

Geschlechterdiskriminierungen in Kunst, Medien und Werbung



MISCHA CHARLES SENN,
Prof. Dr. iur., Zürich

Inhaltsübersicht:

- I. Einleitung
- II. Rechtliche Grundlagen
 1. Internationales Recht
 - a. UNO
 - b. Europarat
 - c. EU
 - d. Innerstaatliche Anwendbarkeit
 2. Nationales Recht
 - a. Verfassungsrechtlich gewährte Gleichstellung
 - b. Verfassungsrechtliches Verbot der Geschlechterdiskriminierung
 - c. Verbote gegen Geschlechterdiskriminierung auf Gesetzesstufe
- III. Geschlechterdiskriminierung in besonderen Kommunikationsfeldern
 1. Einleitung
 2. Kunst
 - a. Allgemeines
 - b. Der Kunstvorbehalt
 - c. Fall in der bildenden Kunst: "Kreuzigung"
 - d. Fall in der Literatur: "Geschichte der O"
 3. Medien
 - a. Allgemeines
 - b. Fälle vor dem Presserat
 - c. Fälle vor der UBI
 4. Werbung
 - a. Allgemeines
 - b. Lauterkeitsrechtliche Grundlagen
 - c. Fälle vor der Schweizerischen Lauterkeitskommission
- IV. Schlussbetrachtungen

I. Einleitung

Die Frage der Geschlechterdiskriminierung erfährt in verschiedenen Bereichen eine sehr unterschiedliche Sensibilisierung. Betrachtet man dieses Thema in kommunikationsbezogenen Bereichen wie Kunst, Medien und Werbung, scheint das Bewusstsein gegenüber Geschlechterdiskriminierung allgemein kaum ausgeprägt, und entsprechend findet sich hierzu keine rechtliche Abhandlung. Diese Aspekte sollen deshalb Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sein.

Untersucht man beispielsweise die "Kunstszene" auf mögliche Geschlechterdiskriminierung *durch* Kunstwerke, so sind kaum Fälle aus der Rechtspraxis bekannt. Wenn es zu Rechtsfällen wegen "Kunst" kommt, dann aufgrund anderer Tatbestände. Nicht viel anders sieht es bei den Medien¹ aus, obschon auch hier stereotypische Bilder mit teils geschlechterdiskriminierendem Ansatz vermittelt werden. Im Bereich der Werbung sind die Befindlichkeiten gegenüber Diskriminierungen des Geschlechts hingegen deutlich höher. Das ist sicherlich auch aufgrund vieler tatsächlich vorhandener Fälle mit Geschlechterdiskriminierung erklärbar, doch beschränken sich diese Beispiele zumeist auf die Frage der rein sexistischen Werbung. Auf die spezifischen Aspekte dieser einzelnen Bereiche soll hier eingegangen werden.

Demgegenüber ist in anderen Bereichen, wo geschlechterspezifische Diskriminierungen manifester oder in anderer Weise auftreten, wie bei den noch immer nicht egalisierten Lohnunterschieden, teilweise auch der (sozialversicherungs-)rechtlichen Benachteiligungen, eine Sensibilisierung schon weiter fortgeschritten. Diese Fragen sind hier aber nicht das Thema, und dazu besteht auch hinreichend Literatur.

Zwar sind im Zusammenhang mit Geschlechterdiskriminierung meist Frauen die Hauptgruppe von Benachteiligungen aller Art, doch ist die Geschlechterbezogenheit weder ausschliesslich auf die Frau noch auf die beiden "Hauptkategorien der Frauen und Männer" zu beziehen.² In der vorliegenden Abhandlung wird dennoch vom – in

- 1 Mit Medien stehen in unserem Zusammenhang vor allem Presse, Fernsehen und Radio im Vordergrund. Film und beispielsweise Internet sind nicht Gegenstand der Untersuchung.
- 2 BERNHARD WALDMANN, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Bern 2003, 608 f., der auf die "Personengruppen der Transsexuellen, der Hermaphroditen (Zwitter) und der Eunuchen" hinweist. Vgl. auch REGULA KÄGI-DIENER, Gender Studies – vom Geheimcode zum Schlüsselwort? Was bringt die Gender-Perspektive dem Recht?, AJP/PJA 2001, 371–381, 372 ff. (m.w.H.); ANDREA BÜCHLER, Legal Gender Studies, Die Kategorie Geschlecht im Recht: Eine Einführung, in: Jusletter 5.1.2004, Rz. 68; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. A., Bern 1999, 421 (m.w.H.); ebenso J. P. MÜLLER, Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung, in: ULRICH ZIMMERLI (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Bern 2000, 119. Ferner MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, Justitias Waage – wagemutige Justitia?, Basel 2003, Rz. 88.

diesem Sinne – traditionellen "Vergleichspaar-Modell"³ Frau/Mann die Rede sein, da für die anderen Personengruppen kaum Fälle von Geschlechterdiskriminierung innerhalb des untersuchten Themenbereichs bekannt wurden. Ist hier die Rede von Geschlecht, so ist damit des Weiteren nicht nur das biologische Merkmal, sondern auch das soziale Moment im Sinne von Gender ("soziales Geschlecht") gemeint.⁴

II. Rechtliche Grundlagen

1. Internationales Recht

a. UNO

Die UNO hat verschiedene Erlasse verabschiedet, die sich in allgemeiner oder konkreter Art mehr oder weniger ausführlich mit Fragen der Gleichberechtigung befassen. Hier soll eine kurze Übersicht der wichtigsten Regelungen genügen:⁵

Die Gleichberechtigung ist in den *Internationalen Pakten*⁶ festgehalten. Die Regelungen beschränken sich indessen auf die Aussage, wonach sich die Vertragsstaaten darauf verpflichten, die Gleichberechtigung hinsichtlich der in den Pakten aufgelisteten wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte sicherzustellen.

Das *Übereinkommen der UNO von 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau*⁷ hält eine ganze Reihe von Verpflichtungen und Massnahmen fest, welche von den Vertragsstaaten zwingend einzuhalten sind. Es geht dabei von einem klar definierten Begriff der Diskriminierung aus⁸: In diesem Übereinkommen bezeichnet der Ausdruck "Diskriminierung der Frau" jede mit dem Geschlecht begründete Unterscheidung, Ausschliessung oder Beschränkung, die zur Folge oder zum Ziel hat, dass die auf die Gleichberechtigung von Mann und Frau gegründete Anerkennung, Inanspruchnahme oder Ausübung der Menschenrechte und Grundfreiheiten durch die Frau – ungeachtet ihres Zivilstands – im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen, staatsbürgerlichen oder jedem sonstigen Bereich beeinträchtigt oder vereitelt wird.

Die Vertragsstaaten sind gemäss Art. 2 u.a. verpflichtet, dass die Gleichberechtigung verfassungsmässig zu verankern ist und die tatsächliche Verwirklichung (z.B. durch Gesetz oder sonstige Massnahmen) vollzogen wird (lit. a), die Diskriminierung verboten wird (lit. b) und diskriminierende Gesetze und Praktiken (lit. f) sowie strafrechtliche Normen (lit. g) aufgehoben werden.⁹

Das CEDAW bezieht sich bemerkenswerterweise in Art. 5 auch auf inhaltliche Problemstellungen als Ansatzpunkte zur Beseitigung der Diskriminierung, indem es auch bei den Fragen von sozialen und kulturellen Verhaltensmustern, Vorurteilen und der stereotypisierten Rollenverteilung ansetzt (lit. a). Diese Phänomene seien mit "allen geeigneten Massnahmen" anzugehen.

Die Internationalen Organisationen widmen sich auch dem Vermittlungsauftrag von geschlechterspezifischen Aspekten. So wurden daher unter dem Stichwort *Gender Mainstreaming* in den letzten Jahren verschiedene Schritte unternommen, um eine nachhaltige Sensibilisierung auf geschlechterspezifische Fragen einzuleiten.¹⁰ Gender Mainstreaming wird verstanden als politische Strategie zur Verwirklichung der Gleichstellung in allen Bereichen, und zwar sowohl auf formaler als auch auf praktischer Ebene, die der Bewusstseinsbildung und der Fachkompetenz für Gleichstellungsfragen dient.¹¹ Wieweit sich damit "geschlechterspezifische Unterschiede" hinsichtlich der Berufsauffassung von Frauen und Männern annähern lassen, ist fraglich; allerdings ist das auch nicht Auftrag des Gender Mainstreaming.¹²

3 B. WALDMANN (FN 2), 608.

4 R. KÄGI-DIENER (FN 2), 372 f.

5 Eine nähere Übersicht findet sich bei B. WALDMANN (FN 2), 612; RENÉ RHINOW, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel 2003, N 969 ff.; RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, Zürich/Lachen 2002, BV 8 Rn. 6 ff.

6 Zwei Pakte vom 19.12.1966: Pakt I betrifft die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte; Pakt II die bürgerlichen und politischen Rechte (siehe dazu CHRISTINA HAUSAMMANN, Menschenrechte – Impulse für die Gleichstellung von Frau und Mann in der Schweiz, Basel 2002, N 91 ff.).

7 Nachfolgend als "CEDAW" (= Convention on the elimination of all forms of discrimination against women) bezeichnet.

8 Art. 1 CEDAW.

9 Die Schweiz hat das CEDAW am 23.1.1987 unterzeichnet; es wurde indessen erst 10 Jahre danach ratifiziert, womit die Schweiz als letzter Staat Europas und als 154. Staat Mitglied dieses Vertrags wurde. Es trat am 26.3.1997 in Kraft.

10 CH. HAUSAMMANN (FN 6), N 135 und 164.

11 Siehe im Bericht des Bundesrats zur Umsetzung des Aktionsplans der Schweiz "Gleichstellung von Frau und Mann durch die Bundesbehörden" vom November 2002, 4 (zu beziehen beim Eidg. Büro für Gleichstellung von Frau und Mann, [Website: equality-office.ch]; nachfolgend Bericht 2002); CH. HAUSAMMANN (FN 6), N 135.

12 Vgl. das Beispiel der Einstellungsunterschiede zwischen den Geschlechtern im Bereich des Rechts: Juristinnen fühlen sich eindeutiger dem sozialen Ausgleich, der Befriedung der Situation und der Herstellung von Gerechtigkeit verpflichtet, während es ihren Berufskollegen mehr um den Sieg der von ihnen vertretenen Partei und um den persönlichen Erfolg geht (AXEL TSCHENTSCHER, Geschlechtsspezifische Einstellungen zu Recht und Gerechtigkeit, AJP/PJA 2003, 1139–51, 1149 ff.) Zu diesem Thema vgl. auch R. KÄGI-DIENER (FN 2), 371 ff.

b. Europarat

Der Europarat hat sich insbesondere in zwei Verträgen mit diesem Thema befasst. Zum Einen spricht die EMRK¹³ zwar nur ein allgemeines Diskriminierungsverbot¹⁴ aus, doch wird im Zusatzprotokoll Nr. 12 ein umfassendes und selbstständig anfechtbares Diskriminierungsverbot¹⁵ postuliert.

Andererseits regelt die Europäische Sozialcharta von 1961 insbesondere verschiedene Sozialrechte. Hinsichtlich der Gleichstellung sind das Recht auf Lohngleichheit (Art. 4 Abs. 2), Schutz der Arbeitnehmerinnen (Art. 8) sowie wirtschaftlicher und sozialer Schutz der Mütter und Kinder (Art. 17) verankert. Die revidierte Sozialcharta vom 3. Mai 1996¹⁶ postuliert nunmehr ein Diskriminierungsverbot und eine Chancengleichheit für Arbeitnehmerinnen mit Familienpflichten.

Der Europarat richtete weiter spezifische Institutionen für die Gleichstellung der Frauen ein: Die MinisterInnenkonferenz bzw. den Lenkungsausschuss für die Gleichstellung von Frau und Mann, welche Erklärungen und Entschliessungen zu solchen Fragen verabschieden.¹⁷

c. EU

Die Grundverträge der EU¹⁸ wurden mit dem Vertrag von Amsterdam vom 2. Oktober 1997 und dem Vertrag von Nizza vom 26. Februar 2001¹⁹ erneuert. Im Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) sind nun auch Bestimmungen über die Achtung der Menschenrechte und der Grundfreiheiten sowie insbesondere die Gleichstellungsgarantie enthalten.²⁰ Das Diskriminierungsverbot ist in Art. 13 EGV erwähnt.²¹ Das Postulat des Gender Mainstreaming findet sich demgegenüber in den Art. 2 und Art. 3 Abs. 2 EGV, welche u.a. die (positive) Förderung der Gleichstellung vorsehen.²²

Auf Stufe des EU-Sekundärrechts regeln verschiedene EU-Richtlinien Fragen im Zusammenhang mit der Gleichstellung.²³ Ein aktueller Vorstoss der EU-Kommission schlägt nun auch eine Gleichstellung der Geschlechter im Bereich von Waren und Dienstleistungen vor.²⁴

Die Förderung der Chancengleichheit wird zudem in den Aktionsprogrammen laufend unterstützt. Aktuell ist das 5. Aktionsprogramm zur Förderung der Chancengleichheit²⁵, das sich explizit den Gender-Fragen widmet. Eines der Ziele dieses Aktionsprogramms ist die "Förderung eines besseren Verständnisses der Fragen im Zusammenhang mit der Gleichstellung"²⁶, welches die als Grundproblem erkannte *strukturelle Diskriminierung*²⁷ beseitigen soll.

Die EU hat sich dem Grundrechtsschutz angenommen und am 7. Dezember 2000 im Abkommen von Nizza die *Grundrechte-Charta* (auch EU-Charta genannt) erlassen.²⁸ Deren Auswirkungen und die daraus resultierenden Ansprüche sind aktuell noch nicht abschliessend beurteilbar.²⁹

Eines der Vorteile des EU-Rechts gegenüber dem Recht der UNO und des Europarates liegt u.a. darin, dass die Bestimmungen teils bedeutend weitergehen und vor allem als Gemeinschaftsrecht den Normen der Einzelstaaten vorgehen.³⁰ Vorbehalte gibt es in diesem Sinne nicht.

d. Innerstaatliche Anwendbarkeit

Aufgrund des monistischen Systems werden völkerrechtliche Verträge zum Bestandteil der schweizerischen Rechtsordnung und gelten ab Inkrafttreten innerstaatlich.³¹ Aus

13 Europäische Menschenrechtskonvention des Europarates von 1950.

14 Art. 14 EMRK; vgl. dazu MARK E. VILLIGER, Handbuch der EMRK, 2. A., Zürich 1999, N 8, 658 ff. und insbesondere N 667.

15 Datiert vom 4.11.2000 (noch nicht in Kraft); vgl. CH. HAUSAMMANN (FN 6), N 140.

16 In Kraft seit 1.7.1999.

17 Vgl. dazu CH. HAUSAMMANN (FN 6), N 144.

18 Im Volltext: Vertrag über die Europäische Union, EUV, abgekürzt.

19 Die aktuelle Fassung von Nizza wurde auf den 1.2.2003 in Kraft gesetzt.

20 Vgl. zu den Vertragswerken CHRISTIAN CALLIES/MATTHIAS RUFFERT (Hrsg.), Kommentar EUV/EGV, 2. A., Darmstadt 2002. Zum Verhältnis zwischen europäischem und schweizerischem Recht vgl. ASTRID EPINEY/MICHAEL DUTTWILER, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau im europäischen Gemeinschaftsrecht und schweizerischem Recht – Konvergenzen und Divergenzen, ZBl 2004, 37–68.

