungen erklären, sowie Antipathien gegenüber dem anderen Geschlecht¹³⁶ und eine geringere Akzeptanz von Geschlechtergleichheit.¹³⁷

In einer Studie zur Wirkung sexualisierter Bilder wurden Jugendliche verschiedenen Geschlechts über den Zeitraum eines Monats verschiedenen unterschiedlich stark sexualisierten medialen Bildern ausgesetzt. Die Auswertung der beantworteten Fragebögen zeigte einen Zusammenhang zwischen einer erhöhten Rezeption von sexualisierten Bildern in den Medien und der verstärkten Gleichsetzung von Frauen mit Sexobjekten.¹³⁸ Implizite Assoziationstests und funktionelle Magnetresonanztomographien zeigten, dass Männer, die in einer vorangegangenen Untersuchung geschlechtsstereotype Ansichten geäußert hatten, bei der Rezeption sexualisierter Bilder von Frauen eher dazu tendierten, die dargestellten Frauen mit Objekten als mit Subjekten zu assoziieren.¹³⁹

Zu den Auswirkungen sexualisierter Bilder auf das mentale und physische Wohlbefinden insbesondere von Frauen und Mädchen, aber auch von Männern, existieren ebenfalls zahlreiche Studien: Die mediale Konfrontation mit dünnen Vorbildern führt zu signifikanten Auswirkungen auf das Körperempfinden und das Selbstwertgefühl; Rezipient_innen, insbesondere Mädchen und junge Frauen, zeigen eine deutlich erhöhte Körperunzufriedenheit.¹⁴⁰ Eine Metaanalyse zum Einfluss der medialen Darstellungen auf die Zufriedenheit bzw. Unzufriedenheit mit dem eigenen Körper, gestörtes Essverhalten und den Wunsch, schlank zu sein, fand zwei Dinge heraus: Zum

136 MacKay/Covell Sex Roles 1997, 573, 580.

137 MacKay/Covell Sex Roles 1997, 573, 581.

138 Peter/Valkenburg Sex Roles 2007, 381 ff., mit Hinweis auf weitere Studien mit ähnlichen Ergebnissen.

139 Cikara/Eberhardt/Fiske Journal of Cognitive Neuroscience 2010, 540 ff.

140 Grabe/Ward/Hyde Psychological Bulletin 2008, 460 ff.; Derenne/Beresin Academic Psychiatry 2006, 30, 257 ff.; Schooler/Ward Psychology of Men and Masculinity 2006, 27 ff.; Petersen Zeitschrift für Medienpsychologie 2005, 54, 60 f.; Halliwell/Dittmar Journal of Social and Clinical Psychology 2004, 104 ff.; Aglitata/Tantleff-Dunn Journal of Social and Clinical Psychology 2004, 7 ff.; Hargreaves/Tiggemann Journal of Youth and Adolescence 2003, 367 ff.; Becker/Burwell/Gilman/Herzog/Hamburg British Journal of Psychiatry 2002, 509 ff.; Lavine/Sweeney/Wagner Personality and Social Psychology Bulletin 1999, 1049 ff.; ausführlich Grogan Body Image, S. 111 ff. und Becker Body, Self, and Society; vgl. auch American Psychological Association Report of the APA Task Force on the Sexualization of Girls, <http://www.apa.org/pi/women/programs/girls/report.aspx> (abgerufen am 16.12.2013).

einen erhöht der mediale Einfluss bei „dünnen Bildern“ die Wahrscheinlichkeit von Körperunzufriedenheit, gestörtem Essverhalten und der Besessenheit, einen schlanken Körper zu haben. Zum anderen sind Bilder, die nicht das extreme Schlankheitsideal transportieren, geeignet, diesen Gefahren entgegenzuwirken.¹⁴¹

Als gefährlich wird insbesondere die unterschwellige Wirkung von Medien betont, da dies die aktive Auseinandersetzung mit ihren moralischen Angeboten erheblich erschwert.¹⁴²

c) Kritik und Bewertung

Kritiker_innen der angeführten Studien halten die sich im Rahmen der quantitativen Medienwirkungsforschung zeigenden Auswirkungen für nicht signifikant. Werbung reflektiere nur die in der Gesellschaft bereits bestehenden Werte.¹⁴³ Daher sollten eher stärkere Sozialisationsagenten wie Kindergärten und Grundschulen fokussiert werden. Auch würden Unternehmen die geschlechtsbezogenen Entwicklungen in der Gesellschaft sensibel aufnehmen, da ihr Ziel der Produktverkauf an die Mitglieder der Gesellschaft sei.¹⁴⁴ *Morris B. Holbrook* erkennt zwar an, dass es Studien gibt, die zeigen, dass Werbung dazu tendiert, einen stereotypen Blick auf die Welt zu vermitteln.¹⁴⁵ Allerdings sei Werbung selbst nicht stark genug, Werte, die sich über Jahrhunderte gebildet haben und die unter anderem durch Philosophie und Politik beeinflusst wurden, zu verändern. Allenfalls könne sie Wahrnehmungen oder Vorstellungen verändern, nicht aber die Werte selbst.¹⁴⁶ Außerdem sei Werbung pluralistischer als ihr vorgeworfen werde¹⁴⁷ und spräche Kreise unterschiedlicher potenzieller Konsument_innen auch unterschiedlich an.¹⁴⁸

141 *Cohen* The Wesleyan Journal of Psychology 2006, 57 ff.

142 *Huston* Big World, Small Screen, S. 130; dazu schon *Seyffert* Werbelehre, S. 119 ff.

143 *Holbrook* Journal of Marketing 1987, 95 ff.; aA *Ganahl/Prinsen/Netzley* Sex Roles 2003, 545-551; *Pollay* Journal of Marketing 1987, 104 ff.; *ders.* Journal of Marketing 1986, 50, 18 ff.

144 *Eisend* Journal of the Academy of Marketing Science 2010, 418, 436; *Holbrook* Journal of Marketing 1987, 95, 98.

145 *Holbrook* Journal of Marketing 1987, 95, 99.

146 *Holbrook* Journal of Marketing 1987, 95, 100, mwN.

147 *Holbrook* Journal of Marketing 1987, 95, 98.

148 *Holbrook* Journal of Marketing 1987, 95, 98 f.

Ob diese Argumente tatsächlich dagegen sprechen, dass Werbung einen Beitrag zur Verfestigung von Geschlechtsrollenstereotypen leistet, ist zweifelhaft. Zwar steht außer Frage, dass Werbung unterschiedliche Konsument_innen auf verschiedene Weise anspricht und dadurch auch eine gewisse Diversität erreicht. Doch ist bereits zweifelhaft, ob sie dadurch in einigen Bereichen vollständig ohne Geschlechtsrollenstereotype auskommt. Selbst wenn dies der Fall wäre, bliebe die Werbung zumindest in den übrigen Bereichen noch immer von Stereotypen geprägt. Dies träfe dann vor allem jene Konsument_innen, von denen bereits stereotype Ansichten erwartet werden. Dass mediale Bilder geeignet sind, diese Ansichten zu verfestigen, lassen die oben genannten Studien vermuten. Und auch *Holbrook* selbst geht davon aus, dass Werbung zwar keine Werte, wohl aber Wahrnehmungen oder Vorstellungen verändern kann. Mehr implizieren aber auch die genannten Studien nicht.

Das Argument der fehlenden Signifikanz wird zumindest durch die Ergebnisse einiger Studien, z.B. des Kanadaexperiments, widerlegt. Insbesondere bezieht sich die Kritik aber auf die quantitative, nicht hingegen auf die qualitative Medienwirkungsforschung. Schließlich ist auch der Hinweis auf andere, stärkere Sozialisationsagenten nicht überzeugend. Zum einen wird damit nicht widerlegt, dass Werbung selbst überhaupt ein Sozialisationsagent ist.¹⁴⁹ Zum anderen zeigen Studien, dass elterlicher Einfluss in Form von Einstellungen und Lebensform der Eltern, etwa ob ihr Leben typischen Geschlechtsrollen entspricht oder nicht, die Wirkungen geschlechtsstereotyper Angebote in den Medien nur bedingt abmildern kann.¹⁵⁰

Auch das BVerfG geht seit dem sogenannten „Lebach“-Urteil davon aus, dass Fernsehbilder das Verhalten beeinflussen.¹⁵¹ In ständiger Rechtsprechung betont das Gericht „die herausgehobene Bedeutung, die dem Rundfunk unter den Medien wegen seiner Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft zukommt“.¹⁵² Auch der EGMR weist auf die „starken Auswirkungen audiovisueller Medien auf die Öffentlichkeit“ hin.¹⁵³ Bezogen auf Werbung sprach das BVerfG 2003 von der die „allgegenwärtigen, Sicht-

149 Dass Werbung ein Sozialisationsagent ist, ist allgemein anerkannt; statt vieler *Kroeber-Riel/Weinberg/Gröppel-Klein* Konsumentenverhalten, S. 662.

150 *Thompson/Zerbinos* Sex Roles 1997, 415, 430.

151 BVerfGE 35, 202, 227 ff.

152 BVerfG 119, 181, 214 f.; vgl. auch BVerfGE 114, 371, 387; 103, 44, 74; 90, 60, 87; 31, 314, 325.

153 EGMR EuGRZ 2003, 488, 491.

weisen, Werte und Einstellungen der Menschen nicht unerheblich beeinflussenden Werbewelt“.¹⁵⁴ Eben jene Wirkung betonte bereits 1984 das Ministerkomitee des Europarates¹⁵⁵ sowie später immer wieder nachdrücklich das Europäische Parlament,¹⁵⁶ der europäische Rat¹⁵⁷ und die Parlamentarische Versammlung des Europarates¹⁵⁸ in ihren Entschlüssen und

-
- 154 BVerfGE 107, 275, 285 – Benetton-Werbung II; ebenso *Sevecke* Wettbewerbsrecht und Kommunikationsgrundrechte, S. 96 f. (Determinierung privater Wertvorstellungen durch Werbung).
- 155 Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates vom 23. Februar 1984 zu den Prinzipien von Fernsehwerbung (No. R (84) 3), <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=603454&SecMode=1&DocId=681954&Usage=2> (abgerufen am 16.12.2013).
- 156 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.
- 157 Entschließung des Rates 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.
- 158 Entschließung 1751(2010) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates zur Bekämpfung sexistischer Klischees in den Medien, <http://assembly.coe.int/Main.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.

Empfehlungen sowie die Kommission in ihrem Fahrplan für die Gleichstellung von Frauen und Männern.¹⁵⁹

Insbesondere für den Rundfunk ist die „prägende Kraft der Massenmedien für die Kultur der Gesellschaft insgesamt sowie für die Herausbildung der individuellen Werte und Orientierungen“¹⁶⁰ vielfach angeführt¹⁶¹ sowie die damit einhergehende Verantwortung betont worden.¹⁶² Und auch der deutsche Gesetzgeber misst zumindest den Rundfunkmedien großen Einfluss auf die Meinungsbildung bei. Dies zeigen z.B. die Regelungen der §§ 10 RStV, 8 Abs. 4 HmbMedienG und 8 Abs. 3 NDR-StV, wonach bei Meinungsumfragen im Rundfunk anzugeben ist, ob sie repräsentativ sind.¹⁶³ Zumindest die Ergebnisse der qualitativen Medienwirkungsforschung, insbesondere zu Körperbildern und Körperempfinden, finden auch in der Werbewirtschaft selbst Beachtung. So betont der Österreichische Werberat, dass Werbung im Blickpunkt der Öffentlichkeit stehe und damit auch Vorbildfunktion habe und soziale Verantwortung trage, da Werbung Auswirkungen auf die gesellschaftliche Entwicklung haben könne: „Im Zuge der Sozialisation können Botschaften, die durch Werbung vermittelt werden, sowohl bewusst als auch unbewusst die Wahrnehmung und Ausbildung von Identität, insbesondere bei Kindern und Jugendlichen, beeinflussen“, so *Michael Straberger*, Präsident des Österreichischen Werberates. Und die Geschäftsführerin des Österreichischen Werberates, *Andrea Stoidl*, formuliert: „Werbung arbeitet intensiv mit Bildern, idealisiert und akzentuiert – ist Botschafter und Mittler zugleich. Wir unterstützen S-O-ESS [Initiative „S-O-ESS – gegen ungesunde Körperideale“], weil wir denken, dass wir nur gemeinsam nachhaltig etwas bewirken können. Die Werbewirtschaft möchte hier in einer Art Vorbildfunktion auch andere Branchen zu einem ge-

159 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.

160 Bahr/Heinig/*Eifert* Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, S. 321.

161 *Vesting* Prozedurales Rundfunkrecht, S. 128 ff., 220 ff.; Hahn/*Vesting/Eifert* Rundfunkrecht § 11 RStV Rn. 42; *Rossen* Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk, S. 32 ff.; *Hoffmann-Riem* Rundfunkrecht neben Wirtschaftsrecht, S. 21 ff.

162 BVerfGE 35, 202, 233; ausführlich dazu *Hoffmann-Riem/Kohl/Kübler/Lüscher* Medienwirkung und Medienverantwortung.

163 *Hoffmann-Riem/Schulz* Hamburgisches Medienrecht, S. 99; zitiert aus *von Kalckreuth* Geschlechtsspezifische Vielfalt im Rundfunk Fn. 158.

meinsamen aktiven Handeln animieren.“¹⁶⁴ Bereits 1972 sah die Kommission für Werbung der schwedischen Regierung Werbung als einen von mehreren Faktoren, Vorstellungen, insbesondere auch von Geschlechterrollen, zu beeinflussen.¹⁶⁵

d) Zusammenfassung

Psychologische, soziologische, pädagogische und kommunikationswissenschaftliche Studien zeigen, dass geschlechtsrollenstereotype Werbung bei Erwachsenen bereits bestehende Überzeugungen verstärkt¹⁶⁶ und dass sie auf Kinder, deren Einstellungen und Überzeugungen sich erst formen und die gerade beginnen, Geschlecht zu definieren, eine besonders starke, formende Wirkung ausübt.¹⁶⁷ Werbung ist damit nicht lediglich ein Spiegel der Gesellschaft, sondern selbst an der Verfestigung von Geschlechtsrollenstereotypen beteiligt.

IV. Gefährdungspotenzial von Geschlechtsrollenstereotypisierung

Schließlich ist zu untersuchen, ob Geschlechtsrollenstereotype in der Werbung ein Gefährdungspotenzial bezüglich der Verletzung verfassungsrechtlicher Leitbilder wie Würde, Gleichberechtigung und Entfaltungsfreiheit in sich bergen.

164 Erklärung des Österreichischen Werberates vom 03.03.2011, veröffentlicht unter http://www.s-o-ess.at/aktuelles/2011_03_01_Werberat_unterstuetzt_S-O-ESS.html (abgerufen am 16.12.2013).

165 *Utterström* Zeitschrift für Verbraucherpolitik/Journal of Consumer Policy 1977, 359, 361: “The governmental Advertising Commission (Reklamutredningen, 1972) [...] claims that advertising is but one of several factors likely to influence conceptions. It is possible that it helps to confirm or strengthen current value judgments and that it can influence social, cultural, ethical, or aesthetic evaluations and norms, e.g., concerning social intercourse and sex role conceptions.”

166 *Ganahl/Prinsen/Netzley* Sex Roles 2003, 545-551; *Pollay* Journal of Marketing 1987, 104-109; *ders.* Journal of Marketing 1986, 18-38; ausführlich zur Wirkung von Massenmedien *Luhmann* Die Realität der Massenmedien, S. 60 ff. (zur Werbung), 90 ff., 95 ff., 108 ff.

167 *Unnikrishnan/Bajpai* The impact of television advertising on children, S. 146 ff.; *Davis* Sociological Spectrum 2003, 407 f.; vgl. oben, B. III. 2., S. 48 f., die Theorien zur Geschlechtsentwicklung.

1. Ungleichwertigkeit von Geschlechtsrollenstereotypen

Dass die Geschlechtsrollenstereotypisierungen selbst nicht nur eine Segmentierung nach Geschlecht unterstützen, sondern die beiden unterschiedlich definierten Geschlechter auch in ein ungleiches Verhältnis setzen, zeigt die gesellschaftliche Bewertung und Wertschätzung der jeweiligen Geschlechtsrollenstereotype, die sich insbesondere in der Entlohnung der Erwerbsarbeit ausdrückt: Während die sogenannten männlichen Eigenschaften zu „harter“ Arbeit und hohen Positionen befähigen, eignen sich die sogenannten weiblichen Eigenschaften für Assistenz, Hausarbeit, Erziehung und Pflege. Geschlechtsrollenstereotype vermitteln also auch oft eine implizit hierarchische Wertung.¹⁶⁸

2. Auswirkungen auf Leistung und berufliche Ambitionen – Stereotype Threat

Eine Gefährdung der Entfaltungsfreiheit und der tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung von Männern und Frauen implizieren auch Studien, die die Auswirkungen von Geschlechtsrollenstereotypen auf Leistung und berufliche Ambitionen untersucht haben: In einer Studie der Fähigkeitsselbst- und -fremdeinschätzung von Grundschüler_innen in Bezug auf deren mathematische Fähigkeiten zeigte sich, dass Jungen ein höheres Zutrauen in ihre mathematischen Fähigkeiten aufwiesen als Mädchen (sogenannte Fähigkeitsselbsteinschätzung), während die aus den Noten ersichtliche Leistung der Kinder sowie die Leistungseinschätzung durch die Lehrkräfte nicht unterschiedlich war. Auch nahmen Jungen eine höhere Einschätzung ihrer Fähigkeiten durch die Lehrkräfte wahr als Mädchen (Fähigkeitsfremdeinschätzung).¹⁶⁹

In anderen Studien konnte nachgewiesen werden, dass sich die Selbsteinschätzung auf die Leistungsfähigkeit auswirken kann: Frauen und Männern wurde aufgegeben, einen schwierigen Mathematiktest zu lösen. Um dem Stereotyp der mathematischen Unterlegenheit von Frauen entgegenzuwirken, wurde der einen Hälfte der Teilnehmenden vor der Aufgabenbearbeitung mitgeteilt, dass der Test in der Vergangenheit keine Geschlech-

168 *Sellach/Enders-Drägässer/Baer/Kreß* Wissensnetz Gender Mainstreaming, S. 109.

169 *Dickhäuser/Stiensmeier-Pelster* Psychologie in Erziehung und Unterricht 2003, 182 ff.

terungleichheit in den Ergebnissen gezeigt habe. Die andere Hälfte erhielt keine derartigen Informationen. In dieser Gruppe zeigte sich der schon des Öfteren in Untersuchungen aufgetretene Geschlechtsunterschied bei mathematischen Leistungen: Die Frauen schnitten schlechter ab als die Männer. In der ersten Gruppe aber, in der versucht worden war, die Bedrohung durch Stereotype (sogenannter „Stereotype Threat“) aus der Testsituation herauszuhalten, lieferten Probandinnen und Probanden gleiche Leistungen.¹⁷⁰

Eine weitere Studie untersuchte neben den Auswirkungen der Annahme, dass Frauen im Vergleich zu Männern minderwertige mathematische Fähigkeiten besitzen, auch die Wirkungen des Vorurteils, dass Asiat_innen überdurchschnittlich gute mathematische Fähigkeiten aufweisen: Asiatisch-amerikanische Frauen erbrachten bessere Leistungen, wenn ihnen ihre ethnische Identität bewusst gemacht wurde, aber schlechtere, wenn das Bewusstsein für ihre Geschlechtsidentität aktiviert wurde.¹⁷¹

Dass auch unbewusste Stereotype Motivation und Leistung beträchtlich senken können, zeigt eine sozialpsychologische Studie: Leistungsstarke Mathematikstudentinnen (Undergrades) lösten schwierige Matheaufgaben schlechter, wenn ihnen vorher gesagt wurde, ihre Leistungen würden mit denen von Männern verglichen. Derselbe Effekt trat ein, wenn sie vorher Werbespots sahen, in denen Frauen in stereotypen Rollen auftauchten, etwa eine Backmischung anpriesen. Nach dem Ansehen solcher Werbefilme änderten sich tendenziell auch die Berufswünsche der mathematisch begabten College-Studentinnen: Sie wollten daraufhin eher Linguistik oder Journalismus studieren. Die Frauen der Vergleichsgruppe, die einen nichtstereotypen Werbespot gesehen hatten, tendierten dagegen ebenso häufig wie Männer zu Fächern, die viel Mathematik voraussetzen.¹⁷²

Eine aktuelle deutsche Studie zeigt Zusammenhänge zwischen Geschlechterrollen und psychischen Belastungen. Die Teilnehmenden der Einzelinterviews und Gruppendiskussionen schrieben Männern eine wesentlich stärkere Orientierung auf die Erwerbsarbeit zu und verknüpften dies mit der

170 *Spencer/Steel/Quinn* Journal of Experimental Social Psychology 1999, 4 ff.; ähnlich *Steele* American Psychologist 1997, 613 ff.; vgl. auch *Marx/Stapel/Muller* Journal of Personality and Social Psychology 2005, 432, 443 f.; ausführlich zum Stereotype Threat *Inzlicht/Schmader* Stereotype Threat, insbes. 159 ff.

171 *Shih/Pittinsky/Ambady* Psychological Science 1999, 80 ff.

172 *Davies/Spencer/Quinn/Gerhardstein* Personality and Social Psychology Bulletin 2002, 1615 ff.; vgl. zu den Auswirkungen von Geschlechtsrollenstereotypen auch *Just* Frauenförderung für Führungspositionen.

IV. Gefährdungspotenzial von Geschlechtsrollenstereotypisierung

Erwartung, dass Männer daher belastbarer, einsatzbereiter und kompetenter sein müssten als Frauen sowie stärker Verantwortung übernehmen, ohne dass sie schwierige Situationen thematisieren oder Unterstützung benötigen würden. Damit einher ging eine tendenziell größere Anerkennung männlicher Arbeit sowohl von Seiten der Kundschaft als auch von Vorgesetzten und aus dem kollegialen Umfeld. Einerseits zeigten sich daher eine größere Vielfalt in der Arbeit, größere Handlungsspielräume und bessere Partizipations-, also insgesamt bessere Entwicklungsmöglichkeiten,¹⁷³ andererseits aber auch ein starker Druck, den mit „Männlichkeit“ verbundenen Anforderungen zu entsprechen, da das Nichterfüllen der Geschlechternorm negativ bewertet werde.¹⁷⁴ Demgegenüber wurde Erwerbsarbeit von Frauen lediglich als zusätzliche Betätigung neben anderen angesehen, die berufliche Entwicklung als weniger wichtig und das Einkommen als Ergänzung zum Einkommen des Partners wahrgenommen. Daher wurden an Frauen geringere Anforderungen an die Belastbarkeit gestellt und die Thematisierung von Belastungen sowie das Einfordern von Unterstützung als verständlich und möglich angesehen, die Arbeitsleistung aber auch weniger anerkannt. Sogenannte „weibliche“ Kompetenzen, wie etwa das Zeigen von Freundlichkeit, wurden für selbstverständlich gehalten und nicht als Leistung gewertet.¹⁷⁵ Insgesamt zeigte sich, dass Geschlechtsrollenstereotype für beide Geschlechter belastend sind. Die Forschenden gehen daher davon aus, dass eine Erweiterung der Geschlechtsrollenbilder zu einer Verbesserung der Arbeitsbedingung führen würde, da sich für Frauen der Handlungs- und Gestaltungsspielraum sowie die Anerkennung ihrer Arbeit vergrößern würde, während Männer sich gegen übergroße Anforderungen wehren sowie Unterstützung verlangen und annehmen könnten.¹⁷⁶

3. Zusammenfassung

Geschlechtsrollenstereotype prägen die Erwartungshaltung an Eigenschaften und Verhaltensweisen von individuellen Frauen und Männern und beeinflussen dadurch die Wahrnehmung,¹⁷⁷ aber auch die Selbsteinschätzung

173 *Gümbel/Nielbock* Die Last der Stereotype, S. 189.

174 *Gümbel/Nielbock* Die Last der Stereotype, S. 190.

175 *Gümbel/Nielbock* Die Last der Stereotype, S. 189.

176 *Gümbel/Nielbock* Die Last der Stereotype, S. 190.

177 *Sellach/Enders-Drägässer/Baer/Kreß* Wissensnetz Gender Mainstreaming, S. 109.

und Verhaltensweisen von Menschen: Geschlechtsrollenstereotype wirken sich auf Leistung und berufliche Ambitionen aus. Sie verringern Verhaltensoptionen, da sie unterschiedliche und zum Teil gegensätzliche Verhaltensmuster der Kategorien „männlich“ und „weiblich“ formulieren. Darüber hinaus erzeugen sie jedenfalls zum Teil eine Ungleichwertigkeit im Verhältnis zwischen den Geschlechtern, welchen sie zugeordnet werden. Damit besteht die Gefahr der Verletzung verfassungsrechtlicher Leitbilder aus Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG (Entfaltungsfreiheit) und Art. 3 Abs. 2 GG (Gleichberechtigungsgebot).

V. Geschlechtsdiskriminierung

Aus den oben gefundenen Ergebnissen ist als Arbeitsgrundlage der weiteren Bearbeitung eine auf den Gegenstand dieser Arbeit bezogene Definition geschlechtsdiskriminierender Werbung zu entwickeln.

1. Begriff der Diskriminierung

Der Ausdruck „Diskriminierung“ leitet sich ab von den lateinischen Wörtern „discriminare“ und „discrimen“. Das Verb wird mit „trennen“ und „unterscheiden“ bzw. „absondern“, „herabsetzen“ oder „herabwürdigen“ übersetzt, während das Substantiv für „Unterschied“, „Unterscheidung“ oder „Entscheidung“ steht.¹⁷⁸ Diskriminierung bedeutet also seinem lateinischen Wortstamm nach Unterscheidung und bezeichnet sowohl die Wahrnehmung von Differenzen als auch die Differenzierung von Gegenständen oder die unterschiedliche Behandlung von Fällen. In der Fachsprache des 16. Jahrhunderts erfolgte die erste nachgewiesene wertende Verwendung von Diskriminierung als „Benachteiligung, Herabwürdigung, Schlechterbehandlung“.¹⁷⁹ Später änderte sich die Bedeutung durch Einengung auf „aus der (eigenen) Gruppe aussondern“.¹⁸⁰ Grundsätzlich wird Diskriminierung heute definiert als jede Form von Benachteiligung, Nichtbeachtung, Ausschluss oder Ungleichbehandlung einzelner Menschen oder Gruppen aufgrund von

178 Jeweils unter „Diskriminierung“: Wahrig, S. 376; Duden, S. 345.

179 Kluge/Seebold Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, S. 205.

180 Ebenda.

angedichteten oder in einem bestimmten Zusammenhang nicht relevanten Merkmalen.¹⁸¹

Bereits die Konstruktion von Differenz ist daher Ausgangspunkt jeder Diskriminierung. Nicht selten wird die benachteiligende Behandlung mit Hilfe von kulturellen, ideologischen, ethnischen und rassistischen Argumenten als „natürlich“ und daher notwendig begründet und gerechtfertigt.¹⁸² Auch in dieser Hinsicht ist Geschlecht ein typisches Diskriminierungsmerkmal.¹⁸³

2. Diskriminierung durch Werbeaussagen

Für die Frage, ob eine Diskriminierung vorliegt, macht es keinen Unterschied, ob das jeweilige Verhalten verbal oder nonverbal ist. Für beide Ausprägungsformen sozialer Handlungen – Behandlungen wie auch Urteilsäußerungen – wird das Verb „diskriminieren“ benutzt.¹⁸⁴ Diskriminierung in diesen beiden Aktionsformen durchzieht die Gesellschaft in den unterschiedlichsten Lebensbereichen und nicht zuletzt auch in der Medienpräsentation.¹⁸⁵

Medien arbeiten mit Darstellungen und Äußerungen. Ob eine Diskriminierung vorliegt, ergibt sich daher aus der Aussage der jeweiligen Werbekampagne¹⁸⁶ und dem für die betrachtenden Personen vermittelten Bild der dargestellten Menschen.¹⁸⁷ Die Aussage einer Werbung kann sich aus der bildlichen Darstellung, dem Text oder dem objektiven Gesamteindruck aus Bildern, Texten, Tonspulen etc. ergeben. Da Werbung sich zunutze macht, dass nicht jede Aussage einer ausdrücklichen Formulierung bedarf, und sie

181 Vgl. *Schlotböller* Diskriminierung, S. 23; *Stork* Das Anti-Diskriminierungsrecht der Europäischen Union und seine Umsetzung in das deutsche Zivilrecht, S. 81; *Röttgen* Der zivilrechtliche Schutz vor Diskriminierung und seine verfahrensrechtliche Gewährleistung, S. 5; *Markefka* Vorurteile – Minderheiten – Diskriminierung, S. 43; sowie die Begriffserläuterung auf der Homepage des Informations- und Dokumentationszentrums für Antirassismussarbeit in Nordrhein-Westfalen <http://www.ida-nrw.de/diskriminierung/diskriminierung.html> (abgerufen am 16.12.2013).

182 *Markefka* Vorurteile – Minderheiten – Diskriminierung, S. 43.

183 Vgl. nur Art. 3 Abs. 3 GG.

184 *Markefka* Vorurteile – Minderheiten – Diskriminierung, S. 62.

185 Vgl. die Darstellung auf der Homepage des Informations- und Dokumentationszentrums für Antirassismussarbeit in Nordrhein-Westfalen, aaO.

186 BVerfGE 107, 275, 276 – Benetton-Werbung II; 102, 347, 358 ff. – Benetton-Werbung; BGHZ 130, 5, 8 – Busengrapscher; *Gaedertz/Steinbeck* WRP 1996, 978, 982.

187 BGHZ 130, 5, 8 f. – Busengrapscher; *Gaedertz/Steinbeck* WRP 1996, 978, 982.

daher häufig mit Anspielungen arbeitet, ist der gesellschaftlich geformte Verständnishorizont der durchschnittlichen Rezipient_innen stets miteinzubeziehen. Erst nach der so festgestellten Aussage einer Werbung ist in einem zweiten Schritt anhand objektiver Kriterien zu untersuchen, ob die jeweilige Aussage auch diskriminierend ist.

Wie zu Beginn dieses Kapitels gezeigt, ist Werbung dabei vor allem an der Verfestigung von Geschlechtsrollenstereotypen und damit an der Konstruktion von (Geschlechter-) Differenz beteiligt. Die Verfestigung von Geschlechtsrollenstereotypen gefährdet verfassungsrechtliche Leitbilder, indem sie Entfaltungsmöglichkeiten beschränkt und Ungleichwertigkeit erzeugt.¹⁸⁸ Werbung, die geschlechtsrollenstereotype Aussagen transportiert, geriert somit eine objektive Benachteiligung aufgrund des Geschlechts, ist also diskriminierend.¹⁸⁹

3. Betroffene diskriminierender Werbeaussagen

Diskriminierung kann sowohl von Einzelnen als auch von Gruppen oder gesellschaftlichen Organisationen und staatlichen Stellen ausgeübt werden, ebenso kann sie Einzelne oder ganze Bevölkerungsgruppen treffen.¹⁹⁰ Geschlechtsdiskriminierende Werbung betrifft nicht individuelle Diskriminierungen Einzelner, sondern mediale Bilder, die allgemeine Geschlechtsrollenstereotype verfestigen. Neben der gesamtgesellschaftlichen Betroffenheit durch die Leitbildgefährdung sind durch die Diskriminierung also die jeweiligen Gruppen betroffen – unabhängig davon, ob sich einzelne Gruppenmitglieder diskriminiert fühlen oder nicht. Die Gruppe „Männer“ kann dabei ebenso diskriminiert werden wie die Gruppe „Frauen“, da Geschlechtsrollenstereotypisierungen beider Gruppen jeweils zu Verengungen von Verhaltensmöglichkeiten führen.

188 Benhabib/Butler/Cornell/Fraser Der Streit um Differenz, S. 80, 97 („Hierarchie“, bezogen auf Frauen).

189 Zur Diskriminierung durch Stereotypisierung vgl. *Somek* Rationalität und Diskriminierung, S. 381 f.; *Joerden/Becker* Diskriminierung – Antidiskriminierung, S. 1 ff.

190 Vgl. die Darstellung auf der Homepage des Informations- und Dokumentationszentrums für Antirassismusbearbeitung in Nordrhein-Westfalen, aaO.

4. Ergebnis

Geschlechtsdiskriminierende Werbung im Sinne dieser Arbeit ist Werbung, die geschlechtsrollenstereotype Aussagen transportiert.

VI. Zusammenfassung

Das Kapitel hat gezeigt, dass Werbung stereotype und idealisierte Bilder der Geschlechter „Frau“ und „Mann“ zeigt; auch werden die Geschlechter zum Teil bestimmten Produkten zugeordnet. Einige Werbeanzeigen schreiben Frauen oder Männern ausdrücklich bestimmte Eigenschaften oder Rollen zu. Dies bleibt nicht ohne Auswirkungen auf die Rezipient_innen. Zahlreiche Studien belegen, dass Werbung nicht nur ein Spiegel der Gesellschaft, sondern als Sozialisationsagent selbst an der Verfestigung von Geschlechtsrollenstereotypen beteiligt ist. Dies gilt insbesondere für Kinder, die Geschlecht erst entdecken und zu definieren beginnen. Geschlechtsrollenstereotype minimieren Verhaltensoptionen und erzeugen jedenfalls zum Teil Ungleichwertigkeit zwischen den Geschlechtern, gefährden also verfassungsrechtliche Leitbilder.

Werbung im Sinne dieser Arbeit ist daher geschlechtsdiskriminierend, wenn sie geschlechtsrollenstereotype Aussagen transportiert.

C. Die Werbeselbstkontrolle als Mittel gegen geschlechtsdiskriminierende Werbung

Einen Versuch, gegen geschlechtsdiskriminierende Wirtschaftswerbung vorzugehen, unternimmt der Deutsche Werberat als Selbstkontrollgremium der Werbewirtschaft. Einer Prüfung, ob eine gesetzliche Beschränkung geschlechtsdiskriminierender Wirtschaftswerbung verfassungskonform und mit dem europäischen Primärrecht vereinbar ist, bedarf es nur dann, wenn das angestrebte Ziel nicht auf anderem Wege, insbesondere ohne gesetzliche Regulierung, genauso effektiv erreicht werden kann. Diesen Weg könnte die Werbeselbstkontrolle der Wirtschaft bieten.

I. Werbeselbstkontrolle in Deutschland

Zentrales Instrument der Werbeselbstkontrolle in Deutschland ist der Deutsche Werberat. Gedrängt durch eine Resolution des Europarates und um drohenden gesetzlichen Werbebeschränkungen vorzubeugen¹⁹¹ wurde er 1972 vom Zentralverband der Deutschen Werbewirtschaft (ZAW) e.V. gegründet und arbeitet seitdem als Organ des ZAW als Konfliktregler zwischen Beschwerdeführenden aus der Bevölkerung und werbenden Firmen und steht als ständiges Ansprechorgan für verbraucherbezogene Probleme mit Werbung im Vorfeld der gesetzlichen Bestimmungen zur Verfügung.¹⁹² Der ZAW setzt sich als Dachorganisation von vierzig Verbänden aus vier Gruppen zusammen: Werbungtreibende, Werbungdurchführende, Werbeagenturen und Werbeberufe.¹⁹³ Das Präsidium wählt aus seiner Mitte zehn Persönlichkeiten des Wirtschaftszweigs als Entscheidungsgremium des Werberates und kann zusätzliche Fachleute von außen berufen; gegenwärtig sind es drei. Diese insgesamt 13 Fachexpert_innen der werbenden Unternehmen,

191 von Hippel ZRP 1973, 177, 178.

192 Ziff. 1 der Arbeitsgrundsätze des Deutschen Werberates, *Deutscher Werberat Jahrbuch* 2012, S. 75; ausführlich <http://www.werberat.de/aufgaben-und-ziele> (abgerufen am 16.12.2013).

193 Ziff. 4 der Arbeitsgrundsätze des Deutschen Werberates, *Deutscher Werberat Jahrbuch* 2012, S. 76.

Medien und Agenturen diskutieren und entscheiden anhand der Verhaltensgrundsätze des Werberates über die jeweils von Beschwerden betroffenen Kampagnen;¹⁹⁴ 340 waren es im Jahr 2013.¹⁹⁵ Auf diese Weise sollen im Rahmen freiwilliger Selbstverantwortung Missstände im Werbewesen festgestellt und beseitigt und Werbung grundsätzlich im Hinblick auf Inhalt, Aussage und Gestaltung weiterentwickelt werden. Neben der Beurteilung einzelner Werbemaßnahmen obliegt es dem Werberat auch, Grundsatzempfehlungen, Leitlinien und Verhaltensregeln zu erstellen.¹⁹⁶ Über die Entscheidungspraxis des Gremiums erscheinen jährlich die Jahrbücher Deutscher Werberat. Seit 1991 vertritt der Werberat Deutschland in der European Advertising Standards Alliance (EASA), deren Hauptaufgabe es ist, ein Verfahren für die Selbstkontrolle grenzüberschreitender Werbung zu ermöglichen.¹⁹⁷

II. Umgang mit geschlechtsdiskriminierender Werbung

Geschlechtsdiskriminierung ist mit großem Abstand das häufigste Beschwerdemotiv vor dem Deutschen Werberat: Seit 2007 liegt der Anteil beständig zwischen 33 und 42 %.¹⁹⁸ Während der Vorwurf männerdiskriminierender Werbung konstant im geringen einstelligen Prozentbereich zu finden ist,¹⁹⁹ verzeichnet der Werberat insgesamt einen Anstieg der Beschwerden über frauendiskriminierende Werbekampagnen – von 2009 auf 2010 um mehr als ein Fünftel²⁰⁰ und von 2012 auf 2013 um neun Prozent.²⁰¹ Der Werberat begründete dies einerseits mit der insgesamt gestiegenen Zahl von

194 Ziff. 4 der Arbeitsgrundsätze des Deutschen Werberates, *Deutscher Werberat Jahrbuch 2012*, S. 76; ausführlich <http://www.werberat.de/entscheidungsgremium> (abgerufen am 16.12.2013).

195 *Deutscher Werberat Jahrbuch 2014*, S. 19.

196 Arbeitsgrundsätze des Deutschen Werberates, *Deutscher Werberat Jahrbuch 2012*, S. 75 f.

197 <http://www.werberat.de/european-advertising-standards-alliance-easa> (abgerufen am 16.12.2013).

198 *Deutscher Werberat Jahrbuch 2012*, S. 27; *Deutscher Werberat Jahrbuch 2011*, S. 23.

199 *Deutscher Werberat Jahrbuch 2009*, S. 27; *Deutscher Werberat Jahrbuch 2011*, S. 23: In den Jahren 2009 und 2010 kam diese Art der Vorwürfe mit 2 % auf den 12. von 15 Plätzen; *Deutscher Werberat Jahrbuch 2012*, S. 27: 5%.

200 *Deutscher Werberat Jahrbuch 2011*, S. 6 f.

201 *Deutscher Werberat Jahrbuch 2014*, S. 20.

Werbekampagnen durch den Ausbau digitaler Netze und mit der mangelnden Professionalität einzelner Firmen.²⁰² Andererseits meint er bezüglich der Akzeptanz von Darstellungen in der Werbung einen gesellschaftlichen Wandel „von weit gefasster Liberalität zu strengeren Formen“ zu erkennen; da grundsätzlich weniger provokant geworben würde, fielen „erotisch oder gar sexuell aufgeladene Frauenbilder [...] deshalb heute dem Publikum stärker als Kontraste bis hin zu Ärgernissen auf.“²⁰³

2011 verneinte der Werberat in 60 % der Beschwerdefälle mit dem Vorwurf der „Frauendiskriminierung“ eine Verletzung der Verhaltensregeln. Die „relativ hohe Anzahl unbegründeter Beschwerden“ erklärt der Werberat in folgender Weise: „Individuelle biografische Erlebnisse, kritische Einstellungen zur Liberalität in Sachen Erotik und Sexualität oder Überbesorgnis über den aktuellen Zustand der Gesellschaft suchen Ventile und finden sie unter anderem in der Werbung der Unternehmen.“²⁰⁴

1. Kriterienkatalog

Der Deutsche Werberat entscheidet auf Grundlage seiner Verhaltensgrundsätze, welche neben der Veröffentlichung in den Jahrbüchern²⁰⁵ auch auf der Homepage²⁰⁶ einsehbar sind. Die Grundsätze zur Herabwürdigung und Diskriminierung von Personen in der Fassung von 2004 lauten wie folgt: „In der kommerziellen Werbung dürfen Bilder und Texte nicht die Menschenwürde und das allgemeine Anstandsgefühl verletzen. Insbesondere darf Werbung – gerade gegenüber Kindern und Jugendlichen – nicht den Eindruck erwecken, dass bestimmte Personen minderwertig seien oder in Gesellschaft, Beruf und Familie willkürlich behandelt werden können. Vor allem dürfen keine Aussagen oder Darstellungen verwendet werden,

- die Personen wegen ihres Geschlechts, ihrer Abstammung, ihrer Rasse, ihrer Sprache, ihrer Herkunft, ihres Glaubens, ihrer politischen Anschauung, ihres Alters oder ihres Aussehens diskriminieren

202 *Deutscher Werberat* Jahrbuch 2011, S. 7.

203 *Deutscher Werberat* Jahrbuch 2011, S. 7.

204 *Deutscher Werberat* Jahrbuch 2012, S. 26.

205 *Deutscher Werberat* Jahrbuch 2012, S. 86 f.; *Deutscher Werberat* Jahrbuch 2014, S. 69 ff.

206 <http://www.werberat.de/diskriminierung> (abgerufen am 16.12.2013).

- die Gewalt oder die Verharmlosung von Gewalt gegenüber Personen enthalten
- die den Eindruck erwecken, Personen seien käuflich zu erwerben
- die den herrschenden allgemeinen Grundüberzeugungen widersprechen (zum Beispiel durch übertriebene Nacktheit)
- die Personen auf ihre rein sexuelle Funktion reduzieren und/oder deren ständige sexuelle Verfügbarkeit nahelegen
- die pornografischen Charakter besitzen.

Ob ein Verstoß gegen diese Grundsätze vorliegt, hängt insbesondere von folgenden Kriterien ab:

- Eindruck des verständigen Durchschnittsverbrauchers
- Charakter des Mediums
- Art des beworbenen Produkts/der beworbenen Dienstleistung
- aktuell herrschende Auffassung über Sitte, Anstand und Moral in der Gesellschaft
- dargestellte gesellschaftliche Wirklichkeit wie beispielsweise in redaktionellen Teilen der Medien, Film oder Theater.²⁰⁷

2. Beschwerdeverfahren

Das Beschwerdeverfahren kann per Telefon, Email, Post, Fax oder mit Hilfe des Beschwerdeformulars mit Beschwerden über Werbemaßnahmen von Unternehmen an den Deutschen Werberat in Gang gesetzt werden.²⁰⁸ Es genügt dafür bereits eine einzige Beschwerde, eine Mindestanzahl von Beschwerden ist nicht nötig. Wenn die Geschäftsführung des Werberates sie nicht als offensichtlich unbegründet zurückweist, leitet sie die Beschwerde nach ihrem Eingang weiter an den Werberat. In diesem Fall wird zunächst die Stellungnahme des betroffenen Unternehmens eingeholt.²⁰⁹ Danach entscheidet das Gremium per Mehrheitsbeschluss. Wenn es die Beschwerde nicht verwirft, sondern sich ihr anschließt, fordert der Werberat das Unternehmen zur Korrektur oder der Einstellung der Kampagne auf. Wenn das

207 Grundsätze des Deutschen Werberates zur Herabwürdigung und Diskriminierung von Personen, *Deutscher Werberat* Jahrbuch 2014, S. 69.

208 Artikel 1, 3 der Verfahrensordnung des Deutschen Werberates, *Deutscher Werberat* Jahrbuch 2012, S. 78 f.

209 Art. 3, 6, 11 der Verfahrensordnung des Deutschen Werberates, *Deutscher Werberat* Jahrbuch 2012, S. 79 ff.

Unternehmen dieser Aufforderung nicht nachkommt, kann der Werberat die Werbung öffentlich rügen (sog. Instrument der Öffentlichen Rüge).²¹⁰ Darüber hinausgehende Mittel, vor allem die zwangsweise Durchsetzung seiner Entscheidung, stehen dem Werberat nicht zur Verfügung. Abschließend teilt die Geschäftsführung des Werberates den Beschwerdeführer_innen schriftlich²¹¹ und mit Begründung das Ergebnis des Verfahrens mit.

III. Kritische Betrachtung der Werbeselbstkontrolle

1. Vorteile der Werbeselbstkontrolle

Das System der wirtschaftlichen Selbstkontrolle, hier durch den Werberat, hat Vorteile:²¹² So kann der Werberat unbürokratisch und kostenfrei tätig werden. Dies fördert die Möglichkeit der Bevölkerung, sich ohne großen Aufwand und vor allem auch ohne finanzielle Last jederzeit gegen diskriminierende Werbung zu wehren. Außerdem können die Entscheidungen sehr schnell getroffen werden:²¹³ Von der Beschwerde bis zur Beanstandung durch den Werberat vergehen in der Regel nur wenige Tage bis Wochen, was auf gerichtlichem Wege sonst nur im Eilrechtsschutz möglich ist. Schließlich ist der Werberat in der Anwendung, Ausgestaltung und Erweiterung seiner Verhaltensgrundsätze sehr flexibel; sie können jederzeit überarbeitet und durch neue Fallgruppen ergänzt und ausdifferenziert werden.²¹⁴ Auch kann der Werberat das Handeln der Werbetreibenden sehr viel weiter einschränken, als ein Gesetz oder ein Gericht dies könnten. Durch eine konsequente, gut begründete Arbeit kann der Werberat auf das Verständnis der Werbetreibenden und eine Entwicklung zu einer geschlechtergerechteren Werbelandschaft hinwirken.

Fraglich ist, ob er diese Möglichkeiten auch nutzt und tatsächlich geschlechtsdiskriminierender Werbung effektiv entgegenwirkt.

210 Art. 11 Abs. 3; 12 Abs. 2 der Verfahrensordnung des Deutschen Werberates, *Deutscher Werberat* Jahrbuch 2012, S. 81 f.

211 Art. 11 Abs. 3 der Verfahrensordnung des Deutschen Werberates, *Deutscher Werberat* Jahrbuch 2012, S. 81.

212 <http://www.werberat.de/verfahren> (abgerufen am 16.12.2013).

213 Baum/Langenbucher/Pöttker/*Schicha* Handbuch zur Medienselbstkontrolle, S. 255, 263.

214 *Lehmann* GRUR Int 2006, 123, 125, 126 f.; *Beckmann* WRP 1991, 702, 704: Möglichkeit der Anpassung an gesellschaftliche Trends.

2. Problematische Gremienzusammensetzung

Der Deutsche Werberat besteht aus 13 Mitgliedern. Davon sind zehn männlich und lediglich die drei zusätzlich berufenen Mitglieder weiblich.²¹⁵ Dass diese Zusammensetzung gerade im Hinblick auf das Erkennen von Geschlechtsdiskriminierung ein gewisses Gefahrenpotenzial birgt, belegt eine im Auftrag des Ministeriums für die Gleichstellung von Frau und Mann des Landes Nordrhein-Westfalen angefertigte Studie zur Rezeption von Sexismus und Gewalt im Fernsehen. Grundlage der Analyse war eine repräsentative Telefonbefragung von 1000 Personen im Alter zwischen 14 und 60 Jahren sowie eine Gruppendiskussion mit 127 Männern und Frauen im Alter zwischen 20 und 50 Jahren. Während viele Männer sexistische Fernsehbilder mit dem Argument, sie seien dem wirklichen Leben nachempfunden, rechtfertigten und häufig ähnliche, traditionelle Vorstellungen über Geschlechtsrollen artikulierten, kamen Frauen mehrheitlich zu anderen Ergebnissen, wenn sie die Fernsehbilder mit der Realität verglichen: Sie empfanden eine deutliche Diskrepanz zwischen erlebter Realität und den Fernsehbildern und waren der Ansicht, das Fernsehen hinke der Wirklichkeit, in der Frauen ihr Leben selbständig und vielseitig meistern, um Jahrzehnte hinterher.²¹⁶ Angesichts der Tatsache, dass die Entscheidungen des Werberates per Mehrheitsbeschluss gefällt werden und die männlich sozialisierten Mitglieder stets deutlich in der Überzahl sind, ist eine bestmögliche Effektivität im Kampf gegen geschlechtsdiskriminierende Werbung zumindest fraglich. Wünschenswert wäre ein paritätisch geschlechtergemischtes Gremium.²¹⁷

Neben der ungleichen Geschlechterverteilung unter den Mitgliedern des Werberates ist ein weiterer Punkt zu bedenken: Der Deutsche Werberat besteht ausschließlich aus Vertreter_innen der werbenden Wirtschaft, der Medien, der Kommunikationsagenturen und der Werbeberufe; auch die zusätzlich Berufenen entstammen ausnahmslos der Wirtschaft. Nicht beteiligt werden Vertreter_innen der Öffentlichkeit, wie z.B. stimmberechtigte Laien

215 <http://www.werberat.de/entscheidungsgremium> (abgerufen am 16.12.2013).

216 *Röser/Kroll* Was Frauen und Männer vor dem Bildschirm erleben, S. II; dass Frauen Werbung häufiger als geschlechtsdiskriminierend beurteilen als Männer, zeigen auch *Rossi/Rossi* Sex Roles 1985, 1033, 1038.

217 Ähnlich *Baum/Langenbucher/Pöttker/Schicha* Handbuch zur Medienselbstkontrolle, S. 255, 263, für den „ein höherer Anteil von Frauen bei den Mitgliedern des Werberates wünschenswert“ wäre.

und/oder Expert_innen.²¹⁸ Diese könnten die Homogenität des Gremiums auflockern und den Blick der übrigen Mitglieder erweitern. Bisher wehrt sich der Werberat gegen eine solche Änderung seiner Zusammensetzung mit dem Hinweis darauf, dass der Werberat eine selbstdisziplinäre Einrichtung sei; dies schließe die Einbeziehung von Vertreter_innen der Öffentlichkeit bereits begrifflich aus. Außerdem sei eine solche Änderung mit zahlreichen Nachteilen, vor allem bezüglich der Schnelligkeit des Entscheidungsprozesses, verbunden.²¹⁹

Dem ist entgegenzuhalten, dass der Begriff „Selbstkontrolle“ eine Fremdbeteiligung nicht zwingend ausschließt²²⁰ und auch andere europäische Werberäte eine solchen Zusammensetzung für möglich und sinnvoll halten: So gehören zum Gremium des italienischen Werberates höchstens 15, mindestens aber neun Fachleute aus den Bereichen Recht, Verbraucherprobleme und Kommunikation.²²¹ Ähnliche Ansätze finden sich im britischen und dänischen Werberat.²²² Wenn sich ein Selbstkontrollgremium allein aus Personen zusammensetzt, deren Interessen tendenziell homogen sind, steht die Gefahr der Parteilichkeit im Raum.²²³ Einer solchen könnte begegnet werden, indem auch unparteiischen Dritten oder Vertreter_innen der Marktgegenseite eine ins Gewicht fallende Beteiligung an dem entscheidenden Gremium eingeräumt wird.²²⁴ Dass der Werberat eine freiwillige Selbstkontroll Einrichtung ist, muss dem nicht entgegenstehen: So wie es ihm gestattet ist, die Regeln und Maßstäbe in eigener Regie festzulegen, kann er auch „die Richter_innen“ bestimmen, welche die Einhaltung jener Regelungen beurteilen sollen.²²⁵ Die jetzige Zusammensetzung lässt befürchten, dass die

218 Dies ebenfalls kritisierend *Gottmann* Möglichkeiten und Grenzen der freiwilligen Selbstkontrolle, S. 202 f.; Baum/Langenbacher/Pöttker/*Schicha* Handbuch zur Medienselbstkontrolle, S. 255, 264; von *Hippel* ZRP 1973, 177, 179.

219 *Deutscher Werberat* Jahrbuch 1991, S. 12.

220 *Gottmann* Möglichkeiten und Grenzen der freiwilligen Selbstkontrolle, S. 12 ff., 203.

221 *Lehmann* GRUR Int 2006, 123, 124.

222 *Schricker* GRUR 1974, 579, 588 f.

223 *Schricker* GRUR 1974, 579, 588 f.

224 *Schricker* GRUR 1974, 579, 588 f.; *Gottmann* Möglichkeiten und Grenzen der freiwilligen Selbstkontrolle, S. 202 f.

225 *Lehmann* GRUR Int 2006, 123, 124 f.; *Gottmann* Möglichkeiten und Grenzen der freiwilligen Selbstkontrolle, S. 12 ff.

Objektivität der Entscheidungen nicht garantiert werden kann und die Interessen der Verbraucher_innen außen vor bleiben.²²⁶

Die Zusammensetzung des Deutschen Werberates lässt folglich in mehrfacher Hinsicht an der Effektivität des Vorgehens gegen geschlechtsdiskriminierende Werbung zweifeln.

3. Unzureichende Anwendung und problematische Ausformulierung der Verhaltensregeln

Ein weiterer zu untersuchender Punkt sind die Verhaltensregeln des Deutschen Werberates.

a) Unzureichende Anwendung der Verhaltensregeln

Dort heißt es unter anderem, dass keine Aussagen oder Darstellungen verwendet werden dürfen, die Personen wegen ihres Geschlechts diskriminieren, die den Eindruck erwecken, Personen seien käuflich zu erwerben oder die Personen auf ihre rein sexuelle Funktion reduzieren und/oder deren ständige sexuelle Verfügbarkeit nahelegen.²²⁷ Diese Ansätze werden nicht weiter erläutert; vielmehr soll bei der Auslegung der jeweiligen Werbeaussage unter anderem auf den Eindruck des „verständigen Durchschnittsverbrauchers“ und die „aktuell herrschende Auffassung über Sitte, Anstand und Moral in der Gesellschaft“ abgestellt werden.²²⁸ Nicht erkennbar ist, ob die „aktuell herrschende Auffassung von Sitte, Anstand und Moral“ anhand übergeordneter Kriterien oder anhand der weltanschaulichen Auffassung und des Alltagsverstands der Gremiumsmitglieder bestimmt wird.²²⁹ Bedenken ergeben sich hier einerseits daraus, dass Entscheidungen über die „gesellschaftliche Moral“ in die Hände eines relativ homogenen 13-köpfigen Gremiums gelegt sind,²³⁰ die Gesellschaft selbst aber, auch in ihren

226 Lehmann GRUR Int 2006, 123, 125.

227 Grundsätze des Deutschen Werberates zur Herabwürdigung und Diskriminierung von Personen, *Deutscher Werberat* Jahrbuch 2012, S. 86 f.

228 Grundsätze des Deutschen Werberates zur Herabwürdigung und Diskriminierung von Personen, *Deutscher Werberat* Jahrbuch 2012, S. 86 f.

229 Dies ebenfalls kritisierend Baum/Langenbacher/Pöttker/Schicha Handbuch zur Medienselbstkontrolle, S. 255, 264.

230 Vgl. dazu die Kritik an der Gremiumszusammensetzung.

C. Die Werbeselbstkontrolle als Mittel gegen geschlechtsdiskriminierende Werbung

Moralvorstellungen, zunehmend divers und pluralistisch ist. Hinzu kommt, dass sowohl die durchschnittlichen Rezipient_innen als auch die Mitglieder des Werberates alltäglich geschlechtsdiskriminierender Werbung ausgesetzt sind, sie daher als normale, objektive Wirklichkeit hinnehmen und vielfach nur noch krasse Abweichungen ins Negative wahrnehmen.²³¹ So stellt der Werberat selbst häufig darauf ab, dass Darstellungen nur die Wirklichkeit zeigten oder scherzhaft gemeint seien: „[...] die eher spielerisch-provokante Art, mit der das Thema Verführung bzw. Verhältnis Frau-Mann in die Werbemaßnahme eingebettet ist, lässt durchaus den augenzwinkernden Tenor der Darstellung erkennen“²³², heißt es zu einer Plakatwerbekampagne für ein Männerdeodorant, welche den auf einem Flugzeugträger stehenden Unterleib einer Frau zeigt. Der Blick der Rezipient_innen wird auf die in Pumps steckenden nackten Beine der Frau hinauf zu ihrem durch knappe Hotpants bekleideten Gesäß gelenkt. Zwischen ihren gespreizten Beinen steht eine überdimensionierte Deodorantdose, worüber ein kleines, scheinbar auf ihre Genitalien zuhaltendes Flugzeug im Landeanflug zu sehen ist.



231 Vgl. dazu nur *Röser/Kroll* Was Frauen und Männer vor dem Bildschirm erleben, S. II; aber auch BGHZ 130, 5, 9 – Busengrapscher: „[...] die Werbung den Betrachtern gerade nicht mehr als reiner ‚Scherz‘ erscheinen kann, sondern einen Charakter gewinnt, der von dem verbreiteten Einsatz erotischer Anreize oder sexueller Anspielungen in der Werbung deutlich ins Negative abweicht.“

232 Veröffentlichung von Teilen einer abschlägigen Antwort des Werberates auf eine Beschwerde: <http://maedchenmannschaft.net/tag/axe/> (abgerufen am 16.12.2013).

Im passend dazu entwickelten Spiel können Spielende ihr „Mannsein unter Beweis stellen“.²³³ In der Spielbeschreibung heißt es: „Zu ‚bespielen‘ [sic] gilt es einen weiblichen, relativ attraktiven Sergeant, mit dem gezielten Einsatz deines Cursors, in Form einer etwas frivolen Hand. In drei Spielen kannst du zunächst mit einem beherzten Griff an ihren Gürtel einmal klar stellen, wer hier die Befehle gibt. Im zweiten Spiel, der Disco, wird es dann schon etwas lasziver und der Flugzeugträger zur Tanzfläche, bis Madame Sergeant im dritten Game durch einen gezielten Beschuss ihres Hinterteils die Hüllen fallen lässt, endlich ihr Gesicht preisgibt und als Showdown zu einem Flug in die Stratosphäre abhebt. Mission Männlichkeit erfüllt.“²³⁴ Dabei besteht der „gezielte Einsatz des Cursors“ im Schlagen des Gesäßes der Frau. In der Begründung des Werberates, warum keine diskriminierende Werbung vorliege, heißt es: „An keiner Stelle des Spiels wird die Frau in einer unterwürfigen oder herabwürdigenden Pose vorgeführt.“²³⁵

Das Beispiel lässt vermuten, dass die Entscheidungen des Werberates geprägt sind von den persönlichen Vorstellungen seiner Mitglieder von Diskriminierung, Unterwürfigkeit und Herabwürdigung (von Frauen). Das erweckt den Eindruck, dass sich das Gremium, das darüber befinden soll, ob Werbung geschlechtsdiskriminierend ist, allein auf das eigene Urteil verlässt und wenig Versuche unternimmt, die eigenen Vorstellungen zu Geschlecht und Diskriminierung, welche selbst in hohem Maße durch die Gesellschaft und insbesondere auch mediale Bilder geprägt sind, zu hinterfragen. Was fehlt, ist eine für das Erkennen von Geschlechtsdiskriminierung unentbehrliche Auseinandersetzung mit der Konstruktion von Geschlecht und Geschlechtsrollenstereotypen sowie eine Analyse der Rolle von Medien und Werbung in diesem Zusammenhang. Exemplarisch dafür äußert sich *Volker Nickel*, bis August 2013 Sprecher des ZAW und Vertreter des Werberates, dahingehend, dass Werbung „Spiegelbild [...] gesellschaftlicher Wirklichkeit“ ist.²³⁶ Die von „Ideologen“, „Moralisten“, „Populisten“ und den „Frauen-der-Betroffenheit“²³⁷ geführte Diskussion über Sexismus sei lange überholt; die „alte Prüderie“ längst vom Zeitgeist überrollt. Bürgerinnen und

233 <http://www.artschoolvets.com/news/2010/05/21/axe-dry-sensitive-campaign-online-game/> (abgerufen am 16.12.2013).

234 Ebenda.

235 Veröffentlichung von Teilen einer abschlägigen Antwort des Werberates auf eine Beschwerde: <http://maedchenmannschaft.net/tag/axe/> (abgerufen am 16.12.2013).

236 *Nickel* Nackte Tatsachen, S. 15.

237 *Nickel* Nackte Tatsachen, S. 9-11.

Bürger hätten ein normales Verhältnis zur Lust gefunden und auch das Sexualstrafrecht sei seit 1973 erheblich gelockert.²³⁸ Außerdem gebe es kaum „nackte“ Frauen in der Werbung.²³⁹

b) Problematische Ausformulierung der Verhaltensregeln

Auch die Verhaltensregeln selbst weisen auf eine mangelhafte Auseinandersetzung mit dem Problemfeld Geschlechtsdiskriminierung hin: Zum einen liegen sie noch immer nur in der Fassung von 2004 vor.²⁴⁰ Gerade im Bereich Geschlecht, Geschlechtskonstruktion, Gender, Gender-Mainstreaming und Diskriminierungsschutz hat sich seitdem sowohl in der Forschung als auch auf der Gesetzgebungsebene viel getan. Ein seit zehn Jahren unarbeiteter Verhaltenskatalog zu geschlechtsdiskriminierender Werbung lässt jedenfalls Zweifel daran aufkommen, ob der Werberat alle gesellschaftlichen Entwicklungen bezüglich dieses Themas einbezieht und auch möglichst effektiv umzusetzen versucht.

Neben dem Alter der Verhaltensregeln ist die recht knapp gehaltene Ausformulierung zu kritisieren. Sie erschwert die Ergebnisfindung und erleichtert das Einbrechen privater Ansichten und Empfindungen der entscheidenden Mitglieder. Ein mit fachlicher Hilfe stärker ausdifferenzierter, möglicherweise auch mit Beispielen versehener Katalog könnte der gerade durch die Medien schon existierenden „objektiven Normalität“ in den Köpfen der Entscheidenden entgegenwirken, sie für Probleme erst sensibilisieren und ihnen die Entscheidung damit erleichtern. Gerade was die umfangreiche Ausformulierung und stetige Verbesserung der Verhaltensregeln angeht, zeigen sich Werberäte anderer Länder, z.B. der österreichische,²⁴¹ deutlich engagierter. Die Entscheidungen des Werberates wären im Falle einer stärkeren Ausformulierung auch für Beschwerdeführende und werbende Un-

238 Nickel Nackte Tatsachen, S. 13.

239 Nickel Nackte Tatsachen, S. 16; jedenfalls verkennt Nickel dabei, dass Sexismus ein Synonym für Geschlechtsdiskriminierung ist und nicht zwingend etwas mit Sexualität und Nacktheit zu tun hat. Zur Definition von geschlechtsdiskriminierender Werbung vgl. oben, B. V., S. 62 ff.

240 Grundsätze des Deutschen Werberates zur Herabwürdigung und Diskriminierung von Personen, *Deutscher Werberat* Jahrbuch 2014, S. 69.

241 Verhaltensregeln des Österreichischen Werberates zu geschlechterdiskriminierender Werbung, http://www.werberat.or.at/show_4274.aspx (abgerufen am 16.12.2013).

ternehmen nachvollziehbarer und, vor allem für letztere, auch vorhersehbarer. Diesen Vorteil könnte zusätzlich eine bessere Aufarbeitung der unterschiedenen Fälle unterstützen. Auch hier zeigt sich der österreichische Werberat mit einer stets aktuellen, übersichtlichen, vollständigen, chronologischen Sammlung sämtlicher positiver und negativer Entscheidungen inklusive Begründung als gutes Vorbild.²⁴²

4. Probleme im Verfahren

Innerhalb des Verfahrens zeigt sich beim Umgang mit (möglicherweise) geschlechtsdiskriminierender Werbung ein weiterer kritischer Punkt: Vor seiner Entscheidung holt der Werberat die Stellungnahme des jeweiligen Unternehmens ein. Da es für das Unternehmen um die Aufrechterhaltung der aktuellen Werbekampagne geht und damit finanzielle Interessen von zum Teil erheblichem Ausmaß betroffen sind, liegt es im Interesse des Unternehmens, dem Werberat mit einer ausführlichen, wohlüberlegten, ausdifferenzierten Argumentation zugunsten der Unbedenklichkeit der jeweils in der Kritik stehenden Werbekampagne zu antworten. Je nach Überzeugungskraft ist die Stellungnahme des Unternehmens also geeignet, den Verfahrensausgang zu beeinflussen.²⁴³

Es könnte bereits die Frage gestellt werden, warum den Unternehmen überhaupt die Möglichkeit zur Stellungnahme gewährt wird. Schließlich kommt es im Rahmen der Prüfung, ob eine diskriminierende Werbung vorliegt, nach den Verhaltensgrundsätzen des Werberates auf den Eindruck des verständigen Durchschnittsverbrauchers, nicht aber auf die Intention des werbenden Unternehmens an.

Jedenfalls aber bräuchte es eines Gegengewichtes zu der Stellungnahme des Unternehmens. Der Werberat selbst kann diese Rolle nicht ausfüllen, da er einerseits neutrales Entscheidungsgremium sein soll, andererseits seine Mitglieder sogar selbst aus der Werbebranche stammen. Das Gegengewicht kann daher allein in den Beschwerden der jeweiligen Beschwerdeführenden liegen. Allerdings sind diese nicht zwingend mit argumentativem Talent und fachlichem Wissen zum Thema Geschlechtsdiskriminierung ausgestattet.

242 Aktuelle Beschwerdeliste des Österreichischen Werberates, <http://www.werberat.or.at/beschwerdeliste.aspx?tid=3> (abgerufen am 16.12.2013).

243 Darauf hindeutend auch die Untersuchung von *Beier* Schwachstellen der Werbeselbstkontrolle, S. 42 ff.

Auch ist ihnen nicht unbedingt bewusst, dass ihre Beschwerde zusammen mit der Stellungnahme des Unternehmens neben den Verhaltensgrundsätzen die Entscheidungsgrundlage für den Werberat bildet. Vermutlich ergeben sich private Beschwerden an den Werberat häufig aus einer – manchmal nur schwer begründbaren – Unzufriedenheit mit Werbebildern, auf welche der Werberat aufmerksam gemacht werden und mit denen er sich beschäftigen soll. Die Motivation eines Unternehmens für eine umfangreiche, überzeugende Begründung ist jedoch ungleich größer, geht es hier doch darum, ob das Unternehmen eventuell eine bereits fertiggestellte und bezahlte Werbekampagne ändern oder gar aus dem Verkehr nehmen muss. Ein Gegengewicht ist also zwingend nötig, wenn nicht der Verdacht eines Ungleichgewichts zugunsten der Unternehmen im Raum stehen soll.

Beispiel für eine dieses Problem vermeidende Lösung ist das Verfahren des südafrikanischen Werberates,²⁴⁴ der neben der Stellungnahme der Unternehmen stets auch Meinungen Dritter einholt, z.B. von der staatlichen Kommission für Geschlechtergleichheit. Auf diese Stellungnahmen kann das Unternehmen wiederum antworten. Anders als der deutsche Werberat veröffentlicht sein südafrikanisches Pendant neben der eigenen Begründung und Entscheidung auch sämtliche Stellungnahmen im jeweiligen Fall.²⁴⁵ Dadurch wird ein auch für die Öffentlichkeit sichtbarer Diskussions- und Entscheidungsprozess möglich. Dem Werberat kann so kaum noch der Vorwurf gemacht werden, er entscheide nur darüber, ob er sich der Stellungnahme des Unternehmens anschließt oder nicht. Vielmehr wird sichtbar, dass der Werberat eine eigene, auf sämtliche geäußerte Stellungnahmen aufbauende Entscheidung trifft.

5. Unzulänglichkeiten des Sanktionssystems und im Rahmen der Durchsetzungsfähigkeit

Im Rahmen der Frage nach der Effektivität des Handelns des Werberates gegen geschlechtsdiskriminierende Werbung sind schließlich das Sanktionssystem und die Durchsetzungsfähigkeit des Gremiums in Augenschein zu nehmen.

244 ASA Procedural Guide Nr. 11, http://www.asasa.org.za/Default.aspx?mnu_id=43 (abgerufen am 16.12.2013).

245 <http://www.asasa.org.za/RecentRulings.aspx> (abgerufen am 16.12.2013).

Leistet das betroffene Unternehmen der Beanstandung des Werberates nicht Folge, so kann dieser die Öffentlichkeit in einer öffentlichen Rüge davon unterrichten.²⁴⁶ Weitergehende Mittel stehen dem Werberat nicht zu. Als Gremium der wirtschaftlichen Selbstkontrolle haben seine Entscheidungen vor allem empfehlenden Charakter, können also nicht gerichtlich durchgesetzt werden. Auch Bußgelder oder andere Zwangsmaßnahmen werden durch die wirtschaftliche Selbstkontrolle nicht verhängt. Nach Angaben des Werberates genügt in den meisten Fällen die Androhung der Rüge, um die Beanstandung durchzusetzen; in lediglich 4 bis 10 % aller Fälle erfolge die öffentliche Rüge.²⁴⁷ Darüber hinaus geht der Werberat davon aus, dass Unternehmen jegliche negative Publicity möglichst verhindern wollen und die meisten sich daher kooperativ zeigen.²⁴⁸ Auch Teile der Literatur sind der Ansicht, dass die öffentliche Rüge nur auf den ersten Blick kein wirksames Sanktionsmittel sei, da letztlich alle Unternehmen am Verkauf der Produkte und Dienstleistungen interessiert wären und daher die öffentliche Meinung nicht ignorieren könnten.²⁴⁹ Dem ist entgegenzuhalten, dass es immer wieder Unternehmen gibt, die ihre Werbekampagne auch nach einer Rüge nicht einstellen²⁵⁰ – sei es, weil finanzielle Gründe im Wege stehen, weil ihnen die öffentliche Wirkung gleichgültig ist oder weil auch negative Öffentlichkeit als nicht unwillkommene Werbung empfunden wird. Dafür spricht, dass jedenfalls bei noch unbekanntem Produkten eine absatzsteigernde Wirkung auch durch negative mediale Aufmerksamkeit angenommen wird.²⁵¹ Die Arbeit des Werberates erreicht also dort ihre Grenzen, wo Werbetreibende nicht mit der Selbstkontrolle kooperieren wollen.²⁵²

Zu dem Problem der mangelnden Durchsetzbarkeit tritt ein zweiter Aspekt: Das Sanktionssystem des Werberates besteht allein aus der Beanstan-

246 <http://www.werberat.de/sanktionen>; <http://www.werberat.de/bilanz-2012> (jeweils abgerufen am 16.12.2013).

247 Ebenda.

248 Ebenda.

249 *Lehmann* GRUR Int 2006, 123, 126; *Beckmann* WRP 1991, 702, 704.

250 Vgl. z.B. den Fall „Geiler Bodenbelag“, <http://www.oberberg-heute.de/?act=vp&cid=1&pid=9033> (abgerufen am 16.12.2013), das Unternehmen wurde 2009 gerügt, dessen mit der gerügten Werbung beklebte Fahrzeuge waren aber jedenfalls noch im Jahr 2012 im Stadtgebiet Köln zu sehen.

251 *Berger/Sorensen/Rasmussen* Marketing Intelligence Review 2011, 48 ff.

