

Klausur: Examensklausur im Öffentlichen Recht – Sex sells?!

Von Wiss. Mitarbeiterin **Kristina Schönfeldt**, Bonn, Privatdozentin Dr. **Anna Katharina Mangold**, LL.M., Frankfurt a.M./Berlin*

Sachverhalt

Bundesjustizminister A erwägt die Einführung eines Verbots geschlechterdiskriminierender Werbung. Der neue Verbotstatbestand soll § 7 des Rundfunkstaatsvertrages ergänzen, der bereits geschlechterdiskriminierende Werbung in Funk und Fernsehen untersagt. A möchte durch solch ein Verbot Frauen und Männer vor herabwürdigender Werbung schützen, die geschlechtsspezifische Stereotype verstärkt, einen Beitrag zur Förderung der Gleichstellung der Geschlechter leisten sowie ein modernes Geschlechterbild in Deutschland etablieren. Dieses Ansinnen findet sich auch in der offiziellen Gesetzesbegründung wieder.

Da der gesamte Verwaltungsapparat des Bundesjustizministeriums durch andere Aufgaben völlig ausgelastet ist, der Gesetzesentwurf aber möglichst noch vor Jahresende eingebracht werden soll, beauftragt die Bundesregierung die seit vielen Jahren in der Frauen- und Gleichstellungspolitik aktive Organisation „Pink Panthers e.V.“ mit der Ausarbeitung eines Entwurfs zu einem entsprechenden Verbotstatbestand. Nach einigen Monaten legt die Organisation „Pink Panthers e.V.“ folgenden Regelungsvorschlag vor:

§ 7a UWG Diskriminierende Werbung

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

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

1. Menschen aufgrund ihres Geschlechts Eigenschaften, Fähigkeiten und soziale Rollen in Familie und Beruf zuordnet oder

2. sexuelle Anziehung als ausschließlichen Wert von Frauen darstellt oder

3. Frauen auf einen Gegenstand zum sexuellen Gebrauch reduziert, insbesondere indem weibliche Körper oder Körperteile ohne Produktbezug als Blickfang eingesetzt werden oder der Eindruck vermittelt wird, die abgebildete Frau sei wie das Produkt käuflich.

Ferner wird u.a. § 8 Abs. 1 UWG wie folgt abgeändert:

§ 8 Abs. 1 UWG Beseitigung und Unterlassung

Wer eine nach § 3, § 7 oder § 7a unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt, kann auf Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Der Anspruch auf Unterlassung besteht bereits dann, wenn eine derartige Zuwiderhandlung gegen § 3, § 7 oder § 7a droht. [...]

In der Kabinettsitzung am 15.4.2015 diskutiert die Bundesregierung den Entwurf der Organisation „Pink Panthers e.V.“ im Detail und befindet ihn für sehr gut gelungen. Daraufhin leitet die Bundesregierung den Entwurf an den Bundesrat weiter, der auf eine Stellungnahme verzichtet. Sodann bringt die Bundesregierung den Entwurf in den Bundestag ein. Nach einer ersten Lesung ohne allgemeine Aussprache wird der Entwurf an die zuständigen Fachausschüsse zur weiteren Bearbeitung überwiesen. Die zweite, für den 28.6.2015 anberaumte Lesung, entwickelt sich indes zu einer ausgedehnten und kontroversen Debatte über die Sinnhaftigkeit eines Verbots geschlechterdiskriminierender Werbung. Irgendwann haben zahlreiche Abgeordnete keine Lust mehr, sich mit solchem „Frauengedöns“ zu befassen – „Sex sells!“, gegen solch ein „Naturgesetz“ könne der Gesetzgeber auch nichts ausrichten –, und verlassen den Plenarsaal. Am Ende der zweiten Lesung erfolgt die Schlussabstimmung über das Änderungsgesetz. Zu diesem Zeitpunkt sind nur noch 205 der 631 Abgeordneten anwesend, von denen 100 für das Gesetz und 99 dagegen stimmen, 6 enthalten sich.

Daraufhin leitet die Bundestagspräsidentin das vom Bundestag beschlossene Gesetz an den Bundesrat weiter. Das anschließende Verfahren im Bundesrat läuft ordnungsgemäß ab. Nach Gegenzeichnung und Ausfertigung wird die Neuregelung schließlich am 28.9.2015 im Bundesgesetzblatt verkündet und tritt am 1.1.2016 in Kraft.

Von der Gesetzesänderung betroffen ist auch der MilchproduktHersteller C. Dieser hat für seine Sommeredition 2016 an Joghurts und Milchgetränken eine Werbekampagne entwickeln lassen, die beinhaltet, dass leicht bekleidete Pin-Up Girls in aufreizenden Posen die Joghurt- und Milchverpackungen zieren. C hat keine Lust, seine gerade für viel Geld entwickelte Werbekampagne einzustampfen, nur weil die

* *Kristina Schönfeldt* ist Wiss. Mitarbeiterin und Doktorandin am Lehrstuhl von Prof. Dr. *Stefan Talmon*, LL.M., M.A., an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Privatdozentin Dr. *Katharina Mangold*, LL.M. ist Schumpeter Fellow an der Goethe-Universität Frankfurt a.M. und vertritt im WS 2017/2018 den Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Geschlechterstudien an der Humboldt-Universität zu Berlin. Die Verf. danken Prof. Dr. *Stefan Talmon*, LL.M., M.A., Prof. Dr. *Christoph Goos*, *Andreas Lachenmaier*, *Sebastian Mantilla Blanco* und *Nadja Reimold* für konstruktive Anmerkungen sowie Dr. *Berit Völmann* für die Erlaubnis, den von ihr entwickelten Normentwurf verwenden zu dürfen. Die Klausur wurde in den UniRep-Kursen der Universität Konstanz und der HU Berlin besprochen sowie im Rahmen des Bonner Examensklausurenkurses geschrieben.

prüde und verklemmte Politik meint, sich als Hüterin des guten Geschmacks gerieren zu müssen. So kommen im Juni 2016 mit halbnackten Damen dekorierte Joghurtbecher und Milchkartons der Firma C in die Regale deutscher Supermärkte.

D, ebenfalls Milchprodukteherstellerin und Mitbewerberin des C, fällt dessen neue Werbung sofort unangenehm ins Auge. D lässt C daher sofort über eine von ihr beauftragte Kanzlei wegen eines Verstoßes gegen § 7a Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 UWG abmahnen (§ 12 Abs. 1 UWG). Dies zeitigt aber keine Wirkung, sodass D auf Grundlage von § 8 Abs. 1 S. 1 Var. 3 UWG Unterlassungsklage gegen C vor dem sachlich und örtlich zuständigen LG Köln erhebt, wo sich die Kammer für Handelssachen mit dem Fall befasst (§ 14 UWG, § 13 Abs. 1 S. 1 und S. 2 UWG i.V.m. § 95 Abs. 1 Nr. 5 GVG).

In der mündlichen Verhandlung erläutert der Anwalt des C, das Änderungsgesetz sei verfassungswidrig. Bereits die maßgebliche Beteiligung des „Pink Panthers e.V.“ sei in einer repräsentativen Demokratie unhaltbar. Der Bund greife ferner mit der neuen gesetzlichen Regelung in unzulässiger Weise in die Kompetenz der Länder ein. Zudem sei der Staat nicht zum Hüter des guten Geschmacks berufen. Vielmehr solle, wenn überhaupt, Werbung nur durch die freiwillige Kontrollinstanz des privatwirtschaftlich organisierten Deutschen Werberates „zensiert“ werden, der immerhin eine öffentliche Rüge aussprechen könne. Eine gesetzliche Regelung sei daneben nicht erforderlich.

Der Anwalt regt daher an, die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 7a UWG dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung vorzulegen. Käme das Bundesverfassungsgericht zu dem Schluss, dass diese Norm verfassungswidrig sei, könne C nicht auf Grundlage eines Verstoßes dagegen auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Nachdem die Kammer für Handelssachen des LG Köln die Argumente des Anwalts des C bedacht und beraten hat, ist sie ebenfalls von der Verfassungswidrigkeit des Änderungsgesetzes überzeugt und beschließt, das Verfahren auszusetzen und § 7a UWG schriftlich sowie mit umfangreicher Begründung dem Bundesverfassungsgericht zur Prüfung vorzulegen. Eine verfassungskonforme Auslegung der Norm kommt nach Auffassung der Handelskammer nicht in Betracht.

Aufgabe

Prüfen Sie, ggf. im Hilfsgutachten, die Erfolgsaussichten der Richtervorlage.

Bearbeitervermerk

Gehen Sie bei Ihrer Bearbeitung davon aus, dass das geschäftliche Handeln des C alle Tatbestandsmerkmale des § 7a UWG erfüllt. Auf weitere Fragen des gewerblichen Rechtsschutzes ist nicht einzugehen. Ferner ist im Rahmen der materiellen Verfassungsmäßigkeit ausschließlich eine mögliche Verletzung des Grundrechts auf Meinungs- und Pressefreiheit sowie des Grundrechts auf Kunstfreiheit zu prüfen.

Lösungsvorschlag

Die durch die zuständige Kammer für Handelssachen des LG Köln im Verfahren der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG; §§ 13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG eingebrachte Vorlage an das Bundesverfassungsgericht (im Folgenden: BVerfG) hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit¹

Der Antrag ist zulässig, wenn alle einschlägigen Sachentscheidungs Voraussetzungen erfüllt sind.

Hinweis: Die Zulässigkeit wirft keine Probleme auf und ist daher knapp und kurz darzustellen.

I. Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts

Die Zuständigkeit des BVerfG für konkrete Normenkontrollen ergibt sich aus Art. 100 Abs. 1 GG, § 13 Nr. 11 BVerfGG.

II. Vorlageberechtigung

Vorlageberechtigt ist gem. Art. 100 Abs. 1 GG, § 80 Abs. 1 BVerfGG jedes deutsche Gericht, womit nur staatliche Spruchkörper gemeint sind. Die Kammer für Handelssachen des LG Köln ist als deutsches, staatliches Gericht, das zudem für die Entscheidung des Ausgangsverfahrens zuständig ist, vorlageberechtigt.

