

Tiere als Mitgeschöpfe im Zivilrecht

Zwischen Rechtsobjektivität und Schadensregulierung

Eva Inés Obergfell*

A. Zur Einführung: Spannungsverhältnis zwischen Staatsziel und zivilrechtlicher Rechtsobjektivität von Tieren	389	1. Eigentum an Tieren	401
B. Zivilrechtlicher Status der Tiere	391	2. Dereliktion, Aneignung und Tierfund	402
I. Tiere als Rechtsobjekte	392	3. Sonderregelungen für Wildtiere und Bienenschwärme	403
1. Entsprechende Anwendung der für Sachen geltenden Vorschriften	392	IV. Tiere als „Familienmitglied“ oder Bestandteil des Hausrats – Familienrechtliche Fragestellungen	404
2. Zivilrechtssystematische Kategorisierung von Tieren	392	V. Tiere als Nachlassgegenstand – Erbrechtliche Aspekte	407
3. Gebot der Berücksichtigung tier-spezifischer Besonderheiten im Zivilrecht	394	VI. Tiere als Gegenstand der Zwangsvollstreckung	408
II. Tierbegriff und Differenzierung bestimmter Tierkategorien	395	VII. Tiere als Werkschöpfer – Urheberrechtliche Aspekte „animalischer Kunst“	408
C. Friktionen in der Rechtsanwendung ...	396	VIII. Zivilrechtliche Instrumente als Durchsetzungs- und Abwehrmittel in der Tierschutzkontrolle	409
I. Tiere als Vertragsgegenstand – Gewährleistungsfragen	396	1. Meinungsfreiheit versus Unternehmerpersönlichkeitsrecht	409
1. Relevante Vertragstypen	396	2. Lauterkeitsrecht	411
2. Tiere als Kaufsache und Gewährleistungsfragen	398	D. Spuren einer Berücksichtigung der Mitgeschöpflichkeit von Tieren im Zivilrecht	412
II. Tiere als Haftungsrisiko – Aspekte der Schadensregulierung	399	I. Einfluss des Staatsziels „Tierschutz“ gemäß Art. 20a GG	412
1. Realisierung der spezifischen Tiergefahr	399	II. Anthropozentrik des Zivilrechts	412
2. Schockschaden bei Tötung eines Tieres	400	E. Konsequenzen für die tierrechtliche Debatte und Forschungsbedarf	413
3. Unverhältnismäßigkeit von Heilbehandlungskosten	400	F. Zusammenfassung	415
III. Tiere als Verfügungsobjekt – Eigentumserwerb, Dereliktion und Einwirkungsbefugnis des Eigentümers	401		

Tiere sind keine Sachen. Im Zivilrecht werden auf sie – dessen ungeachtet – gemäß § 90a S. 3 BGB die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend angewendet, „soweit nicht etwas anderes bestimmt ist“. Der Beitrag geht der Frage nach, welche Bedeutung das in Art. 20a GG verankerte Staatsziel des Tierschutzes für die zivilrechtliche Behandlung von Tieren hat. Dabei werden im Rahmen einer Bestandsaufnahme die einschlägigen zivilrechtlichen Normen und Regelungsbereiche (u.a. des Vertrags-, Delikts- und Sachenrechts) identifiziert und dabei die Lösungsansätze von Gesetzgebung und Rechtsprechung analysiert. Die Untersuchung ist

* Prof. Dr. iur., Universitätsprofessorin für Bürgerliches Recht, Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Josef Kohler-Forschungsinstitut für Immaterialgüterrecht, Vizepräsidentin für Lehre und Studium, Humboldt-Universität zu Berlin.

geleitet zum einen durch die Frage, ob und inwieweit aus der eigentumsrechtlichen Mensch-Tier-Beziehung trotz der verfassungsrechtlich zu beachtenden Besonderheiten von Tieren als lebende Mitgeschöpfe Friktionen in der Rechtsanwendung resultieren, und zum anderen durch die Frage, ob sich eine besondere Berücksichtigung der Mitgeschöpflichkeit aus den gesetzlichen Vorschriften oder ihrer richterlichen Anwendung durch die Gerichte ablesen lässt.

A. Zur Einführung: Spannungsverhältnis zwischen Staatsziel und zivilrechtlicher Rechtsobjektivität von Tieren

Das Thema „Tiere im Recht“ scheint im zivilrechtlichen Schrifttum bisher keinen nennenswerten Niederschlag gefunden zu haben – jedenfalls nicht in Gestalt eines übergreifend dogmatisch-systematisierenden Zugriffs. Die rechtliche Stellung von Tieren und ihre Qualität als Mitgeschöpfe werden überwiegend aus einem verfassungs- bzw. verwaltungsrechtlichen Blickwinkel oder aber aus (rechts-) philosophischer Perspektive diskutiert.¹ Aus öffentlich-rechtlicher Perspektive ist das Staatsziel des Tierschutzes gemäß Art. 20a GG nach seinem materiellrechtlichen Gehalt auszufüllen und es sind sowohl die Reichweite seines gesetzgeberischen Schutzauftrags² als auch seine Auswirkungen für die (insbesondere verwaltungsrechtliche, aber auch strafrechtliche) Praxis v.a. bei der Anwendung des TierSchG auszuloten. Das einfachgesetzliche Gebot des § 1 TierSchG hat eine verfassungsrechtliche Aufwertung erhalten.³ Die identische Zielsetzung des Art. 20a GG und des TierSchG geht – mit der einfachgesetzlichen Formulierung in § 1 S. 1 TierSchG gesprochen – dahin, „aus der Verantwortung der Menschen für das Tier als Mitgeschöpf dessen Leben und Wohlbefinden zu schützen“. Dies bedeutet gemäß § 1 S. 2 TierSchG primär, dass „[n]iemand [...] einem Tier ohne vernünftigen Grund Schmerzen, Leiden oder Schäden zufügen [darf]“. Eine zivilrechtliche Perspektive ist – sowohl in legislatorischer als auch in wissenschaftlicher Hinsicht – bisher nur punktuell angenommen worden. Während die Grundentscheidung der sachenrechtlichen Zuordnung von Tieren zur Kategorie der Rechtsobjekte jahrhundertlang nicht ange-

- 1 Siehe zur verfassungsrechtlichen Diskussion z.B. *E. v. Loeper*, in: H.-G. Kluge (Hrsg.), *Tierschutzgesetz*, Stuttgart 2002, Einführung Rn. 85–104h; *D. Murswiek*, in: M. Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz*, 7. Aufl., München 2014, Art. 20a Rn. 31b und 51a; siehe auch den Überblick über die Diskussion vor Einfügung des Staatsziels „Tierschutz“ in das Grundgesetz: *E. I. Obergfell*, *Wissenschaftsfreiheit und Tierschutz. Zur Wertigkeit des Tierschutzes im deutschen Verfassungsrechtssystem*, ZRP 2001, S. 193 ff. m.w.N. – Zur rechtsphilosophischen Perspektive siehe *R. Spaemann*, in: U. M. Händel (Hrsg.), *Tierschutz – Testfall unserer Menschlichkeit*, Frankfurt a.M. 1984, S. 71 (78 ff.); *G. M. Teutsch*, in: U. M. Händel (ebenda), S. 39 ff.; *U. Wolf*, *Das Tier in der Moral*, Frankfurt a. M. 1990, S. 87 ff.; sowie den Überblick bei *B. Brüninghaus*, *Die Stellung des Tieres im Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin 1993, S. 26–35; siehe *J. S. Ach*, *Gerechtigkeit für Tiere?* (in diesem Heft), S. 465 ff.
- 2 Das Staatsziel bedeutet in erster Linie in rechtspolitischer Hinsicht die Staatsaufgabe, das Rechtsgut „Tierschutz“ gesetzlich fortzuentwickeln; siehe *E. v. Loeper* (Fn. 1), Einführung Rn. 104a; *E. I. Obergfell*, *Ethischer Tierschutz mit Verfassungsrang. Zur Ergänzung des Art. 20a GG um „drei magische Worte“*, NJW 2002, S. 2296 (2297).
- 3 BT-Drs. 14/8860, S. 1 und 3; *D. Murswiek* (Fn. 1), Art. 20a Rn. 51a.

zweifelt wurde und der gesetzgeberische Kunstgriff des im Sommer 1990 eingeführten § 90a BGB mit der euphemistischen Beschwichtigung, Tiere seien zwar keine Sachen, aber wie diese zu behandeln (unten B), regelmäßig verächtliche Reaktionen im rechtswissenschaftlichen Schrifttum auslöst, eröffnen klassischerweise Fragen der Tierhalterhaftung⁴ oder der Tiergewährleistung⁵ breiten Anwendungsraum für die juristische Kontroverse, die gern auch vor Gericht ausgefochten wird. Darüber hinaus finden sich nur vereinzelt grundlegende Auseinandersetzungen mit tierrechtlichen Fragestellungen und vor allem übergeordnete Fragen der Wertigkeit von Tieren im Zivilrecht werden bislang kaum diskutiert.⁶ Ein Gesamtkonzept der zivilrechtlichen Behandlung von Tieren scheint es nicht zu geben.⁷ Vielmehr sind die Vorschriften, in denen Tiere erwähnt werden, bunt im Zivilrecht verstreut und es beschäftigen sich dementsprechend die jeweiligen Teildisziplinen, wie z.B. des Versicherungs- und Schadensrechts oder des Kauf- bzw. Gewährleistungsrechts – um nur die beiden wichtigsten Bereiche zu nennen –, jeweils isoliert mit der zivilrechtlichen Behandlung von Tieren.

Sowohl für die rechtsphilosophische als insbesondere auch für die verfassungsrechtliche und rechtspolitische Perspektive mag es indessen von Bedeutung sein, wie die Gebote der Anerkennung einer Mitgeschöpflichkeit von Tieren, die sich nicht nur aus moralischen Normen, sondern seit der Grundgesetzergänzung im Jahr 2002 auch aus Art. 20a GG ergeben, im Zivilrecht umgesetzt und mit Leben gefüllt werden. Dem Zuschnitt dieses Beitrags entsprechend wird nicht primär die Debatte um diese moralischen oder rechtlichen Gebote, ihre verfassungsrechtliche Verankerung und ihren konkreten Gehalt wie Umfang geführt, sondern stattdessen näher untersucht, in welchem Maße das tierschutzbezogene Staatsziel des Art. 20a GG für die zivilrechtliche Gesetzgebung und Rechtsprechung konkret Wirkung entfaltet. Im Rahmen der dazu notwendigen Bestandsaufnahme gilt es, die einschlägigen zivilrechtlichen Normen und Regelungsbereiche nicht nur zu identifizieren, sondern in einen systematischen Zusammenhang zu stellen und sodann die Lösungsansätze der Gesetzgebung und der Rechtsprechung zu analysieren. Unter-

4 Näher dazu Abschnitt C II.

5 Siehe dazu Abschnitt C I.

6 Siehe aber die grundlegenden Überlegungen zur Schaffung von Tierrechten aus Perspektive des internationalen Rechts bei A. Peters, *Liberté, Égalité, Animalité: Human-Animal Comparisons in Law*, *Transnational Environmental Law* 2016, S. 1–29; *dies.*, Introduction: Animal Law – A Paradigm Change, in: A. Peters/S. Stucki/L. Boscardin (Hrsg.), *Animal Law: Reform or Revolution?*, Zürich 2015, S. 15 (20 ff.). Siehe als Verfechter der Idee originärer Tierrechte aus dem US-amerikanischen Schrifttum G. L. Francione, *Reflections on Animals, Property, and the Law and Rain Without Thunder*, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 70 (Winter 2007), S. 1 (32–49).