21 Vgl. ASTRID EPINEY, in: CH. CALLIES/M. RUFFERT (FN 20), EGV, 12 N 1 f.; B. WALDMANN (FN 2), 614.

22 Dazu JÖRG UKROW, in: CHRISTIAN CALLIES/MATTHIAS RUFFERT (Hrsg.), Kommentar EUV/EGV, 2. A., Darmstadt 2002, EGV 2 Rn. 19 und EGV 3 Rn. 26 f.; ferner RENATE KROLL (Hrsg.), Gender Studies/Geschlechterforschung, Stuttgart 2002, 142 f.

23 Zum Ganzen CH. HAUSAMMANN (FN 6), N 153.

24 Vgl. Vorschlag der EU-Kommission für eine "Richtlinie zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen" vom 5.11.2003 (KOM/2003/0657).

25 Entscheidung der EU 51/2001/EG vom 20.12.2000; siehe auch CH. HAUSAMMANN (FN 6), N 154.

26 Art. 3 lit. b der RL 2001/51/EG (Entscheidung des Rates vom 20.12.2000 über ein Aktionsprogramm der Gemeinschaft betr. die Gemeinschaftsstrategie für die Gleichstellung von Frauen und Männern, 2001-5); vgl. auch B. WALDMANN (FN 2), 615 Fn. 191.

27 Vgl. dazu Erwägungsgrund Nr. 3 der RL 51/2001/EG (siehe FN vorne).

28 In diesem Zusammenhang massgebend: Art. 21 und 23 der EU-Charta; vgl. auch B. WALDMANN (FN 2), 614 f.; R. RHINOW, Grundzüge (FN 5), N 989 f.

29 Siehe auch CH. HAUSAMMANN (FN 6), N 159 (m.w.H.); CHRISTIAN CALLIES, in: CHRISTIAN CALLIES/MATTHIAS RUFFERT (Hrsg.), Kommentar EUV/EGV, 2. A., Darmstadt 2002, EUV 1 N 22a.

30 CH. HAUSAMMANN (FN 6), N 150.

31 WALTER KÄLIN/ASTRID EPINEY, Völkerrecht, Bern 2003, 93 f.; R. RHINOW, Grundzüge (FN 5), N 3199 f.; CH. HAUSAMMANN (FN 6), N 176; YVO HANGARTNER, St. Galler Kommentar, Zürich/Lachen 2002, BV 5 Rn. 40 ff.; BGE 122 II 234. Vgl. auch die Art. 5 Abs. 4, 191, 193 Abs. 4 und 194 Abs. 2 BV.

diesem Grunde können sich Personen direkt auf die Staatsverträge berufen, soweit diese direkt anwendbare Normen (self-executing) darstellen.³² Dazu zählen u.a. die EMRK, der UNO-Pakt I (nicht aber II)³³ und teils das CEDAW³⁴. Die oben beschriebenen Erlasse der EU sind – im Gegensatz zu den Bilateralen Abkommen – nicht Gegenstand von Staatsverträgen mit der Schweiz; sie haben keine rechtliche Wirkung für das nationale Recht.

2. Nationales Recht

a. Verfassungsrechtlich gewährte Gleichstellung

Das Postulat zur *allgemeinen Chancengleichheit* ist in der Zweckbestimmung der Bundesverfassung (BV) enthalten und beauftragt den Staat, "für eine möglichst grosse Chancengleichheit unter den Bürgerinnen und Bürgern" zu sorgen (Art. 2 Abs. 3 BV). Aus dieser Bestimmung können, wie auch aus dem ganzen Zweckartikel (Art. 2 BV), weder verfassungsmässige Rechte noch Gesetzgebungsaufträge abgeleitet werden; sie haben vielmehr programmatischen Charakter.³⁵ Fragen der geschlechtsspezifischen Chancengleichheit sind daher insbesondere unter dem Diskriminierungstatbestand von Art. 8 Abs. 2 BV zu untersuchen, worauf weiter unten eingegangen wird.

Die *Menschenwürde* gemäss Art. 7 BV wird teils umschrieben als "(...) Würde im Sinne des Respekts, der Wertschätzung und der Achtung der Individualität und Einzigartigkeit jedes Menschen."³⁶ Sie enthält (auch) das "Verfassungsprinzip der Gleichwertigkeit aller Menschen"³⁷. Die Menschenwürde steht als Leitprinzip und die weiteren Grundrechte werden als deren Konkretisierung betrachtet³⁸, wobei die Garantie der Menschenwürde teils gleichzeitig auch als eigenständiges ("anspruchsbegründendes und justiziables") Individualrecht angesehen wird.³⁹

Die Menschenwürde ist in einigen gesetzlichen Normen (zentrales) Rechtsgut, so beispielsweise im Rassendiskriminierungsverbot (vgl. dazu weiter unten).

Das *Gleichbehandlungsgebot* von Art. 8 Abs. 1 BV wird auch mit *allgemeinem Gleichheitssatz* bezeichnet.⁴⁰ Im Grundsatz enthält der Gleichheitssatz, prägnant ausgedrückt, einerseits die Verpflichtung der gleichen Behandlung von Gleichem und andererseits die der ungleichen Behandlung von Ungleichen.⁴¹ Die Bestimmung regelt insbesondere die Rechtsgleichheit bei der Rechtsetzung und Rechtsanwendung.⁴² Die Fragen der Geschlechterdiskriminierung sind nicht expliziter Gegenstand dieses Absatzes, denn diese Fragen sind in den beiden nachfolgenden Spezialtatbeständen geregelt.

Das *Diskriminierungsverbot* von Art. 8 Abs. 2 BV stellt eine Ergänzung des allgemeinen Gleichheitssatzes dar und gilt zunächst einmal allgemein, indem Diskriminierungen aufgrund der Kriterien wie namentlich Herkunft, Rasse, Geschlecht, Alter u.a.m. nicht toleriert sind.

Die *Diskriminierung* wird einerseits definiert als Benachteiligung, die sich sachlich nicht rechtfertigen lässt.⁴³ Sie stellt nach Bundesgericht eine "qualifizierte Art der Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen

- 32 W. KÄLIN/A. EPINEY (FN 31), 94, 106 ff.; BGE 124 III 90.
- 33 W. KÄLIN/A. EPINEY (FN 31), 111; DANIEL THÜRER, Verfassungsrecht und Völkerrecht, in: DANIEL THÜRER/JEAN-FRANÇOIS AUBERT/JÖRG PAUL MÜLLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 11 Rn. 134 ff.; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. A., Zürich 2001, N 339 f.; M. E. VILLIGER (FN 14), N 60 ff.
- 34 Wobei zu beachten ist, dass dieses Übereinkommen die Vertragsstaaten zu Massnahmen verpflichtet; immerhin kann man sich gemäss Fakultativprotokoll mittels Individualbeschwerde an den Ausschuss richten (vgl. CH. HAUSAMMANN [FN 6], N 179 und S. 185).
- 35 ULRICH MEYER-BLASER/THOMAS GÄCHTER, Der Sozialstaatsgedanke, in: DANIEL THÜRER/JEAN-FRANÇOIS AUBERT/JÖRG PAUL MÜLLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 34 Rn. 18; BERNHARD EHRENZELLER, St. Galler Kommentar, Zürich/Lachen 2002, BV 2 Rn. 9 und 20 f.; R. RHINOW, Grundzüge (FN 5), N 214.
- 36 RENÉ RHINOW, Die Bundesverfassung 2000, Basel 2000, 32; B. WALDMANN (FN 2), 167.
- 37 B. WALDMANN (FN 2), 163.
- 38 PHILLIPPE MASTRONARDI, Menschenwürde als materielle "Grundnorm" des Rechtsstaats?, in: DANIEL THÜRER/JEAN-FRANÇOIS AUBERT/JÖRG PAUL MÜLLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 14 Rn. 7 und 24 ff., insbes. 46, sowie PHILLIPPE MASTRONARDI, St. Galler Kommentar, Zürich/Lachen 2002, BV 7 Rn. 14 ff.; B. WALDMANN (FN 2), 151 ff.; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte (FN 2), 1 ff.; U. HÄFELIN/W. HALLER (FN 33), N 174 und 222. So nun auch BGE 130 I 16 E. 5.2.
- Zur Rechtslage in Deutschland vgl. PH. MASTRONARDI (vorne) und der aktuelle Entscheid des BVerfG, Beschl. v. 11.3.2003 E.C.1 ("H.I.V. Positive"; AfP 2003, 149).
- Auch im EUV (in Art. 6) bildet die Menschenwürde nicht nur ein Grundrecht, sondern auch das "eigentliche Fundament der Grundrechte" (THORSTEN KINGREEN, in: CHRISTIAN CALLIES/MATTHIAS RUFFERT [Hrsg.], EUV/EGV, 2. A., Neuwied 2002, EUV 6 N 93). Demgegenüber ist in der EU-Charta die Würde des Menschen in einem eigenen Kapitel mit gleichem Titel als Art. 1 festgehalten; die (Grund-)Freiheiten sind in Kapitel 2 aufgeführt (Art. 6 bis 19).
- 39 R. RHINOW, Grundzüge (FN 5), N 174 ff.; R. RHINOW, BV 2000 (FN 36), 33 und 98.
- 40 BEATRICE WEBER-DÜRLER, Rechtsgleichheit, in: DANIEL THÜRER/JEAN-FRANÇOIS AUBERT/JÖRG PAUL MÜLLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 41 Rz. 8 ff.; R. KÄGI-DIENER (FN 2), 378; R. RHINOW, Grundzüge (FN 5), N 1633 ff.; R. J. SCHWEIZER (FN 5), Rz. 21 ff.
- 41 Wobei diese Formel des Bundesgerichts ("Gleiches ist nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln", BGE 125 I 173) immer im Kontext des Einzelfalls anzuwenden ist (vgl. auch R. RHINOW, Grundzüge [Fn. 5], N 1634).
- 42 B. WEBER-DÜRLER, Rechtsgleichheit (FN 40), N 11 ff.; nun auch: BEATRICE WEBER-DÜRLER, Zum Anspruch auf Gleichbehandlung in der Rechtsanwendung, ZBl 2004, 1–36, 5 ff.; R. KÄGI-DIENER (FN 2), 378; R. RHINOW, Grundzüge (FN 5), N 1649 ff.
- 43 So BGE 124 II 424; B. WEBER-DÜRLER (FN 40), N 24; R. RHINOW, Grundzüge (FN 5), N 1691 f.; R. J. SCHWEIZER (FN 5), Rz. 49 ff.; M. BIGLER-EGGENBERGER (FN 2), Rz. 82.

dar, indem sie eine Benachteiligung eines Menschen bewirkt⁴⁴. Andererseits spricht man aber auch von *indirekter Diskriminierung*, die den Umstand beschreibt, dass ein an sich rechtsgleich ausgestaltetes Gesetz in seinen tatsächlichen Auswirkungen Angehörige einer Gruppe besonders stark benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet wäre⁴⁵, geschweige denn gewollt. Ein deutlicher Fall der indirekten (Geschlechter-)Diskriminierung liegt beispielsweise bei der Anwendung der Bestimmungen zur Arbeitslosigkeit vor: "Die stereotypen Vorstellungen über die Verantwortlichkeiten für Familien- und Hausarbeit führen zur Benachteiligung und sogar zum Ausschluss der Frauen aus der Arbeitslosenversicherung aus Gründen, die das Gesetz nicht vorgesehen hat."⁴⁶

Der "*Geschlechtergleichheitsartikel*" Art. 8 Abs. 3 BV umfasst drei Grundtatbestände, nämlich die Gleichberechtigung von Frau und Mann (1. Satz), den Gleichstellungsauftrag (2. Satz) und die Lohngleichheit (3. Satz).⁴⁷

Der *Gleichberechtigungsgrundsatz* stellt ein Individualrecht dar. Er kann, wie alle Grundrechte, (auf gesetzlicher Stufe) eingeschränkt werden⁴⁸ – und zwar, gemäss Botschaft des Bundesrates, in diesem Falle gegenüber den Männern –, "um die Chancen der Frauen, unter gleichen Bedingungen wie die Männer Zugang zum wirtschaftlichen, politischen und gesellschaftlichen Leben zu haben, zu verbessern."⁴⁹ Eine gewisse Bevorzugung⁵⁰ ist somit grundsätzlich möglich, sei es als Sonderbehandlung oder sei es als Förderungsmassnahme zugunsten der Frauen.⁵¹ Wieweit sie realisiert werden, möge dahingestellt bleiben. Eine unterschiedliche Behandlung ist im Übrigen nach diesem Grundsatz nur und nur dann zulässig, wenn "auf dem Geschlecht beruhende biologische oder funktionale Unterschiede eine Gleichbehandlung absolut ausschliessen"⁵².

b. Verfassungsrechtliches Verbot der Geschlechterdiskriminierung

Das Verbot der Geschlechterdiskriminierung ist in Art. 8 Abs. 2 BV statuiert. Ist indessen von einem, wenn man so will, moderneren Verständnis des Geschlechtes auszugehen, dann erfasst dieser Tatbestand nicht nur das "klassische Paar" von Frau und Mann, sondern auch jene Bedeutungen von Geschlecht, wie sie eingangs beschrieben wurden.⁵³ Bei Fällen von Geschlechterdiskriminierungen von Frauen (und Männern) stellte sich die Frage, welche Bestimmung die Frauen vor Diskriminierungen schützen soll, da eine Abstützung auf Abs. 3 von Art. 8 BV auch möglich wäre. Bei diesem Absatz handelt es sich aber um die Spezialtatbestände der Gleichberechtigung von Frau und Mann, des Gleichstellungsauftrags und der Lohngleichheit (vgl. dazu oben). Deshalb sind für die Fragen insbesondere der Frauendiskriminierung die Grundsätze aus Abs. 2 anzuwenden, soweit nicht ein Spezialtatbestand des dritten Absatzes⁵⁴ vorliegt. Die teilweise erwähnte "Doppelspurigkeit"⁵⁵ der BV ist also nur scheinbar.⁵⁶