III. Vorlagegegenstand

Tauglicher Beschwerdegegenstand ist jedes nachkonstitutionelle, formelle Bundes- und Landesgesetz, das zum Zeitpunkt der Überprüfung bereits ausgefertigt und verkündet ist. Das entsprechende Änderungsgesetz zum UWG, das § 7a UWG und § 8 Abs. 1 UWG n.F. enthält, wurde am 28.9.2015 verkündet und ist am 1.1.2016 in Kraft getreten. Damit liegt ein tauglicher Vorlagegegenstand vor.

IV. Entscheidungserheblichkeit

Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG setzt zudem die Entscheidungserheblichkeit der vorgelegten Norm voraus. Das vorlegende Gericht müsste bei Gültigkeit der Norm im Ergebnis anders entscheiden als bei Ungültigkeit der Norm. Im Falle der Ungültigkeit des § 7a UWG wäre der Unterlassungsanspruch des D bereits mangels Anspruchsgrundlage unbegründet, sodass die Kammer für Handelssachen des LG Köln das Ausgangsverfahren zugunsten des C zu entscheiden hätte. Im Falle der Gültigkeit des § 7a UWG wäre der Unterlassungsanspruch des D hingegen begründet, denn es läge eine taugliche Anspruchsgrundlage vor, deren Voraussetzungen laut Bearbeitungsvermerk mit der geschäftlichen Handlung des C

¹ Zum Aufbau einer konkreten Normenkontrolle und einer Darstellung verfassungsprozessualer Probleme *Fleury*, Verfassungsprozessrecht, 10. Aufl. 2015, S. 34-40; *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2015, § 7; *Michael*, ZJS 2014, 356; *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 10. Aufl. 2015, Rn. 134-164a; *Wernsmann*, Jura 2005, 328.

erfüllt sind. Die Kammer für Handelssachen des LG Köln müsste dementsprechend das Ausgangsverfahren zugunsten des D entscheiden. § 7a UWG ist folglich entscheidungserheblich.

V. Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit

Ferner muss das vorlegende Gericht von der Verfassungswidrigkeit der vorgelegten Norm überzeugt sein. Bloße Zweifel genügen dabei nicht. Nach Auffassung der Handelskammer des LG Köln ist das in Rede stehende Gesetz eindeutig verfassungswidrig.

Eine – vorrangige – verfassungskonforme Auslegung der Norm kommt nach der Auffassung der Handelskammer nicht in Betracht.²

VI. Form, §§ 23 Abs. 1, 80 Abs. 2 BVerfGG

Die Vorlage wurde laut Sachverhalt nach Maßgabe von § 23 Abs. 1 S. 1 BVerfGG schriftlich eingereicht und, wie §§ 23 Abs. 1 S. 2, 80 Abs. 2 S. 1 BVerfGG verlangen, in ausreichendem Maße begründet.

VII. Zwischenergebnis

Die Vorlage der Handelskammer des LG Köln ist zulässig.

B. Begründetheit

Der Antrag auf eine konkrete Normenkontrolle ist begründet, wenn das beanstandete Gesetz formell und/oder materiell verfassungswidrig ist.

I. Formelle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes

Das Gesetz ist formell verfassungsgemäß, wenn es den grundgesetzlichen Vorgaben hinsichtlich Zuständigkeit, Verfahren und Form genügt.

1. Gesetzgebungskompetenz

a) Grundsätzliche Zuständigkeit der Länder, Art. 30, 70 Abs. 1 GG

Gem. Art. 30, 70 Abs. 1 GG sind grundsätzlich die Länder zur Gesetzgebung befugt, es sei denn, das Grundgesetz weist dem Bund ausdrücklich eine Gesetzgebungskompetenz zu. Demnach ist zu prüfen, ob solch ein Kompetenztitel zugunsten des Bundes existiert.

b) Ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Dem Bund könnte die ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit zufallen. Die Gegenstände der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 71 GG werden in Art. 73 GG genannt. § 7a UWG und der neu gefasste § 8 Abs. 1 UWG wurden in das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb eingefügt. Fraglich ist, ob dieser Kompetenztitel einschlägig ist.

² Zum vorrangigen Gebot der verfassungskonformen Auslegung *Hillgruber/Goos* (Fn. 1), Rn. 613; *Schlaich/Koriath* (Fn. 1), Rn. 145.

aa) *Gewerblicher Rechtsschutz, Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 Alt. 1 GG*
Für den Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes besteht nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 Alt. 1 GG eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Der systematische Zusammenhang mit Urheberrecht und Verlagsrecht deutet darauf hin, dass es bei „gewerblichem Rechtsschutz“ vorrangig um den Schutz geistigen Eigentums geht.

In Anbetracht dessen ergeben sich Zweifel, ob das Recht des lautereren Wettbewerbs zum gewerblichen Rechtsschutz zählt. Das Recht des lautereren Wettbewerbs bezweckt in erster Linie den Schutz von Mitbewerbern, Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern vor unlauteren geschäftlichen Handlungen und steht damit im Dienst der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb.³ Der Schutz des geistigen Eigentums steht dabei nicht im Vordergrund. Daher wird in der Literatur die Auffassung vertreten, das Recht des lautereren Wettbewerbs unterfalle Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 Alt. 1 GG nur insoweit, als es auch dem Schutz des geistigen Eigentums diene.⁴

Die Gegenansicht lässt das gesamte Recht des lautereren Wettbewerbs in den Anwendungsbereich des Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 Alt. 1 GG fallen mit dem Argument, dass dieses Rechtsgebiet in Deutschland traditionell zum gewerblichen Rechtsschutz gezählt werde.⁵

Die Historie streitet allerdings gegen die letztgenannte Ansicht. Im Parlamentarischen Rat wurde der Begriff des gewerblichen Rechtsschutzes in einem „engeren Sinne“ verwendet.⁶

Systematik sowie Historie sprechen dafür, das Wettbewerbsrecht dem Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 Alt. 1 GG nur insofern zuzuordnen, als es dem Schutz des geistigen Eigentums dient. Im Übrigen unterfällt das Recht des lautereren Wettbewerbs der konkurrierenden Zuständigkeit des Bundes.

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass das mit §§ 7a, 8 UWG eingeführte Werbeverbot, das nicht dem Schutz des geistigen Eigentums dient, nicht auf Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG gestützt werden kann. Eine ausschließliche Zuständigkeit des Bundes liegt somit nicht vor.

Hinweis: Beide Ansichten sind mit entsprechender Argumentation vertretbar. In einer Klausur können freilich historische Argumente nicht erwartet werden.

bb) Zwischenergebnis

Das Gesetz ist im vorliegenden Falle nicht von dem Kompetenztitel des Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 Alt. 1 GG gedeckt. Eine ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit scheidet folglich aus.

³ *Uhle*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, 79. Lfg., Stand: Dezember 2016, Art. 73 Rn. 197; *Henning-Bodewig*, WRP Die erste Seite 2016, Nr. 7.

⁴ *Uhle* (Fn. 3), Art. 73 Rn. 197 m.w.N.

⁵ *Pestalozza*, in: v. Mangoldt/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl. 1996, Art. 73 Rn. 551 ff.; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Kommentar zum Grundgesetz, 13. Aufl. 2014, Art. 73 Rn. 131.

⁶ *Uhle* (Fn. 3), Art. 73 Rn. 197.

c) *Konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes*

Womöglich kann der Bund seine legislative Tätigkeit jedoch auf die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz stützen.

aa) *Recht der Wirtschaft, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG*

Hier kommt insbesondere der Titel „Recht der Wirtschaft“ gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG in Betracht. Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist der Begriff des Rechts der Wirtschaft weit zu verstehen.⁷ Dazu gehören „die das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung als solche regelnden Normen, insbesondere diejenigen, die sich in irgendeiner Form auf die Erzeugung, Herstellung und Verbreitung von Gütern des wirtschaftlichen Bedarfs beziehen.“⁸

Noch nicht abschließend geklärt ist, ob die Nennung der einzelnen Branchen erschöpfend oder nur exemplarisch ist. Auf diese Frage kommt es jedoch dann nicht an, wenn das neu eingeführte Werbeverbot jedenfalls einer der ausdrücklich aufgeführten Branchen unterfällt. In Betracht kommen hier Gewerbe sowie Handel. Während der Begriff „Gewerbe“ jede selbstständige, nicht verbotene, auf Gewinnerzielung zur Schaffung einer Lebensgrundlage gerichtete Tätigkeit mit Ausnahme der Urproduktion und der freien Berufe umschreibt, wird „Handel“ als erwerbsmäßiger Austausch von Waren verstanden.⁹

Die in der Werbebranche Tätigen gehen einer selbstständigen, erlaubten Tätigkeit nach, die auf Erwerb der Lebensgrundlage ausgerichtet ist. Damit betreiben sie ein Gewerbe. Jene, die mittels Werbung die Verbreitung von Waren unterstützen, betreiben Handel. Das Werbeverbot kann damit beiden Kategorien zugeordnet werden.

Allerdings nimmt Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 Hs. 2 GG einige Materien von der Gesetzgebung des Bundes aus, darunter auch das Recht der Schaustellung von Personen. Das neu eingeführte Werbeverbot könnte womöglich hierunter gefasst werden, denn die Regelung verbietet auch die öffentliche Darstellung von Frauen in erotischen und sexuell aufreizenden Posen. Das Recht zur Schaustellung von Personen erfasst jedoch nicht die bloß bildliche Darstellung von Personen zu Werbezwecken. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 Hs. 2 GG bezweckt vielmehr, Sachmaterien des Gewerberechts, die vor der ersten Föderalismusreform in Bundesgesetzen normiert waren, nun eindeutig den Ländern zuzuordnen. Vor diesem Hintergrund entspricht das Recht zur Schaustellung von Personen der Regelung des § 33a GewO, der lediglich die Schaustellung von Personen und deren Darbietungen in Geschäftsräumen umfasst.¹⁰ Darum geht es bei dem neuen Werbeverbot jedoch nicht. Die Rückausnahme des zweiten Halbsatzes ist somit nicht einschlägig.

bb) *Erforderlichkeitskompetenz, Art. 72 Abs. 2 GG*

Gem. Art. 72 Abs. 2 GG hat der Bund auf den Gebieten des Art. 74 Abs. 1 Nr. 4, 7, 11, 13, 15, 19a, 20, 22, 25 und 26 das Gesetzgebungsrecht nur dann, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht.¹¹ Der Titel „Recht der Wirtschaft“ nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG löst die Frage nach dem Erfordernis einer bundeseinheitlichen Regelung aus.

