

BAYREUTHER

ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSWISSENSCHAFT

Herausgeber

Bayreuther Zeitschrift für
Rechtswissenschaft e. V.

Redaktion

Fabian Karittke
Franziska Stein
Johannes Wichert
Anne-Catherine Schur
Diana Schmidt
Selina Porzner
Helena Groth
Lena Bitz
Kathrin Gruber
Anna Magdenko
David Schwarz
Isabella Boll
Eik Handschug
Joana Nägler
Lina Ha
Jan Harrer
Alexander Ströher
Vanessa Latacz
Carolina Dosch
Carla Schindler
Philine Westermann
Leoni Brum
Tobias Marstaller
Sanjey Sivanesan

Wissenschaftlicher Beirat

Hendrik Tafel
Janik Bischoff
Johannes Herb
Philipp Prochota
Svenja Wölfel
Veronika Thalhammer
Dr. Nicolas Kretschmann
Lars Großmann
Dr. Michael Putz
Rudi Lang
Gregor Vechtel
Jakob Lutz
Dr. Christoph Weber

Kuratorium

Prof. Dr. Brian Valerius
Prof. Dr. Ruth Janal
Prof. Dr. Carsten Bäcker
Prof. Dr. Nina Nestler
Prof. Dr. Knut Werner Lange
Prof. Dr. Thomas Spitzlei
Prof. Dr. Christian Rückert
Prof. Dr. Martin Schmidt-
Kessel

Weitere Beteiligte

Clemens Engelhardt
Merle Schütte
Markus Weber

7. Ausgabe: Schwerpunkt Europarecht



Bild: Antoine Schibler

Schwerpunkt

Interviews zum Migrations- und Asylrecht mit:

Dr. Salvatore F. Nicolosi

Hilkka Becker

Reb, Katharina:

Die Anwendung islamischen Erbrechts durch deutsche Gerichte und der ordre public

Meier, Julius:

Der Schutz und die Bekämpfung von Wölfen

Zivilrecht

Singer, Jakob:

Der Mythos vom unpolitischen Privatrecht – entzaubert am Beispiel des Bundesdeutschen Familienrechts unter besonderer Berücksichtigung der Rolle der Ehefrau unter dem Grundgesetz

Weiß, Konstantin:

Rechtsprobleme der Miturheberschaft

Öffentliches Recht

Haschka, Tobias:

Grund und Reichweite des Schutzes wildlebender Tiere nach dem Tierschutzgesetz einerseits und dem allgemeinen Artenschutz (§§ 37-39 BNatSchG) andererseits

Bayreuther Zeitschrift für Rechtswissenschaft – 2024/I

Vorwort von <i>Prof. Dr. Carsten Bäcker</i>	III
Editorial der Chefredaktion	IV
Interviews mit <i>Dr. Salvatore F. Nicolosi</i> und <i>Hilkka Becker</i>	1
<i>Katharina Reb:</i> Die Anwendung islamischen Erbrechts durch deutsche Gerichte und der ordre public	7
<i>Julius Meier:</i> Der Schutz und die Bekämpfung von Wölfen	20
<i>Jakob Singer:</i> Der Mythos vom unpolitischen Privatrecht: Entzaubert am Beispiel des Bundesdeutschen Familienrechts unter besonderer Berücksichtigung der Rolle der Ehefrau unter dem Grundgesetz	29
<i>Konstantin Weiß:</i> Rechtsprobleme der Miturheberschaft	37
<i>Tobias Haschka:</i> Grund und Reichweite des Schutzes wildlebender Tiere nach dem Tierschutzgesetz einerseits und dem allgemeinen Artenschutz (§§ 37-39 BNatSchG) andererseits	46
Rainer Markgraf Stiftung – Wissenschaftsförderung in der Region	VI

Vorwort

Die BayZR hat sich etabliert. Spätestens mit dem Vorliegen dieser siebten Ausgabe dürfte daran kein berechtigter Zweifel mehr bestehen. Es ist gut, daß sich das Projekt nicht den ehemaligen Zweifeln gebeugt hat: Wird es gelingen? Wird es genug (qualifizierte) Einsendungen geben? Wird es genug (engagierte) Qualifizierte geben, die während und nach der Gründung der Zeitschrift hinter den Kulissen die diversen Redaktionsarbeiten übernehmen? Wird die Zeitschrift wahr- und ernstgenommen werden, und von wem eigentlich? Wie macht man überhaupt eine Zeitschrift?

Festzustellen ist, daß das ehemals Ungewisse längst zur Gewißheit geworden ist: Es ist gelungen. Es gibt stetig qualifizierte Einsendungen, die sich vornehmlich, aber nicht nur, aus den kleinen und größeren Seminaren in der Rechtswissenschaft an der Universität Bayreuth speisen. Es finden sich immer wieder sehr engagierte Studierende und Mitarbeitende, die das Entstehen und Fortbestehen der Bayreuther Zeitschrift für studentische Rechtswissenschaft durch ihre ehrenamtliche Tätigkeit in der Redaktion sichern. Die Zeitschrift wird also in ihrer Adressatengruppe (und darüber hinaus) wahr- und ernstgenommen. Wie sie gemacht wird? Learning by doing.

Doch auch dem Etabliertem tut eine gelegentliche Überprüfung der eigenen Linie gut. In einigen Fällen ist es bereits versucht worden, der Zeitschrift durch Themenschwerpunkte eine inhaltlich klarere Kontur zu verleihen. Vielleicht ist das eine redaktionelle Option, die es verdiente, in der Zukunft verstärkt wieder aufgenommen zu werden – nicht zuletzt, um die Sichtbarkeit des guten Produkts und der in ihr versammelten Beiträge noch zu erhöhen. Eher rhapsodisch, nach den Einsendungen, zusammengestellte Einzelhefte können zwar zu besonders schönen Zufallsfunden beim Durchblättern führen; diese würzen die Rechtswissenschaft in der Publikationszubereitung ohne Frage. Die Grundzutaten der Rechtswissenschaft will man aber wohletikettiert bereitstehen haben. Auf sie greift man dann, einmal als solche registriert, immer wieder gern zurück. Dezidierte Themenhefte hätten das Potential, der studentischen Rechtswissenschaft ihren Weg in die Regale rechtswissenschaftlicher Gastronominnen und Köche zu weisen.

Solche Themenhefte könnten etwa, mit eher geringem Aufwand, aus *einem* besonders gelungenen Seminar, der kleineren oder oberen Art, zu generieren sein; freilich ggf. nach gebührender Überarbeitung der Beiträge unter Einbeziehung der im Seminar mitgegebenen Korrektur- und Vertiefungshinweise. Eine andere Möglichkeit wäre, selbst ein

Heft zu einem bestimmten Thema auszurufen. Im Zuge eines call for papers, der auch (weit) über Bayreuth hinaus publiziert werden könnte, wäre es vielleicht nicht allzu vermessen optimistisch eingeschätzt, die nötige Zahl an Einsendungen in der nötigen Qualität erwarten zu können. Flankieren ließe sich so ein call durch zielgerichtete Nachfragen an den einschlägigen Lehrstühlen und Instituten. Spannende Themen wird die Redaktion schnell finden. Als Anregung für ein derartiges Heft darf die Juristenausbildung und ihr Reformbedarf genannt sein, oder die Juristische Arbeitstechnik in Zeiten der Digitalisierung, oder auch die Möglichkeiten und Grenzen von KI-Rechtsanwendung und Legal Tech.

Der Fantasie der Redaktion sind in der Gestaltung des Hefts freilich kaum Grenzen gesetzt – womit auch gleich für das Engagement der Leserschaft geworben sei. Machen Sie mit, in der Redaktion oder auch per Einsendung – es lohnt sich!



Carsten Bäcker

Editorial

Liebe Leserinnen und Leser,

mit großer Freude dürfen wir Ihnen als neue Chefredaktion die nunmehr 7. Ausgabe der BayZR präsentieren. Mit dem Schwerpunktthema „Europarecht“ haben wir uns für einen Rechtsbereich entschieden, der immer schneller wächst und dessen Umfang sicherlich nicht in einer Ausgabe dieser Zeitschrift abgebildet werden kann – unser Anspruch war es jedoch, die Wirkung des Europarechts in anderen Rechtsgebieten anhand einiger Beispiele aufzuzeigen.

Unsere Interviewpartner *Dr. Salvatore F. Nicolosi* und *Hilkka Becker* geben hierzu zunächst Einblicke in das Asyl- und Migrationsrecht, das nicht nur in der juristischen Theorie und Praxis, sondern insbesondere auch politisch und gesellschaftlich höchst relevant und aktuell ist.

Aber auch in weiteren Rechtsgebieten hat das Europarecht (zunehmenden) Einfluss auf die rechtliche Lage in Deutschland. So zeigt *Julius Meier* mit seinem Beitrag zu Schutz und Bekämpfung von Wölfen, wie diese gerade durch die Fauna-Habitat-Richtlinie der EU besonders geschützt werden.

Auch der Beitrag von *Katharina Reb*, der die Anwendung islamischen Erbrechts durch deutsche Gerichte unter Berücksichtigung der *ordre public* beleuchtet, zeigt den Einfluss europarechtlicher Regelungen auf vielerlei Bereiche des nationalen Rechts auf – in diesem Fall in Form der EU-Erbrechtsverordnung, die die Zuständigkeit und das anwendbare Recht bei Erbsachen mit internationalem Bezug vorgibt.

Daneben enthält diese Ausgabe weitere hochkarätige Beiträge aus dem Zivil- und öffentlichen Recht. So entzaubert *Jakob Singer* den Mythos des unpolitischen Privatrechts anhand des Beispiels des bundesdeutschen Familienrechts und konkret der Rolle der Ehefrau unter dem Grundgesetz. *Konstantin Weiß* erläutert Rechtsprobleme der Miturheberschaft, insbesondere die Rechtsnatur der Miturhebergemeinschaft und den Umfang ihrer gesamthänderischen Bindung. Im Öffentlichen Recht schließlich betrachtet *Tobias Haschka* Grund und Reichweite des Schutzes wildlebender Tiere anhand des Tierschutzgesetzes sowie des allgemeinen Artenschutzes im Bundesnaturschutzgesetz und vergleicht die Schutzfunktionen dieser beiden Regelwerke.

An dieser Stelle bedanken wir uns herzlich bei allen Autorinnen und Autoren, die ihre Beiträge bei uns eingereicht und dieser Ausgabe eine große fachliche Breite und Tiefe beschert haben!

Abgesehen von der regelmäßigen redaktionellen Arbeit konzentrierten wir uns in den vergangenen Monaten darauf, die

BayZR organisatorisch nachhaltig auf die Zukunft vorzubereiten – einige Projekte sind bereits abgeschlossen, weitere befinden sich noch in der Umsetzung. Umfassende Neuerungen fanden hinsichtlich des Corporate Design statt, insbesondere im Bereich der Printwerbung. Fortgesetzt werden sollen die Aktualisierungen mit der Neugestaltung des Covers (voraussichtlich mit der 8. Ausgabe) und den Social Media-Auftritten. Unser Ziel ist es, durch eine insgesamt gesteigerte öffentliche Präsenz die Bekanntheit der BayZR zu erhöhen und so studentischer Rechtswissenschaft aus Bayreuth zu mehr Sichtbarkeit zu verhelfen.

Nachdem wir nach der 6. Ausgabe mit *Prof. Dr. Michael Grünberger* aus beruflichen Gründen ein äußerst verdientes Gründungsmitglied aus unserem Kuratorium verabschieden mussten, haben wir mit besonderer Freude in den letzten Monaten vier neue Mitglieder in das Kuratorium aufnehmen dürfen, die unserem beratenden Gremium eine zusätzliche fachliche Breite bescheren. Neu hinzugekommen sind *Prof. Dr. Knut Werner Lange* (Zivilrecht), *Prof. Dr. Thomas Spitzlei* (Öffentliches Recht), *Prof. Dr. Christian Rückert* (Strafrecht) sowie *Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel* (Zivilrecht).

Wir danken dem engagierten Redaktionsteam, den Mitgliedern des wissenschaftlichen Beirats und den bestehenden und neuen Kuratoriumsmitgliedern für die viele Arbeit, die sie in unser gemeinsames Projekt stecken und dafür, dass wir zusammen in das nun schon vierte Jahr unserer Zeitschrift starten konnten!

Im Namen der gesamten Redaktion wünschen wir nun Ihnen, verehrte Leserinnen und Leser, viel Spaß und voranbringende Erkenntnisse bei der Durchsicht der 7. Ausgabe!



Franziska Stein und Fabian Karittke

2. Chefredakteurin und 1. Chefredakteur

Link zur aktuellen digitalen Ausgabe:



Schwerpunkt Europarecht

Für diese Ausgabe haben Lina Ha und Joana Nägler mit Dr. Salvatore F. Nicolosi, Assistant Professor an der Universität Utrecht, und Hilka Becker, Präsidentin des International Protection Appeals Tribunal in Dublin, gesprochen.

Interview on the Topic of Migration in the EU with a Theoretical Focus on EU Law

Dr. Salvatore F. Nicolosi teaches as an Assistant Professor of European and International Law at the School of Law at the University of Utrecht. He is also actively involved in numerous programmes and organisations, such as the Netherlands Institute of Human Rights (SIM), the Programme for Studies on Human Rights in the Context of Ghent University (Belgium), the Refugee Law Initiative at the University of London (UK) and numerous others.

BayZR: At the height of the refugee crisis in 2015, the EU recorded 1,322,850 asylum applications. The numbers began to fall again in 2017. But since 2021, the flow of immigrants has steadily increased again. A total of 958,800 asylum applications were submitted in the EU in 2022. Approximately 383,700 asylum seekers were granted protection that same year. 73,600 non-EU citizens were returned to a third country. In addition, the number of irregular border crossings amounted to 281,872. Ever since the refugee crisis of 2015/16, asylum law and the practical compatibility of asylum guarantees with European and human rights frameworks have been one of the most controversial topics in political and academic discourse. Over time, the topic has become increasingly instrumentalised and emotionally charged, especially with the rise of right-wing movements in some EU countries.

For some time now, your academic focus has been on the development of the Common European Asylum System, particularly the institutional, legislative and enforcement dynamics of the EU in the context of asylum and migration, as well as the relationship between EU asylum legislation and key international human rights instruments. In your opinion, what impact do these right-wing movements have on the development and advancement of the law in the EU?

Mr Nicolosi: The impact of these political movements on the development of EU law relating to migration and asylum is visible in the attempts to adopt more restrictive rules concerning access to asylum procedures as well as to pursue initiatives of externalisation of migration and border controls. These two specific trends have become a guiding principle in EU migration and asylum law and they equally constitute two distinct features at the national level.

BayZR: Last year, the EU Member States agreed on a far-reaching reform of the Common European Asylum System (CEAS). The reform ultimately aims to better organise and distribute the allocation of refugees and the use of resources by the Member States on a pan-European basis – regardless of whether it is a financial, personnel or structural contribution. At the same time, some fear an even greater burden on the countries situated along the EU's external borders compared to that which is already the case. Will this reform lead to a relief or rather an additional burden on these countries?

Mr Nicolosi: The third round of reform of the CEAS has been extremely cumbersome. As Commissioner Johansson said on 23 September 2020 when presenting the New Pact “no one will be satisfied with it”. For sure, now that the proposals are going to be turned into positive law, it is fair to confirm that the countries situated along the external borders, such as Greece or Italy, do not have a reason to be satisfied. The rules under the new Pact confirm the criticised criterion according to which the country of first arrival must be responsible for the asylum applications. The reform in theory injects solidarity in the functioning of the CEAS. It introduces the concept of ‘mandatory, yet flexible solidarity.’ This requires that the Member States should support the countries that are overloaded with asylum applications. This may include relocation of asylum seekers, helping return persons who are not eligible for international protection or financial support. Considering that the proposal of relocation has not been very popular politically, there is a real chance that the Member States will opt for forms of support that in practice do not significantly reduce the burden of the countries situated along the external borders.

BayZR: What potential challenges will there be in enforcing the new regulations?

Mr Nicolosi: As the European Commission acknowledged, the migratory pressures of recent years have stressed the ‘structural weaknesses and shortcomings in the design and implementation of European asylum and migration policy’ (COM/2016/197 final, 2). This has made the need for a more effective enforcement strategy even more urgent. It comes with no surprise that the third reform of the CEAS aims to strengthen convergences in implementation, reduce Member States’ legislative discretion, and thus promote a higher level of enforcement also based on a more proactive operational role for agencies like Frontex or the EU Agency for Asylum.

Common European Asylum System (CEAS)

The CEAS is a legislative framework for migration and asylum policy that the EU has been developing since 1999. It aims to harmonise the procedures and rights of applicants for international protection in the EU. From 2015 onwards there have been increasing efforts to address the inadequacies and deficiencies in the Union's asylum policy. In 2020, the EU Commission submitted new legislative proposals, to which a political agreement was reached in December 2023. The final adoption of these proposals are due by May 2024.

Vgl.: <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/eu-migration-policy/eu-migration-asylum-reform-pact>
[last accessed on: 12/03/2024].

However, these goals show many challenges too. First, legislation based on regulations can certainly ensure stricter enforcement by the Member States, which have, for instance, less discretion at the level of implementation. However, the effectiveness of a regulation also depends on the Member States' resources and infrastructures. In other words, implementing a regulation might be easier for Germany but less so for Greece. Second, and more importantly, enforcement of EU rules should not be only a matter of policy efficiency. Adequate attention needs to be paid to the position of the ultimate users of the EU rules, namely asylum seekers. The protection of fundamental rights of migrants should be prioritised. Thirdly, and in connection with the need to protect migrants' fundamental rights, adequate accountability channels must be identified against the risks of violations of fundamental rights that could allegedly occur in the pursuit of the operational mandate of EU migration agencies, as new enforcement actors.

BayZR: The new solidarity system on which CEAS is based on, provides a minimum annual number of relocations from Member States with the highest number of arrivals in the EU to Member States less affected by such arrivals or a minimum annual number of financial contributions. At the same time, despite supranational guidelines, numerous ideas regarding the handling of refugee flows are also being discussed at the national level. In your opinion, would a national cap – *i.e.*, the admission of only a certain, maximum number of refugees – on asylum seekers be compatible with existing European law, particularly with regard to the CEAS as well as Art. 18 of the EU Charter of Fundamental Rights?

Mr Nicolosi: It is an EU primary law provision that essentially safeguards the right of every person to be able to apply for asylum in the Member States of the EU. This means that no Member State could suspend the right to seek asylum without incurring a violation of international and EU obligations. Of course, certain Member States could be more exposed than others to migratory flows and thus more likely to register more asylum applications than other Member States. I therefore think that it is legitimate to foresee a system of relocation that would distribute asylum seekers throughout the EU. A system of national quotas is not in contradiction with Art. 18, provided that each individual arriving in the EU is given a chance to apply for asylum in one of its Member States.

Article 18 – Right to asylum

The right to asylum shall be guaranteed with due respect for the rules of the Geneva Convention of 28 July 1951 and the Protocol of 31 January 1967 relating to the status of refugees and in accordance with the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union.

BayZR: According to which system would asylum seekers then be allocated and to what extent would individuals have an influence on this decision?

Mr Nicolosi: In an attempt to inject solidarity into a system that to quote Advocate General Sharpston has been “predicated on the burden lying where it falls” (C-179/11, para. 83), the new Regulation for Asylum and Migration Management (RAMM), which will be the successor of the highly criticised Dublin Regulation, the relocation of asylum seekers has been considered as one of the forms of flexible solidarity. Chapter IV of the RAMM establishes that the Council shall adopt every year an implementing act to establish the Solidarity Pool, including, the reference number of required relocations and specific pledges that each Member State has made for the relocation of asylum seekers. The total annual number of required relocations should at least be 30,000. The individual pledges will be determined based on a formula that will essentially consider the size of the population of the country and the total GDP. However, in contrast to past proposals, this solidarity mechanism, particularly relocation, is activated only when a Member State faces migratory pressure, implying it does not preclude future overcrowding and the emergence of inhumane conditions at external borders.

BayZR: How would you assess the CEAS reform project overall? Is the reform an effective measure to deal with great refugee flows? Can the changes help to prevent a deep division in Europe?

Mr Nicolosi: This is a reform that, with few positive elements, can generally be seen as a setback, especially on the migrant safeguards' front. Certain measures are certainly to be welcomed. These include access to employment after 6 months for asylum seekers, a new right to free legal counselling in the administrative phase and free legal assistance in the appeal stage of the asylum procedure, the inclusion of diplomas as a new criterion to determine the state responsible for an asylum application or an expanded right to family reunification that include those who are holders of long-term resident permits.

However, in general, the reform aims to limit as much as possible access to territory by introducing a controversial fiction of non-entry until the screening and border procedures are completed, and a risk of *de facto* systematic detention at the borders of the EU where access to procedural safeguards could be substantially limited and where reception facilities could allegedly put at stake many essential rights.

BayZR: Another means of dealing with large flows of refugees are agreements with third countries, such as Türkiye. How effective are such agreements? And what are the biggest challenges? Would it perhaps even be a solution to extend these agreements and have asylum procedures carried out in these countries, as is currently being considered in some European countries?

Mr Nicolosi: The concept of externalisation especially entered the vocabulary of international migration law in the 2000s to describe measures adopted by states also within international organisations like the EU to realise border and migration controls outside their physical borders and in cooperation with other countries.

Starting with the EU-Türkiye deal of 2016 until the most recent 2023 EU-Tunisia Deal, soft agreements and partnerships with third countries in the area of migration have become a distinct feature of the external dimension of EU migration law. Their effectiveness is in my view questionable for various reasons. First, they expose the EU to political blackmail by unreliable partners. Second, if the goal is to stem migratory flows to Europe, these arrangements are far from offering a solution, as migrants will move through alternative routes, as has been happening, after the EU-Türkiye Deal.

Some countries like the United Kingdom or Italy have even concluded bilateral agreements with Rwanda and Albania respectively to offshore asylum procedures. This is also a worrying practice, essentially because it is not always clear what kind of safeguards will apply to migrants. The UK Supreme Court recently concluded that Rwanda does not offer enough guarantees of respect for the principle of non-refoulement and thus cannot be considered as a safe country. In the case of the arrangement between Italy and Albania, concerns can be raised about the risks of arbitrary detention and insufficient procedural guarantees, including access to a lawyer, for the asylum seekers disembarked in the territory of Albania.

BayZR: You have previously worked as a Legislative Assistant and Policy Intern at the General Secretariat of the Council of the EU (DG Justice and Home Affairs) and have now even been included in the List of legal experts of the EU Agency for Asylum (EUAA). If you had the opportunity to change something in the current or newly adopted asylum law in the EU, what would you advise the EU legislators to do at this very moment in time?

Mr Nicolosi: I think that most scholars have been critical of the core rationale behind the CEAS and its reform. It has been considered as based on coercion against asylum seekers in an attempt to limit as much as possible secondary movements of asylum seekers in the EU and to limit the arrival of asylum seekers.

A couple of points in my view could be taken more seriously by policymakers to tackle such a twofold concern. First, secondary movements are often a consequence of the divergent asylum systems at the national level. In this regard, I think that legal harmonisation is not enough, significant investments and funds have to be mobilised to sustain the asylum systems of countries at the borders of the EU or that experience challenges with routinely processing numerous asylum applications.

Secondly, the reform of the CEAS could be a good opportunity to consider more seriously the issue of safe and legal channels of arrival for those who wish to apply for international protection in the EU. Resettlement commitments and humanitarian corridors or private sponsorships have been so far lukewarm attempts especially pursued at the national level, while more harmonisation could be needed. All in all, a way to prevent secondary movements is to have greater convergence in the reception facilities for asylum seekers while, on the other hand, as it is too ambitious to stem migratory flows, it would be reasonable to control in an orderly way these flows by establishing clear and safe channels of arrivals.

BayZR: We would like to thank you very much for your answers and wish you all the best, Mr Nicolosi!

Safe Third Country Agreements

By definition, any EU Member State is a safe third country under the Asylum Act Chapter 4, Section 26a. A country outside of the EU may be recognised as a safe third country if there is a corresponding agreement with a Union State and the rights of refugees can be ensured in accordance with the 1951 Refugee Convention and the European Convention of Human Rights (ECHR). Asylum seekers may be returned to safe third countries without their application for international or national protection being examined. This is particularly the case if immigrants arrive from safe third countries or do not have the necessary documents.

Vgl.:

<https://asylumineurope.org/reports/country/germany/asylum-procedure/the-safe-country-concepts/safe-third-country>
[last accessed on: 12/03/2024].

Interview zum Thema Migration in der EU mit dem Fokus auf Geflüchteten

Hilka Becker ist eine zugelassene Rechtsanwältin in Deutschland und Solicitor in Irland, spezialisiert auf den Gebieten Asyl-, Migrations- und Flüchtlingsrecht. Sie hat aktuell das Amt als Präsidentin des International Protection Appeals Tribunal in Irland inne, welches als Äquivalent eines Verwaltungsgerichts für Asylsachen betrachtet werden kann. Zuvor arbeitete sie unter anderem für den Irischen Flüchtlingsrat und die Internationale Organisation für Migration (IOM). Darüber hinaus ist sie als Rechtsexpertin und Fortbildungsleiterin für die Agentur der Europäischen Union für Asyl (EUAA) tätig.

BayZR: Der andauernde Krieg im Nahen Osten, der Krieg in der Ukraine, viele andere Krisengebiete und humanitäre Notlagen, ganz zu schweigen von Klima- oder schlicht Wirtschaftsflüchtlingen – Mitte 2023 gab es weltweit 110 Millionen Vertriebene, davon 36,4 Millionen Geflüchtete (<https://www.unhcr.org/refugee-statistics>, zuletzt aufgerufen am 23.3.2024): Frau Becker, glauben Sie, dass diese Zeit in ferner Zukunft rückblickend den Höhepunkt der Flüchtlingsströme nach Europa darstellen wird oder erst den Anfang?

Frau Becker: Das ist natürlich schwer zu sagen und genau diese Unvorhersehbarkeit präsentiert auch eines der großen Probleme für Gerichte und natürlich auch Asylbehörden in Europa, denn es ist schwer mit Genauigkeit vorauszuplanen und Budgets rechtzeitig entsprechend aufzustocken. Hier in meinem Tribunal in Irland ist die Zahl der anhängigen Klagen zum Beispiel von 850 im Januar 2023 auf 3.908 im Januar 2024 gestiegen, ohne dass die Ressourcen vorhanden gewesen wären, die garantiert hätten, dass zum Beispiel die Bearbeitungszeiträume nicht erheblich länger werden.

BayZR: Sie sind seit 2017 in Irland Vorsitzende des Klagetribunals für Internationalen Schutz, welches über Rechtsbehelfe im Rahmen von Asylklagen entscheidet. Können Sie uns kurz schildern, welche Rolle dem Tribunal zukommt und inwiefern es sich von einem Gericht unterscheidet?

Frau Becker: Das kommt auf die Perspektive an. Im EU-Recht, wie vor kurzem vom EuGH bestätigt (EuGH, Urteil vom 29.6.2023 – C-756/21, ECLI:EU:C:2023:523), ist das Tribunal als erstinstanzliches Gericht anzusehen, dem die Aufgaben der in Art. 39 der Richtlinie 2005/85 vorgesehenen gerichtlichen Kontrolle übertragen wurden. In dieser Funktion hat das Tribunal die vollständige gerichtliche Kontrolle durchzuführen, was bedeutet, dass es dafür zuständig ist, anhand der ihm, gegebenenfalls auf seine Aufforderung hin, vorgelegten Nachweise eine Ex-nunc-Entscheidung zu treffen und es ist befugt, anhand dieser Nachweise eine Entscheidung des Amts für Internationalen Schutz zu bestätigen oder aufzuheben sowie gegebenenfalls die bindende Empfehlung auszusprechen, die Flüchtlingseigenschaft zuzuerkennen oder subsidiären Schutz zu gewähren. Im irischen System allerdings ist das Tribunal eine quasi-gerichtliche Institution und gehört nicht der Gerichtsbarkeit an.

Amt für Internationalen Schutz International Protection Office

Das Amt für Internationalen Schutz in Irland ist mit dem deutschen Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) vergleichbar, welches seinen Hauptsitz in Nürnberg hat. Die Zuständigkeiten des BAMF liegen in der Durchführung von Asylverfahren und der Koordination von Integrationsförderung. Das Amt führt außerdem einen Forschungsauftrag zum Thema Migrationssteuerung aus.

BayZR: Angesichts der zuletzt wieder steigenden Flüchtlingszahlen, dürfte wohl auch Ihr Tribunal stark ausgelastet sein. Wie geht das Tribunal und wie gehen Sie oder Ihre Mitarbeitenden mit einer solcher Auslastung um?

Frau Becker: Wie schon gesagt, genaues Vorausplanen ist schwierig und damit geraten wir natürlich unter Druck. Das betrifft dann sowohl Tribunalsmitglieder, von denen die Mehrheit nur in Teilzeit arbeiten und – auf Werkvertragsbasis – Asylklagen entscheiden, und auch die Verwaltung des Tribunals. Die Tatsache, dass wir im Regelfall keine elektronischen Akten haben, macht das Ganze nicht einfacher. Wir versuchen in dieser Situation natürlich weiterhin qualitativ gute Entscheidungen zu liefern und es laufen sehr viele Modernisierungsmaßnahmen – wenn auch nicht immer in dem Tempo, das wir uns wünschen würden. Auf die Einzelnen übt die Situation verständlicherweise auch einen gewissen Druck aus und es ist für mich als Präsidentin des Tribunals sehr wichtig, dass alle – Tribunalsmitglieder und Verwaltungsangestellte gleichermaßen – gesehen und in ihrer Arbeit wertgeschätzt werden.

BayZR: Können Sie uns von einem Fall berichten, welcher Ihnen im Gedächtnis geblieben ist?

Frau Becker: Da gibt es natürlich viele – die schwierigsten Fälle sind meiner Meinung nach die, bei denen der oder die Kläger:in in der mündlichen Verhandlung sehr emotional wird und gleichzeitig die Beweislage aber dünn ist; oder Fälle, bei denen die Glaubhaftigkeit des Klagevortrags in Frage steht, weil im Laufe des Verfahrens widersprüchliche oder gänzlich neue Angaben gemacht wurden. Ein Fall der mir bei der Frage einfällt, ist der Fall einer Frau aus Pakistan, die mit ihrem Ehemann nach Irland gekommen war und mit ihm gemeinsam einen Asylantrag gestellt hatte. In der mündlichen Verhandlung werden hier generell Eheleute getrennt gehört. Im Rahmen der Verhandlung der Frau sagte sie plötzlich, dass die Antragsbegründung, die sie bis zu diesem Zeitpunkt vorgetragen hatte, nicht der Wahrheit entsprach. Sie habe auf Anordnung ihres Ehemannes gehandelt und ihn damit unterstützt, aber wolle jetzt ihren Mann wegen häuslicher Gewalt verlassen. Weiter sagte Sie, dass auf dieser Basis ein Verfolgungsrisiko für sie bestehe. Es stellt sich in solchen Fällen, in denen eine Antragstellerin oder ein Antragsteller bereits einmal einen nicht der Wahrheit entsprechenden Vortrag gemacht hat, natürlich die Frage, was als Entscheider:in dann mit dem neuen

Vortrag gemacht werden soll? Der EuGH hat in diesem Bereich in letzter Zeit viele hilfreiche Entscheidungen veröffentlicht, und unter anderem in der bereits erwähnten Rechtssache C-756/21 festgestellt, dass „eine im ursprünglichen Antrag auf internationalen Schutz enthaltene Falschaussage, die vom Asylbewerber erläutert und zurückgenommen wurde, sobald sich die Gelegenheit dazu bot, für sich genommen nicht verhindern kann, dass dessen generelle Glaubwürdigkeit im Sinne dieser Bestimmung festgestellt wird“. In dem von mir als Beispiel genannten Fall wurde der Klägerin letztendlich Asyl gewährt.

BayZR: Wie hat sich der Brexit auf Asylverfahren in Irland und gegebenenfalls auch auf die Arbeit des Tribunals ausgewirkt?

Frau Becker: Die spürbarste Veränderung war die Nichtanwendbarkeit der Dublin-III-Richtlinie. In diesem Bereich ist die Zahl der anhängigen Klagen vor meinem Tribunal nach dem Brexit erheblich zurückgegangen und seitdem relativ niedrig geblieben. Allerdings sind im gleichen Zuge die Zahlen der Klagen gegen Entscheidungen des Amts für Internationalen Schutz gegen Entscheidungen, Anträge als unzulässig abzuweisen, erheblich gestiegen und da spielt natürlich die Inklusion, im irischen Recht, von Großbritannien als „Sicherer Drittstaat“ im Sinne von Art. 38 der Richtlinie 2013/32/EU eine große Rolle. Gerade hat allerdings der irische High Court in einer Berufungsklage gegen eine Tribunalsentscheidung zu diesem Thema entschieden, die im Zusammenhang des Britischen Asylpakts mit Ruanda kritisiert hatte, dass nicht länger von der Vermutung ausgegangen werden kann, Großbritannien sei generell ein sicherer Drittstaat für Schutzsuchende, dass die diesbezügliche Bestimmung rechtswidrig war (<https://www.irishtimes.com/crime-law/courts/2024/03/22/irelands-declaration-of-uk-as-safe-third-country-unlawful-rules-high-court>, zuletzt aufgerufen am 23.3.2024).

Britischer Asylpakt mit Ruanda

Großbritannien hatte noch Ende 2023 ein Abkommen mit Ruanda geschlossen, wonach irregulär eingereiste Migranten, unabhängig von ihrer Herkunft, nach Ruanda abgeschoben werden sollen. Eine Rückkehr nach Großbritannien ist danach ausgeschlossen. Ruanda erhält für die Aufnahme der Asylsuchenden Zahlungen in Höhe von mehreren Millionen. Dieses Vorhaben hatte der Oberste Gerichtshof in London zwar als rechtswidrig erklärt, dem soll nun jedoch mit einem Gesetz, welches Ruanda als sicheren Drittstaaten deklariert, entgegengesetzt werden. Die Entscheidung über den Gesetzesentwurf steht zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses dieser Ausgabe noch aus. Der Plan der britischen Regierung steht jedenfalls weiterhin stark unter nationaler sowie internationaler Kritik.

BayZR: Die jüngste Reform des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems (GEAS) zielt darauf ab, die aktuellen Migrationsströme in die EU besser zu steuern. Wie wird sich diese Reform Ihrer Meinung nach in absehbarer Zeit auf die Praxis der Asylbewerber:innen und Geflüchteten in Europa auswirken?

Frau Becker: Das ist aus meiner Perspektive schwer zu sagen. Was interessant sein wird, ist die Frage, ob Irland – das sich ja nicht automatisch an Maßnahmen durch den Rat beteiligt, die nach dem Dritten Teil Titel V des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vorgeschlagen werden – sich an dem neuen Migrations- und Asylpakt beteiligen wird. Sollte das der Fall sein – und die Zeichen deuten jedenfalls auf politischer Ebene in diese Richtung – wird in Irland eine sehr umfassende Reform des Asylrechts notwendig sein.

BayZR: Unabhängig von dieser aktuellen Reform und ihrer Umsetzung, welche Rechtsmittel haben Asylbewerber:innen in Irland grundsätzlich, wenn ihr Antrag auf Asyl abgelehnt wird?

Frau Becker: Zunächst einmal steht ihnen die Klage vor meinem Tribunal offen. Sollten wir die Entscheidung des Amtes für Internationalen Schutz bestätigen, kann ein Antrag auf Zulassung einer „*judicial review*“ (dem Äquivalent einer Berufung) gestellt und gegebenenfalls eine Berufung eingereicht werden. Das Berufungsverfahren findet vor dem *High Court of Ireland* statt. Gegen die Entscheidungen des *High Court* gibt es weitere, allerdings durch Zulassungsvorschriften beschränkte, Rechtsmittel vor dem *Court of Appeal* oder, in Fällen mit außergewöhnlicher öffentlicher Bedeutung, dem *Supreme Court*.

BayZR: In der Theorie setzen europarechtliche Vorgaben – grundsätzlich unabhängig von der Herkunft der Asylsuchenden – allgemeine Regeln darüber fest, wer Anspruch auf Schutz hat, welche Rechtsgrundlage gilt und unter welchen Voraussetzungen ein Verfahren durchlaufen werden muss. In der Praxis zeigen sich jedoch Unterschiede bei der Anwendung dieser Regeln für verschiedene Asylsuchende, so etwa aktuell bei Geflüchteten aus der Ukraine. Aus welchem Grund wird diese Gruppe anders behandelt als Asylsuchende, welche beispielsweise aus dem Nahen Osten fliehen?

Frau Becker: Was im Falle der Situation in der Ukraine und den von dort Geflüchteten angewandt wurde, ist eine außergewöhnliche Maßnahme zur Gewährleistung eines sofortigen und vorübergehenden Schutzes im Falle eines sogenannten „Massenzustroms“ oder eines unmittelbar bevorstehenden „Massenzustroms“ von Vertriebenen aus Drittländern, die nicht in ihr Herkunftsland zurückkehren können. Die Richtlinie über den vorübergehenden Schutz von 2001 bietet der EU ein Instrument zur Bewältigung solcher Situationen und wurde erstmalig in diesem Zusammenhang aktiviert, da die EU-Mitgliedstaaten befürchteten, dass das Standard-Asylsystem Schwierigkeiten haben würde, die Nachfrage zu bewältigen, die sich aus den Ankünften von Vertriebenen ergibt, was sich negativ auf das effiziente Funktionieren des Asylsystems ausgewirkt hätte. Allerdings kann dieser Schutz gemäß der Richtlinie nur für maximal drei Jahre gewährt und daher nicht über März 2025 hinaus verlängert werden. Was dann mit den aus der Ukraine

Geflüchteten passieren wird, ist derzeit unklar, wird aber höchstwahrscheinlich für alle Mitgliedstaaten auf EU-Ebene vereinbart werden.

BayZR: Wie wird sich Ihrer Meinung nach das Migrations- und Flüchtlingsrecht in Zukunft entwickeln, welche Trends oder Entwicklungen erwarten Sie? Könnten etwa KI-Systeme die Migrationsverfahren in der EU in naher Zukunft revolutionieren?

Frau Becker: KI-Systeme werden auf jeden Fall hilfreich sein, ich glaube allerdings nicht, dass sie Entscheider:innen auf Behörden-Ebene oder Richter:innen und Tribunalsmitglieder gänzlich ersetzen werden. Wofür sie insbesondere nützlich sein werden, ist der Verwaltungsbereich, zum Beispiel in der Koordination von Verhandlungsterminen. Des Weiteren sehe ich eine große Rolle für KI im Bereich Übersetzungen und Dolmetschen. Dort könnten insbesondere in Irland große Vorteile entstehen, was die Effizienz des Asylverfahrens angeht. Auch qualitativ könnte in diesem Bereich KI signifikante Verbesserungen bringen und dafür sorgen, dass Übersetzungsfehler nicht zu negativen Glaubwürdigkeitsprüfungen führen.

KI-Systeme

Systeme basierend auf Künstlicher Intelligenz (KI) kommen in der Justiz derzeit nur in einer sogenannten schwachen Variante zum Einsatz, beispielsweise in Form von Sprach- oder Bilderkennung oder Simulationssoftware. Seit 2020 wird an einer flächendeckenden automatisierten Erkennung von Straftaten im Internet geforscht. Unstrittig hat KI ein hohes Potential, die Justiz und juristische Verfahren zu entlasten. Ob und inwieweit stärkere KI zukünftig zum Einsatz kommen wird – insbesondere bei „unproblematischeren“ Rechtsfragen, wie etwa bei Bagatellschäden oder Fluggastentschädigungen – bleibt abzuwarten.

BayZR: Sie sind sowohl als Volljuristin in Deutschland qualifiziert wie auch als *Solicitor* in Irland. Darüber hinaus haben Sie unter anderem als Beraterin für Nichtregierungsorganisationen in Irland und für die Internationale Organisation für Migration gearbeitet. Was würden Sie Studierenden oder jungen Absolvent:innen raten, die juristisch im Ausland tätig werden wollen?

Frau Becker: Ich denke, es ist besonders wichtig, sich von der Idee zu lösen, dass man nur in dem Land, in dem man (ursprünglich) qualifiziert ist, arbeiten kann – das stimmt nämlich nicht, wie man an mir und so vielen anderen Jurist:innen sehen kann. Zudem gibt es viele juristische Berufe, in denen man zumindest vorerst keine Zulassung benötigt und sich in dem neuen Land zunächst, zum Beispiel in einer Assistent:innen-Rolle, zurecht finden kann. Es ist auf jeden Fall eine sehr gute Idee, das Studium und Referendariat dazu zu nutzen, das Ausland zu „entdecken“ und vor Ort zu erleben, wie „Juristerei“ dort funktioniert. In meinem eigenen Fall bin ich zunächst in der Wartezeit auf mein Referendariat in Hamburg nach Irland gegangen. Der Plan war, ein bisschen zu kellnern und für den Rest der Zeit ehrenamtlich in einer Menschenrechtsorganisation zu arbeiten – ich war dann „zur rechten Zeit am rechten Ort“ und bin innerhalb kürzester Zeit als *Legal Officer* im *Irish Refugee Council* angestellt worden, mein erster „richtiger“ Job in Irland. Danach bin ich nach Hamburg zurückgekehrt und habe das Referendariat und das 2. Staatsexamen gemacht, habe allerdings wiederum einen Teil meines Referendariats hier in Dublin absolviert. Das Arbeiten in der EU oder des Europäischen Rates oder auch in internationalen Organisationen braucht meist ohnehin nur die Qualifikation in einem Land. Wer in die Richtung gehen möchte, sollte sich auf jeden Fall neben der juristischen Ausbildung auf Auslandspraktika, Sprachen und vielleicht eine Zusatzqualifikation in Politikwissenschaften oder Internationalen Beziehungen konzentrieren.

Wer gerne im *International Protection Appeals Tribunal* einen Teil des Referendariats verbringen möchte, kann sich sehr gerne bei uns melden: info@protectionappeals.ie

BayZR: Sehr geehrte Frau Becker, wir bedanken uns herzlich für Ihre Teilnahme an unserem Interview und wünschen Ihnen alles Gute!

Katharina Reb: Die Anwendung islamischen Erbrechts durch deutsche Gerichte und der ordre public

Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaft im 12. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen des studienbegleitenden Seminars im internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht bei Prof. Dr. Robert Magnus (Lehrstuhl Zivilrecht III – Bürgerliches Recht, deutsches und internationales Zivilverfahrensrecht) entstanden.

A. Einführung

„Der Islam gehört zu Deutschland.“¹ Eine Aussage, mit der sich der ehemalige Bundespräsident Christian Wulff in seiner Rede zum 20. Jahrestag der Deutschen Einheit im Jahr 2010 deutlich für Vielfalt und Zusammenhalt in der BRD positionierte.

Heute leben zwischen 5,3 und 5,6 Millionen Menschen mit islamischem Hintergrund in Deutschland², was auf die Gesamtbevölkerung von ca. 82 Millionen³ betrachtet, etwa 6,6 %⁴ ausmacht. Die Herkunftsländer der besagten Gruppe sind dabei höchst unterschiedlich.⁵ Dass Deutschland und einzelne islamisch geprägte Länder, anderen Rechts- und Kulturkreisen angehören, ist nicht überraschend.

