

D. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung einer Begrenzung geschlechterdiskriminierender Werbung

Die Defizite der Werbeselbstkontrolle machen eine gesetzliche Begrenzung geschlechterdiskriminierender 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 geschlechterdiskriminierende Werbung verfassungsrechtliche Grundwerte verletzt. Falls dies der Fall ist, wird zu prüfen sein, welche Grundrechte durch eine Begrenzung oder gar ein Verbot geschlechterdiskriminierender Werbung beeinträchtigt würden und ob diese Beeinträchtigungen gerechtfertigt werden könnten.

I. Verletzung von Grundrechten bzw. verfassungsrechtlichen Leitbildern durch geschlechterdiskriminierende 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. 1.28; mit Verweis auf BGHZ 130, 5, 10 – Bussengrapscher; zur Differenzierung zwischen Opfer und Objekt vgl. unten, D. I. 1. d) cc) (3) (c), S. 124 ff.

Mit der Gleichsetzung von Diskriminierung, Sexualisierung und Menschenwürdeverletzung vernachlässigt zumindest ein Teil der Literatur²⁸¹, dass neben der Herabwürdigung zum Sexualobjekt auch andere Formen von Geschlechterdiskriminierung existieren (und nicht jede Sexualisierung zwangsläufig diskriminierend sein muss). Vor allem aber wird aus den Ausführungen nicht deutlich, wessen Menschenwürde durch geschlechterdiskriminierende 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 Werbeaufnahmen 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 auszuschöpfen. [...] [Im Gegensatz zu Stripteasedarbietungen] wird bei der Peep-Show der auftretenden Frau eine entwürdigende, objekthafte 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 handele, 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/Holznagel/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 Gemeinwohllkonkretisierungen, 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 Programmgrenzen 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 IRn. 152; Zippelius/Württenberger 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 Verfassungssordnung, 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 Verfassungssordnung, S. 327 f.; Höfling Offene Grundrechtsinterpretation, S. 126; Gedert-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 ‚Tyrannie 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 Wertes-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 Hufn 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 Solle 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 „öffentlichtes Gut“, welches der gesamten Gesellschaft zugutekomme 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.

willig 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. 87f.; 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 Absprechen 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 Ebeno 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.

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 verstößt 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 verstöße 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-Kranker 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 stellte 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.

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 Betroffenenschutz. 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 Einzelter 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 im 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 aktiv legitimiert, 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 unabsehbares 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 bezieht 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
menschenwürdeverletzender Darstellungen

Abschließend ist somit zu untersuchen, ob und gegebenenfalls wann die Rezeption geschlechterdiskriminierender 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.

tung“³⁷⁵ 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.

schenwürdegehalt 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 Bezug 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 Höfeling JuS 1995, 857, 858, mwN.

387 Höfeling JuS 1995, 857, 859.

388 Schulze-Fielitz JZ 2001, 302, 304; Höfeling JuS 1995, 857, 859; Sachs/Höfeling 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; Höfeling 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 Mensch-Seins³⁹⁹ 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 Stern 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 weg schauen 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 Blankenagel 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 Gemeinschaftsbezo- genheit und Gemeinschaftsverbundenheit der Person entschieden, ohne da- bei deren Eigenwert anzutasten.“⁴¹⁸ In seinem Urteil zu den verfassungs- rechtlichen Grenzen der Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs von 1975 führte das BVerfG erstmals aus, dass die Grundrechte nicht nur Ab- wehrrechte des/der Einzelnen gegen den Staat normieren, sondern zugleich objektive Wertentscheidungen enthalten, „deren Verwirklichung durch ak- tives Handeln ständige Aufgabe der staatlichen Gewalt ist.“⁴¹⁹

Auch Teile der Literatur gehen davon aus, dass Art. 1 Abs. 1 GG ein ei- genständiger 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 substanzial 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/Hopfauf 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/Hopfauf 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 „menschenwürdigen“ 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 abwägungsfähig 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 Würkner 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 unterschätzt 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 offen gehalten 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 JMSV. 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 JMSV 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 könnte 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 geschlechterdiskriminierende 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 geschlechterdiskriminierender 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, Entrückung 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 & GABBA-NA-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) abstehen 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, selbst-bestimmter 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 bejahend 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 Diensten 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 würdeverletzende 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 geschlechterdiskriminierender 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/ihrem Körper nicht erwehren kann.⁴⁸⁶

2. Gleichberechtigungsgebot, 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 geschlechterdiskriminierende 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.

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 ausführt: „[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 – Ehename.

