

Berit Völzmann

Spießigkeit oder Geschlechtergerechtigkeit? – Für ein Verbot sexistischer Werbung!

Verbot in Sicht für sexistische Werbung? Bewegung in der Politik und Entrüstung in den Medien

Eines der seit Jahrzehnten von Feminist_innen bearbeiteten Themen scheint im Jahr 2016 tatsächlich auf die Agenda von Politiker_innen geraten und ein gesetzgeberisches Eingreifen damit in greifbare Nähe gerückt zu sein: Am 09. April 2016 verkündete Spiegel Online, dass Bundesjustizminister Heiko Maas (SPD) geschlechterdiskriminierende Werbung in Deutschland unterbinden wolle. Ein entsprechender Entwurf zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) solle bald in die Resortabstimmung geschickt werden.¹

Die Entrüstungstürme der Verteidiger_innen wirtschaftlicher Freiheit, „mündiger Verbraucher“ und unverhüllter Frauen folgten auf dem Fuße: Christian Lindner (FDP) etwa sprach sich gegen Spießigkeit, Thomas Heilmann (CDU) gegen Geschmacksvorschriften² und ZEIT-Kommentatorin Dagmar Rosenfeld gegen staatlich verordnete Verklemmtheit aus.³

Zeit, sich dem Thema nicht nur moralisch, sondern auch rechtlich zu widmen und folgende These zu untermauern: Es bedarf eines Verbots sexistischer Werbung im UWG.

Das UWG als Regulierungsort eines Verbots sexistischer Werbung

Warum das UWG?

Der Blick auf das UWG als möglichen Regulierungsort sexistischer Werbung kommt nicht von ungefähr: Die bereits in verschiedenen anderen Ländern existierenden Verbote sexistischer Werbung – etwa in Irland⁴, Norwegen, Schweden, Dänemark und Finnland⁵ sowie Kroatien, Griechenland, Portugal und Spanien⁶ – finden sich sämtlich in deren Werbe- bzw. Markt-

gesetzen, die in ihrer Funktion dem deutschen UWG entsprechen. Auch die bisherigen Entscheidungen deutscher Gerichte zu sexistischer Werbung spielen im UWG.⁷ Der Grund dafür ist folgender: Das UWG ist das Gesetz, welches sich schwerpunktmäßig mit der Regulierung von Werbung befasst und die dafür notwendigen und passenden Regulierungsmechanismen bereitstellt. Es ermöglicht kollektiven Rechtsschutz, große Durchsetzungsschnelligkeit sowie die Chance, alle marktbezogenen Regelungen nach einheitlichen Verfahren durchzusetzen und bietet damit diejenigen Möglichkeiten, die für eine Regulierung geschlechtsdiskriminierender Werbung wünschenswert sind.

Was ist das UWG?

Das UWG schützt seit 1909 vor Sittenwidrigkeit des Wettbewerbs bzw. dessen Lauterkeit. In seiner aktuellen Form reguliert es geschäftliche Handlungen – also jedes Verhalten einer Person zugunsten eines Unternehmens, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt (§ 2 Nr. 1 UWG).

Der Zweck des Gesetzes ergibt sich aus § 1 UWG: „Dieses Gesetz 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.“ (sog. Schutzzwecktrias).

§ 2 enthält Definitionen und § 3 eine Generalklausel. Die §§ 4-7 präzisieren, was unlauter ist (z.B. Irreführung, vergleichende Werbung und unzumutbare Belästigung), sind aber nicht abschließend. Die Rechtsfolgen (Beseitigung und Unterlassung, Schadensersatz und Gewinnabschöpfung) regeln §§ 8-11. Daran schließen sich die Verfahrensvorschriften, §§ 12-15, sowie die Straf- und Bußgeldvorschriften, §§ 16-20, an. Ein Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG enthält einen Katalog gegenüber Verbraucher_innen stets unzulässiger Handlungen.

Vorteile eines Verbots sexistischer Werbung im UWG

Das UWG enthält bisher kein ausdrückliches Verbot sexistischer Werbung. Da jede kommerzielle Werbung eine klassische geschäftliche Handlung i.S.d. UWG ist, könnte jeder sexistischen Werbung – wenn sie als unlauter erfasst wird – mit dem UWG begegnet werden,

¹ Spiegel Online vom 09.04.2016: Heiko Maas will Verbot sexistischer Werbung, <http://www.spiegel.de/spiegel/vorab/heiko-maas-will-verbot-sexistischer-werbung-a-1086186.html>.

² Zeit Online vom 11.04.2016: Lindner wirft Maas Spießigkeit vor, <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2016-04/sexismus-werbung-heiko-maas-christian-lindner>.

³ Zeit Online vom 15.04.2016: Brust raus! <http://www.zeit.de/2016/17/sexismus-werbung-verbot-heiko-maas-pinkstinks>.

⁴ Prechal/Burri Geschlechtergleichstellungsrecht in 30 Europäischen Ländern, S. 60 (Stand 2009).