Einer der Schutzzwecke des Geschlechterdiskriminierungsverbots besteht in der Beseitigung stereotypisierender gesellschaftlicher Kategorisierungen.⁵⁷ Solche Vorstellungen

von traditionellen Bildern der Frau werden wir in den untersuchten Bereichen wieder aufnehmen.

c. Verbote gegen Geschlechterdiskriminierung auf Gesetzesstufe

Auf Bundesebene besteht als einziger, aktuell gültiger Erlass das Gleichstellungsgesetz (GlG), das sich Fragen der Geschlechtergleichstellung im Arbeitsbereich annimmt. Lediglich partiell und höchstens auf Verordnungsstufe finden sich Bestimmungen u.a. über Förderungsmassnahmen zugunsten der Frauen.⁵⁸ Weitere Gesetze sind verabschiedet

-
- 44 BGE 126 II 377 E.6. Zur europäischen Rechtsprechung vgl. EuGH, U. v. 17.9.2002, NJW 2002, 3160 (m. w. H.).
- 45 BGE 126 II 377 E. 6.c; 124 II 409 E. 7; 124 II 530; B. WEBER-DÜRLER (FN 40), N 34 (m.w.H.); R. RHINOW, Grundzüge (FN 5), N 1697 f.; R. J. SCHWEIZER (FN 5), Rz. 50 ff.; M. BIGLER-EGGENBERGER (FN 2), Rz. 85 ff. und 253; A. EPINEY/M. DUTTWILER (FN 20), 46 ff. Ein Beispiel für eine indirekte Diskriminierung: Die Voraussetzung einer Mindestkörpergrösse von 175 cm für den Eintritt in den Polizeidienst ist diskriminierend, da diese Regelung statistisch gesehen die Männer bevorzugt (siehe B. WEBER-DÜRLER [FN 40], N 34).
- 46 Bericht 2002 (FN 11), 21. Immerhin sollte dieser diskriminierende Umstand mit der geplanten Gesetzesrevision der ALV (zumindest teilweise) beseitigt werden.
- 47 B. WEBER-DÜRLER (FN 40), N 27 ff.; CH. HAUSAMMANN (FN 6), N 233; M. BIGLER-EGGENBERGER (FN 2), Rz. 68 ff. Auf die weiteren Tatbestände (Gleichstellungsauftrag und Lohngleichheit) wird hier nicht näher eingegangen.
- 48 A.A. B. WEBER-DÜRLER (FN 40), N 15, wonach Art. 36 BV eine Einschränkung (nur) nur bei den Grundrechten, nicht aber bei der Rechtsgleichheit zuliesse.
- 49 Botschaft zur Volksinitiative "Für eine gerechte Vertretung der Frauen in den Bundesbehörden", BBl 1997 III 585; vgl. auch CH. HAUSAMMANN (FN 6), N 233, m.w.H.
- 50 ASTRID EPINEY/MICHAEL DUTTWILER (FN 20), 58 ff.; M. BIGLER-EGGENBERGER (FN 2), Rz. 643, nennt dies den Grundsatz "pro femina".
- 51 B. WEBER-DÜRLER (FN 40), N 25, 29 und 32; J. P. MÜLLER, Grundrechte (FN 2), 429 und 450. So erscheint es zulässig, Bewerbungen von gleich qualifizierten Frauen zu bevorzugen, um den Frauenanteil zu erhöhen (vgl. Erläuternder Bericht zur Teilrevision des Fachhochschulgesetzes, Bern 2002, 14, FN 30).
- 52 BGE 125 I 24; 126 I 3; B. WEBER-DÜRLER (FN 40), N 28.
- 53 Vgl. Ziff. I.1.
- 54 Bzw. ohnehin ein gesetzlicher Tatbestand zur Anwendung kommt.
- 55 J. P. MÜLLER, Diskriminierungsverbote (FN 2), 111 und 119; R. RHINOW, Grundzüge (FN 5), Rz. 1730 f.
- 56 B. WALDMANN (FN 2), 608 ff.; ferner B. WEBER-DÜRLER (FN 40), N 25 f.
- 57 B. WALDMANN (FN 2), 610; J. P. MÜLLER, Grundrechte (FN 2), 432.
- 58 Vgl. dazu B. WALDMANN (FN 2), 612 FN 174.

bzw. geplant⁵⁹, doch regeln diese nicht die hier spezifisch untersuchte Frage der Geschlechtergleichstellung zwischen Frau und Mann. Im Strafrecht besteht keine Norm gegen Geschlechterdiskriminierungen, obschon von einzelnen Seiten gefordert wurde, im Rahmen der Debatte zum Rassendiskriminierungsverbot (Art. 261^{bis} StGB) eine entsprechende Bestimmung gegen Geschlechterdiskriminierung aufzustellen.⁶⁰

III. Geschlechterdiskriminierung in besonderen Kommunikationsfeldern

1. Einleitung

In den hier dargestellten kommunikationsbezogenen Bereichen lassen sich im Zusammenhang mit Geschlechterdiskriminierungen in absteigender Kaskade einerseits recht grosse Freiräume (Kunst), andererseits doch schon privatrechtliche Schranken (Werbung) feststellen. Während sich die künstlerischen Auseinandersetzungen zu diesem Thema auf den Kunstvorbehalt berufen, können kommerzielle Äusserungen mit geschlechterdiskriminierendem Inhalt lauterkeitsrechtlichen Sanktionen unterliegen. Eine Mittelstellung geniessen hierbei die Medien.

2. Kunst

a. Allgemeines

Wie erwähnt, finden sich in der "Kunstszene" keine Rechtsfälle wegen Geschlechterdiskriminierungen *durch* Kunstwerke, was aber nicht heisst, dass solche nicht de facto zuhauf anzutreffen sind.⁶¹ Rechtsverletzungen wegen Kunstwerken beziehen sich auf andere Tatbestände. Welche das sind, und welche Bedeutung dem sog. Kunstvorbehalt zukommt, soll hier nachgezeichnet und aufgrund konkreter Beispiele erläutert werden.

b. Der Kunstvorbehalt

Die schweizerische Rechtsordnung⁶² kennt im Strafrecht die Konstruktion des sog. Kunstvorbehalts. Sie bedeutet, dass eine Tatbestandsmässigkeit nicht gegeben ist, wenn es sich beim "Tatobjekt" um ein (schutzwürdiges) Kunstwerk handelt. Das ist der Fall bei Gewaltdarstellungen und Pornographie. Keinen solchen Vorbehalt – teils auch mit "Privileg"⁶³ bezeichnet – finden sich in den anderen entsprechenden Strafbestimmungen⁶⁴. Hierbei kommen vor allem die Strafnormen zur Störung der Glaubens- und Kulturfreiheit (Art. 261 StGB⁶⁵) und zur Rassendiskriminierung (Art. 261^{bis} StGB) in Frage. Hier wie anderswo sind Meinungsäusserungen im Rahmen einer künstlerischen Auseinandersetzung unter dem Titel der Rechtfertigungsgründe zu beurteilen⁶⁶, d.h. sie sind innerhalb des methodischen Verfahrens der Interessenabwägung zu untersuchen. Ob mit der dabei verlangten verfassungsmässigen Ausle-

gung der "Tatbestand hinreichend eng gefasst werden (kann), um ein Überwiegen wissenschaftlicher oder kultureller Interessen von vornherein auszuschliessen"⁶⁷, möge an dieser Stelle dahingestellt bleiben.

Das Verbot von Gewaltdarstellungen gemäss Art. 135 StGB (auch "Brutalnorm" genannt) will, kurz umschrieben, die Darstellung von grausamen Gewalttätigkeiten unterbinden.⁶⁸ Das Pornographieverbot gemäss Art. 197 StGB will, ebenfalls kurz umschrieben, pornographische Veröffentlichungen einschränken. Pornographische Darstellungen können im Übrigen nach neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichts den Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit geniessen, selbst wenn sie "keinen informativen Gehalt (sic!) aufweisen, sondern rein kommerziellen Zwecken dienen. Denn die EMRK schützt – ohne Wertung des Inhalts – alle Formen der Äusserung"⁶⁹.

59 Nämlich das Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG, und das Partnerschaftsgesetz (vgl. dazu Botschaft v. 29.11.2002, BBl 2003, 1288 ff.).

60 MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Rassendiskriminierung, Kommentar, Zürich 1996, N 526.

61 Vgl. nur schon beispielsweise die verschiedenen Aktfotografien von Helmut Newton, der die Frauen in teils zweideutiger Pose abgebildet hat.

62 Vgl. zu anderen Rechtsordnungen beispielsweise den in Ziff.III.2.d geschilderten Fall.

63 Z.B. Basler Kommentar STGB II, Basel 2003, 261 N 9. JÜRIG-BEAT ACKERMANN nennt den Kunstvorbehalt "Kulturklausel" (JÜRIG-BEAT ACKERMANN, Satire und Strafrecht, in: J.-B. ACKERMANN [Hrsg.], Strafrecht als Herausforderung, Zur Emeritierung von N. Schmid, Zürich 1999, 79–92, 90).

64 Und soweit ersichtlich auch sonst nicht.

65 Vgl. dazu weiter hinten zum Fall "Kreuzigung".

66 Vgl. dazu STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafbuch, Kurzkomentar, 2. A., Zürich 1997, 261^{bis} N 44 und schon 8; Basler Kommentar StGB II (FN 63), 261 N 9, 27 und 30 f. sowie 261^{bis} N 29; GÜNTHER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, BT II, 5. A., Bern 2000, § 39 N 6; JÖRG REHBERG, Strafrecht IV, 2. A., Zürich 1996, 177; M. A. NIGGLI (FN 60), N 1014 f.

67 ST. TRECHSEL (FN 66), 261^{bis} N 44.

68 Die Norm ist ausgesprochen umständlich formuliert und wegen legislatorischen Versäumnissen eine dogmatisch kaum befriedigend zu lösende "Knacknuss" (vgl. auch ST. TRECHSEL [FN 66], 135 N 11 und 197 N 17; GÜNTHER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, BT I, 5. A., Bern 1995, § 4 N 91 f.; Basler Kommentar StGB II [FN 63], 135 N 2 ff.).

69 BGE 128 IV 201 E. 1.4.1 (m.w.H.); ferner Basler Kommentar StGB II (FN 63), 197 N 10 und M. E. VILLIGER (FN 14), N 615, zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.

In beiden Fällen – Gewaltdarstellungen und Pornographie – wird dieser Kunstvorbehalt mit der Formulierung umschrieben, dass ein "schutzwürdiger kultureller oder wissenschaftlicher Wert" vorliegen müsse.⁷⁰ Dass dies die Tatbestandsmässigkeit ausschliesst, heisst schlicht, dass die Strafnorm bei Gewaltdarstellungen und Pornographie keine Anwendung findet, wenn die Darstellung durch ein (schutzwürdiges) Kunstwerk (oder wissenschaftliches Werk⁷¹) erfolgt.⁷² Es ist also nicht das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes zu beurteilen, sondern bereits auf der Stufe des Tatbestands zu entscheiden, ob es sich "nur" um ein pornographisches bzw. gewaltdarstellendes Werk oder um ein künstlerisches Werk (bzw. ein Werk mit "schutzwürdigem kulturellen Wert") handelt.⁷³

Es ist daher zuerst zu bestimmen, ob ein Kunstwerk vorliegt, denn um nichts Anderes als ein Kunstwerk handelt es sich bei einer Darstellung mit kulturellem Wert. Eine Abgrenzung zwischen einer Darstellung mit kulturellem Wert und einem Kunstwerk wird jedenfalls weder verlangt, noch ist sie gegeben. Aufgrund des weiten Kunstbegriffs ist daher in aller Regel bei Darstellungen mit kulturellem Wert von einem Kunstwerk auszugehen. Das bezieht indirekt aber die Frage der Definierbarkeit von Kunstwerken mit ein.⁷⁴ Allerdings greift der Kunstvorbehalt nur dann, wenn das Kunstwerk als schutzwürdig beurteilt werden kann. Die Frage der Schutzwürdigkeit – wie auch der des kulturellen Wertes – ist eine Rechtsfrage, zu der kaum verlässliche Kriterien zu deren Abgrenzung vorhanden sind.⁷⁵ Klar ist indessen, dass diese Frage verfassungskonform auszulegen ist.⁷⁶

Die Gründe dieses Vorbehaltes sind allerdings zu hinterfragen. Soweit ersichtlich ergeben die Materialien und die Lehre keine näheren Begründungen darüber ab, weshalb der Gesetzgeber gerade diese Konstruktion des Kunstvorbehaltes gewählt hat. Eine dogmatische Abhandlung dazu fehlt. Auch die Lehre übernimmt die legislatorische Konstruktion relativ unreflektiert. So wird im Zusammenhang mit der Kunstfreiheit festgehalten, dass diese den – ohnehin bekannten – Schranken gesetzlicher Bestimmungen gemäss Art. 36 Abs. 1 BV unterworfen sei, gleichzeitig wird aber gerade der Ausschluss dieser Schranke bei den erwähnten Straftatbeständen (Gewaltdarstellungen und Pornographie) hervorgehoben.⁷⁷ Da indessen der Ausschluss der Einschränkung gerade keine Schranke darstellt, müsste die legislatorische Konstruktion methodisch differenzierter wiedergegeben werden.

Die Abgrenzung zwischen Darstellungen mit oder ohne (schutzwürdigen) kulturellen bzw. wissenschaftlichen Wert wird dahingehend gezogen, dass beispielsweise Darstellungen ohne kulturellen Wert solche sind, die "sich im Wesentlichen darin erschöpfen, Grausamkeiten bloss zur Unterhaltung oder Belustigung darzubieten. Dokumentarische oder künstlerische Werke hingegen führen Grausamkeiten vor Augen, um die Folgen individueller oder kollektiver Gewalt exemplarisch zu illustrieren (...)"⁷⁸, also im Falle von Pornographie nicht primär der Befriedigung sexueller Bedürfnisse dienen. Die zitierte Umschreibung scheint allerdings eine "veredelungsidealistisch"⁷⁹ gefärbte

Rechtfertigung unter Missdeutung von teils durchaus anders, oft individuell-psychologisch⁸⁰ oder rein kommerziell moti-

70 Art. 135 Abs. 1 StGB (Gewaltdarstellungen) und Art. 197 Ziff. 5 StGB (Pornographie). Zu den Internationalen Übereinkommen zum Schutz der öffentlichen Sittlichkeit vgl. LUCAS DAVID/MARK A. REUTTER, Schweizerisches Werbe-recht, Zürich 2001, 51 f.