252 Daher die Entwicklung eines wirksamen Sanktionssystems fordernd: *Schricker* GRUR 1974, 579, 588 f.

dung und der nur unter Umständen nötigen Rüge.²⁵³ Ein abgestuftes Sanktionssystem könnte gerade im Bereich geschlechtsdiskriminierender Werbung sinnvoll sein. So könnten unterhalb der Beanstandung Hinweise zu solchen Werbekampagnen ergehen, die Geschlecht auf eine einseitige Art konstruieren. Dies hätte den Vorteil, dass Unternehmen nicht stets ihre komplette Werbekampagne ändern oder ganz beenden müssten, sondern langsam an ein geschlechtersensibles Verständnis herangeführt werden könnten. Ähnlich abgestufte Sanktionssysteme nutzen unter anderem auch der Deutsche Presserat (mit Hinweisen, Missbilligungen, öffentlicher und nichtöffentlicher Rüge)²⁵⁴ und der Österreichische Werberat (ebenfalls in Form von Hinweisen, genannt Sensibilisierung)²⁵⁵.

6. Werbeselbstkontrolle statt staatlicher Zwangsmaßnahmen

An den genannten kritischen Punkten lässt sich vieles verbessern. Doch stellt sich die Frage, ob eine ideal funktionierende Werbeselbstkontrolle ein gesetzliches Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung ersetzen kann.

Als Hauptargument für die Werbeselbstkontrolle wird zum Teil die „Regulierungsmöglichkeit von noch Zulässigem aber dennoch Unerwünschtem“ vorgebracht,²⁵⁶ womit insbesondere Geschmacklosigkeiten und Anstößiges gemeint sein sollen, welche die Grenze zu einer „gegen die Menschenwürde verstößenden Diskriminierung“ (noch) nicht (eindeutig) überschreiten.²⁵⁷ Diese Bereiche unterlägen letztlich Geschmack und Empfindung der betrachtenden Person und seien daher dem Bereich der richterlichen Beurteilung entzogen; die Werbeselbstkontrolle aber könne mit Argumenten der Sitte, Moral und des guten Geschmacks urteilen, da die Befolgung ihrer Entscheidungen auf Freiwilligkeit beruhe und nicht mit Zwang durchgesetzt werden könne.²⁵⁸ Die Möglichkeit einer Aufspaltung geschlechtsdiskriminierender Werbemaßnahmen in „menschenwürdeverletzend oder geschmacklos“ unterliegt jedoch starken Zweifeln. Die hier be-

253 Kritisch dazu auch von Hippel ZRP 1973, 177, 179.

254 Baum/Langenbucher/Pöttker/Schicha Handbuch zur Medienselbstkontrolle, S. 255, 265.

255 Art. 12 Abs. 1 der Verfahrensgrundsätze, <http://www.werberat.at/beschwerdeverfahren.aspx> (abgerufen am 16.12.2013).

256 Lehmann GRUR Int 2006, 123, 126.

257 Ebenda.

258 Lehmann GRUR Int 2006, 123, 126.

handelten Konstellationen sind vor allem im Hinblick auf Art. 3 Abs. 2 S. 1, 2 und Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG problematisch.²⁵⁹ Dass eine objektive rechtliche Erfassung geschlechtsdiskriminierender Werbung möglich ist, deuten in anderen Ländern vorgenommene, nicht allein auf Selbstkontrolle setzende Regulierungen an.²⁶⁰

Juristisch begründbare Entscheidungen sind durchaus möglich. Hinzu kommt, dass selbst wenn sich der Werberat zu einer geschlechtergemischten, heterogenen Gruppe entwickelt, die auch auf diskriminierungsspezifisches Fachwissen zurückgreifen kann, die Entscheidung, ob eine Werbung zu beanstanden ist oder nicht, noch immer in den Händen einer Gruppe läge, deren Mitglieder zu einem großen Teil der Werbewirtschaft angehören und damit stets verdächtig sind, bis zu einem gewissen Grad Richter_innen in eigener Sache zu sein. Ob soziale Konflikte – jedenfalls ausschließlich – auf diese Art gelöst werden sollten, erzeugt Bedenken.²⁶¹ Geschlechtsdiskriminierung in der Werbung gefährdet wesentliche verfassungsrechtliche Grundwerte. Die Überwachung über die Einhaltung dieser Grenzen, die Erfüllung verfassungsrechtlicher Standards und Schutzpflichten ist Aufgabe des Staates. Dieser kann sich dabei zwar der Unterstützung der Selbstkontrolle bedienen, darf diese Aufgabe jedoch nie vollständig aus der Hand und in das Belieben einer wirtschaftlichen Selbstkontrollereinrichtung geben. Die Selbstregulierung kann eine gute, ergänzende Methode im Vorgehen gegen geschlechtsdiskriminierende Werbung sein. Die Schutzpflichten des Staates kann sie aber, schon aufgrund der einer Selbstkontrolle immanenten Gefahr der Parteilichkeit, nicht ersetzen.²⁶²

259 Oben, B. IV., S. 58 ff.; ausführlich dazu unten, D. I. 1., S. 83 ff. (Menschenwürde), D. I. 2., S. 127 ff. (Gleichberechtigungsgesetz), D. I. 3., S. 146 ff. (Allgemeines Persönlichkeitsrecht).

260 Vgl. vor allem § 1 Abs. 2 des norwegischen Marktgesetzes, dazu *Kur WRP* 1995, 790, 791 ff.; ausführlich zu Regulierungen in anderen Ländern unten, F. V. 2., S. 282 ff.

261 Kritisch dazu auch Joerges/Teubner/*Günther* Rechtsverfassungsrecht, S. 295, 308, mwN.

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

IV. Ergebnis

Die Werbeselbstkontrolle ist hilfreich im Kampf gegen geschlechtsdiskriminierende Werbung, lässt jedoch große Lücken. Sie kann unterhalb von Verbotsschwellen ansetzen, schnell und effektiv tätig werden, die entscheidenden Personen der Werbewirtschaft durch konsequente, gut begründete Entscheidungen schulen und so auch tatsächliches Verständnis erzeugen. Selbst dieses Potenzial wird vom Deutschen Werberat bisher aber nicht ausgeschöpft. Vor allem wird schon eines der Hauptprobleme im Zusammenhang mit geschlechtsdiskriminierender Werbung, die Schwierigkeit des Erkennens und Definierens aufgrund sozialer und insbesondere medialer Konditionierung, nicht gesehen und demzufolge auch im Rahmen der Gremienbesetzung und der Ausgestaltung und Anwendung von Verhaltensgrundsätzen nicht einbezogen. Hinzu kommen die mangelnde Durchsetzungsfähigkeit und allgemeine Verbesserungsmöglichkeiten im Sanktionssystem. Die „Privatisierung des juristischen Regelungsmechanismus vermittelt eines zwischengeschalteten moralischen Diskurses“²⁶³ versagt dort, wo ein moralischer Diskurs nur unzureichend stattfindet.

Aber auch ein ideal funktionierender Werberat kann, schon aufgrund der Gefahr der potenziellen Parteilichkeit der die Entscheidung tragenden Personen die Erfüllung der staatlichen Schutzpflichten letztlich stets nur unterstützen, nicht aber vollständig ersetzen.

263 So *Leschke* Einführung in die Medienethik, S. 16.

D. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung einer Begrenzung geschlechtsdiskriminierender Werbung

Die Defizite der Werbeselbstkontrolle machen eine gesetzliche Begrenzung geschlechtsdiskriminierender Werbung erforderlich, wenn diese verfassungsrechtliche Grundwerte verletzt und ein Verbot verfassungsgemäß und darüber hinaus mit europäischem Primärrecht vereinbar ist. Zu untersuchen ist daher zunächst, ob geschlechtsdiskriminierende Werbung verfassungsrechtliche Grundwerte verletzt. Falls dies der Fall ist, wird zu prüfen sein, welche Grundrechte durch eine Begrenzung oder gar ein Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung beeinträchtigt würden und ob diese Beeinträchtigungen gerechtfertigt werden könnten.

I. Verletzung von Grundrechten bzw. verfassungsrechtlichen Leitbildern durch geschlechtsdiskriminierende Wirtschaftswerbung

Als verletzte Grundwerte kommen insbesondere der Schutz der Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG, das Gleichheitsgebot, Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG, sowie das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG, in Betracht.

1. Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG

Art. 1 Abs. 1 GG lautet „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.“ Die sich daraus ergebende Menschenwürdegarantie ist tragendes Konstitutionsprinzip und oberster Wert der Verfassung.²⁶⁴

264 BVerfGE 6, 32, 36; 45, 187, 227; 72, 105, 115; von Mangoldt/Klein/Starck GG Art. 1 Abs. 1 Rn. 10.

a) Einordnung durch Rechtsprechung und Literatur

Rechtsprechung und Literatur greifen im Rahmen der Thematisierung geschlechtsdiskriminierender Werbung häufig auf die Menschenwürde zurück und beklagen deren Verletzung. Das diesbezügliche Bild ist sehr uneinheitlich: Der BGH stellte in seinem Urteil „Busengrapscher“ auf eine Verletzung der Menschenwürde ab:²⁶⁵ Die Werbeaussage bedeute eine Herabsetzung und Diskriminierung der Frau, weshalb ein Verstoß gegen § 1 UWG 1909 vorläge.²⁶⁶ Die Werbung sei nicht mehr nur grob geschmacklos, sondern verstoße wegen der damit verbundenen kränkenden Herabsetzung eines Bevölkerungsteils in grobem Maße gegen das allgemeine Anstandsgefühl und wirke dadurch Ärgernis erregend und belästigend. Damit sei die durch Art. 1 GG geschützte menschliche Würde betroffen.²⁶⁷

Für einen Teil der Literatur liegt menschenverachtende Werbung insbesondere dann vor, wenn durch die Werbeaussage bestimmte Menschen oder Menschengruppen diskriminiert werden.²⁶⁸ Dafür könnte sprechen, dass insbesondere die rechtliche Gleichheit eine Kernzone des Art. 1 Abs. 1 GG ist.²⁶⁹ Allerdings wäre diskriminierende Werbung dann stets menschenverachtend. Dies klingt auch in dem „Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau“ (CEDAW) an, worin es heißt, dass „die Diskriminierung der Frau die Grundsätze der Gleichberechtigung und der Achtung der Menschenwürde verletzt.“²⁷⁰ Jedoch betonen viele dieser Ansicht Folgende, dass die menschenverachtende Werbung von der bloß geschmacklosen unterschieden werden müsse²⁷¹ und die in der heutigen Werbung allgegenwärtigen sexuellen Anspielungen grundsätzlich noch nicht menschenverachtend seien.²⁷² Erst wenn Übertreibungen der Werbung mit anzüglich-obszönen Themen vorlägen, werde die Menschenwürde von (ins-

265 Vgl. oben A. III., S. 22 ff.

266 BGHZ 130, 5 – Busengrapscher.

267 BGHZ 130, 5, 9 f. – Busengrapscher.

268 *Schricker/Henning-Bodewig* WRP 2001, 1367, 1395 ff.; *von Ungern-Sternberg* FS Erdmann, S. 741, 761; *Emmerich* § 12 Rn. 12; *Götting/Nordemann* Einl. Rn. 58, § 4 Nr. 1 Rn. 1.24, 1.28; *Köhler/Bornkamm* § 3 Rn. 80; *Götting/Nordemann/Wirtz* § 3 Rn. 99.

269 *Sachs/Höfling* GG Art. 1 Rn. 19.

270 Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) vom 18.12.1979.

271 *Schünemann* WRP 2004, 925, 934 f.; *Götting/Nordemann* § 4 Nr. 1 Rn. 1.24 f.

272 *Emmerich* § 12 Rn. 14.

besondere) Frauen tangiert, weil diese durch die Werbung zu bloßen Sexualobjekten degradiert würden.²⁷³ Dementsprechend fasst *Inge Scherer* den Anwendungsbereich von Art. 1 Abs. 1 GG so eng, dass Verstöße gegen die Menschenwürde nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen: Die Herabwürdigung zum Objekt sei nicht umgangssprachlich, sondern verfassungsrechtlich zu bestimmen.²⁷⁴ Umgangssprachliche Bezeichnungen wie „Sexualobjekt“, „Reizobjekt“, „Lustobjekt“ etc. seien nicht einmal Präjudiz für eine Verletzung von Art. 1 Abs. 1 GG, sondern irrelevant.²⁷⁵ *Scherer* betont, dass die Vielzahl sexueller Praktiken und Verhaltensweisen in der gesellschaftlichen Realität nicht außer Acht gelassen werden dürfe. Typisches Kennzeichen für eine „Objektstellung“ sei, dass eine Person fremdbestimmt und nicht selbstbestimmt handelt.²⁷⁶ Die Menschenwürde iSd Art. 1 Abs. 1 GG sei in sexueller Hinsicht nur verletzt, wenn ein Mensch Opfer werde. Auf die Werbung übertragen sei dies nur der Fall, wenn ein Mensch als Opfer von sexueller Gewalt oder entsprechenden Drohungen, als Opfer sadistischer oder pädophiler Praktiken dargestellt würde und die Darstellung keine erkennbar kritische Haltung zu der sexuellen Gewalt bzw. den sadistischen oder pädophilen Praktiken einnehme.²⁷⁷

Etwas weiter will *Horst-Peter Götting* gehen, demzufolge menschenverachtende Werbung insbesondere vorliegt, wenn sie sexistisch ist.²⁷⁸ Dafür sei keine Darstellung der Frau als Opfer nötig,²⁷⁹ vielmehr genüge auch die Herabwürdigung zum bloßen Objekt.²⁸⁰

273 *Emmerich* § 12 Rn. 14, wonach menschenverachtende Werbung insbesondere dann vorliegen soll, wenn Menschen diskriminiert werden; dies sei aber erst bei Übertreibungen mit anzüglich-obszönen Themen der Fall, z.B. wenn Frauen durch die Werbung zu bloßen Sexualobjekten degradiert würden. Dies sei zu unterscheiden von der nur geschmacklosen Werbung. Die Entscheidung „Busengrapscher“ hält er für zu eng; vgl. auch Beschlussempfehlung/Bericht des Rechtsausschusses zu BegrRegE UWG 2004, BT-Drucks 15/2795, S. 21.

274 *Fezer/Scherer* § 4-2 Rn. 323; von *Münch/Kunig* GG Art. 1 Rn. 18.

275 *Fezer/Scherer* § 4-2 Rn. 323.

276 *Fezer/Scherer* § 4-3 Rn. 324.

277 *Fezer/Scherer* § 4-2 Rn. 325; ähnlich *Ruess/Voigt* WRP 2002, 171, 176.

278 *Götting/Nordemann* § 4 Nr. 1 Rn. 1.28 (irritierender Weise dabei wohl „sexistisch“ ausschließlich mit bestimmten Formen von Sexualisierung gleichsetzend).

279 So aber *Scherer* WRP 2007, 594, 599.

280 *Götting/Nordemann* § 4 Nr. 1 Rn. 1.28; mit Verweis auf BGHZ 130, 5, 10 – Busengrapscher; zur Differenzierung zwischen Opfer und Objekt vgl. unten, D. I. 1. d) cc) (3) (c), S. 124 ff.

D. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Mit der Gleichsetzung von Diskriminierung, Sexualisierung und Menschenwürdeverletzung vernachlässigt zumindest ein Teil der Literatur²⁸¹, dass neben der Herabwürdigung zum Sexualobjekt auch andere Formen von Geschlechtsdiskriminierung existieren (und nicht jede Sexualisierung zwangsläufig diskriminierend sein muss). Vor allem aber wird aus den Ausführungen nicht deutlich, wessen Menschenwürde durch geschlechtsdiskriminierende Darstellungen verletzt wird. Für die Beantwortung der Frage, wann eine Menschenwürdeverletzung vorliegt, könnte dies aber essenziell sein, da verschiedene Adressat_innen der Menschenwürde denkbar sind und diese auch in unterschiedlicher Weise verletzt werden könnten.

Daher ist zunächst zu prüfen, wessen Menschenwürde überhaupt durch werbliche Darstellungen verletzt werden kann. Diskutiert werden drei Schutzadressat_innen der Menschenwürde: Die Dargestellten in einem Angebot (Protagonist_innen), die Zuhörenden, Zuschauenden, Nutzenden oder Anwendenden des Angebots (Rezipient_innen) sowie die maßgeblich durch die Grundrechte geprägte gesellschaftliche Wertordnung selbst.²⁸²

b) Schutz der Protagonist_innen

Wann eine Darstellung in der Werbung die Menschenwürde der Protagonist_innen verletzt, kann dahingestellt bleiben, wenn eine Verletzung jedenfalls aufgrund freiwilligen Handelns ausscheiden muss. Zwar werden die in den Medien dargestellten Menschen regelmäßig freiwillig an Werbetaufnahmen teilnehmen und in deren Veröffentlichung einwilligen. Ob eine Einwilligung in die Verletzung der eigenen Menschenwürde allerdings überhaupt möglich ist, wird seit der „Peep-Show“-Entscheidung²⁸³ des BVerwG kontrovers diskutiert. Spätestens seit der Diskussion um das TV-Format „Big Brother“ existieren zwei Lager: Den Anhänger_innen einer vom individuellen Würdeanspruch unabhängigen staatlichen Schutzpflicht stehen die Befürworter_innen einer absoluten Selbstbestimmung als eigentlichem Kernelement der garantierten Menschenwürde gegenüber.

281 *Wassermeyer* Diskriminierende Werbung, S. 194; *Schünemann* WRP 2004, 925, 934 f.; *Emmerich* § 12 Rn. 14; GK-UWG/*Pahlow* § 4 Nr. 1 Rn. 72; *Götting/Nordemann* § 4 Nr. 1 Rn. 1.28.

282 *Di Fabio* Schutz der Menschenwürde, S. 90 ff.; *Sokol/Cole* Mediale (Selbst-) Darstellung und Datenschutz, S. 40 ff.

283 BVerwGE 64, 274.

aa) Menschenwürde als vom Individuum unabhängige staatliche Schutzpflicht

(1) Die „Peep-Show“-Entscheidung

In seinem ersten „Peep-Show“-Urteil argumentierte das BVerwG, dass die Verletzung der Menschenwürde durch Freiwilligkeit des Handelns weder ausgeräumt noch gerechtfertigt werde, da die Würde des Menschen ein objektiver, unverfügbarer Wert sei, auf dessen Beachtung der/die Einzelne nicht wirksam verzichten könne.²⁸⁴ Das Gericht versagte dem Kläger mit dieser Argumentation die nach § 33a GewO notwendige Erlaubnis zum Betrieb einer sogenannten Peep-Show.²⁸⁵

Im Einzelnen führte das BVerwG aus: „Die Menschenwürde ist verletzt, wenn die einzelne Person zum Objekt herabgewürdigt wird. Dabei kann der die Menschenwürde verletzende Angriff, wie hier, auch von privaten Personen ausgehen. Aufgrund seiner verfassungsrechtlichen Schutzpflicht ist der Staat in einem solchen Falle gehalten, die mit der Rechtsanwendung gegebenen Möglichkeiten zur Abwehr eines derartigen Angriffs auszuschnöpfen. [...] [Im Gegensatz zu Stripteasedarbietungen] wird bei der Peep-Show der auftretenden Frau eine entwürdigende, objektive Rolle zugewiesen [...]. Diese Umstände bewirken in ihrer Gesamtheit, dass die zur Schau gestellte Frau durch den Veranstalter wie eine [...] Sache [...] dargeboten und [...] als bloßes Anregungsobjekt zur Befriedigung sexueller Interessen angeboten wird. Dies rechtfertigt das Urteil, dass die zur Schau gestellte Frau durch die [...] Art und Weise der Darbietung erniedrigt und dadurch in ihrer Menschenwürde verletzt wird.“²⁸⁶ Zur Möglichkeit der Einwilligung bzw. der Freiwilligkeit des Handelns heißt es an späterer Stelle: „Diese Verletzung der Menschenwürde wird nicht dadurch ausgeräumt oder gerechtfertigt, dass die in einer Peep-Show auftretende Frau freiwillig handelt. Die Würde des Menschen ist ein objektiver, unverfügbarer Wert [...], auf dessen Beachtung der Einzelne nicht wirksam verzichten kann [...].“²⁸⁷ Die Menschenwürde müsse „wegen ihrer über den Einzelnen hinausreichenden Bedeutung gegenüber der Absicht des Betroffenen verteidigt

284 BVerwGE 64, 274, 279.

285 BVerwGE 64, 274, 280.

286 BVerwGE 64, 274, 279.

287 BVerwGE 64, 274, 279, mwN.

werden, seine vom objektiven Wert der Menschenwürde abweichenden subjektiven Vorstellungen durchzusetzen”.²⁸⁸

Die Begründung der Erlaubnisversagung wegen Verletzung der Menschenwürde erfolgte somit in zwei Stufen: Zunächst wurde aus dem Charakter des Art. 1 Abs. 1 GG als „objektive Wertentscheidung“ die Eigenschaft als Verbotsgesetz abgeleitet, um sodann den Verstoß gegen dieses Gesetz damit zu begründen, dass die Peep-Show einen Verstoß gegen die Menschenwürde darstelle. Auf die Freiwilligkeit der Teilnahme komme es nicht an, weil der/die Einzelne auf die Menschenwürde angesichts ihres Charakters als einer „objektiven Wertentscheidung“ nicht verzichten könne.²⁸⁹

Nach der Legalisierung der Prostitution durch das ProstG im Jahr 2002 hat das BVerwG keine Entscheidung mehr zur Menschenwürdeverletzung durch kommerzielle sexuelle Handlungen getroffen. Jedoch argumentiert das Gericht auch im Fall der entwürdigenden Behandlung von Soldat_innen durch Vorgesetzte mit der Menschenwürde und der Unbeachtlichkeit einer möglichen Einwilligung.²⁹⁰ Es ist daher anzunehmen, dass das BVerwG grundsätzlich daran festhält, dass – zumindest in einigen Fällen – eine Einwilligung in die Verletzung der eigenen Menschenwürde nicht möglich ist.

(2) Die „Zwergenweitwurf“-Entscheidung

Ähnlich entschied das VG Neustadt beim sogenannten „Zwergenweitwurf“: Die Würde des Menschen sei – trotz freiwilligen Handelns desselben – verletzt.²⁹¹ Gegenstand des gerichtlichen Beschlusses war die Rechtmäßigkeit einer Untersagungsverfügung nach § 33a Abs. 2 Nr. 2 GewO für eine Veranstaltung, bei der es darum ging, dass Personen aus dem Publikum einen kleinwüchsigen Menschen möglichst weit warfen.

Nach Ansicht des Gerichts wurde dem Geworfenen dadurch, dass er dabei wie ein Sportgerät gehandhabt wurde, eine entwürdigende, objekthafte Rolle

288 BVerwGE 64, 274, 280.

289 BVerwGE 64, 274, 280; bestätigt in BVerwG NVwZ 1987, 411; NVwZ 1990, 668; anders OVG Hamburg NVwZ 1985, 841; zur Rezeption dieser Entscheidung in der Literatur sowie der Bewertung dieser Ansicht vgl. im Folgenden.

290 BVerwG NVwZ-RR 1999, 321 f.; zuletzt mit ähnlicher, aber nicht auf die Menschenwürde, sondern das einfache Recht bezogener Argumentation BVerwG NVwZ-RR 2012, 732.

291 VG Neustadt NVwZ 1993, 98 – Zwergenweitwurf.

zugewiesen. Der geworfene Mensch, sei er nun kleinwüchsig oder auch besonders leicht, werde zum Zwecke der allgemeinen Belustigung zum bloßen Objekt der Werfenden aus dem Publikum gemacht. Die Attraktivität der Darbietung läge dabei nicht in der artistischen Leistung, der professionellen Beherrschung des Flugverhaltens des Geworfenen, sondern in der von den Veranstaltenden gebotenen Möglichkeit, unter dem Beifall des Publikums die eigene körperliche Überlegenheit an einem Menschen zu demonstrieren, der sich dies gegen Geld gefallen und wie ein Objekt behandeln lasse. Ein solcher Umgang mit Menschen, so das Gericht, sei herabwürdigend und trage nicht zuletzt das beachtliche Risiko des Abbaus von Hemmschwellen im Umgang mit anderen Menschen in sich. Allein das Werfen eines Menschen wie ein Sportgerät begründe deshalb bereits das Urteil der Sittenwidrigkeit iSd § 33a Abs. 2 Nr. 2 GewO. Im konkreten Fall komme als besonders anstößiges Moment hinzu, dass es sich bei dem Geworfenen um einen kleinwüchsigen Menschen handle, wobei in diskriminierender Weise dieser als „Zwerg“ und die Veranstaltung als „Zwergenweitwurf“ bezeichnet werde.²⁹²

Für die Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit des „Zwergenweitwurfs“ mit den guten Sitten komme es nicht darauf an, dass sich der Kleinwüchsige freiwillig werfen lasse und die Veranstaltung selbst nicht als entwürdigend empfinde, denn die Würde des Menschen sei ein unverfügbarer Wert, auf dessen Beachtung der/die Einzelne nicht wirksam verzichten könne. Durch den gewerberechtlichen Erlaubnisvorbehalt unterstünden Veranstaltungen der unmittelbaren Mitverantwortung des Staates, dessen Behörden nach Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG zum Schutz der Menschenwürde verpflichtet sind. Dieser Schutz verlöre seine normative Kraft und seine für die verfassungsmäßige Ordnung des sozialen Zusammenlebens konstitutive Bedeutung, wenn die Frage, ob sozialrelevante gewerbliche öffentliche Veranstaltungen durch die Art und Weise ihrer Darbietung die Menschenwürde der Dargestellten verletzen, dem Belieben des Unternehmens oder den Dargestellten anheimgegeben würde.²⁹³

292 VG Neustadt NVwZ 1993, 98, 99 – Zwergenweitwurf.

293 VG Neustadt NVwZ 1993, 98, 100 – Zwergenweitwurf, mit Verweis auf BVerwGE 64, 274.

(3) Literatur

Auch Teile der Literatur folgen dem Gedanken, dass es auf die Freiwilligkeit einer Handlung nicht ankomme, weil der/die Einzelne auf die Menschenwürde angesichts ihres Charakters als einer „objektiven Wertentscheidung“ nicht verzichten könne: Die Autonomie des/der Einzelnen sei zwar der wesentliche, aber nicht der ausschließliche Inhalt von Art. 1 Abs. 1 GG.²⁹⁴ Vielmehr sei die Würde des Menschen, zumindest in ihrem absoluten Kernbereich, als fundamentaler Gemeinschaftswert unverzichtbar und stehe daher nicht zur individuellen Disposition.²⁹⁵ Die Selbstbestimmung der individuellen Person könne folglich nur im Rahmen des objektiven Wertgehalts des Art. 1 Abs. 1 GG erfolgen.²⁹⁶ Ein Teil dieser Ansicht fasst den nicht verfügbaren Kernbereich aber sehr eng und betont, dass es nur in besonderen, seltenen Ausnahmefällen dazu kommen könne, dass der Staat zu einem Würdeschutz gegen die Träger_innen derselben verpflichtet ist.²⁹⁷

(4) Arbeitsgemeinschaft der Landesmedienanstalten in der Bundesrepublik Deutschland

Die Arbeitsgemeinschaft der Landesmedienanstalten in der Bundesrepublik Deutschland (ALM) geht ebenfalls davon aus, dass Einzelne über ihre Menschenwürde nicht frei bestimmen können. In einem Beratungspapier der Gesamtkonferenz der Landesmedienanstalten heißt es: „Es ist nicht dem Belieben des einzelnen Akteurs überlassen zu bestimmen, wann er sich in seiner Würde verletzt fühlt. Es ist keine individuelle Entscheidung allein,

294 *Hinrichs* NJW 2000, 2173, 2175; *Gronimus* JuS 1985, 174, 175; so wohl auch *Discher* JuS 1991, 642, 647.

295 *Spindler/Schuster/Holzengel/Krone* Recht der elektronischen Medien § 3 RStV Rn. 10, mit Verweisung auf BVerfGE 45, 187, 229 und die AmtlBegr zum 1. RÄStV, LT-Drucks NW 11/6895, S. 27.

296 *Hinrichs* NJW 2000, 2173, 2175; *Bleckmann* JZ 1988, 57, 62; *Sturm* FS Geiger, S. 173, 188 f., 197 f. (Grundrechte als Gemeinwohlkonkretisierungen, weshalb es an der Dispositionsmacht Einzelner fehle).

297 *Frotscher* ZUM 2001, 555, 560 f., 563; *Schmitt-Glaeser* ZRP 2000, 395; *von Münch* FS Ipsen, S. 113 ff.; *Dreier* GG Art. 1 I Rn. 152; *BK/Zippelius* Art. 1 Rn. 40, 120; *Stern* Staatsrecht Bd. III/1 § 58 II 6c β: „nur extreme Auswüchse“; *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf* GG Art. 1 Rn. 7 f. (staatliche Schutzpflicht, wenn der Kerngehalt des Menschenbildes bedroht ist); ausführlich dazu *Hillgruber* Der Schutz des Menschen vor sich selbst, S. 111 ff., 134 ff.

was jemand vom Kernbereich seines individuellen menschlichen Lebens dem Blick Dritter preisgeben oder sogar anbieten möchte. Menschenwürde ist nicht abschließend subjektiv und individuell zu bestimmen. Sie enthält einen interpersonalen Kern, auf den man nicht verzichten, den man nicht abdingen kann. Andernfalls könnte sie auch nicht der Ausgangspunkt der Verfassung sein (Art 1 GG), die für alle Bürger gilt.²⁹⁸

bb) Selbstbestimmung als Kern der Menschenwürde

In der Literatur wird eine Verletzung der Menschenwürde freiwillig Handelnder weit überwiegend abgelehnt.²⁹⁹ Das „Peep-Show“-Urteil des BVerwG traf auf harte Kritik.³⁰⁰ Wesentliches Merkmal der Menschenwürde sei gerade das Recht auf Selbstbestimmung.³⁰¹ Dazu gehöre es, selbst die maßgebliche Instanz für die Bestimmung der eigenen Würde zu bilden, über sich selbst zu verfügen und sein Schicksal eigenverantwortlich zu gestalten sowie nicht dazu verpflichtet zu werden, sich nach allgemeinen Maßstäben „würdegemäß“ zu verhalten.³⁰² Art. 1 Abs. 1 GG gewähre ein „Grundrecht auf Selbstdarstellung“, bestimme diese Selbstdarstellung aber nicht inhaltlich. Eine rechtserhebliche Unterscheidung zwischen achtenswerter und nicht achtenswerter Menschenwürde könne es daher nicht geben.³⁰³ Ent-

298 *Gesamtkonferenz der Landesmedienanstalten* Zur Praxis und zur Bedeutung von Programmengrenzen für private Fernsehprogramme, S. 3.

299 Von Magoldt/Klein/Starck GG Art. 1 Abs. 1 Rn. 36; von Münch/Kunig GG Art. 1 Rn. 34 („Autonomieanspruch hat regelmäßig Vorrang“); BK/Zippelius Art. 1 Rn. 39 f. (Ausnahme „Auswüchse autonomer Entscheidungen“); Sachs/Höfling GG Art. 1 Rn. 35 ff., 79; Dreier GG Art. 1 I Rn. 152; Zippelius/Würtenberger Deutsches Staatsrecht § 21 Rn. 51.

300 Vor allem bei Höfling NJW 1983, 1582; von Olshausen NJW 1982, 2221; weniger scharf aber ebenso deutlich Hoerster JuS 1983, 93, 95 f.; Gusy DVBl 1982, 984 ff.; ablehnend auch Stober NJW 1984, 2499, 2500; aA Discher JuS 1991, 642, 647, der die „Peep-Show“-Entscheidung jedenfalls für „brauchbar“ hält.

301 Hufen JuS 2010, 1, 4; Bahr/Heinig/Eifert Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, S. 327 f.; Gusy DVBl 1982, 984, 986.

302 Vgl. BVerfGE 49, 268, 298; Fink AfP 2001, 189, 192; Bahr/Heinig/Eifert Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, S. 327 f.; Höfling Offene Grundrechtsinterpretation, S. 126; Geddert-Steinacher Menschenwürde als Verfassungsbegriff, S. 89 f.

303 Höfling NJW 1983, 1582, 1583 f.; Gusy DVBl 1982, 984, 986; ähnlich Podlech AöR 88 (1963) 185, 199 f.

scheidend sei allein, wie der einzelne Mensch seine eigene Würde definiere. Aufgrund der Prägung durch verschiedenste weltanschauliche oder philosophische Sichtweisen könne dies durchaus unterschiedlich sein, daher sei die eigene Würde allein vom Individuum selbst zu bestimmen.³⁰⁴ Das Grundgesetz kenne keine Menschenwürde, die sich gegen die freie Entscheidung des/der Einzelnen kehre³⁰⁵ und den Bürger_innen eine bestimmte Konzeption des richtigen Lebens vorschreibe. Vielmehr wolle es Freiräume gewährleisten; Grenzen ergeben sich allein aus Rechten Anderer sowie wichtigen Gemeinschaftsgütern, nicht aber aus einem allgemein verbindlichen „Menschenbild des Grundgesetzes“.³⁰⁶ Schon *Günter Dürig* betonte, es mache „nicht zuletzt die Menschenwürde aus, diese zu Gunsten ihrer anderen gleich zu achtenden Inhaber im Privatrechtsverkehr ‚unterschreiten‘ zu dürfen, ohne vom Staat durch die Anwendung absolut zwingenden Rechts gehindert zu werden.“³⁰⁷ Die „objektive“ Seite könne nicht zu einer völligen Verfügungssperre für die Grundrechtsträger_innen führen.³⁰⁸ Durch die Entscheidung des BVerwG würde – so einige Kritiker – aus Art. 1 Abs. 1 GG eine Ge- und Verbotsnorm; die eigentlich durch das Grundrecht Berechtigten würden zu Verpflichteten, der ursprünglich verpflichtete Staat hingegen zum Berechtigten.³⁰⁹ Die Festlegung eines bestimmten, für alle Menschen geltenden Menschenbildes sei daher „totalitaristisch“³¹⁰ und führe zu einer Entmündigung der Bürger_innen durch den Staat, wenn dieser ihnen seine „Würde“-Auffassung auch gegen ihren Willen aufzwingen könne.³¹¹ Würdeschutz gegen den Willen und die individuelle Freiheit der Betroffenen zu betreiben, sei daher „paternalistische ‚Tyrannei der Würde“³¹² und damit als „Akt staatlichen Paternalismus“ zu verurteilen.³¹³ Dem

304 *Köhne* ZRP 2001, 435; *Luhmann* Grundrechte als Institution, 4. Kap., insbes. S. 75.

305 *Huster* NJW 2000, 3477; *Gusy* DVBl 1982, 984, 986.

306 *Huster* NJW 2000, 3477.

307 *Dürig* AöR 81 (1956) 117, 124; vgl. auch *Stern* Staatsrecht Bd. III/2 § 86 III 3a (für eine Abwägung im Einzelfall).

308 *Schmitt Glaeser* ZRP 2000, 395, 400.

309 *Gusy* GewArch 1984, 151, 154; *Höfling* NJW 1983, 1582, 1584; *Gusy* DVBl 1982, 984, 985 f.; *Böckenförde* NJW 1974, 1529, 1535.

310 *Köhne* ZRP 2001, 435; ähnlich von *Olshausen* NJW 1982, 2221, 2224, der die „Peep-Show“-Entscheidung des BVerwG als Ausdruck eines „totalitären Werte-Absolutismus“ bezeichnet.

311 von *Olshausen* NJW 1982, 2221; AK GG/*Podlech* Art. 1 Abs. 1 Rn. 46.

312 *Huster* NJW 2000, 3477, 3479, mit Verweis auf *Neumann* ARSP 1998, 153.

313 *Huster* NJW 2000, 3477; so grds. auch *Hufen* JuS 2010, 1, 4.

Staat obliege lediglich eine Schutzpflicht für die Einzelnen und die Allgemeinheit, es sei nicht seine Aufgabe, seine Bürgerinnen und Bürger zu bessern.³¹⁴ Andernfalls würde eine – allgemein abgelehnte³¹⁵ – „Grundpflicht zur Inanspruchnahme von Grundrechten“ statuiert.³¹⁶ Wer in Kenntnis aller Umstände freiwillig handele, könne daher nicht in seiner Menschenwürde verletzt werden.³¹⁷

Zum Teil wird betont, dass hohe Anforderungen an die Freiwilligkeit des Grundrechtsverzichts zu stellen seien.³¹⁸ Andere führen dagegen jedoch an, dass es gerade nicht um einen Verzicht auf Menschenwürde ginge – was aufgrund der Unverzichtbarkeit der Menschenwürde unzweifelhaft nicht möglich sei³¹⁹ – sondern um den Gebrauch der Menschenwürde. Eine Herabwürdigung zum Objekt sei daher nur denkbar, wenn sie gegen oder ohne Einwilligung der betroffenen Person erfolge.³²⁰ Ein Eingreifen des Staates käme in allen anderen Fällen lediglich unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Rezipient_innen oder der Menschenwürde als objektivem Wert in Betracht.³²¹ Sollte das freiwillige Handeln von Personen mit dem Argument der Verletzung der Menschenwürde untersagt werden, ginge es tatsächlich nicht um die Würde der im konkreten Fall Beteiligten, sondern um die Menschenwürde als Element des sozialen Umgangs und der öffentlichen Kultur; diese Art der Menschenwürde aber sei kein individuelles Rechtsgut, sondern ein „öffentliches Gut“, welches der gesamten Gesellschaft zugutkomme und daher nicht sinnvoll auf konkrete Personen bezogen werden könne. Es ginge folglich gar nicht um den „Schutz des Menschen vor sich selbst“, also einen Fall des Paternalismus, sondern vielmehr um ein „Problem der Beeinträchtigung eines Gemeinschaftsgutes, der öffentlichen moralischen Kultur, durch intellektuelle und moralische Umweltverschmutzung.“³²² In den Medien dargestellte Menschen seien, so sie in Kenntnis aller Umstände frei-

314 *Bethge* NJW 1982, 2145, 2147 f.; *Gusy* DVBl 1982, 984, 986; mit Verweis auf BVerfGE 22, 180, 219 f.

315 Vgl. etwa *Bethge* NJW 1982, 2145, 2147 f.; *Gusy* DVBl 1982, 984, 986.

316 *Bethge* NJW 1982, 2145, 2147; *Gusy* DVBl 1982, 984, 986.

317 *Stober* NJW 1984, 2499, 2500; *von Olshausen* NJW 1982, 2221, 2222; *Gusy* DVBl 1982, 984, 986.

318 *Di Fabio* Schutz der Menschenwürde, S. 47 ff.; zur Überschaubarkeit der jeweiligen Situation als Voraussetzung der Freiheit BVerfGE 89, 214, 230 ff.; 65, 1, 42 f.

319 BVerfGE 45, 187, 227 ff.

320 *von Olshausen* NJW 1982, 2222.

321 *Dörr/Cole* K&R 2000, 369, 375.

322 *Huster* NJW 2000, 3477, 3478.

willing handeln, „weder Sünder noch schutzbedürftige Opfer, sondern lediglich Nutznießer der medialen Schlacht um Einschaltquoten und Publikums-gunst“.³²³ Das eigentliche Problem lasse sich daher zu der Frage zuspitzen, ob ein Gemeinwesen es aushalten und ertragen muss, dass es Darstellungen ausgesetzt wird, „die seine öffentliche Ordnung, die Grundregeln eines freien und gleichberechtigten Zusammenlebens, zu beschädigen drohen.“³²⁴

cc) Bewertung

Zutreffend ist, dass es zum Kern der Menschenwürde gehört, dass jeder Mensch für sich selbst die Reichweite der eigenen Würde bestimmt.³²⁵ Das Grundgesetz stellt die Würde der freien, sich selbst bestimmenden menschlichen Persönlichkeit auf die höchste Stufe der Wertordnung und erkennt damit den Eigenwert und insbesondere auch die Eigenständigkeit jedes Menschen an.³²⁶ Die Definitionsbefugnis über den konkreten Inhalt der eigenen Menschenwürde muss daher dem jeweiligen Menschen selbst zufallen.³²⁷ Es entspricht gerade der Menschenwürde, dass Menschen sich frei und selbstbestimmt verhalten können – auch wenn dieses Verhalten den Ansichten einzelner anderer Menschen oder auch der Gesellschaftsmehrheit entgegensteht. Könnte der Staat Menschen „würdegerechtes“ Verhalten vorschreiben und sie zu selbigem zwingen, dann nähme er ihnen gerade die im Rahmen der Menschenwürde essenzielle Selbstbestimmung, erlegte ihnen eine Pflicht zu würdigem Verhalten auf und machte sie damit letztlich zu einem Objekt.³²⁸ Nur wenn der einzelne Mensch seine Menschenwürde selbst bestimmt, bleibt gewährleistet, dass er nach seiner eigenen Ansicht über ein menschenwürdiges Leben, über sich und seine Art zu leben be-

323 Huster NJW 2000, 3477, 3479.

324 Ebenda.

325 Fink AfP 2001, 189, 192.

326 BVerfGE 45, 187, 227; Schmitt Glaeser ZRP 2000, 395, 400; allg. dazu Stern Staatsrecht Bd. III/2 § 86 II 5c; Dörr/Cole K&R 2000, 369, 375; Geddert-Steinacher Menschenwürde als Verfassungsbegriff, S. 86 f., 91 f.; Di Fabio Schutz der Menschenwürde, S. 91; Gersdorf Medienrechtliche Zulässigkeit des TV-Formats „Big Brother“, S. 18, 28; Hillgruber Der Schutz des Menschen vor sich selbst, S. 138; Klass Unterhaltung ohne Grenzen? S. 88.

327 Ebenso Fink AfP 2001, 189, 192; Klass Unterhaltung ohne Grenzen? S. 87.

328 So auch Klass Unterhaltung ohne Grenzen? S. 87 f.; ähnlich Schulz M&K 2000, 354, 365.

stimmt und nicht Dritte oder der Staat ihre Sichtweise – sei es auch in guter Absicht – durchsetzen.³²⁹

Voraussetzung dafür, dass die Bestimmung der eigenen Würde vollumfänglich akzeptiert und respektiert wird, ist jedoch, dass der betreffende Mensch freiwillig handelt. Diesen Gesichtspunkt erkennen Literatur und Rechtsprechung, jedoch hinterfragen sie selten die Entscheidungen der über die eigene Menschenwürde Verfügenden, sondern vermuten Selbstbestimmung und Freiwilligkeit, sofern ein Mensch die jeweilige Situation weitestgehend überblicken und einschätzen kann. Was nicht erfolgt, ist eine realistische Einordnung der Bedingungen dieser Freiheit.³³⁰ So ließe sich fragen, wie freiwillig sich Menschen bewegen, wenn sie etwa „ihre Rolle als Frau“ annehmen, weil sie diese für selbstverständlich halten, z.B. indem sie sich selbst als Sexobjekt darstellen bzw. darstellen lassen. Darüber hinaus sind insbesondere bei jungen Models Fälle denkbar, in denen sich diese in der Hoffnung auf eine aussichtsreiche Karriere oder aus Angst vor Repressalien gezwungen sehen, eigene Grenzen zu überwinden. Auch wenn in einigen dieser Fälle die Freiwilligkeit angezweifelt werden könnte, ist jedoch fraglich, woran sich konkret festmachen ließe, ob die Voraussetzungen für eine eigenverantwortliche, freie Entscheidung vorliegen. Das rigorose Abschreiben der Freiwilligkeit in bestimmten Konstellationen und Situationen mutet aber jedenfalls ebenso paternalistisch an wie die vom Willen der betroffenen Person losgelöste Definition der Menschenwürde. Letztlich ist auch bezüglich der Wirksamkeit der Einwilligung auf die Perspektive und Einschätzung der betroffenen Person abzustellen.

Eine Menschenwürdeverletzung der betroffenen Menschen kann nur vorliegen, wenn diese sich auch in ihrer Menschenwürde verletzt fühlen. Willigen die in den Medien dargestellten Personen also in die Darstellung ein, sind sie auch erkennbar zur Selbstbestimmung fähig (was in besonderen (Druck-) Situationen unter Umständen zu verneinen ist) und hatten sie Kenntnis aller Umstände des medialen Konzepts, so scheidet eine Verletzung der Menschenwürde dieser Menschen durch die mediale Darstellung aus.³³¹ Bei Testimonials in der Werbung wird dies – noch viel eher als bei Teilnehmer_innen fragwürdiger TV-Formate – in aller Regel der Fall sein.

329 Ebenso *Fink* AfP 2001, 189, 192; *Klass* Unterhaltung ohne Grenzen? S. 89; ähnlich *Schulz* M&K 2000, 354, 365.

330 *Baer* Würde oder Gleichheit? S. 213; *Schittek* NVwZ 1988, 804 ff.

331 Vgl. dazu auch *Di Fabio* Schutz der Menschenwürde, S. 35 ff., 91 f.

D. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Eine Verletzung der Menschenwürde der dargestellten Personen kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht, namentlich wenn es an einer Einwilligung fehlt oder eine solche nicht vollständig selbstbestimmt war.

c) Schutz der Rezipient_innen

Wenn die Dargestellten eines Angebots freiwillig handeln und eine Verletzung ihrer Menschenwürde daher ausscheidet, stellt sich die Frage, ob die Rezipient_innen eines Angebots in ihrer Menschenwürde verletzt werden können, wenn ein anderer Mensch nicht mehr als Person, sondern lediglich als Produktplattform und als benutzbares Objekt präsentiert wird und sie sich mit den so dargestellten Menschen identifizieren bzw. die Darstellung grundsätzlich ihrem eigenen Selbstverständnis vom Mensch-Sein widerspricht.

aa) Schutz von Einzelnen als Teil einer Gruppe

(1) Rechtsprechung

Zu der Frage, ob Einzelne als Teil einer Gruppe in ihrer Menschenwürde geschützt werden, hat die Rechtsprechung in mehreren Entscheidungen Stellung genommen.

(a) „Benetton“

In einer Ausgabe der Zeitschrift „Stern“ veröffentlichte das Textilien vertreibende Unternehmen Benetton ein doppelseitiges Farbfoto, das ein nacktes menschliches Gesäß mit dem Stempelaufdruck „H.I.V. POSITIVE“ zeigte. Am rechten unteren Bildrand fand sich auf grünem Feld der Hinweis „United Colors of Benetton“. Die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs (ZAW)³³² verklagte die Herausgeberin der Zeitschrift nach erfolgloser Mahnung darauf, die Veröffentlichung der Anzeige zu unterlassen. Die Verwendung der angegriffenen Fotografie zu Werbezwecken verstoße gegen die guten Sitten im Wettbewerb, weil sie in einer mit Sinn und

332 Selbstregulierung der Wirtschaft, vgl. ausführlich dazu Teil D.

Zweck des Leistungswettbewerbs nicht im Einklang stehenden Weise schwerstes menschliches Leid dazu benutze, den Warenabsatz der Firma Benetton zu steigern.

Der BGH entschied, die Werbung habe den Bereich bloß schlechten Geschmacks weit überschritten und verstoße in grober Weise gegen die Grundsätze der Wahrung der Menschenwürde.³³³ Die Werbung müsse zumindest von Personen, die selbst HIV-positiv seien, als grob anstößig und ihre Menschenwürde verletzend angesehen werden.³³⁴

Das daraufhin angerufene BVerfG erkannte an, dass Werbeanzeigen einzelne Personen oder Personengruppen in ihrer Menschenwürde verletzen können: „Werbeanzeigen, die einzelne Personen oder Personengruppen in einer die Menschenwürde verletzenden Weise ausgrenzen, verächtlich machen, verspotten oder sonst wie herabwürdigen, können [...] grundsätzlich auch dann wettbewerbsrechtlich untersagt werden, wenn sie den Schutz der Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 GG oder anderweitigen Grundrechtsschutz genießen.“³³⁵ Allerdings genüge das Urteil des BGH im vorliegenden Fall nicht den Anforderungen, die zum Schutz der Meinungsfreiheit an die Deutung von Meinungsäußerungen zu stellen sind. Der Anzeige hätte auch eine kritische, die Öffentlichkeit aufrüttelnde Absicht entnommen werden können; in einer solchen Deutung aber läge keine Verletzung der Menschenwürde von AIDS-Kranken.³³⁶

Der BGH besserte daraufhin bei der Deutung der Werbeaussage nach. Er argumentierte, die existenzielle Not HIV-positiver Menschen würde ebenso wie die quälende Angst Vieler vor Ansteckung nur als Mittel zum Erreichen des Werbeerfolgs benutzt. Die Betroffenen selbst würden so als Gruppe mit ihrem Schicksal zu einem Objekt, mit dem Wirtschaftswerbung zur Gewinnerzielung betrieben werden könne. Betroffene würden diese Werbeanzeige als zynisch empfinden und sich durch sie in ihrer Würde als Mensch gleichen Ranges und Wertes wie ein Gesunder herabgesetzt fühlen.³³⁷ Die angegriffene Anzeige verletze daher trotz ihres Charakters als Meinungsäußerung iSd Art. 5 Abs. 1 GG die Menschenwürde AIDS-Kranker.³³⁸ Der BGH betonte die Verbindung der Menschenwürde mit dem sozialen Wert-

333 BGH GRUR 1995, 600 Rn. 12 – H.I.V. POSITIVE.

334 BGH GRUR 1995, 600 Rn. 13 – H.I.V. POSITIVE.

335 BVerfGE 102, 347, 367 – Benetton-Werbung.

336 BVerfGE 102, 347, 368 – Benetton-Werbung.

337 BGHZ 149, 247, 256 – H.I.V. POSITIVE II.

338 BGHZ 149, 247, 262, 267 – H.I.V. POSITIVE II.

und Achtungsanspruch des Menschen, der es verbiete, den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen oder ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stelle. Geschützt sei nicht nur die individuelle Würde einzelner konkreter Personen, sondern die Würde des Menschen als Gattungswesen.³³⁹ Daher könne auch die Darstellung fiktiver Vorgänge das Gebot zur Achtung der Würde des Menschen verletzen.³⁴⁰ Auch Angriffen auf den Achtungsanspruch und die Menschenwürde einer Gruppe von Menschen müsse entgegengetreten werden.³⁴¹ Letztlich kommt der BGH zu dem Ergebnis, dass die Anzeige „H.I.V. POSITIVE“ die Menschenwürde AIDS-Krankter verletzt, und zwar nicht durch einen konkret fassbaren Aussagegehalt, sondern weil sie die Darstellung der Not von AIDS-kranken Menschen in einer Unternehmenswerbung als Reizobjekt missbrauche, um zu kommerziellen Zwecken die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit auf das werbende Unternehmen zu lenken.³⁴²

Das daraufhin erneut angerufene BVerfG zeigte sich von dieser Begründung nicht überzeugt: „Allein der Umstand, dass das werbende Unternehmen von der durch die Darstellung erregten öffentlichen Aufmerksamkeit auch selbst zu profitieren versucht, rechtfertigt den schweren Vorwurf einer Menschenwürdeverletzung nicht.“³⁴³ „Wollte man kommerziellen Werbeanzeigen wegen des mit ihnen stets verbundenen Eigennutzes die Thematisierung von Leid verbieten, hätte ein wesentlicher Teil der Realität in der allgegenwärtigen, Sichtweisen, Werte und Einstellungen der Menschen nicht unerheblich beeinflussenden Werbewelt von vornherein keinen Platz. Das kann angesichts der besonders schützenswerten Interessen an der Thematisierung gesellschaftlicher Probleme [...] kein mit der Meinungs- und der Pressefreiheit vereinbares Ergebnis sein.“³⁴⁴ Dabei stellte das Gericht jedoch ausschließlich auf die unterschiedliche Interpretationsmöglichkeit der Werbeanzeige ab. Die übrigen, zur Verletzung der Menschenwürde

339 BGHZ 149, 247, 263 – H.I.V. POSITIVE II, mit Verweis auf BVerfGE 87, 209, 228; BVerfG NJW 2001, 61, 63.

340 BVerfGE 87, 209, 228 f.

341 BVerfGE 90, 241, 252 f. (bejahend zum Zusammenhang zwischen der Leugnung der rassistisch motivierten Vernichtung der jüdischen Bevölkerung im nationalsozialistischen Deutschland und dem Angriff auf den Achtungsanspruch und die Menschenwürde der heute lebenden Menschen jüdischen Glaubens); BGHZ 149, 247, 263 – H.I.V. POSITIVE II.

342 BGHZ 149, 247, 266 – H.I.V. POSITIVE II.

343 BVerfGE 107, 275, 284 – Benetton-Werbung II.

344 BVerfGE 107, 275, 285 f. – Benetton-Werbung II.

durch werbliche Darstellungen getroffenen Ausführungen des BGH stelle es nicht in Frage.

Dem BGH und dem BVerfG zufolge ist es also möglich, dass Rezipient_innen als Teil einer bestimmten Personengruppe, hier die der HIV-positiven Menschen, durch Darstellungen in der Werbung in ihrer Menschenwürde verletzt werden.

(b) „Verfolgungsschicksal“

Dies hat der BGH auch für Menschen jüdischen Glaubens bzw. jüdischer Abstammung angenommen: „Es gehört zu ihrem personalen Selbstverständnis, als zugehörig zu einer durch das Schicksal herausgehobenen Personengruppe begriffen zu werden, der gegenüber eine besondere moralische Verantwortung besteht, und das Teil ihrer Würde ist“.³⁴⁵ Die in Deutschland lebenden Menschen jüdischen Glaubens seien daher eine beleidigungsfähige Gruppe und die Leugnung ihrer Verfolgung während des nationalsozialistischen Regimes in Deutschland eine dieser Gruppe zugefügte Beleidigung.³⁴⁶

(c) „Soldaten sind Mörder“

In der „Soldaten sind Mörder“-Entscheidung hat das BVerfG geprüft, ob die Aussage „Soldaten sind Mörder“ den dem Schutz der persönlichen Ehre aus Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG dienenden Straftatbestand der Beleidigung, § 185 StGB, erfüllt.³⁴⁷ Es bestätigte die Ausführungen des vorentscheidenden BGH, dass sich „herabsetzende Äußerungen über unüberschaubar große Gruppen (wie alle Katholiken oder Protestanten, alle Gewerkschaftsmitglieder, alle Frauen) nicht auf die persönliche Ehre jedes einzelnen Angehörigen der Gruppe durchschlagen.“³⁴⁸ Die persönliche Betroffenheit des einzelnen Mitglieds werde umso schwächer, je größer das Kollektiv sei, auf das sich die herabsetzende Äußerung beziehe. Es ginge dann weniger um das individuelle Fehlverhalten oder individuelle Merkmale der einzelnen

345 BGHZ 75, 160, 163; zustimmend BVerfGE 90, 241, 252 f. – Auschwitzlüge.

346 BGHZ 75, 160, 163; bestätigt von BVerfGE 90, 241, 251 f. – Auschwitzlüge.

347 BVerfGE 93, 266 – Soldaten sind Mörder.

348 BVerfGE 93, 266 Rn. 133 – Soldaten sind Mörder.

D. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Mitglieder, sondern um die Kritik an sozialen Einrichtungen oder Phänomenen, welche nicht mehr geeignet seien, auf die persönliche Ehre des Individuums durchzuschlagen.³⁴⁹ Mit dieser Begründung verneinte das Gericht die Erfüllung des Beleidigungstatbestandes durch die nach objektiver Auslegung auf alle Soldat_innen gerichtete Äußerung, deutete aber an, dass ein anderes Ergebnis möglich sei, wenn erkennbar nur die Soldat_innen der Bundeswehr gemeint wären.³⁵⁰

(d) Zusammenfassung

Im Vordergrund der meisten dieser Entscheidungen steht weniger der Schutz von Rezipient_innen. Vielmehr geht es um Betroffenenenschutz. Die Entscheidungen verdeutlichen jedoch Folgendes: BGH und BVerfG halten es für möglich, dass Menschen in ihren Rechten verletzt werden, wenn sie Teil einer Gruppe sind, welche sich Angriffen ausgesetzt sieht.

(2) Literatur

Auch nach der überwiegenden Meinung in der Literatur wird der Mensch nicht nur als Einzelner geschützt, sondern auch als Angehöriger einer Gruppe, wobei Grundrechtsträger_in aber immer der bzw. die Einzelne bleibe.³⁵¹ Dies komme auch in Straftatbeständen, wie § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB, zum Ausdruck: „Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, die Menschenwürde anderer dadurch angreift, dass er zum Hass gegen Teile der Bevölkerung aufstachelt [wird bestraft].“ Daher könnten auch Rezipient_innen medialer Darstellungen in ihrer Menschenwürde verletzt werden. Letztlich ginge es dabei um den Schutz der Allgemeinheit vor Missachtungen der verfassungsrechtlich vorgegebenen Grundwerte. Zwar sei diesbezüglich ein behutsames Vorgehen nötig, da dieser Weg die Gefahr des Rückfalls in paternalistische Staatsrollen beinhalte. Jedoch dürfe es dem Staat nicht gleichgültig sein, „wenn gesellschaftliche Kräfte die Würde des Menschen angreifen, indem sie alle Menschen oder besondere

349 BVerfGE 93, 266 Rn. 134 – Soldaten sind Mörder.

350 BVerfGE 93, 266 Rn. 136 – Soldaten sind Mörder.

351 Sachs/*Höfling* GG Art. 1 Rn. 64; von Münch/*Kunig* GG Art. 1 Rn. 17, Fn. 101; Fezer/*Scherer* § 4-2 Rn. 310.

Gruppen von Menschen in einer Rolle darstellen, die sie beispielsweise nicht als Verstandswesen, sondern als rein triebgesteuert erscheinen lassen.³⁵²

Anderer Ansicht nach kann, auch wenn eine Gruppe von Menschen in besonderer Weise verfolgt wird, lediglich der konkrete Mensch in der Menschenwürde verletzt werden. Obwohl die Menschenwürde Staatsgrundsatz sei, sei sie als Grundrecht ein klassisches Individualgrundrecht.³⁵³

(3) Bewertung

Die Ausführungen in den oben zitierten Gerichtsentscheidungen lassen vermuten, dass nicht entscheidend sein soll, ob sich einzelne Rezipient_innen in ihrer Menschenwürde verletzt fühlen. Vielmehr wird darauf abgestellt, dass sämtliche Mitglieder einer Gruppe durch menschenwürdeverletzende Darstellungen derselben individuell in ihrer Menschenwürde betroffen sind.³⁵⁴ Dem steht entgegen, dass Kern der Menschenwürde die individuelle Definition der eigenen Menschenwürde ist. Dies spricht gegen die Zulässigkeit der pauschalen Annahme, sämtliche Mitglieder einer Gruppe würden in ihrer Menschenwürde verletzt. Eine solche Annahme würde die Betroffenheit der einzelnen Gruppenmitglieder fingieren; einheitliche Bewertungen bezüglich einer Darstellung wird es – dies hat die Diskussion um die Benetton-Kampagnen gezeigt – auch auf „Betroffenenseite“ aber kaum einmal geben. Der BGH stellte in seinem zweiten „Benetton“-Urteil darauf ab, dass sich, „wer betroffen ist [...] durch sie [die Darstellung] in seiner Würde als Mensch gleichen Ranges und Wertes wie ein Gesunder herabgesetzt fühlen [wird].“³⁵⁵ Er nimmt also von sich aus an, wann sich die Mitglieder einer Gruppe in ihrer Menschenwürde verletzt sehen. Eine derartige Beur-

352 *Di Fabio* Schutz der Menschenwürde, S. 38 ff; zustimmend *Dörr* Big Brother und die Menschenwürde, S. 76; auch *Eifert* hält eine Verletzung der Menschenwürde individueller Rezipient_innen in Fällen überraschender Konfrontation mit bestimmten Medieninhalten für möglich: *Bahr/Heinig/Eifert* Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, S. 321, 329.

353 *Hufen* JuS 2010, 1, 5.

354 Vgl. etwa BGHZ 149, 247, 262 f., 265 – H.I.V. POSITIVE II; sowie die Formulierung des Sondervotums in BVerfGE 93, 266, Rn. 182 – Soldaten sind Mörder: „[sind] die Soldaten der Bundeswehr und damit jeder einzelne Angehörige der Streitkräfte Adressat der Äußerung“.

355 BGHZ 149, 247, 256 – H.I.V. POSITIVE II.

teilung führt letztlich zu dem oben abgelehnten Ergebnis, dass der Staat entscheidet, wann einzelne Menschen in ihrer Menschenwürde verletzt sind.

Eine ganze Gruppe von Menschen kann nicht in ihrer Menschenwürde verletzt werden, da diese jedem Menschen individuell zukommt und jeder Mensch grundsätzlich auch darüber verfügen kann. Denkbar ist jedoch, und möglicherweise wollten die Verfasser_innen der Gerichtsentscheidungen sich auch so verstanden wissen,³⁵⁶ dass einzelne Menschen einer bestimmten Gruppe aufgrund einer gruppenbezogenen Aussage in ihrer Menschenwürde verletzt werden. Möglich dabei ist, dass sich einzelne Angehörige einer Gruppe in ihrer Menschenwürde verletzt fühlen, andere Mitglieder derselben Gruppe jedoch nicht – entweder, weil sie sich weniger stark mit der Gruppe identifizieren oder weil das Gesehene oder Gehörte aus ihrer Sicht nicht geeignet ist, ihre Menschenwürde zu beeinträchtigen.

Für die Frage, ob geschlechtsdiskriminierende Darstellungen in der Werbung Rezipient_innen in ihrer Menschenwürde verletzen, ist also zunächst entscheidend, ob Geschlechtsgruppen überhaupt taugliche Identifikationsgruppen iSd Art. 1 Abs. 1 GG sind. Falls dies der Fall ist, bleibt zu untersuchen, ob durch die Rezeption geschlechtsdiskriminierender Darstellungen eine Verletzung der Menschenwürde begründet werden kann.

bb) „Geschlechtsgruppe“ als verletzungsfähige Gruppe iSd Art. 1 Abs. 1 GG

(1) Die Entscheidung „Frauen gegen den Stern“

Die Frage, ob Geschlechtsgruppen taugliche Identifikationsgruppen iSd Art. 1 Abs. 1 GG sind, lässt an eine Entscheidung des LG Hamburg aus dem Jahr 1978 denken, die sich mit der Betroffenheit der Bevölkerungsgruppe „Frauen“ durch die Darstellung einzelner Frauen in den Medien auseinandersetzte. Eine Gruppe von Frauen hatte darauf geklagt, dem Verlag und dem Chefredakteur des „Stern“ zu verbieten, sie dadurch zu beleidigen, dass auf den Titelseiten des Magazins Frauen als bloßes Sexualobjekt dargestellt würden und dadurch bei männlichen Betrachtern der Eindruck erweckt werde, der Mann könne über die Frau beliebig verfügen und sie beherrschen

356 Dagegen aber die Formulierung des Sondervotums in BVerfGE 93, 266, Rn. 182 – Soldaten sind Mörder: „[sind] die Soldaten der Bundeswehr und damit jeder einzelne Angehörige der Streitkräfte Adressat der Äußerung“.

(Hauptantrag), bzw. den Beklagten zumindest zu verbieten, auf Titelseiten Frauen als beliebig verfügbares und beherrschbares Objekt darzustellen (Hilfsantrag).³⁵⁷

Die Klägerinnen verfolgten das gemeinsame Anliegen, die von ihnen angenommene Diskriminierung von Frauen zu beseitigen, ihrer Erniedrigung Einhalt zu gebieten und den Anspruch auf Menschenwürde dadurch zu verwirklichen. Durch die Darstellung der Frau als bloßes Sexualobjekt werde diese entpersönlicht sowie reduziert auf geschlechtliche Benutzbarkeit und damit als Mensch erniedrigt. Gegenüber diesem Verhalten der Beklagten stehe ihnen ein Unterlassungsanspruch zu. Die Klägerinnen seien selbst aktivlegitimiert, da jede von ihnen durch die Titelbilder als Mitglied der Gruppe Frauen persönlich betroffen und in ihrer Ehre, in ihrer Persönlichkeit als Frau verletzt sei.³⁵⁸

Das LG Hamburg entschied, „die Frauen“ seien keine kollektiv beleidigungsfähige Personengruppe. Um die Frauen als Gesamtheit durch eine Darstellung derart kränken zu können, dass die Kränkung jede einzelne Frau unmittelbar trifft, müsse diese Personenmehrheit so aus der Allgemeinheit hervortreten, dass der Kreis der beteiligten Einzelpersonen deutlich umgrenzt ist.³⁵⁹ Außerdem würden in der demokratischen Gesellschaft die Interessen derart großer Bevölkerungsteile durch frei gewählte Parlamente gewahrt. Es bestehe daher zumindest zur Zeit der Entscheidung kein unabweisbares Bedürfnis nach einer Rechtsfortbildung durch Ausdehnung des Begriffs der kollektiv beleidigungsfähigen Personengruppe.³⁶⁰

(2) Bewertung

Menschen weiblichen Geschlechts werden, anders als Menschen, die jüdischen Glaubens sind³⁶¹ oder sich mit HIV infiziert haben³⁶², bisher nicht als

357 LG Hamburg NJW 1980, 56.

358 Ebenda.

359 LG Hamburg NJW 1980, 56, 1. Leitsatz.

360 LG Hamburg NJW 1980, 56, 2. Leitsatz.

361 BVerfGE 90, 241, 252 f.; BGH NJW 1980, 45 – Verfolgungsschicksal.

362 BVerfGE 107, 275, 285 – Benetton-Werbung II; 102, 347, 367 – Benetton-Werbung; BGHZ 149, 247, 262 – H.I.V. POSITIVE II; BGH GRUR 1995, 600 Rn. 13 – H.I.V. POSITIVE.

verletzungsfähige Personengruppe anerkannt.³⁶³ Dies korrespondiert zwar mit der obigen Darstellung von Geschlecht, wonach die Grenzen dieser Kategorie fließend sind. Allerdings fühlen sich die meisten Menschen eindeutig der einen oder der anderen Kategorie zugehörig. Ob die Größe der Personengruppe, so wie es das LG Hamburg darstellt, für das Anerkennen der Verletzungsfähigkeit einer Personengruppe entscheidend sein kann, ist aber zweifelhaft. Zwar mag eine größere Personengruppe tendenziell heterogener sein als eine kleinere. Zweifelsohne gehören aber auch Menschen jüdischen Glaubens und jene, die HIV-positiv sind, zu sehr heterogenen Gruppen. Zweifellos teilen die Angehörigen dieser Gruppen ein besonderes gemeinsames Schicksal. Auch innerhalb dieser Gruppen ist aber jeder einzelne Mensch unterschiedlich betroffen und mag sich auch unterschiedlich betroffen fühlen. Warum die über Jahrhunderte zurückreichende und noch immer nicht vollständig beseitigte strukturelle Benachteiligung von Frauen (von der sich die Einzelne ebenfalls unterschiedlich betroffen fühlt) kein solches Schicksal sein kann, erschließt sich nicht. Ob es eines solchen Schicksals überhaupt bedarf, ist aber schon zweifelhaft. Auch das BVerfG hat in der „Soldaten sind Mörder“-Entscheidung nicht darauf abgestellt, dass es eines besonderen gemeinsamen Schicksals bedürfe; anders als „Soldaten“ wären „Soldaten der Bundeswehr“ eine beleidigungsfähige Gruppe gewesen.³⁶⁴ Wenn das BVerfG annimmt, dass bei größeren Gruppen die Gesellschaftskritik im Vordergrund steht und die Betroffenheit einzelner Personen mangels Erkennbarkeit in den Hintergrund tritt,³⁶⁵ mag das häufig richtig sein, bedarf aber doch einer Einzelfallbetrachtung.

Letztlich kommt es bei sämtlichen genannten Beispielen auf die starke Identifikation mit der dargestellten Gruppe an. Eine solche wird bei größeren Gruppen grundsätzlich geringer sein als bei kleineren. Insbesondere das Geschlecht ist aber von Geburt an ein sehr starker Identifikationsfaktor. Woran eine Identifikation bei Darstellungen in den Medien scheitern soll, ist unklar. Immerhin arbeitet gerade auch die Werbung damit, dass die Rezipient_innen sich mit den von ihr präsentierten „Geschlechtsgenoss_innen“ identifizieren.

Da nach Ansicht des BVerfG und einiger Literaturstimmen auch Angriffen auf den Achtungsanspruch und die Menschenwürde einer Gruppe von

363 Anders wohl AG Düsseldorf in einer bisher nicht veröffentlichten Entscheidung von 2013.

364 BVerfGE 93, 266 Rn. 136 – Soldaten sind Mörder.

365 BVerfGE 93, 266 Rn. 134 – Soldaten sind Mörder.

Menschen entgegengetreten werden muss³⁶⁶ und Frauen und Männer gesellschaftlich derzeit jeweils eine Gruppe bilden, mit der sich die Mehrheit der Menschen stark identifiziert, müssten folglich auch Männer und Frauen durch Menschenwürde verletzende Darstellungen ihrer Geschlechtsgruppe in ihrer Menschenwürde verletzt werden können. Darauf, dass sich tatsächlich alle Menschen der jeweiligen Gruppe verletzt fühlen, kommt es – wie der Fall Benetton zeigt – gerade nicht an; vielmehr geht es um eine Verletzung der Würde des einzelnen Menschen aufgrund seiner Gruppenzugehörigkeit. Wenn eine Werbeanzeige sich nicht vordergründig auf eine Gesellschaftskritik beschränkt, sondern eine Aussage über jeden sich mit der Geschlechtsgruppe identifizierenden Menschen trifft, dann ist, sofern inhaltlich die Grenze zur Menschenwürdeverletzung überschritten ist, jeder Mensch, der sich mit der jeweiligen Geschlechtsgruppe identifiziert und sich in seiner Menschenwürde verletzt fühlt, auch in seiner Menschenwürde verletzt.

Etwas anderes könnte nur angenommen werden, wenn grundsätzlich nur der Menschenwürdeschutz von Angehörigen besonderer Gruppen bezweckt wird.³⁶⁷ Warum aber nur die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe die Verletzung der Menschenwürde konkreter Gruppenmitglieder möglich machen soll, ist schleierhaft. Insbesondere ist fraglich, wer darüber entscheiden sollte, bei welcher Gruppe eine Verletzung der Menschenwürde möglich ist und bei welcher nicht. Auch liefe eine solche Entscheidungsmöglichkeit darauf hinaus, dass die Abwertung von Mitgliedern bestimmter Gruppen schwerer wiegt als die Abwertung von Mitgliedern anderer Gruppen. Dies ist schon aus verfassungsrechtlichen Gründen zweifelhaft.

Folglich sind auch Geschlechtsgruppen grundsätzlich verletzungsfähige Gruppen iSd Art. 1 Abs. 1 GG.³⁶⁸ Die Frage, ob durch die Rezeption menschenwürdeverletzender Darstellungen auch die Menschenwürde der Mitglieder einer Geschlechtsgruppe verletzt wird, ist damit aber noch nicht beantwortet.

366 BVerfGE 90, 241, 252 f.

367 So von Münch/Kunig GG Art. 1 GG Rn. 17, der bezweifelt, dass „Schwarze“, „die Ausländer“ oder „Zigeuner“ schon wegen Art. 1 Abs. 1 GG als gesonderte Gruppe erfasst werden müssen.