⁵ Kur WRP 1995, 790, 792.

⁶ Schricker/Henning-Bodewig Elemente einer Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der Europäischen Union, S. 84 (Stand Juli 2001).

⁷ BGHZ 130, 5 – Busengrapscher/Schlüpfertürmer; OLG München NJW-RR 1997, 107 – Werbung mit erotischem Bezug.

das der Aufgabe, Werbung zu regulieren, bereits seit über 100 Jahren erfolgreich nachkommt.⁸ Es bietet z.B. die Möglichkeit der Verfolgung von Kollektivinteressen und das Mittel der Verbandsklage sowie besondere Erleichterungen im einstweiligen Rechtsschutz.

Außerdem würden die unterschiedlichen Fälle sexistischer Werbung 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 bei Werbung im Rundfunk der Rundfunkstaatsvertrag und der Jugendmedienschutzstaatsvertrag 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 sexistische Werbung erreicht werden.

Die den Schutz vor sexistischer Werbung ablehnende herrschende Meinung

Nach der zurzeit herrschenden, sog. funktionsorientierten Auffassung,⁹ kann das UWG nicht für den Schutz vor sexistischer Werbung genutzt werden. Demnach schützt das UWG ausschließlich rein mechanische Wirtschaftsprozesse, nicht mit einzubeziehen sei die grundrechtliche Wertordnung. Diese Auffassung 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 entscheiden¹⁰ und Unternehmer_innen ihre Produkte frei anbieten können.¹¹ Ihre Anhänger_innen wollen weder im Grundgesetz geschützte Allgemeininteressen noch ethische oder soziale Werte über das UWG schützen.¹² Die Interessen der Verbraucher_innen seien anhand ihrer „Funktion am Markt“ zu ermitteln.¹³ Das UWG schütze Verbraucher_innen als „Schiedsrichter“¹⁴ oder „Vertragspartner“¹⁵, aber

„nicht als Mensch“¹⁶. Geschützt sei daher allein ihre wirtschaftliche Handlungs- und Entscheidungsfreiheit.¹⁷

Die wertbezogen argumentierende Mindermeinung

Die soeben dargestellte Verengung des lauterkeitsrechtlichen Schutzzwecks durch die herrschende Meinung in der Literatur greift jedoch zu kurz. Sie verkennet, dass sich das UWG als Teil der Rechtsordnung grundrechtlichen Wertungen nicht entziehen kann. Zu Recht erkennt daher eine Mindermeinung Grundrechte im Rahmen der Auslegung des UWG an¹⁸ und 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.“¹⁹ Die sozialen Grundwerte seien marktbezogene Allgemeininteressen und Bestandteil des Interessenschutzes der Verbraucher_innen und Mitbewerber_innen.²⁰

Die Mindermeinung stützende Rechtsprechung zu sexistischer Werbung und UWG

Dieser Ansicht waren auch die Gerichte, die bisher zu sexistischer Werbung entschieden: Das Urteil „Busengrapscher“ war 1995 die erste Entscheidung eines deutschen Gerichts, die eine geschlechtsdiskriminierende Werbung feststellte und untersagte. Streitgegenständlich war die Gestaltung zweier Miniatur-Likörfaschen. 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. Der BGH beurteilte beide Gestaltungen als unlauter nach dem damaligen § 1 UWG 1909. Das Gericht begründete seine Entscheidung damit, dass beide Etiketten durch Wort- und Bildarstellungen 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.“²¹ Die Feststellung

⁸ Emmerich § 1 Rn. 8 ff.

⁹ 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.

¹⁰ Scherer WRP 2006, 401, 405.

¹¹ Scherer WRP 2006, 401, 405.

¹² Gloy/Loschelder/Erdmann/Leistner § 4 Rn. 27, 30.

¹³ Scherer WRP 2006, 401, 405.

¹⁴ 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.

¹⁵ Gärtner/Heil WRP 2005, 20, 22.

¹⁶ Gärtner/Heil WRP 2005, 20, 22.

¹⁷ Ohly WRP 2008, 177, 183 f.; Wuttke WRP 2007, 119, 123; Scherer WRP 2006, 401, 403 f., 405 f.; Beater FS Tilmann, S. 87; Dettmar Unlauterer Wettbewerb durch Rechtsbruch, S. 83, 165 f.; Köhler/Bornkamm § 3 Rn. 78; Gloy/Loschelder/Erdmann/Leistner § 4 Rn. 31.

¹⁸ Beater WRP 2012, 6, 16; Kaplan Das Interesse der Allgemeinheit bei der Konkretisierung der Generalklausel des § 3 UWG, S. 206 f.; Köhler/Bornkamm § 3 Rn. 72.

¹⁹ Henning-Bodewig WRP 2010, 1094, 1105; ähnlich bereits Natselski GRUR 1969, 322, 324.

²⁰ Fezer § 3 Rn. 82.

²¹ BGHZ 130, 5, 9 f. – Busengrapscher.