Obwohl viele Einwanderer⁶ und Menschen mit Migrationshintergrund mit Verbindung zum Islam, bereits seit mehreren Jahren ihren Lebensmittelpunkt hierzulande haben, treten des Öfteren aufgrund verschiedener kultureller, religiöser und gesellschaftlicher Vorstellungen, soziale und rechtliche Probleme auf.

Insbesondere wenn der Fall des Ablebens eintritt, stellt sich doch für Gerichte und die Hinterbliebenen die Frage, nach welchem Recht die Nachlassverteilung abgewickelt wird.

Ogleich eine Anwendung islamischen Rechts durch deutsche Gerichte auf den ersten Blick doch eigenartig erscheint, kommt dem islamischen Erbrecht in Deutschland ohne Zweifel Bedeutung zu.

In diesem Aufsatz wird im Folgenden speziell der Bereich des islamischen Erbrechts betrachtet und in diesem Rahmen analysiert, wie es zur Anwendung fremden Rechts durch deutsche Gerichte kommt. Dabei werden die wesentlichen Unterschiede zum deutschen Erbrecht herausgearbeitet. Des Weiteren wird der ordre public-Verstoß näher beleuchtet,

indem insb. erbrechtliche Fallgestaltungen erörtert werden, die im Einzelfall einen ordre public-Verstoß begründen können.

B. Analyse der Anwendung islamischen Erbrechts durch deutsche Gerichte und des ordre public

I. Die Anwendung islamischen Erbrechts durch deutsche Gerichte

1. Rechtliche Ausgangslage

a) Beispielsfälle zur Veranschaulichung

Um die rechtliche Ausgangslage für die Anwendung islamischen Erbrechts durch deutsche Gerichte und den ordre public zu erläutern, sollen die folgenden Fälle zur Veranschaulichung dienen.

Fall 1: Erblasser E mit irakischer Staatsangehörigkeit und muslimischen Glaubens lebt seitdem er 20 Jahre alt ist in Deutschland und war mit einer Deutschen verheiratet. Aus der gemeinsamen Ehe gingen zwei Kinder (ein Sohn und eine Tochter katholischer Konfession) hervor. 15 Jahre vor seinem Tod entscheidet sich E, nach seinem Ableben die Rechtsnachfolge von Todes wegen nach dem irakischen Recht abzuwickeln.⁷

Fall 2: S, mit syrischer Staatsangehörigkeit, wohnt seitdem sie pensioniert ist in Deutschland und stirbt dort im Mai 2022. Ihr Mann M lebt in einem Pflegeheim in der Nähe von Homs. Bis auf ihre Großtante T, hat S keine Familie in Deutschland. Der Rest der Familie und ihre Freunde, die sie während der Wintermonate von Oktober bis April immer besucht, leben in Syrien. Ihr geringes Vermögen befindet sich in Syrien, u. a. hat

¹ Wulff, 20. Jahrestag der Deutschen Einheit, https://www.bundespraesident.de/SharedDocs/Reden/DE/Christian-Wulff/Reden/2010/10/20101003_Rede.html [Stand: 13.3.2024].

² Dernbach, Der Islam ist fast sieben Prozent von Deutschland, <https://www.tagesspiegel.de/politik/muslimische-einwanderung-der-islam-ist-fast-sieben-prozent-von-deutschland/27144646.html> [Stand: 13.3.2024].

³ BAMF, Muslimisches Leben in Deutschland 2020, <https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Forschung/Forschungsberichte/fb38-muslimisches-leben.pdf>, S. 22 [Stand: 13.3.2024].

⁴ Ebd., S. 39.

⁵ Rohe, Der Islam. Alltagskonflikte und Lösungen. Rechtliche Perspektiven, 2001, S. 61; Ebert, Das Erbrecht arabischer Länder, 2004, S. 29 f.

⁶ Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im Folgenden das generische Maskulinum verwendet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten selbstredend für alle Geschlechter.

⁷ Angelehnt an: OLG Hamm, Beschluss v. 28.02.2005 – 15 W 117/04, ZEV 2005, S. 436.

S ein Grundstück mit Haus in Damaskus, etwas Geld und einen Goldbarren, der in einer syrischen Bank für sie verwahrt wird.⁸

Fall 3: Der Ägypter A hat seinen gewöhnlichen Aufenthalt zum Zeitpunkt seines Todes in Ägypten. Jegliches Vermögen des A befindet sich in Deutschland, wo er bis dreieinhalb Jahre vor seinem Tod noch gelebt hat.⁹

b) Zuständigkeit deutscher Gerichte

Bei Erbsachen mit internationalem Bezug richtet sich die Zuständigkeit und das anwendbare Recht (= Erbstatut¹⁰) für die Rechtsnachfolge von Todes wegen nach der EuErbVO (EU-Erbrechtsverordnung).¹¹ Der zeitliche Anwendungsbereich umfasst gem. Art. 83 I EuErbVO Erbfälle am oder nach dem 15. August 2015, der sachliche Anwendungsbereich ergibt sich aus Art. 1 EuErbVO.

Bei der EuErbVO handelt es sich um eine sogenannte Mischverordnung¹², in der sowohl Regelungen zur Zuständigkeit, zum anwendbaren Recht, als auch zur Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen enthalten sind.¹³ Im Ergebnis ist der wesentliche Sinn und Zweck der EuErbVO, einen Gleichlauf zwischen *ius* und *forum* zu erzielen.¹⁴ Das international zuständige Gericht soll, wenn durchführbar, möglichst sein eigenes Recht anwenden.¹⁵

Nach Art. 4 EuErbVO ist das Gericht des Mitgliedstaats zuständig in dessen Hoheitsgebiet der Erblasser zum Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Hauptanknüpfungspunkt ist mithin der letzte gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers.¹⁶

Zusätzlich verkörpert die EuErbVO ein „*loi uniforme*“¹⁷, sie hat demgemäß universelle Geltung inne¹⁸, was charakteristisch für das europäische Kollisionsrecht ist.¹⁹ Dies wird durch Art. 20 EuErbVO verdeutlicht und hat zur Folge, dass ein Recht, auf

das durch die EuErbVO verwiesen wird, auch Anwendung finden soll, selbst wenn es sich um das Recht eines Drittstaates handelt. Ein Gleichlauf von *ius* und *forum* nach der EuErbVO erscheint hierdurch nicht immer möglich. Ein deutsches Gericht kann bspw. nach Art. 4 EuErbVO international zuständig sein und trotzdem fremdes Recht anwenden, wenn die EuErbVO auf drittstaatliches bzw. mitgliedstaatliches Recht verweist. Die örtliche Zuständigkeit wiederum ergibt sich nicht aus der EuErbVO selbst. Gem. § 2 IV IntErbRVG (Internationales Erbrechtsverfahrensgesetz) ist das Gericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte.

c) Anwendung islamischen Rechts

Weiterhin ist nun die Frage, wie es zur Anwendung islamischen Rechts kommen kann. Bevor die EuErbVO in Kraft trat, wurde bei internationalen Erbrechtsfällen durch die Anwendung von Art. 25 EGBGB aF an die Staatsangehörigkeit angeknüpft.²⁰ Der gewöhnliche Aufenthalt war vor der Einführung der EuErbVO nicht entscheidend. Damals waren die Fälle in denen deutsche Gerichte ausländisches Recht anwenden mussten deutlich häufiger.²¹

Kennzeichnend für die EuErbVO ist, dass neben der allgemeinen Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers (Art. 21 I EuErbVO) und die Rechtswahlmöglichkeit nach Art. 22 EuErbVO, eine Ausweichklausel²² in Art. 21 II EuErbVO vorgesehen ist, die auf eine offensichtlich engere Verbindung abstellt.

Wichtig bleibt zu betonen, dass gem. Art. 75 I EuErbVO die Anwendung von bestehenden internationalen Übereinkommen unberührt bleibt. Im Rahmen des islamischen Rechts ist dabei insb. das deutsch-iranische Übereinkommen²³ und das deutsch-

⁸ Angelehnt an: ErwG 24 und 25 Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses (EuErbVO).

⁹ Angelehnt an: *Dörner*, EuErbVO: Die Verordnung zum internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft, ZEV 2012, S. 505 (512).

¹⁰ *Junker*, Internationales Privatrecht, 4. Auflage 2021, § 20 Rn. 4 ff.

¹¹; ErwG 7 S. 1 EuErbVO; *Hausmann/Odersky*, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Auflage 2021, § 15 Rn. 1.

¹² *Rauscher* in: MüKo-ZPO, Band 1, 6. Auflage 2020, Einleitung Fn. 1523; *Pawlytta/Pfeiffer* in: *Scherer*, Münchner Anwaltshandbuch Erbrecht, 5. Auflage 2018, § 33 Rn. 4.

¹³ *Dutta* in: MüKo-BGB/EuErbVO, Band 12, 8. Auflage 2020, Vorbemerkung zu Art. 1 Rn. 21; *Stürner*, Familien- und Erbrecht. Die Bedeutung des *ordre public* in der EuErbVO, GPR (2014) 6., S. 317 (318).

¹⁴ *Brox/Walker*, Erbrecht, 29. Auflage 2021, § 47 Rn. 22; *Hausmann/Odersky* (Fn. 11), § 2 Rn. 74.

¹⁵ Vgl. ErwG 23 S. 1 EuErbVO.

¹⁶ *Burandt/Schmuck* in: Beck'sche Kurzkommentare Erbrecht, 4. Auflage 2022, Art. 4 Rn. 2; *Dutta* in: MüKo-BGB/EuErbVO (Fn. 13), Art. 4 Rn. 2.

¹⁷ *Dutta* in MüKo-BGB/EuErbVO (Fn. 13), Art. 20 Rn. 2; *Burandt/Schmuck* in: Kurzkommentar Erbrecht (Fn. 16), Art. 20 Rn. 1; *Ring/Olsen-Ring*, Dänemark: Bisher keine Geltung der EuErbVO, ZEV 2015, S. 573.

¹⁸ *Schmidt* in: Beck Online Großkommentar BGB/EuErbVO, 2022, Art. 20 Rn. 18 [Stand: 12.9.2022]; *Loyal* in: Beck'scher Online Kommentar BGB/EuErbVO, 62. Edition 2022, Art. 20 Rn. 1 [Stand: 13.3.2024].

¹⁹ *Dutta* in: MüKo-BGB/EuErbVO (Fn. 13), Art. 20 Rn. 2; *Magnus*, Der grenzüberschreitende Bezug als Anwendungsvoraussetzung im europäischen Zuständigkeits- und Kollisionsrecht, ZEuP 2018, S. 507 (515).

²⁰ *Siehr*, Internationales Privatrecht 2001, § 20 S. 104; *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Auflage 2006, § 51 S. 435.

²¹ *Stürner*, GPR 2014, S. 317 (320).

²² *Dutta* in: MüKo-BGB/EuErbVO (Fn. 13), Art. 21 Rn. 5f; *Junker* (Fn. 10), § 20 Rn. 24.

²³ RGBI. 1930 II S. 1002; *Dutta* in: MüKo-BGB/EuErbVO (Fn. 13), Art. 75 Rn. 8 f.

türkische Übereinkommen²⁴ von Bedeutung. Das anwendbare Recht richtet sich sodann nicht nach der EuErbVO, sondern nach den entsprechenden Übereinkommen.

Zu einer Anwendung islamischen Erbrechts durch deutsche Gerichte kann es heute nur in den drei oben beschriebenen Fällen kommen. In Fall 1, wenn der Erblasser eine Rechtswahl zu Gunsten islamischen Rechts (hier: irakisch) getroffen hat (vgl. Art. 22 EuErbVO). In Fall 2 wiederum, wenn nach den Gesamtumständen eine deutlich engere Verbindung zu einem anderen als dem Staat vorliegt, in welchem der Erblasser zu seinem Todeszeitpunkt seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte (vgl. Art 21 II EuErbVO). Oder wie in Fall 3, wenn eine der Angelegenheiten eintritt, für die das Gericht nach Art. 10 EuErbVO subsidiär zuständig ist, bzw. eine Notzuständigkeit nach Art. 11 EuErbVO vorliegt.

In den oben genannten Fällen wird somit auf das Recht von Drittstaaten verwiesen. Eine Anwendung dieses Rechts ist durch Art. 20 EuErbVO möglich.

2. Wesensmerkmale des islamischen Erbrechts

a) Rechtsquellen und Grundlagen

Betrachtet man nun die Eigenheiten des islamischen Erbrechts, so fallen bereits bei den einschlägigen Rechtsquellen erhebliche Unterschiede zum deutschen Erbrecht auf. Zunächst ist festzustellen, dass das islamische Recht weitreichend ist und in einer Vielzahl von Staaten gilt.²⁵

Primäre Rechtsquelle in den muslimischen Staaten stellt die Scharia dar,²⁶ wobei auch hier von Land zu Land differenziert werden muss. Denn in vielen Staaten treten neben das nicht-kodifizierte Recht der Scharia mittlerweile auch andere Rechtsquellen wie Gesetze und Verordnungen²⁷, die dem westlichen Verständnis von Recht und Gesetz ähneln. Oberster

Gesetzgeber ist nicht wie in säkular geprägten Staaten ein oder mehrere Gesetzgebungsorgan(e), sondern einzig allein Gott (Allah).²⁸ Das Wort Scharia, kommt aus dem Arabischen und bedeutet übersetzt „Weg zur Tränke“ oder „deutlicher Weg“.²⁹

Scharia ist dabei der Oberbegriff für alle Normen und Vorschriften, die aus dem Koran hervorgehen.³⁰ Das Besondere an der Scharia als Rechtsquelle bemerkt Rohe: „Die Scharia ist kein präzises Gesetzbuch, sondern ein höchst komplexes System von Normen und Regeln, welche die Auffindung und Interpretation der Normen erst möglich machen.“³¹

Weiter enthält die Scharia nicht nur rechtliche Normen, sondern auch Vorschriften, welche das gesellschaftliche, wirtschaftliche und religiöse Miteinander der Gläubigen regeln.³² Im Laufe der Zeit haben sich zusätzlich Rechtsschulen entwickelt, welche für die Wiedergabe und die Lehre des Rechts verantwortlich sind.³³

b) Grundlegende Regelungen des islamischen Erbrechts

Zunächst gibt es wesentliche Differenzen im Rahmen des Erbrechts innerhalb des Islams zwischen Sunniten und Schiiten.³⁴ Die Schiiten stellen gegenüber den Sunniten eine Minderheit dar, weshalb die sunnitischen Regelungen dementsprechend verbreiteter sind.³⁵

Nachfolgend wird daher speziell auf die Vorschriften und Gebote der Sunniten eingegangen. Maßgeblich sind im islamischen Erbrecht dabei die Koranverse 11, 12 und 176 des vierten Kapitels.³⁶

Innerhalb des islamischen Erbrechts unterscheiden Sunniten, ebenso wie in Deutschland zwischen gesetzlicher und gewillkürter Erbfolge.³⁷ Die Möglichkeiten des Erblassers zur gewillkürten Erbfolge sind allerdings begrenzt.³⁸ Charakteristisch ist, dass sowohl für Volljährige,

²⁴ RGBI. 1930 II S. 747; LG München I, Urteil v. 26.9.2006 – 6 O 15963/05, ZEV 2007, 436; Dutta in: MüKo-BGB/EuErbVO (Fn. 13), Art. 75 Rn. 16 f.

²⁵ Für Syrien: OLG Hamburg, Beschluss v. 7.10.2020 – 2 W 56/20, BeckRS 2020, 55925; für den Iran: OLG München, Beschluss v. 16.4.2012 – 31 Wx 45/12, BeckRS 2012, 12689; für Ägypten: KG, Beschluss v. 26.2.2008 – 1 W 59/07, ZEV 2008, 440.

²⁶ Fiedler, Der Islam und die Herausforderungen der Moderne, 2020, S. 147; Khalfaoui, Islamisches Recht, Scharia und Ethik, 2022, S. 23; Pauli, Islamisches Familien- und Erbrecht und ordre public, 1994, S. 4.

²⁷ Ebert (Fn. 5), S. 29.

²⁸ Kamisli, Islam: Was ist die Scharia, <https://www.fr.de/politik/scharia-islam-islamisches-recht-rechtssystem-koran-frauenrechte-afghanistan-taliban-90945609.html> [Stand: 13.3.2024].

²⁹ Fiedler (Fn 26), S. 147; Begic, Zwischen Tradition und Innovation: Der Einfluss des gesellschaftlichen Wandels auf die Deutung und Anwendung der Scharia in Bosnien Herzegowina, 2018, S. 73; Steinberg, Zwischen Grundgesetz und Scharia. Der lange Weg des Islam nach Deutschland, 2018, S. 44.

³⁰ Pauli (Fn. 26), S. 4; Brütting, Was ist die Scharia, <https://www.tagesschau.de/faktenfinder/inland/scharia-101.html> [Stand: 13.3.2024].

³¹ Rohe, Das islamische Recht. Eine Einführung, 2013, S. 15.

³² Steinberg, (Fn. 29), S. 44; Rohe, Islam (Fn. 5), S. 20.

³³ Lohker, Islam. Eine Ideengeschichte, 2008, S. 62 f; Fiedler (Fn. 26), S. 75.

³⁴ Bauwens, Religiöse Paralleljustiz, Zulässigkeit und Grenzen informeller Streitentscheidung unter Muslimen in Deutschland, 2016, S. 89; vgl. Ebert (Fn. 5), S. 97.

³⁵ Steinberg, Schiiten und Sunniten, <https://www.bpb.de/themen/naher-mittlerer-osten/iran/303490/schiiten-und-sunniten-ein-politisch-religioeser-konflikt-der-gegenwart/> [Stand: 13.3.2024].

³⁶ Kardas, Die Gleichstellung der Frau im menschenrechtlichen und islamrechtlichen Verständnis unter besonderer Berücksichtigung des Wahl- und Erbrechts, 2018, S. 267; Pauli (Fn. 26), S. 154 f.

³⁷ Vgl. Bauwens (Fn. 34), S. 88.; vgl. Ebert (Fn. 5), S. 97 ff.

³⁸ Bauwens (Fn. 34), S. 88.

Minderjährige, Männer und Frauen eine Erbberechtigung besteht.³⁹ Dennoch kommt weiblichen Erbberechtigten grundsätzlich nur der halbe Erbteil der Männer zu.⁴⁰ Die Männer erfahren dementsprechend eine Bevorzugung.

Bei einem Erbfall erfolgt eine Einteilung der Erben in Quoten- bzw. Koranerben⁴¹ und Sekundär- bzw. Resterben (= 'asaba-Erben')⁴².

Den sogenannten Quotenerben steht angesichts einer vollgültigen Ehe oder einer Blutsverwandtschaft eine gewisse, durch den Koran festgelegte Erbquote zu.⁴³ Zu den koranischen Erben zählen u. a. die Eltern, der Ehegatte, die Ehegattin und die Tochter.⁴⁴

Unter dem Begriff der Resterben sind die Abkömmlinge und Vorfahren zu verstehen, welche lediglich über die männliche Linie zum Erblasser eine Verbindung aufweisen.⁴⁵ Diese erhalten den Rest des Erbes, welcher zurückbleibt, wenn das Erbe bereits auf die Quotenerben aufgeteilt wurde.⁴⁶

Des Weiteren müssen hindernde Umstände berücksichtigt werden, hinsichtlich derer die Erbfolge von vornherein ausgeschlossen ist.

Dazu zählen mitunter Personen, die nicht derselben Religion angehören, der Mörder des Erblassers und unehelicher Kinder.⁴⁷ Das islamische Erbrecht kennt außerdem u. a. das Konstrukt des Pflichtteilsrechts nicht⁴⁸, beschränkt aber in Einzelfällen in einem sehr starken Umfang die Testierfreiheit.⁴⁹

Zwar könnte man die zentrale Figur der Quotenerben mit dem deutschen Pflichtteilsrecht vergleichen, denn auch dort steht schlussendlich den Erben eine gewisse Quote des Nachlasses zu. Allerdings ist in einigen Fällen gerade nur das Geschlecht des Erben maßgeblich und auf die Familienstruktur kommt es

gerade nicht an.⁵⁰ So kommt es v.a. zu Benachteiligungen von Frauen und Mädchen.⁵¹

3. Besonderheiten des deutschen Erbrechts

Im Gegensatz zum islamischen Recht findet sich die hauptsächliche Rechtsquelle des deutschen Erbrechts nicht in einer religiösen Schrift, sondern man kann die Rechtsquelle im BGB ausfindig machen, wo die wesentlichen Normen (§§ 1922 bis 2385) im fünften Buch geregelt sind.⁵²

Gem. § 1923 BGB kann Erbe werden, wer zur Zeit des Erbfalls lebt und rechtsfähig ist.⁵³ Zu beachten bleibt auch § 1923 II BGB, wonach dem nasciturus Erbfähigkeit zukommt, wenn dieser im Zeitpunkt des Erbfalls schon gezeugt wurde.⁵⁴

Ein elementares Prinzip im deutschen Erbrecht stellt die Universalsukzession (§ 1922 I BGB) dar, wonach das Erbe im Wege der Gesamtrechtsnachfolge als Ganzes auf den oder die Erben übergeht.⁵⁵

Das Gesetz differenziert zwischen gesetzlicher⁵⁶ (§ 1924 ff. BGB) und gewillkürter Erbfolge (§ 1937 ff. BGB).⁵⁷ Allerdings greift die gesetzliche Erbfolge erst ein, wenn keine gültigen Verfügungen von Todes wegen existieren.⁵⁸

Eine Billigung der Privaterbfolge erfolgt unter dem besonderen Schutz der Verfassung, durch die Erbrechtsgarantie des Grundgesetzes (Art. 14 I GG).⁵⁹

Ein weiteres fundamentales Rechtsinstitut, stellt die Testierfreiheit⁶⁰ dar, welche auch verfassungsrechtlich durch Art. 14 GG geschützt ist.⁶¹ Diese erlaubt es natürlichen Personen Verfügungen von Todes wegen (in Form von

³⁹ Ebert (Fn. 5), S. 97.

⁴⁰ Pauli (Fn. 26), S. 158; Bauwens (Fn. 34), S. 87.

⁴¹ Ebert (Fn. 5), S. 98; Kardas (Fn. 36), S. 269; Pauli (Fn. 26), S. 153.

⁴² Kardas (Fn. 36), S. 274; Pauli (Fn. 26), S. 153.

⁴³ Kardas (Fn. 36), S. 274; vgl. Bauwens (Fn. 34), S. 87; vgl. Müller, Recht und historische Entwicklung der Scharia im Islam, 2022, S. 375.

⁴⁴ Kardas (Fn. 36), S. 274; Ebert (Fn. 5), S. 98 ff.

⁴⁵ Ebert (Fn. 5), S. 114 f.

⁴⁶ Kardas (Fn. 36), S. 276; Bauwens (Fn. 34), S. 88.

⁴⁷ OLG Hamm, Beschluss v. 28.2.2005 – 15W117/04, RNotZ 2005, 436; Kardas (Fn. 36), S. 273.

⁴⁸ Dutta in: MüKo-BGB/EuErbVO (Fn. 13), Art. 35 Rn. 8; Gruber, Pflichtteilsrecht und Nachlasspaltung, ZEV 2001, S. 463 (468).

⁴⁹ OLG Hamburg, Beschluss v. 16.3.2021 – 2 W 17/20, ErbR 2021, 863 (868); Stürmer in: BeckOGK-BGB/EGBGB, Art. 6 Rn. 416 [Stand: 13.3.2024].

⁵⁰ Vgl. Schweizerisches Zentrum für Islam und Gesellschaft, Der Umgang mit dem Erbe. Positionen von Muslimen und Musliminnen in der Schweiz, 2019, S. 19.

⁵¹ Vgl. ebd., S. 19.

⁵² Lange, Erbrecht, 2. Auflage 2017, § 2 Rn. 9; Leipold, Erbrecht, 23. Auflage 2022, § 1 Rn. 3.

⁵³ Leipold (Fn. 52), § 2 Rn. 26; Schmidt in: Juris Praxis Kommentar BGB Band 5, 5. Auflage 2011, § 1923 Rn. 2.

⁵⁴ Schmidt in: JurisPK-BGB Band 5, § 1923 Rn. 3; Antoni in: Nomos Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 13. Auflage 2022, Art. 14 Rn. 11.

⁵⁵ Schulze in: Nomos-Kommentar BGB Band 6, 3. Auflage 2019, § 1922 Rn. 2; Leipold (Fn. 52), § 2 Rn. 39.

⁵⁶ Olzen, Erbrecht, 3. Auflage 2019, 2. Kapitel § 1 Rn. 91; Zimmermann, Erbrecht, 5. Auflage 2019, B Rn. 18.

⁵⁷ Schmoeckel, Erbrecht, 5. Auflage 2019, § 19 Rn. 1; Michalski/Schmidt, Erbrecht, 5. Auflage 2019, § 1 Rn. 60.

⁵⁸ Schmoeckel (Fn. 57), § 4 Rn. 1ff; Mayer, Gewillkürte Erbfolge, FPR 2011, S. 247 (248); Michalski/Schmidt (Fn. 57), § 1 Rn. 60.

⁵⁹ BVerfG, Beschluß vom 16.10.1984 – 1 BvR 513/78, NJW 1985, 1455; vgl. Antoni in: Nomos Kommentar GG (Fn. 54), Art. 14 Rn. 11.

⁶⁰ Preuß in: BeckOGK-BGB (Fn. 49), § 1922 Rn. 19 [Stand: 13.3.2024]; Leipold (Fn. 52), § 9 Rn. 233.

⁶¹ BVerfG, Beschluß vom 19. 4. 2005 – 1 BvR 1644/00, NJW 2005, 1561 (1563); OLG Frankfurt a. M., Beschluß v. 5.2.2019 – 20 W 98/18, NJW-RR 2019, 394 (396); Papier/Schirvani in: Dürig/Herzog-Grundgesetz Kommentar, 97. Auflage 2022, Art. 14 Rn. 412.

Testament oder letztwilliger Verfügung) zu errichten, denen Wirksamkeit erst mit dem Tod des Verfügenden zukommt.⁶²

Zentral ist ebenso, dass es in Deutschland ein Pflichtteilsrecht gibt, das insoweit die Testierfreiheit einschränkt und garantiert, dass die nahe Familie am Nachlass beteiligt wird (§§ 2303 ff. BGB).⁶³

Eine Benachteiligung bzw. Besser- oder Schlechterstellung einzelner Erben im Rahmen der gesetzlichen Erbfolge insbesondere hinsichtlich des Geschlechts oder Religion, ist im deutschen Erbrecht grundsätzlich nicht erlaubt, Ausnahmen bestehen aber bspw. für Ehegatten gem. §§ 1931, 1371 BGB.

In Verfügungen von Todes wegen, die auf den Willen des Erblassers zurückzuführen sind, kann hingegen durchaus die ein oder andere Person anders behandelt werden.⁶⁴ Bestimmte Grenzen erfahren Verfügungen von Todes wegen aber dennoch. Bspw. darf die Testierfreiheit nicht uneingeschränkt ausgeübt werden, wenn sie gegen gesetzliche Verbote verstößt (führt zur Nichtigkeit nach § 134 BGB)⁶⁵ und/oder wenn die Vorgaben zur Sittenwidrigkeit missachtet werden (§ 138 BGB).⁶⁶

II. Allgemeiner ordre public

1. Grundlagen

Durch den „Grundsatz der Gleichrangigkeit der Rechtsordnungen“⁶⁷ im IPR kommt es oft dazu, dass das eigene IPR auf fremdes Recht verweist. Die Anwendung ausländischen Rechts durch deutsche Gerichte kann häufig zur Folge haben, dass nationale Gerichte Recht anwenden müssen, was im Ergebnis dem zentralen deutschen Rechtssystem widerspricht. Sodann kommt im Einzelfall ein Verstoß gegen den sog. ordre public infrage.

Der ordre public (frz. = öffentliche Ordnung)⁶⁸ gilt als Korrekturinstrument, das nur in äußersten Ausnahmefällen

verwendet werden darf, um die Anwendung ausländischen Rechts zu versagen.⁶⁹ Dabei geht es gerade nicht darum, die Anwendung fremden Rechts zurückzuweisen, sondern lediglich darum, die inländische Rechtsordnung mitsamt ihrer wesentlichen Grundsätze durchzusetzen.⁷⁰

2. Verschiedene Rechtsquellen des ordre public-Vorbehalts

Ferner muss zwischen den verschiedenen Rechtsquellen des ordre public-Vorbehalts abgegrenzt werden. Dabei ist zwischen dem autonomen deutschen IPR, dem staatsvertraglichen IPR und dem europäischen Kollisionsrecht zu unterscheiden.⁷¹ Im autonomen deutschen IPR findet sich die Vorbehaltsklausel des ordre public in Art. 6 EGBGB. Dieser wird allerdings verdrängt durch speziellere Vorbehaltsklauseln des staatsvertraglichen IPR (bspw. Art. 22 KSÜ⁷² oder Art. 21 ErwSÜ⁷³) bzw. des europäischen Kollisionsrecht (vgl. bspw. Art. 21 Rom I-VO oder Art. 35 EuErbVO), wo die Vorbehaltsklauseln bereits in der kollisionsrechtlichen Verordnung selbst enthalten sind.

3. Voraussetzungen des ordre public

Die einzelnen ordre public-Klauseln unterliegen einer dreistufigen Prüfung. Zunächst muss das Ergebnis der Anwendung ausländischen Rechts im Einzelfall ermittelt werden.⁷⁴ Ob das ausländische Recht kodifiziert ist, ist unerheblich.⁷⁵ Sogleich ist zu erwägen, welche elementaren Grundprinzipien der Rechtsordnung des angerufenen Gerichtsstaats durch das ermittelte Ergebnis tangiert werden.⁷⁶ Bewertungsmaßstab sind bei der Anwendung fremden Rechts durch deutsche Gerichte die zentralen Grundsätze des deutschen Rechts, die sich v.a. aus den Grundrechten ergeben.⁷⁷

Was genau zu den wesentlichen Rechtsgrundsätzen eines Staates gehört, ergibt sich durch Bestimmung des Forumstaates

⁶² *Leipold* (Fn. 52), § 9 Rn. 233; *Krätschel* in: Handbuch der Rechtspraxis. Nachlassrecht, 11. Auflage 2019, § 7 Rn. 1.

⁶³ *Olzen* (Fn. 56.) 6. Kapitel § 1 Rn. 1022; *Schmoeckel* (Fn. 57), § 18 Rn. 1f.; *Schröder*, Pflichtteilsrecht, DNotZ 2001, S. 465 (466); *Stüber*, BVerfG zum Pflichtteilsrecht: Kein Beitrag zu mehr Klarheit, NJW 2005, S. 2122 (2123); *Brox/Walker* (Fn. 14), § 32 Rn. 1.

⁶⁴ *Nieder/Kössinger*, Testamentsgestaltung, § 3 Rn. 34; *Leipold* in: MüKo-BGB Band 11, 9. Auflage 2022, § 1937 Rn. 10.

⁶⁵ *Leipold* (Fn. 52), § 9 Rn. 241 f.; *Lange* (Fn. 52), § 12 Rn. 37.

⁶⁶ *Lange* (Fn. 52), § 12 Rn. 46; *Leipold* (Fn. 52), § 9 Rn. 243; *Zimmermann* (Fn. 56), E Rn. 132.

⁶⁷ *Junker* (Fn. 10), § 12 Rn. 1.

⁶⁸ *Mörsdorf* in: Prütting/Wegen Kommentar zum BGB, 17. Auflage 2022, Art. 6 Rn 1 EGBGB; *Rauscher*, Internationales Privatrecht, 5. Auflage 2017, § 6 Rn. 581.

⁶⁹ *Mörsdorf* in: Prütting/Wegen-BGB/EGBGB (Fn. 68), Art. 6 Rn. 1; *Rauscher* (Fn. 68), § 6 Rn. 581; *Siehr* (Fn. 20), § 53, S. 491.

⁷⁰ OGH Österreich (2. Senat), Urteil v. 25.2.2021 – 2 Ob 214/20i, ErbR 2021, 620 (623); *Kropholler* (Fn. 20), § 6 S. 244.

⁷¹ *Junker* (Fn. 10), § 12 Rn. 9 ff.; *Rauscher* (Fn. 68), § 6 Rn. 583.

⁷² Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern vom 19. Oktober 1996.

⁷³ Haager Übereinkommen über den internationalen Schutz von Erwachsenen vom 13. Januar 2000.

⁷⁴ *Rauscher* (Fn. 68), § 6 Rn. 584; vgl. *Siehr*, (Fn. 20), § 53 Rn. 491.

⁷⁵ *Schmidt* in: BeckOGK-BGB/EuErbVO (Fn. 49), Art. 35 Rn. 8 [Stand: 13.3.2024]; *Baetge* in: Juris Praxis Kommentar BGB Band 6/EGBGB (Fn. 52), 6. Auflage 2013, Art. 6 Rn. 42.

⁷⁶ *Junker* (Fn. 10), § 12 Rn. 23; vgl. *Rauscher* (Fn. 68), § 6 Rn. 587 f.

⁷⁷ *Mörsdorf* in: Prütting/Wegen-BGB/EGBGB (Fn. 68), Art. 6 Rn. 1; *Rauscher* (Fn. 68), § 6 Rn. 589.

selbst.⁷⁸ Ob die als unerlässlich betrachteten Wertentschlösungen aus nationalem, europäischem oder internationalem Rechtsdenken hervorgehen, ist grundsätzlich gleichgültig.⁷⁹

Außerdem ist ein hinreichender Inlandsbezug zu dem Staat, gegen dessen zentralen Grundprinzipien ein Verstoß in Betracht kommen könnte, erforderlich (= sogenannte Relativität des *ordre public*).⁸⁰ Je stärker sich dabei der Inlandsbezug des jeweiligen Sachverhaltes gestaltet, umso eher kann ein *ordre public*-Verstoß begründet werden.⁸¹ Für einen ausreichenden Inlandsbezug reicht aber bspw. allein die Zuständigkeit der deutschen Gerichte nicht aus.⁸² Schließlich wird begutachtet, ob das Ergebnis mit den Grundsätzen der Rechtsordnung offensichtlich unvereinbar ist.⁸³

4. Rechtsfolgen eines *ordre public*-Verstoßes

Der Wortlaut des Art. 6 EGBGB ordnet lediglich an, dass die Rechtsnorm eines anderen Staates nicht angewendet werden soll. Wichtig bleibt zu betonen, dass nur der unvertretbare Teil mit der deutschen Rechtsordnung abzuwenden und folglich nicht anzuwenden ist,⁸⁴ was aus dem „Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs“⁸⁵ folgt. Sofern durch die Nichtanwendung eine Lücke entsteht, gibt das Gesetz allerdings keinen Aufschluss darüber, wie diese Lücke geschlossen werden soll. Hingegen geht aus dem Gesetzesentwurf hervor, dass der Lückenschluss den Rechtsanwendern und Praktikern überlassen wurde.⁸⁶

Aus dem oben genannten Grundsatz folgt zusätzlich, dass die durch die Nichtanwendung des betroffenen Rechts entstandene Lücke (nach Möglichkeit) aus dem anwendbaren ausländischen Recht selbst geschlossen werden soll.⁸⁷

Sollte dies nicht erreichbar sein, weil sich eine ausländische Ersatznorm nicht finden lässt bzw. sich deren Anwendung als nicht zufriedenstellend erweist, so ist im letzten Schritt als

Ersatzrecht deutsches Recht als *lex fori* (= geltendes Recht im Staat des angerufenen Gerichts)⁸⁸ anzuwenden.⁸⁹

III. *Ordre public* bei der Anwendung islamischen Erbrechts

Der *ordre public* ist insb. im internationalen Erb- und Familienrecht von erheblicher Bedeutung. Gerade wenn es zur Anwendung ausländischen Rechts kommt, das unserer weltlich, demokratisch und von Gleichberechtigung geprägten Wert- und Rechtsvorstellung entgegensteht, häufen sich die Fälle, in denen ein *ordre public*-Verstoß in Betracht gezogen werden kann. Ist der Anwendungsbereich der EuErbVO eröffnet, muss auf die speziellere Vorbehaltsklausel des *ordre public* aus Art. 35 EuErbVO zurückgegriffen werden, wobei sich die Voraussetzungen zu Art. 6 EGBGB im Groben decken.⁹⁰

1. Auslegung Art. 35 EuErbVO

Da die Regelung des Art. 35 EuErbVO relativ vage formuliert ist und einige unbestimmte Rechtsbegriffe enthält, muss zunächst durch Auslegung ermittelt werden, wann der *ordre public*-Vorbehalt eingreift. Dabei muss die Norm im Rahmen der Auslegung verordnungsautonom interpretiert werden.⁹¹

a) Wortlaut

Beachtet man zunächst nur den Wortlaut der Norm des Art. 35 EuErbVO, so fällt auf, dass die Anwendung fremden Rechtes nur versagt werden darf, wenn ihre Anwendung mit der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) des Staates des angerufenen Gerichts offensichtlich unvereinbar ist. Das Wort „nur“ verdeutlicht dabei, dass der Vorschrift lediglich ein Ausnahmecharakter zukommt. Eine Verwendung ist nur spärlich und ausnahmsweise in Einzelfällen erwünscht und

⁷⁸ OGH Österreich (2. Senat), Urteil v. 25.2.2021 – 2 Ob 214/20i, ErbR 2021, 620 (623); *Bauer/Fornasier* in: Beck'sche Kurzkommentare zum internationalen Erbrecht, 2. Auflage 2021, Art. 35 Rn. 4.

⁷⁹ *Mörsdorf* in: Prütting/Wegen-BGB/EGBGB (Fn. 68), Art. 6 Rn. 10.; vgl. *Thorn*, in: Grüneberg Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch/EGBGB, 81. Auflage 2022, Art. 6 Rn. 7.

⁸⁰ OGH Österreich (2. Senat), Urteil v. 25.2.2021 – 2 Ob 214/20i, ErbR 2021, 620 (623); *Stürner* in: BeckOK/EGBGB, Art. 6 Rn. 262 [Stand: 13.3.2024]; *Hausmann/Odersky* (Fn. 11), § 3 Rn. 132.

⁸¹ OGH Österreich (2. Senat), Urteil v. 25.2.2021 – 2 Ob 214/20i, ErbR 2021, 620 (623); *Bauer/Fornasier* in: Kurzkommentare internationales Erbrecht, Art. 35 Rn. 6.

⁸² *Thorn* in: Grüneberg/EGBGB (Fn. 79), Art. 6 Rn. 6; v. *Hein* in: MüKo-BGB/EGBGB (Fn. 13), Art. 6 Rn. 202.

⁸³ *Junker* (Fn. 10), § 12 Rn. 30; *Siehr* (Fn. 20), § 53 Rn. 491.

⁸⁴ BT-Drs. 10/504, 44.

⁸⁵ *Lorenz* in: BeckOK-BGB/EGBGB, Art. 6 Rn. 17.

⁸⁶ BT-Drs. 10/504, 44; vgl. *Hausmann/Odersky* (Fn. 11), § 3 Rn. 141.

⁸⁷ BGH, Urteil v. 14.10.1992 – XII ZB 18/92, NJW 1993, 848 (850); *Lorenz* in: BeckOK-BGB/EGBGB (Fn. 85), Art. 6 Rn. 18; *Hausmann/Odersky* (Fn. 11), § 3 Rn. 143; *Antomo*, Kinderehen, *ordre public* und Gesetzesreform, NJW 2016, S. 3558 (3562).

⁸⁸ *Junker*, Internationales Zivilprozessrecht, 4. Auflage 2019, § 24 Rn. 1 f.; *Kropholler* (Fn. 20), § 7 S. 42.

⁸⁹ *Lorenz* in: BeckOK-BGB/EGBGB (Fn. 85), Art. 6 Rn. 18; *Hausmann/Odersky* (Fn. 11), § 3 Rn. 144.

⁹⁰ *Dutta* in: MüKo-BGB/EuErbVO (Fn. 13), Art. 35 Rn. 6.

⁹¹ *Junker* (Fn. 88), § 2 Rn. 22; *Döbereiner* in: Nachlassrecht (Fn. 62), § 47 Rn. 4; vgl. *Heinig*, Rechtswahlen in Verfügungen von Todes wegen nach der EU-Erbrechts-Verordnung, RNotZ 2014, S. 197 (201).

angedacht.⁹² Das Wort „offensichtlich“ wiederum präzisiert, dass sich die Unvereinbarkeit mit der öffentlichen Ordnung des Forumstaates praktisch aufdrängen muss. Es reicht nicht aus, dass die Möglichkeit einer Unvereinbarkeit besteht, vielmehr muss die Unvereinbarkeit auf den ersten Blick ins Auge stechen. Die Anwendung muss für die nationale Rechtsordnung damit als nicht hinnehmbar erachtet werden.

Bei der Wortlautinterpretation muss außerdem bedacht werden, dass den Sprachfassungen der Verordnung in englisch, französisch und deutsch eine hohe Bedeutung zukommt, weil die EuErbVO hauptsächlich in diesen Sprachen verhandelt wurde.⁹³ So wurde der Kommissionsentwurf hauptsächlich in französischer Sprache verfasst, die Diskussion über Änderungen im Rat wurden in englischer Sprache abgehalten und der schließlich entworfene Parlamentsbericht wurde von einem deutschen Abgeordneten konzipiert.⁹⁴

Wirft man einen Blick in die englische und französische Fassung der Verordnung, so fällt auf, dass die Anwendung fremden Rechtes auch nur versagt werden darf, wenn sie „manifestement incompatible“ bzw. „manifestly incompatible“ mit der öffentlichen Ordnung des Staates des angerufenen Gerichts ist. Der Wortlaut ist, im Vergleich zur deutschen Fassung identisch und die englische bzw. die französische Fassung können vergleichbar behandelt werden.

b) Historie

Die umfangreichen Ziele und die Entstehungsgeschichte der EuErbVO gehen aus den zahlreichen Erwägungsgründen vor dem Verordnungstext deutlich hervor.⁹⁵

Weiterhin kann mit Blick in Erwägungsgrund 58 der Verordnung festgestellt werden, dass ein Verstoß eines anderen Mitgliedstaates gegen die Charta der Grundrechte der EU, insb. gegen das Diskriminierungsverbot in Art. 18, keinen ordre public-Verstoß begründet. Gesprochen wird dabei aber nur von anderen Mitgliedstaaten der EU. Aus dem argumentum e contrario ergibt sich, dass Drittstaaten dabei explizit nicht mit umfasst wurden. Daraus folgt, dass ein ordre public-Verstoß begründet werden kann, wenn die Anwendung drittstaatlichen Rechts offensichtlich mit der öffentlichen Ordnung des angerufenen Gerichts unvereinbar ist. Ursprünglich war auch

im Kommissionsvorschlag verortet, die Regelung um den ordre public-Vorbehalt so zu ergänzen, dass Differenzen oder Gegensätze hinsichtlich des Pflichtteilsrecht nicht schon von vornherein einen Verstoß gegen den ordre public begründeten.⁹⁶ In der am Ende verabschiedeten Fassung wurde von diesem Passus allerdings abgesehen.

c) Systematik

Aus systematischer Sicht sticht v.a. die Stellung des Art. 35 EuErbVO ins Auge. Die Norm ist in Kapitel III (Anzuwendendes Recht) verortet. Im Vorfeld gibt es Regelungen bspw. zu der allgemeinen Kollisionsnorm (Art. 21 EuErbVO) und der Rechtswahl (Art. 22 EuErbVO). Art. 35 EuErbVO ist im 3. Kapitel, d. h. beinahe am Ende zu finden. Daraus lässt sich folgern, dass nachdem das Ergebnis der Rechtsanwendung festgestellt wurde, Art. 35 EuErbVO als eine Art verbleibende Möglichkeit gehandhabt wird, um das Ergebnis der fremden Rechtsanwendung noch abzuwenden bzw. zu korrigieren. Art. 35 EuErbVO gilt infolgedessen als letzte Schranke bzw. Schutzmechanismus, um die Rechtsordnung des Forumstaates zu schützen und zu bewahren.

d) Telos

Art. 35 EuErbVO stellt nach Sinn und Zweck, vergleichbar zu Art. 6 EGBGB, eine Generalklausel⁹⁷ dar. Da es aufgrund des Charakters als „loi uniforme“⁹⁸ der EuErbVO durchaus dazu kommen kann, dass nationale Gerichte fremdes Recht anzuwenden haben, trägt Art. 35 EuErbVO diesem Charakter Rechnung.