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 anzugeleichen 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 verpflichtet 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 nie-mals 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 geschlechterdiskriminierende Einstellungen zu übernehmen und für geschlechterdiskriminierende 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 bedeutet 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 Gleichen gleich und Ungleiches ungleich Behandelns, 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 Geschlechterdiskriminierung 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 *Sacks* 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 begehrten 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. Geschlechterdiskriminierung 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 geschlechtspezifische 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 Gleichberechtigungsgebots 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 Sackofsky 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 Schutzwürdigkeit 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 gleichberechtigungsgefährdend 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 Ministerkommittee 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 *Seevcke* Wettbewerbsrecht und Kommunikationsgrundrechte, S. 96 f.

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

568 Empfehlung des Ministerkommittees des Europarates vom 23. Februar 1984 zu den Prinzipien von Fernsehwerbung (No. R (84) 3), <https://wcd.coe.int/com.intranet.IntraServlet?command=com.intranet.CmdBlobGet&IntranetImage=603454&SessionMode=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 Entschließungen der Parlamentarischen Versammlung des Europarates: Die Entschließung 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 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.

570 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.

571 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.

572 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-T A-2010-0484+0+DOC+XML+V0//DE> (abgerufen am 16.12.2013).

573 Entschließung 1018 (1994) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates zur Gleichberechtigung von Mann und Frau, abgedruckt in BT-Drucks 12/7174, S. 15 f.

574 Entschließung 1555 (2002) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates zum Bild der Frau in den Medien, abgedruckt in BT-Drucks 14/9978, S. 26 f.

575 Entschließung 1557 (2007) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates zum Bild der Frau in der Werbung, abgedruckt in BT-Drucks 16/8170, S. 12 ff.

576 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).

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 JMSv 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 Entschlüsse des Europäischen Parlaments, des Rates sowie der Parlamentarischen Versammlung des Europarates betonen diese Wirkung.⁵⁸⁴

578 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.

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 JMSv.

582 § 7 Abs. 1 Nr. 1, 2 RStV.

583 BVerfGE 107, 275, 285 – Benetton-Werbung II.

584 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

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.

D. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

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 gleichberechtigungsgefährdend 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 berechtigte 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 geschlechterdiskriminierende Werbung nicht unmittelbar durch eine Benachteiligung aufgrund des Geschlechts die Entfaltung in einer konkreten Situation behindert. Beeinträchtigungen durch geschlechterdiskriminierende 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/Murswieck* GG Art. 2 Rn. 121 ff.; *Jarass/Pieroth* GG Art. 2 Rn. 39 ff.

603 *Dreier* GG Art. 2 I Rn. 37.

604 *Sachs/Murswieck* 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 geschlechterdiskriminierender 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 Bestimbarkeit 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/Murswieck 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 JMSV 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 (Verfassungsrang der ungestörten Persönlichkeitsentwicklung von Kindern und Jugendlichen); Spindler/Schuster/*Erdemir* Recht der elektronischen Medien § 1 JMSV 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 geschlechterdiskriminierender 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 Aufkroyieren 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.

talisierung 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 Persönlichkeitsaufkroyierung 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 Geschlechtsnorm 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 Geschlechts-spezifische 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 einzelnen 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

Geschlechtdiskriminierende 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 nutzbares 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/ ihrem Körper nicht erwehren kann.⁶³⁷ Einen deutlich größeren Teil geschlechtdiskriminierender 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; BVerfGE 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.

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 Entfaltungsbeinträchtigung 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 Schutzwürdigkeit 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 ist, 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 Meinen“ 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 geschlechterdiskriminierender 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/Pieroth* 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.

„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 Meinungsscharakter 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 8, dabei allerdings zugebend, 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 geschmäler 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.

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 im 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 verbinde“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.

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 Priviliegierung 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.

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 „sachnähtere“, „sachzentrale“ 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, verkennt 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 Meinungsausserungen 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 Fäßbender 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 Fäßbender 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 Fäßbender 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 Werbebrochüren 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.

Produktauswahl stets auch konkurrent 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.

gen abzugrenzen ist durch das „Wertungselement“⁷³⁴, das „Thesenhafte“⁷³⁵, das „Wahrscheinliche“⁷³⁶. Auszunehmen davon seien Äußerungen, die durch „sachnähere“, „sachzentrale“ 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 seien.

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.

seelschaftlichen 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, 7f.

747 BGHZ 130, 5.

748 BGHZ 130, 5, 11.

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/Wendl 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 großplakatile 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

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; Rüfner AöR 89 (1964) 263, 291; Stern Staatsrecht Bd. III/1 § 71 IV 6 β.