7 Die einzige einschlägige übergreifende Monographie stammt aus dem vergangenen Jahrhundert: Siehe B. Brünninghaus, *Die Stellung des Tieres im bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin 1993. Daneben finden sich nur die zumeist knappen Kommentierungen zu § 90a BGB sowie einige kürzere zivilrechtliche Abrisse, z.B. von A. Lorz, *Das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht*, MDR 1990, S. 1057–1061; sowie (sehr kursorisch) R. Steding, § 90a BGB: nur juristische Begriffskosmetik? – Reflexionen zur Stellung des Tieres im Recht, JuS 1996, S. 962 (963 f.).

sucht werden dabei gerade die sachenrechtlichen Grundpfeiler des zivilrechtlichen Umgangs mit Tieren sowie neue deliktsrechtliche Fragen (auch jenseits der Tierhalterhaftung). Darüber hinaus sollen gleichfalls entlegenere zivilrechtliche Regelungsfelder beleuchtet werden, die für die hiesige Fragestellung Relevanz haben. Dieser Beitrag soll die Grundpositionierung des Zivilrechtsgesetzgebers und der Zivilgerichte gegenüber der rechtlichen Wertigkeit und Stellung von Tieren analysieren. Im Zentrum des Interesses steht weniger die (später kursorisch angerissene) Überlegung, in welcher Weise zivilrechtliche und zivilprozessuale Instrumente genutzt werden können, um einen über straf- oder verwaltungsrechtliche Verbote zu erzielenden effektiven Tierschutz praktisch durchzusetzen, oder umgekehrt, um sich als Unternehmer, der zur Zielscheibe des Protestes von Tierschützern geworden ist, gegen deren Anprangerung von z.B. nicht artgerechter Nutztierhaltung zu wehren. Jene Überlegung knüpft vielmehr an den durch zahlreiche straf- und bußgeldbeehrte Vorschriften gebildeten materiellrechtlichen (öffentlich-rechtlichen) Tierschutz an; sie betrifft hingegen nicht primär (sondern nur mittelbar) die Frage, wie Tiere insgesamt in einem durch das Zuordnungsverhältnis von Rechtssubjekten und Rechtsobjekten geprägten Zivilrecht behandelt werden. Dieser Beitrag fokussiert auf die letztgenannte Problematik und die Analyse des genuin zivilrechtlichen Regelungskontextes, in den die verfassungsrechtlich anerkannte Mitgeschöpflichkeit von Tieren hineinwirkt. Dabei kristallisieren sich zwei für die Untersuchung leitende Fragen heraus: Erstens lässt sich fragen, ob aus der Gleichsetzung von Tieren und Sachen und der Konsequenz einer eigentumsrechtlichen Mensch-Tier-Beziehung trotz der zu beachtenden Besonderheit von Tieren als lebende Mitgeschöpfe Friktionen in der Rechtsanwendung resultieren (unten C.). Zweitens kann gefragt werden, ob sich umgekehrt eine besondere Berücksichtigung der Mitgeschöpflichkeit aus den gesetzlichen Vorschriften oder ihrer richterlichen Anwendung durch die Gerichte ablesen lässt (unten D.). Diese übergreifende Bestandsaufnahme der verschiedenen, auf der sachähnlichen Stellung des Tieres fußenden zivilrechtlichen Implikationen, dient dazu, die Bandbreite der aus der anthropozentrischen Grundentscheidung des Gesetzgebers folgenden Konsequenzen im Zivilrecht aufzuzeigen. Der durch diese Analyse erarbeitete Befund mag Anknüpfungspunkte für mögliche zivilrechtliche Reformüberlegungen liefern, aber auch allgemein Impulse für eine übergeordnete rechtspolitische Debatte geben.

B. Zivilrechtlicher Status der Tiere

Die zivilrechtliche Perspektive kommt nicht umhin, die grundsätzliche Frage nach der Qualifizierung von Tieren als Rechtssubjekte oder Rechtsobjekte zu beantworten. Denn dies sind die beiden bekannten zivilrechtlichen Kategorien. Die Frage ist bislang stets zugunsten der zweiten Kategorie der Rechtsobjekte entschieden worden. Lediglich de lege lata wird vereinzelt zur Einordnung von Tieren in die erste

Kategorie tendiert.⁸ Aus der Anerkennung eines besonderen Status' der Tiere als Mitgeschöpfe einerseits und ihrer zivilrechtlichen Behandlung *wie* Sachen andererseits ergibt sich ein den gesamten zivilrechtlichen Themenkomplex durchziehendes Dilemma. Daher gebietet sich ein genauerer Blick auf diese Statusbestimmung von Tieren als Rechtsobjekte (I.) und mögliche Unterklassifizierungen (II.).

I. Tiere als Rechtsobjekte

1. Entsprechende Anwendung der für Sachen geltenden Vorschriften

Ausgangspunkt zur zivilrechtlichen Statusbestimmung von Tieren ist die im Jahr 1990 durch das „Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht“ vom 20.8.1990⁹ in das BGB eingefügte Vorschrift des § 90a BGB.¹⁰ Die Norm, die keineswegs Ausfluss des Staatsziels „Tierschutz“ ist, sondern noch vor seiner Einfügung in Art. 20a GG erlassen wurde, trägt den Konflikt bereits in sich: Tiere sind nach § 90a S. 1 BGB zwar keine Sachen, doch schreibt § 90a S. 3 vor, dass die für Sachen geltenden Vorschriften grundsätzlich („soweit nicht etwas anderes bestimmt ist“) entsprechende Anwendung auch auf Tiere finden. Damit wird (trotz ihrer belebten Natur) ihre Sachqualität für die Anwendung der zivilrechtlichen Regeln fingiert. Lediglich dann, wenn sich aus ihrer gesetzlich explizit angeordneten Sonderbehandlung etwas anderes ergibt, fallen Tiere aus der fingierten Sachkategorie heraus und werden wie Tiere behandelt. Solche Sondervorschriften, die die besondere Qualität von Tieren als Mitgeschöpfe berücksichtigen und allgemeinen, sachenrechtlichen oder sonst zivilrechtlichen Bestimmungen vorgehen, sind insbesondere die durch das Gesetz von 1990 ebenfalls eingeführten Vorschriften der §§ 251 Abs. 2 S. 2, 903 S. 2 BGB und §§ 765a Abs. 1 S. 3, 811c ZPO, aber auch die bereits zuvor existierenden Bestimmungen der §§ 833 f. und 960–964 BGB.¹¹

2. Zivilrechtssystematische Kategorisierung von Tieren

Der BGB-Gesetzgeber betrachtete Tiere – dem römisch-rechtlichen Vorbild der „res“¹² folgend – zunächst schlicht als Sache im Sinne von § 90 BGB.¹³ Nach heutiger bürgerlich-rechtlicher Systematik ergibt sich angesichts der Vorschrift in

8 Siehe die Nachweise unten in Abschnitt B I 2.

9 BGBl. I, S. 1762.

10 Das österreichische Recht kennt mit § 285a ABGB schon seit 1988 eine beinahe gleichlautende Vorschrift.

11 J. Jickeli/M. Stieper, in: J. v. Staudinger (Begr.), BGB, Buch 1, Allgemeiner Teil 3, 14. Aufl., Berlin 2012, § 90a Rn. 10.

12 Siehe zur „res“ als Vermögen und als einzelner Vermögensbestandteil M. Kaser/R. Knütel, Römisches Privatrecht, 19. Aufl., München 2008, § 18 Rn. 1 und (zum Großvieh als „res mancipi“) 8; Ch. Becker, Die „res“ bei Gaius – Vorstufe einer Systembildung in der Kodifikation? Zum Begriff des Gegenstandes im Zivilrecht, Köln 1999, S. 32 f. und 38 ff. (43 zur Abgrenzung von zahmen und wilden Tieren).

13 B. Brüninghaus, Stellung des Tieres (Fn. 1), S. 36 ff.; R. Steding, § 90a BGB (Fn. 8), S. 963.

§ 90a BGB ein differenzierteres Bild: Sachen sind gemäß § 90 BGB nur körperliche Gegenstände. Neben körperlichen Gegenständen kennt das Zivilrecht auch unkörperliche Gegenstände – dies sind Rechte, z.B. schuldrechtliche Forderungen, aber auch die erga omnes wirkenden Ausschließlichkeitsrechte des Immaterialgüterrechts (Patentrechte, Urheberrechte, Markenrechte etc.).¹⁴ In Abgrenzung zu Rechtssubjekten sind körperliche und unkörperliche Gegenstände als Rechtsobjekte aufzufassen.¹⁵ Kennzeichnend für Rechtsobjekte ist, dass Rechtsobjekte (insbesondere nach den Regeln des Sachenrechts) Herrschaftsgewalt über die betreffenden Gegenstände ausüben können. Gegenstände im rechtlichen Sinne (Rechtsobjekte) sind damit alle jene, über die ein Rechtssubjekt mit rechtlicher Wirkung verfügen kann.¹⁶

Zur Frage, ob Tiere als Untergruppe der körperlichen Sachen gelten, oder eine eigene, spezifische Kategorie bilden, haben sich unterschiedliche Positionen herausgebildet. Manche betrachten Tiere als „bewegliche Sachen sui generis“.¹⁷ Andere Vertreter des Schrifttums vermeiden bei der Kategorisierung von Tieren die Bezeichnung der Sache und bilden unter dem Oberbegriff der Rechtsobjekte eine eigene, neben den Sachen stehende Untergruppe für Tiere.¹⁸ Insgesamt besteht im zivilrechtlichen Schrifttum weithin darüber Einigkeit, dass Tiere nicht als Rechtssubjekte, sondern als Rechtsobjekte einzuordnen sind.¹⁹ Als Rechtssubjekte werden gemeinhin nur Menschen, in der Terminologie des BGB: natürliche Personen, und – als rechtliche Fiktion – juristische Personen anerkannt.²⁰ Die Qualität des Rechtssubjekts ist eng, im Sinne einer *conditio sine qua non*, verknüpft mit der Rechtsfähigkeit, also der Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein.²¹ Mit anderen Worten: Ein Lebewesen, das nicht rechtsfähig ist, entbehrt zwangsläufig auch des Charakters als Rechtssubjekt. Tieren Rechte zuzuerkennen, mag noch

14 Siehe *H. Brox/W.-D. Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 39. Aufl., München 2015, Rn. 776–778; *D. Leipold*, BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Tübingen 2015, § 37 Rn. 2; *H.-P. Mansel*, in: O. Jauernig (Begr.)/ R. Stürner (Hrsg.), BGB, 16. Aufl., München 2015, Vor § 90 Rn. 1.

15 *H. Brox/W.-D. Walker*, Allgemeiner Teil (Fn. 14), Rn. 779; *D. Leipold*, BGB I (Fn. 14), § 30 Rn. 5; *H.-P. Mansel* (Fn. 14), Vor § 90 Rn. 1.

16 *Cb. Becker*, „res“ (Fn. 12), S. 3. Ähnlich *H. Brox/W.-D. Walker*, Allgemeiner Teil (Fn. 14), Rn. 775 („jedes Gut, auf das sich die rechtlich Herrschaftsmacht des Rechtssubjekts erstrecken kann“) und 624.

17 *Cb. Berger*, in: O. Jauernig (Fn. 14), § 854 Rn. 6; siehe auch *H.-P. Mansel* (Fn. 14), § 90a Rn. 1.

18 *J. Jickeli/M. Stieper* (Fn. 11), § 90a Rn. 2; *D. Leipold*, BGB I (Fn. 14), § 37 Rn. 3; *A. Lorz*, Rechtsstellung (Fn. 8), S. 1057; *Stresemann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 1, 1. Halbband, Einleitung und Allgemeiner Teil, 6. Aufl., München 2012, § 90a Rn. 3.

19 Siehe nur *J. Fritzsche*, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), BGB, 3. Aufl., München 2012, § 90a Rn. 2; *J. Jickeli/M. Stieper* (Fn. 11), § 90a Rn. 4; *D. Leipold*, BGB I (Fn. 14), § 30 Rn. 5 und § 37 Rn. 1 und 3; *A. Lorz*, Rechtsstellung (Fn. 7), S. 1057. Die Qualität als Rechtssubjekt ablehnend auch *H. Brox/W.-D. Walker*, Allgemeiner Teil (Fn. 14), Rn. 703.

20 *H. Brox/W.-D. Walker*, Allgemeiner Teil (Fn. 14), Rn. 702; *D. Leipold*, BGB I (Fn. 14), § 30 Rn. 3.

21 So die allgemeine Definition der Rechtsfähigkeit; siehe z.B. *H. Brox/W.-D. Walker*, Allgemeiner Teil (Fn. 14), Rn. 703; *D. Leipold*, BGB I (Fn. 14), § 30 Rn. 1; *H.-P. Mansel* (Fn. 14), § 1 Rn. 1.

denkbar sein (auch wenn dies die Frage der Wahrnehmung dieser Rechte durch Menschen aufwirft), ihnen aber Pflichten aufzubürden, scheint undenkbar, weshalb genuine Tierrechte und die Einordnung von Tieren als Rechtssubjekte allgemein abgelehnt werden. Dennoch wird sehr vereinzelt auch die Rechtsfähigkeit von Tieren und ihre Rechtssubjektivität (jedenfalls *de lege lata*) erwogen.²²

3. Gebot der Berücksichtigung tierspezifischer Besonderheiten im Zivilrecht

Die durch § 90a BGB vorgeschriebene Behandlung von Tieren nicht *als*, sondern *wie* Sachen, scheint heute zugleich Einfallstor für die verfassungsrechtlichen Implikationen des Art. 20a GG zu sein. Die besondere Stellung von Tieren als Mitgeschöpfe, wie sie schon in § 1 S. 1 TierSchG zum Ausdruck kommt, die Anerkennung ihrer kreatürlichen (auch schmerzempfindsamen) Wesenhaftigkeit, die sie von lebloser Materie unterscheidet, alles dies mag die Herauslösung des Tieres aus dem Sachbegriff rechtfertigen.²³

Zusätzlich weist § 90a S. 2 BGB darauf hin, dass Tiere durch besondere Gesetze geschützt werden. Diese Feststellung scheint jeglichen eigenen Regelungsgehalts zu entbehren und in dogmatischer Hinsicht letztlich ein überflüssiger Hinweis zu sein.²⁴ Denn das Tierschutzgesetz als wichtigstes Regelungskonglomerat ist aus sich heraus anwendbar und bedarf selbstredend keiner zivilrechtlichen Geltungsanordnung. Der Hinweis in § 90a S. 2 BGB hat damit vor allem Appellcharakter.²⁵ Gleiches wird man grundsätzlich zu § 90a S. 3 2. Hs. sagen können.²⁶ Bedeutet die Verankerung der Tierbesonderheiten in § 90a BGB und die Herauslösung aus dem Sachenbegriff damit letztlich eine euphemistische Worthülse? Konsultiert man hierzu das (sich überwiegend kritisch-distanziert zeigende) zivilrechtliche Schrifttum, so scheint dieser Verdacht von vielen geteilt zu werden.²⁷ Es finden sich aber umgekehrt auch Stimmen, die einen über die bloße Appellfunktion hinausgehenden Bedeutungsgelb apostrophieren. Die Herauslösung von Tieren aus dem

22 B. Brüninghaus, Stellung des Tieres (Fn. 1), S. 132 ff.; G. Erbel, Rechtsschutz für Tiere – Eine Bestandsaufnahme anlässlich der Novellierung des Tierschutzgesetzes, DVBl. 1986, S. 1235 (1252 ff.); E. v. Loeper (Fn. 1), Einführung Rn. 125 und 163 ff. Mit der möglichen Rechtssubjektivität von Tieren setzt sich ebenfalls auseinander T.B. Schmidt, Das Tier – ein Rechtssubjekt?, Regensburg 1996. Siehe aus dem US-amerikanischen Schrifttum G. L. Francione, *Animals as Persons. Essays on the Abolition of Animal Exploitation*, New York 2008, S. 30 ff.