Die Auslegung erfolgt insb. im Rahmen von EU-rechtlichen Vorgaben wie dem Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV), den Grundfreiheiten des AEUV, den Grundrechten der europäischen Grundrechte-Charta, darüber hinaus auf Basis der nationalen Grundrechte und Verfassungsprinzipien, sowie der Menschenrechte der EMRK.⁹⁹ Folglich kommt es hier deshalb zu einer indirekten Grundrechtswirkung.

Die nationale Rechtsordnung und deren Wertesystem soll bewahrt werden, indem im Ergebnis die Anwendung ausländischen Rechts, welches eklatant nicht mit der nationalen öffentlichen Ordnung übereinstimmt, versagt wird. Aus Art. 20

⁹² ErwG 58 S. 1 EuErbVO.

⁹³ Dutta in: MüKo-BGB/EuErbVO (Fn. 13), Vorbemerkung zu Art. 1 Rn. 23; Baldus, Familien- und Erbrecht. Erbe und Vermächtnisnehmer nach der Erbrechtsverordnung, GPR 2012, S. 312 f. Fn. 5.

⁹⁴ Baldus (Fn. 93), GPR 2012, S. 312 (313) Fn 5.

⁹⁵ Wilke, Das internationale Erbrecht nach der EU-Erbrechtsverordnung, RIW 2012, S. 601.

⁹⁶ Dutta in: MüKo-BGB/EuErbVO (Fn. 13), Art. 35 Rn. 3; Döbereiner, Das unterationale Erbrecht nach der EU-Erbrechtsverordnung (Teil 1), MittBayNot 2013, S. 358 (364).

⁹⁷ Stürner in: BeckOGK-BGB/EGBGB (Fn. 49), Art. 6 Rn. 31 [Stand: 13.3.2024]; v. Hein in: MüKo-BGB/EGBGB (Fn. 13), Art. 6 Rn. 170.

⁹⁸ Burandt/Schmuck in: Kurzkommentare Erbrecht/EuErbVO, Art. 20 Rn. 1; Richters, Anwendungsprobleme der EuErbVO im deutsch-britischen Rechtsverkehr, ZEV 2012, S. 576 (577).

⁹⁹ Stürner in: Jauernig-BGB/EuErbVO, 18. Auflage 2021, Art. 20-Art. 36 Rn. 7; Thorn, in: Grüneberg/EuErbVO (Fn. 79), Art. 35 Rn. 1.

EuErbVO folgt der loi uniforme Charakter¹⁰⁰ der EuErbVO. Das Recht soll demnach v.a. einheitliche Anwendung¹⁰¹ finden. Diese kann nur gewahrt werden, wenn vom Instrument des ordre public sparsam Gebrauch gemacht und dieser wirklich nur als letztmögliches Schutzinstrument für die nationale Rechtsordnung angesehen wird.

2. Mögliche Fallkonstellationen, die einen ordre public-Verstoß im islamischen Erbrecht begründen können

Hinsichtlich des islamischen Erbrechts kann es im Einzelfall vorkommen, dass bestimmte Konstellationen einen ordre public-Verstoß begründen. Wann dies der Fall ist, lässt sich nicht pauschal sagen. Es ist stetig vom jeweiligen Einzelfall abhängig. Im internationalen Erbrecht kommt es regelmäßig vor, dass Divergenzen in den separaten nationalen Rechtsordnungen bestehen, die einen Verstoß gegen den ordre public nicht bereits von vornherein allgemein rechtfertigen können.¹⁰²

Auch dann nicht, wenn das ausländische Recht einer Rechtsfrage keiner erbrechtlichen Qualifikation zukommen lässt (bspw. das Pflichtteilsrecht) solange sich eine angemessene Norm in einem anderen Rechtsgebiet finden lässt, die diese Regelung gewährleistet.¹⁰³

Da vor dem Inkrafttreten der EuErbVO für die Rechtsnachfolge von Todes wegen die Regelungen im EGBGB maßgeblich waren und dementsprechend auf den ordre public-Vorbehalt aus Art. 6 EGBGB zurückgegriffen werden musste, kann sich an den erbrechtlichen ordre public-Ausführungen zu Art. 6 EGBGB orientiert werden.¹⁰⁴

a) Bevorzugung männlicher Abkömmlinge

Zunächst ist die Konstellation zu betrachten, in der der Erblasser verstirbt und er Abkömmlinge von beiden Geschlechtern hat. Nach deutschem Erbrecht erben die Kinder des Erblassers zu gleichen Teilen (§ 1924 IV BGB). Im islamischen Erbrecht kommt den männlichen Personen

grundsätzlich eine höhere Stellung als den weiblichen zu.¹⁰⁵ Die Männer nehmen die Stellung der Familienoberhäupter und Versorger der Familie ein und ihnen gebührt mithin „mehr Wert“ als den Frauen.¹⁰⁶ Es erfolgt eine Bevorzugung der männlichen Nachkommen, indem der Tochter des Verstorbenen nur die Hälfte des Anteils des Sohnes eingeräumt wird.¹⁰⁷ Durch die gesetzliche Erbregelung im islamischen Recht und die Besserstellung des Mannes kommt es zu einer Ungleichbehandlung i. S. d. Gleichheitsgrundsatzes, weswegen Art. 3 III GG, Art. 21 GRCh und Art. 14 EMRK¹⁰⁸ berührt werden und woraufhin ein ordre public-Verstoß im Raum steht.

b) Beschränkungen der Testierfreiheit

Infrage kommt auch ein ordre public-Verstoß aufgrund einer Beschränkung der Testierfreiheit. Wie weiter oben bereits dargestellt, kommt es hier des Öfteren zu Restriktionen.¹⁰⁹

Dies kann in Form eines kompletten Ausschlusses durch das Erbstatut erfolgen, durch eine bedeutsame Einschränkung oder wenn die Ausübung nur im diskriminierenden Rahmen erlaubt ist.¹¹⁰ Denkbar wäre hier bspw. ein genereller Ausschluss der gewillkürten Erbfolge oder die gesetzliche Beschränkung, dass der Erblasser lediglich über einen bestimmten Anteil des Nachlasses testieren darf.

Die Testierfreiheit verdient umfassenden verfassungsrechtlichen Schutz und ist durch die Erbrechtsgarantie in Art. 14 I i. V. m. Art. 6 I GG durch das Bundesverfassungsgericht anerkannt und bestätigt worden.¹¹¹

c) Interreligiöse Erbverbote

Im Einzelfall könnte ein interreligiöses Erbverbot auch einen Verstoß gegen den ordre public verkörpern.

An Beispielsfall I wird dies gut deutlich. Bei dem kompletten Ausschluss von möglichen Erben aufgrund eines interreligiösen Erbverbotes werden die Nahestehenden und Abkömmlinge des Erblassers in der Art und Weise diskriminiert, dass sie von Anfang an vom Erbe ausgegrenzt werden, weil sie anderen Glaubens als der Erblasser sind. Ein

¹⁰⁰ Dutta in: MüKo-BGB/EuErbVO (Fn. 13), Art. 20 Rn. 2; Heinig (Fn. 91), RNotZ 2014, S. 197 (198).

¹⁰¹ Vgl. ErwG 57 EuErbVO.

¹⁰² Dutta in: MüKo-BGB/EuErbVO (Fn. 13), Art. 35 Rn. 7; vgl. zu Art. 30 EGBGB aF BFH, Urteil v. 20.12.1957 – III 250/56 U, BFH NJW 1958, S. 766 (768).

¹⁰³ Dutta in: MüKo-BGB/EuErbVO (Fn. 13), Art. 35 Rn. 7.

¹⁰⁴ Dutta in: MüKo-BGB/EuErbVO (Fn. 13), Art. 35 Rn 6; Hausmann/Odersky (Fn. 11), § 15 Rn. 341.

¹⁰⁵ Müller (Fn. 43), S. 363.

¹⁰⁶ Müller (Fn. 43), S. 363; vgl. Bauwens (Fn. 34), S. 87.

¹⁰⁷ Frick, Ordre Public und Parteiautonomie. Der Verzicht auf das Eingreifen des ordre public, dargestellt anhand des deutschen internationalen Familien- und Erbrechts, 2005, S. 154.; Bauwens (Fn. 34), S. 87; Pauli (Fn. 26), S. 158.

¹⁰⁸ vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss v. 10.5.2010 – 20 W 4/10, ZEV 2011, 135 (136).

¹⁰⁹ OLG Hamburg OLG Hamburg, Beschluss v. 16.3.2021 – 2 W 17/20, ErbR 2021, 863 (868); Stürmer in: BeckOGK-BGB/EGBGB (Fn. 49), Art. 6 Rn. 416 [Stand: 13.3.2024].

¹¹⁰ OLG Hamburg ErbR 2021, 863 (868); Stürmer in: BeckOGK-EGBGB/, Art. 6 Rn. 416 [Stand: 13.3.2024]

¹¹¹ BVerfG, Beschluss v. 25.3.2009 – 1 BvR 909/08, ZEV 2009, 390; Axer in: Beck'scher Online Kommentar zum Grundgesetz, 51. Auflage 2022, Art. 14 Rn. 141 [Stand: 13.3.2024].

solcher Ausschluss könnte möglicherweise Art. 3 III 1 GG antasten. Dazu bedarf es einer genauen und breiten Prüfung weiterer Aspekte. Zunächst muss festgestellt werden, ob es sich um ein staatsbürgerliches Grundrecht oder um ein alleiniges Menschenrecht handelt.¹¹²

Von Bedeutung ist außerdem, welchen Inlandsbezug der Fall aufweist.¹¹³ V.a. aber ist der Wille des Erblassers selbst mit heranzuziehen. Insb. unterliegt die Testierfreiheit als spezieller Teil der persönlichen Freiheit des Erblassers, weshalb demzufolge die Ausgestaltung der Erbfolge auch seinem Willen unterliegt und nicht auf zentrale Gerechtigkeitsvorstellungen bezogen werden muss.¹¹⁴ An die Ermittlung des Erblasserwillens müssen beachtliche Anforderungen gestellt werden, bspw. die Fortentwicklung der persönlichen Verhältnisse des Verstorbenen, welche bei stetiger Beibehaltung annehmen lassen, dass auch sein Erblasserwille konstant war.¹¹⁵ Ein Verstoß gegen den *ordre public* kann demnach ausgeschlossen werden, wenn die Rechtsfolgen der Anwendung fremden Rechts dem Willen des Erblassers entsprechen, falls dieser positiv festgestellt werden kann.¹¹⁶ Denn in Deutschland würde der Schutz des Willens des Erblassers durch Art. 14 GG (Testierfreiheit) gewährleistet werden.¹¹⁷

Diese Schlussfolgerung hätte zwar weitreichende Folgen, weil damit fast immer ein *ordre public*-Verstoß ausgeschlossen wäre. Allerdings werden hohe Anforderungen an die Ermittlung des Erblasserwillens gestellt, es dürfen insbesondere keine Zweifel bestehen,¹¹⁸ wodurch eine Bejahung des Willens doch sehr restriktiv gehandhabt wird.

d) Besserstellung Witwer gegenüber Witwe

Wie bei den islamischen Regelungen rund um die Bevorzugung männlicher Abkömmlinge, wird auch der Witwer gegenüber der Witwe bessergestellt.¹¹⁹ Nach dem Koran erbt der Witwer die Hälfte des Nachlasses seiner verstorbenen Ehefrau,

vorausgesetzt es sind keine Kinder vorhanden.¹²⁰ Würde es zuerst zu einem Versterben des Ehemannes kommen, so würden der Frau lediglich ein Viertel des Vermögens ihres Ehemannes zustehen.¹²¹ In Deutschland würde die ausländische Regelung gegen elementare Gerechtigkeitsvorstellungen verstoßen und Art. 3 III GG, Art. 21 GRCh und Art. 14 EMRK tangieren.

e) Kein Pflichtteilsrecht

An einen *ordre public*-Verstoß kann auch gedacht werden, wenn es bei der ausländischen Rechtsordnung Abweichungen zum nationalen Pflichtteilsrecht gibt. V.a. kann ein Verstoß dann begründet werden, wenn die Erben aufgrund der Nichtexistenz des Noterbrechts auf Sozialhilfe und Leistungen vom Staat angewiesen sind.¹²²

Das BVerfG hat dem Noterbrecht (=Pflichtteilsrecht) mit Verweis auf die Erbrechtsgarantie aus Art. 14 I 1 GG i. V. m. Art. 6 I GG Grundrechtscharakter im Sinne einer „unentziehbaren und bedarfsunabhängigen Mindestbeteiligung“¹²³ der Kinder am Nachlass eingeräumt.¹²⁴ Auch erfolgt eine Rechtfertigung des Ausschlusses des Pflichtteilsrecht nicht durch Ausübung der Testierfreiheit und des Erblasserwillens.¹²⁵ Gerade ein Verstoß gegen das Pflichtteilsrecht, der am Ende nicht anderweitig entschädigt wird, stellt einen Verstoß gegen die Erbrechtsgarantie aus Art. 14 GG und mithin gegen den *ordre public* dar.¹²⁶

f) Benachteiligung nichtehelicher Kinder

Weiterhin könnte die nationale öffentliche Ordnung stark berührt sein, wenn das islamische Erbrecht nichteheliche Kinder gegenüber ehelichen Kindern benachteiligt.¹²⁷ In der deutschen Rechtsordnung kommt der Ehe und der Familie ein weitumfassender verfassungsrechtlicher Schutz zu. So sind die Kinder, die nicht aus einer Ehe hervorgehen, den ehelichen Kindern gleichzustellen (Art. 6 V GG).

¹¹² OLG Hamm, Beschluss v. 28.2.2005 – 15W117/04, RNotZ 2005, S. 436 (439).

¹¹³ OLG Hamm, Beschluss v. 28.2.2005 – 15W117/04, RNotZ 2005, S. 436 (439); *Scholz*, Grundfälle zum IPR: *Ordre public*-Vorbehalt und islamisch geprägtes Recht - Teil 1 (Allgemeiner Teil), ZJS 2010, S. 185 (192).

¹¹⁴ OLG Hamm, Beschluss v. 28.2.2005 – 15W117/04, RNotZ 2005, 436 (441); BVerfG, Beschluss v. 16.10.1984 – 1 BvR 513/78, NJW 1985, 1455 (1456).

¹¹⁵ OLG Hamm, Beschluss v. 28.2.2005 – 15W117/04, RNotZ 2005, 436 (442).

¹¹⁶ OLG München, Beschluss v. 8.12.2020 – 31 Wx 248/20, NJW-RR 2021, 138 (139); OLG Hamm, Beschluss v. 28.2.2005 – 15W117/04, ZEV 2005, 436 (439).

¹¹⁷ OLG München, Beschluss v. 8.12.2020 – 31 Wx 248/20 NJW-RR 2021, 138 (139); v. *Hein* in: MüKo-BGB/EGbGB (Fn. 13), Art. 6 Rn. 150.

¹¹⁸ OLG Hamm, Beschluss v. 28.2.2005 – 15W117/04, RNotZ 2005, 436 (442).

¹¹⁹ OLG München, Beschluss v. 16.4.2012 – 31 Wx 45/12, NJW-RR 2012, 1096 (1097).

¹²⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 19.12.2008 – 3 Wx 51/08, NJW-RR 2009, 732 (733); *Frick* (Fn. 107), S. 158.

¹²¹ *Frick* (Fn. 107), S. 158; *Pauli* (Fn. 26), S. 158.

¹²² *Dutta* in: MüKo-BGB/EuErbVO (Fn. 13), Art. 35 Rn. 8; *Gruber* (Fn. 48), ZEV 2001, 463 (468).

¹²³ BVerfG, Beschluss v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00 u. 1 BvR 188/03, ZEV 2005, 301 (303).

¹²⁴ BVerfG, Beschluss v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00 u.a., NJW 2005, 1561 (1562); *Looschelders* in: Nomos Handkommentar BGB/EuErbVO, 11. Auflage 2022, Art. 35 Rn. 22.

¹²⁵ BGH, Urteil v. 29.6.2022 – IV ZR 110/21, BeckRS 2022, 17575.

¹²⁶ BVerfG, Beschluss v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00 u.a., NJW 2005, 1561 (1563); *Looschelders* in: Nomos Handkommentar BGB/EuErbVO (Fn. 124), Art. 35 Rn. 22; *Dutta* in: MüKo-BGB/EuErbVO (Fn. 13), Art. 35 Rn. 8; *Junker* (Fn. 10), § 20 Rn. 60.

¹²⁷ *Looschelders* in: Nomos BGB/EuErbVO (Fn. 124), Art. 35 Rn. 20; *Scherer* (Fn. 12), § 33 Rn. 11.

Aufgrund der grundlegenden Entscheidung des BVerfG wird den Kindern eine gewisse Mindestbeteiligung am Nachlass zugesprochen.¹²⁸ Die wirtschaftliche Mindestbeteiligung, die durch die Erbrechtsgarantie aus Art. 14 I GG i. V. m. Art. 6 GG sichergestellt wird, gilt aber nicht nur für eheliche, sondern auch für nichteheliche Abkömmlinge.¹²⁹ Der Islam hingegen sieht uneheliche Kinder als illegitim an.¹³⁰

Sollten nichteheliche Kinder durch die Anwendung islamischen Erbrechts weniger oder nichts vom Nachlass des Verstorbenen erhalten, so kann aufgrund der gerade nicht erfolgten Gleichstellung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern an einen Gleichheitsverstoß gem. Art. 3 II und III GG gedacht werden.

g) Diskriminierung aufgrund von gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften bzw. Ehen

Eine Diskriminierung, muss auch dann in Betracht gezogen werden, wenn die Betroffenen eine gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaft bzw. Ehe führen.

Homosexualität, obwohl im Koran nicht explizit davon die Rede ist, steht der Islam grundsätzlich sehr kritisch gegenüber.¹³¹ In manchen islamischen Staaten, wie bspw. im Iran und Saudi-Arabien, werden gleichgeschlechtliche Handlungen mit der Todesstrafe sanktioniert.¹³² In der BRD hingegen sollte mit der Einführung der Ehe für alle¹³³, die Ausdruck der gesellschaftlichen Auffassung hierzulande ist, jedenfalls eine einfachrechtliche Gleichstellung zwischen Hetero- und Homobeziehungen erzielt werden. Ein entsprechender Verfassungswandel ist denkbar.¹³⁴

Hieraus ergibt sich eine deutliche Divergenz zum islamischen Recht. Grundsätzlich kann der Diskriminierung im islamischen Erbrecht aufgrund von gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaft bzw. Ehe heute durchaus an Bedeutung zukommen. Mit der Einführung und dem Inkrafttreten der EuErbVO musste die Kollisionsnorm des Art. 17b I 2 EGBGB aF beseitigt werden, was dazu führen kann, dass dem Betroffenen keine gesetzlichen Rechte und

Versorgungsausgleichsansprüche zukommen.¹³⁵ Mithin kann daraus resultieren, dass der gleichgeschlechtliche Ehepartner im Erbfall schutzlos dasteht und auf jegliche gesetzliche Ansprüche verzichten muss.

Folgerichtig scheint es demnach, das Ergebnis mit Wertung des Grundgesetzes in einigen Fällen anzupassen.¹³⁶

h) Herkunft oder politische Gesinnung

Weitere Ungleichbehandlungen und Diskriminierungen im Rahmen des islamischen Erbrechts bzgl. der Herkunft oder der politischen Gesinnung sind vorstellbar.

Exemplarisch könnte es möglich sein, dass in Kriegsgebieten Menschen vom Erbe ausgeschlossen werden, wenn sie nicht die führende Kriegspartei unterstützen oder ihr angehören.

Denkbar wäre zudem eine Diskriminierung, wenn der potentielle Erbe von einem Volk abstammt, was in dem Land, wo er lebt eine Minderheit darstellt und ihm deswegen sein eigentlich zustehendes Erbe verwehrt wird.

Grundsätzlich können alle Verstöße, die einen Eingriff in Art. 3 II oder III GG darstellen, im Rahmen eines ordre public-Verstoßes infrage kommen und müssen zumindest potentiell im Hinterkopf behalten werden.

IV. Stellungnahme zur Anwendung islamischen Erbrechts durch deutsche Gerichte

Auf den ersten Blick scheint es undenkbar, dass deutsche Gerichte überhaupt fremdes Recht in Deutschland anwenden können bzw. müssen. Dass dies durchaus möglich sein kann, haben die Beispielfälle gezeigt. Abstrakt betrachtet spricht einiges dafür, aber wiederum auch einiges dagegen, dass deutsche Gerichte islamisches Erbrecht anwenden und einen ordre public-Verstoß bejahen bzw. verneinen.

1. Nachteile der Anwendung islamischen Erbrechts

Gegen eine Anwendung des islamischen Erbrechts und eine Bejahung eines ordre public-Verstoßes spricht zunächst, dass die islamischen Länder und Deutschland nicht denselben

¹²⁸ BVerfG, Beschluss v. 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00 u.a., NJW 2005, 1561 (1562); *Stürner* (Fn 13), GPR 2014, S. 317 (324).

¹²⁹ BVerfG, Beschluss v. 18.3.2013 – 1 BvR 2436/11, 1 BvR 3155/11, NJW 2013, 2103 (2105); vgl. BVerfG, Beschluss v. 29.1.1969 – 1 BvR 26/66, NJW 1969, 597 (599).

¹³⁰ *Müller* (Fn. 43), S. 363.

¹³¹ *Müller* (Fn. 43), S. 365; *BPB*, Homosexualität, <https://www.bpb.de/kurz-knapp/lexika/islam-lexikon/21430/homosexualitaet/> [Stand: 13.3.2024].

¹³² *Zimmermann*, Wo Homosexuellen die Todesstrafe droht, <https://www.tagesschau.de/ausland/hintergrund-verbot-homosexualitaet100.html> [Stand 13.3.2024].

¹³³ BGG I 2017, S. 2787.

¹³⁴ So auch: *Brosius-Gersdorf*, Die Ehe für alle durch Änderung des BGB. Zur Verfassungsmäßigkeit der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare, NJW 2015, S. 3557 (3561); *Michael*, Lebenspartnerschaften unter dem besonderen Schutze einer (über)- staatlichen Ordnung. Legitimation und Grenzen eines Grundrechtswandels kraft europäischer Integration, NJW 2010, S. 3537 (3541).

¹³⁵ *Thorn*, in: *Grüneberg/EuErbVO* (Fn. 79), Art. 35 Rn. 2; *Hausmann/Odersky* (Fn. 11), § 15 Rn. 343.

¹³⁶ *Hausmann/Odersky* (Fn. 11), § 15 Rn. 343.

Kulturkreisen und Wertvorstellungen angehören. Daraus resultiert, dass auch die Vorstellungen von Recht und Gerechtigkeit divergieren. Das islamische Rechtssystem und die Rechtsordnung sind allein schon, hinsichtlich der nicht-kodifizierten Rechtsquellen auf keinen Fall vergleichbar. Dass es infolgedessen oftmals zu einer Unvereinbarkeit der islamischen Regeln mit der deutschen Rechtsordnung kommt, verwundert hiernach nicht.

Der Koran als heilige Schrift ist gerade eben kein Gesetzbuch, sondern vorwiegend eine Glaubensschrift, die zwar rechtliche Bestimmungen und Regelungen beinhaltet, welche aber nicht im Vordergrund stehen. Im Vordergrund steht v.a. die Beziehung des Einzelnen zu Gott und seinen Mitmenschen.

Denn bemüht man sich um eine Definition eines Gesetzbuches, so würde man wohl sagen, dass man darunter eine Sammlung von Normen mit Tatbestand und Rechtsfolge versteht, die abstrakt für eine Vielzahl von Fällen, Regelungen aufstellt, die durch einen Gesetzgeber oder eine Volksvertretung in regelmäßigen Abständen erneuert und angepasst wird.

Darunter wird sich der Koran wohl nur schlecht subsumieren lassen, weil dieser seit ca. 1400 Jahren festgeschrieben ist und nicht nachträglich verändert werden kann. Außerdem sind die Regelungen des Korans nicht Ausfluss der Arbeit eines Parlaments, welches die Normen auf den Weg bringt.

Des Weiteren muss bedacht werden, dass deutsche Gerichte und Behörden eben gerade nicht Experten auf dem Gebiet des islamischen Rechts sind. Die Anwendung islamischen Erbrechts könnte im Ergebnis zu grundlegenden Fehlern führen, welche das Resultat der Entscheidung erheblich beeinflussen. Außerdem sind die deutschen Richter bei der Anwendung islamischen Rechts auf Übersetzer, Gutachten und v.a. Translationen und Interpretationen ausländischen Rechts angewiesen. Die genannten Handlungen werden von Menschen ausgeführt, weshalb es völlig normal ist, dass es auch dort zu Irrtümern und Fehlern kommen kann. Mit Blick auf die Ausbildung der Richter und Mitarbeiter von betroffenen Behörden ist zusätzlich zu vermerken, dass diese überhaupt nicht für die Anwendung ausländischen Rechts ausgebildet worden sind und diesen sodann, sollten sie nicht anderweitig mit islamischen Recht in Kontakt gekommen sein, schlichtweg die nötige Erfahrung fehlt.

Obleich das betroffene Gesetz, wie bspw. die EuErbVO, gerade vorsieht und verlangt, dass ausländisches Recht

angewendet wird, so muss doch mit objektiver Beurteilung vieler Rechtsordnungen islamischer Staaten berücksichtigt werden, dass die Regelungen dort aus deutscher Sicht nicht mehr zeitgemäß sind und einer Reform bedürfen. Viele Verse im Koran als maßgebliche Rechtsquellen des islamischen Rechts können objektiv nicht wiedergegeben werden. Diese sind stark interpretationsbedürftig, was im Ergebnis zu uneinheitlichen Lösungen führen kann, je nachdem, welcher Interpretation für die Beurteilung der Rechtslage zu Grunde gelegt wird, und mithin eine Störung des Entscheidungseinklangs (=Eindeutigkeit über das Erbstatut unabhängig vom jeweiligen Gerichtsstand)¹³⁷ zur Folge hat.

Die Einholung von Gutachten und Expertenmeinungen stellt sich außerdem als sehr zeit-, kosten- und arbeitsintensiv heraus, was den Gerichten und betroffenen Behörden, die sich mit der Sache auseinandersetzen müssen, nicht gerade weiterhilft.

Schließlich hätte die Anwendung der *lex fori*¹³⁸ viele Vorteile. Um nur einige zu nennen, könnte ein schnellerer und kostengünstiger Rechtsschutz gewährleistet werden, wenn deutsches Recht, anstatt islamischen Rechts angewendet werden und ein *ordre public*-Verstoß bejaht werden würde.

2. Argumente für die Anwendung islamischen Erbrechts

Für die Anwendung islamischen Erbrechts spricht zunächst der Sinn und Zweck der EuErbVO als anwendbares Recht. Telos der EuErbVO als kollisionsrechtliche Verordnung ist es gerade, als *loi uniforme*¹³⁹, fremdes Recht zur Anwendung kommen zu lassen. Dies geht aus Art. 20 EuErbVO direkt hervor. Damit kann in allen Staaten, die die EuErbVO auf internationale Erbfälle anwenden, ein Entscheidungseinklang erzielt werden.¹⁴⁰ Die Sicherstellung des internationalen Entscheidungseinklangs geht auch explizit aus ErwG 57 der EuErbVO hervor. Damit wird durch die Anwendung speziell des islamischen Erbrechts ein ganzheitlicher roter Faden angestrebt.

Es ist auch das allgemeine Ziel bzw. der Zweck des IPR zu berücksichtigen. Das IPR beabsichtigt gerade nicht, dass die sachlich beste Lösung auf den Sachverhalt angewendet wird, sondern zielt lediglich darauf ab, die räumlich bzw. territorial beste Lösung zu erreichen.¹⁴¹ Weiterhin muss in die Bewertung der Anwendung islamischen Erbrechts einberechnet werden, dass egal wie „gut“ oder „schlecht“ man die Qualität der deutschen Rechtsordnung bewertet, diese auch nicht auf alle

¹³⁷ Dutta in: MüKo-BGB/EuErbVO (Fn. 13), Vorbemerkung Art. 20 Rn. 2 f.; vgl. ErwG 37 EuErbVO.

¹³⁸ Junker (Fn. 88), § 24 Rn. 1 f.; Kropholler (Fn. 20), § 7 S. 42.

¹³⁹ Junker (Fn. 10), § 2 Rn. 5.

¹⁴⁰ ErwG 57 EuErbVO.

¹⁴¹ Vgl. Thorn, in: Grüneberg/EGBGB (Fn. 79), Art. 6 Rn. 1; Junker (Fn. 10), § 5 Rn. 8.

Lebenssachverhalte angewandt werden kann. Manchmal kommt es vor, dass das Resultat nach ausländischem Recht, dem Sachverhalt eher gerecht wird als die Anwendung der eigenen Rechtsordnung.

Betont werden muss auch, dass das deutsche Rechtssystem und die nationalen Wertvorstellungen der Anwendung ausländischen Rechts gerade nicht schutzlos ausgeliefert sind. Als Schutzmechanismus kann immer noch der ordre public-Vorbehalt (wenn auch nur in äußersten Ausnahmen) konsultiert werden. Bei der Anwendung von islamischem Erbrecht könnte dies, wie oben dargestellt, durchaus in Betracht gezogen werden.

Eine Tatsache, die von deutschen Gerichten gar nicht oder zu wenig bedacht wird, ist die Entstehungszeit des Koran. Wirft man einen Blick auf die Historie des Korans, so fällt auf, dass er im Vergleich zu den deutschen Rechtsquellen deutlich älter ist. Der Koran ist ungefähr im Jahr 610-623 entstanden.¹⁴²

Dass bspw. Frauen und Männer damals unterschiedlich behandelt wurden, ist auf die Geschichte zurückzuführen und dementsprechend eher zu verstehen, als wäre man nicht im Bilde, wie alt die Heilige Schrift schon existiert. So konnten auch bspw. Frauen in Deutschland bis vor knapp 100 Jahren nicht wählen und hatten weniger Rechte.¹⁴³ Eine Anpassung der Gleichberechtigung fand erst im Laufe der Entwicklung der Gesellschaft und der Lebensumstände statt.

Außerdem ist wie in Fall 1, in dem der Erblasser ausdrücklich eine Rechtswahl trifft, diesem ein gewisser Wille zu unterstellen, die Rechtsnachfolge von Todes wegen nach dem ausländischen Recht zu regeln. Wenn sich der Erblasser bewusst für die Anwendung islamischen Rechts entscheidet, so ist doch stark davon auszugehen, dass er dies v.a. tat, weil er wollte, dass sein Nachlass genau nach diesen Regeln abgewickelt wird. Es wird wohl kaum einen Erblasser geben, der sich für islamisches Erbrecht entscheidet und eine Rechtswahl nach Art. 22 EuErbVO trifft, wenn die islamischen Regelungen und die Handhabung bezüglich seines Nachlasses nicht seinem Interessenbild entsprechen. Es wäre merkwürdig, wenn sich der Verstorbene für dieses Recht entscheidet und dann nicht mindestens billigend in Kauf nimmt, dass der Nachlass nach den ausländischen Regeln durchgeführt wird. Deshalb ist dem Erblasser in solchen Fällen doch eine gewisse Entscheidungssouveränität beizumessen.

Nicht vergessen werden darf außerdem, dass auch in Deutschland einzelne Normen interpretiert werden müssen. Die Interpretationsbedürftigkeit von Normen ist damit für deutsche Richter nichts Neues.

Schließlich bleibt noch anzuführen, dass die Scharia als zentrale Rechtsquelle des islamischen Rechts auch veränderbar ist und sich der modernen Welt anpassen lässt, indem auf die ständig wechselnden Wünsche und Begehren der Menschen angeknüpft wird.¹⁴⁴ Damit sollte die Scharia vielmehr als flexible Rechtsquelle verstanden werden, die sich mit den Bedürfnissen der Menschen entwickelt.

Letztendlich müssen noch die Gründe näher beleuchtet werden, weshalb im islamischen Erbrecht so stark zwischen Männern und Frauen unterschieden wird. Beim Anteil des Nachlasses kommt den Frauen von vornherein meist nur die Hälfte zu, weil die Männer nur zum Unterhalt verpflichtet sind.¹⁴⁵ Die Schlechterstellung der Männer in Unterhaltsangelegenheiten soll durch die Besserstellung beim Nachlass in Form eines Ersatzes oder Gegenwertes kompensiert werden.¹⁴⁶ Behält man dies im Hinterkopf, so erfolgt die getroffene Unterscheidung zwischen Frauen und Männern logischer.

Außerdem wird es zur Anwendung islamischen Erbrechts und damit ggf. zu einer Anwendung des ordre public-Vorbehalts wie die Beispielsfälle gezeigt haben nur noch sehr selten kommen, weil es einen Gleichlauf von Aufenthaltszuständigkeit und anwendbaren Recht gibt.¹⁴⁷ V. a. für den Fall des Art. 21 II EuErbVO müssen vorher viele Voraussetzungen erfüllt werden, um eine offensichtlich engere Verbindung zu bejahen, die erst die Anwendung fremden Rechts ermöglichen. Die Hürde ist in diesem Fall also sehr hoch.

Abschließend spricht für die Anwendung islamischen Erbrechts durch deutsche Gerichte, v.a. noch eine bedeutende Sache. In Zeiten von Globalisierung und der immer weiteren Vernetzung aller Länder schadet es nicht, dass deutsche Richter und Behörden über den eigenen Tellerrand hinausschauen und fremdes bzw. islamisches Erbrecht anwenden.

C. Zusammenfassung und Ausblick

Schlussendlich lassen sich folgende Resultate festhalten. Das Auseinandersetzen mit der Anwendung islamischen Erbrechts durch deutsche Gerichte hat zunächst gezeigt, wie es überhaupt zur Anwendung fremden Rechts kommt und welches Recht auf

¹⁴² *Delvaux de Fenffe*, Der Koran, <https://www.planet-wissen.de/kultur/religion/islam/pwiederkoran100.html> [Stand: 13.3.2024].

¹⁴³ *BPB*, Frauenwahlrecht, <https://www.bpb.de/kurz-knapp/lexika/lexikon-in-einfacher-sprache/314543/frauenwahlrecht/> [Stand: 13.3.2024].

¹⁴⁴ *Fiedler* (Fn. 26), S. 158.

¹⁴⁵ *Bauwens* (Fn. 34), S. 87; *Müller* (Fn. 43), S. 363.

¹⁴⁶ *Bauwens* (Fn. 34), S. 87; vgl. *Kardas* (Fn. 36), S. 301 ff.

¹⁴⁷ *Dörner* (Fn. 9), ZEV 2012, S. 505 (512).

einen internationalen Erbfall anwendbar ist. Es wurde herausgearbeitet, dass das islamische Erbrecht v.a. auf Regelungen der Scharia beruht und welche Vorschriften im islamischen Erbrecht kennzeichnend sind. Anschließend erfolgte im rechtsvergleichenden Rahmen auch eine Gegenüberstellung mit den zentralen Punkten des deutschen Erbrechts.

Hinsichtlich des *ordre public*-Vorbehaltes kann dokumentiert werden, welche Voraussetzungen und Rechtsfolgen dieser hat und wann im speziellen Fall des internationalen Erbrechts nach Wortlaut, Historie, Systematik und *Telos* darauf zurückgegriffen werden kann. Gerade im islamischen Erbrecht kann dem *ordre public* eine hohe Bedeutung zukommen, wenn wesentliche Abweichungen zwischen der fremden und nationalen Rechtsordnung bestehen. Dabei wurde deutlich, dass sowohl nationales und internationales, insb. europäisches Recht, als auch Zivil- und Öffentliches Recht eng miteinander verknüpft sind und zusammenhängen.

Dennoch wurden auch Grenzen aufgezeigt. Insb. bei einer gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft bzw. Ehe ist eine Prognose, wie ein befasstes Gericht hinsichtlich eines möglichen *ordre public*-Verstoßes entscheiden könnte, nur vage möglich, weil es, Stand jetzt, schlichtweg noch keine gerichtliche Entscheidung dazu gibt. Außerdem sind zum islamischen Erbrecht und dem *ordre public* nur wenige und

bereits vor langer Zeit entstandene Gerichtsentscheidungen vorhanden.

Möglicherweise könnte daher heute eine Entscheidung anders ausfallen, weil sich durch das Inkrafttreten der EuErbVO die Rechtslage und die wesentliche Anknüpfung grundlegend geändert hat.

Eine pauschale Regelung für die Bejahung eines *ordre public*-Verstoßes kann nicht festgemacht werden, da immer auf den speziellen Einzelfall eingegangen werden muss und Gerichte gerade das Ergebnis der Anwendung ausländischen Rechts überprüfen.

Für die Zukunft wäre denkbar, dass Deutschland ähnlich wie Großbritannien sogenannte „Sharia Councils“¹⁴⁸ einrichtet, um die Beilegung religiöser Streitigkeiten, insb. hinsichtlich des islamischen Familien- und Erbrechts, von einer offiziellen Institution verwalten und bewältigen zu lassen.

Weiter wären auch andere Konstellationen vorstellbar, in denen fremdes Recht auf einer anderen religiösen Rechtsquelle beruht. Möglich wären hier bspw. Sachverhalte, die sich auf das jüdische Recht beziehen.¹⁴⁹ Diesen Fällen könnten in der Zukunft Bedeutung zugemessen werden.

Es bleibt allerdings abzuwarten, welche Fälle und ggf. welche Gesetzesanpassungen die Zukunft mit sich bringt.

¹⁴⁸ *Bauwens* (Fn. 34), S. 87.

¹⁴⁹ OLG Hamburg, Beschluss v. 16.3.2021 – 2 W 17/20, ErbR 2021, 863 (864); *Siebert*, Die Entwicklung des Erbrechts im ersten Halbjahr 2021, NJW 2021, S. 2933 (2938).

Meier, Julius: Der Schutz und die Bekämpfung von Wölfen

Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im 12. Fachsemester. Der Beitrag ist im Rahmen des einfachen Seminars "Aktuelle und grundlegende Fragen im Umweltrecht" bei PD Dr. Thomas Spitzlei (Lehrstuhlvertreter am Lehrstuhl Öffentliches Recht VII – Öffentliches Recht, Praxis des Verfassungsrechts von Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff) entstanden.

A. Einleitung

In Anbetracht des Anstiegs der Übergriffe von Wölfen auf Nutztiere, sehen sich landwirtschaftliche Betriebe zunehmend gefährdet.¹ Während die einen den Schutz des Wolfes aufrechterhalten wollen, halten andere eine Bejagung für geboten. Auch Sonderregelungen in Bezug auf die Tötung von Wölfen konnten bislang keine Entschärfung des Konflikts herbeiführen, sondern haben im Gegenteil durch eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe zu den bestehenden Spannungen beigetragen. Aufgrund der steigenden Zahlen von Nutztierissen nehmen die Forderungen zur Einführung eines Bestandsmanagements zu. Aber lässt sich der Konflikt durch Letalentnahmen tatsächlich lösen? Es gilt die rechtlichen Gegebenheiten zu untersuchen und die Notwendigkeit eines Bestandsmanagements auf den Prüfstand zu stellen.

B. Der Schutzstatus des Wolfes

I. Internationaler und europarechtlicher Schutz

Der Wolf hat sowohl in internationaler als auch europäischer Hinsicht einen hohen Schutzstatus. Abgesichert wird dieser durch diverse internationale Abkommen und europäische Richtlinien.

Zu nennen sind insbesondere das Washingtoner Artenschutzabkommen und die Berner Konvention. Nach beiden ist er in den Anhängen II gelistet und damit eine streng geschützte Art.

Auf europarechtlicher Ebene kommt der Richtlinie 92/43/EWG, auch bekannt als Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie (FFH-RL), in Bezug auf den Schutz des Wolfes maßgebliche Bedeutung zu. Ziel der Richtlinie ist nach Art. 2 I und II unter anderem der Erhalt der Artenvielfalt sowie die Bewahrung und Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands der

natürlichen Lebensräume und wildlebender Tiere von gemeinschaftlichem Interesse. Durch die Einstufung des Wolfes in die Anhänge II und IV der FFH-RL, ist dieser eine Tierart von gemeinschaftlichem Interesse (Anhang II) sowie eine streng zu schützende Art (Anhang IV).

Zentrale Vorschrift der FFH-RL bezüglich des Schutzes des Wolfes ist die des Art. 12 I.² Diese sieht eine Reihe von Verbotstatbeständen für die in Anhang IV gelisteten Arten vor. Danach gilt ein Verbot für jede absichtliche Form des Fangs und der Tötung von aus der Natur entnommenen Exemplaren (I lit. a). Darüber hinaus bestehen gem. I lit. b ein Störungsverbot und nach II Besitz- und Vermarktungsverbote.

Den Wortlaut der Vorschrift betrachtend, bezieht sich lit. a auf das einzelne Individuum.³ Ziel ist zwar der Arterhalt und nicht der Schutz des Individuums, doch geht die FFH-RL implizit davon aus, dass die Tötung einzelner Tiere negative Folgen für die Art haben kann.⁴

Für diese europarechtlichen Vorgaben besteht gem. Art. 288 III AEUV eine Umsetzungspflicht.⁵

II. Der Schutz des Wolfes im deutschen Recht

Auf verfassungsrechtlicher Ebene schützt Art. 20a GG sowohl die natürlichen Lebensgrundlagen als auch die Tiere. Zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlage gehört auch die Artenvielfalt,⁶ womit die Art Wolf zum Schutzbereich zählt. Der Tierschutz des Art. 20a GG zielt auf den Schutz des Individuums ab;⁷ hiernach ist also der einzelne Wolf erfasst. Es handelt sich um eine Staatszielbestimmung, welche sich in erster Linie an den Gesetzgeber richtet,⁸ aber auch die Rechtsprechung und vollziehende Gewalt bindet.⁹

Auf einfachgesetzlicher Ebene stellt § 44 BNatSchG die zentrale Norm¹⁰ hinsichtlich des Schutzes von besonders und streng geschützten Arten dar. Gem.

¹ <https://www.tagesschau.de/inland/naturschutz-wolf-jagd-100.html> [Stand: 13.03.2024].

² Schoof et al., Der Wolf in Deutschland. Herausforderungen für weidebasierte Tierhaltungen und den praktischen Naturschutz, NuL 2010, S. 10 (10).