71 Der Aspekt des wissenschaftlichen Werts wird hier nicht weiter verfolgt. Allgemein wird gesagt, dass der wissenschaftliche Wert von der Notwendigkeit der Darstellung für Lehre und Forschung abhängt (vgl. z.B. Basler Kommentar StGB II [FN 63], 135 N 17; Botschaft 1985, 1046).

72 Vgl. dazu St. TRECHSEL (FN 66), 135 N 11 und 197 N 17; G. STRATENWERTH BT I (FN 68), § 4 N 101 bzw. § 10 N 5; JÖRG REHBERG/NIKLAUS SCHMID, Strafrecht III, 7. A., Zürich 1997, 56 und 415. Nach Franz RIKLIN (F. RIKLIN, Schweizerisches Presserecht, Bern 1996, § 5 N 47), stellt der Vorbehalt einen Rechtfertigungsgrund dar, was unzutreffend ist, vgl. dazu MISCHA CHARLES SENN, Satire und Persönlichkeits-schutz, Bern 1998 (FN 72), 159 ff., m.w.H.

Als eine andere Art von Ausschluss der Tatbestandsmässigkeit der Pornographie gilt bei Filmen (gemäss ROLAND SEIM [ROLAND SEIM, "Das gehört verboten!" Kultur und Zensur zwischen Zeitgeist und Wertewandel, in: WOLFGANG R. LANGENBUCHER (Hrsg.), Die Kommunikationsfreiheit der Gesellschaft, Publizistik/Sonderheft 4/2003, 323–339], 336) dann, wenn die erwachsenen DarstellerInnen freiwillig daran teilnehmen, so jedenfalls die – durchaus fragwürdige – Regelung in skandinavischen Ländern.

73 Zum dogmatischen Hintergrund der Interessenabwägung auf Stufe Tatbestandsmässigkeit und Rechtfertigungsgrund vgl. M. CH. SENN, Persönlichkeitsschutz (FN 72), 154 ff. (m.w.H.).

74 Zu dieser Problematik vgl. M. CH. SENN, Persönlichkeitsschutz (FN 72), 117 ff. (m.w.H.).

75 Der Hinweis darauf, dass die Schutzwürdigkeit "nicht unabhängig vom geschützten Rechtsgut der entsprechenden Strafnorm und der Intensität der konkreten Verletzung bestimmt werden" könne (J.-B. ACKERMANN [FN 63], 91), hilft noch nicht sehr weit.

76 J.-B. ACKERMANN (FN 63), 91.

77 So wird beispielsweise wörtlich wiedergegeben, dass "als strafrechtliche Schranke der Kunstfreiheit das Pornographieverbot (...) und das Verbot von Gewaltdarstellungen zu nennen" seien (CHRISTOPH MEYER/FELIX HAFNER, St. Galler Kommentar, Zürich/Lachen 2002, BV 21 Rn. 10). Auch weitere Autoren erwähnen diese Strafrechtsbestimmungen (J. P. MÜLLER, Grundrechte [FN 2], 311 ff.; DENIS BARRELET, Les libertés de la communication, in: DANIEL THÜRER/JEAN-FRANÇOIS AUBERT/JÖRG PAUL MÜLLER [Hrsg.], Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 45 Rn. 55; HEINRICH HEMPEL, Die Freiheit der Kunst, Zürich 1991, 331).

78 Botschaft v. 26.6.1985, BBl 1985 II, 1046; G. STRATENWERTH, BT I (FN 68), § 4 N 101; St. TRECHSEL (FN 66), 135 N 11. Für KARL-HEINZ LADEUR darf die pornographische Darstellung insofern nicht "meinungsbildend" sein (K.-H. LADEUR, Was ist Pornographie heute?, AfP 2001, 471–477, 475).

79 Das Wort ist übernommen von K.-H. LADEUR (FN 78), 472, der es in anderem Zusammenhang verwendet.

80 Vgl. die Beispiele bei RENATE BERGER, Pars pro toto – Zum Verhältnis von künstlerischer Freiheit und sexueller Integrität,

vierten Intentionen künstlerischer Auseinandersetzungen, was anderenorts auch den Eindruck vermitteln lässt, der "Kunstanpruch sei nicht mehr als ein Deckmäntelchen für eine Darstellung, die vor allem Aufsehen erregen soll"⁸¹. Ein offenes Geheimnis ist seit jeher, dass unter dem "Kunstmantel" Handlungen oder Darstellungen erlaubt sind, die sonst keine öffentliche Billigung erheischen würden.

c. Fall in der bildenden Kunst: "Kreuzigung"

Kurt Fahrners Bild der "Kreuzigung" wurde zu einem Rechtsstreit. Das Bild der gekreuzigten Frau von 1959 wurde von der Staatsanwaltschaft Basel Stadt konfisziert⁸²; jedoch nicht aus Gründen der Geschlechterdiskriminierung, sondern – das allerdings nicht weiter verwunderlich – wegen Verletzung religiöser Gefühle, genauer: wegen "Störung der Glaubens- und Gewissensfreiheit" (StGB 261).⁸³ Kurt Fahrner verteidigte seine Intention zu diesem Bild damit, dass es ihm "nicht um Verletzung religiöser Gefühle (gehe, sondern er) wollte das Leiden der Menschen von heute durch Krieg, Arbeit und Unterdrückung am intensivsten ausdrücken, weil eine Frau noch hilfloser wirkt und ihre Knechtung stärker anklagt und aufweckt."⁸⁴ Das Bundesgericht sah indessen in dieser Darstellung eine grobe Entwürdigung des Christuskreuzes als Symbol christlicher Glaubenssätze, weshalb sie die religiöse Überzeugung verletze.⁸⁵ Immerhin hat es das Bild der "gekreuzigten Frau" nicht als unzüchtig im Sinne der damaligen Norm Art. 204 StGB angesehen.⁸⁶

Keine eingehendere Beachtung findet hingegen die Darstellung der nackten Frau in dieser Pose. Das Bundesgericht konnte zwar die "Idee der leidenden Frau, welche X. (= Fahrner) vorgeschwebt hat (...), in der dargestellten Kreuzigung" nachvollziehen, sah darin aber keine unzüchtige Veröffentlichung.⁸⁷

Der Schutzgegenstand war hier also nicht die Würde der Frau, sondern das (öffentliche) Sittlichkeitsgefühl (im Fall von Art. 204 StGB) bzw. die Glaubensfreiheit (im Fall von Art. 261 StGB)⁸⁸. Das ist weiter weder verwunderlich noch rechtlich zu beanstanden, da gar keine strafrechtliche Grundlage zur Ahndung von Verletzungen der Würde von Frauen besteht. Allerdings ist in keinem der Entscheide über unzüchtige Veröffentlichungen⁸⁹ eine Begründung zu finden, die sich zur Frage der entwürdigenden Darstellung von Frauen auch nur andeutungsweise äussert.

Selbst RIKLIN⁹⁰ nimmt keinen Bezug auf einen möglicherweise problematischen Kontext zur Würde der Frauen, wenn die Begründung des Bundesgerichts wörtlich wiedergegeben wird mit: "weil bei der Darstellung eines Kreuzes anstelle des Leibes Christi eine nackte Frauengestalt, die mit gespreizten Beinen die deutlich sichtbare Scham offen zur Schau stellte, als ob sie zum Geschlechtsakte bereit wäre."⁹¹ STRATENWERTH weist lediglich darauf hin, dass eine solche Handlung (Störung der Glaubensfreiheit) im Kontext einer künstlerischen Äusserung vom Grundrecht der Kunstfreiheit gedeckt sein könnte⁹², deutet damit auf die in dieser Bestimmung nicht explizit aufgeführte "Rechtfertigung" des Kunstvorbehalts⁹³ hin.

d. Fall in der Literatur: "Geschichte der O"

In Deutschland wurde die Veröffentlichung des Romans "Geschichte der O" von Pauline Réage⁹⁴ wegen des Verstosses gegen das Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften (GjS) verboten.⁹⁵ Der Roman handelt von der Geschichte eines jungen Mädchens, welches von einem Männergeheimbund zu "jeder Art von Greueln und Perversionen gezwungen wird, sich diesen Männern vollkommen zu unterwerfen."⁹⁶ Das Gericht bestätigt mit seinem Urteil den Entscheid der entsprechenden Bundesprüfstelle, die sich wiederum auf ein Gutachten abstützt, das zum Schluss gelangt, dass der Roman pornographisch sei und der Glorifizierung einer unmenschlichen Konstruktion und nicht der Kunst diene. Zudem sei der Roman "extrem frauenfeindlich und die Menschenwürde der Frau verletzend"⁹⁷.

-
- in: R. GROSSMASS/C. SCHMERL (Hrsg.), Leitbilder, Vexierbilder und Bildstörungen, Frankfurt 1996, 125–164, 129 ff.
- 81 Basler Kommentar StGB II (FN 63), 135 N 18 (mit Hinweis auf andere Autoren).
- 82 Im September 1980 wurde es dann wieder freigegeben (vgl. dazu LUDWIG A. MINELLI, Obszönes vor Bundesgericht, Zürich 1981, 41).
- 83 Vgl. dazu ST. TRECHSEL (FN 66), 261 N 2; Basler Kommentar StGB II (FN 63), 261 N 37 (m.w.H.); ferner L. A. MINELLI (FN 82), 35 ff.
- 84 KURT FAHRNER, zitiert im Ausstellungskatalog, Kunsthalle Basel, 1979, 19. Im entsprechenden Internet-Katalog wird ein ähnliches Bild von Fahrner indessen unter der Bezeichnung "erotische Kunst" angeboten (artnet.com).
- 85 BGE 86 IV 19 E. 5.
- 86 BGE 86 IV 19 E. 2.
- 87 BGE 86 IV 19 E. 2.
- 88 Vgl. ST. TRECHSEL (FN 66), 261 N 1.
- 89 Vgl. die Fälle BGE 87 IV 73 ("Jou Pu Tuan-Roman"); 96 IV 64 ("Ich bin neugierig-Film"); ferner 97 IV 99; 99 IV 57; 100 Ib 383; 100 IV 233; 103 IV 173; 103 IV 251;
- 90 F. RIKLIN (FN 72), § 5 N 63.
- 91 BGE 86 IV 19 E. 5.
- 92 G. STRATENWERTH, BT II (FN 66), § 39 N 6. G. STRATENWERTH weist hierbei zu Recht darauf hin, dass das Pornographieverbot auch und vor allem für Jugendliche aufgestellt worden sei, sich aber vermehrt Stimmen mehrten, die "Frauen und Kinder entschiedener als bisher davor bewahren wollen, zum Objekt entsprechender Darstellungen gemacht zu werden." (§ 10 N 2), ebenso F. RIKLIN (FN 72), § 5 N 42.
- 93 Vgl. die Ausführungen vorne.
- 94 Vgl. dazu auch MARILYN FRENCH, Der Krieg gegen die Frauen, München 1992, 214.
- 95 Urteil des VG Köln v. 22.11.1983 (unveröffentlicht, zitiert bei MARTIN LÖFFLER, Presserecht, Kommentar, 4. A., München 1997, JSchutz BT, 1 N. 94).
- 96 Urteil VG Köln (FN 95), 2.
- 97 Urteil VG Köln (FN 95), 4.

Die Klägerin (Verlag) führte zur Begründung im Wesentlichen aus, das Buch sei ein künstlerisch hochstehender Roman und weder gewaltverherrlichend noch frauenfeindlich, sondern "das Ergebnis ernsthaften künstlerischen Bemühens."⁹⁸ Die "Geschichte der O" sei vor allem als ein sehr radikales Ideenexperiment zu lesen, dem ein ausgearbeiteter und durchgehaltener künstlerischer Plan zugrunde liege, der an eine ehrwürdige Traditionslinie europäischer Literatur anknüpfe. Ein solches Gedankenexperiment sei schon deshalb beachtenswert, weil es die Bedingungen, unter denen Frauen tendenziell seit Jahrhunderten leben, modellhaft ins Extreme verschärfe.⁹⁹

Das Gericht konnte dieser Argumentation wenig Verständnis entgegenbringen und erachtete diese Schilderungen u.a. deshalb als "extrem frauenfeindlich, da der Roman der Frau eine eigene Persönlichkeit abspreche, indem sie sich um der Erfüllung der Liebe willen dem Manne absolut zu unterwerfen und ihm als Sklavin zu dienen habe".¹⁰⁰ Es stellte weiter fest, dass der Kunstvorbehalt des GjS nicht schrankenlos gelte, sondern es vielmehr auf die Abwägung zwischen Kunstfreiheit und Jugendschutz ankomme.¹⁰¹ – Der sog. Kunstvorbehalt des GjS¹⁰² entspricht im Übrigen den Regelungen der Art. 135 Abs. 1 und 197 Ziff. 5 StGB.¹⁰³

Würdigung: Die soeben beschriebenen Aspekte sollten in zweierlei Hinsicht gewürdigt werden. Einerseits stellen sich Fragen der Grundrechte im Kontext zueinander. Andererseits bleibt das Problem des Fehlens einer Geschlechterdiskriminierungsnorm auf gesetzlicher Ebene ungelöst. Zu diesen beiden Themen scheinen einige Gedanken angezeigt:

1. Eine künstlerische Darstellung steht – auf verfassungsmässiger Ebene – grundsätzlich im Schutz der Kunstfreiheit. Auf gesetzlicher Stufe findet sich bei zwei Strafnormen ein expliziter Kunstvorbehalt¹⁰⁴. Man kann nun die Frage näher untersuchen, in welchem Verhältnis diese Strafnormen zur Menschenwürde stehen. Damit gelangt man zur Frage nach dem Rechtsgut, d.h. was mit der Strafnorm überhaupt geschützt werden soll. Während beispielsweise im Rassendiskriminierungsverbot (Art. 261^{bis} StGB) das Rechtsgut die Menschenwürde ist¹⁰⁵, bleibt es in den Fällen der Gewaltdarstellung und Pornographie relativ diffus: In der Lehre werden u.a. der Jugendschutz, die Sittlichkeit, aber auch das Selbstbestimmungsrecht erwähnt.¹⁰⁶ – Die Menschenwürde wird erstaunlicherweise nicht als Rechtsgut aufgeführt¹⁰⁷. Die Menschenwürde ist jedoch dann tangiert, wenn in gewalttätigen oder pornographischen Darstellungen Frauen (oder Männer) diskriminiert werden. Diese Darstellungen können damit sehr wohl in die Grundrechte eingreifen. Tangiert wären damit in erster Linie die Menschenwürde und das Diskriminierungsverbot (Art. 7 und 8 Abs. 2 BV).

