

Der »heilige« Martin

Von Prof. Dr. Thomas Hoeren, Münster

SACHVERHALT:

An einem außergewöhnlich harten Wintertag im Jahre 331 n. Chr.¹ reitet Martin (M) des Nachts in ritterlichem Gewand durch das Stadttor von Amiens. Als römischer Soldat wird er von seiner Militärausrüstung, insbesondere einem langen, warmen Reitermantel, vor den Launen der Natur geschützt. Die Ausrüstung hat ihm die römische Armee gestellt².

Vor dem Stadttor begegnet Martin einem nackten Bettler (B), der die Vorbeigehenden um Erbarmen anfleht. Doch alle Passanten gehen achtlos an dem Elenden vorüber. Da erkennt M den Ernst der Situation. Kurzerhand ergreift er den mitgeführten Mantel, trennt ihn mit dem Schwert entzwei und übergibt B eine Hälfte. Noch bevor sich B dankbar in diesen einhüllen kann, zieht sich Martin die verbliebene Hälfte wieder über und reitet eilig davon. Später bekommt Martin Ärger mit seinen Vorgesetzten. Diese verlangen vom Bettler Herausgabe des Mantelstücks und fragen nach ihren Rechten gegenüber Martin.

LÖSUNGSSKIZZE³

A. Ansprüche des Militärs⁴ gegen B

I. Das Militär könnte von B die Mantelhälfte aus § 985 BGB herausverlangen.

Voraussetzung für einen Anspruch des Militärs ist, dass das Militär noch Eigentümer der Mantelhälfte ist und dass B die Mantelhälfte ohne Recht zum Besitz besitzt.

1. Das Militär müsste Eigentümer der Mantelhälfte sein.

a. Ursprünglich stand der Mantel wie die gesamte Reiterausrüstung im Eigentum des Militärs.

b. Das Militär könnte das Eigentum durch das Durchtrennen gem. § 950 BGB verloren haben. In dem Durchtrennen liegt aber nicht die für einen Eigentumserwerb gem. § 950 BGB erforderliche Herstellung einer neuen beweglichen Sache⁵. Anhaltspunkte für einen anderweitigen gesetzlichen Eigentumserwerb i. S. d. §§ 946–950 BGB gibt es nicht.

c. Allerdings könnte B die Mantelhälfte nach §§ 929, 932 BGB rechtsgeschäftlich von M erworben haben. Dies setzt zunächst gem. § 929 BGB eine Einigung zwischen M und B über den Eigentumsübergang und die Übergabe der Mantelhälfte an B voraus. Eine konkludente Einigung zwischen M und B liegt in der Übergabe der Mantelhälfte von M an B und dem wortlosen Weiterreiten des M.

Voraussetzung für eine wirksame Eigentumsübertragung ist ferner, dass der Veräußerer Berechtigter ist. M war jedoch nicht Eigentümer des Mantels. Anhaltspunkte für eine Verfügungsbeziehung des M gem. § 185 BGB sind nicht ersichtlich. M war damit Nichtberechtigter. Möglicherweise hat B aber das Eigentum gutgläubig vom Nichtberechtigten erworben (§ 932 BGB).

Dann müsste B gutgläubig gewesen sein (§ 932 I S. 1, II BGB) und die Mantelhälfte dürfte dem Militär nicht i. S. v. § 935 BGB abhanden gekommen sein.

Fraglich ist schon die Gutgläubigkeit von B nach § 932 I S. 1, II BGB. B war nicht gutgläubig, wenn ihm infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war, dass die Mantelhälfte nicht dem M gehörte. B konnte den M aufgrund seines Erscheinungsbildes als römischen Soldaten erkennen. B konnte damit erkennen, dass M als Soldat weisungsgebunden in einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis⁶ zum Militär stand, und damit Besitzdiener i. S. d.

§ 855 BGB war. B hätte daher zumindest erkennen können, dass M als Soldat kein Militäreigentum an Dritte verschenken darf. Ein gutgläubiger Erwerb gem. § 932 I 1, II BGB scheidet damit aus.