³ Lau/Steck, Das erste Gesetz zur Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes – Ein Ende der Debatte um den europäischen Artenschutz?, NuR 2008, S. 386 (388).

⁴ Lau in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 3. Auflage 2021, Einf. §§ 44–45 Rn. 4; Lau/Steck, NuR 2008, S. 386 (388).

⁵ Borwieck, Die Tötung des Wolfes zur Abwendung von Übergriffen auf Nutztiere, NuR 2019, S. 21 (22).

⁶ Heselhaus in: Grundzüge des Umweltrechts, 4. Auflage 2012, Kapitel 1, Rn. 21.

⁷ Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Auflage 2022, Art. 20a Rn. 12.

⁸ Murswiek in: Sachs, GG, 8. Auflage 2018, Art. 20a Rn. 57.

⁹ Kloepfer, Umweltrecht, 4. Auflage 2016, § 3 Rn. 42.

¹⁰ Schütte/Gerbig in: GK-BNatSchG, 3. Auflage 2017 § 44 Rn. 1.

§ 7 II Nr. 13 lit. a und Nr. 14 lit. b BNatSchG zählt der Wolf zu den besonders und streng geschützten Arten. § 44 BNatSchG hält eine Reihe von Verbotstatbeständen in Form von Zugriffs-, Vermarktungs- und Besitzverboten bereit und setzt damit die in Art. 12 FFH-RL normierten Vorgaben um.¹¹ Das Tötungsverbot ist entsprechend der europarechtlichen Vorgaben individuenbezogen.¹²

C. Die Entnahme von Wölfen aufgrund von Nutztierrißen

Geht es um die Abwendung von durch Wölfe entstehenden Nutztierschäden ist einschlägiger Ausnahmegrund § 45 VII 1 Nr. 1 BNatSchG. Im Rahmen des BNatSchG besteht mit § 45a eine Sonderregelung bezüglich des Umgangs mit dem Wolf. Nach diesen Vorschriften kann von dem strengen Tötungsverbot bei Vorliegen aller Voraussetzungen eine Ausnahme gemacht werden.

I. Ernster Schaden

Gem. § 45 VII 1 Nr. 1 BNatSchG ist erforderlich, dass es sich um die Abwendung ernster Schäden handelt. Während bis zur zweiten Novelle des BNatSchG noch von erheblichen Schäden die Rede war,¹³ wurde eine Änderung hin zu dem Vorliegen eines ernsten Schadens vorgenommen. Zunächst könnte die amtliche Begründung Aufschluss darüber geben, wie der Begriff zu verstehen ist. Danach ist das Vorliegen eines ernsten Schadens anzunehmen, wenn dieser mehr als nur geringfügig und damit von einigem Gewicht ist.¹⁴ Es sind somit nur solche als ernst zu qualifizieren, die eine gewisse Erheblichkeit aufweisen und keine reinen Bagatellen darstellen.¹⁵ Abgesehen von dieser Aussage ist der amtlichen Begründung nicht allzu viel zu entnehmen. Es gilt somit zu untersuchen, ab welcher Schwelle ein ernster Schaden anzunehmen ist.

Eine Möglichkeit könnte zunächst darin bestehen, die Grenze absolut in Geld festzulegen, sodass bei Überschreitung dieses Wertes keine Bagatelle mehr angenommen und die Erheblichkeit bejaht wird.¹⁶ Allerdings ist eine solche pauschale Bagatellgrenze unsachgerecht. Probleme würden sich schon daraus ergeben, ab welchem Betrag keine Bagatelle mehr

vorliegt; ab 1000 €, 2000 € oder 10000 €? Die Festlegung wäre willkürlich. Läge die Grenze bei beispielsweise 3000 €, so würde bereits der Riss eines Pferdes einen ernsten Schaden darstellen. Hingegen müsste bei Schafen eine größere Menge gerissen werden, um die Erheblichkeit bejahen zu können. Bei kleineren Betrieben mit zum Beispiel 50 Schafen müssten 20 gerissen werden,¹⁷ wobei bei solchen die Schwelle deutlich eher erreicht sein müsste. Bei Betrieben mit 1000 Nutztieren würde ein Rissvorfall mit 20 betroffenen Schafen dagegen weniger gewichtig erscheinen. Es zeigt sich, dass eine solche Grenzziehung unerwünschte Ergebnisse nach sich ziehen kann.

Eine andere Option könnte aber umgekehrt in der Festlegung einer Nutztierrißgrenze bestehen.¹⁸ Demnach würde ein ernster Schaden ab einer gewissen vorher festgelegten Zahl an Nutztierrißen angenommen werden. Aber auch hier ergeben sich Bedenken. Legt man die Grenze bei zum Beispiel fünf gerissenen Nutztieren fest, so wäre ein Rissereignis mit zehn gerissenen Schafen als ein ernster Schaden einzuordnen. Der Riss eines einzelnen Pferdes hingegen nicht, obwohl das Pferd wertmäßig über dem der Schafe liegt. Es zeigt sich, dass eine Betrachtungsweise anhand absoluter Zahlen in Form einer vorher festgelegten Wert- oder Nutztierrißgrenze unsachgerechte und unerwünschte Ergebnisse zur Folge haben kann.

Eventuell lässt sich aber aus dem Sinn und Zweck der Ausnahmenvorschriften die Schwelle ermitteln. Durch die Ausnahmenvorschrift des Art. 16 I lit. b FFH-RL soll dem unionalen Grundrechtsschutz des Eigentums Rechnung getragen werden.¹⁹ Diese grundrechtliche Erwägung gilt gleichermaßen für die Regelung des § 45 VII 1 Nr. 1 BNatSchG,²⁰ sodass im Rahmen des deutschen Rechts Art. 14 I GG zu beachten ist. Aufgrund dieser grundrechtlichen Wertungen erscheint es angebracht, auch die Bestimmung des ernsten Schadens anhand der Grundrechte auszumachen. Dementsprechend wird von der Rechtsprechung angenommen, dass ein ernster Schaden jedenfalls dann gegeben ist, wenn es sich um einen schweren und unerträglichen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

¹¹ Borwieck, NuR 2019, S. 21 (22).

¹² Schlacke/Huggins, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Band 2, 4. Auflage 2021, § 50 Rn. 181; Huggins, Das artenschutzrechtliche Tötungsverbot als abgestuftes Schutzregime – Das Zusammenspiel von Signifikanz, Erkenntnisschwierigkeiten und Vermeidungsmaßnahmen sowie weiterer Differenzierungen als Abstufung einer Verbotsnorm, NuR 2021, S. 73 (73).

¹³ Borwieck, Die geplante Änderung des BNatSchG zur erleichterten Entnahme von Wölfen im Lichte der Tapiola-Entscheidung des EuGH, ZUR 2020, S. 50 (52).

¹⁴ BT-Drs. 19/10899, S. 9; Kratsch, in: Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, 3. Auflage 2021, § 45 Rn. 35.

¹⁵ Wüstenberg, Drohen des Schadens vor der Wolfstötung, LKV 2021, S. 344 (345); Borwieck, ZUR 2020, S. 50 (52).

¹⁶ Wüstenberg, LKV 2021, S. 344 (345).

¹⁷ Ausgehend davon, dass der Preis eines Schafes bei 150 € liegt, vgl. Wüstenberg, LKV 2021, S. 344 (345).

¹⁸ Wüstenberg, LKV 2021, S. 344 (345).

¹⁹ Gellermann in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band II, 100. EL, 2023, BNatSchG, § 45 Rn. 23; OVG Lüneburg, Beschluss v. 22.2.2019 – 4 ME 48/19, NVwZ-RR 2019, 264, Rn. 6.

²⁰ Gellermann in: Landmann/Rohmer (Fn. 19), BNatSchG, § 44 Rn. 23.

handelt.²¹ Ob es dabei einer Existenzgefährdung bedarf, ist zweifelhaft. Zutreffend wird die Grenze dann erreicht, wenn die wirtschaftlich sinnvolle Fortführung des Betriebs nicht mehr möglich ist.²²

Ausreichend ist zudem, dass der Schaden droht, womit eine Gefahr- bzw. Schadensprognose erfolgen muss,²³ also eine hinreichende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts.²⁴ Fraglich ist jedoch, welche Anforderungen an diese zu stellen sind. Die abstrakte Gefahr dahingehend, dass grundsätzlich die Gefahr von Nutztierissen durch den Wolf besteht, kann dabei nicht als ausreichend erachtet werden.²⁵ Vielmehr müssen konkrete Anhaltspunkte vorliegen, die die Prognose eines Schadenseintritts rechtfertigen.²⁶ Die Rechtsprechung geht in Teilen davon aus, dass es mindestens zu zwei Rissen gekommen sein muss,²⁷ wobei teilweise auch mehrere gefordert werden.²⁸

Zudem bezieht § 45a II 2 BNatSchG explizit Hobby-Tierhalter ein. Entgegen einiger Ansichten, die von einem Schutz der Hobby-Tierhalter ausgehen,²⁹ ist dem nicht zuzustimmen. Vielmehr geht es darum, das Überwinden von Herdenschutzmaßnahmen in die Gefahrprognose einfließen zu lassen.³⁰ Denn der Wolf unterscheidet nicht zwischen hobbymäßig gehaltenen Nutztieren und solchen, die der Landwirtschaft dienen.³¹ Ein Schutz des Hobby-Tierhalters wird dadurch allerdings nicht begründet.

Anhaltspunkte können zudem solche sein, wie das Überwinden von Herdenschutzmaßnahmen mit gewisser Häufigkeit sowie ein zeitlicher und räumlicher Zusammenhang.³² Wie weit dieser zeitliche Zusammenhang reichen darf, kann pauschal nicht beantwortet werden und ist vom Einzelfall abhängig zu machen. Auch der in § 45a II 1 BNatSchG geforderte enge räumliche und zeitliche Zusammenhang in Bezug auf die Entnahme eines gesamten Rudels, gibt keinen Aufschluss über die Grenzen. Liegen Rissvorfälle schon etliche Jahre zurück, ohne dass es in der Zwischenzeit zu weiteren Rissen gekommen

ist, so wird der zeitliche Zusammenhang nur schwer bejaht werden können; die Gefahrprognose fällt zugunsten des Wolfes aus. Starre Grenzen festzulegen, verbietet sich; auch würden sich schon Probleme bei der Festlegung solcher ergeben.

Vielmehr sind alle Parameter und Anhaltspunkte in den Gesamtzusammenhang zu setzen und anhand dieser einzelfallabhängig eine Bewertung vorzunehmen.

II. Geeignetheit der Entnahme

Die Tötung des Wolfes muss geeignet sein, den drohenden Schaden abzuwenden. Denn die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung ist nur dann zulässig, wenn sie allein dem Erreichen der normierten Ziele dient;³³ im Zusammenhang mit Nutztierissen also der Abwendung von ernststen Schäden. Voraussetzung ist insoweit, dass die Nutztierschäden einem bestimmten Wolf konkret zugeordnet werden können.³⁴ Es muss dabei eine Individualisierung des schadensverursachenden Wolfes erfolgen. Der willkürliche Abschuss eines beliebigen Wolfes, der mit den eingetretenen Rissvorfällen in keinerlei Beziehung steht und kein Interesse an Nutztieren signalisiert hat, wäre demnach nicht dazu geeignet, Schäden abzuwenden; die Geeignetheit wäre zu verneinen. Wie noch zu sehen sein wird, ergeben sich aber Probleme hinsichtlich der Geeignetheit im Rahmen der Entnahme eines gesamten Wolfsrudels.

III. Zumutbare Alternativen

Die Wolfstötung ist ultima ratio.³⁵ Sie ist nur dann zulässig, wenn keine zumutbaren Alternativen bestehen, § 45 VII 2 BNatSchG.

Die letale Entnahme muss somit erforderlich sein, sodass kein mildereres, gleich wirksames Mittel zum Erreichen des Ziels der Abwendung von ernststen Schäden gegeben ist.³⁶ Im Rahmen

²¹ Köck, Der Schutz des Wolfes und die Möglichkeiten der Entnahme in Deutschland – Status quo und Perspektiven, NuR 2018, S. 812 (814); VG Oldenburg, Urteil v. 25.04.2012 – 5 A 1428/11, BeckRS 2012, 50158; OVG Bautzen, Urteil v. 28.05.2009 – 1 B 700/06, BeckRS 2009, 37760.

²² Borwieck, NuR 2019, S. 21 (24).

²³ Wüstenberg, LKV 2021, S. 344 (346).

²⁴ Wüstenberg, LKV 2021, S. 344 (346).

²⁵ Köck, NuR 2018, S. 812 (814).

²⁶ Wüstenberg, LKV 2021, S. 344 (346).

²⁷ Wüstenberg, LKV 2021, S. 344 (346).

²⁸ Wüstenberg, LKV 2021, S. 344 (346).

²⁹ OVG Lüneburg, Beschluss v. 24.11.2020 – 4 ME 199/20, ZUR 2021, S. 306 (308); Rüwe, Wege zur Tötung sogenannter Problemwölfe unter Berücksichtigung der vom Bundestag beschlossenen zweiten Novelle des Bundesnaturschutzgesetzes, NdsVBl. 2020, S. 65 (69); Gläß/Brade, Feuer frei auf das Wolfsrudel? – § 45 Abs. 2 BNatSchG im Lichte der FFH-Richtlinie, NuR 2021, S. 21 (22).

³⁰ Wüstenberg, LKV 2021, S. 344 (345); Lau in: Frenz/Müggenborg (Fn. 4), BNatSchG, § 45a Rn. 6.

³¹ Gläß/Brade, NuR 2021, S. 21 (22).

³² Wüstenberg, LKV 2021, S. 344 (346).

³³ Gläß/Brade, NuR 2021, S. 21 (24).

³⁴ Gläß/Brade, NuR 2021, S. 21 (24).

³⁵ Nebelsieck, Wolfsabschuss in Niedersachsen – Anmerkung zu OVG Lüneburg, Beschluss vom 22.2.2019 – 4 ME 48/19, NuR 2019, S. 253 (255).

³⁶ Köck, NuR 2018, S. 812 (815).

dieser alternativen Prüfung kommt insbesondere den Herdenschutzmaßnahmen eine hohe Bedeutung zu.³⁷

Diese können dabei regelmäßig in Form von Schutzzäunen oder auch in der Vergrämung des Wolfes bestehen.³⁸

Zwar stellen vor allem Schutzzäune ein milderes Mittel gegenüber der Tötung dar, allerdings scheitern diese in der Praxis gelegentlich an deren Wirksamkeit. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn der Problemwolf in dem Überwinden von Herdenschutzmaßnahmen geübt ist. Gefordert wird deshalb, dass Schutzzäune über einen Untergrabschutz verfügen.³⁹ Ob dies in jedem Fall zu realisieren ist, ist eine Entscheidung des Einzelfalls, welche dann zu Lasten des problematischen Wolfes ausfällt, wenn etwa aufgrund der topographischen Gegebenheiten eine Umzäunung nicht möglich ist.

Eine andere Beurteilung ist angezeigt, wenn noch überhaupt keine Schutzzäune oder ähnliche Maßnahmen getroffen wurden. Hier muss zunächst deren Wirksamkeit geprüft werden, bevor eine letale Entnahme in Betracht kommt und genehmigt wird.

Zudem könnte auch eine Narkotisierung und anschließende Umsiedlung des Wolfes in Betracht gezogen werden.⁴⁰ Dem wird entgegengehalten, dass sich eine Immobilisierung in der Praxis oftmals als schwierig und ineffektiv gestaltet hat.⁴¹ Selbst wenn eine solche gelingen sollte, erscheint die Umsiedlung insofern zweifelhaft, ob das Mittel gleich wirksam ist. Denn handelt es sich bei dem schadensverursachenden Wolf um einen solchen, der ein erlerntes und gefestigtes Jagdverhalten besitzt, so würde eine Umsiedlung vielmehr eine Problemverlagerung darstellen. Dass dieser Wolf nach der Umsiedlung vom Reißen von Nutztieren Abstand nimmt, ist wenig glaubhaft.⁴²

Zudem muss die Alternative zumutbar sein. Die Unzumutbarkeit ist regelmäßig finanzieller Natur, da das Errichten von Herdenschutzmaßnahmen mit hohen Kosten verbunden ist. Der Einwand der gegebenenfalls hohen Kosten

schlägt jedoch nicht durch, da eine Kostenübernahme durch den Staat erfolgt.⁴³

Eine Besonderheit besteht im Rahmen der Rechtsprechung in Bezug auf Rinder. So sollen Schutzzäune für Rinderherden keine zumutbare Alternative darstellen.⁴⁴ Abgestellt wird auf die Fähigkeit des Selbstschutzes solcher Tiere vor Übergriffen durch Wölfe.⁴⁵ Ob diese Ansicht der Rechtsprechung vor dem Hintergrund der restriktiven und engen Voraussetzungen des Art. 16 I FFH-RL Bestand haben kann, lässt sich bezweifeln. So stellen sowohl § 45 VII 2 BNatSchG als auch Art. 16 I FFH-RL auf die Alternativen an sich ab und nehmen keine Differenzierung hinsichtlich der Zumutbarkeit bezogen auf bestimmte Tierarten vor. Weswegen eine Unterscheidung bei Rindern und Schafen erfolgen soll, erschließt sich nicht. Vor allem vor dem Hintergrund, dass bekanntermaßen auch Rinder und Pferde dem Wolf zum Opfer fallen können.

IV. Erhaltungszustand

Des Weiteren stellt § 45 VII 2 BNatSchG die Anforderung auf, dass sich der Erhaltungszustand der Population der Art durch den Abschuss des Wolfes nicht verschlechtert. Die Vorschrift spricht lediglich davon, dass keine Verschlechterung eintreten darf,⁴⁶ stellt aber zugleich klar, dass die weitergehenden Anforderungen des Art. 16 I FFH-RL zu beachten sind.

Art. 16 I FFH-RL stellt die Bedingung auf, dass eine Ausnahme von den Verboten des Art. 12 I FFH-RL nur möglich ist, wenn sich die Population in einem günstigen Erhaltungszustand befindet.

Gemäß dem aktuellen Bericht des BMUV ist der Erhaltungszustand der Art Wolf als ungünstig eingestuft. Dieser ungünstige Erhaltungszustand wird zunehmend in Frage gestellt und die Forderungen einer Einstufung in „günstig“ werden lauter,⁴⁷ wobei diesbezüglich divergierende Ansichten bestehen.⁴⁸

Ungeachtet des Bestehens eines günstigen oder ungünstigen Erhaltungszustandes, hat der EuGH in seiner Rechtsprechung eine gewisse Aufweichung dieser Vorgabe für möglich

³⁷ Köck, NuR 2018, S. 812 (815).

³⁸ Gläß in: BeckOK UmweltR, BNatSchG, 69. Edition, Stand: 01.01.2024, § 45a Rn. 10; Köck, NuR 2018, S. 812 (815).

³⁹ Wüstenberg, LKV 2021, S. 344 (346).

⁴⁰ Nebelsieck, NuR 2019, S. 253 (256); Lau in: Frenz/Müggenborg (Fn. 4), BNatSchG, § 45a Rn. 8.

⁴¹ Nebelsieck, NuR 2019, S. 253 (256); Lau in: Frenz/Müggenborg (Fn. 4), BNatSchG, § 45a Rn. 8.

⁴² Die Unterbringung in einer Auffangstation wird aufgrund der nicht artgerechten Haltung in Gefangenschaft gleichsam als Alternative abgelehnt, vgl. Nebelsieck, NuR 2019, S. 253 (256).

⁴³ Köck, NuR 2018, S. 812 (815); Lau in: Frenz/Müggenborg (Fn. 4), BNatSchG, § 45a Rn. 8.

⁴⁴ Nebelsieck, NuR 2019, S. 253 (256); OVG Lüneburg, Beschluss v. 22.2.2019 – 4 ME 48/19, NVwZ-RR 2019, 264, Rn. 7.

⁴⁵ Nebelsieck, NuR 2019, S. 253 (256); OVG Lüneburg, Beschluss v. 22.2.2019 – 4 ME 48/19, NVwZ-RR 2019, 264, Rn. 7.

⁴⁶ Gellermann in: Landmann/Rohmer (Fn. 19), BNatSchG, § 45 Rn. 31.

⁴⁷ Vgl. Herzog/Guber, Der naturschutzrechtliche Populationsbegriff als Maßstab zur Beurteilung des Erhaltungszustandes einer Art gem. § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG erläutert am Beispiel des Wolfes (*Canis lupus*), NuR 2018, S. 682 (687).

⁴⁸ Pfannenstiel/v. Miller, Wölfe in Deutschland, JSE 2019, S. 79 (82 f.); Reinhardt/Kluth, Leben mit Wölfen, Leitfaden im Umgang mit einer konflikträchtigen Tierart in Deutschland, 2007, BfN-Skript 201; Herzog/Guber, NuR 2018, S. 682.

gehalten.⁴⁹ So hat er zwar klargestellt, dass der günstige Erhaltungszustand unabdingbare Voraussetzung für ein Ausnahme darstellt.⁵⁰ Indessen eine Lockerung insoweit ermöglicht, dass eine Ausnahme bei ungünstigem Erhaltungszustand unter der Voraussetzung außergewöhnlicher Umstände in Frage kommen kann sowie, wenn nachgewiesen ist, dass der Erhaltungszustand der Art nicht weiter verschlechtert und die Wiederherstellung des günstigen Erhaltungszustand nicht behindert wird.⁵¹ Die „außergewöhnlichen Umstände“ sind als „ausnahmsweise“⁵² zu verstehen.

Ob die Entnahme zu einer Verschlechterung führt, kann nicht durch den Verweis auf zunehmende Wolfszahlen verneint werden.⁵³ Die Bewertung hat populationsbezogen stattzufinden.⁵⁴

Geht man von einem ungünstigen Erhaltungszustand aus, müssen die eben genannten Voraussetzungen bei einer letalen Entnahme gegeben sein. So kann wohl kaum davon ausgegangen werden, dass die Tötung einzelner Wölfe den Zustand einer Population verschlechtern und die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands behindern.⁵⁵ Die Bedeutung eines einzelnen Wolfes wird nicht so hoch sein, dass dessen Tötung signifikante Auswirkungen auf die Population hat.

V. Möglichkeit der Entnahme eines gesamten Wolfsrudels

Von dem oben genannten Erfordernis der Zuordnung der Schäden zu dem entsprechenden Wolf ermöglicht § 45a II 1 BNatSchG eine Befreiung.⁵⁶ Danach kann eine Ausnahmegenehmigung zur letalen Entnahme auch dann erteilt werden, wenn die verursachten Schäden keinem bestimmten Wolf zugeordnet werden können. Sofern es nach Abschuss des „beliebigen“ Wolfes zu weiteren Nutztierrißen kommt, ist es sogar bis zum Ausbleiben von Schäden möglich, das gesamte

Wolfsrudel sukzessive zu entnehmen.⁵⁷ Grundvoraussetzung ist, dass es schon zu Nutztierrißen gekommen ist, diese aber keinem bestimmten Wolf zugeordnet werden können.⁵⁸ Der Grund weswegen eine solche Regelung normiert wurde, besteht darin, dass in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten bestehen den schadensverursachenden Wolf auszumachen und zu individualisieren.⁵⁹

Die gegebenenfalls sukzessive Entnahme eines Rudels soll jedoch nicht zu einem Automatismus führen.⁶⁰ Für jede Entnahme des einzelnen Wolfes müssen die Voraussetzungen gegeben sein.⁶¹ Probleme können sich insbesondere in Bezug auf die Geeignetheit ergeben. Der entnommene Wolf ist nach jedem Abschuss darauf zu untersuchen, ob es sich um den schadensverursachenden gehandelt hat.⁶² Stellt sich sodann heraus, dass ein nicht schadensverursachender Wolf entnommen wurde und es zu weiteren Schäden kommt, ist die Entnahme objektiv ungeeignet gewesen. Würde man bei jedem einzelnen Wolf des Rudels eine Geeignetheitsprüfung vornehmen, liefe die Vorschrift des § 45a II 1 BNatSchG leer. Richtigerweise ist in diesem Zusammenhang auf die Geeignetheit der Entnahme des gesamten Rudels abzustellen. Diese wird man bei Abschuss aller Rudelmitglieder nur schwer verneinen können.⁶³

Ob bei § 45a II BNatSchG von einer Europarechtskonformität ausgegangen werden kann, wird teilweise bezweifelt.⁶⁴ Im Rahmen des strengen Schutzsystems ist Voraussetzung, dass die Geeignetheit der Entnahme auf der Grundlage streng wissenschaftlicher Erkenntnisse zu ermitteln ist.⁶⁵ Dieser Nachweis müsste bei der Tötung beliebiger Wölfe des Rudels, die sich nur in zeitlicher und räumlicher Nähe zu den Rissvorfällen aufhalten, erbracht werden⁶⁶ sowie, dass dadurch die Abwendung der Schäden gelingt. Zugleich darf nicht unbesehen bleiben, dass der EuGH durchaus anerkannt hat, dass eine Zuordnung bzw. Individualisierung des Problemwolfs in der Praxis auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen kann und nicht immer gelingt.⁶⁷ Dieses Anerkenntnis darf aber nicht

⁴⁹ EuGH, Urteil v. 14.6.2007 – C 342/05, Slg. 2007, I-04713, ECLI:EU:C:2007:341, Rn. 29.

⁵⁰ Lau in: Frenz/Müggenborg (Fn. 4), BNatSchG, § 45 Rn. 36.

⁵¹ Lau in: Frenz/Müggenborg (Fn. 4), BNatSchG, § 45 Rn. 36; EuGH, Urteil v. 14.6.2007 – C 342/05, Slg. 2007, I-04713, ECLI:EU:C:2007:341, Rn. 29.

⁵² Lau in: Frenz/Müggenborg (Fn. 4), BNatSchG, § 45 Rn. 36.

⁵³ Köck, NuR 2018, S. 812 (816).

⁵⁴ Köck, NuR 2018, S. 812 (816).

⁵⁵ Lau in: Frenz/Müggenborg (Fn. 4), BNatSchG, § 45a Rn. 10.

⁵⁶ Gläß in: BeckOK UmweltR (Fn. 38), BNatSchG, § 45a Rn. 5.

⁵⁷ Gläß/Brade, NuR 2021, S. 21 (25); BT-Drs. 10/10899, S. 10.

⁵⁸ OVG Lüneburg, Beschluss v. 26.06.2020 – 4 ME 97/20, BeckRS 2020, 14927, Rn. 45 f.; Gellermann in: Landmann/Rohmer (Fn. 19), BNatSchG, § 45a Rn. 13.

⁵⁹ Gläß/Brade, NuR 2021, S. 21 (22).

⁶⁰ Gläß/Brade, NuR 2021, S. 21 (25).

⁶¹ Gläß/Brade, NuR 2021, S. 21 (25).

⁶² Gläß/Brade, NuR 2021, S. 21 (25).

⁶³ Gellermann in: Landmann/Rohmer (Fn. 19), BNatSchG, § 45a Rn. 30.

⁶⁴ An der Europarechtskonformität zweifelnd Borwieck, ZUR 2020, S. 50; Gellermann in: Landmann/Rohmer (Fn. 19), BNatSchG, § 45a Rn. 28 ff.

⁶⁵ Borwieck, ZUR 2020, S. 50 (53).

⁶⁶ Borwieck, ZUR 2020, S. 50 (53).

⁶⁷ EuGH, Urteil v. 14.6.2007 – C-342/05, ECLI:EU:C:2019:851, Rn. 41.

dahin missverstanden werden, dass die restriktive Natur der Ausnahmetatbestände preisgegeben wird. So hat der EuGH in seiner Rechtsprechung abermals ausdrücklich die strengen Voraussetzungen betont und gerade nicht eine generelle Auflockerung vorgenommen.⁶⁸ Sind jedoch alle Möglichkeiten der Individualisierung ausgeschöpft und ist eine solche schlichtweg nicht möglich, kann es auch nicht Sinn und Zweck sein, von einem Abschuss generell abzusehen. Um zu einem europarechtskonformen Rechtsanwendungsergebnis zu gelangen, darf dabei die bloße Schwierigkeit der Zuordnung allerdings nicht ausreichen.

Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH und unter Beachtung der Ausschöpfung aller vorherigen Möglichkeiten den Problemwolf auszumachen ist von einer Europarechtswidrigkeit per se nicht auszugehen.

VI. Verfassungsrechtliche Erwägungen

Auf verfassungsrechtlicher Ebene sind insbesondere Art. 14 GG und Art. 20a GG von Belang. Wie schon aufgezeigt, ist durch die Konfliktlage mit dem Wolf regelmäßig das Eigentumsgrundrecht nach Art. 14 I GG betroffen. Es besteht ein Konflikt zwischen den Eigentümerinteressen und dem Wolfserhalt, die es gilt in einen Ausgleich zu bringen. Dieser Interessenausgleich ist, wie besehen, sowohl in Art. 16 I FFH-RL als auch in den §§ 45 VII 1 Nr. 1, 45a II BNatSchG angelegt. Das Eigentumsgrundrecht wird aber nicht schrankenlos gewährt; hier stellen die §§ 44 ff. BNatSchG Inhalts- und Schrankenbestimmungen dar.⁶⁹ Das BVerwG verweist in diesem Zusammenhang auf die Beschaffenheit und Einbettung eines jeden Grundstücks in die Umwelt und die Sozialbindung von Eigentum im Sinne von Art. 14 II GG.⁷⁰ Der Eigentümer hat also gewisse Einwirkungen – bis zum Vorliegen ernster Schäden – auf sein Eigentum hinzunehmen.⁷¹

Dem Eigentumsgrundrecht steht zunächst der Tierschutz aus Art. 20a GG gegenüber, wonach das einzelne Tier geschützt wird. Dieser gewährleistet jedoch keinen absoluten Schutz und Vorrang gegenüber Verfassungsnormen,⁷² sodass das einzelne Tier grundsätzlich entnommen werden kann. Dies zeigen auch die Wertungen der Ausnahmetatbestände, denen zufolge gerade kein absoluter Schutz gewährleistet werden soll, sondern bei

einer eigentumsrechtlichen Grundrechtsrelevanz ein Abschuss ermöglicht wird.

Geht es im Einzelfall um die letale Entnahme eines einzelnen Wolfes, so kann bei einer Grundrechtsbetroffenheit nicht schlichtweg auf den in Art. 20a GG verbürgten Tierschutz verwiesen und diesem ein Vorrang eingeräumt werden. Die konfligierenden Belange sind vielmehr dahin aufzulösen, dass ein Überwiegen der Eigentümerinteressen gegenüber denen des einzelnen Tieres anzunehmen ist. Ein Entgegenstehen des Schutzes der natürlichen Lebensgrundlage kommt bei Abschuss eines einzelnen Wolfes nicht in Betracht, da nicht anzunehmen ist, dass dieser einen signifikanten Einfluss auf den Erhaltungszustand der Art und damit auf die biologische Vielfalt hat.

Ein anderes Ergebnis könnte allerdings angezeigt sein, wenn es sich nicht um den Abschuss eines einzelnen Wolfes handelt, sondern um die Entnahme eines gesamten Wolfsrudels. In diesem Fall kann nicht nur der Tierschutz des Art. 20a GG von Relevanz sein, sondern auch der Schutz der natürlichen Lebensgrundlage und damit der Artenvielfalt. Angenommen, eine solche Entnahme des gesamten Rudels würde eine Verschlechterung des Erhaltungszustands bewirken,⁷³ zeitigt dies negative Auswirkungen auf die Artenvielfalt. In diesem Rahmen ist davon auszugehen, Art. 20a GG den Vorrang einzuräumen und sich eine letale Entnahme des Rudels verbietet. Abgesehen davon würde aber auch schon ein Verstoß gegen die europarechtlichen Vorgaben des Art. 16 I FFH-RL vorliegen und die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung wäre ausgeschlossen.

Bei alledem ist zu berücksichtigen, dass eine Nichtentnahme nicht ihrerseits zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in das Eigentum führen darf. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass den Gesetzgeber eine Schutzpflicht bezüglich des Eigentums an den Nutztieren trifft.⁷⁴ Dieser Pflicht wird zumindest insofern Rechnung getragen, als Abschüsse – wenn auch unter strengen Voraussetzungen – möglich sind. Zwar werden entstandene Schäden in der Regel kompensiert. Allerdings sind solche Kompensationszahlungen, insbesondere auch im Hinblick auf den ernststen Schaden, außer Betracht zu lassen.⁷⁵ Vielmehr stellt jeder Riss stets eine Eigentumsverletzung dar.⁷⁶

⁶⁸ EuGH, Urteil v. 10.10.2019 – C-674/17, ECLI:EU:C:2019:851; *Gläß/Brade*, NuR 2021, S. 21 (25).

⁶⁹ *Borwieck*, NuR 2019, S. 21 (23); *Wüstenberg*, LKV 2021, S. 344 (344).

⁷⁰ BVerwGE 94, 1; VG Oldenburg, Urteil v. 25.04.2012 – 5 A 1428/11, BeckRS 2012, 50158.

⁷¹ *Borwieck*, ZUR 2020, S. 50 (52).

⁷² *Hillmer*, Auswirkungen einer Staatszielbestimmung „Tierschutz“ im Grundgesetz insbesondere auf die Forschungsfreiheit, 2000, S. 148.

⁷³ In diese Richtung *Gläß/Brade*, NuR 2021, S. 21 (25); *Rüwe*, NdsVBl. 2020, S. 65 (70).

⁷⁴ *Brenner*, Möglichkeiten eines europarechtskonformen Bestandsmanagements für den Wolf, NuR 2024, S. 1 (3).

⁷⁵ VG Oldenburg, Beschluss v. 15.2.2019 – 5 B 472/19 – juris Rn. 19.

⁷⁶ VG Oldenburg, Beschluss v. 15.2.2019 – 5 B 472/19 – juris Rn. 19.

D. Notwendigkeit eines aktiven Bestandsmanagements?

Aufgrund der steigenden Wolfzahlen und der damit vermeintlichen Zunahme von Nutztierissen, gab es in jüngster Vergangenheit häufiger Vorstöße und Forderungen zur Schaffung eines aktiven Bestandsmanagements.⁷⁷

Gemeint ist damit, dass ein Akzeptanzbestand definiert wird, Entnahmekoten geregelt werden und der Wolf dem Jagdrecht unterstellt wird.

I. Rechtliche Rahmenbedingungen

Zunächst ist der Frage nachzugehen, ob ein solches Bestandsmanagement und die damit einhergehende Bejagung rechtlich umsetzbar ist.⁷⁸

Sofern das Ziel die Abwendung von Schäden in Form von Nutztierissen ist, müsste zunächst eine Rechtsgrundlage im europäischen Recht gefunden werden. In diesem Zusammenhang werden Forderungen laut, die Bejagung auf Art. 16 I lit. e FFH-RL zu stützen.⁷⁹ Dabei wird ein Vergleich zu anderen europäischen Ländern gezogen, in denen eine Bejagung des Wolfes stattfindet.⁸⁰ Eine solche Parallelziehung stößt rechtlich auf Bedenken. So bestehen schon erhebliche Unterschiede in den zu erreichenden Zielen. Während ein Bestandsmanagement in Form der Bejagung ausweislich dazu dienen soll Nutztierisse zu dezimieren und so eventuellen Schäden von deren Haltern abzuwenden, dient beispielsweise die Bejagung in Finnland der Eindämmung der Wilderei und damit der ungerechtfertigten und unerlaubten Tötung der Wölfe, welche auf Art. 16 I lit. e FFH-RL zu stützen ist.⁸¹

Es handelt sich bei diesem um einen Auffangtatbestand, der nur dann greift, wenn andere als die in Art. 16 I lit. a-d normierten Ziele verfolgt werden.⁸² Dient also eine Bejagung dem Ziel der Abwendung von ernsten Schäden, ist der Anwendungsbereich

des Art. 16 I lit. b FFH-RL eröffnet,⁸³ sodass auf lit. e nicht abgestellt werden kann.

Nach den zuvor besprochenen geltenden unionalen und deutschen Regelungen ist eine präventive Jagd grundsätzlich ausgeschlossen und kann damit nicht auf Art. 16 I lit. b gestützt werden.⁸⁴ Dies gilt auch dann, wenn man den Wolf dem Jagdrecht unterstellt.⁸⁵ Da im Rahmen der Umsetzungspflicht den Mitgliedsstaaten ein Gestaltungsspielraum zusteht, ist es diesen unbenommen zu entscheiden, welche Gesetze den vorgegebenen Schutz gewährleisten.⁸⁶ Allerdings muss unabhängig davon, welches Gesetz den Schutz regelt, das entsprechende Schutzniveau gewährleistet sein.⁸⁷ Der Wolf müsste damit einer ganzjährigen Schonzeit unterliegen.⁸⁸

Eine Möglichkeit der Etablierung eines aktiven Bestandsmanagements kommt jedoch dann in Betracht, wenn der Wolf nicht in Anhang IV, sondern Anhang V der FFH-RL gelistet wäre.⁸⁹ In diesem Fall findet nämlich Art. 14 FFH-RL Anwendung, der die Bejagung ermöglicht.⁹⁰ Voraussetzung für eine solche Umstufung wäre jedoch, dass der Erhaltungszustand als günstig eingestuft werden würde.⁹¹ Sofern dies nicht erfolgt, kann eine Umstufung nicht erfolgen.

Die Entnahmekote müsste auch so bemessen sein, dass durch eine Bejagung der günstige Erhaltungszustand nicht gefährdet ist.⁹²

Auf Ebene der EU wird derzeit intensiv über eine Änderung des Schutzstatus des Wolfes diskutiert. So will die EU-Kommission den Status von „streng geschützt“ auf „geschützt“ ändern, um dadurch die Entnahme zu erleichtern.⁹³ Auf lange Sicht kann damit wohl davon ausgegangen werden, dass eine Verschiebung zugunsten der Nutztierhalter dergestalt stattfinden wird, dass es einer Entnahme nicht mehr der strengen Voraussetzungen bedarf.

⁷⁷ Vgl. Antrag der CDU/CSU-Fraktion, BT-Drs. 20/3690.

⁷⁸ S. auch zum Bestandsmanagement, *Brenner*, NuR 2024, S. 1.

⁷⁹ BT-Drs. 20/3690, S. 2.

⁸⁰ So z. B. in Schweden, Slowenien, Finnland.

⁸¹ *Borwieck*, ZUR 2020, S. 50 (51).

⁸² *Borwieck*, ZUR 2020, S. 50 (51).

⁸³ *Borwieck*, ZUR 2020, S. 50 (53).

⁸⁴ *Wolf*, Der Wolf als streng geschützte Art und möglicher Gegenstand des Jagdrechts, ZUR 2012, S. 331 (335); *Köck*, NuR 2018, S. 812 (813).

⁸⁵ *Rüwe*, NdsVBl. 2020, S. 65 (71).

⁸⁶ *Brenner*, Jagdrecht und Naturschutzrecht (Teil 1) – Ein unionsrechtlich überlagertes kompetenzrechtliches Dickicht, NuR 2017, S. 145 (151).

⁸⁷ *Rüwe*, NdsVBl. 2020, S. 65 (71).

⁸⁸ *Rüwe*, NdsVBl. 2020, S. 65 (71).

⁸⁹ Ähnlich *Rüwe*, NdsVBl. 2020, S. 65 (71).

⁹⁰ *Brenner*, NuR 2017, S. 145 (147).

⁹¹ *Rüwe*, NdsVBl. 2020, S. 65 (71).

⁹² *Brenner*, NuR 2017, S. 145 (147); *Schoof et al.*, NuL 2021, S. 10 (17).

⁹³ <https://www.tagesschau.de/ausland/europa/eu-abschuss-woelfe-100.html> [Stand: 13.03.2024].

II. Naturschutzfachliche Erwägungen

Selbst wenn die rechtliche Möglichkeit – unter den oben genannten Voraussetzungen – bestünde, ein solches aktives Bestandsmanagements einzuführen. So muss aus naturschutzfachlicher Sicht die Frage aufgeworfen werden, ob sich die gewünschten Effekte tatsächlich erzielen ließen.

Rein gedanklich ist, um Nutztierrisse zu minimieren, die Dezimierung des Wolfsbestandes in Form der Letalentnahme das Mittel der Wahl. Man könnte folgende Annahme treffen: Je höher das Wolfsvorkommen, desto stärker steigen die Nutztierrisse an. Diese Korrelation stößt in naturschutzfachlicher Hinsicht auf keinen Widerhall. So hängen die auftretenden Nutztierschäden nicht zwangsläufig von dem zahlenmäßigen Vorkommen der Wölfe ab,⁹⁴ sondern werden von unterschiedlichen Umständen beeinflusst.⁹⁵ Zu nennen ist beispielweise das Nahrungsangebot.⁹⁶ Hauptnahrungsquelle des Wolfes sind nicht Nutztiere wie Schafe oder Ziegen, sondern wilde Huftiere.⁹⁷ Sind diese aber nicht in ausreichendem Maße vorhanden und damit der Nahrungsbedarf nicht gedeckt, greift der Wolf gegebenenfalls auf Nutztiere zurück.⁹⁸

Den größten Einfluss auf Nutztierrisse haben jedoch Herdenschutzmaßnahmen.⁹⁹ So zeigen beispielweise Daten aus dem Jahre 2019, dass die Wolfsübergriffe in Sachsen und Schleswig-Holstein ähnlich hoch waren.¹⁰⁰ In diesem Zeitraum war das Wolfsvorkommen in Sachsen in Höhe von 28 Rudeln deutlich höher als das in Schleswig-Holstein, wo es nur zwei territoriale Einzeltiere gab.¹⁰¹ Es lässt sich erkennen, dass die Anzahl der Übergriffe auf Nutztiere nicht mit dem zahlenmäßigen Wolfsvorkommen korreliert,¹⁰² sondern vielmehr in Abhängigkeit von der Errichtung geeigneter Herdenschutzmaßnahmen besteht.¹⁰³

Dass von einer Bejagung nicht die erhoffte Wirkkraft ausgeht, zeigt auch ein Blick in andere Länder, in denen – teilweise

schon seit geraumer Zeit – eine Bejagung des Wolfes stattfindet.¹⁰⁴ So wurde in Slowenien eine jährliche Abschussquote festgelegt, um eine Reduktion von Rissvorfällen zu erreichen,¹⁰⁵ welche aber nach über 15 Jahren keinen nennenswerten Effekt verzeichnen konnte.¹⁰⁶

Ein ähnliches Problem der Wirkungslosigkeit stellt sich auch in Bezug auf die Entnahme gesamter Rudel. Zwar besteht ein kurzfristiger Rückgang von Nutztierschäden, jedoch handelt es sich vielmehr um einen Vergrämungseffekt, da zwar für andere Wölfe und Rudel eine Abschreckungswirkung entsteht, diese aber auf andere Gebiete ausweichen.¹⁰⁷ In der Konsequenz nahmen in diesen Gebieten die Nutztierschäden zu, sodass es sich lediglich um eine räumliche Problemverlagerung handelt.¹⁰⁸ Auch wird angenommen, dass es nur Wochen bis Monate braucht, bis ein Nachbarrudel oder neue Wolfspaare das Gebiet besetzen.¹⁰⁹ Durch die Letalentnahmen kommt es zudem zur Veränderung der Rudelstruktur bzw. einer Zerstörung dieser, mit der Folge, dass Rissereignisse sogar zunehmen können.¹¹⁰

Es lässt sich somit festhalten, dass die Faktenlage gegen ein Bestandsmanagement und die Bejagung des Wolfes spricht. Die Wirkkraft, die man sich von diesem erhofft, wird realiter nicht zu erzielen sein.

