

7

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

GG Art. 34; BGB § 839 Cb; WehrpflichtG §§ 8 a, 9 Nr. 1,
16 Abs. 2, 17 Abs. 4; MusterungsV § 7; PrALR Einl. § 75

Die Wehrdienstausnahme des § 9 Nr. 1 WehrpflG hat nicht
den Zweck, den nicht Wehrdienstfähigen davor zu bewahren,
durch Wehrdienst Zeit für Ausbildung und Beruf zu verlieren.

Wird ein nicht Wehrdienstfähiger zu Unrecht als tauglich
gemustert, so kann er wegen der durch den Wehrdienst ver-
lorenen Zeit weder Schadensersatz aus Amtshaftung noch
Entschädigung nach Aufopferungsgrundsätzen verlangen.

BGH, Urt. v. 23. Oktober 1975 - III ZR 97/73 - OLG Frankfurt (Main)
LG Frankfurt (Main)

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 97/73

URTEIL

Verkündet am
23. Oktober 1975
Schorm
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Diplomingenieurs Dr.-Ing. Heinz L. [REDACTED],
A. [REDACTED], T. [REDACTED]straße [REDACTED]

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Bundesrepublik Deutschland,
gesetzlich vertreten durch den Bundesminister der Verteidigung,
dieser vertreten durch die Wehrbereichsverwaltung IV, W. [REDACTED]-
[REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und [REDACTED] -

- 2 -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Oktober 1975 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kreft sowie die Richter Dr. Tidow, Peetz, Lohmann und Kröner

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) vom 5. April 1973 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Revisionsrechtszuges.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der damals 20jährige Kläger wurde am 8. November 1960 durch den Musterungsausschuß des Kreiswehrrersatzamtes Frankfurt/Main gemustert und als "tauglich III" eingestuft. Der Musterungsarzt stellte bei ihm einen Blutdruck von 145/80 mm Hg fest. Aufgrund des Musterungsergebnisses wurde der Kläger am 4. April 1961 zum Grundwehrdienst eingezogen. Bei der ärztlichen Einstellungsuntersuchung am 5. April 1961 wurde bei ihm ein Blutdruck von 160/60 mm Hg gemessen. Eine Nierenerkrankung, an der der Kläger litt, ohne es zu wissen, wurde weder



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

bei diesen noch bei späteren ärztlichen Untersuchungen während seiner bis zum 30. September 1962 dauernden Wehrdienstzeit erkannt. Erst als sich der Kläger im April 1963 wegen aufgetretener Beschwerden in ärztliche Behandlung begab, wurde eine funktionslose Niere rechts festgestellt, die nach Scheitern konservativer Behandlung operativ entfernt wurde. Die Diagnose aufgrund des Operationsbefundes lautete auf Hydronephrose (Harnstauungsniere) mit Pyelonephritis (Entzündung des Nierenbeckens und der Niere).

Das Versorgungsamt Frankfurt/Main erkannte den Verlust der rechten Niere als Wehrdienstbeschädigung an und sprach dem Kläger eine Grundrente zu.

Der Kläger verlangt von der beklagten Bundesrepublik den Ersatz weiterer materieller und immaterieller Schäden, die er nach seiner Behauptung über die Wehrdienstbeschädigung einschließlich ihrer Folgeschäden hinaus erlitten hat. Er hat behauptet, er sei wegen seines Nierenleidens für den Wehrdienst untauglich gewesen und habe daher nicht für tauglich erklärt werden dürfen. Infolge des Wehrdienstes habe er seine Ausbildung zum Diplomingenieur erst ein Jahr später abschließen können und erreiche jede Berufsstellung und jede berufliche Einkommenssteigerung ein Jahr später, als wenn er nicht eingezogen worden wäre. Der Kläger verlangt Ersatz des ihm dadurch entstehenden Verdienstausfalles. Daneben macht er einen Schmerzensgeldanspruch geltend, den er mit der Enttäuschung und den Unlustgefühlen begründet

