

A. Einleitung

I. Problemdarstellung

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

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

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

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

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

4 Foerster Medienimpulse 12/1995, 18.

A. Einleitung

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

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

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

5 Vgl. Abbildung unten, S. 126.

6 Vgl. Abbildung unten, S. 292.

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

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

9 Ausführlich dazu Teil B. III., IV.

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

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

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

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

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

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

12 Deutscher Werberat Jahrbuch 2009, S. 13.

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

A. Einleitung

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

II. Arbeitshypothese

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

III. Stand der Rechtsprechung und Forschung

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

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

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

15 Ebenda.

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

17 Ebenda.

18 Ebenda.

19 BGHZ 130, 5, 10 – Busengrapscher.

20 BGHZ 130, 5, 11 – Busengrapscher.

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

A. Einleitung

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

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

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

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

23 BGHZ 130, 5, 12 – Busengrapscher.

24 Ebenda.

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

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

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

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

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

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

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

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

A. Einleitung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

37 Scherer GRUR 2008, 490, 493, 495; dies. WRP 2007, 594, 595; Ohly GRUR 2004, 889, 894 f.; Köhler/Bornkamm § 3 Rn. 74, § 4 Rn. 1.38; GK-UWG/Pahlow § 4 Nr. 1 Rn. 65; MünchKommUWG/Heermann § 4 Nr. 1 Rn. 114, 120; Fezer/Scherer § 4-1 Rn. 126 ff.; Gloy/Loschelder/Erdmann/Hasselblatt § 48 Rn. 72 f.; Gloy/Loschelder/Erdmann/Leistner/Facius § 14 Rn. 93 ff.; Piper/Ohly/Sosnitza § 4.1 Rn. 1/11; Götting § 9 Rn. 3 ff.; Götting/Nordemann § 4 Nr. 1 Rn. 1.26; HK-WettbR/Plaß § 4 Rn. 30.

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

39 Fezer § 3 Rn. 217.

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

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

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

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

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

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

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

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

45 GK-UWG/Pahlow § 4 Nr. 1 Rn. 72.

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

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

IV. Gang der Darstellung

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

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

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

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

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

A. Einleitung

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

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