E. Resümee

Die Ausnahmevorschriften betrachtend, ergeben sich diverse Probleme, die insbesondere auf die Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe zurückführen sind. Diese erfahren erst durch die Judikative und Exekutive die nötige Konkretisierung. In Bezug auf § 45a II BNatSchG ist dieser zwar nicht per se als europarechtswidrig einzustufen, doch muss dessen Sinnhaftigkeit in Frage gestellt werden. Das propagierte Allheilmittel der Bejagung entpuppt sich bei näherer Betrachtung weit weniger effektiv als angenommen.

⁹⁴ Reinhardt et al. in: Voigt, Evidenzbasiertes Wildtiermanagement, 2023, S. 235; Reinhardt et al., Monitoring von Wolf, Luchs und Bär in Deutschland, 2015, BfN-Skript 413, S. 15.

⁹⁵ Reinhardt et al. in: Voigt, Wildtiermanagement (Fn. 94), S. 235.

⁹⁶ Reinhardt et al. in: Voigt, Wildtiermanagement (Fn. 94), S. 235.

⁹⁷ Reinhardt et al., Konzept im Umgang mit Wölfen, die sich Menschen gegenüber auffällig verhalten – Empfehlungen der DBBW, 2018, BfN-Skript 502, S. 17; Reinhardt et al. in: Voigt, Wildtiermanagement (Fn. 94), S. 235.

⁹⁸ Reinhardt et al. in: Voigt, Wildtiermanagement (Fn. 94), S. 235.

⁹⁹ Reinhardt et al. in: Voigt, Wildtiermanagement (Fn. 94), S. 235.

¹⁰⁰ Reinhardt et al. in: Voigt, Wildtiermanagement (Fn. 94), S. 235.

¹⁰¹ Reinhardt et al. in: Voigt, Wildtiermanagement (Fn. 94), S. 235, 236.

¹⁰² Reinhardt/Kluth, BfN-Skript 201 (Fn. 50), S. 43; Reinhardt et al. in: Voigt, Wildtiermanagement (Fn. 93), S. 237.

¹⁰³ Reinhardt/Kluth, BfN-Skript 201 (Fn. 50), S. 43; Reinhardt et al. in: Voigt, Wildtiermanagement (Fn. 93), S. 237.

¹⁰⁴ Z.B. in Slowenien, Frankreich, Spanien, s. Reinhardt et al. in: Voigt, Wildtiermanagement (Fn. 94), S. 238; zu Frankreich *Amadori/Fuchs*, Aktuelle Entwicklungen des verwaltungsgerichtlichen Umweltrechtsschutzes in Frankreich, NVwZ 2021, S. 1748 (1753).

¹⁰⁵ Reinhardt et al. in: Voigt, Wildtiermanagement (Fn. 94), S. 238.

¹⁰⁶ Reinhardt et al. in: Voigt, Wildtiermanagement (Fn. 94), S. 238.

¹⁰⁷ Reinhardt et al. in: Voigt, Wildtiermanagement (Fn. 94), S. 238.

¹⁰⁸ Reinhardt et al. in: Voigt, Wildtiermanagement (Fn. 94), S. 238.

¹⁰⁹ Reinhardt et al. in: Voigt, Wildtiermanagement (Fn. 94), S. 238.

¹¹⁰ Borwieck, ZUR 2020, S. 50 (53); Reinhardt et al. in: Voigt, Wildtiermanagement (Fn. 94), S. 243.

Hauptaugenmerk sollte vielmehr der nicht-letale Herdenschutz sein, welcher nachweislich zur Konfliktbewältigung beiträgt.

Dem Recht kommt im Rahmen der Wolf-Nutztier-Problematik die Aufgabe zu, die widerstreitenden Interessen in einen Ausgleich zu bringen. Einfache Lösungen auf komplexe Fragen bestehen in diesem Zusammenhang leider nicht.

Vor dem Hintergrund der aktuellen Forderungen und Bestrebungen, insbesondere auf Ebene der EU, wird es perspektivisch zu einer Änderung des Schutzstatus des Wolfes kommen, wodurch die Möglichkeit bestünde Erleichterungen von Letalentnahmen zu erreichen. Ob sich dadurch die Konflikte nachhaltig lösen lassen, bleibt abzuwarten.

Jakob Singer: Der Mythos vom unpolitischen Privatrecht – Entzaubert am Beispiel des Bundesdeutschen Familienrechts unter besonderer Berücksichtigung der Rolle der Ehefrau unter dem Grundgesetz

Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im 10. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen des einfachen Seminars zur (Privat-)Rechtstheorie bei Prof. Dr. Michael Grünberger, LL.M. (NYU) und Johannes Herb (Lehrstuhl Zivilrecht X – Bürgerliches Recht, Wirtschafts- und Technikrecht) entstanden.

A. Einleitung

Was Otto von Gierke in der Entstehungszeit des Bürgerlichen Gesetzbuches noch bemängelt hatte – dem (darin kodifizierten) Privatrecht fehle ein Tropfen sozialistischen Öls¹ –, dessen rühmt sich die Privatrechtswissenschaft heute:² Unpolitisch zu sein. Tut sie dies, so geschieht es zumeist zur Abgrenzung vom Öffentlichen Recht, dessen politische Aufladung als ihm seiner Natur nach innewohnend angenommen wird.

Ob diese Behauptung auf das im BGB kodifizierte Privatrecht zutrefte, daran ergeben sich doch Zweifel, z.B. beim Blick auf das Wohnraummietrecht mit seinem doch spürbar ausgeprägten Mieterschutz.³ Hier wird es schwierig anzunehmen, dass Mieter und Vermieter einander als freie Gleiche⁴ gegenüberreten. Vielmehr hat der Gesetzgeber die tatsächliche Ungleichheit der beiden Parteien erkannt und hat sie durch den Erlass von Vorschriften abzumildern versucht, ein Eingriff in die Privatautonomie aus sozialen Erwägungen heraus.

Dies gibt Anlass, die These vom unpolitischen Privatrecht kritisch zu hinterfragen.

Dazu soll zunächst ihrem Ursprung nachgespürt werden. Weiterhin ist es notwendig, sich im Lichte der These über die verglichenen Gegenstände klar zu werden. Schließlich soll die These für Deutschland am BGB überprüft werden. Hierbei erscheint das Familienrecht als besonders aussagekräftiger Indikator und hier besonders die Regelungen zur Rolle der Frau in der Ehe. Dies aus zwei Gründen: Erstens hat mit der Ehe ein Gegenstand Eingang in das positive juristische Recht gefunden, der seinen Ursprung in der Religion hat. Dies konstruiert ein für die Untersuchung ergiebiges Spannungsfeld zwischen religiös-sittlicher (politischer?) Tradition und dem davon – so die These

– unbeeinflussten Privatrecht. Zweitens hat sich die gesellschaftliche Auffassung von der Rolle der Frau in den letzten Jahrzehnten drastisch gewandelt. Folglich wäre, die These als zutreffend unterstellt, eine signifikante Diskrepanz zwischen politischer Realität und davon entkoppeltem Privatrecht zu erwarten.

B. Der Mythos vom unpolitischen Privatrecht

I. Rekonstruktion der Herkunft dieses Mythos

Die Trennung des Privatrechts vom öffentlichen Recht anhand des politischen Gehalts wird bisweilen auf einen aus dem römischen Recht tradierten Abgrenzungsversuch dieser beiden Kategorien von Recht gestützt.⁵ Demnach soll Ulpian wie folgt differenziert haben:

„Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem.“ – Das öffentliche Recht ist, was den Zustand des Römischen Staates, das private [Recht ist, was] den Nutzen der Einzelnen im Blick hat.⁶

Hieraus ergeben sich bereits die jeweils bestmöglich durchzusetzenden Interessen: Das (öffentliche) Recht versucht das Gemeinwohl zu mehren, während durch das Privatrecht die Privatautonomie zu möglichst ungehinderter Entfaltung kommen soll. Dies führt auch zu den unterschiedlichen Instrumenten, derer sich die beiden Teilrechtsgebiete zur Erreichung dieser Interessen bedienen: Während das öffentliche Recht hierarchisch diktiert, ist das Privatrecht um Ausgleich durch Koordination bemüht.⁷

Bisweilen wurde die Unterscheidung jedoch nicht anhand der Regelungsmaterie vorgenommen, sondern es wurde nach dem

¹ Vgl. Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts - Vortrag v. 05.04.1889, Nachdruck 1943, S. 10.

² Vgl. Krüper, Zweites Referat zum Thema „Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?“ in: Sacksofsky, Ute [Hrsg.], VVdStRL, 2020, S. 43 (76); eindringlich gegen die Politisierung des Privatrechts wendet sich auch bereits Baumbach, Juristische Rundschau, DJZ 1934, S. 262 (264 f.), der insoweit Uferlosigkeit befürchtet: „Wohin soll man kommen [...]?“ und zu deren Verhütung auf das Gesetz als einzig maßgebliche Quelle für den zu berücksichtigenden (gesetzgeberischen) Willen verweist.

³ Dass dieser auch ausdrücklich bezweckt wird, zeigt z. B. Börstinghaus für § 559 BGB, vgl. Börstinghaus in: Schmidt-Futterer, 15. Auflage 2021, § 559 Rn. 8; siehe auch für § 561 BGB Börstinghaus in: Schmidt-Futterer, 15. Auflage 2021, § 561 Rn. 7.

⁴ Begrifflich Rödl, Gerechtigkeit unter freien Gleichen, 2015.

⁵ So z. B. Bydlinski, Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht, AcP 194, S. 319 (321 f.).

⁶ Nachgewiesen ebd. Übersetzung d. Verf.

⁷ Vgl. Becker, Öffentliches und Privates Recht, NVwZ 2019, S. 1385 (1387).

Rechtssetzer differenziert: Demnach war öffentliches staatlicherseits gesetztes Recht und Privatrecht solches, das sich Private aus eigenem Antrieb gaben – fixiert und kodifiziert mittels staatlicher Rechtssetzung.⁸

II. Schaffung und Schärfung der Zentralbegriffe: Abgrenzung des Privatrechts von der Politik

Die zu reflektierende These vom unpolitischen Privatrecht setzt voraus, Recht und Politik als zwei ihrer Natur nach verschiedene Dinge zu verstehen, die gegeneinander abgegrenzt werden können⁹ und, so die These, auch zumindest sollten.

Voraussetzung einer solchen Abgrenzung ist zuallererst eine Definition der Vergleichsgegenstände. Was also ist nun – zumindest für den Zweck der vorliegenden Untersuchung – das Politische? Politisch sei hier all das, was nicht dem selbstbestimmten Handeln freier und gleicher Individuen entspricht, sondern obrigkeitlich, ggf. mittels Zwangs, zur Stärkung des Gemeinwohls veranlasst wird. Nach diesem weiten Verständnis von Politik ist die Gesamtheit des positiven Rechts politisch. Dies deshalb, weil sie sich nicht a priori ergibt, sondern vielmehr der Setzung¹⁰ durch eine dazu autorisierte Obrigkeit bedarf. Doch die Setzung allein kann noch kein politisches Recht im Sinne der untersuchten These kennzeichnen. Verstünde man nämlich Politik derart formal, wäre die These bereits hier falsifiziert, denn auch das im BGB kodifizierte Privatrecht ist nunmehr positives Recht, wäre also als politisch im o. g. Sinne anzusehen. Dieser Befund wird jedoch dadurch eingeschränkt, dass weite Teile des im BGB kodifizierten Rechts als disponibles Recht ihre Gültigkeit dennoch wiederum dem Willen der Parteien anheimstellen und damit der Privatautonomie dennoch Raum zur Entfaltung lassen. In der Folge ist das Recht des BGB trotzdem noch nicht allein seiner Setzung wegen politisch im Sinne hiesigen Verständnisses. Nach anderer Ansicht komme es für die Differenzierung darauf an, woher die Initiative für eine Rechtsnorm stamme. Sei diese originär obrigkeitlichen Ursprungs, liege (politisches) Öffentliches Recht vor.¹¹ Da das

BGB nichts anderes als die Kodifikation ohnehin bereits zuvor gelebter sozialer Praxis enthalte, sei es trotz seiner Setzung als unpolitisch anzusehen.¹²

Die vorgenannten Ansätze nähern sich der Frage nach dem Politischen des Privatrechts allesamt auf prozeduralem Wege, von der Setzung her. Da nun aber aus dieser Perspektive alles gesetzte Recht als politisch gelten muss (vgl. zuvor) und das Politische somit an Schärfe als Trennungskriterium verlöre, scheint es vorliegend fruchtbringender, das Politische materiell-inhaltlich aufzufassen. In diesem Sinne wird Politik als die Gesamtheit des „lebendig-dynamischen Bereichs der öffentlichen Ordnung“¹³ verstanden. Der politische Staat, der letztlich auch politisches Recht hervorbringt, schafft nicht nur wertneutrale und -offene Grundlagen für das menschliche Zusammenleben, sondern stülpt diesem darüber hinaus eine (für sein bloßes Funktionieren) überflüssige Wertordnung über. Der politische Staat übererfüllt damit seine Aufgabe der bloßen Strukturierung des Zusammenlebens einer Gesellschaft.¹⁴

Das Politische ist also Einfallstor für ethische, moralische oder gesellschaftliche Vorstellungen und Erwägungen und demnach ebenso wie jene wandelbar.

Demgegenüber steht die das Privatrecht kennzeichnende Idee der Privatautonomie, *Rittner* spricht insoweit gar von der „Substanz des Privatrechts“¹⁵. Privatrechtlich können Individuen sich auf ebenbürtiger hierarchischer Ebene binden, ohne dazu von der Freigabe durch ein gestuftes System der staatlich-öffentlich-rechtlichen Ordnung abhängig zu sein.¹⁶ Im Privatrecht setzt sich gewissermaßen der Kant'sche Naturzustand fort.¹⁷ In seiner ursprünglichen Reinform zeichnet das Privatrecht sich nach hergebrachtem Verständnis dadurch aus, dass es „die individuelle Selbstbestimmung im Sinne der negativen Freiheit [von staatlichen Eingriffen]“¹⁸ zum Schutzgegenstand hat.

⁸ Vgl. *Kummer*, Öffentliches und privates Recht in der politischen Grundordnung, ZgS 1944, S. 29 (32).

⁹ Dass das möglich und sinnvoll sei, wird bisweilen bezweifelt, z. B. *Jakab/Kirchmair*, Die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht als genetischer Fehler in der DNA kontinentaler Rechtsordnungen, Der Staat 2019, S. 345.

Dies zu erörtern ist jedoch nicht Aufgabe der vorliegenden Arbeit. Sie soll vielmehr nur die Tauglichkeit des Abgrenzungskriteriums des Politischen hinterfragen.

¹⁰ Eine solche Gleichsetzung von Politik und Positivismus unternimmt *Luhmann*, Positives Recht und Ideologie, ARSP 1967, S. 531 (534), wenn er schreibt, dass „das Recht [...] vollständig positiviert, das heißt der Entscheidung des politischen Systems der Gesellschaft überlassen wird.“

¹¹ Vgl. *Bydlinski*, AcP 194, S. 319 (341).

¹² Vgl. ebd.

¹³ *Henke*, Die politischen Parteien zwischen Staat und Gesellschaft in: Böckenförde, Ernst-Wolfgang [Hrsg.], Staat und Gesellschaft, 1976, S. 367.

¹⁴ Vgl. *Ellwein*, Wertordnung und politisches System in: Zoll, Ralf [Hrsg.], Politische Wissenschaft, 1987, S. 60.

¹⁵ *Rittner*, Über den Vorrang des Privatrechts, in: Dieckmann, Albrecht et al. [Hrsg.], Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels, 1986, S. 509 (521).

¹⁶ Vgl. *Römpp*, Exeundum esse a statu naturali – Kants Begriff des Naturrechts und das Verhältnis von privatem und öffentlichem Recht, ARSP 1988, S. 461 (472).

¹⁷ Vgl. ebd.

¹⁸ *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1993, S. 479.

III. Die familienrechtliche Entwicklung der Rolle der Frau in der Ehe seit Inkrafttreten des Grundgesetzes

Nachdem nun feststeht, was – zumindest für die Belange der vorliegenden Arbeit – Recht und was Politik sei, kann nunmehr zur Untersuchung der These vom unpolitischen Privatrecht geschritten werden. Als Indikator soll vorliegend die Entwicklung der rechtlichen wie gesellschaftlichen Rolle der Ehefrau unter dem GG seit 1949 dienen. Wegmarken für Betrachtungszeitpunkte stellen dar: Das Inkrafttreten des GG (1949) [1.], das erste Gleichberechtigungsgesetz (1958) [2.], die Familienrechtsreform von 1977 [3.], das zweite Gleichberechtigungsgesetz (1994) [4.] sowie die Einfügung des Art. 3 II 2 GG (ebenso 1994) [5.].

1. Das Inkrafttreten des GG im Jahre 1949

Nach dem Kriege herrschte trotz der neuen rechtlichen Ordnung des GG in der Gesellschaft weiterhin die Auffassung vor von dem weiblichen als schwächerem Geschlecht, welches männlicher Fürsorge und Leitung bedürfe.¹⁹ Dies schlug sich auch im bürgerlich-rechtlichen Patronatsprinzip nieder, das die Frau zunächst ihrem Vater, später dem Ehemanne unterstellte: So machte z. B. § 4 BGB a. F. für die Volljährigkeitserklärung die Einwilligung der Eltern erforderlich (wobei die elterliche Gewalt vielmehr eine väterliche war) oder die Frau war gem. § 8 BGB a. F. nicht in der Lage, selbstständig einen Wohnsitz zu begründen. Die bestimmende Rolle des Ehemannes wiederum zeigt sich in § 1355 BGB a. F., wonach der Ehe name (zunächst ausschließlich) derjenige des Mannes war. Zudem sprach § 1354 BGB a. F., der in dieser Fassung erst zum 01.07.1958 außer Kraft getreten ist, „[d]em Manne [...] die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten zu“.

In den ersten Jahren seiner Geltung war daher der Bedeutungsgehalt des Art. 3 II GG, der damals lediglich den heutigen Art. 3 II 1 GG umfasste, Gegenstand einer leidenschaftlich geführten juristischen Diskussion.²⁰ Dies lag einerseits daran, dass die Vorschrift in ihrer Klarheit sich nicht auf ein historisches Vorbild – etwa in der Weimarer Reichsverfassung (WRV) – stützen konnte.²¹ Zudem war die

damalige gesellschaftliche Realität eine völlig andere, wenn nicht sogar konträr zu der genannten Forderung des GG.²² Dieser Widerspruch prägte sodann auch die Diskussion um die Auslegung des Art. 3 II GG, die nicht umhinkommt, gesellschaftlich vorherrschende, mithin politische Positionen argumentativ zu verwerfen. Dass diese politische Debatte auch unter dem GG stattfinden sollte, die tatsächliche Gleichberechtigung der Gesellschaft also nicht über Nacht übergestülpt werden sollte, zeigt die Übergangsregelung des Art. 117 I GG, der die unmittelbare Geltung von Art. 3 II GG zunächst vorübergehend hemmte.²³

Weiterhin sorgte freilich das bereits dargelegte damalige Rollenverständnis, wonach das weibliche das schwächere der Geschlechter sei, für große Ungewissheit über die Interpretation dieses schlichten Satzes „Männer und Frauen sind gleichberechtigt.“

Sieht man genannte Schwäche tatsächlich mit der damals wohl herrschenden Meinung als biologisch bedingt an, ergeben die gegenüber Art. 3 II GG geäußerten Bedenken Sinn: Was seiner Natur nach ungleich sei, könne nicht kraft gesetzlicher Fiktion vollwertige materielle Gleichheit erlangen.²⁴ Dass gerade dies vielleicht eine jenes charakterisierende Fähigkeit des Rechts sein könnte, wurde offenbar nicht in Betracht gezogen.

Daher sah man sich in der Anfangszeit der jungen Bundesrepublik nicht veranlasst, vor Ablauf der in Art. 117 I GG gewissermaßen „ohne Not“ kraft gesetzgeberischen Willens zur Beseitigung rechtlicher Nachteile für die Frau zu schreiten.

2. Das erste Gleichberechtigungsgesetz von 1958

Erst später erkannte der Gesetzgeber, dass zwischen dem grundgesetzlichen Gleichberechtigungsauftrage aus Art. 3 II GG und der Lage des Bürgerlichen Rechts eine große Divergenz bestand, in welche Rechtsunsicherheit eingefallen war. Diese Unsicherheit zu beseitigen, war Ziel des ersten Gleichberechtigungsgesetzes.²⁵ Wenngleich dies den Eindruck freiwilligen Fortschritts vermittelt, darf dem nicht unkritisch geglaubt werden. Vielmehr muss Berücksichtigung finden, dass Art. 117 I GG²⁶ den Gesetzgeber unter Zugzwang setzte,

¹⁹ Diese Auffassung führt *Möcke* auf Aristoteles zurück, vgl. *Möcke*, Gleichberechtigung und das 1. EheRG, 1980, S. 1 mit dort Fn. 1.

²⁰ Vgl. *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 1996, S. 102.

²¹ Dies, obwohl er einen bereits in der Art. 109 II WRV „ausgesprochenen Grundsatz“ wiederaufnahm, wie BVerfG v. 18.12.1953 – 1 BvL 106/53, BVerfGE 3, 225 (225) betont. Art. 109 II WRV statuiert jedoch explizit *nur grundsätzlich* gleiche Rechte und Pflichten für Männer und Frauen.

²² Vgl. *Sacksofsky* (Fn. 20), S. 103.

²³ Dazu BVerfG v. 18.12.1953 – 1 BvL 106/53, BVerfGE 3, 225 (226).

²⁴ Vgl. *Sacksofsky* (Fn. 20), S. 319 ff.

²⁵ Vgl. die Begründung des Entwurfs in BT-Drs. 02/224, S. 27.

²⁶ Dieser lautet: „Das dem Artikel 3 Abs. 2 [des GG] entgegenstehende Recht bleibt bis zu seiner Anpassung an diese Bestimmung des Grundgesetzes in Kraft, jedoch nicht länger als bis zum 31. März 1953.“ und setzt gleichheitswidriges Recht nötigenfalls ersatzlos außer Kraft.

weil er förmlich über Nacht Regelungslücken²⁷ schuf, die es zu füllen galt. Dies hatte wahrscheinlich ebenso großen Anteil am Entstehen des ersten Gleichberechtigungsgesetzes, welches am 03.05.1957 beschlossen wurde.²⁸

Dieses Gesetz erstrebte die Gleichberechtigung der Geschlechter in der Ehe zunächst nur auf dem Gebiet des Zivilrechts.²⁹ Der neuen sozialen Realität wurde dabei mittels einer Neuregelung des Güterrechts³⁰ und der Schlüsselgewalt zu begegnen versucht. Dies deshalb, weil in diesen Bereichen die größten Auswirkungen in tatsächlich-finanzieller Hinsicht zu bewältigen waren.

Art. 1 Nr. 8 des ersten Gleichberechtigungsgesetzes nahm eine umfassende Erneuerung des Güterrechts vor. An die Stelle des vormaligen gesetzlichen Güterstands der ehemännlichen Verwaltung trat nunmehr der Güterstand des Zugewinnausgleichs bzw. die Zugewinnngemeinschaft.³¹ Diese unterstellte die Verwaltung des eigenen Vermögens jedem Ehegatten selbst (§ 1371 BGB a. F.) und wurde abgesichert durch einen Zugewinnausgleichanspruch (§ 1378 BGB a. F.). Dadurch hatten nunmehr beide Ehegatten gleichen Anteil an dem während der Ehe erzielten Zugewinn. So wurde insbesondere die Frau, die „nur“ Hausfrau war, während ihr Gatte erwerbstätig war, bessergestellt³² und für ihren Beitrag zum Gelingen des Familienlebens wertgeschätzt. Dies war ein wichtiger Schritt, war doch die Frau noch immer vorwiegend für die Führung des Haushalts zuständig und nur nachrangig, neben der Erfüllung dieser häuslichen Pflichten, zur Erwerbstätigkeit berechtigt (vgl. § 1356 BGB a. F.).

Auf dem Gebiet der allgemeinen Ehwirkungen vorgenommene Änderungen hatten dagegen eher Bekenntnischarakter und zeigen, wie wenig Interesse doch an

einer wirklichen Änderung der Verhältnisse bestanden haben muss. Dies wird deutlich, wenn man auf die Interpretationen der Änderung von § 1355 BGB blickt, wonach die Frau nunmehr ihren Mädchennamen dem Ehenamen nachstellen durfte: Diese Änderung wurde mitunter als solche „eine[r] reine[n] Ordnungsnorm“³³ begriffen, sodass sie mit Blick auf ihren Beitrag zu mehr materieller Gleichberechtigung doch eher „halbherzig“³⁴ erscheint. Dominant blieb das „Leitbild der Hausfrauenehe“³⁵ mit geringfügigen Verbesserungen durch Gestattung weiblicher Erwerbstätigkeit. Nach *Specht*³⁶ darf der tatsächliche Effekt dieser Gestattung jedoch im Angesicht der im Zweifel gewichtigeren Haushaltsführungspflicht der Frauen nicht überschätzt werden. So sei letztlich auch die ersatzlose Streichung von § 1354 (Ehemännliche Letztentscheidung) nicht mehr als ein programmatischer Akt.³⁷ Die Literatur nimmt den Befund teils mit Verwunderung und dem Wunsch nach mehr Veränderung,³⁸ teils anerkennend unter Verweis auf die eigentliche Rolle der Frau³⁹ auf. Letztere Ansicht kann wenig überzeugen, ist doch die Gleichberechtigung der Geschlechter gewissermaßen der Grundstein, auf dem die Ehe unter dem GG, wie zuvor bereits unter der WRV, weiterhin beruhte.⁴⁰

Nach alledem scheint es, als habe das erste Gleichberechtigungsgesetz zwar versucht, die auffälligsten Ungleichbehandlungen von Männern und Frauen formal zu tilgen, jedoch kaum Auswirkungen auf die Realisierung des Auftrags aus Art. 3 II GG gehabt.⁴¹ *Möcke* formuliert noch drastischer, wenn sie den Maßnahmen lediglich eine „Alibifunktion“ zugesteht.⁴²

²⁷ Auch BVerfG v. 18.12.1953 – 1 BvL 106/53, BVerfGE 3, 225 (226) spricht mit Blick auf die Tätigkeit der Gerichte in Ermangelung gesetzlicher Regelungen ab 01.04.1953 von „Lückenerfüllung“.

²⁸ Vgl. *Specht*, Das zweite Gleichberechtigungsgesetz, 1999, S. 64.

²⁹ Dies betont *Specht* (Fn. 28), S. 64, wiederholend *Reinicke*, Zum neuen ehelichen Güterrecht, NJW 1957, S. 889.

³⁰ Die Fokussierung auf diesen Themenbereich sieht auch *Möcke* (Fn. 19), S. 26 Fn. 83 und führt sie auf erheblichen Verbesserungsbedarf bei der sozialen Sicherung der (insb. Haus-)Frau zurück.

³¹ Vgl. Neufassung § 1363 BGB.

³² Vgl. *Specht* (Fn. 28), S. 65.

³³ *Möcke* (Fn. 19), S. 27 mit Fn. 87.

³⁴ So *Specht* (Fn. 28), S. 73 in seinem Fazit zur tatsächlichen Änderung mit Blick auf die Realisierung des Gebots aus Art. 3 II GG durch das erste Gleichberechtigungsgesetz.

³⁵ *Specht* (Fn. 28), S. 68.

³⁶ Vgl. *Specht* (Fn. 28), S. 69.

³⁷ Vgl. *Specht* (Fn. 28), S. 67, der sich mit seiner düsteren Bewertung der Auswirkungen *Möcke* (Fn. 19), S. 28 anschließt. Dort heißt es: „[die Frau war – trotz der Neufassung des § 1356 – ...] hinsichtlich ihrer Lebensgestaltung [weiterhin] erheblich eingeschränkt.“

³⁸ Z. B. *Möcke* (Fn. 19), S. 28.

³⁹ *Bosch*, Bemerkungen zum „Gleichberechtigungsgesetz“, FamRZ 1957, S. 189 (196) attestiert § 1356 n. F. BGB insoweit, dass darin „die Funktion der Ehefrau durchaus richtig“ gesehen werde. Er scheint so weiterhin dem von der Vorschrift hervorgehobenen und zum Standard erklärten Konzept von der Frau als Hüterin des heimischen Herdfeuers anzuhängen.

⁴⁰ Vgl. Art. 119 I 2 WRV, der die Gleichberechtigung der Geschlechter zu einem Grundprinzip der Ehe erhebt! Dies wird fortgeschrieben für das Eherecht unter dem GG von BVerfG v. 18.12.1953 – 1 BvL 106/53, BVerfGE 3, 225 (241 f.).

⁴¹ Vgl. *Specht* (Fn. 28), S. 73.

⁴² *Möcke* (Fn. 19), S. 332. Zwar bezieht sie sich hierbei auf das 1. EheRG. Da dieses jedoch dem ersten Gleichberechtigungsgesetz – mit Blick auf das Regelungsthema nahtlos – nachgefolgt ist, dürften die Mängel, die es nicht behoben hat, auch schon zur Zeit des ersten Gleichberechtigungsgesetzes bestanden haben. Auf die defizitäre Umsetzung behandelten Verfassungsauftrages durch speziell dieses weist *Möcke* (Fn. 19), S. 32 hin.

3. Die Familienrechtsreform von 1977

Den durch das erste Gleichberechtigungsgesetz bewirkten Änderungen fehlte es wie gezeigt an Mut,⁴³ eine radikale – und von Grundgesetzes wegen gebotene (!) – Änderung des Verhältnisses zwischen Mann und Frau herbeizuführen. Dazu bedurfte es zunächst eines Wandels der politisch-gesellschaftlichen Auffassungen, wie er mit den Forderungen der 68er-Bewegung einsetzte und schließlich in den späten 1970er-Jahren zu einer grundlegenden Reform des Ehe- und Familienrechts führte.

Diese Reform geschah hauptsächlich mittels des Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG) vom 15.06.1976.⁴⁴

Das 1. EheRG stellte die Ehe unter ein neues, progressives Leitbild⁴⁵ ebenbürtiger Partnerschaft und passte folgerichtig auch das Recht der Scheidung an diese neue Situation an.

Zum Leitbild der Ehe heißt es im Gesetzentwurf,⁴⁶ auf welchen auch *Möcke*⁴⁷ hinweist:

„Für den Bereich der persönlichen Ehwirkungen wird der Gleichberechtigungsgrundsatz auf der Grundlage eines partnerschaftlichen Verhältnisses der Ehegatten verwirklicht.“⁴⁸

Diese Erkenntnis wiederholt der Gesetzgeber auch in der Entwurfsbegründung und trägt damit ausdrücklich einem gewandelten Eheverständnis in der sozialen Lebensrealität Rechnung.⁴⁹

Dem folgend begründet er auch die Änderung von § 1355 BGB, wonach Ehefrau nunmehr auch der Geburtsname der Frau werden können soll, mit dem Gleichberechtigungsgrundsatz. Die vormalige Rechtslage – Ehefrau wurde ausschließlich und von Gesetzes wegen der Name des Mannes – wird nun seitens des Gesetzgebers als verfassungswidrig erkannt und als den

Frauen zukünftig daher unzumutbar gebrandmarkt. Dabei stehen die Identifikation mit dem und deswegen die Selbstbestimmung der Ehegatten über den gemeinsamen Ehenamen im Vordergrund.⁵⁰

Die Abkehr von der Hausfrauenehe hatte zur Folge, dass nunmehr auch haushaltsbezogene Geschäfte vom Ehemann mit vorgenommen werden sollten, sodass eine Neuregelung der Schlüsselgewalt erforderlich wurde. Dies hatte einerseits praktische, den Verkehrsschutz betreffende Gründe,⁵¹ andererseits ist die Änderung auch ideell aufschlussreich: So wird die Neuregelung sogar mit dem ursprünglichen und nun veralteten Verständnis von der Hausfrauenehe begründet, wodurch die Abkehr von dieser endgültig klar wird. Der Entwurf spricht an dieser Stelle⁵² vielmehr geschlechtsneutral vom „Ehegatten, dem die Haushaltsführung überlassen ist“ und lässt damit zumindest (und wahrscheinlich auch ausschließlich) gedanklichen Spielraum für hausmännliche Arbeitsteilungsmodelle u. Ä. Insofern stellt die Regelung abermals die Ebenbürtigkeit der Ehepartner heraus.

Neben der Neuregelung der Ehwirkungen sollten auch die Scheidung und deren Folgen im 1. EheRG neu geregelt werden.⁵³ Zentral⁵⁴ auf diesem Gebiet war die Neufassung des die Ehescheidung ermöglichenden Prinzips: Nichtmehr gegenseitige, oft emotionsgeladene Schuldzuweisungen, sondern die bloß analytisch-nüchterne Feststellung der rein faktischen⁵⁵ Zerrüttung einer Ehe sollte nunmehr für deren Scheidung hinreichen, wobei betont werde, dass die Ehe wegen der Zerrüttung tatsächlich auch gescheitert sein müsse.⁵⁶ Begründet wird dies seitens des Gesetzgebers einerseits mit dem Willen, einen Rosenkrieg zu vermeiden, der nur der aus der Ehe u. U. hervorgegangenen Familie schade.⁵⁷ Die zeitgenössische Literatur⁵⁸ versteht das Zerrüttungsprinzip bisweilen auch als Ausfluss des Topos ebenbürtiger Ehepartner, der ja prägend für das 1. EheRG ist. *Möcke*⁵⁹ sieht dagegen im Zerrüttungsprinzip vielmehr einen pragmatischen Ausweg aus

⁴³ Vgl. auch *Specht* (Fn. 28), S. 73.

⁴⁴ BGBl. I S. 1421.

⁴⁵ *Specht* (Fn. 28), S. 77 bemerkt, dass sich der Gesetzgeber der expliziten Nennung eines neuen Leitbildes enthalten habe. Darin kann ein Bekenntnis zur Ebenbürtigkeit der Ehepartner gesehen werden; wie diese ihre Beziehung intern ausgestalten, wird nicht mehr starr vonseiten des Staates vorgeformt, sondern ist nun Sache der Verhandlungen mündiger, ebenbürtiger Partner untereinander.

⁴⁶ BT-Drs. 7/650.

⁴⁷ Vgl. *Möcke* (Fn. 19), S. 91 mit Fn. 27.

⁴⁸ BT-Drs. 7/650, S. 1.

⁴⁹ Vgl. BT-Drs. 7/650, S. 230, zuvor bereits deutlicher BT-Drs. 7/650, S. 95.

⁵⁰ Vgl. BT-Drs. 7/650, S. 96.

⁵¹ Vgl. dazu und insb. der wirtschaftlichen, verkehrsschützenden Bedeutung der Novelle auch *Specht* (Fn. 28), S. 78.

⁵² Vgl. zu dem Ganzen, insb. dem ideellen Aspekt BT-Drs. 7/650, S. 98.

⁵³ Vgl. BT-Drs. 7/650, S. 59.

⁵⁴ Vgl. prominente Stellung der Thematik bereits zu Anfang von BT-Drs. 7/650, S. 1.

⁵⁵ *Specht* (Fn. 28), S. 80 beschreibt dieses Prinzip pointiert als „ohne Rücksicht auf [...] Verschulden“ wirkend. Auch der Gesetzgeber hofft durch die Änderung auf eine „Versachlichung“ des Verfahrens, wie aus BT-Drs. 7/650, S. 60 hervorgeht.

⁵⁶ Vgl. BT-Drs. 7/650, S. 60.

⁵⁷ Vgl. BT-Drs. 7/650, S. 60.

⁵⁸ Vgl. die Nachweise bei *Möcke* (Fn. 19), S. 103 f. mit Fn. 82 ff.

⁵⁹ Vgl. *Möcke* (Fn. 19), S. 104 f.

einer gescheiterten Ehe, welcher eine menschenwürdige und daher verfassungskonforme Trennung ermögliche.

Einigkeit herrscht jedenfalls darüber, dass das Verschuldensprinzip endgültig ausgedient haben sollte. Zur Sicherung dessen wurde die gesetzliche Vermutung des Scheiterns der Ehe in § 1566 I BGB aufgenommen.⁶⁰

Um jedoch einen Wiedereinzug des Verschuldensprinzips – gewissermaßen durch die Hintertür – zu vermeiden, wurde eine emotionslose Neuregelung des Zugewinn- und Versorgungsausgleichs notwendig.⁶¹

Diese nahm das 1. EheRG durch Neueinfügung der §§ 1570 ff. BGB vor und reagierte damit auch auf den plötzlichen Wegfall der Ehe mit ihrer wirtschaftlich-sozialen Sicherungsfunktion.⁶² Dabei wurde nicht geschlechts-, sondern vielmehr situationsbezogen vorgegangen und somit der begonnene Wandel hin zu ebenbürtiger Verantwortung der früheren Ehegatten weiter verfolgt.⁶³ So wurde der Grundsatz nach der Scheidung wiederauflebender Eigenverantwortlichkeit früherer Ehegatten nur durch „ehebedingte Bedürftigkeit“⁶⁴ durchbrochen. Namentlich konnte Unterhalt bei der Unzumutbarkeit eigener Erwerbstätigkeit z. B. wegen der Betreuung eines (ehelichen) Kindes (§ 1571) oder wegen Alters (§ 1572) bzw. Krankheit (§ 1573) verlangt werden. Wie § 1573 i. d. F. des Entwurfs zeigt, jedoch nur so lange, bis der Ehegatte wieder für sich selbst sorgen konnte.

Mit den Regelungen zum Versorgungsausgleich in §§ 1587 BGB reagierte das 1. EheRG auf das in seiner Entstehungszeit noch immer dominante Phänomen der arbeitsteiligen Ehe: Ein Ehegatte ist erwerbstätig, während der andere den gemeinsamen Haushalt versorgt.⁶⁵ Dies führe regelmäßig zu einer unfairen Häufung von Anwartschaften aufseiten eines Ehegatten, wohingegen sein Partner leer ausgehe.⁶⁶ Diesen Zustand wollte der Gesetzgeber beheben, hat er doch ausdrücklich auch die Haushaltsführung als zum Unterhalt der ehelichen Bedarfsgemeinschaft wesentlich (an-)erkannt,⁶⁷

zumal durch diese „Rückendeckung“ die Erwerbstätigkeit des Anderen ja oftmals überhaupt erst ermöglicht wird.

Blickt man auf die Wirkungen des 1. EheRG, so zeigt sich ein gemischtes Bild: Während die rechtlichen Voraussetzungen für mehr Gleichberechtigung durch das Gesetz wohl durchaus geschaffen wurden,⁶⁸ lässt sich doch tatsächliche Gleichberechtigung nicht mit Mitteln der Rechtssetzung allein erreichen. Hierzu bedarf es vielmehr eines Wandels der gesellschaftlichen und politischen (!) Auffassungen der Rechtsunterworfenen.⁶⁹

In Bezug auf die zu untersuchende These ist dieser einstweilige Befund aufschlussreich, zeigt er doch, wie schwierig (Privat-)Recht ohne Politik denkbar (und effektiv?) ist.

4. Das zweite Gleichberechtigungsgesetz von 1994

Trotz der beschriebenen Reformen verblieben weiterhin Hindernisse⁷⁰ für die materielle Gleichberechtigung der Geschlechter im sozialen Alltag. Dass deren Beseitigung das Ziel des zweiten Gleichberechtigungsgesetzes (2. GleibG), zeigt bereits der vollständige Titel des Gesetzes im zugehörigen Regierungsentwurf vom 21.07.1993:⁷¹ „Gesetz zur *Durchsetzung* der Gleichberechtigung von Frauen und Männern“ – auf die praktische Umsetzung kommt es an!

Inwieweit diese jedoch gelungen ist, kann bezweifelt werden mit Blick auf die Wirkungsbereiche des Gesetzes:⁷² Von vorgesehenen 14 Artikeln adressieren lediglich fünf den Arbeitsmarkt der freien Wirtschaft; die übrigen Vorschriften betreffen Beamte des Bundes sowie Richter.⁷³ Andererseits reagieren diejenigen Vorschriften mit Wirkung für den freien Arbeitsmarkt auf dort Gleichberechtigung hindernde Missstände. Hier sind besonders Artt. 8 und 9 des Entwurfs hervorzuheben, welche durch Ergänzung des § 611a BGB geschlechtsbedingter Benachteiligung bereits im Bewerbungsverfahren durch Schaffung eines

⁶⁰ Vgl. *Specht* (Fn. 28), S. 80.

⁶¹ Vgl. zu diesen Motiven BT-Drs. 7/650, S. 120: „Der Entwurf entscheidet sich deshalb auch im Unterhaltsrecht für die Abkehr vom Verschuldensprinzip.“ Diese Gefahr zeigt auch *Möcke* (Fn. 19), S. 119. mit Fn. 155 auf.

⁶² Dass der Ehe eine solche zukommt, zeigt auch § 1568 BGB i. d. F. d. Entw. BT-Drs. 7/650, S. 8, welcher wirtschaftliche Aspekte für die Zumutbarkeit der Scheidung für unbeachtlich erklärt.

⁶³ Vgl. *Specht* (Fn. 28), S. 81.

⁶⁴ Ebd.

⁶⁵ Vgl. BT-Drs. 7/650, S. 154.

⁶⁶ Vgl. ebd.

⁶⁷ Vgl. BT-Drs. 7/650, S. 155.

⁶⁸ Vgl. *Specht* (Fn. 28), S. 85.

⁶⁹ Vgl. *Möcke* (Fn. 19), S. 330. Wahrscheinlich deshalb lässt sie sich auch später zu dem Befund der „Alibifunktion“ (S. 332) des 1. EheRG hinreißen.

⁷⁰ *Specht* (Fn. 28), S. 86 nennt beispielhaft das Arbeitsrecht, flankierend den (bisher nur rechtlichen) Zugang der Frau zur Arbeitswelt.

⁷¹ BT-Drs. 12/5468. Bereits auf S. 1 des Entwurfs wird klargestellt, dass sich der verfassungsrechtliche Grundsatz der Gleichberechtigung noch nicht im sozialen Alltag etabliert habe.

⁷² Vgl. auch *Gutsche*, Das Zweite Gleichberechtigungsgesetz, S. 177.

⁷³ Vgl. bereits das Inhaltsverzeichnis in BT-Drs. 12/5468, S. 4.

Schadensersatzanspruches vorbeugen sollte.⁷⁴ Zudem sollte durch Änderung von § 611b BGB die geschlechtsneutrale Stellenausschreibung, nunmehr zwingend, geboten werden.⁷⁵ Durch Art. 11 des Entwurfs sollte sodann ein Beschäftigtenschutzgesetz neu geschaffen werden, um die Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz zu wahren.⁷⁶ Zur Erreichung dieses Zieles sah der Entwurf wirksame Maßnahmen vor. Interessant ist dabei die Regelungstechnik: Zum Schutze vor sexueller Belästigung (§ 2 Beschäftigtenschutzgesetz) zieht der Gesetzgeber Arbeitgeber als Garanten heran und auferlegt ihnen die Pflicht zu radikal-effektivem Einschreiten. Er verlangt hier ein klares Bekenntnis der Arbeitgeber zu (meistens) Frauen am Arbeitsplatz.