hat, die er bei der Erkenntnis empfunden habe, daß er nicht hätte zum Wehrdienst einberufen werden dürfen. Die rechtliche Grundlage seines Anspruchs erblickt der Kläger in einer Amtspflichtverletzung des Musterungsarztes und der anderen Ärzte, die ihn später bei der Bundeswehr untersucht haben. Er hat die Ansicht vertreten, im Hinblick auf den festgestellten erhöhten Blutdruck habe man ihn entweder für untauglich erklären oder weitere Untersuchungen veranlassen müssen. Die Einstufung als "tauglich III", bei der die Ärzte zudem den Tauglichkeitsbestimmungen nicht gefolgt seien, sei daher eine Amtspflichtverletzung gewesen. Dasselbe gelte für das Unterlassen der erforderlichen weiteren Untersuchungen. Daneben stützt der Kläger sein Begehren auf Aufopferung und meint, es stelle ein Sonderopfer dar, daß er als Untauglicher zum Wehrdienst herangezogen worden sei.

Er hat beantragt festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet sei, ihm die durch die Heranziehung zum Wehrdienst entstandenen und noch entstehenden Schäden zu ersetzen, soweit sie nicht durch die Wehrdienstbeschädigung bedingt sind.

Die Beklagte, die die Abweisung der Klage beantragt hat, hat eine schuldhaft Pflichtverletzung der Ärzte in Abrede gestellt und ist dem Klagebegehren auch mit weiteren rechtlichen Erwägungen entgegengetreten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Gegen dieses Urteil wendet sich die Revision des Klägers, mit der er seinen Klageantrag weiterverfolgt. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat die Feststellungsklage nach § 256 ZPO für zulässig gehalten, obwohl der Kläger den geltend gemachten Schaden inzwischen weitgehend beziffern könne. Es hat dazu ausgeführt, nach der Sachdarstellung des Klägers wirke das schädigende Ereignis fort und lasse künftig weiteren Schaden - jedenfalls in Gestalt von Verdienstaussfall - entstehen. Daher habe der Kläger nicht zur Leistungsklage überzugehen brauchen.

Diese Auffassung entspricht der höchstgerichtlichen Rechtsprechung (BGH LM ZPO § 256 Nr. 92; BAG JZ 1973, 561). Sie wird im Revisionsrechtszug auch nicht in Zweifel gezogen.

II.

1. In der Sache selbst hat das Berufungsgericht einen Schadensersatzanspruch des Klägers aus Amtspflichtverletzung (§ 839 BGB, Art. 34 GG) geprüft und mit folgender Begründung verneint: Der Kläger habe nicht zum Wehrdienst herangezogen werden dürfen, weil er "dauernd untauglich" im Sinne des § 7 Abs. 1 der MusterungsVO vom 25. Oktober 1956 (BGBl I 830) gewesen sei. Seine Einstufung als "tauglich III" sei objektiv unrichtig gewesen. Die auf Amtshaftung gestützte Klage könne aber schon deswegen keinen Erfolg haben, weil der Kläger nicht den ihm obliegenden Beweis geführt habe, daß dem Musterungsarzt und dem Einstellungsarzt subjektiv der Vorwurf pflichtwidrigen Verhaltens gemacht werden könne.

Außerdem werde das Begehren des Klägers von der Schutzfunktion des § 7 der MusterungsVO nicht gedeckt. Die Vorschrift solle - ebenso wie jetzt § 8 a des Wehrpflichtgesetzes i.d.F. der Bekanntmachung vom 8. Dezember 1972 (BGBl I 2277) - WehrpflG - gewährleisten, daß niemand zum Wehrdienst herangezogen werde, dessen Gesundheit dabei Schaden nehmen würde. Hingegen sei es nicht der Zweck der Vorschrift, den Tauglichen an der Aufnahme oder Fortsetzung seiner Berufsausbildung zu hindern und dem Untauglichen die unverzügliche Aufnahme der Ausbildung oder beruflichen Tätigkeit zu ermöglichen. Es handele sich dabei vielmehr um Nebenwirkungen der Einstufung. Die Freiheit des einzelnen Wehrpflichtigen zu schützen, sei nicht

die Aufgabe der genannten Vorschriften. Der Kläger verfolge im vorliegenden Rechtsstreit keine Ansprüche wegen der Gesundheitsschäden, die er durch den Wehrdienst erlitten habe. Vielmehr begehre er Ersatz ausschließlich für materielle und immaterielle Schäden, die durch seine Heranziehung zum Wehrdienst als solche verursacht worden seien. Solche Schäden sollten jedoch durch § 7 MusterungsVO, § 8 a WehrpflG nicht verhindert werden.