368 Ebenso Baer/Slupik KJ 1988, 171, 175 (Verletzung der Menschenwürde aller Frauen durch bestimmte pornografische Inhalte).

cc) Menschenwürdeverletzung durch Rezeption
mensenwürdeverletzender Darstellungen

Abschließend ist somit zu untersuchen, ob und gegebenenfalls wann die Rezeption geschlechtsdiskriminierender Darstellungen dazu führt, dass Rezipient_innen als Teil einer Geschlechtsgruppe in ihrer Menschenwürde verletzt werden.

(1) Grundsatz und Bedeutung der Menschenwürde

Menschenwürde bedeutet das Wert-Sein jedes einzelnen Menschen für sich selbst und um seiner selbst willen. Sie bildet einen unverzichtbaren Bestandteil des menschlichen Wesens und steht unabhängig von Geschlecht, Alter, Hautfarbe, Nationalität und Religion jedem Menschen zu.³⁶⁹ Menschenwürde meint den sozialen Wert- und Achtungsanspruch des Menschen, der es verbietet, den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen oder ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt.³⁷⁰

Aufgrund der Schwierigkeiten bei der positiven Interpretation des Menschenwürdeprinzips³⁷¹ ist heute allgemein anerkannt, dass eine Konkretisierung des Gewährleistungsgehalts nur über eine Negativabgrenzung im konkreten Einzelfall vorgenommen werden kann und die Menschenwürde als absolute Tabugrenze anzusehen ist.³⁷² In diesem Sinne bildete sich in der Rechtsprechung des BVerfG³⁷³ und in der Literatur³⁷⁴ als „Auslegungsrich-

369 *Stern* Staatsrecht Bd. III/1 § 58 I 1.

370 BVerfGE 87, 208, 228.

371 BVerfG NJW 1993, 3315 Rn. 12; BVerfGE 30, 1, 25 f.; *Höfling* JuS 1995, 857, 859; *Sachs/Höfling* GG Art. 1 Rn. 8 ff., 14 f.; von Münch/*Kunig* GG Art. 1 Rn. 18 ff., 22; *Pieroth/Schlink* Staatsrecht II Rn. 368 ff.

372 Vgl. BVerfGE 30, 1, 25 f.; *Höfling* JuS 1995, 857, 859; *Sachs/Höfling* GG Art. 1 Rn. 17; von Münch/*Kunig* GG Art. 1 Rn. 23; sog. negative Interpretationsmethode, *Dürig* FG Maunz, S. 44 f.

373 BVerfGE 5, 85, 204; 7, 198, 205; bestätigt in BVerfGE 27, 1, 6; 45, 187, 228; 50, 166, 175.

374 Vgl. nur von Münch/*Kunig* GG Art. 1 Rn. 22; *Sachs/Höfling* GG Art. 1 Rn. 15; *Jarass/Pieroth* GG Art. 1 Rn. 6.

tung³⁷⁵ die sogenannte „Objektformel“ heraus, die auf *Immanuel Kants* Sittenlehre gründet, im Ansatz auf *Josef M. Wintrich* zurückgeht³⁷⁶ und letztlich von *Günter Dürig* geprägt und zum vorherrschenden Deutungsmuster gemacht wurde.³⁷⁷ Danach ist die Menschenwürde betroffen, „wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zu einer vertretbaren Größe herabgewürdigt wird“; die Subjektqualität eines Menschen dürfe nicht prinzipiell in Frage gestellt werden.³⁷⁸

Die Konkretisierung des Gewährleistungsgehalts der Menschenwürde wird in der Rechtsprechung anhand des einzelnen Sachverhalts vorgenommen, mit Blick auf den zur Regelung stehenden jeweiligen Lebensbereich und unter Herausbildung von Fallgruppen und Regelbeispielen, wobei der Begriff der Menschenwürde häufig vom Verletzungsvorgang her beschrieben wird.³⁷⁹ Die ersten Urteile bezogen sich in Anknüpfung an die Erfahrungen in der Zeit des Nationalsozialismus auf Erscheinungen wie Misshandlung, Verfolgung und Diskriminierung. Insbesondere erfasst war der Schutz vor „Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung, Ächtung usw.“, so das BVerfG in einer seiner ersten Entscheidungen.³⁸⁰ Im Laufe der Zeit wurde die Menschenwürdegarantie für neue Gefährdungen herangezogen: In den 1980er-Jahren etwa für den Missbrauch der Erhebung und Verwertung von Daten³⁸¹ und im Zusammenhang mit der Aufarbeitung des Unrechts in der DDR für die Beschaffung und Weitergabe von Informationen.³⁸² Gegenwärtig sind Themen der Auseinandersetzungen über den Men-

375 Vgl. BVerfGE 30, 1, 25: „Allgemeine Formeln wie die, der Mensch dürfe nicht zum bloßen Objekt der Staatsgewalt herabgewürdigt werden, können lediglich die Richtung andeuten, in der Fälle der Verletzung der Menschenwürde gefunden werden können.“

376 *Wintrich* FS Laforet, S. 227, 235 f.: „Da die Gemeinschaft sich aus freien eigenständigen Personen aufbaut, die durch ihr Zusammenwirken das Gemeinschaftsgut verwirklichen, muss aber der Mensch auch in der Gemeinschaft und ihrer Rechtsordnung immer „Zweck an sich selbst“ (*Kant*) bleiben, darf er nie zum bloßen Mittel eines Kollektivs, zum bloßen Werkzeug oder zum rechtlosen Objekt eines Verfahrens herabgewürdigt werden.“ *Ders.* BayVBl 1957, 137, 139.

377 *Dürig* AöR 81 (1956) 117, 127; *Maunz/Dürig/Herdegen* GG Art. 1 Abs. 1 Rn. 36.

378 BVerfGE 87, 209, 228 (relativierend: „oder“); 50, 166, 175 (relativierend: „oder“); 45, 187, 228; 30, 1, 26.

379 Vgl. BVerfGE 72, 105, 115 ff.; 30, 1, 25; 27, 1, 6; 1, 97, 104.

380 Vgl. BVerfGE 1, 97, 104.

381 Vgl. BVerfGE 65, 1.

382 Vgl. BVerfGE 93, 213, 243.

schonwürdegehalt unter anderem der pränatale Lebensschutz,³⁸³ die Einhaltung verfassungsrechtlicher Vorgaben im Straf- und Ermittlungsverfahren³⁸⁴ sowie die Verhinderung und Abwehr von (Terror-) Anschlägen und die Befreiung von Entführungsopfern.³⁸⁵

Durch die Kombination der strikten Unantastbarkeitsklausel mit der Generalklauselstruktur, durch die die Menschenwürdegarantie eine besondere normative Offenheit erhält,³⁸⁶ ergibt sich ein Konkretisierungsdilemma:³⁸⁷ Wird der Normtext ernst genommen, so bleibt er als absolut geltende Basis des demokratischen Verfassungsstaates schlechthin unüberwindbare Grenze für alle gesellschaftliche und staatliche Gewalt, wird jedoch praktisch nahezu irrelevant.³⁸⁸ Lässt man hingegen Art. 1 Abs. 1 GG für die alltägliche Rechtsarbeit zur „kleinen Münze schrumpfen“, besteht die Gefahr der Aufweichung und Relativierung des Normbefehls sowie der inflationären Berufung auf die Menschenwürde, wodurch dieselbe an Rang und normativer Wirkkraft verliert und es zu einer Entwertung kommt.³⁸⁹ Die Existenz dieser Gefahr sowie die Tatsache, dass es nahezu nichts gibt, was nicht zu einer Frage der Menschenwürde gemacht werden kann, illustrieren Beispiele aus der Rechtsprechung: So wurden unter Berufung auf eine Verletzung der Menschenwürde die Pflicht zum Beibringen von Spesenbelegen,³⁹⁰ das Verbot der Unfallflucht,³⁹¹ die Pflicht zum Tragen einer Amtstracht für Rechtsanwält_innen,³⁹² die Einführung neuer Richterbezeichnungen,³⁹³ die Pflicht zur Führung eines Fahrtenbuches³⁹⁴ sowie die Pflicht zur Verwendung der „oe“- statt „ö“-Schreibweise auf computergefertigten Telefonrechnun-

383 Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf GG Art. 1 Rn. 21; von Mangoldt/Klein/Starck GG Art. 1 Abs. 1 Rn. 94, 102 ff.

384 Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf GG Art. 1 Rn. 18, 20.

385 Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf GG Art. 1 Rn. 19.

386 Höfling JuS 1995, 857, 858, mwN.

387 Höfling JuS 1995, 857, 859.

388 Schulze-Fielitz JZ 2001, 302, 304; Höfling JuS 1995, 857, 859; Sachs/Höfling GG Art. 1 Rn. 10; Jarass/Pieroth GG Art. 1 Rn. 7.

389 Dreier GG Art. 1 I Rn. 49 f.; vor dieser Gefahr eindringlich warnend: Dürig FG Maunz, S. 41, 43, 51; Höfling JuS 1995, 857, 859.

390 BVerfGE 2, 292, 295.

391 BVerfGE 16, 191, 194.

392 BVerfGE 26, 14, 15.

393 BVerfGE 38, 1, 21.

394 BVerwG NJW 1981, 1852; BverwGE 18, 107, 109.

gen³⁹⁵ vor die Gerichte gebracht. Die Folge solch exzessiv ausdehnender Interpretationen des Art. 1 Abs. 1 GG ist jedoch eine Schwächung des allgemeinen Konsenses darüber, was unumstrittener verfassungsrechtlicher Kern der fundamentalen Grundlage der gesamten Rechtsordnung ist.³⁹⁶ Auch steht zu befürchten, dass eine allzu großzügige Ausweitung des Art. 1 Abs. 1 GG dazu führen könnte, dass der Menschenwürdeschutz durch Abwägung mit anderen Interessen relativierbar gemacht wird.³⁹⁷

Soll eine solche Trivialisierung verhindert und die Absolutheit des Anspruchs des Art. 1 Abs. 1 GG als absolut geltende Basis des demokratischen Verfassungsstaates gesichert sowie seine Unüberwindbarkeit und die mangelnde Abwägbarkeit gegenüber dem Gebrauch aller anderen Grundrechte beibehalten werden, sind strenge Maßstäbe an die Verletzung der Menschenwürde anzulegen.³⁹⁸ Die zentralen Problemdimensionen der Menschenwürde sind

- der Schutz der menschlichen Identität und des Eigenwerts jedes Menschen,
- der Schutz der körperlichen und seelischen Integrität,
- der Schutz der Intimität,
- der Schutz des Kernbereichs der menschlichen Selbstbestimmung,
- der Schutz der Sozialbezogenheit,
- der Schutz des Existenzminimums als materielle Basis des Menschseins³⁹⁹ und
- der Schutz der elementaren Rechtsgleichheit.⁴⁰⁰

Im Rahmen der Beantwortung der Frage, wann Rezipient_innen geschlechtsdiskriminierender Werbung in ihrer Menschenwürde verletzt werden, muss eine Orientierung an diesen zentralen Problemdimensionen der Menschenwürde erfolgen.

395 BVerwG NJW 1993, 547, 548; BVerwGE 31, 236, 237 f.; HessVGH DÖV 1968, 356; VG Frankfurt DVBl 1966, 383.

396 Hartwig WRP 2003, 582, 602; Schulze-Fielitz JZ 2001, 302 ff., 304; ähnlich Lange JZ 2003, 624, 625.

397 Schulze-Fielitz JZ 2001, 302, 304.

398 Höfling JuS 1995, 858, 860; Sachs/Höfling GG Art. 1 Rn. 17; ähnlich Schulze-Fielitz JZ 2001, 302, 304.

399 Hufen JuS 2010, 1, 2; ähnlich Höfling JuS 1995, 858, 861; AK GG/Podlech Art. 1 Abs. 1 Rn. 23 ff. (auf fünf Komponenten abstellend); ähnlich, aber auf sieben Komponenten abstellend Maunz/Dürig/Herdegen GG Art. 1 Abs. 1 Rn. 83 ff.; vgl. auch Tiedemann Menschenwürde als Rechtsbegriff, S. 313 ff.

400 Stiern Staatsrecht Bd. IV/1 § 97 II 4.

(2) Verletzung durch Rezeption

Einzelne Rezipient_innen werden in ihrer Menschenwürde verletzt, wenn sie durch geschlechtsdiskriminierende Darstellungen als „konkrete[r] Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zu einer vertretbaren Größe herabgewürdigt [werden]“.⁴⁰¹

Im Rahmen der körperlichen Integrität werden Folterungen, archaische Strafsanktionen und staatlicher Mord als Verstöße gegen die Menschenwürde gewertet.⁴⁰² Diskutiert werden überdies die biowissenschaftliche Entwicklung, insbesondere die Forschung an und mit humanen embryonalen Stammzellen.⁴⁰³ Im Rahmen des Integritätsschutzes geht es also um das Leben bzw. den Beginn des Lebens des konkreten Menschen. Durch mediale Darstellungen werden Rezipient_innen nicht in ihrer körperlichen Integrität bedroht. Diese Problemdimension spielt daher vorliegend ebenso wenig eine Rolle wie der Schutz der Sozialbezogenheit, der Schutz des Kernbereichs menschlicher Selbstbestimmung sowie der Schutz des Existenzminimums als materielle Basis des Mensch-Seins, welches gewährleisten soll, dass jedenfalls die materiellen Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Leben für jeden Menschen gesichert sind und nicht zur Disposition des Staates stehen.⁴⁰⁴

Auch der Intimitätsschutz ist vorliegend nicht betroffen, da dieser die Intimität eines konkreten Menschen erfasst, die Intimität der rezipierenden Person aber durch Werbung nicht gefährdet wird. Der Schutz der seelisch-psychischen Integrität besteht zwar in der Bewahrung vor systematischen Ehrverletzungen durch Demütigung und Erniedrigung.⁴⁰⁵ Geschützt wird aber auch hier eine konkrete Person, mit der in menschenwürdeverletzender Weise verfahren wird, etwa wenn eine Frau in Gegenwart männlicher Beamter körperlich untersucht wird.⁴⁰⁶ Werbebilder mögen im Hinblick auf die dargestellten Personen eine Gefährdung der körperlichen oder seelisch-psychischen Integrität implizieren. Davon betroffen sind aber nicht die Rezipient_innen.

401 Dürig AöR 81 (1956) 117, 127; Maunz/Dürig/Herdegen GG Art. 1 Abs. 1 Rn. 36.

402 Sachs/Höfling GG Art. 1 Rn. 20; AK GG/Podlech Art. 1 Abs. 1 Rn. 44 ff.; Pieroth/Schlink Staatsrecht II Rn. 382.

403 Sachs/Höfling GG Art. 1 Rn. 23 ff., mwN.

404 Sachs/Höfling GG Art. 1 Rn. 31 ff.

405 AK GG/Podlech Art. 1 Abs. 1 Rn. 46.

406 AK GG/Podlech Art. 1 Abs. 1 Rn. 46.

Im Rahmen des Schutzes der menschlichen Identität geht es um das Recht auf das je eigene Menschenbild und den Schutz vor identitätsbrechenden Übergriffen.⁴⁰⁷ Anwendungsfälle sind Strafvollzugs- und therapeutische Maßnahmen des Staates,⁴⁰⁸ aber auch der Schutz stigmatisierter Minderheiten⁴⁰⁹ und das Recht, „über sich selbst [zu] verfügen und sein Schicksal eigenverantwortlich [zu] gestalten“, so das BVerfG in seiner ersten Transsexuellen-Entscheidung.⁴¹⁰ Insbesondere im Rahmen dieser Problemdimension lassen sich Verbindungen zu geschlechtsdiskriminierenden Darstellungen ziehen. Allerdings schützt auch diese Fallgruppe stets den konkreten Menschen in seiner unmittelbaren Betroffenheit. Geschlechtsdiskriminierende Darstellungen betreffen jedoch nicht einen konkret erkennbaren Menschen. Vielmehr identifizieren sich Menschen außerhalb der Darstellung mit den Dargestellten.

Die geschilderten Problemdimensionen der Menschenwürde erfassen die unmittelbare Betroffenheit eines konkreten Menschen in seiner Möglichkeit, ein „menschenwürdiges“ Leben führen zu können, er selbst zu sein, nicht im Kern seiner Existenz bedroht zu werden. Die Menschenwürde ist erst verletzt, wenn der einzelne Mensch selbst verdinglicht wird und keine Handlungsmöglichkeiten gegen die Existenzbedrohung mehr hat. Rezipient_innen aber können sich der von ihnen als würdeverletzend empfundenen Situation – zumindest zu einem gewissen Grad – entziehen, indem sie wegschauen oder weghören.⁴¹¹ Sie können sich auch zu ihr verhalten, sie bekämpfen, überkleben, bemalen etc. Im Gegensatz zu den anderen Fallgruppen bleiben die Rezipient_innen handlungsfähige Subjekte, sie selbst werden nicht als Mensch zum Objekt gemacht. Die Rezeption der Darstellung anderer Menschen erschafft eine Distanz und lässt die Rezipient_innen selbstbestimmt, handlungsfähig und unverletzt zurück. Alle beschriebenen Problemdimensionen sind weder einschlägig noch ist es möglich, eine wei-

407 Sachs/Höfling GG Art. 1 Rn. 36 ff.

408 BVerfGE 45, 187, 228 f.; AK GG/Podlech Art. 1 Abs. 1 Rn. 36 f.

409 Badura JZ 1964, 337, 341; AK GG/Podlech Art. 1 Abs. 1 Rn. 38.

410 BVerfGE 49, 286, 298; siehe auch Blankennagel DÖV 1985, 953.

411 Ebenso Fink AfP 2001, 189, 192; Erdemir ZUM 2000, 699, 704; anders aber Schulz M&K 2000, 354, 366, der für eine unfreiwillige Rezeption die Schutzwürdigkeit der Rezipient_innen annehmen will.

tere Fallgruppe gleicher Schwere für eine Verletzung durch Rezeption menschenwürdeverletzender Darstellungen zu bilden.⁴¹²

Dass einzelne Rezipient_innen allein durch die Rezeption geschlechtsdiskriminierender Werbung in ihrer Menschenwürde verletzt werden, ist also nicht möglich.

d) Menschenwürdeschutz als Bestandteil der objektiven Wertordnung

aa) Einleitung

Durch mediale Darstellungen werden also weder die Dargestellten selbst (aufgrund ihrer Einwilligung) noch die Rezipient_innen in ihrer Menschenwürde verletzt. Daher stellt sich die Frage, ob die Gesellschaft es deshalb aushalten muss, dass ihre Mitglieder Darstellungen ausgesetzt sind, die ihren Vorstellungen von Menschenwürde zuwider laufen und „die öffentliche Ordnung, die Grundregeln eines freien und gleichberechtigten Zusammenlebens, zu beschädigen drohen“⁴¹³. Für einen derartigen Schutz der Gesellschaft wird die sogenannte objektive Menschenwürde in Anschlag gebracht.

Auch diejenigen, nach denen die Möglichkeit einer Verletzung der Menschenwürde von Gruppen bzw. von Rezipient_innen als Teil einer Gruppe durch mediale Darstellungen möglich ist, stellen stets einen Bezug zum grundgesetzlichen Menschenbild und zur allgemeinen Wertordnung her. Motiv für den Schutz der Rezipient_innen ist letztlich, dass durch Bilder, Aussagen, Darstellungen etc. Verhaltensweisen geprägt werden und damit durch bestimmte Darstellungen ein Menschenbild (insbesondere auch von Gruppen) vermittelt werden könnte, das Art. 1 Abs. 1 GG widerspricht. Gemeint ist also auch dort nicht der Schutz bestimmter Personen, sondern etwas anderes, nämlich der Schutz der allgemeinen Wertordnung „an sich“.⁴¹⁴ Einen solchen gibt es aber nur, wenn dem Menschenwürdeschutz auch eine objektiv-rechtliche Funktion zuerkannt wird.

412 Anders *Schulz* M&K 2000, 354, 366, diesbezüglich zweifelnd aber auf S. 368, und *Klass* Unterhaltung ohne Grenzen? S. 104, die eine Menschenwürdeverletzung annehmen wollen, wenn unfreiwillige Betrachtende in ihrer eigenen Selbstachtung verletzt werden.

413 *Huster* NJW 2000, 3477, 3479.

414 Vgl. *Di Fabio* Schutz der Menschenwürde, S. 38 ff.; *Dörr* Big Brother und die Menschenwürde, S. 75.

Zu prüfen ist, ob sich Art. 1 Abs. 1 GG ein solcher Menschenwürdebegriff entnehmen lässt und ob der objektiv-rechtliche Gehalt der Menschenwürde durch geschlechtsdiskriminierende Darstellungen verletzt werden kann.

bb) Würde der Menschheit oder strenge Individualwürde?

(1) Einordnung durch Rechtsprechung und Literatur

Nach Ansicht der Rechtsprechung schützt Art. 1 Abs. 1 GG nicht nur die individuelle Würde einzelner konkreter Personen, sondern auch die Würde des Menschen als „Gattungswesen“.⁴¹⁵ Daher könne auch die Darstellung fiktiver Vorgänge das Gebot zur Achtung der Würde des Menschen verletzen.⁴¹⁶ Das BVerfG spricht von einem sozialen Wert- und Achtungsanspruch⁴¹⁷ und betonte schon frühzeitig die kollektive Bindung des/der Einzelnen in der Gesellschaft: „Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum–Gesellschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsverbundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten.“⁴¹⁸ In seinem Urteil zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs von 1975 führte das BVerfG erstmals aus, dass die Grundrechte nicht nur Abwehrrechte des/der Einzelnen gegen den Staat normieren, sondern zugleich objektive Wertentscheidungen enthalten, „deren Verwirklichung durch aktives Handeln ständige Aufgabe der staatlichen Gewalt ist.“⁴¹⁹

Auch Teile der Literatur gehen davon aus, dass Art. 1 Abs. 1 GG ein eigenständiger objektiver Gehalt zukommt,⁴²⁰ der – auch in Verantwortung

415 BVerfG NJW 2001, 61, 63; BVerfGE 87, 209, 228; 7, 198, 205 – Lüth; BGHZ 149, 263 – H.I.V. POSITIVE II.

416 BVerfGE 87, 209, 228: „Menschenwürde [...] ist nicht nur die individuelle Würde der jeweiligen Person, sondern die Würde des Menschen als Gattungswesen“; dies verkennend *Dreier* GG Art. 1 I Rn. 116.

417 BVerfGE 28, 386, 391; 27, 1, 6; 5, 85, 204.

418 BVerfGE 4, 7, 15 f.; ähnlich BVerfGE 45, 187, 227 f.

419 BVerfG NJW 1975, 573, 582.

420 *Fink* AfP 2001, 189, 192; *Huster* NJW 2000, 3478; *Dörr/Cole* K&R 2000, 369, 377; *Dörr* Big Brother und die Menschenwürde, S. 80 ff.; *Di Fabio* Schutz der Menschenwürde, S. 41 ff.; *Klass* Unterhaltung ohne Grenzen? S. 99 ff.; aA *Dreier* GG Art. 1 I Rn. 116 ff.

gegenüber künftigen Generationen – die menschliche Gattung an sich schützen und ein bestimmtes Menschenbild bewahren soll.⁴²¹ Die Menschenwürde sei ein Element des sozialen Umgangs und der öffentlichen, moralischen Kultur, das allen zugutekomme und von dessen Ideal jegliches sozial relevante Leben bestimmt werden solle.⁴²² Die Vermittlung eines von diesem Ideal abweichenden Menschenbildes könne als Vorbild für das konkrete Handeln Dritter unmittelbare Auswirkungen auf die Gesellschaft insgesamt haben; damit könne die Akzeptanz der Menschenwürde in der Gesellschaft letztlich durch die Vermittlung anderer Werte untergraben werden.⁴²³ Zum Zwecke der Bewahrung des in Art. 1 Abs. 1 iVm Art. 79 Abs. 3 GG unverbrüchlich abgesicherten „Fundaments freiheitlicher Staatlichkeit“ könnten Veränderungen, welche die Menschenwürde als Kern des Menschenbildes betreffen und die geeignet sind, die allgemeine Vorstellung von der Würde des Menschen substanziell zu verändern, prinzipiell nicht geduldet werden.⁴²⁴ Daher dürfe der Staat einschreiten, wenn ein menschliches Verhalten die Grenze zur Sozialschädlichkeit überschreitet.⁴²⁵ Er müsse einschreiten, wenn der Kerngehalt des verfassungsrechtlichen „Menschenbildes“ bedroht werde.⁴²⁶

Die Gegenmeinung widerspricht dem: Träger_in der Menschenwürde könne immer nur der einzelne, konkrete Mensch sein, nicht hingegen ein begriffliches Abstraktum „Menschenwesen“ oder die „Menschheit“ insgesamt.⁴²⁷ Daher könne es auch keine abstrakte Verletzung der Menschenwürde geben, sondern stets nur die Verletzung des oder der einzelnen Menschen.⁴²⁸ Dies zeige schon der Wortlaut, der weder auf die „Würde der Menschheit“ noch die „menschliche Würde“, sondern eben auf die „Würde

421 Sachs/Höfling GG Art. 1 Rn. 50 (Formel vom „gattungsethischen Selbstverständnis“ unter Bezug auf *Habermas Zukunft der menschlichen Natur*, S. 123).

422 Fink AfP 2001, 189, 192 f.; Huster NJW 2000, 3478; Dörr Big Brother und die Menschenwürde, S. 80 ff.; Di Fabio Schutz der Menschenwürde, S. 41 ff.

423 Fink AfP 2001, 189, 192 f.; Dörr Big Brother und die Menschenwürde, S. 80 ff.; Di Fabio Schutz der Menschenwürde, S. 41 ff.

424 Schmitt Glaeser ZRP 2000, 395, 400; Klass Unterhaltung ohne Grenzen? S. 100; ähnlich Dörr/Cole K&R 2000, 369, 377; Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau GG Art. 1 Rn. 7.

425 von Olshausen NJW 1982, 2223.

426 Schmitt Glaeser ZRP 2000, 395, 400; Klass Unterhaltung ohne Grenzen? S. 100; Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau GG Art. 1 Rn. 7.

427 Classen DÖV 2009, 689, 693; Stern Staatsrecht Bd. III/1 § 58 I 3, mwN.

428 Köhne GewA 2004, 285; Dreier GG Art. 1 I Rn. 116.

des Menschen“ abstelle.⁴²⁹ Art. 1 Abs. 1 GG schreibe kein bestimmtes Menschenbild vor, nenne keine Verhaltensregeln zum „menschewürdigen“ Benehmen und enthalte auch keine Verpflichtung des „richtigen Menschseins“.⁴³⁰ Schon nach der Objektformel *Günter Dürigs* sei die Menschenwürde nur verletzt, wenn der konkrete Mensch wie ein Objekt behandelt werde.⁴³¹ Der objektiv-rechtlicher Gehalt laufe dort ins Leere, wo es ein konkretes Subjekt nicht gebe.⁴³² Ein abstraktes Prinzip entbehre verlässlicher Konkretisierungskriterien und drohe zur „Hülse für populär-pädagogische Verhaltenserwartungen mit stark subjektivem Einschlag zu werden.“⁴³³

(2) Bewertung

Schon die Bezeichnung der Menschenwürde als Konstitutionsprinzip und die Tatsache, dass die Menschenwürde als einziges Grundrecht nicht abwäungsfähig ist, deuten darauf hin, dass sie kein Grundrecht wie jedes andere ist.⁴³⁴ Allein als subjektives Recht einzelner Menschen könnte sie die ihr zugestandene, herausgehobene Position, auf die auch der objektiv-rechtlich gefasste Wortlaut hindeutet,⁴³⁵ kaum erfüllen.⁴³⁶ Zwar soll jeder Mensch die eigene Würde selbst bestimmen können. Die Menschenwürde allein in das Belieben und unter die Definition Einzelner zu stellen, brächte aber die Gefahr einer Unterschreitung und Untergrabung des Gehalts aus Art. 1 Abs. 1 GG mit sich.

Dies wird vor allem mit Blick auf die Medien deutlich: Wenn, wie hier, einerseits angenommen wird, dass über die eigene Würde jeder Mensch selbst bestimmen darf, und andererseits auch eine individuelle Betroffenheit von Rezipient_innen nicht möglich ist, hat dies zufolge, dass der Menschen-

429 Maunz/Dürig/Herdegen GG Art. 1 Abs. 1 Rn. 32; Dreier GG Art. 1 I Rn. 116.

430 *Würkner* NVwZ 1988, 600; *Höfling* NJW 1983, 1582 ff.; *von Olshausen* NJW 1982, 2221, 2222; *Gusy* DVBl 1982, 984, 985 f.; ebenso VG Berlin GewArch 2001, 128, 131.

431 *Dürig* AöR 81 (1956) 117, 127.

432 *Classen* DVBl 2002, 141, 143; *Geddert-Steinacher* Menschenwürde als Verfassungsbegriff, S. 71; *Enders* Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, S. 493 f.; *Dreier* GG Art. 1 I Rn. 116.

433 Maunz/Dürig/Herdegen GG Art. 1 Abs. 1 Rn. 32.

434 *Enders* Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, S. 127.

435 *Dolderer* Objektive Grundrechtsgehalte, S. 84.

436 *Enders* Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung, S. 127.

würdebegriff sehr eng und stark individualisiert ist. Die Menschenwürde allein individuell zu bestimmen ignoriert aber, dass menschenwürdeverletzende Aussagen in den Medien nicht nur die dort dargestellten Personen betreffen, sondern auch Einfluss auf die Gesellschaft als solche und insbesondere jene Menschen haben, die sich mit der Gruppe, zu der die dargestellte Person gehört, identifizieren. Der Schutz des objektiven Gehalts der Menschenwürde ist kein von Individuen völlig losgelöster Schutz, sondern vielmehr der Schutz aller Individuen der Gesellschaft, die durch Handlungen anderer Individuen in ihrer Identitätsfindung und Selbstbestimmung – die den Kerngehalt der Subjektsgarantie aus Art. 1 Abs. 1 GG ausmachen – beeinflusst und beeinträchtigt werden können.

Zwar gehören Beeinflussungen durch andere Individuen zur menschlichen Entwicklung. Bedenklich ist aber, wenn mittels medialer Darstellungen Bilder von Personengruppen vermittelt werden, die starre Kategorien oder Abwertungen sozialer Gruppen beinhalten. Während die Angehörigen jener Gruppen ein eingeschränktes Eigenschafts- und Handlungsspektrum erlernen, schwindet bei anderen Gruppen der Respekt diesen gegenüber, womit auch die Gefahr unterschiedlicher Behandlung sowie realer Übergriffe steigt. Da Menschenwürdeschutz nicht zuletzt auch eine Frage der geistigen Einstellung ist, sind Aufklärung und Information über ein grundgesetzadäquates Menschenbild bedeutende Voraussetzungen für die Erhaltung der Menschenwürde.⁴³⁷

Zwar hat das Achtungsgebot der Menschenwürde des einzelnen Menschen Vorrang vor der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG,⁴³⁸ sodass eine staatliche Schutzpflicht gegen den/die Würdeträger_in selbst in der Regel ausscheiden muss. In der Werbung ergibt sich aber eine besondere Situation: Auf Seiten der dargestellten Menschen stehen einzelne, fremdbestimmte, berufliche Handlungen in Rede, der Autonomieanspruch ist folglich relativ gering. Dem steht jedoch eine, je nach Auflage oder Sendort und -zeit, sehr starke Breitenwirkung und die damit einhergehende mediale Beeinflussung der jeweiligen Rezipient_innen⁴³⁹ gegenüber. Ziel ist nicht, die selbstbestimmte Definition der eigenen Menschenwürde der jeweils handelnden Person zu hinterfragen, sondern vielmehr der Schutz und

437 *Schmitt Glaeser* ZRP 2000, 395, 402; *Klass* Unterhaltung ohne Grenzen? S. 100; von Münch/Kunig GG Art. 1 Rn. 31.

438 *Schmitt Glaeser* ZRP 2000, 395, 400; *Hofmann* AöR 118 (1993) 353, 362; von Münch/Kunig GG Art. 1 Rn. 34, mwN.

439 Vgl. Medienwirkungsforschung, oben B. III. 3., S. 45 ff.

die Sicherung der Bedingungen, die eine freie Selbstbestimmung für alle Individuen der Gesellschaft garantieren.⁴⁴⁰ Es sollen weder Wertvorstellungen und -urteile über Menschen errichtet noch Verpflichtungen des „richtigen Menschseins“⁴⁴¹ ausgesprochen werden. Einzelne können und sollen agieren, wie sie wollen, wenn sie es freiwillig tun. Es ist aber Aufgabe des Staates, im Interesse des gesellschaftlichen Zusammenlebens aller Individuen dafür zu sorgen, dass Menschen in den Medien als Menschen und nicht als Objekte dargestellt und behandelt werden. Ziel ist der Schutz des Gemeinwesens vor medialen Darstellungen, „die seine öffentliche Ordnung, die Grundregeln eines freien und gleichberechtigten Zusammenlebens, zu beschädigen drohen.“⁴⁴² Der Schutz der Menschenwürde kann sich bei medialen Darstellungen daher auch allein aus dem objektiv-rechtlichen Gehalt von Art. 1 Abs. 1 GG ergeben.

cc) Verletzung der Menschenwürde durch geschlechtsdiskriminierende Darstellungen

Werbung zeigt weit überwiegend keine realen, sondern fiktionale Darstellungen. Eine Verletzung der Menschenwürde durch geschlechtsdiskriminierende Darstellungen in der Werbung ist daher nur dann möglich, wenn fiktionale mediale Darstellungen überhaupt geeignet sind, die Menschenwürde zu verletzen.

(1) Möglichkeit der Menschenwürdeverletzung durch fiktionale mediale Darstellungen

Die Möglichkeit einer (erneuten) Verletzung der Menschenwürde durch das Zeigen von Menschenwürdeverletzungen wird durch die Rechtsprechung grundsätzlich bejaht.⁴⁴³ Dies gelte grundsätzlich auch für fiktive Darstel-

440 Schulz M&K 2000, 354, 365.

441 *Wirkner* NVwZ 1988, 600; *Höfling* NJW 1983, 1582 ff.; *von Olshausen* NJW 1982, 2221, 2222; *Gusy* DVBl 1982, 984, 986; ebenso VG Berlin GewArch 2001, 128, 131.

442 *Huster* NJW 2000, 3479.

443 BGH GRUR 1995, 600, 601 – H.I.V. POSITIVE.

lungen.⁴⁴⁴ Dem folgt ein Teil der Literatur; allerdings seien besonders hohe Anforderungen an die Rechtfertigung von Eingriffen in die Kommunikationsfreiheiten der Sender, Veranstaltenden und Kandidat_innen zu stellen.⁴⁴⁵

Andere verneinen die Möglichkeit einer Verletzung der Menschenwürde durch rein fiktionale oder virtuelle Darstellungen.⁴⁴⁶ Die Sorge um die Wertordnung an sich unterschätze die Notwendigkeit einer freiheitlichen Gesellschaft, in der gerade die Kommunikationsordnung zum Zwecke experimenteller gesellschaftlicher Selbstreflexion offengehalten werden müsse.⁴⁴⁷ Dies unterstreiche auch die Rechtsordnung, die an vielen Stellen zwischen realem Geschehen und kommunikativer Ebene unterscheide. So existiere im Strafrecht das „unmittelbare Ansetzen“, welches gerade eine Zäsur im Rechtsgüterschutz bedeute und den Beginn realer Auswirkungen von zuvor lediglich bestehenden Handlungsintentionen markiere.⁴⁴⁸ Auch im öffentlichen Recht bestünde die Schranke der „öffentlichen Ordnung“ grundsätzlich nur bezüglich eines realen Geschehens und nicht hinsichtlich kommunikativer Inhalte.⁴⁴⁹ Im Gegensatz zur „realen Welt“ herrsche im Kommunikationsraum der Grundsatz der offenen Auseinandersetzung, der vor staatlicher Einflussnahme geschützt werden müsse und in dem sich Meinungen behaupten müssen oder korrigiert werden können.⁴⁵⁰ *Martin Eifert* zitiert das BVerfG mit den Worten „Verbote von Beiträgen zur geistigen Auseinandersetzung haben Meinungsfreiheit noch niemals sichern, geschweige denn fördern können“⁴⁵¹ und fasst zusammen, dass die Kommu-

444 BVerfGE 87, 209, 228; BVerwG NVwZ-RR 2003, 287, 288; BGH NSTZ 2000, 307 Rn. 10.

445 *Huster* NJW 2000, 3478.

446 *Bahr/Heinig/Eifert* Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, S. 321, 332, verweisend auf *Schulz M&K* 2000, 354, 366, der eine Menschenwürdeverletzung grundsätzlich jedoch für möglich hält, nämlich im Fall der nicht autonom-freiwilligen Rezeption von Darstellungen; *Spindler/Schuster/Erdemir* Recht der elektronischen Medien § 4 JMStV Rn. 17a.

447 *Bahr/Heinig/Eifert* Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, S. 321, 331.

448 Ebenda.

449 *Bahr/Heinig/Eifert* Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, S. 321, 332.

450 Ebenda.

451 BVerfGE 74, 297, 332.

nikation in einer säkularen Gesellschaft kein Tabu (mehr) kennen könne.⁴⁵² Auch eine Trennung von Inhalt und Darstellungsweise (Inszenierung, Intention) lehnt er ab, weil die Form gerade auch ein Stilmittel des Inhalts sei und bei einer Trennung die kommunikative Einheit verkannt würde.⁴⁵³ Rein fiktionale und virtuelle Darstellungen könnten daher nicht unter Berufung auf die Menschenwürde unterbunden werden.⁴⁵⁴

Die letzte Ansicht überzeugt nicht. Bereits der angeführte Vergleich mit dem Strafrecht hinkt: Zwar setzt dieses eine Zäsur zwischen einer Handlungsidee oder -absicht und einer tatsächlichen Handlung voraus. Tatsächliche Handlung iSd Strafrechts können aber auch kommunikative Ereignisse sein, vgl. §§ 130 f. StGB.⁴⁵⁵ Hinzu kommt, dass die Trennung von regulierter „realer“ Welt und freiem Kommunikationsraum, in dem sich alle Meinungen frei gegenüber stehen, das Ungleichgewicht von Darstellungsmöglichkeiten in den Medien und insbesondere auch die Meinungsmacht von Massenmedien ignoriert.⁴⁵⁶ Selbstverständlich muss die Kommunikationsordnung zum Zwecke experimenteller gesellschaftlicher Selbstreflexion offengehalten werden. Dies muss und darf jedoch keinesfalls schrankenlos geschehen: In Art. 5 Abs. 2 GG heißt es: „Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.“ In diesem Sinne kommunikationsfreiheitseinschränkend sind beispielsweise §§ 130 f. StGB, § 7 Abs. 1 Nr. 1 RStV und § 4 Nr. 3, 8 JMStV. Dass Verbote Kommunikation nicht fördern können, mag zwar stimmen. Die Kommunikationsfreiheit ist aber nicht das höchste Gut der deutschen Verfassung. Daher kann auch nicht gelten, dass es in der Kommunikation kein Tabu geben dürfe. Die Grundrechte Dritter sind verfassungsunmittelbare Schranken für die Ausübung jeden Freiheitsrechts.⁴⁵⁷ Auch die Meinungsfreiheit ist da

452 Bahr/Heinig/*Eifert* Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, S. 321, 332.

453 Ebenda.

454 Bahr/Heinig/*Eifert* Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, S. 321, 332; Spindler/Schuster/*Erdemir* Recht der elektronischen Medien § 4 JMStV Rn. 17a; anders die stRspr: BVerfGE 87, 209, 228; dem folgend VG Hannover ZUM-RD 1997, 308 – Goldenes Vlies; VG Hannover ZUM-RD 1997, 202; VG Hannover ZUM 1996, 610.

455 *Fischer* StGB § 130 Rn. 11 ff.

456 Wunden/*Karmasin* Freiheit und Medien, S. 79 ff.; *Kübler* Medien, Menschenrechte und Demokratie, S. 43 ff.

457 Vgl. *Stern* Staatsrecht Bd. III/2 § 82 I 1.

keine Ausnahme. Die Menschenwürde hingegen ist das höchste Gut der Verfassung und gemäß Art. 1 Abs. 1 GG unantastbar. Alle anderen Grundrechte müssen im Verhältnis dazu zurücktreten.⁴⁵⁸ Wenn die Verletzung des objektiven Gehalts der Menschenwürde grundsätzlich möglich ist, es also um das Menschenbild „an sich“, die „Gattung Mensch“ geht, dann darf es keine Rolle spielen, ob eine Darstellung real oder fiktional ist. Das Bedrohungspotenzial für die Veränderung des Blickes auf sich selbst als Mensch oder auf andere Menschen ist dasselbe. Die Fiktionalität geschlechtsdiskriminierender Darstellungen hindert also nicht die Möglichkeit einer Verletzung des Gebots der Menschenwürde.

(2) Bedeutung der Intention der Aussage

Entscheidend dafür, wann geschlechtsdiskriminierende Darstellungen in der Werbung geeignet sind, die Menschenwürde zu verletzen, ist die Aussage der Werbekampagne.⁴⁵⁹ Dem Benetton-Streit zwischen BGH und BVerfG lässt sich entnehmen, dass das bloße Zeigen von Menschenwürdeverletzungen nicht ausreicht, um eine (erneute) Verletzung der Menschenwürde durch eben jene mediale Darstellung anzunehmen. Eine Ausgrenzung und Abstempelung von Menschen könne zwar die Menschenwürde verletzen.⁴⁶⁰ Da auch Werbeaussagen grundsätzlich durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützt seien, komme es jedoch entscheidend auf die Deutung der jeweiligen Aussage an: Könne dieser eine kritische Absicht entnommen werden, so liege eine Verletzung der Menschenwürde nicht vor.⁴⁶¹ Werbekampagnen, die kritisch das Thema Geschlechtsdiskriminierung aufgreifen und sich dazu auch geschlechtsdiskriminierender Darstellungen bedienen, würden also keine Menschenwürdeverletzung begründen. Werbung versucht jedoch überwiegend, positive Bilder zu übermitteln. Dies geschieht auch mittels geschlechtsdiskriminierender Darstellungen. Eine Verwendung derartiger

458 BVerfGE 39, 1, 42 ff. (erstes Fristenlösungsurteil).

459 Vgl. BVerfGE 107, 275, 276 – Benetton-Werbung II; 102, 347, 358 ff. – Benetton-Werbung; BGHZ 130, 5, 8 – Busengrapscher; *Gaedertz/Steinbeck* WRP 1996, 978, 982.

460 BGH GRUR 1995, 600, 601 – H.I.V. POSITIVE.

461 BVerfGE 107, 275, 280 ff. – Benetton-Werbung II; 102, 347, 358 ff. – Benetton-Werbung (keine Verletzung der Menschenwürde, da sich die Benetton-Kampagne jedenfalls auch so auslegen ließ, dass die dargestellte Wirklichkeit schockieren und gesellschaftliche Kritik vermitteln sollte).

Aussagen erfolgt in der Regel nicht in Verbindung mit einer kritischen Einordnung, sondern um Aufmerksamkeit zu erregen.

Eine Menschenwürdeverletzung liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn eine Werbekampagne geschlechtsdiskriminierende Aussagen mit eindeutiger Kritik oder sonstiger Distanzierung verbindet.

(3) (Teil-) Konkretisierung des objektiv-rechtlichen Gehalts der Menschenwürde

Der Kern des objektiven Menschenwürdeschutzes besteht auch darin, die Bedingungen, die eine freie Selbstbestimmung für alle Individuen garantieren, zu schützen und zu sichern.⁴⁶² Dabei besteht das Ziel nicht darin, ein würdegerechtes Verhalten zu erzwingen. Vielmehr müssen mit Blick auf die Wirkungen der Massenmedien die Bedingungen aller gesichert werden, frei und gleich ihre eigene Würde zu bestimmen und auszuleben. Zum einen soll die eigene Identitätsfindung und damit einhergehend die Fähigkeit zur Selbstbestimmung gesichert werden. Zum anderen ist eine Minderung des Respekts vor der unverletzlichen Würde der Mitmenschen bei den Betrachtenden zu verhindern,⁴⁶³ um nicht die konkrete Gefahr der Bereitschaft zu wahl- und hemmungslosen Verletzungen dieses Rechtsgutes zu fördern oder zu intensivieren.⁴⁶⁴

(a) Geschlechtsrollenstereotypisierung

Rollenstereotypisierungen aufgrund des Geschlechts sind entindividualisierend. Sie zwingen in Geschlechtergruppen und hindern die freie Identitätsfindung und Selbstbestimmung. Aufgrund der besonderen Bedeutung der Menschenwürde ist eine Verletzung derselben nur in sehr engen Grenzen anzunehmen. Der Gesellschaft bestimmte Vorstellungen von Sitte und Anstand vorzuschreiben, liegt jedenfalls außerhalb dieser Grenzen. Die Bedeutung offener geistiger Auseinandersetzung innerhalb einer pluralistischen Gesellschaft ist von hohem Wert und darf nicht leichtfertig beschnitten

462 Schulz M&K 2000, 354, 365.

463 *Klass* Unterhaltung ohne Grenzen? S. 109; ebenso *Di Fabio* Schutz der Menschenwürde, S. 94.

464 BVerwG NVwZ-RR 2003, 287, 288; ähnlich BVerfGE 87, 209, 229 f.

werden. Art. 1 Abs. 1 GG erfasst nur den Schutz fundamentaler Werte und Schutzgüter.⁴⁶⁵ Dies kann für geschlechtsdiskriminierende Darstellungen erst angenommen werden, wenn sie die Aussage vermitteln, dass Menschen unterschiedlichen Geschlechts grundsätzlich ungleich und ungleichwertig sind und Menschen der fundamentale Wert- und Achtungsanspruch abgesprochen wird, indem sie als bloße Objekte dargestellt werden, mit denen nach Belieben verfahren werden kann.⁴⁶⁶ Dafür reicht nicht jede stereotype Zuschreibung von Eigenschaften oder Verhaltensweisen. Eine Verneinung der grundsätzlichen Gleichwertigkeit von Männern und Frauen lässt sich einer einzelnen, Geschlechtsrollenstereotype bedienenden Werbung in den meisten Fällen nicht entnehmen. Problematisch ist vielmehr die häufige Verwendung und Wiederholung derselben Geschlechtsrollenstereotype in der Werbung. Gerade durch den Gleichklang vieler Kampagnen wird ein relativ starres, dichotomes Bild von Frauen und Männern gezeichnet, das Folgen für die Selbstbestimmung und Identitätsfindung von Menschen hat.⁴⁶⁷ Dies wird vor allem deutlich bei Kindern, denen Werbekampagnen schon früh zwei verschiedene, nach Geschlecht getrennte und jeweils sehr einseitige Lebensbereiche aufzeigen. Die Gefährlichkeit derartiger Werbekampagnen ergibt sich insbesondere aus ihrer Gesamtheit. Was als einzelne Aussage in einer pluralen Medienlandschaft eine Ansicht neben vielen anderen wäre, wird im Gleichklang der Masse sich stets wiederholender Stereotype zu einer scheinbar unumstößlichen Tatsache, die nicht folgenlos für die Identitätsfindung und Selbstbestimmung bleibt.⁴⁶⁸ Selbst wenn aber viele Werbekampagnen zusammen ein grundsätzlich ungleiches und auch ungleichwertiges Bild von Männern und Frauen zeichnen, so kann diese, wenn auch im Ergebnis durchaus schwerwiegende Gesamtwirkung nicht den einzelnen Kampagnen angelastet werden, die jeweils für sich genommen jedenfalls noch nicht menschenwürdeverletzend sind.⁴⁶⁹ Die meisten Fälle geschlechtsdiskriminierender Werbung verletzen daher nicht Art. 1 Abs. 1 GG.

465 Bahr/Heinig/*Eifert* Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, S. 321, 330.

466 So auch BVerfGE 87, 209, 228.

467 Vgl. oben, B. IV. 2., S. 59 ff. die Studien zum Genderstereotype Threat.

468 Zur Menschenwürde als Prinzip der Wiedereinführung von Diversität und Varietät: *Ladeur/Augsberg* Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat, S. 92 ff., insbes. S. 102.

469 Zum kumulativen Bewirken einer Grundrechtsbeeinträchtigung durch staatliche Maßnahmen vgl. BVerfGE 82, 60; *Boysen* Gleichheit im Bundesstaat, S. 189.

(b) Sexualisierte Werbung

Diskutiert wird eine Verletzung der Menschenwürde vor allem für die Darstellung von Frauen als sexuelle Objekte.⁴⁷⁰ Tatsächlich sind sexualisierte Körper in der Werbung überwiegend weiblich.⁴⁷¹ Vor allem aber werden durch die Art der Darstellung von Nacktheit und Sexualität häufig Geschlechtsrollenstereotype unterstützt: Männer werden tendenziell begehrend, aktiv und muskulös gezeigt, Frauen hingegen als begehrenswert, abwartend, passiv, mit zarteren Körpern und sogenannten Unterlegenheitsgesten, wie erhobenen Armen oder geneigtem Kopf, dargestellt.⁴⁷² Die Verteilung dieser Rollen ist grundsätzlich nicht offen, sondern entlang der Geschlechtergrenzen festgelegt: der Mann als gebend, die Frau als nehmend/empfangend.

Als Problem von Sexualisierung in der Werbung wird häufig der sich scheinbar anbietende weibliche Körper erkannt. Die Diskussion darüber, ob derartige Darstellungen stets bereits die Menschenwürde verletzen, führt zurück zu der Diskussion um Freiwilligkeit und Paternalismus.⁴⁷³ Auch wenn die Darstellung von Nacktheit und sexueller Freizügigkeit das Bild der sexuell verfügbaren Frau zementiert: In jeder dieser Darstellungen eine Verletzung der Menschenwürde zu sehen, würde die Selbstbestimmung von Frauen über ihre Körper und ihre Sexualität beschränken. In Fällen von Sexualisierung grundsätzlich mit den Begriffen Objektifizierung und „Würde der Frau“ zu arbeiten, fällt daher schwer.⁴⁷⁴ Treffend drückt das *Susanne Baer* aus: „Unter dem Rubrum ‚Würde der Frau‘ lässt sich [...] Paternalismus ebenso verbergen wie Respekt, Entmündigung ebenso wie Emanzipation. Konzeptionen von Recht gegen Diskriminierung, die die Menschenwürde zentral werden lassen, können auf das Problem sexueller Diskriminierung also nicht angemessen reagieren.“⁴⁷⁵ Gerade auch die Sexualisierung stellt daher häufig eher ein Gleichheitsproblem dar, als ein solches der

470 BGHZ 130, 5, 8 – Busengrapscher; *Scherer* WRP 2007, 594, 600; *Fezer/Scherer* § 4-2 Rn. 325 ff.; *Götting/Nordemann* § 4 Nr. 1 Rn. 1.24, 1.28.

471 Siehe oben, B. II. 4., S. 40 f.

472 Honneth/*Achard* Pathologie des Sozialen, S. 290 f.; vgl. dazu oben, B. II., S. 36 ff.

473 Ebenso *Ladeur/Augsberg* Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat, S. 97; vgl. bereits oben D. I. 1. b) cc), S. 90 ff.

474 Ähnlich und daher kritisch gegenüber dem „Objekts“-Begriff *Fezer/Scherer* § 4-2 Rn. 325 ff.

475 *Baer* Würde oder Gleichheit? S. 220.

Menschenwürde.⁴⁷⁶ Auch bei Sexualisierungen ist die Menschenwürde also grundsätzlich nicht verletzt.

(c) Objektifizierung iSd Menschenwürde

Zu überlegen bleibt, ob es Fälle gibt, in denen die Darstellung eines Menschen (als sexuelles Objekt) eine Objektifizierung iSd Art. 1 Abs. 1 GG darstellt und damit die Menschenwürde verletzt. Im „Peep-Show“-Urteil des BGH heißt es: „Diese Umstände bewirken in ihrer Gesamtheit, dass die zur Schau gestellte Frau durch den Veranstalter wie eine [...] Sache [...] dargeboten und [...] als bloßes Anregungsobjekt zur Befriedigung sexueller Interessen angeboten wird. Dies rechtfertigt das Urteil, dass die zur Schau gestellte Frau durch die [...] Art und Weise der Darbietung erniedrigt und dadurch in ihrer Menschenwürde verletzt wird.“⁴⁷⁷ Auch in der Werbung werden menschliche Körper dargeboten und als Präsentationsfläche für Produkte und Slogans benutzt. Zwar sollen sie auch sexuelle Interessen und Reize ansprechen. Zweck ist jedoch letztlich die Absatzsteigerung. Damit ähnelt der Fall jenem aus der BGH-Entscheidung: Letztlich wird auch die im Rahmen einer Peep-Show tanzende Frau zu kommerziellen Zwecken dargeboten. Die Sexualität ist in Peep-Shop und Werbung nur Mittel zum Zweck. Hier wie dort sind Menschen „Sexobjekte“. Ob sie deshalb auch Objekte iSd Art. 1 Abs. 1 GG sind, ist fraglich. Der Begriff „Sexobjekt“ hilft für sich genommen noch nicht weiter, da dieser nicht notwendigerweise deckungsgleich ist mit dem Objektsbegriff iSd Menschenwürde.⁴⁷⁸

Zum Teil wird darauf abgestellt, dass die Betrachtung von Menschen als „Sexobjekte“ diesen nicht die Menschenwürde abspreche, ebenso wenig wie dies für einen Taxifahrer gelte, der nur als Mittel für eine Beförderung gesehen und allein für diesen Zweck „gebraucht“ werde. Menschen für Zwecke zu „benutzen“ und sich allein für ihren Körper, ihre Arbeitskraft oder ihr Fachwissen zu interessieren, führe nicht automatisch zu einer Verleugnung der Menschenwürde dieser Menschen.⁴⁷⁹ Allerdings ist der Taxifahrer im Rahmen einer Fahrt nicht persönlich Mittel zum Zweck, sondern vielmehr

476 Ausführlich zu sexualisierter Werbung Lembke/Völzmann Regulierungen des Intimen.

477 BVerwG NJW 1982, 664 f., 665.

478 So auch Scherer WRP 2007, 594, 600.

479 Hoerster JuS 1983, 93 f.; Honneth/Primoratz Pathologie des Sozialen, S. 260, 276 f.

seine Tätigkeit. Im Rahmen der Darstellung von (kommerzialisierter) Sexualität ist fraglich, ob sie impliziert, dass es um eine von dem jeweiligen Menschen ausgeführte sexuelle Tätigkeit geht oder darum, dass der menschliche Körper selbst zum Zwecke sexueller Befriedigung gebraucht werden kann. In letzterem Fall ist der jeweilige Mensch selbst Mittel zum Zweck und ein Objekt, mit dem nach Belieben verfahren werden kann.

Typischerweise wird das so verstandene Kriterium der Objektifizierung vorliegen, wenn es um die unkritische oder beschönigende Darstellung erzwungener sexueller Kontakte, insbesondere von Vergewaltigungen geht (ebenso wie auch die erzwungene Arbeit, Sklaverei, gegen die Menschenwürde verstieße). Ein Beispiel ist das Werbebild einer DOLCE & GABBANA-Kampagne, in der ein muskulöser Mann mit freiem Oberkörper eine Frau im kurzen Kleid zu Boden drückt. Um sie herum stehen drei weitere, teils spärlich bekleidete Männer, welche die Szene betrachten.⁴⁸⁰

Auch *Inge Scherer* will (allein) auf die Darstellung des Menschen als Opfer (sexueller Handlungen) abstellen und eine Verletzung der Menschenwürde in Fällen annehmen, in denen die Werbung keine erkennbar kritische Haltung zum Dargestellten einnimmt.⁴⁸¹ Alle anderen dargestellten sexuellen Verhaltensweisen will *Scherer* nicht von Art. 1 Abs. 1 GG erfasst sehen, da sie „nur die Vielzahl der in der Lebensrealität vorkommenden sexuellen Praktiken bzw. Verhaltensweisen abbilden.“⁴⁸² Das greift jedoch zu kurz. Übersehen wird, dass die Werbung zum Teil auch mit dem Bild der sexuell allzeit bereiten und verfügbaren Frau arbeitet, das wenig mit aktiver, selbstbestimmter Handlung zu tun hat, sondern vielmehr das Bild eines sexuell benutzbaren Objekts vermittelt, dem es an Entscheidungsfähig- und -möglichkeit fehlt und das allein der Befriedigung anderer Menschen dient. Ein solches Bild vermittelt längst nicht jede sexualisiert dargestellte Person. Es ergibt sich aus der jeweiligen Intention der Werbung und vor allem aus dem Wort-Bild-Zusammenhang. Beispiel für eine Objektifizierung ohne das Vorliegen einer Opferstellung ist die bereits eingangs beschriebene Hostel-

480 Siehe dazu die Abbildung unten, S. 207; hier eine Menschenwürdeverletzung behauptend auch *Fezer/Scherer* § 4-2 Rn. 325, 333.

481 *Fezer/Scherer* § 4-2 Rn. 325, 333.

482 *Fezer/Scherer* § 4-2 Rn. 326.

werbung: Das Werbeplakat zeigt den Unterleib einer mit einem Tanga bekleideten Frau. Auf dem Tanga findet sich die Aufschrift „24 h OPEN“.⁴⁸³



Hier wird kein selbstbestimmt handelnder Mensch dargestellt, sondern ein jederzeit für Penetrationen zugänglicher menschlicher Unterleib. Dies verletzt auch ohne erkennbare Opferstellung die Menschenwürde.

Eine Verletzung der Menschenwürde liegt bei geschlechtsdiskriminierenden Darstellungen also dann vor, wenn die grundsätzliche Gleichwertigkeit von Menschen negiert wird und Menschen als bloße Objekte dargestellt werden, mit denen nach Belieben verfahren werden kann. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der menschliche Körper als benutzbares Objekt dargestellt wird, dem es völlig an eigener Entscheidungsfähig- und -möglichkeit fehlt (was nicht dasselbe ist wie ein sexuell aufgeschlossener Mensch), oder in Darstellungen (sexuelle) Handlungen gegen den Willen eines Menschen vorgenommen werden, wobei er oder sie in unterlegener Position als Opfer dargestellt wird, welches sich der fremden Handlung an seinem/ihrem Körper nicht erwehren kann.⁴⁸⁴

483 Vgl. dazu auch unten, S. 174 ff. (Meinungswertigkeit geschlechtsdiskriminierender Wirtschaftswerbung) und S. 290 ff. (Hierarchische Darstellungen in Werbeanzeigen).

484 Im Ergebnis ähnlich *Dörr/Cole* K&R 2000, 369, 377, nach denen ein nachhaltig dem Art. 1 Abs. 1 GG widersprechendes Menschenbild z.B. das Bild der Frau als eines nicht selbstbestimmten und nur zum Dienen existierenden Objekts ist; *Fink* AfP 2001, 189, 193, nach dem die Menschenwürde verletzt ist, wenn Frauen zu reinen Objekten degradiert werden, die ohne Rücksicht auf ihren eigenen Willen der Befriedigung sexueller Bedürfnisse dienen; *Di Fabio* Schutz der Menschenwürde, S. 42 ff., 94 und *Klass* Unterhaltung ohne Grenzen? S. 109, die eine Verletzung der Menschenwürde annehmen, wenn der Frau systematisch, wiederholt und wirksam die Rolle einer dienenden, nicht selbstbestimmten, vom Mann abhängigen Person zugewiesen wird. *Klass* stellt (S. 109) zusätzlich darauf ab, dass durch die Darstellung „die Gräben zwischen den Geschlechtern vertieft und würdevollerende Stereotype verfestigt werden“, allerdings ohne zu erläutern, welche Stereotype dafür in Betracht kämen und worin in einem solchen Fall genau die Menschenwürdeverletzung läge.

e) Ergebnis

Im Rahmen geschlechtsdiskriminierender Darstellungen in der Werbung sind Verletzungen der Menschenwürde von dargestellten Personen und Rezipient_innen grundsätzlich ausgeschlossen. Möglich aber ist eine Verletzung des objektiven Gehalts der Menschenwürde, wenn mediale Darstellungen die den Kerngehalt der Subjektsgarantie aus Art. 1 Abs. 1 GG ausmachende Identitätsfindung und Selbstbestimmung der Individuen der Gesellschaft beeinträchtigen. Dabei spielt es aufgrund der Bedeutung der Menschenwürde keine Rolle, dass die Verletzung nicht durch den Staat selbst, sondern durch ein Tätigwerden anderer Privater erfolgt.⁴⁸⁵ Eine Verletzung liegt dann vor, wenn die grundsätzliche Gleichwertigkeit von Menschen negiert wird und Menschen als bloße Objekte dargestellt werden, mit denen nach Belieben verfahren werden kann. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der menschliche Körper als benutzbares Objekt dargestellt wird, das nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden eigenen Willen zu äußern oder überhaupt erst zu begründen, oder wenn in Darstellungen (sexuelle) Handlungen gegen den Willen eines Menschen vorgenommen werden, wobei er oder sie in unterlegener Position als Opfer dargestellt wird, welches sich der fremden Handlung an seinem/ihrer Körper nicht erwehren kann.⁴⁸⁶

2. Gleichberechtigungsgesetz, Art. 3 Abs. 2 S. 1, 2 GG

Gemäß Art. 3 Abs. 2 GG sind „Männer und Frauen [...] gleichberechtigt“ (S. 1) und „[d]er Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin“ (S. 2). Ob geschlechtsdiskriminierende Werbung die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung hindert und damit den staatlichen Auftrag aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG begründet, ist zu untersuchen.

485 Vgl. nur BVerwGE 64, 274 – Peep-Show.

486 Im Ergebnis ähnlich *Dörr/Cole* K&R 2000, 369, 377; *Fink* AfP 2001, 189, 193; *Di Fabio* Schutz der Menschenwürde, S. 42 ff., 94; *Klass* Unterhaltung ohne Grenzen? S. 109. Die Benetton-Werbung „HIV POSITIVE“ würde diese Kriterien jedenfalls nicht erfüllen.

D. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

a) Konkretisierung Gleichberechtigung

Dafür ist entscheidend, was Gleichberechtigung iSd Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG bedeutet. In Literatur und Rechtsprechung werden verschiedene Ansätze vertreten, die gleichstellungsrechtlich zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Diese Ansätze sollen hier kurz dargestellt und in ihrer Tauglichkeit bezüglich der Erfassung geschlechtsdiskriminierender Werbung analysiert werden, um dann herauszuarbeiten, wann geschlechtsdiskriminierende Werbung gegen das Gleichberechtigungsgebot verstößt.

aa) Chancengleichheit

Die Stimmen in der aktuellen Staatsrechtsliteratur verstehen Gleichberechtigung mit sehr unterschiedlichen Konsequenzen als rechtliche⁴⁸⁷, tatsächliche⁴⁸⁸ oder ergebnisorientierte⁴⁸⁹ Chancengleichheit, teilweise auch als Benachteiligungsverbot von Männern und Frauen.⁴⁹⁰ Das Prinzip der Chancengleichheit stellt dabei selbst auf die Geschlechtsgruppen Frauen und Männer ab und formuliert häufig die Forderung nach einer „Angleichung“ der benachteiligten Frauen an die Männer.⁴⁹¹ Die Geschlechtsgruppen selbst und ihre Rollen bleiben dabei unangetastet. Konstruiert wird eine keinem Änderungsbedarf unterliegende männliche Norm, an welche die bisher schlechter gestellte Gruppe der Frauen angeglichen werden soll. Indem die Gruppen an sich bestehen bleiben, erfolgt jedoch eine Perpetuierung und Reproduktion ihrer Ungleichheit und ihrer angenommenen unterschiedlichen Rollen innerhalb der Gesellschaft. Exemplarisch dafür steht *Christian*

487 von Mangoldt/Klein/Starck GG Art. 3 Abs. 2 Rn. 309 ff.; Maunz/Dürig/Scholz GG Art. 3 Abs. 2 Rn. 59 ff.

488 *Jarass/Pieroth* GG Art. 3 Rn. 90; *Sachs/Osterloh* GG Art. 3 Rn. 282; etwas weiter *AK GG/Eckertz-Höfer* Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 78, die Chancengleichheit als reale Möglichkeit zur Ergebnisgleichheit sieht und von Frauen als Gruppe spricht.

489 *Schweizer* Der Gleichberechtigungssatz, S. 141 ff.

490 *Jarass/Pieroth* GG Art. 3 Rn. 79.

491 von Mangoldt/Klein/Starck GG Art. 3 Abs. 2 Rn. 316; *Jarass/Pieroth* GG Art. 3 Rn. 90; jeweils mit Verweis auf BVerfGE 85, 191, 207 – Nachtarbeitsverbot; so auch schon *Dürig* FamRZ 54, 2, 3.

Starck, der die „biologisch-geschlechtliche Andersartigkeit“ der Frau betont⁴⁹² und ausführte: „[D]ie Ausgangslage der Frauen kann dadurch verbessert und kompensatorisch der Situation der Männer angeglichen werden, dass im öffentlichen Dienst z.B. Geburten und Erziehungsjahre angerechnet werden.“⁴⁹³ Dies bestätigt die Rolle der Frau als Mutter und ist eine Reproduktion der Rechtsprechung des BVerfG aus den 1960er Jahren, deren Leitmotiv sich als „Gleichwertigkeit bei Andersartigkeit“ beschreiben lässt, wobei sich die Andersartigkeit der Frau nicht zu ihrem Nachteil auswirken sollte,⁴⁹⁴ Gleichberechtigung also darin bestand, die Nachteile abzumildern, die sich aus der geschlechtsspezifischen Arbeitsteilung für Frauen ergaben.⁴⁹⁵ Diese Ansicht gab das BVerfG in den 1970er und frühen 1980er Jahren zugunsten des Verständnisses von Gleichberechtigung als formaler Gleichheit auf: Die Suche nach Gründen für Differenzierungen zwischen den Geschlechtern ging zurück und die Reichweite sogenannter biologischer und funktionaler Gründe wurde immer enger gefasst. Das Leitbild der Frau veränderte sich⁴⁹⁶ und die Rollenverteilung galt nicht länger als natürlich, sondern wurde als traditionell und überkommen anerkannt. Das BVerfG betonte stärker die Gleichheit der Geschlechter und wendete das Differenzierungsverbot strikter an.⁴⁹⁷

In der darauf folgenden dritten Phase der 1980er und 1990er Jahren entwickelte das BVerfG seine Rechtsprechung dahingehend weiter, dass es gesellschaftliche Unterschiede zwischen den Geschlechtern gäbe, die durch

492 von Mangoldt/Klein/*Starck* GG Art. 3 Abs. 2 Rn. 313, 322; vgl. dazu Joerden/*Becker* Diskriminierung – Antidiskriminierung, S. 1, 3: „Von der logischen Struktur her ist ein biologistisches Argumentieren für Frauenförderung um keinen Deut von einem biologistischen Argumentieren im Dienst eines Rassismus unterschieden.“

493 von Mangoldt/Klein/*Starck* GG Art. 3 Abs. 2 Rn. 316.

494 BVerfGE 6, 55 – Zusammenveranlagung von Ehegatten; 10, 59 – Stichentscheid; 15, 337 – Höfeordnung; 17, 1 – Waisenrente; 21, 329 – Witwergeld; 22, 93 – Unterhaltsverpflichtung; Auswahl aus Rudolf/*Sacksofsky* Geschlecht im Recht, S. 191, 193; *Sacksofsky* Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, S. 84.

495 *Sacksofsky* Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, S. 82.

496 BVerfGE 48, 327, 338 – Ehe name.

497 *Sacksofsky* Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, S. 90 mit Verweis auf BVerfGE 63, 181, 195; die zentralen Gleichberechtigungsentscheidungen dieser Phase betrafen vor allem bisherige „Privilegierungen“ von Frauen, also den Abbau von Benachteiligungen gegenüber Männern, vgl. BVerfGE 39, 169 – Witwenrente II; 52, 369 – Hausarbeitstag; 56, 363 – Sorgerecht fürs nichteheliche Kind; Auswahl aus Rudolf/*Sacksofsky* Geschlecht im Recht, S. 191, 193; *Sacksofsky* Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, S. 90 f.

bloße formale Gleichheit nicht zu überwinden seien; vielmehr müssten Nachteile gesellschaftlich ausgeglichen werden.⁴⁹⁸ Das Verfassungsgebot verlöre „seine Funktion, wenn es inhaltlich darauf reduziert würde, die vorgefundene gesellschaftliche Wirklichkeit [...] hinzunehmen.“⁴⁹⁹ Daher wandelte das BVerfG seine Interpretation des Art. 3 Abs. 2 GG von einem Differenzierungsverbot zu einem Diskriminierungsverbot⁵⁰⁰ und stellte darauf ab, dass es bevorzugt dem Abbau der Benachteiligungen von Frauen dienen solle.⁵⁰¹ Teil dieser neuen Lesart ist auch die Überlegung, „ob nicht dem Gleichberechtigungsgebot ebenso wie anderen Grundrechten neben dem Charakter als Abwehrrecht auch positive Verpflichtungen des Gesetzgebers zur Förderung und Unterstützung der Grundrechtsverwirklichung zu entnehmen sind.“⁵⁰²

In aktuellen Entscheidungen geht das BVerfG schließlich noch einen Schritt weiter und betont den Abbau bestehender Nachteile sowie die Überwindung überkommener Geschlechterrollen.⁵⁰³

Ob eine Interpretation von Gleichberechtigung als Chancengleichheit, wie Teile der Literatur sie verstanden wissen wollen,⁵⁰⁴ allen Entwicklungen der Rechtsprechung des BVerfG gerecht wird, ist zu bezweifeln. Der Chancengleichheitsansatz zielt auf tatsächliche Möglichkeiten konkreter Personen als Teile von Gruppen innerhalb der Gesellschaft. Zwar könnte bezüglich diskriminierender Werbung angeführt werden, dass die tatsächliche Chancengleichheit der Geschlechter gerade durch sich negativ auswirkende mediale Bilder, welche nicht nur Interessen, sondern auch die Fähigkeits-selbst- und -fremdeinschätzung beeinflussen, torpediert wird. Dafür müsste Chancengleichheit aber jedenfalls weiter gedacht werden als bloße Gleichheit im Recht. Selbst wenn sie weitergedacht wird, verfolgt dieser Ansatz aber in erster Linie das Ziel, Frauen Männern anzugleichen und ihnen in der

498 Erstmals in BVerfGE 57, 335 – Angestelltenversicherung.

499 BVerfGE 57, 335.

500 BVerfGE 74, 163, 179 – Altersruhegeld.

501 Ebenda.

502 Ebenda.

503 BVerfG NJW 2012, 216, 217; NJW 2012, 214, 216; BVerfGE 114, 357, 370 f.; 92, 91, 112 f.; 85, 191, 207.

504 von Mangoldt/Klein/Starck GG Art. 3 Abs. 2 Rn. 309 ff.; Maunz/Dürig/Scholz GG Art. 3 Abs. 2 Rn. 59 ff.; Jarass/Pieroth GG Art. 3 Rn. 90; Sachs/Osterloh GG Art. 3 Rn. 282; etwas weiter AK GG/Eckertz-Höfer Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 78, die Chancengleichheit als reale Möglichkeit zur Ergebnisgleichheit sieht und von Frauen als Gruppe spricht; Schweizer Der Gleichberechtigungssatz, S. 141 ff.