Trotz dieser Maßnahmen attestiert *Gutsche* dem 2. GleichBG lediglich mäßigen Erfolg:⁷⁷ Einerseits teilt er o. g. Zweifel bedingt durch die Verengung des gesetzgeberischen Fokus auf den öffentlichen Dienst. Darüber hinaus erachtet er die Schutzmittel gegen sexuelle Diskriminierung als nicht genügend wirksam.⁷⁸

Zu dem gleichen Ergebnis kommt *Specht*, wenn er das 2. GleichBG „nur als kleine[n] Schritt in die richtige Richtung“⁷⁹ bezeichnet, um sodann die Erreichbarkeit des gesteckten Zieles mit gesetzgeberischen Mitteln an sich infrage zu stellen. Jedenfalls sei der Weg dorthin noch weit.⁸⁰

Dies war auch dem Gesetzgeber bewusst, der noch im selben Jahr 1994 tätig wurde.

5. Die Einfügung des Art. 3 II 2 GG im Jahre 1994

Die vergleichsweise späte Einführung des Art. 3 II 2 GG zeigt, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber durchaus eine Divergenz zwischen dem Verfassungsauftrag zur Gleichberechtigung der Geschlechter und gesellschaftlicher Wirklichkeit⁸¹ erkannt hat. Aus heutiger Sicht mag es schwer begreiflich erscheinen, wie man an dieser damaligen Divergenz

habe zweifeln können. Jedoch muss berücksichtigt werden, dass durchaus die Ansicht vertreten wurde, Art. 3 II GG wiederhole Art. 3 III GG und beinhalte daher nur ein an die öffentliche Gewalt gerichtetes Diskriminierungsverbot.⁸² *Friauf* bemerkt bezüglich dieser Auffassung zutreffend Unterschiede in der Formulierung der beiden diskutierten Absätze, die nur schwerlich als für die Auslegung unbeachtlich angesehen werden könnten, und leitet daraus zumindest die Möglichkeit materieller Gleichberechtigung anstelle „bloßer [formeller] Nichtdiskriminierung“ ab,⁸³ um sie später zum Verfassungsauftrag zuzuspitzen. *Schumann* sieht in ihm daher den Begründer einer Strömung in der (westdeutschen) Rechtswissenschaft, welche sich zunehmend weigerte, die faktische Schlechterstellung der Frau im Angesicht formeller Gleichberechtigung⁸⁴ noch länger hinzunehmen.⁸⁵ Stattdessen erblickten deren Vertreter in Art. 3 II 1 GG nunmehr auch den Auftrag, der Frau aktiv zur Gleichberechtigung zu verhelfen.⁸⁶ Die Idee materieller Gleichberechtigung war aufgekommen. Unter dem Eindruck dieses Auffassungswandels reifte sodann auf Initiative der gemeinsamen Verfassungskommission⁸⁷ oben geschilderte Erkenntnis. Es könnten also Zweifel aufkommen, inwieweit beim Gesetzgeber tatsächlich ein Überzeugungswandel motivierend war, oder ob er sich schlechterdings dem Druck der Literatur gebeugt hat. Diese weist, vertreten durch *Friauf*, die Wahl der Mittel jedoch ausdrücklich und ausschließlich dem demokratisch bevollmächtigten Parlament zu.⁸⁸ Dass dieses dann zum edelsten Mittel greift und die Beseitigung von Hindernissen materieller Gleichberechtigung in die Verfassung aufnimmt, zeugt vielleicht doch davon, dass der Gesetzgeber nicht Getriebener der Rechtsgelehrten war, sondern vielmehr überzeugt von der Änderung der Verhältnisse.

⁷⁴ Vgl. zum beabsichtigten Sanktionscharakter BT-Drs. 12/5468, S. 21.

⁷⁵ Vgl. ebd.

⁷⁶ Vgl. § 1 I d. Gesetzes gem. BT-Drs. 12/5468, S. 12.

⁷⁷ Vgl. *Gutsche* (Fn. 72), S. 177 ff.

⁷⁸ Vgl. *Gutsche* (Fn. 72), S. 179.

⁷⁹ *Specht* (Fn. 28), S. 333.

⁸⁰ Vgl. *Specht* (Fn. 28), S. 334.

⁸¹ Dass eine solche 1981 noch bestand, stellt *Friauf* seinem die Einfügung von Art. 3 II 2 GG vorbereitenden Gutachten gewissermaßen zu dessen Rechtfertigung voran, vgl. *Friauf*, Gleichberechtigung der Frau als Verfassungsauftrag, 1981, S. 5.

⁸² *Maunz*, Deutsches Staatsrecht, 30. Auflage 1998, S. 142 ff.

⁸³ Vgl. *Friauf* (Fn. 81), S. 10 f.

⁸⁴ Diese war nämlich der (ausschließliche) Gehalt des Art. 3 II 1 GG, so die damals hM, vgl. *Schumann*, Faktische Gleichberechtigung, 1997, S. 27 unter Hinweis auf *Sachs*, Grenzen des Diskriminierungsverbotes, 1987, S. 36 f. m. w. N. aus der Rechtsprechung.

⁸⁵ Vgl. *Schumann* (Fn. 84), S. 27.

⁸⁶ Vgl. *Friauf* (Fn. 81), S. 32.

⁸⁷ Diese wurde nach der sog. Wiedervereinigung von 1990 beauftragt, die Rechtslage in Ost- und Westdeutschland zu analysieren und durch Überarbeitung zu harmonisieren. Vgl. zu Geschichte und Auftrag dieser Kommission *Schumann* (Fn. 84), S. 22 f.

⁸⁸ Vgl. *Friauf* (Fn. 81), S. 33.

C. Resümee und Schlussbetrachtung

Im Lichte der vorstehenden Untersuchung muss die eingangs aufgestellte These, Privatrecht sei unpolitisch, als widerlegt gelten.

Das Recht hat sich – ebenso langsam wie jene – mit den gesellschaftlichen Auffassungen gewandelt. In neuerer Zeit wird die erkennbare Trägheit des Rechts verglichen mit dem zunehmend rasanten Wandel sozialen Vorstellungen zwar noch deutlicher werden, also zumindest zeitweise eine Abweichung des gesellschaftlichen Zustands von der gesetzlichen Idealvorgabe bisweilen eintreten. Dennoch ist ein verzögert reagierender Wandel des Rechts klar auszumachen.

Was bleibt, ist also die Frage, wie dieser Wettlauf von Politik und Recht zu bewerten sei.

Einerseits ist die Politisierung des Rechts ein Mittel zur Erreichung mehr materieller Gerechtigkeit, weil dadurch bestehende materielle Unterschiede zwischen den einzelnen Rechtssubjekten berücksichtigt und ausgeglichen werden können, die bei rein formeller (rechtlicher) Herangehensweise außer Acht zu lassen wären.⁸⁹ Zudem hält die Politisierung des Rechts dieses anpassungsfähig an den Wandel der Gesellschaft und ihrer Vorstellungen und verhindert so, dass das Recht vollkommen entkoppelt von der gesellschaftlichen Realität stehen bleibt und als totes Recht schließlich auch an Akzeptanz verliert.

Weiterhin scheint in der Bundesrepublik – zumindest unter dem Grundgesetz – eine Offenheit bis Notwendigkeit zur Politisierung von Recht zu bestehen. Diese hat das BVerfG schon früh deutlich gemacht⁹⁰ und ist davon auch zumindest dem Grunde nach nicht abgewichen,⁹¹ wenngleich es sich in dieser Frage zunehmend zurückhaltend äußert.⁹² Klargestellt wurde mit dem Stadionverbotsbeschluss jedoch, dass die mittelbare Drittwirkung nur ausnahmsweise zu Beschränkungen der Privatautonomie führe, ein „objektives Verfassungsprinzip“ das Private immer zur Gleichbehandlung untereinander verpflichten würde, vermag das BVerfG in Art. 3 I GG gerade nicht zu erkennen.⁹³

Diese Erkenntnis ist hilfreich angesichts der bestehenden Gefahr, dass das Recht seine Leitfunktion einbüßen und unter dem Deckmantel der Offenheit für Politik diese zum Leitfaden für das Zusammenleben sich wieder aufschwingen könnte.⁹⁴ Derartigen Entwicklungen wäre aber Einhalt zu gebieten, ist doch die politische Neutralität der bundesdeutschen Rechtsordnung nicht Last und Hindernis, sondern vielmehr teure Errungenschaft des freien Deutschlands.

Ein gangbarer Mittelweg – weder ist die vollständige Außerachtlassung jeglicher politischer Regulative wegen der Verwirklichung materieller Gleichheit und damit auch Freiheit zu empfehlen, noch eine Überpolitisierung des Rechts – scheint zu sein, die politischen Einflüsse auf das Recht zwar zu dulden, aber auch deutlich zu benennen. Denn (nur) so können sie bei der Auslegung des Rechts gebührende Berücksichtigung finden.

⁸⁹ Vgl. zu dieser Leistungsfähigkeit des „Materialien“ (gemeint ist das Politische) auch *Auer*, Zwei Jahrhunderte Privatrechtstheorie zu formaler und materialer Gleichheit in: Grundmann, Stefan/Thiessen, Jan [Hrsg.], Von formaler zu materialer Gleichheit, 2021, S. 67 (68).

⁹⁰ Vgl. zuerst Lüth-Urteil des BVerfG v. 15.01.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198. Dort werden in LS. 1 die Grundrechte als Verkörperung einer objektiven Werteordnung (= Politik?) und „verfassungsrechtliche Grundentscheidung“ charakterisiert, die alle Bereiche des Rechts beeinflusse.

⁹¹ Vgl. den Stadionverbotsbeschluss des BVerfG v. 11.04.2018 – 1 BvR 3080/09, BVerfGE 148, 267.

⁹² Vgl. *Ruffert*, Privatrechtswirkung der Grundrechte, JuS 2020, S. 1 (4).

⁹³ Vgl. BVerfG v. 11.04.2018 – 1 BvR 3080/09, BVerfGE 148, 267 Rn. 40.

⁹⁴ Mit dieser befugten Befürchtung zitiert *Ellwein* (Fn. 14), S. 62 *Schmitt*, Die Tyrannei der Werte, 1967, S. 38, 46.

Konstantin Weiß: Rechtsprobleme der Miturheberschaft

Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im 8. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen des einfachen Seminars zum Urheberrecht und Lauterkeitsrecht bei Prof. Dr. Gunda Dreyer (Lehrende am Lehrstuhl Zivilrecht X – Bürgerliches Recht, Wirtschafts- und Technikrecht von Prof. Dr. Michael Grünberger, LL.M. (NYU)) entstanden.

A. Einleitung

Wer zusammen mit anderen an einem Buch oder heutzutage an einer Software arbeitet, wird auf kurz oder lang mit einem in der Lebensrealität wenig beachteten und doch für viele Menschen wichtigen Rechtsinstitut vertraut werden: Der Miturheberschaft. Trotz der wenigen Beachtung kann die Miturheberschaft aufgrund der niedrigen Entstehungsvoraussetzungen häufig vorkommen: Wenn ein Werk von Mehreren geschaffen wurde, werden diese Miturheber am Werk.¹ Dafür müssen sie nach herrschender Meinung jeweils schöpferische Beiträge im Sinne des § 2 II UrhG erbringen.²

Dabei gibt es aber einige Rechtsprobleme im Hinblick auf die Miturheberschaft, die dementsprechend die Rechte vieler betreffen. Ein eher klassisches Beispiel ist der Streit um die Gesamthand. Mit Blick auf die Norm des § 8 UrhG mag zunächst geglaubt werden, dass die Gesetzeslage in Bezug auf eine etwaige gesamthänderische Bindung klar ist. Doch auch fast 60 Jahre nach der Urheberrechtsreform 1965 ist die Gesamthand in Bezug auf die Miturhebergemeinschaft umstritten. Auch im Hinblick auf das am 01.01.2024 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) gewinnt der Streit um die Gesamthand noch einmal an Brisanz. Im Folgenden wird vordergründig das Rechtsverhältnis der Miturheber und der Umfang der gesamthänderischen Bindung näher betrachtet, auch unter Einbeziehung der möglichen neuen Rechtslage, die durch das MoPeG entsteht. Dabei soll Stellung zur Frage genommen werden, ob den herrschenden Meinungen in der Tat gefolgt werden kann oder ob nicht eine andere Ansicht vorzugswürdiger erscheint.

B. Rechtsnatur der Miturhebergemeinschaft

Zwischen den Miturhebern entsteht eine Miturhebergemeinschaft.³ Eine enge Verbundenheit ist dabei für ihre Beziehung prägend.⁴ Bei der Rechtsnatur dieser besteht jedoch Regelungsbedürfnis durch allgemeine Regeln, weil die Gemeinschaft zwar in § 8 UrhG geregelt ist, allerdings nicht vollumfänglich.⁵ Im Zentrum des Streits stehen insbesondere die zwei Rechtsinstitute der Bruchteilsgemeinschaft und der Gesamthandsgemeinschaft. Im Folgenden werden die vertretenen Ansichten dargestellt und zudem Stellung dazu genommen.

I. Bruchteilsgemeinschaft

Eine Meinung ist durch die §§ 741 ff. BGB geprägt und sieht die modifizierte Bruchteilsgemeinschaft als Rechtsnatur.⁶ Eine solche Gemeinschaft im Sinne des § 741 BGB beinhaltet einen Gegenstand oder ein Recht, dessen Teile mehreren zustehen. Sie entsteht durch die sie charakterisierende gemeinsame Verwaltung dieses Gegenstandes oder Rechts.⁷ Die Verwaltung steht den Teilhabern dabei nach § 744 I BGB nur gemeinschaftlich zu. Für Dritte sind Teilhaber einer Bruchteilsgemeinschaft jedoch unabhängig voneinander.⁸ Wenn die gemeinsame Zuständigkeit nicht mehr vorliegt, endet auch die Gemeinschaft.⁹

Die §§ 741 ff. BGB passen dabei nicht vollständig auf die Beziehungen der Miturheber, weshalb die Bruchteilsgemeinschaft in mehreren Punkten modifiziert wird.¹⁰ § 745 BGB beispielsweise setzt einen Mehrheitsbeschluss für die ordnungsgemäße Verwaltung also auch für die Verwertung voraus. Dies konterkariert jedoch gegen einen Rechtsgedanken der Miturheberschaft, denn bei Miturhebern ist Einstimmigkeit erforderlich.¹¹ Die Bruchteilsgemeinschaft übernimmt daher das

¹ Stelzer, Grundzüge des Urheberrechts – Teil I, JURA 2021, S. 669 (672).

² BGH v. 26.2.2009 – I ZR 142/06, GRUR 2009, S. 1046 – Kranhäuser; BGH v. 3.3.2005 – I ZR 111/02, MMR 2005, S. 845 (847) – Fash 2000; Auer-Reinsdorff/Kast, in: Auer-Reinsdorff/Conrad Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Auflage 2019, § 9 Rn. 16; Dreyer, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel Urheberrecht, 4. Auflage 2018, § 8 UrhG Rn. 6; Loewenheim/Pfeifer, in: Schrickler/Loewenheim Urheberrecht, 6. Auflage 2020, § 8 UrhG Rn. 4.

³ BGH v. 23.2.2012 – I ZR 6/11, GRUR 2012, S. 1022 (1023) – Kommunikationsdesigner.

⁴ Roth, in: Hopt Handelsgesetzbuch, 42. Auflage 2023, § 124 HGB Rn. 1b.

⁵ Meyer, Miturheberschaft bei freier Software – Nach deutschem und amerikanischem Sach- und Kollisionsrecht, 2011, S. 43.

⁶ Peukert, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Ein Studienbuch, 19. Auflage 2023, § 11 Rn. 9; Szalai, Die Rechtsnatur der Miturheberschaft – Zur Gesamthand und was davon übrig bleibt, UFITA 2012 I, 5 (51); Schmidt, in: MüKo-BGB, 8. Auflage 2020, § 741 Rn. 65.

⁷ Servatius, in: Henssler/Strohm Gesellschaftsrecht, 5. Auflage 2021, § 705 BGB Rn. 13.

⁸ Denga, Zur Definition der Außen-GbR, ZfPW 2021, S. 73 (78).

⁹ Schmidt, in: MüKo-BGB (Fn. 6), § 741 Rn. 31.

¹⁰ Schmidt, in: MüKo-BGB (Fn. 6), § 741 Rn. 65.

¹¹ OLG Frankfurt am Main v. 6.12.2005 – 11 U 26/05, GRUR 2006, S. 578 (579); Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 10. Auflage 2021, Rn. 333.

Einstimmigkeitserfordernis. Auch die Regelung des § 743 II BGB ist aufgrund von § 8 II 1 UrhG nicht anwendbar.¹² Eine weitere Modifizierung stellt der Umgang mit den einzelnen Anteilen dar. Nach § 747 I BGB kann jeder Teilhaber über seinen Anteil verfügen. Dies ist bei einer Miturhebergemeinschaft dagegen nicht möglich. Zentrale Vorschrift hierfür ist § 29 UrhG.¹³ Nach § 29 I UrhG ist das Urheberrecht nicht übertragbar, was § 747 I BGB klar widerspricht. Ein Miturheber kann gemäß § 8 IV UrhG nur auf seinen Anteil an den Verwertungsrechten verzichten.

II. Gesamthandsgemeinschaft

Die herrschende Lehre indes sieht in der Miturhebergemeinschaft eine Gesamthandsgemeinschaft.¹⁴ Diese ist zusätzlich durch urheberrechtliche Grundsätze geprägt.¹⁵ Die Rechtsprechung schließt sich der herrschenden Lehre an.¹⁶ Auf die Gemeinschaft sind zudem die Regeln über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) ergänzend anwendbar.¹⁷

Im Rahmen einer Gesamthandsgemeinschaft haben die einzelnen Miturheber eine Gesamtberechtigung bezüglich des Werkes, weshalb sie nur gemeinsam zur Verfügung über das Werk berechtigt sind.¹⁸ Die Entstehung der Gesamthand erfolgt kraft Gesetzes.¹⁹ Dafür ist ein Realakt in Form eines Schöpfungsaktes am Werk notwendig.²⁰ Nach Entstehung besteht die Gesamthand gemäß § 65 I UrhG bis 70 Jahre nach dem Tod des letzten verbliebenen Miturhebers.²¹

III. Gemeinschaft besonderer Art

Ein Teil der Literatur betrachtet die Miturhebergemeinschaft als Gemeinschaft besonderer Art.²² Diese ist dabei einerseits stark durch das Urheberrecht geprägt, andererseits bestehen auch Ähnlichkeiten zu einer Gesamthandsgemeinschaft, weshalb deren Regeln teilweise angewendet werden.²³ Die Regelungen der §§ 705 ff. BGB wären anwendbar.²⁴ Die Gemeinschaft endet auch hier 70 Jahre nach dem Tod des längstlebenden Miturhebers gemäß § 65 I UrhG.²⁵

IV. Stellungnahme

Um die Frage nach der Rechtsnatur der Miturhebergemeinschaft zu klären, muss ergründet werden, welches der Rechtsinstitute besser auf die Beziehung der Miturheber passt. Dafür spielen Gesetzeshistorie, Wortlaut und Systematik des Gesetzes eine wichtige Rolle.

1. Gesetzeshistorie und Begründung

Die Gesetzeshistorie hat großen Einfluss auf Sinn und Zweck von § 8 UrhG sowie auf dessen Wortlaut. Vor der Urheberrechtsreform 1965 wurde die Miturheberschaft durch § 6 LUG²⁶ und § 8 KUG²⁷ geregelt.²⁸ Damals galt die Rechtsbeziehung zwischen den Miturhebern als Bruchteilsgemeinschaft im Sinne der §§ 741 ff. BGB.²⁹ Vor Geltung des LUG wurde wiederum bereits angenommen, dass zwischen den Miturhebern eine Gesamthandsgemeinschaft entstehe.³⁰ Die Miturhebergemeinschaft hat dementsprechend

¹² Schmidt, in: MüKo-BGB (Fn. 6), § 741 Rn. 66.

¹³ Schmidt, in: MüKo-BGB (Fn. 6), § 741 Rn. 67.

¹⁴ Ahlberg, in: Möhring/Nicloni Urheberrecht, 4. Auflage 2018, § 8 UrhG Rn. 15a ff.; Blobel, Miturhebergemeinschaft und Miturhebergesellschaft, 2014, S. 64; Dreyer, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel Urheberrecht (Fn. 2), § 8 UrhG Rn. 27; Engels, Patent-, Marken- und Urheberrecht – Lehrbuch für Ausbildung und Praxis, 11. Auflage 2020, Rn. 1204; Lettl, Urheberrecht, 4. Auflage 2021, § 3 Rn. 16; Loewenheim, in: Loewenheim Handbuch des Urheberrechts, 3. Auflage 2021, § 11 Rn. 8; Meyer (Fn. 5), S. 49; Schulze, in: Dreier/Schulze Urheberrechtsgesetz, 7. Auflage 2022, § 8 UrhG Rn. 12; Spindler, Miturhebergemeinschaft und BGB-Gesellschaft, in: Ohly, Ansgar/Bodewig, Theo/Dreier, Thomas/Götting, Horst-Peter/Haedicke, Maximilian/Lehmann, Michael [Hrsg.], Perspektiven des Geistigen Eigentum und Wettbewerbsrechts, Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, 2005, S. 539 (540); Wirtz, in: Fromm/Nordemann Urheberrecht, 12. Auflage 2018, § 8 UrhG Rn. 16.

¹⁵ Dreyer, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel Urheberrecht (Fn. 2), § 8 UrhG Rn. 27; Thum, in: Wandtke/Bullinger Praxiskommentar Urheberrecht, 6. Auflage 2022, § 8 UrhG Rn. 59.

¹⁶ BGH v. 23.2.2012 – I ZR 6/11, GRUR 2012, S. 1022 (1023) – Kommunikationsdesigner; OLG Düsseldorf v. 25.11.2008 – I-20 U 72/06, ZUM-RD 2009, S. 182 (184); OLG Frankfurt am Main v. 6.12.2005 – 11 U 26/05, GRUR 2006, S. 578 (579); LG Düsseldorf v. 12.1.2007 – 12 O 345/02, ZUM 2007, S. 559 (562).

¹⁷ BGH v. 23.2.2012 – I ZR 6/11, GRUR 2012, S. 1022 (1024) – Kommunikationsdesigner; Schulze, in: Dreier/Schulze Urheberrechtsgesetz (Fn. 14), § 8 UrhG Rn. 12; Spindler, in: FS für Schricker (Fn. 14), S. 539 (540).

¹⁸ Schack (Fn. 11), Rn. 333.

¹⁹ BGH v. 23.2.2012 – I ZR 6/11, GRUR 2012, S. 1022 (1023) – Kommunikationsdesigner.

²⁰ Dreyer, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel Urheberrecht (Fn. 2), § 8 UrhG Rn. 28.

²¹ Loewenheim, in: Loewenheim Handbuch des Urheberrechts (Fn. 14), § 11 Rn. 8.

²² Gennen, „Auseinandersetzung“ von Miturhebergemeinschaften – Möglichkeiten zur Minimierung der Auswirkungen einer Miturhebergemeinschaft bei gemeinschaftlicher Softwareentwicklung, ITRB 2008, 13; Loewenheim/Pfeifer, in: Schricker/Loewenheim Urheberrecht (Fn. 2), § 8 UrhG Rn. 1; Schack (Fn. 11), Rn. 332; Schack, Die Miturhebergemeinschaft, in: Boele-Woelki, Katharina/Faust, Florian/Jacobs, Matthias/Kuntz, Thilo/Röthel, Anne/Thorn, Karsten/Weitemeyer, Birgit [Hrsg.], Festschrift für Karsten Schmidt zum 80. Geburtstag Band II, 2019, S. 315; Schäfer, in: MüKo-BGB (Fn. 6), Vorbemerkung (Vor § 705) Rn. 133; Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Auflage 1980, § 34 III.

²³ Loewenheim/Pfeifer, in: Schricker/Loewenheim Urheberrecht (Fn. 2), § 8 UrhG Rn. 1.

²⁴ Gennen, ITRB 2008, 13.

²⁵ Gennen, ITRB 2008, 13.

²⁶ LUG = Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst.

²⁷ KUG = Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie.

²⁸ Thum, in: Wandtke/Bullinger Praxiskommentar Urheberrecht (Fn. 15), § 8 UrhG Rn. 178.

²⁹ Schmidt, in: MüKo-BGB (Fn. 6), § 741 Rn. 64.

³⁰ Meyer (Fn. 5), S. 46.

mit beiden Rechtsinstituten eine gemeinsame Vergangenheit, weshalb es auch nahe liegt, dass sich die Frage vor allem zwischen diesen entscheidet.

Durch die Reform 1965 trat der heute geltende § 8 UrhG in Kraft.³¹ Die Begründung des Gesetzgebers zu § 8 II UrhG beschreibt zusätzlich ein klares Bild. Demnach wird die Bruchteilsgemeinschaft eindeutig als Rechtsnatur der Miturhebergemeinschaft abgelehnt.³² Nach der amtlichen Begründung entspricht die Miturhebergemeinschaft einer Gesamthandsgemeinschaft, die der GbR ähnelt.³³ Die amtliche Begründung spricht für eine Gesamthandsgemeinschaft und gegen eine Bruchteilsgemeinschaft. Eine Gemeinschaft besonderer Art wird erst gar nicht in Betracht gezogen.

2. Bruchteilsgemeinschaft als unpassendes Rechtsinstitut

Dem Rechtsgedanken, eine Bruchteilsgemeinschaft zwischen den Miturhebern entstehen zu lassen, wird teilweise auch weiterhin gefolgt. Wenn eine Bruchteilsgemeinschaft auch heute noch angenommen werden würde, würde sich im Vergleich zur veralteten Rechtslage jedoch nichts ändern. Der Gesetzgeber wollte durch die andere Formulierung aber wahrscheinlich eben die Rechtslage verändern.³⁴

Die Bruchteilsgemeinschaft wird zwar modifiziert, ob dies dogmatisch schlüssig ist, darf jedoch bezweifelt werden. Wenn bereits bekannt ist, dass die Bruchteilsgemeinschaft unpassend ist, sollte sie nicht modifiziert werden, sondern nicht angewendet werden. Es erscheint kaum schlüssig ein unpassendes Rechtsinstitut derart zu modifizieren, dass es in zentralen Punkten abgeändert wird, nur damit es bei einem bestimmten Sachverhalt anwendbar ist.

Im Folgenden wird ein Beispiel dargestellt, um diese Problematik aufzuzeigen. Der geltende Mehrheitsbeschluss des § 745 BGB wird grundsätzlich durch ein Einstimmigkeitsvotum des Urheberrechts ersetzt (siehe B.II.1.). Dabei kann ein Miturheber nach § 8 II 2 UrhG seine Einwilligung nicht wider Treu und Glauben verweigern. Durch die Regelung können die Miturheber untereinander auf Zustimmung zur Verwertung klagen.³⁵ Dies kann von zentraler

Bedeutung sein, wenn sich die Miturheber über die Verwertung ihres Werkes nicht einig sind. Denn wenn sie sich nicht einig sind, kann das Werk nicht verwertet und veröffentlicht werden. Bei einer Bruchteilsgemeinschaft ist allerdings nur eine einfache Mehrheit erforderlich, welche sich zudem nach den Anteilen der jeweiligen Teilhaber bemisst.³⁶ Dies vereinfacht die Entscheidung für eine Verwertungsrichtung erheblich. Dabei können die Teilhaber teilweise sehr kleine oder große Anteile innehaben, weshalb die Stimmen in der Regel nicht gleichwertig sind.³⁷ Bei einem Einstimmigkeitsvotum sind dagegen alle Stimmen gleich viel wert, weil bereits die Stimme eines Miturhebers die Verwertung verhindern kann. Der Gedanke der einfachen Mehrheit liegt der Bruchteilsgemeinschaft allerdings zugrunde. Die Miturheber können zwar beschließen, dass Mehrheitsentscheidungen getroffen werden,³⁸ das Einstimmigkeitserfordernis stellt jedoch den gesetzlichen Regelfall dar. Die beiden Rechtsgedanken widersprechen sich, was aufzeigt, dass die Bruchteilsgemeinschaft in zentralen Punkten unpassend ist. Wieso also etwas unpassendes modifizieren, obwohl völlig andere Rechtsgedanken vorherrschen? Dies spricht gegen eine Bruchteilsgemeinschaft.

3. Wortlaut des § 8 II 1 UrhG

Der Wortlaut des § 8 II 1 UrhG spricht zudem vom Verwertungs- und Veröffentlichungsrecht, das den Miturhebern zur gesamten Hand zusteht. Dies spricht für eine Gesamthandsgemeinschaft. Der Wortlaut könnte allerdings auch insofern ausgelegt werden, dass lediglich Einstimmigkeit bei Verwertungs- und Veröffentlichungsentscheidungen gefordert wird.³⁹ Die Voraussetzung der Einstimmigkeit halten auch die Vertreter der herrschenden Lehre für erforderlich.⁴⁰ Der Gesetzgeber selbst wollte dies auch.⁴¹ Allerdings macht der Gesetzgeber es als Folge davon aus, dass es sich um eine Gesamthandsgemeinschaft handelt.⁴²

Dazu passt § 8 II 2 UrhG, der den Miturhebern die Stimmverweigerung wider Treu und Glauben untersagt. Daraus kann geschlussfolgert werden, dass die Stimme jedes einzelnen Miturhebers relevant ist. Eine einzelne Stimme kann jedoch nur relevant sein, wenn sie ausschlaggebend ist. Eine einzige

³¹ Schmidt, in: MüKo-BGB (Fn. 6), § 741 Rn. 64.

³² BT-Drs. IV/270 S. 41.

³³ BT-Drs. IV/270 S. 41.

³⁴ Oehler, Komplexe Werke im System des Urheberrechtsgesetzes am Beispiel von Computerspielen – Zugleich ein Beitrag zur Auslegung der §§ 8 und 9 UrhG, 2016, S. 337 f.

³⁵ Peukert (Fn. 6), § 11 Rn. 13.

³⁶ Schmidt, in: MüKo-BGB (Fn. 6), § 745 Rn. 21.

³⁷ Schmidt, in: MüKo-BGB (Fn. 6), § 745 Rn. 21.

³⁸ Thum, in: Wandtke/Bullinger Praxiskommentar Urheberrecht (Fn. 15), § 8 UrhG Rn. 82.

³⁹ Szalai, UFITA 2012 I, S. 5 (47).

⁴⁰ Dreyer, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel Urheberrecht (Fn. 2), § 8 UrhG Rn. 28; Schulze, in: Dreier/Schulze Urheberrechtsgesetz (Fn. 14), § 8 UrhG Rn. 16.

⁴¹ Vgl. BT-Drs. IV/270 S. 41.

⁴² Vgl. BT-Drs. IV/270 S. 41; Meyer (Fn. 5), S. 47.

Stimme kann zwar auch bei einem Mehrheitsbeschluss ausschlaggebend sein, was aber einzelfallabhängig wäre. Bei einem Einstimmigkeitsvotum dagegen ist eine Stimme immer ausschlaggebend. Es erscheint daher nicht nötig, auf § 8 II 1 UrhG direkt zurückzugreifen und somit vom Willen des historischen Gesetzgebers abzuweichen.

4. Systematik

a) § 29 I UrhG

Auch systematisch spricht einiges für eine Gesamthandsgemeinschaft. Insbesondere § 29 UrhG als Ausdruck des Schöpferprinzips⁴³ sticht hier hervor, indem er § 719 I BGB a.F. entspricht.⁴⁴ § 719 I BGB a.F. war eine Regelung für die GbR, was für die von der herrschenden Lehre angenommene ergänzende Anwendung der §§ 705 ff. BGB spricht.

§ 29 I UrhG widerspricht zusätzlich § 747 I BGB und damit einer der zentralen Regelungen der Bruchteilsgemeinschaft, wonach jeder Teilhaber frei über seinen Anteil verfügen kann. Hiermit wird aufgezeigt, dass die Bruchteilsgemeinschaft keine enge persönliche Beziehung zwischen den Teilhabern voraussetzt.⁴⁵ Die Miturhebergemeinschaft stellt dagegen eine sehr enge Beziehung dar, sowohl zum Werk als auch zwischen den Miturhebern.⁴⁶ Dabei entspricht sie der Gesamthandsgemeinschaft, deren Gesellschafter aufgrund der engen Beziehung zueinander nicht ausscheiden können.⁴⁷

Der Argumentation mittels § 29 UrhG ist beizupflichten. § 29 UrhG stellt eine der zentralen Normen des Urheberrechts dar,⁴⁸ insbesondere weil er ein Ausdruck der engen Verbundenheit zwischen Urheber und Werk darstellt. Auch aus § 8 IV UrhG kann eine identische Wertung gezogen werden.⁴⁹ Dies legt nahe, dass der Regelungsgehalt des § 29 UrhG natürlich auch für die Miturheberschaft gilt. Wenn § 29 UrhG nun eher einem Rechtsinstitut entspricht und den Regelungen eines anderen widerspricht, zeigt dies eine Richtung an, die gegangen werden sollte.

b) Anzahl der Gegenstände

Zum Teil wird auch angebracht, dass die Bruchteilsgemeinschaft besser passt, weil den Teilhabern dort in der Regel nur ein Gegenstand zur Verfügung steht.⁵⁰ Andererseits würde eine Gesamthandsgemeinschaft immer mehrere Gegenstände behandeln.⁵¹ Vom Gedanken ausgehend, dass bei der Miturheberschaft ein einziges Werk entsteht,⁵² müsste eine Bruchteilsgemeinschaft angenommen werden. Jedoch kann dieses Argument nicht überzeugen. An einem Grundstück beispielsweise können sowohl eine Bruchteilsgemeinschaft als auch eine Gesamthandsgemeinschaft bestehen.⁵³ Hierbei scheint es keine Rolle zu spielen, ob es auch mit dem Grundstück verbundene Gegenstände gibt oder nicht. Zumal diese, wenn es sich um wesentliche Bestandteile handelt, mit dem Grundstück ohnehin eine sachenrechtliche Einheit bilden.⁵⁴ Eine Gesamthandsgemeinschaft kann dort aber auch bestehen,⁵⁵ obwohl es sich sachenrechtlich um einen Gegenstand und nicht um mehrere handelt.

Der Rechtsgedanke bezüglich wesentlicher Bestandteile kann auf das Werk mehrerer Miturheber übertragen werden. Die Miturheber erbringen kleine geistige Schöpfungen, die dann in ihrer Verbindung jedoch ein Werk im Sinne des § 8 I UrhG darstellen. Die kleinen geistigen Schöpfungen ähneln den beweglichen Sachen, die durch Verbindung wesentliche Bestandteile einer einheitlichen Sache im Sinne des § 947 I BGB werden. Ein wesentlicher Bestandteil einer Sache liegt nach § 93 BGB vor, wenn er nicht getrennt werden kann ohne, dass er oder ein anderer Teil der Sache zerstört oder in seinem Wesen verändert wird. Miturheberschaft liegt nach § 8 I UrhG nur vor, wenn die jeweiligen Anteile der Miturheber am gemeinsamen Werk nicht gesondert verwertet werden können. Hier lässt sich eine ähnliche Wertung wie in den §§ 93, 947 BGB erkennen. Ein gemeinsames Werk könnte folglich wie eine einheitliche Sache gesehen werden. Rechtsfolge des § 947 I BGB ist die Begründung von Miteigentum; bei § 8 I UrhG die Begründung von Miturheberschaft. Die einzelnen Schöpfungsbeiträge können

⁴³ Schulze, in: Dreier/Schulze Urheberrechtsgesetz (Fn. 14), § 8 UrhG Rn. 12.

⁴⁴ Spindler, in: FS für Schrickler (Fn. 14), S. 539 (540).

⁴⁵ Meyer (Fn. 5), S. 43.

⁴⁶ Roth, in: Hopt Handelsgesetzbuch (Fn. 4), § 124 HGB Rn. 1b.

⁴⁷ Meyer (Fn. 5), S. 45.

⁴⁸ Kotthoff, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel Urheberrecht (Fn. 2), § 29 UrhG Rn. 3 f.

⁴⁹ Dreyer, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel Urheberrecht (Fn. 2), § 8 UrhG Rn. 29.

⁵⁰ Szalai, UFITA 2012 I, S. 5 (51).

⁵¹ Szalai, UFITA 2012 I, S. 5 (51).

⁵² Ahlberg, in: Möhring/Nicolini Urheberrecht (Fn. 14), § 8 UrhG Rn. 8.

⁵³ Windbichler, Gesellschaftsrecht – Ein Studienbuch, 24. Auflage 2017, § 3 Rn. 4.

⁵⁴ Wellenhofer, Sachenrecht, 37. Auflage 2022, § 1 Rn. 23.

⁵⁵ Meßbacher-Hönsch, in: Viskorf Grunderwerbsteuergesetz, 20. Auflage 2022, § 1 Rn. 69 ff.; Rieke, Die Miturhebergemeinschaft – Unter Berücksichtigung der Geltendmachung der Ansprüche aus Rechtsverletzungen, 2012, S. 59.

folglich mit den wesentlichen Bestandteilen einer Sache verglichen werden.

Die Anzahl der Gegenstände ist unbeachtlich für die Frage, welches Rechtsinstitut besser passt.

c) Gemeinsame Schaffung als Grundgedanke der Miturheberschaft

Die gemeinsame Schaffung eines Werkes führt zudem nur dann zu Miturheberschaft, wenn die Beiträge in Unterordnung unter einen gemeinsamen Grundgedanken erbracht wurden.⁵⁶ Dieser gemeinsame Grundgedanke kann mit dem gemeinsamen Zweck der GbR gleichgesetzt werden.⁵⁷ Diese Argumentation weiß durchaus zu überzeugen. Sowohl Zweck der GbR als auch die Schaffung eines Werkes müssen gemeinsam sein. Auf der einen Seite steht die Unterordnung der einzelnen Beiträge⁵⁸ während auf der anderen Seite die Zweckförderungspflichten der Gesellschafter stehen.⁵⁹ GbR und Miturhebergemeinschaft ähneln sich daher in der Ausführung der jeweiligen Zielsetzung. Der historische Gesetzgeber ging auch von einer Ähnlichkeit mit der GbR aus, die er aus dem Vorliegen einer Gesamthandsgemeinschaft und der gemeinsamen Werkschöpfung abgeleitet hat.⁶⁰ Die Sicht des Gesetzgebers wird ebenfalls im Wortlaut durch die Benutzung des Wortes „gemeinsam“ deutlich. In den beiden Formulierungen kann daher die geteilte Grundidee der gemeinsamen Zielerbringung gesehen werden. Die vom Gesetzgeber angenommene Ähnlichkeit mit der GbR und die Natur als Gesamthandsgemeinschaft sind eng miteinander verbunden. Wenn das eine angenommen wird, muss folglich auch das andere angenommen werden. Dies gilt auch, weil die GbR die gesamthänderische Bindung aufgrund von § 719 BGB a.F. jedenfalls kannte. Diese Argumente sprechen folglich für eine Gesamthandsgemeinschaft und die ergänzende Anwendung der §§ 705 ff. BGB.

d) Unterschiedliche Gesamthandsgemeinschaften

Für eine Gemeinschaft besonderer Art könnte die Systematik der einzelnen existierenden Gesamthandsgemeinschaften angebracht werden. Denn diese unterscheiden sich alle in verschiedenen Punkten.⁶¹ Beim Entstehen der einzelnen Gemeinschaften ergeben sich bereits Unterschiede.⁶² Während

die Erbengemeinschaft kraft Gesetzes entsteht, muss bei der GbR ein Gesellschaftsvertrag vorliegen.⁶³ Auch die Miturhebergemeinschaft entsteht kraft Gesetzes.⁶⁴ Hierbei teilt sich die Miturhebergemeinschaft einen Wesenszug mit der Erbengemeinschaft. Allerdings ähnelt die Miturhebergemeinschaft in der Zielerreichung der GbR (s. B.IV.4.c.). Mit der Erbengemeinschaft kann in diesem Punkt keine Parallele gezogen werden, da diese zur Abwicklung dient.⁶⁵ Die Gesamthandsgemeinschaften bilden also kein einheitliches Bild an Eigenschaften. Jedoch ist anzumerken, dass dann jede dieser Gesamthandsgemeinschaften als Gemeinschaft besonderer Art qualifiziert werden müsste.⁶⁶ Zudem geht der Gesetzgeber selbst von einer Ähnlichkeit zur GbR aus, ordnet eine Gesamthand an und zieht eine Gemeinschaft besonderer Art gar nicht erst in Betracht.⁶⁷ Eine Gemeinschaft besonderer Art ist folglich nicht von der Gesetzesbegründung umfasst. Auch die Gesetzhistorie spricht gegen sie, da sie zu keinem früheren Zeitpunkt als Rechtsnatur der Miturhebergemeinschaft galt.

5. Zwischenergebnis

Die modifizierte Bruchteilsgemeinschaft weiß nicht zu überzeugen. Ebenso ergeht es der Gemeinschaft eigener Art. Daher ist es nur konsequent eine Gesamthandsgemeinschaft anzunehmen, deren Regelungslücken durch die Normen der GbR ausgefüllt werden.

V. Rechtslage unter Berücksichtigung des Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts

Jedoch ist unklar wie sich das MoPeG auf die Gesamthand und die Anwendung der Regeln der GbR auf die Miturhebergemeinschaft auswirkt. Wenn die GbR keine Gesamthandsgemeinschaft mehr darstellen sollte, ist die Anwendung der §§ 705 ff. BGB auf die Miturhebergemeinschaft fraglich. Die oben festgestellte Ähnlichkeit zwischen Miturhebergemeinschaft und GbR könnte mit der „neuen“ GbR abzuweisen sein.

Fest steht, dass zwei Arten der GbR unterschieden werden, die rechtsfähige GbR einerseits und die nicht rechtsfähige GbR

⁵⁶ Meyer, Miturheberschaft und Aktivlegitimation bei freier Software, CR 2011, S. 560 (561).

⁵⁷ Spindler, in: FS für Schricker (Fn. 14), S. 539 (541).

⁵⁸ Dreyer, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel Urheberrecht (Fn. 2), § 8 UrhG Rn. 7.

⁵⁹ Schäfer, Gesellschaftsrecht, 6. Auflage 2023, S. 11.

⁶⁰ BT-Drs. IV/270 S. 41.

⁶¹ Blobel (Fn. 14), S. 63.

⁶² Blobel (Fn. 14), S. 63.

⁶³ Blobel (Fn. 14), S. 63.

⁶⁴ Thum, in: Wandtke/Bullinger Praxiskommentar Urheberrecht (Fn. 15), § 8 UrhG Rn. 154.

⁶⁵ Gergen, in: MüKo-BGB, 9. Auflage 2022, § 2032 Rn. 7.

⁶⁶ Blobel (Fn. 14), S. 64.