23 So auch die Gesetzesbegründung: BT-Drs. 11/5463 v. 25.10.1989; BR-Drs. 380/89 v. 11.8.1989.

24 Ebenso J. Fritzsche (Fn. 19), § 90a Rn. 4; J. Jickeli/M. Stieper (Fn. 11), § 90a Rn. 8; Stresemann (Fn. 18), § 90a Rn. 5.

25 B. Brüninghaus, Stellung des Tieres (Fn. 1), S. 98. Ähnlich A. Lorz, Rechtsstellung (Fn. 7), S. 1058 („mahnenden Charakter“).

26 J. Fritzsche (Fn. 19), § 90a Rn. 6.

27 J. F. Baur/R. Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl., München 2009, § 3 Rn. 4 („nichtssagende Regelung“); J. Ellenberger, in: O. Palandt (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 75. Aufl., München 2016, § 90a Rn. 1 („gefühlige Deklamation“); H.-P. Mansel (Fn. 14), § 90a Rn. 1 („symbolische Gesetzgebung, rechtlich funktionslos“); D. Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl., München 2010, Rn. 1178a („Begriffskosmetik“).

Sachbegriff durch § 90a BGB wird zu Recht als Wendepunkt²⁸ und in praktischer Hinsicht als Richtschnur für die Auslegung der zivilrechtlichen Vorschriften bei ihrer Anwendung auf Tiere verstanden.²⁹ Auch vermag die Vorschrift des § 90a BGB die Tür zur Weiterentwicklung zivilrechtlicher Sonderbestimmungen für Tiere de lege ferenda aufzustoßen.³⁰ Der Annahme eines derartigen gesetzgeberischen Weiterentwicklungsgebots wird schon mit Blick auf das Staatsziel des ethischen Tierschutzes gemäß Art. 20a GG beizupflichten sein.³¹ Diese Gesichtspunkte folgen allerdings – streng genommen – bereits aus Art. 20a GG und den Vorgaben des TierSchG. Entscheidender zivilrechtlicher Bedeutungsgehalt des § 90a S. 3 BGB ist indessen die dem Rechtsanwender auferlegte Prüfungspflicht hinsichtlich der entsprechenden Anwendbarkeit der allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften auf Tiere.³² Nach der klaren Aussage des § 90a S. 3 BGB dürfen die allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften nur dann angewendet werden, wenn sie nach den Besonderheiten der Tiere als Mitgeschöpfe überhaupt einer entsprechenden Anwendung auf diese zugänglich sind.

II. Tierbegriff und Differenzierung bestimmter Tierkategorien

Das Zivilrecht unterscheidet an verschiedenen Stellen bestimmte Kategorien von Tieren. So wird etwa nach der Nutzungsbezogenheit von Tieren oder ihrer Lebensweise (wild oder domestiziert) differenziert. Diese Kategorisierung von Tieren hat eine unterschiedliche zivilrechtliche Behandlung zur Konsequenz – sei es bereits durch eine durch den Gesetzgeber vorgenommene Regelungsdifferenzierung (wie etwa in § 833 S. 2 BGB), sei es durch eine differenzierte Behandlung durch die Rechtsprechung. Die wichtigste Unterscheidung ist die von Nutztieren und Haustieren. Letztere unterliegen keiner wirtschaftlichen Auswertung und werden deshalb auch als Luxustiere bezeichnet.³³ Das TierSchG behält bestimmte Ge- und Verbote bzw. Erlaubnisvorbehalte dem Umgang mit Wirbeltieren vor.³⁴ Diese Un-

28 A. Lorz, Rechtsstellung (Fn. 7), S. 1061.

29 R. Steding, § 90a BGB (Fn. 7), S. 964. Ähnlich für eine dem Staatsziel „Tierschutz“ verpflichtete zivilrechtliche Rechtsprechung bei der Ausfüllung von Gesetzeslücken Stresemann (Fn. 18), § 90a Rn. 10.

30 Als mögliche Änderungsfelder benennt R. Steding, § 90a BGB (Fn. 7), S. 964, das Kauf- und das Transportrecht.

31 E. I. Oberfell (Fn. 2), S. 2297. Siehe näher unten Abschnitt E.

32 Für eine solche Prüfpflicht zu Recht auch J. Jickeli/M. Stieper (Fn. 11), § 90a Rn. 9; Stresemann (Fn. 18), § 90a Rn. 8. Siehe auch A. Lorz, Rechtsstellung (Fn. 8), S. 1058 f.

33 Siehe näher unten Abschnitt C II und IV. Kritisch zur Unterscheidung von Nutz- und Luxustieren B. Brüninghaus, Stellung des Tieres (Fn. 1), S. 99.

34 So z.B. die Bestimmungen der §§ 4, 5 (Töten von Wirbeltieren und Eingriffe an Wirbeltieren nur unter Betäubung), die Bestimmungen der §§ 11–11c (Zucht, Halten von Tieren und Handel mit Tieren) und die Strafbestimmung des § 17 TierSchG (Töten eines Wirbeltiers „ohne vernünftigen Grund“ und Zufügung erheblicher Schmerzen und Leiden). Wegen seines weiten in § 1 S. 1 TierSchG niedergelegten Schutzzwecks schützt das TierSchG grundsätzlich alle Tiere und gewährt den empfindungsfähigen Wirbeltieren besonderen Schutz; siehe näher E. v. Loeper, Einführung (Fn. 1) Rn. 81.

terscheidung gilt hingegen nicht für das Zivilrecht, es sei denn, tierschutzgesetzliche Verbote und Beschränkungen der Verkehrsfähigkeit von Tieren halten über die Verbotsnorm des § 134 BGB Einzug in das Zivilrecht. Stattdessen fallen unter den zivilrechtlichen Tierbegriff, der in § 90a BGB verwendet wird und dem Zivilrecht allgemein zugrunde liegt, sämtliche Tiere im biologischen Sinne – unabhängig von ihrer taxonomischen Einordnung und unabhängig von ihrer Empfindungs- und Leidensfähigkeit.³⁵

C. Friktionen in der Rechtsanwendung

Als Kernproblem und Dilemma gleichermaßen entpuppt sich die gesetzliche Anordnung des § 90a BGB, nach der Tiere zwar etwas anderes als „körperliche Gegenstände“ im Sinne von § 90 BGB sind, also als durch besondere Gesetze geschützte Lebewesen anders (nämlich besser) als leblose körperliche Gegenstände behandelt werden,³⁶ nach der Tiere aber trotzdem dem Sachenrecht unterfallen, Verträge zu ihrer Nutzung abgeschlossen werden können und mit ihnen zivilrechtlich jedenfalls im Prinzip wie mit beweglichen Sachen umgegangen wird. Dies führt zu einer Reihe von Friktionen, die durch die Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften entstehen und die es auch vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Tierschutzes als Staatsziel gemäß Art. 20a GG zu hinterfragen gilt.³⁷

I. Tiere als Vertragsgegenstand – Gewährleistungsfragen

1. Relevante Vertragstypen

Aus der Rechtsobjektivität folgt zunächst, dass Rechtssubjekte, denen Tiere als Rechtsobjekte rechtlich zugeordnet sind, schuldrechtliche Verträge über jene mit dem Ziel der Eigentumsübertragung oder der Gebrauchsüberlassung abschließen können, um nur zwei praktisch besonders relevante Gestaltungen zu nennen. Damit wird das Tier in der zivilrechtlichen Bewertung zur Kaufsache im Sinne von § 433 Abs. 1 BGB, zur Mietsache im Sinne von § 535 Abs. 1 BGB oder zum Gegenstand der Leihe gemäß § 598 BGB, z.B. bei der Überlassung eines Reitpferdes zur vorübergehenden entgeltlichen oder unentgeltlichen Nutzung, oder bei der Überlassung eines Zuchttieres auch der Pacht gemäß § 581 Abs. 1 BGB mit einem Fruchtziehungsrecht³⁸ als der Berechtigung, die aus der Zucht hervorgehenden Jungtiere als Eigentum gemäß §§ 956, 957 BGB zu erwerben. Mit dem das Pferd beschlagenden Hufschmied wird ein Werkvertrag gemäß § 631 BGB abgeschlos-

35 A. Lorz, Rechtsstellung (Fn. 8), S. 1057 f. Ebenso J. Fritzsche (Fn. 19), § 90a Rn. 3; J. Jickeli/M. Stieper (Fn. 11), § 90a Rn. 5 f.

36 R. Steding, § 90a BGB (Fn. 7), S. 963.

37 Dazu unten Abschnitt E.

38 Tierjunge werden gemeinhin als „Früchte“ im Sinne von § 99 BGB betrachtet; siehe etwa B. Brüninghaus, Stellung des Tieres (Fn. 1), S. 40 f.; H.-P. Mansel (Fn. 14), §§ 99–103 Rn. 2.

sen. Das Pferd bildet den physischen Leistungsgegenstand, an dem die werkvertragliche Leistung des Hufschmieds im Sinne der Herbeiführung eines Erfolgs (der neu angebrachten bzw. ausgewechselten Hufeisen) zu erbringen ist. Der Vertrag über die tierärztliche Behandlung eines Tieres stellt keinen Behandlungsvertrag im Sinne von § 630a BGB dar, weil dieser nur die Behandlung von Menschen betrifft,³⁹ sondern in der Regel ein Dienstvertrag gemäß § 611 BGB, bei dem der Tierarzt die Bemühung um den Heilungserfolg schuldet. Anders (nämlich als Werkvertrag) wird jedoch der Vertrag zur Vornahme einer Kastration zu bewerten sein. Wird ein Vertrag zur Behandlung eines Menschen mittels eines Therapiehundes oder einer Therapie mit Pferden abgeschlossen, so wird es sich dabei um einen Dienstvertrag handeln. Weitere für den „Gegenstand Tier“ relevante Vertragstypen sind der zum endgültigen Übergang des Eigentums verpflichtende Schenkungsvertrag gemäß § 516 BGB und der Tausch gemäß § 480 BGB sowie der nur zur zeitlich begrenzten Obhut verpflichtende Verwahrungsvertrag gemäß § 688 BGB.

Die zahlreichen tierrelevanten Vertragskonstellationen können hier nicht erschöpfend betrachtet werden. Neben den im Mittelpunkt der tierspezifischen Vertragsrechtsfragen stehenden Rechtsfragen beim Tierkauf⁴⁰ soll hier mit der vertraglichen (vorübergehenden) Unterbringung von Tieren lediglich eine Konstellation herausgegriffen werden, die einen besonders deutlichen Einfluss des Tierschutzgedankens aufweist. Wird das Haustier während der Urlaubsabwesenheit „seiner“ Familie in eine Tierpension gegeben und verstirbt es dort, entläuft es oder wird es (durch die Aufsichtsperson oder andere Tiere) verletzt, so wirft dies die Frage der vertraglichen Haftung auf. Eine Haftung des Gastwirts aus dem mit dem Gast abgeschlossenen Beherbergungsvertrag ist hingegen gemäß § 701 Abs. 4 BGB explizit für den Verlust, die Zerstörung und Beschädigung von lebenden Tieren ausgeschlossen. Die Sorge für ein in die Gastunterkunft eingebrachtes Tier ist als eine der aus dem Betrieb einer Herberge resultierenden Gefahr und der den Gastwirt treffenden allgemeinen Schutzpflicht für die vom Gast mitgebrachten Gegenstände fremde Pflichtensphäre zu betrachten und als betriebsfremde Leistung nicht haftungsbegründend.⁴¹ Anders verhält es sich im Falle einer Pferdeponenion oder jedes Tierhotels, das gerade als zeitweilige Unterkunft für Haustiere dienen soll und dessen Betreiber sich zur Obhut über diese Tiere verpflichtet. Der hierbei abgeschlossene Vertrag ist jedoch kein Beherbergungsvertrag mit Gastwirthaftung gemäß § 701 BGB, sondern ein Verwahrungsvertrag gemäß § 688 BGB, der den Verwahrer verpflichtet, die vom Hinterleger übergebene bewegliche Sache aufzubewahren.