(1) *Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse*

Das in Art. 72 Abs. 2 Var. 1 GG genannte Ziel der „Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet“ richtet sich nicht gegen regionale Unterschiedlichkeit der Lebensverhältnisse. Die anzustrebende Gleichwertigkeit wird vielmehr „erst dann bedroht, wenn sich die Lebensverhältnisse in den Ländern der Bundesrepublik in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinander entwickelt haben oder sich eine derartige Entwicklung konkret abzeichnet“¹².

Hierfür bietet der vorliegende Fall keinen Anhaltspunkt.

(2) *Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit*

Hingegen könnte das in Art. 72 Abs. 2 Var. 2 GG genannte Ziel der Rechtseinheit einschlägig sein. Dies soll „eine Rechtszersplitterung mit problematischen Folgen [...], die im Interesse sowohl des Bundes als auch der Länder nicht hingenommen werden kann“,¹³ verhindern. Auf diese Weise soll die Funktionsfähigkeit der Rechtsordnung sichergestellt werden, die im konkreten Fall durch die Unterschiedlichkeit landesrechtlicher Regelungen gefährdet sein müsste.¹⁴

Ähnliches gilt für Art. 72 Abs. 2 Var. 3 GG, der Bundesgesetze zur Wahrung der Wirtschaftseinheit erlaubt. Hierfür muss es um die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums der Bundesrepublik durch bundeseinheitliche Rechtsetzung gehen. Oft überschneiden sich die Ziele der Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit.¹⁵

Zu prüfen ist, ob eine bundeseinheitliche Regelung zur Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich ist. Dies setzt voraus, dass ohne das in Rede stehende Bundesgesetz eines der drei oben genannten Schutzgüter nicht oder zumindest nicht hinreichend realisiert werden könnte.¹⁶

Würden die Länder den Bereich der geschlechtsdiskriminierenden Werbung jeweils eigenständig regeln, führte dies nicht nur zu einer diversen Handhabung der Angelegenheit, sondern auch zu einer Rechtszersplitterung, die den Interes-

¹¹ Instrukтив zur Erforderlichkeitskompetenz *Fehling*, Jura 2016, 498 (506-508).

¹² BVerfGE 106, 62 (144); 140, 65 (80) m.w.N.

¹³ BVerfGE 106, 62, (145).

¹⁴ *Seiler* (Fn. 9), Art. 72 Rn. 13; *Sannwald* (Fn. 5), Art. 72 Rn. 84.

¹⁵ BVerfGE 106, 62 (146).

¹⁶ *Seiler* (Fn. 9), Art. 72 Rn. 15.

⁷ BVerfGE 5, 25 (28 f.), seitdem ständige Rspr.

⁸ BVerfGE 135, 155 (196).

⁹ *Seiler*, in: Epping/Hillgruber, Kommentar zum Grundgesetz, 33. Lfg., Stand: 1.6.2017, Art. 74 Rn. 38-39.

¹⁰ *Höfling/Rixen*, GewArch 2008, 1 (8).

sen des Bundes sowie der Länder gegenläufig wäre. Wäre die Branche der Werbetreibenden mit 16 unterschiedlichen Regelungen konfrontiert, würde ein solches Markthindernis deren wirtschaftliche Tätigkeit deutlich erschweren. Dies würde wiederum die Funktionsfähigkeit der betroffenen Marktsektoren erheblich beeinträchtigen. Schließlich hätte eine länderspezifische, partikuläre Rechtsetzung unterschiedliche Schutzstandards zur Folge, was das Erreichen des mit dem neuen Gesetz verfolgten Regelungsziels behindern würde, namentlich die Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern.

(3) Zwischenergebnis

In Anbetracht dieser potenziellen erheblichen wirtschaftlichen und rechtlichen Nachteile ist ein gesetzgeberisches Tätigwerden des Bundes im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich. Der Bund ist somit grundsätzlich zum Erlass des Änderungsgesetzes befugt.

cc) Abgrenzung zur Länderkompetenz für Presse und Rundfunk

Diese grundsätzliche konkurrierende Zuständigkeit des Bundes steht allerdings unter dem Vorbehalt, dass sie nicht durch die vorrangige Kompetenz der Länder für Presse und Rundfunk verdrängt wird. Denn das in § 7a UWG statuierte Werbeverbot umfasst nicht nur Reklame auf Plakaten, sondern auch Werbeanzeigen in der Presse. Damit ist auch das Pressewesen betroffen, das klassischerweise in den Zuständigkeitsbereich der Länder fällt.¹⁷ Unproblematischer sind demgegenüber die Bereiche Funk und Fernsehen, da der neue Verbotstatbestand nach der Begründung des Gesetzes § 7 Abs. 1 des Rundfunkstaatsvertrages ergänzen soll, der bereits geschlechterdiskriminierende Werbung in Funk und Fernsehen untersagt.

Für die Abgrenzung zwischen der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes oder der Länder kommt es in erster Linie auf den Sachzusammenhang der gesetzlichen Regelung an. Maßgeblich ist dabei „der Gegenstand des jeweiligen Gesetzes, nicht das vom Gesetzgeber in den Blick genommene Gemeinwohlziel“¹⁸.

Die Gesetzgebung verfolgt das Ziel, Frauen und Männer vor herabwürdigender Werbung zu schützen, die geschlechtsspezifische Stereotype verstärkt, einen Beitrag zur Förderung der Gleichstellung der Geschlechter zu leisten sowie ein modernes Geschlechterbild in Deutschland zu etablieren. Dieses Ansinnen soll durch eine Regulierung von Wirtschaftswerbung in ihrer Funktion als Kommunikationsmedium zwischen Anbieter und Verbraucher erreicht werden. Die Neuregelung greift mithin ordnend und lenkend in das Wirtschaftsleben ein, womit ein engerer Sachzusammenhang zum Komplex „Recht der Wirtschaft“, mithin zur Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes, besteht.¹⁹

¹⁷ Uhle (Fn. 3), Art. 70 Rn. 112.

¹⁸ BVerfGE 121, 317 (348).

¹⁹ Andere Ansicht *Pieroth*, FAZ v. 28.4.2016, abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/gastbeitrag-geschlechterbild-ein-modernes-geschlechterbild-14202998.html> (16.9.2017).

Zwar erhebt sich zu Recht die Frage, ob es aus dogmatischer Sicht sinnvoll ist, den Schutzzweck des UWG um den wettbewerbsfremden Aspekt der Gleichstellungspolitik zu erweitern und damit die innere Systemlogik des Wettbewerbsrechts durch ein sachfremdes Element zu stören.²⁰ Dies ist aber lediglich eine Frage der politischen Opportunität, die nichts über die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung aussagt. Vielmehr erlaubt die umfassende legislative Einschätzungsprärogative die Einführung eines Verbots geschlechtsdiskriminierender Werbung im Rahmen des UWG und die damit verbundene Erweiterung der durch dieses Gesetz geschützten Interessen.²¹

Die neu eingeführten UWG-Normen lassen sich im Ergebnis auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG stützen. Der Bund hat die Gesetzgebungskompetenz für das Änderungsgesetz.

2. Gesetzgebungsverfahren

Gemäß Art. 76 Abs. 1 GG können Gesetzesvorhaben von der Bundesregierung, aus der Mitte des Bundestages oder durch den Bundesrat eingebracht werden. Vorliegend hat die Bundesregierung, die initiativberechtigt ist, das Gesetz formal eingebracht. Auch wurde dem Bundesrat die Möglichkeit der Stellungnahme gegeben, Art. 76 Abs. 2 GG.

a) Initiativverfahren: Beteiligung der Organisation Pink Panthers e.V.

Problematisch erscheint jedoch, dass der Gesetzesentwurf nicht von der Bundesregierung selbst, sondern von einer privaten Organisation erarbeitet und der Entwurf vor der Einbringung von der Bundesregierung in das Gesetzgebungsverfahren nicht mehr verändert worden war.

Diesem Aspekt kann man sich aus verschiedenen Richtungen nähern.

Zunächst entsteht die Frage, ob Art. 76 Abs. 1 GG der richtige verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkt ist, um das Problem des „Gesetzgebungsoutsourcings“ zu beurteilen. Dies setzt voraus, dass die Bestimmung nicht nur das äußere Gesetzgebungsverfahren regelt, sondern auch das innere, mithin nicht allein das förmliche parlamentarische Verfahren, sondern auch die inhaltliche Urheberschaft eines Gesetzesentwurfes regelt.²² Seinem Wortlaut nach geht es in Art. 76 Abs. 1 GG allein um das äußere Gesetzgebungsverfahren, nicht hingegen um die Urheberschaft. Die Voraussetzungen von Art. 76 Abs. 1 GG sind vielmehr auch dann erfüllt, wenn im internen, vorbereitenden Stadium (private) Dritte den Entwurf gefertigt haben, der Gesetzesentwurf – wie im vorliegenden Fall – schließlich formal durch einen vom GG vorgesehenen Initianten in den Bundestag eingebracht wird.

Zu der Frage, wer einen Gesetzesentwurf vorbereiten darf, was dem inneren Gesetzgebungsverfahren zuzuordnen ist, macht das Grundgesetz keine expliziten Vorgaben. Allein

²⁰ *Gomille*, ZRP 2016, 134 (136).

²¹ *Gomille*, ZRP 2016, 134 (136). Die primären Regelungszwecke des UWG sind in dessen § 1 niedergelegt.

²² Vgl. hierzu das Gutachten des Bundestages v. 7.7.2011 zum Gesetzgebungsoutsourcing – WD3-3000-229/11, S. 5.

die Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien macht in §§ 47, 48 gewisse Vorgaben dazu.