Ein gutgläubiger Erwerb scheidet in jedem Fall aus, wenn das Mantelstück dem Militär gem. § 935 BGB abhanden gekommen ist⁷. Abhandenkommen i. S. v. § 935 BGB liegt vor, wenn der Eigentümer oder sein Besitzmittler den unmittelbaren Besitz ohne seinen Willen verloren hat⁸. Allerdings hat M als Besitzdiener und nicht als mittelbarer Besitzer (vgl. o.) das Mantelstück aus freien Stücken verschenkt. Deshalb fragt sich, ob eine Sache bei Weggabe durch einen Besitzdiener im Sinne von § 935 BGB abhanden kommt. Sofern der Besitzdiener, der die Sache weggibt als solcher zu erkennen ist, liegt unstreitig ein Abhandenkommen i. S. v. § 935 BGB vor. Nach einer Meinung wird ausgehend von diesem Grundsatz differenziert⁹. Eine Ausnahme solle dann gelten, wenn der Besitzdiener außerhalb des Herrschaftsbereichs des Besitzers die Sache in Gewahrsam habe und nicht als solcher erkennbar sei. Denn der Erwerb gem. § 932 BGB sei in diesem Fall durch das »Veranlassungsprinzip« gerechtfertigt. Dagegen bejaht die herrschende Meinung¹⁰ auch in diesen Fällen immer ein Abhandenkommen gem. § 935 BGB. Der Besitzdiener sei eben kein Besitzer. Der Besitzverlust erfolge also stets ohne den Willen des (unmittelbaren) Besitzers.

Auch die Anwendung der ersten Meinung führt nicht dazu, dass die Mantelhälfte nicht dem Militär abhanden gekommen ist. M reitet zwar allein durch das Stadttor von Amiens, d. h. außerhalb des Herrschaftsbereichs des Militärs, er ist aber für B als Soldat (= Besitzdiener) erkennbar. Damit ist die Mantelhälfte zumindest i. S. v. § 935 BGB abhanden gekommen.

Das Militär ist Eigentümer der Mantelhälfte geblieben.

2. B müsste Besitzer der Mantelhälfte sein. Gem. § 854 BGB ist derjenige (unmittelbarer) Besitzer, der die tatsächliche Sach-

1 Das Ereignis lässt sich nicht genau datieren. Martin wurde zwischen 316 und 317 im heutigen Ungarn geboren und trat mit 15 Jahren in die römische Reiterei ein. Zu den zeitlichen Unsicherheiten in der Martin-Biographie siehe E. GRIFFE, La chronologie des années de jeunesse de saint Martin, in: Bulletin de littérature ecclésiastique 62 (1961), 189 ff. Im Übrigen zum Forschungsstand L. PÉTRI, Martin von Tours, in: Theologische Realenzyklopädie Band XXII, Berlin 1992, 194 ff.

2 Die Frage, wer Eigentümer der Militärbekleidung in der spätrömischen Armee war, ist ungeklärt. Vieles spricht dafür, dass die Bekleidung Militäreigentum war. Seit der Heeresreform des Marius in den Jahren 107–104 v. Chr. wurden römische Soldaten grundsätzlich auf Staatskosten ausgestattet; insofern dürfte dann auch das Eigentum dem Staat zugestanden haben. Dafür spricht auch, dass Martin nach einer jüngeren Quelle wegen der Bettlerszene drei Tage lang in Haft genommen wurde – wegen Verletzung des Militäreigentums.

3 Die Lösungshinweise beschränken sich auf das, was zum Verständnis der Überlegungen des Verfassers notwendig ist. Dies gilt insbesondere für die Belege in den Fußnoten.

4 Die Frage, wer juristisch als das Militär auftritt, sei hier offen gelassen.

5 Palandt/BASSENGE, 64. Auflage 2005, § 950 Rdn. 5.

6 Erman/WERNER, 11. Auflage 2004, § 855, Rdn. 2.

7 In einem Gutachten müsste nach der Verneinung des gutgläubigen Erwerbes nicht weiter geprüft werden.

8 Palandt/BASSENGE, 64. Auflage, § 935, Rdn. 3; OLG München NJW-RR 1993, 1466.

9 Vgl. Münchener Kommentar/JOOST, Band 6, 4. Auflage 2004, § 855 Rdn. 23; Erman/MICHALSKI, 11. Auflage 2004, § 935 Rdn. 6.

10 Zum Beispiel RGZ 71, 248, 253; Palandt/BASSENGE, 64. Auflage 2005, § 935, Rdn. 4; Handkommentar-BGB/ECKERT, 4. Auflage 2005, § 935 Rdn. 4.

herrschaft ausübt. Diese übt B über die ihm überlassene Mantelhälfte aus und ist somit Besitzer.