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 liege 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.²² 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 1909.²³ 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.²⁴ 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.“²⁵

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

An dieser – sexistische Werbung erfassenden – Auslegung des UWG haben nach der von der Mindermeinung vertretenen Ansicht auch die Novellen von 2004 und 2008, welche der europäischen Angleichung geschuldet waren, nichts geändert.

Warum das UWG sexistische Werbung verbieten sollte

Das UWG ist wertbezogen auszulegen und ist damit in der Lage, Diskriminierungsschutz als Freiheitschutz für alle Marktbeteiligten und die Allgemeinheit durchzusetzen. 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 – wie zum Teil vertreten – 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“²⁹ – zu reduzieren. Eine solche Funktionsbestimmung ignoriert neben den grundrechtlichen Wertungen auch die tatsächlichen Vorgänge sowie die Verhaltensweisen von Verbraucher_innen im Wettbewerb i.S.d. UWG. Schließlich lassen sich auch dem UWG selbst, seiner Geschichte und den Gesetzesbegründungen, vor allem aber auch einzelnen Normen (insbesondere § 7, dem Schutz vor unzumutbaren Belästigungen), 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.

²² Ebenda.

²³ Ebenda.

²⁴ BGHZ 130, 5, 12 – Busengrapscher.

²⁵ Ebenda.

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

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

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

²⁹ Fezer/Scherer § 4-2 Rn. 25.

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,³⁰ sowie das Interesse der Allgemeinheit an einem Wettbewerb i.S.d. UWG, der sich innerhalb der verfassungsrechtlichen Grenzen bewegt.³¹

Regelungsort für ein Verbot sexistischer Werbung im UWG

Zwar könnte der Schutz vor sexistischer Werbung auch über die Generalklausel, § 3 Abs. 1 UWG, gewährleistet werden. Allerdings ist diese Norm lediglich als Auffangtatbestand konzipiert und ihre Anwendung darüber hinaus sehr umstritten.³² Zudem zeigen die Begründungen einiger Entscheidungen der Werbeselbstkontrolle ebenso wie die Argumentationen von Rechtsprechung und Literatur Schwierigkeiten im Rahmen der Definition geschlechtsdiskriminierender Werbung.³³ Insbesondere aufgrund der Schwierigkeit der Bestimmung einer Diskriminierung könnten Richter_innen auch ganz vor einer (theoretisch möglichen) Subsumtion unter die Ge-

neralklausel zurückschrecken.³⁴ 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. Dies verdeutlicht die Erforderlichkeit einer konkreten Norm, die definiert und anhand von Fallgruppen veranschaulicht, unter welchen Voraussetzungen Werbung sexistisch ist.

Aufgrund der inhaltlichen Nähe könnte die neue Norm an § 7 UWG, der unzumutbare Belästigungen (nicht inhaltlicher Art) für unzulässig erklärt, angelehnt und innerhalb eines neu zu schaffenden § 7a UWG verwirklicht werden.

Die Formulierung eines Verbots sexistischer Werbung im UWG

Sexistische Werbung liegt 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.

Die Konstruktion von Geschlecht, insbesondere durch die Verfestigung von Geschlechtsrollenstereotypen, führt zu Differenzierung, Entwicklungs- und Entfaltungsbeeinträchtigung und Geschlechterungleichheit. Da nicht jede Konstruktion von Geschlecht bereits als sexistisch verboten werden kann, andererseits aber weite und unbestimmte Fallgruppen Anwendungsschwierigkeiten mit sich bringen, bedarf es einer Konkretisierung dessen, was sexistische Werbung im Lauterkeitsrecht ist. Unabhängig davon, dass für eine Anwendbarkeit des UWG sexistische Werbung stets geschäftliche Handlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG sein muss, sind für eine solche Konkretisierung drei Mittel kumulativ heranzuziehen: Die Beschränkung auf ausdrückliche Aussagen, die zusätzliche Einbeziehung hierarchischer Darstellungen innerhalb der jeweiligen Werbeaussage sowie die Inblicknahme nicht nur der einzelnen Werbung, sondern auch der gesamten Werbekampagne.

Ausdrückliche stereotype Aussagen

Eine Werbung ist sexistisch, wenn sie eindeutige Geschlechtsrollenstereotypisierungen vornimmt, also Aussagen in Form von Bildern oder Texten, die

30 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.

31 Ausführlich *Völzmann* Geschlechtsdiskriminierende Werbung, S. 235 ff.

32 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 Schrickner, 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); *Schricker/Henning-Bodewig* Elemente einer Harmonisierung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs in der Europäischen Union, S. 79; *Fezer* § 3 Rn. 216 f., § 1 Rn. 82.

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

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

Menschen aufgrund ihres Geschlechts Eigenschaften, Fähigkeiten und soziale Rollen in Familie und Beruf zuordnen.