2. Die Revision wendet sich gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, der Kläger habe ein Verschulden der Ärzte nicht bewiesen und daran müsse sein Amtshaftungsanspruch scheitern. Auf die Rügen, die sie in diesem Zusammenhang erhebt, braucht der Senat jedoch nicht einzugehen. Denn das Berufungsurteil wird jedenfalls durch seine weitere Begründung getragen, daß die mit der Klage geltend gemachten Schäden nicht vom Schutzzweck der verletzten Amtspflicht umfaßt würden.

3. Der Schadensersatzanspruch nach § 839 Abs. 1 BGB setzt voraus, daß der Beamte (hier: der Musterungsarzt) die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht schuldhaft verletzt hat.

Ob der Geschädigte im Sinne dieser Vorschrift "Dritter" ist, richtet sich danach, ob die Amtspflicht - wenn auch nicht notwendig allein, so doch auch - den Zweck hat, gerade sein Interesse wahrzunehmen (Senatsurteil BGHZ 56, 40, 45 st.Rspr.). Dabei braucht eine Person, der gegenüber eine Amtspflicht zu erfüllen

ist, nicht in allen ihren Belangen als "Dritter" anzusehen sein. Das hat der erkennende Senat der Sache nach in mehreren, teilweise schon vom Berufungsgerecht angeführten Entscheidungen anerkannt (BGHZ 39, 358, 364 f; BGH Warn 1972 Nr. 286 = NJW 1973, 463, 464; BGH LM BGB § 839 (Cb) Nr. 3 und 24) und in seiner Entscheidung BGHZ 63, 35 (41) nochmals ausdrücklich hervorgehoben. Das von der Revision angeführte Senatsurteil BGHZ 30, 154, 156 bringt in der Sache keine gegenteilige Auffassung zum Ausdruck. Denn dort war nicht der Schutzzweck der verletzten Amtspflicht zweifelhaft; vielmehr ging es um die Frage, ob der für eine Rechtsgutverletzung zu leistende Schadensersatz die Anwaltskosten umfaßt, die bei der Verfolgung des Schadensersatzanspruches selbst entstanden sind. Das Urteil des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs in BGHZ 27, 137, 142, auf das die Revision sich ebenfalls beruft, steht dieser Rechtsprechung des hier erkennenden Senats nicht entgegen, da es einen Amtshaftungsanspruch nicht zum Gegenstand hat.

4. Ob eine Amtspflicht den Zweck hat, das Interesse des Geschädigten wahrzunehmen, ergibt sich aus den sie begründenden und umreißen den Bestimmungen sowie aus der besonderen Natur des Amtsgeschäfts (Senatsurteil in BGHZ 63 aaO m.w.Nachw.).

Die Untersuchung des Klägers am 8. November 1960 hatte ihre gesetzliche Grundlage in § 17 Abs. 5 des Wehrpflichtgesetzes vom 21. Juli 1956 (BGBl I 651; geändert durch § 192 des Gesetzes vom 21. Januar 1960