39 H.-P. Mansel (Fn. 14), § 630a Rn. 5.

40 Dazu sogleich unter C I 2.

41 H.-P. Mansel (Fn. 14), § 701 Rn. 10.

Die Vorschrift ist entsprechend auf Tiere anwendbar.⁴² Der Abschluss eines derartigen Unterkunftsvertrags führt gemäß § 688 BGB dazu, dass den Betreiber der Tierpension als Verwahrer in erster Linie die Pflicht trifft, entsprechenden Raum und Obhut zu bieten und dabei den eingebrachten Gegenstand zu bewachen und zu schützen. Diese Pflicht umfasst bei Tieren selbstverständlich die Fütterung und Pflege.⁴³ Bei einer Erkrankung des Tieres sind entsprechende Heilmaßnahmen zu ergreifen.⁴⁴ Über diese elementaren Lebenserhaltungsmaßnahmen hinaus wird man vor dem Hintergrund der tierschützenden Auslegungsmaxime aus § 90a BGB i.V.m. Art. 20a GG auch insgesamt eine artgerechte und angemessene Haltung als Obhutsleistung verlangen können. Die Haltung eines Hundes in einem engen Zwinger über einen mehrwöchigen Zeitraum ohne Auslauf würde damit eine Verletzung der aus dem Schuldverhältnis entspringenden Pflicht gemäß § 280 Abs. 1 BGB darstellen. Schwierigkeiten bereitet hier allerdings die Bemessung des zu ersetzenden Schadens, soweit durch die nicht artgerechte Unterbringung keine nachweisbaren Gesundheitsschäden verursacht wurden. Bei Verlust (Entlaufen des Tieres), Beschädigung (Verletzung des Tieres) oder Zerstörung (Tötung des Tieres) ist der Verwahrer nach Maßgabe des § 280 Abs. 1 i.V.m. § 688 BGB zum Schadenersatz verpflichtet. Allerdings schließt im umgekehrten Sinne die Überantwortung eines Tieres an einen Verwahrer, z.B. bei der Beaufsichtigung eines Hundes über mehrere Tage durch den Betreiber einer Hundepension, nicht die Tierhalterhaftung gemäß § 833 S. 1 BGB aus, so dass der Tierhalter bei Verletzung der betreuenden Aufsichtsperson (ggfs. gemindert nach § 254 BGB) haften kann.⁴⁵

2. Tiere als Kaufsache und Gewährleistungsfragen

Betrachtet man den zentralen vertragsrechtlichen Anwendungsfall des Tierkaufs, so entstehen bei der Anwendung der kaufrechtlichen Regelungen des BGB Schwierigkeiten hinsichtlich der Bestimmung des Leistungsgegenstands und im Rahmen der Gewährleistung. Die früher geltenden Sonderbestimmungen des Viehmängelgewährleistungsrechts⁴⁶ wurden durch die Schuldrechtsmodernisierung im Jahr 2002 beseitigt. Heute betreffen die Problemschwerpunkte zum einen die Anwendung von § 476 BGB, der eine Beweislastumkehr zugunsten des Käufers beim Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 BGB vorsieht, und zum anderen die Frage der Man-

42 OLG Brandenburg NJW-RR 2006, S. 1558; OLG Schleswig SchlHA Teil A 2000, S. 196; H.-P. Mansel (Fn. 14), § 688 Rn. 2.

43 H.-P. Mansel (Fn. 14), § 688 Rn. 14.

44 OLG Schleswig SchlHA Teil A 2000, S. 196.

45 BGH NJW 2014, S. 2434; BGH VersR 2009, S. 693 (694 f.); BGH NJW 1992, S. 2474; BGH NJW 1982, S. 763 (764 f.). Siehe zur Tierhalterhaftung unten Abschnitt C II 1.

46 Kaiserliche Verordnung betreffend die Hauptmängel und Gewährfristen beim Viehhandel vom 27.3.1899, RGBl. 1899, S. 219. Siehe dazu auch T. Gergen, Tiere in der deutschen Rechtsgeschichte und im geltenden bürgerlichen Recht, Natur und Recht 2007, S. 463 (466).

gelhaftigkeit von Tieren.⁴⁷ Befremdlich ist im Rahmen des ersten Problemkomplexes schon die Bewertung eines Tieres als gebrauchte oder neue Sache.⁴⁸ Hierbei sind zwar die Besonderheiten des Tieres als Mitgeschöpf zu berücksichtigen,⁴⁹ doch schließt diese besondere Wesenhaftigkeit die Bewertung eines Tieres als „gebraucht“ oder „neu“ nicht aus.⁵⁰ So bewertete der BGH ein sechs Monate altes Hengstfohlen, das weder als Reittier noch zur Zucht verwendet worden war, nicht als „gebraucht“.⁵¹ Bei der Frage der Mangelhaftigkeit berücksichtigt die Rechtsprechung ausdrücklich, dass es sich bei einem Tier um ein Lebewesen handelt, das individuelle Besonderheiten aufweisen kann, die noch nicht dazu führen, dass ein „Mangel der Kaufsache“ im Sinne von § 434 Abs. 1 BGB anzunehmen ist. Dementsprechend liegt bei Abweichungen eines Pferdes von der „physiologischen Norm“, die sich aber noch im Rahmen der üblichen Beschaffenheit vergleichbarer Pferde bewegt, selbst dann kein Mangel vor, wenn dadurch ein geringerer Kaufpreis auf dem Markt zu erzielen ist.⁵²

II. Tiere als Haftungsrisiko – Aspekte der Schadensregulierung

Ein klassischer Themenkomplex, der den Umgang mit Tieren im Zivilrecht betrifft, ist mit dem Haftungsrecht aufgerufen. Hier gilt es, zwei entgegengesetzte Aspekte auseinander zu halten: nämlich zum einen die Tierhalterhaftung, durch die der durch tierspezifisches Verhalten verursachte Schaden eines Dritten ausgeglichen werden soll, und zum anderen der Ersatz des Schaden, der dem Halter durch die Verletzung seines Tieres entsteht.

1. Realisierung der spezifischen Tiergefahr

Im Zentrum der Tierhalterhaftung steht § 833 BGB, ergänzt um die Vorschrift des § 834 BGB für Tieraufseher. Die Haftungsnorm hinsichtlich eines Wildschadens gemäß § 835 BGB a.F. wurde aus dem BGB gestrichen.⁵³ § 833 BGB differenziert nach Haustier und Nutztier. Diese Differenzierung wird im Schrifttum als überholt kritisiert und eine Besserstellung des Halters von Nutztieren angesichts der gleichen Versicherungsmöglichkeiten abgelehnt. Wesentliche Voraussetzung der Tierhalterhaftung ist, dass sich eine spezifische Tiergefahr verwirklicht,⁵⁴ wobei zu unterscheiden ist zwischen dem intrinsischen Verhalten und den extrinsischen Reak-

47 Siehe insgesamt J. Eichelberger/L. M. Zentner, Tiere im Kaufrecht, JuS 2009, S. 201 ff.; J. Wertbruch, Die Besonderheiten des Tierkaufs bei der Sachmängelgewährleistung, NJW 2012, S. 2065 ff.

48 Siehe dazu insgesamt S. Brückner/A. Böhme, Neues Kaufrecht – Wann ist ein Tier gebraucht?, MDR 2002, S. 1406 ff.

49 BGH NJW 2006, 2250 (2252 Rn. 27).

50 BGHZ 170, 31 (41 ff. Rn. 29 ff.); J. Jickeli/M. Stieper (Fn. 11), § 90a Rn. 10.

51 BGHZ 170, 31 (40 ff. Rn. 25 ff.).

52 BGH NJW 2007, 1351 (1352 Rn. 16 ff.).

53 Aufgehoben durch das Bundesjagdgesetz vom 29.11.1952, BGBl. I, S. 780, ber. S. 843.

54 St. Rspr.; siehe nur BGH NJW 2014, S. 2434; OLG Hamm NJW-RR 2015, S. 1114 (1115).

tionen des Tieres, die von einem äußerlichen Reiz ausgelöst werden und dem Halter nicht zugerechnet werden können.⁵⁵ Bei Anwendung dieser speziellen Haftungsnorm des § 833 BGB werden selbstredend die tierspezifischen Besonderheiten in vielfältiger (hier aus Platzgründen nicht näher ausführbarer) Weise berücksichtigt. Doch spielt die eigenartige Wesenhaftigkeit von Tieren hier allein als Haftungskorrektiv für den Tierhalter eine Rolle.

2. Schockschaden bei Tötung eines Tieres

Ein Sonderproblem der Schadensbemessung entsteht bei der Tötung eines Tieres. Die Behandlung des Tieres wie eine im Eigentum des Geschädigten stehende Sache führt zunächst dazu, dass gemäß § 823 Abs. 1 BGB der Schaden zu ersetzen ist, der aus der Zerstörung des Eigentums durch Tötung des Tieres entsteht.⁵⁶ Bei der Schadensberechnung ist zu ermitteln, welchen ökonomischen Wert das getötete Tier hatte. Berücksichtigt man aber den Umstand, dass zu dem Tier als Mitgeschöpf eine enge emotionale Beziehung bestand, deren Wegfall eine andere Lücke hinterlässt als ein zerstörtes Auto, dessen Wert bemessen und durch ein Ersatzfahrzeug ersetzt werden kann, so stellt sich die Frage des immateriellen Schadensersatzes. Die Rechtsprechung lehnt allerdings einen Schmerzensgeldanspruch für einen „Schockschaden“ des Tierhalters nach Tötung seines Tieres generell ab.⁵⁷ Unabhängig davon, wie schwer der Verlust des Tieres durch dessen Tötung vom Geschädigten auch empfunden werde, gehöre dies zum allgemeinen Lebensrisiko und könne keine Schmerzensgeldansprüche auslösen.⁵⁸ Die Fallgruppe der ersatzfähigen psychischen Schockschäden soll nach allgemeiner Ansicht auf die Fälle begrenzt bleiben, bei denen der Geschädigte einen Schock durch die Tötung eines nahen Angehörigen erleidet.⁵⁹ Die Zurechnung einer psychischen Beeinträchtigung wie Trauer und Schmerz setzt demnach eine „besondere personale Beziehung“ zu einem schwer verletzten oder getöteten Menschen voraus.⁶⁰

3. Unverhältnismäßigkeit von Heilbehandlungskosten

Neu eingeführt durch das „Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht“ wurde § 251 Abs. 2 S. 2 BGB zur Unverhältnismäßigkeit der Heilbehandlungskosten bei Tieren. Die Kosten der Heilbehandlung eines Tieres sind danach nicht bereits dann unverhältnismäßig, wenn sie den Wert des be-

55 Siehe dazu S. *Lehmann/T.-B. Auer*, Die Tierhalterhaftung nur bei intrinsisch verwirklichter spezifischer Tiergefahr – eine negative Typenkorrektur, *VersR* 2011, S. 846 ff.

56 Im Rahmen der Beweiswürdigung hat die Rechtsprechung in Anlehnung an die Situation beim humanärztlichen Behandlungsvertrag eine Beweislastumkehr zu Lasten des Tierarztes anerkannt; siehe *BGH NJW* 2016, S. 2502 ff.

57 *BGHZ* 193, 34 (37 Rn. 9).

58 *BGHZ* 193, 34 (37 Rn. 10).

59 *H. Oetker*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., München 2012, § 249 Rn. 151 und 155.

60 *BGHZ* 193, 34 (36 Rn. 8); *BGH NJW-RR* 2007, S. 1395 (1396 f.); *BGH NJW* 1984, S. 1405.

handelten Tieres erheblich übersteigen. Zur Ermittlung der verhältnismäßigen Heilbehandlungskosten ist eine wertende Gesamtbetrachtung aller Umstände des konkreten Einzelfalls vorzunehmen, bei der die Rechtsprechung auch das individuelle Verhältnis zwischen geschädigtem Menschen und verletztem Tier berücksichtigt.⁶¹ Dies bedeutet im Grunde noch eine auf den beim Menschen eintretenden Schaden bezogene Sichtweise. Doch verlässt der BGH diese, wenn er explizit auch die „herausgehoben[e] Anerkennung des Tierschutzes durch die Rechtsordnung (Art. 20a GG, § 1 TierSchG)“ erwähnt und darauf hinweist, dass sich „[a]usgehend von der Verantwortung des Menschen für das Tier als Mitgeschöpf und schmerzempfindliches Lebewesen [...] bei der Schadensbemessung eine streng wirtschaftliche Betrachtungsweise [verbietet]“.⁶² Es sei danach den Behandlungskosten nicht allein der Wert des Tieres gegenüberzustellen, sondern „auch das aus der Verantwortung für das Tier folgende immaterielle Interesse an der Wiederherstellung seiner Gesundheit und seiner körperlichen Integrität“.⁶³ Bei der Bestimmung der Zumutbarkeitsgrenze sei neben dem individuellen Verhältnis zwischen dem Geschädigten und dem verletzten Tier auch zu fragen, „ob die aufgewendeten Heilbehandlungskosten aus tiermedizinischer Sicht vertretbar gewesen sind“.⁶⁴ Diese Rechtsprechung weist am deutlichsten auf eine Umsetzung der Vorgaben aus Art. 20a GG durch Berücksichtigung der Tierwohlbelange im Zivilrecht hin.