Die Auslegung der jeweiligen Bildaussage ist auf (relativ) ausdrückliche Aussagen zu beschränken. Grundsätzlich nicht erfasst sind damit unterschwellige Hierarchisierungen, wie z.B. durch nicht übermäßig betonte Körpernormen.³⁵ Entscheidend ist stets, welche Aussage durchschnittliche Rezipient_innen der jeweiligen Werbung entnehmen. Erst auf der zweiten Ebene ist zu würdigen, ob die so verstandene Aussage diskriminierend ist. Der Werbespruch eines Multimediemarktes *„Männer gehen nicht auf den Markt. Männer gehen in den Markt“* stellt implizit die Forderung auf, dass es Aufgabe der Frauen ist, auf den Markt zu gehen. Der Slogan einer Werbung für Limonade: *„Auch Männer haben Gefühle: Durst“* 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.

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.

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 dargestellten Frauen und Männer sein, ihre Körperhaltung und Bekleidung oder auch besonders betonte Körpernormen. Eine Hierarchie liegt zum Beispiel vor, wenn ein Mann im Bademantel neben mehreren Frauen im Bikini zu sehen ist³⁶ 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. Die häufig in Bezug genommene Sexualisierung (von Frauen) ist ebenso wie Nacktheit oder sexuelle Objektivierung nicht per se eine Diskriminierung. Auch im Rahmen von Sexualisierung kommt es 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 Anhängerleihers, die unter dem Spruch *„Miet mich Benutz mich“* einen Anhänger sowie drei leicht bekleidete, sich lasziv räkelnde Frauen zeigt.

Eine Sexualisierung von Männern kommt in dieser Art nicht vor, da auch Sexualisierung von Männern sich der männlichen Geschlechtsrollenstereotype Stärke und Aktivität bedient. Werbung ist darüber hinaus stets im sozialen Kontext zu lesen. Selbst ein passiver, „schwächerer“, sexualisierter Mann wird grundsätzlich nicht als Objekt wahrgenommen, das sexuelle Handlungen ohne eigene Entscheidungsbefugnis jederzeit an sich duldet. Dies widerspricht schlicht dem gesellschaftlich herrschenden Verständnis von männlicher (aktiver) und weiblicher (passiver) Sexualität. Die Reduktion auf Äußerlichkeiten und die sexuelle Verfügbarkeit ist somit ein weiblicher Geschlechtsrollenstereotyp. Das Problem der Sexualisierung von Frauen (für Männer) sollte zum Zwecke besserer Erkennbarkeit im Rahmen einer neuen

³⁵ Körpernormen sind gesellschaftlich konstruierte Vorstellungen von körperlichen Schönheitsmerkmalen, wie etwa Schlankheit und Haarlosigkeit (insbesondere bei Frauen an den Beinen, unter den Achseln und im Intimbereich).

³⁶ Markedsrædet (Marktrat) GRUR Int 1980, 683 – Express Forlag (Produktrelevanz), Beispiel aus der Entscheidungspraxis Norwegens, in diesem Fall eine Geschlechtsdiskriminierung annehmend.

Norm in Fallgruppen sichtbar und damit greifbar gemacht werden, als da wären die Darstellung der sexuellen Anziehung als ausschließlicher Wert von Frauen sowie die Reduktion von Frauen auf eine Sache zum sexuellen Gebrauch.³⁷ 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 eine Hostelwerbung mit der Darstellung eines weiblichen Unterleibs, dessen Tanga die Aufschrift „24 h open“ trägt. 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.

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 könnte eine Diskriminierung angenommen werden, 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 (z.B. das Einräumen einer Waschmaschine durch eine Frau). Andererseits könnten geschlechtsrollenstereotype Aussagen eines Bildes aber auch durch deren Umkehrung in einem anderen Bild derselben Kampagne neutralisiert werden.³⁸

Normtext

Der neu zu schaffende § 7a kann daher 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 als Blickfang eingesetzt werden oder der Eindruck hervorgerufen wird, die abgebildete Frau sei wie das Produkt käuflich.³⁹

Verfassungsmäßigkeit eines Verbots sexistischer Werbung

Betroffene Grundrechte

Ein Verbot sexistischer Werbung betrifft Handlungen, die in den Schutzbereich mehrerer Grundrechte fallen: die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG), die Presse- und Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 und 2 GG), sowie die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1, 2 GG).⁴⁰ Zwar wird nicht jeder sexistischen Werbung eine (meinungswertige) Aussage i.S.v. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG zu entnehmen sein. Dies ist insbesondere zweifelhaft im Fall der sogenannten Blickfangwerbung (z.B. die halbnackte Frau neben der Bohrmaschine). Dass sexistische Werbung meinungswertige Aussagen enthalten und damit in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fallen kann, ist aber schon wegen der Bedeutung von Werbung als ökonomischer Grundlage der Presse- und

³⁷ Kritisch Knopf/Schneikart/Lembke Sex/ismus und Medien, S. 29, 46.

³⁸ Voraussetzung dafür ist selbstverständlich die gleichmäßige Verbreitung der einzelnen Komponenten und ein hoher Grad der Wahrnehmungswahrscheinlichkeit.