Gesellschaft dieselben Chancen zu ermöglichen. Gerade mit der Tendenz zur „Angleichung“ wird deutlich, dass „die Frau“ und „der Mann“ erhalten bleiben. „Die Frau“ und „der Mann“ werden gesellschaftlich jedoch schon mit bestimmten Eigenschaften und Fähigkeiten bedacht – an welche die Werbung anknüpft. Eigenschafts- und Fähigkeitszuschreibungen aufgrund des Geschlechts stünden unter der Prämisse der Chancengleichheit nur dann im Widerspruch zu Art. 3 Abs. 2 GG, wenn und soweit sich aus diesen Zuschreibungen unmittelbar schlechtere Chancen für Frauen ergäben. Dem ließe sich aber stets entgegenhalten, dass Frauen und Männer nur in ihrer Andersartigkeit dieselben Chancen haben sollten. Damit aber wird bereits von einer grundsätzlichen Unterschiedlichkeit ausgegangen und verkannt, dass schon die biologischen Merkmale zur Bestimmung des Geschlechts nicht immer eindeutig sind (Intersexualität), das biologische Geschlecht nicht immer auch dem empfundenen Geschlecht entspricht (Transsexualität) und Geschlecht im Übrigen zumindest auch sozial konstruiert wird.⁵⁰⁵ Die Suche nach Vergleichbarkeit⁵⁰⁶ und „zwingenden Gründen“, die unterschiedliche Behandlungen und Darstellungen rechtfertigen (oder sogar verlangen), läuft auf vorhersehbare Ergebnisse hinaus, wenn Geschlecht gesellschaftlich gerade durch die grundsätzliche Verschiedenheit definiert ist.⁵⁰⁷ Geschlechtsrollenstereotype Darstellungen in der Werbung lassen sich mit einer solchen Definition von Gleichberechtigung also kaum erfassen.⁵⁰⁸

bb) Dominierungsverbot, Äquivalenzmodell, Rollentauschmodell

Andere orientieren sich im Rahmen der Interpretation von Gleichberechtigung an den Geschlechterrollen. *Ute Sacksofsky* sieht in Art. 3 Abs. 2 GG ein Dominierungsverbot, das dem Schutz bestimmter Gruppen vor konkreten Problemlagen entspricht, wobei beide Merkmale asymmetrisch anzuwenden seien: alleiniger Schutz für Frauen (nicht für Männer), allein für die

505 Vgl. oben, B. III., S. 44 ff.

506 So in BVerfGE 49, 280, 284 f. zur Zeugenentschädigung für Hausfrauen.

507 *MacKinnon* *Toward a Feminist Theory of the State*, S. 216; ebenso *Baer* *Würde oder Gleichheit?* S. 236.

508 Vgl. dazu auch *MacKinnon* *Sexual Harassment*, S. 179.

Eröffnung anderer/neuer Möglichkeiten.⁵⁰⁹ Dem Staat sei es daher gleichheitsrechtlich untersagt, „Frauen auf eine traditionelle Rolle festzulegen bzw. die Wahrnehmung der traditionellen Rolle durch die Frau zu perpetuieren als auch an die Wahrnehmung der traditionellen Rolle ungerechtfertigte Nachteile zu knüpfen.“⁵¹⁰ Andere fokussieren auf Gleichwertigkeit,⁵¹¹ statt auf Angleichung benachteiligter Gruppen an dominante Strukturen zu setzen, oder sie interpretieren Gleichberechtigung als Möglichkeit des jederzeitigen potenziellen Rollentausches⁵¹² und entnehmen Art. 3 Abs. 2 GG zugleich ein kollektives Förderungsgebot zugunsten von Frauen.⁵¹³ Auch das BVerfG fokussiert in seiner aktuellen Rechtsprechung auf bestehende Nachteile und die Überwindung überkommener Geschlechterrollen.⁵¹⁴ Nach Art. 3 Abs. 3 GG diskriminierende Regelungen könnten durch das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG gerechtfertigt sein, da diese Norm auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinwirke und es daher erlaubt sei, bisher für Frauen noch bestehende Nachteile (z.B. in der beruflichen Entwicklung) durch Begünstigungen auszugleichen.⁵¹⁵ „Der Verfassungsauftrag will nicht nur Rechtsnormen beseitigen, die Vor- oder Nachteile an Geschlechtsmerkmale anknüpfen, sondern für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter in der Wirklichkeit durchsetzen [...]“⁵¹⁶ Dies verpflichte den Gesetzgeber auch dazu, einer Verfestigung überkommener Rollenverteilungen der Geschlechter zu begegnen und diese zu überwinden.⁵¹⁷

Die Fokussierung erfolgt also einerseits auf die Auflockerung, Überwindung oder zumindest Austauschbarkeit von Rollen⁵¹⁸ und andererseits, zumindest teilweise, auf die Förderung von Frauen. So schließt *Sacksofsky* den

509 *Sacksofsky* Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, S. 352; Umbach/Clemens/*Sacksofsky* GG Art. 3 II, III 1 Rn. 333.

510 *Sacksofsky* Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, S. 352 f.

511 Benhabib/Butler/*Cornell*/Fraser Der Streit um Differenz, S. 80, 82 ff.

512 *Slupik* Die Entscheidung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis, S. 85 f.

513 *Slupik* Die Entscheidung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis, S. 77 ff., insbes. S. 80; *dies.* JR 1990, 317, 318 ff.

514 BVerfG NJW 2012, 214, 216; NJW 2012, 216, 217.

515 BAG NZA 2008, 1417, 1420.

516 BVerfG NJW 2012, 214, 216, mit Verweis auf BVerfGE 92, 91, 112 f.; BVerfG NJW 2012, 216, 217, mit Verweis auf BVerfGE 114, 357, 370 f.; 85, 191, 207.

517 Ebenda.

518 Bei *Sacksofsky* als Anwendungsbeispiel für das von ihr entwickelte Dominierungsverbot.

Schutz von Männern über das Dominierungsverbot zwar nicht grundsätzlich aus. Allerdings bedürfe es dazu einer Änderung gesellschaftlicher Machtverhältnisse hin zu einer matriarchalischen Gesellschaftsordnung.⁵¹⁹ Ein Zustand, in dem beide Gruppen, also sowohl Männer als auch Frauen, gleichzeitig durch das Dominierungsverbot geschützt würden, könne niemals eintreten.⁵²⁰ Möglich und auch wahrscheinlicher sei jedoch der Fall, dass Frauen irgendwann keine benachteiligte Gruppe mehr seien und dann der Gleichberechtigungssatz seinen Schutzzweck erfüllt hätte und somit auch das Dominierungsverbot leer liefe.⁵²¹ Auch der ihr folgende *Werner Heun* stellt einzig auf das Dominierungsverbot in der Form des Verbotes von Benachteiligungen gegenüber Frauen ab.⁵²² Wenn es *Sacksofsky* auch nicht primär um Rollen, sondern vor allem um dominierende Strukturen geht⁵²³, so übersieht sie aber wie *Vera Slupik*⁵²⁴, dass auch Männer unter den gesellschaftlichen Normen leiden können, wenn sie nicht die typische „männliche“ Rolle einnehmen, etwa weil sie homosexuell sind, Kinder versorgen oder schlicht ein anderes Rollenverständnis von sich haben. Damit bleiben die durch die Rollen geprägten Geschlechter erhalten und zentraler Anknüpfungspunkt. Darauf muss schließlich auch die Kritik der rollenbezogenen Ansätze insgesamt zielen:

519 *Sacksofsky* Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, S. 360; ihr folgend *Dreier/Heun* GG Art. 3 Rn. 103: „systematisch einleuchtendste Konzeption“. *Heun* versteht Art. 3 Abs. 2 GG ebenfalls als individualrechtliches Dominierungsverbot, stellt bei (verbotenen) benachteiligenden und (erlaubten) begünstigenden Regelungen aber doch auf „die Frauen – auch als Gruppe“ ab. Auch sieht er den Vorteil nicht in erster Linie in der nicht erfolgenden Anknüpfung an verpönte Merkmale, sondern in der Möglichkeit, „unter Einbeziehung der gesellschaftlichen Wirklichkeit diskriminierende, benachteiligende Auswirkungen, die eine Regelung auf die besonders geschützte Gruppe hat, [zu] verhindern.“

520 *Sacksofsky* Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, S. 361.

521 Ebenda.

522 *Dreier/Heun* GG Art. 3 Rn. 103 sieht daher auch die Konzeption ergebnisorientierter Chancengleichheit als prinzipiell ähnlich und nur in Nuancen vom Dominierungsverbot zu unterscheiden an.

523 *Sacksofsky* bezog sich als eine der ersten deutschen Rechtswissenschaftler_innen auf *Catharine MacKinnon*, dazu sogleich. Dass die Rollenfixierung bei ihr nur einen exemplarischen Charakter hat, im Mittelpunkt jedoch dominierende Strukturen stehen, wird vor allem in späteren Veröffentlichungen deutlich, vgl. etwa *Sacksofsky* KJ 2009, 147, 152 f.; Bußmann/Hof/*Sacksofsky* Genus, S. 402, 422 f.; Opfermann/*Sacksofsky* Unrechtserfahrungen, S. 31, 36 ff.

524 *Slupik* Die Entscheidung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis, S. 77 ff.

Werbung, die das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG verletzt, könnte nach den hier vorgestellten Modellen insbesondere solche sein, die an überkommene Rollenverteilungen anknüpft und damit die Angleichung der Lebensverhältnisse verhindert. Da die Geschlechter bestehen bleiben, verlagert sich die Frage des Verstoßes auf die Entscheidung, was „überkommene Rollenverteilungen“ sind. „Überkommen“ könnten nur bestimmte oder auch sämtliche Geschlechtsrollen sein. Daran schließt sich die Frage an, ob Geschlecht, so wie es allgemein verstanden wird, überhaupt ohne die Geschlechtsrollen denkbar ist oder ob Geschlechter nicht gerade auch durch die Rollen konstituiert werden. Geschlecht und Geschlechtsrollen sind kaum zu trennen: Die Rollen, die in unserer Gesellschaft existieren, sind historisch und kulturell fest an bestimmte Geschlechter geknüpft. Was überkommene Rollenverteilungen sind, lässt sich – das zeigt die Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG deutlich – nicht ohne das gesellschaftliche Verständnis von „Männlichkeit“ und „Weiblichkeit“ denken. Diese Auslegung von Gleichberechtigung unterliegt folglich stets der Gefahr der Argumentation, dass „Frauen eben so sind“ bzw. „ein Mann so ist.“ Daher unterliegt auch dieser Ansatz der Gefahr, in der Gesellschaft vorherrschende geschlechtsdiskriminierende Einstellungen zu übernehmen und für geschlechtsdiskriminierende Werbung blind zu sein.

cc) Hierarchisierungsverbot

Das von *Catharine MacKinnon* entwickelte und von *Susanne Baer* ins deutsche Recht übertragene Hierarchisierungsverbot verzichtet auf die eben kritisierte Anknüpfung an „das Geschlecht“.⁵²⁵ *MacKinnon* zufolge hat Geschlecht drei Dimensionen, die weder voneinander abhängen noch aufeinander aufbauen: physische Charakteristika, Geschlechtsrollenidentifikation und rollenspezifisches Verhalten.⁵²⁶ Sie verweist darauf, dass schon die Existenz von Trans- und Intersexualität zeigten, dass eine Rollentheorie das Problem nicht ausreichend erfassen könne.⁵²⁷ Daher bedeute Gleichheit

525 Erstmals *MacKinnon* Sexual Harassment of Working Women, insbes. S. 101 ff.; ausführlich begründet und differenziert in *MacKinnon* Toward a Feminist Theory of the State.

526 *MacKinnon* Toward a Feminist Theory of the State, S. 106 ff.

527 *MacKinnon* Sexual Harassment of Working Women, S. 154.

zwangsläufig, von den Rollen selbst Abschied zu nehmen.⁵²⁸ Die Geschlechter seien in gleicher Weise unterschiedlich, aber nicht in gleicher Weise mächtig.⁵²⁹ Wenn Gleichheit verfassungsrechtlich als Differenzierungsverbot konzipiert werde, stünden Vergleichbarkeit und Differenz im Mittelpunkt der Prüfung. Dann aber werde das Recht auf Gleichheit zu einer Angelegenheit „des Gleiches gleich und Ungleiches ungleich Behandeln, während die Geschlechter gesellschaftlich durch ihre gegenseitige Ungleichheit definiert sind.“⁵³⁰ Biologisch bedingt wirkende Unterschiede, die regelmäßig ebenfalls sozial geformt seien, gerieten so aus dem Blick (der Rechtsprechung) und würden hierarchisch gefestigt. Da sich aber aus eben diesen Hierarchien meist gravierende und weitreichende soziale Nachteile ergeben, sei es Aufgabe des Gleichheitsrechts, gegen eben diese zu wirken.⁵³¹ Geschlechtsdiskriminierung besteht *MacKinnon* zufolge demnach aus „Praktiken, die die soziale Ungleichheit von Frauen gegenüber Männern zum Ausdruck bringen oder verstärken.“⁵³² Die juristische Konsequenz, die sie daraus zieht, ist die Beschreibung des Gleichheitsrechts als Hierarchisierungsverbot.⁵³³

Baer folgt in ihrem Ansatz *MacKinnon*. Ihr zufolge hängt vom Verständnis dessen, was „Frau“ und „Mann“, „männlich“ und „weiblich“ und was „Geschlecht“ und „Sexualität“ ist, ab, was Gleichheit auch im Recht bedeutet.⁵³⁴ *Baer* kritisiert die rollenorientierte Gleichheitskonzeption bei *Sacksosky* und *Slupik*.⁵³⁵ Geschlechterrollen seien nicht konsequent vom Geschlecht trennbar, weil auch die Rollen zur Konstruktion des Geschlechts gehörten. Außerdem würde eine grundsätzliche Tauschmöglichkeit nicht dazu führen, dass auch alle Rollen begehrt wären. Die weibliche Rolle würde gerade niemand frei wählen, weil sie mit Sexualisierung und der Zuweisung schlecht bezahlter, weitgehend fremdbestimmter und unangenehmer Arbei-

528 *MacKinnon* Sexual Harassment of Working Women, S. 155.

529 *MacKinnon* Toward a Feminist Theory of the State, S. 232, 114.

530 Zitat im Original von *MacKinnon* Toward a Feminist Theory of the State, S. 216; ebenso *Baer* Würde oder Gleichheit? S. 236.

531 Ausführlich dazu *MacKinnon* Toward a Feminist Theory of the State, S. 216 ff.; ebenso *Baer* Würde oder Gleichheit? S. 236.

532 *MacKinnon* Sexual Harassment of Working Women, S. 174.

533 Erstmals *MacKinnon* Sexual Harassment of Working Women, insbes. S. 101 ff.; ausführlich begründet und differenziert in *MacKinnon* Toward a Feminist Theory of the State.

534 *Baer* Würde oder Gleichheit? S. 224.

535 *Baer* Würde oder Gleichheit? S. 227 f.

ten aufs engste verknüpft sei. *Baer* lehnt daher ein allein und von vornherein auf Rollen angelegtes Modell ab,⁵³⁶ weil damit der komplexe Zusammenhang zwischen Geschlecht, Sexualität, sozialem und rechtlichem Diskurs verkannt werde.⁵³⁷ Sie fordert mehr als nur ein staatliches Verbot, nachteilige Rollenverteilungen zu verfestigen, das aber die Rollen selbst unangestastet lässt. Geschlechtsdiskriminierung stünde in untrennbarem Zusammenhang mit der sexualisierten Konstruktion von „Frauen“ und „Männern“. Die Rolle „Frau“ sei konstitutiv mit ihrer Benachteiligung verbunden und ohne eine solche gar nicht zu retten.⁵³⁸ Daher zieht *Baer* dieselben Schlüsse wie *MacKinnon*: Erst eine Umwertung der Geschlechtsrollen ziele auf das Ende der bestehenden Machtverhältnisse, daher bedeute Gleichheit zwangsläufig, von den Rollen selbst Abschied zu nehmen.⁵³⁹ Nötig sei nicht eine rollenorientierte Theorie, sondern ein Verständnis von Diskriminierung als gruppenbezogener Benachteiligung.⁵⁴⁰ Auch damit greift sie zurück auf *MacKinnon*, deren Konzept sich letztlich in der Auslegung des U.S.-amerikanischen arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbots durchgesetzt hat.⁵⁴¹ Nach *Baer* bedarf es also einer Konzentration auf Benachteiligung, nicht aber auf Feststellung einer Ungleichheit im Vergleich, da im letzteren Fall das Recht Gefahr laufe, einem männlichen Maßstab zu folgen und Frauen als „die Anderen“ wahrzunehmen. Männer würden beispielsweise nicht „als Männer“ belästigt. Wenn sie etwa als schwul erkannt und aufgrund dessen belästigt werden, würden sie gerade nicht als „richtige Männer“ wahrgenommen, vielmehr liege darin sogar der Grund der Belästigung.⁵⁴²

MacKinnon und *Baer* gelingt es, mit Hilfe des Hierarchisierungsverbots auf Hierarchien zwischen den beiden gesellschaftlichen Gruppen „Frauen“ und „Männer“ zurückzugreifen, ohne bestimmte Geschlechter vorauszusetzen. Vielmehr nehmen sie die gesellschaftliche Existenz und Konstruktion zur Kenntnis, fokussieren auf gesellschaftliche Wertungen und Möglichkeiten der Gruppen und machen diese zum Angriffspunkt ihres Hierarchisierungsverbots. Dass auch dieses Modell nicht ohne eigene Wertungen

536 *Baer* Würde oder Gleichheit? S. 228.

537 *Baer* Würde oder Gleichheit? S. 231.

538 *Baer* Würde oder Gleichheit? S. 224 ff.

539 *MacKinnon* Sexual Harassment of Working Women, S. 118 ff.; *Baer* Würde oder Gleichheit? S. 234.

540 *Baer* Würde oder Gleichheit? S. 231.

541 *Baer* Würde oder Gleichheit? S. 231, mwN.

542 *Baer* Würde oder Gleichheit? S. 235.

auskommt, zeigt jedoch die Fokussierung auf die Kritik an der männlichen Dominanz⁵⁴³ und die Reduktion von Benachteiligungen auf die Gruppe der Frauen.

dd) Symmetrische Hierarchien als Gleichberechtigungsgefährdung

Die Hierarchisierungstheorie von *MacKinnon* und *Baer* überzeugt zwar im Ansatz. Wenn Geschlechter aber nicht vorausgesetzt werden, sondern tatsächlich vorzufindende Hierarchien in den Blick genommen werden, stellt sich die Frage, warum ein solcher Ansatz asymmetrisch, also von vornherein auf den Abbau von Hierarchien zu Lasten eines bestimmten Geschlechts fokussiert sein kann und ob auch damit nicht bereits wieder gesellschaftliche Vorstellungen und auch Wertungen von Geschlecht vorausgesetzt werden.⁵⁴⁴

Entscheidend ist, ob es Hierarchien iSd Art. 3 Abs. 2 GG per se nur in eine Richtung gibt bzw. geben kann. In der Literatur wird zum Teil vertreten, dass besondere Gleichheitssätze allein dem Schutz bestimmter Gruppen dienen, die in der Vergangenheit diskriminiert wurden und noch heute diesen Diskriminierungen oder ihren Aus- bzw. Nachwirkungen ausgesetzt sind. Diejenigen gesellschaftlichen Gruppen, die dieses Problem nicht hätten, sondern vielmehr die wirtschaftliche und politische Macht in den Händen hielten, bräuchten keinen über den allgemeinen Gleichheitssatz hinausgehenden Schutz.⁵⁴⁵ Auch *Baer* versteht Gleichheit als „Recht von Frauen gegen sexuelle Hierarchisierung [...], da sexuelle Hierarchie auf ihre Kosten etabliert wird“, erkennt allerdings an, dass unter sexueller Diskriminierung auch „Männer, die, kurzgefaßt, eigentlich keine Männer sind“, leiden können.⁵⁴⁶

Dabei wird jedoch vernachlässigt, dass zueinander in einem bestimmten, dichotomen Verhältnis stehende Gruppen nicht völlig unabhängig voneinander begutachtet werden können. Das Verneinen von Emotionalität, Sozialität und Wärme bei gleichzeitiger Rationalität, Aggressivität und Erfolgsorientiertheit bei Männern korreliert mit dem Betonen von Emotiona-

543 Ähnlich hierzu auch *Cornell* in ihrer Kritik an *MacKinnons* Ansichten zu Pornografie: *Cornell Feminism & Pornography*, S. 551, 557.

544 Ähnlich Knopf/Schneikart/*Lembke* Sex/ismus und Medien, S. 29, 46.

545 *Sacksofsky* Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, S. 314.

546 *Baer* Würde oder Gleichheit? S. 237.

lität, Sozialität und Wärme bei Frauen, denen gleichzeitig hohe Rationalität, Aggressivität und Erfolgsorientiertheit abgesprochen wird. Den derzeitigen Geschlechtsrollenstereotypen nach lässt sich das eine Geschlecht nicht ohne das andere denken, da sie sich – der Konstruktion nach – wie zwei gegenseitige Pole gegenüberstehen und ergänzen. Ihre zugeschriebenen Eigenschaften bilden nicht eine Hierarchie in der Form einer Geraden, sondern quasi ein Andreaskreuz, wobei sich Emotionalität, Sozialität und Wärme auf der einen, Rationalität, Aggressivität und Erfolgsorientiertheit auf der anderen Geraden befinden. Jeder Geschlechtsgruppe wird eine geschlechtsspezifische Stärke zugeschrieben, wo der anderen Geschlechtsgruppe im selben Bereich eine geschlechtsspezifische Schwäche zugeordnet wird.

Zwar zeigt ein Vergleich des gesellschaftlichen Status und der Höhe der Entlohnung von Erwerbsarbeit, die sogenannte männliche Eigenschaften voraussetzt (insbes. Führungspositionen), mit denen von Berufen, die sogenannte weibliche Eigenschaften voraussetzen (Erzieher_in, Grundschullehrer_in, Hausfrau/-mann), ein Ungleichgewicht zwischen den gesellschaftlichen Gruppen „Frauen“ und „Männer“. Dieses ist auch für alle Individuen der jeweiligen Gruppe bedeutsam, da der Status von Gruppen entscheidenden Einfluss auf das Ansehen, den Status und damit auch das Wohlbefinden der einzelnen Angehörigen der jeweiligen Gruppe hat.⁵⁴⁷ Dies scheint die Ansichten der Befürworter_innen eines asymmetrischen, also allein zugunsten von Frauen wirkenden Gleichberechtigungsggebots zu stützen. Dafür spräche auch, dass selbst die negativen Stereotype über „Männer“ letztlich wieder das Bild des starken, rationalen, erfolgsorientierten Menschen zeichnen und sie damit der gesellschaftlichen „Gewinnergruppe“, Frauen hingegen der familiären und häuslichen Arbeit zuordnen.

Eine allein auf diese Nachteile von Frauen gerichtete Sicht führt jedoch den auf Macht, Einfluss und finanzielle Stärke gerichteten Blick der Gesellschaft und ihre Wertungen fort und verkennt, dass auch damit wiederum die sogenannten männlichen Eigenschaften als Norm und Ideal markiert und eine Angleichung der Bevölkerungsgruppe mit den sogenannten „weiblichen“ Eigenschaften angestrebt wird. Gerade im gesellschaftlichen Umgang haben Eigenschaften und Fähigkeiten, die dem „weiblichen Bereich“ zugeordnet und Männern tendenziell abgesprochen werden, einen hohen Stellenwert. Hierarchien nur zulasten der Gruppe „Frauen“ zu denken, weil durch die „Emotionslosigkeit“ der Gruppe der „Männer“ letztlich ihre

547 *Sacksofsky* Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, S. 315.

„Männlichkeit“ und damit ihre Dominanz in der Gesellschaft bestärkt wird, ignoriert, dass damit auf anderen Ebenen der Gesellschaft, insbesondere im familiären Bereich, sozial wie rechtlich, für Angehörige der Gruppe „Männer“ Nachteile einhergehen können. Deshalb ist also grundsätzlich ebenfalls möglich, dass es Hierarchisierungen zulasten der Gruppe „Männer“ gibt.

ee) Zwischenergebnis

Das Gleichberechtigungsgebot ist als Hierarchisierungsverbot zu verstehen. Dabei können Hierarchisierungen nicht bereits im Vorhinein durch das Wissen um die gesellschaftliche Benachteiligung der Gruppe „Frauen“ definiert werden, sondern müssen objektiv in den Blick genommen werden und sind daher auch zulasten aller Geschlechtsgruppen möglich.

b) Geschlechtsbezogene Hierarchien in der Werbung

Geschlechtsdiskriminierende Werbung gefährdet die Ziele des Gleichberechtigungsgebots, wenn Geschlechtsrollenstereotypisierungen in der Werbung zu Hierarchisierungen führen. Zusätzlich müssten Geschlechtsrollenstereotypisierungen kausal für gesellschaftliche Nachteile sein, um eine staatliche Schutzpflicht aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG zu bejahen.

aa) Hierarchien durch Geschlechtsrollenstereotype

Jede Geschlechtsrollenstereotypisierung bestärkt die Vorstellungen über die Geschlechtsgruppen. Die Geschlechter „Mann“ und „Frau“ sind gerade durch ihre Gegensätzlichkeit definiert – Eigenschaften, Fähigkeiten und Interessen des einen Geschlechts sind bei dem jeweils anderen schwächer ausgeprägt. Zuschreibungen aufgrund des Geschlechts erzeugen stets ein Gefälle, nach dem das eine Geschlecht etwas besser kann etc. als das andere. Geschlechtsrollenstereotype bestätigen also stets Hierarchien zwischen den Geschlechtsgruppen.

Ob einer Werbung eine Hierarchisierung aufgrund von Geschlechtsrollenstereotypisierung zu entnehmen ist, ergibt sich aus der Werbeaussage⁵⁴⁸ und dem vermittelten Bild der dargestellten Menschen.⁵⁴⁹ Beides kann sich aus der bildlichen Darstellung, dem Text oder dem Gesamteindruck von beidem ergeben. Abzustellen ist dabei auf das Verständnis der durchschnittlichen Rezipient_innen. Dabei ist nicht erforderlich, dass Rezipient_innen die Aussage einer Werbung als hierarchisierend und gleichberechtigungsfähig wahrnehmen. Entscheidend ist vielmehr, dass die geschlechtsbezogene Eigenschafts- oder Verhaltenszuschreibung für sie erkennbar ist. Da bestimmte Vorstellungen und Ansichten gesellschaftlich üblich, bekannt und allgemeines Wissen sind und Werbung häufig gerade darauf angelegt ist, dass diese mitgedacht werden, muss eine Aussage nicht immer explizit sein. Vielmehr genügen Andeutungen (z.B. eine leicht bekleidete, lasziv guckende Frau), um Rezipient_innen aufgrund ihrer gesellschaftlichen Vorbildung bestimmte Schlüsse selbst ziehen zu lassen (Frau = Sex) oder insbesondere auch selbst gewisse Stereotypisierungen, die allgemein bekannt sind, hinzuzudenken.

bb) Benachteiligungen durch Geschlechtsrollenstereotype

Nach Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG soll der Staat „auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin[wirken]“. Normiert ist ein Verfassungsauftrag, der einen Gesetzgebungsauftrag enthält.⁵⁵⁰ Eine Verpflichtung zu gesetzgeberischem Handeln⁵⁵¹ besteht, wenn festgestellte „bestehende Nachteile“ iSd letzten Halbsatzes vergleichbar wirksam sonst nicht beseitigt werden können.⁵⁵² Vorliegend geht es um die Verfestigung von Geschlechtsrollenstereotypen durch Werbung und eine sich daraus ergebende Beeinträchtigung von Entfaltungsfreiheiten sowie eine damit einhergehende Verfestigung struktureller Benachteiligungen der jeweiligen Geschlechtsgruppen. Dass auf Grund-

548 BVerfGE 107, 275, 276 – Benetton-Werbung II; 102, 347, 358 ff. – Benetton-Werbung; BGHZ 130, 5, 8 f. – Busengrapscher; *Gaedertz/Steinbeck* WRP 1996, 978, 982.

549 BGHZ 130, 5, 9 – Busengrapscher; *Gaedertz/Steinbeck* WRP 1996, 978, 982.

550 AK GG/*Eckertz-Höfer* Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 74; *Schweizer* Der Gleichberechtigungssatz, S. 86 ff.

551 *Baer* Würde oder Gleichheit? S. 236 (Pflicht, gegen Hierarchien zu arbeiten, aus denen sich gesellschaftliche Nachteile ergeben).

552 AK GG/*Eckertz-Höfer* Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 75.

lage des Gleichberechtigungsgebots auch subtilen strukturellen Benachteiligungen entgegengewirkt werden soll,⁵⁵³ wird nicht nur in der Literatur vertreten. So betont der EuGH, dass sich aus Einstellungen und Verhaltensmustern, namentlich „einer Reihe von Vorurteilen und stereotypen Vorstellungen über die Rolle und die Fähigkeiten der Frau im Erwerbsleben“, nachteilige Auswirkungen und in der sozialen Wirklichkeit bestehende faktische Ungleichheiten ergeben,⁵⁵⁴ welche die Chancengleichheit trotz gleicher Qualifikation beeinträchtigen können.⁵⁵⁵ In gleich mehreren Entscheidungen zitiert der EuGH den Europäischen Rat mit der Aussage, Regierungen, Sozialpartner_innen und sonstige beteiligte Stellen müssten gleichzeitig tätig werden, um alle faktischen Ungleichheiten zu beseitigen und gegen die Benachteiligung der Frau in der Arbeitswelt vorzugehen, die durch „Einstellungen, Verhaltensmuster und Strukturen in der Gesellschaft verursacht“ werden.⁵⁵⁶ Und auch das BVerfG betont in seiner aktuellen Rechtsprechung, dass der Auftrag, „für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter in der Wirklichkeit durchzusetzen [...]“⁵⁵⁷ die Gesetzgebung auch dazu verpflichtet, einer Verfestigung überkommener Rollenverteilungen der Geschlechter zu begegnen und diese zu überwinden.⁵⁵⁸

Auch Einstellungen, Verhaltensmuster und Strukturen in der Gesellschaft führen also zu Benachteiligungen von Frauen⁵⁵⁹ und nach hier vertretener Ansicht auch von Menschen anderer Geschlechtsgruppen. Bisher wird versucht, den sich durch Einstellungen, Verhaltensmuster und gesellschaftliche Strukturen ergebenden Auswirkungen durch Förderungsmaßnahmen der letztlich benachteiligten Gruppe entgegenzuwirken.⁵⁶⁰ Gerade im Zusam-

553 AK GG/*Eckertz-Höfer* Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 80, mit Verweis auf *Schweizer* Der Gleichberechtigungssatz, S. 142 und *Just* Frauenförderung in Führungspositionen, S. 18.

554 EuGHE I 1997, 6363 Rn. 29, 31 – Marschall.

555 EuGHE I 1997, 6363 Rn. 30 – Marschall.

556 Rat in der dritten Begründungserwägung seiner Empfehlung 84/635/EWG vom 13. Dezember 1984 zur Förderung positiver Maßnahmen für Frauen, ABIEG L 331, S. 34, zitiert in EuGHE I 1997, 6363 Rn. 28 – Marschall; EuGH Slg. 1995, 3051 Rn. 20 – Kalanke.

557 BVerfG NJW 2012, 214, 216; NJW 2012, 216, 217.

558 BVerfG NJW 2012, 214, 216, mit Verweis auf BVerfGE 92, 91, 112 f.; BVerfG NJW 2012, 216, 217, mit Verweis auf BVerfGE 85, 191, 207; 114, 357, 370 f.

559 So auch AK GG/*Eckertz-Höfer* Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 80; vgl. auch Benhabib/Butler/*Cornell/Fraser* Der Streit um Differenz, S. 80, 97.

560 Vgl. etwa EuGHE I 1997, 6363 Rn. 28 – Marschall; EuGH Slg. 1995, 3051 Rn. 20 – Kalanke.

menhang mit geschlechtsdiskriminierender Werbung sollte jedoch bereits der Verfestigung geschlechtsrollenstereotyper Einstellungen selbst begegnet werden.

Wie oben⁵⁶¹ gezeigt, führen Geschlechtsrollenstereotype in der Werbung zu einer Verfestigung geschlechtsrollenstereotyper Ansichten, zu Beeinträchtigungen der Selbst- und Fremdeinschätzung und damit zur Reduktion von Verhaltens- und Entfaltungsmöglichkeiten. Diese Folgen sind letztlich dazu geeignet, die Geschlechtergleichberechtigung zu verhindern bzw. zu beeinträchtigen.⁵⁶²

Hinzu kommt, dass Werbung, anders als einzelne private Äußerungen oder Handlungen, grundsätzlich eine wesentlich stärkere Breitenwirkung hat. Zumindest für den Rundfunk hat auch das BVerfG die besondere Bedeutung desselben aufgrund seiner „Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft“ immer wieder angenommen.⁵⁶³ Und auch der EGMR betont die „starken Auswirkungen audiovisueller Medien auf die Öffentlichkeit“.⁵⁶⁴ Die Literatur führt die „prägende Kraft der Massenmedien für die Kultur der Gesellschaft insgesamt sowie für die Herausbildung der individuellen Werte und Orientierungen“⁵⁶⁵ an⁵⁶⁶ und hebt die damit einhergehende Verantwortung hervor.⁵⁶⁷ Dies betonte bereits 1984 auch das Ministerkomitee des Europarates⁵⁶⁸ sowie später das Europäische Parlament in seinen Entschlie-

561 Teil B.

562 Ähnlich *Britz* VVDStRL 64 (2005) 355, 358 f., Fn. 10: Diskriminierungsschutzziel besteht auch darin, die Perpetuierung traditioneller Rollenwahrnehmung zu verhindern.

563 BVerfG NVwZ 2007, 1287, 1288 Rn. 116; vgl. auch BVerfGE 114, 371, 387; 103, 44, 74; 90, 60, 87; 35, 202, 227 ff. – Lebach; 31, 314, 325.

564 EGMR EuGRZ 2003, 488, 491.

565 Bahr/Heinig/*Eifert* Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, S. 321.

566 *Vesting* Prozedurales Rundfunkrecht, S. 128 ff., 220 ff.; Hahn/*Vesting/Eifert* Rundfunkrecht § 11 RStV Rn. 42; *Rossen* Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk, S. 32 ff.; *Hoffmann-Riem* Rundfunkrecht neben Wirtschaftsrecht, S. 21 ff.; ausdrücklich zur Determinierung privater Wertvorstellungen durch Werbung *Sevecke* Wettbewerbsrecht und Kommunikationsgrundrechte, S. 96 f.

567 BVerfGE 35, 202, 233; ausführlich dazu *Hoffmann-Riem/Kohl/Kübler/Lüscher* Medienwirkung und Medienverantwortung.

568 Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates vom 23. Februar 1984 zu den Prinzipien von Fernsehwerbung (No. R (84) 3), <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=603454&SecMode=1&DocId=681954&Usage=2> (abgerufen am 16.12.2013).

ßungen zur Diskriminierung von Frauen in der Werbung (1997),⁵⁶⁹ zur Gleichstellung von Frauen und Männern (2009),⁵⁷⁰ zu den Auswirkungen von Marketing und Werbung auf die Gleichstellung von Frauen und Männern (2009)⁵⁷¹ und zum Einfluss der Werbung auf das Verbraucherverhalten (2010).⁵⁷² Zur Wirkung geschlechtsrollenstereotyper Medienbilder auf Rezipient_innen existieren daneben mehrere EntschlieÙungen der Parlamentarischen Versammlung des Europarates: Die EntschlieÙung zur Gleichberechtigung von Mann und Frau (1994),⁵⁷³ zum Bild der Frau in den Medien (2002),⁵⁷⁴ zum Bild der Frau in der Werbung (2007)⁵⁷⁵ sowie zur Bekämpfung sexistischer Klischees in den Medien (2010).⁵⁷⁶ Die Kommission⁵⁷⁷

-
- 569 EntschlieÙung des Europäischen Parlaments vom 25. Juli 1997 zur Diskriminierung von Frauen in der Werbung, A4-0258/97, ABIEG 1997/C 304/02, S. 60.
- 570 EntschlieÙung 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.
- 571 EntschlieÙung 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.
- 572 EntschlieÙung 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; EntschlieÙung 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).
- 573 EntschlieÙung 1018 (1994) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates zur Gleichberechtigung von Mann und Frau, abgedruckt in BT-Drucks 12/7174, S. 15 f.
- 574 EntschlieÙung 1555 (2002) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates zum Bild der Frau in den Medien, abgedruckt in BT-Drucks 14/9978, S. 26 f.
- 575 EntschlieÙung 1557 (2007) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates zum Bild der Frau in der Werbung, abgedruckt in BT-Drucks 16/8170, S. 12 ff.
- 576 EntschlieÙung 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.aassembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/EREC1931.htm> (abgerufen am 16.12.2013).
- 577 Mitteilung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften 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.

und der Europarat⁵⁷⁸ betonen die starken Auswirkungen medialer Bilder auf die Öffentlichkeit: „Geschlechtsspezifische Rollenklischees in Werbung und Medien [sind] Teil der Ungleichheiten [...], die die Haltungen gegenüber der Gleichstellung von Männern und Frauen beeinflussen“; Werbung und Medien könnten „einen wichtigen Beitrag zur Änderung der Verhaltensweisen in der Gesellschaft leisten [...], indem sie die Vielfalt der Rollen und des Potenzials von Frauen und Männern, ihre Beteiligung an allen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens und eine ausgewogene Aufteilung der Verantwortung in Familie, Beruf und Gesellschaft zwischen Frauen und Männern widerspiegeln.“⁵⁷⁹ Das deutsche Medienrecht misst zumindest den Rundfunkmedien großen Einfluss auf die Meinungsbildung bei.⁵⁸⁰ Vor allem die im JMStV und im RStV gesteckten Grenzen für mediale Inhalte, wie etwa die Verbote von Menschenwürdeverletzungen und harter Pornografie in Rundfunk- und Telemedien⁵⁸¹ sowie das Verbot Menschenwürde verletzender und (geschlechts-) diskriminierender Werbung im Rundfunk⁵⁸², zeigen, dass die besondere Wirkungsmacht der Medien grundsätzlich erkannt und ein Schutz zugunsten der Rezipient_innen erwünscht ist.

Hinzu kommt, dass Werbung sich, anders als etwa Spielfilme, Presseartikel oder sonstige mediale Beiträge, durch eine besondere, oft versteckte Manipulationswirkung auszeichnet. Dies hob auch das BVerfG hervor, als es 2003 von der „allgegenwärtigen, [die] Sichtweisen, Werte und Einstellungen der Menschen nicht unerheblich beeinflussenden Werbewelt“⁵⁸³ sprach. Auch einige Entschlüsseungen des Europäischen Parlaments, des Rates sowie der Parlamentarischen Versammlung des Europarates betonen diese Wirkung.⁵⁸⁴

578 EntschlieÙung des Rates 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.

579 Ebenda.

580 *Hoffmann-Riem/Schulz* Hamburgisches Medienrecht, S. 99, zitiert aus *von Kalckreuth* Geschlechtsspezifische Vielfalt im Rundfunk Fn. 158; vgl. dazu oben, S. 55 ff.

581 § 4 Abs. 1 JMStV.

582 § 7 Abs. 1 Nr. 1, 2 RStV.

583 BVerfGE 107, 275, 285 – Benetton-Werbung II.

584 EntschlieÙung 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); EntschlieÙung des Europäischen

Für den besonderen Status der Werbung innerhalb der wirkungsmächtigen Medien spricht auch, dass der RStV ein ausdrückliches Verbot diskriminierender Werbung normiert,⁵⁸⁵ während die Rundfunkprogramme im Übrigen nur die Menschenwürde achten müssen und auf ein diskriminierungsfreies Miteinander hinwirken sollen.⁵⁸⁶

Werbung hat also einerseits ein großes Beeinflussungspotenzial. Andererseits ist sie in ihrer Wirkung auf Rezipient_innen besonders stark. Hinzu kommt, dass Werbung, wie oben⁵⁸⁷ gezeigt, in besonderem Maße mit Stereotypen und Idealbildern arbeitet, die umfassende Normen für die Geschlechter konstruieren und verfestigen und diesen differenzierte und plurale Menschenbilder weichen lässt. Geschlechtsrollenstereotype Werbeaussagen verfestigen Einstellungen, Verhaltensmuster und Strukturen in der Gesellschaft, die zu Benachteiligungen iSd Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG führen. Sie sind daher in hohem Maße gleichberechtigungsgefährdend und somit geeignet, die sich aus dem Verfassungsauftrag ergebende Schutzpflicht auszulösen.

c) Ergebnis

Geschlechtsdiskriminierende Werbung verstößt gegen das Gleichberechtigungsgebot aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG,⁵⁸⁸ wenn der Werbeaussage aufgrund der bildlichen Darstellung, dem Text oder dem Gesamteindruck eine Hierarchie aufgrund des Geschlechts zu entnehmen ist. Eine solche liegt grundsätzlich in jeder Werbeaussage, die eine für durchschnittliche Rezipient_innen erkennbare Geschlechtsrollenstereotypisierung enthält. Geschlechtsrol-

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 1557 (2007) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates zum Bild der Frau in der Werbung, abgedruckt in BT-Drucks 16/8170, S. 12 ff.; Entschließung des europäischen Parlaments zur Diskriminierung von Frauen in der Werbung, A4-0258/97, ABIEG 1997/C 304/02, S. 60; Entschließung des Rates 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.

585 § 7 Abs. 1 Nr. 2 RStV.

586 §§ 3 Abs. 1 S. 1, 41 Abs. 1 S. 2, 3 RStV.

587 Teil B., S. 35 ff.

588 So auch Fezer JZ 1998, 265, 267; Steinbeck ZRP 2002, 435, 436, 438; von Gierke FS Piper, S. 243, 253 f.; Knopf/Schneikart/Lembke Sex/ismus und Medien, S. 29, 36, 44; so wohl auch schon Hering/Wild Weibsbilder, Nachwort.

lenstereotype Werbung verfestigt Einstellungen, Verhaltensmuster und Strukturen in der Gesellschaft, die zu Benachteiligungen iSd Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG führen. Sie ist in hohem Maße gleichberechtigunggefährdend und daher geeignet, die sich aus dem Verfassungsauftrag ergebende Schutzpflicht auszulösen.

3. Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG

Schließlich könnte auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht durch geschlechtsdiskriminierende Werbung beeinträchtigt werden. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht steht in einem engen Bezug zur Menschenwürde. Es schützt im Gegensatz zur allgemeinen Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG, nicht nur das Handeln, sondern auch das Sein,⁵⁸⁹ also die „menschliche Personenhaftigkeit“⁵⁹⁰, „jenen inneren Persönlichkeitsbereich, der grundsätzlich nur der freien und eigenverantwortlichen Selbstbestimmung des einzelnen untersteht und dessen Verletzung rechtlich dadurch gekennzeichnet ist, daß sie in erster Linie sogenannte immaterielle Schäden, Schäden, die sich in einer Persönlichkeitsminderung ausdrücken, erzeugt.“⁵⁹¹ Dabei spaltet sich das allgemeine Persönlichkeitsrecht in drei Dimensionen auf: die Selbstentfaltung, die Selbstdarstellung und die Grundbedingungen für die Persönlichkeitsentfaltung.⁵⁹²

a) Entfaltungsbehinderung durch Benachteiligung aufgrund des Geschlechts

Das Recht auf Selbstentfaltung erfasst die Abschirmung eines privaten Bereichs und die Sicherung der Vertraulichkeit der Interaktion.⁵⁹³ In Literatur

589 Sachs/*Murswiek* GG Art. 2 Rn. 59.

590 BGH NJW 1958, 827, 829 – Herrenreiter.

591 Ebenda.

592 *Dreier* GG Art. 2 I Rn. 70.

593 *Dreier* GG Art. 2 I Rn. 71; grundlegend zur Verwertung persönlicher Dokumente in staatlichen Verfahren BVerfGE 18, 146, 147; 80, 367, 373 ff. (sog. „Tagebuch“-Entscheidungen); zum Schutz vor dem Eindringen in den Privatbereich BVerfGE 34, 238, 246 (heimliche Tonbandaufnahmen); BVerwG NJW 1986, 2329, 2330

und Rechtsprechung wird zum Teil davon ausgegangen, dass die Verletzung des Art. 3 Abs. 2 GG regelmäßig auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG beeinträchtigt.⁵⁹⁴ So stellt das BAG darauf ab, dass „in der geschlechtsspezifischen Benachteiligung eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts“ liege,⁵⁹⁵ da das allgemeine Persönlichkeitsrecht das Recht des/der Einzelnen auf Entfaltung der individuellen Persönlichkeit umfasse.⁵⁹⁶ Ein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht liegt für das BAG daher in der Verweigerung einer chancengleichen Teilnahme an einem Auswahlverfahren aufgrund des Geschlechts, die zu einer Verhinderung der Aufnahme der erwünschten Berufstätigkeit und damit zu einer Hinderung der Entfaltung der individuellen Persönlichkeit führt.⁵⁹⁷ Geschlechtsbezogene Diskriminierung, so das Resultat, verletze daher regelmäßig das allgemeine Persönlichkeitsrecht.⁵⁹⁸

Kritik an der Entscheidung des BAG übt *Marion Baston-Vogt*: Hier zeige sich die „entscheidende dogmatische Schwäche des allgemeinen Persönlichkeitsrechts“, da sich letztlich jedes berechnete Interesse (hier an der Unterlassung von Diskriminierung) ohne großen Begründungsaufwand seinem Schutzbereich zuordnen ließe und so Schutzlücken geschlossen und (vermeintliche) Versäumnisse der Gesetzgebung korrigiert werden könnten. Dies sei aber stets abzuwägen mit der „grundsätzliche[n] Freiheit zur willkürlichen Ungleichbehandlung.“⁵⁹⁹ Vor dem Rückgriff auf das Persönlichkeitsrecht sollten immer erst die zur Verfügung stehenden zivilrechtlichen Mittel ausgeschöpft werden.⁶⁰⁰

Mit Blick auf den Erkenntnisvorrang des Privatrechts ist dem grundsätzlich beizupflichten. Dennoch begründen die Grundrechte, also auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht, nach herrschender Meinung auch Schutz-

(staatliche Observation); BGH NJW 1994, 596, 598 f. (Zulässigkeit des Telefonmithörens durch die Polizei); BAG NJW 2000, 604, 605 (routinemäßige Blutuntersuchung durch den Arbeitgeber).

594 BAGE 61, 209, 213; *Jarass/Pieroth* GG Art. 3 Rn. 83; *Ruffert* Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, S. 492: „besondere Modalität der Persönlichkeitsverletzung“.

595 BAGE 61, 209, 213.

596 BAGE 61, 209, 213, mit Verweis auf BGHZ 13, 334.

597 BAGE 61, 209, 213.

598 Ebenda.

599 *Baston-Vogt* Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, S. 461.

600 Ebenda.

pflichten des Staates für die Bürger_innen. Ihre Anwendung kann also durchaus dazu dienen, Schutzlücken zu schließen. In welchem Rahmen dies geschehen darf und ob im Fall der BAG-Entscheidung nicht schon eine Grenze überschritten ist, lässt sich diskutieren. Jedenfalls aber steht im Rahmen dieses Streits letztlich die diskriminierungslose Entfaltung der Persönlichkeit durch die Berufswahl, sich also ungeachtet des Geschlechts voll entfalten zu können, im Mittelpunkt. Gemeint ist die berufliche Entfaltungsmöglichkeit, die durch eine Benachteiligung aufgrund des Geschlechts behindert wird. Das ist ein in den Bereich von Art. 3 Abs. 2, 3 GG fallendes Problem. Ob darüber hinaus überhaupt auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht betroffen ist und nicht allein die allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG, erscheint zweifelhaft, geht es doch eher um Aktivitäts- als um Integritätsschutz.⁶⁰¹ Dies ist hier aber auch nicht zu entscheiden, da geschlechtsdiskriminierende Werbung nicht unmittelbar durch eine Benachteiligung aufgrund des Geschlechts die Entfaltung in einer konkreten Situation hindert. Beeinträchtigungen durch geschlechtsdiskriminierende Werbung sind in diesem Bereich nicht vorstellbar.

b) Selbstdarstellung entsprechend der empfundenen Geschlechtszugehörigkeit

Zum Recht der Selbstdarstellung, dem zweiten Teilbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, gehört der Schutz vor verfälschenden, entstellenden oder schlicht unautorisierten Präsentationen der eigenen Person in der Öffentlichkeit.⁶⁰² Zur geschützten Persönlichkeitsphäre gehört nach allgemeiner Ansicht, jedenfalls wenn das „Sein“ und nicht nur ein „Tun“ betroffen ist,⁶⁰³ auch der Schutz der sexuellen Identität und Selbstbestimmung,⁶⁰⁴ wozu z.B. das Recht von transsexuellen Menschen auf Anerkennung ihrer selbstbestimmten geschlechtlichen Identität gehört.⁶⁰⁵ Im Zentrum steht dabei das Bild des einzelnen Menschen in der Öffentlichkeit, konkret z.B. die

601 Dazu *Dreier* GG Art. 2 I Rn. 22.

602 BGH NJW 1958, 827, 829 – Herrenreiter; BVerfG GRUR 1974, 44, 47 – Soraya; *Dreier* GG Art. 2 I Rn. 72; *Sachs/Murswiek* GG Art. 2 Rn. 121 ff.; *Jarass/Pieroth* GG Art. 2 Rn. 39 ff.

603 *Dreier* GG Art. 2 I Rn. 37.

604 *Sachs/Murswiek* GG Art. 2 Rn. 134a; *Dreier* GG Art. 2 I Rn. 37.

605 BVerfG NJW 2008, 3117; BVerfGE 115, 1, 14; 49, 286, 298.

Selbstdarstellung nach der eigenen subjektiven Geschlechtszugehörigkeit.⁶⁰⁶ Im Zusammenhang mit geschlechtsdiskriminierender Werbung steht jedoch nicht die Darstellung konkreter Personen in Rede, sondern die Auswirkungen geschlechtsrollenstereotyper Darstellungen auf die Rezipient_innen.

c) Geschlechtsfindung und Personwerdung als Grundbedingung freier Entfaltung der Persönlichkeit

Anzusetzen ist an der Findung des eigenen Geschlechts und der Personwerdung im Bewusstsein des Vorhandenseins dieses Geschlechts. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistet in einem dritten Teilbereich „einige, den beiden [anderen] Komponenten vorgelagerte Grundbedingungen freier Entfaltung der Persönlichkeit“.⁶⁰⁷ Beispiele sind der Anspruch auf Resozialisierung,⁶⁰⁸ die Begrenzung der Haftung Minderjähriger,⁶⁰⁹ die Kenntnis der eigenen Abstammung⁶¹⁰ sowie die Begrenzung der finanziellen Verschuldung von minderjährigen Kindern durch ihre Eltern.⁶¹¹ Zu letzterem hatte das BVerfG entschieden, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht berührt wird, „wenn Eltern ihre minderjährigen Kinder kraft der ihnen zustehenden gesetzlichen Vertretungsmacht [...] finanziell verpflichten können. Hierdurch können in erheblichem Maße die Grundbedingungen freier Entfaltung und Entwicklung und damit nicht nur einzelne Ausformungen allgemeiner Handlungsfreiheit, sondern die engere persönliche Lebenssphäre junger Menschen betroffen werden.“⁶¹²

Zu untersuchen ist, ob der Bereich der Findung des eigenen Geschlechts und der Personwerdung im Bewusstsein des Vorhandenseins dieses Ge-

606 BVerfGE 60, 123, 134; 49, 286, 298; 47, 46, 73.

607 *Dreier* GG Art. 2 I Rn. 70, 78; ebenso BVerfGE 79, 256, 268; 72, 155, 170; 54, 148, 153; *Degenhart* JuS 1992, 361, 366; *Jarass* NJW 1989, 857, 859; *Jarass/Pieroth* GG Art. 2 Rn. 50; *HbStR/Kube* Bd.VII § 148 Rn. 47; *Pieroth/Schlink* Staatsrecht II Rn. 392 f.

608 BVerfGE 35, 202, 235 f.; 45, 187, 238 f.; 64, 261, 276 f.; 72, 105, 115; *Dreier* GG Art. 2 I Rn. 78.

609 *Dreier* GG Art. 2 I Rn. 78, mit Verweis auf BVerfG NJW 1998, 3557, 3558.

610 BVerfGE 79, 256, 268 f.; 90, 263, 270; 96, 56, 63; *Dreier* GG Art. 2 I Rn. 78, mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

611 BVerfGE 72, 155.

612 BVerfGE 72, 155, 170.

schlechts durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützt und ob dieses durch geschlechtsdiskriminierende Werbung beeinträchtigt wird.

aa) Recht auf Geschlechtsfindung und Personwerdung

Während zur zweiten Dimension des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, der Selbstdarstellung, anerkanntermaßen auch der Schutz der sexuellen Identität und Selbstbestimmung gehört,⁶¹³ beginnt die persönliche Entfaltung bereits vor den konkreten Äußerungen und Handlungen im Rahmen der Selbstdarstellung. Den beiden ersten Dimensionen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Entfaltung und Selbstdarstellung, voraus gehen die freie Wahl- und Bestimmbarkeit des eigenen Aussehens, des Geschlechts und des jeweiligen Verhaltens. Dies führt zu der Frage, was freie Wahl bedeutet und ob Selbstbestimmung als frei und eigenverantwortlich eingeordnet werden kann, wenn allein auf den Moment der letztlichen Ausübung der Selbstbestimmung abgestellt, nicht aber hinterfragt wird, wie frei und eigenverantwortlich die Selbstbestimmung überhaupt erst entstanden ist. Das Problem der Freiwilligkeit spielte bereits im Rahmen der Menschenwürde eine Rolle.⁶¹⁴ Bezogen auf Werbung stellt sich die Frage, wie frei Menschen, insbesondere Kinder, sich entwickeln, wenn sie unter dem Einfluss von Medien stehen, die Geschlechtsrollenstereotype verfestigen und die Entstehung und Entwicklung ihrer Interessen beeinflussen.

Zu den Grundbedingungen der Persönlichkeitsentfaltung gehören nach den Beispielen von Literatur und Rechtsprechung die innere Verfasstheit, die innere Einstellung und der Glaube an bestehende Möglichkeiten. Wenn das BVerfG die „engere persönliche Lebenssphäre“ schon im Rahmen finanzieller Verpflichtungen, Einengungen und Zwänge als betroffen ansieht,⁶¹⁵ stellt sich die Frage, welche Einschränkungen sich aus medial vermittelten geschlechtsspezifischen Vorgaben über Eigenschaften, Fähigkeiten und Interessen ergeben. Studien zeigen, dass diese – insbesondere auf Kinder – eine große, oft unterbewusste Wirkung haben.⁶¹⁶

613 BVerfG NJW 2008, 3117; BVerfGE 115, 1, 14; 49, 286, 298; Sachs/*Murswiek* GG Art. 2 Rn. 134a.

614 Vgl. oben, D. I. 1. b), S. 86 ff., insbes. S. 95.

615 BVerfGE 72, 155, 170.

616 Vgl. oben, Teil B. III., S. 44 ff.

Auch im Jugendschutzrecht ist anerkannt, dass aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG das Recht von Kindern und Jugendlichen auf eine (möglichst) ungestörte Entwicklung ihrer Persönlichkeit folgt.⁶¹⁷ Daraus ergebe sich ein verfassungsrechtlicher Auftrag an den Staat, Kinder und Jugendliche so zu schützen, dass sie sich zu eigenständigen, sozialverantwortlichen Persönlichkeiten entwickeln können.⁶¹⁸ Verfassungsrechtlich geschützt sei nicht nur das „Endergebnis“ Persönlichkeit und deren Entfaltung, sondern auch der Prozess der Entwicklung der Persönlichkeit, das Recht auf „Person-Werden“ der Kinder und Jugendlichen.⁶¹⁹

Geschlechtsfindung und Personwerdung sind zentraler Bestandteil der Persönlichkeitsbildung. Sie sind Voraussetzungen für eine freie Entfaltung derselben und daher deren Grundbedingung.

bb) Gefährdung der Grundbedingungen der Persönlichkeitsentwicklung bzgl. der Geschlechtsfindung und Personwerdung

Das Recht auf Geschlechtsfindung und Personwerdung könnte aufgrund der dichotomen Geschlechtskonstruktion in geschlechtsdiskriminierender Werbung beeinträchtigt werden.

Medien und insbesondere die Werbung arbeiten häufig mit eindeutigen, schablonenartigen Geschlechtervorstellungen und -normen.⁶²⁰ Sie vermitteln starre Geschlechterrollen und stark idealisierte Körpernormen, die letztlich als objektive Wirklichkeit erscheinen, aber durch die Medien, ihre Verbreitungswirkung und die Bildbearbeitung zumindest teilweise erst konstruiert werden.⁶²¹ Das provoziert mehrere Entwicklungen: Zum einen erfolgt eine strikte Einteilung in „männlich“ und „weiblich“. Menschen, die sich aufgrund ihres Erscheinungsbildes eindeutig einem dieser Geschlechter zuordnen lassen, werden daraufhin als Teil ihrer Gruppe wahrgenommen.

617 Spindler/Schuster/*Erdemir* Recht der elektronischen Medien § 1 JMStV Rn. 14.

618 *Engels* AöR 122 (1997) 212, 219 ff., 226 ff.

619 *Langenfeld* MMR 2003, 303, 305; *Engels* AöR 122 (1997) 212, 226; *Halves* Zur Neuordnung des Jugendmedienschutzes, S. 28 ff.; *Roßnagel/Altenhain* Recht der Multimedia-Dienste Einl GJS Rn. 21 (Verfassungsranrang der ungestörten Persönlichkeitsentwicklung von Kindern und Jugendlichen); *Spindler/Schuster/Erdemir* Recht der elektronischen Medien § 1 JMStV Rn. 14.

620 Vgl. oben, Teil B. II., S. 36 ff.

621 Vgl. oben, Teil B. III., S. 44 ff.

Mit dieser Wahrnehmung einher geht grundsätzlich auch die Erwartung bestimmter Eigenschaften, Fähigkeiten und Interessen. Die Individualität tritt zurück hinter den vermuteten Geschlechtseigenschaften und -rollen. Dies geschieht insbesondere im Rahmen von geschlechtsdiskriminierender Werbung, vor allem bei Kinderwerbung: Beworben werden Produkte für Männer bzw. Jungen oder Frauen bzw. Mädchen. Dies geschieht auf eine stark unterschiedliche Art und Weise, wobei auffällig ist, dass die Gräben zwischen den Geschlechtern offensichtlich größer sein sollen als alle anderen Unterschiede. Sehr viel seltener in Bezug genommen werden Unterschiede aufgrund von Alter, ethnischer Herkunft, Klasse, Religion, politischer Einstellung etc. Diese Unterscheidungsmuster werden als grundsätzliches Differenzierungsmerkmal eher als eines von vielen anerkannt oder sogar tabuisiert. Das Merkmal „Geschlecht“ wird hingegen auf deutliche Art hervorgehoben und als grundsätzlich nützlicher Differenzierungsagent gebraucht. Die Differenziertheit innerhalb der Gruppen „Frauen“ oder „Männer“ jedoch wird ignoriert bis geleugnet. Allen Frauen werden bestimmte Eigenschaften, allen Männern bestimmte andere Eigenschaften zugeschrieben. Dieser Teil des Problems lässt sich als Entindividualisierung⁶²² beschreiben.

Menschen aufgrund ihres Geschlechts zu unterscheiden bedeutet häufig, sie auch gewissen Rollen zuzuordnen und Menschen dieser Geschlechtsgruppe in eine konkrete Rolle zu zwingen. Dabei wird von Menschen erwartet, dass sie klar einer Geschlechtskategorie zugeordnet werden können. Dies ist zumindest für intersexuelle Menschen schon biologisch schwierig. Aber selbst wenn die Biologie eindeutig zu sein scheint, wird offensichtlich, dass Geschlecht nicht nur aus biologischen Aspekten besteht, sondern auch durch die Art der Kleidung und der Bewegung, die Interessen, Fähigkeiten und (sexuellen) Vorlieben konstruiert wird. Wer in all diesen Dingen nicht so ist, wie die Gesellschaft es erwartet, also keine typische Frau oder keinen typischen Mann darstellt, erlebt Irritation und Ablehnung, weil von der Norm abweichendes Verhalten „unmännlich“ bzw. die Person „keine richtige Frau“ ist und sich dieser Fakt schon für sich genommen eignet, eine Abwertung hervorzurufen. Die Gesellschaft tendiert dazu, eine mehr oder weniger strikte Geschlechtertrennung mit jeweils bestimmten, stereotypisierten Eigenschaften und Interessen zu erwarten, etwa dass Frauen emotional sind und gerne Schuhe kaufen, Männer hingegen dominant sind, Bier

622 Vgl. dazu auch *Britz* Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, S. 15 ff., die in generalisierender Darstellung eine statistische Diskriminierung sieht.

trinken und Fußball schauen. Die Rollenerwartung führt zu gesellschaftlicher Bestrafung von Andersartigkeit – und generiert einen Zwang zur Anpassung. Neben den sich aus den Geschlechtsrollenstereotypen ergebenden strukturellen Hierarchien innerhalb der Gesellschaft besteht das unmittelbare Problem in der Stereotypisierung und Rollenerwartung – also in einer Entindividualisierung, mit der ein gewisser Zwang einhergeht, sich einer der beiden gesellschaftlich anerkannten Geschlechter zuzuordnen – bezüglich Aussehen, Eigenschaften, Fähigkeiten, Habitus, sexueller Orientierung etc. Ebenfalls damit zusammen fällt das Unsichtbarmachen oder gar die Ächtung derjenigen Menschen, die nicht Teil dieses Systems sein können oder wollen.

Und es gibt einen weiteren Aspekt, der gerade auch mit geschlechtsdiskriminierenden Körperbildern einhergeht: Die Idealisierung von männlichen und weiblichen Körpern. Hier werden strikt geschlechtergetrennte, eindimensionale, kaum zu erreichende Körpernormen propagiert, die nicht selten überhaupt erst über Bildbearbeitungsprogramme erreicht werden, aber doch den Eindruck von Natürlichkeit und wünschenswerter Perfektion vermitteln.⁶²³ Während der männliche Körper durch Stärke und Muskeln definiert wird, ist der perfekte weibliche Körper sehr dünn, schmal und zierlich, hat dafür unverhältnismäßig große Brüste und ist bis auf Kopfhaar, Augenbrauen und Wimpern komplett haarlos, das Gesicht absolut faltenfrei.⁶²⁴ Die Körperideale unterstützen dabei die entsprechenden Geschlechtsrollenstereotype, sind also Teil derselben.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht will „dem Menschen die Entfaltung dessen [...] ermöglichen, was in ihm angelegt ist.“⁶²⁵ Geschützt werden soll gerade die Individualität als Gegenbegriff und Kontrapunkt zu einer „Ideologisierung“ der Persönlichkeit⁶²⁶ und dem Aufkrotzieren eines inhaltlich bestimmten Persönlichkeitsbildes durch den Staat, wie z.B. der Instrumen-

623 Vgl. die Diskussion um ein stark bearbeitetes Werbebild Julia Roberts: <http://www.spiegel.de/panorama/leute/verbot-fuer-roberts-werbung-du-bist-zu-pretty-woman-a-777154.html> (abgerufen am 16.12.2013).

624 Ausführlich zur Darstellung von Frauen und Männern in der Werbung oben, Teil B. II., S. 36 ff.

625 *Stein/Frank* Staatsrecht § 31 II 2 d aa.

626 Ausführlich zur Persönlichkeitsentfaltung *Suhr* Entfaltung der Menschen durch die Menschen, S. 78 ff., 105 ff.

alisierung einer „sozialistischen Persönlichkeit“ durch die DDR.⁶²⁷ Zwar sind Massenmedien nicht staatlich und verfügen auch nicht über entsprechende Zwangsmittel. Die Medienwirkungsforschung zeigt jedoch, dass Medien das Meinungsbild einer Gesellschaft und auch die Selbstwahrnehmung der Menschen entscheidend prägen.⁶²⁸ Auch wenn sie nicht die einzigen Sozialisationsagenten sind, werden über sie bestimmte Vorstellungen, Stereotype, Rollen und Ideale aber besonders wirkungsvoll transportiert, die sich als Norm festsetzen und den Rahmen für persönliche Selbsteinschätzung, Entfaltung und Meinungsbildung erst schaffen. Diese sogenannte produktive Macht⁶²⁹ betont auch das BVerfG im Rahmen der Rundfunkfreiheit.⁶³⁰ Hinzu kommt, dass „Werbung beeinflussen (Heteronomie bewirken) und dabei Freiheit (Autonomie) unterstellen [soll]“⁶³¹, also eine besonders starke, beeinflussende Wirkung auf Rezipient_innen hat.⁶³²

Das dichotome Verständnis von Geschlecht und die Benutzung dieser Kategorie durch die Medien, insbesondere die Werbung, führt dazu, dass Menschen ihre Persönlichkeit nur auf einem verengten Weg entwickeln können – entweder als „Frauen“ oder als „Männer“. Hier erfolgt eine Persönlichkeitsaufoktroisierung durch die Massenmedien, eine Eingrenzung, die Menschen die Möglichkeit nimmt, unabhängig von Stereotypisierungen durch ihre Umgebung zu entdecken und entwickeln, wer sie wirklich sind, sein können und sein wollen. Dies trifft insbesondere auf Kinder zu, die Stereotypisierungen in der Umgebung in der Regel zunächst unreflektiert übernehmen. Die Einschränkung der personalen Entfaltung besteht also darin, sich in eine der beiden vorgeformten Geschlechtsgruppen einpassen zu müssen. Darin liegt eine Gefährdung der Grundbedingungen der Persönlichkeitsentwicklung.

627 von Münch/*Kunig* GG Art. 2 Rn. 11 mit Verweis auf Poppe (u.a.)/*Riege* Grundrechte des Bürgers in der sozialistischen Gesellschaft, S. 38 (zur Konstruktion der sozialistischen Persönlichkeit in der DDR insgesamt S. 35-40).

628 Vgl. oben, B. IV., S. 54 ff.

629 Begriff geprägt von *Foucault* Überwachen und Strafen, S. 250; *ders.* Der Wille zum Wissen, S. 113 ff.

630 Vgl. oben, S. 51 ff..

631 *Tietz/Clausen* Handwörterbuch der Absatzwirtschaft, S. 2282.

632 Ausführlich dazu oben, Teil B. III., S. 44 ff., sowie unten, Teil D. II. 2. e) cc) (2), S. 184 ff.

cc) Beeinträchtigung des Rechts auf Geschlechtsfindung und Personwerdung

Ein Kausalzusammenhang zwischen der Veröffentlichung geschlechtsdiskriminierender Werbebilder und einer in der Verhinderung von Entfaltungsmöglichkeiten liegenden individuellen Beeinträchtigung einer konkreten Person wird kaum jemals zu begründen sein. Es geht also nicht um unmittelbaren Individualschutz.⁶³³ Vielmehr ist auf Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG als Element der objektiven Wertordnung abzustellen.⁶³⁴

Jede Konstruktion von Geschlecht, sei es durch die Darstellung von Körpernormen oder sonstigen Geschlechtsrollenstereotypisierungen in Form von Eigenschafts-, Fähigkeits- oder Rollenzuschreibungen, bietet einerseits eine Handlungs- und Orientierungsmöglichkeit. Sie verkleinert bzw. erschwert andererseits aber auch die Möglichkeiten, sich nicht einem der beiden Geschlechter zuzuordnen oder sich anders zu entwickeln, anders zu sein, sich anders darzustellen als es die jeweilige Geschlechternorm vorsieht. Sie führt dazu, dass Menschen als Teil dieser Gruppe wahrgenommen und bewertet bzw. behandelt werden (Entindividualisierung), dass sie sich diesen Geschlechternormen anpassen müssen (Gruppenzwang) und dem Idealbild der Geschlechternorm möglichst nahekommen sollten, um Anerkennung zu bekommen (Idealisierung). All das wird unterstützt von dem Unsichtbarmachen (oder der Abwertung) anderer, von diesen Normen abweichenden Möglichkeiten, ein Mensch zu sein. Eine Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts liegt daher zum einen vor, wenn eine Werbeaussage Idealisierungen von bestimmten Geschlechtsgruppen oder Geschlechtsrollenstereotypen und insbesondere auch von Körpernormen transportiert. Letzteres betrifft nicht jede Darstellung eines Menschen, dessen Geschlecht eindeutig als weiblich oder männlich erkennbar ist. Vielmehr ist erforderlich, dass die Körper besonders betont und in geschlechtsspezifischer Weise herausgearbeitet und dabei überhöhte Körperideale vermittelt werden. Indizien dafür können die Zerstückelung des Körpers und das Fokussieren auf einzelne Körperteile sowie der Grad der Nachbearbeitung mit einem Fotobearbeitungsprogramm sein. Weiterhin ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt, wenn der Werbeaussage eine Abwertung von bestimm-

633 So zu Geschlechtsrollenbildern im Rundfunk auch von *Kalckreuth* Geschlechtsspezifische Vielfalt im Rundfunk, S. 54.

634 Zum objektivrechtlichen Gehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts *Stern/Horn* GG Art. 2 Rn. 77 ff.

ten Geschlechtsgruppen oder Geschlechtsrollenstereotypen oder von Personen, die bestimmten Geschlechtsrollenstereotypen nicht entsprechen, enthält.

dd) Ergebnis

Unterschiedliche Kategorien von Geschlecht bedeuten Differenzierung und Einordnungszwang und führen letztlich zu Diskriminierung. Eine freie Entfaltung der Persönlichkeit sowie die vollständige Gleichberechtigung aller Geschlechter kann folglich erst erreicht werden, wenn die Differenzierung und mit ihr die Anknüpfung an „natürliche“ Unterschiede überwunden wird. Damit jeder Mensch dieselben Chancen hat, ist es unabdingbar, nicht von Geburt an einer Kategorie (männlich/weiblich) entsprechend sozialisiert zu werden. Von Geschlechterzwängen befreite, tatsächliche Freiheit zur Individualität ist dabei der größte Schlüssel zum Abbau von Differenzierung und Hierarchie. Geschlechtsdiskriminierende Werbung schränkt die personale Entfaltung, insbesondere die Personwerdung, ein und beeinträchtigt damit das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Element der objektiven Wertordnung. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist also in der Lage, den Bereich geschlechtsdiskriminierender Werbung zu erfassen, in dem es um die Definition von Geschlecht und Sexualität durch die gesellschaftlichen Machtverhältnisse geht, welche gerade dazu führt, dass Menschen sich und ihr Rollenbild nicht selbstbestimmt füllen können.⁶³⁵ Eine Beeinträchtigung liegt vor,⁶³⁶ wenn eine Werbeaussage Idealisierungen von bestimmten Geschlechtsgruppen oder Geschlechtsrollenstereotypen und Körpernormen transportiert oder eine Abwertung von bestimmten Geschlechtsgruppen, Geschlechtsrollenstereotypen oder von Personen, die bestimmten Geschlechtsrollenstereotypen nicht entsprechen, enthält.

Angesichts der kaum nachweisbaren unmittelbaren Kausalitäten zwischen einzelner Verletzungshandlung und individuellem Verletzungserfolg kann es dabei nicht um die konkrete Verletzung des Rechts auf Geschlechts-

635 Ähnlich zur Definition von Privatsphäre und Sexualität, allerdings im Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 2 GG, *Baer* Würde oder Gleichheit? S. 231.