BGBI I 17) - WehrpflG a.F. - (heute § 17 Abs. 4 WehrpflG). Danach sind die Wehrpflichtigen vor ihrem Erscheinen vor dem Musterungsausschuß auf ihre körperliche und geistige Tauglichkeit ärztlich zu untersuchen und ist das Ergebnis der Untersuchung unter Angabe des Tauglichkeitsgrades schriftlich dem Musterungsausschuß vorzulegen. Die Tauglichkeitsgrade waren durch § 7 Abs. 1 MusterungsVO festgesetzt worden (heute § 8 a WehrpflG); und zwar kannte die Vorschrift die Grade "tauglich I bis tauglich III", "beschränkt tauglich", "vorübergehend untauglich" und "dauernd untauglich". Über die Durchführung der ärztlichen Untersuchung hatte der Bundesminister für Verteidigung als zentrale Dienstvorschrift (ZDv 46/1) die "Tauglichkeitsbestimmungen" i.d.F. vom 15. November 1957 erlassen. Im Hinblick auf den Zweck der ärztlichen Untersuchung sind in diesem Zusammenhang ferner § 16 Abs. 2 WehrpflG a.F. (entspricht weitgehend § 16 Abs. 2 WehrpflG) zu berücksichtigen, wonach durch die Musterung entschieden wird, welche ungedienten Wehrpflichtigen für den Wehrdienst zur Verfügung stehen und sich zum Wehrdienst zu stellen haben, sowie § 9 Nr. 1 WehrpflG a.F., wonach zum Wehrdienst nicht herangezogen wird, wer dafür körperlich oder geistig dauernd untauglich ist (heute § 9 Nr. 1 WehrpflG: wer nicht wehrdienstfähig ist).

Die so geregelte ärztliche Musterungsuntersuchung dient öffentlichen Interessen wie auch Belangen des einzelnen Wehrpflichtigen. Der Allgemeinheit muß daran gelegen sein, daß zum Wehrdienst nur Soldaten heran-

gezogen werden, die dessen Anforderungen körperlich und geistig gewachsen sind. Andernfalls wäre nicht sichergestellt, daß die Streitkräfte ihre Aufgaben erfüllen können; auch besteht bei einem nicht Tauglichen vielfach die besondere Gefahr, daß der Wehrdienst bei ihm Gesundheitsschäden hervorruft, für die alsdann Versorgungsleistungen zu erbringen sind (vgl. Hahnenfeld WehrpflG 1974 Loseblattkommentar § 9 Rdn. 1). Auf der anderen Seite ist es das eigene Interesse des nicht Diensttauglichen, vor Gesundheitsschäden als Folge des Wehrdienstes bewahrt zu werden (Hahnenfeld aaO und § 8 a Rdn. 16). Daher ist - ohne daß die Frage im vorliegenden Rechtsstreit entscheidende Bedeutung hat - davon auszugehen, daß die ärztliche Musterungsuntersuchung neben der Wahrung der öffentlichen Belange a u c h den Zweck hat, nicht Taugliche davor zu bewahren, durch einen Wehrdienst, dem sie gesundheitlich nicht gewachsen sind, Gesundheitsschäden zu erleiden (so Hahnenfeld aaO § 8 a Rdn. 16). Der Hinweis der Revision, nach den Tauglichkeitsbestimmungen könne die Untauglichkeit auf körperlichen Fehlern beruhen, die keine Gesundheitsmängel seien und daher nicht die besondere Gefahr einer Wehrdienstbeschädigung begründeten, trifft an sich zu. Er schließt aber nicht aus, daß die ärztliche Musterungsuntersuchung auch geeignet und bestimmt ist, den nicht Tauglichen vor Gesundheitsschäden zu bewahren.

5. Die im vorliegenden Rechtsstreit entscheidende Frage ist dahin zu stellen, ob die Amtspflichten, die dem Musterungsarzt im Rahmen der Musterung obliegen,

den Zweck haben, den nicht Tauglichen auch vor sonstigen Schäden zu bewahren, die er durch die Heranziehung zum Wehrdienst erleidet, insbesondere weil sich seine Ausbildung und sein Eintritt in das Erwerbsleben verzögern.