³⁹ Die Absätze 3 ff. sind geeignet, Beschreibungen von Diskriminierungen aufgrund anderer Merkmale aufzunehmen.

⁴⁰ Zur praktisch kaum in Betracht kommenden Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 Alt. 1 GG) vgl. Völzmann Geschlechtsdiskriminierende Wirtschaftswerbung, S. 202 ff.

Rundfunkfreiheit möglich, die daher in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 und 2 GG fällt.⁴¹

Verfassungsrechtliche Rechtfertigung – Menschenwürde
Die Eingriffe in die Schutzbereiche der genannten Grundrechte durch ein Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung lassen sich in der Regel nicht mit dem Schutz der Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG rechtfertigen.⁴²

Nur in Ausnahmefällen kommt eine Verletzung der Menschenwürde der dargestellten Person in Betracht, namentlich wenn es an einer Einwilligung fehlt oder eine solche nicht vollständig selbstbestimmt war. Willigen die in den Medien dargestellten Personen in die Darstellung ein, sind sie auch erkennbar zur Selbstbestimmung fähig (was nur 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.⁴³ Bei Testimonials in der Werbung wird dies in aller Regel der Fall sein.

Dass einzelne Rezipient_innen allein durch die Rezeption sexistische Werbung in ihrer Menschenwürde verletzt werden, ist ebenfalls nicht möglich. Zwar sind auch Geschlechtsgruppen grundsätzlich verletzungsfähige Gruppen i.S.d. Art. 1 Abs. 1 GG.⁴⁴ Die zentralen Problemdimensionen der Menschenwürde erfassen jedoch sämtlich 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.⁴⁵ Sie können sich auch zu ihr verhalten, sie be-

kämpfen, 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.

Allerdings kann sich der Schutz der Menschenwürde bei medialen Darstellungen auch allein aus dem objektiv-rechtlichen Gehalt von Art. 1 Abs. 1 GG ergeben. Dies ist, der Objektformel folgend, 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.⁴⁶

Ziel ist nicht, die selbstbestimmte Definition der eigenen Menschenwürde der jeweils handelnden Person zu hinterfragen, sondern vielmehr der Schutz und die Sicherung der Bedingungen, die eine freie Selbstbestimmung für alle Individuen der Gesellschaft garantieren.⁴⁷ Es sollen weder Wertvorstellungen und -urteile über Menschen errichtet noch Verpflichtungen des „richtigen Menschseins“⁴⁸ 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.“⁴⁹

Die Fiktionalität geschlechtsdiskriminierender Darstellungen hindert nicht die Möglichkeit einer Verletzung des Gebots der Menschenwürde, da das Bedrohungspotenzial für die Veränderung des Blickes auf sich selbst als Mensch oder auf andere Menschen dasselbe ist.

Aufgrund der besonderen Bedeutung der Menschenwürde ist eine Verletzung derselben nur in sehr engen Grenzen anzunehmen. Der Gesellschaft be-

⁴¹ Allgemeine Meinung, statt vieler zu Art. 5 Abs. 1 S.2 Alt. 1 GG: BVerfGE 64, 108, 114; von Mangoldt/Klein/Starck GG Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 61; zu Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GG: Jarass/Pieroth GG Art. 5 Rn. 59; von Mangoldt/Klein/Starck GG Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 106.

⁴² So aber der BGH in BGHZ 130, 5 – Busengrapscher: Wegen der mit der Herabsetzung und Diskriminierung der Frau verbundenen kränkenden Herabsetzung eines Bevölkerungsteils werde in grobem Maße gegen das allgemeine Anstandsgefühl verstoßen, womit nicht nur ein Verstoß gegen § 1 UWG 1909 vorläge, sondern auch die durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützte menschliche Würde betroffen sei.

⁴³ Vgl. dazu auch *Di Fabio* Schutz der Menschenwürde, S.35 ff., 91 f.

⁴⁴ Ebenso *Baer/Slupik* KJ 1988, 171, 175 (Verletzung der Menschenwürde aller Frauen durch bestimmte pornografische Inhalte).

⁴⁵ 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.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ *Schulz* M&K 2000, 354, 365.

⁴⁸ *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.

⁴⁹ *Huster* NJW 2000, 3479.

stimmte 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 werden. Art. 1 Abs. 1 GG erfasst nur den Schutz fundamentaler Werte und Schutzgüter.⁵⁰ 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 Menschen als bloße Objekte dargestellt werden, mit denen nach Belieben verfahren werden kann.⁵¹ 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. 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.⁵² Die meisten Fälle sexistischer Werbung verletzen daher nicht Art. 1 Abs. 1 GG. Selbiges gilt grundsätzlich für Sexualisierungen. Der objektive Gehalt der Menschenwürde ist (erst dann) verletzt, wenn einzelne mediale Darstellungen die den Kerngehalt der Subjektgarantie aus Art. 1 Abs. 1 GG ausmachende Identitätsfindung und Selbstbestimmung der Individuen der Gesellschaft beeinträchtigen.