Dieser Befund bedeutet aber nicht zwangsläufig, dass das innere Gesetzgebungsverfahren keinerlei verfassungsrechtlichen Schranken unterliegt. Vielmehr setzen das in Art. 20 Abs. 1 und 3 GG normierte Rechtsstaats- und Demokratieprinzip der Beteiligung privater Dritter an der Vorbereitung von Gesetzgebungsentwürfen enge Grenzen.²³ Dies ist geboten, um eine Erosion der dem Grundgesetz zugrunde liegenden Trennung von Gesetzgebungsorganen und Gesetzesadressaten zu verhindern.²⁴

So folgt aus dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG), dass die Organisations- und Entscheidungshoheit stets in den Händen der demokratisch mittelbar und unmittelbar legitimierten staatlichen Organe liegen muss. Dieser Befund wird flankiert durch das aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) folgende Gebot hinreichender Transparenz für die Bevölkerung bei einem etwaigen Gesetzgebungsoutsourcing.²⁵

Während die in Art. 76 Abs. 1 GG genannten Initiativberechtigten demokratisch legitimiert und dem Gemeinwohl verpflichtet sind, sind privat organisierte, nicht-staatliche Organisationen in der Regel Vertretung von Partikularinteressen. Gleichwohl erhalten sie durch ihre maßgebliche Mitwirkung bei der Gesetzgebung die Möglichkeit, einen signifikanten Einfluss auf einen bestimmten Lebensbereich oder ein bestimmtes Rechtsgebiet auszuüben.²⁶

Andererseits kann und soll das Gesetzgebungsverfahren gar nicht völlig von äußeren parteiischen Einflüssen freigehalten werden, sondern durch externe Expertise und Input sinnvolle Anregungen aus der gesellschaftlichen Sphäre erfahren. Eine unangemessene Einflussnahme privater Interessenvertreter kann eingedämmt oder gar verhindert werden, wenn die Bundesregierung bei der Vergabe des Auftrags, einen Gesetzesentwurf zu erarbeiten, ganz konkrete Vorgaben macht und verbindliche Vorstellungen äußert, wie der Gesetzesentwurf auszusehen hat, respektive im Nachgang den Entwurf eingehend diskutiert, mit ihm übereinstimmt und sich ihn so geistig zu eigen macht. Erforderlich ist somit eine eindeutige sachliche Zurechnung des Entwurfs durch einen Akt inhaltlicher Aneignung von Seiten des beauftragenden Fachministeriums.²⁷

Im vorliegenden Falle hat die Bundesregierung der Organisation „Pink Panthers e.V.“ nicht nur engmaschige Vorgaben zur Erstellung des gewünschten Entwurfs gemacht, sondern auch den fertigen Entwurf im Rahmen einer Kabinettsitzung eingehend diskutiert und letztlich für gut befunden. Damit bewegt sich die Berücksichtigung externen Sach-

verstandes im Rahmen der Vorbereitung von Gesetzgebungsvorlagen noch im verfassungsrechtlich zulässigen Rahmen.

Das Initiativverfahren erfüllt daher die grundgesetzlichen Vorgaben.

b) Hauptverfahren

Art. 77 Abs. 1 GG legt fest, dass Gesetze vom Bundestag beschlossen werden. Im vorliegenden Falle wirft das Beschlussverfahren in mehrerlei Hinsicht verfassungsrechtliche Fragen auf.

aa) Beteiligung des Bundestages, Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG

(1) Beschlussfähigkeit, § 45 GOBT

Klärungsbedürftig ist bereits, ob der Bundestag überhaupt beschlussfähig war. In Anbetracht der im Sachverhalt angegebenen Zahlen ist dies zweifelhaft. Bei der Abstimmung über das Gesetz waren lediglich 205 der 631 Abgeordneten anwesend.

Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG legt fest, dass für die Annahme eines Beschlusses die Mehrheit der abgegebenen Stimmen erforderlich ist; darüber hinaus enthält das Grundgesetz keine Regelungen zur Beschlussfähigkeit des Bundestages. Lediglich in § 45 GOBT finden sich Vorgaben für die Beschlussfähigkeit. So ist laut § 45 Abs. 1 GOBT der Bundestag beschlussfähig, wenn mehr als die Hälfte der Mitglieder im Sitzungssaal anwesend ist. Dieses Erfordernis ist im vorliegenden Fall zwar offensichtlich nicht erfüllt. Jedoch wird die Beschlussfähigkeit so lange als gegeben unterstellt, bis gem. § 45 Abs. 2 GOBT auf Antrag einer Fraktion oder 5 % der anwesenden Mitglieder des Bundestages durch den Sitzungsvorstand das Gegenteil festgestellt wird. Während der Bundestagsitzung wurde laut Sachverhalt kein Antrag auf Feststellung der Beschlussunfähigkeit gestellt. Der Bundestag war also zum Zeitpunkt der Abstimmung beschlussfähig. Folglich liegt weder ein Verstoß gegen die GOBT noch gegen die Verfassung vor.

Hinweis: Da weder ein Verstoß gegen das Grundgesetz noch gegen die GOBT vorliegt, kann die Frage dahinstehen, ob § 45 Abs. 2 GOBT eine reine Ordnungsvorschrift oder eine zulässige Konkretisierung der Verfassung ist und eine Abweichung davon einen Beschluss nach § 126 GOBT erfordert.

(2) Grundsatz von drei Lesungen, § 78 Abs. 1 S. 1 GOBT

Im Bundestag sind Gesetzesentwürfe nach § 78 Abs. 1 S. 1 GOBT grundsätzlich in drei Lesungen zu behandeln. Zudem ist die Schlussabstimmung gemäß § 86 S. 1 GOBT nach der dritten Beratung vorzunehmen. Das Grundgesetz selbst schweigt zu der Frage nach der erforderlichen Zahl der Lesungen im Bundestag. Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG legt lediglich fest, dass der Bundestag einen Beschluss über das Gesetz fassen muss.

Vorliegend wurden nur zwei Lesungen durchgeführt; am Ende der zweiten Lesung erfolgte bereits die Schlussabstimmung. Fraglich ist, welche Auswirkungen dies auf die verfassungsrechtliche Bewertung des Gesetzes hat. Art. 82 Abs. 1

²³ Vgl. hierzu das Gutachten des Bundestages v. 7.7.2011 zum Gesetzgebungsoutsourcing – WD3-3000-229/11, S. 6-7.

²⁴ Krüper, Rechtsgeschichte – Legal History (Rg) 23 (2015) 16 (32); Krüper, JZ 2010, 655 (660).

²⁵ Dazu vertiefend Krüper, JZ 2010, 655 (661).

²⁶ Kloepfer, NJW 2011, 131 (133); Meßerschmidt, Der Staat 51 (2012), 387 (400).

²⁷ Krüper, JZ 2010, 655 (661); Meßerschmidt, Der Staat 51 (2012), 387 (401).

S. 1 GG verlangt lediglich, dass ein Gesetz nach den Vorschriften dieses Grundgesetzes zustande gekommen sein muss. Der Verstoß gegen eine Vorschrift der GOBT führt daher nicht automatisch zur Verfassungswidrigkeit des Gesetzes, sondern nur in den Fällen, in denen eine Bestimmung der GOBT einen verfassungsrelevanten Inhalt hat.²⁸ Dies ist im Folgenden zu prüfen.

Die Verkürzung des Gesetzgebungsverfahrens könnte die Beteiligungsrechte der Abgeordneten aus Art. 20 Abs. 2, 38 Abs. 1 S. 2 GG verletzen. So könnte es an einer effektiven Beratung mangeln, wenn durch die Verkürzung der Beratungszeit im Vergleich zu den sonst üblichen und möglichen Gesetzgebungsverfahren die Beteiligungsrechte erheblich eingeschränkt würden und den einzelnen Abgeordneten die Möglichkeit genommen werden würde, Einfluss auf die Beratungen zu nehmen.²⁹

Vorliegend wurde das Gesetz in der zweiten Lesung ausführlich beraten. Auch die maßgeblichen Ausschussberatungen fanden bereits nach der ersten Lesung statt. So hatten die Abgeordneten sowohl im Ausschuss als auch im Plenum ausreichend Gelegenheit, ihre Beteiligungsrechte wahrzunehmen. Das Erfordernis dreier Lesungen gehört nicht zu den Kernprinzipien der demokratischen und rechtsstaatlichen Grundordnung.³⁰ § 80 Abs. 2 S. 1 GOBT ermöglicht dementsprechend, sogar ganz ohne Ausschussüberweisung in die zweite Beratung einzutreten. Es kommt darauf an, dass – wie vorliegend – die Abgeordneten die Möglichkeit der Beteiligung und Einflussnahme hatten, die parlamentarische Meinungsbildung überhaupt stattfand und schließlich in einer Beschlussfassung des Bundestages endete.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass der vorliegende Verstoß gegen § 78 Abs. 1 S. 1 GOBT nicht zur Verfassungswidrigkeit des Gesetzes führt.

(3) *Beschlussfassung des Bundestages, Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG* Bundesgesetze sind nach Art. 77 Abs. 1 S. 1 GG vom Bundestag zu beschließen. Dabei erfolgt die Beschlussfassung grundsätzlich gem. Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Fraglich ist im vorliegenden Fall, ob bei der Abstimmung eine ausreichende Mehrheit für das Gesetz gestimmt hat, insbesondere, ob es mit der erforderlichen Parlamentsmehrheit verabschiedet worden ist.

Vorliegend haben 100 Abgeordnete für und 99 gegen das Gesetz gestimmt; 6 Abgeordnete haben sich enthalten. Damit haben zwar mehr Abgeordnete mit Ja als mit Nein gestimmt. Da sich einige Abgeordnete enthalten haben, ist die Zahl der Ja-Stimmen allerdings dennoch kleiner als die Hälfte der anwesenden und an der Abstimmung teilnehmenden Abgeordneten. Unklar ist deshalb, ob die notwendige Mehrheit erreicht wurde. Das hängt maßgeblich davon ab, ob Enthaltungen zu werten sind oder nicht. Folgt man der Betrachtungsweise, dass Enthaltungen zu berücksichtigen sind, wä-

ren mindestens 103 Stimmen notwendig, um eine Mehrheit zu erreichen.