Der Kunstvorbehalt führt eigentlich – methodisch gesehen – zu einem Konflikt auf der (höheren) Verfassungsebene zwischen verschiedenen Grundrechten, nämlich dem Grundrechtskonflikt zwischen Kunstfreiheit und dem verfassungsmässigen Persönlichkeitsschutz (abgeleitet von

der Menschenwürde¹⁰⁸). Bei diesem "Grundrechtskonflikt" handelt es sich, methodisch gesehen, um eine *Grundrechtskollision*. Diese besagt, kurz umschrieben, eine Auseinandersetzung sich gegenüberstehender Ansprüche auf Stufe der verfassungsmässigen Grundrechte.¹⁰⁹ Die Situation der

98 Urteil VG Köln (FN 95), 5.

99 Urteil VG Köln (FN 95), 5.

100 Urteil VG Köln (FN 95), 10 f.

101 Urteil VG Köln (FN 95), 12, unter Berufung auf die Rechtsprechung des BVerfG.

102 Die Bestimmung lautet, dass eine (jugendgefährdende) Schrift nicht auf die Liste aufgenommen werden darf (und damit gemäss § 3 an Kindern angeboten werden kann), *wenn sie der Kunst oder der Wissenschaft, der Forschung oder der Lehre dient* (§ 1 Abs. 2 Ziff. 2 GjS); vgl. dazu BERNHARD SCHRAUT, Jugendschutz und Medien, Baden-Baden, 1993, 78 f.

Das GjS wurde mit Wirkung vom 1.4.2003 durch das Jugendschutzgesetz (JuSchG) aufgehoben. Das JuSchG regelt nunmehr den gleichen Tatbestand generell für Medien (§ 18 Abs. 3 Ziff. 1). Der Staatsvertrag über den Schutz der Menschenwürde und den Jugendschutz in Rundfunk und Telemedien vom 27.9.2002 (in Kraft seit 1.4.2003) übernimmt die Bestimmung von § 18 JuSchG (§ 4 Abs. 1 Nr. 11 und Abs. 2 Nr. 2).

Zum JuSchG vgl. STEFAN ENGELS/MICHAEL STULZ-HERRNSTADT, Einschränkungen für die Presse nach dem neuen JuSchG, AfP 2003, 97–104, 97 f.; WOLF-DIETER RING, Jugendschutz im Spannungsfeld zwischen Selbstregulierung der Medien und staatlicher Medienkontrolle, AfP 2004, 9–14, 9; ferner R. SEIM (FN 72), 327 und 332.

103 Vgl. dazu Ziff. III.2.b.

104 Nämlich bei Art. 135 (Gewaltdarstellung) und Art. 197 (Pornographie) StGB.

105 Basler Kommentar StGB II (FN 63), 261^{bis} N 7; G. STRATENWERTH BT II (FN 68), § 39 N 36; BGE 123 IV 202 E. 3a. – J. REHBERG versteht in diesem Zusammenhang die Menschenwürde zu Recht auch als (sekundären) Schutz von Individualinteressen (J. REHBERG [FN 66], 180).

106 G. STRATENWERTH, BT I [FN 68], § 4 N 91 und § 10 N 2; St. TRECHSEL (FN 66), 135 N 2 und 197 N 2; Basler Kommentar StGB II (FN 63), 135 N 3 und 197 N 7. Zum Wandel des Schutzguts von der Sittlichkeit zur Menschenwürde vgl. auch K.-H. LADEUR (FN 78), 472 ff.

107 Obschon in Art. 135 StGB auch von der "elementaren Würde des Menschen" die Rede ist.

108 Vgl. PH. MASTRONARDI (FN 38), § 14 Rn. 31; M. CH. SENN, Persönlichkeitsschutz (FN 72), 126 ff. Nach J. P. MÜLLER, Grundrechte (FN 2), 2, gründet der verfassungsmässige Persönlichkeitsschutz auf der Garantie der Menschenwürde; er kann aber auch zusätzlich aus der persönlichen Freiheit ableitbar sein. Zur Menschenwürde vgl. Ziff. II.2.a.

109 Vgl. eingehend MISCHA CHARLES SENN, Grundrechtskollisionen im Kontext der Kommunikationsfreiheiten – dargestellt am Beispiel satirischer Äusserungen, in: WOLFGANG R. LANGENBUCHER (Hrsg.), Die Kommunikationsfreiheit der Gesellschaft, Publizistik/Sonderheft 4/2003, 340–357, 341 ff.

Grundrechtskollision verlangt dabei eine Interessenabwägung bereits bei der Prüfung der Tatbestandsmässigkeit, da Grundrechte – im Gegensatz zu Gesetzesvorbehalten – keine Rechtfertigungsgründe darstellen.¹¹⁰

2. Von Seiten der Geschlechterforschung wird zu Recht darauf hingewiesen, dass die "blosse (auch kritisch gemeinte) Darstellung" von Dehumanisierung, Sadismus und Sexismus in der Kunst letztlich eben Themen mit solchen Inhalten blieben.¹¹¹ Nicht von ungefähr wurde Pornographie ab den 1970er Jahren von der Frauenbewegung als frauenfeindlich bzw. als Gewalt gegen Frauen gesehen.¹¹² Die danach einsetzende Frauenforschung hat die Problematik innerhalb des Kontextes zwischen freier Meinungsäusserung bzw. "künstlerischer" Freiheit und der Gleichberechtigung der Geschlechterverhältnisse untersucht. Es wurde dabei festgestellt, dass Gewaltdarstellungen und Pornographie sehr wohl geschlechterdiskriminierend sein können und es zudem kaum Rechtsgrundlagen dagegen gebe, sich zu wehren.¹¹³ Die Feststellung bleibt nach wie vor im Raum stehen, wonach der "Status der Gewaltförmigkeit in Bildern und das Problem 'struktureller Gewalt' in der Kunst (...) für die weitere Forschung eine Herausforderung ist und bleibt."¹¹⁴

3. Medien

a. Allgemeines

In den Medien dominieren nach wie vor Rollenstereotypisierungen.¹¹⁵ Pointiert ausgedrückt ist mit der Medienforschung¹¹⁶ festzustellen, dass "die Darstellung der Frauen in den Medien als Instrument [dient], sie auf ihren traditionellen Plätzen zu behalten (...)", zudem ist "die Frau chronisch unterpräsentiert, auf wenige Klischees reduziert und die Vielfalt ihrer Lebensentwürfe wird trivialisiert"¹¹⁷. Selbst die Zunahme der Anzahl von Frauen in Medienberufen erwies sich nicht als nachhaltige Wandlung hin zu einem emanzipierteren Bild: "Die Regeln der Profession sorgen für Konstanz, unabhängig vom Geschlecht der Akteure".¹¹⁸ Instrumente und Angebote, die der Stereotypisierung entgegen wirken könnten, erfahren kaum grössere Popularität oder verschwinden sogar wieder, wie es beispielsweise das Schicksal des Frauenmagazins "Lipstick"¹¹⁹ des SF DRS aufzeigte. Auch der CEDAW-Bericht musste feststellen, dass die Massenmedien "mit ihrer Tendenz, die sexuellen Aspekte der Gewalt gegen Frauen zu betonen", gleichzeitig die sozialen und politischen Bedingungen solcher Gewaltanwendungen vernachlässigten und damit die notwendige Auseinandersetzung über die Gründe der Gewalt und über die Möglichkeit zu ihrer Bekämpfung verhinderten.¹²⁰ Der Gedanke des Gender Mainstreaming im Sinne einer Bewusstseinsbildung gegenüber einer Benachteiligung eines Geschlechtes in und durch Medien ist jedenfalls kaum wahrnehmbar. Betrachtet man die Medienberichterstattung als Spiegel der gesellschaftlichen Trends, so verwundert das allerdings auch nicht: Gemäss den aktuellen Erhebungen ist die Frage der Gleichstellung in der Gesamtbevölkerung

(m.w.H.); siehe nun auch R. RHINOW, Grundzüge (FN 5), N 1045 ff. Zur Problematik der Drittwirkung vgl. anstelle vieler A. BÜCHLER (FN 2), Rz. 54 und M. CH. SENN (s. vorne), 342 f.

B. WALDMANN (FN 2), 162 f., legt ein anderes Beispiel einer Grundrechtskollision dar (Geschlechterdiskriminierung – religiöse Überzeugung), und erläutert diese Kollision anhand seines Vorschlags der Konzeption von "Kerngehaltsprinzipien". Erwähnenswert auch die Rechtsprechung des EuGH, der schon eine direkte Drittwirkung in gewissen Fällen angenommen hat (EuGH, Rs. C-281/98 [*Angonese/Cassa de Risparmio*], Slg. 2000, S.I-4161; vgl. dazu ASTRID EPINEY/ANNE-KATHRIN MEIER/ROBERT MOSTERS, *Europarecht II*, Bern 2004, 162 ff.

110 M. CH. SENN, Grundrechtskollision (FN 109), 343 f.; vgl. auch schon M. CH. SENN, Persönlichkeitsschutz (FN 72), 161 ff. Das Bundesgericht äussert sich zu dieser Konstellation im Zusammenhang mit Art. 36 BV dahingehend, als bei der Interessenabwägung der "Schutz von Grundrechtspositionen Dritter" zu prüfen sei und bezeichnet diesen Umstand als "Rechtfertigung mit eigenständiger Bedeutung" (BGE 130 I 16 E. 5.1 und 5.2).

111 R. BERGER (FN 80), 144.

112 Entsprechend begannen diverse Diskurse und resultierten verschiedene Kampagnen dagegen, so u.a. die "PorNo"-Kampagne (vgl. zum Ganzen SIGRID SCHADE/SILKE WENK, Inszenierungen des Sehens: Kunst, Geschichte und Geschlechterdifferenz, in: HADUMOD BUSSMANN/RENATE HOF [Hrsg.], *Genus, Zur Geschlechterdifferenz in den Kulturwissenschaften*, Stuttgart 1995, 341–407, 370 ff. (m.w.H.)). Eine These dieser "PorNo"-Kampagne war, dass Pornographie selbst *eine Form* der Unterdrückung (gegen Frauen) sei (vgl. S. KLEIN-SCHONNEFELD/B. SOKOL, *PorNo*, mit oder ohne Justiz, DuR 1988, 167 ff.; vgl. auch KARL-HEINZ LADEUR, *Zur Auseinandersetzung mit feministischen Argumenten für ein Pornographieverbot*, ZUM 1989, 155–162, 155 f.).

113 SUSANNE BAER/RENATE KROLL, *Pornographie*, in: Metzler Lexikon, *Gender Studies/Geschlechterforschung*, Stuttgart 2002, 312 (m.w.H.).

114 S. SCHADE/S. WENK (FN 112), 393.

115 Ein aktuelles Beispiel am Festhalten von Rollenstereotypisierungen zeigte die Sendung "10 vor 10" des Fernsehens DRS am 8.1.2004: Zu einem Beitrag über die erhöhte Arbeitslosenquote wurde das Bild eines arbeitslosen Mannes gezeigt, der sich zuhause nun um die Kinder kümmert. Es wird damit jene Lesart vermittelt, wonach der Mann (nur) im Falle von Arbeitslosigkeit diese "untypische" Tätigkeit übernimmt, ansonsten es wohl Sache der Mutter sei...

116 Vgl. dazu eingehender CHRISTINA VON BRAUN, *Medienwissenschaft*, in: CHRISTINA VON BRAUN/INGE STEPHAN, *Gender-Studien*, Stuttgart 2000, 303 f. (m.w.H.).

117 HEINZ BONFADELLI/MARTINA LEONARZ/DANIEL SÜSS, *Medieninhalte (Genderperspektive)*, in: OTFRIED JARREN/H. BONFADELLI (Hrsg.), *Einführung in die Publizistik*, Bern 2001, 407 f.

118 JUTTA RÖSER in: Metzler Lexikon, *Gender Studies/Geschlechterforschung*, Stuttgart 2002, 257.

119 Vgl. dazu YVONNE STRITTMATTER, *Biographie des Frauenmagazins "Lipstick"*, Facharbeit in Medienwissenschaft, Universität Bern, Januar 2002, 19 ff. – Inzwischen wurde, dem Trend folgend, ein neues "Frauenmagazin" in SF DRS aufgenommen: "Flamingo", eine reine Soap opera mit Frauen als Hauptakteurinnen.

120 Vgl. dazu auch den Bericht 2002 (FN 11), 32.

offensichtlich kaum ein Thema, schon gar nicht (mehr) bei der jungen Generation bis 24 Jahre.¹²¹

Soweit bekannt hatten sich Gerichte mit Fällen der Geschlechterdiskriminierung bisher nicht auseinander zu setzen. Abgesehen davon, dass explizite gesetzliche Tatbestände fehlen, werden nicht in erster Linie die staatlichen Gerichte, sondern die Organisationen innerhalb der einzelnen Medienkategorien angerufen, soweit überhaupt. Als Organisationen bestehen für die Kategorie der Pressemedien der Presserat, für die elektronischen Medien die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) und die Ombudsstellen der Radio- und Fernsehveranstalter; die Ombudsstellen gaben auf Anfrage hin an, keine expliziten Beschwerden erhalten zu haben.

b. Fälle vor dem Presserat

Der Presserat ist ein Organ des Schweizer Verbandes der Journalistinnen und Journalisten (SVJ) und äussert sich in seinen Stellungnahmen zu medienethischen Belangen innerhalb der Schweizerischen Presselandschaft.¹²² Der Presserat dient der (privaten) Selbstregulierung.¹²³

In seiner "Erklärung"¹²⁴ hält der Presserat verschiedene Prinzipien fest, die im Journalismus zu beachten sind. Für unsere Fragestellungen interessant ist die Verpflichtung zur Respektierung der Menschenwürde und zum Verzicht auf diskriminierende Anspielungen gegenüber dem Geschlecht (Ziff. 8 der Erklärung). Die *Richtlinien* (RL) ihrerseits konkretisieren die einzelnen Bestimmungen der "Erklärung". Die in unserem Zusammenhang interessierenden Tatbestände finden sich in RL 8.1 (Achtung der Menschenwürde) und RL 8.2 (Diskriminierungsverbot).