Verfassungsrechtliche Rechtfertigung – Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Gleichberechtigungsgesetz

Die Eingriffe in die genannten Grundrechte durch ein Verbot sexistischer Werbung lassen sich über diese Einzelfälle hinaus mit dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1, und dem Gleichberechtigungsgesetz, Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG, rechtfertigen.

Sexistische Werbung beeinträchtigt den objektive Gehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts,⁵³

indem Idealisierungen von bestimmten Geschlechtsgruppen oder Geschlechtsrollenstereotypen und Körpernormen transportiert oder Abwertungen von bestimmten Geschlechtsgruppen, Geschlechtsrollenstereotypen oder von Personen, die bestimmten Geschlechtsrollenstereotypen nicht entsprechen, vorgenommen werden. Die staatliche Schutzpflicht aus Art. 3 Abs. 2 GG wird durch sexistische Werbung begründet,⁵⁴ 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.⁵⁵

Bisher wird versucht, den sich durch Einstellungen, Verhaltensmustern und gesellschaftliche Strukturen ergebenden Auswirkungen durch Förderungsmaßnahmen der letztlich benachteiligten Gruppe entgegenzuwirken.⁵⁶ Gerade im Zusammenhang mit sexistischer Werbung sollte jedoch bereits der Verfestigung geschlechtsrollenstereotyper Einstellungen selbst begegnet werden.⁵⁷ 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.⁵⁸ Eine Verpflichtung zu gesetzgeberischem Handeln⁵⁹ besteht, wenn festgestellte „bestehende Nachteile“ i.S.d. letzten Halbsatzes vergleichbar wirksam sonst nicht beseitigt werden können.⁶⁰ Sexistische Werbung verfestigt Geschlechtsrollenstereotype,⁶¹ beeinträchtigt damit Entfaltungsfreiheiten und verfestigt strukturelle Benachteiligungen der jeweiligen Geschlechtsgruppen. Psychologische, soziologische, pädagogische

⁵⁴ 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.

⁵⁵ Ein Individualanspruch auf ein bestimmtes staatliches Handeln wird damit jedoch nicht begründet, vgl. Stern/Englisch Grundrechtskommentar, Art. 3 Rn. 103 mit Verweis auf BT-Drs. 12/6000, S. 50.

⁵⁶ Vgl. etwa EuGHE I 1997, 6363 Rn. 28 – Marshall in STREIT 1/98, S. 34-37; EuGH Slg. 1995, 3051 Rn. 20 – Kalanke in STREIT 4/95, S. 159-169 mit Anm. v. Ninon Colneric.

⁵⁷ So ausdrücklich bezüglich weiblicher Stereotype und erniedrigender Bilder von Frauen das Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention) vom 11.05.2011, Rz. 107, abrufbar unter https://www.bmbf.gv.at/frauen/gewalt/uebereinkommen_des_europarat_26193.pdf?4dz8a1, siehe auch die Kurzfassung des Europarats in STREIT 1/2016, S. 14-17.

⁵⁸ AK GG/Eckertz-Höfer Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 74; Schweizer Der Gleichberechtigungssatz, S. 86 ff.

⁵⁹ Baer Würde oder Gleichheit? S. 236 (Pflicht, gegen Hierarchien zu arbeiten, aus denen sich gesellschaftliche Nachteile ergeben).

⁶⁰ AK GG/Eckertz-Höfer Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 75.

⁶¹ Dass Werbung ein Sozialisationsagent ist, ist allgemein anerkannt; statt vieler Kroeber-Riel/Weinberg/Gröppel-Klein Konsumentenverhalten, S. 662.

⁵⁰ Bahr/Heinig/Eifert Menschenwürde in der säkularen Verfassungsordnung, S. 321, 330.

⁵¹ So auch BVerfGE 87, 209, 228.

⁵² Zum kumulativen Bewirken einer Grundrechtsbeeinträchtigung durch staatliche Maßnahmen vgl. BVerfGE 82, 60; Boysen Gleichheit im Bundesstaat, S. 189.

⁵³ Dazu Stern/Horn Grundrechtskommentar, Art. 2 Rn. 77 ff.

und kommunikationswissenschaftliche Studien zeigen, dass geschlechtsrollenstereotype Werbung bei Erwachsenen bereits bestehende Überzeugungen verstärkt⁶² 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.⁶³ Dies ist problematisch, da Geschlechtsrollenstereotype die Erwartungshaltung an Eigenschaften und Verhaltensweisen von individuellen Frauen und Männern prägen und dadurch die Wahrnehmung⁶⁴ aber auch die Selbsteinschätzung und Verhaltensweisen von Menschen beeinflussen: 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.