758 Rüfner AöR 89 (1964) 263, 291 ff.; Stern Staatsrecht Bd. III/1 § 71 IV 6 β.

759 Rüfner AöR 89 (1964) 263, 294.

760 Rüfner AöR 89 (1964) 263, 291 ff.

761 Statt vieler Dreier/Schulze-Fielitz Art. 5 I, II Rn. 116.

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 geschlechterdiskriminierende 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 Schutzwürdigkeiten 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 Werbebilder 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 Schutzwürdigkeiten zur Regulierung des Verhaltens unter Privaten. Eine solche Schutzwürdigkeit 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 Geschlechts-spezifische 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 Eigen-ständigkeit 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 Geschlechterdiskriminierung.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.

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 eigen-nütziger 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.

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 ein wichtiger „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.

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 [müsste]“.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 Einschränkbarkeit 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, Foto-bearbeitungsprogramme 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 lehnende 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 [...] Teilvergänge

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.

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 Einschränkbarkeit 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 Einschränkbarkeit 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 Einschränkbarkeit 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 Stammstisch sind geschlechtsdiskriminierende Werbeaussagen nicht Teil einer klassischen zwischenmenschlichen Kommunikation, die Aussage und Gegenaussage ermöglicht. Sie sind Äußerungen, die massenmedial 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.⁸⁰⁸

Die Rechtsgüter des Art. 5 Abs. 1 GG stehen umso höher in der Rechtsgüterskala, je näher sie Art. 1 Abs. 1 GG sind.⁸⁰⁹ Je eher also ein Mensch eine persönliche Meinung in einer zwischenmenschlichen Auseinandersetzung äußert, desto eher muss die Meinungsäußerung geschützt werden. Dahingegen ist von einer stärkeren Einschränkbarkeit 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 sowie die relativ weite Entfernung von der klassischen zwischenmenschlichen Kommunikation, führen zu einer stärkeren Einschränkbarkeit der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG im Rahmen geschlechtsdiskriminierender Werbung. Außerdem ist zu beachten, dass die Meinungsfreiheit zwar unbestritten große Bedeutung für einzelne hat, sie aber darüber hinaus auch bedeutsam für das demokratische Prinzip ist. Teil dieses demokratischen 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 Einschränkbarkeit anführt: von *Kalckreuth* Geschlechtsspezifische 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.

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 verstetzen 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 objektiv-rechtlichen 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.

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 äußernden 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.

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.

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 Meinungäußerung 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-Fielietz* 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.

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 „unentbehrlich“

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.

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 individualrechtlichen 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.

– 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 Rundfunkveranstaltende(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 Schutzwert 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 weitergehender 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.

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 Geschlechterdiskriminierung 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 geschlechterdiskriminierender Werbung nicht verletzt.

5. Kunstfreiheit, Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG

Schließlich könnte ein Verbot geschlechterdiskriminierender 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 Meinungsausschüsse 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.

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 Meinungäußerung. 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 Meinungäußerung 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 Meinungäußerung,

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 Meinungsausprägung) 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 zurückgewönne. 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.

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 könnte 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 Wirkbereich

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 Wirkbereich des künstlerischen Schaffens.⁹⁰⁰ Während der Werkbereich die künstlerische Betätigung als solche und das Werk als Verkörperung dieser Betätigung erfasst, gehören zum Wirkbereich die Darbietung und Verbreitung des Werkes als für die Begegnung mit dem Werk sachnotwendige kunstspezifische Vorgänge.⁹⁰¹

Der Wirkbereich 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 Wirkbereich 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 Wirkbereich 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 Wirkbereich 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 Kunstrechte fallen. Dagegen spricht, dass die Kunstrechte 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 Kunstrechtes ist jedoch nicht ohne weiteres möglich.

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 Verschlanken 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 (Vorauflage) Art. 5 III Rn. 20.

915 Ebenda.

916 BVerfGE 67, 213, 226 f.

917 *Dreier/Pernice* GG 2. Auflage (Vorauflage) Art. 5 III Rn. 20; ähnlich *Epping/Hillgruber/Kempen* GG Art. 5 Rn. 162; *von Mangoldt/Klein/Starck* GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 304.

918 *Dreier/Pernice* GG 2. Auflage (Vorauflage) Art. 5 III Rn. 20, mwN.

919 Ebenda.

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.

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. Bezuglich 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 ineinander greifen“.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 ineinander greifen“, 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.

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 Dagewesenen 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.

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 VerlG 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 entgegenstehenden 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 Wirkbereich [...] 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 geschlechterdiskriminierender Werbung, welche Kunst iSv Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG ist, machte diese Kunst unmöglich. Darauf, ob es ein Interesse an geschlechterdiskriminierender 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 deutungsoffen, eine ausdrücklich diskriminierende Aussage ohne jegliche andere Intention ist nur schwer vorstellbar. Hinzu kommt, dass Fälle geschlechterdiskriminierender 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.

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

Geschlechterdiskriminierende 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 benutzbare 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/ihrem 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 geschlechterdiskriminierende 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 Schutzwürdigkeit 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.