III. Tiere als Verfügungsobjekt – Eigentumserwerb, Dereliktion und Einwirkungsbefugnis des Eigentümers

1. Eigentum an Tieren

Auch wenn das BGB seit seiner Änderung durch das „Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht“ den besonderen Status von Tieren anerkennt,⁶⁵ bleibt das Dilemma der Rechtsobjektivität (trotz Mitgeschöpflichkeit), die in der Praxis grundsätzlich zur sachenrechtlichen Behandlung von Tieren führt. Die praktische Konsequenz der gesetzgeberischen Entscheidung in § 90a S. 1 BGB ist, dass sämtliche Vorschriften, die die Behandlung des Eigentums an beweglichen Sachen regeln, wie insbesondere die Vorschriften über den Eigentumserwerb gemäß §§ 929 ff. BGB, auf Tiere entsprechende Anwendung finden.⁶⁶ Einschränkungen ergeben sich aus § 90a S. 3 BGB und aus § 903 S. 2 BGB. Wenn der Gesetzgeber in § 903 S. 2 BGB anordnet, dass „[d]er Eigentümer eines Tieres [...] bei der Ausübung seiner [eigentumsrechtlichen] Befugnisse die besonderen Vorschrift-

61 BGH VersR 2016, S. 60 (62).

62 BGH VersR 2016, S. 60 (61 f.).

63 BGH VersR 2016, S. 60 (62).

64 BGH VersR 2016, S. 60 (62).

65 Siehe oben Abschnitt B I 1.

66 J. Jickeli/M. Stieper (Fn. 11), § 90a Rn. 10; H.-P. Mansel (Fn. 14), § 90a Rn. 1; D. Leipold, BGB I (Fn. 14), § 37 Rn. 3; Stresemann (Fn. 18), § 90a Rn. 6.

ten zum Schutz der Tiere zu beachten [hat]“, so wird damit eine rechtliche Selbstverständlichkeit ausgedrückt.⁶⁷ Denn schon § 903 S. 1 BGB erlaubt dem Eigentümer einer Sache nur, im Rahmen der Gesetze mit der Sache nach Belieben zu verfahren, so dass auch danach z.B. das TierSchG zu beachten war.⁶⁸ Dies bedeutet, dass der Eigentümer eines Tieres zwar grundsätzlich die Herrschaftsmacht über das Tier besitzt, also Einwirkungen Dritter auf das Tier ausschließen oder über das Tier in Form der Veräußerung oder Einräumung von Sicherungseigentum verfügen darf. Dies bedeutet aber auch, dass er dabei die Gebote eines ethischen Tierschutzes insbesondere in der Ausprägung des TierSchG (wie z.B. die Vorgaben und Verbote zu Zucht, Tierhaltung und Handel mit Tieren gemäß §§ 11–11c TierSchG) zu beachten hat. Auf eine einfache Formel reduziert: Der Eigentümer einer beweglichen Sache, wie etwa eines Kleiderschranks oder eines Wohnwagens, darf diese kraft seiner Herrschaftsmacht sogar zerstören, dem Eigentümer eines Tieres, wie z.B. eines gesunden Pferdes, ist dies nicht erlaubt.

2. Dereliktion, Aneignung und Tierfund

Die Herrschaftsmacht des Eigentümers führt so weit, dass er sein Eigentum auch gänzlich aufgeben darf (sog. Dereliktion gemäß § 959 BGB) – mit der Konsequenz, dass die Sache herrenlos wird und an der herrenlosen Sache ein erneuter Eigentumserwerb durch Dritte (sog. Aneignung gemäß § 958 BGB) möglich ist. Für Tiere ist diese Eigentümerbefugnis zur Dereliktion erheblich eingeschränkt. Denn das Aussetzen von Tieren ist gemäß § 3 Nr. 3 und 4 TierSchG unter bestimmten Voraussetzungen (insbesondere bei Haustieren) verboten.⁶⁹ Da die Eigentumsaufgabe nach § 959 BGB die Absicht voraussetzt, auf das Eigentum zu verzichten und dies namentlich eine einseitige nichtempfangsbedürftige Willenserklärung erfordert, die aber bei Verstoß gegen § 3 Nr. 3 und 4 TierSchG als Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB nichtig ist, kommt es nicht zur Dereliktion.⁷⁰ Bei herrenlosen Tieren, also wilden Tieren gemäß § 960 BGB,⁷¹ würde nach der allgemeinen Vorschrift des § 958 Abs. 1 BGB eine Aneignung in Betracht kommen. Doch findet die Aneignung gemäß § 958 Abs. 2 BGB nicht statt, soweit Aneignungsverbote (wie z.B. nach dem BNatSchG) entgegenstehen oder die Aneignungsrechte Dritter, z.B. nach dem BJagdG, verletzt.

67 So auch *Ch. Berger* (Fn. 14), § 903 Rn. 1, der von „Banalität“ spricht.

68 *A. Lorz*, Rechtsstellung (Fn. 7), S. 1060.

69 *J.-D. Ort/K. Reckewell*, in: H.-G. Kluge (Fn. 1), § 3 Rn. 35–42.

70 So auch *Ch. Berger* (Fn. 14), § 959 Rn. 1; a.A. aber *Gursky*, in: *J. v. Staudinger* (Begr.), BGB, Buch 3, Eigentum 3, 16. Aufl., Berlin 2012, § 959 Rn. 8.

71 Dazu sogleich Abschnitt C III 3.

Die zivilrechtlichen Regelungen des Funds gemäß §§ 965 ff. BGB sind grundsätzlich auf Tiere anzuwenden.⁷² Sie setzen voraus, dass das gefundene Tier verloren⁷³ ist und nicht herrenlos, wie dies bei in Freiheit lebenden wilden Tieren gemäß § 960 Abs. 1 BGB der Fall ist.⁷⁴ In den klassischen Fallkonstellationen des Tierfunds, in denen der Finder ein verletztes oder krankes Tier auffindet und dieses tierärztlich behandeln lässt, also Kosten für die Heilbehandlung aufwendet, stellt sich (wie auch bei der Kostenaufwendung für die Fütterung eines gefundenen unversehrten Tiers) die Frage, ob diese Kosten von der Gemeinde erstattet werden müssen. Ein solcher Erstattungsanspruch des Finders fällt in den Anwendungsbereich der öffentlich-rechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag, für die zwar der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist, die sich aber in materiellrechtlicher Hinsicht nach den zivilrechtlichen Vorschriften der §§ 677 ff. BGB richtet.⁷⁵ Die öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag ist sowohl unter dem Gesichtspunkt der Wahrnehmung einer hoheitlichen Aufgabe als auch der hoheitlichen Wahrnehmung einschlägig.⁷⁶ Auf die Rechtsfigur der Geschäftsführung ohne Auftrag wirkt das Staatsziel „Tierschutz“ des Art 20a GG nachhaltig ein. Denn sowohl die Frage der Fremdheit des Geschäfts gemäß § 677 BGB ist von der tierschutzrechtlichen Zweckbestimmung des prinzipiell alle staatlichen Stellen und damit auch die Verwaltung bindenden Staatsziels beeinflusst als auch der Wille des Geschäftsherrn im Sinne von § 683 S. 1 BGB und damit die Berechtigung der Geschäftsführung.⁷⁷ Im Ergebnis wird in den Tierfundfällen aus dieser Einwirkung des Art. 20a GG heraus grundsätzlich zu vermuten sein, dass es sich um ein verlorenes Tier handelt, und insgesamt davon auszugehen sein, dass der Finder ein Geschäft der Gemeinde, die als zuständige Behörde i.S.v. § 967 BGB zur Verwahrung des Tieres verpflichtet ist, wahrnimmt.⁷⁸

3. Sonderregelungen für Wildtiere und Bienenschwärme

Zu den wenigen bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen, die den Umgang mit Tieren explizit regeln, gehört die Vorschrift des § 960 BGB, welche die Frage beantwortet, wann ein wildes Tier herrenlos ist. Als „wild“ ist dabei jedes Tier zu verstehen, das sich seiner Art nach der Beherrschung durch den Menschen entzieht.⁷⁹ Wilde Tiere sind nach § 960 Abs. 1 BGB herrenlos, „solange sie sich in der Freiheit befinden“ und nicht in Tiergärten oder geschlossenen Privatgewässern. Auch ein gefangenes,

72 J. Jickeli/M. Stieper (Fn. 11), § 90a Rn. 10.

73 Dies wird von der Rechtsprechung regelmäßig unterstellt; vgl. OVG Greifswald DVBl. 2011, S. 975.

74 Siehe näher Abschnitt C III 3.

75 Siehe insgesamt J. Oechsler, Die öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag in den Tierfundfällen, JuS 2016, S. 215 ff. Siehe auch VG Regensburg BeckRS 2014, Nr. 55823.

76 J. Oechsler, Tierfundfälle (Fn. 75), S. 215 f.

77 J. Oechsler, Tierfundfälle (Fn. 75), S. 216 ff.

78 J. Oechsler, Tierfundfälle (Fn. 75), S. 216 f.

79 T. Gergen, Rechtsgeschichte (Fn. 46), S. 466.

aber die Freiheit wiedererlangendes Tier wird nach § 960 Abs. 2 BGB herrenlos, soweit nicht der Eigentümer das Tier unverzüglich verfolgt oder wenn er die Verfolgung aufgibt. Außerdem wird ein gezähmtes Tier gemäß § 960 Abs. 3 BGB herrenlos, „wenn es die Gewohnheit ablegt, an den ihm bestimmten Ort zurückzukehren“. Ein Haustier wird nicht dadurch „ent-domestiziert“ und „wild“, wenn es entläuft, sondern es ist in sachenrechtlicher Hinsicht verloren im Sinne von § 965 BGB.⁸⁰ Die Frage, ob ein Tier als herrenlos oder bloß verloren bewertet wird, ist entscheidend für die Möglichkeit der Aneignung gemäß § 958 BGB.

Einem unscheinbaren, aber für die menschliche Ernährung offenbar auch nach legislatorischer Auffassung wichtigen Insekt widmet der historische BGB-Gesetzgeber sogar einen eigenen Regelungsabschnitt. Die Rede ist vom Bienenrecht der §§ 961–964 BGB, dessen Thematisierung im Hörsaal regelmäßig Erstaunen oder Belustigung auslöst. Geregelt werden hier der Auszug eines Bienenschwarms und die Frage, wann dieser herrenlos wird (§ 961 BGB), das Verfolgungsrecht des Eigentümers hinsichtlich seines ausgezogenen Bienenschwarms (§ 962 BGB), die Entstehung von Miteigentum bei Vereinigung mehrerer Bienenschwärme (§ 963 BGB) und den Eigentumserwerb bei Vermischung von Bienenschwärmen (§ 964 BGB).

IV. Tiere als „Familienmitglied“ oder Bestandteil des Hausrats – Familienrechtliche Fragestellungen

Die Frage eines „Umgangsrechts“ mit dem gemeinsamen Haustier nach der Scheidung der Ehepartner klingt nur auf den ersten Blick befremdlich. Gemessen an der emotionalen Bindung, die zu einem Haustier als „Familienmitglied“ aufgebaut werden kann, erscheint die scheidungsfolgenrechtliche Behandlung von Haustieren als aufteilungsfähiger Hausrat brutal. Wie wird der Konflikt durch das geltende Recht gelöst? Zunächst ist der sachenrechtlichen Einordnung folgend auf die Regelungen zur scheidungsbedingten Aufteilung des Hausrates zu blicken. Entsteht Streit über die Hausratsverteilung, so gibt § 1568b BGB den Ehegatten bei Scheidung zwei gegenseitige Ansprüche an die Hand. Danach kann ein Ehegatte die Überlassung und Übereignung auch eines einzelnen Haushaltsgegenstands verlangen, der im Eigentum beider Ehegatten steht (§ 1568b Abs. 1 BGB), wohingegen der andere Ehegatte einen Anspruch auf angemessene Ausgleichszahlung hat (§ 1568b Abs. 3 BGB).⁸¹ Steht der Gegenstand ohnehin im Alleineigentum des den Gegenstand beanspruchenden Ehegatten, so greift der Anspruch aus § 1568b Abs. 1 BGB nicht. Zumeist wird wegen der Miteigentumsvermutung des § 1568b Abs. 2 BGB auch bei Anschaffung von Hausrat durch nur einen Ehegatten dessen

⁸⁰ Anders T. Gergen, *Rechtsgeschichte* (Fn. 46), S. 466, der Herrenlosigkeit solange annimmt, bis es wieder eingefangen wird und eine Aneignung stattfindet. Allerdings kann bei Haustieren i.d.R. keine Eigentumsaufgabe stattfinden, siehe oben Abschnitt C III 2.