3. Dem B dürfte auch kein Recht zum Besitz i. S. v. § 986 BGB gegenüber dem Militär zustehen. Ein solches Recht könnte dem B auf Grund des konkludent zwischen M und B geschlossenen Schenkungsvertrag gem. § 516 BGB zustehen. Dieser Schenkungsvertrag wirkt aber nur im Verhältnis M/B und gibt B kein Recht zum Besitz gegenüber dem Militär. Ein anderes Besitzrecht ist nicht ersichtlich.

Im Ergebnis besteht somit ein Anspruch des Militärs gegen B auf Herausgabe des Mantelstücks aus § 985 BGB.

II. Das Militär könnte wegen Besitzentzuges die Wiedereinräumung des Besitzes an dem Mantelstück aus § 861 BGB verlangen.

1. Der Besitz an dem Mantelteil müsste dem Militär als früherem Besitzer ohne dessen Willen zielgerichtet und widerrechtlich (von M) entzogen worden sein, § 858 I BGB (so genannte verbotene Eigenmacht). Dies setzt eine vollständige und dauerhafte Beseitigung der tatsächlichen Gewalt voraus¹¹. Abzustellen ist auf den Willen des Besitzers und nicht auf den des Besitzdieners¹². Da der Besitzdiener kein Besitzer ist, liegt eine verbotene Eigenmacht des Besitzdieners vor, wenn er durch tatsächliche Handlungen zu erkennen gibt, dass er die tatsächliche Gewalt nicht mehr für den Besitzherrn, sondern für sich ausüben möchte¹³. M ist lediglich Besitzdiener (vgl. o.). Durch das Durchtrennen des Mantels und die Übergabe der Hälfte an B ohne Wissen und Zustimmung des Militärs hat M deutlich gemacht, dass er sich an die Weisungen des Militärs nicht gebunden fühlt und die Mantelhälfte als unmittelbarer Eigenbesitzer besitzen möchte. M hat damit durch verbotene Eigenmacht den Besitz des Militärs aufgehoben und eigenen Besitz begründet.

2. Das Militär kann Wiedereinräumung des Besitzes von B verlangen, wenn B dem Militär gegenüber fehlerhaft besitzt. M besaß wegen der durch ihn begangenen verbotenen Eigenmacht fehlerhaft. B muss diese Fehlerhaftigkeit auch gegen sich gelten lassen, wenn er die Fehlerhaftigkeit des Besitzes des M bei dem Erwerb kennt. Voraussetzung ist insoweit positive Kenntnis beim Erwerb, grob fahrlässige Unkenntnis oder nachträgliche Kenntnis genügen nicht¹⁴. Den Besitz am Mantelstück hat B in Kenntnis¹⁵ der verbotenen Eigenmacht des M erlangt (vgl. A. I. 1. c.), so dass sein Besitz fehlerhaft i. S. d. § 858 II S. 1 BGB ist.

Im Ergebnis hat somit das Militär auch Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes gem. § 861 BGB.

III. Ferner könnte auch ein Herausgabeanspruch des Militärs aus § 1007 I BGB bestehen. B war bei Erwerb des Besitzes nicht in gutem Glauben. Er hatte positive Kenntnis oder zumindest grob fahrlässige Unkenntnis i. S. v. § 932 II BGB bzgl. seines Besitzrechts bei Erhalt des Mantelteils von M (vgl. unter A. I. 1. c.). Ein Ausschluss gem. § 1007 III BGB ist nicht ersichtlich. Somit ist auch ein Anspruch aus § 1007 I BGB zu bejahen.

IV. Das Militär hat ferner einen Herausgabeanspruch § 1007 II BGB, da das Mantelstück dem Militär als früherem Besitzer abhanden gekommen ist (I. 1. c.)¹⁶.

V. Das Militär könnte einen Anspruch auf Herausgabe gegen B gem. §§ 823 I, 249 Abs. 1 BGB haben.

1. Der Anspruch könnte schon durch § 993 I a. E. BGB ausgeschlossen sein. Ein solcher Ausschluss kommt aber dann nicht in Betracht, wenn durch die Handlung überhaupt erst das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis begründet wird. In diesem Fall bleibt es bei der allgemeinen Haftung gem. §§ 823 ff. BGB¹⁷. Anknüpfungspunkt für eine Haftung des B wäre die Entgegennahme des halben Mantels. Erst hierdurch entsteht das für eine privilegierte Haftung erforderliche Eigentümer-Besitzer-Verhältnis. Ein Anspruch gegen B gem. § 823 I BGB ist damit nicht gem. § 993 I a. E. BGB ausgeschlossen.