Der Wortlaut des Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG lässt eine Berücksichtigung der Enthaltungen zumindest zu. So kann auch eine Enthaltung als abgegebene Stimmen eingeordnet werden.³¹

Dagegen spricht, dass einer Enthaltung kein inhaltlicher Erklärungswert beigemessen werden kann, diese weder Zustimmung noch Ablehnung des Antrages bedeutet.³² Danach müssten Enthaltungen wie nicht abgegebene Stimmen gewertet werden.³³

Für dieses Ergebnis streitet die Genese der Norm. Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG wurde unter Berücksichtigung seiner Vorgängervorschrift Art. 32 Abs. 1 S. 1 WRV formuliert, der eine „einfache Stimmenmehrheit“ vorschrieb. § 100 S. 4 GORT vom 1.1.1923, der Art. 32 Abs. 1 S. 1 WRV konkretisierte, ordnete dabei ausdrücklich an, dass Stimmenthaltungen bei der Berechnung der Mehrheit nicht mitzuzählen seien.³⁴

Die besseren Argumente sprechen dafür, Enthaltungen unberücksichtigt zu lassen.³⁵ Das Mehrheitserfordernis nach Art. 42 Abs. 2 S. 1 GG erfordert somit lediglich mehr Ja- als Nein-Stimmen.

Das weitere Gesetzgebungsverfahren verlief laut Sachverhalt ordnungsgemäß.

bb) *Zwischenergebnis*

Das Gesetz ist formell verfassungsgemäß.

II. *Materielle Verfassungsmäßigkeit*

§§ 7a, 8 UWG müssten zudem den materiellen Vorgaben des Grundgesetzes genügen. Fraglich ist insbesondere, ob die Neuregelung Grundrechte verletzt. Möglicherweise greift das neue Gesetz unverhältnismäßig in Meinungsfreiheit, Pressefreiheit oder Kunstfreiheit ein.

1. *Vereinbarkeit mit Grundrecht auf Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GG*

Das in §§ 7a, 8 UWG normierte Werbeverbot könnte das Grundrecht auf Meinungsfreiheit verletzen.

a) *Sachlicher Schutzbereich*

Zunächst muss der sachliche Schutzbereich des Grundrechts eröffnet sein. Das Grundrecht der Meinungsfreiheit schützt das Recht der Einzelnen, ihre Meinung zu äußern und zu verbreiten. Dabei wird der Begriff der „Meinung“ als das Äußern von Werturteilen definiert, die durch Elemente der Stellungnahme und des Dafürhaltens geprägt sind und daher auch keinem Wahrheitsbeweis zugänglich sind. Auf „den

³¹ Höfling/Burkiczak, Jura 2007, 561 (566).

³² Klein (Fn. 28), Art. 42 Rn. 84.

³³ So im Ergebnis Brocker (Fn. 28), Art. 42 Rn. 19 m.w.N.; Kluth, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Fn. 5), Art. 121 Rn. 8.

³⁴ Klein (Fn. 28), Art. 42 Rn. 84.

³⁵ Andere Ansicht Höfling/Burkiczak, Jura 2007, 561 (566).

²⁸ Brocker, in: Epping/Hillgruber (Fn. 9), Art. 40 Rn. 39; Klein, in: Maunz/Dürig (Fn. 3), Art. 40 Rn. 57.

²⁹ Heimann/Kirchhoff/Waldhoff, Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2010, S. 8; Koriath, Staatsrecht I, 3. Aufl. 2016, Rn. 1042.

³⁰ BVerfGE 1, 144 (151); 29, 221 (234).

Wert, die Richtigkeit, [oder] die Vernünftigkeit der Äußerung kommt es nicht an“³⁶ Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung des BVerfG sind auch Meinungsäußerungen in einem kommerziellen Kontext sowie Wirtschaftswerbung von dem Begriff der Meinung umfasst, wenn sie einen wertenden, auf Meinungsbildung gerichteten Inhalt hat.³⁷

Werbung, die Frauen und Männer in einer bestimmten Geschlechtsrollenstereotype reflektierenden Art abbildet, die sexuelle Anziehung als ausschließlichen Wert von Frauen darstellt oder Frauen auf einen Gegenstand zum sexuellen Gebrauch reduziert, enthalten ein Werturteil zur Geschlechterfrage und leisten mithin einen Beitrag zu gesellschaftlichen Fragen rund um die Stellung von Frauen und Männern in der Gesellschaft. Die von § 7a UWG erfasste Werbung kann daher als Meinung vom sachlichen Schutzbereich der Meinungsfreiheit geschützt sein.

b) Eingriff

Ferner müsste ein Eingriff in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit vorliegen. Nach dem sog. modernen Eingriffsbegriff ist unter einem Eingriff jedes staatliche Handeln, das dem Einzelnen ein grundrechtlich geschütztes Verhalten ganz oder teilweise unmöglich macht, zu verstehen.³⁸

§§ 7a, 8 UWG normieren Tatbestand und Rechtsfolge eines sanktionsbewährten Verbots, eine bestimmte Meinung zu äußern oder zu verbreiten. Dem oder der Einzelnen wird das betreffende Verhalten untersagt, ihm oder ihr drohen staatliche Sanktionen, wenn er oder sie dem Verbot zuwiderhandelt. Das Verbot ist damit ein Eingriff in die Meinungsfreiheit.

c) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff könnte jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

aa) Schranken gem. Art. 5 Abs. 2 GG

Die Meinungsfreiheit ist nicht vorbehaltlos gewährleistet. Sie steht unter einem qualifizierten Gesetzesvorbehalt in Art. 5 Abs. 2 GG. In Betracht kommen die Vorbehalte „allgemeine Gesetze“ und „Recht der persönlichen Ehre“.

(1) Allgemeine Gesetze

Die Meinungsfreiheit findet ihre Schranken in den allgemeinen Gesetzen.

Die Auslegung des Begriffs der „allgemeinen Gesetze“ ist seit Jahrzehnten umstritten. Von der Staatsrechtslehre wurden unterschiedliche Ansätze entwickelt. Besonders hervorzuheben sind hierbei die sog. „Sonderrechtslehre“ sowie die „Abwägungslehre“, die das BVerfG in einer Kombinations-

lösung miteinander verbunden hat.³⁹ In der Diktion des BVerfG sind Gesetze demnach dann allgemein, „wenn sie sich weder gegen die Meinungsfreiheit an sich noch gegen bestimmte Meinungen richten, sondern dem Schutz eines schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, zu schützenden Rechtsguts dienen“.⁴⁰

Im Wunsiedel-Beschluss⁴¹ hat das BVerfG die Dogmatik zu Art. 5 Abs. 2 GG fortentwickelt und andere Nuancen gesetzt. Nach dieser modifizierten bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung bildet nun die Frage, ob eine Norm meinungsneutral ist, also an bestimmte Meinungsinhalte anknüpft, den Ausgangspunkt der Prüfung der Allgemeinheit eines Gesetzes.⁴²

Im vorliegenden Fall untersagen §§ 7a, 8 UWG die auf das Sexuelle reduzierte oder rein stereotype Darstellung, durch die auch ein bestimmtes tradiertes Rollenbild kolportiert wird. Damit richtet sich das Verbot gegen einen bestimmten Meinungsinhalt. Die Allgemeinheit des Gesetzes ist daher durchaus in Zweifel zu ziehen.

Stellt ein Gesetz auf den Inhalt einer Meinung ab, so kommt es nach Auffassung des BVerfG darauf an, ob die Norm den Schutz eines auch sonst in der Rechtsordnung geschützten Rechtsguts verfolgt. Ist dies der Fall, sei zu vermuten, dass das Gesetz meinungsneutral-allgemein auf die Abwehr von Rechtsgutverletzungen ziele.⁴³ Auch „inhaltsanknüpfende Normen“ sind demnach als allgemeine Gesetze zu qualifizieren, „wenn sie sich bei der gebotenen Gesamtsicht als konsequent und abstrakt vom Rechtsgut her gedacht erweisen und ohne Ansehung konkret vorfindlicher Auffassungen ausgestaltet sind“⁴⁴ und „wenn sie erkennbar auf den Schutz bestimmter Rechtsgüter und nicht gegen eine bestimmte Meinung oder Ideologie gerichtet sind“⁴⁵. Die neu in das UWG eingefügten Normen sollen u.a. einen Beitrag zur Förderung der Gleichstellung der Geschlechter leisten. Dies ist ein in Art. 3 Abs. 2 GG von der Verfassung ausdrücklich anerkannter Wert.

Zu beachten ist allerdings, dass nach der Rechtsprechung des BVerfG der Umkehrschluss nicht zulässig ist, dass stets dann, wenn eine Norm ein anerkanntes Rechtsgut schützt, deren Allgemeinheit bereits sichergestellt wäre. Vielmehr ist der Umstand, dass ein meinungsbeschränkendes Gesetz ein anerkanntes Rechtsgut schützt, lediglich ein Indiz dafür, dass rechtsstaatliche Distanz und die Einhaltung des Gebots der Meinungsneutralität gewahrt werden.⁴⁶

Es ist vielmehr erforderlich, dass trotz allem das in Rede stehende Rechtsgut schlechthin, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung, geschützt wird und damit Anknüpfungen

³⁶ BVerfGE 61, 1 (8).

³⁷ BVerfGE 30, 336 (352 f.); 71, 162 (175); 102, 347 (359).

³⁸ Dazu im Überblick *Schroeder*, Grundrechte, 4. Aufl. 2016, S. 38 ff. Vertiefend *Kaiser/Voßkuhle*, JuS 2009, 313.

³⁹ *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig (Fn. 3), Art. 5 Rn. 121-122; *Wendt*, in: Münch/Kunig, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 5 Rn. 70.

⁴⁰ BVerfGE 97, 125 (146); 113, 63 (78), ständige Rspr.

⁴¹ BVerfGE 124, 300.

⁴² BVerfGE 124, 300 (322).

⁴³ BVerfGE 124, 300 (322).

⁴⁴ BVerfGE 124, 300 (323 f.).

⁴⁵ BVerfGE 124, 300 (322).

⁴⁶ BVerfGE 124, 300 (323).

an den Inhalt einer Meinungsäußerung neutral gegenüber verschiedenen politischen Strömungen und Weltanschauungen stehen.⁴⁷ Auf den vorliegenden Fall angewandt bedeutet dies, dass die Vorschrift die stereotype Darstellung oder Herabwürdigung der Frau und auch des Mannes unabhängig von einer bestimmten politischen Überzeugung und Weltanschauung verbieten muss.