⁸¹ D. Schwab, *Familienrecht*, 23. Aufl., München 2015, Rn. 506.

Einigungserklärung in Richtung eines Miteigentumserwerbs durch beide Ehegatten interpretierbar sein.⁸² Überlassung und Übereignung können allerdings nur dann verlangt werden, wenn entweder der die Übereignung fordernde Ehegatte auf die Nutzung des betreffenden Gegenstands „unter Berücksichtigung des Wohls der im Haushalt lebenden Kinder und der Lebensverhältnisse der Ehegatten in stärkerem Maße angewiesen ist als der andere Ehegatte“ oder dies „aus anderen Gründen der Billigkeit entspricht“. Schon für das Getrenntleben sieht der Gesetzgeber mit § 1361a BGB eine Regelung für die (vorläufige) Haushaltsaufteilung hinsichtlich der im Miteigentum stehenden Gegenstände vor, die nach Abs. 2 der Vorschrift „nach den Grundsätzen der Billigkeit“ zu verteilen sind und notfalls durch das Familiengericht zugewiesen werden.⁸³ Haushaltsgegenstände sind alle die Gegenstände, die für das Zusammenleben der Ehegatten und der Familie bestimmt sind, wobei als Wertungsmaßstab die konkreten Vermögens- und Lebensverhältnisse der Ehegatten zu berücksichtigen sind.⁸⁴ Hierzu gehören nicht nur die Gegenstände der Wohnungseinrichtung, sondern – nach entsprechender Anwendung der familienrechtlichen Vorschriften – auch Haustiere.⁸⁵ Ob ein Ehegatte auf die Nutzung eines bestimmten Gegenstands „in stärkerem Maße angewiesen ist als der andere Ehegatte“ bestimmt sich am Maßstab des Kindeswohls, wenn im Haushalt Kinder leben, und ansonsten unter Berücksichtigung der Lebensverhältnisse der Ehegatten. So wird z.B. der geschiedene Ehegatte, in dessen Haushalt das gemeinsame Kind fortan lebt, die Überlassung des für das Kind angeschafften Kaninchens beanspruchen können. Gleiches wird für ein Reitpferd gelten, das vornehmlich von einem der Ehegatten (einschließlich des bei ihm lebenden Kindes) genutzt wurde. Handelt es sich um ein zu beruflichen Zwecken nur von einem Ehepartner genutztes Turnierpferd, liegt in der Regel schon kein Miteigentum vor, so dass es einer Aufteilung nach § 1568b BGB nicht bedarf. In den Fällen, in denen gemeinsames Eigentum gegeben ist, verschwimmen zum Teil die Grenzen zwischen den beiden Anspruchsvoraussetzungen des § 1568b Abs. 1 BGB und eine bestimmte Zuteilung kann jedenfalls Billigkeitserwägungen entsprechen. Bei einer Patt-Situation, bei der beide Ehegatten gleichermaßen auf den Gegenstand angewiesen sind, ist eine Billigkeitsentscheidung zu treffen. In dieser Billigkeitsentscheidung zu erwägende Aspekte

82 So zum Erwerb eines Hundes OLG Schleswig FamRZ 2013, S. 1984. Ebenso in analoger Anwendung i.R.d. Zuweisungsentscheidung nach § 1361a Abs. 2 BGB OLG Stuttgart NJW-RR 2014, S. 1101.

83 Siehe *Ch. Budzikiewicz*, in: O. Jauernig (Fn. 14), § 1361a Rn. 1.

84 So die allgemeine Ansicht, siehe nur OLG Stuttgart NJW-RR 2014, 1101; *Ch. Budzikiewicz*, in: O. Jauernig (Fn. 14), § 1361a Rn. 4 und § 1568b Rn. 2.

85 OLG Stuttgart NJW-RR 2014, S. 1101; OLG Hamm NJW-RR 2011, S. 583; *Ch. Budzikiewicz*, in: O. Jauernig (Fn. 14), § 1361a Rn. 4.

te sind etwa, ob ein Ehegatte den Gegenstand angeschafft und während der Ehe auf eigene Kosten unterhalten bzw. gepflegt hat.⁸⁶

In der Rechtsprechung wird ein „Umgangsrecht“ mit dem gemeinsamen Haustier grundsätzlich abgelehnt.⁸⁷ Nur vereinzelt wurde anerkannt, dass bei der Entscheidung über die Hausratsverteilung auf den Rechtsgedanken des § 90a BGB und damit die Anerkennung des Tieres als Mitgeschöpf Rücksicht zu nehmen ist.⁸⁸ So zogenamentlich das AG Bad Mergentheim tierpsychologische Gutachten zu Rate, um zu klären, ob ein „Umgangsrecht“ mit dem in der Familie lebenden Haustier auch nach Ehescheidung denkbar sei.⁸⁹ Das Gericht nahm ein Verbot dergestalt an, mit dem Tier als Mitgeschöpf völlig willkürlich umzugehen.⁹⁰ Vor diesem Hintergrund erkennt es eine Umgangsregelung, die einer Regelung des Umgangs mit Kindern nach der Scheidung nachgebildet ist, für „billig und angemessen“ an.⁹¹ Dabei wird ausdrücklich darauf Bezug genommen, dass eine solche Umgangsregelung (im konkreten Fall nach Ergebnis des tierpsychologischen Gutachtens und dem Eindruck in der mündlichen Verhandlung, in der der betreffende Hund freudig auf den Antragsteller reagierte) dem Tierwohl nicht schade. Bemerkenswert an dieser solitären Entscheidung ist, dass das Gericht die anthropozentrische Sichtweise verlässt und sich – untermauert durch tierpsychologische Gutachten – auf eine explizit tierwohlorientierte Betrachtung einlässt. Der anthropozentrische Bezug wird dabei lediglich peripher hergestellt, indem argumentiert wird, die Umgangsregelung beeinträchtigt die Antragsgegnerin, die danach eine Abwesenheit des Hundes dulden muss, nicht erheblich.⁹² Von der ständigen Rechtsprechung wird die Billigkeitsentscheidung des § 1568b Abs. 1 BGB und auch des § 1361a BGB demgegenüber gerade nicht als Spielraum zur Berücksichtigung tierrechtlicher Gesichtspunkte genutzt, sondern ausdrücklich betont, dass es sich bei den Billigkeitserwägungen weniger um solche handelt, die das Tierwohl betreffen, als vielmehr um solche, „die eine sinnvolle Teilhabe der getrennt lebenden Eheleute an den zur Disposition stehenden ‚Haushaltsgegenständen‘ und damit auch Tieren ermöglichen“.⁹³

86 *Cb. Budzikiewicz*, in: O. Jauernig (Fn. 14), § 1568b Rn. 4 mit Verweis auf die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/10798, S. 24.

87 OLG Hamm NJW-RR 2011, S. 583; OLG Bamberg MDR 2004, S. 37; OLG Schleswig NJW 1998, S. 3127; ebenso *J. Jickeli/M. Stieper* (Fn. 11), § 90a Rn. 10.

88 So noch zur alten Hausratsverordnung, deren Regelungsgehalt heute im Wesentlichen durch § 1668b BGB abgelöst wurde, AG Bad Mergentheim NJW 1997, S. 3033 (3033 f.).

89 AG Bad Mergentheim NJW 1997, S. 3033 (3033 f.).

90 AG Bad Mergentheim NJW 1997, S. 3033 (3034).

91 AG Bad Mergentheim NJW 1997, S. 3033 (3034).

92 AG Bad Mergentheim NJW 1997, S. 3033 (3034).

93 So zu § 1361a Abs. 2 BGB OLG Stuttgart NJW-RR 2014, S. 1101 (1102).

Aus dieser Rechtsprechung wird deutlich, dass als Schutzgut nicht das Tier als Mitgeschöpf und dessen Wohl gilt, sondern allein der Mensch als (Mit-) Eigentümer geschützt wird.

V. Tiere als Nachlassgegenstand – Erbrechtliche Aspekte

Tiere können im Erbrecht lediglich als Nachlassgegenstand Relevanz erlangen. Dies ist ihrer zivilrechtlichen Behandlung als Rechtsobjekt geschuldet. Als Erbscheider Tiere mangels Rechtsfähigkeit hingegen aus.⁹⁴ Denn erbfähig im Sinne von § 1923 BGB ist nur der Mensch als natürlich Person oder aber die juristische Person.⁹⁵ Die Erbfähigkeit, also die Fähigkeit, als Erbe in die Rechtsposition des Erblassers einzutreten, setzt ihrerseits Rechtsfähigkeit voraus.⁹⁶ In Fällen, in denen ein Papagei oder der Familienhund testamentarisch als Erbe eingesetzt wird, ist die betreffende letztwillige Verfügung mit der Erbeinsetzung des Tieres nichtig und kann lediglich als Auflage des gesetzlichen Erben Wirkung entfalten.⁹⁷ Findet sich in einem Testament die Klausel, der Nachlass werden „den Tieren vermacht“, so bedarf eine solche Klausel der Auslegung, die etwa zur Erbeinsetzung einer Tierschutzorganisation führen kann.⁹⁸ Der Erblasser kann seinen Erben auch explizit mit der Verpflichtung zur Pflege eines Tieres als Auflage gemäß § 1940 BGB beschweren.⁹⁹ Hier können tierschutzrechtliche Belange ebenso eine Rolle spielen wie bei der Testamentsvollstreckung, wenn Tiere zum Nachlass gehören. Artgerechte Haltung und Pflege sowie ggfs. Heilbehandlung von Tieren gehören zum Pflichtenkanon desjenigen, der im Wege der erbrechtlichen Nachfolge in die Position des früheren Eigentümers des Tieres eintritt. Auch bei der gemeinschaftlichen Verwaltung des Nachlasses durch eine Erbengemeinschaft können Belange des Tierwohls z.B. in der Weise relevant werden, dass die Heilbehandlung eines Tieres zur Notverwaltung gemäß § 2038 Abs. 1 S. 2 2. Hs. BGB berechtigt.

Allgemein betrachtet unterfällt ein Tier als Nachlassgegenstand der primär am Erblasserwillen orientierten erbrechtlichen Vermögenszuweisung. Ist ein Erblasserwille nicht auszumachen, tritt gesetzliche Erbfolge nach den Bestimmungen der §§ 1924 ff. BGB ein, die in erster Linie abstammungsrechtlichen Regeln folgt. Das Erbrecht berücksichtigt hierbei grundsätzlich weder Tierbelange noch Belange der menschlichen Bezugspersonen von Tieren, die zum Nachlass gehören. Insgesamt werden im Erbrecht emotionale Bindungen zwischen Tier und Mensch ignoriert.

94 *D. Leipold*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9, Erbrecht, 6. Aufl., München 2013, § 1923 Rn. 2.

95 *D. Leipold* (Fn. 94), § 1923 Rn. 2.

96 *H. Brox/W.-D. Walker*, Erbrecht, 26. Aufl., München 2014, Rn. 7; *dies.*, Allgemeiner Teil (Fn. 14), Rn. 703.

97 Siehe *H. Brox/W.-D. Walker*, Erbrecht (Fn. 96), Rn. 7.

98 BayObLG NJW 1988, S. 2742; NJW-RR 1993, S. 581; *D. Leipold* (Fn. 94), § 1940 Rn. 2.

99 *D. Leipold* (Fn. 94), § 1940 Rn. 2.

Das von der Erbfolge ausgeschlossene Kind des Erblassers kann z.B. nicht gestützt auf seine Pflichtteilsberechtigung gemäß § 2303 BGB die Überlassung des im Nachlass befindlichen Hundes mit der Begründung einer besonderen emotionalen Verbindung zum Tier verlangen, weil der Pflichtteilsanspruch auf Geld und nicht auf dingliche Nachlasseteilhabe gerichtet ist. Die Berücksichtigung der Mitgeschöpflichkeit des Tieres beschränkt sich im Erbrecht damit generell auf die erwähnten Verpflichtungen zur artgerechten Haltung und Pflege, die vom Erblasser auf die in dessen Rechte und Pflichten eintretende Person (oder Personenmehrheit) übergehen.