2. Voraussetzung für einen Anspruch gem. § 823 I BGB ist eine Rechtsgutsverletzung.

In Betracht kommt hier eine Eigentumsverletzung durch einen Eingriff in die Zuordnungsfunktion des Eigentums. Ein solcher Eingriff liegt nicht vor, da das Militär Eigentümer des Mantels bleibt (vgl. o.). Der gutgläubige und auch bösgläubige Besitzerwerb ist keine Entziehung der Sache und damit keine Eigentumsverletzung¹⁸. Dieses Ergebnis stimmt insbesondere mit der Wertung des § 932 II BGB überein. Bei einem gutgläubigen Besitzerwerb würde sonst über § 823 I BGB ein Herausgabeanspruch konstruiert, obwohl gem. § 932 II BGB gutgläubig Eigentum erworben wurde¹⁹. Im Falle der Bösgläubigkeit hat der Besitzerwerb keine Auswirkungen auf das Eigentum.

Es könnte aber eine Rechtsgutsverletzung durch eine Beeinträchtigung des Besitzes des Militärs durch B vorliegen. Voraussetzung hierfür ist, dass B die Besitzrechte des Militärs beeinträchtigt. M hatte sich bei der Übergabe des Mantelteils Eigenbesitz angemasst hat und das Militär hatte schon dadurch seinen Besitz verloren hat. Die Annahme des Mantels hatte damit keine Auswirkungen auf den Besitz des Militärs mehr. B hat damit keine Besitzentziehung im Verhältnis zum Militär begangen²⁰.

VI. In Betracht kommt ferner ein Herausgabeanspruch des Militärs gegen B aus § 823 II BGB i. V. m. § 259 StGB.

1. Der Anspruch ist nicht wegen § 993 I a. E. (s. V, 1.) ausgeschlossen.

2. § 259 StGB müsste ein Schutzgesetz i. S. d. § 823 II BGB sein. Ein Schutzgesetz i. S. v. § 823 II BGB ist jede Rechtsnorm, die den Schutz eines anderen bezweckt²¹. § 259 StGB bezweckt den Schutz des Vermögens (eines anderen)²² und ist damit ein Schutzgesetz i. S. d. § 823 II²³.

3. Gegen dieses Schutzgesetz müsste B verstoßen haben.

Gem. § 259 StGB kann Gegenstand einer Hehlerei nur eine Sache sein, die aus einer rechtswidrigen gegen ein fremdes Vermögen gerichteten Tat stammt.

Als Vortat kommt eine Unterschlagung durch M gem. § 246 StGB in Betracht²⁴. Durch die Übergabe der Mantelhälfte (als fremde bewegliche Sache) an B hat M seinen Zueignungswillen objektiv manifestiert hat. Dabei liegt tatbestandlich Unterschlagung, § 246 StGB, nicht aber Diebstahl gem. § 242 StGB vor. Denn M war (trotz bloßem Besitzdienerstatus) wegen seiner exklusiven Zugriffsmöglichkeiten bereits Gewahrsamshüter (im strafrechtlichen Sinn), so dass ein für den Diebstahlstatbestand notwendiger Gewahrsamsbruch nicht stattfand²⁵.

11 Palandt/BASSENGE, 64. Auflage 2005, § 861, Rdn. 4.

12 Staudinger/BUND, §§ 854–882 BGB (2000), § 858, Rdn. 16.

13 Palandt/BASSENGE, 64. Auflage 2005, § 855, Rdn. 6.

14 Palandt/BASSENGE, 64. Auflage 2005, § 858, Rdn. 9.

15 Vertretbar erscheint es auch, nur grobe Fahrlässigkeit des B anzunehmen. Dann scheidet der Anspruch gem. § 861 BGB aus. An der mangelnden Gutgläubigkeit im Rahmen des § 932 II BGB ändert sich aber nichts, da dort im Gegensatz zu § 861 BGB grobe Fahrlässigkeit ausreichend ist.

16 Denkbar, aber angesichts der klaren Fragestellung nicht zu diskutieren waren Ansprüche des Militärs gegenüber B auf Nutzungsherausgabe gem. § 988. Zu ersetzen (nach Bereicherungsrecht) wäre hier der objektive Wert (§ 818 II), hier also Mietzins bzgl. des Mantelteils für den Zeitraum der Nutzung durch B.