Zu prüfen ist folglich, ob die fraglichen UWG-Regelungen diesen Ansprüchen genügen. §§ 7a, 8 UWG dienen u.a. dem Schutz vor Diskriminierung sowie dem Schutz von Frauen und Männer vor herabwürdigender Werbung, die der Herausbildung und Verfestigung geschlechtsspezifischer Stereotype Vorschub leistet. Einerseits dienen die Normen damit einem von der Rechtsordnung ausdrücklich in Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 GG anerkannten Rechtsgut. Andererseits soll das Gesetz einem als veraltet empfundenen Frauenbild, das in sexualisierter Werbung zum Ausdruck und zur Verfestigung des entsprechenden Frauenbildes in der Gesellschaft beiträgt, entgegenwirken und ein modernes Geschlechterbild in Deutschland etablieren.

Die Normen richten sich gegen eine bestimmte Meinung, mag sie auch als rückwärtsgewandt wahrgenommen werden. Die Allgemeinheit des Gesetzes ist daher abzulehnen.

Hinweis: Bejahung der Allgemeinheit der Neuregelung mit entsprechender Begründung:

Die Normen knüpfen an eine bestimmte Form der *Darstellung* von Frau und Mann an, stehen aber der Geisteshaltung, politischen Strömung, Ideologie oder Weltanschauung, vor dessen Hintergrund eben jene Darstellung gewählt wird, neutral gegenüber, lassen also die eigentliche Meinung unberührt.

Zudem ist der Wortlaut von § 7a UWG hinreichend weit gefasst, sodass sichergestellt ist, dass sich die Wirkung der Verbotsnorm im politischen Kräftefeld gegenüber ganz verschiedenen Gruppierungen entfaltet und sich die verbotene Meinungsäußerung grundsätzlich auf Basis ganz unterschiedlicher politischer, religiöser oder weltanschaulicher Grundannahmen ergeben kann. Damit wahrt § 7a UWG die aus rechtsstaatlichen Gründen gebotene Distanz und „Blindheit“ gegenüber konkreten gesellschaftlichen Auseinandersetzungen und den sie führenden Akteuren.

Im Ergebnis sind §§ 7a, 8 UWG als allgemeine Gesetze im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GG zu betrachten.

(2) *Recht der persönlichen Ehre*

Weiterhin ist zu prüfen, ob eine Rechtfertigung des Eingriffs über das in Art. 5 Abs. 2 Alt. 3 GG normierte Recht der persönlichen Ehre möglich ist. Hierfür ist zunächst zu klären, ob sich das Erfordernis der Allgemeinheit meinungsbeschränkender Gesetze auch auf Bestimmungen zum Ehrschutz erstreckt.

Dagegen lässt sich einwenden, dass Art. 5 Abs. 2 Alt. 3 GG mit dem „Recht der persönlichen Ehre“ letztlich nur eine verfassungsimmanente Schranke ausbuchstabiert, nämlich

den Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts.⁴⁸ In diesem Konfliktfall könnte durchaus der Inhalt einer bestimmten Meinungsäußerung bewertet und sogar verboten werden, wenn die Abwägung dies ergäbe.

Davon ausgehend könnte diese Schrankenbestimmung greifen, insofern das Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung gerade verhindern soll, dass Frauen als bloße Sexualobjekte wahrgenommen werden. Die neue gesetzliche Regelung zielt darauf ab, die Menschenwürde und das Persönlichkeitsrecht von Frauen zu schützen, dessen Bestandteil die Ehre ist.

An dieser Schlussfolgerung ist problematisch, dass nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 5 Abs. 2 GG nur eine auf ein Individuum bezogene Ehrverletzung verhindert oder sanktioniert werden soll.⁴⁹ Das zu prüfende Gesetz unterbindet allerdings jedwede geschlechtsdiskriminierende Bildwerbung, losgelöst davon, ob die betreffende Werbung eine Persönlichkeitsrechtsverletzung einer Frau oder auch eines Mannes darstellt oder von weiblichen respektive männlichen Betrachter/-innen als Angriff auf ihre individuelle Ehre verstanden wird oder zumindest verstanden werden kann. Zweck des Werbeverbotes ist dementsprechend nicht der individuelle Schutz der Rechte einzelner Frauen als vielmehr die Verhinderung der Verbreitung eines bestimmten stereotypen Geschlechterbildes in der Gesellschaft. Ferner ist zu bedenken, dass das Anliegen des Staates, die persönliche Ehre zu schützen, seine Grenze in der Autonomie und im Selbstbestimmungsrecht der Einzelnen findet, die ggf. eine bestimmte, unter die Fallgruppen des § 7 UWG zu subsumierende, Darstellung in der Öffentlichkeit wünschen.

Folglich ist das hier in Rede stehende Werbeverbot ausgehend von der Literaturauffassung nicht als „Recht der persönlichen Ehre“ im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GG anzusehen.

Gleiches gilt mit Blick auf die Ansicht, die in der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG vertreten wird, wonach unzulässiges Sonderrecht nicht auf das Recht der persönlichen Ehre nach Art. 5 Abs. 2 Alt. 3 GG gestützt werden kann. Vielmehr erstreckt sich das Erfordernis der Allgemeinheit meinungsbeschränkender Gesetze auf Bestimmungen zum Ehrschutz.⁵⁰ Die ausdrückliche Nennung des Rechts der persönlichen Ehre habe nur sicherstellen sollen, dass entsprechende Regelungen weiterhin zulässig seien.⁵¹

Insofern bereits die Allgemeinheit des Gesetzes verneint wurde, kann das Recht der persönlichen Ehre nicht als taugliche Schranke herangezogen werden.

Hinweis: Andere Ansicht mit entsprechender Argumentation vertretbar.

⁴⁷ BVerfGE 124, 300 (324).

⁴⁸ So *Hufen*, Grundrechte, 5. Aufl. 2016, § 25 Rn. 22, 26 ff.

⁴⁹ *Grabenwarter* (Fn. 39), Art. 5 Rn. 197-198; *Aubel*, in: *Pieroth/Görisch/Hartmann*, Hausarbeit im Staatsrecht, 3. Aufl. 2011, Rn. 35.

⁵⁰ BVerfGE 120, 180 (200).

⁵¹ BVerfGE 124, 300 (327).

bb) Schranken-Schranken

Das einschränkende Gesetz müsste verfassungsmäßig sein, insbesondere dem Zitiergebot und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechen.

(1) Zitiergebot

Das Zitiergebot aus Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG scheint nicht erfüllt, da das Änderungsgesetz keinen Hinweis darauf enthält, dass es die Meinungsfreiheit einschränkt. Allerdings soll das Zitiergebot nach h.M. nicht bei solchen grundrechtsrelevanten Regelungen gelten, mit denen die Gesetzgebung einem im Grundgesetz vorgesehenen Gestaltungsauftrag oder Regelungsauftrag nachkommt, was auf allgemeine Gesetze nach Art. 5 Abs. 1 GG zutrifft.⁵²

(2) Verhältnismäßigkeit

Verhältnismäßig ist die Regelung, wenn sie einen legitimen Zweck verfolgt und ein legitimes Mittel zur Durchsetzung dieses Zweckes darstellt, d.h. geeignet, erforderlich und angemessen ist.⁵³

(a) Legitimer Zweck: Gleichbehandlungsgebot, Art. 3 Abs. 2 GG

Mit der Einführung von §§ 7a, 8 UWG verfolgt die Gesetzgebung das Ziel, Frauen und Männer vor herabwürdigender Werbung zu schützen, die geschlechtsspezifische Stereotype verstärkt, einen Beitrag zur Förderung der Gleichstellung der Geschlechter zu leisten sowie ein modernes Geschlechterbild in Deutschland zu etablieren. Sie dienen mithin der Verwirklichung des Verfassungsauftrages zur Herstellung der Gleichberechtigung von Mann und Frau aus Art. 3 Abs. 2 GG. Der Regelungsgehalt von Art. 3 Abs. 2 GG besteht darin, dass er ein Gleichberechtigungsgebot aufstellt, das auch die gesellschaftliche Wirklichkeit umfasst. Das Postulat „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“ in Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG verlangt nicht nur die Abschaffung von Rechtsnormen, die Voroder Nachteile an Geschlechtsmerkmale knüpfen, sondern auch die umfassende Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter sowie die Überwindung tradierter Rollenverteilungen. Dies bringt S. 2 des zweiten Absatzes von Art. 3 GG deutlich zum Ausdruck.⁵⁴ Ein legitimer Zweck liegt also vor.

(b) Geeignetheit

Das Gesetz müsste auch geeignet sein, diesen Zweck zu erreichen. Ausreichend ist, dass das vom Gesetz vorgesehene Mittel die Erreichung des Zwecks zumindest fördert. Die Durchsetzung des gesetzlichen Verbotes geschlechterdiskriminierender Werbung führte dazu, dass der öffentliche Raum

von Darstellungen befreit würde, die Frauen herabwürdigen und in einer Weise präsentieren, die die geschlechtsspezifischen Stereotype verstärkt. Auf diese Weise könnten sich öffentliche Meinung und soziales Verhalten unabhängig von der medialen Dauerpräsenz geschlechtsspezifischer Stereotype und losgelöst von einem einseitigen und verzerrten Bild von Frauen entwickeln und so zur Geschlechtergerechtigkeit beitragen. Das gewählte Mittel eines Werbeverbotes ist mithin geeignet, den legitimen Zweck zu erreichen.

(c) Erforderlichkeit

Das Werbeverbot müsste zur Förderung der legitimen Zwecke auch erforderlich sein. Dies ist der Fall, wenn dem Staat kein gleich effektives, milderes Mittel zur Verfügung steht.