Dass auf Grundlage des Gleichberechtigungsgebots auch subtilen strukturellen Benachteiligungen entgegengewirkt werden soll,⁶⁵ 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 ergäben,⁶⁶ welche die Chancengleichheit trotz gleicher Qualifikation beeinträchtigen können.⁶⁷ 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.⁶⁸ Und auch das BVerfG betont in seiner

aktuellen Rechtsprechung, dass der Auftrag, „für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter in der Wirklichkeit durchsetzen [...]“⁶⁹ die Gesetzgebung auch dazu verpflichte, einer Verfestigung überkommener Rollenverteilungen der Geschlechter zu begegnen und diese zu überwinden.⁷⁰

Auch Einstellungen, Verhaltensmuster und Strukturen in der Gesellschaft führen zu Benachteiligungen von Frauen⁷¹ und nach hier vertretener Ansicht auch von Menschen anderer Geschlechtsgruppen. 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 zulasten aller Geschlechtsgruppen möglich.

Der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit, Art. 12 Abs. 1, 2 GG, kann aufgrund der Schutzpflicht für entgegenstehende verfassungsrechtliche Grundwerte aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG gerechtfertigt werden. Die gleichstellungshindernde Verfestigung von Geschlechtsrollenstereotypen und die damit einhergehende Entwicklungs- und Entfaltungsbeeinträchtigung von Menschen wiegen schwerer als das Bedürfnis Einiger, unter Einsatz sexistischer Werbung – vermeintlich – ihre beruflichen Chancen zu erhöhen.

Auch der Eingriff in die Meinungsfreiheit durch ein Verbot sexistischer Werbung kann mit dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht und der Schutzpflicht aus dem Gleichberechtigungsgebots gerechtfertigt werden. Grund dafür ist die besondere Art und Wirkung der Medien, vor allem der Werbung:

Die Medienwirkungsforschung zeigt, dass Medien das Meinungsbild einer Gesellschaft und auch die Selbstwahrnehmung der Menschen entscheidend prägen. Ein Merkmal der Meinungsfreiheit ist Wahrheitsfindung; die Festschreibung von „Wahrheiten“ erfolgt jedoch immer nur in Relation zu den Machtverhältnissen einer Gesellschaft. 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

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

63 Unnikrishnan/Bajpai The impact of television advertising on children, S. 146 ff.; Davis Sociological Spectrum 2003, 407 f.

64 Sellach/Enders-Dragässer/Baer/Kreß Wissensnetz Gender Mainstreaming, S. 109.

65 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.

66 EuGHE I 1997, 6363 Rn. 29, 31 – Marschall.

67 EuGHE I 1997, 6363 Rn. 30 – Marschall STREIT 1/98, S. 34 ff.

68 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 STREIT 4/95, S. 159 ff. mit Anm. v. Ninon Colneric.

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

70 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.

71 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.

entsteht somit eine Monopolisierung von Sprache und Bildern, die dazu führt, dass nicht alle frei und „voraussetzungslos an der Suche nach Wahrheit teilnehmen können“.⁷²

Dieses Problem der „Macht über die Wirklichkeit“ wird gerade im Rahmen der Rundfunkfreiheit auch gesehen und im Problemkreis und Aufgabenbereich der sogenannten „dienenden Freiheit“⁷³ diskutiert.⁷⁴ So hat das BVerfG mehrmals betont, dass der Rundfunk nicht nur „Medium“, sondern eminenter „Faktor“ der öffentlichen Meinungs- und Willensbildung sei⁷⁵ 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.⁷⁶ Der Rundfunk, so das BVerfG, müsse frei von gesellschaftlicher Dominanz gehalten werden.⁷⁷ Dies wird – in Abgrenzung zu repressiver staatlicher Macht – auch als produktive Macht bezeichnet.⁷⁸

Hinzu kommt zweitens aber vor allem die besondere Wirkung der Werbung: „Werbung soll beeinflussen (Heteronomie bewirken) und dabei Freiheit (Autonomie) unterstellen.“⁷⁹ 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 unterbewusst⁸⁰ 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 lehnenen 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. Vor allem diese unterschwellige Wirkung⁸¹ spricht für eine stärkere Einschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit für geschlechtsdiskriminierende Wirtschaftswerbung.

Zudem entsteht (drittens) im Gegensatz zu Spielfilmen, Dokumentationen und Presseartikeln 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.⁸² 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.

Anders als geschlechtsdiskriminierende Äußerungen am Stammtisch sind sexistische Werbeaussagen (viertens) auch nicht Teil einer klassischen zwischenmenschlichen Kommunikation, die Aussage und Gegenaussage ermöglicht. Sie sind Äußerungen, die (massen-)medial verbreitet werden, 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 Reaktionen, 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 Kommentierung im Internet möglich.⁸³ Die Rechtsgüter des Art. 5 Abs. 1 GG stehen umso höher in der Rechtsgüterskala, je näher sie Art. 1 Abs. 1 GG stehen.⁸⁴ Je eher also ein

72 Von *Kalckreuth* Geschlechtsspezifische Vielfalt im Rundfunk, S. 66, siehe auch Susanne Baer, Rezension zu von *Kalckreuth* in *STREIT* 1/2001, S. 44.