17 Erman/HEFERMEHL, Band 2, 11. Auflage 2004, Vor § 987, Rdn. 20.

18 Staudinger/GURSKY, §§ 985–1011 BGB (1999), Vorbm §§ 987–993 Rdn. 62; Staudinger/HAGER, §§ 823–825 BGB (1999), § 823 Rdn. B 102; Erman/HEFERMEHL, Band 2, 11. Auflage 2004, Vor § 987, Rdn. 20 a. E.; a. M. BROX JZ 1965, 516, 518; WIELING Sachenrecht, 4. Aufl. 2001, § 12 III 5 b.

19 Soergel/ZEUNER, §§ 823–853, 13. Auflage, § 823 Rdn. 38.

20 Im Ergebnis ebenso Erman/HEFERMEHL, Band 2, 11. Auflage 2004, Vor § 987, Rdn. 20 a. E.

21 Palandt/SPRAU, 64. Auflage 2005, § 823, Rdn. 56, 57; Staudinger/HAGER, §§ 823–825 BGB (1999), § 823 Rn G 9 ff.

22 Schönke/Schröder/STREE, 26. Auflage 2001, § 259 Rdn. 1.

23 Palandt/SPRAU, 64. Auflage 2005, § 823, Rdn. 65.

24 RGSt 58, 230 ff.

25 Zur Frage der Rechtswidrigkeit der Handlung des M vgl. unten B I 3.

B verschafft sich die Mantelhälfte auch i. S. d. § 259 StGB durch Übertragung der Herrschaftsgewalt über den Mantel von M an B²⁶. Problematisch ist aber, ob ein zeitliches Verhältnis der Hehlerei zur Vortat erforderlich ist. Hier würden beide Komplexe zusammenfallen; das heißt, die Vortat (Unterschlagung durch M) wäre erst durch die Verfügung zugunsten des Hehlers (B) begangen. Die herrschende Meinung²⁷ verlangt für Hehlerei eine vollendete (nicht notwendig beendete) Vortat. Ansonsten käme es zu einer unangemessenen Ausweitung der Vorschrift. Die Teilnehmerstrafbarkeit an der Vortat in Fällen der Koinzidenz sei jedenfalls ausreichend. Hiernach liegt keine Hehlerei des B vor. Andere²⁸ halten es für ausreichend, wenn die Übertragung der Sache für den Vortäter die entsprechende rechtswidrige Vortat darstellt, da kollusives Verhalten des Vortäters, aber auch der Interessengegensatz der Beteiligten die Strafwürdigkeit i. S. d. § 259 StGB rechtfertigen. Demzufolge würde auch im Sachverhalt § 259 StGB verwirklicht sein. Folgt man der herrschenden Meinung, – für diese spricht u. a. die Gesetzesbegründung zu § 259 n. F.²⁹ – scheidet ein Herausgabeanspruch aus § 823 II BGB mangels Vorliegens einer Straftat des B aus.

VII. Ein Herausgabeanspruch des Militärs gegen B könnte sich auch aus § 816 I S. 2 BGB ergeben.

1. Voraussetzung ist eine wirksame Verfügung eines Nichtberechtigten.

a. Eine Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, das unmittelbar auf die Einwirkung, Veränderung, Übertragung oder Aufhebung eines bestehenden Rechts gerichtet ist³⁰. Die erforderliche Verfügung liegt in der (vermeintlichen) Übertragung des Eigentums an dem Mantelstück von M auf B.

b. M als Verfügender war mangels Eigentums bzw. Verfügungsberechtigung auch Nichtberechtigter (vgl. A. I. 1. c.).

c. Die Übereignung müsste gegenüber dem Militär wirksam sein. Eine wirksame Übereignung scheidet aber am mangelnden guten Glauben des B und wegen des Abhandenkommens der Mantelhälfte gem. § 935 BGB (A. I. 1. c.). Das Militär könnte die Verfügung jedoch gem. § 185 II S. 1, 1. Alt. BGB nachträglich genehmigen und so wirksam werden lassen. Diese Genehmigung wurde allerdings bis jetzt nicht erteilt, so dass die Verfügung zur Zeit unwirksam ist. Die Genehmigung kann aber noch nachgeholt werden.