Ein milderes Mittel wäre die Möglichkeit, sich über potenziell geschlechtsdiskriminierende Werbung beim Deutschen Werberat zu beschweren und die Werbung dort überprüfen zu lassen. Fraglich ist jedoch, ob das Beschwerdeverfahren bei einer Selbstkontrollereinrichtung ebenso effektiv ist wie ein gesetzliches Verbot. Die schärfste Sanktion, die ein Unternehmen für geschlechtsdiskriminierende Werbeaktivitäten befürchten muss, ist eine öffentliche Rüge. Eine Möglichkeit, dem betroffenen Unternehmen die weitere Verwendung der gerügten Werbung zu untersagen, besteht hingegen nicht. Auch sind im Regelfall mit der Rüge keine rechtlichen Konsequenzen verbunden.⁵⁵ Im Vergleich dazu kann das Werbeverbot nach §§ 7a, 8 UWG gerichtlich durchgesetzt werden und verspricht so eine deutlich effektivere Verfolgung des legitimen Zwecks. Die gesetzliche Maßnahme ist daher erforderlich.

(d) Angemessenheit

Schließlich muss die gesetzliche Maßnahme angemessen sein. Der Grundsatz der Angemessenheit „verbietet Grundrechtseingriffe, die ihrer Intensität nach außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache und den vom Bürger hinzunehmenden Einbußen stehen. [...] Bedeutung der Grundrechte und Grundrechtsbegrenzungen sind vielmehr in ein angemessenes Verhältnis zu bringen. Bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe muss die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt sein“.⁵⁶

Dabei ist die sog. Wechselwirkungslehre zu beachten, die besagt, „dass die Schranken zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Grenzen setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der grundlegenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlich demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen“.⁵⁷

Im vorliegenden Fall ergibt sich ein Spannungsfeld zwischen der Gewährleistung der Meinungsfreiheit sowie dem in Art. 3 Abs. 2 GG formulierten Verfassungsauftrag zur Herstellung der Gleichberechtigung von Mann und Frau.

⁵² BMJ, Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. 2008, abrufbar unter http://hdr.bmj.de/page_c.9.html - an 427

(17.9.2017); Grabenwarter (Fn. 39), Art. 5 Rn. 135. Zum Ganzen instruktiv *Werkmeister*, BRJ 2012, 41 (42).

⁵³ Vertiefend zum Verhältnismäßigkeitsprinzip *Meister/Klatt*, JuS 2014, 193; *Vofskuhle*, JuS 2007, 429.

⁵⁴ *Langenfeld*, in: Maunz/Dürig (Fn. 3), Art. 3 Rn. 2, 58, 59.

⁵⁵ Deutscher Werberat, Sanktionen, online abrufbar unter <https://www.werberat.de/sanktionen> (17.9.2017).

⁵⁶ BVerfGE 100, 313 (391) m.w.N., ständige Rspr.

⁵⁷ BVerfGE 7, 198 (208 f.).

Die Meinungsfreiheit ist „als unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit in der Gesellschaft“⁵⁸ und Voraussetzung für eine funktionierende Demokratie, die maßgeblich auf dem freien Austausch von unterschiedlichen Meinungen aufbaut, ein besonders wichtiges Verfassungsgut.⁵⁹ Dies bedeutet auch, dass Staat wie Privatleute es grundsätzlich hinzunehmen haben, dass Meinungen geäußert werden, die missfallen, polarisieren, Anstoß und Kritik erregen. Gerade solche Meinungsäußerungen sind unabdingbar, um die Vielfalt auf dem öffentlichen Meinungsmarkt zu bewahren und den gesellschaftlichen Diskurs in seiner gesamten Breite und Vielschichtigkeit lebendig zu erhalten.

Aber auch der Meinungsfreiheit sind Grenzen gesetzt, wie sich an den Gesetzesvorbehalten in Art. 5 Abs. 2 GG ablesen lässt.

Das Ansinnen eines gesetzlichen Werbeverbotes geht dabei von dem – zutreffenden – empirischen Befund aus, dass Frauen deutlich häufiger von sexistischer und geschlechtsdiskriminierender Werbung betroffen sind als Männer. Auf diese Weise wird die Existenz stereotyper gesellschaftlicher Strukturen, Einstellungen und Verhaltensmustern, die Frauen diskriminieren und ihre Rechte untergraben, sowie die Nichtgleichstellung von Frauen und Männern aufrechterhalten, was wiederum zu einer Verfestigung dieser Phänomene im gesellschaftlichen Bewusstsein beiträgt.⁶⁰

Zwar ist zu konstatieren, dass die durchschnittliche Bevölkerung sich der geschlechtsdiskriminierenden Werbung theoretisch entziehen kann, indem diese unbeachtet bleibt. Der Staat darf zudem in einer liberalen Gesellschaft nicht als Wächter des guten Geschmacks fungieren.⁶¹ Fraglich ist gleichwohl, ob es bei den in § 7a UWG formulierten Tatbeständen wirklich nur um „guten Geschmack“ geht. Die entsprechenden Darstellungen gehen im Regelfall mit einer Beeinträchtigung des Postulats der Geschlechtergerechtigkeit einher. § 7a Abs. 2 Nrn. 2 und 3 UWG verbietet z.B. nicht sexuelle, mit der weiblichen Nacktheit spielende Werbung *per se*, sondern nur solche Werbung, bei der keinerlei Produktbezug zwischen der dargestellten Frau und dem beworbenen Produkt besteht und eine Frau daher zum Blickfang und damit zum Objekt degradiert wird. Werden im privaten Gespräch oder in einer politischen Diskussionsrunde sexistische und stereotype Aussagen getroffen, so ist der Wirkungsbereich solcher Äußerungen auch unter Berücksichtigung sozialer Medien räumlich begrenzt und auf die verbale Kommuni-

kation konzentriert. Davon zu unterscheiden ist vielfach landesweit über diverse traditionelle wie neue Plattformen geschaltete und verbreitete Werbung. Der subtil wirkende, manipulative Charakter und die hohe Breitenwirkung von bildlicher Werbung tragen ein höheres Risiko in sich, die Entwicklung und Entfaltung gerade junger Menschen mit Blick auf deren Haltung zur Gleichstellung der Geschlechter zu gefährden.⁶²

Werbung reflektiert gesellschaftliche Entwicklungen, Werte und Vorstellungen, und beeinflusst zudem die Wahrnehmung von Heranwachsenden. So werden durch Werbung die Auffassungen und Perzeption von Kindern und Jugendlichen geprägt, was zur Verfestigung bestimmter Haltungen und Ansichten, insbesondere einem bestimmten Selbst- und Fremdbild von Frauen/Mädchen und Männern/Jungen, beitragen kann.⁶³ Darstellungen in der Werbung, die § 7a Abs. 2 UWG untersagen möchte, sind geeignet, der Vorstellung Vorschub zu leisten, bestimmte stereotype oder gar sexistische Rollenbilder seien der gesellschaftliche „Standard“.

§ 7a Abs. 2 UWG will genau solche risikobehafteten Darstellungen in der Werbung untersagen. Dies ist eine vertretbare legislative Einschätzung, die sich im verfassungsrechtlichen Rahmen hält und daher auch durch das BVerfG zu respektieren gilt. Die Maßnahme ist mithin angemessen.

Hinweis: Vertretbar ist, die Angemessenheit der Maßnahme mit überzeugender Argumentation abzulehnen.

(3) Zwischenergebnis

Das Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung, in der Ausgestaltung wie §§ 7a, 8 UWG sie wählen, ist kein allgemeines Gesetz, weil es sich gegen eine spezifische Meinung richtet. Davon abgesehen könnte ein Eingriff jedoch als verhältnismäßig gerechtfertigt werden.

2. Vereinbarkeit mit dem Grundrecht auf Pressefreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2 Var. 1 GG

Das Werbeverbot betrifft nicht nur Plakatwerbung im öffentlichen Raum, sondern auch Werbeanzeigen in Presseerzeugnissen. Die in Rede stehenden Normen sind daher am Maßstab der Pressefreiheit zu überprüfen.

Der sachliche Schutzbereich der Pressefreiheit umfasst den gesamten Inhalt eines Presseprodukts, darunter auch den Anzeigenteil. Soweit Meinungsäußerungen Dritter, die in den Genuss des Schutzes des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG kommen, in einem Presseorgan abgedruckt werden, schließt die Pressefreiheit diesen Schutz mit ein.⁶⁴ Daraus folgt, dass einem Presseprodukt die Veröffentlichung einer fremden Meinungsäußerung – auch gerade in Form einer Wirtschaftswerbung – nicht verboten werden darf, wenn den Äußernden selbst die Äußerung und Verbreitung zu gestatten ist.⁶⁵

⁵⁸ BVerfGE 7, 198 (208).

⁵⁹ Schemmer, in: Epping/Hillgruber (Fn. 9), Art. 5 Rn. 1; Wendt (Fn. 39), Art. 5 Rn. 1

⁶⁰ Empfehlungen 27 und 28: Stereotypen Art. 5, 10 (c) CEDAW, in: Kombiniertes siebter und achter Bericht der Bundesrepublik Deutschland zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW), S. 12; Parlamentarische Versammlung des Europarates, Entschließung 1557/2007, „The image of women in advertising“. Völzmann, Geschlechtsdiskriminierende Wirtschaftswerbung, 2015, S. 145 f.

⁶¹ Stender-Vorwachs, in: Holtz-Bacha, Stereotype? Frauen und Männer in der Werbung, 2. Aufl. 2011, S. 51-61, 52.

⁶² Zum Ganzen Holtz-Bacha, Stereotype? Frauen und Männer in der Werbung, 2. Aufl. 2011.

⁶³ Im Überblick dazu siehe ein Gespräch mit Susanne Stark, tv diskurs 66, 4/2013, S. 44.

⁶⁴ Stender-Vorwachs (Fn. 61), S. 51-61 (52).

⁶⁵ BVerfGE 102, 347 (359).

Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass sich in der hiesigen Fallkonstellation die Reichweite des Schutzes durch die Pressefreiheit nach der Reichweite der Meinungsfreiheit bemisst. Ist ein Eingriff in die Meinungsfreiheit gerechtfertigt, so gilt dies gleichermaßen für einen Eingriff in die Pressefreiheit. Schließlich stellt bei einer Anzeige das Presseprodukt nur eine Plattform für die Meinungsäußerung der dritten Person dar. Daher ist der Eingriff in Gestalt des Werbeverbotes in die Pressefreiheit mangels Allgemeinheit der Einschränkung ebenfalls nicht gerechtfertigt.