636 Einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht durch geschlechtsdiskriminierende Werbung jedenfalls für möglich haltend *Fezer* JZ 1998, 265, 267; *Steinbeck* ZRP 2002, 435, 436; von *Gierke* FS Piper, S. 243, 253 f. (jeweils ohne nähere Begründung).

findung und Personwerdung eines Individuums gehen. Angesichts der grundsätzlich nachgewiesenen Beeinflussungswirkung durch Werbung und der damit einhergehenden Breitenwirkung ist vielmehr auch hier auf den objektiven Gehalt des Grundrechts abzustellen.

4. Zusammenfassung

Geschlechtsdiskriminierende Werbung verletzt den objektiven Gehalt der Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG, nur dann, wenn die grundsätzliche Gleichwertigkeit von Menschen negiert wird und Menschen als bloße Objekte dargestellt werden, mit denen nach Belieben verfahren werden kann. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der menschliche Körper als benutzbares Objekt dargestellt wird, das nicht in der Lage ist, einen entgegengesetzten eigenen Willen zu äußern oder überhaupt erst zu begründen, oder wenn in Darstellungen (sexuelle) Handlungen entgegen den Willen eines Menschen vorgenommen werden, wobei er oder sie in unterlegener Position als Opfer dargestellt wird, welches sich der fremden Handlung an seinem/ihrer Körper nicht erwehren kann.⁶³⁷ Einen deutlich größeren Teil geschlechtsdiskriminierender Werbung erfasst das auf die Beseitigung struktureller Nachteile ausgerichtete Gleichberechtigungsgebot aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG. Es ist betroffen, wenn der Werbeaussage eine Hierarchie in Form von Geschlechtsrollenstereotypisierungen aufgrund des Geschlechts zu entnehmen ist. Der objektive Gehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist beeinträchtigt, wenn eine Werbeaussage Idealisierungen von bestimmten Geschlechtsgruppen oder Geschlechtsrollenstereotypen und Körpernormen transportiert oder eine Abwertung von bestimmten Geschlechtsgruppen, Geschlechtsrollenstereotypen oder von Personen, die bestimmten Geschlechtsrollenstereotypen nicht entsprechen, enthält.

637 Im Ergebnis ähnlich *Fink AfP* 2001, 189, 193; *Dörr/Cole K&R* 2000, 369, 377; *Di Fabio* Schutz der Menschenwürde, S. 42 ff., 94 und *Klass* Unterhaltung ohne Grenzen? S. 109.

II. Einem Verbot entgegenstehende, nicht zu rechtfertigende Grundrechtseingriffe

Der Schutz der untersuchten Grundwerte mittels eines Verbots geschlechtsdiskriminierender Werbung ist aber dann nicht verfassungsgemäß, wenn ein solches Verbot selbst einen nicht rechtfertigbaren Eingriff in Grundrechte darstellt. In Betracht kommen die Berufs- (Art. 12 Abs. 1 S. 1, 2 GG) und Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG), die Presse- (Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GG) und Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GG) sowie die Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG).

Während eine Verletzung der Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG, durch geschlechtsdiskriminierende Werbung stets geeignet ist, Eingriffe in die aufgezählten Grundrechte zu rechtfertigen,⁶³⁸ ist dies für Art. 3 Abs. 2 und Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG anhand einer Abwägung im Rahmen der Grundrechtskollision festzustellen.

1. Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 S. 1, 2 GG

Die Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 S. 1, 2 GG, garantiert als einheitliches Grundrecht sowohl die Berufswahl- als auch die Berufsausübungsfreiheit, wobei letztere die gesamte Gestaltung der beruflichen und gewerblichen Tätigkeit umfasst.⁶³⁹ Dazu gehört nach ständiger Rechtsprechung und allgemeiner Meinung auch die berufliche Werbung.⁶⁴⁰ Werbeverbote sind daher Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit der werbenden Unternehmen.⁶⁴¹ Derartige Eingriffe sind nach der „Stufentheorie“ des BVerfG allerdings bereits dann zulässig, wenn vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls sie zweckmäßig erscheinen lassen.⁶⁴² Der Grundrechtsschutz be-

638 Die Menschenwürde ist nach hM und Rspr keinerlei Abwägung zugänglich, Stern/*Enders* GG Art. 1 Rn. 14, mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

639 Dreier/*Wieland* GG Art. 12 Rn. 60; von Münch/Kunig/*Kämmerer* GG Art. 12 Rn. 26.

640 BVerfGE 112, 255, 262; 95, 173, 181; 94, 372, 389; 85, 248, 256; 85, 97, 104; BVerwGE 124, 26, 28; Sachs/*Mann* GG Art. 12 Rn. 79; von Münch/Kunig/*Kämmerer* GG Art. 12 Rn. 27.

641 Fezer/*Götting* § 4-11 Rn. 63; zur einschränkenden Auslegung von Marktverhaltensregelungen vgl. z.B. BVerfG GRUR 2003, 966, 968 – Internetwerbung von Zahnärzten.

642 BVerfGE 7, 377, 406.

II. Einem Verbot entgegenstehende, nicht zu rechtfertigende Grundrechtseingriffe

schränkt sich auf die Abwehr in sich verfassungswidriger, weil übermäßig belastender und nicht zumutbarer gesetzlicher Auflagen.⁶⁴³ Ein Vorgehen gegen geschlechtsdiskriminierende Werbung nimmt den Unternehmen nur eine konkrete, für die Berufsausübung aber nicht nötige Form von Werbung. Die die Gleichstellung hindernde Verfestigung von Geschlechtsrollenstereotypen und die damit einhergehende Entwicklungs- und Entfaltungseinträchtigung von Menschen wiegen schwerer als das Bedürfnis Einiger, unter Einsatz geschlechtsdiskriminierender Werbung – vermeintlich – ihre beruflichen Chancen zu erhöhen. Durch ein Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung erfolgende Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit können also aufgrund der Schutzpflicht für entgegenstehende verfassungsrechtliche Grundwerte gerechtfertigt werden.

2. Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG

„Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten“, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG. Wenn geschlechtsdiskriminierende Wirtschaftswerbung also Meinung iSv Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG ist, wird sie verfassungsrechtlich geschützt und ein Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung wäre ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff.

a) Bedeutung und Gehalt der Meinungsfreiheit

Das Grundrecht der freien Meinungsäußerung steht im Zentrum der Gewährleistungen des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG. Es ist unmittelbarer Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit, Lebenselement der freiheitlich-demokratischen Staatsordnung und Grundlage jeder Freiheit überhaupt.⁶⁴⁴ Dabei besteht der objektiv-rechtliche Gehalt von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG in der Gewährleistung freier und öffentlicher Meinungsbildung, die sich in einem Kommunikationsprozess vollzieht und einerseits die Freiheit zur Meinungsäußerung und -verbreitung und andererseits die Kenntnisnahme von und Information über Meinungen voraussetzt.⁶⁴⁵ Als eine der bedeut-

643 Ebenda.

644 BVerfGE 62, 230, 247; 20, 162, 174; 7, 198, 208; Sachs/*Bethge* GG Art. 5 Rn. 17.

645 Sachs/*Bethge* GG Art. 5 Rn. 18.

samsten besonderen Entfaltungsformen der Persönlichkeit⁶⁴⁶ ist sie „ein Stück sittlich notwendiger Lebensluft für den Einzelnen, die Wahrheit sagen zu dürfen“.⁶⁴⁷ Als unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit ermöglicht die Meinungsfreiheit erst die ständige geistige Auseinandersetzung und den Meinungskampf als Kernelement einer freiheitlich demokratischen Staatsform.⁶⁴⁸

Der Begriff „Meinung“ iSv Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG ist dabei nach allgemeiner Meinung „grundsätzlich weit zu verstehen“⁶⁴⁹ und umfasst jedenfalls Ansichten, Auffassungen, Überzeugungen, Wertungen, Urteile, Einschätzungen und Stellungnahmen zu Gegenständen, Personen und Werturteilen.⁶⁵⁰ Erforderlich für das Vorliegen einer Meinung ist das Element der „Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens“ im Rahmen einer „geistigen Auseinandersetzung“⁶⁵¹ oder sonstigen sozialen Kommunikation.⁶⁵² Dabei schützt Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG die Medien „Wort, Schrift und Bild“, welche jeweils für sich genommen sehr weit zu verstehen sind und alle denkbaren Arten dieser Mediengruppen umfassen.⁶⁵³ Ebenfalls geschützt sind die Behauptung sowie die Weitergabe von Tatsachen,⁶⁵⁴ „weil und soweit sie Voraussetzung der Bildung von Meinungen sind“.⁶⁵⁵

b) Wirtschaftswerbung als Meinungsäußerung

Für einen verfassungsrechtlichen Schutz geschlechtsdiskriminierender Werbung müsste Wirtschaftswerbung zunächst grundsätzlich geeignet sein, eine

646 BVerfGE 7, 198, 208.

647 *Smend* VVDStRL 4 (1928), 44, 50.

648 BVerfGE 69, 315, 345 f.; 42, 163, 169; 20, 56, 97; 12, 113, 125; 7, 198, 208; *Dreier/Schulze-Fielitz* GG Art. 5 I, II Rn. 1 ff., 43; *Sachs/Bethge* GG Art. 5 Rn. 22.

649 BVerfGE 71, 162, 179; 61, 1, 9; *Dreier/Schulze-Fielitz* GG Art. 5 I, II Rn. 62; von *Münch/Kunig/Wendt* GG Art. 5 Rn. 8; *Jarass/Piero* GG Art. 5 Rn. 3.

650 BVerfGE 93, 266, 289; 33, 1, 14 f.; von *Münch/Kunig/Wendt* Art. 5 Rn. 8; *Dreier/Schulze-Fielitz* GG Art. 5 I, II Rn. 62; von *Mangoldt/Klein/Starck* GG Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 22.

651 BVerfGE 71, 162, 179; 65, 1, 41; 61, 1, 8 f.; BGHZ 130, 5, 11 – *Busengrapscher*.

652 von *Münch/Kunig/Wendt* GG Art. 5 Rn. 8; vgl. dazu auch *Vesting* AöR 122 (1997) 337, 339 f.

653 *Dreier/Schulze-Fielitz* GG Art. 5 I, II Rn. 75.

654 *Dreier/Schulze-Fielitz* GG Art. 5 I, II Rn. 63; AK GG/*Hoffmann-Riem* Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 30; BK/*Degenhart* Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 99.

655 BVerfGE 90, 241, 247; 90, 1, 15; 85, 1, 15; 65, 1, 41; 61, 1, 8; 54, 208, 219.

II. Einem Verbot entgegenstehende, nicht zu rechtfertigende Grundrechtseingriffe

„Meinung“ iSv Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG zu enthalten. Wirtschaftswerbung iS dieser Arbeit ist als Äußerung zur Absatzförderung⁶⁵⁶ jedenfalls Kommunikation und kann zumindest grundsätzlich auch Elemente der „Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens“ enthalten. Dies wäre nur dann nicht der Fall, wenn der kommerzielle Zweck das wertende Element einer Meinung iSv Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG grundsätzlich völlig überlagern und verdrängen würde. Dann stünde im Rahmen jeder Wirtschaftswerbung die wirtschaftliche Entfaltung, nicht aber die persönliche Meinungsäußerung im Mittelpunkt. Folglich wäre Art. 12 Abs. 1 S. 1, 2 GG, nicht aber Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG einschlägig.

aa) Einordnung durch Literatur und Rechtsprechung

Der alleinige Schutz von Wirtschaftswerbung über Art. 12, 14 GG, nicht aber über Art. 5 GG war vor 1967 ganz herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung.⁶⁵⁷ *Peter Lerche* wendete sich als einer der Ersten dagegen und argumentierte, dass „Meinungen“ nicht von (kommerzieller) „Werbung“ trennbar seien⁶⁵⁸ und werbende Äußerungen daher zumindest grundsätzlich „meinungsfähig und -bildend“ sein müssten,⁶⁵⁹ wenn „das Institut der verfassungsgeschützten Meinung nicht zur lebens- und sachfremden Fiktion erstarren“ solle.⁶⁶⁰ Dem folgte schließlich die herrschende Meinung in der Literatur: Dass eine Anzeige auch kommerziellen Zwecken diene, sei für den Schutz der Meinungsfreiheit ein vollkommen unerheblicher Umstand.⁶⁶¹ Der politisch-soziale Gehalt und die Geeignetheit zur Meinungsbeeinflussung entfielen nicht durch mit der Äußerung verbundene

656 RL 84/450/EWG, ABIEG 1984 L 250/17 bzw. RL 2006/114/EG, ABIEG 2006 L 376/21; vgl. oben, B. I., S. 31 f.

657 BVerwG 2, 172, 178 f. (Sinn der Werbung sei nicht die Äußerung einer bestimmten Ansicht, sondern die Beeinflussung des Käufers mit dem Ziel, ihn kaufbereit zu machen); BGHSt 8, 360, 379 f.; 5, 12, 22 f.; *Starck* AöR 92 (1967) 449, 471 (ausdrücklich aufgegeben in von Mangoldt/Klein/*Starck* GG Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 25); vgl. zusätzlich zahlreiche Nachweise bei *Lerche* Werbung und Verfassung, S. 76 Fn. 33.

658 *Lerche* Werbung und Verfassung, S. 76.

659 *Lerche* Werbung und Verfassung, S. 78.

660 *Lerche* Werbung und Verfassung, S. 77.

661 *Hoffmann-Riem* ZUM 1996, 1, 4.

Werbehinweise.⁶⁶² Wenn man dies nicht so sehe, ermögliche man das Verbot kommunikativer Äußerungen ohne jede Abwägung.⁶⁶³ Dies würde eine Schlechterstellung von Äußerungen mit wirtschaftswerbendem Charakter bedeuten, die jedoch im Widerspruch zum Verbot staatlicher Bewertung von Meinungsäußerungen nach Motivation, Gegenstand, Inhalt und Form stünde.⁶⁶⁴ Auch böte das Grundrecht der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 S. 1, 2 GG, keinen adäquaten Schutz, da dieses nicht auf den Schutz von Meinungsäußerungen ziele⁶⁶⁵ und daher nicht ausreichend den kommunikativen Charakter der Wirtschaftswerbung berücksichtige.⁶⁶⁶ Diese bezwecke mitnichten allein, die Adressat_innen zum Kauf zu bewegen, sondern vielmehr auch, Informationen zu transportieren und einen kommunikativen Prozess zwischen Werbungtreibenden und Kund_innen herzustellen.⁶⁶⁷ Auch wenn die Werbung auf eigennützigen Motiven beruhe, läge ihr Sinn darin, für ein Produkt oder eine Leistung einzutreten, weshalb sich ihr der Meinungscharakter nicht absprechen ließe.⁶⁶⁸ Letztlich diene Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG als Kommunikationsgrundrecht auch der umfassenden Absicherung des Schutzes der wirtschaftlichen Entfaltung.⁶⁶⁹ Darüber hinaus verwirkliche es die Freiheit der Konsumententscheidung der Adressat_innen von Wirtschaftswerbung; die Freiheit der Wirtschaftswerbung sei ihrerseits die notwendige Voraussetzung für die Freiheit der Information über ein Waren- und Leistungsangebot.⁶⁷⁰ Vor allem aber könne auch Wirtschaftswerbung „Wirkung innerhalb der Gesellschaft entfalten, indem sie die Aufmerksamkeit der Betrachter auf ein bestimmtes Problem lenkt“.⁶⁷¹

662 Hoffmann-Riem ZUM 1996, 1, 2.

663 Hoffmann-Riem ZUM 1996, 1, 4.

664 Degenhart JZ 1986, 440; *Classen* Die wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Beurteilung produktunabhängiger Wirtschaftswerbung, S. 146; von Münch/Kunig/Wendt GG Art. 5 Rn. 11.

665 von Mangoldt/Klein/Starck GG Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 25.

666 *Classen* Die wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Beurteilung produktunabhängiger Wirtschaftswerbung, S. 146.

667 *Classen* Die wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Beurteilung produktunabhängiger Wirtschaftswerbung, S. 146; ausführliche Darstellung bei *Sevecke* Wettbewerbsrecht und Kommunikationsgrundrechte, S. 95 ff.

668 Degenhart JZ 1986, 440; *Stern* Staatsrecht Bd. IV/1 § 108 II 3 a δ, dabei allerdings zugehend, dass die Grenzziehung zu Art. 12 GG schwerfiele.

669 von Münch/Kunig/Wendt GG Art. 5 Rn. 11.

670 Ebenda.

671 *Classen* Die wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Beurteilung produktunabhängiger Wirtschaftswerbung, S. 147.

bb) Grundsätzliche Schutzmöglichkeit über Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG

Nicht alle der Argumente vermögen zu überzeugen. So ist zweifelhaft, ab wann überhaupt von einer „Wirkung innerhalb der Gesellschaft“⁶⁷² gesprochen werden kann und weshalb eine solche stets Indiz für eine Meinungsäußerung sein soll, denn Wirkung innerhalb der Gesellschaft entfalten auch rein tatsächliche Ereignisse.

Wenig überzeugend ist das Argument der geringeren Schutzmöglichkeit über Art. 12 Abs. 1 GG, wenn Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG nicht einheitlich angewandt wird, sondern bestimmte Werbeäußerungen, nämlich diejenigen der freien Berufe, weiterhin konsequent nur über Art. 12 Abs. 1 S. 1, 2 GG, nicht aber über Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG erfasst werden sollen.⁶⁷³ Auch ist fraglich, wieviel stärker der Schutz über die Meinungsfreiheit tatsächlich ist, wenn bei der Eröffnung des Schutzbereiches von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG eine „Parallelisierung der Schranken“ vorgenommen wird, sodass letztlich dieselben Einschränkungsmöglichkeiten wie im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 S. 1, 2 GG bestehen.⁶⁷⁴

Außerdem ist zu überlegen, ob die Ausweitung des Schutzbereiches von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG nicht zu einer „bedenklichen Banalisierung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung“ führt.⁶⁷⁵

Überzeugend ist hingegen, dass aufgrund des Freiheitsgedankens von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG Äußerungen nicht aufgrund ihres wirtschaftswerbenden Charakters pauschal aus dem Schutzbereich herausgenommen werden können. Nichts spricht dagegen, dass auch innerhalb einer Wirtschaftswerbung Aussagen mit politisch-sozialem Gehalt möglich sind, welche die öffentliche Meinung beeinflussen können. In solchen Fällen tritt ein nicht-kommerzieller Meinungsbildungszweck neben den Werbezweck. Unternehmen auch in solchen Fällen allein auf Art. 12 Abs. 1 S. 1, 2 GG zu verweisen, hieße, ihnen die Möglichkeit zu nehmen, gerade auch ihre Wirkungsmacht und Reichweite als Unternehmen auszunutzen, um sich an der öffentlichen Meinungsbildung zu beteiligen. Letztlich sind Werbeäußerungen, die nicht allein um die Darstellung eines Produktes besorgt sind oder idealisierte Bilder von Menschen, Körpern und Umwelt zeichnen, sondern

672 Ebenda.

673 BVerfG NJW 2000, 3195 – Anwaltswerbung durch Sponsoring.

674 So etwa Ahrens JZ 1995, 1096, 1100; Hatje Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit, S. 112 ff.; kritisch dazu Faßbender GRUR Int 2006, 965, 971.

675 Faßbender GRUR Int 2006, 965, 969.

auch gesellschaftliche Fragen aufnehmen und (kritische) Aussagen mit politisch-sozialem Gehalt treffen, ein zulässiger, wenn nicht gar willkommener Beitrag in einer pluralistischen, meinungsoffenen Gesellschaft,⁶⁷⁶ der als solcher von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG geschützt wird.⁶⁷⁷

Auch das BVerfG hat festgestellt, dass durch den Werbezweck der Anzeigen ihr Beitrag zur Meinungsbildung in einer die Öffentlichkeit berührenden Frage nicht geschmälert wird.⁶⁷⁸ Es trennt dabei Werbezweck und (sozialkritischen) Aussagegehalt.⁶⁷⁹ Nach der allgemeinen Meinung in Literatur und Rechtsprechung darf allein der wettbewerbsrechtliche Kontext nicht zu einer Beschränkung des Schutzbereiches der Meinungsfreiheit führen, weshalb kommerzielle Meinungsäußerungen und Wirtschaftswerbung grundsätzlich meinungsbildenden Charakter haben und daher vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG erfasst werden können.⁶⁸⁰ Dabei geht insbesondere das Schrifttum von einem umfassenden Schutz der Wirtschaftswerbung durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG aus.⁶⁸¹ Selbst jene, die einen derart umfangreichen Schutz kritisieren und grundsätzlich Art. 12 Abs. 1 S. 1, 2 GG anwenden wollen, plädieren lediglich dafür, den Schutz-

676 Vgl. *Toscani* Die Werbung ist ein lächelndes Aas.

677 Ebenso BVerfGE 107, 275, 285 f., mit Verweis auf BVerfGE 28, 191, 202.

678 BVerfGE 107, 275, 283 – Benetton-Werbung II, dem folgend *Classen* Die wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Beurteilung produktunabhängiger Wirtschaftswerbung, S. 159.

679 BVerfGE 107, 275, 283 – Benetton-Werbung II.

680 BVerfGE 107, 275, 281 ff. – Benetton-Werbung II; 102, 347, 359, 365 f. – Benetton-Werbung; 95, 173, 182; 71, 162, 175; 53, 96, 99; 30, 336, 352 („daß mit der Werbung für die Freikörperkultur [...] auch in erheblichem Umfang kommerzielle Interessen verfolgt werden, steht der Qualifizierung von FKK-Bildern als Meinungsäußerung [...] nicht entgegen“); BGHZ 151, 26, 30; BGHZ 130, 196, 203 – Ölverschmutzte Ente; BGH GRUR 1997, 125, 126; BGH NJW 1996, 593; *Oppermann* FS Wacke, S. 393, 401 (sieht Wirtschaftswerbung aber „in aller Regel vor allem [durch] Art. 12 GG [geschützt]“); *Wacke* FS Schack, S. 201 ff. (für eine differenzierte Betrachtung, wann Werbeaussagen Meinungsqualität aufweisen); *Lerche* Werbung und Verfassung, S. 80, 85 (bejahend, soweit die wirtschaftswerbende Aussage meinungsrechtlichen Gehalt besitzt); so wohl auch *Selmer* FS Ipsen, S. 515, 516 f.; *Sevecke* Wettbewerbsrecht und Kommunikationsgrundrechte, S. 122; *Wassermeyer* Diskriminierende Werbung, S. 78 ff.; *dies.* GRUR 2002, 126, 133; *Ahrens* NJW 2000, 3188; *Fezer* JZ 1998, 265, 269; BK/*Degenhart* Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 126; *Jarass/Pieroth* GG Art. 5 Rn. 3; *Sachs/Bethge* GG Art. 5 Rn. 25a; von Mangoldt/Klein/*Starck* GG Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 25; von Münch/Kunig/*Wendt* GG Art. 5 Rn. 11; aA noch BVerfGE 40, 371, 382.

681 Statt vieler von Mangoldt/Klein/*Starck* GG Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 25.

II. Einem Verbot entgegenstehende, nicht zu rechtfertigende Grundrechtseingriffe

bereich von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG wieder enger zu ziehen und die Meinungsfreiheit nur bei Vorliegen besonderer Gründe in Betracht zu ziehen, nicht aber für einen vollständigen Ausschluss von Wirtschaftswerbung aus dem Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG.⁶⁸² Der Schutz von Wirtschaftswerbung über Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG ist also jedenfalls grundsätzlich möglich.

c) Konkretisierung des sachlichen Schutzbereichs

Zu untersuchen ist, wann genau (geschlechtsdiskriminierende) Wirtschaftswerbung Meinungsäußerungen iSd Grundgesetzes enthält und daher in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG fällt. Falls nicht bereits jede Äußerung eine von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG geschützte Meinungs- oder auch Tatsachenäußerung ist, bedarf es der Herausarbeitung und Konturierung der Grenzen des Schutzbereiches.

aa) Das Meinungsspektrum in Rechtsprechung und Literatur

Wenn das BVerfG ausführt, dass „das Grundrecht der Meinungsfreiheit auch für eine Wirtschaftswerbung jedenfalls dann als Prüfungsmaßstab in Betracht kommt, wenn eine Ankündigung einen wertenden, meinungsbildenden Inhalt hat oder Angaben enthält, die der Meinungsbildung dienen“⁶⁸³, greift es damit im Wesentlichen auf die allgemeine Definition für Meinungsäußerungen zurück. Dieses Erfordernis wird auch in der Literatur übernommen.⁶⁸⁴ Allerdings ist die Klärung der Frage, wann Wirtschaftswerbung in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG fällt, damit noch keinen Schritt weiter. Dies zeigen anschaulich die unterschiedlichen Ansichten in Literatur und Rechtsprechung zum Umfang des Schutzberei-

682 *Faßbender* GRUR Int 2006, 965, 969.

683 BVerfG NJW 2001, 3403, 3404; BVerfGE 107, 275, 280 – Benetton-Werbung II; 102, 347, 359 – Benetton-Werbung; 95, 173, 182 (Kennzeichnung von Tabakerzeugnissen), dazu *Di Fabio* NJW 1997, 2863 f.; BVerfGE 71, 162, 175 (berufswidrige Werbung durch Ärzte); BGHZ 130, 5, 11 f. – Busengrapscher; 130, 196, 203 – Ölverschmutzte Ente.

684 *Ahrens* JZ 1995, 1096, 1100 f.; *Beater* Rn. 783; BK/*Degenhart* Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 126; von Mangoldt/Klein/*Starck* GG Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 25; von Münch/Kunig/*Wendt* GG Art. 5 Rn. 11; *Jarass/Pieroth* GG Art. 5 Rn. 3.

ches von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG: Während einige den wertenden, meinungsbildenden Charakter in suggestiv wirkenden Plakaten z.B. darin erkennen, dass „Rauchen ‚schick‘ sei und die Menschen miteinander verbinden“⁶⁸⁵, gehen andere noch weiter und erkennen in jeder Werbung zumindest die Botschaft, dass das werbende Unternehmen die Aufmerksamkeit der Verbraucher_innen verdiene. Dies sei eine wertende Aussage, um Verbraucher_innen zu eigenen Positionen gegenüber dem Unternehmen anzuregen und diene daher der Meinungsbildung im Wettbewerb.⁶⁸⁶ Wieder andere aber zweifeln schon angesichts der Benetton-Werbefälle, die tatsächlich sozialkritische Aussagen enthielten, ob und wann Werbung überhaupt von der Meinungsfreiheit geschützt wird.⁶⁸⁷

bb) Werbeaussagen als Meinungs- oder Tatsachenäußerung

Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG schützt die Äußerung und Verbreitung von Meinungen sowie die Behauptung und Weitergabe von Tatsachen,⁶⁸⁸ „weil und soweit sie Voraussetzung der Bildung von Meinungen sind“.⁶⁸⁹

(1) Grundsätzliche Meinungseigenschaft sämtlicher Werbeaussagen

Zu untersuchen ist, ob sämtliche Äußerungen und Angaben in der Werbung grundsätzlich Meinung iSv Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG sind. Dann müsste das dafür erforderliche Element der „Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens“ im Rahmen einer geistigen Auseinandersetzung⁶⁹⁰ darin bestehen, dass das jeweilige Unternehmen sein Produkt positiv bewertet und von dessen Konsum überzeugen will.

685 von Mangoldt/Klein/Starck GG Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 25.

686 Fezer/Scherer § 4-2 Rn. 278 ff.; ähnlich Wassermeyer Diskriminierende Werbung, S. 85 f.; vergleichbar auch Jestaedt Jura 2002, 552, 554 (Inbezugsetzung einer Information mit dem werbenden Unternehmen).

687 Ahrens JZ 1995, 1096, 1100 f.; Henning-Bodewig WRP 1992, 533, 540 (jeweils bzgl. der Benetton-Werbung).

688 Dreier/Schulze-Fielitz GG Art. 5 I, II Rn. 63; AK GG/Hoffmann-Riem Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 30; BK/Degenhart Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 99.

689 BVerfGE 90, 241, 247; 90, 1, 15; 85, 1, 15; 65, 1, 41; 61, 1, 8; 54, 208, 219.

690 BVerfGE 71, 162, 179; 65, 1, 41; 61, 1, 8 f.; BGHZ 130, 5, 11; von Münch/Kunig/Wendt GG Art. 5 Rn. 8; Vesting AöR 122 (1997) 339 f.

II. Einem Verbot entgegenstehende, nicht zu rechtfertigende Grundrechtseingriffe

Dagegen sprechen könnte die Bedeutung der Meinungsfreiheit als unmittelbarer Ausdruck menschlicher Persönlichkeit und Grundlage der freiheitlich-demokratischen Staatsordnung.⁶⁹¹ Die objektiv-rechtliche Dimension der Meinungsfreiheit besteht darin, „die freie geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen im *politisch-gesellschaftlichen* Raum gegen allfällige rechtliche Beschränkungen zu immunisieren.“⁶⁹² Dies hat auch das BVerfG in seiner Rechtsprechung bisher stets deutlich unterstrichen.⁶⁹³ Eine Ausdehnung dieses, auf den politisch-gesellschaftlichen Raum bezogenen Schutzes auf kommerzielle Tätigkeiten birgt zumindest die Gefahr, den eigentlichen Kern der Grundrechtsgarantie aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG zu banalisieren⁶⁹⁴ und die Intensität des Grundrechtsschutzes einer (fragwürdigen) Ausdehnung desselben zu opfern.⁶⁹⁵ Außerdem würde durch eine zu weite Auslegung des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG letztlich jegliche menschliche Tätigkeit geschützt und damit „das wohlabgewogene Vorbehaltssystem des GG [...] zerstört.“⁶⁹⁶ Auch die Bezugnahme auf die Differenzierungsverbote innerhalb von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG⁶⁹⁷ verkennt die objektiv-rechtliche, auf den politisch-gesellschaftlichen Raum bezogene Dimension:⁶⁹⁸ Das Verbot, danach zu differenzieren, aus welchem Grund und zu welchem Zweck eine Meinung geäußert wird, ob sie sich also auf fachliche, wirtschaftliche oder kulturelle Themen bezieht und ob sie wertvoll oder wertlos ist, gilt allein innerhalb dieses politisch-gesellschaftlichen Raumes, den Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG schützen will.⁶⁹⁹

Fraglos können auch über wirtschaftliche Gegenstände Meinungen gebildet und geäußert werden. Dies muss aber nicht dazu führen, dass in jeder Werbung ein ideologischer Gehalt steckt, der über Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG geschützt werden muss. Wenn dafür vorgebracht wird, dies zeige sich jedenfalls dann sehr deutlich, wenn gegen Inhalte oder Formen von Werbung kritische Meinungen geäußert oder zum Boykott bestimmter Firmen oder Produkte aufgerufen werde,⁷⁰⁰ so ist dies nicht überzeugend, da eine Mei-

691 BVerfGE 62, 230, 247; 7, 198, 208.

692 *Faßbender* GRUR Int 2006, 965, 970.

693 BVerfGE 62, 230, 247; 20, 162, 174; 7, 198, 208.

694 Ebenso *Faßbender* GRUR Int 2006, 965, 970.

695 *Leisner* UFITA 1962, 129, 136 f.

696 *Leisner* UFITA 1962, 129, 136.

697 *Hatje* Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit, S. 65 ff.

698 *Faßbender* GRUR Int 2006, 965, 970.

699 Ebenda.

700 BVerfGE 7, 198, 203 ff.; von Mangoldt/Klein/Starck GG Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 25.

nungsäußerung nicht eine andere Meinungsäußerung voraussetzt. Selbiges gilt für das Argument, dass in der Verteidigung der Werbung gegen kritische Äußerungen nicht nur eine Fortsetzung der Werbung, sondern auch eine Stellungnahme im Meinungskampf läge.⁷⁰¹ Die Stellungnahme besteht in diesen Fällen in einer Ansicht über eine Sache, hier Inhalt oder Form der Werbung. Dies trifft jedoch keine Aussage zu der Frage, ob die Werbung selbst eine Meinungsäußerung enthielt – schließlich kann auch über tatsächliche Vorgänge eine Meinung gebildet und geäußert werden.

Dass der Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG nicht zu weit ausgedehnt werden darf, unterstreicht auch ein systematisches Argument: Im Rahmen der Schranken werden nach allgemeiner Ansicht besondere Anforderungen an die Auslegung von „allgemeinen Gesetzen“ iSd Art. 5 Abs. 2 GG⁷⁰² gestellt, die von der Literatur als sogenannte Wechselwirkungslehre⁷⁰³ übernommen wurden und zu einem besonders hohen Schutz der Meinungsfreiheit auf der Rechtsgüterskala führen.⁷⁰⁴ Eine solche Privilegierung ist aber nur gerechtfertigt, wenn tatsächlich die „grundlegende Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit für den freiheitlich-demokratischen Staat“⁷⁰⁵, also die freie geistige Auseinandersetzung geschützt wird.⁷⁰⁶ Wenn das neuere Schrifttum versucht, in einer sogenannten Schrankenlösung über eine Parallelisierung der Schranken von Art. 12 und 5 GG Abstufungen im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Eingriffen vorzunehmen,⁷⁰⁷ zeigt sich, dass auch hier der über Art. 5 Abs. 1 GG erreichte Grundrechtsschutz offensichtlich doch als zu weitgehend empfunden wird.⁷⁰⁸ Außerdem ist zu fragen, ob der so erreichte Schutz tatsächlich stärker ist als jener über Art. 12 Abs. 1 S. 1, 2 GG. Falls dies nicht so ist, wäre eine Erfassung über Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG schlicht unnötig.⁷⁰⁹

701 von Mangoldt/Klein/Starck GG Art. 5 Art. 1, 2 Rn. 25.

702 Seit BVerfGE 7, 198, 208 f. – Lüth.

703 Vgl. etwa Sachs/Bethge GG Art. 5 Rn. 145.

704 Maunz/Dürig/Herzog GG Art. 5 Abs. I, II Rn. 266.

705 BVerfGE 7, 198, 208.

706 Faßbender GRUR Int 2006, 965, 971.

707 So etwa Ahrens JZ 1995, 1096, 1100; Hatje Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit, S. 112 ff.

708 Faßbender GRUR Int 2006, 965, 971.

709 Zweifelnd Faßbender GRUR Int 2006, 965, 971, nach dem sich diese Ansicht damit selbst ad absurdum führt.

II. Einem Verbot entgegenstehende, nicht zu rechtfertigende Grundrechtseingriffe

Zumindest grundsätzlich geht es im Rahmen von Wirtschaftswerbung weniger um eine freie geistige Auseinandersetzung als um den Verkauf von Produkten.⁷¹⁰ Der Sinn der Werbung liegt häufig nicht in der Äußerung einer bestimmten Ansicht, sondern in der Beeinflussung der Rezipient_innen mit dem Ziel, sie kaufbereit zu machen.⁷¹¹ Damit ist grundsätzlich gerade nicht die objektiv-rechtliche Dimension von Art. 5 Abs. 1 GG betroffen. Sachnäher bzw. spezieller ist in diesen Fällen Art. 12 Abs. 1 S. 1, 2 GG.⁷¹² Wenn derartige Äußerungen aber durch „sachnähere“, „sachzentralere“ Bestimmungen des Grundgesetzes erfasst werden, dann sind sie aus dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit herauszunehmen.⁷¹³ Zwar ist es durchaus möglich, dass Werbung im Einzelfall einen Beitrag im politisch-gesellschaftlichen Raum leistet. Wirtschaftswerbung stets und ohne weitere Differenzierung in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit einzuordnen, erkennt jedoch die Grundrechtskonkurrenz zwischen der Berufsfreiheit einerseits und der Meinungsfreiheit andererseits sowie die besondere Bedeutung der Meinungsfreiheit.

Auch die Schwierigkeit von Abgrenzungen bei einer Engfassung des Schutzbereiches von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG⁷¹⁴ kann nicht dazu führen, dass sämtliche Äußerungen innerhalb der Wirtschaftswerbung Meinungsäußerungen iSd GG sind. Zum einen gehören Abgrenzungsschwierigkeiten „zum ‚täglichen Brot‘ des Juristen“,⁷¹⁵ was sich auch im Rahmen der Auslegung anderer Grundrechte zeigt. Beispiel ist etwa die Versammlungsfreiheit,⁷¹⁶ von deren Schutzbereich das BVerfG sogenannte „Spaßversammlungen“ ausgenommen und dies mit dem fehlenden „Bezug auf den Prozess der öffentlichen Meinungsbildung“ begründet hat.⁷¹⁷ Im Übrigen ist eine Abgrenzung jedenfalls notwendig: Ohne jegliche Abgrenzung müssten sämtliche werbliche Äußerungen, also auch bloße Produktfotografien mit

710 So auch BVerfGE 95, 173, 181 – Warnhinweise für Tabakerzeugnisse.

711 BVerwGE 2, 172, 178 f.

712 *Faßbender* GRUR Int 2006, 965, 970; ausführlich zur Grundrechtskonkurrenz *Stern* Staatsrecht Bd. III/2 § 92 I.

713 *Leisner* UFITA 1962, 129, 136, insbes. 146; ihm folgend *Faßbender* GRUR Int 2006, 965, 970, der dies zur Verhinderung einer Banalisierung des Grundrechts der Meinungsfreiheit für nicht nur möglich, sondern geboten hält.

714 So *Grigoleit/Kersten* DVBl 1996, 596, 600.

715 *Faßbender* GRUR Int 2006, 965, 970.

716 Ebenda.

717 BVerfG NJW 2001, 2459, 2460 f. – Fuckparade/Loveparade; kritisch *Tschentscher* NVwZ 2001, 1243 ff.

Preisangaben in den Werbebroschüren der Discounter oder auch die Werberufe eines Marktschreiers („Ein Pfund Tomaten zwei Euro!“) in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG fallen. Dies sind aber jedenfalls in erster Linie Fälle der Berufsausübung nach Art. 12 Abs. 1 S. 1, 2 GG und keine Meinungsäußerungen iSd Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG.

In allen anderen Lebensbereichen wird ebenfalls stets geprüft, ob überhaupt eine Meinungsäußerung iSv Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG vorliegt. Es besteht kein Grund, hier die Wirtschaftswerbung besser zu stellen. Selbst *Peter Lerche*, der Begründer der heute hM, ging davon aus, dass bei einer grundsätzlichen Öffnung von Art. 5 GG für Wirtschaftswerbung „freilich nicht alle Typen werblicher Äußerungen ‚meinungswertig‘ werden.“⁷¹⁸ Und auch nach der Rechtsprechung sind werbliche Aussagen nur unter bestimmten Voraussetzungen Meinung iSv Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG.⁷¹⁹ Äußerungen und Angaben im Rahmen von Wirtschaftswerbung fallen also nicht grundsätzlich und ohne Weiteres als Meinungen in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG.

(2) Werbeaussagen als Tatsachen, die Voraussetzung der Bildung von Meinungen sind

Da Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG auch die Behauptung und Weitergabe von Tatsachen schützt⁷²⁰ „soweit sie Voraussetzung der Bildung von Meinungen sind“,⁷²¹ ist zu prüfen, ob alle tatsächlichen Angaben in der Werbung, wenn sie schon keinen Meinungscharakter haben, als Tatsachen Voraussetzung für die Bildung von Meinungen sind und aufgrund dessen in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG fallen. Produktangaben in der Werbung sind darauf ausgerichtet, potenzielle Konsument_innen von der Qualität des Produkts zu überzeugen bzw. ihnen die jeweilige Marke bekannt zu machen, damit sie sich später für den Konsum des beworbenen Produkts entscheiden. Fraglich ist, ob die Konsumententscheidung eine Meinungsäußerung ist. Dafür könnte angeführt werden, dass Konsument_innen mit ihrer

718 *Lerche* Werbung und Verfassung, S. 80, 154; ähnlich *Drettmann* Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit, S. 118.

719 BVerfGE 102, 347, 359 – Benetton-Werbung; 71, 162, 175; BGHZ 151, 26, 30.

720 Dreier/*Schulze-Fielitz* GG Art. 5 I, II Rn. 63; AK GG/*Hoffmann-Riem* Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 30; BK/*Degenhart* Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 99.

721 BVerfGE 90, 241, 247; 90, 1, 15; 85, 1, 15; 65, 1, 41; 61, 1, 8; 54, 208, 219.

II. Einem Verbot entgegenstehende, nicht zu rechtfertigende Grundrechtseingriffe

Produktauswahl stets auch konkludent ihre positive Meinung bezüglich des Produkts äußern.⁷²² Dagegen spricht jedoch, dass Konsumententscheidungen aus den unterschiedlichsten Gründen getroffen werden, etwa weil das Produkt das günstigste oder das teuerste ist, weil die Werbung zum Kauf des Produkts angereizt und neugierig gemacht hat oder weil kein anderes Produkt verfügbar ist. Zum Teil wird vielleicht auch gar keine bewusste Kaufentscheidung getroffen, weil zufällig dasjenige Produkt gegriffen wird, welches am einfachsten zu erreichen ist. Die Konsumententscheidung grundsätzlich mit einer Meinungsäußerung gleichzusetzen, überzeugt also nicht. Vielmehr wird sich eine tatsächliche Meinung über ein Produkt auch nicht allein aufgrund der Angaben aus der Werbung, sondern vielmehr aus den Erfahrungen des tatsächlichen Ge- oder Verbrauchs ergeben. Werbeangaben sind damit nicht stets von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG geschützte Tatsachen.

(3) Werbeaussagen mit Meinungsqualität

Wenn Wirtschaftswerbung weder als Meinungsäußerung noch als Tatsachenbehauptung stets von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG erfasst wird, stellt sich schließlich die Frage, in welchen Fällen sie dennoch unter den Schutz der Meinungsfreiheit fällt. Verschiedentlich wird darauf abgestellt, ob der Schwerpunkt einer Äußerung in der Werbung im Produktbezug oder in einer Meinungsäußerung liegt: Dass eine Werbung zugleich geschäftlichen Interessen dient, ist nach *Wolfgang Hoffmann-Riem* unerheblich, entscheidend sei der Schwerpunkt der jeweiligen Äußerung (Produktbezug oder Meinungsäußerung).⁷²³ Erforderlich sei eine Prüfung, ob die jeweilige Äußerung nur einen Werbegehalt oder auch einen politisch-sozialen Gehalt habe. Entscheidend sei, ob einer der beiden Gehalte vorrangig oder beide Gehalte zumindest gleichwertig seien,⁷²⁴ unerheblich könne hingegen sein, ob etwas Wesentliches zu einer Auseinandersetzung beigetragen werde.⁷²⁵ Strenger ist demgegenüber *Kurt Faßbender*, der die Meinungsfreiheit in Anlehnung

722 So wohl *Ahrens* JZ 2004, 763, 768.

723 *Hoffmann-Riem* ZUM 1996, 1, 3 f., mit dem Hinweis auf Sponsoring, das auch ohne Produktbezug eine Meinung äußere.

724 *Hoffmann-Riem* ZUM 1996, 1, 2; ebenso BGHZ 130, 196, 204 – Ölverschmutzte Ente.

725 *Hoffmann-Riem* ZUM 1996, 1, 2; ähnlich BVerfGE 102, 347, 365 f. – Benetton-Werbung.

an eine Formulierung des EuGH⁷²⁶ nur dann für einschlägig hält, wenn die streitige Werbung etwas zu einer Debatte von allgemeinem Interesse beiträgt.⁷²⁷ Grundsätzlich in dieselbe Richtung wie die Vorgenannten geht das BVerfG, welches es würdigen will, wenn auch ein Wirtschaftsunternehmen eine Haltung zu gesellschaftspolitischen Themen hat, und eine solche Werbung (jedenfalls) in einem solchen Fall von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG erfasst sieht.⁷²⁸ Es stellte bereits 1967 fest, dass es neben Anzeigen, bei denen der Produktbezug und der Werbecharakter im Vordergrund stehen, auch solche gibt, mit denen die Anzeigenden eine eigene Meinung verbreiten wollen.⁷²⁹ In neuerer Zeit entschied das BVerfG, dass sich der Schutz des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG auch auf kommerzielle Meinungsäußerungen und auf reine Wirtschaftswerbung erstreckt, wenn diese einen wertenden, meinungsbildenden Inhalt haben.⁷³⁰ Dies gelte auch für die Veröffentlichung eines Bildnisses, welches die Meinungsäußerung transportiere oder ergänze.⁷³¹

Die Überlegung einer Einordnung nach Schwerpunktbildung erinnert an die oben bereits aufgeworfene Frage nach der Konkurrenz von Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG, und Berufs(ausübungs)freiheit, Art. 12 Abs. 1 S. 1, 2 GG. Auch eine im Rahmen von Wirtschaftswerbung getätigte Aussage muss, soll sie in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fallen, die Eigenschaften einer Meinung iSv Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG aufweisen. Nicht alle Äußerungen sind auch Meinungsäußerungen iSv Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG.⁷³² Anschaulich definiert *Walter Leisner* „Meinung als von der Form der Äußerung und Aufnahme unabhängige, dem objektiven Betrachter intellektuell verständliche These“⁷³³, die von Tatsachenmitteilun-

726 EuGH EuZW 2004, 439 Rn. 51 – Karner.

727 *Faßbender* GRUR Int 2006, 965, 970.

728 BVerfGE 102, 327, 359 f., 368 f. – Benetton-Werbung.

729 BVerfG NJW 1967, 976, 977.

730 Vgl. BVerfGE 102, 347, 359 – Benetton-Werbung; 71, 162, 175; ebenso BGHZ 151, 26, 30.

731 Vgl. BVerfGE 102, 347, 359 – Benetton-Werbung; 71, 162, 175; ebenso BGHZ 151, 26, 30; in der Literatur aufgenommen und zum Teil dahin gehend ausgedehnt, dass Foto-Werbung als Identifikationsangebot für Markenbewusstsein stets eine Meinungsäußerung in Bildform iSv Art. 5 Abs. 1 GG sei: *Schuppert* AfP 2003, 113, 114 f.; *Dreier/Schulze-Fielitz* GG Art. 5 I, II Rn. 75.

732 *Leisner* UFITA 1962, 129, 137.

733 *Leisner* UFITA 1962, 129, 139.

II. Einem Verbot entgegenstehende, nicht zu rechtfertigende Grundrechtseingriffe

gen abzugrenzen ist durch das „Wertungselement“⁷³⁴, das „Thesenhaftete“⁷³⁵, das „Wahrscheinliche“⁷³⁶. Auszunehmen davon seien Äußerungen, die durch „sachnähere“, „sachzentralere“ Bestimmungen des Grundgesetzes erfasst werden.⁷³⁷ Zutreffend betont er, eine solche Begrenzung müsse insbesondere für Äußerungen im geschäftlichen und beruflichen Rahmen gezogen werden, wenn sie keinen Bezug zu einer allgemeinen, sozial- oder wirtschaftspolitischen Thematik aufweisen.⁷³⁸ Damit sind Äußerungen im Rahmen von Wirtschaftswerbung grundsätzlich jedenfalls dann nicht von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG erfasst, wenn es sich um eine Anzeige traditionellen Typs handelt und ausschließlich der Produktbezug im Vordergrund steht.⁷³⁹ Dann nämlich erschöpft sich der kommunikative Gehalt einer Werbung allein in ihrem wirtschaftlichen Zweck, weshalb allein Art. 12 Abs. 1 S. 1, 2 GG einschlägig ist.⁷⁴⁰

Das Hauptkriterium für eine Erfassung von Äußerungen in der Wirtschaftswerbung durch die Meinungsfreiheit ist damit Folgendes: Die Werbung darf nicht das Angebot und die Verkaufsabsicht in den Mittelpunkt stellen.⁷⁴¹ Vielmehr muss die Werbung darüber hinaus eine These oder Wertung zu anderen, über den Produktbezug hinausgehenden Themen allgemeiner, gesellschafts- oder wirtschaftspolitischer Art enthalten.⁷⁴² Eine solche bedarf einer klaren Zuordnung und gewissen Konkretheit.⁷⁴³ Indiz für eine Meinungsäußerung ist die Verwendung von Bildern, Fotos (insbesondere originalen Pressefotos) und sonstigen Inhalten aus der aktuellen ge-

734 *Leisner UFITA* 1962, 129, 141, mwN.

735 *Leisner UFITA* 1962, 129, 144.

736 *Leisner UFITA* 1962, 129, 145.

737 *Leisner UFITA* 1962, 129, 146.

738 Ebenda.

739 *Hoffmann-Riem ZUM* 1996, 1, 2.

740 So grundsätzlich für geschäftliche Aktivitäten auch *Kübler/Kübler FS Ulmer*, S. 907, 922 f., die aber Art. 5 Abs. 1 GG für einschlägig halten, sobald eine öffentliche Anpreisung vorliegt und Werbung daher grundsätzlich vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit erfasst sehen.

741 Ebenso BVerfGE 102, 347, 359 f. – Benetton-Werbung; BGHZ 130, 196, 204 (allerdings im Rahmen der Abwägung); ähnlich *Hoffmann-Riem ZUM* 1996, 1, 2.

742 Ebenso BVerfGE 102, 347, 359 f. – Benetton-Werbung: „sprechende Bilder mit meinungsbildendem Inhalt“, die „ein (Un-) Werturteil zu gesellschaftlich und politisch relevanten Fragen“ enthalten.

743 *Lerche Werbung und Verfassung*, S. 86.

sellschaftlichen Diskussion.⁷⁴⁴ Indiz gegen eine Meinungsäußerung ist der Produktbezug.⁷⁴⁵

(4) Zwischenergebnis

Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG schützt die freie geistige Auseinandersetzung innerhalb der Gesellschaft;⁷⁴⁶ Wirtschaftswerbung ist jedoch prinzipiell darauf gerichtet, den Unternehmensumsatz zu steigern. Dies steht einer Einordnung als Meinungsäußerung zwar nicht grundsätzlich entgegen; allerdings enthält auch nicht jede Werbung eine Meinungsäußerung oder Tatsachenbehauptung iSv Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG. Vielmehr ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob tatsächlich eine Meinungsäußerung iSd Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG vorliegt. Dies ist der Fall, wenn eine verständliche, über den Produktbezug hinausgehende These oder Wertung erkennbar ist.

cc) Meinungswertigkeit geschlechtsdiskriminierender Wirtschaftswerbung

Abschließend ist zu untersuchen, wann geschlechtsdiskriminierende Wirtschaftswerbung eine Meinungsäußerung enthält und damit in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG fällt. Erforderlich ist nach den obigen Ausführungen die Erkennbarkeit einer verständlichen, über den Produktbezug hinausgehenden These oder Wertung. In der bereits oben dargestellten „Busengrapscher“-Entscheidung⁷⁴⁷ lehnte der BGH das Vorliegen einer Meinungsäußerung ab und begründete dies damit, dass die Werbung erkennbar keinerlei Aussagebedürfnis befriedige.⁷⁴⁸ *Alfred-Carl Gaedertz* und *Anja Steinbeck* begrüßten diese Entscheidung und begründeten dies damit, dass hier, anders als im Rahmen der Benetton-Werbung, keine gesellschaftspolitischen Fragestellungen angesprochen würden, sondern die Werbung allein am kommerziellen Interesse ausgerichtet sei. Eine aufklärerische Funktion wie bei der Benetton-Werbung könne die sexistische Werbung

744 *Hoffmann-Riem* ZUM 1996, 1, 3.

745 Vgl. BVerfGE 102, 347, 359; BGHZ 130, 196, 204 (im Rahmen der Abwägung); ähnlich *Hoffmann-Riem* ZUM 1996, 1, 2.

746 So statt vieler BVerfGE 61, 1, 7 f.

747 BGHZ 130, 5.

748 BGHZ 130, 5, 11.

II. Einem Verbot entgegenstehende, nicht zu rechtfertigende Grundrechtseingriffe

nicht für sich in Anspruch nehmen.⁷⁴⁹ Nicht deutlich wird, ob dies für jede oder nur die vorliegende sexistische Meinung gelten soll. Ersteres wird jedenfalls auch vertreten: So sollen bestimmte Arten von Werbung grundsätzlich keine Meinungsrelevanz haben, darunter sämtliche Fälle der belästigenden sowie gefühlsausnutzenden Werbung, „wenn und soweit sie keine Wertungen oder meinungsbildenden Informationen vermitteln, sondern lediglich mit suggestiver Kraft kauffreundliche Gefühls- und Begehrensvorstellungen [...] produzieren.“⁷⁵⁰ Dabei werden zur sogenannten gefühlsausnutzenden Werbung insbesondere solche des „Sex Sells“ gezählt.⁷⁵¹

Geschlechtsdiskriminierende Werbung besteht zum Teil aus Darstellungen von Menschen oder menschlichen Körpern (bzw. Körperteilen), zum Teil aus Äußerungen stereotyper Vorstellungen, häufig aus einer Verbindung von beidem. Zwar schützt Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG die Medien „Wort, Schrift und Bild“⁷⁵² und der Begriff „Meinung“ iSv Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG ist nach allgemeiner Meinung „grundsätzlich weit zu verstehen.“⁷⁵³ Allerdings muss auch hier jeweils eine These erkennbar sein, um das Vorliegen einer Meinung iSv Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG annehmen zu können.⁷⁵⁴ Dies ist jedenfalls dann nicht der Fall, wenn Menschen oder menschliche Körper im Rahmen sogenannter Blickfangwerbung als „Hingucker“ für die jeweiligen Produkte oder Dienstleistungen benutzt werden. An diesem Ergebnis ändert sich auch nichts, wenn zusätzliche Bemerkungen die „Sex Sells“-Botschaft noch unterstreichen, so etwa in der Werbung einer Metzgerei mit der Darstellung einer halbnackten Frau und Würsten sowie dem Text „Scharf, aber mit Geschmack“ oder auch in einer Hostelwerbung mit der Darstellung eines weiblichen Unterleibs, dessen Tanga die Aufschrift „24 h OPEN“ trägt.⁷⁵⁵ Sowohl im Rahmen der Blickfangwerbung als auch in den geschilderten Fällen mit zusätzlicher Aussage wird neben dem deutlichen Produktbezug keine zusätzliche Äußerung zu einem bestimmten Thema ersichtlich. Vielmehr sollen Aufmerksamkeit für Produkt und Unternehmen erregt sowie bestimmte Begehrensvorstellungen geweckt wer-

749 Gaedertz/Steinbeck WRP 1996, 978, 981 f.

750 Säcker WRP 2004, 1199, 1205, mit Verweis auf *Lerche* Werbung und Verfassung, S. 86.

751 Säcker WRP 2004, 1199, 1205.

752 Dreier/Schulze-Fielitz GG Art. 5 I, II Rn. 75.

753 BVerfGE 61, 1, 9; 71, 162, 179; Dreier/Schulze-Fielitz GG Art. 5 I, II Rn. 62; von Münch/Kunig/Wendt GG Art. 5 Rn. 8; Jarass/Pieroth GG Art. 5 Rn. 3.

754 Zweifelnd bezüglich der Benetton-Fälle Ahrens JZ 1995, 1096, 1101.

755 Vgl. Abbildung oben, S. 122.

den, um potenzielle Konsument_innen zur Kaufentscheidung zu bewegen. Grundsätzlich nicht erkennbar ist in diesen Fällen ein darüber hinausgehender Wille, sich zu anderen Themen als dem Produkt zu äußern oder gar an einer gesellschaftlichen Diskussion teilzuhaben.

Schwieriger einzuordnen sind Werbekampagnen, die ihre Produkte mit ausdrücklichen geschlechtsdiskriminierenden Aussagen verbinden, wie etwa die Werbung für eine Herrenuhr mit der Darstellung einer solchen und dem dazu abgebildeten Text „Viel zu schade zum Einkaufen, Waschen, Putzen und Wickeln“. Eine solche Aussage bezieht sich zunächst auf das Produkt, einerseits indem sie deutlich macht, für welches Geschlecht sich das Produkt eignet, andererseits indem sie die Eigenschaften von Menschen einer (Geschlechts-) Gruppe mit denen des Produktes gleichsetzt. In einer solchen geschlechtsdiskriminierenden Aussage kann zwar grundsätzlich eine These liegen. Ob diese aber als vom Produkt losgelöst, das Produkt in den Hintergrund stellend und darüber hinausgehend betrachtet werden kann, ist anhand des jeweiligen Einzelfalls zu entscheiden. Häufig werden, wie im angeführten Beispiel, geschlechtsdiskriminierende Aussagen gerade eng mit dem jeweiligen Produkt verknüpft sein und das Erfordernis der über den Produktbezug hinausgehenden These oder Wertung nicht erfüllen.

Während in den bisher geschilderten Fällen entweder überhaupt keine Aussage erkennbar (Blickfangwerbung) oder der Produktbezug der Aussage deutlich und eine darüber hinausgehende Äußerung nicht ersichtlich war, ist aber auch geschlechtsdiskriminierende Werbung denkbar, die ohne vordergründigen Produktbezug auskommt und eine erkennbare These enthält. Beispiele dafür sind etwa zwei großplakatige Werbeanzeigen für eine Elektronik-Fachmarktkette, die jeweils den Komiker Mario Barth zeigen sowie die Aussagen „NEU FÜR FRAUEN: MEHR EINKAUFEN WENIGER AUSGEBEN“ und „MÄNNER GEHEN NICHT AUF DEN MARKT. MÄNNER GEHEN IN DEN MARKT“. Eine solche Werbung enthält vom Produkt losgelöste Thesen und fällt in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG.

dd) Zwischenergebnis

Wirtschaftswerbung fällt nur dann in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit, wenn der Produktbezug in den Hintergrund tritt und eine davon losgelöste, darüber hinausgehende Aussage zu gesellschaftlichen, politischen oder wirtschaftlichen Themen erkennbar wird. Eine solche Aussage ist auch

II. Einem Verbot entgegenstehende, nicht zu rechtfertigende Grundrechtseingriffe

im Rahmen geschlechtsdiskriminierender Werbung denkbar. Sie liegt jedoch nicht vor, wenn vorwiegend mit Gefühls-, Begehrens- oder Idealvorstellungen geworben wird, der Bezug zum Produkt im Vordergrund steht und entweder überhaupt keine oder keine über den Produktbezug hinausgehende Aussage von Meinungsqualität iSd Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG erkennbar ist.

d) Persönlicher Schutzbereich

Mit der Formulierung „Jeder“ gewährleistet Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG die Meinungsfreiheit als Grundrecht für jede Person.⁷⁵⁶ Da Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG aber nicht allein Ausprägungen der Individualität natürlicher Personen schützt, fallen auch juristische Personen nach Art. 19 Abs. 3 GG in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit,⁷⁵⁷ wenn sie die Meinung ihrer Mitglieder oder sonst in ihr maßgebender Menschen verbreiten.⁷⁵⁸ Dass auch eine juristische Person auf diese Weise ihre Anliegen und Interessen in der Öffentlichkeit vertreten dürfen muss, wenn die Meinungs- und Diskussionsfreiheit erhalten werden soll,⁷⁵⁹ wurde früher vor allem für Idealvereine und sonstige Personenvereinigungen angenommen, die in der Lage sein sollten, innerhalb ihres Zweckes Äußerungen im Namen ihrer Mitglieder zu treffen.⁷⁶⁰ Ob dies ohne Weiteres auf Unternehmen übertragen werden kann, deren Hauptzweck die kommerzielle Tätigkeit ist und die sich zur Ausarbeitung von Werbekampagnen häufig dritter Unternehmen bedienen, ist zwar fraglich. Dennoch ist heute allgemein anerkannt, dass auch ein kommerzielles Unternehmen grundsätzlich Meinungen äußern und von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG geschützt werden kann.⁷⁶¹ Wo die Idee des Inhalts der Werbekampagne entstand, wird nicht immer herauszufinden sein. Darauf kommt es aber auch nicht an: Spätestens dann, wenn die Führung eines Unternehmens eine Werbekampagne annimmt und veröffentlicht, macht sie sich diese zu eigen und verbreitet sie im Namen des Unternehmens.

756 von Münch/Kunig/Wendt GG Art. 5 Rn. 4; Sachs/Bethge GG Art. 5 Rn. 24.

757 StRSpr, vgl. BVerfGE 21, 271, 277; 80, 124, 131; Riefner AöR 89 (1964) 263, 291; Stern Staatsrecht Bd. III/1 § 71 IV 6 β.

758 Riefner AöR 89 (1964) 263, 291 ff.; Stern Staatsrecht Bd. III/1 § 71 IV 6 β.

759 Riefner AöR 89 (1964) 263, 294.

760 Riefner AöR 89 (1964) 263, 291 ff.

761 Statt vieler Dreier/Schulze-Fielitz Art. 5 I, II Rn. 116.

D. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Also sind Unternehmen vom persönlichen Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG erfasst.

e) Abwägung im Rahmen der Grundrechtskollision

Enthält eine geschlechtsdiskriminierende Wirtschaftswerbung eine Meinungsäußerung iSv Art. 5 Abs. 1 GG, liegt im Vorgehen gegen diese ein Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit. Im Rahmen der Abwägung stehen der Meinungsäußerungsfreiheit des Unternehmens aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG die verfassungsrechtlichen Grundwerte aus Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 2 und Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG gegenüber.

aa) Das hohe Gut der Meinungsfreiheit

Grundsätzlich kommt der Meinungsäußerungsfreiheit ein besonders hoher Wert zu. Auch unliebsame, unbequeme und extreme Meinungen müssen frei und sanktionslos geäußert werden können. Wenn aber, so das BVerfG in einer seiner wichtigsten Entscheidungen zu Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG, „durch [die Meinungsäußerung] ein gesetzlich geschütztes Rechtsgut eines anderen beeinträchtigt wird, dessen Schutz gegenüber der Meinungsfreiheit den Vorrang verdient, so wird dieser Eingriff nicht dadurch erlaubt, daß er mittels einer Meinungsäußerung begangen wird. Es wird deshalb eine ‚Güterabwägung‘ erforderlich: Das Recht zur Meinungsäußerung muß zurücktreten, wenn schutzwürdige Interessen eines anderen von höherem Rang durch die Betätigung der Meinungsfreiheit verletzt würden. Ob solche überwiegenden Interessen anderer vorliegen, ist aufgrund aller Umstände des Falles zu ermitteln.“⁷⁶² Die Meinungsfreiheit wird also nie absolut, sondern stets innerhalb eines gewissen Rahmens gewährt.

762 BVerfGE 7, 198, 210 f. – Lüth.

bb) Objektive Werte und staatliche Schutzpflichten aus Art. 3 Abs. 2 GG und Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG

Der Persönlichkeitsschutz ist eine anerkannte Grenze der Meinungsfreiheit. Im Rahmen der Einschränkung der Meinungsfreiheit ist die Rechtsprechung jedoch auf den Individualschutz fixiert und bekämpft einzelne, krasse Darstellungen, die konkrete Einzelpersonen in ihrem Persönlichkeitsrecht verletzen.⁷⁶³ Nur selten gesehen wird hingegen die produktive Macht⁷⁶⁴ der Medien und die sich daraus ergebende Verletzung von Rechtsgütern (Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 2, Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG). Hier geht es nicht um unmittelbaren Individualschutz, denn ein Kausalzusammenhang zwischen der in der Veröffentlichung diskriminierender Werbefelder liegenden Verletzungshandlung und der in der Verhinderung von Entfaltungsmöglichkeiten bestehenden individuellen Beeinträchtigung wird kaum jemals zu begründen sein.⁷⁶⁵ Vielmehr stehen strukturelle Ungleichheiten und der Schutz objektiver Werte in Rede. „Das Wertesystem der Grundrechte findet seinen Mittelpunkt in der sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde“⁷⁶⁶, so die ständige Rechtsprechung des BVerfG. Zur Sicherung der menschlichen Persönlichkeit und Würde enthält das Grundgesetz nicht nur Abwehrrechte gegen den Staat, sondern begründet vielmehr auch staatliche Schutzpflichten zur Regulierung des Verhaltens unter Privaten. Eine solche Schutzpflicht des Staates ergibt sich insbesondere auch aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG.⁷⁶⁷ Solange eine strukturelle Ungleichheit in der Gesellschaft besteht, trifft den Staat aus dieser Norm ein umfassender Förderauftrag, der nicht nur auf den Abbau vorhandener Ungleichheit gerichtet ist, sondern auch darauf zielt, Menschen des unterlegenen Geschlechts Raum in allen Bereichen der Gesellschaft zu verschaffen und ihnen die Chance einer freien und vielfältigen Entwicklung

763 BVerfGE 35, 202 – Lebach; 34, 269 – Soraya; 7, 198 – Lüth.

764 *Foucault* Überwachen und Strafen, S. 250; *ders.* Der Wille zum Wissen, S. 113 ff.

765 So zu Geschlechtsrollenbildern im Rundfunk auch *von Kalckreuth* Geschlechtsspezifische Vielfalt im Rundfunk, S. 54.

766 BVerfGE 34, 269, 281; 7, 198, 205; 6, 32, 41.

767 BVerfGE 89, 276, 286; 88, 203, 260; *Ruffert* Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, S. 179 ff.; *Dreier/Heun* GG Art. 3 Rn. 115 f.; *Sachs/Osterloh* GG Art. 3 Rn. 261.

zu gewährleisten.⁷⁶⁸ Damit zielt die Verfassung nicht nur auf Rechtsgleichheit, sondern auf die Sicherstellung tatsächlicher Gleichstellung und damit auch auf Beendigung der oft nicht als Einzelfall erfassbaren strukturellen Geschlechtsdiskriminierung.⁷⁶⁹

Ebenso erfasst auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG nicht allein individuelle Rechtsgutsverletzungen, sondern enthält, wie auch Art. 3 Abs. 2 GG, einen objektiven Kern.⁷⁷⁰

cc) Ausgleich der betroffenen Rechtsgüter

Sowohl die Meinungsfreiheit als auch das Gleichheitsgrundrecht und das allgemeine Persönlichkeitsrecht sind Ausfluss der Menschenwürde. Der Schutz des höchsten Grundwertes der Verfassung, der Menschenwürde, ist stets geeignet, Eingriffe in die Meinungsfreiheit zu rechtfertigen. Wenn ein Ausgleich zwischen Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG einerseits und Art. 3 Abs. 2, Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG andererseits angestrebt werden soll, stellt sich die Frage, an welcher Stelle die Rechte jeweils in der Skala der Rechtsgüter stehen.⁷⁷¹ Ein Vergleich der Schranken zeigt, dass Art. 5 Abs. 1 GG sowohl durch allgemeine Gesetze, den Jugend- wie den Ehrschutz als auch durch andere Verfassungsnormen eingeschränkt werden kann, während zumindest Art. 3 Abs. 2 GG allein verfassungsimmanenten Schranken unterliegt. Dies könnte für einen höheren Rang des Gleichheitsgebots in der Rechtsgüterskala des Grundgesetzes sprechen. Die Vergleichbarkeit erschwert jedoch, dass Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG ein Freiheitsrecht und in erster Linie Abwehrrecht gegen den Staat ist, während sich aus Art. 3 Abs. 2 GG als Gleichheitsrecht zwar ebenfalls ein Abwehrrecht gegen den Staat, vor allem aber ein staatlicher Schutzauftrag ergibt.⁷⁷² Selbst wenn nicht der Meinung gefolgt wird, wonach sich eine unmittelbare Wirkung aus

768 BVerfGE 85, 191, 207; 84, 9, 17; 74, 163, 179 f.; 57, 335, 344, 345 f.; 48, 327, 340; 15, 337, 345; 6, 55, 82; von Kalckreuth *Geschlechtsspezifische Vielfalt im Rundfunk*, S. 77 (wie auch das BVerfG bezogen auf Frauen).

769 So ausdrücklich formuliert in BVerfGE 74, 163 – Altersruhegeld; ausführlich dazu *Friauf* Gleichberechtigung der Frau als Verfassungsauftrag, insbes. S. 26 ff.; ebenso von Kalckreuth *Geschlechtsspezifische Vielfalt im Rundfunk*, S. 78.

770 Vgl. oben, S. 151.

771 Frage aufgeworfen bzgl. Art. 5 Abs. 1 GG bei Maunz/Dürig/Herzog GG Art. 5 Abs. I, II Rn. 266.

772 BVerfGE 85, 191 – Nachtarbeitsverbot; 74, 163 – Altersruhegeld.

II. Einem Verbot entgegenstehende, nicht zu rechtfertigende Grundrechtseingriffe

Art. 3 Abs. 3, 2 GG auch zwischen Privaten ergibt,⁷⁷³ wiegt die Schutzpflicht des Staates aus dem Gleichheitsgebot schwer. Ob sie im Rahmen geschlechtsdiskriminierender Wirtschaftswerbung höher zu gewichten ist als der Schutz der Meinungsfreiheit, ist fraglich. Als für das freiheitlich demokratische Gemeinwesen konstituierendes Grundrecht⁷⁷⁴ ist die Bedeutung von Art. 5 Abs. 1 GG nicht hoch genug einzuschätzen. Persönliche Freiheit und gesellschaftlicher Fortschritt sind nur denkbar, wenn sämtliche Meinungen grundsätzlich frei geäußert werden können. Ein umfassendes Verbot konkreter Meinungen, und seien sie noch so verfassungsschädlich, kann und darf es nicht geben.⁷⁷⁵ Zumindest grundsätzlich muss also stets die Meinungsäußerungsfreiheit überwiegen. Dennoch gibt es viele Gesetze, die in Teilbereichen, z.B. zum Schutz der Jugend, die Meinungsfreiheit einschränken. Zu untersuchen ist, ob sich aus der besonderen Situation geschlechtsdiskriminierender Werbung ebenfalls ein solcher Ausnahmefall ergibt. Wenn diskriminierende Aussagen grundsätzlich verfassungskonform sind, wovon hier ausgegangen wird, ist also herauszuarbeiten, ob die Reproduktion von Geschlechtsrollenstereotypen im werblichen Kontext weniger schutzwürdig und stärker einschränkbar ist als beispielsweise geschlechtsdiskriminierende Aussagen am Stammtisch, in Zeitungsartikeln oder in Filmen.

(1) Der kommerzielle Zweck einer Meinungsäußerung

Für eine geringere Schutzwürdigkeit von Meinungsäußerungen in der Werbung könnte zunächst sprechen, dass die jeweilige Meinungsäußerung im werblichen Kontext lediglich „benutzt“ wird, also eigentlich einem anderen Zweck dient, als dem öffentlichen oder zwischenmenschlichen Meinungsaustausch.⁷⁷⁶ Auf diesen Aspekt stellen sowohl die Rechtsprechung als auch die Literatur ab, wenn sie die Meinungsfreiheit im Rahmen von Werbung stärker einschränken wollen. So will das BVerfG im Rahmen der Abwägung

773 *Suelmann* Die Horizontalwirkung des Art. 3 Abs. 2 GG, S. 133; aA *Classen* EuR 2008, 627, 642 f.

774 BVerfGE 93, 266, 292 f.; 76, 196, 208 f.; 62, 230, 247; 20, 162, 174; 7, 198, 208; *Sachs/Bethge* GG Art. 5 Rn. 22; *Jarass/Pieroth* GG Art. 5 Rn. 2.