2. Voraussetzung für § 816 I S. 2 BGB ist ferner, dass die Verfügung des M auch unentgeltlich war. Hiervon ist mangels ersichtlicher Gegenleistung des B auszugehen, zumal sie als Erfüllung des Schenkungsvertrags i. S. d. § 516 BGB mit B anzusehen ist.

Sofern das Militär die Übereignung gem. § 185 II S. 1 1. Alt. BGB genehmigt, besteht ein Anspruch auf Herausgabe aus § 816 I S. 2 BGB gegenüber B.

VIII. Ein Herausgabeanspruch des Militärs aus Eingriffskondition (§ 812 I S. 1 2. Var. BGB) besteht nicht, da die §§ 858 ff. BGB, insbesondere § 861 BGB (s. II.), sowie § 1007 BGB (s. III. und IV.) im Fall der reinen Besitzkondition (Eigentum ist nicht erlangt, vgl. I., 2., c.) als *leges speciales* vorgehen³¹.

IX. Im Ergebnis ergeben sich Herausgabeansprüche des Militärs gegenüber B hinsichtlich der Mantelhälfte aus §§ 985, 1007 I, 1007 II BGB, sowie gem. § 861 BGB, wenn Kenntnis des B angenommen wird. Sofern das Militär die Verfügung genehmigt, besteht ein Anspruch gem. § 816 I S. 2 BGB.

B. Ansprüche des Militärs gegen M

I. Das Militär könnte gegen M einen Anspruch gem. § 280 I BGB wegen vertraglicher Nebenpflichtverletzung auf Schadensersatz haben.

1. Es müsste ein Schuldverhältnis vorliegen. Für ein Schuldverhältnis i. S. d. § 280 I BGB reicht auch ein öffentlich-rechtlich geprägtes Dienstverhältnis aus. M ist Soldat beim römi-

schen Militär, so dass ein Schuldverhältnis i. S. d. § 280 I BGB vorliegt.

2. M müsste die Pflichtverletzung im Rahmen dieses Dienstverhältnisses begangen haben. Auf Grund des Dienstverhältnisses oblagen M hinsichtlich des Mantels als anvertrauter Ausrüstung Verwahrungs- und Rücksichtnahmepflichten. Durch die Teilung des Mantels hat B diesen beschädigt. Durch die Übergabe der Mantelhälfte an B ist M zugleich seine Rückgabepflicht des ganzen Mantels an das Militär objektiv unmöglich geworden.

3. Die Pflichtverletzung müsste rechtswidrig gewesen sein, d. h. M dürfte nicht gerechtfertigt sein.

Als Rechtfertigungsgrund kommt § 904 BGB (so genannter Angriffsnotstand) in Betracht. Voraussetzung für § 904 BGB ist, dass eine Notstandslage vorliegt, d. h. es muss eine gegenwärtige Gefahr für fremde Rechtsgüter vorliegen³². Der nackte B drohte in dem kalten Winter zu erfrieren, so dass eine gegenwärtige Gefahr für dessen Leib oder Leben vorlag. Die Notstandshandlung müsste notwendig gewesen sein, die Gefahr abzuwehren. Der drohende Schaden müsste ferner gegenüber dem aus dem der Einwirkung unverhältnismäßig groß sein. Bei dieser Güterabwägung sind Gefahren für Leib oder Leben stets höher-rangig als Sach- bzw. Vermögensschäden³³. Andere Möglichkeiten das Erfrieren des B zu verhindern sind nicht ersichtlich, so dass die Teilung des Mantels notwendig war. Auch der entstehende (Sach-) Schaden ist auf Grund der Gefahr für Leib und Leben des B nicht unverhältnismäßig. Die Teilung des Mantels durch M ist damit gem. § 904 BGB gerechtfertigt.

Als weiterer Rechtfertigungsgrund könnte an Art. 4 Abs. 1 GG (Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit) gedacht werden. Art. 4 Abs. 1 GG ist aber kein tauglicher Rechtfertigungsgrund für Sachbeschädigungen. So wird bei Begehungstaten Art. 4 Abs. 1 GG auch im Strafrecht – wenn überhaupt – als Entschuldigungs- oder Strafmilderungsgrund eingeordnet³⁴.