Betrachtet man die Bestimmungen sowohl in der "Erklärung" als auch in den "Richtlinien" genauer, so fällt auf, dass sie jeweils bereits einschränkend formuliert sind: In der "Erklärung" ist die Rede von "diskriminierenden Anspielungen" (gegenüber dem Geschlecht); also nicht in einer breiteren Bedeutung von, beispielsweise, *Äusserungen*. Auch schon rechtlich gesehen besteht ein nicht nur gradueller Unterschied zwischen Anspielung und Äusserung¹²⁵. Das kann durchaus zu ungerechtfertigten Eingrenzungen und dürfte damit zu Rechtfertigungsbegründungen führen. Allerdings führte der Presserat auf entsprechende Anfrage aus, dass er "Äusserungen analog wie Anspielungen behandeln" würde, da er sich "nicht an das Analogieverbot des Strafrechts (Art. 1) gebunden" fühle.¹²⁶

Noch enger wird das Diskriminierungsverbot selbst umschrieben, indem dieser Tatbestand (nur) im Zusammenhang mit "Berichten über Straftaten" eingeleitet wird. Ein generelles Diskriminierungsverbot besteht nicht, was – auch angesichts der zahlenmässig grossen Vertretung von Frauen im Journalismus – erstaunlich ist. Augenscheinlich wurde der Aspekt eines allgemeinen Diskriminierungsverbots weder in einer Grundsatzdiskussion bei der Erneuerung der Bestimmungen des Presserates noch anhand einer konkreten Beschwerde thematisiert. Tatsächlich sind keine Fälle von *Geschlechterdiskriminierung in der Presse* bekannt, die dem Presserat unterbreitet wurden.

Ein einziger Fall liegt vor, doch ging es dabei erst in zweiter Linie um Geschlechterdiskriminierung: Eine Frau beschwerte sich beim Presserat über einen Beitrag von THOMAS LAQUEUR im NZZ-Folio 7/2000, der sich u.a. auf die Entwicklung der Wahrnehmung der beiden Geschlechter im Laufe der Geschichte bezog.¹²⁷ Die Beschwerdeführerin machte zum Einen geltend, es sei – unter Hinweis auf Ziff. 1.1 der RL – mit der Pflicht zur Wahrheitssuche nicht vereinbar, wenn in einem solchen Beitrag bloss "überlieferte Gemeinplätze" wiedergegeben und die neuere Geschlechts- und Genderforschung ausgeblendet würde. Des Weiteren beanstandete sie, im Beitrag seien "zahlreiche diskriminierende Anspielungen" zu finden, die Frauen auf Grund ihres Geschlechtes abwerteten.

Die Beschwerdeführerin machte somit zum Einen eine Verletzung der Pflicht zur Wahrheitssuche (Ziff. 1.1 RL) bzw. der Trennung von Fakten und Kommentar (Ziff. 2.3 RL), andererseits eine Verletzung des Diskriminierungsverbots (RL 8.2) geltend.

Das Problem der Beschwerdeführerin ist nachvollziehbar, wonach sie sich nicht direkt auf Ziff. 8 der "Erklärung" berufen wollte oder konnte, sondern die Beschwerde vor allem mittels den Bestimmungen über die Pflicht zur Wahrheitssuche und über die Trennung von Fakten und Kommentaren zu begründen erhoffte. Denn da sich, wie gesagt, das Diskriminierungsverbot auf Berichte über Straftaten beschränkt, konnte sie sich auf keinen allgemeinen Grundsatz gegen Geschlechterdiskriminierung berufen.

Würdigung: Die Begründungen des Presserates zu den Ausführungen der Beschwerdeführerin betreffend den Bestimmungen der Richtlinien sind zwar durchaus nachvollziehbar. Nicht ganz verständlich ist allerdings dessen Versuch, die Ausführungen der Beschwerdeführerin zu Ziff. 8

121 Bundesamt für Statistik, Auf dem Weg zur Gleichstellung?, Frauen und Männer in der Schweiz, Dritter Statistischer Bericht, Neuchâtel 2003, 123 ff.

122 Siehe dazu PETER STUDER/RUDOLF MAYR VON BALDEGG, Medienrecht für die Praxis, 2. A., Zürich 2001, 12 f.; BRUNO GLAUS, Das Recht am eigenen Wort, Bern 1997, 96 f.; F. RIKLIN (FN 72), § 9 N 10.

123 Vgl. dazu PETER STUDER, Wahrhaftigkeit in den Medien, in: ALOIS RIKLIN (Hrsg.), Wahrhaftigkeit in Politik, Recht, Wirtschaft und Medien, Bern 2003, 148; MISCHA CHARLES SENN, Das Verfahren vor der Schweizerischen Lauterkeitskommission, sic! 1999, 697–702, 697.

124 Im ganzen Wortlaut *Erklärung der Pflichten und Rechte der Journalistinnen und Journalisten* des Presserates vom 21.12.1999 (vgl. dazu www.presserat.ch)

125 Vgl. zu diesem Begriff M. CH. SENN, Persönlichkeitsschutz (FN 72), 11 ff.

126 So die Bemerkungen des Präsidenten des Presserates im Schreiben vom 14.4.2003 an den Verfasser dieser Arbeit.

127 Fall Nr. 32/2001 A c. NZZ-Folio; Stellungnahme des Presserates vom 24.8.2001 (abrufbar unter [presserat.ch](http://www.presserat.ch)). Vgl. zu diesem Fall allgemein P. STUDER (FN 123), 131 ff.

der "Erklärung" zu entkräften. Denn für den Presserat bedarf es für die Annahme einer Verletzung dieser Bestimmung eine "Mindestintensität einer abwertenden Äusserung (...), damit von einer Herabwürdigung oder Diskriminierung (...) die Rede sein kann." Der Presserat kommt zu diesem Schluss aufgrund der Überzeugung, wonach das "Verbot diskriminierender Anspielungen (...) nicht derart ausdehnend interpretiert werden (dürfe), dass die Meinungsäusserungsfreiheit bei diesem Thema immer einer strengen 'sexual correctness' Rechnung zu tragen" habe.¹²⁸ – Im Ergebnis vermag man dem Entscheid zuzustimmen, die Begründung ist indessen nicht überzeugend. Das Problem liegt wohl auch im Fehlen einer allgemeinen Bestimmung zur Geschlechterdiskriminierung in der Presse.

c. Fälle vor der UBI

Die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI) wurde als Aufsichtsorgan für die elektronischen Medien (Radio- und Fernsehen) geschaffen. Ihre Grundlagen sind sowohl auf Verfassungs- als auch auf Gesetzesstufe verankert (Art. 93 Abs. 5 BV und Art. 58 ff. RTVG). Ihre Aufgabe ist die Gewährleistung einer rechtskonformen Programmstätigkeit schweizerischer Veranstalter, insbesondere die Überprüfung von Beschwerden gegen Sendungen aufgrund gerügter Verletzungen von Programmbestimmungen.¹²⁹ Insofern kann man von einer Programmaufsicht sprechen.¹³⁰

Die UBI stellt im Entscheid jeweils fest, ob Programmbestimmungen verletzt wurden.¹³¹ Als wichtige Programmbestimmungen gelten die Informationsgrundsätze gemäss Art. 4 RTVG (insbesondere das Sachgerechtigkeitsgebot und das Vielfaltsgebot), das kulturelle Mandat (Art. 3 RTVG) und das Verbot von Gewaltverharmlosung bzw. Gewaltverherrlichung (Art. 6 RTVG).¹³² Eine explizite Bestimmung zur Geschlechterdiskriminierung findet sich im Bereich der elektronischen Medien nicht.¹³³

Die UBI sah sich mit Fällen von Geschlechterdiskriminierung bisher, soweit ersichtlich¹³⁴, nur einmal konfrontiert. Dem Entscheid liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die Sendung "Arena" vom 5. April 2002 des Schweizer Fernsehens befasste sich mit der Berichterstattung der schweizerischen Boulevardpresse im Zusammenhang mit einer angeblichen sexuellen Affäre des Schweizer Botschafters in Berlin (Thomas Borer). An der Sendung nahmen "in der ersten Reihe"¹³⁵ sechs Männer und eine Frau teil.

Eine Beschwerdeführerin beanstandete die Sendung im Wesentlichen mit der Begründung, dass in der Sendung lediglich zwei Frauen zu Wort gekommen seien. Diese Männerlastigkeit stelle eine grobe Missachtung von Frauenmeinungen dar und verletze ihre Würde als Schweizer Frau.¹³⁶

Die UBI hat die Beschwerde abgewiesen und festgestellt, dass keine Verletzung von Programmbestimmungen vorliege. Sie hat die Abweisung u.a. mit Aspekten des Schutzes kultureller Werte und dem Sachgerechtigkeitsgebot begründet.

Die Beschwerdeinstanz subsumiert die Würde der Frau (indirekt) unter den Schutz kultureller Werte. Dieses Postulat der kulturellen Entfaltung ist Teil des Leistungsauftrages

128 E. 2 der Stellungnahme (vgl. vorherige FN).

129 Art. 58 Abs. 2 RTVG. Vgl. dazu D. BARRELET (FN 77), N 37; ROLF H. WEBER, Medienrecht für Medienschaffende, Zürich 2000, 40; J. P. MÜLLER, Grundrechte (FN 2), 274; MARTIN DUMMERMUTH, Rundfunkrecht, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Basel, 1996, 183 f.; ferner HERBERT BURKERT, St. Galler Kommentar, Zürich/Lachen 2002, BV 93 Rn. 10; ROLF H. WEBER, Energie und Kommunikation, in: DANIEL THÜRER/JEAN-FRANÇOIS AUBERT/JÖRG PAUL MÜLLER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 60 Rn. 33; BGE 121 II 29 E. 2; 119 Ib 166 E. 2.

130 Explizit wird von "Programmaufsicht" jeweils in den Kapitelüberschriften der rechtlichen Grundlagen gesprochen (Titel vor Art. 57 RTVG und vor Art. 53 RTVV), vgl. dazu auch J. P. MÜLLER, Grundrechte (FN 2), 274, anders LEO SCHÜRMAN/PETER NOBEL, Medienrecht, 2. A., Bern 1993, 192, die in der Aufgabe der UBI eine "reine Rechtsaufsicht" sehen. Dem Publikumsrat der SRG kommt keine solche Funktion zu; er hat gemäss den SRG-Statuten (Art. 17) lediglich folgende Aufgabe:

"1) Der Publikumsrat stellt einen engen Kontakt zwischen den Programmverantwortlichen und dem Publikum sicher. Er berät die Verantwortlichen in allen Fragen des Programms. Er begleitet und unterstützt die Programmentwicklung und die Programmarbeiten durch Feststellungen, Vorschläge und Anregungen. Er behandelt auch Programmfragen, die von den Mitgliedergesellschaften vorgelegt werden.

2) Der Publikumsrat informiert die Öffentlichkeit über seine Tätigkeit."

131 Nämlich insbesondere solche "dieses Gesetzes, seiner Ausführungsbestimmungen oder der (jeweiligen) Konzession" (Art. 65 RTVG).

132 Vgl. R. H. WEBER, Medienrecht (FN 129), 35 f.; H. BURKERT (FN 129), 93 N 5 f.; J. P. MÜLLER, Grundrechte (FN 2), 268 ff.

133 Weder das RTVG noch die RTVV erwähnen eine entsprechende Bestimmung. Das entsprechende Übereinkommen des Europarats enthält ebenfalls keine ausdrückliche Norm; es verpflichtet die Veranstalter lediglich zur Achtung der Menschenwürde und der Grundrechte anderer (Art. 7 Abs. 1 Europäisches Übereinkommen vom 5.5.1989 über das grenzüberschreitende Fernsehen, mit Revision vom 9.9.1998, SR 0.784.405); siehe auch J. P. MÜLLER, Grundrechte (FN 2), 274.

Die EU-Fernseh-RL hält in der Fassung von 1997 fest, dass die "Sendungen nicht zu Hass aufgrund von Rasse, *Geschlecht*, Religion oder Nationalität aufstacheln" sollten (Art. 22a der Richtlinie 97/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.6.1997 zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität).

134 Die Entscheide der UBI (UBIE) sind auf deren Website (ubi.admin.ch/Entscheide) abrufbar.

135 Weitere Personen sind jeweils in den nächsten Reihen anwesend.

136 UBIE v. 23.8.2002, Ziff. B (Entscheid b.458).

für Veranstalter von Radio- und Fernsehsendungen und wird sowohl in der BV (Art. 93 Abs. 2 BV) als auch im Gesetz (Art. 3 Abs. 1 RTVG) statuiert. Die UBI hielt im Entscheid dabei fest, dass "im Zusammenhang mit gewissen sensiblen Bereichen erhöhte Anforderungen bezüglich des positiven Erfüllens des kulturellen Auftrags (...)" gestellt würden. "Zu diesen sensiblen Bereichen gehört auch die Würde der Frau."¹³⁷ Dies begründet die UBI damit, dass "das kulturelle Mandat von Art. 3 Abs. 1 RTVG in lit. b gebietet, die Vielfalt des Landes und seiner Bevölkerung zu berücksichtigen. Daraus lässt sich u.a. auch ableiten, dass Veranstalter in angemessener Weise Frauenmeinungen in ihren Programmen zu berücksichtigen haben." Das kulturelle Mandat richte sich aber an die Gesamtheit der Programme einzelner Veranstalter, weshalb sich "ein entsprechender Anspruch (...) dagegen für jede einzelne Sendung nicht ableiten" lasse.¹³⁸ Weiter sah die UBI die Würde der Frau "im Lichte von Art. 3 Abs. 1 RTVG" auch deshalb nicht verletzt, weil in der Sendung "die von Frauen geäußerten Meinungen (...) nämlich ebenso respektiert wurden wie diejenigen von Männern. Wie schon erwähnt, sind in der Diskussion ebenfalls keine Frauen übergangen oder auf andere Weise diskriminiert worden."¹³⁹

Zum Anderen bezog sich die UBI auf das Sachgerechtigkeitsgebot, welches in Art. 93 Abs. 2 BV und in Art. 4 Abs. 1 RTVG statuiert wird.¹⁴⁰ Dieses Gebot umfasse die Prinzipien der Wahrhaftigkeit¹⁴¹, der Transparenz und der Sachkenntnis sowie die Pflicht zur "Überprüfung übernommener Fakten im Rahmen des Möglichen"¹⁴² Zum Vorhalt der Beschwerdeführerin, wonach in der Diskussionsrunde der Anteil der Männer überwiege, hält die UBI fest, dass "im Lichte der programmrechtlichen Informationsgrundsätze bei Diskussionssendungen wie der 'Arena' neben der Diskussionsleitung auch der Auswahl der Gäste eine zentrale Rolle" zukomme. Die Auswahl der Gäste habe daher dafür zu sorgen, dass die verschiedenen Meinungen angemessen zum Ausdruck kämen. Diese Auswahl sei vorliegend dem Thema entsprechend angemessen gewesen. Die UBI hält zu diesem Punkt abschliessend fest, dass sich aus dem Programmbestimmungen keine "fixen Quoten für Frauenmeinungen in der 'Arena' ableiten" liessen, weshalb das Sachgerechtigkeitsgebot nicht verletzt sei.¹⁴³

Würdigung: Es ist nachvollziehbar, dass eine Lösung innerhalb der Rechtsprechung gefunden werden musste, um Themen wie Menschenwürde und Geschlechterdiskriminierungen auffangen zu können. Die UBI musste sich mit der Tatsache auseinandersetzen, dass sie sich auf keine expliziten Normen beziehen kann. Deshalb wird gemäss deren Praxis das kulturelle Mandat (Art. 3 Abs. 1 RTVG) ausgesprochen weit gefasst. Wie in den "Guidelines zur Rechtsprechung" der UBI in Ziff. 2 ausgeführt, hätten die Veranstalter einen kulturellen Auftrag zu erfüllen. Dabei würden die "sensiblen Bereiche eine zusätzliche Verpflichtung für das Erfüllen des kulturellen Auftrags" begründen. Und zu diesen Bereichen gehörten die "Menschenwürde, der Jugendschutz, die Würde der Frau, die religiösen Gefühle, Gewalt, Pornographie/Sexualität und Rassismus". Im Ergebnis kann man diese Konstruktion nachvollziehen,

wenn man es aus pragmatischen Gründen befürworten will. Aus dogmatischen Gesichtspunkten ist es jedenfalls nicht überzeugend. Zudem wirkt die Unterstellung der Würde der Frau (und wohl auch des Mannes) unter die kulturelle Entfaltung (Terminologie der BV) etwas kurios. Immerhin ist festzuhalten, dass die UBI zu diesem Themenkomplex noch keine gefestigte Rechtsprechung entwickeln konnte, da aufgrund fehlender Beschwerden schlicht kein Klärungsbedarf entsteht.