775 Zur Einordnung der Leugnung des Holocausts als unwahre Tatsachenbehauptung vgl. *Huster* NJW 1996, 487.

776 So *Ahrens* JZ 1995, 1096, 1101; aA *Sevecke* AfP 1994, 196, 203.

mit anderen Schutzgütern auf die Motive einer Äußerung abstellen.⁷⁷⁷ Dabei soll der verfassungsrechtliche Schutz einer Meinungsäußerung umso stärker sein, je weniger es um eigene Interessen wirtschaftlicher Art und je mehr es um politische, wirtschaftliche, soziale oder kulturelle Belange der Allgemeinheit und die Einwirkung auf die öffentliche Meinung geht.⁷⁷⁸ Auch andere wollen stärkere Einschränkungen des Schutzes der Meinungsfreiheit vornehmen, wenn ein kommerzieller Zusammenhang vorliegt.⁷⁷⁹ Dafür könnte sprechen, dass im Rahmen von Wirtschaftswerbung nicht die Meinungsäußerung, sondern das Unternehmen und dessen Angebot im Mittelpunkt stehen. Auch wird die Meinung nicht grundsätzlich verboten, sondern lediglich eine bestimmte Art und Weise ihrer Äußerung, nämlich im Kontext der Werbung.⁷⁸⁰ In der Rechtsprechung heißt es dazu: „Der Schutz des privaten Rechtsguts kann und muß um so mehr zurücktreten, je mehr es sich nicht um eine unmittelbar gegen dieses Rechtsgut gerichtete Äußerung im privaten, namentlich im wirtschaftlichen Verkehr und in Verfolgung eigenütziger Ziele, sondern um einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage durch einen dazu Legitimierten handelt; hier spricht die Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede.“⁷⁸¹ Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn die Wirkung der Äußerung auf den Rechtskreis eines Anderen nicht das eigentliche Ziel der Äußerung, sondern nur eine unvermeidliche Folge selbiger ist. Bedeutsam werde gerade hier das Verhältnis von Zweck und Mittel.⁷⁸² Entscheidend soll also neben Motiv⁷⁸³, Ziel und Zweck der Äußerung auch die Frage sein, ob die verletzende Person bei der Verfolgung ihrer Ziele das Maß der nach den Umständen notwendigen und angemessenen Beeinträchtigung der Interessen der Betroffenen nicht überschritten hat.⁷⁸⁴ Bezogen auf geschlechtsdiskriminierende Werbung ließe sich argumentieren, dass grundsätzlich der Werbezweck im Vordergrund steht. Werbung will Menschen ansprechen

777 Vgl. BVerfGE 62, 230, 244.

778 BVerfGE 93, 266, 294 f.; 85, 1, 16 f.; 66, 116, 139; 61, 1, 11; 7, 198, 212; dem folgend *Beater* Rn. 786.

779 *Hoffmann-Riem* ZUM 1996, 1, 4; *Ahrens* JZ 1995, 1096, 1101; *Henning-Bodewig* WRP 1992, 533, 539; aA *Sevecke* AfP 1994, 196, 203.

780 *Henning-Bodewig* WRP 1992, 533, 539, mit Verweis auf EGMR GRUR Int 1985, 468.

781 BVerfGE 7, 198, 212 – Lüth.

782 Ebenda.

783 Vgl. BVerfGE 62, 230, 244.

784 BVerfGE 7, 198, 215 – Lüth.

II. Einem Verbot entgegenstehende, nicht zu rechtfertigende Grundrechtseingriffe

und Produkte verkaufen, nicht aber in erster Linie gezielt auf den Rechtskreis der Rezipient_innen oder anderer Menschen einwirken.

Den Ausführungen ist jedoch entgegenzuhalten, dass Meinungen unter Umständen bewusst in einem kommerziellen Zusammenhang geäußert werden, sei es wegen der großen Reichweite oder weil die Aussage gerade in einem kommerziellen Kontext wirken soll.⁷⁸⁵ Beides waren Gründe für die viel diskutierten Werbekampagnen des Unternehmens Benetton. Die Meinungsäußerung mag zwar oft im Dienste der Produktwerbung stehen, also zu deren Zweck geäußert werden. Letztlich ist dies aber eine Annahme, die ignoriert, dass Unternehmen möglicherweise auch Meinungen im Rahmen von Werbung äußern, um sich zum Zwecke der Teilnahme an einer gesellschaftlichen Diskussion gerade der Reichweite oder der speziellen Form dieses Mediums zu bedienen. Darüber hinaus ist aber das gesamte „Zweck“-Argument fraglich: Menschen äußern Meinungen, um sich zu behaupten und von sich und ihren Ansichten zu überzeugen. Unternehmen äußern ebenfalls Meinungen, um sich zu behaupten und von sich und ihren Ansichten zu überzeugen. Der Unterschied liegt darin, dass das Unternehmen in den meisten Fällen letztlich Waren oder Dienstleistungen verkaufen möchte. Die Ziele einzelner Menschen mögen sehr viel unterschiedlicher sein. Dennoch sind sie vermutlich meist egoistisch und auch hier ist eine kommerzielle Motivation durchaus denkbar. Die Argumentation mit dem „Zweck“ beruht also letztlich auf der nicht stringenten Annahme, dass es Unternehmen immer nur um den Verkauf ihrer Produkte geht und Privatpersonen immer nur um einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung. Ob und wann es sich bei einer Äußerung eher um einen Beitrag zum öffentlichen Meinungskampf handelt oder ob und wann die Verfolgung eigennütziger Zwecke im Vordergrund steht, ist stets anhand des Einzelfalls zu ermitteln. Allein aufgrund des Mediums „Werbung“ oder des kommerziellen Zusammenhangs kann nicht grundsätzlich die geringere Schutzwürdigkeit einer Meinungsäußerung angenommen werden.⁷⁸⁶

785 Dies übersehend *Henning-Bodewig* WRP 1992, 533, 539.

786 Mit ähnlicher Begründung *Classen* Die wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Beurteilung produktunabhängiger Wirtschaftswerbung, S. 147; BK/*Degenhart* Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 125 (neben der wirtschaftlichen Betätigung existiere kein grundsätzlicher Unterschied zwischen Werbeaussagen und anderen Meinungsäußerungen, da beide darauf abzielten, Adressat_innen von der Qualität der eigenen Ansicht bzw. des beworbenen Produkts zu überzeugen).

(2) Meinungsmacht der Medien und besondere Wirkung der Werbung

Für das Überwiegen des Gleichberechtigungsgebots gegenüber der Meinungsfreiheit im Rahmen der Grundrechtsabwägung spricht aber die besondere Wirkung der Medien, vor allem der Werbung. Die Medienwirkungsforschung hat aufgezeigt, dass Medien das Meinungsbild einer Gesellschaft und auch die Selbstwahrnehmung der Menschen entscheidend prägen.⁷⁸⁷ Ein Merkmal der Meinungsfreiheit ist Wahrheitsfindung; die Festschreibung von „Wahrheiten“ erfolgt jedoch immer nur in Relation zu den Machtverhältnissen einer Gesellschaft.⁷⁸⁸ So werden, nicht ausschließlich, aber besonders wirkungsvoll, über die Medien bestimmte Vorstellungen, Stereotype, Rollen und Ideale transportiert, die sich als Norm festsetzen und den Rahmen für persönliche Selbsteinschätzung, Entfaltung und Meinungsbildung mit begründen. Gerade durch die Medien entsteht somit eine Monopolisierung von Sprache⁷⁸⁹ und Bildern, die dazu führt, dass nicht alle frei und „voraussetzungslos an der Suche nach Wahrheit teilnehmen können“.⁷⁹⁰

Dieses Problem der „Macht über die Wirklichkeit“ wird gerade im Rahmen der Rundfunkfreiheit auch gesehen und im Problemkreis und Aufgabenbereich der sogenannten „dienenden Freiheit“⁷⁹¹ diskutiert.⁷⁹² So hat das BVerfG mehrmals betont, dass der Rundfunk nicht nur „Medium“, sondern eminenten „Faktor“ der öffentlichen Meinungs- und Willensbildung sei,⁷⁹³ und als eines der mächtigsten Kommunikationsmittel und Massenmedien, „wegen seiner weitreichenden Wirkungen und Möglichkeiten sowie der Gefahr des Mißbrauchs zum Zweck einseitiger Einflußnahme auf die öffentliche Meinung nicht dem freien Spiel der Kräfte überlassen werden“ könne.⁷⁹⁴ Der Rundfunk bilde die Ergänzung und Verstärkung eines an sich freien Kommunikationsprozesses.⁷⁹⁵ Er müsse durch den Gesetzgeber so ausgestaltet werden, dass er „nicht einer oder einzelnen gesellschaftlichen Gruppen ausgeliefert wird, daß die in Betracht kommenden gesellschaftli-

787 Vgl. oben, B. IV., S. 54 ff.

788 von Kalckreuth Geschlechtsspezifische Vielfalt im Rundfunk, S. 66.

789 Ebenda.

790 Ebenda.

791 BVerfGE 74, 297, 323; 57, 295, 320.

792 von Kalckreuth Geschlechtsspezifische Vielfalt im Rundfunk, S. 64, mwN.

793 BVerfGE 74, 297, 323; 73, 119, 152; 35, 202, 222; 12, 205, 260.

794 BVerfGE 31, 314, 325.

795 BVerfGE 57, 295, 320.

II. Einem Verbot entgegenstehende, nicht zu rechtfertigende Grundrechtseingriffe

chen Kräfte im Gesamtprogramm zu Wort kommen und daß die Freiheit der Berichterstattung unangetastet bleibt.⁷⁹⁶ Der Gesetzgeber habe für ein Gesamtangebot zu sorgen, in dem die für die freiheitliche Demokratie konstitutive Meinungsvielfalt zur Darstellung gelangt.⁷⁹⁷ Aufgrund der besonderen Bedeutung des Rundfunks müsse der Möglichkeit einer Konzentration von Meinungsmacht und der Gefahr des Missbrauchs zum Zwecke einseitiger Einflussnahme auf die öffentliche Meinung begegnet werden.⁷⁹⁸ Der Rundfunk, so das BVerfG, müsse frei von gesellschaftlicher Dominanz gehalten werden.⁷⁹⁹

Diese Zusammenhänge und die Bedeutung der Medien für einzelne Menschen und die Demokratie als solche wurden auch außerhalb der Rechtswissenschaft erforscht. So führt der Politikwissenschaftler *Benjamin Ginsberg* aus: „Der im 19. und 20. Jahrhundert errichtete ‚Marktplatz der Ideen‘ dient im Wesentlichen zur Verbreitung von Auffassungen und gedanklichen Vorstellungen der oberen Schichten, während er die ideologische und kulturelle Unabhängigkeit der unteren Klassen untergräbt. [...] Im Westen wird der Marktplatz gerne mit Meinungsfreiheit gleichgesetzt, doch kann die unsichtbare Hand des Marktes ein ebenso wirksames Kontrollinstrument sein wie die eiserne Faust des Staats.“⁸⁰⁰ Der Sprachwissenschaftler *Noam Chomsky* folgt dem und sieht Bürger_innen als Konsument_innen und Beobachtende, aber nicht als Teilnehmende an politischen Vorgängen, welche letztlich von der Elite gelenkt und durch das wirtschaftliche System und über die Medien gestützt werden. Er zieht daraus den Schluss, dass die öffentliche Meinung „zumindest der entscheidenden Segmente der Bevölkerung [...] im Zaum gehalten werden [müsse]“.⁸⁰¹

Während der Rundfunk aber eine Meinungsmittlungsinstitution ist, sind Werbekampagnen jeweils nur Einzelhandlungen von Unternehmen. Während der Rundfunk Meinungsäußerungen ermöglicht, ist Werbung selbst, je nach Einzelfall, Meinungsäußerung. Im Fall von Werbung durch Unternehmen ist es gerade nötig zu erkennen, wofür dieses Unternehmen und seine

796 BVerfGE 57, 295, 322, mit Verweis auf BVerfGE 31, 314, 325 f.; 12, 205, 262.

797 BVerfGE 57, 295, 323.

798 BVerfGE 57, 295, 323, mwN.

799 BVerfGE 88, 238, 333.

800 *Ginsberg* *The Captive Public*, S. 86, 89, zitiert aus *Chomsky* *Media Control*, S. 62.

801 *Chomsky* *Media Control*, S. 56-75, 122; grundlegend dazu *Foucaults* produktiver Machtbegriff: *Foucault* *Überwachen und Strafen*, S. 250; *ders.* *Der Wille zum Wissen*, S. 113 ff.

Produkte stehen, um eine gut informierte Auswahlentscheidung treffen zu können. Dies könnte dafür sprechen, der Meinungsäußerungsfreiheit größeres Gewicht beizumessen.

Andererseits existiert das Problem der produktiven Macht⁸⁰², welches auch das BVerfG im Rahmen der Rundfunkfreiheit aufgreift, insbesondere auch in der Werbung.⁸⁰³ Hinzu kommt aber vor allem die besondere Wirkung der Werbung: „Werbung soll beeinflussen (Heteronomie bewirken) und dabei Freiheit (Autonomie) unterstellen.“⁸⁰⁴ Dies spricht für eine stärkere Einschränkung der Meinungsfreiheit im Rahmen von Wirtschaftswerbung. Werbung ist, viel stärker noch als die meisten Meinungsäußerungen, darauf ausgelegt zu überzeugen, Ideale und Begehrlichkeiten zu kreieren und ein bestimmtes Verhalten herbeizuführen. Der überwiegende Anteil der Bilder in der Werbung soll eine positive Assoziation vermitteln, die die Rezipient_innen auf das Produkt übertragen sollen. Zwar verstehen Menschen intellektuell meist, dass Werbung plakativ ist, übertreibt, Fotobearbeitungsprogramme nutzt und Idealvorstellungen bedient. Dennoch setzen sich unterbewusst⁸⁰⁵ nicht nur die Bilder und Aussagen aus der Werbung, sondern insbesondere auch die mit ihnen einhergehenden positiven Assoziationen fest: So wird eine attraktive, wenig bekleidete, lasziv an einem Auto lehrende Frau als „schön“ und das gesamte Bild als erotisch und positiv wahrgenommen, weil genau dies die Intention der Werbung ist. Ebenso setzt sich ein Bild, das eine warme, harmonische Atmosphäre schafft und eine Frau zeigt, die ihrer Familie das Essen auf den Tisch stellt, als positive Verknüpfung fest. Indem Werbekampagnen Geschlechtsrollenstereotype auf sehr ähnliche Weise reproduzieren, verfestigen sie die Bilder und die damit einhergehenden positiven Verknüpfungen. „Dadurch, dass ein und dieselbe Vorstellung immer und immer wieder wachgerufen wird, prägt sich dieselbe fest ein und verbindet sich derart mit bereits bestehenden Ansichten und Meinungen, dass ihr Ursprung ganz verwischt und sie im Bedarfsfalle als eigene Meinungsäußerung auftritt. [...] Die eigentliche Aufgabe jeder Werbung ist aber, zu einer Willenshandlung zu beeinflussen, nämlich zum Zueigenmachen des Werbezweckes. Alle [...] Teilvorgänge

802 Begriff geprägt von *Foucault* Überwachen und Strafen, S. 250; *ders.* Der Wille zum Wissen, S. 113 ff.

803 Vgl. oben, B. III. 3., S. 45 ff., Medienwirkungsforschung.

804 *Tietz/Clausen* Handwörterbuch der Absatzwirtschaft, S. 2282.

805 Dies geschieht unabhängig davon, ob die Fiktionalität erkannt wird oder nicht, vgl. *Huston* Big World, Small Screen, S. 22.

II. Einem Verbot entgegenstehende, nicht zu rechtfertigende Grundrechtseingriffe

der Werbewirkung sind darauf angelegt, den ausschlaggebenden Wirkungsvorgang herbeizuführen, die Wirkung auf den Willen, die Willenswirkung. So wirken sich ergänzend und überschneidend Sinneswirkung, Aufmerksamkeitswirkung, Vorstellungswirkung, Gefühlswirkung und Gedächtniswirkung auf die Willenswirkung und damit auf die optimale Werbewirkung hin [...].⁸⁰⁶ Vor allem diese unterschwellige Wirkung spricht für eine stärkere Einschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit im Rahmen geschlechtsdiskriminierende Wirtschaftswerbung.

Hinzu kommt: Im Gegensatz zu Spielfilmen, Dokumentationen und Presseartikeln entsteht nicht jeweils ein größeres Bild, das mehrere Deutungsmöglichkeiten und -ebenen ermöglicht, zum Einordnen, Nachdenken und der Bildung einer eigenen Meinung anregt und durch das nächste Werk bereits wieder infrage gestellt wird. Werbung möchte andere Werbung gerade nicht infrage stellen, sondern im Zweifel genau denselben Punkt setzen, den auch andere in der relevanten Zielgruppe für maßgeblich halten. Mit Blick auf die Medienwirkungsforschung ist das bedenklich. Einschränkungen des Rechts der freien Meinungsäußerung sind umso schwerer zu rechtfertigen, je kritischer die jeweiligen Meinungsäußerungen sind und je eher sie sich auf gesellschaftliche oder politische Fragen beziehen.⁸⁰⁷ Die Äußerung immer gleicher Stereotype, die Zeichnung ähnlicher Körperbilder und die Anknüpfung an gleichbleibende Geschlechterrollen sprechen auch aus dieser Sicht für eine grundsätzlich stärkere Einschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit.

Das Zusammenfallen der beeinflussenden Wirkung von Werbung mit der Monotonie der Äußerungsinhalte im Rahmen von Geschlechtsrollenstereotypen sowie die in der Regel massenmediale Verbreitung von Werbung sprechen für eine stärkere Einschränkung geschlechtsdiskriminierender Wirtschaftswerbung gegenüber geschlechtsdiskriminierenden gesellschaftlichen oder politischen Äußerungen außerhalb von Werbung.

(3) Meinungsäußerung als Teil zwischenmenschlicher Kommunikation

Für das Überwiegen des Gleichberechtigungsgebots gegenüber der Meinungsfreiheit spricht im Rahmen der Grundrechtsabwägung ein weiterer

806 Seyffert Allgemeine Werbelehre, S. 62 f.

807 BVerfGE 102, 347, 363 – Benetton-Werbung.

Aspekt: Anders als geschlechtsdiskriminierende Äußerungen am Stamm-tisch sind geschlechtsdiskriminierende Werbeaussagen nicht Teil einer klas-sischen zwischenmenschlichen Kommunikation, die Aussage und Gegen-aussage ermöglicht. Sie sind Äußerungen, die massenmedial verbreitet wer-den, denen aber kaum be- und entgegnet werden kann. Eine Reaktion ist allein über Organisationen, Meinungsäußerungen in den Medien, über den Werberat und das eigene Kaufverhalten möglich. Dies aber sind keine Re-aktionen, die sich auf derselben Ebene wie die zuvor verbreitete Äußerung befinden oder die auch nur ansatzweise denselben großen Wirkungskreis und dieselbe starke Wirkung haben. Im Gegensatz dazu ist als Reaktion auf einen Zeitungsartikel zumindest noch der Lesebrief oder die Kommentie-rung im Internet möglich.⁸⁰⁸

Die Rechtsgüter des Art. 5 Abs. 1 GG stehen umso höher in der Rechts-güterskala, je näher sie Art. 1 Abs. 1 GG sind.⁸⁰⁹ Je eher also ein Mensch eine persönliche Meinung in einer zwischenmenschlichen Auseinander-setzung äußert, desto eher muss die Meinungsäußerung geschützt werden. Dahingegen ist von einer stärkeren Einschränkung auszugehen, wenn (wie hier) keine klassische Kommunikation iSv freier Rede und Gegenrede vorliegt.⁸¹⁰

(4) Zusammenfassung und Ergebnis

Die besonderen Eigenarten der Werbung, die massenmediale Präsenz, die starke Wiederholung bestimmter Bilder und die manipulative Wirkung so-wie die relativ weite Entfernung von der klassischen zwischenmenschlichen Kommunikation, führen zu einer stärkeren Einschränkung der Mei-nungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG im Rahmen geschlechtsdis-kriminierender Werbung. Außerdem ist zu beachten, dass die Meinungs-freiheit zwar unbestritten große Bedeutung für einzelne hat, sie aber darüber hinaus auch bedeutsam für das demokratische Prinzip ist. Teil dieses demo-kratischen Prinzips ist, dass alle Menschen frei und gleich sind, wobei „gleich“ bedeutet, dass alle dieselben Chancen und Möglichkeiten haben.

808 Wobei von *Kalckreuth* auch dort schon die fehlende Interaktion bemängelt und als Grund für die stärkere Einschränkung anführt: von *Kalckreuth* Geschlechtsspe-zifische Vielfalt im Rundfunk, S. 64.

809 Maunz/Dürig/*Herzog* GG Art. 5 Abs. I, II Rn. 267.

810 Angedeutet in von *Kalckreuth* Geschlechtsspezifische Vielfalt im Rundfunk, S. 75.

II. Einem Verbot entgegenstehende, nicht zu rechtfertigende Grundrechtseingriffe

Eben dieser Ausgangswert kann durch geschlechtsdiskriminierende Werbung beeinträchtigt werden: In einer Gesellschaft, in der strukturelle Geschlechtsdiskriminierung existiert, ist die Unterstützung der Gleichberechtigung eine wesentliche Voraussetzung für die Persönlichkeitsentwicklung der Mitglieder der Gesellschaft. Stereotype Geschlechtsrollenbilder verstellen vielfältige und innovative Perspektiven der Lebensentwicklung und damit die Persönlichkeitsentwicklung insbesondere von Frauen,⁸¹¹ aber auch Menschen anderen Geschlechts. Durch die massenmediale Verbreitung stereotyper Geschlechterbilder und -rollen und die hinzukommende manipulative Wirkung von Werbung ergibt sich eine Gefahr für die Selbstfindung und Selbstentfaltung der Menschen jeglichen Geschlechts.⁸¹²

Art. 3 Abs. 2 S. 1, 2 GG ist Programmsatz, Zielbestimmung und Schutzauftrag. Wenn die Meinungsfreiheit auch als eines der höchsten Güter unserer Rechtsordnung angesehen werden muss, die Erreichung der tatsächlichen Gleichberechtigung steht dem in nichts nach. Jedenfalls so lange ein strukturelles Ungleichgewicht iSv Art. 3 Abs. 2 GG existiert, überwiegen im Fall geschlechtsdiskriminierender Werbung aufgrund der eben dargestellten geringeren Schutzwürdigkeit der Meinungsfreiheit und der zu befürchtenden negativen Auswirkungen⁸¹³ auf das Ziel des staatlichen Schutzauftrags aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG und den objektiven Verfassungswert aus Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG das Gleichheitsgebot und das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Ein Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung verletzt damit nicht die Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG.

3. Pressefreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GG

Die Verfassung gewährleistet die Pressefreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GG. Ob ein Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung dieses Grundrecht verletzt, ist zu untersuchen.

811 Ebenda.

812 Vgl. oben, B. III., S. 40 ff. und IV., S. 54 ff.

813 Vgl. oben, B. III. 3., S. 45 ff., Medienwirkungsforschung.

a) Bedeutung der Pressefreiheit

Die Presse ist als unentbehrliches Medium und essenzieller Faktor der öffentlichen Meinungsbildung⁸¹⁴ schlechthin konstituierend für die freiheitliche demokratische Grundordnung.⁸¹⁵ Als grundlegendes Urteil zur objektivrechtlichen Dimension der Pressefreiheit⁸¹⁶ gilt das „Spiegel“-Urteil des BVerfG von 1966⁸¹⁷, in welchem die Funktion der Presse im demokratischen Staat betont und wie folgt beschrieben wird: „In der repräsentativen Demokratie steht die Presse zugleich als ständiges Verbindungs- und Kontrollorgan zwischen dem Volk und seinen gewählten Vertretern in Parlament und Regierung. Sie faßt die in der Gesellschaft und ihren Gruppen unaufhörlich sich neu bildenden Meinungen und Forderungen kritisch zusammen, stellt sie zur Erörterung und trägt sie an die politisch handelnden Staatsorgane heran, die auf diese Weise ihre Entscheidungen auch in Einzelfragen der Tagespolitik ständig am Maßstab der im Volk tatsächlich vertretenen Auffassungen messen können.“⁸¹⁸

b) Abgrenzung zur Meinungsfreiheit

Lange nicht eindeutig geklärt war das Verhältnis der Pressefreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GG, zur Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG. Zum Teil wurde die Pressefreiheit als bloßer Unterfall oder besondere Ausprägung der Meinungsfreiheit angesehen,⁸¹⁹ was jedoch auf eine bloße Wiederholung des Grundrechtsschutzes aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG hinaus liefe, wobei der Pressefreiheit aus S. 2 kein eigenes Gewicht zukäme.⁸²⁰ Andere sahen die Pressefreiheit als *lex specialis* zur Meinungsfreiheit oder nahmen eine sogenannte Doppelstütze beider Grundrechtsgewährleistungen an, was auf ein Wahlrecht für in der Presse tätige Personen hinausliefe. Beide Ansichten lassen jedoch die soeben aufgezeigten unterschiedlichen Funktionen der Kommunikationsfreiheiten unbeachtet.⁸²¹

814 BVerfGE 12, 205, 260.

815 BVerfGE 117, 244, 258; 77, 65, 74; 50, 234, 239 f.; 35, 202, 221 f.; 20, 162, 174.

816 Vgl. *Ossenbühl* JZ 1995, 633, 634.

817 BVerfGE 20, 162, 174 ff.

818 BVerfGE 20, 162, 175.

819 *Ossenbühl* JZ 1995, 633, 635.

820 So *Sevecke* AfP 1994, 196, 199, mwN.

821 Nachweise bei *Sevecke* AfP 1994, 196, 199 f.

II. Einem Verbot entgegenstehende, nicht zu rechtfertigende Grundrechtseingriffe

Mittlerweile sieht die allgemeine Meinung in der Pressefreiheit ein aliud zur Meinungsfreiheit und geht von einer funktionalen Trennung der Grundrechtsbereiche aus:⁸²² Während die Meinungsfreiheit den individuellen Beitrag und die persönliche Äußerung, also die eigene Meinung, schützt und einschlägig ist, wenn es um bestimmte Äußerungen und einzelne Inhalte geht, erfasst die Pressefreiheit die massenkommunikative Vermittlungsleistung, sichert also die Vermittlung und Veröffentlichung der einzelnen Meinungen und damit einerseits die Meinungsfreiheit der sich äuernden Personen und andererseits die Informationsfreiheit der Rezipient_innen.⁸²³ Sie ist einschlägig, wenn es „um die einzelne Meinungsäußerungen übersteigende Bedeutung der Presse für die freie individuelle und öffentliche Meinungsbildung“⁸²⁴, konkret also „um die im Pressewesen tätigen Personen in Ausübung ihrer Funktion, um ein Presserzeugnis selbst, um seine institutionell-organisatorischen Voraussetzungen und Rahmenbedingungen“⁸²⁵ geht.⁸²⁶

c) Schutzbereichskonkretisierung

Der Abdruck von Werbeanzeigen fällt nur dann in den Schutzbereich der Pressefreiheit, wenn die Veröffentlichung einzelner, bestimmter Anzeigen Teil des instrumentalen Kommunikationsprozesses ist. Dabei geht der Schutz der Pressefreiheit nach ständiger Rechtsprechung über die Verbreitung von Meinungen hinaus: Zur Sicherung der freien Meinungsbildung müsse jede Vermittlung von Informationen und Meinungen vom Schutzbereich der Pressefreiheit erfasst sein. Dies erfasse politische Inhalte ebenso wie nichtpolitische, kulturelle, unterhaltende oder auch kommerzielle.⁸²⁷ Die Willensbildungsfunktion der Pressefreiheit ist also nicht allein politisch, sondern betrifft alle Lebensbereiche.⁸²⁸ Sie spielt insbesondere auch in der modernen Wirtschaftsgesellschaft eine entscheidende Rolle, da sie als In-

822 BVerfGE 86, 122, 128; *Ricker* Anzeigenwesen und Pressefreiheit, S. 22; *Sevecke* AfP 1994, 196, 200, mwN.

823 Statt vieler *Jarass/Pieroth* GG Art. 5 Rn. 1, 24; *Sevecke* AfP 1994, 196, 200.

824 BVerfGE 97, 391, 400; 95, 28, 34; 85, 1, 12.

825 BVerfGE 113, 63, 75; 85, 1, 13.

826 So zusammengefasst von *Jarass/Pieroth* GG Art. 5 Rn. 24; ausführlich dazu *Ricker* Anzeigenwesen und Pressefreiheit, S. 16 ff.

827 BVerfGE 35, 202, 222 f. – Lebach; *Sevecke* AfP 1994, 196, 201.

828 *Sevecke* AfP 1994, 196, 201.

formationsquelle für die Konsument_innen agiert und überhaupt erst die Transparenz und das Produktwissen vermittelt, ohne die die Konsument_innen in der „Überangebotsgesellschaft rettungslos verloren“ wären.⁸²⁹ Die gesamte Tätigkeit der Presse muss daher umfassend geschützt werden.⁸³⁰ Der wirtschaftliche, teilweise auch meinungsfreie Charakter von Werbung hindert also nicht den Schutz über die Pressefreiheit, vielmehr enthalten gerade auch Werbeanzeigen Informationen, die unter die Pressefreiheit fallen.⁸³¹

Darüber hinaus, so die Argumentation des BVerfG in der Entscheidung „Südkurier“⁸³², ist letztlich auch der Anzeigenteil einer Zeitung geeignet, Rückschlüsse auf die „kulturelle, politische und wirtschaftliche Lage im Bereich des Verbreitungsgebietes der Zeitung“⁸³³ zuzulassen. Dies werde auch dadurch deutlich, dass „Diktatoren oder allgemein der Pressefreiheit abgeneigte Staaten“ dazu neigten, auch die Anzeigenteile von Zeitungen zu kontrollieren.⁸³⁴ Dass die Meinungsäußerung als solche bereits durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG geschützt ist und im Rahmen der Garantie der Pressefreiheit die Bedeutung der Presse für die individuelle und öffentliche Meinungsbildung im Mittelpunkt steht, welche die einzelne Meinungsäußerung übersteigt,⁸³⁵ hindert nicht die Notwendigkeit des Schutzes eines Presseorgans vor einem Staat, der entscheidet, welche Werbeanzeigen veröffentlicht werden dürfen. Hier ist das Presseprodukt als solches betroffen. In Rede steht nicht der Inhalt einer Anzeige, sondern die Einschränkung der Presse in ihrer Verbreitungsmöglichkeit.

Für eine Eröffnung des Schutzbereichs der Pressefreiheit spricht auch, dass eine Unterscheidung zwischen geschützten und nicht geschützten Teilen einer Zeitung kaum möglich ist⁸³⁶ und sich eine solche Unterscheidung vor allem auch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG nicht entnehmen lässt.⁸³⁷ Aus eben diesem Grund der nicht möglichen Grenzziehung zwischen schützenswerten und nicht schützenswerten Inhalten des Presseerzeugnisses formulierte das

829 *Sevecke* AfP 1994, 196, 201.

830 BVerfGE 10, 118; *Sevecke* AfP 1994, 196, 201.

831 BVerfGE 64, 108, 114; 21, 271, 279.

832 BVerfGE 21, 271 ff.

833 BVerfGE 21, 271, 279.

834 BVerfGE 21, 271, 279; von Mangoldt/Klein/Starck GG Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 61.

835 So BVerfG NJW 1992, 1439.

836 *Sachs/Bethge* GG Art. 5 Rn. 85a.

837 BVerfGE 21, 271, 278 f. (Schutz des gesamten Inhalts eines Presseorgans); *Sachs/Bethge* GG Art. 5 Rn. 85a.

II. Einem Verbot entgegenstehende, nicht zu rechtfertigende Grundrechtseingriffe

BVerfG in früheren Entscheidungen die Trennung von Nachricht und Meinung.⁸³⁸ Die Zeitung ist als Presseerzeugnis an sich vom Schutzbereich der Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GG erfasst, also auch sämtliche ihrer Teile. Die Freiheitsgarantie gilt nicht nur für den Inhalt, sondern insbesondere auch für die Form.⁸³⁹ Geschützt ist die massenkommunikative Vermittlungsleistung,⁸⁴⁰ also die Vermittlung sämtlicher Inhalte und sonstiger Äußerungen. Dahingegen ist die Zulässigkeit bestimmter Äußerungen und Inhalte von Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG erfasst, da in diesem Fall gerade nicht die Vermittlungsleistung betroffen ist.⁸⁴¹ Der Inhalt von Nachrichten, Meinungen und sonstigen Äußerungen spielt für die Anwendung der Pressefreiheit also keine Rolle.⁸⁴²

Schließlich spricht ein letztes Argument für den Schutz der Pressefreiheit für Werbeanzeigen: Das Anzeigengeschäft als solches schafft erst die finanziellen und organisatorischen Voraussetzungen zur Einrichtung und Unterhaltung des Presseorgans.⁸⁴³ Es ist als Garant von wirtschaftlicher Unabhängigkeit und Staatsfreiheit ein essenzieller Teil der Presse und muss schon aus diesem Grund vom Grundrechtsschutz erfasst werden.⁸⁴⁴ Der Schutz von Werbung als ökonomischer Grundlage der Pressefreiheit ist daher heute allgemeine Meinung.⁸⁴⁵

838 BVerfGE 10, 118, 121.

839 BVerfGE 60, 234, 241.

840 *Jarass/Pieroth* GG Art. 5 Rn. 23.

841 Ebenda; anders *Bethge*, der nur in Werbeanzeigen von Printmedien enthaltene Meinungsäußerungen dem Schutzbereich der Pressefreiheit zuordnen will: *Sachs/Bethge* GG Art. 5 Rn. 47, mit Verweis auf BVerfGE 107, 280 – Benetton-Werbung II (Die „H.I.V. Positive“-Anzeige unterfällt dem Schutzbereich der Pressefreiheit der Bf., der auch in Werbeanzeigen enthaltene fremde Meinungsäußerungen umfasst.).

842 *Jarass/Pieroth* GG Art. 5 Rn. 26.

843 BVerfGE 86, 122, 128; 85, 1, 12; 77, 346, 354.

844 BVerfGE 85, 1, 12 f.; 64, 108, 114; 21, 271, 279 f.; *Ricker* Anzeigenwesen und Pressefreiheit, S. 42 ff.; *Sevecke* AfP 1994, 196, 200.

845 Statt vieler BVerfGE 64, 108, 114; 21, 271, 278 f.; *Hoffmann-Riem* ZUM 1996, 1; *Grigoleit/Kersten* DVBl 1996, 596, 600, mwN; von *Mangoldt/Klein/Starck* GG Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 61; *AK GG/Hoffmann-Riem* Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 31.

D. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Die Veröffentlichung einer jeden Werbeanzeige ist unabhängig von ihrem Inhalt von der Pressefreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GG, umfasst.⁸⁴⁶ Auch jede geschlechtsdiskriminierende Werbung genießt daher den Schutz der Pressefreiheit.

Vom persönlichen Schutzbereich erfasst sind Presseverlage.

d) Abwägung im Rahmen der Grundrechtskollision

Da ein Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung somit die Pressefreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GG, der Presseverlage beeinträchtigen würde, ist zu untersuchen, ob dieser Eingriff gerechtfertigt werden könnte.

Als für die freiheitliche demokratische Grundordnung konstituierender, essenzieller Faktor der öffentlichen Meinungsbildung⁸⁴⁷ ist die Pressefreiheit in der Abwägung der kollidierenden Grundrechte ähnlich zu positionieren wie die Meinungsfreiheit. Die dort vorgebrachten Argumente tragen hier wie dort. In einer Einzelfallbetrachtung ist nach einer Gesamtwürdigung auf die Qualität der Meinungsäußerung einerseits und den Grad der Verletzung sonstiger Grundwerte andererseits abzustellen. Der Aspekt, dass Werbung eine Finanzierungsfunktion für die Presse hat, führt zu keinen weiteren Einschränkungen, da lediglich ganz bestimmte Arten zu werben untersagt werden. Dies ist aber nicht geeignet, die Finanzierung der Presse und damit die Institution selbst zu bedrohen. Schließlich ergeben sich aus der „öffentlichen Aufgabe“ der Medien zwar einerseits die Gewährleistung bestimmter Privilegien, andererseits aber auch bestimmte gesteigerte Pflichten, insbesondere die journalistische Sorgfaltspflicht, in deren Rahmen unter anderem auch zu prüfen ist, ob Veröffentlichungen in Persönlichkeitsrechte oder an-

846 BVerfGE 102, 347, 359; 64, 108, 114; 21, 271, 278 f.; von Mangoldt/Klein/Starck GG Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 61; Dreier/Schulze-Fielitz GG Art. 5 Abs. I, II Rn. 94; Jarass/Pieroth GG Art. 5 Rn. 26; von Münch/Kunig/Wendt GG Art. 5 Rn. 32; ausdrücklich zur kommerziellen Aufmerksamkeitswerbung BVerfGE 107, 275, 280 – Benetton-Werbung II; Hoffmann-Riem ZUM 1996, 1, mit Verweis auf BVerfGE 21, 271, 278 f.; 64, 108, 114; Grigoleit/Kersten DVBl 1996, 596, 600, mwN; Sachs/Bethge GG Art. 5 Rn. 85 (aber andeutend, dass für erkennbar keinen redaktionellen Teil aufweisende, reine Anzeigenblätter anderes gelten könne und Art. 12 Abs. 1 GG naheliegender sei).

847 BVerfGE 117, 244, 258; 77, 65, 74; 77, 65, 74; 50, 234, 239 f.; 35, 202, 221 f.; 20, 162, 174.

II. Einem Verbot entgegenstehende, nicht zu rechtfertigende Grundrechtseingriffe

dere rechtlich geschützte Interessen eingreifen.⁸⁴⁸ Dieser Punkt spielt im Rahmen der Abwägung der widerstreitenden Grundrechtsbeeinträchtigungen eine zentrale Rolle und spricht für ein Zurücktreten der Pressefreiheit. Dies wird auch durch Folgendes gestützt: Im Rahmen der Abwägung zwischen der Pressefreiheit und anderen verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern kann nach Ansicht der Rechtsprechung berücksichtigt werden, „ob die Presse im konkreten Fall eine Angelegenheit von öffentlichem Interesse ernsthaft und sachbezogen erörtert, damit den Informationsanspruch des Publikums erfüllt und zur Bildung der öffentlichen Meinung beiträgt oder ob sie lediglich das Bedürfnis einer mehr oder minder breiten Leserschicht nach oberflächlicher Unterhaltung befriedigt.“⁸⁴⁹ Geschlechtsdiskriminierende Werbung ist (wenn überhaupt) letzterem zuzuordnen. Insgesamt überwiegt damit grundsätzlich der Schutz der Grundrechtsgewährleistungen aus Art. 3 Abs. 2 und Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG und die Pressefreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GG, tritt zurück. Ein Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung verletzt also nicht die Pressefreiheit.

4. Rundfunkfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GG

So wie Werbeanzeigen in den Schutzbereich der Pressefreiheit fallen, könnten Werbefilme und -sendungen in Fernsehen und Radio den Schutz der Rundfunkfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GG, erfahren. Ein Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung wäre dann ein zu rechtfertigender Eingriff in das Grundrecht.

a) Bedeutung der Rundfunkfreiheit

Der die klassischen Printmedien ergänzende Rundfunk ist ebenfalls von zentraler Bedeutung für das geistige Klima und den offenen Diskurs in einem demokratischen Staat.⁸⁵⁰ Schon früh betonte das BVerfG, dass Rundfunk nicht bloß ein „Medium“ sei, sondern vielmehr einen „eminente[n] Faktor der öffentlichen Meinungsbildung“ darstelle und deshalb als „unentbehrli-

848 *Ossenbühl* JZ 1995, 633, 636, mit Verweis auf HbStR/*Bullinger* Bd. IV, 1989, § 142 Rn. 10 ff.

849 BVerfGE 34, 269, 283 – Soraya.

850 BVerfGE 12, 205, 260 f.

D. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

ches modernes Massenkommunikationsmittel“ neben der traditionellen Presse unverzichtbar sei.⁸⁵¹

b) Abgrenzung zur Meinungsfreiheit

Wie die Pressefreiheit wird die Rundfunkfreiheit klar von der Meinungsfreiheit abgegrenzt: Während die Meinungsfreiheit einen individualgrundrechtlichen Charakter hat, zielt die Rundfunkfreiheit nicht auf Persönlichkeitsentfaltung oder Interessenverfolgung einzelner Menschen,⁸⁵² sondern dient in einem umfassenden, nicht auf bloße Berichterstattung oder die Vermittlung politischer Meinungen beschränkten Sinn zusammen mit allen Garantien des Art. 5 Abs. 1 GG der „freien individuellen und öffentlichen“ Meinungsbildung.⁸⁵³ Anders als andere Freiheitsgrundrechte hat die Rundfunkfreiheit einen „dienenden“ Charakter und wird im Gegensatz zur Meinungsfreiheit als „ausgestaltungsbedürftiges und normgeprägtes“ Grundrecht gesehen, was dem demokratischen Gesetzgeber eine großzügige Ausgestaltungs- und Regelungsbefugnis einräumt.⁸⁵⁴

c) Abgrenzung zur Pressefreiheit

Ähnlich wie die Pressefreiheit schützt auch die Rundfunkfreiheit (als Plus zur Meinungsfreiheit) alle mit der Veranstaltung von Rundfunkprogrammen zusammenhängenden Tätigkeiten, die keinen rein fernmeldetechnischen Charakter tragen.⁸⁵⁵ Hierzu gehört sowohl die Informationsbeschaffung als auch die Informationsverbreitung. Obwohl beide Grundrechte sich in großen Teilen überschneiden, ist in Bezug auf ihre jeweiligen Schutzgegenstände zu differenzieren: Während Schutzgegenstand der Pressefreiheit die Freiheitlichkeit der sozialen Institution Presse ist, schützt die Rundfunkfreiheit

851 BVerfGE 12, 205, 260.

852 BVerfGE 87, 181, 197; Sachs/Bethge GG Art. 5 Rn. 93; von Mangoldt/Klein/Starck GG Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 108.

853 BVerfGE 57, 295, 319.

854 Dreier/Schulze-Fielitz GG Art. 5 I, II Rn. 107.

855 BVerfGE 97, 298, 310.

II. Einem Verbot entgegenstehende, nicht zu rechtfertigende Grundrechtseingriffe

– vor allem aus historischen Gründen⁸⁵⁶ – als dienende Freiheit die Funktionsfähigkeit der Meinungsbildung durch den Rundfunk.

d) Schutzbereichskonkretisierung

Die Subsumtion von Werbung unter den Schutzbereich der Rundfunkfreiheit erfolgt ohne große Differenzen zur Einordnung in die Pressefreiheit.⁸⁵⁷ Werbeanzeigen, die von oder durch Rundfunkveranstalter(n) verbreitet werden, genießen nach allgemeiner Meinung grundrechtlichen Schutz. Dies wird zum Teil damit begründet, dass auch Werbeanzeigen in gewisser Weise informativen Charakter haben und dank ihres „Wertes als Nachrichten“⁸⁵⁸ zur öffentlichen Meinungsbildung beitragen oder zumindest beitragen können.⁸⁵⁹ Andere differenzieren erst gar nicht zwischen meinungsbildenden Rundfunkprogrammen und solchen, die nichts zur öffentlichen Meinungsfindung beitragen.⁸⁶⁰ Sie stellen auf die in § 2 Abs. 1 RStV festgehaltene allgemeine Definition des Rundfunkbegriffs ab, wonach unter das Schutzgut der Rundfunkfreiheit fällt, was „in Ton und in Bild unter Benutzung elektro-magnetischer Schwingungen ohne Verbindungsleitung oder längs oder mittels eines Leiters“ für die Allgemeinheit übertragen wird. Es komme also nicht auf den Inhalt, sondern lediglich auf die Ausstrahlungsart der Sendung an; deshalb bedeute Rundfunkfreiheit im Rahmen dieser Übertragungsart Programmfreiheit, von der auch Werbesendungen umfasst seien.⁸⁶¹

Einige wollen schließlich auch hier Werbeanzeigen nicht als Teil der Programmfreiheit und des Rundfunks unmittelbar schützen, da sie nicht redaktionell aufgearbeitet seien. Sie erkennen jedoch an, dass Werbeanzeigen

856 *Mager* Einrichtungsgarantien, S. 263 (Knappheit der für den Rundfunk zur Verfügung stehenden Frequenzen).

857 von Münch/Kunig/*Wendt* GG Art. 5 Rn. 47; von Mangoldt/Klein/*Starck* GG Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 106.

858 Gloy/Loschelder/*Erdmann/Ahrens* Rn. 26.

859 Hahn/*Vesting/Ladeur* Rundfunkrecht § 7 RStV Rn. 6.

860 von Münch/Kunig/*Wendt* GG Art. 5 Rn. 47; Schmidt-Bleibtreu/*Hofmann/Hopfauf/Kannengießer* GG Art. 5 Rn. 17.

861 von Münch/Kunig/*Wendt* GG Art. 5 Rn. 47; Schmidt-Bleibtreu/*Hofmann/Hopfauf/Kannengießer* GG Art. 5 Rn. 17.

der Finanzierung des Rundfunks dienen und sprechen sich daher für einen mittelbaren Schutz über die Rundfunkfreiheit aus.⁸⁶²

Jedenfalls fallen Werbeanzeigen damit ohne Einschränkungen in den Schutzbereich der Rundfunkfreiheit.

Geschützt von der Rundfunkfreiheit sind Rundfunkveranstaltende.

e) Abwägung im Rahmen der Grundrechtskollision

Da in einem Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung also ein Eingriff in die Rundfunkfreiheit läge, ist zu untersuchen, ob ein solcher gerechtfertigt werden könnte. Vergleichbar mit der Pressefreiheit steht im Rahmen der Rundfunkfreiheit vor allem die institutionelle Deutung und das Verständnis als dienendes Grundrecht – für die Gewährleistung der freien und umfassenden Meinungsbildung durch den Rundfunk – im Vordergrund.⁸⁶³ Neben der auch hier grundsätzlich vorzunehmenden Gesamtwürdigung⁸⁶⁴ spielen daher auch die gesteigerten Pflichten, insbesondere bezüglich der juristischen Sorgfaltspflicht hinsichtlich Wahrheit, Inhalt und Herkunft von Nachrichten und dem Eingriff in rechtlich geschützte Rechte anderer, eine zentrale Rolle.⁸⁶⁵ Nach *Annette von Kalckreuth* sind daher Regelungen zur Herstellung geschlechtsspezifischer Vielfalt bereits kein Eingriff in die Rundfunkfreiheit, sondern vielmehr ein notwendiger Bestandteil auf dem Weg zur Erreichung der Ziele der Rundfunkfreiheit.⁸⁶⁶ Zwar sind Regelungen zur Vermeidung von Geschlechtsdiskriminierung weitergehend als Regelungen zur Herstellung geschlechtsspezifischer Vielfalt. Allerdings ist jedenfalls seit dem zweiten Urteil des BVerfG zum Schwangerschaftsabbruch⁸⁶⁷ anerkannt, dass die Programme des Rundfunks teilhaben an der Schutzaufgabe, die den Gesetzgeber für grundrechtliche Schutzpflichten trifft.⁸⁶⁸ Eine solche Schutzpflicht des Staates ergibt sich insbesondere auch

862 *Jarass/Pieroth* GG Art. 5 Rn. 59.

863 BVerfGE 74, 297, 323 f.; 57, 295, 319 f.

864 Vgl. dazu die obigen Ausführungen zur Pressefreiheit.

865 *Ossenbühl* JZ 1995, 633, 636 mit Verweis auf HbStR/*Bullinger* Bd. IV, 1989, § 142 Rn. 10 ff.

866 *von Kalckreuth* Geschlechtsspezifische Vielfalt im Rundfunk, S. 83.

867 BVerfGE 88, 203 ff.

868 BVerfGE 88, 203, 261.

II. Einem Verbot entgegenstehende, nicht zu rechtfertigende Grundrechtseingriffe

aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG.⁸⁶⁹ Solange eine strukturelle Ungleichheit in der Gesellschaft besteht, trifft den Staat aus dieser Norm ein umfassender Förderauftrag, der nicht nur auf den Abbau vorhandener Ungleichheit gerichtet ist, sondern auch darauf zielt, benachteiligten Geschlechtsgruppen Raum in allen Bereichen der Gesellschaft zu verschaffen und ihnen die Chance einer freien und vielfältigen Entwicklung zu gewährleisten.⁸⁷⁰ Damit zielt die Verfassung nicht nur auf Rechtsgleichheit, sondern auch auf die Sicherstellung tatsächlicher Gleichstellung, womit auch die Beendigung der oft nicht als Einzelfall erfassbaren strukturellen Geschlechtsdiskriminierung erfasst ist.⁸⁷¹ Dies führt, zusammen mit den Argumenten, die auch im Rahmen der Abwägung mit der Pressefreiheit angeführt wurden,⁸⁷² daher dazu, dass der Schutz der Grundrechtsgewährleistungen aus Art. 3 Abs. 2 und Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG grundsätzlich auch im Rahmen einer Abwägung mit der Rundfunkfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GG, überwiegt. Die Rundfunkfreiheit wird durch ein Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung nicht verletzt.

5. Kunstfreiheit, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG

Schließlich könnte ein Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung die Kunstfreiheit, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG, verletzen.

a) Bedeutung der Kunstfreiheit

„Sinn und Aufgabe des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG ist es vor allem, die auf der Eigengesetzlichkeit der Kunst beruhenden, von ästhetischen Rücksichten bestimmten Prozesse, Verhaltensweisen und Entschei-

869 BVerfG NJW 2012, 216, 217; NJW 2012, 214, 216; BVerfGE 114, 357, 370 f.; 92, 91, 112 f.; 89, 276, 286; 88, 203, 260; 85, 191, 207; 84, 9, 17; *Ruffert* Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, S. 179 ff.; *Dreier/Heun* GG Art. 3 Rn. 116; *Sachs/Osterloh* GG Art. 3 Rn. 261.

870 BVerfG NJW 2012, 216, 217; NJW 2012, 214, 216; BVerfGE 114, 357, 370 f.; 92, 91, 112 f.; 85, 191, 207; 84, 9, 17; *von Kalckreuth* Geschlechtsspezifische Vielfalt im Rundfunk, S. 77 (ebenso wie das BVerfG bezogen auf Frauen).

871 So zu Recht klarstellend und mwN *von Kalckreuth* Geschlechtsspezifische Vielfalt im Rundfunk, S. 78.

872 Vgl. dazu oben, D. II. 3. d), S. 194 f.

dungen von jeglicher Ingerenz öffentlicher Gewalt freizuhalten.⁸⁷³ Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG sichert die Freiheit des Ausdrucks und ist Ausfluss der Menschenwürde.⁸⁷⁴ Der effektive Schutz von Kunst und die Förderung ihrer Freiheit bedeuten die Grundlage jeder sich als Kulturstaat begreifenden Gemeinschaft.⁸⁷⁵

b) Abgrenzung zur Meinungs-, Presse- und Rundfunkfreiheit

Die Abgrenzung zwischen Kunst- und Meinungsfreiheit wird von Rechtsprechung und Literatur uneinheitlich gezogen. Einerseits sollen künstlerische Aussagen, auch wenn sie Meinungsäußerungen enthalten, diesen gegenüber ein aliud sein. Die Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG, trete in diesen Fällen regelmäßig zurück; Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG sei *lex specialis*.⁸⁷⁶ Bei satirischen Äußerungen könne jedoch Idealkonkurrenz bestehen.⁸⁷⁷

Im Gegensatz dazu umgehen die Gerichte aber in vielen Fällen die Entscheidung, ob die Kunstfreiheit einschlägig ist, mit dem Hinweis, dass auf diese Frage nicht eingegangen werden bräuchte, weil jedenfalls ein Verstoß gegen die Meinungsfreiheit festgestellt werden könne.⁸⁷⁸ Ähnlich entschied das BVerfG im Verhältnis zur Pressefreiheit, als es in der ersten „Benetton“-Entscheidung die Frage nach der Kunstfreiheit bewusst offenließ, „da die angegriffenen Urteile schon wegen einer Verletzung von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 erste Alternative GG aufzuheben sind.“⁸⁷⁹ Auch einige Künstler_innen selbst vertreten die Auffassung, dass sie neben dem Schutz der Meinungsfreiheit keiner weiteren Privilegien bedürfen.⁸⁸⁰ Teile der Literatur meinen in der uneinheitlichen Rechtsprechung eine Art Schwerpunkttheorie des BVerfG zu erkennen, wonach, wenn sowohl die Meinungs- als auch die Kunstfreiheit als Grundrechtsschutz in Betracht kommen, das Grundrecht

873 BVerfGE 30, 173, 190.

874 BVerfGE 30, 173, 193.

875 *Stern* Staatsrecht Bd. IV/2 § 117 II 4.

876 BVerfGE 81, 278, 291; 75, 369, 377; 30, 173, 200; Sachs/*Bethge* GG Art. 5 Rn. 194.

877 Sachs/*Bethge* GG Art. 5 Rn. 194; ausführlich und kritisch *Kübler* FS Mahrenholz, S. 303 ff.

878 BVerfGE 102, 347, 369 – Benetton-Werbung; 68, 226, 233; 35, 202, 244.

879 BVerfGE 102, 347, 369 – Benetton-Werbung.

880 *Ujica/Loef* ZUM 2010, 670.

II. Einem Verbot entgegenstehende, nicht zu rechtfertigende Grundrechtseingriffe

gewählt wird, zu dem im Einzelfall die größere Sachnähe besteht.⁸⁸¹ Da in den meisten Fällen auch die Kunstfreiheit einen gewissen kommunikativen Gehalt aufweise, sei schwerpunktmäßig darauf abzustellen, ob die Äußerung eher Mitteilung oder Ausdruck sei.⁸⁸² Andere wollen sogenannte „engagierte“ Kunst tendenziell eher der Meinungsfreiheit zurechnen.⁸⁸³

Diesen Auslegungen, wie auch den Ausführungen des BVerfG in den neueren Entscheidungen, kann nicht gefolgt werden. Die künstlerische Aussage unterliegt aufgrund ihrer herausgehobenen Bedeutung einem besonderen verfassungsrechtlichen Schutz und deutlich geringeren Schranken als die Meinungsäußerung. Sobald „Kunst“ iSd Grundgesetzes vorliegt, unterliegt sie dem Schutz von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG und allein dessen Schranken sind einschlägig. Der Schutz der Kunstfreiheit kann nur dann iSd Grundgesetzes verwirklicht werden, wenn Kunst über die Kunstfreiheit geschützt wird. Das zusätzliche Vertreten einer Meinung mit dem Kunstwerk ist daher auch nicht geeignet, dieses dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG zu entziehen. Auch die Meinungskundgabe in künstlerischer Form ist Kunst.⁸⁸⁴ Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ist also *lex specialis* gegenüber Art. 5 Abs. 1 GG. Die Schwierigkeit besteht allein darin zu bestimmen, wann Kunst vorliegt. Den Unterschied zwischen Kunst und Meinungsäußerung hat das BVerfG bereits in den Entscheidungen „Mephisto“⁸⁸⁵ und „Stahlhelm“⁸⁸⁶ erläutert: Während Kern der Meinungsfreiheit die Mitteilung von Ansichten ist, wirken „[b]eim künstlerischen Schaffen [...] Intuition, Phantasie und Kunstverstand zusammen“; künstlerisches Schaffen ist „Ausdruck und zwar unmittelbarster Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers“.⁸⁸⁷

Darstellungen in Presse und Rundfunk sollen dann von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geschützt sein, wenn sie „sich nicht nur als Informationsübermittlung, sondern als Kunst darstellen“;⁸⁸⁸ was im Pressebereich insbesondere bei Satire der Fall ist.⁸⁸⁹ Kunst ist also einerseits mehr als Meinungsäußerung,

881 von Becker GRUR 2001, 1101, 1103.

882 Ebenda.

883 Knies Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem, S. 233 ff.; Otto NJW 1986, 1206, 1210; ähnlich OLG Stuttgart NJW 1976, 628, 630.

884 BVerfGE 81, 278, 291; 75, 369, 377; 30, 173, 200.

885 BVerfGE 67, 213 ff.

886 BVerfGE 30, 173 ff.

887 BVerfGE 67, 213, 226; 30, 173, 189.

888 Ossenbühl JZ 1995, 633, 635.

889 Ebenda.

Presse oder Rundfunk, weil sie mehr enthalten muss als eine bloße Äußerung oder Informationsübermittlung. Sie ist andererseits aber auch weniger, da sie konkrete Thesen und Inhalte (wie eine Meinungsäußerung) gerade nicht voraussetzt, sondern in hohem Maße der differenzierten Deutung offenstehen darf und soll.

c) Kunst in der Werbung und Werbung als Kunst

Entscheidend ist somit, ob Werbung, wenn sie künstlerische Elemente enthält, auch von der Kunstfreiheit geschützt wird bzw. ob Werbung selbst Kunst sein kann. Diese Fragen wurden lange Zeit mit Blick auf den Werbezweck, welcher als Abgrenzungskriterium zwischen Kunst und Werbung fungierte, verneint: Regelmäßig fehle es an der persönlichkeitsgebundenen Präsentation eines geistig-seelischen Eigenwerts als typischer Eigenschaft künstlerischer Gestaltungen, so *Peter Lerche*.⁸⁹⁰ Regelmäßig stünden das umworbene Produkt und dessen Image im Vordergrund; die künstlerische Wirkung sei dem grundsätzlich untergeordnet. Damit überwögen die Zweckgebundenheit und damit das Kunstfremde derart, dass nicht ausreichend Raum für eine Kunstintention verbliebe.⁸⁹¹ Eine Ausnahme davon bestünde nur, wenn eine Werbung den Charakter eines selbständigen, in sich bestehenden Kunstwerkes habe und dadurch den für die Anerkennung als Kunst nötigen Mindestbereich an Zweckgelöstheit zurückgewinne. Dies sei aber jedenfalls dann nicht der Fall, wenn „Kunst“ nur neben die „Werbung“ trete, ohne mit ihr zu verschmelzen.⁸⁹²

In der neueren Literatur argumentiert *Bernhard von Becker*, Werbung auch als mögliches Feld für künstlerische Äußerungen anzuerkennen sei (noch) viel einfacher zu begründen, als sie über die Meinungsfreiheit zu schützen.⁸⁹³ Als Gründe dafür, warum Rechtsprechung und Literatur Werbung nicht auch über die Kunstfreiheit schützen, werden die bereits angesprochenen Probleme ausgemacht: die Zweckmäßigkeit der Werbung an sich und die kommerzielle Ausrichtung jeder Werbung im Besonderen.⁸⁹⁴ Außerdem sieht *von Becker* die Angst der Rechtsprechung davor, Werbung

890 *Lerche* Werbung und Verfassung, S. 90.

891 *Ebenda*.

892 *Lerche* Werbung und Verfassung, S. 91.

893 *von Becker* GRUR 2001, 1101, 1102 f.

894 *von Becker* GRUR 2001, 1101, 1103.

II. Einem Verbot entgegenstehende, nicht zu rechtfertigende Grundrechtseingriffe

durch die Zuerkennung der Kunsteigenschaft einen verfassungsrechtlichen Status zu verschaffen, der sie schwer einschränkbar werden lässt; so könnten die Regeln des Wettbewerbsrechts nicht mehr ohne Weiteres anwendbar sein und die Kunst so zur „Wunderwaffe“ im Wettbewerb werden, welche auch missbräuchlicher Nutzung offenstünde.⁸⁹⁵ Gegen ein Abstellen auf die „Zweckmäßigkeit“ des Einsatzes der Kunst wendet sich auch *Wolfgang Hoffmann-Riem*. Die Zweckmäßigkeit könne nie objektiv bestimmt werden, sondern hinge von den mit der Präsentation des Werkes verfolgten Zielen der Künstler_innen ab.⁸⁹⁶ Dass jedenfalls der kommerzielle Aspekt der Werbung nicht zwingend deren Kunsteigenschaft im Wege steht, unterstreicht auch *Torsten Sevecke*, vielmehr könne der kommunikative Aspekt neben den kommerziellen treten.⁸⁹⁷

Den Ausführungen der Literatur ist beizupflichten, wenn sie sich für die grundsätzliche Einordbarkeit von Werbung als Kunst ausspricht. Wie bereits im Rahmen der Meinungsfreiheit ist der Kommerzialisierungs- und Werbezweck von Wirtschaftswerbung für sich genommen noch nicht geeignet, die Schutzbereichseröffnung zu verhindern.⁸⁹⁸ Dies allerdings hat auch *Lerche* – wenn auch in sehr eng begrenztem Rahmen – bereits eingeräumt. Zum Teil klingt es, als wolle die neuere Literatur Werbung umfassender von der Kunstfreiheit erfasst sehen. Explizitere Ausführungen dazu, wann im Einzelfall die Kunsteigenschaft von Werbung gegeben sein soll, lassen auf sich warten.

aa) Geschützte Tätigkeiten in Werk- und Wirkungsbereich

Eine exakte juristische Definition von Kunst existiert nicht und es kann sie auch nicht geben, da sich weder handwerklich-technische Standards noch allseits anerkannte Maßstäbe dafür finden lassen, was Kunst ist.⁸⁹⁹ Eine Konkretisierung des Kunstbegriffes erfolgt unter anderem anhand der Un-

895 Ebenda.

896 *Hoffmann-Riem* ZUM 1996, 1, 14.

897 *Sevecke* AfP 1994, 196, 204.

898 *von Becker* GRUR 2001, 1101, 1103; *Grigoleit/Kersten* DVBl 1996, 596, 601, bezüglich Benetton verweisend auf ästhetisierende Darstellung und unterschiedliche Interpretationsmöglichkeiten.

899 BVerfGE 67, 213, 224; *Dreier/Wittreck* GG Art. 5 III Rn. 35 f.; *Sachs/Bethge* GG Art. 5 Rn. 183.

terscheidung von Werk- und Wirkungsbereich des künstlerischen Schaffens.⁹⁰⁰ Während der Werkbereich die künstlerische Betätigung als solche und das Werk als Verkörperung dieser Betätigung erfasst, gehören zum Wirkungsbereich die Darbietung und Verbreitung des Werkes als für die Begegnung mit dem Werk sachnotwendige kunstspezifische Vorgänge.⁹⁰¹

Der Werkbereich ist im Zusammenhang mit Werbung in zwei Fällen betroffen: Zum einen kommt es vor, dass Künstler_innen im Rahmen ihrer autonomen künstlerischen Tätigkeit gezielt mit bereits existierenden Formen, Eigenschaften oder Inhalten der Werbung arbeiten. In diesem Fall sind die entstehenden Werke Kunst, keine Werbung.⁹⁰² Sie sollen auch keine Werbung sein, sondern nutzen nur Elemente aus dieser, so z.B. einige Werke von *Andy Warhol*. Zum anderen kann aber auch die künstlerische Vorlage, welche später in der Werbung benutzt wird, z.B. ein Foto, Kunst sein.

In den Wirkungsbereich und damit ebenfalls in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fällt anerkanntermaßen auch die Werbung für ein Kunstwerk.⁹⁰³ In der durchschnittlichen Wirtschaftswerbung wird jedoch nicht für Kunstwerke, sondern für Alltags- und Gebrauchsgegenstände oder ein bestimmtes Unternehmensimage geworben. Es fehlt also der für den Wirkungsbereich entscheidende, in der Darbietung und Verbreitung des Werkes liegende kunstspezifische Vorgang.

Also kann Wirtschaftswerbung nur unter den Schutz der Kunstfreiheit fallen, wenn und soweit sie selbst Kunst ist.⁹⁰⁴ In diesem Fall wären Werk- und Wirkungsbereich identisch. Für die hier zu untersuchende Arbeitshypothese sind also nur zwei Varianten zu betrachten: Die Nutzung einer künstlerischen Vorlage in der Werbung sowie die Gestaltung der gesamten Werbung als Kunst.

bb) Künstlerische Vorlagen in der Werbung

Wann Vorlagen in der Werbung in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fallen, richtet sich nach den drei von der Rechtsprechung zur juristischen Er-

900 BVerfGE 119, 1, 21 f.; 81, 278, 292; 77, 240, 251; 30, 173, 189; *Jarass/Pieroth GG* Art. 5 Rn. 107.

901 BVerfGE 119, 1, 21 f.; 77, 240, 251; 30, 173, 189.

902 *Fuchs Avantgarde und Erweiterter Kunstbegriff*, S. 91.

903 BVerfGE 77, 240, 251; *Fuchs Avantgarde und Erweiterter Kunstbegriff*, S. 91.

904 *Fuchs Avantgarde und Erweiterter Kunstbegriff*, S. 91.

fassung von Kunst entwickelten Kunstbegriffen: dem formalen, dem materialen und dem offenen Kunstbegriff.⁹⁰⁵

(1) Formaler Kunstbegriff

Nach dem formalen Kunstbegriff liegt das Wesentliche eines Kunstwerkes darin, „dass bei formaler, typologischer Betrachtung die Gattungsanforderungen eines bestimmten Werktyps erfüllt sind.“⁹⁰⁶ Als Beispiele angeführt werden: Malen, Bildhauen, Dichten,⁹⁰⁷ aber auch Formen des Theaters und der Musik.⁹⁰⁸ Die Eröffnung des Schutzbereichs kommt also dann in Betracht, wenn das von der Werbung genutzte Medium ein im Rahmen des formalen Kunstbegriffs anerkannter Werktyp ist. Werbemedien sind kleine Filme und Hörfilme, Fotografien, Collagen, Textbausteine und mündliche Äußerungen. Ob dies anerkannte Werktypen iSd formalen Kunstbegriffes sind, ist fraglich.

Nach vereinzelter Auffassung soll die Einschlägigkeit des formalen Kunstbegriffs „[b]ei dem Phänomen der Verwendung von Kunst in der Werbung [...] in der Regel unproblematisch gegeben [...] sein.“⁹⁰⁹ Dies ist jedoch nur denkbar, wenn der Schutzbereich sehr weit verstanden wird und sämtliche in Betracht kommenden Werbeformen aus den ursprünglichen Gattungen des formalen Kunstbegriffs abgeleitet werden. Letztlich müsste dann auch jedes Bild im Werbeblatt eines Discounters in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fallen. Dagegen spricht, dass die Kunstfreiheit dann trotz ihrer besonderen verfassungsrechtlichen Stellung und ihrer engen Schranken einen Schutzbereich hätte, der sehr viel größer wäre als jener der Meinungsfreiheit. Auch existieren sowohl der materiale als auch der offene Kunstbegriff gerade deshalb, weil der formale Kunstbegriff als zu eng empfunden wurde und sich gerade nicht problemlos auf „neue avantgardistische Formen“ ausdehnen ließ.⁹¹⁰ Eine derartige Auslegung des formalen Kunst-

905 Vgl. Darstellung bei von Mangoldt/Klein/Starck GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 302.

906 BVerfGE 67, 213, 226 f. – Der anachronistische Zug.

907 BVerfGE 67, 213, 227; von Münch/Kunig/Wendt GG Art. 5 Rn. 90; Dreier/Wittreck GG Art. 5 III Rn. 38.

908 BVerfGE 67, 213, 227.

909 So von Becker GRUR 2001, 1101, 1103, der darüber hinaus aber noch das Vorliegen anderer Elemente fordert, um den Schutz über Art. 5 Abs. 3 GG zu eröffnen.

910 von Mangoldt/Klein/Starck GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 303; von Münch/Kunig/Wendt GG Art. 5 Rn. 90.

begriffs liefe auf eine umfassende Ausweitung des Schutzbereichs und damit auf eine Banalisierung der Kunstfreiheit hinaus.

Eine Einschränkung könnte sich allein aus dem Abstellen auf eine gewisse handwerkliche Leistung ergeben. Einige wollen bereits in nachkolorierten Fotografien einen „lang geübten Werktyp“ sehen und in derartigen Fällen Kunst aufgrund des formalen Kunstbegriffs annehmen.⁹¹¹ Ein solches Vorgehen begegnet grundsätzlichen Bedenken angesichts der Wertungen, die in einem solchen Fall vorzunehmen wären, auf die innerhalb der Bestimmung des Kunstbegriffes aber gerade verzichtet werden soll.⁹¹² Letztlich lässt sich eine Schutzbereichsausweitung und Banalisierung der Kunstfreiheit anders aber nicht vermeiden. Allein aufgrund des Nachbearbeitens den formalen Kunstbegriff zu bejahen, überzeugt aber jedenfalls noch nicht, da fast alle Bilder von Menschen in der Werbung mit Hilfe von Fotobearbeitungsprogrammen korrigiert werden; zu denken ist insbesondere an das Verschlimmern von Körperteilen sowie das Entfernen von Hautunreinheiten und Falten. Allein diese routinemäßige Bearbeitung kann noch keinen „lang geübten“ Werktyp iSv Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG begründen. Für das Vorliegen von Kunst ist vielmehr, insbesondere im Bereich fotografischen und filmischen Schaffens, ein überdurchschnittlicher Mindestgehalt an Qualität nötig.⁹¹³

Letztlich hat aber auch die Form nur dienende Funktion und ist Medium für die eigentliche Kunst.⁹¹⁴ Selbst wenn das Vorliegen von „gängigen Werktypen“⁹¹⁵ für eine Vermutung zugunsten des Vorliegens von Kunst spricht,⁹¹⁶ bedarf es stets zusätzlich eines vermittelnden, potenziell für unterschiedliche Deutungen offenen Sinns.⁹¹⁷ Ein solcher soll etwa fehlen bei Gebrauchsgegenständen, Dokumentarfotos, Tatsachenberichten, technischen Anleitungen und wissenschaftlichen Werken,⁹¹⁸ auch wenn sie noch so „kunstvoll“ gestaltet sind.⁹¹⁹ Andererseits wird der Kunstcharakter jedenfalls der fotografischen Vorlage zu bejahen sein, wenn das Werk von

911 *Grigoleit/Kersten* DVBl 1996, 596, 601.

912 BVerfGE 67, 213, 224; *Dreier/Wittreck* GG Art. 5 III Rn. 34.

913 *von Becker* GRUR 2001, 1101, 1105.

914 *Dreier/Pernice* GG 2. Auflage (Vorauslage) Art. 5 III Rn. 20.

915 *Ebenda*.

916 BVerfGE 67, 213, 226 f.

917 *Dreier/Pernice* GG 2. Auflage (Vorauslage) Art. 5 III Rn. 20; ähnlich *Epping/Hillgruber/Kempfen* GG Art. 5 Rn. 162; *von Mangoldt/Klein/Starck* GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 304.

918 *Dreier/Pernice* GG 2. Auflage (Vorauslage) Art. 5 III Rn. 20, mwN.

919 *Ebenda*.

II. Einem Verbot entgegenstehende, nicht zu rechtfertigende Grundrechtseingriffe

einer Person stammt, deren künstlerisches Medium die Fotografie ist und die eine eigene fotografisch-bildnerische Sprache entwickelt hat, die sämtliche Arbeiten auszeichnet.⁹²⁰

Die Vorlage einer Werbung kann also dann unter den formalen Kunstbegriff subsumiert werden, wenn sie einen überdurchschnittlichen Mindestgehalt an Qualität, Originalität und differenzierter Deutungsmöglichkeit aufweist.⁹²¹ Als Beispiel eignet sich auch hier die bereits an anderer Stelle⁹²² besprochene DOLCE & GABBANA-Werbung, in der ein muskulöser Mann mit freiem Oberkörper eine Frau im kurzen Kleid zu Boden drückt. Um sie herum stehen drei weitere, teils spärlich bekleidete Männer, welche die Szene betrachten. Die Szene insgesamt sowie die dargestellten Menschen wirken stark ästhetisiert – zum Teil durch die perfekt modellierten, glänzenden, muskulösen Körper, zum Teil durch die Anordnung der Menschen und die Tatsache, dass der Bildausschnitt durch Gesichter und Körper verläuft, zum Teil aber auch durch die offensichtliche Arrangiertheit der Szene, die insgesamt sehr kühl und „künstlich“ wirkt.