4. Das Militär hat damit wegen der Rechtfertigung des M keinen Anspruch gem. § 280 I BGB.

II. Das Militär könnte gegen M einen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 904 S. 2 BGB haben.

Fraglich ist hierbei zunächst, ob M überhaupt ersatzpflichtig ist. Das Gesetz selbst nennt den zum Ersatzpflichtigen nicht. Jedoch wird im Regelfall davon ausgegangen, dass der Schädiger (M) Schuldner des Anspruchs aus § 904 S. 2 BGB ist³⁵. Dafür spricht, dass dem schuldlos Geschädigten nicht zugemutet werden kann, nach dem intern Haftpflichtigem, also dem Begünstigten (B), zu fahnden³⁶.

Es ist jedoch streitig, ob von dieser Regel für den Fall eine Ausnahme zu machen ist, dass der Schädiger nach § 323 c StGB

26 Die Frage des bedingten Vorsatzes wird hier ausgeklammert. Vgl. hierzu auch Fn. 15.

27 Z. B. RGSt 67, 72 f., OLG Düsseldorf, NJW 1990, 1493 f.; Tröndle/FISCHER, 52. Auflage 2004, § 259 Rdn. 10.

28 Schönke/Schröder/STREE, 26. Auflage 2001, § 259, Rdn. 15.

29 BT-Drs. 7/550 S. 252.

30 BGHZ 1, 304; Palandt/SPRAU, 64. Auflage 2005, § 816, Rdn. 7.

31 Staudinger/BUND, §§ 854–882 BGB (2000), § 861, Rdn. 29.

32 Palandt/BASSENGE, 64. Auflage 2005, § 904, Rdn. 2.

33 Palandt/BASSENGE, 64. Auflage 2005, § 904, Rdn. 3.

34 Ausführlich zur strafrechtlichen Sicht Schönke/Schröder/LENCKNER, 26. Auflage 2001, Vorb. § 32 Anm. 118 ff.; vgl. auch BVerfGE 32, 98, 109 zu den Problemen im Zusammenhang beim vorsätzlichen Vertragsbruch im Arbeitsrecht: CONRAD, Freiheitsrechte und Arbeitsverfassung, 1965, S. 55 ff.; GLÄSER, Der Einfluss der Glaubens- und Gewissensfreiheit und die Meinungsfreiheit auf das Arbeitsverhältnis, Diss. 1972, S. 82 ff.; ISENHARDT, Die Freiheit des Gewissens im Privatrecht, Diss. 1972, S. 4 ff.; SCHESCHONKA, Arbeits- und Leistungsverweigerung aus Glaubens- oder Gewissensnot, Diss. 1972, S. 56 f.

35 BGHZ 6, 102; 107; Palandt/BASSENGE, § 904 Rdn. 5, a. A. aber Münch-Komm-SÄCKER, § 854–1296, 4. Auflage § 904 Rdn. 16 ff., der generell auf den Begünstigten abstellt.

36 Baumberger/Roth/FRITZSCHE, § 904 Rdn. 20.

zum Handeln verpflichtet war. Nach einer Ansicht ist im Falle einer Handlungspflicht nach § 323 c StGB nicht den Schädiger ersatzpflichtig, sondern der Gefährdete³⁷. Voraussetzung für § 323 c StGB ist, dass ein Unglücksfall i. S. eines plötzlich eintretenden Ereignisses vorliegt, das eine erhebliche Gefahr für Leib oder Leben eines anderen mit sich bringt. An die Plötzlichkeit sind keine zu hohen Anforderungen zu stellen. Die Verschlimmerung einer Lage i. S. einer gegenwärtigen Gefahr ist ausreichend³⁸. In Bezug auf den B dürfte hier ein Unglücksfall i. S. d. § 323 c StGB zumindest in Form einer Verschlimmerung der Lage anzunehmen sein. Demnach war M nach § 323 c StGB zur Hilfeleistung verpflichtet. Somit wäre nach dieser Meinung nicht M sondern der B nach § 904 S. 2 BGB ersatzpflichtig. Nach der wohl h. M. ist der Schädiger auch dann schadenersatzpflichtig, wenn er aufgrund von § 323 c StGB zum Handeln verpflichtet war³⁹. Demnach wäre M unabhängig von einer Handlungspflicht nach § 323 c StGB nach § 904 S. 2 BGB ersatzpflichtig.