73 BVerfGE 74, 297, 323; 57, 295, 320.

74 Von *Kalckreuth* a.a.O., Fn. 72.

75 BVerfGE 74, 297, 323; 73, 119, 152; 35, 202, 222; 12, 205, 260.

76 BVerfGE 31, 314, 325.

77 BVerfGE 88, 238, 333.

78 Begriff geprägt von *Foucault* Überwachen und Strafen, S. 250; ders. Der Wille zum Wissen, S. 113 ff.

79 Tietz/Clausen Handwörterbuch der Absatzwirtschaft, S. 2282.

80 Dies geschieht unabhängig davon, ob die Fiktionalität erkannt wird oder nicht, vgl. *Huston* Big World, Small Screen, S. 22.

81 Dazu bereits *Seyffert* Allgemeine Werbelehre, S. 62 f.

82 BVerfGE 102, 347, 363 – Benetton-Werbung.

83 Wobei von *Kalckreuth* auch dort schon die fehlende Interaktion bemängelt und als Grund für die stärkere Einschränkung anführt: von *Kalckreuth* Geschlechtsspezifische Vielfalt im Rundfunk, S. 64.

84 Maunz/Dürig/Herzog GG Art. 5 Abs. I, II Rn. 267.

Mensch eine persönliche Meinung in einer zwischenmenschlichen Auseinandersetzung äußert, desto eher muss die Meinungsäußerung geschützt werden. Dagegen ist von einer stärkeren Einschränkung auszugehen, wenn – wie hier – keine klassische Kommunikation i.S.v. freier Rede und Gegenrede vorliegt.⁸⁵

Die Meinungsfreiheit hat große Bedeutung für einzelne, ist aber darüber hinaus auch bedeutsam für das demokratische Prinzip. Teil dieses demokratischen Prinzips ist, dass alle Menschen frei und gleich sind, wobei „gleich“ bedeutet, dass alle dieselben Chancen und Möglichkeiten haben. Eben dieser Ausgangswert kann durch sexistische 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,⁸⁶ 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.

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, so steht die Erreichung der Gleichberechtigung dem doch in nichts nach. Jedenfalls so lange ein strukturelles Ungleichgewicht i.S.v. Art. 3 Abs. 2 GG existiert, überwiegen im Fall sexistischer Werbung aufgrund der eben dargestellten geringeren Schutzwürdigkeit der Meinungsfreiheit und der zu befürchtenden negativen Auswirkungen auf das Ziel des staatlichen Schutzauftrags aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG und den objektiven Verfassungswert aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG das Gleichheitsgebot und das allgemeine Persönlichkeitsrecht.

Bezüglich der Rechtfertigung der Eingriffe in die Presse- und Rundfunkfreiheit, Art. 5 Abs. 2 S. 2 Alt. 1, 2 GG, durch ein Verbot sexistischer Werbung tragen ebenfalls die im Rahmen der Abwägung mit der Meinungsfreiheit dargestellten Argumente. Hinzu kommt, dass ein Verbot sexistischer Werbung

nicht geeignet ist, die Finanzierung der Presse oder des Rundfunks und damit die Institutionen selbst zu bedrohen. Zudem 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 andere rechtlich geschützte Interessen eingreifen.⁸⁷ Die Programme des Rundfunks schließlich haben sogar teil an der Schutzaufgabe, die den Gesetzgeber für grundrechtliche Schutzpflichten trifft.⁸⁸

Zusammenfassung

Ein Verbot sexistischer Werbung ist ein Baustein auf dem Weg zu einer geschlechtergerechten Gesellschaft. Werbung ist nicht nur ein Spiegel der Gesellschaft, sondern als Sozialisationsagent selbst an der Verfestigung von Geschlechtsrollenstereotypen – und damit an der Minimierung von Verhaltensoptionen, der Beeinträchtigung von Entfaltungsfreiheit und der Definition der Geschlechterungleichheit – beteiligt. Ein Verbot ist am sinnvollsten im UWG anzusiedeln. Die Eingriffe in die dadurch betroffenen Grundrechte lassen sich durch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1, das Gleichberechtigungsgebot, Art. 3 Abs. 2 GG, und die Menschenwürde Art. 1 Abs. 1 GG rechtfertigen.

Hinweis:

Zum Thema ausführlich: Berit Völzmann: „Geschlechtsdiskriminierende Wirtschaftswerbung“, Dissertation erschienen in der Nomos Schriftenreihe zur Gleichstellung, Baden-Baden, 2014.

⁸⁵ Angedeutet in von Kalckreuth Geschlechtsspezifische Vielfalt im Rundfunk, S. 75.

⁸⁶ Von Kalckreuth Geschlechtsspezifische Vielfalt im Rundfunk, S. 75.

⁸⁷ Ossenbühl JZ 1995, 633, 636 mit Verweis auf HbStR/Bullinger Bd. IV, 1989, § 142 Rn. 10 ff.

⁸⁸ BVerfGE 88, 203, 261.