Bei der Beantwortung dieser Frage ist die Bedeutung der ärztlichen Untersuchung im Rahmen der Musterung zu beachten. Der Arzt trifft nicht die Musterungsentscheidung, also die Entscheidung, ob der Wehrpflichtige für den Wehrdienst zur Verfügung steht und sich zum Wehrdienst zu stellen hat (§ 16 Abs. 2 WehrpflG a.F.). Diese Entscheidung trifft vielmehr der Musterungsausschuß (§ 18 Abs. 1 WehrpflG), dem der Arzt nicht angehört. Andererseits ist das Ergebnis der ärztlichen Untersuchung meist von ausschlaggebender Bedeutung für die Entscheidung des Musterungsausschusses. Zwar muß nicht jeder, den der Arzt für tauglich befunden hat, für den Wehrdienst zur Verfügung stehen. Vielmehr kann einer der Gründe, aus denen jemand vom Wehrdienst ausgeschlossen oder befreit ist oder zurückgestellt wird (§§ 10 - 12 WehrpflG; s. auch §§ 9 Nr. 2, 13 WehrpflG) zu einer gegenteiligen Entscheidung des Musterungsausschusses führen. Es ist aber so gut wie ausgeschlossen, daß der Musterungsausschuß jemanden, den der Arzt für tauglich befunden hat, als körperlich oder geistig untauglich ausmustert. Beurteilt der Musterungsarzt jemanden als körperlich oder geistig nicht oder nur beschränkt tauglich, so führt dieses Untersuchungsergebnis sogar in aller

Regel zu der Entscheidung des Musterungsausschusses, der Gemusterte brauche zum Wehrdienst nicht zur Verfügung zu stehen. Denn der Musterungsausschuß kann zwar eine nochmalige Begutachtung durch einen anderen Arzt anordnen (§ 17 Abs. 5 Satz 3 WehrpflG a.F. = § 17 Abs. 4 Satz 3 WehrpflG), kann sich aber schon mangels eigener Sachkunde nicht über das Ergebnis der ärztlichen Untersuchung hinwegsetzen (Hahnenfeld aaO § 17 Rdn. 18).

In dem geschilderten Umfang zieht das Ergebnis der ärztlichen Untersuchung also die Entscheidung des Musterungsausschusses nach sich. Beim Fehlen von Ausschluß-, Befreiungs- oder Rückstellungsgründen bewirkt der ärztliche Tauglichkeitsbefund mithin, daß der Untersuchte zum Wehrdienst zur Verfügung stehen und die damit verbundenen Beschränkungen seiner persönlichen Freiheit hinnehmen muß. Ist der ärztliche Befund unrichtig, beurteilt der Arzt also einen nicht oder nur beschränkt Tauglichen als tauglich, so hat dies unter den genannten Voraussetzungen zur Folge, daß dem Gemusterten die mit dem Wehrdienst verbundenen Freiheitsbeschränkungen entgegen den gesetzlichen Bestimmungen auferlegt werden.

Dieser Zusammenhang zwischen der ärztlichen Begutachtung und der Entscheidung des Musterungsausschusses bedeutet indessen noch nicht, daß die Amtspflichten des Musterungsarztes auch den Zweck haben, den Untersuchten vor den wirtschaftlichen Folgen der genannten Freiheitsbeschränkungen zu schützen. Denn wie der erkennende Senat bereits aus-

gesprochen hat, kann die sachgemäße Wahrnehmung einer staatlichen Aufgabe für den Betroffenen zwar die "erfreuliche Nebenwirkung" haben, daß er dadurch vor finanziellen Nachteilen bewahrt wird, ohne daß daraus aber eine entsprechende, den Schutz des Betroffenen bezweckende Amtspflicht hergeleitet werden mußte (BGHZ 39, 358, 360; s. auch BGH Warn 1964 Nr. 257). Schon aus diesem Grunde geht auch die Argumentation der Revision fehl, die dahin zielt: Da ein Untauglicher nach § 9 Nr. 1 WehrpflG nicht zum Wehrdienst herangezogen werde, in seiner grundrechtlich verbürgten Freiheit also nicht beschränkt werden dürfe, habe die Amtspflicht des Musterungsarztes den Zweck, ihn nicht nur vor Gesundheitsschäden, sondern bereits vor der Heranziehung zum Wehrdienst als solcher zu schützen. Zwar trifft es zu, daß die sachgerechte ärztliche Begutachtung als nicht tauglich dem Wehrpflichtigen - zwangsläufig - den unbeschränkten Genuß seiner Freiheitsrechte erhält. Dabei handelt es sich aber lediglich um Nebenwirkungen der ärztlichen Begutachtung, die vom Zweck der dem Arzt obliegenden Amtspflichten nicht umfaßt werden.