Gegen die erste Auffassung spricht, dass sich diese Rückausnahme nicht aus dem Gesetz ergibt. Eine solche teleologische Auswechslung des Anspruchsgegners kann auch nicht mit der Wertung des § 323 c StGB begründet werden. Der Schädiger – hier der M – kann bei B gem. §§ 677 ff., 812 ff. BGB Regress nehmen. Das Risiko, dass bei B »nichts zu holen ist«, muss nach der Gesetzssystematik M tragen bzw. M muss bei der Allgemeinheit Regress nehmen. Aus § 323 c StGB folgt zwar eine Handlungspflicht des M. Hieraus folgt aber nicht, dass das Insolvenzrisiko des B von M auf das Militär verlagert werden muss. Dies gilt umso mehr, als das Militär tatsächlich keine Möglichkeiten hatte, z. B. Name, Adresse bzw. Aufenthaltsort etc. des Bettlers in Erfahrung zu bringen. Im vorliegenden Fall dürften Ansprüche gegen B tatsächlich nicht nur wegen dessen Mittellosigkeit nicht realisierbar sein, sondern auch wegen seines unbekanntes Aufenthaltes.

M ist somit der richtige Anspruchsgegner. Verschulden ist für den Anspruch gem. § 904 S. 2 BGB nicht erforderlich⁴⁰. Der Anspruch ist auf Schadensersatz gem. § 249 II S. 1 BGB gerichtet. § 249 BGB und nicht § 251 BGB ist anzuwenden, da davon auszugehen ist, dass es sich bei dem Militärmantel um eine Standardausrüstung gehandelt hat, so dass Naturalrestitution durch Beschaffung eines gleichwertigen und gleichartigen Mantels möglich ist.

Bei der Höhe des Schadensersatzes ist zunächst der Restwert

des zerschnittenen Mantels zu berücksichtigen. Dieser Restwert ist auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, oder das Militär muss den Mantel an M herausgeben⁴¹.

III. Mangels Gegenleistung des B läuft ein (Erlös-) Herausgabeanspruch des Militärs gegen M aus Geschäftsführung ohne Auftrag nach § 687 II i. V. m. §§ 681 S. 2, 667 BGB leer.

IV. Denkbar wäre noch ein Schadensersatzanspruch des Militärs gegen M aus Geschäftsführung ohne Auftrag nach § 687 II BGB i. V. m. § 678 BGB.

1. In der Zerteilung und der Übergabe der Mantelhälfte ist ein objektiv fremdes Geschäft zu sehen, da der Mantel im Eigentum des Militärs steht.

2. Der Eigengeschäftsführungswille liegt vor, da M das Geschäft als sein eigenes behandelt und ihm der Fremdgeschäftsführungswille für das Militär fehlt.

3. Zudem hatte M Kenntnis von der objektiven Fremdheit des Geschäfts.

4. Das Geschäft (insbesondere Beschädigung des Mantels) stand für M erkennbar im Widerspruch zum wirklichen Willen des Geschäftsherrn (Militär). Die Ersatzpflicht für den entstandenen Schaden bestand daher ohne weiteres Verschulden.

Im Ergebnis ist daher ein Schadensersatzanspruch des Militärs gegen M aus GoA nach § 687 I i. V. m. § 678 BGB zu bejahen. Zu der Höhe des Schadensersatzanspruchs vgl. oben B II.

V. Wegen der Unentgeltlichkeit der Verfügung besteht kein Anspruch des Militärs auf Erlösherausgabe nach § 816 I S. 1 (i. V. m. § 185 II S. 1, 1. Alt.) BGB.

VI. Schließlich kommt auch ein Schadensersatzanspruch des Militärs gegen M aus unerlaubter Handlung nach § 823 I BGB bzw. § 823 II BGB i. V. m. § 246 StGB wegen der Rechtfertigung gem. § 904 BGB nicht in Betracht.

37 Erman/HAGEN/LORENZ, § 904 Rdn. 8; Hk-BGB/ECKERT, § 904 Rdn. 7; MünchKomm/SÄCKER, § 904 Rdn. 17 f.; Palandt/BASSENGE, § 904 Rdn. 5; Schwab/PRÜTTING, Rdn. 313.

38 Vgl. Schönke/Schröder/LENCKNER, 26. Auflage 2001, § 323 c Rdn. 5 ff., Tröndle/FISCHER, 52. Auflage 2004, § 323 c Rdn. 2 a ff.

39 Soergel/BAUR, § 904 Rdn. 23.

40 Palandt/BASSENGE, § 904 Rdn. 4.

41 Vgl. hierzu Palandt/HEINRICHS, § 249 Rdn. 24; BGH NJW 1992, 903 jeweils für den vergleichbaren Fall bei Kraftfahrzeugen.