⁶⁷ BT-Drs. IV/270 S. 41.

andererseits.⁶⁸ Zwei Regelungen sind für die Änderungen entscheidend. § 719 I BGB a.F. und § 713 BGB n.F. § 719 I BGB a.F., der die gesamthänderische Bindung klar vorschrieb, wurde zusammen mit den §§ 718, 738 BGB a.F. von § 713 BGB n.F. verdrängt.⁶⁹ § 719 I BGB a.F. wurde ersatzlos gestrichen, darüber ist sich die Literatur einig.⁷⁰ Das dort festgeschriebene gesamthänderische Charakteristikum könnte folglich entfallen. Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit in § 705 II BGB n.F. lässt das Erfordernis nach der Gesamthand zunächst obsolet wirken, da diese die Grundlage für die Rechtsfähigkeit der GbR bildete.⁷¹ In der Rechtswissenschaft ist der Wegfall der Gesamthand bei der GbR infolge des MoPeG dennoch höchst umstritten.⁷² Der historische Gesetzgeber hat die Ähnlichkeit der Miturhebergemeinschaft mit der GbR ja eben auch aus der Natur als Gesamthandsgemeinschaft geschlossen (s. B.IV.4.c.). Wenn diese bei der GbR nun wegfällt, könnte eben diese Ähnlichkeit ebenfalls entfallen, was dafürsprechen würde, die §§ 705 ff. BGB nicht mehr ergänzend auf die Miturhebergemeinschaft anzuwenden. Allerdings: Selbst, wenn die GbR keine Gesamthand mehr darstellen sollte, könnten die Regeln der GbR weiterhin angewendet werden, die nicht ersatzlos gestrichen wurden und denselben Gehalt besitzen wie die Normen in der Fassung vom 01.01.2024. Denn der gemeinsame Zweck ist über 2024 hinaus in § 705 I BGB n.F. vorhanden und bleibt somit Grundlage der GbR. Hier kann weiterhin eine Parallele zur Miturhebergemeinschaft und der von ihr geforderten Unterordnung unter eine Gesamtidee gezogen werden.

Vor den Änderungen durch das MoPeG konnte man beispielsweise die §§ 709 I, 714 BGB a.F. bezüglich der Vertretung der Miturhebergemeinschaft entsprechend anwenden.⁷³ Daraus ergab sich dann, dass die Miturheber nur gemeinsam vertreten können.⁷⁴ Die §§ 709, 714 BGB n.F. beziehen sich jedoch nun auf andere Regelungsgebiete. Die Geschäftsführung des § 709 BGB a.F. findet sich nunmehr in § 715 BGB n.F. wieder und die Vertretungsmacht des § 714 BGB a.F. ist in § 720 BGB n.F. normiert. Die neuen

Regelungen sind dabei ebenfalls deutlich umfangreicher. Während § 714 BGB a.F. keine Absatzunterteilung hatte, besteht § 720 BGB n.F. aus fünf Absätzen. Nach § 720 BGB n.F. sind vorbehaltlich abweichender vertraglicher Regelungen alle Gesellschafter gemeinsam zur Vertretung befugt. Bezüglich der (In Bezug auf die) Geschäftsführung ist der gesetzliche Regelfall des § 715 III 1 BGB n.F. der einer gemeinschaftlichen Geschäftsführung aller Gesellschafter.⁷⁵ Dies hätte für die Miturhebergemeinschaft bei ergänzender Anwendung grundsätzlich dieselben Auswirkungen wie die alte Rechtslage. Im Vergleich zum alten Rechtsstand sind vor allem die vertraglichen Möglichkeiten der Gesellschafter im Gesetz umfangreicher ausgestaltet. Es muss aber nicht alles angewendet werden, um eine ergänzende Anwendung weiterhin zu bejahen. In diesem Fall könnten die §§ 705 ff. BGB daher weiterhin ergänzend anwendbar sein.

Dieses Beispiel zeigt, dass bestimmte Regelungen auch weiterhin Teil der §§ 705 ff. BGB sind. Es spricht aktuell nichts dagegen eben diese ergänzend auf die Miturhebergemeinschaft anzuwenden.

An der Rechtsnatur der Miturhebergemeinschaft als Gesamthand sollte sich durch die Änderungen im Personengesellschaftsrecht zumindest nichts ändern.

C. Umfang der gesamthänderischen Bindung

Der Umfang der gesamthänderischen Bindung stellt die Miturheberschaft vor ein weiteres Problem. Unstrittig ist, dass sich die gesamthänderische Bindung auf die in § 8 II 1 UrhG genannten Fälle erstreckt:⁷⁶ Verwertung, Veröffentlichung und Änderung des Werkes. Umstritten ist jedoch, ob die urheberpersönlichkeitsrechtlichen Befugnisse von der Bindung umfasst sind. Relevant wird dies bei der Frage, ob Rechte durch einen einzelnen Miturheber ausgeübt werden können.⁷⁷ Die folgenden Ansichten legen den Wortlaut des § 8 II 1 UrhG unterschiedlich weit aus.

⁶⁸ Röß, Die GbR nach dem MoPeG, NZG 2023, S. 401 (402).

⁶⁹ BT-Drs. 19/27635 S. 148.

⁷⁰ Bachmann, Zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, NZG 2020, S. 612 (615); Geibel, Mauracher Entwurf zum Personengesellschaftsrecht – Ein Gesetzgebungsvorschlag mit gewissen Widersprüchen, ZRP 2020, S. 137 (138); Hermans, Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) – Entstehung und Überblick, DNotZ 2022, S. 3 (5); Noack, Von Maurach in die Welt – Der Gesetzentwurf der Expertenkommission zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts im Überblick, NZG 2020, S. 581 (584).

⁷¹ Roth, in: Hopt Handelsgesetzbuch (Fn. 4), § 124 HGB Rn. 1a.

⁷² Röß, NZG 2023, 401 (Fn. 6); dafür: BT-Drs. 19/27635 S. 190; Kindler, Die „rechtsfähige Gesellschaft“ als juristische Person – erste Befunde und Überlegungen zum Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), ZIPW 2022, S. 409 (412); dagegen: Bachmann, NZG 2020, S. 612 (616); Geibel, ZRP 2020, S. 137 (138); derweil Habersack, der annimmt, dass die Gesamthandslehre gar nicht erst aufgegeben wurde: Habersack, Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – aber wie?, ZGR 2020, S. 539 (549).

⁷³ Spindler, in: FS für Schrickler (Fn. 14), S. 539 (545).

⁷⁴ Spindler, in: FS für Schrickler (Fn. 14), S. 539 (545).

⁷⁵ Röß, NZG 2023, S. 401 (404).

⁷⁶ Ahlberg, in: Möhring/Nicolini Urheberrecht (Fn. 14), § 8 UrhG Rn. 18 ff.; Dreyer, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel Urheberrecht (Fn. 2), § 8 UrhG Rn. 30.

⁷⁷ Blobel (Fn. 14), S. 67.

I. Urheberpersönlichkeitsrechte

Es stellt sich zunächst die Frage, welche Rechte überhaupt gemeint sind. Das Urheberpersönlichkeitsrecht ist in den §§ 12 ff. UrhG geregelt. Es besteht dabei aus den Kernrechten der §§ 12–14 UrhG und weiteren Vorschriften, die durch die erstgenannten Normen geprägt sind.⁷⁸ Das Urheberpersönlichkeitsrecht soll dabei die besondere Beziehung zwischen Urheber und Werk schützen, nicht jedoch die Person des Urhebers selbst.⁷⁹ Zu den urheberrechtlichen Befugnissen zählen unter anderem die §§ 13, 25, 41, 42 UrhG.⁸⁰

II. Enge Auslegung

Eine Ansicht orientiert sich streng am Wortlaut und sieht eine Bindung zur Gesamthand nur für die in § 8 II 1 UrhG genannten Rechte erfüllt und darüber hinaus für keine anderen.⁸¹ Die persönlichkeitsrechtlichen Befugnisse werden daher nicht Gegenstand der Gesamthand.⁸² Lediglich das Veröffentlichungsrecht § 12 UrhG, die Verwertungsrechte §§ 15 ff. UrhG und das Änderungsrecht § 23 UrhG sind umfasst.⁸³ Diese Ansicht wird im Folgenden als enge Auslegung bezeichnet.

III. Weite Auslegung

Andere Kommentatoren wollen sämtliche Persönlichkeitsrechte und Befugnisse von der gesamthänderischen Bindung umfasst wissen.⁸⁴ Dazu zählen unter anderem das Zugangsrecht § 25 UrhG oder das Rückrufsrecht § 42 UrhG.⁸⁵ Diese Ansicht wird als weite Auslegung bezeichnet.

IV. Mittelweg

Ein Mittelweg will die Ausübung der Urheberpersönlichkeitsberechtigungen beschränken.⁸⁶ Dies allerdings nur, wenn das gemeinsame Werk und alle Miturheber betroffen sind.⁸⁷ Wenn dies nicht der Fall ist, kann

der einzelne Miturheber die Berechtigungen allein ausüben. Diese Lösung ist dabei einzelfallabhängig und wird im Folgenden als Mittelweg bezeichnet.

V. Stellungnahme

Bei der Frage nach dem Umfang der gesamthänderischen Bindung spielt erneut der Wortlaut des § 8 II 1 UrhG eine zentrale Rolle. Doch auch die Natur des Urheberpersönlichkeitsrechts muss näher betrachtet werden. Zudem wird untersucht, ob eine Regel gefunden werden kann, die einen Mittelweg zufriedenstellend vorgibt.

1. Wortlaut und Gesetzesbegründung

Gegen eine weite Auslegung der gesamthänderischen Bindung spricht bereits der Wortlaut.⁸⁸ Er spricht nur vom Kernbereich des Urheberpersönlichkeitsrechts Verwertung, Veröffentlichung und Änderung und unterstellt diese ausdrücklich der Bindung. Zu beachten ist, dass der Wortlaut immer die äußerste Grenze der Auslegung darstellt.⁸⁹ Aus diesem Grund könnte sofort der Schluss gezogen werden, dass es keine weitere Bindung gibt.

Jedoch schließt der Wortlaut eine weitere Bindung auch nicht aus. Dieses Problem kann nur gelöst werden, indem die Gesetzesbegründung herangezogen wird. In dieser ist genau wie im Gesetzestext lediglich von Verwertung, Veröffentlichung und Änderung die Rede.⁹⁰ Auf den ersten Blick klärt dies die Problematik auf. Doch wird teilweise vertreten, dass der historische Gesetzgeber eine umfassendere Bindung nicht konkret ausgeschlossen hat.⁹¹ Die Gesetzesbegründung wurde bei der Rechtsnatur der Miturhebergemeinschaft als eines der zentralen Argumente herangezogen. Dies geschah, weil der historische Gesetzgeber eine klare Meinung bezüglich der Rechtsnatur hatte.⁹² Bezüglich dem Bindungsumfang könnte dem Gesetzgeber nun unterstellt werden, dass er seine Vorstellung von den

⁷⁸ Bullinger, in: Wandtke/Bullinger Praxiskommentar Urheberrecht (Fn. 15), Vorbemerkung zu §§ 12 ff. UrhG Rn. 4.

⁷⁹ Peukert, in: Schricker/Loewenheim Urheberrecht (Fn. 2), Vorbemerkung §§ 12 ff. UrhG Rn. 3; BT-Drs. IV/270 S. 44.

⁸⁰ Ahlberg, in: Möhring/Nicolini Urheberrecht (Fn. 14), § 8 UrhG Rn. 20 ff.

⁸¹ Dreyer, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel Urheberrecht (Fn. 2), § 8 UrhG Rn. 34; Lettl (Fn. 14), § 3 Rn. 17; Loewenheim/Pfeifer, in: Schricker/Loewenheim Urheberrecht (Fn. 2), § 8 UrhG Rn. 10; Loewenheim, in: Loewenheim Handbuch des Urheberrechts (Fn. 14), § 11 Rn. 8; Schack (Fn. 11), Rn. 332 ff.; Schulze, in: Dreier/Schulze Urheberrechtsgesetz (Fn. 14), § 8 UrhG Rn. 12; Thum, in: Wandtke/Bullinger Praxiskommentar Urheberrecht (Fn. 15), § 8 UrhG Rn. 63 ff.; Wirtz, in: Fromm/Nordemann Urheberrecht (Fn. 14), § 8 UrhG Rn. 19.

⁸² Schulze, in: Dreier/Schulze Urheberrechtsgesetz (Fn. 14), § 8 UrhG Rn. 12.

⁸³ Thum, in: Wandtke/Bullinger Praxiskommentar Urheberrecht (Fn. 15), § 8 UrhG Rn. 63, 68.

⁸⁴ Ahlberg, in: Möhring/Nicolini Urheberrecht (Fn. 14), § 8 UrhG Rn. 19; Szalai, UFITA 2012 I, S. 5 (57).

⁸⁵ Ahlberg, in: Möhring/Nicolini Urheberrecht (Fn. 14), § 8 UrhG Rn. 21 f..

⁸⁶ Blobel (Fn. 14), S. 71; Waldenberger, Miturheberschaft im Rechtsvergleich, 1991, S. 59.

⁸⁷ Blobel (Fn. 14), S. 71; Waldenberger (Fn. 86), S. 59.

⁸⁸ Szalai, UFITA 2012 I, S. 5 (56).

⁸⁹ Pötters/Christensen, Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung und Wortlautgrenze, JZ 2011, S. 387 (389).

⁹⁰ BT-Drs. IV/270 S. 41.

⁹¹ Vgl. BT-Drs. IV/270 S. 41.

⁹² Vgl. BT-Drs. IV/270 S. 41.

Rechtsfolgen nicht klar und deutlich herausgearbeitet hat.⁹³ Er hat in der Gesetzesbegründung eine weitere Bindung weder bejaht noch verneint noch es einfach offengelassen, sondern ist darauf schlicht nicht eingegangen.⁹⁴ Dem kann sich jedoch nicht angeschlossen werden, da wie bereits erwähnt der Wortlaut äußerste Grenze der Auslegung ist. Selbst wenn man dieser Ansicht folgen würde, müsste man aus den eventuellen Unklarheiten der Gesetzesbegründung folgern, dass die Wortlautgrenze dadurch mehr an Gewicht gewinnen würde. Folglich spricht der Wortlaut gegen eine umfassende Bindung.

2. Natur des Urheberpersönlichkeitsrechts

Zudem ist die Natur des Urheberpersönlichkeitsrechts relevant. Teilweise wird angeführt, dass bei einer Miturheberschaft ein einziges Werk entsteht, an dem auch nur ein einziges Recht entstehen kann.⁹⁵ Mit dieser Annahme geht die monistische Theorie einher, die eine Verbindung zwischen Verwertungsrechten und Persönlichkeitsrechten sieht.⁹⁶ Diesem Argument steht die Gesetzesbegründung zur Seite, die die monistische Theorie annimmt und das Urheberpersönlichkeitsrecht als untrennbar mit der Person des Urhebers verbunden ansieht.⁹⁷ Aufgrund dessen sind Persönlichkeitsrecht und Verwertungsrechte untrennbar verbunden.⁹⁸ Allerdings ist das Urheberpersönlichkeitsrecht ein Persönlichkeitsrecht. Der einzelne Urheber ist folglich persönlich stark betroffen, wenn es um die gesamthänderische Bindung geht. Der Natur des Urheberpersönlichkeitsrechts als Persönlichkeitsrecht kann nur Rechnung getragen werden, wenn es keine umfassende gesamthänderische Bindung gibt.⁹⁹

Dem ist beizupflichten. Der Gesetzgeber nimmt zwar die monistische Theorie an, doch auch er unterstreicht deutlich die Natur als Persönlichkeitsrecht.¹⁰⁰ Dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, das in Art. 2 I, 1 I GG normativ verankert ist, kommt als Grundrecht eine wichtige Stellung in der deutschen Rechtsordnung zu.¹⁰¹ Das spricht dafür, dass dem Urheberpersönlichkeitsrecht innerhalb des Urheberrechts eine überragende Stellung zukommen muss. Bei einem einzelnen Urheber macht es Sinn das Persönlichkeitsrecht untrennbar mit den Verwertungsrechten zu verbinden, bei Miturhebern aber

nicht. Zwar sind die Miturheber auch aber vor allem aus der Sicht des Gesetzgebers eng miteinander verbunden,¹⁰² jedoch bedeutet eine enge Verbundenheit nicht, dass auch alle Rechte miteinander geteilt werden sollten. Dem Gedanken, der Wahrung der Natur des Urheberpersönlichkeitsrechts durch eine Beschränkung der gesamthänderischen Bindung auf die in § 8 II 1 UrhG benannten Fälle, kann also grundsätzlich gefolgt werden.

3. Wirtschaftlichkeit als Regel für einen Mittelweg

Allerdings könnte eine Beschränkung zu Problemen führen. Würde man das Rückrufsrecht aus § 42 UrhG den Miturhebern einzeln zuschreiben, würde sich die Entscheidung eines Einzelnen auch auf alle anderen auswirken.¹⁰³ Das wäre auch dann der Fall, wenn nur der Miturheber, der von § 42 UrhG Gebrauch macht, für den Rückruf wäre. Gerade bei einer hohen Zahl an Miturhebern ist dies problematisch, schließlich sind die Rechte vieler betroffen. Doch zu solch einem Ergebnis kommt die enge Auslegung.¹⁰⁴ Bei 100 Miturhebern könnte ein Einzelner über die Verwertung durch die Hintertür entscheiden, indem er von seinem Rückrufsrecht aus § 42 UrhG Gebrauch macht. Dadurch würde die gesamthänderische Bindung im Nachhinein ausgehebelt werden und das, obwohl die restlichen Miturheber für eine entsprechende Verwertung waren. Das spricht eher für die komplette Bindung.

Dabei ist aber anzumerken, dass die Natur der Gesamthandsgemeinschaft nicht auf das Urheberpersönlichkeitsrecht passt.¹⁰⁵ Diese ist nämlich vor allem für die Vermögensverwaltung angepasst.¹⁰⁶ Die Gesamthandsgemeinschaft bezieht sich immer auf ein Sondervermögen.¹⁰⁷ Demnach kann sich die gesamthänderische Bindung nur auf die ausdrücklich normierten Fälle beziehen. Dem ist beizupflichten, da es sich bei den Fällen des § 8 UrhG um Rechte handelt aus denen wirtschaftliches Kapital gezogen werden kann. Folglich könnte hier auch ein Mittelweg eingeschlagen werden, indem von Fall zu Fall entschieden wird, ob eine Befugnis der Gesamthandsbindung unterfallen sollte oder nicht. Die Wirtschaftlichkeit der Befugnis könnte als Regel für einen

⁹³ Szalai, UFITA 2012 I, S. 5 (56).

⁹⁴ Vgl. BT-Drs. IV/270 S. 41.

⁹⁵ Ahlberg, in: Möhring/Nicolini Urheberrecht (Fn. 14), § 8 UrhG Rn. 19; Szalai, UFITA 2012 I, S. 5 (56).

⁹⁶ Ahlberg, in: Möhring/Nicolini Urheberrecht (Fn. 14), § 8 UrhG Rn. 19.

⁹⁷ BT-Drs. IV/270 S. 44.

⁹⁸ BT-Drs. IV/270 S. 44.

⁹⁹ Thum, in: Wandtke/Bullinger Praxiskommentar Urheberrecht (Fn. 15), § 8 UrhG Rn. 74.

¹⁰⁰ Vgl. BT-Drs. IV/270 S. 44.

¹⁰¹ Di Fabio, in: Dürig/Herzog/Scholz Grundgesetz Kommentar Band I Art. 1–5, 100. Lieferung 2023, Art. 2 I GG Rn. 127.

¹⁰² BT-Drs. IV/270 S. 41.

¹⁰³ Ahlberg, in: Möhring/Nicolini Urheberrecht (Fn. 14), § 8 UrhG Rn. 22; Blobel (Fn. 14), S. 74.

¹⁰⁴ Schulze, in: Dreier/Schulze Urheberrechtsgesetz (Fn. 14), § 8 UrhG Rn. 12.

¹⁰⁵ Dreyer, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel Urheberrecht (Fn. 2), § 8 UrhG Rn. 34.

^{106/106} Loewenheim/Pfeifer, in: Schricker/Loewenheim Urheberrecht (Fn. 2), § 8 UrhG Rn. 10.

¹⁰⁷ Ulmer (Fn. 22), § 34 III.

Mittelweg ausgemacht werden. Die wirtschaftliche Seite eines Werkes ist dem Urheber zuzuordnen,¹⁰⁸ weshalb bei einer wirtschaftlichen Befugnis die Interessen aller Miturheber betroffen wären und es somit im Interesse der Miturheber ist, diese gesamthänderisch zu binden. Wenn die Befugnis eines der in § 8 II 1 UrhG benannten Rechte tangiert, berührt sie ebenso die wirtschaftlich geprägten Aspekte eines Werkes. Vor allem das Verwertungsrecht ist wirtschaftlich geprägt und deckt die wirtschaftlichen Möglichkeiten eines Werkes ab.¹⁰⁹ Das Rückrufsrecht würde hierunter fallen. Es beeinflusst wie das Werk veröffentlicht und verwertet wird und kann einer wirtschaftlichen Verwertung im Wege stehen. Diese Lösung wäre jedenfalls zum Teil auch vom Wortlaut gewahrt.¹¹⁰ Schließlich spricht der Wortlaut von Veröffentlichung und Verwertung. Der Wortlaut könnte im weiten Sinne so gesehen werden, dass die Befugnisse, die diese Rechte betreffen, auch gesamthänderisch gebunden sind. Zusätzlich würde die gesamthänderische Bindung nicht im Nachhinein ausgehebelt werden.

Es muss aber angemerkt werden, dass die Voraussetzungen einer die Veröffentlichung betreffenden Befugnis auch einen Grund darstellen könnten, warum der Einzelne seine Zustimmung gemäß Treu und Glauben im Sinne des § 8 II 2 UrhG versagen könnte. In der nötigen Interessensabwägung¹¹¹ könnte dies ausschlaggebend sein. Somit könnte er allein von vornherein die Verwertung verhindern, wenn die Voraussetzungen vor der Veröffentlichung vorliegen. Vor der Veröffentlichung würden die Rechte der anderen Miturheber ebenfalls tangiert werden. Es wäre unbillig, den Miturheber vor Veröffentlichung zu befugen, die Veröffentlichung verhindern zu können, ihm dieses Recht nach der Veröffentlichung jedoch zu versagen.

Zusätzlich kann das Rückrufsrecht gar nicht einer Gemeinschaft zustehen, sondern ist immer persönlichkeitsgebunden.¹¹² Der dafür entscheidende Grund ist der Wortlaut des § 42 UrhG. Auf das Rückrufsrecht kann nicht verzichtet werden. So ist es in § 42 II 1 UrhG normiert. Zudem kann das Rückrufsrecht nach § 42 I 2 UrhG nur auf den Rechtsnachfolger des Urhebers übergehen, wenn die

Voraussetzungen zum Rückruf bereits vor Tod des Urhebers vorliegen. Ansonsten ist dies ebenfalls nicht möglich. Daran kann festgestellt werden, dass das Rückrufsrecht des § 42 UrhG ein höchstpersönliches Recht ist und vor allem das Persönlichkeitsrecht und somit die persönliche Beziehung des einzelnen Urhebers zum Werk schützen soll.¹¹³ Zudem ähnelt die Formulierung des § 42 UrhG der des § 29 I UrhG, wonach das Urheberrecht als solches nicht übertragbar ist. Es sollte keinem anderen als exakt dem Urheber zustehen, der es ausüben will. Daraus folgt erneut, dass das Rückrufsrecht als persönlichkeitsrechtliche Befugnis des Urhebers nicht einer Gemeinschaft zustehen kann.

Abschließend kann festgehalten werden, dass keine eindeutige Regel für einen Mittelweg ausgemacht werden kann. Die Wirtschaftlichkeit und das Tangieren der in § 8 II 1 UrhG benannten Rechte kann nicht als Regel herhalten.

4. Zwischenergebnis

Die angeführten Argumente sprechen gegen einen Mittelweg und die weite Auslegung des Wortlautes. Die Gründe für die enge Auslegung überwiegen daher. Dieser ist also zu folgen.

D. Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass den herrschenden Meinungen bezüglich des Rechtsverhältnisses der Miturheber beizupflichten ist. Wie gezeigt wurde, bilden die Miturheber eine Gesamthandsgemeinschaft, wobei nur die in § 8 II 1 UrhG genannten Fälle unter die gesamthänderische Bindung fallen. Die Veränderungen der §§ 705 ff. BGB durch das MoPeG wirken sich nur begrenzt auf die Miturhebergemeinschaft aus. Es erscheint unwahrscheinlich, dass sich aufgrund des MoPeG etwas an der reinen Rechtsnatur als Gesamthandsgemeinschaft ändert. Die ergänzende Anwendung der §§ 705 ff. BGB erscheint zudem weiterhin dort schlüssig, wo sich vom Regelungsgehalt her nichts bis kaum etwas geändert hat. Zumal es bisher ohnehin umstritten ist, ob die GbR ihre Eigenschaft als Gesamthandsgemeinschaft, trotz des Wegfalls von § 719 I BGB a.F., überhaupt verliert.

¹⁰⁸ BVerfG v. 25.10.1978 – 1 BvR 352/71, GRUR 1980, S. 44 (46) – Kirchenmusik.

¹⁰⁹ Schulze, in: Dreier/Schulze Urheberrechtsgesetz (Fn. 14), § 15 UrhG Rn. 1.

¹¹⁰ Blobel (Fn. 14), S. 70.

¹¹¹ Loewenheim/Pfeifer, in: Schricker/Loewenheim Urheberrecht (Fn. 2), § 8 UrhG Rn. 16.

¹¹² Loewenheim/Pfeifer, in: Schricker/Loewenheim Urheberrecht (Fn. 2), § 8 UrhG Rn. 10; Spindler, in: FS für Schricker (Fn. 14), S. 539 (541).

¹¹³ Peukert, in: Loewenheim/Schricker Urheberrecht (Fn. 2), § 42 UrhG Rn. 1.

Tobias Haschka: Grund und Reichweite des Schutzes wildlebender Tiere nach dem Tierschutzgesetz einerseits und dem allgemeinen Artenschutz (§§ 37-39 BNatSchG) andererseits

Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im 6. und des LL.B. Recht und Wirtschaft im 8. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen des einfachen Seminars "Der rechtliche Schutz wildlebender Tiere" bei PD Dr. Thomas Spitzlei (Lehrstuhlvertreter am Lehrstuhl Öffentliches Recht VII – Öffentliches Recht, Praxis des Verfassungsrechts von Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff) entstanden.

A. Problemstellung und Gang der Untersuchung

Im deutschen Recht ist die Stellung der Tiere geprägt von einem anhaltenden Streit um konträre Interessen zwischen Mensch und Tier. Das gilt nicht nur im Hinblick auf Nutztiere, deren Leben regelmäßig zum Zwecke der menschlichen Ernährung beendet wird, sondern auch für wildlebende Tiere, die sich insbesondere durch die Zerstörung ihres Lebensraums in ihrer Existenz bedroht sehen. Einen Ausgleich dieser Interessen soll in Deutschland das Tier- und Artenschutzrecht schaffen. Der hierdurch entstehende rechtliche Schutz von Tieren ist in zwingender Konsequenz wiederum mit einer Einschränkung des Menschen verbunden. Mit Fokus auf die wildlebenden Tiere stellt sich die Frage, wie der deutsche Gesetzgeber diesen Schutz begründet und wie weit er reicht. Hierzu erfolgt im ersten Schritt eine Betrachtung der dem Tierschutzgesetz (TierSchG) und dem Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) zugrundeliegenden Rechtsgedanken. In einem zweiten Schritt werden die Grundlagen und Besonderheiten der beiden Gesetze im Einzelnen näher beleuchtet. Hierbei soll im Bereich des Artenschutzes eine Beschränkung auf den allgemeinen Artenschutz erfolgen. Die sich insbesondere in der Reichweite des Schutzes ergebenden Divergenzen werden in einer abschließenden Gegenüberstellung des TierSchG und des BNatSchG herausgearbeitet.

B. Begriffsbestimmung

Für die nachfolgende Betrachtung ist der Begriff der wildlebenden Tiere von zentraler Bedeutung. Das TierSchG nennt diesen selbst nur einmal und verwendet in den übrigen Fällen die Bezeichnung der wildlebenden Arten. Hierzu zählt „ein Tier, wenn es in der Natur Individuen der betreffenden Tierart gibt, die nicht unter der Herrschaft des Menschen stehen“.¹ Haustiere, die sich nicht mehr im Besitz eines Menschen befinden und verwildert sind, werden allerdings

nicht erfasst.² Der entscheidende Bezugspunkt ist der gewöhnliche Lebensraum der jeweiligen Tierart. Stellt man nun auf das einzelne Tier und nicht mehr die ganze Tierart ab, so ist ein wildlebendes Tier folglich ein Individuum, das einer nicht domestizierten Art angehört und wenigstens in der freien Natur geboren wurde oder dort geschlüpft ist. Zwingend erforderlich ist nicht, dass sich das Tier dauerhaft in Freiheit befindet, sodass auch ein Tier, welches aus der Natur entnommen wurde und in Gefangenschaft gehalten wird, wildlebend ist.³ Zudem ist die geografische Herkunft des Tieres unerheblich. Der Geltungsbereich des Gesetzes erstreckt sich auf alle Tiere auf dem Gebiet der Bundesrepublik, sodass auch exotische Tiere nach dem Import erfasst sind. Letzteres gilt auch für das BNatSchG. Abweichend von der obigen Definition verstehen *Lorz/Metzger* unter wildlebenden Tieren im Sinne des § 20 der Verordnung zum Schutz von zu Versuchszwecken oder zu anderen wissenschaftlichen Zwecken verwendeten Tieren (TierSchVersV) „Exemplare von Tierarten, die bei uns in Freiheit vorkommen“⁴. Diese begriffliche Reduzierung auf in Deutschland beheimatete Tiere erscheint allerdings mit Blick auf das Telos der Norm nicht sinnvoll. So geht der Gesetzgeber im Tierversuchsrecht von einer verminderten Anpassungsfähigkeit dieser Tiere an die Rahmenbedingungen von Tierversuchen aus, weshalb sie hierfür möglichst nicht genutzt werden sollten.⁵ Dies gilt für Tiere, deren gewöhnlicher Lebensraum außerhalb Deutschlands liegt, in gleichem Maße.

Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle auf § 960 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) und dessen Begrifflichkeit des wilden Tieres hingewiesen. Auch hier wird nach allgemeiner Auffassung auf die Tierart und die gewöhnliche Herrschaft des Menschen hierüber abgestellt, sodass das

¹ *Hirt/Maisack/Moritz*, Tierschutzgesetz Kommentar, 3. Auflage 2016, § 3 Rn. 26.

² *Hackbarth/Lückert*, Tierschutzrecht – Praxisorientierter Leitfadentext, 2000, S. 59.

³ Vgl. § 20 I 1 TierSchVersV.

⁴ *Lorz/Metzger*, Tierschutzgesetz Kommentar, 7. Auflage 2019, § 20 TierSchVersV, Rn. 2.

⁵ BT-Drucksache 10/3158, S. 25.

Begriffsverständnis dem der wildlebenden Arten entspricht.⁶ Umstritten ist insoweit jedoch, ob letztlich die Verkehrsauffassung hinsichtlich der menschlichen Herrschaft⁷ oder, aufgrund des historischen Ursprungs der Norm, eine den wilden Tieren fehlende instinktive Bindung an den Menschen, die sie zur intrinsisch motivierten Rückkehr in die menschliche Obhut veranlassen würde (*animus revertendi*),⁸ zur Kategorisierung heranzuziehen ist. Aus Wertungsgesichtspunkten überzeugt letztere Auffassung im Ergebnis nicht, da dies beispielsweise bei verwilderten Hauskatzen zur Annahme führen würde, es handle sich mangels Rückkehrinstinkts um ein wildes Tier im Sinne der Norm, was jedoch allgemein hin abgelehnt wird.⁹

C. Gesetzgebung in Deutschland zum Schutz wildlebender Tiere

I. Gedanke des Tierschutzrechts

Tiere werden weltweit bereits seit Jahrhunderten geschützt, doch unterliegt die Begründung hierfür einem fortschreitenden Wandel.¹⁰ Während bis 1933 der anthropozentrische Tierschutz, der den Menschen in das Zentrum der Betrachtung stellt, vorherrschte und Tierquälerei nur sanktioniert wurde, um „das menschliche Sittlichkeitsgefühl, genauer das Gefühl des Mitleids“¹¹ zu schützen, rückten im weiteren Verlauf die

eigentlichen Interessen der Tiere mehr in den Vordergrund.¹² Das TierSchG in der heutigen Form ist in seinem Kern von einem ethisch motivierten Tierschutz geprägt.¹³ „Ethik ist eine kritische Reflexion über unsere Vorstellungen von der richtigen oder guten menschlichen Handlungsweise bzw. Lebensführung“¹⁴. Grundlage des Schutzes ist damit, was wir in der Gesellschaft als richtige oder gute Handlungsweise in Bezug auf Tiere ansehen.

Dieser ethisch motivierte Tierschutz schützt Tiere um ihrer selbst willen, was sich besonders an der Grundsatznorm des § 1 S. 1 TierSchG und der den Worten des Gesetzestextes immanenten religiösen Bedeutung der „Verantwortung des Menschen“ zur Achtung und Wahrung der Schöpfung, basierend auf der Schöpfungsgeschichte und der Erbsünde, zeigt.¹⁵ Diese Ausprägung führt indes nicht zu einer Anerkennung subjektiver Rechte der Tiere.¹⁶ Normadressat des TierSchG kann demnach lediglich der einzelne Mensch sein, der als Rechtssubjekt Träger von Rechten und Pflichten ist. Dies hat auch zur Folge, dass das TierSchG zwar alle lebenden Tiere schützen soll, doch das geschützte Rechtsgut vorrangig in der „sittliche[n] Ordnung in den Beziehungen zwischen Mensch und Tier“¹⁷ gesehen wird.¹⁸ Teils wird ein Schutz der Rechtsgüter Leben und Wohlbefinden der Tiere als gleichrangig erachtet.¹⁹ Es zeigt sich hieran, dass der

⁶ *Heinze* in: von Staudinger, Julius [Begr.], Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 3, 2020, § 960 Rn. 1 f.; *Wolff/Raiser*, Sachenrecht – Ein Lehrbuch, 10. Auflage 1957, S. 290; *Kern*, Anmerkung zu OLG München, Urteil v. 18.11.1929, BerReg. L 1023/29 III., JW 1930, S. 2458; *Endemann*, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Band, 11. Teil, 4. Auflage 1898, S. 339; *Wendt*, Wie etwas heißt und was es ist! – Warnung vor falschen Schlussfolgerungen aus Namen und Bezeichnung, AcP 1908, S. 417 (458-460); im Ergebnis ebenso: *Schermaier*, Kaiman Sammy und Kuh Yvonne, oder: Das „wilde Tier“ im Begriffshimmel, in: Ackermann, Thomas/Köndgen, Johannes [Hrsg.], Privat- und Wirtschaftsrecht in Europa – Festschrift für Wulf-Henning Roth zum 70. Geburtstag, 2015, S. 489 (505); a.A. *Lorz*, Wildlebende Tiere – Wild – Wilde Tiere, NuR 1982, S. 167 (171).

⁷ VG Stuttgart v. 16.12.2013 – 4 K 29/13, RdL 2014, S. 338; BayVG v. 27.11.2015 – 5 BV 14.1846, NJW 2016, S. 1606; OVG NRW v. 1.8.2016 – 5 B 1265/15, NJW 2016, S. 3674; BVerwG v. 26.4.2018 – 3 C 24/16, NJW 2018, S. 3125; RG v. 12.12.1916 – IV 724/16, RGSt 50, S. 183; *Heinze* (Fn. 6), § 960 Rn. 1.

⁸ OVG Mecklenburg-Vorpommern v. 12.1.2011 – 3 L 272/06, DVBl 2011, S. 976; *Oechsler* in: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina [Hrsg.], Münchener Kommentar zum BGB, Band 8, 9. Auflage 2023, § 960 Rn. 2.; *Avenarius*, Der Freiflug des Falken – *mobilia non habent sequelam*, NJW 1993, S. 2589; Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches 1896, Band 3, S. 371; *von Kayser*, Jagd und Jagdrecht in Rom, Dissertation 1894, S. 35; *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Band, 2. Auflage 1867, S. 425 f.; *Dabelow*, Handbuch des heutigen gemeinen Römisch-Deutschen Privatrechts, 1. Teil, 1803, S. 73; *Ebermayer/Lobe/Rosenberg*, Reichs-Strafgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 4. Auflage 1929, S. 755.

⁹ Vgl. nur OVG NRW v. 1.8.2016 – 5 B 1265/15, NJW 2016, S. 3674; VG Aachen v. 23.1.2017 – 4 K 864/14; *Ebbing* in: Westermann, Harm Peter/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg [Hrsg.], Ermann BGB, 17. Auflage 2023, § 960 Rn. 2.

¹⁰ *von Loeper* in: Kluge, Hans-Georg [Hrsg.], Tierschutzgesetz Kommentar, 2002, Einführung Rn. 20-41; *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 1), Einführung Rn. 1-7; *Lorz/Metzger*, Tierschutzgesetz Kommentar, 7. Auflage 2019, Einführung Rn. 40-49; *von Loeper/Reyer*, Das Tier und sein rechtlicher Status – Zur Weiterentwicklung von Transparenz und Konsequenz des Tierschutzrechts, ZRP 1984, S. 205 (206-209).

¹¹ *von Hippel*, Zur Bestrafung der Tierquälerei, DJZ 1933, S. 1253.

¹² Vgl. Deutscher Reichsanzeiger und Preussischer Staatsanzeiger 1933, Nr. 281, S. 1.

¹³ BVerfG v. 6.7.1999 – 2 BvF 3/90, BVerfGE 101, S. 37; *Metzger* in: Erbs, Georg/Kohlhaas, Max/Häberle, Peter [Hrsg.], Strafrechtliche Nebengesetze, 245. EL 2023, § 1 Rn. 1; *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 1), § 1 Rn. 2; *von Loeper* (Fn. 10), § 1 Rn. 11; BT-Drucksache VI/2559, S. 9.

¹⁴ *Andersen*, Einführung in die Ethik, 2000, S. 2.

¹⁵ BVerfG v. 2.10.1973 – 1 BvR 459, 477/72, BVerfGE 36, S. 56 f.; BVerfG v. 20.6.1978 – 1 BvL 14/77, BVerfGE 48, S. 389; BT-Drucksache VI/2559, S. 9;

Lorz/Metzger (Fn. 10), § 1 Rn. 1; BT-Drucksache 14/758, S. 4; *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 1), § 1 Rn. 63; BT-Plenarprotokoll 10/210, S. 16108, 16111; *Wingren*, Schöpfung und Gesetz, 1960, S. 89, 93 f., 106 f.; *Reiter*, Das Tier als Mitgeschöpf – Festvortrag zum 60. Geburtstag von Prof. Dr. Bernd Hoffmann in: Giessener Universitätsblätter, Band 34/35, 2001/2002, S. 63 f.; *Baranzke*, Kreaturwürde in: Ach, Johann S./Borchers, Dagmar [Hrsg.], Handbuch Tierethik – Grundlagen – Kontexte – Perspektiven, 2018, S. 173 (175).

¹⁶ VG Hamburg v. 22.9.1988 – 7 VG 2499/88, NVwZ 1988, S. 1058; *Hackbarth/Lückert* (Fn. 2), S. 26; *Spickhoff* in: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina [Hrsg.], Münchener Kommentar zum BGB, Band 1, 9. Auflage 2021, § 1 Rn. 6.

¹⁷ *Lorz/Metzger* (Fn. 10), § 1 Rn. 1.

¹⁸ OLG Hamm v. 23.1.1985 – 4 Ss 1536/84, NuR 1985, S. 200; *Lorz/Metzger* (Fn. 10), § 1 Rn. 1, 6; *von Loeper* (Fn. 10) Einführung Rn. 84, § 1 Rn. 6 f.; *Ort/Reckewell* in: Kluge – Tierschutzgesetz Kommentar (Fn. 10), § 17 Rn. 14a; *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 1), § 1 Rn. 11.

¹⁹ VGH Hessen v. 25.3.1980 – IX OE 7/79, AgrarR 1980, S. 314 f.; OLG Stuttgart v. 1.3.2010 – 2 Ws 176/09, Justiz 2010, S. 309; *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 1) § 1 Rn. 3; ähnlich: *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil – Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, Band 1, 4. Auflage 2006, § 15 Rn. 34; *Lorz/Metzger* (Fn. 10), Vor § 17 Rn. 3.

vermeintliche Schutz der Tiere um ihrer selbst willen tatsächlich nur eingeschränkt zum Tragen kommt.

II. Gedanke des Artenschutzes

Der Gedanke des Arten- als Teil des Naturschutzes, ist wesentlich jünger als der des Tierschutzes, doch unterlag auch dieser einem zeitlichen Wandel. „[D]ie Herbeiführung eines ausgiebigen Schutzes der durch Insektenvertilgung nützlich wirkenden Vögel“²⁰ war der erste Schritt zu einem Artenschutz in Deutschland Ende des 19. Jahrhunderts, da „von Jahr zu Jahr der Land- und Forstwirtschaft, der Weinkultur und dem Gartenbau durch Insekten aller Art immer größerer Schaden zugefügt“²¹ wurde. Anfangs sollte einzig ihre Nützlichkeit für den Menschen den Schutz bestimmter Vogelarten begründen. Wenige Jahre später wurden dann auch „die ästhetischen und moralischen Erwägungen“²² berücksichtigt, die jedoch nur eine untergeordnete Rolle spielten und zu Beginn der Gesetzesverhandlungen noch umstritten waren.²³ Mit dem Reichsnaturschutzgesetz von 1935 wurde der Schutz auf alle nichtjagdbaren Tiere erweitert und auf die Seltenheit und Gefährdung einzelner Tierarten Bezug genommen. Begründet wurde das Gesetz mit der „Pflicht [...], auch dem ärmsten Volksgenossen seinen Anteil an deutscher Naturschönheit zu sichern“²⁴. Auch hier stand die Nützlichkeit, nun aber vor allem aufgrund ästhetischer Gründe, im Vordergrund. Abgelöst wurde das Reichsnaturschutzgesetz 1976 durch das Bundesnaturschutzgesetz, welches in § 1 Abs. 1 BNatSchG die Sicherung der „Lebensgrundlagen des Menschen“ als Begründung für den Artenschutz anführte. Erst im Jahr 2002 erfolgte durch eine Neufassung des BNatSchG eine Veränderung der Gesetzesausrichtung. Nunmehr sind gemäß § 1 I Hs. 1 BNatSchG „Natur und Landschaft [...] auf Grund ihres eigenen Wertes und als Grundlage für Leben und Gesundheit des Menschen auch in Verantwortung für die künftigen Generationen“ zu schützen. Dieser Formulierung sind ein anthropozentrisches und ein ökozentrisches Element sowie eine Gegenwarts- und Zukunftsperspektive zu entnehmen, welche gleichrangig nebeneinanderstehen.²⁵ Zweck des heutigen Artenschutzes ist die Erhaltung der Biodiversität, woran ein hohes öffentliches Interesse besteht.²⁶

²⁰ Stenographische Berichte des Deutschen Reichstags 1879, Anlage Nr. 47, S. 417.

²¹ Stenographische Berichte des Deutschen Reichstags 1876, Anlage Nr. 21, S. 470.

²² Stenographische Berichte des Deutschen Reichstags 1888, Anlage Nr. 90, S. 458.

²³ Stenographische Berichte des Deutschen Reichstags 1876, Anlage Nr. 151, S. 953.