Das Foto weist jedenfalls eine gewisse Qualität und Originalität auf. Auch drängt sich den Betrachtenden nicht allein eine einzige Deutung auf. Vielmehr lässt gerade die distanzierte Künstlichkeit der angedeuteten Gewaltdarstellung Spielraum für diverse Interpretationen. Damit erfüllt das der DOLCE & GABBANA-Werbung zugrunde liegende Foto die Voraussetzungen des formalen Kunstbegriffs.

920 *Fuchs* Avantgarde und Erweiterter Kunstbegriff, S. 91.

921 *von Becker* GRUR 2001, 1101, 1105.

922 *Oben*, S. 121 f.

D. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Fotos und sonstige Bilder können also grundsätzlich als bildende Kunst erfasst werden. Sie sind aber – auch außerhalb des werblichen Zusammenhangs – nicht allein aufgrund ihrer Eigenschaft als Foto oder Bild Kunst. Bezüglich der anderen Medien, etwa Werbefilme in Hörfunk, Fernsehen und Internet, Werbebanner etc., fällt die Subsumtion unter den formalen Kunstbegriff noch schwerer.⁹²³

(2) Materieller Kunstbegriff

Nach dem materiellen Kunstbegriff ist Kunst die „freie schöpferische Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung gebracht werden.“⁹²⁴ Es ist zumindest nicht ausgeschlossen, dass Vorlagen in der Werbung auch unter diesen Kunstbegriff subsumierbar sind. Schwer vorstellbar ist dies, wenn in einer Werbung der Produktbezug im Vordergrund steht und ausschließlich das Produkt selbst sowie Informationen zu diesem präsentiert werden. In der Regel wird hier kaum Raum für eine freie schöpferische Gestaltung bestehen, in der Eindrücke der schaffenden Person zum Ausdruck gebracht werden. Völlig auszuschließen ist es jedoch nicht.

(3) Offener Kunstbegriff

Nach dem offenen Kunstbegriff schließlich besteht das kennzeichnende Merkmal der Kunst darin, „dass es wegen der Mannigfaltigkeit ihres Aussagegehalts möglich ist, der Darstellung im Wege einer fortgesetzten Interpretation immer weiterreichende Bedeutungen zu entnehmen, sodass sich eine praktisch unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergibt.“⁹²⁵ Auch diese Voraussetzungen können im Einzelfall durch künstlerische Vorlagen für Werbekampagnen erfüllt sein, sodass derartige Vorlagen in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fallen. Als Beispiel für die Einschlä-

923 Ähnlich *Leisner* UFITA 1962, 129, 150 f., der letztlich auf traditionell anerkannte künstlerische Formen abstellen will, „Film“ nicht als grundsätzliche Kunstform anerkennt und Werbung wohl insgesamt grundsätzlich nicht von dem Schutzbereich der Kunstfreiheit erfasst sieht.

924 BVerfGE 30, 173, 188 f.

925 BVerfGE 67, 213, 227.

gigkeit des offenen Kunstbegriffes können hier neben der Vorlage der oben erwähnten DOLCE & GABBANA-Werbung die Vorlagen der umstrittenen Benetton-Werbekampagnen der 1990er Jahre genannt werden.

(4) Ergebnis

Werbung kann also künstlerische Elemente enthalten, die selbst in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fallen. Dies heißt aber nicht, dass auch die Werbung selbst den Schutz der Kunstfreiheit genießt: Wird eine künstlerische Vorlage für eine Werbung geliefert, z.B. ein Foto für ein Plakat, so ist die Vorlage selbst von der Kunstfreiheit erfasst, nicht aber ohne Weiteres auch die durch Texte, Zeichen etc. weiterbearbeitete Werbung selbst. Diese ist im Regelfall nicht mehr das Ergebnis künstlerischer Arbeit und kann daher auch nicht als Kunstwerk über Art. 5 Abs. 3 GG geschützt werden.⁹²⁶ Im oben geschilderten Beispiel ist das ursprüngliche Foto für die DOLCE & GABBANA-Werbung Kunst. Mit dem Einfügen des Markenschriftzuges, der sich im Beispiel über das gesamte Foto erstreckt, entsteht ein neues Bild, die Werbung selbst. Ob diese ebenfalls von der Kunstfreiheit geschützt werden kann, ist zu untersuchen.

cc) Die Werbung selbst als Kunstwerk

Eine Werbung insgesamt (und nicht nur eine ihrer Vorlagen) ist dann vom Schutzbereich der Kunstfreiheit erfasst, wenn sie in ihrer Gesamtheit eine künstlerische Arbeit ist. Dies ist dann der Fall, wenn die Arbeit mit dem Medium Werbung Gegenstand der künstlerischen Auseinandersetzung ist, also „Aspekte der Werbung und Fragen der Kunst ineinandergreifen“.⁹²⁷ Im Einzelfall ist zu ermitteln, „inwieweit sich die Werbeschöpfung durch ihre Qualität und Originalität von vorbekanntem Material abhebt und inwieweit der Einsatz künstlerischer Mittel zu einer über das bloße Anpreisen der Ware

926 *Fuchs* Avantgarde und Erweiterter Kunstbegriff, S. 91 f.

927 *Fuchs* Avantgarde und Erweiterter Kunstbegriff, S. 92.

oder Dienstleistung hinausreichenden, differenzierter Deutung zugänglichen Darstellung führt.⁹²⁸

Werbung zielt fast immer auf eine konkrete Aussage oder ruft ein bestimmtes Image hervor, sodass differenzierte Deutungen des Aussagegehalts in den meisten Werbekampagnen nicht gewollt und auch nicht zu entdecken sind. Ein Spiel mit möglichen Assoziationen fand sich in einer vom OLG München⁹²⁹ entschiedenen Werbung: Zentrales Bildelement der Anzeige war die Gestalt einer sitzenden Frau, die mit einem schulterfreien, eng anliegenden, langen, vorn mit einem Reißverschluss verschlossenen Kleidungsstück und schwarzen Handschuhen mit langen Armen bekleidet war. Ihre Beine gingen nach unten in überdimensionale flossenähnliche Gebilde über, die an Nixendarstellungen erinnerten, und über ihrem Kopf fand sich die Frage: „Hätten Sie nicht Lust, sie gleich zu öffnen?“ Daneben stand, farblich abgesetzt, eine Flasche des beworbenen Wodkas. Auch wenn hier unterschiedliche Deutungen möglich sind – Öffnen der Flasche oder Öffnen (des Kleides) der Frau, so beziehen sich diese Deutungen doch allein auf die Anpreisung des Produktes und weisen keinen darüber hinausgehenden Gehalt auf. Auch drängen sich die beiden Interpretationsmöglichkeiten auf und lassen keinen Platz für darüber hinausgehende weitere Deutungen. Vor allem aber ist auch nicht ersichtlich, dass das Medium Werbung selbst Gegenstand der künstlerischen Auseinandersetzung ist. Es genügt also nicht, wenn sich die unterschiedlichen Deutungsmöglichkeiten allein auf die Produktdarstellung beziehen. Ebenso wie im Rahmen der Meinungsfreiheit bedarf es eines neben die Produktdarstellung und -anpreisung tretenden Gehalts. Bereits aus diesen Gründen erfüllt die eben beschriebene Werbung nicht die Voraussetzungen, um selbst als Kunstwerk geschützt zu werden.

Häufiger wird es aber auf die anderen Voraussetzungen ankommen. Indizien dafür, dass „Aspekte der Werbung und Fragen der Kunst ineinandergreifen“, also die Arbeit mit dem Medium Werbung Gegenstand der künstlerischen Auseinandersetzung und damit die Werbung Kunst ist,⁹³⁰ sind vor allem das Selbstverständnis der schaffenden Personen sowie eine uneindeutige, die Kampagne nicht eindeutig als Werbung einordnende Wahrnehmung in der Öffentlichkeit. Liegen diese Indizien vor, kann im Ausnahmefall die

928 von Becker GRUR 2001, 1101, 1103, der aufgrund der Einschlägigkeit aller drei Kunstbegriffe davon ausgeht, dass in den Benetton-Fällen „auf jeden Fall der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG eröffnet“ ist.

929 OLG München NJW-RR 1997, 107 – Werbung mit erotischem Bezug.

930 Fuchs Avantgarde und Erweiterter Kunstbegriff, S. 92.

II. Einem Verbot entgegenstehende, nicht zu rechtfertigende Grundrechtseingriffe

Kunsteigenschaft der gesamten Werbung bejaht werden.⁹³¹ Diese Voraussetzungen erfüllt die sogenannte Schockwerbung von Benetton.⁹³² Hier wurden bewusst Bilder, die Probleme der Umwelt und Gesellschaft aufzeigten (Foto einer ölverschmierten Ente, Bild eines menschlichen Gesäßes mit dem Stempelabdruck „HIV-positive“ etc.), in den Werbekontext gezogen, um gerade auf diesem Weg Elend und Konsumrausch gegenüberzustellen und eine gesellschaftskritische Aussage zu erreichen.⁹³³ Werbung selbst kann also von der Kunstfreiheit erfasst werden. Dies betrifft aber nicht die durchschnittliche Produktwerbung, sondern vielmehr besondere Einzelfälle.

Zu eng erscheint es hingegen, stets einen avantgardistischen Aspekt, also die Entwicklung von etwas Neuem und so noch nicht Dagewesenem zu fordern.⁹³⁴ So soll die von dem italienischen Fotografen *Oliviero Toscani* im Rahmen der Benetton-Kampagnen genutzte Strategie der produktfremden Reportagefotos zwar zunächst Kunst gewesen sein; den nachfolgenden Kampagnen fehle jedoch die eigene, das Medium Werbung reflektierende Innovation, sodass sich alle Kampagnen nach der ersten, auch wenn sie mit produktfremden Reportagefotos arbeiteten, nur noch im üblichen Kanon der Werbestrategien bewegten und nicht mehr als Kunstwerke anerkannt werden könnten.⁹³⁵ Dagegen spricht, dass auch Kunst nicht nur dann Kunst ist, wenn sie etwas Neues schafft und avantgardistisch ist. Es ist nicht ersichtlich, warum im Rahmen von Werbung diesbezüglich ein engerer Kunstbegriff verlangt werden sollte. Werbung ist also dann Kunst, wenn die Arbeit mit dem Medium Werbung Gegenstand der künstlerischen Auseinandersetzung ist.⁹³⁶ Ein avantgardistischer Aspekt ist nicht nötig.⁹³⁷

931 *Fuchs* Avantgarde und Erweiterter Kunstbegriff, S. 93, für diesen Ausnahmefall den avantgardistischen Charakter des Werkes annehmen wollend, Bejahung der Kunsteigenschaft für die erste umstrittene Benetton-Kampagne.

932 *Fuchs* Avantgarde und Erweiterter Kunstbegriff, S. 93; von *Becker* GRUR 2001, 1101, 1103; *Grigoleit/Kersten* DVBl 1996, 596, 601.

933 *Toscani* Die Werbung ist ein lächelndes Aas, S. 44.

934 So aber *Fuchs* Avantgarde und Erweiterter Kunstbegriff, S. 95.

935 *Fuchs* Avantgarde und Erweiterter Kunstbegriff, S. 95.

936 *Fuchs* Avantgarde und Erweiterter Kunstbegriff, S. 92.

937 Anders *Fuchs* Avantgarde und Erweiterter Kunstbegriff, S. 95.

d) Persönlicher Schutzbereich

Vom Schutz der Kunstfreiheit persönlich erfasst sind jedenfalls diejenigen Personen, die das Kunstwerk – hier also die künstlerische Vorlage für eine Werbung oder die Werbung selbst – hergestellt haben.⁹³⁸

Daneben werden auch jene Personen geschützt, die das Kunstwerk der Öffentlichkeit zugänglich machen⁹³⁹ und eine unentbehrliche Mittlerposition zwischen Künstler_in und Publikum ausüben, also auch Presseunternehmen und Sendeanstalten.⁹⁴⁰ Voraussetzung dafür ist jedoch, dass es bei den jeweiligen Herstellungs- und Vertriebstätigkeiten nicht nur um eine rein wirtschaftliche Verwertung, sondern zugleich um die kommunikative Vermittlung des Kunstwerks als solchem geht.⁹⁴¹ Teile der Literatur gehen davon aus, dass für Produkte oder Dienstleistungen werbende Wirtschaftsunternehmen diese Kriterien erfüllen.⁹⁴² Anderer Meinung nach können Träger kunstvermittelnder Medien nur dann Grundrechtsträger der Kunstfreiheit sein, wenn sie unmittelbar und ausschließlich der Schaffung oder kommunikativen Vermittlung von Kunst dienen (so z.B. Theater und Museen).⁹⁴³ Im Rahmen von Wirtschaftswerbung komme der künstlerischen Werbegestaltung aus der Sicht des jeweiligen Unternehmens grundsätzlich „lediglich technisch-instrumentale“, nicht aber schöpferisch-eigenständige Bedeutung zu; es stehe der werblich-visuelle Anreiz, nicht aber der künstlerische Ausdruck im Vordergrund.⁹⁴⁴ Das werbende Unternehmen kann dann nur über Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 und eventuell über Art. 5 Abs. 1 GG geschützt werden, in der Regel aber nicht über Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG.

Die letzte Ansicht deckt sich mit den bereits gefundenen Ergebnissen: Wird lediglich ein bereits existierendes Kunstwerk als Vorlage für die Werbung genutzt und in diese einbezogen, spricht dies dafür, dass es dem Unternehmen in erster Linie um den werblich-visuellen Anreiz und nicht vor-

938 Maunz/Dürig/Scholz GG Art. 5 Abs. III Rn. 35; Jarass/Pieroth GG Art. 5 Rn. 108.

939 Jarass/Pieroth GG Art. 5 Rn. 108; z.B. BVerfGE 119, 1, 22 – Roman ‚Esra‘: Verleger; BVerfGE 36, 321, 331: Schallplattenhersteller; BGHZ 130, 205, 218 – Feuer, Eis & Dynamit I: Filmproduzent.

940 Sachs/Bethge GG Art. 5 Rn. 191; bzgl. Verleger vgl. BVerfGE 30, 173, 191; 119, 1, 22, mwN.

941 BVerfGE 77, 240, 251, 254; 36, 321, 331; 30, 173, 191; BGHZ 130, 205, 218 – Feuer, Eis & Dynamit I.

942 von Becker GRUR 2001, 1101, 1104.

943 Maunz/Dürig/Scholz GG Art. 5 Abs. III Rn. 47.

944 Maunz/Dürig/Scholz GG Art. 5 Abs. III Rn. 35.

II. Einem Verbot entgegenstehende, nicht zu rechtfertigende Grundrechtseingriffe

dergründig um den künstlerischen Ausdruck geht. Der Sinn der Nutzung in der Werbung zielt dann in der Regel nicht auf eine darüber hinausgehende künstlerisch-eigenständige Bedeutung, sondern dient einem technisch-instrumentalen Zweck – der Unterstützung der Werbewirkung.⁹⁴⁵ Sachnäher ist dann der Schutz über Art. 12, 14 GG.

Dies ist anders, wenn die Werbung selbst Gegenstand der künstlerischen Auseinandersetzung und damit Kunst ist. In diesem Fall ist das Unternehmen selbst am Werkbereich des Kunstwerkes beteiligt. Es drängt den Werbezweck bewusst zurück, um daneben eine künstlerische Aussage zu ermöglichen. Dabei kommt es auf die Mitwirkung des Unternehmens im Rahmen der Planung und Erstellung des Kunstwerkes nicht entscheidend an.⁹⁴⁶ Wenn Werbung Kunst ist, dann spielt nach der hier verwendeten Definition die Werbung eine entscheidende Rolle in der Kunst. Entscheidend für Werbung ist wiederum deren Veröffentlichung; eben dies ist Aufgabe des Unternehmens. Die Veröffentlichung der Werbung und deren Verbreitung in den Massenmedien ist dabei zwingender Teil des Werkbereiches. Also trägt das Unternehmen jedenfalls durch die Veröffentlichung und Verbreitung der Werbung einen wesentlichen Teil zum Kunstwerk selbst bei. Wenn die gesamte Werbung selbst in den sachlichen Schutzbereich der Kunstfreiheit fällt, ist auch das werbende Unternehmen über den persönlichen Schutzbereich erfasst.

Dies kann beispielsweise für die bereits angesprochene Benetton-Werbekampagne angenommen werden: Die Fotos der Werbekampagne standen für sich und sollten auch im Zusammenhang mit dem Werbekontext gedeutet werden, der Unternehmensname „Benetton“ war nur sehr klein in einer Ecke zu lesen. Demgegenüber trugen die Menschen in der oben beschriebenen DOLCE & GABBANA-Werbung die zu bewerbende Kleidung und über die gesamte Breite des Bildes zog sich ein großer, raumnehmender Schriftzug mit dem Unternehmensnamen. Beides spricht hier für einen vordergründigen Werbecharakter und gegen künstlerische Intentionen.

Während diejenigen Personen, welche die künstlerische Vorlage für eine Werbung oder die Werbung selbst hergestellt haben, stets vom Schutz der

945 So im Ergebnis auch von Becker GRUR 2001, 1101, 1105.

946 Anders von Becker GRUR 2001, 1101, 1105, der den persönlichen Schutzbereich dem Unternehmen öffnen will, „wenn seinem Beitrag mindestens der Charakter einer Planvorgabe iSd § 47 VerIG zukommt“.

Kunstfreiheit erfasst sind,⁹⁴⁷ fallen werbende Unternehmen also nur dann in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG, wenn die gesamte Werbung selbst Kunst ist. Sofern lediglich künstlerische Vorlagen genutzt werden, um den Werbezweck zu unterstützen, handelt es sich nicht um eine durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG geschützte Tätigkeit des werbenden Unternehmens.⁹⁴⁸

e) Abwägung im Rahmen der Grundrechtskollision

In einem Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung läge also auch ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in die Kunstfreiheit. Im Rahmen der daher vorzunehmenden Abwägung der kollidierenden Grundrechte ist ebenfalls danach zu unterscheiden, ob künstlerische Vorlagen in der Werbung genutzt werden oder die Werbung selbst Kunst iSv Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ist.

Der Kunstfreiheit der Künstler_innen, deren künstlerische Vorlage in der Werbung genutzt wird, stehen Art. 3 Abs. 2 und Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG gegenüber. Für die Rechte der Künstler_innen aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG spricht, dass auch Werbung ein wichtiges Medium zur Veröffentlichung von Kunst sein kann, insbesondere, da auf diese Art eine sehr große Anzahl von Rezipient_innen erreicht wird. Auf der anderen Seite wiegen aber die oben⁹⁴⁹ ausgeführten Gefahren für die Schutzgüter der entgegengesetzten Grundrechte schwer. Aufgrund ihres manipulativen Charakters und der hohen Breitenwirkung bergen Werbebilder eine besondere Gefahr für die Entwicklung und Entfaltung insbesondere junger Menschen und die

947 Maunz/Dürig/Scholz GG Art. 5 Abs. III Rn. 35; Jarass/Pieroth GG Art. 5 Rn. 108; anders BGHZ 130, 196, 202 f. – Ölverschmutzte Ente: kein Verbot der Veröffentlichung der Fotografie, sondern nur ein Verbot der Verwendung der Fotografie in wettbewerbswidriger Weise, daher fehle es an einem Eingriff; ähnlich in BGHZ 130, 205, 219 – Feuer, Eis & Dynamit I: in der Untersagung über § 1 UWG 1909 ginge es nicht um ein Verbot des Vertriebs des Films, sondern lediglich um die Erfüllung bestimmter Auflagen bei dessen Vertrieb, dies sei nur eine den Kernbereich der Kunstfreiheit nicht berührende, am „äußersten Rand des sogenannten Wirkbereichs [...] angesiedelte Modalität des Vertriebs“, der in der Abwägung nur geringes Gewicht zu komme.

948 Ähnlich, aber den Schutz der Kunstfreiheit wohl etwas weiter ausdehnend von Becker GRUR 2001, 1101, 1105 (je nach aktiver Einwirkung der Unternehmen auf den Entstehungsprozess).

949 Vgl. insbesondere D. II. 2. e), S. 174 ff. (Abwägung im Rahmen der Meinungsfreiheit), aber auch D. II. 3. d), S. 190 f. (Abwägung im Rahmen der Pressefreiheit) und D. II. 4. e), S. 193 ff. (Abwägung im Rahmen der Rundfunkfreiheit).

Gleichstellung der Geschlechter. Auch sind die Künstler_innen zur Veröffentlichung ihrer Werke nicht auf die Werbung angewiesen, sodass in diesem Fall die Kunstfreiheit in der Abwägung unterliegt.

Sehr viel schwerer zu rechtfertigen ist ein Eingriff in die Kunstfreiheit der Künstler_innen sowie der werbenden Unternehmen, wenn die Werbung selbst Bestandteil des Kunstwerkes und damit Kunst ist. Das liegt vor allem daran, dass in diesen Fällen nicht der Werbezweck, sondern die Kunst im Vordergrund steht, die im Zweifel verschiedene Deutungsmöglichkeiten und eine Auseinandersetzung mit gesellschaftlichen Themen beinhaltet. Derartige Tätigkeiten zu schützen, ist eines der höchsten Prinzipien der Verfassung, was bereits daran erkennbar ist, dass im Rahmen der Kunstfreiheit allein verfassungsimmanente Schranken existieren. Dies zeigt auch ihren selbst gegenüber der Meinungsfreiheit noch herausgehobenen Wert. Wo die Meinungsfreiheit durch allgemeine Gesetze einschränkbar ist, zeigt sich die Kunstfreiheit wesentlich weniger, allein durch andere Grundrechte einschränkbar. Auch kann hier nicht argumentiert werden, die Veröffentlichung der Kunst könne außerhalb der Werbung erfolgen, da die Werbung selbst gerade Teil der künstlerischen Aussage ist. Ein Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung, welche Kunst iSv Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ist, machte diese Kunst unmöglich. Darauf, ob es ein Interesse an geschlechtsdiskriminierender Kunst gibt, kommt es nicht an: Kunst muss frei sein von staatlicher Bevormundung, die Persönlichkeit der Künstler_innen muss sich möglichst frei schöpferisch entfalten können.⁹⁵⁰ Auch ist Kunst grundsätzlich deutungs offen, eine ausdrücklich diskriminierende Aussage ohne jegliche andere Intention ist nur schwer vorstellbar. Hinzu kommt, dass Fälle geschlechtsdiskriminierender Werbung, die in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fallen, überhaupt nur als absolute Einzelfälle denkbar sind.⁹⁵¹ Insgesamt überwiegt in diesen Fällen daher grundsätzlich die Kunstfreiheit. Dieses Ergebnis wird gestützt durch die Rechtsprechung des BVerfG, wonach „staatliche Eingriffe umso weniger zuzulassen [sind], je näher die umstrittene Handlung dem Kern der Kunstfreiheit zuzuordnen ist und je mehr sie sich im Bereich des Schaffens abspielt“.⁹⁵² Daraus ergebe sich eine Ver-

950 Dreier/Wittreck GG Art. 5 III Rn. 34.

951 Vgl. oben, D. II. 5. c) cc), S. 205 ff.

952 BVerfGE 77, 240, 254 – Herrnburger Bericht; BGHZ 130, 205, 219 – Feuer, Eis & Dynamit I.

D. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

mutung dafür, dass „die Kunstfreiheit im Werkbereich eher Vorrang genießt als im Wirkbereich.“⁹⁵³

Bei künstlerischen Vorlagen in der Werbung, wo allein der Wirkbereich berührt ist, überwiegen also grundsätzlich die Art. 3 Abs. 2, Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG gegenüber der Kunstfreiheit der Künstler_innen. Ist Werbung selbst Kunst, ist der Werkbereich betroffen und es überwiegt grundsätzlich die Kunstfreiheit von Künstler_innen und Unternehmen.

III. Ergebnis

Geschlechtsdiskriminierende Werbung verletzt mehrere verfassungsrechtliche Grundwerte. Der objektive Gehalt der Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG, ist nur dann betroffen, wenn die grundsätzliche Gleichwertigkeit von Menschen negiert und Menschen als bloße Objekte dargestellt werden, mit denen nach Belieben verfahren werden kann. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der menschliche Körper als benutzbares Objekt dargestellt wird, das nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden eigenen Willen zu äußern oder überhaupt erst zu begründen, oder wenn in Darstellungen (sexuelle) Handlungen entgegen den Willen eines Menschen vorgenommen werden, wobei er oder sie in unterlegener Position als Opfer dargestellt wird, welches sich der fremden Handlung an seinem/ihrer Körper nicht erwehren kann.⁹⁵⁴ Das Gleichberechtigungsgebot aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG ist betroffen, wenn der Werbeaussage eine Hierarchie in Form von Geschlechtsrollenstereotypisierungen aufgrund des Geschlechts zu entnehmen ist und der objektive Gehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG, ist beeinträchtigt, wenn eine Werbeaussage Idealisierungen von bestimmten Geschlechtsgruppen oder Geschlechtsrollenstereotypen und Körpernormen transportiert oder eine Abwertung von bestimmten Geschlechtsgruppen, Geschlechtsrollenstereotypen oder von Personen, die bestimmten Geschlechtsrollenstereotypen nicht entsprechen, enthält.

Ein Vorgehen gegen geschlechtsdiskriminierende Wirtschaftswerbung würde seinerseits Grundrechte berühren. Während ein Verstoß gegen die

953 BVerfGE 77, 240, 254, allerdings sei stets eine Einzelfallbetrachtung erforderlich (S. 255); dazu auch *Henschel* NJW 1990, 1937, 1942.

954 Im Ergebnis ähnlich *Fink* AfP 2001, 189, 193; *Dörr/Cole* K&R 2000, 369, 377; *Di Fabio* Schutz der Menschenwürde, S. 42 ff., 94 und *Klass* Unterhaltung ohne Grenzen? S. 109.

Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG, stets geeignet ist, ein Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung zu rechtfertigen, ist für Art. 3 Abs. 2 und Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG je nach betroffenem Grundrecht abzuwägen.

Die Werbetreibenden selbst stehen unter dem Schutz der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 S. 1, 2 GG, sowie der Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG. Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit können aufgrund der Schutzpflicht für die entgegenstehenden verfassungsrechtlichen Grundwerte gerechtfertigt werden. Selbiges gilt, jedenfalls so lange ein strukturelles Ungleichgewicht iSv Art. 3 Abs. 2 GG existiert, auch für die Meinungsfreiheit. Wenn Werbung selbst Kunst ist, sind auch die werbenden Unternehmen vom Schutz der Kunstfreiheit, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG, erfasst. Im Rahmen dieser Abwägung überwiegt die Kunstfreiheit.

Auch die selbst künstlerisch tätig gewordene Person genießt den Schutz der Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG. Hier ist zu differenzieren: Ist Werbung selbst Kunst, ist der Werkbereich betroffen und es überwiegt grundsätzlich die Kunstfreiheit. Andernfalls, bei der Verwendung künstlerischer Vorlagen in der Werbung, überwiegen grundsätzlich die Art. 3 Abs. 2, Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG gegenüber der Kunstfreiheit der Künstler_innen.

Im Rahmen von Presse- und Rundfunkfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 und 2 GG, durch die Presseverlage und Rundfunkveranstaltende geschützt werden, überwiegt in der Abwägung ebenfalls grundsätzlich der Schutz der Grundrechtsgewährleistungen aus Art. 3 Abs. 2, Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG. In besonderen Fällen kommt auch hier ein Schutz über Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG, wenn die Presse sich eine Meinung in einer Anzeige zu eigen macht, oder auch über Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG, wenn Werbung selbst Kunst ist, in Betracht.⁹⁵⁵ In diesen Fällen gilt bezüglich der Rechtfertigung das jeweils im Rahmen der Meinungs- und Kunstfreiheit gefundene Ergebnis.

955 Sachs/*Bethge* GG Art. 5 Rn. 191 (Einbeziehung aller Personen in den Schutzbereich, die eine unentbehrliche Mittlerfunktion zwischen Künstler_in und Publikum ausüben); bzgl. Verleger vgl. BVerfGE 30, 173, 191; 119, 1, 22.

E. Vereinbarkeit einer Begrenzung geschlechtsdiskriminierender Werbung mit europäischem Primärrecht

Die Ausführungen des letzten Kapitels haben gezeigt, dass geschlechtsdiskriminierende Werbung verfassungsrechtliche Grundwerte verletzt und dass grundrechtliche Beeinträchtigungen durch eine Begrenzung geschlechtsdiskriminierender Werbung grundsätzlich – mit Ausnahme der Kunstfreiheit – gerechtfertigt werden können. Eine Begrenzung geschlechtsdiskriminierender Werbung müsste darüber hinaus aber auch mit europäischem Primärrecht vereinbar sein, dürfte also keine Grundrechte und Grundfreiheiten verletzen.

I. Anwendbarkeit der EU-Grundrechte

An die GRCh⁹⁵⁶ sind Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union gebunden, also im Rahmen der legislativen Umsetzung oder des administrativen oder judikativen Vollzugs zwingender EU-rechtlicher Vorgaben.⁹⁵⁷ Eine Anwendung der Unionsgrundrechte auf ein mitgliedstaatliches Gesetz setzt also voraus, dass dieses durch Unionsrecht determiniert ist.⁹⁵⁸ Europäisches Sekundärrecht, das einen Teilbereich geschlechtsdiskriminierender Wirtschaftswerbung – geschlechtsdiskriminierende audiovisuelle kommerzielle Kommunikation – erfasst, existiert in Form der AVMD-Richtlinie. Diese ist jedoch bereits in deutsches Recht umgesetzt. Ein darüber hinausgehendes Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung zeichnet keine zwingenden unionsrechtlichen Vorgaben im nationalen Recht nach. Auf ein deutsches Verbot geschlechtsdiskriminierender Wirtschaftswerbung sind die EU-Grundrechte daher nicht anwendbar. Es bleibt bei der Anwendbarkeit nationalen Verfassungsrechts.

956 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABIEU C-303/1 ff.

957 *Huber* NJW 2011, 2385, 2389 f.; *Streinz* EuZW 2011, 384, 385.

958 So die hM, vgl. *Ziegenhorn* NVwZ 2010, 803, 807, mwN.

II. Vereinbarkeit mit EU-Grundfreiheiten

Eine Grenze für das Tätigwerden nationaler Gesetzgebung sind jedoch die europäischen Grundfreiheiten.⁹⁵⁹ Zwar fällt Werbung als Dienstleistung grundsätzlich in den Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit.⁹⁶⁰ Stellt sie aber lediglich eine Begleitleistung beim Vertrieb einer Ware dar, so ist nicht die Werbung selbst das Schutzgut, das frei zirkulieren können muss, sondern allein die Ware.⁹⁶¹ Einschlägig ist daher die europarechtliche Grundfreiheit des freien Warenverkehrs, Art. 34 AEUV.⁹⁶² Nationale Regelungen gegen geschlechtsdiskriminierende Werbung beeinträchtigen die Warenverkehrsfreiheit, wenn sie Maßnahmen gleicher Wirkung iSd Art. 34 AEUV sind. Eine Rechtfertigung wäre nach der „Cassis de Dijon“-Entscheidung⁹⁶³ des EuGH nur dann möglich, wenn „zwingende Erfordernisse des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs [oder] des Verbraucherschutzes“ vorlägen,⁹⁶⁴ wobei die diesbezügliche Auslegung sehr streng ausfällt.

1. Tatbestand des Art. 34 AEUV

Eine „Maßnahme mit gleicher Wirkung“ iSd Art. 34 AEUV (ex-Art. 28 EGV) ist seit der „Dassonville“-Entscheidung des EuGH⁹⁶⁵ nach ständiger Rechtsprechung⁹⁶⁶ jede Regelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel zwischen den Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern.

959 *Hobe* Europarecht, Rn. 495 ff.

960 EuGH Slg. 1994, I-1039 Rn. 22-25.

961 *Calliess/Ruffert/Kingreen* EUV/AEUV Art. 34 AEUV Rn. 184.

962 Vgl. dazu z.B. EuGH EuZW 2008, 177 Rn. 42 ff. (Einschränkung der Warenverkehrsfreiheit durch deutsche Jugendschutzbestimmungen).

963 EuGH Slg. 1979, 649 – *Cassis de Dijon*.

964 EuGH Slg. 1979, 649 Rn. 8 – *Cassis de Dijon*; nachfolgend etwa EuGH Slg. 1982, 707 Rn. 7; Slg. 1982, 4575 Rn. 14; Slg. 1989, 1235 Rn. 10; Slg. 1990, I-667 Rn. 10; Slg. 1993, I-2361 Rn. 12.

965 EuGH Slg. 1974, 837 Rn. 5 – *Dassonville*.

966 Vgl. EuGH NJW 2008, 3693, 3695 Rn. 28; EuGH NJW 2004, 131, 133 Rn. 66 – *DocMorris*.

a) Produktbezogene diskriminierende Werbung

In seiner „Keck“-Entscheidung hat der EuGH die Reichweite der Grundfreiheiten im Lauterkeitsrecht jedoch eingeschränkt: Außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 34 AEUV (ex-Art. 28 EGV) liegen demnach nationale Normen, die nicht produktbezogen sind, sondern „nur“ Verkaufsmodalitäten regeln, sofern ihre Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmenden gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berühren.⁹⁶⁷

Ein unmittelbarer Produktbezug hingegen liegt vor, wenn die Werbung und das beworbene Produkt körperlich untrennbar miteinander verbunden sind,⁹⁶⁸ also die Regelungen Waren selbst bestimmten Anforderungen unterstellen, etwa Bezeichnung, Form, Abmessung, Gewicht, Zusammensetzung, Aufmachung, Etikettierung und Verpackung der Ware.⁹⁶⁹ Der EuGH nahm daher bei dem Verbot einer Werbeaufschrift auf der Packung eines Eiscremeriegels eine Beeinträchtigung an, weil sie den Marktzugang eines europaweit vertriebenen Produkts verhindere, wenn der Hersteller nicht speziell für Deutschland eine Produktverpackung entwerfen wolle.⁹⁷⁰ Wenn Regelungen dazu führen, dass die Verpackung oder Kennzeichnung eingeführter Erzeugnisse geändert werden muß, sind sie daher nicht lediglich als Verkaufsmodalitäten einzuordnen.⁹⁷¹

Für geschlechtsdiskriminierende Werbung ist demnach also zu unterscheiden: Soweit sie sich als Etikett etc. direkt auf dem Produkt befindet, also produktbezogen ist, liegt bei einem diesbezüglichen Verbot eine Maßnahme gleicher Wirkung iSd Art. 34 AEUV und damit eine Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit vor.

967 EuGH Slg. 1993, I-6097 Rn. 16 – Keck und Mithouard; nachfolgend etwa EuGH EuZW 2004, 439.

968 Calliess/Ruffert/Kingreen EUV/AEUV Art. 34 AEUV Rn. 173.

969 EuGH Slg. 1995, I-1923 Rn. 13; Slg 1994, I-317 Rn. 13; Slg. 1993, I-6097 Rn. 15 – Keck und Mithouard.

970 EuGH Slg. 1995, I-1923 Rn. 13.

971 EuGH Slg. 1999, I-3175 Rn. 37; Slg. 2001, I-5901 Rn. 39.

b) Diskriminierende Werbung als Verkaufsmodalität

Werbung, die nicht unmittelbar mit dem Produkt zusammenhängt, sondern z.B. als Werbefilm oder Werbeanzeige gezeigt wird, betrifft hingegen nur Verkaufsmodalitäten. Sofern diesbezügliche Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmenden gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren, sind sie also nicht geeignet, den freien Warenverkehr zu beeinträchtigen. Ob ein Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung aber tatsächlich inländische und mitgliedstaatliche Erzeugnisse gleichermaßen berührt, ist fraglich.

In seiner Rechtsprechung nach der „Keck“-Entscheidung⁹⁷² arbeitete der EuGH heraus, dass Werbeverbote sich – auch wenn keine körperliche Verbindung mit dem Produkt besteht – auf den Marktzugang auswirken können, wenn Werbeverbote den Marktzugang für ausländische Ware stärker behindern als sie dies für inländische Erzeugnisse tun. Grund dafür sei, dass Verbraucher_innen mit inländischen Erzeugnissen besser vertraut seien und ein Werbeverbot diese daher weniger träfe. Die Erschließung eines durch inländische Produkte beherrschten Marktes durch ausländische Ware könne durch ein Werbeverbot daher erheblich erschwert werden.⁹⁷³ Ein Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung verhindert jedoch nicht die Möglichkeit, überhaupt für ein Produkt zu werben. Es betrifft vielmehr nur die Art und Weise der Werbung und ist damit kein Werbeverbot im eben beschriebenen Sinne.

Allerdings hat der EuGH seine Rechtsprechung zu Werbeverboten mittlerweile sogar auch auf Werbebeschränkungen übertragen: Es lasse sich nicht ausschließen, dass es ein Einfuhrhindernis darstelle, wenn ein_e Wirtschaftsteilnehmer_in ein Werbesystem aufgeben müsse, das er/sie für besonders wirksam halte.⁹⁷⁴ Dabei ging es in den Entscheidungen einmal um die Etikettierung synthetischer Süßstoffe mit Angaben, die das Wort Zucker enthalten,⁹⁷⁵ und im anderen Fall um die Angaben auf einem Glas, in wel-

972 EuGH Slg. 1993, I-6097 Rn. 16 – Keck und Mithouard.

973 EuGH Slg. 2001, I-1759 Rn. 21.

974 EuGH Slg. 2004, I-7007 Rn. 58 – Douwe Egberts, mit Bezug auf EuGH Slg. 1990, I-4695 Rn. 29 – SARPP.

975 EuGH Slg. 1990, I-4695 – SARPP.

chem Kaffee verkauft wurde, sowie jenen auf der Verpackung und in der Gebrauchsanweisung dieses Erzeugnisses.⁹⁷⁶

In der Literatur ist aufgrund der zuletzt genannten Entscheidung („Douwe Egberts“)⁹⁷⁷ ein Streit um Werbebeschränkungen entbrannt. Kern des Problems ist die Zunahme europaweit konzipierter Vermarktungsstrategien (sogenanntes Euro-Marketing)⁹⁷⁸, während das Unlauterkeitsrecht im Binnenmarkt jedoch nicht vollständig harmonisiert ist und es daher aufgrund von zum Teil unterschiedlichen Werbebeschränkungen zu Hindernissen und Mehrkosten kommt. Ein Teil der Literatur will bereits darin Beeinträchtigungen der freien Warenverkehrsfreiheit sehen.⁹⁷⁹

Dass Etikettierung und Verpackung einer Ware nicht nur Verkaufsmodalitäten, sondern sogar Beispiele unmittelbaren Produktbezugs sind, gilt jedoch schon seit der „Keck“-Rechtsprechung.⁹⁸⁰ Im Grunde liegt in beiden Fällen, in denen der EuGH eine Werbebeschränkung für eine Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit hat ausreichen lassen, also bereits ein Produktbezug vor. Dass Beschränkungen von Werbekampagnen, die nicht unmittelbar mit dem Produkt selbst zusammenhängen, Beeinträchtigungen iSd Warenverkehrsfreiheit darstellen könnten, ist jedoch kaum vorstellbar. Unternehmen können ihre Waren frei einführen und bewerben. Die Beschränkungen der Werbung treffen in- und ausländische Unternehmen gleichermaßen. Lediglich die Werbekampagnen müssten in den einzelnen Ländern den dortigen Werbebeschränkungen angepasst werden. Eine solche Beeinträchtigung hängt aber nicht mit den Marktzutrittsmöglichkeiten des Produkts zusammen. (Finanziellen) Nachteilen durch eine mögliche – aber keinesfalls zwingende – Kostenintensivierung steht die Erweiterung des Absatzmarktes des Unternehmens gegenüber. Außerdem werden bei der Vermarktung in mehreren Ländern schon aus sprachlichen Gründen, aber auch aufgrund von kulturellen Besonderheiten ohnehin oft unterschiedliche Werbekampagnen geschaltet. Auch der EuGH hat bisher in keinem Fall eine Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit angenommen, wenn nicht komplette Werbeverbote oder Werbebeschränkungen mit unmittelbarem

976 EuGH Slg. 2004, I-7007 – Douwe Egberts.

977 Ebenda.

978 Calliess/Ruffert/*Kingreen* EUV/AEUV Art. 34 AEUV Rn. 177.

979 Darstellung des Streitstands bei Calliess/Ruffert/*Kingreen* EUV/AEUV Art. 34 AEUV Rn. 177 ff.

980 EuGH Slg. 1995, I-1923 Rn. 13 – Mars; Slg. 1993, I-6097 Rn. 15 – Keck und Mithouard.

Produktbezug in Rede standen. Ein Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung wäre bei Werbung, die als Werbekampagne geschaltet wird, also grundsätzlich nur eine Beschränkung der Art und Weise einer Werbung. Eine Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit läge nicht vor.

c) Ergebnis

Hinsichtlich eines Verbots geschlechtsdiskriminierender Werbung ist zu unterscheiden: Soweit Werbung produktbezogen ist, sich also als Beschriftung, Bebilderung etc. direkt auf dem Produkt befindet, liegt eine Maßnahme gleicher Wirkung iSd Art. 34 AEUV vor und die Warenverkehrsfreiheit ist betroffen. Ein Verbot von geschlechtsdiskriminierender Werbung, die nicht unmittelbar mit dem Produkt zusammenhängt, sondern z.B. als Werbefilm oder Werbeanzeige gezeigt wird, betrifft hingegen nur Verkaufsmodalitäten und berührt den Absatz inländischer und ausländischer Erzeugnisse rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise. Ein solches Verbot wäre nicht geeignet, den freien Warenverkehr zu beeinträchtigen. Da ein Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung jedenfalls auch Werbung auf den Produkten selbst betrifft,⁹⁸¹ wäre die Warenverkehrsfreiheit also durch ein solches Verbot betroffen.

2. Rechtfertigung

Verstöße gegen die Warenverkehrsfreiheit können aus mehreren Gründen gerechtfertigt sein. Dabei kommt es insbesondere auf die Verhältnismäßigkeit der Beschränkung an.⁹⁸²

a) Schranken

Eingriffe in die Warenverkehrsfreiheit können „aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des

981 Vgl. nur BGHZ 130, 5 – Busengrapscher.

982 *Hobe* Europarecht, Rn. 567 ff.

gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt“ sein, Art. 36 AEUV (ex-Art. 30 EGV). Öffentliche Sittlichkeit ist nach Auslegung des EuGH die eigene Wertordnung des jeweiligen Mitgliedstaates⁹⁸³ iSv Moralvorstellungen einer bestimmten Gesellschaft zu einer bestimmten Zeit.⁹⁸⁴ Die öffentliche Ordnung hingegen wird durch Grundregeln bestimmt, die hoheitlich festgelegt sind und die wesentlichen Interessen des Staates und seiner Einrichtungen berühren.⁹⁸⁵ In der „Laserdrome“-Entscheidung⁹⁸⁶ betonte der EuGH ausdrücklich, dass die Grundrechte nach ständiger Rechtsprechung zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehören, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern habe.⁹⁸⁷ Zusätzlich bezog er sich auf die gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten und die Europäische Menschenrechtskonvention.⁹⁸⁸ In jüngeren Entscheidungen zieht der EuGH zunehmend auch die europäischen Grundrechte als selbständiges Gegengewicht gegenüber den Grundfreiheiten heran: Da sie sowohl von der Europäischen Union als auch von den Mitgliedstaaten zu beachten seien, stelle ihr Schutz ein berechtigtes Interesse dar, das grundsätzlich auch Beschränkungen der Grundfreiheiten rechtfertigen könne.⁹⁸⁹

Die europäischen Grundrechte verpflichten die Union und die Mitgliedstaaten jedoch nur insoweit, als sie Unionsrecht durchführen (Art. 51 GRCh). Wann ein solcher Unionsbezug vorliegt, ist umstritten. Nach dem EuGH und der ihm folgenden herrschenden Meinung soll er bereits dann bestehen, wenn die Grundfreiheiten beeinträchtigt sind und ihre Rechtfertigung in Rede steht; damit seien der Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte eröffnet und die mitgliedstaatlichen Grundrechte verdrängt.⁹⁹⁰ Wenn europäische Grundrechte betroffen sind, kann dies demnach insbesondere auch die Beschränkung von Grundfreiheiten rechtfertigen.⁹⁹¹ Gemäß

983 EuGH Slg. 1979, 3795 Rn. 15 – Henn und Darby.

984 EuGH Slg. 1979, 3795 Rn. 17 – Henn und Darby (Thematisierung des anstößigen oder unzüchtigen Charakters von Gegenständen); so auch *Hobe* Europarecht, Rn. 586.

985 EuGH Slg. 1977, 1999 Rn. 33, 35; Slg. 1987, 2717 Rn. 13; Slg. 1997, I-81 Rn. 43 f.

986 EuGH EuZW 2004, 753.

987 EuGH EuZW 2004, 753, 755 Rn. 35.

988 EuGH EuZW 2004, 753, 755 Rn. 33.

989 EuGH NJW 2003, 3185, 3187 Rn. 74; EuGH EuZW 2004, 753, 755 Rn. 35.

990 EuGH NVwZ 2013, 561, 562 Rn. 21 – Åkerberg Fransson; *Frenz* NVwZ 2011, 961, 961, mwN; Calliess/Ruffert/*Kingreen* EUV/AEUV Art. 36 Rn. 79; ausführlich und mwN dazu *Thym* NVwZ 2013, 889 ff.

991 EuGH Slg. 2003, I-5659 Rn. 78 ff. – Schmidberger; *Frenz* NVwZ 2011, 961, 961.

Art. 21 Abs. 1 GRCh sind Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts verboten. Die Beeinträchtigungen der Warenverkehrsfreiheit durch ein Gesetz, das Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts entgegen wirkt, könnten also aufgrund von Art. 21 Abs. 1 GRCh gerechtfertigt sein.

b) Verhältnismäßigkeit

Maßnahmen, die eine Grundfreiheit einschränken, können nur dann durch die öffentliche Ordnung gerechtfertigt werden, wenn sie zum Schutz der Belange, die sie gewährleisten sollen, erforderlich sind, und auch nur insoweit, als diese Ziele nicht mit Maßnahmen erreicht werden können, die die betreffende Grundfreiheit weniger einschränken.⁹⁹² Die Verhältnismäßigkeitskontrolle gehört nach ständiger Rechtsprechung des EuGH zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts.⁹⁹³ Wie auch das BVerfG für die deutschen Grundrechte prüft der EuGH Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit der jeweiligen Maßnahme.⁹⁹⁴ Dabei erfolgt hinsichtlich der Geeignetheit grundsätzlich nur eine Evidenzkontrolle, ob eine Maßnahme bei ex-ante-Betrachtung offensichtlich ungeeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen.⁹⁹⁵ Durch ein Verbot geschlechtsdiskriminierender Wirtschaftswerbung soll der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in der Werbung und damit längerfristig auch der Diskriminierung in der Gesellschaft entgegengewirkt werden. Eine offensichtliche Ungeeignetheit ist diesbezüglich nicht ersichtlich.

Schwerpunkt der Prüfung ist die Erforderlichkeit. Wie im deutschen Recht wird hier geprüft, ob kein milderes Mittel existiert, das den angestrebten Zweck genauso gut erreichen würde.⁹⁹⁶ Diesbezüglich trifft den jeweiligen Mitgliedstaat die Beweislast. Allerdings geht diese nicht so weit, dass er positiv belegen müsste, dass sich dieses Ziel mit keiner anderen vorstellbaren Maßnahme unter den gleichen Bedingungen erreichen lasse.⁹⁹⁷ Außerdem steht den mitgliedstaatlichen Behörden dabei ein weites Ermes-

992 EuGH EuZW 2004, 753, 755 Rn. 36.

993 Vgl. nur EuGH Slg. 1989, 2237 Rn. 21 – Schröder.

994 Ebenda.

995 *Frenz* NVwZ 2011, 961, 962.

996 Vgl. EuGH Slg. 1984, 2971 Rn. 21 – Klopp.

997 EuGH EuZW 2009, 173 Rn. 66.

sen zu.⁹⁹⁸ Als milderer Mittel zur Bekämpfung geschlechtsdiskriminierender Werbung kommt grundsätzlich die Werbeselbstkontrolle in Betracht. Allerdings weist diese derzeit noch viele Mängel auf und kann darüber hinaus schon aufgrund der Gefahr der Parteilichkeit staatliche Pflichten nur ergänzen, nicht aber ganz ersetzen. Sie ist damit nicht genauso gut geeignet wie ein lauterkeitsrechtliches Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung.⁹⁹⁹ Andere mildere Mittel sind nicht ersichtlich.

Die Beweislast trifft den Mitgliedstaat auch im Rahmen der Angemessenheit.¹⁰⁰⁰ Und auch hier wird den Mitgliedstaaten ein weites Ermessen zugestanden.¹⁰⁰¹ Geht es, wie vorliegend, um Schutzpflichten, muss das verfolgte Schutzinteresse die Beeinträchtigungen der jeweiligen Grundfreiheit überwiegen.¹⁰⁰² An diesem Erfordernis ließ der EuGH aber bislang kaum eine Maßnahme scheitern.¹⁰⁰³ Der freie Warenverkehr ist zwar eines der Grundprinzipien des AEUV. Anerkanntermaßen kann dieser jedoch aus bestimmten Gründen beschränkt werden.¹⁰⁰⁴ Im vorliegenden Fall ist die Warenverkehrsfreiheit nur dann betroffen, wenn sich die Werbung tatsächlich unmittelbar auf dem Produkt befindet. Wenn ein Produkt derart gestaltet ist, wirkt sich das Werbeverbot zwar erheblich aus: Das Unternehmen könnte sein Produkt nur nach einer kompletten Umgestaltung nach Deutschland einführen. Bei den wenigsten Produkten ist eine solche Werbung aber überhaupt möglich und schon gar nicht üblich. Das Diskriminierungsverbot hingegen ist nicht nur durch Art. 21 Abs. 1 GRCh, sondern auch die EMRK anerkannt und eine wesentliche Grundlage der demokratischen Gesellschaft. Im Gegensatz zur Warenverkehrsfreiheit sind hier keine Ausnahmen möglich; Art. 21 Abs. 1 GRCh normiert ein absolutes Diskriminierungsverbot. Das Diskriminierungsverbot ist kein Recht, das mit anderen Rechten und Freiheiten abgewogen wird, sondern es ist ein Verbot. Eine Regelung, die geschlechtsdiskriminierende Wirtschaftswerbung verbietet, ist zwar grundsätzlich geeignet die Warenverkehrsfreiheit zu beeinträchtigen. Eine solche Beeinträchtigung ist aber bei der hier gegebenen Geeignetheit und Erfor-

998 EuGH NJW 2003, 3185, 3188 Rn. 89 – Schmidberger; *Epiney* NVwZ 2004, 1067, 1072.

999 Vgl. oben, Teil C., S. 66 ff.

1000 EuGH EuZW 2009, 173 Rn. 66.

1001 EuGH NJW 2003, 3185, 3187 – Schmidberger; *Epiney* NVwZ 2004, 1067, 1071.

1002 *Frenz* NVwZ 2011, 961, 962, mwN.

1003 *Frenz* NVwZ 2011, 961, 962.

1004 EuGH Slg. 1979, 649 – Cassis de Dijon.

derlichkeit der Regelung aufgrund des gemeinschaftsrechtlich anerkannten Grundsatzes der Gleichbehandlung und des Verbots der Diskriminierung gerechtfertigt. Das Diskriminierungsverbot überwiegt daher die Warenverkehrsfreiheit. Dieses Ergebnis wird auch gestützt durch die AVMD-Richtlinie, welche bereits in einem Teilbereich, im Rahmen von Fernsehwerbung, ein Verbot geschlechtsdiskriminierender Inhalte normiert.¹⁰⁰⁵

3. Ergebnis

Ein Gesetz, das geschlechtsdiskriminierender Wirtschaftswerbung entgegen wirkt, würde zumindest zum Teil die Warenverkehrsfreiheit beeinträchtigen. Ein solcher Eingriff wäre aber durch das in Art. 21 Abs. 1 GRCh normierte Diskriminierungsverbot gerechtfertigt. Ein Vorgehen gegen geschlechtsdiskriminierende Werbung ist daher mit europäischem Primärrecht vereinbar.

1005 Art. 9 Abs. 1 c) ii) RL 2010/13/EU, ABIEU L 95/1.

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/Sosnitzer* § 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 Marktteilnehmer 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 Marktteilnehmer 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.; *Wutke* 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 Marktgegenseite 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/Sosnitzka* § 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 wettbewerblicher 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 SANCO.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/Maurel/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 Gleichbehandlungs- 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, lauterem, 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 Beispielfall 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 Schrickler, 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 (Vorausgabe) 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. diskriminierender 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 umfunktionierte. 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 *Wuttke* 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.

III. Wertbezogene Auslegung der lauterkeitsrechtlichen Schutzzwecke

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/Sosnitzer* § 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/Sosnitzer § 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 Schutzzut 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, Gefühlsmisachtung); 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 1 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.

IV. Implementierung des Diskriminierungsschutzes in die Normen des UWG

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 Wutke 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/Sosnitzka* § 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/Platz* § 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 iSd 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 Faxsendungen 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/Sosnitzer* § 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; Schünemann 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

I. 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 *Wiszniewska* 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 Modells 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 Körpornormen¹²⁵⁶. Entscheidend ist stets, welche Aussage durchschnittliche Rezipi-

1256 Körpornormen 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 Multimediemarktes 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.



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



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.

F. Das UWG als Mittel gegen geschlechtsdiskriminierende Werbung



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/Völmann Regulierungen des Intimen.

F. Das UWG als Mittel gegen geschlechtsdiskriminierende Werbung

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 Geschlechterstereotype 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 Geschlechterstereotype. 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.

G. Zusammenfassung

Der Verletzung verfassungsrechtlicher Grundwerte durch die Verfestigung von Geschlechtsrollenstereotypen ist mangels anderer einschlägiger Normen oder sonstiger adäquater Lösungen am besten über eine auf die Abwehr von Diskriminierungen zielende, verfassungskonforme Auslegung des für Werbung zuständigen einfachen Rechts, des UWG, und durch die Schaffung einer neuen Norm innerhalb des UWG zu begegnen. So kann das Anliegen der Werbeselbstkontrolle gestärkt und ihrer mangelnden Durchsetzungsfähigkeit begegnet werden, um dem Verfassungsgebot der Herstellung von Gleichberechtigung mehr Schub zu verleihen.

Die Medienwirkungsforschung zeigt, dass Werbung nicht nur ein Spiegel der Gesellschaft, sondern als Sozialisationsagent selbst an der Verfestigung von Geschlechtsrollenstereotypen beteiligt ist. Insbesondere bei Kindern minimieren Geschlechtsrollenstereotype Verhaltensoptionen, beeinträchtigen die Entfaltungsfreiheit und wirken so an der Definition der Geschlechterungleichheit mit, die Hierarchien zwischen den Geschlechtern verstärkt und damit die Gleichberechtigung der Geschlechter verhindert. Daher steht zu befürchten, dass Bemühungen, die auf anderen Gesellschaftsgebieten zur Verhinderung der Geschlechtsdiskriminierung unternommen werden, auf dem Gebiet der Werbung völlig unbeachtet bleiben oder gar konterkariert werden.¹²⁶⁵

Die Werbeselbstkontrolle birgt zwar großes Potenzial im Vorgehen gegen geschlechtsdiskriminierende Werbung, kann dies aber aus verschiedenen, in ihrer Durchsetzungskraft, Zusammensetzung, Arbeitsweise und den Verhaltensgrundsätzen liegenden Gründen noch nicht ausschöpfen. Sie wäre aber auch bei idealer Funktionsweise, schon aufgrund der Gefahr der Parteilichkeit, letztlich nur in der Lage, die staatlichen Pflichten zu ergänzen, nicht aber sie ganz zu ersetzen.

Das Verfassungsrecht fordert in Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG die Förderung der tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und das Hinwirken auf die Beseitigung bestehender Nachteile. Durch die Wiedergabe von Geschlechtsrollenstereotypen verfestigt geschlechts-

1265 *Steinbeck* ZRP 2002, 435, 438; *Gaedertz* WRP 1996, 978, 983.

diskriminierende Werbung Einstellungen, Verhaltensmuster und Strukturen innerhalb der Gesellschaft, welche zu Benachteiligungen iSd Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG führen. Geschlechtsdiskriminierende Werbung ist in hohem Maße gleichberechtigungsgefährdend und daher geeignet, die sich aus dem Verfassungsauftrag ergebende Schutzpflicht auszulösen.¹²⁶⁶

Da Werbeaussagen zum einen spätestens auf Abwägungsebene von geringerer Schutzwürdigkeit sind, andererseits aber eine besondere Gefährlichkeit aufweisen, ist die Schutzpflicht aus dem Gleichberechtigungsgebot, Art. 3 Abs. 2 GG, zusammen mit der Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG, und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG, geeignet, Eingriffe in die Berufs-, Art. 12 Abs. 1 S. 1, 2 GG, und Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG, geschlechtsdiskriminierend werbender Unternehmen zu rechtfertigen. Selbiges gilt für die die Presseverlage und Rundfunkveranstaltende schützende Presse- und Rundfunkfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 und 2 GG. Einzig wenn Werbung selbst Kunst ist und auch die werbenden Unternehmen vom Schutz der Kunstfreiheit, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG, erfasst sind, überwiegt in der Abwägung die Kunstfreiheit.

Ein Vorgehen gegen geschlechtsdiskriminierende Werbung ist auch mit europäischem Primärrecht vereinbar. Ein Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit wäre jedenfalls durch das in Art. 21 Abs. 1 GRCh normierte Diskriminierungsverbot gerechtfertigt.

Schließlich bietet das Lauterkeitsrecht als das Gesetz, welches sich schwerpunktmäßig mit der Regulierung von Werbung befasst, diejenigen Möglichkeiten, die für eine Regulierung geschlechtsdiskriminierender Werbung wünschenswert sind. Es ermöglicht die Bündelung aller werbebezogenen Fälle sowie aller Fälle geschlechtsdiskriminierender Werbung in einem Gesetz, bietet darüber hinaus die Möglichkeit der Verfolgung von Kollektivinteressen sowie der Verbandsklage und gewährleistet eine schnelle Durchsetzung von Ansprüchen.

Das UWG ist auch wertbezogen auszulegen. Dies verkennt die herrschende Meinung. Sie verkürzt, indem sie der sogenannten funktionsorientierten Auslegung des UWG folgt und Marktbeteiligte ausschließlich bezüglich ihrer Funktion am Markt schützt, den lauterkeitsrechtlichen Schutzzweck.

1266 So im Ergebnis auch *Fezer* JZ 1998, 265, 267; *Steinbeck* ZRP 2002, 435, 436, 438; *von Gierke* FS Piper, S. 243, 253 f.; *Knopf/Schneikart/Lembke* Sex/ismus und Medien, S. 29, 36, 44; so wohl auch schon *Hering/Wild* Weibsbilder, Nachwort.

Diskriminierungsschutz ist Freiheitsschutz. Geschlechtsdiskriminierende Werbung führt zu Entfaltungshinderungen sowohl der Verbraucher_innen als auch der Unternehmer_innen und sonstigen Marktbeteiligten im Wettbewerb und einer Betroffenheit der Allgemeinheit. Auch der Wettbewerb muss als Teil eines auf Freiheit und Gleichheit basierenden demokratischen Staates das Gleichheitsideal fördern, darf es aber jedenfalls nicht behindern. Damit einher geht die Pflicht, der Verfestigung künstlicher, überkommener Geschlechtsrollen in der Werbung entgegenzutreten. Ein Verbot von Werbung, die Geschlechtsrollenstereotype verfestigt, erhöht hingegen den Freiheitsspielraum für alle Beteiligten.

Für eine wertbezogene Auslegung spricht zum einen, dass geschlechtsdiskriminierende Werbung von der Öffnungsklausel der UGP-Richtlinie erfasst und Diskriminierungsschutz auf europäischer Ebene als Zweck des Lauterkeitsrechts anerkannt wird. Zum anderen werden die Wertungen des Grundgesetzes durch die Generalklausel und die unbestimmten, wertausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffe in das UWG getragen. Damit unvereinbar ist es, Verbraucher_innen auf eine Funktion am Markt zu reduzieren. Auch verkennt dies die tatsächlichen Vorgänge und die Verhaltensweisen von Verbraucher_innen im Wettbewerb iSd UWG. Auch dem UWG selbst, seiner Geschichte und den Gesetzesbegründungen sowie einzelnen Normen lassen sich Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass das UWG Verbraucher_innen vor kommerzieller Kommunikation schützt, welche die Grenzen der Gesamtrechtsordnung verlässt und die sozialen Grundwerte der Gesellschaft verletzt, und dass es darüber hinaus das Interesse der Allgemeinheit an einem Wettbewerb iSd UWG schützt, der sich innerhalb der verfassungsrechtlichen Grenzen bewegt.¹²⁶⁷

Eine Implementierung des Diskriminierungsschutzes in die Normen des UWG scheitert daran, dass die Normen entweder 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.

1267 Ebenso *Wutke* 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.

Aufgrund dessen und da die Werbeselbstkontrolle jedenfalls in ihrer derzeitigen Arbeitsweise, aber auch grundsätzlich nicht geeignet ist, die Regulierung geschlechtsdiskriminierender Werbung als einzige zuständige Stelle zu übernehmen, bedarf es eines Verbots geschlechtsdiskriminierender Werbung in Form der hier vorgeschlagenen lauterkeitsrechtlichen Norm, die anhand von Fallgruppen verdeutlicht, wann geschlechtsdiskriminierende Werbung vorliegt.