6. Da die entscheidende Frage, ob die Amtspflicht des Musterungsarztes den Schutz des Klägers vor den im vorliegenden Rechtsstreit geltend gemachten Schäden bezweckte, wie dargelegt, nicht schon aufgrund der Auswirkungen der ärztlichen Begutachtung beantwortet werden kann, können nur die sie regelnden und umreißenden Bestimmungen Aufschluß geben (s.o. Nr. 4). Wegen des (oben unter Nr. 5) dargelegten Zusammenhanges zwischen

der ärztlichen Begutachtung und der Musterungsentscheidung kommt es dabei neben §§ 17 Abs. 5, 16 Abs. 2 WehrpflG a.F. insbesondere auf § 9 Nr. 1 WehrpflG an. Diese Vorschrift steht in dem mit "Wehrpflicht" überschriebenen Abschnitt I des Gesetzes im Unterabschnitt 3 "Wehrdienstausnahmen". Das Gesetz kennt verschiedene Arten von Wehrdienstausnahmen: den Ausschluß von Personen, die in bestimmter Weise bestraft worden sind oder die bürgerlichen Ehrenrechte nicht besitzen (§ 10), die Befreiung von Geistlichen, Schwerekriegsbeschädigten und Heimkehrern (§ 11), die Zurückstellung in bestimmten Härtefällen oder aus anderen Gründen (§ 12) sowie die Unabkömmlichstellung (§ 13). Diesen verschiedenen Arten von Wehrdienstausnahmen liegen ersichtlich unterschiedliche Zwecke zugrunde. Nach den Härtebestimmungen in § 12 Abs. 4 WehrpflG "soll" u.a. ein Wehrpflichtiger zurückgestellt werden, dessen Einberufung die Versorgung seiner Familie gefährden würde, der im eigenen oder elterlichen Betrieb unentbehrlich ist oder dessen Einberufung einen bereits weitgehend geförderten Ausbildungsabschnitt unterbrechen würde. In diesen Fällen mögen öffentliche Belange mitspielen. Im Vordergrund steht aber jedenfalls das Interesse des einzelnen Wehrpflichtigen, keinen Wehrdienst leisten zu müssen, wie sich auch daran zeigt, daß die Rückstellung nur auf Antrag gewährt wird. Das läßt sich aber keinesfalls von allen Wehrdienstausnahmen sagen. So ist in § 13 Abs. 1 Satz 1 WehrpflG ausdrücklich gesagt, daß ein Wehrpflichtiger unter bestimmten Voraussetzungen "im öffentlichen Interesse" für den Wehrdienst unabkömmlich gestellt wer-

den "kann", bezeichnenderweise auf Antrag nicht des Wehrpflichtigen, sondern der zuständigen Verwaltungsbehörde (§ 13 Abs. 2 Satz 1). Auch die Wehrdienstauschlüsse in § 10 WehrpflG (wegen Bestrafung, Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter usw.) verfolgen ersichtlich nicht Einzelinteressen, sondern öffentliche Belange, auch wenn das Gesetz dies nicht ausdrücklich hervorhebt. Diese Wehrdienstausnahmen dienen dem Allgemeininteresse an der Zuverlässigkeit und dem Ansehen der Streitkräfte, nicht aber dem Interesse des Ausgeschlossenen, keinen Wehrdienst leisten zu brauchen. Mithin spricht die Tatsache einer Wehrdienstausnahme für sich allein noch nicht dafür, daß der Betroffene dadurch vor der Heranziehung zum Wehrdienst geschützt werden soll. Vielmehr ist jede Ausnahmebestimmung gesondert zu betrachten.