VI. Tiere als Gegenstand der Zwangsvollstreckung

Seit der grundsätzlichen Berücksichtigung des besonderen Charakters von Tieren durch das „Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung von Tieren im bürgerlichen Recht“ werden Tiere im Zwangsvollstreckungsrecht nicht mehr als bloße unbelebte Vermögensgegenstände betrachtet. Die besondere Stellung des Tieres als Mitgeschöpf wird in zweierlei Hinsicht berücksichtigt. Zum einen ordnet § 811 Nr. 3 ZPO ein Pfändungsverbot für Tiere im häuslichen Bereich an, die nicht zu Erwerbszwecken gehalten werden.¹⁰⁰ Nur Tiere, die als ökonomische Einnahmequelle gehalten werden, unterliegen damit noch der Pfändung. Zum anderen ist bei der Prüfung der Härteklausele des § 765a ZPO, die eine Untersagung oder Einstellung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen erlaubt, besondere Rücksicht auf Tierwohlbelange zu nehmen, sobald ein Tier von der Zwangsvollstreckungsmaßnahme betroffen ist. Das Vollstreckungsgericht hat bei seiner Abwägungsentscheidung die Verantwortung des Menschen für das Tier entsprechend zu berücksichtigen.¹⁰¹

VII. Tiere als Werkschöpfer – Urheberrechtliche Aspekte „animalischer Kunst“

Die Frage, ob Tieren subjektive Rechte zuerkannt werden können, wird an kaum einer Stelle so signifikant wie im Urheberrecht. Die Beispiele für tierische Kunst, „animal art“ oder „animal dances“ in Gestalt von „künstlerisch“ agierenden, „malenden“ Katzen oder „fotografierenden“ Affen, „tanzenden“ oder mimisch tätigen Elefanten sind Legion. Sie werden allerdings in der Rechtswissenschaft gemeinhin als Negativbeispiel herangezogen, um zu zeigen, dass Tieren unabhängig davon, wie verblüffend ihre Leistung auch sein mag, ein subjektives Recht in Gestalt eines Urheberrechts nicht zugebilligt werden kann.¹⁰² Manchmal wird dennoch versucht, mittels eines vermeintlich besonders frappierenden Beispiels das Ur-

100 Siehe A. Lorz, Rechtsstellung (Fn. 7), S. 1060 f.

101 A. Lorz, Rechtsstellung (Fn. 7), S. 1060; R. Steding, § 90a BGB (Fn. 7), S. 963.

102 So die ganz h.M. in der deutschen Literatur: siehe z.B. E. I. Obergfell, in: W. Büscher/S. Dittmer/P. Schiwly (Hrsg.), Gewerblicher Rechtsschutz Urheberrecht Medienrecht, Kapitel 10 UrhG, § 2 Rn. 3 und 41; G. Schulze, in: T. Dreier/G. Schulze, Urheberrechtsgesetz, 5. Aufl., München 2015, § 2 Rn. 8 und 148.

heberrecht herauszufordern. Selten gelangen derartige Fälle vor Gericht. Das älteste Beispiel bildet der vor dem Landgericht München I verhandelte Fall eines dressierten Elefanten, der angeblich rechnen konnte, auf Fragen antwortete oder eine Zigarette rauchte. Das Landgericht wies die auf §§ 2, 73 UrhG gestützte Klage mit der Begründung ab, dass artistische Tierdressuren nicht zu den geschützten Werken gehören und ihrer Ausübung auch kein Werk im Sinne des § 2 Abs. 2 UrhG zugrunde liege, so dass weder ein Urheberrecht noch ein künstlerisches Leistungsschutzrecht in Betracht komme. Als jüngstes Beispiel ging die Nachricht von einem fotografierenden Makaken durch die Medien, der ein sog. Selfie anfertigte und dessen Urheberschaft an dem so entstandenen Foto in Rede stand. Das mit der Sache befasste kalifornische Distriktgericht wies die Klage ebenfalls ab.¹⁰³ Die beiden abweisenden Entscheidungen bestätigen die gängige (negierende) Rechtsauffassung zur Frage der möglichen Zuerkennung von Urheberrechten an Tiere. Urheberrecht und Urheberschaft sind anthropozentrisch legitimiert. Im deutschen Urheberrecht findet diese anthropozentrische Sichtweise ihren Ausdruck vornehmlich in den Vorschriften der §§ 1, 2, 7 und 11 UrhG. Sie liegt darüberhinaus dem gesamten Urheberrecht zugrunde. Nach § 1 UrhG genießen Urheber für ihre Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst Schutz nach dem Urheberrechtsgesetz. „Das Urheberrecht schützt den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werkes“, formuliert § 11 S. 1 UrhG. Urheber ist gemäß § 7 UrhG allerdings nur der „Schöpfer“ des Werkes und als Schöpfer wird – nach der kontinentaleuropäischen Urheberrechtskonzeption, der auch das deutsche Recht folgt, – einzig eine natürliche Person anerkannt.¹⁰⁴ Schon juristische Personen können nach dem in § 7 UrhG verankerten Schöpferprinzip nicht Inhaber des Urheberrechts werden.¹⁰⁵ Eine „schöpferische“ Gestaltung, die originär von Tieren herrührt, fällt damit aus dem Schutzbereich des Urheberrechtsgesetzes heraus. Als subjektives Recht kann es zudem nur einer Person zustehen und setzt damit ein Rechtssubjekt voraus.¹⁰⁶

VIII. Zivilrechtliche Instrumente als Durchsetzungs- und Abwehrmittel in der Tierschutzkontroverse

1. Meinungsfreiheit versus Unternehmerpersönlichkeitsrecht

Im Rahmen der Durchsetzung eines effektiven Tierschutzes greifen Tierschützer bisweilen zu harschen Methoden, mit denen sie versuchen, Unternehmen, die

103 Siehe die bereits von A. Peters im Einführungsbeitrag zu diesem Themenheft beschriebene Entscheidung des US District Court for the Northern District of California: *Naruto, et al., plaintiffs, vs. David John Slater, et al., defendants*, Caser no. 15-cv-04324-WHO (siehe insbesondere dortige Fn. 1 und 2).

104 G. Schulze (Fn. 82), § 7 Rn. 2.

105 So die allgemeine Ansicht: siehe etwa G. Schulze (Fn. 102), § 7 Rn. 2.

106 So allgemein zu subjektiven Rechten H. Brox/W.-D. Walker, Allgemeiner Teil (Fn. 14), Rn. 618.

Nutztiere halten und wirtschaftlich verwerten, zur Einhaltung der Standards artgerechter Haltung und insgesamt zu einem den tierschutzrechtlichen Vorschriften entsprechenden Umgang mit Tieren zu zwingen. Ein häufig verwendetes Druckmittel ist die Veröffentlichung des Vorwurfs einer nicht artgerechten Tierhaltung und der medienwirksame Boykottaufruf. In rechtlicher Hinsicht entsteht regelmäßig ein schwer zu lösender Konflikt zwischen der Meinungsäußerungsfreiheit des Tierschützers und dem Persönlichkeitsrechtsschutz des Unternehmers.¹⁰⁷ Belegt werden die Anprangerungen der behaupteten Tierquälerei zumeist durch heimlich angefertigte Bild- oder Filmaufnahmen. Der betroffene Unternehmer kann sich mit Hilfe eines Unterlassungsbegehrens gemäß § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB, Art. 2 Abs. 1 GG sowie aus § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB, § 186 StGB gestützt auf einen Eingriff in sein Persönlichkeitsrecht und auch sein Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb wehren. So wurde einem Forschungsinstitut, das im Auftrag pharmazeutischer Unternehmen Tierversuche an Makakan durchführte, ein Unterlassungsanspruch hinsichtlich der Verbreitung heimlicher Filmaufnahmen zugesprochen, die ein verdeckt recherchierender Journalist in seinen Räumen angefertigt und zur Fernsehausstrahlung an das ZDF weitergegeben hatte.¹⁰⁸ Als von der Meinungsfreiheit gedeckt wurde hingegen der auf Plakaten aufgedruckte Hinweis einer den Tierschutz fördernden Stiftung auf die Tierquälerei an Legehennen bewertet.¹⁰⁹ Auch die kritische Äußerung eines Tierschutzverbandes über die tierquälereischen Großbestände eines Geflügelmeisters wurde als zulässige Meinungsäußerung betrachtet.¹¹⁰ Der Begriff der Tierquälerei wird von der Rechtsprechung zu Recht als Werturteil eingestuft.¹¹¹ Gleiches gilt für die Bezeichnung „Schweine-KZ“.¹¹² Handelt es sich um Tatsachenbehauptungen, so können diese äusserungsrechtlich nicht untersagt werden, wenn sie sich als wahr erweisen.¹¹³ Werturteile sind als dem Wahrheitsbeweis unzugängliche Äußerungen grundsätzlich von der Meinungsfreiheit geschützt. Im Rahmen der bei einer Kollision der Meinungsfreiheit mit dem Persönlichkeitsrecht anzustellenden Interessenabwägung berücksichtigt die Rechtsprechung nicht nur, dass der Tierschutz ein bedeutendes Thema in der öffentlichen Diskussion ist, sondern gerade auch den Umstand, dass der Tierschutz als Staatsaufgabe anerkannt ist.¹¹⁴ Diese Gemengelage erlaubt jedem Teilnehmer an

107 Zum zivilrechtlichen Persönlichkeitschutz von Verbänden siehe ausführlich *D. Klippel*, JZ 1988, 625–635, der von einem „allgemeinen Verbandspersönlichkeitsrecht“ spricht.

108 OLG Hamm ZUM-RD 2005, S. 131 (132 ff.).

109 OLG München NJW-RR 2006, S. 328 (329 f.).

110 OLG Nürnberg NJW-RR 2003, S. 40 (41 ff.).

111 OLG Nürnberg NJW-RR 2003, S. 40 (41 f.).

112 Siehe den österreichischen OGH MR 1998, S. 269 ff.

113 Siehe zu Behauptungen hinsichtlich der Haltungsbedingungen in einem Delfinarium LG Hagen BeckRS 2012, 02339.

114 OLG Nürnberg NJW-RR 2003, S. 40 (43).

der öffentlichen Tierschutzdebatte zum einen, sich öffentlichkeitswirksam zu äußern, und zum anderen, auf konkrete praktische Beispiele zurückzugreifen, um anhand dieser die Umsetzung eines effektiven Tierschutzes in der Praxis kritisch zu bewerten.¹¹⁵ Selbst für die Fallkonstellationen, in denen sich eine medienwirksame Kritik gegen einen Dritten richtet, der selbst nicht an tierquälerischen Handlungen beteiligt ist, hat die Rechtsprechung großzügig der Meinungsfreiheit im Diskurs zugunsten des Tierschutzes den Vorrang eingeräumt. So bewertete der BGH die Aufforderung eines Tierschutzvereins gegenüber einer Bank, das Konto eines Interessenvereins der Pelztierzüchter zu kündigen, als einen zulässigen Boykottaufruf, der im Rahmen der Meinungsäußerungsfreiheit erlaubt sei.¹¹⁶

2. Lauterkeitsrecht

Die Durchsetzung tierschutzrechtlicher Vorgaben im Umgang mit Nutztieren ließe sich möglicherweise über das Lauterkeitsrecht erreichen, sofern die Nichtbeachtung dieser Vorgaben gegenüber rechtstreuen Mitbewerbern einen Wettbewerbsvorteil auf dem Markt bedeutete. Allerdings setzt der Rechtsbruchtatbestand des § 3a UWG voraus, dass die Rechtsvorschrift, gegen die ein Unternehmer verstößt, eine Marktverhaltensregelung darstellt. Rechtsprechung zur Frage des Marktbezugs tierschutzrechtlicher Vorschriften liegt – soweit ersichtlich – bisher nicht vor. Eine Parallele kann jedoch zu Umweltschutzvorschriften gezogen werden. Diesen soll nach der Rechtsprechung im allgemeinen als Produktionsvorschriften kein Marktbezug zuzubilligen sein mit der Konsequenz, dass eine geschäftliche Handlung unter Verstoß gegen Umweltschutzvorschriften nicht gestützt auf § 3a UWG untersagt werden kann.¹¹⁷ Hiergegen richtet sich erhebliche Kritik, weil eine Differenzierung zwischen anderen, ebenfalls die Produktion regelnden Vorschriften wie etwa des Arbeitnehmerschutzes kaum mehr möglich ist.¹¹⁸ Der Rechtsbruchtatbestand betrifft gerade die Schaffung und Beibehaltung gleicher Ausgangspositionen für Wettbewerber. Unter diesem Gesichtspunkt könnte durchaus damit argumentiert werden, dass sich ein Unternehmer, der tierschutzrechtliche Vorschriften zur Haltung von Nutztieren nicht beachtet, in unlauterer Weise einen Vorsprung vor seinen Konkurrenten verschafft, die die Regeln einer artgerechten Haltung respektieren.

115 In diesem Sinne zu kritischen Äußerungen eines Tierschutzverbandes in einer Presseeinladung OLG Nürnberg NJW-RR 2003, S. 40 (43).

116 BGH NJW 2016, S. 1584 ff.

117 Siehe die Grundsatzentscheidung BGHZ 144, S. 255 (268 f.) – Abgasemissionen; zustimmend explizit auch für Vorschriften über den Tierschutz H. Köhler, in: H. Köhler/J. Bornkamm (Hrsg.), UWG, 34. Aufl., München 2016, § 3a Rn. 1.69.

118 Siehe z.B. die Kritik bei H.-P. Götting/S. Hetmank, in: K.-H. Fezer/W. Büscher/E. I. Obergfell (Hrsg.), Lauterkeitsrecht, 3. Aufl., München 2016, § 3a UWG Rn. 20.