4. Werbung

a. Allgemeines

In der Werbung werden die Stereotypisierungen geradezu celebriert, denn kommerzielle Äusserungen sind typischerweise plakativ und auf Klischees beruhend. Das gilt grundsätzlich und schliesst damit auch die Geschlechterfrage mit ein. Obschon sich das Bild der Frau analog zu anderen Medieninhalten weiterentwickelt hat, zeigen neuere Studien auf, dass die gängigen geschlechtertypischen Unterschiede nach wie vor vermittelt werden. Dennoch haben sich klassische Frauenbilder im Laufe der Zeit tendenziell emanzipiert: "So gewinnt die Mutter an Selbstbewusstsein und ist Produkteexpertin und Fachperson".¹⁴⁴ Auf ein bekanntes Dilemma weist dabei allerdings die Tatsache hin, dass sogar Frauen auf Stereotypen "ansprechen": Wie eine

137 UBIE v. 23.8.2002, E. 4.1 (Entscheid b.458), mit Hinweisen auf die Praxis.

138 UBIE v. 23.8.2002, E. 6.1. Vgl. zu dieser Rechtsprechung der UBI: J. P. MÜLLER, Grundrechte (FN 2), 271 f.; M. DUMMERMUTH (FN 129), Rz. 99 ff.; DENIS BARRELET, Droit de la communication, Bern 1998, Rz. 795 ff.

139 UBIE v. 23.8.2002, E. 6.2.

140 R. H. WEBER, Medienrecht (FN 129), 35; J. P. MÜLLER, Grundrechte (FN 2), 269; M. DUMMERMUTH (FN 129), Rz. 73 ff.; ferner H. BURKERT (FN 129) 93 Rn. 6; R. H. WEBER, Kommunikation (FN 129), § 60 Rn. 31; P. NOBEL/L. SCHÜRMAN (FN 130), 195; M. CH. SENN, Persönlichkeitsschutz (FN 72), 181 f.; BGE 122 II 471 E.5 (m.w.H.).

141 Nebenbei bemerkt: Es ist hier nicht die Rede von Wahrheit, sondern von *Wahrhaftigkeit* (siehe beispielsweise P. NOBEL/L. SCHÜRMAN [FN 130], 196; P. STUDER, Wahrhaftigkeit [FN 123], 148; BGE 122 II 471 E. 4.a; 121 II 359 E.3) – ein Begriff, der im philosophischen Sinne lediglich die Übereinstimmung der Äusserung mit dem Gedanken verlangt und nicht, wie bei der Wahrheit, die Übereinstimmung der Äusserung mit dem Sachverhalt (vgl. dazu auch schon M. CH. SENN, Persönlichkeitsschutz [FN 72], 49, m.w.H.) – für den Bereich des Journalismus eine nicht unbezeichnende Nuance.

142 UBIE v. 23.8.2002, E. 4.3 mit Hinweis auf die Praxis und M. DUMMERMUTH (FN 129), 73 ff.

143 UBIE v. 23.8.2002, E. 5.5.

144 H. BONFADELLI/M. LEONARZ/D. SÜSS (FN 117), 409 f.

Studie aus der Werbewirkungsforschung ergeben hat, steigt mit erhöhter Attraktivität der Person, die ein Produkt anbietet, deren Kompetenz und Glaubwürdigkeit; dabei hatten attraktive *männliche* Presenter auf die befragten Frauen einen positiveren Einfluss (sprich: erhöhte Produktwahrnehmung) als weibliche attraktive Kommunikatorinnen.¹⁴⁵

In der kommerziellen Kommunikation (Werbung) sind Geschlechterdiskriminierungen am augenfälligsten, jedenfalls was den Bereich der sexistischen Werbung anbelangt. Fälle von Diskriminierungen von Frauen durch die Werbung waren schon früh Gegenstand intensivster Auseinandersetzungen.¹⁴⁶ Die Werbewirtschaft hat diese Kontroversen aufgenommen und entsprechende Grundsätze aufgestellt. Mangels staatlicher Normen mit entsprechender Durchsetzungskraft basieren die Bestimmungen auf privaten Regelungen.

b. Lauterkeitsrechtliche Grundlagen

Geschlechterdiskriminierungen durch Werbung könnten lauterkeitsrechtlich als Diskriminierung gemäss Art. 3 lit. a UWG subsumiert werden, da dort ausdrücklich von Herabsetzung (Diskriminierung) die Rede ist. Allerdings ist diese Norm auf Herabsetzungen des Mitbewerbers ausgelegt¹⁴⁷, weshalb sich Verstösse gegen ein generelles Diskriminierungsverbot in allgemeiner Form nicht auf diese Bestimmung stützen können. Einzig im Fall, wo die diskriminierende Äusserung gegenüber der Konkurrenz erfolgt, kann eine Herabsetzung nach Art. 3 lit. a UWG vorliegen.¹⁴⁸

Geschlechterdiskriminierende Werbung kann indessen den Tatbestand von Art. 2 UWG erfüllen¹⁴⁹; und zwar im Sinne eines allgemein verstandenen Diskriminierungsverbots¹⁵⁰, und weniger aufgrund eines Verstosses gegen die guten Sitten oder gar die Sittlichkeit. Der Begriff der guten Sitten ist für das Lauterkeitsrecht relevant, indem es beim Verstoß dagegen um Verletzungen von Bräuchen und Gewohnheiten im *geschäftlichen* Verkehr geht.¹⁵¹ Die so verstandene Sittenwidrigkeit ist ein Unterfall des Grundsatzes des Treu und Glaubens im Geschäftsverkehr.¹⁵² Demgegenüber bezieht sich die Sittlichkeit auf ausserrechtliche Moralvorstellungen, die mehr im gesinnungs-ethischen Sinne zu verstehen sind.¹⁵³ Da geschlechterdiskriminierende Werbung letztlich eine Frage der Verletzung der (verfassungsrechtlich geschützten) Würde von Frau oder Mann bzw. eine Verletzung des Diskriminierungsverbots darstellt¹⁵⁴, liegt somit kein Fall eines Verstosses gegen die (wie eben beschriebene) Sittlichkeit vor. Auch handelt es sich deshalb nicht um einen Fall von geschäftlicher Sittenwidrigkeit, da keine geschäftlichen Belange tangiert sind (es sei denn, es würde eine konkrete Person des Mitbewerbers in geschlechterdiskriminierender Form herabgesetzt).

Art. 23 UWG schliesst indessen strafrechtliche Sanktionen ausserhalb der Art. 3, 4, 5 und 6 aus.¹⁵⁵ Entsprechend kann auch kein Strafantrag aufgrund eines Verstosses gegen die Generalklausel gestellt werden, womit geschlechterdiskriminierende Werbung nicht nach UWG beurteilt werden kann. Das entspricht offensichtlich auch dem Gedanken des Parlaments, das sich bei der Revision des UWG gegen

eine explizite Norm der Geschlechterdiskriminierung aussprach.¹⁵⁶ Werbung dieser Art kann somit wohl unlauter im Sinne von Art. 2 UWG sein, sie bleibt aber von staatlichen Sanktionen verschont.¹⁵⁷ Selbst im zivilrechtlichen Verfahren gemäss Art. 9 UWG dürften die tatbestandsmässigen Voraussetzungen kaum je gegeben sein. Aus diesen Gründen ist der geschlechterdiskriminierende Werbung mit den staatlichen Sanktionsmitteln des Lauterkeitsrechts nicht beizukommen.¹⁵⁸

145 HERIBERT GIERL/SANDRA PRAXMARER, Attraktive Kommunikatoren in der Anzeigenwerbung und Einstellungen der Rezipienten, in: Marketing, Zeitschrift für Forschung und Praxis, 2000, 26–42; vgl. dazu auch Media Perspektiven, 94 f. Ähnlich auch die zitierten Befunde im EU-Bericht zum "Bild der Frau in den Medien", EU-Kommission, Brüssel 1997, 18.

146 Vgl. dazu die Beiträge in: CHRISTIANE SCHMERL (Hrsg.), Frauenzoo der Werbung, München 1992, 79 ff.; vgl. ferner KARL-HEINZ FEZER, Diskriminierende Werbung – Das Menschenbild der Verfassung im Wettbewerbsrecht, JZ 1998, 265–275, 271.

147 MARIO M. PEDRAZZINI/FEDERICO A. PEDRAZZINI, Unlauterer Wettbewerb, 2. A., Bern 2002, Rz. 5.04 und 5.08; JÜRIG MÜLLER, SIWR V/I, 2. A., Basel 1998, 71; LUCAS DAVID, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 3. A., Bern 1997, Rz. 152;

148 CARL BAUDENBACHER, Lauterkeitsrecht, Basel 2001, 3 lit. a N 48

149 K.-H. FEZER (FN 146), 271 und 273 f.; MARC SCHWENNINGER/MANUEL SENN/ANDRÉ THALMANN/LUCAS DAVID (Hrsg.), Werberecht, Zürich 1999, N 359; unklar bei L. DAVID/M. A. REUTTER (FN 70), 134.

150 Wie das K.-H. FEZER (FN 146), 266, zu Recht postuliert.

151 So die zutreffende Bezeichnung bei ADOLF BAUMBACH/WOLFGANG HEFERMEHL, Wettbewerbsrecht, 22. A., München 2001, Einl. Rz. 66.

152 Weitere Untertatbestände des Grundsatzes von Treu und Glauben sind Verletzungen gegen die Geschäftsmoral oder gegen die Funktionsregeln des Wettbewerbs, vgl. L. DAVID, Wettbewerbsrecht (FN 147), Rz. 55 ff.; C. BAUDENBACHER (FN 148), 2 N 17 ff.; M. M. PEDRAZZINI/F. A. PEDRAZZINI (FN 147), Rz. 1.52.

153 A. BAUMBACH/W. HEFERMEHL (FN 151), 66. Zur Begriffsunterscheidung siehe ferner MANFRED REHBINDER, Rechtssoziologie, 4. A., München 2000, Rz. 45.

154 Siehe dazu die Ausführungen vorne (Ziff. II.2.b).

155 C. BAUDENBACHER (FN 148), Vor 23 ff., N 12; M. M. PEDRAZZINI/F. A. PEDRAZZINI (FN 147), Rz. 26.03.

156 Vgl. L. DAVID/M. A. REUTTER (FN 70), 134, die allerdings nur von sexistischer Werbung sprechen. Ein entsprechender parlamentarischer Vorstoss wurde vom Bundesrat auch 2001 abschlägig bzw. mit dem Hinweis auf die privatrechtliche Selbstregulierung innerhalb der Kommunikationsbranche beantwortet (Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, 2001, 481 f.). Zur Selbstregulierung siehe sogleich Ziff.c. Weitere parlamentarische Vorstösse für eine Bestimmung gegen eine generelle Geschlechterdiskriminierung sind nicht bekannt.

157 A.A. offenbar L. DAVID/M. A. REUTTER (FN 70), 135.

158 Vgl. auch den SLK-Tätigkeitsbericht 2003, 4.

c. Fälle vor der Schweizerischen Lauterkeitskommission

Nicht zuletzt aus den genannten Gründen bestehen innerhalb des "privaten Lauterkeitsrechts" entsprechende Bestimmungen zur Ahndung geschlechterdiskriminierender Werbung. Die diesbezüglichen Normen finden sich in den Satzungen der internationalen als auch der nationalen werblichen Selbstkontrollorgane. Zum Einen bestehen die "Richtlinien für die Werbepaxis" der Internationalen Handelskammer (IHK), zum Anderen die nationalen Grundsätze der Schweizerischen Lauterkeitskommission (SLK). Gemäss Art. 3 Ziff. 4 der Richtlinie der IHK soll sich "Werbung jeder Diskriminierung aus Gründen der Rasse, Religion oder des Geschlechts enthalten".

Auf nationaler Ebene befasst sich die Schweizerische Lauterkeitskommission mit Fragen der freiwilligen Selbstkontrolle bzw. Selbstregulierung¹⁵⁹; die entsprechenden Standesregeln der Kommunikationsbranche sind in den "Grundsätzen" festgehalten.¹⁶⁰ Gemäss dem Grundsatz Nr. 3.11 zur geschlechterdiskriminierenden Werbung ist eine kommerzielle Kommunikation (Werbung) dann diskriminierend und in diesem Sinne unlauter, wenn sie die Würde von Frau oder Mann herabsetzt (Ziff. 1). Diese "Generalklausel" wird durch weitere Tatbestände konkretisiert, indem beispielsweise die Unterfälle von Unterwerfung, visueller Herabsetzung und sexistischer Beeinträchtigung aufgelistet werden (Ziff. 2).¹⁶¹

Die SLK hat jedes Jahr rund ein knappes Dutzend von Fällen der Geschlechterdiskriminierung in der Werbung zu beurteilen.¹⁶² Im Fall "Lataa Style" konnte sich die SLK ausführlich zum Thema äussern. Zur Veranschaulichung wird der Entscheid¹⁶³ auszugsweise wiedergegeben:

(Sachverhalt:) Die Beschwerdeführerinnen beklagten sich über die Inserateserie in der "Weltwoche", in denen auf Fotos Frauenkörper abgebildet waren. Diese nackt dargestellten Körper waren mit einem Seil eingebunden. Der Bildausschnitt beschränkte sich von Schulter bis Kniehöhe. Kopf und Füsse sind nicht sichtbar. Als Text steht: "Mode soll spannend sein. – Aber nicht spannen." bzw. "Mode soll reizvoll sein. – Aber nicht reizen." bzw. "Mode soll anziehend sein. – Aber nicht ziehen." Der erste Teil des Textes erscheint oberhalb der Abbildung, der zweite Teil folgt nach dem Bild.