3. Vereinbarkeit mit dem Grundrecht auf Kunstfreiheit, Art. 5 Abs. 3 GG

Eine Verletzung der Kunstfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 GG ist anzunehmen, wenn das Änderungsgesetz in den Schutzbereich des Grundrechts eingreift, ohne verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden zu können.

a) Sachlicher Schutzbereich

Damit der sachliche Schutzbereich eröffnet ist, müsste es sich bei der von dem Verbot betroffenen Werbung um Kunst handeln. Zwar stellt nicht jede einzelne Werbung auch Kunst im verfassungsrechtlichen Sinne dar; für die Prüfung der Vereinbarkeit des Gesetzes mit der Kunstfreiheit reicht es jedoch aus, dass gewisse Werbung gleichzeitig Kunst sein kann.

Ausgehend von der Einsicht, dass sich der – verfassungsrechtliche – Begriff der Kunst einer exakten Definition entzieht, werden im Wesentlichen drei vom BVerfG entwickelte Versuche unternommen, Kunst begrifflich zu fassen.

Der *formale* Kunstbegriff stellt auf die soziale Anschauung bei typisierender Betrachtung ab. Kunst ist danach jede Tätigkeit und jedes Ergebnis der herkömmlich anerkannten, typisierten Gattungsformen der Kunst wie Musik, Theater oder Malerei.⁶⁶

Demgegenüber beschreibt der *materielle* Kunstbegriff Kunst als einen Prozess „freie[r] schöpferischer Gestaltung, in der Eindrücke, Erfahrungen, Erlebnisse des Künstlers durch das Medium einer bestimmten Formensprache zur unmittelbaren Anschauung gebracht werden“⁶⁷.

Schließlich wird der *offene* Kunstbegriff in Stellung gebracht, der nicht die Perspektive der Kunstschaffenden, sondern der Rezipierenden einnimmt. Danach ist Kunst jedes Werk, das sich „im Wege einer fortgesetzten Interpretation immer neuen Deutungen erschließt, so daß sich eine praktisch unerschöpfliche, vielstufige Informationsvermittlung ergibt“⁶⁸.

Letztlich kann der Begriff der Kunst und damit die Reichweite des sachlichen Schutzbereichs nur im konkreten Einzelfall bestimmt werden.⁶⁹ Angewandt auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die abstrakt-generelle Regelung des § 7a UWG unabhängig vom Einzelfall als in den sachlichen Schutzbereich fallend zu kategorisieren ist, wenn die Regelung grundsätzlich auch Kunstwerke erfasst. Dafür müsste

Werbung Kunst sein können. Dass Werbung durch Plakate und andere Bildformate die Kriterien eines Kunstwerks erfüllen kann, ist jedenfalls nicht auszuschließen. Gerade Werbung bedient sich häufig künstlerischer Gestaltungs- oder Vermittlungsformen.⁷⁰ So kann Plakatwerbung in die formale Kategorie der Fotografie oder der Collage fallen, als Ergebnis freier schöpferischer Gestaltung Anlass zu vielerlei Interpretation geben und schließlich auch auf dem freien Markt gehandelt werden. Der Umstand, dass Werbung gerade auch kommerzielle Ziele verfolgt, schließt ihren Charakter als Kunstwerk keineswegs zwangsläufig aus, denn auch unbestreitbare Kunstwerke wie Gemälde oder Photographien werden auf dem Markt gehandelt.

Da Art. 5 Abs. 3 S. 1 nicht nur den Werk-, sondern auch den Wirkungsbereich schützt,⁷¹ ist gerade auch die hier besonders betroffene Präsentation von Werbung in der Öffentlichkeit ein Verhalten, das vom sachlichen Schutzbereich der Kunstfreiheit umfasst ist.

Der sachliche Schutzbereich ist somit eröffnet.

b) Eingriff

Das Verbot, bestimmte Werbung zu verbreiten, ist mit einem Eingriff in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 GG verbunden.

c) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Dieser Eingriff in Art. 5 Abs. 3 GG müsste gerechtfertigt sein.

aa) Schranken

Die Kunstfreiheit unterliegt keinem Gesetzesvorbehalt. Die Schrankenleihe, also eine Übertragung der Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG, ist aus systematischen Gründen unzulässig.⁷² Vorbehaltlose gewährte Grundrechte sind dennoch nicht schrankenlos. Vielmehr kann die Kunstfreiheit durch kollidierendes Verfassungsrecht beschränkt werden, insbesondere durch Grundrechte Dritter sowie sonstige Rechtsgüter mit Verfassungsrang. Die Einschränkung eines vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechts bedarf wie die Beschränkung eines vorbehaltlich gewährten Grundrechts einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage, die den Schutz der im konkreten Fall einschlägigen kollidierenden Grundrechte bezweckt.

Mit §§ 7a, 8 UWG, die der Erfüllung des Gleichbehandlungsgebotes nach Art. 3 Abs. 2 GG dienen, liegt eine solche gesetzliche Eingriffsgrundlage vor.

bb) Schranken-Schranken

Das einschränkende Gesetz müsste verfassungsgemäß sein, insbesondere dem Zitiergebot entsprechen und verhältnismäßig sein.

⁶⁶ BVerfGE 67, 213 (226 f.).

⁶⁷ BVerfGE 30, 173 (188 f.); 119, 1 (20 f.).

⁶⁸ BVerfGE 67, 213 (227).

⁶⁹ Zum Ganzen *Lenski*, Jura 2016, 35.

⁷⁰ *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Fn. 3) Art. 5 Rn. 35 f.; eingehend v. *Becker*, GRUR 2001, 1101.

⁷¹ *Epping*, Grundrechte, 6. Aufl. 2014, S. 133.

⁷² *Kempfen*, in: *Epping/Hillgruber* (Fn. 9) Art. 5 Rn. 176 m.w.N.

(1) Zitiergebot

Das Zitiergebot gilt nicht, wenn bei vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten wie der Kunstfreiheit deren verfassungsrechtliche Schranken legislativ bestimmt werden.⁷³

(2) Verhältnismäßigkeit

Das Gesetz ist verhältnismäßig, wenn es einen legitimen Zweck verfolgt und ein legitimes Mittel zu dessen Durchsetzung darstellt, d.h. geeignet, erforderlich und angemessen ist.

Der *legitime Zweck* des Gesetzes muss aufgrund der Vorbehaltlosigkeit der Kunstfreiheit im Schutz eines kollidierenden Verfassungsgutes liegen. Hier kommt die Verwirklichung des Verfassungsauftrages zur Herstellung der Gleichberechtigung von Mann und Frau gemäß Art. 3 Abs. 2 GG in Betracht, was, wie bereits oben beschrieben, das Werbeverbot ausdrücklich bezweckt.

Für diesen Zweck ist es auch, wie ebenfalls oben ausgeführt, eine *geeignete* und *erforderliche* Maßnahme.

Deutlich schwieriger gestaltet sich die Frage nach der *Angemessenheit* der Regelung. So verlangt das BVerfG, „staatliche Eingriffe umso weniger zuzulassen, je näher die umstrittene Handlung dem Kern der Kunstfreiheit zuzuordnen ist und je mehr sie sich im Bereich des Schaffens“ (im Unterschied zum Bereich des Wirkens) abspielt.⁷⁴ Ein Verbot geschlechtsdiskriminierender Werbung, die gleichzeitig Kunst im verfassungsrechtlichen Sinne ist, würde diese Form der Kunstschaffung unmöglich machen.⁷⁵ Es mag sein, dass geschlechterdiskriminierende Kunst nicht jedem gefällt, Anstoß erregt oder gar eine kontroverse Debatte in der Gesellschaft auslöst. Grundsätzlich muss Kunst aber frei von staatlicher Bevormundung sein. Zudem ist Kunst in der Regel bedeutungsoffen und bietet Gelegenheit zur Interpretation, so dass eine geschlechterdiskriminierende Aussage in der Regel begleitet wird von anderen Deutungsvarianten.⁷⁶ Vorstellbar ist auch, dass Künstler/-innen bewusst geschlechterdiskriminierende Darstellungen wählen, um so die gesellschaftliche Debatte zur Gleichstellung der Geschlechter anzuregen und daran teilzuhaben.

Formulierung und Wortlaut des Gesetzes lassen ausreichend Spielraum, um dem hohen Wert, der der Kunstfreiheit zukommt, bei der richterlichen Anwendung der Norm im Einzelfall gerecht zu werden.

Die gesetzliche Regelung untersagt zur Verwirklichung des Verfassungsauftrages zur Herstellung der Gleichberechtigung von Mann und Frau nach Art. 3 Abs. 2 GG bestimmte Formen der diskriminierenden Werbung. § 7a UWG trifft dabei einen angemessenen Ausgleich zwischen den kollidierenden Verfassungsgütern.

Hinweis: Andere Ansicht mit entsprechender Argumentation vertretbar. Bedenkenswert ist insbesondere, dass die vorbehaltlos gewährte Kunstfreiheit sich als leichter einschränkbar erweisen könnte als die Meinungsfreiheit,

welche durch die spezifische Schranke der Allgemeinheit des einschränkenden Gesetzes geschützt ist. Dementsprechend ließe sich gut argumentieren, dass ein staatliches Kunstrichtertum, welches die Kontrolle eines Kunstwerkes von seinem Inhalt abhängig macht, mit der Idee der Kunstfreiheit nur schwer zu vereinbaren ist. Zudem lässt sich anführen, dass gerade Kunst, die sich inhaltlich positioniert, für gesellschaftliche Deliberationsprozesse hochrelevant ist.

(3) Ergebnis

Der Eingriff in den Schutzbereich der Kunstfreiheit ist mithin gerechtfertigt. Das Grundrecht auf Kunstfreiheit ist demnach nicht verletzt.

C. Gesamtergebnis

Die durch die Kammer für Handelssachen des LG Köln eingeleitete konkrete Normenkontrolle ist zulässig, aber nicht begründet.

⁷³ *Werkmeister*, BRJ 2012, 41 (42).

⁷⁴ BVerfGE 77, 240 (254).

⁷⁵ *Völzmann* (Fn. 60), S. 215.

⁷⁶ *Völzmann* (Fn. 60), S. 215.