D. Spuren einer Berücksichtigung der Mitgeschöpflichkeit von Tieren im Zivilrecht

I. Einfluss des Staatsziels „Tierschutz“ gemäß Art. 20a GG

Zu Beginn dieses Beitrags wurde die Frage aufgeworfen, in welcher Weise das Staatsziel des Tierschutzes auf die zivilrechtliche Gesetzgebung und Rechtsprechung einwirkt. Bei Betrachtung der erörterten Regelungsfelder, in denen Tiere im Zivilrecht relevant werden, fällt zunächst auf, dass das Staatsziel keinerlei legislatorische Aktivität auf dem Gebiet des Zivilrechts nach sich zog. Die entscheidende und wegen ihrer häufig marginalisierten Bedeutung recht kümmerliche gesetzliche Basis bildet die Vorschrift des § 90a BGB, die allerdings bereits ein gutes Jahrzehnt vor der Einfügung des Staatsziels in Art. 20a GG durch das „Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung des Tieres im bürgerlichen Recht“ eingeführt wurde.¹¹⁹ Nach Ergänzung des Art. 20a GG im Jahr 2002 um die Worte „und die Tiere“ hat der Zivilrechtsgesetzgeber keine weitere Anpassung in Bezug auf die verfassungsrechtliche Aufwertung des Tierschutzes vorgenommen. Hauptschauplatz ist daher die Rechtsprechung, die nach der Anordnung des § 90a BGB die für Sachen geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden und dabei gerade auch den Telos des Staatsziels „Tierschutz“ aus Art. 20a GG in der Auslegung dieser Vorschriften zu berücksichtigen hat. Allerdings darf die Rechtsprechung nur die Ausprägung des tierschützenden Staatsziels aufgreifen, die sich legislatorisch manifestiert hat.¹²⁰ Über die Vorschrift des § 134 BGB finden freilich auch öffentlich-rechtliche, tierschutzrechtliche Verbotsnormen Eingang in das Zivilrecht.

II. Anthropozentrik des Zivilrechts

Hinsichtlich der Frage der zivilrechtlichen Behandlung von Tieren lassen sich jeweils zwei Perspektiven einnehmen. Zum einen kann aus Perspektive des Mitgeschöpfs eruiert werden, wie sich der menschliche und rechtliche Umgang mit ihm gestaltet und wie sich das Dilemma der gleichermaßen zuerkannten Qualität als Mitgeschöpf und zivilrechtliches Rechtsobjekt mit Sachähnlichkeit konkret auswirkt. Zum anderen kann gefragt werden, wie der Mensch als Halter des Tieres und Mitgeschöpfs in Bezug auf das Mitgeschöpf behandelt bzw. geschützt oder zur Verantwortung gezogen wird. Die Analyse der vom Gesetzgeber und der Rechtsprechung für den zivilrechtlichen Umgang mit Tieren gefundenen Lösungsansätze offenbart eine beinahe lückenlose Anthropozentrik des Zivilrechts. Bei der zivilrechtlichen Behandlung von Tieren wird regelmäßig die Perspektive des Menschen als Rechtssubjekt eingenommen und stets der Rückbezug vom Tier als Rechtsobjekt auf die Herrschaftsmacht der Person hergestellt. Mit anderen Worten: Das Tier wird mangels Rechtssubjektivität zivilrechtlich nicht um seiner selbst Willen

119 Siehe oben Abschnitt B I 1.

120 D. Murswiek (Fn. 1), Art. 20a Rn. 63.

geschützt, sondern grundsätzlich nur reflexartig als Begleiterscheinung des seinem Halter zuerkannten Eigentumsschutzes. Das aus Art. 20a GG wie auch aus § 1 TierSchG resultierende Gebot zur Achtung der Mitgeschöpflichkeit des Tieres als belebtes Wesen findet allein in den jeweiligen Einschränkungen der Verfügungsbefugnis des Eigentümers hinsichtlich des in seinem Eigentum stehenden Tieres seinen Niederschlag. Dies zeigt sich beispielsweise im Schadensrecht, wenn es um die Pflicht des Tierhalters zur Ergreifung lebensrettender Maßnahmen und der Veranlassung von tierärztlicher Heilbehandlung geht. Auch im Vertragsrecht können die tierschutzgesetzlichen Pflichten eine Rolle spielen. Zumeist geht es indessen um den Menschen und allenfalls dessen zu berücksichtigende emotionale Verbindung zu seinem Haustier. Dies zeigt sich etwa bei der Frage der Aufteilung der Haushaltsgegenstände im Familienrecht oder bei Frage der Gestattung der Tierhaltung in einer Mietwohnung, die im Grunde nicht den Schutz des Tieres, sondern die freie Entfaltungsmöglichkeit des Mieters betrifft. Gleichwohl ist hier strittig, ob § 90a BGB einen Einfluss auf die mietvertragliche Regelung haben kann.¹²¹ Auch § 251 Abs. 2 S. 2 BGB wird lediglich als Vorschrift zum Schutz der wirtschaftlichen Interessen des Tierhalters verstanden.¹²² Doch zeigt die jüngste Rechtsprechung des BGH, dass auch das Tierwohl und die Anerkennung des Tieres als Mitgeschöpf zu berücksichtigen sind.

E. Konsequenzen für die tierrechtliche Debatte und Forschungsbedarf

Elementarer Ansatzpunkt für die Debatte um die zivilrechtliche Behandlung von Tieren ist nach wie vor die zivilrechtliche Kategorisierung von Tieren und die den Bereich der Rechtsobjektivität nicht verlassende Zuschreibung einer sachenähnlichen Qualität.

Letztlich zeigt sich an vielen Stellen, dass die Kategorie der beweglichen Sachen und die entsprechende Anwendung der sachenrechtlichen Vorschriften für Tiere nicht passen. Gerade hier besteht erheblicher weiterer zivilrechtswissenschaftlicher Forschungsbedarf. Zu überdenken ist etwa, ob die Normierung des § 90a BGB geändert werden sollte. Für die Neuformulierung bietet sich die Schaffung einer dritten Kategorie an, die zwischen Rechtssubjekten und Rechtsobjekten anzusiedeln wäre. Diese dritte Kategorie für Tiere könnte zum Ausdruck bringen, dass Tiere zwar nicht als Rechtssubjekte mit eigenen Rechten und Pflichten zu qualifizieren sind, dass sie aber auch keine Rechtsobjekte in der Weise sind, dass dem ihnen übergeordneten Menschen die volle Verfügungsbefugnis über sie zusteht. Diese Kategorie könnte als gemischt subjektiv-objektive Kategorie bezeichnet werden und Tiere ließen sich allenfalls als Rechtsobjekte mit subjektivrechtlichem Einschlag

121 Siehe *J. Fritzsche* (Fn. 19), § 90a Rn. 4 m.w.N.

122 So z.B. *J. Fritzsche* (Fn. 19), § 90a Rn. 4.

qualifizieren. Was würde diese neue dritte zivilrechtliche Grundkategorie auszeichnen? Als konstitutives Wesensmerkmal könnte die Zuerkennung elementarer Rechte oder Schutzbelange bei gleichzeitiger Reduzierung echter Rechtspflichten auf Null beschrieben werden. Als elementare Rechte sind hierbei die Rechte auf Leben und Leidensfreiheit zu erwägen, die unter den Maßgaben des heutigen, am Staatsziel des Art. 20a GG orientierten Tierschutzrechts einschränkbar sind. Nutztierhaltung und wirtschaftliche Verwertung von Tieren bleibt prinzipiell weiterhin möglich. Der zivilrechtliche Paradigmenwechsel würde darin liegen, dass eine Anerkennung elementarer Schutzbelange, deren subjektive Wahrnehmung ausgeschlossen ist, zu einer Einschränkung der subjektiven Rechte hinsichtlich des Umgangs mit Tieren führen würde. Die Tierwohlorientierung würde ein stärkeres Gewicht erlangen. Die Qualität von Tieren als Mitgeschöpfe könnte dadurch auch im Zivilrecht berücksichtigt werden, dass nicht eine pauschale Verweisung mit Vorbehalt von Sonderregelungen – wie sie heute in § 90a S. 3 BGB enthalten ist – angeordnet wird, sondern dass umgekehrt besondere, in einem eigenen Abschnitt zusammengefasste zivilrechtliche Regelungen geschaffen würden, die im Einzelnen auf die entsprechende Anwendung allgemeiner Regelung verweisen. Beispielsweise würde es sich gerade im Familienrecht anbieten, eine Berücksichtigung der Intensität der Mensch-Tier-Beziehung und damit des Tierwohls im Gesetzeswortlaut der Vorschriften über die Haushaltsaufteilung aufzunehmen.¹²³

Hinsichtlich der Frage, warum Tiere diese Sonderbehandlung verdienen, kann auf die Diskussion vor und nach der Einführung des Staatsziels des Tierschutzes in das Grundgesetz verwiesen werden.¹²⁴ Diese Diskussion sollte heute nicht als beendet angesehen, sondern fortgeführt werden. Wichtige Impulse für die Zivilrechtswissenschaft versprechen schließlich interdisziplinäre Forschungsansätze, die etwa verhaltensbiologische Erkenntnisse – z.B. hinsichtlich der Empfindungs- und Leidensfähigkeit, also emotionaler, und auch kognitiver Fähigkeiten von Tieren – einbeziehen.

123 Siehe oben Abschnitt C IV.

124 Siehe aus dem umfangreichen Schrifttum dazu für die Einführung des Tierschutzes etwa R. Dreier/C. Starck, in: Händel (Hrsg.), Tierschutz (Fn. 1), S. 103 ff.; C. C. Hillmer, Auswirkungen einer Staatszielbestimmung „Tierschutz“ im Grundgesetz, insbesondere auf die Forschungsfreiheit, 2000, S. 129, 206 ff. et passim; S. Hobe, WissR 1998, 310; G. Erbel, DVBl 1986, 1235; U. M. Händel, ZRP 1996, 137; S. Huster, ZRP 1993, 326; E. v. Loeper, ZRP 1996, 143; ders., in: Händel (Hrsg.), Tierschutz (Fn. 1), S. 144 ff., 155; A. Lorz/E. Metzger, Tierschutzgesetz, 6. Aufl., München 2008, Einf. Rn. 98; s. auch M. Kriele, in: Händel (Hrsg.), Tierschutz (Fn. 1), S. 113 ff.; E. I. Obergfell, ZRP 2001, 193; dies., NJW 2002, 2296; a.A. hingegen R. Scholz, in: T. Maunz/G. Dürig (Begr.), GG, 35. Lfg., München 1999, Art. 20a Rn. 37; D. Lorenz, in: Festschr.f. Lerche, München 1993, S. 267 (277) M. Kloepfer, JZ 1986, 205 (206ff.); M. Kloepfer/M. Rossi, JZ 1998, 369; H.-J. Papier, NuR 1991, 164; H. H. Rupp, WissR 1999, 177.

F. Zusammenfassung

Im Zivilrecht finden sich nur selten explizite Sonderregelungen für Tiere. Für Tiere relevante zivilrechtliche Vorschriften sind demgegenüber über das gesamte Zivilrecht, vornehmlich das BGB, verstreut.

Das Staatsziel „Tierschutz“ hat bisher keine legislatorischen Auswirkungen im Zivilrecht gehabt. Die Vorschrift des § 90a BGB, die den Ausgangspunkt der zivilrechtlichen Behandlung von Tieren bildet, wurde bereits im Jahr 1990 und damit rund ein Jahrzehnt vor Erweiterung des Art. 20a GG in das BGB eingefügt. Die Bedeutung der Norm wird im Schrifttum unterschiedlich bewertet.

Die Analyse der Zivilrechtsgesetzgebung und der Rechtsprechung zeigt eine anthropozentrische Perspektive des Zivilrechts. Das Tier wird als Rechtsobjekt zivilrechtlich nicht um seiner selbst Willen geschützt, sondern erlangt Schutz durch das Zivilrecht grundsätzlich nur reflexartig als Begleiterscheinung des seinem Halter zuerkannten Eigentumsschutzes.

Nennenswerte Spuren einer Berücksichtigung der Mitgeschöpflichkeit von Tieren finden sich im Zivilrecht lediglich dort, wo der Anwendungsbereich des TierSchG berührt ist und eine Kollision zwischen Staatsziel und den wirtschaftlichen Freiheiten sowie insbesondere dem Eigentumsschutz des Tierhalters entsteht. Lediglich vereinzelt wird das aus Art. 20a GG wie auch aus § 1 TierSchG resultierende Gebot zur Achtung der Mitgeschöpflichkeit des Tieres als belebtes Wesen von der Rechtsprechung aufgegriffen. Wichtigstes Beispiel für eine derartige Berücksichtigung der Mitgeschöpflichkeit von Tieren bildet die jüngste Rechtsprechung des BGH zur Ermittlung der Verhältnismäßigkeit von Heilbehandlungskosten, die den Wert des behandelten Tieres übersteigen.

Es bleibt angesichts dieses Gesamtbefunds noch immer zu hinterfragen, ob das Recht seinen Blick auf Tiere als sachenrechtlich dem Menschen zugeordnete und seiner Verfügungsmacht unterliegende, wirtschaftlich verwertbare Rechtsobjekte einerseits und Schadensregulierungsfall andererseits verengen sollte.