Literaturverzeichnis

- Achard, David*: Käuflicher Sex: die moralische Dimension der Prostitution, in: Honneth, Axel (Hrsg.): Pathologie des Sozialen, Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt/M. 1994, S. 290-299
- Adamietz, Laura*: Geschlechtsidentität im deutschen Recht, APuZ 20-21/2012, 15-21
- Aglitata, Daniel/Tantleff-Dunn, Stacey*: The impact of media exposure on males' body image, Journal of Social and Clinical Psychology 2004, Vol. 23, 7-22
- Ahrens, Hans-Jürgen*: Menschenwürde als Rechtsbegriff im Wettbewerbsrecht, in: Ohly, Ansgar/Bodewig, Theo/Dreier, Thomas/Götting, Horst-Peter/Haedicke, Maximilian/Lehmann, Michael (Hrsg.): Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrecht, Festschrift für Gerhard Schrickler zum 70. Geburtstag, Verlag C.H. Beck, München 2005, S. 619-628, zit.: *Ahrens* FS Schrickler
- Ahrens, Hans-Jürgen*: Die Benetton Rechtsprechung des BVerfG und die UWG-Fachgerichtsbarkeit, JZ 2004, 763-774
- Ahrens, Hans-Jürgen*: Anwaltssponsoring vor dem BVerfG, NJW 2000, 3188-3189
- Ahrens, Hans-Jürgen*: Benetton und Busengrabscher – ein Test für die wettbewerbsrechtliche Sittenwidrigkeitsklausel und die Meinungsfreiheit, JZ 1995, 1096-1102
- Alfermann, Dorothee*: Männlich – Weiblich – Menschlich: Androgynie und die Folgen, in: Pasero, Ursula/Braun, Friederike (Hrsg.): Konstruktion von Geschlecht, Centaurus-Verlagsgesellschaft, Pfaffenweiler 1995, S. 29-49
- Allemann-Tschopp, Annemarie*: Geschlechtsrollen. Versuch einer interdisziplinären Synthese, Hans Huber Verlag, Bern 1979
- American Psychological Association, Task Force on the Sexualization of Girls* Report of the APA Task Force on the Sexualization of Girls, 2007, Executive Summary <http://www.apa.org/pi/women/programs/girls/report.aspx> (abgerufen am 16.12.2013)
- Baer, Susanne*: Würde oder Gleichheit? Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1995, zugl.: Frankfurt/M., Univ., Diss., 1995
- Baer, Susanne/Slupik, Vera*: Entwurf eines Gesetzes gegen Pornographie, KJ 1988, 171-181
- Badura, Peter*: Generalprävention und Würde des Menschen, JZ 1964, 337-344
- Bandura, Albert*: Social Foundations of Thought and Action. A Social Cognitive Theory, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, New Jersey 1986
- Bandura, Albert*: Social Learning Theory, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, New Jersey 1977
- Bandura, Albert/Ross, Dorothea/Ross, Sheila A.*: Imitation of film-mediated aggressive models, Journal of Abnormal and Social Psychology 1963, Vol. 66, 3-11

Literaturverzeichnis

- Bandura, Albert/Walters, Richard H.*: Social Learning and Personality Development, Holt, Rinehart and Winston, London (u.a.) 1963
- Barletta, Martha*: Marketing to Women. How to Understand, Reach, and Increase Your Share of the World's Largest Market Segment, Dearborn Trade Publishing, Chicago 2003
- Basow, Susan A.*: Gender Stereotypes. Traditions and Alternatives, Brooks/Cole Publishing Company, Belmont (California) 1986
- Baston-Vogt, Marion*: Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 1997
- Baumbach, Adolf/Hefermehl, Wolfgang*: Wettbewerbsrecht, 22. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2001
- Baumbach, Adolf/Hefermehl, Wolfgang*: Wettbewerbsrecht, 19. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 1996
- Beater, Axel*: Allgemeininteressen und UWG, WRP 2012, 6-17
- Beater, Axel*: Unlauterer Wettbewerb, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2011, zit.: *Beater*
- Beater, Axel*: Verbraucherverhalten und Wettbewerbsrecht, in: Keller, Erhard/Plassmann, Clemens/von Falck, Andreas: Festschrift für Winfried Tilmann zum 65. Geburtstag, S. 87-104, Heymanns Verlag, Köln (u.a.) 2003, zit.: *Beater* FS Tilmann
- Beater, Axel*: Unlauterer Wettbewerb, Verlag C.H. Beck, München 2002, zit.: *Beater* Unlauterer Wettbewerb, 2002
- Beauvoir, Simone de*: Das andere Geschlecht. Sitte und Sexus der Frau, Rowohlt Taschenbuch Verlag, 9. Auflage, Hamburg 2008
- Becker, Anne E.*: Body, Self, and Society. The View from Fiji, American Ethnologist 1997, Vol. 24, 501-502
- Becker, Anne E./Burwell, Rebecca A./Gilman, Stephen E./Herzog, David A./Hamburg, Paul*: Eating behaviours and attitudes following prolonged exposure to television among ethnic Fijian adolescent girls, British Journal of Psychiatry 2002, Vol. 180, 509-514
- Becker, Stefan*: Wettbewerbs, Fiskalpolitik, Angleichung von Rechtsvorschriften, in: Lieb, Julia/Maurer, Andreas (Hrsg.): Der Vertrag von Lissabon, Kurzkommentar, 3. Auflage, Diskussionspapier der Forschungsgruppe EU-Integration, Forschungsgruppe EU-Außenbeziehungen, Stiftung Wissenschaft und Politik, Deutsches Institut für Internationale Politik und Sicherheit, SWP, Berlin 2009, zit.: Lieb/Maurer/Becker Der Vertrag von Lissabon
- Becker, Werner*: Diskriminierung und Toleranz, in: Joerden, Jan C. (Hrsg.): Diskriminierung – Antidiskriminierung, Springer Verlag, Berlin (u.a.) 1996, S. 1-11
- Beckmann, Christoph*: Werbeselbstdisziplin in Deutschland und Europa. Zwanzig Jahre Deutscher Werberat und Gründung der European Advertising Standards Alliance (EASA), WRP 1991, 702-707
- Beier, Udo*: Schwachstellen der Werbeselbstkontrolle: Aufgezeigt am Beispiel der Behandlung von 321 Einzelbeschwerden durch den „Deutschen Werberat“ des ZAW (Untersuchungszeitraum: Juni 1976 - Dezember 1978), Universität Hamburg, 1979, Bericht Nr. 0611/ S. 13-79

- Bem, Sandra L.*: Gender Schema Theory: A Cognitive Account of Sex Typing, *Psychological Review* 1981, Vol. 88, 354-364
- Bem, Sandra L.*: Gender Schema Theory and Its Implications for Child Development: Raising Gender-aschematic Children in a Gender-schematic society, *Chicago Journals* 1983, Vol. 8, 598-616
- Berger, Jonah/Sorensen, Alan T./Rasmussen, Scott J.*: Common “Wisdom” Put to the Test: Bad News Can be Good News Sometimes, *Marketing Intelligence Review* 2011, Vol. 3, 48-53
- Bertelsmann Stiftung, Bertelsmann Forschungsgruppe Politik* (Hrsg.): *Gemeinsinn. Gemeinschaftsfähigkeit in der modernen Gesellschaft*, Verlag Bertelsmann Stiftung, Gütersloh 2002
- Bethge, Herbert*: Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, *NJW* 1982, 2145-2150
- Beuf, Ann*: Doctor, Lawyer, Household Drudge, *Journal of Communication* 1974, Vol. 24, 142-145
- Blankennagel, Alexander*: Das Recht, ein „Anderer“ zu sein – späte Überlegungen zum Transsexuellen-Beschluß (BVerfGE 49, 286) – überfällige Gedanken zum Namensänderungsrecht, *DÖV* 1985, 953-963
- Bleckmann, Albert*: Probleme des Grundrechtsverzichts, *JZ* 1988, 57-62
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*: Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, *NJW* 1974, 1529-1538
- Boysen, Sigrid*: *Gleichheit im Bundesstaat*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2005
- Britz, Gabriele*: Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2008
- Britz, Gabriele*: Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, *VVDStRL* 64 (2005) 355-398
- Bussey, Kay/Bandura, Albert*: Social Cognitive Theory of Gender Development and Differentiation, *Psychological Review* 1999, Vol. 106, 676-713
- Butler, Judith*: *Das Unbehagen der Geschlechter*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt/M. 1991
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias*: *EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, Kommentar, 4. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2011
- Calvert, Sandra L./Huston, Aletha C.*: Television and children’s gender schemata, *New Directions for Child and Adolescent Development* 1987, 75-88
- Canaris, Claus-Wilhelm*: Grundrechte und Privatrecht, *AcP* 1984, 201-246
- Cheles-Miller, Pamela*: Reactions to marital roles in commercials, *Journal of Advertising Research* 1975, Vol. 15, 45-49
- Chomsky, Noam*: *Media Control. Wie die Medien uns manipulieren*, Piper, München (u.a.) 2006 (Amerikanische Originalausgabe: “Media Control”, Seven Stories Press, New York 2002)
- Cikara, Mina/Eberhardt, Jennifer L./Fiske, Susan T.*: From Agents to Objects: Sexist Attitudes and Neural Responses to Sexualized Targets, *Journal of Cognitive Neuroscience* 2010, Vol. 23, 540-551

Literaturverzeichnis

- Classen, Claus Dieter*: Die Menschenwürde ist – und bleibt – unantastbar, DÖV 2009, 689-698
- Classen, Claus Dieter*: Freiheit und Gleichheit im öffentlichen und im privaten Recht – Unterschiede zwischen europäischem und deutschem Grundrechtsschutz, EuR 2008, 627-653
- Classen, Claus Dieter*: Die Forschung mit embryonalen Stammzellen im Spiegel der Grundrechte, DVBl 2002, 141-148
- Classen, Dirk*: Die wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Beurteilung produktunabhängiger Wirtschaftswerbung. Darstellung am Beispiel der Benetton-Rechtsprechung des BGH und BVerfG, Verlag C.H. Beck, München 2006, zugl.: Köln, Univ., Diss., 2005
- Clausen, Lars*: Werbung, soziologisch, in: Tietz, Bruno (Hrsg.): Handwörterbuch der Absatzwirtschaft, C.E. Poeschel Verlag, Stuttgart 1974, S. 2282-2283
- Cohen, Sara B.*: Media Exposure and the Subsequent Effects on Body Dissatisfaction, Disordered Eating, and Drive for Thinness: A Review of the Current Research. *Mind Matters*, The Wesleyan Journal of Psychology 2006, Vol. 1, 57-71
- Cole, Mark D.*: Privatheit und Recht am Beispiel von "Big Brother", in: Sokol, Bettina (Hrsg.): Mediale (Selbst-)Darstellung und Datenschutz, Düsseldorf 2001, S. 43-69
- Cornell, Drucilla*: Pornography's Temptation, in: Cornell, Drucilla (Hrsg.): *Feminism & Pornography*, Oxford University Press, Oxford 2000, S. 551-568
- Cornell, Drucilla*: Gender, Geschlecht und gleichwertige Rechte, in: Benhabib, Seyla/Butler, Judith/Cornell, Drucilla/Fraser, Nancy (Hrsg.): *Der Streit um Differenz. Feminismus und Postmoderne in der Gegenwart*, Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt/M. 1993, S. 80-104
- Courtney, Alice E./Whipple, Thomas W.*: *Sex Stereotyping in Advertising*, Lexington Books, Lexington (Massachusetts) 1983
- Dallmann, Katharina M.*: Targeting women in German and Japanese magazine advertising: A difference-in-differences approach, *European Journal of Marketing*, 2001, Vol. 35, 1320-1339
- Datan, Nancy*: Illness and Imagery: Feminist Cognition, Socialization, and Gender Identity, in: Crawford, Mary/Gentry, Margaret (Hrsg.): *Gender and Thought. Psychological Perspectives*, Springer Verlag, New York (u.a.) 1989, S. 175-187
- Davies, Paul G./Spencer, Steven J./Quinn, Diane M./Gerhardstein, Rebecca*: Consuming Images: How Television Commercials that Elicit Stereotype Threat Can Restrain Women Academically and Professionally, *Journal of Personality and Social Psychology Bulletin* 2002, Vol. 28, 1615-1628
- Davies, Paul G./Spencer, Steven J./Steele, C. M.*: Clearing the air: Safety moderates the effect of stereotype threat on women's leadership aspirations, *Journal of Personality and Social Psychology* 2005, Vol. 88, 276-287
- Davis, Shannon N.*: Sex Stereotypes in Commercials Targeted Toward Children: A Content Analysis, *Sociological Spectrum* 2003, Vol. 23, 407-424
- Degenhart, Christoph*: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art 2 I i.V. mit Art 1 I GG, *JuS* 1992, 361-368

- Denninger, Erhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schneider, Hans-Peter/Stein, Ekkehart* (Hrsg.): GG Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Auflage, Reihe Alternativkommentare, Luchterhand, Neuwied (u.a.) 2001, zit.: AK GG/Bearb.
- Derenne, Jennifer L./Beresin, Eugene V.*: Body Image, Media, and Eating Disorders, Academic Psychiatry 2006, Vol. 30, 257-261
- Detmar, Jasmin Isabel*: Unlauterer Wettbewerb durch Rechtsbruch nach Maßgabe des § 4 Nr. 11 UWG n.F., Berliner Wissenschaftsverlag, Berlin 2007, zit.: *Detmar* Unlauterer Wettbewerb durch Rechtsbruch
- Deutscher Werberat* Jahrbuch 2014, Verlag edition zaw, Berlin 2014
- Deutscher Werberat* Jahrbuch 2012, Verlag edition zaw, Berlin 2012
- Deutscher Werberat* Jahrbuch 2011, Verlag edition zaw, Berlin 2011
- Deutscher Werberat* Jahrbuch 2009, Verlag edition zaw, Berlin 2009
- Deutscher Werberat* Jahrbuch 1991, Verlag edition zaw, Bonn 1991
- Dickhäuser, Oliver/Stiensmeier-Pelster, Joachim*: Wahrgenommene Lehrereinschätzungen und das Fähigkeitsselbstkonzept von Jungen und Mädchen in der Grundschule, Psychologie in Erziehung und Unterricht 2003, Vol. 50, 182-190
- Di Fabio, Udo*: Der Schutz der Menschenwürde durch Allgemeine Programmgrundsätze – Rechtsgutachten, in: Bayerische Landeszentrale für neue Medien (BLM) (Hrsg.), BLM-Schriftenreihe, München 2000, zit.: *Di Fabio* Schutz der Menschenwürde
- Di Fabio, Udo*: Produkte als Träger fremder Meinungen. Zum Beschluß des BVerfG Warnhinweise auf Tabakverpackungen betreffend, NJW 1997, 2863-2864
- Discher, Thomas*: Die Peep-Show-Urteile des BVerwG – BVerwGE 64, 274, und BVerwG, NVwZ 1990, 668, JuS 1991, 642-649
- Dolderer, Michael*: Objektive Grundrechtsgehalte, Duncker & Humblot, Berlin 2000
- Dolzer, Rudolf/Graßhof, Karin/Kahl, Wolfgang* (Hrsg.): Bonner Kommentar Grundgesetz, Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm, Loseblattsammlung, Stand: Mai 2013, zit.: BK/Bearb.
- Döring, Nicola/Pöschl, Sandra*: Images of men and women in mobile phone advertisements: A content analysis of advertisements for mobile communications systems in selected popular magazines, Sex Roles 2006, Vol. 55, 173-185
- Dörr, Dieter*: Big Brother und die Menschenwürde: Die Menschenwürde und die Programmfreiheit am Beispiel eines neuen Sendeformats, Peter Lang Verlag, Frankfurt/M. (u.a.) 2000
- Dörr, Dieter/Cole, Mark D.*: „Big Brother“ – oder: Menschenwürde als Grenze der Programmfreiheit, K&R 2000, 369-378
- Dreier, Horst* (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 3. Auflage, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2013, zit.: *Dreier/Bearb.* GG
- Dreier, Horst* (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 2. Auflage, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2004, zit.: *Dreier/Bearb.* GG 2. Auflage (Vorauslage)
- Drettmann, Fritz*: Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit, Verlag Peter Lang, Frankfurt/M. 1984

- Dürig, Günter*: Zur Bedeutung und Tragweite des Art. 79 Abs. 3 des Grundgesetzes (ein Plädoyer), in: Spanner, Hans/Lerche, Peter/Zacher, Hans/Badura, Peter/Freiherr von Campenhausen, Axel (Hrsg.): Festgabe für Theodor Maunz, Verlag C.H. Beck, München 1971, S. 41-53, zit.: *Dürig FG Maunz*
- Dürig, Günter*: Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes, AöR 81 (1956) 117-157
- Dürig, Günter*: Art. 3 II GG – vom verfassungsrechtlichen Standpunkt gesehen, FamRZ 54, 2-5
- Durkin, Kevin*: Television and sex-role acquisition 3: Counterstereotyping, British Journal of Social Psychology 1985, Vol. 24, 211-222
- Durkin, Kevin*: Television and sex-role acquisition 2: Effects, British Journal of Social Psychology 1985, Vol. 24, 191-210
- Ebeling, Smilla*: De/Konstruktion von Geschlecht und Sexualität, in: Ebeling/Schmitz (Hrsg.): Geschlechterforschung und Naturwissenschaften, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2006, S. 281-296
- Eifert, Martin*: Menschenwürde im Medienrecht, in: Bahr, Petra/Heinig, Hans Michael (Hrsg.): Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2006, S. 321-334
- Eisend, Martin*: A meta-analysis of gender roles in advertising, Journal of the Academy of Marketing Science 2010, Vol. 38, 418-440
- Ekey, Friedrich L./Klippel, Diethelm/Kotthoff, Jost/Meckel, Astrid/Platz, Gunda* (Hrsg.): Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, Verlag C.F. Müller, Heidelberg 2005, zit.: *HK-WettbR/Bearb.*
- Elskamp, Gregor*: Gesetzesverstoß und Wettbewerbsrecht. Zur wettbewerbsrechtlichen Unzulässigkeit von Verstößen gegen außerwettbewerbsrechtliche Gesetze, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2008, zugl.: Mannheim, Univ., Diss., 2007
- Emmerich, Volker*: Unlauterer Wettbewerb, 9. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2012, zit.: *Emmerich*
- Enders, Christoph*: Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung. Zur Dogmatik des Art. 1 GG, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 1997
- Engels, Stefan*: Kinder- und Jugendschutz in der Verfassung. Verankerung, Funktion und Verhältnis zum Elternrecht, AöR 122 (1997) 212-247
- Engler, Steffani*: Wechselnde Blicke auf die Kategorie Geschlecht, in: Bontrup, Hiltrud (Hrsg.): Doing Gender. Das Konzept der sozialen Konstruktion von Geschlecht: Eine Bibliographie mit Einführung, Professur für Geschlechterforschung, Institut für Politikwissenschaft der WWU Münster, Münster 1999, S. 3-23
- Epiney, Astrid*: Neuere Rechtsprechung des EuGH in den Bereichen institutionelles Recht, allgemeines Verwaltungsrecht, Grundfreiheiten, Umwelt- und Gleichstellungsrecht, NVwZ 2004, 1067-1078
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian* (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, Verlag C.H. Beck, München 2009

- Epping, Volker/Hillgruber, Christian* (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, Stand 1.1.2013, Edition 17, Verlag C.H. Beck, München, zit.: BeckOK GG/Bearb.
- Erdemir, Murad*: Gewaltverherrlichung, Gewaltverharmlosung und Menschenwürde, ZUM 2000, 699-708
- Erdmann, Anika*: Die Darstellung der Frau in der deutschen Werbung. Empirische Untersuchung der Kino- und Fernsehwerbung in Deutschland mit Hilfe des MAS Index nach Hofstede, GRIN Verlag, Norderstedt 2008, zugl.: Diplomarbeit
- Esser, Josef*: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 3. Auflage, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 1974
- Fagot, Beverly I.*: Child's Expectancies, Sex Roles 1984, Vol. 11, 593-600
- Faller, Hermann/Lang, Hermann*: Medizinische Psychologie und Soziologie, 3. Auflage, Springer Verlag, Berlin (u.a.) 2010
- Faßbender, Kurt*: Der grundrechtliche Schutz der Werbefreiheit in Deutschland und Europa, GRUR Int 2006, 965-978
- Fausto-Sterling, Anne*: Sexing the Body. Gender Politics and the Construction of Sexuality, Basic Books, New York 2000
- Fausto-Sterling, Anne*: The five sexes, revisited, The Sciences 2000, 19-23
- Fausto-Sterling, Anne*: The five sexes, The Sciences 1993, 20-25
- Fezer, Karl-Heinz* (Hrsg.): Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Band 1, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2010, zit.: Fezer/Bearb.
- Fezer, Karl-Heinz*: Der Dualismus der Lauterkeitsrechtsordnungen des b2c-Geschäftsverkehrs und des b2b-Geschäftsverkehrs im UWG, WRP 2009, 1163-1175
- Fezer, Karl-Heinz*: Modernisierung des deutschen Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb auf der Grundlage einer Europäisierung des Wettbewerbsrechts, WRP 2001, 989-1022
- Fezer, Karl-Heinz*: Imagewerbung mit gesellschaftskritischen Themen im Schutzbereich der Meinungs- und Pressefreiheit. BVerfG hebt BGH-Urteile zur Benetton-Werbung auf, NJW 2001, 580-583
- Fezer, Karl-Heinz*: Diskriminierende Werbung – Das Menschenbild der Verfassung im Wettbewerbsrecht, JZ 1998, 265-275
- Fezer, Karl-Heinz*: Verantwortete Marktwirtschaft, JZ 1990, 657-708
- Fezer, Karl-Heinz*: Teilhabe und Verantwortung, Verlag C.H. Beck, München 1986
- Fink, Udo*: Programmfreiheit und Menschenwürde, AfP 2001, 189-193
- Fischer, Thomas*: Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 60. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2013
- Foucault, Michel*: Der Wille zum Wissen. Sexualität und Wahrheit 1, Suhrkamp Verlag, Frankfurt/M. 1977
- Foucault, Michel*: Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses, Suhrkamp Verlag, Frankfurt/M. 1976
- Frenz, Walter*: Annäherung von europäischen Grundrechten und Grundfreiheiten, NVwZ 2011, 961-965

- Frenz, Walter*: Soziale Grundlagen in EUV und AEUV, NZS 2011, 81-86
- Friauf, Karl Heinrich*: Gleichberechtigung der Frau als Verfassungsauftrag. Besteht eine positive Verpflichtung des Staates, d. in Art. 3 II GG grundrechtlich gewährleistete Gleichberechtigung der Frau in den verschiedenen Lebensbereichen durch aktive Förderung und Unterstützung zu ermöglichen und zu sichern? Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern (Hrsg.), Schriftenreihe des Bundesministeriums des Innern, Band 11, Kohlhammer Verlag, Stuttgart 1981
- Frotscher, Werner*: Zlatko und Caroline: Der verfassungsrechtliche Schutz der menschlichen Würde und Persönlichkeit in der Medienberichterstattung, ZUM 2001, 555-564
- Frueh, Terry/McGhee, Paul E.*: Traditional Sex Role Development and Amount of Time Spent Watching Television, *Developmental Psychology* 1975, Vol. 11, 109
- Fuchs, Christine*: Avantgarde und Erweiterter Kunstbegriff. Eine Aktualisierung des Kunst- und Werkbegriffs im Verfassungs- und Urheberrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2000
- Furnham, Adrian/Bitar, Nadine*: The Stereotyped Portrayal of Men and Women In British Television Advertisements, *Sex Roles*, 1993, Vol. 29, 297-310
- Gaedertz, Alfred-Carl/Steinbeck, Anja Verena*: Diskriminierende und obszöne Werbung, WRP 1996, 978-982
- Ganahl, Dennis J./Prinsen, Thomas J./Netzley, Sara Baker*: A content analysis of prime time commercials: a contextual framework of gender representation, *Sex Roles* 2003, Vol. 49, 545-551
- Gärtner, Anette/Heil, Ulf*: Kodifizierter Rechtsbruchtatbestand und Generalklausel. Zur Bedeutung des Marktbezugs im neuen UWG, WRP 2005, 20-24
- Gärtner, Rudolf*: Verfassungskonforme Auslegung wettbewerbsrechtlicher Generalklauseln, BB 1970, 1361-1365
- Geddert-Steinacher, Tatjana*: Menschenwürde als Verfassungsbegriff. Aspekte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz, Duncker & Humblot, Berlin 1990
- Geis, Florence L./Brown, Virginia/Jennings-Walstedt, Joyce/Porter, Natalie*: TV commercials as achievement scripts for women, *Sex Roles* 1984, Vol. 10, 513-525
- Geis, Norbert*: Das Lauterkeitsrecht in der Rechtspolitischen Diskussion, in: Keller, Erhard: Festschrift für Winfried Tilmann, Carl Heymanns Verlag, Köln (u.a.) 2003; zit.: *Geis FS Tilmann*
- Gersdorf, Hubertus*: Medienrechtliche Zulässigkeit des TV-Formats „Big Brother“. Rechtsgutachten im Auftrag der RTL2 Fernsehen GmbH & Co. KG, Verlag C.F. Müller, Heidelberg 2000
- Gesamtkonferenz der Landesmedienanstalten*: Zur Praxis und zur Bedeutung von Programmengrenzen für private Fernsehprogramme, Beratungspapier, 2009, http://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/Dateien/ALM_PM_05_2009_Anlage_Beratungspapier_Programmgrenzen.pdf (abgerufen am 16.12.2013)
- Glöckner, Jochen/Henning-Bodewig, Frauke*: EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Was wird aus dem „neuen“ UWG? WRP 2005, 1311-1335

- Gloy, Wolfgang/Loschelder, Michael/Erdmann, Willi* (Hrsg.): Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2010, zit.: *Gloy/Loschelder/Erdmann/Bearb.*
- Goffman, Erving*: Interaktion und Geschlecht, Hrsg. und eingeleitet von Hubert A. Knoblauch, Campus Verlag, Frankfurt/M., New York 1994
- Goffman, Erving*: Gender Advertisements, Society for the Anthropology of Visual Communication, Society for the Anthropology of Visual Communication, USA 1976
- Golombok, Susan/Fivush, Robyn*: Gender Development, Cambridge University Press, Cambridge (u.a.) 1995
- Götting, Horst-Peter*: Wettbewerbsrecht, Verlag C.H. Beck, München 2005, zit.: *Götting*
- Götting, Horst-Peter/Nordemann, Axel*: UWG Handkommentar, 2. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2013, zit.: *Götting/Nordemann/Bearb.*
- Gottmann, Nicole*: Möglichkeiten und Grenzen der freiwilligen Selbstkontrolle in der Presse und der Werbung. Der Deutsche Presserat und der Deutsche Werberat, Verlag C.H. Beck, München 2005, zugl.: Köln, Univ., Diss., 2004
- Grabe, Shelly/Ward, Monique L./Hyde, Janet Shibley*: The Role of the Media in Body Image Concerns Among Women: A Meta-Analysis of Experimental and Correlational Studies, Psychological Bulletin 2008, Vol. 134, 460-476
- Greenfield, Patricia*: Cognitive Impact of the Media: Implications for a Pluralistic Society, Imagination, Cognition and Personality 1983-84, Vol. 3, 3-16
- Grigoleit, Klaus Joachim/Kersten, Jens*: Grundrechtlicher Schutz und grundrechtliche Schranken kommerzieller Kommunikation, DVBl 1996, 596-605
- Grogan, Sarah*: Body Image. Understanding Body Dissatisfaction in Men, Women, and Children, 2. Auflage, Psychology Press, New York 2008
- Gronimus, Andreas*: Forum: Noch einmal Peep-Show und Menschenwürde, JuS 1985, 174-176
- Gümbel, Michael/Nielbock, Sonja*: Die Last der Stereotype. Geschlechterrollenbilder und psychische Belastungen im Betrieb, edition Hans Böckler Stiftung, Düsseldorf 2012
- Günther, Klaus*: (Zivil-)Recht. Kann das Zivilrecht im Zuge der Globalisierung das öffentliche Recht ersetzen? in: Joerges, Christian/Teubner, Gunther (Hrsg.): Rechtsverfassungsrecht. Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003, S. 295-311
- Gusy, Christoph*: „Gute Sitten“ als Grenze der Gewerbefreiheit, GewArch 1984, 151-157
- Gusy, Christoph*: Sittenwidrigkeit im Gewerberecht, DVBl 1982, 984-989
- Hagemann-White, Carol*: Sozialisation: Weiblich-männlich, Leske und Budrich, Opladen 1984
- Hahn, Werner/Vesting, Thomas* (Hrsg.): Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2012, zit.: *Hahn/Vesting/Bearb. Rundfunkrecht*
- Halliwell, Emma/Dittmar, Helga*: Does Size Matter? The Impact of Model's Body Size on Women's Body-Focused Anxiety, Journal of Social and Clinical Psychology 2004, Vol. 23, 104-122

- Halves, Kirsten*: Zur Neuordnung des Jugendmedienschutzes im Bereich der Telemedien. Die KJM und das Prinzip der regulierten Selbstregulierung, Logos Verlag, Berlin 2007, zugl.: Göttingen, Univ., Diss., 2006
- Hargreaves, Duane/Tiggemann, Marika*: The effect of "thin ideal" television commercials on body dissatisfaction and schema activation during early adolescence, *Journal of Youth and Adolescence* 2003, Vol. 32, 367-373
- Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke* (Hrsg.): Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2013, zit.: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Bearb.
- Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke* (Hrsg.): Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2009, zit.: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Bearb. UWG 2. Auflage (Vorauslage)
- Hartwig, Henning*: „H.I.V. POSITIVE II“ – Zugleich Abschied vom Verbot gefühlsbetonter Werbung? WRP 2003, 582-602
- Haslinger, Stephanie*: Werbung im Bestattungsbereich – immer wieder aktuell, WRP 2008, 1052-1056
- Hatje, Armin*: Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1993
- Haug, Wolfgang Fritz*: Kritik der Warenästhetik, 2. Auflage, Suhrkamp Verlag, Frankfurt/M. 1972
- Hecker, Christian*: Soziale Marktwirtschaft und Soziale Gerechtigkeit – Mythos, Anspruch und Wirklichkeit, *zfwu* 12/2 (2011), 269-294
- Hedemann, Justus Wilhelm*: Die Flucht in die Generalklausel. Eine Gefahr für Recht und Staat, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 1933
- Heermann, Peter W./Hirsch, Günter* (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Band 1, Verlag C.H. Beck, München 2006, zit.: MünchKommUWG/Bearb.
- Heinsohn, Dorit*: Feministische Naturwissenschaftskritik. Eine Einführung, in: Petersen, Barbara/Mauß, Bärbel (Hrsg.): Feministische Naturwissenschaftsforschung: Science und Fiction. Schriftenreihe NUT – Frauen in Naturwissenschaft und Technik e. V., Band 5, Mössingen-Talheim 1998, S. 14-32
- Henning-Bodewig, Frauke*: UWG und Geschäftsethik, WRP 2010, 1094-1105
- Henning-Bodewig, Frauke*: Nationale Eigenständigkeit und europäische Vorgaben im Lauterkeitsrecht, *GRUR Int* 2010, 549-563
- Henning-Bodewig, Frauke*: Das neue UWG – von Brüsseler Gnaden? in: Ohly, Ansgar/Bodewig, Theo/Dreier, Thomas/Götting, Horst-Peter/Haedicke, Maximilian/Lehmann, Michael (Hrsg.): Perspektiven des Geistigen Eigentums und Wettbewerbsrechts, Festschrift für Gerhard Schrickler zum 70. Geburtstag, Verlag C.H. Beck, München 2005, S. 705-714, zit.: *Henning-Bodewig* FS Schrickler
- Henning-Bodewig, Frauke/Glöckner, Jochen*: EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Was wird aus dem "neuen" UWG? WRP 2005, 1311-1335
- Henning-Bodewig, Frauke*: Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, *GRUR Int* 2005, 629-634

- Henning-Bodewig, Frauke*: Schockierende Werbung, WRP 1992, 533-540
- Henschel, Johann Friedrich*: Die Kunstfreiheit in der Rechtsprechung des BVerfG, NJW 1990, 1937-1944
- Hering, Heide*: Weibs-Bilder, Zeugnisse zum öffentlichen Ansehen der Frau, Ein hässliches Bilderbuch, Rowohlt Taschenbuch Verlag GmbH, Reinbek bei Hamburg 1979
- Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans* (Hrsg.): Maunz-Dürig Grundgesetz Kommentar, Band I, Verlag C.H. Beck, München 2012, 65. Ergänzungslieferung, zit.: Maunz/Dürig/Bearb. GG
- Heygster, Anna-Luise/Maseberg, Eberhard* (Hrsg.): Fernseh-Kritik. Werbung im Fernsehen, v. Hase & Koehler Verlag, Mainz 1975
- Hillgruber, Christian*: Der Schutz des Menschen vor sich selbst, Verlag Vahlen, München 1992, zugl.: Köln, Univ., Diss., 1991
- Hinrichs, Ulrike*: „Big Brother“ und die Menschenwürde, NJW 2000, 2173-2176
- Hobe, Stephan*: Europarecht, 4. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln (u.a.) 2009
- Hoerster, Norbert*: Zur Bedeutung des Prinzips der Menschenwürde, JuS 1983, 93-96
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schulz, Wolfgang*: Hamburgisches Medienrecht, Berlin 1997
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*: Kommunikationsfreiheit für Werbung – zugleich Anmerkung zu den Benetton-Entscheidungen des BGH, ZUM 1996, 1-16
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*: Rundfunkrecht neben Wirtschaftsrecht. Zur Anwendbarkeit des GWB und des EWG-V auf das Wettbewerbsverhalten öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der dualen Rundfunkordnung, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1991
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/Kohl, Helmut/Kübler, Friedrich/Lüscher, Kurt*: Medienwirkung und Medienverantwortung. Überlegungen und Dokumente zum Lebach-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1975
- Höfling, Wolfram*: Die Unantastbarkeit der Menschenwürde – Annäherungen an einen schwierigen Verfassungsrechtssatz, JuS 1995, 857-862
- Höfling, Wolfram*: Offene Grundrechtsinterpretation, Duncker & Humblot, Berlin 1987
- Höfling, Wolfram*: Menschenwürde und gute Sitten, NJW 1983, 1582-1585
- Hofmann, Hasso*: Die versprochene Menschenwürde, AöR 118 (1993) 353-377
- Hoffmann, Dagmar/Mikos, Lothar*: Mediensozialisationstheorien: Modelle und Ansätze in der Diskussion, 2. Auflage, Springer Verlag, Berlin 2010
- Holbrook, Morris B.*: Mirror, mirror, on the wall, what's unfair in the reflections on advertising? Journal of Marketing 1987, Vol. 51, 95-103
- Hommelhoff, Peter*: Die Rolle der nationalen Gerichte bei der Europäisierung des Privatrechts, in: Heldrich, Andreas/Hopt, Klaus J. (Hrsg.): 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Band II Handels- und Wirtschaftsrecht Europäisches und Internationales Recht, Verlag C.H. Beck, München 2000, S. 889-925, zit.: Hommelhoff FG 50 Jahre BGH Bd. 2
- Huber, Peter M.*: Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte, NJW 2011, 2385-2390

- Hufen, Friedhelm*: Die Menschenwürde, Art. 1 I GG, JuS 2010, 1-10
- Huster, Stefan*: Individuelle Menschenwürde oder öffentliche Ordnung? – Ein Diskussionsbeitrag anlässlich „Big Brother“, NJW 2000, 3477-3479
- Huster, Stefan*: Das Verbot der „Auschwitzlüge“, die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht NJW 1996, 487-491
- Huston, Aletha C.*: Big World, Small Screen. The Role of Television in American Society, University of Nebraska Press, Lincoln (Nebraska) 1992
- Huston, Aletha C./Greer, Douglas/Wright, John C./Welch, Renate/Ross, Rhonda*: Children's comprehension of televised features with masculine and feminine connotations, in: Developmental Psychology 1984, Vol. 20, 707-716
- Hyde, Janet Shibley*: The Gender Similarities Hypothesis, American Psychologist 2005, Vol. 60, 581-592
- Inzlicht, Michael/Schmader, Toni*: Stereotype Threat. Theory, Process, and Application, Oxford University Press, New York 2012
- Ipsen, Jörn*: Richterrecht und Verfassung, Duncker & Humblot, Berlin 1975, zugl.: Göttingen, Univ., Diss., 1974
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII Freiheitsrechte, 3. Auflage, Verlag C.F. Müller, Heidelberg 2009, zit.: HbStR/Bearb. Bd. VII
- Jäckel, Michael/Derra, Julia/Eck, Cornelia*: SchönheitsAnsichten. Geschlechterbilder in Werbeanzeigen und ihre Bewertung, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2009
- Jacobs, Rainer/Lindacher, Walter F./Teplitzky, Otto* (Hrsg.): UWG, Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb mit Nebengesetzen, Großkommentar, Band 1, de Gruyter Verlag, Berlin (u.a.) 2006, zit.: GK-UWG/Bearb.
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo*: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 11. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2011
- Jarass, Hans D./Belijn, Sasa*: Unmittelbare Anwendung des EG-Rechts und EG-rechtskonforme Auslegung, JZ 2003, 768-777
- Jarass, Hans D.*: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989, 857-862
- Jennings-Walstedt, Joyce/Geis, Florence L./Brown, Virginia*: Influence of television commercials on women's self-confidence and independent judgment, Journal of Personality and Social Psychology 1980, Vol. 38, 203-210
- Jestaedt, Matthias*: „Die Werbung ist ein lächelndes Aas“ – Das Benetton-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, Jura 2002, 552-558
- Just, Thomas*: Frauenförderung für Führungspositionen. Konzepte und Praxis, Hartung-Gorre Verlag, Konstanz 1991
- Kang, Mee-Eun*: The Portrayal of Women's Images in Magazine Advertisements: Goffman's Gender Analysis Revisited, Sex Roles, 1997, Vol. 37, 979-996
- Kaplan, Renate*: Das Interesse der Allgemeinheit bei der Konkretisierung der Generalklausel des § 3 UWG. Außerwettbewerbliche Allgemeininteressen im Wettbewerbsrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2008, zugl.: Tübingen, Diss., Univ., 2008, zit.: *Kaplan* Das Interesse der Allgemeinheit

- Karmasin, Matthias*: Oligopole in freien Gesellschaften. Medienfreiheit als ökonomisches und ethisches Problem, in: Wunden, Wolfgang (Hrsg.): Freiheit und Medien, Beiträge zur Medienethik, Band 4, Gemeinschaftswerk der Evangelischen Publizistik, Frankfurt/M. 1998, S. 79-95
- Keirsbilck, Bert*: The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law, Hart Publishing, Oxford (u.a.) 2011
- Kessler, Suzanne J./McKenna, Wendy*: Gender: An Ethnomethodological Approach, John Wiley & Sons, New York (u.a.) 1978
- Keßler, Jürgen/Micklitz, Hans-W.*: Das neue UWG – auf halbem Wege nach Europa? VuR 2009, 88-95
- Kimball, Meredith M.*: Television and sex-role attitudes, in: Williams, Tannis MacBeth (Hrsg.): The impact of television. A natural experiment in three communities, Academic Press, Orlando, Florida (u.a.), 1986, S. 265-301
- Klass, Nadine*: Unterhaltung ohne Grenzen? Der Schutzbereich der Menschenwürde in den Programmgrundsätzen der Medienstaatsverträge, Vistas Verlag, Berlin 2011
- Kluge, Friedrich/Seebold, Elmar* (Bearb.): Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, De Gruyter Verlag, Berlin (u.a.) 2011
- Knies, Wolfgang*: Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem, Verlag C.H. Beck, München 1967
- Knopf, Kerstin*: Labeling Gender: HeteroSexismus und Calvin-Klein-Werbefotografie, in: Knopf, Kerstin/Schneikart, Monika (Hrsg.): Sex/ismus und Medien, Centaurus Verlag, Herbolzheim 2007, S. 215-239
- Kocher, Eva*: Tiefe Gefühle im Wettbewerb. Zu den „Benetton-Entscheidungen“ des BGH und des BVerfG, KJ 2003, 293-305
- Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim* (Hrsg.): Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 31. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2013, zit.: Köhler/Bornkamm/Bearb.
- Köhler, Helmut*: Zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, GRUR 2005, 793-802
- Köhler, Helmut*: Zur Konkurrenz lauterkeitsrechtlicher und kartellrechtlicher Normen, WRP 2005, 645-654
- Köhne, Michael*: Big Brother is watching you – Menschenwürde bei RTL 2, ZRP 2001, 435-436
- Kohlberg, Lawrence*: Zur kognitiven Entwicklung des Kindes. Drei Aufsätze, Suhrkamp Verlag, Frankfurt/M. 1974
- Korosides, Konstantin*: Fernsehwerbung in Deutschland. Analyse unter Berücksichtigung politischer Debatten über Lebensmittelwerbung, minderjährige und prominente Darsteller, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2008, zugl.: Berlin, Freie Univ., Diss., 2007
- Koszyk, Kurt/Pruys, Karl Hugo*: dtv-Wörterbuch zur Publizistik, Deutscher Taschenbuch Verlag GmbH & Co. KG, München 1969
- Kroeber-Riel, Werner/ Weinberg, Peter/ Gröppel-Klein, Andrea*: Konsumentenverhalten, 9. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2009

Literaturverzeichnis

- Kronsteiner, Nicole*: Strategien der Werbung im Fernsehen, Diplomarbeit, Universität Wien, Fakultät für Sozialwissenschaften, Wien 2009
- Kübler, Friedrich*: Medien, Menschenrechte und Demokratie. Das Recht der Massenkommunikation, Verlag C.F. Müller, Heidelberg (u.a.) 2008
- Kübler, Friedrich/Kübler, Johanna*: Werbefreiheit nach Benetton, in: Habersack, Mathias/Hommelhoff, Peter/Hüffer, Uwe/Schmidt, Karsten (Hrsg.): Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003, De Gruyter Verlag, Berlin 2003, S. 907-928, zit.: *Kübler/Kübler* FS Ulmer
- Kübler, Friedrich*: Meinungsäußerung durch Kunst, in: Däubler-Gmelin, Herta/Kinkel, Klaus/Meyer, Hans/Simon, Helmut (Hrsg.): Gegenrede. Aufklärung – Kritik – Öffentlichkeit. Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1994, S. 303-316, zit.: *Kübler* FS Mahrenholz
- Kur, Annette*: Die „geschlechtsdiskriminierende Werbung“ im Recht der nordischen Länder, WRP 1995, 790-796
- Ladeur, Karl-Heinz/Augsberg, Ino*: Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat. Humangenetik – Neurowissenschaft – Medien, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2008
- Lambert, Ronald D.*: Sex role imagery in children: Social origins of mind, Studies of the Royal Commission on the Status of Women in Canada, Information Canada, Ottawa 1971
- Lang, Claudia*: Intersexualität. Menschen zwischen den Geschlechtern, Campus Verlag, Frankfurt/M. 2006
- Lange, Knut Werner*: Zur Reichweite der Menschenwürdegarantie als Schranke kommerzieller Aufmerksamkeitswerbung (Fortführung von BVerfGE 102, 347 – Benetton-Werbung), JZ 2003, 624-626
- Langlois, Judith H./Downs A. Chris*: Socialization Agents, Child Development 1980, 1237-1247
- Laqueur, Thomas*: Auf den Leib geschrieben. Die Inszenierung der Geschlechter von der Antike bis Freud. Aus dem Englischen von H. Jochen Bußmann, Campus Verlag Frankfurt/M./New York 1992
- Lavine, Howard/Sweeney, Donna/Wagner, Stephen H.*: Depicting Women as Sex Objects in Television Advertising: Effects on Body Dissatisfaction, Personality and Social Psychology Bulletin 1999, Vol. 25, 1049-1058
- Lehmann, Alexandra*: Werbeselbstkontrolle in Italien und Deutschland – Vor- und Nachteile der Systeme freiwilliger Selbstregulierung im Vergleich, GRUR Int 2006, 123-129
- Lehmle, Lutz*: UWG, Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Wolters Kluwer, Neuwied 2007, zit.: *Lehmle*
- Leisner, Walter*: Begriffliche Grenzen verfassungsrechtlicher Meinungsfreiheit, UFITA 37 (1962/II) 129-151
- Lembke, Ulrike*: Die-Frau-als-Sexobjekt: Sexismus und Medien aus der Perspektive des juristischen Diskurses, in: Knopf, Kerstin/Schneikart, Monika (Hrsg.): Sex/ismus und Medien, Centaurus Verlag, Herbolzheim 2007, S. 29-52

- Leche, Peter*: Werbung und Verfassung, Verlag C.H. Beck, München (u.a.) 1967
- Leschke, Rainer*: Einführung in die Medienethik, Wilhelm Fink Verlag, München 2001
- Lettl, Tobias*: Das neue UWG, Verlag C.H. Beck, München 2004, zit.: *Lettl*
- Liebau, Eckart*: Habitus, Lebenslage und Geschlecht – Über Sozioanalyse und Geschlechtersozialisation, in: Tillmann, Klaus-Jürgen: Jugend weiblich – Jugend männlich, Leske und Budrich, Opladen 1992
- Lindsey, Linda L.*: Gender Roles. A Sociological Perspective, fourth edition, Pearson Education, New Jersey 2005
- Lovdal, Lynn T.*: Sex Role Messages in Television Commercials: An Update, Sex Roles 1989, Vol. 21, 715-724
- Luhmann, Niklas*: Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie, 5. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 2009
- Luhmann, Niklas*: Die Realität der Massenmedien, 4. Auflage, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2009
- MacKay, Natalie J./Covell, Katherine*: The Impact of Women in Advertisements on Attitudes Toward Women, Sex Roles 1997, Vol. 36, 573-583
- MacKinnon, Catharine A.*: Toward a Feminist Theory of the State, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts (u.a.) 1989
- MacKinnon, Catharine A.*: Sexual Harassment of Working Women. A Case of Sex Discrimination, Yale University Press, New Haven 1979
- Mager, Ute*: Einrichtungsgarantien: Entstehung, Wurzeln, Wandlungen und grundgesetzmäßige Neubestimmung einer dogmatischen Figur des Verfassungsrechts, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2003
- Markefka, Manfred*: Vorurteile – Minderheiten – Diskriminierung, Ein Beitrag zum Verständnis sozialer Gegensätze, 7. Auflage, Luchterhand Verlag, Berlin (u.a.) 1995
- Marschik, Matthias/Dorer, Johanna*: Sexismus (in) der Werbung: Geschlecht, Reklame und Konsum, Medienimpulse. Beiträge zur Medienpädagogik, 2002, Nr. 42, 1-20
- Martin, Carol Lynn/Halverson, Jr., Charles F.*: The Effects of Sex-typing Schemas on Young Children's Memory, Child Development 1983, Vol. 54, 563-574
- Marx, David M./Stapel, Diederik A./Muller, Dominique*: We Can Do It: The Interplay of Construal Orientation and Social Comparisons Under Threat, Journal of Personality and Social Psychology 2005, Vol. 88, 432-446
- Maurer, Margarete*: Sexualdimorphismus, Geschlechtskonstruktion und Hirnforschung, in: Pasero, Ursula/Gottburgsen, Anja (Hrsg.): Wie natürlich ist Geschlecht? Gender und die Konstruktion von Natur und Technik, Westdeutscher Verlag, Wiesbaden 2002, S. 65-108
- Mayer, Christian/Schürnbrand, Jan*: Einheitlich oder gespalten? – Zur Auslegung nationalen Rechts bei überschießender Umsetzung von Richtlinien, JZ 2004, 545-552
- McArthur, Leslie Zebrowitz/Resko, Beth Gabrielle*: The Portrayal of Men and Women in American Television Commercials, The Journal of Social Psychology, 1975, Vol. 97, 209-220
- McGee, Paul E./Frueh, Terry*: Television viewing and the learning of sex-role stereotypes, Sex Roles 1980, Vol. 6, 179-188

Literaturverzeichnis

- Micklitz, Hans-W./Reich, Norbert*: Europäisches Verbraucherrecht – quo vadis? *VuR* 2007, 121-130
- Mischel, Walter*: Toward a Cognitive Social Learning Reconceptualization of Personality, *Psychological Review* 1973, 252-283
- Money, John/Hampson, Joan/Hampson, John*: Hermaphroditism: Recommendations concerning Assignment of Sex, Change of Sex, and Psychologic Management, *Bulletin John Hopkins Hospital* 97 (1955), 284-300
- Money, John*: Hermaphroditism, Gender and Precocity in Hyperadrenocorticism: Psychologic Findings, *Bulletin of John Hopkins Hospital* 96 (1955), 253-264
- Morgan, Michael*: Television, Sex-Role Attitudes, and Sex-Role Behavior, *The Journal of Early Adolescence* 1987, Vol. 7, 269-282
- Motschenbacher, Heiko*: „Women and men like different things“? – Doing Gender als Strategie der Werbesprache, *Tectum Verlag, Marburg* 2006, zugl.: Frankfurt, Univ., Diss., 2005
- Nastelski, Karl*: Schutz der Allgemeinheit im Wettbewerbsrecht, *GRUR* 1969, 322-326
- Neto, Félix/Pinto, Isabel*: Gender Stereotypes in Portuguese Television Advertisements, *Sex Roles*, 1998, Vol. 39, 153-164
- Nickel, Volker*: Nackte Tatsachen. Das Frauenbild in der Werbung, *ZAW* (Hrsg.), edition *ZAW*, Bonn 1993
- O'Bryant, Shirley L./Corder-Bolz, Charles R.*: The effects of television on children's stereotyping of women's work roles, *Journal of Vocational Behavior* 1978, Vol. 12, 233-244
- Ohly, Ansgar*: Bausteine eines europäischen Lauterkeitsrechts. Zugleich Besprechung von Jochen Glöckner, *Europäisches Lauterkeitsrecht*, *WRP* 2008, 177-185
- Ohly, Ansgar*: Das Herkunftslandprinzip im Bereich vollständig angeglichener Lauterkeitsrechts. Überlegungen zur Binnenmarktklausel der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und zum BGH-Urteil "Arzneimittelwerbung im Internet", *WRP* 2006, 1401-1412
- Ohly, Ansgar*: Das neue UWG - Mehr Freiheit für den Wettbewerb? *GRUR* 2004, 889-900
- Oppermann, Thomas*: Wirtschaftswerbung und Art. 5 Grundgesetz, in: Vogel, Klaus/Tipke, Klaus (Hrsg.): *Verfassung, Verwaltung, Finanzen. Festschrift für Gerhard Wacke zum 70. Geburtstag*, *Otto Schmidt Verlag, Köln* 1972, S. 393-409, zit.: *Oppermann FS Wacke*
- Otto, Harro*: Strafrechtlicher Ehrenschatz und Kunstfreiheit der Literatur, *NJW* 1986, 1206-1211
- Paek, Hye-Jin/Nelson, Michelle R./Vilela, Alexandra M.*: Examination of Gender-role Portrayals in Television Advertising across Seven Countries, *Sex Roles*, 2011, Vol. 64, 192-207
- Parkin, Katherine J.*: *Food Is Love. Advertising and Gender Roles in Modern America*, *University of Pennsylvania Press, Philadelphia* 2006
- Peifer, Karl-Nikolaus*: *Lauterkeitsrecht. Das UWG in Systematik und Fallbearbeitung*, *De Gruyter Verlag, Berlin* (u.a.) 2011

- Peifer, Karl-Nikolaus*: Schutz ethischer Werte im Europäischen Lauterkeitsrecht oder rein wirtschaftliche Betrachtungsweise, in: Hilty, Reto M./Henning-Bodewig, Frauke (Hrsg.): Lauterkeitsrecht und Acquis Communautaire, Springer Verlag, Heidelberg (u.a.) 2009, S. 125-144
- Peter, Jochen/Valkenburg, Patti M.*: Adolescents' Exposure to a Sexualized Media Environment and Their Notions of Women as Sex Objects, *Sex Roles* 2007, Vol. 56, 381-395
- Petersen, Lars-Eric*: Der Einfluss von Models in der Werbung auf das Körperselbstbild der Betrachter/innen, *Zeitschrift für Medienpsychologie* 2005, 54-63
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard*: Grundrechte Staatsrecht II, 28. Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg (u.a.) 2012
- Piper, Henning/Ohly, Ansgar/Sosnitzer, Olaf* (Hrsg.): Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 5. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2010, zit.: Piper/Ohly/Sosnitzer/*Be-
arb.*
- Piper, Henning/Ohly, Ansgar* (Hrsg.): Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 4. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2006
- Podlech, Adalbert*: Der Gewissensbegriff im Rechtsstaat. Eine Auseinandersetzung mit Hamel und Witte, *AöR* 88 (1963) 185-247
- Pollay, Richard W.*: On the value of reflections on the values in "The Distorted Mirror", *Journal of Marketing* 1987, Vol. 51, 104-109
- Pollay, Richard W.*: The distorted mirror: reflections on the unintended consequences of advertising, *Journal of Marketing* 1986, Vol. 50, 18-38
- Poppe, Eberhard* (u.a.): Grundrechte des Bürgers in der sozialistischen Gesellschaft, Staatsverlag der DDR, Berlin 1980
- Prechal, Sacha/Burri, Susanne*: Geschlechtergleichstellungsrecht in 30 Europäischen Ländern, Bericht, in Auftrag gegeben durch die Europäische Kommission Generaldirektion Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit, Referat EMPL/G/2, Thema Gleichstellung, Bekämpfung von Diskriminierungen: Rechtsfragen, abrufbar unter http://www.gwi-boell.de/downloads/Geschlechtergleichstellungsrecht_2009.pdf (abgerufen am 16.12.2013)
- Primoratz, Igor*: Ist Prostitution verwerflich? in: Honneth, Axel (Hrsg.): Pathologie des Sozialen. Die Aufgabe der Sozialphilosophie, Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt/M. 1994, S. 260-289
- Rheingold, Harriet L./Cook, Kaye V.*: The Contents of Boys' and Girls' Rooms as an Index of Parents' Behavior, *Child Development* 1975, 459-463
- Ricker, Reinhart*: Anzeigenwesen und Pressefreiheit, Wilhelm Goldmann Verlag, München 1973
- Röser, Jutta/Kroll, Claudia*: Was Frauen und Männer vor dem Bildschirm erleben: Rezeption von Sexismus und Gewalt im Fernsehen, Studie im Auftrag des Ministeriums für die Gleichstellung von Frau und Mann des Landes Nordrhein-Westfalen, 1995
- Rossen, Helge*: Freie Meinungsbildung durch den Rundfunk. Die Rundfunkfreiheit im Gewährleistungsgefüge des Art. 5 Abs. 1 GG, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1988

Literaturverzeichnis

- Rossi, Susan R./Rossi, Joseph S.: Perception of Women in Magazine Advertising, *Sex Roles* 1985, Vol. 12, 1033-1039
- Roßnagel, Alexander: *Recht der Multimedia-Dienste, Kommentar*, Verlag C.H. Beck, München 2005
- Röthel, Anne: Verfassungsprivatrecht aus Richterhand? – Verfassungsbindung und Gesetzesbindung der Zivilgerichtsbarkeit, *JuS* 2001, 424-429
- Röttgen, Klaus: *Der zivilrechtliche Schutz vor Diskriminierung und seine verfahrensrechtliche Gewährleistung*, Herbert Utz Verlag, München 2004, zugl.: Köln, Univ., Diss., 2003
- Rubin, Gayle S.: The traffic in women: notes on the „political economy“ of sex, in: Reiter, Rayna R. (Hrsg.): *Toward an anthropology of women*, New York 1975, S. 157-210
- Ruess, Peter: Das Recht der Werbung zwischen Staats- und Selbstkontrolle, in: Witt, C.-H./Casper, M./Bednarz, L. u.a. (Hrsg.), *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 2002. Die Privatisierung des Privatrechts – rechtliche Gestaltung ohne staatlichen Zwang, Heidelberger Tagung 4. Bis 7. September 2002, Boorberg Verlag, Stuttgart 2003, S. 209-230
- Ruess, Peter/Voigt, Sebastian: Wettbewerbsrechtliche Regelung von diskriminierenden Werbeaussagen – Notwendigkeit oder abzulehnende Geschmackszensur? *WRP* 2002, 171-177
- Ruffert, Matthias: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Privatrecht, *JZ* 2009, 389-398
- Ruffert, Matthias: *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2001
- Rüfner, Wolfgang: Zur Bedeutung und Tragweite des Artikels 19 Abs. 3 des Grundgesetzes (Anwendbarkeit der Grundrechte auf juristische Personen), *AöR* 89 (1964) 263-322
- Sachs, Michael (Hrsg.): *Grundgesetz Kommentar*, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2011, zit.: *Sachs/Bearb. GG*
- Sack, Rolf: Die lückenfüllende Funktion der Generalklausel des § 3 UWG, *WRP* 2005, 531-544
- Sack, Rolf: Die lückenfüllende Funktion der Sittenwidrigkeitsklauseln, *WRP* 1985, 1-15
- Sack, Rolf: § 1 UWG und Wirtschaftspolitik, *WRP* 1974, 247-254
- Säcker, Jürgen: Das UWG zwischen den Mühlsteinen europäischer Harmonisierung und grundrechtsgebotener Liberalisierung, *WRP* 2004, 1199-1221
- Sacksofsky, Ute: Gleichheit in der neuen Vielfalt: Neuer Streit um Gleichberechtigung, *KJ* 2009, 147-158
- Sacksofsky, Ute: Das Frauenbild des Bundesverfassungsgerichts, in: Rudolf, Beate (Hrsg.): *Geschlecht im Recht*, Wallstein Verlag 2009, S. 191-215
- Sacksofsky, Ute: Diskriminierung und Gleichheit – aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: Opfermann, Susanne (Hrsg.): *Unrechtserfahrungen. Geschlechtergerechtigkeit in Gesellschaft, Recht und Literatur*, Ulrike Helmer Verlag, Königstein 2007, S. 31-51

- Sacksofsky, Ute*: Die blinde Justitia: Gender in der Rechtswissenschaft, in: Bußmann, Hadumod/Hof, Renate (Hrsg.): Genus. Geschlechterforschung / Gender Studies in den Kultur- und Sozialwissenschaften, Alfred Kröner Verlag, Stuttgart 2005, S. 402-443
- Sacksofsky, Ute*: Das Grundrecht auf Gleichberechtigung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1991
- Scherer, Inge*: Die „Verbrauchergeneralklausel“ des § 3 II 1 UWG – eine überflüssige Norm, WRP 2010, 586-592
- Scherer, Inge*: Das Ende des Verdikts der „gefühlsbetonten“ Werbung. Aufgabe der „Sachlichkeits“-Doktrin? GRUR 2008, 490-495
- Scherer, Inge*: Verletzung der Menschenwürde durch Werbung, WRP 2007, 594-601
- Scherer, Inge*: Marktverhaltensregeln im Interesse der Marktbeteiligten – Funktionsorientierte Ausrichtung des neuen Rechtsbruchtatbestandes in § 4 Nr. 11 UWG, WRP 2006, 401-406
- Schicha, Christian*: Wirtschaftswerbung zwischen Information, Provokation und Manipulation – Konsequenzen für die Selbstkontrolle des Deutschen Werberates, in: Baum, Achim/Langenbacher, Wolfgang/Pöttker, Horst (Hrsg.): Handbuch zur Medienselbstkontrolle, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2005, S. 255-269
- Schittek, Lothar*: Prostitution als Selbstverwirklichung? NVwZ 1988, 804-805
- Schlotböller, Dirk*: Diskriminierung – eine kritische Analyse der Arten, Ursachen und Handlungsansätze, Pro Business Verlag, Berlin 2008, zugl.: Münster (Westfalen), Univ., Diss., 2007
- Schmerl, Christiane*: Männliche Reflexe, weibliche Reflexionen: Werbung mit Frauenbildern, IFF-Info Nr. 25/2003, 16-28
- Schmerl, Christiane* (Hrsg.): Frauenzoo der Werbung. Aufklärung über Fabeltiere, Verlag Frauenoffensive, München 1992
- Schmerl, Christiane*: Das Frauen- und Mädchenbild in den Medien, Leske und Budrich, Opladen 1984
- Schmerl, Christiane*: Frauenfeindliche Werbung. Sexismus als heimlicher Lehrplan, Elefant Press Verlag, Berlin 1980
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hofmann, Hans/Hopfau, Axel* (Hrsg.): GG Kommentar zum Grundgesetz, 12. Auflage, Carl Heymanns Verlag, München 2011, zit.: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau/Bearb. GG
- Schmitt Glaeser, Walter*: Big Brother is watching you – Menschenwürde bei RTL 2, ZRP 2000, 395-402
- Schmitz, Sigrid*: Geschlechtergrenzen. Geschlechtsentwicklung, Intersex und Transsex im Spannungsfeld zwischen biologischer Determination und kultureller Konstruktion, in: Ebeling, Smilla/Schmitz, Sigrid (Hrsg.): Geschlechterforschung und Naturwissenschaften, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2006, S. 33-56
- Schmitz, Sigrid*: Entweder – Oder? Zum Umgang mit binären Kategorien, in: Ebeling, Smilla/Schmitz, Sigrid (Hrsg.): Geschlechterforschung und Naturwissenschaften, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2006, S. 331-346

- Schooler, Deborah/Ward, Monique L.*: Average Joes: Men's relationships with media, real bodies, and sexuality, *Psychology of Men and Masculinity* 2006, Vol. 7, 27-41
- Schöbler, Franziska*: Einführung in die Gender Studies, Akademie Verlag, Berlin 2008
- Schricker, Gerhard/Henning-Bodewig, Frauke*: Elemente einer Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der Europäischen Union. Rechtsvergleichende Untersuchung im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht, München, Juli 2001, abrufbar unter <http://www.bib.uni-mannheim.de/fileadmin/pdf/fachinfo/jura/elemente-harmo-unlaut-wettb.pdf> (abgerufen am 16.12.2013)
- Schricker, Gerhard/Henning-Bodewig, Frauke*: Elemente einer Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der europäischen Union, WRP 2001, 1367-1407
- Schricker, Gerhard*: Entwicklungstendenzen im Recht des unlauteren Wettbewerbs, GRUR 1974, 579-589
- Schricker, Gerhard*: Gesetzesverletzung und Sittenverstoß. Rechtsvergleichende Untersuchung zur wettbewerbsrechtlichen Haftung bei Verletzung außerwettbewerblicher Normen, Verlag C.H. Beck, München 1970
- Schricker, Gerhard*: Unlauterer Wettbewerb und Verbraucherschutz, GRUR Int 1970, 32-44
- Schröter, Susanne*: Über Grenzverläufe zwischen den Geschlechtern, Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt/M. 2002
- Schulz, Wolfgang*: „Menschenwürde“ im Konzept der Regulierung medialer Gewaltdarstellungen. Symbolischer Gebrauch, Fehlgebrauch und Missbrauch eines Rechtsbegriffs, M&K 2000, 354-370
- Schulze-Fielitz, Helmuth*: Zum Verfassungsrechtlichen Schutz sog Schockwerbung, Anmerkung zu BVerfGE 102, 347-369 (JZ 2001, 299), JZ 2001, 302-305
- Schünemann, Wolfgang B.*: „Wirtschaftspolitische Neutralität“ des Grundgesetzes? in: Kluth, Winfried/Müller, Martin/Peilert, Andreas (Hrsg.): Wirtschaft – Verwaltung – Recht. Festschrift für Rolf Stober zum 65. Geburtstag am 11. Juni 2008, Carl Heymanns Verlag, Köln, München 2008, S. 147-162, zit.: *Schünemann* FS Stober
- Schünemann, Wolfgang B.*: „Unlauterkeit“ in den Generalklauseln und Interessenabwägung nach neuem UWG, WRP 2004, 925-937
- Schuppert, Gunnar Folke*: Der Fall Benetton: Wem gehört die Interpretationsherrschaft über Werbebotschaften? AfP 2003, 113-120
- Schweizer, Kerstin*: Der Gleichberechtigungssatz – neue Form, alter Inhalt? Untersuchung zu Gehalt und Bedeutung des neugefaßten Art. 3 Abs. 2 GG unter Einbeziehung Europäischen Gemeinschaftsrechts, Duncker & Humblot, Berlin 1998, zugl.: München, Univ., Diss., 1997
- Sellach, Brigitte/Enders-Dragässer, Uta/Baer, Susanne/Kreß, Brigitta*: Wissensnetz Gender Mainstreaming für die Bundesverwaltung, Gesellschaft für Sozialwissenschaftliche Frauenforschung e.V., Frankfurt/M. (u.a.) 2003, abrufbar unter <http://www.yumpu.com/de/document/view/10939728/wissensnetz-gender-mainstreaming-fur-die-bundesverwaltung> (abgerufen am 16.12.2013)

- Selmer, Peter*: Wirtschaftswerbung und Eigentumsfreiheit, in: Stödter, Rolf/Thieme, Werner (Hrsg.): Hamburg, Deutschland, Europa. Festschrift für Hans Peter Ipsen zum siebenzigsten Geburtstag, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 1977, S. 515-538, zit.: *Selmer* FS Ipsen
- Sevecke, Torsten*: Wettbewerbsrecht und Kommunikationsgrundrechte. Zur rechtlichen Bewertung gesellschaftskritischer Aufmerksamkeitswerbung in der Presse und auf Plakaten am Beispiel der Benetton-Kampagnen, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1997, zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 1997
- Sevecke, Torsten*: Die Benetton-Werbung als Problem der Kommunikationsfreiheiten, AfP 1994, 196-205
- Seyffert, Rudolf*: Werbelehre. Theorie und Praxis der Werbung, C.E. Poeschel Verlag, Stuttgart 1966
- Seyffert, Rudolf*: Allgemeine Werbelehre, C.E. Poeschel Verlag, Stuttgart 1929
- Shih, Margaret/Pittinsky, Todd L. /Ambady, Nalini*: Stereotype Susceptibility: Identity, Salience and Shifts in Quantitative Performance, Psychological Science 1999, Vol. 10, 80-83
- Signorielli, Nancy/McLeod, Douglas/Healy, Elaine*: Profile: Gender stereotypes in MTV commercials: The beat goes on, Journal of Broadcasting & Electronic Media 1994, Vol. 38, 91-101
- Signorielli, Nancy/Lears, Margaret*: Children, television, and conceptions about chores: Attitudes and behaviors, Sex Roles 1992, Vol. 27, 157-170
- Signorielli, Nancy*: Television and Conceptions About Sex Roles: Maintaining Conventionality and the Status Quo, Sex Roles 1989, Vol. 21, 341-360
- Simitis, Konstantin*: Verbraucherschutz. Schlagwort oder Rechtsprinzip? Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1976
- Slupik, Vera*: Gleichberechtigungsgrundsatz und Diskriminierungsverbot im Grundgesetz, JR 1990, 317-324
- Slupik, Vera*: Die Entscheidung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis: zur Bedeutung von Art. 3 Abs. 2 u. 3 GG in Recht und Wirklichkeit, Duncker & Humblot, Berlin 1988, zugl.: Frankfurt/M., Univ., Diss., 1987
- Smend, Rudolf*: Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4 (1928), 44-73
- Snow, Margaret Ellis/Jacklin, Carol Nagy/Maccoby, Eleanor E.*: Sex-of-Child Differences, Child Development 1983, Vol. 54, 230-232
- Somek, Alexander*: Rationalität und Diskriminierung. Zur Bindung der Gesetzgebung an das Gleichheitsrecht, Springer Verlag, Wien (u.a.) 2001
- Sosnitza, Olaf*: Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken – Voll- oder Teilharmonisierung? WRP 2006, 1-7
- Spencer, Steven J./Steel, Claude M./Quinn, Diane M.*: Stereotyp threat and women's math performance, Journal of Experimental Social Psychology 1999, Vol. 35, 4-28
- Spindler, Gerald/Schuster, Fabian* (Hrsg.): Recht der elektronischen Medien. Kommentar, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2011, zit.: Spindler/Schuster/Bearb. Recht der elektronischen Medien

- Stankiewicz, Julie M./Rosselli, Francine*: Women as Sex Objects and Victims in Print Advertisements, *Sex Roles*, 2008, Vol. 58, 579-589
- Starck, Christian*: Autonomie und Grundrechte. Zur Regelungsbefugnis öffentlich-rechtlicher Autonomieträger im Grundrechtsbereich, *AöR* 92 (1967) 449, 471-478
- Steele, Claude M.*: A threat in the air: How stereotypes shape intellectual identity and performance. *American Psychologist*, 1997, Vol. 52, 613-629
- Stein, Ekkehart/Frank, Götz*: Staatsrecht, 21. Auflage, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2010
- Steinbeck, Anja*: Das Bild der Frau in der Werbung, *ZRP* 2002, 435-438
- Stern, Klaus/Becker, Florian*: Grundrechte-Kommentar, Carl Heymanns Verlag 2010, zit.: *Stern/Bearb.* GG
- Stern, Klaus*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1, Verlag C.H. Beck, München 2006, zit.: *Stern Staatsrecht* Bd. IV/1
- Stern, Klaus*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, Verlag C.H. Beck, München 1994, zit.: *Stern Staatsrecht* Bd. III/2
- Stern, Klaus*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, Verlag C.H. Beck, München 1988, zit.: *Stern Staatsrecht* Bd. III/1
- Stober, Rolf*: Die Entwicklung des Gewerberechts in den Jahren 1982/1983, *NJW* 1984, 2499-2510
- Stoller, Robert*: Sex and Gender: On the Development of Masculinity and Femininity, Science House, New York City 1968
- Stork, Florian*: Das Anti-Diskriminierungsrecht der Europäischen Union und seine Umsetzung in das deutsche Zivilrecht, Dissertation, Köln 2006, Peter Lang Verlag, Frankfurt/M. 2006
- Streinz, Michl*: Die Drittwirkung des europäischen Datenschutzgrundrechts (Art. 8 GRCh) im deutschen Privatrecht, *EuZW* 2011, 384-388
- Sturm, Gerd*: Probleme eines Verzichts auf Grundrechte, in: Leibholz, Gerhard/Faller, Hans Joachim/Mikat, Paul/Reis, Hans (Hrsg.): Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung, Festschrift für Willi Geiger zum 65. Geburtstag, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 1974, 173-198, zit.: *Sturm* FS Geiger
- Suelmann, Heinz-Gerd*: Die Horizontalwirkung des Art. 3 Abs. 2 GG, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1994, zugl.: Münster (Westfalen), Univ., Diss., 1993/1994
- Suhr, Dieter*: Entfaltung der Menschen durch die Menschen. Zur Grundrechtsdogmatik der Persönlichkeitsentfaltung, der Ausübungseigenschaften und des Eigentums, Duncker & Humblot, Berlin 1976
- Teplitzky, Otto/Peifer, Karl-Nikolaus/Leistner, Matthias* (Hrsg.): UWG, Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb, Großkommentar, Band 2, 2. Auflage, de Gruyter Verlag, Berlin (u.a.) 2013, zit.: *GK-UWG/Bearb.*
- Thompson, Teresa L./Zerbinos, Eugenia*: Television Cartoons! Do Children Notice It's a Boy's World? *Sex Roles* 1997, Vol. 37, 415-432
- Thym, Daniel*: Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta – Zu viel Grundrechtsschutz? *NVwZ* 2013, 889-896

- Tiedemann, Paul*: Menschenwürde als Rechtsbegriff: eine philosophische Klärung, Berliner Wissenschaftsverlag, Berlin 2007
- Toscani, Oliviero*: Die Werbung ist ein lächelndes Aas, Bollmann Verlag, Mannheim 1996
- Tschentscher, Axel*: Versammlungsfreiheit und Eventkultur. Unterhaltungsveranstaltungen im Schutzbereich des Art. 8 I GG, NVwZ 2001, 1243-1246
- Ujica, Matei/Loef, Robert C. J.*: Quod licet jovi, non licet bovi. Was darf die Kunst, was die Medien nicht dürfen? ZUM 2010, 670-677
- Umbach, Dieter C./Clemens, Thomas* (Hrsg.): Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Band 1, C.F. Müller Verlag, Heidelberg 2002, zit.: Umbach/Clemens/*Bearb.*
- Unnikrishnan, Namita/Bajpai, Shailaja*: The impact of television advertising on children, Sage Publications, New Delhi (u.a.) 1996
- Utterström, Thomas*: Sex Discrimination in Advertising – A Summary of the Situation in Sweden, Zeitschrift für Verbraucherpolitik/Journal of Consumer Policy 1977, 359-372
- Vesting, Thomas*: Prozedurales Rundfunkrecht. Grundlagen – Elemente – Perspektiven, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden/Hamburg 1997
- Villa, Paula-Irene*: Sexy Bodies. Eine soziologische Reise durch den Geschlechtskörper, Leske und Buderich, Opladen 2000
- Vollbrecht, Ralf/Wegener, Claudia* (Hrsg.): Handbuch Mediensozialisation, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2010
- Völmann, Berit*: Sexualisierte Werbung. Geplant zur Veröffentlichung in: Lembke, Ulrike (Hrsg.): Regulierungen des Intimen. Sexualität und Recht im modernen Staat, Springer Verlag, Berlin 2015
- von Becker, Bernhard*: Werbung Kunst Wirklichkeit – Bemerkungen zu einem schwierigen Verhältnis, GRUR 2001, 1101-1105
- von Braun, Christina/Stephan, Inge* (Hrsg.): Gender Studien. Eine Einführung, 2. Auflage, Metzler Verlag, Stuttgart 2006
- von Gierke, Cornelia*: Wettbewerbsrechtlicher Schutz der Persönlichkeitssphäre, insbesondere im Bereich der gefühlsbetonten Werbung, in: Erdmann, Willi/Gloy, Wolfgang Gloy/Herber, Rolf (Hrsg.): Festschrift für Henning Piper, Verlag C.H. Beck, München 1996, S. 243-256, zit.: *von Gierke* FS Piper
- von Hippel, Eike*: Kontrolle der Werbung? ZRP 1973, 177-182
- von Kalckreuth, Annette*: Geschlechtsspezifische Vielfalt im Rundfunk. Ansätze zur Regulierung von Geschlechtsrollenklichs, Dissertation, Nomos Verlagsgesellschaft, Hamburg 1999, zit.: *von Kalckreuth* Geschlechtsspezifische Vielfalt im Rundfunk
- von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian* (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz, Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19, 6. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2010, zit.: *von Mangoldt/Klein/Starck/Bearb.* GG
- von Münch, Ingo/Kunig, Philip* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 6. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2012, zit.: *von Münch/Kunig/Bearb.* GG

- von *Münch, Ingo*: Grundrechtsschutz gegen sich selbst? in: Stödter, Rolf/Thieme, Werner (Hrsg.): Festschrift für Hans Peter Ipsen zum siebzigsten Geburtstag, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 1977, S. 113-128, zit.: *von Münch* FS Ipsen
- von *Olshausen, Henning*: Menschenwürde im Grundgesetz: Wertabsolutismus oder Selbstbestimmung? NJW 1982, 2221-2224
- von *Ungern-Sternberg, Joachim*: Wettbewerbsbezogene Anwendung des § 1 UWG und normzweckgerechte Auslegung der Sittenwidrigkeit, in: Festschrift für Willi Erdmann, Heymann Verlag, Köln (u.a.) 2002, S. 741-763, zit.: *von Ungern-Sternberg* FS Erdmann
- von *Walter, Axel*: Rechtsbruch als unlauteres Marktverhalten. Tatbestand und Anwendungsbereich des § 4 Nr. 11 UWG in Abgrenzung zur Fallgruppe „Vorsprung durch Rechtsbruch“, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2007
- Wacke, Gerhard*: Werbeaussagen als Meinungsäußerungen, in: Ipsen, Hans Peter: Hamburger Festschrift für Friedrich Schack zu seinem 80. Geburtstag am 1. Oktober 1966, Metzner Verlag, Hamburg 1966, S. 197-210, zit.: *Wacke* FS Schack
- Wahrig-Burfeind, Renate* (Hrsg.): Wahrig. Deutsches Wörterbuch, 8. Auflage, Bertelsmann Lexikon Verlag, Gütersloh (u.a.) 2010, zit.: *Wahrig*
- Wassermeyer, Andrea*: Schockierende Werbung, GRUR 2002, 126-134
- Wassermeyer, Andrea*: Diskriminierende Werbung. Die konträre Behandlung personenspezifischer Gruppen im Wettbewerbsrecht, Konstanz, Univ., Diss., 2000, http://kops.ps.uni-konstanz.de/bitstream/handle/urn:nbn:de:bsz:352-opus-5847/diss_aw.pdf?sequence=1 (abgerufen am 16.12.2013)
- Wesley, Thomas/Jacobs, Sue-Ellen*: “—and we are still here”: from berdache to twospirit people, American Indian Culture and Research Journal 1999, Vol. 23, 91-107
- Wild, Gisela*: Die Gleichwertigkeit der Frau – Grundrecht und Wirklichkeit. Ein juristisches Nachwort, in: Hering, Heide: Weibs-Bilder. Zeugnisse zum öffentlichen Ansehen der Frau. Ein häßliches Bilderbuch, Rowohlt Taschenbuch Verlag, Hamburg 1979
- Wilk, Nicole M.*: Die ges(ch)ichtslose Frau – Überlegungen zum Verlust von weiblichen Vorbildern in der Werbung, in: Holtz-Bacha, Christina (Hrsg.): Stereotype?: Frauen und Männer in der Werbung, 2. Auflage, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2011, S. 62-87
- Willems, Herbert/Kautt, York*: Theatralität der Werbung. Theorie und Analyse massenmedialer Wirklichkeit, De Gruyter Verlag, Berlin 2003
- Williams, Tannis MacBeth*: Background and overview, in: Williams, Tannis MacBeth (Hrsg.): The impact of television. A Natural Experiment in Three Communities, Academic Press, Orlando, Florida (u.a.) 1986, S. 1-38
- Williams, Tannis MacBeth*: Summary, conclusions and implications, in: Williams, Tannis MacBeth (Hrsg.): The impact of television. A Natural Experiment in Three Communities, Academic Press, Orlando, Florida (u.a.) 1986, S. 395-430
- Wintrich, Josef M.*: Die Bedeutung der „Menschenwürde“ für die Anwendung des Rechts, BayVBl 1957, 137-140

- Wintrich, Josef M.*: Über Eigenart und Methode verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung, in: Süsterhenn, Adolf/Freiherr von der Heydte, Friedrich August/Geiger, Willi (Hrsg.): Verfassung und Verwaltung, Festschrift für Herrn Geheimrat Professor Dr. Wilhelm Laforet anlässlich seines 75. Geburtstages, Veröffentlichung des Instituts für Staatslehre und Politik e.V. in Main, Isar Verlag, München 1952, S. 227-249, zit.: *Wintrich FS Laforet*
- Wissenschaftlicher Rat der Dudenredaktion* (Hrsg./Bearb.): Duden. Das große Fremdwörterbuch. Herkunft und Bedeutung der Fremdwörter, Dudenverlag, Mannheim (u.a.) 2007, zit.: Duden
- Wiszniewska, Irena*: Novellierung des polnischen Gesetzes über die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, GRUR Int 2001, 213-219
- Wolin, Lori D.*: Gender Issues in advertising – An oversight synthesis of research: 1970-2002, Journal of Advertising Research 2003, 43.1, 111-129
- Wroblewski, Roberta/Huston, Aletha C.*: Televised Occupational Stereotypes and their Effects on Early Adolescents: Are they Changing? The Journal of Early Adolescence 1987, Vol. 7, 283-297
- Wunden, Wolfgang*: Freiheit und Medien, Lit Verlag, Berlin (u.a.) 2005
- Würkner, Joachim*: Prostitution und Menschenwürdeprinzip – Reflexionen über die Ethisierung des Rechts am Beispiel des gewerblichen Ordnungsrechts, NVwZ 1988, 600-602
- Wutke, Tobias*: Die Bedeutung der Schutzzwecke für ein liberales Wettbewerbsrecht (UWG). Zugleich eine Anmerkung zu BGH I ZR 234/03 – Warnhinweis II, WRP 2007, 119-127
- Ziegenhorn, Gero*: Kontrolle von mitgliedstaatlichen Gesetzen „im Anwendungsbereich des Unionsrechts“ am Maßstab der Unionsgrundrechte, NVwZ 2010, 803-808
- Zippelius, Reinhold/Würtenberger, Thomas*: Deutsches Staatsrecht. Ein Studienbuch, 32. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2008
- Zuckermann, Diana M./Singer, Dorothy G./Singer, Jerome L.*: Children's Television Viewing, Racial and Sex-Role Attitudes, Journal of Applied Social Psychology 1980, Vol. 10, S. 281-294