²⁴ Präambel des Reichsnaturschutzgesetzes, RGBl. I S. 821.

²⁵ *Meßerschmidt* in: Meßerschmidt, Klaus [Hrsg.], Bundesnaturschutzgesetz – Kommentar zum Bundesnaturschutzgesetz, Vorschriften und Entscheidungen, Band 1, 163. Aktualisierung 2023, § 1 Rn. 33; *Lüttes* in: Bundesnaturschutzgesetz Kommentar, 2011, § 1 Rn. 19.

²⁶ BVerfG v. 3.11.1982 – 1 BvL 4/78, BVerfGE 61, S. 312; *Wustmans*, Artenschutz in: Handbuch der Tierethik (Fn. 15), S. 307; *Kratsch* in: Schumacher, Jochen/Fischer-Hüftle, Peter [Hrsg.], Bundesnaturschutzgesetz Kommentar, 2. Auflage 2011, § 37 Rn. 1.

²⁷ *Baur*, Biodiversität, 2010, S. 58-69.

²⁸ *Gorke*, Vom Eigenwert der Natur – Grundzüge einer Naturethik in: Seevögel – Zeitschrift des Vereins Jordsand zum Schutz der Seevögel und der Natur e.V., 2004, S. 16 (17-19).

²⁹ VGH Baden-Württemberg v. 27.9.2005 – 1 S 261/05, NuR 2006, S. 113.

³⁰ *Mösl* in: Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert [Hrsg.], Grundgesetz Kommentar, 99. EL 2022, Art. 87e Rn. 182.

Gemäß Art. 2 des Internationalen Übereinkommens über die biologische Vielfalt, bezeichnet Biodiversität „the variability among living organisms from all sources [...]: this includes diversity within species, between species and of ecosystems“. Sie ist von entscheidender Relevanz für die Funktionsfähigkeit von Ökosystemen, die wiederum das Leben auf der Erde ermöglichen.²⁷ Wie sich aus dem Gesetz selbst ergibt, dient dieser Schutz aber nunmehr nicht allein der Sicherung menschlicher Lebensgrundlagen, sondern enthält, durch den Verweis auf den Eigenwert der Natur, ebenso einen ethischen Blickwinkel. Die holistische Umweltethik betrachtet die natürlichen Systeme in ihrer Gänze als um ihrer selbst willen schützenswert, was aus moralischen Erwägungen abgeleitet wird. Daraus folgt, dass ein Eingriff in diese, mit einem Eigenwert ausgestatteten Systeme, nachvollziehbar begründet sein muss, um gerechtfertigt werden zu können.²⁸

III. Reichweite des Schutzes

1. Schutzwirkung des Art. 20a GG

Die Mensch-Tier-Beziehung in Deutschland zeichnet sich durch einen Interessenkonflikt aus, der seinen rechtlichen Ursprung in der Verfassung der Bundesrepublik findet. Während die Belange eines jeden Menschen durch verfassungsrechtlich gewährleistete Grundrechte vor einem Eingriff geschützt sind, bleibt ein solcher Schutz Tieren grundsätzlich verwehrt. Zwar erhob der verfassungsändernde Gesetzgeber den Tierschutz 2002 durch die Einfügung in Art. 20a des Grundgesetzes (GG) als Staatszielbestimmung auf Verfassungsrang, doch ist damit „ein absoluter Schutz für Tiere nicht verbunden“.²⁹ Eine solche Staatszielbestimmung gibt dem Gesetzgeber einzig ein festgelegtes Ziel vor und verpflichtet ihn zu einer hierauf gerichteten Handlung in der Zukunft. Er ist jedoch sowohl bei der Wahl der Mittel wie auch beim angestrebten Grad der Zielerreichung grundsätzlich frei.³⁰ So ist beispielsweise die Tötung eines Wirbeltieres nicht per se von Verfassungs wegen verboten, sondern muss nur gemäß § 1 S. 2 TierSchG vernünftig begründet sein und unter Einhaltung der Bedingungen der §§ 4 ff. TierSchG hinsichtlich der Durchführung der Tötungshandlung erfolgen. Der Anhebung

auf Verfassungsrang kommt jedoch bei einer Kollision mit Grundrechten eine entscheidende Bedeutung zu. Während Grundrechte mit Gesetzesvorbehalt bei Verfolgung eines legitimen Zwecks durch eine einfachgesetzliche Regelung einschränkbar sind,³¹ können vorbehaltlos gewährleistete Grundrechte nur im Falle kollidierenden Verfassungsrechts im Wege praktischer Konkordanz miteinander in Einklang gebracht werden.³² Art. 20a GG eröffnet hier die Möglichkeit einer Abwägung der betroffenen Rechtsgüter.³³ Von besonderer Relevanz ist dies in den Bereichen Wissenschaft und Kunst (Art. 5 Abs. 3 GG) sowie Religion (Art. 4 Abs. 1, 2 GG), welche regelmäßig mit Belangen des Tierschutzes im Konflikt stehen.³⁴ Bei wildlebenden Tieren spielt die Freiheit der Wissenschaft im Hinblick auf die Durchführung von Tierversuchen eine entscheidende Rolle.

2. Schutz durch das TierSchG

a) Grundlagen

Das TierSchG dient keineswegs der Verhinderung jeglicher Art der Beeinträchtigung von Tieren. Ein solcher Schutz wäre durch die weitreichenden Konsequenzen mit dem Grundgesetz in seiner derzeitigen Form nicht vereinbar. Der Gesetzgeber wählte deshalb den Weg eines Grundsatz-Ausnahme-Modells mit einer integrierten Verhältnismäßigkeitsprüfung. Entsprechend der Grundnorm des § 1 S. 2 TierSchG dürfen keinem Tier Schmerzen, Leiden oder Schäden zugefügt werden (Grundsatz), sofern hierfür kein vernünftiger Grund vorliegt (Ausnahme). Voraussetzung dieses Schutzes ist damit die Schmerz- und Leidensfähigkeit eines Tieres, wenn durch die Handlung nicht ohnehin bereits eine (körperliche) Schädigung verursacht wird. Nach der Begründung des Gesetzentwurfes „soll die Schutzbedürftigkeit in der Regel dort enden, wo ein Empfindungsvermögen des Tieres nicht mehr zu erwarten ist“.³⁵ Der Schutzbereich ist folglich vom aktuellen Stand wissenschaftlicher Erkenntnisse zum Empfindungsvermögen der jeweiligen Tierart abhängig.³⁶ Der Schutz reicht bei nachweislich schmerzempfindlichen Tieren somit weiter als bei

Tieren, denen ein solches Empfindungsvermögen (derzeit) abgesprochen wird, da diese einzig vor Schäden, also negativen Abweichungen vom Normalzustand, geschützt werden, welche den unter Umständen auftretenden Schmerzen und Leiden zeitlich nachfolgen können.³⁷ Das TierSchG greift die Unterscheidung nach dem Empfindungsvermögen in seiner Grundkonzeption auf und legt seinen Fokus deshalb auf Wirbeltiere, die „infolge ihrer differenzierten Innervierung im Hinblick auf Schmerzerregung, Schmerzleitung und Schmerzempfindung im Vergleich zu anderen Tieren wesentlich stärker“³⁸ reagieren.

In jedem Fall erfährt der generelle Schutz jedoch eine deutliche Einschränkung, wenn der jeweilige Eingriff verhältnismäßig ist und somit gerechtfertigt werden kann. Dürfen nun aber „Tieren nicht ‚ohne vernünftigen Grund‘ ‚vermeidbare‘, das ‚unerläßliche [sic] Maß‘ übersteigende ‚Schmerzen, Leiden oder Schäden“³⁹ zugefügt werden, so besteht im Umkehrschluss durchaus die Möglichkeit, dass eben gerade vermeidbare und unnötig gesteigerte Schmerzen zulässig sein können, wenn der Nutzen deutlich überwiegt, sofern der Gesetzgeber nicht bereits eine Wertung vorgenommen und eine spezielle Regelung getroffen hat. So war, trotz des inzwischen unstrittig vorliegenden Schmerzempfindens von Ferkeln, eine betäubungslose Kastration noch bis zum Jahr 2021 aus wirtschaftlichen Erwägungen, die nach höchstrichterlicher Rechtsprechung grundsätzlich als berechtigte Interessen zu berücksichtigen seien, gesetzlich zulässig.⁴⁰ Die Frage nach der Vernünftigkeit eines Grundes im Sinne des § 1 TierSchG wird damit in der Realität durchaus großzügig zum Vorteil des Menschen beantwortet.

b) Wissenschaftsfreiheit und Tierversuche

aa) Legitimation des Grundrechtseingriff

Die Nutzung von Tieren in der Wissenschaft im Rahmen von Tierversuchen ist seit vielen Jahren immenser öffentlicher Kritik ausgesetzt. Der Gedanke des ethischen Tierschutzes und die in Art. 5 III 1 GG geschützte Wissenschaftsfreiheit treffen

³¹ BVerfG v. 21.7.2022 – 1 BvR 469, 470, 471 und 472/20, BVerfGE 162, S. 414; den Tierschutz als legitimen Zweck anerkennend: BVerfG v. 2.10.1973 – 1 BvR 459, 477/72, BVerfGE 36, S. 56-58; BVerfG v. 20.6.1978 – 1 BvL 14/77, BVerfGE 48, S. 389 f.

³² BVerfG v. 20.12.1960 – 1 BvL 21/60, BVerfGE 12, S. 53; BVerfG v. 24.2.1971 – 1 BvR 435/68, BVerfGE 30, S. 193; BVerfG v. 3.11.1987 – 1 BvR 1257/84, 861/85, BVerfGE 77, S. 253.

³³ *Murswiek* in: Sachs, Michael [Hrsg.], Grundgesetz Kommentar, 8. Auflage 2018, Art. 20a Rn. 72; *Krings* in: Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hofmann, Hans/Henneke, Hans-Günter [Hrsg.], GG Kommentar zum Grundgesetz, 14. Auflage 2018, Art. 20a Rn. 11 f.; *Faller*, Staatsziel „Tierschutz“ – Vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat?, Dissertation 2005, S. 113.

³⁴ *Caspar/Geissen*, Das neue Staatsziel „Tierschutz“ in Art. 20a GG, NVwZ 2002, S. 913 (915-917).

³⁵ BT-Drucksache VI/2559, S. 9.

³⁶ Schultze-Petzold, zitiert nach *Eberle*, Das neue Tierschutzgesetz, NJW 1973, S. 1405 (1407).

³⁷ *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 1), § 1 Rn. 27-29.

³⁸ BT-Drucksache VI/2559, S. 10.

³⁹ BVerfG v. 2.10.1973 – 1 BvR 459, 477/72, BVerfGE 36, S. 57; BVerfG v. 20.6.1978 – 1 BvL 14/77, BVerfGE 48, S. 389

⁴⁰ BVerfG v. 13.06.2019 – 3 C 29/16, ZUR 2019, S. 682; BT-Drucksache VI/2559, S. 10; BT-Drucksache 17/10572, S. 24; ebenso: Erwägungsgrund Nr. 4 der RL 2001/93/EG; *Zöls*, Möglichkeiten der Schmerzreduzierung bei der Kastration männlicher Saugferkel, Dissertation 2006, S. 86; *Meuser*, Das Schmerzempfinden von Tieren und die Einschätzung durch den Menschen, Dissertation 2006, S. 30; BT-Drucksache 18/10689, S. 5.

hier direkt aufeinander. Als vorbehaltlos gewährleistet Grundrecht ist die Wissenschaftsfreiheit ausschließlich durch verfassungsimmanente Schranken begrenzt. Eine solche findet sich in Art. 20a GG. Bei kollidierenden Verfassungsgütern ist der Gesetzgeber gehalten, einen zum Ausgleich der widerstreitenden Interessen notwendigen Grundrechtseingriff durch ein hinreichend bestimmtes Gesetz zu legitimieren und damit die Schranken der betroffenen Grundrechte zu konkretisieren. Hierbei darf das Eingriffsgesetz jedoch keine generelle Interessenabwägung im Voraus vornehmen, sondern muss stattdessen die Möglichkeit einer individuellen Abwägung eröffnen. Dies schließt aber auch den Erlass eines generellen Verbotes nicht aus, wenn dieser Eingriff unter Berücksichtigung seiner Schwere verhältnismäßig ist.⁴¹

Das Tierversuchsrecht wird in den §§ 7 bis 9 TierSchG einfachgesetzlich geregelt und dient als entsprechende Eingriffsgrundlage. Das Gesetz definiert in § 7 Abs. 2 TierSchG Tierversuche als Eingriffe oder Behandlungen, die bei dem betroffenen Tier oder seinen Nachkommen zu Schmerzen, Leiden oder Schäden führen können. Es stellt die Durchführung solcher Maßnahmen unter ein bußgeldbewehrtes Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und gewährleistet durch ein in §§ 8, 8a TierSchG vorgesehenes Genehmigungsverfahren die notwendige Einzelfallabwägung. Die Interessen der Wissenschaft werden durch einen Anspruch auf Erteilung einer Genehmigung bei Vorliegen der Voraussetzungen nach § 8 I 2 TierSchG berücksichtigt.

bb) Wildlebende Tiere

Der Genehmigungsanspruch nach § 8 I 2 TierSchG erfährt eine Einschränkung, wenn der Versuch an wildlebenden Tieren erfolgen soll. Da ihre Verwendung einem grundsätzlichen Verbot unterliegt, ist die Genehmigung des Vorhabens gemäß § 20 I TierSchVersV, trotz des Vorliegens der allgemeinen Voraussetzungen, zu verweigern.

Ist die Verwendung dieser Tiere im Ausnahmefall für den Versuchszweck unerlässlich, kann die zuständige Behörde dennoch eine Genehmigung erteilen. Die Unerlässlichkeit ist entsprechend § 19 I 2 TierSchVersV durch den Antragsteller wissenschaftlich darzulegen.⁴² Bei der Ausübung des der

Behörde obliegenden Ermessens ist in besonderem Maße die grundrechtlich gewährte Wissenschaftsfreiheit zu berücksichtigen. Um dieser entsprechend Geltung zu verschaffen, ist die Genehmigung zu erteilen, wenn die Bedingung des § 20 I 2 TierSchVersV vorliegt. Die Notwendigkeit der wissenschaftlichen Begründung im Antrag führt dazu, dass der Genehmigungsbehörde einzig eine Plausibilitätskontrolle verbleibt.⁴³ Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist somit im Regelfall von einer Ermessensreduzierung auf Null auszugehen.⁴⁴ Besondere Schutzerwägungen können damit durch die Genehmigungsbehörde nicht berücksichtigt werden. Maßgeblich für eine Ausnahme ist nur der plausible Vortrag des Antragstellers. Ein Nachweis ist hingegen nicht zu erbringen.⁴⁵

3. Schutz durch das BNatSchG

a) Grundlagen

Während das Tierschutzrecht dem Schutz des individuellen Tieres dient, ist das Artenschutzrecht auf den Schutz einer gesamten Tierart ausgerichtet.⁴⁶ In beiden Rechtsgebieten ist das einzelne Tier dennoch regelmäßiger Bezugspunkt, sodass bereits dessen Beeinträchtigung verboten ist, ohne auf unmittelbare Konsequenzen für die Gesamtheit der Art abzustellen.⁴⁷ Dem Artenschutzrecht liegt ein dreistufiger Schutzaufbau zugrunde. Die Basis bildet der allgemeine Artenschutz, der ein Mindestmaß an Schutz für alle wildlebenden Tier- und Pflanzenarten etabliert, wobei bereits das Vorliegen eines vernünftigen Grundes die Rechtswidrigkeit einer Handlung wieder entfallen lässt. Auf der zweiten und dritten Stufe erfolgt dann eine schrittweise Ausweitung des Schutzes auf besonders und streng geschützte Arten.

Der Artenschutz nach dem BNatSchG beschränkt sich auf wildlebende Arten und nimmt damit domestizierte Tierarten aus. Im Detail ist die Reichweite des allgemeinen Artenschutzes jedoch nicht klar erkennbar. § 39 I Nr. 1 BNatSchG untersagt unter anderem den Fang, die Verletzung und die Tötung wildlebender Tiere. Zum Schutz besonders geschützter Arten wird dies durch § 44 I Nr. 1 BNatSchG erweitert und explizit die Entnahme, Beschädigung oder Zerstörung von Entwicklungsformen der geschützten Tiere

⁴¹ Vgl. BVerfG v. 1.3.1978 – 1 BvR 333/75, BVerfGE 47, S. 369; BVerfG v. 27.11.1990 – 1 BvR 402/87, BVerfGE 83, S. 142; BVerfG v. 16.1.2003 – 2 BvR 716/01, BVerfGE 107, S. 120; BVerfG v. 13.4.2010 – 1 BvR 216/07, BVerfGE 126, S. 24; BVerfG v. 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17, BVerfGE 153, S. 35.

⁴² Lorz/Metzger (Fn. 10), § 20 TierSchVersV Rn. 5.

⁴³ OVG Bremen v. 11.12.2012 – 1 A 180/10, 1 A 367/10.

⁴⁴ Vgl. Hain/Schlette/Schmitz, Ermessen und Ermessensreduktion – ein Problem im Schnittpunkt von Verfassungs- und Verwaltungsrecht, AöR 1997, S. 32 (39-42); Jestaedt in: Ehlers, Dirk/Pünder, Hermann [Hrsg.], Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Auflage 2022, § 11 Rn. 85 f.

⁴⁵ Vgl. BVerfG v. 20.6.1994 – 1 BvL 12/94, NVwZ 1994, S. 895.

⁴⁶ Müller, Das System des deutschen Artenschutzrechts und die Auswirkungen der Caretta-Entscheidung des EuGH auf den Absichtsbegriff des § 43 Abs. 4 BNatSchG, NuR 2005, S. 157 f.

⁴⁷ VG Düsseldorf v. 14.2.2023 – 17 K 2006/20; Gellermann/Schreiber, Schutz wildlebender Tiere und Pflanzen in staatlichen Planungs- und Zulassungsverfahren – Leitfaden für die Praxis, 2007, S. 38; Philipp, Artenschutz in Genehmigung und Planfeststellung, NVwZ 2008, S. 593 (596).

untersagt. Die ausdrückliche Nennung in § 44 BNatSchG lässt vermuten, dass die Entwicklungsformen nur im Falle besonders geschützter Arten vom Schutz erfasst sein sollen. Nach der Definition des Begriffs der Tiere in § 7 II Nr. 1 BNatSchG zählen zu den Tieren allerdings auch die Entwicklungsformen der jeweiligen Tierart, womit diese ebenso dem Schutzbereich zuzurechnen wären. Unter Bezugnahme auf den Grundgedanken des Artenschutzes erscheint dies auch sinnvoll, da zur Sicherung der Artenvielfalt die Nachkommenschaft zu erhalten und damit rechtlich zu schützen ist. Mit Blick auf die Bußgeldvorschriften lässt sich dies jedoch nicht stützen. Die Voraussetzungen einer Sanktionierung sind auf Grundlage des Bestimmtheitsgebots gemäß Art. 103 II GG durch den Gesetzgeber so klar zu formulieren, dass durch Auslegung erkennbar ist, welche Handlung unzulässig ist.⁴⁸ § 69 BNatSchG greift die Formulierung der §§ 39, 44 BNatSchG auf und nennt damit auch nur im Falle des besonderen Artenschutzes die Entwicklungsformen in den Bußgeldtatbeständen. In Anbetracht einer Bußgeldandrohung von bis zu 10.000 EUR bei einem Verstoß gegen ein Verbot nach § 39 I Nr. 1 BNatSchG (§ 69 III Nr. 7 i.V.m. § 69 VII BNatSchG) ist der Tatbestand restriktiv auszulegen, weshalb die Entwicklungsformen nicht vom allgemeinen Artenschutz umfasst sein können.⁴⁹ Insoweit besteht eine Inkonsistenz innerhalb des Gesetzes.

b) Schutz der Lebensstätte

Gemäß § 37 I 2 BNatSchG umfasst der Artenschutz drei Bereiche: (1) den Schutz vor Beeinträchtigung durch den Menschen und Gewährleistung der sonstigen Lebensbedingungen (direkter Artenschutz), (2) den Schutz der Lebensstätten und Biotope (mittelbarer Artenschutz) und (3) die Wiederansiedlung.⁵⁰ Das Gesetz verfolgt damit einen ganzheitlichen Ansatz zur Wahrung der Biodiversität, der die Tiere nicht nur vor unmittelbaren, sondern auch vor mittelbaren Beeinträchtigungen durch den Menschen schützt und bestimmte Folgen wieder umkehrt.

Die Erhaltung der Lebensstätten ist für die Artenvielfalt von entscheidender Relevanz.⁵¹ Aufgrund des Zusammenspiels der innerhalb eines bestimmten Raums lebenden Tier- und Pflanzenarten wird deren Überleben gesichert.⁵² Ist deren Lebensraum bedroht, so wird ihnen die Suche nach Nahrung,

einem Schlafplatz oder einer Möglichkeit zur Aufzucht ihrer Jungtiere erschwert und unter Umständen unmöglich gemacht. Eine Beeinträchtigung dieser Räume führt demnach zu mittelbaren Auswirkungen auf die dort lebenden Tierarten. Diesen Auswirkungen vorbeugend enthält § 39 I Nr. 3 BNatSchG ein entsprechendes Verbot der Beeinträchtigung oder Zerstörung von Lebensstätten wildlebender Tiere. Dabei versteht das Gesetz nach § 7 II Nr. 5 BNatSchG unter einer Lebensstätte den regelmäßigen Aufenthaltsort eines Tieres. Hierbei muss es sich nicht zwingend um einen natürlichen Lebensraum handeln. Auch ein von Menschenhand geschaffenes Bauwerk kann eine Lebensstätte darstellen.⁵³

4. Vergleich des Tier- und Artenschutzes

a) Ausweitung des Schutzes durch das Normengefüge

Zwar schützen sowohl das TierSchG wie auch das BNatSchG wildlebende Tiere, doch ist die konkrete Ausgestaltung, wie dargestellt, teils unterschiedlich. Ihnen gemein sind ethische Erwägungen und die Betrachtung des jeweiligen Eigenwerts des Schutzobjektes. Das TierSchG soll zur Achtung der Tiere um ihrer selbst willen nicht unerhebliche Beeinträchtigungen (Schmerzen, Leiden und Schäden) verhindern. Das BNatSchG hingegen bezweckt die Erhaltung der Biodiversität und soll wildlebende Tiere vor Beeinträchtigungen schützen, die bereits niederschwellig (Beunruhigung) beginnen, um Auswirkungen auf die Population, das Ökosystem und damit auch auf den Menschen zu vermeiden.

Um bestimmen zu können, inwieweit sich die Gesetze decken oder es Abweichungen voneinander gibt, sind einzelne wesentliche Begrifflichkeiten zuvor voneinander abzugrenzen.

Unter einer Beunruhigung ist eine Handlung zu verstehen, durch die bei dem betroffenen Tier das psychische Wohlbefinden negativ beeinflusst wird.⁵⁴ Eine „Verletzung ist jede oder jedenfalls jede erhebliche Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit und Beschädigung der Gesundheit“.⁵⁵ Schmerz wird international als „an unpleasant sensory and emotional experience associated with actual or potential tissue damage, or described in terms of such

⁴⁸ BVerfG v. 17.11.2009 – 1 BvR 2717/08, NJW 2010, S. 755.

⁴⁹ Im Ergebnis zustimmend: *Meßerschmidt* in: BNatSchG (Fn. 25), § 39 Rn. 7; a.A.: *Schütte/Gerbig* in: Schlacke, Sabine [Hrsg.], GK-BNatSchG – Gemeinschaftskommentar zum Bundesnaturschutzgesetz, 2. Auflage 2017, § 39 Rn. 7.

⁵⁰ Vgl. *Kratsch* in: Schumacher/Fischer-Hüftle [Hrsg.], BNatSchG (Fn. 26), § 37 Rn. 4-6.

⁵¹ BT-Drucksache 10/5064, S. 13.

⁵² *Weber*, Biodiversität – Warum wir ohne Vielfalt nicht leben können, 2018, S. 143, 307.

⁵³ *Gellermann* in: von Landmann, Robert/Rohmer, Gustav [Begr.], Umweltrecht, Band II, 100. EL 2023, § 39 Rn. 9.

⁵⁴ *Meßerschmidt* in: BNatSchG (Fn. 25), § 39 Rn. 9.

⁵⁵ *Meßerschmidt* in: BNatSchG (Fn. 25), § 39 Rn. 13; ebenso: *Schütte/Gerbig* in: GK-BNatSchG (Fn. 49), § 39 Rn. 11.

damage”⁵⁶ definiert. Mit Leiden „sind alle nicht bereits vom Begriff des Schmerzes umfaßten [sic] Beeinträchtigungen im Wohlbefinden, die über ein schlichtes Unbehagen hinausgehen und eine nicht ganz unwesentliche Zeitspanne fort dauern“⁵⁷ gemeint. „Ein Schaden liegt vor, wenn „der körperliche oder seelische Zustand, in welchem ein Tier sich befindet, vorübergehend oder dauernd zum Schlechteren hin verändert wird“.⁵⁸

Sowohl nach dem BNatSchG als auch dem TierSchG wird mithin der physische und psychische Zustand der Tiere geschützt. Die Verletzungsschwelle liegt beim BNatSchG jedoch niedriger. Für eine psychische Beeinträchtigung genügt bereits jede negative Abweichung im Wohlbefinden, wohingegen es nach dem TierSchG die Grenze eines „schlichten Unbehagens“ überschreiten muss. Daneben schützt das BNatSchG schon die Bewegungsfreiheit des Tieres und setzt bei den physischen Beeinträchtigungen nicht erst bei einer Verletzung an. Das allgemeine Artenschutzrecht erweitert damit den Schutz im niedrighschwelligem Bereich hinsichtlich der Intensität und Dauer einer psychischen Beeinträchtigung. Darüber hinaus greift der Artenschutz im Falle eines physischen Eingriffs mit dem Schutz der Bewegungsfreiheit deutlich weiter als nach dem TierSchG, welches eine nicht unwesentliche Beeinträchtigung des Wohlbefindens voraussetzt. Dass wildlebende Tiere mithin einen weitreichenderen Schutz als Haus- und Nutztiere erfahren, für die die Regelungen des BNatSchG keine Geltung entfalten, lässt sich mit Blick auf deren Lebensweise begründen. Haus- und Nutztiere leben in einem engen Kontakt mit dem Menschen. Ein Verbot des Fangens und der Beeinträchtigung der Lebensstätte erübrigt sich bei Tieren, die in der Obhut des Menschen gehalten werden, da zum einen ihre Freiheit generell eingeschränkt ist und zum anderen ihre Lebensstätte häufig mit der des Menschen übereinstimmt, sodass es hier an einer Interessenkollision mangelt. Im Hinblick auf schwerwiegendere Eingriffe wie Verletzungen oder eine Tötung sind die beiden Gesetze deckungsgleich. Fragwürdig ist jedoch die höhere Schwelle bei einer psychischen

Beeinträchtigung der Tiere nach dem TierSchG. Zwar mag bei einer Mensch-Tier-Interaktion, wie es bei Haus- und Nutztieren üblich ist, durch die räumliche Nähe und die fehlende Fluchtmöglichkeit häufiger die Gefahr einer Beunruhigung bestehen und damit die Notwendigkeit der Begrenzung dieses Tatbestandsmerkmals für ebensolche Tiere sinnvoll erscheinen, doch lässt sich dieser Umstand auch mit dem Erfordernis eines vernünftigen Grundes einschränken. Dies würde zu einem Schutz vor bereits geringen negativen Auswirkungen auf das Wohlbefinden führen, sofern diese grundlos verursacht werden, ohne dass die Grundkonzeption des TierSchG verletzt würde.

b) Verhältnis von TierSchG und BNatSchG zueinander

Tier- und Artenschutzrecht weisen gewisse Überschneidungen auf, wenngleich ihre Ausrichtungen unterschiedlich sind. Zur Auflösung eines möglichen Konflikts findet sich in § 37 II BNatSchG eine Vorschrift, wonach die Bestimmungen des TierSchG durch die des BNatSchG nicht berührt werden (Unberührtheitsklausel). Die hieraus resultierende Folge ist allerdings strittig. Teils wird ein allgemeiner Vorrang der dort genannten Rechtsvorschriften vor dem BNatSchG vertreten. Das Artenschutzrecht werde hiernach nur herangezogen, wenn das TierSchG keine Regelung trifft.⁵⁹ Andere Teile der Rechtsprechung und Literatur sind der Auffassung, dass die Normen nebeneinanderstünden und allgemeine Regelungen zur Auflösung von Normenkollisionen Anwendung finden sollen.⁶⁰ Nach wiederum anderer Auffassung sei von einem Nebeneinander der Normen auszugehen, wobei sowohl die allgemeinen Auslegungsregeln wie auch die Unberührtheitsklausel zu berücksichtigen seien. Dies führe zu einem Ausschluss des lex-posterior-Grundsatzes und einem Vorrang des TierSchG, wenn sich die Kollision nicht im Wege der Auslegung aufheben lasse.⁶¹ Im Ergebnis überzeugt die letztgenannte Ansicht. Die Gleichrangigkeit des BNatSchG und des TierSchG ergibt sich bereits aus den verschiedenen Regelungszwecken der Gesetze, sodass keinem ein genereller Vorrang einzuräumen ist. Diese Positionierung der

⁵⁶ IASP, Pain terms: a list with definitions and notes on usage, Pain – The Journal of the International Association for the study of pain 1979, S. 249 (250); diese Definition übernehmend: VG Berlin v. 15.2.2017 – 24 K 188.14, LRE 74, S. 322; *Lorz/Metzger* (Fn. 10), § 1 Rn. 20; *von Loeper* (Fn. 10), § 1 Rn. 21;

Hirt/Maisack/Moritz (Fn. 1), § 1 Rn. 12.

⁵⁷ BGH v. 31.3.1987 – 5 AR (VS) 13/87, NJW 1987, S. 1834; ebenso: BVerwG v. 18.1.2000 – 3 C 12.99, NuR 2001, S. 455; BT-Drucksache VI/2559, S. 10; mit dem Zusatz einer „lebensfeindlich empfundenen Einwirkung“: VGH Mannheim v. 15.12.1992 – 10 S 3230/91, NuR 1994, S. 488.

⁵⁸ *Hirt/Maisack/Moritz* (Fn. 1), § 1 Rn. 27; ebenso: *Lorz/Metzger* (Fn. 10), § 1 Rn. 52; *von Loeper* (Fn. 10), § 1 Rn. 41; a.A. hinsichtlich der zeitlichen Dimension: BT-Drucksache VI/2559, S. 10.

⁵⁹ Vgl. VG Arnsberg v. 21.11.1986 – 3 K 1249/86, AgrarR 1987, S. 140; *Schmidt*, Die Änderung des Bundesnaturschutzgesetzes – Die Artenschutznovelle, NVwZ 1987, S. 1037 (1039); *Meyer-Ravenstein*, Die landesrechtliche Kompetenz, Tierarten zu „Wild“ zu erklären und die Bedeutung der Unberührtheitsklausel des § 20 Abs. 2 des Bundesnaturschutzgesetzes, AgrarR 2000, S. 277 (279 f.); *Drees*, Jagdschutz gegenüber Eichelhäher, Elster und Rabenkrähe, AgrarR 1987, S. 240 f.

⁶⁰ Vgl. VGH Mannheim v. 1.12.1997 – 5 S 1486/96, NuR 2000, S. 151; VerfGH Rheinland-Pfalz v. 20.11.2000 – VGH N 2/00, NuR 2001, S. 215; *Brocker*, Zur landesrechtlichen Bejagung geschützter Arten – Elster und Rabenkrähen im Dickicht von Naturschutz und Jagdrecht, NuR 2000, S. 307 (310); *Stüber*, Artenschutz und dessen Monitoring in der Vogelschutz- und der FFH-Richtlinie und die Umsetzung in Bundesrecht, NuR 2000, S. 245 (247); *Reich*, Jagdschutz gegenüber Eichelhäher, Elster und Rabenkrähe, AgrarR 1987, S. 184; *Leonhardt/Lohmer*, Konkurrenzprobleme des neuen Artenschutzrechts mit dem Jagd- und Fischereirecht, AgrarR 1987, S. 205 (206); BT-Drucksache 10/5064, S. 15, 18.

⁶¹ *Hellenbroich* in: Frenz, *Walter/Müggenborg*, Hans-Jürgen [Hrsg.], BNatSchG, 3. Auflage 2021, § 37 Rn. 18-21.

Rechtsgebiete führt dazu, dass der Grundsatz des Vorrangs der jüngsten Vorschrift nur im Hinblick auf das jeweilige Rechtsgebiet und nicht übergreifend zu beachten ist. Daneben ist eine rein deklaratorische Natur der Klausel abzulehnen, da sie sich nur auf ein einzelnes Kapitel bezieht und nicht dem Gesetz in Gänze vorangestellt ist, sodass in Bezug auf das Artenschutzrecht das Vorliegen einer Sonderregelung naheliegt.

c) Sanktionsabweichungen am Beispiel der Tötung

Zur Durchsetzung der Verbote des TierSchG und des BNatSchG bedient sich der Gesetzgeber sowohl des Straf- wie auch des Ordnungswidrigkeitenrechts. Beide Gesetze sanktionieren unter anderem die Tötung eines Tieres bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen. Nach dem TierSchG ist die Ahndung eines Verstoßes gegen das Verbot der Tötung ohne vernünftigen Grund an die Wirbeltiereigenschaft geknüpft. So ist es gemäß § 17 Nr. 1 TierSchG unter Androhung einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder Geldstrafe verboten, ein Wirbeltier ohne vernünftigen Grund zu töten. Wird ein wirbelloses Tier getötet, so wird diesem ein Schaden – der Tod als die größtmögliche negative Abweichung vom körperlichen Normalzustand – zugefügt, wodurch eine Ordnungswidrigkeit mit einer Bußgeldandrohung von bis zu 25.000 EUR (§ 18 II und IV TierSchG) vorliegt. Das BNatSchG verbindet eine Strafbarkeit mit dem Schutzstatus des betroffenen Tieres und sanktioniert die grundlose Tötung eines wildlebenden Tieres einer streng geschützten Art gemäß § 71 I Nr. 2 Var. 2 BNatSchG mit einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. In den Fällen wildlebender Tiere ohne besonderen Schutzstatus beschränkt es sich auf die Ahndung als Ordnungswidrigkeit mit einem Bußgeld von bis zu 10.000 EUR.

Während das BNatSchG zwar mit seinem sanktionsfähigen Verbot der grundlosen Tötung alle wildlebenden Tiere und damit eine breite Basis umfasst, ist es in der Sanktionsandrohung, im Hinblick auf Tiere ohne besonderen Schutzstatus, relativ mild. Dahingegen schränkt das TierSchG den Tatbestand stärker ein, droht jedoch mit schwereren Rechtsfolgen. Begründen lässt sich diese Divergenz mit dem Regelungszweck der Gesetze. Das Strafrecht kommt zur Anwendung, wenn eine Handlung besonders sozialschädlich und damit äußerst verwerflich ist.⁶² Das Ordnungswidrigkeitenrecht wiederum stellt die Reaktion des Rechtsstaats „mit einer scharfen „Pflichtenmahnung““⁶³ hinsichtlich einer Zuwiderhandlung dar.

Zweck des BNatSchG ist der Schutz der Artenvielfalt. Zur Erreichung dessen sind einerseits alle Tierarten in den sanktionsfähigen Schutzbereich einzubeziehen. Andererseits ist im Hinblick auf die Strafbarkeit einer Handlung, unter Berücksichtigung ihrer Sozialschädlichkeit, nach dem Grad der Gefährdung der jeweiligen Tierart zu unterscheiden. Je existenzbedrohender eine Art ist, desto verwerflicher ist eine Tötung, woraus sich eine entsprechende Strafbarkeit bei hoher Strafmaßandrohung ergibt. Gehört das betroffene Tier einer nicht besonders geschützten Art an, liegt bei einem Verstoß gegen das Tötungsverbot lediglich die Verletzung einer Pflicht vor, auf die mit einer „Pflichtenmahnung“ in Form eines Bußgeldes reagiert wird. Schutzobjekt ist im BNatSchG stets die betroffene Tierart und nicht das individuelle Tier.

Demgegenüber soll das TierSchG den Gedanken der Mitgeschöpflichkeit der Tiere verkörpern und allem (schmerzempfindlichen) Leben einen eigenen Wert zuweisen. Wirbeltieren, denen unstreitig eine Schmerzfähigkeit zuerkannt wird, wohnt aus diesem Grund ein eigener Wert inne. Die Missachtung dieses Wertes offenbart die verwerfliche und sozialschädliche Grundhaltung des Täters und rechtfertigt damit die Strafbarkeit. Berücksichtigt der Täter wenigstens den Lebenswert und tötet das Tier aus einem vernünftigen Grund, aber unter Verletzung der Betäubungspflicht, so ist wiederum eine Ermahnung zur Gesetzestreue im Wege eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens geboten (§ 18 I Nr. 5 i.V.m. § 4 I 1 TierSchG).

D. Fazit

Die Gesellschaft in Deutschland hat sich über die letzten Jahrzehnte hinweg gewandelt und immer weiter von der anthropozentrischen Ausrichtung des Grundgesetzes entfernt. Sie nimmt ihre Umwelt aus anderen Blickwinkeln wahr, was sich in den Gesetzgebungsverfahren niederschlägt. Tier- und Artenschutz werden heute von ethischen Erwägungen getragen und schaffen einen akzeptablen Ausgleich zwischen den menschlichen und tierischen Interessen. Die Freiheit des Menschen wird nur eingeschränkt, wenn ihre Ausübung ethisch nicht vertretbar wäre. Mit dieser Unbestimmtheit wird die Einschränkung selbst dem fortwährenden gesellschaftlichen Wandel und der damit verbundenen Änderung ethischer Überlegungen unterworfen. Es ist folglich damit zu rechnen, dass sich die Reichweite des Schutzes in den nächsten Jahren stetig vergrößern wird, wenn gegenwärtige Standards hinterfragt werden und an gesellschaftlicher Akzeptanz verlieren.

⁶² BVerfG v. 26.2.2008 – 2 BvR 392/07, BVerfGE 120, S. 240.

⁶³ BVerfG v. 4.2.1959 – 1 BvR 197/53, BVerfGE 9, S. 171.

Rainer Markgraf Stiftung – Wissenschaftsförderung in der Region

*Ein besonderer Dank gebührt an dieser Stelle der Rainer Markgraf Stiftung, welche durch ihre Unterstützung die Veröffentlichung der Zeitschrift als Druckausgabe ermöglicht. Dies dient nicht nur der weiteren Etablierung der Bayreuther Zeitschrift für Rechtswissenschaft, sondern macht sie auch im wahrsten Sinne des Wortes greifbar für unsere Leser*innen und Autor*innen. Hier erfahren Sie mehr über die Stiftung und ihre Projekte:*

Die Rainer Markgraf Stiftung mit Sitz in Bayreuth fördert seit 2014 Bildung, Wissenschaft und Forschung in den Regionen Oberfranken und Oberpfalz. Mit ihrem regionalen Fokus erinnert die Stiftung an die Bauunternehmerfamilie Markgraf. Über drei Generationen hinweg hat die Familie die Bauunternehmung Markgraf aufgebaut, weiterentwickelt und geführt. Um die Zukunft des Unternehmens zu sichern hat Rainer W. Markgraf (1956-2015) die Stiftung errichtet und ihr als vierte Generation die Verantwortung für das Erbe der Familie übergeben.

In diesem Jahr feiert die Stiftung ihr 10-jähriges Bestehen. Rund 5,5 Millionen Euro hat die Stiftung seit ihrer Gründung für Projekte in der Region ausgeschüttet. Ein Festakt mit einem vielfältigen Rahmenprogramm bildet im Juli den Höhepunkt des Jubiläumsjahres. Bis dahin wird die Rainer Markgraf Stiftung zusammen mit der Oberfrankenstiftung ihr neues Domizil im ehem. Wohnhaus der Familie Markgraf in der Bayreuther Lisztstraße bezogen haben. Die Villa Markgraf aus dem Jahr 1900 wurde in den letzten drei Jahren umfangreich restauriert und so weit wie möglich in den Originalzustand versetzt.



In den finalen Zügen der Restaurierung: Der neue Verwaltungssitz der Rainer Markgraf Stiftung, die Villa Markgraf in der Lisztstraße 16 in Bayreuth

Die Familie Markgraf beginnt ihr unternehmerisches Wirken mit der Gründung der Bauunternehmung Markgraf im Jahr 1932 in Eger (CZ). Nach seiner Vertreibung aus Eger baute Wilhelm Markgraf unter schwierigsten Bedingungen das Unternehmen in Immenreuth (Oberpfalz) neu auf. In Immenreuth entwickelte sich

Markgraf über drei Generationen zu einem mittelständischen Familienunternehmen. Die enge Bindung zur Region inspirierte die Familie zur Gründung einer Stiftung.

Diese Idee setzte Rainer W. Markgraf mit der Errichtung seiner Stiftung am 1. Juli 2014 um. Er brachte 66,8 Prozent der Anteile an der Bauunternehmung Markgraf in die Stiftung ein. Seine Witwe Irene Markgraf brachte die verbliebenen 33,2 Prozent im Sinne der Familie Markgraf 2017 in die Stiftung ein. Damit hält die Rainer Markgraf Stiftung 100 Prozent der Anteile an der Bauunternehmung. Der Fortbestand des Bauunternehmens Markgraf mit über 1.000 Arbeitsplätzen ist damit gesichert und das Vermögen der Stiftung gestärkt. Mit dem Tod von Jutta Markgraf im Jahr 2022 kam zudem das beträchtliche Privatvermögen der Familie in die Stiftung ein.

Mit kleinen und großen Maßnahmen engagiert sich die Stiftung seit ihrer Gründung an der Universität Bayreuth. Darunter gibt es langjährige Projekte wie die Förderung der *Bayreuther Zeitschrift für Rechtswissenschaft*. Die Familie Markgraf förderte schon immer Wissenschaft, Forschung und Bildung in ihrer Heimatregion. Die Stiftung setzt jetzt als vierte Generation diese Tradition fort.

Neben der Förderung von Projekten an den Universitäten und Hochschulen vergibt die Stiftung Stipendien für Ausbildung, Studium und berufliche Qualifikation.

Die Rainer Markgraf Stiftung möchte herausragende Leistungen von jungen Menschen in Forschung und Wissenschaft fördern. Deshalb vergibt die Stiftung in Erinnerung an den Gründer den Rainer-Markgraf-Preis. Er ist mit 20.000 Euro dotiert. Die Stiftung zeichnet mit dem Preis besondere Leistungen aus.

Aber auch kleine Projekte leisten einen wichtigen Beitrag, um in der Forschung und der Wissenschaft neue Horizonte zu eröffnen. So ist die *Bayreuther Zeitschrift für Rechtswissenschaft* ein gelungenes Beispiel für überdurchschnittliches Engagement von Studierenden. Deshalb finanziert die Stiftung gerne die Herausgabe der Zeitschrift, um die erarbeiteten Beiträge interessierten Leser*innen zugänglich zu machen. Bemerkenswert ist die Tatsache, dass die Beiträge von Studierenden verfasst sind und auch die redaktionelle Arbeit ausschließlich von Studierenden der Universität Bayreuth geführt wird.

ISSN 2749-2362