Die Beschwerdeführerinnen erachten diese Darstellungen als frauenverachtende und geschmacklose Werbung. Als potentielle Käuferinnen fühlten sie sich belästigt.

Die Erwägungen der SLK hielten u.a. fest: "Die Beschwerdeführerinnen führten u.a. aus, dass mit dieser Werbung eine klare Aussage vertreten würde. Es gehe darum, Frauen bei ihren Modewünschen und -problemen zu helfen: Frauen von den "Fesseln" des Modediktates zu befreien. Viele Modehersteller schneiderten nämlich Damenkleider für Traummasse – was aber vielfach nicht der Realität entspreche. Sie suggerierten Frauen damit ein tolles Aussehen. Aus diesen Gründen zwängen sich Frauen häufig in unpassende, einengende Kleider und würden dadurch in ihrer Bewegungsfreiheit behindert. Das sei gleichbedeutend mit

einer wahren 'Fesselung' in psychischer und physischer Hinsicht.

Die Beschwerdeführerinnen stützten sich auf den Tatbestand der Unterwerfung. Sie begründeten dies damit, dass die Darstellung eines gefesselten, nackten Frauenkörpers per se schon diskriminierend sei. Dieser allgemein gehaltenen Vermutung kann allen Ernstes nicht gefolgt werden. Denn damit wären auch alle ähnlich gestalteten Abbildungen im redaktionellen Teil der Medien und in der Kunst diskriminierend. Es kommt vielmehr auf den konkreten Einzelfall an. Bei dessen Beurteilung ist zu berücksichtigen, was die Grundaussage der Werbebotschaft bezweckt. Die Werbende kann sich dabei auf ihre Meinungsäusserungsfreiheit berufen, die auch in der kommerziellen Kommunikation gilt (vgl. Entscheid der SLK [= SLKE] vom 2. Juli 1998, E.2, ['SW-Werbeverbote', sic! 2/1999, 207]). Dabei hat sie nach dem Grundsatz der freien Rede einen Anspruch darauf, dass ihre Werbeaussage entsprechend deren Intention gewürdigt wird. Dies hat in Abwägung mit der Wirkung der Werbeaussage zu erfolgen.

Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, inwiefern der Tatbestand der Unterwerfung gegeben ist. Ob allenfalls auch noch eine Gewaltdarstellung vorliegt, wird noch separat zu prüfen sein. Wie die Beschwerdeführerin richtig ausführt, geht aus der Werbebotschaft unmissverständlich hervor, dass Anliegen von Frauen aufgenommen werden, die sich mit dem Modediktat tagtäglich auseinandersetzen müssen. Zu diesem Eindruck gelangte die Kammer der SLK, worin notabene auch Frauen (und zudem solche aus dem Bereich des Konsumentenschutzes) vertreten sind. Insofern kann die Ansicht dieser Kammer als mit der vom massgebenden angesprochenen Rezipientenkreis übereinstimmend bezeichnet werden.

159 Zur SLK vgl. ALEXANDER BRUNNER, Zur Praxis der Schweizerischen Lauterkeitskommission, recht 2001, 1–10, 2 ff.; M. CH. SENN, Verfahren (FN 123), 698 f. (je m.w.H.); M. M. PEDRAZZINI/F. A. PEDRAZZINI (FN 147), Rz. 2.08; L. DAVID, Wettbewerbsrecht (FN 147), Rz. 663; M. SCHWENNINGER/M. SENN/A. THALMANN (FN 149) N 9; ferner SIBYLLE WIRTH, Vergleichende Werbung ist der Schweiz, den USA und der EG, Zürich 1993, 108.

160 Zum Verhältnis von staatlicher und privater Normierungen vgl. L. DAVID, Wettbewerbsrecht (FN 147), Rz. 663 ff.; M. M. PEDRAZZINI/PEDRAZZINI (FN 147), Rz. 2.08; kritisch zum "Eigenverständnis der SLK" C. BAUDENBACHER (FN 148), Vor 12, N 8.

161 Vgl. zum Ganzen den Entscheid der III. Kammer der SLK v. 28.1.1999 ("Lataa Style"), sic! 1999, 518. Siehe auch L. DAVID/M. A. REUTER (FN 70), 134.

162 Das entspricht nicht ganz 10% aller Beschwerden, vgl. dazu die jeweiligen Tätigkeitsberichte der SLK (wobei der SLK-Tätigkeitsbericht dies unter dem "Sexismus" darstellt).

163 Entscheid der III. Kammer der SLK v. 28.1.1999 ("Lataa Style"), sic! 1999, 518.

Die Aussage der Werbebotschaft will unzweifelhaft aufzeigen, dass sich Frauen (teilweise) nach dem Diktat der Mode verhalten. Diesem Umstand soll abgeholfen werden, indem auf zu enge, fesselnde, u.U. auch gesundheitsschädigende Kleider hingewiesen wird. Diese Tatsachen sind notorisch, weshalb dazu keine weiteren Ausführungen erforderlich sind.

Durch die Darstellung eines gefesselten Frauenkörpers will gerade diese Situation aufgezeigt werden. Die Seile "symbolisieren" die (zu engen) Kleider (worin auch Unterwäsche einbezogen sein kann). Da die Seile eben Kleider darstellen, sind diese konsequenterweise um nackte Körper geschwungen. Es handelt sich dabei um eine (bildliche) Metapher, die zudem ästhetisch gelungen umgesetzt wurde.

Ob sich die Beschwerdegegnerin auch auf die Kunstfreiheit berufen kann, war nicht zu prüfen. Dies wäre indessen nicht auszuschliessen, wenn es, wie im konkreten Fall, um eine (werbliche, kommerzielle) Meinungsäusserung geht, die auch das Merkmal der ästhetischen Voraussetzung für die Kunst erfüllt (vgl. dazu M. SENN, *Satire und Persönlichkeitsschutz*, Bern 1998, 120)."

Die SLK hielt aus diesen Gründen fest, dass die Werbebotschaft im Sinne einer Meinungsäusserung dahingehend zu verstehen sei, dass mit der Darstellung von "gefesselten" Frauenkörpern das Diktat der Mode und das entsprechende Verhalten von den Käuferinnen ins Visier genommen würde. Damit sei weder beabsichtigt, Frauen in irgendeiner Weise zu diskriminieren, noch dienten die Körper dem reinen Blickfang. Der verlangte Zusammenhang (zwischen Körper und Produkt) sei ebenfalls gegeben.

Würdigung: Beschwerden wegen geschlechterdiskriminierender Werbung sind recht häufig; dabei geht es meist um relativ offensichtliche Visualisierungen sexistischer Art. Kaum je gelangen indessen Fälle wegen diskriminierender Stereotypisierungen zur Beurteilung. Das ist zwar insofern verständlich, als dass diese – zumindest für die DurchschnittskonsumentInnen – weniger augenfällig und provokativ sind, aber keineswegs unproblematischer. Die entsprechenden standesrechtlichen Normen gegen solche, teils durchaus subtilere Arten der Geschlechterdiskriminierung in der Werbung sind immerhin vorhanden, dennoch beschwert sich ein Grossteil der meist weiblichen Beschwerdeführerinnen hauptsächlich gegen sexistische Darstellungen, das allerdings wohl nicht in allen, aber doch in einigen Fällen zu Recht. Immerhin ist die Wirkung eines Entscheides der SLK gegen eine geschlechterdiskriminierende Werbung insofern nachhaltig genug, als die konkrete Werbung dann meist eingestellt wird.¹⁶⁴

IV. Schlussbetrachtungen

Geschlechterdiskriminierungen in den Bereichen von Kunst, Medien und Werbung sind durchaus vorhanden. Alleine deren rechtliche Beurteilung oder gar Sanktion ist entweder kein Thema (vor allem in der Kunst) oder eine Frage der privaten Selbstkontrolle (Werbung).

Da keine gesetzlichen Bestimmungen auf nationaler Ebene¹⁶⁵ bestehen, welche geschlechterdiskriminierendes Verhalten erfassen¹⁶⁶, könnte ein Abstützen auf den Persönlichkeitsschutz geprüft werden. Der Persönlichkeitsschutz hat wohl auch Verfassungsrang¹⁶⁷, doch sind die Ansprüche im Zivil- oder Strafverfahren geltend zu machen.¹⁶⁸ Die zivilrechtliche Geltendmachung aufgrund von Art. 28 ZGB wird indessen dann tatbestandsmässig scheitern, wenn sich die Verletzung in subjektiver Hinsicht nicht auf eine bestimmte Person bezieht, was häufig der Fall ist, da die dargestellten Personen lediglich Repräsentanten (des Geschlechts) und keine Individualpersonen darstellen. Falls aber der Tatbestand gegeben ist, liegt eben eine Persönlichkeitsverletzung vor und nicht auch noch eine Geschlechterdiskriminierung.

Mittels strafrechtlichem Verfahren verhält es sich nicht grundlegend anders: Der strafrechtliche Ehrenschatz bietet keine entsprechende Handhabe gegen eine generelle Geschlechterdiskriminierung. Wie im Zivilverfahren kommen die Bestimmungen des Ehrenschatzes (Art. 173 ff. StGB) dann zum Zuge, wenn es sich um eine konkrete, tatbestandsmässige Ehrverletzung handelt; die Frage einer Geschlechterdiskriminierung wird dabei nur indirekt tangiert, soweit mit einer geschlechterdiskriminierenden Äusserung die Ehre verletzt wird.

Ob die Berufung auf die Menschenwürde bei einer Geschlechterdiskriminierung möglich ist, welche in den Normen der Gewaltdarstellung (Art. 135 StGB) wie auch der Pornographie (Art. 197 StGB) – zumindest implizit – enthalten ist¹⁶⁹, wäre im Einzelnen zu prüfen, soweit man den (sekundären) Schutz von Individualinteressen¹⁷⁰ ins Auge fasst. Doch selbst hier müsste jeweils der Tatbestand der entsprechenden Norm erfüllt sein, eine Geschlechterdiskriminierung ist in diesen Bestimmungen nicht erfasst. Um Geschlechterdiskriminierungen auf Gesetzesstufe entgegen treten zu wollen, bleibt daher einzig der Weg einer gesetzlichen Neuerung. De lege ferenda wäre das wohl über eine strafrechtliche Bestimmung zu regeln.

164 L. DAVID, *Wettbewerbsrecht* (FN 147), Rz. 675; M. CH. SENN, *Verfahren* (FN 123), 699.

165 Wie weit internationale Übereinkommen, die Bestandteil des nationalen Rechts sind (vgl. hierzu Ziff. II.1.d), eine durchsetzungskräftige Grundlage bilden, müsste im Detail separat untersucht werden. Im Vordergrund steht dabei vor allem das CEDAW (vgl. dazu FN 7).

166 Siehe aber zum Werberecht Ziff. III.4 hinten.

167 Siehe vorne, Ziff. III.2 am Ende.

168 Vgl. beispielsweise den Fall *Schärer/Bilski c. Julen*, BGer, U. vom 27.5.2003/5C.26/2003 ("Entblösste Oberkörper"), sic! 2003, 10.

169 Siehe dazu anstelle vieler: Basler Kommentar StGB II (FN 63), 135 N 19 ff., und 197 N 7 (wo von Selbstbestimmung die Rede ist).

170 So zu Recht J. REHBERG (FN 66), 180.

Die BV ihrerseits bietet keine direkt anwendbare Norm für durchsetzbare Ansprüche gegen Geschlechterdiskriminierung (ausser beim Anspruch auf gleichen Lohn, Art. 8 Abs. 3 BV). Die Frage wird hingegen zu diskutieren sein, wie weit sich eine Ausdehnung bzw. Interpretation der Tatbestandsmässigkeit bestehender Bestimmungen auf Gesetzesstufe in Richtung Zulassung der Verletzung der Menschenwürde bei Geschlechterdiskriminierung rechtfertigen lässt, wenn das in anderen Bereichen schon möglich ist.

Eine andere, freilich von Gesetzgeber zu treffende Lösung wäre, dass der Kunstvorbehalt lediglich auf der Stufe der Rechtfertigungsgründe zum Tragen käme.¹⁷¹ Es wäre dann keine Frage der Tatbestandsmässigkeit mehr¹⁷², sondern es müsste bei der Interessenabwägung geprüft werden, welchem Interesse aufgrund der konkreten Einzelsituation der Vorrang zu geben ist, beispielsweise ob also die Menschenwürde bzw. der Persönlichkeitsschutz der Kunstfreiheit vorgeht. Diese Konstruktion ist allerdings nur gültig, solange man diese Grundrechte gesetzestechnisch als Rechtfertigungsgründe betrachtet und die Problematik nicht vom methodischen Ansatz der Grundrechtskollision aus untersucht.¹⁷³

171 Dieses System gilt beispielsweise in Deutschland, wo die Kunstfreiheit sowohl bei den Gewaltdarstellungen (§ 131 StGB) als auch bei der Pornographie (§ 184 StGB) als Rechtfertigungsgrund dient (B. SCHRAUT [FN 132], 56 f. und 68 f.).

172 Wie bei Art. 135 und 197 StGB.

173 Vgl. dazu eingehend M. CH. SENN, Grundrechtskollision (FN 109), 343 f.

Des discriminations liées au sexe sont présentes dans les domaines artistiques, les médias et la publicité, sous des formes différentes, mais qui ne sont pas soumises à un jugement identique. Tandis que d'un côté diverses normes étatiques nationales et internationales revendiquent la dignité de la femme et de l'homme, en protégeant la dignité humaine par le biais de la constitution fédérale et en interdisant toute discrimination sexuelle, d'un autre côté, aucune disposition légale de base n'est examinée pour lutter contre la discrimination sexuelle et qui permettrait de créer un droit individuel direct à l'encontre une telle atteinte. Dans le domaine de l'art, en se basant sur une clause artistique, une représentation de la discrimination raciale ou qui ferait l'apologie de la violence reste possible. En revanche, en matière de publicité, à défaut de possibilités de sanctions nationales, une discrimination sexuelle ne peut être sanctionnées que sur la base du droit à l'intégrité privée. Les médias reçoivent ainsi une sorte de position intermédiaire.

(trad. Cédric JeanRichard)