Was hiernach für § 9 Nr. 1 WehrpflG zu gelten hat, ist nicht schon dem Wortlaut der Vorschrift zu entnehmen. Daß es sich um eine Mußvorschrift handelt ("zum Wehrdienst wird nicht herangezogen, wer ...") und ein Antrag nicht erforderlich ist, läßt den Zweck der Vorschrift für sich allein nicht sicher erkennen, wie etwa ein Vergleich mit § 11 Abs. 1 Nr. 4 und 5 WehrpflG zeigt, wonach Schwerkriegsbeschädigte und Spätheimkehrer - ohne Antrag - vom Wehrdienst "befreit sind". Aufschluß verspricht jedoch - wie auch bei den anderen Wehrdienstausnahmen - der G r u n d der jeweiligen gesetzlichen Regelung. Denn dieser läßt auf ihren Zweck schließen. Wie oben (unter Nr. 4) ausgeführt worden ist, dient die ärzt-

liche Musterungsuntersuchung dem Allgemeininteresse, daß zum Wehrdienst nur körperlich und geistig Taugliche herangezogen werden, sowie dem Interesse des nicht Diensttauglichen, vor Gesundheitsschäden als Folge des Wehrdienstes bewahrt zu werden. Dasselbe kann von der Wehrdienstausnahme der dauernden Dienstuntauglichkeit nach § 9 Nr. 1 WehrpflG gesagt werden. In diesen Schutzzwecken findet diese Vorschrift zugleich ihren zureichenden gesetzgeberischen Grund. Sie bedarf mit anderen Worten keiner weiteren Begründung, um als sachgerechte Regelung gelten zu können. Dem Allgemeininteresse an der Gewinnung nur tauglicher Soldaten ist genügt, wenn nicht Diensttaugliche vom Wehrdienst zurückgehalten werden. Hingegen verlangt das Gemeinwohl - anders als in den Unabkömmlichkeitsfällen des § 13 und möglicherweise auch in den Härtefällen des § 12 Abs. 4 WehrpflG - nicht, daß den unter § 9 Nr. 1 fallenden Personen die Gelegenheit gegeben wird, statt des Wehrdienstes ihrer Ausbildung oder ihrem Beruf nachzugehen. Nicht anders steht es mit dem durch § 9 Nr. 1 geschützten Privatinteresse. Auch dieses wird vom Gesetz hinlänglich geschont, wenn gewährleistet wird, daß der nicht Diensttaugliche nicht durch Heranziehung zu einem Wehrdienst, dem er nicht gewachsen ist, der Gefahr einer Gesundheitsbeschädigung ausgesetzt wird. Soweit der nicht Taugliche darüberhinaus ein Interesse daran hat, nicht durch den Wehrdienst zeitweise an Ausbildung und Berufsausübung gehindert zu werden, unterscheidet er sich nicht von jedem anderen Angehörigen der wehrpflichtigen Jahrgänge. Die allgemeine Wehrpflicht (§ 1 WehrpflG) bedeutet aber u.a. gerade, daß grundsätzlich das Interesse des einzelnen Wehrpflichtigen an ungehinder-

ter Ausbildung und Berufsausübung zeitweise hinter den allgemeinen Belangen der Landesverteidigung zurückzutreten hat. Daß die nicht Tauglichen (und sonstigen unter Wehrdienstausnahmen fallenden Personen) in dieser Hinsicht keine Sonderstellung genießen, bringt das Wehrpflichtgesetz auch dadurch zum Ausdruck, daß es - unter den in § 1 bestimmten weiteren Voraussetzungen - a l l e Männer vom vollendeten 18. Lebensjahr für wehrpflichtig erklärt, die Wehrpflicht also nicht etwa von der Tauglichkeit abhängig macht. Folgerichtig hat die Wehrdienstausnahme des § 9 Nr. 1 WehrpflG ihren gesetzgeberischen Grund - und mithin auch Zweck - nicht darin, den nicht Tauglichen davor zu bewahren, durch Wehrdienst Zeit für Ausbildung und Beruf zu verlieren.

7. Was vorstehend für die Begutachtung des Klägers durch den Musterungsarzt ausgeführt worden ist, gilt sinngemäß auch für die Einstellungsuntersuchung am 5. April 1961 und erst recht für die weiteren ärztlichen Untersuchungen, denen der Kläger während seiner Dienstzeit unterzogen worden ist.

8. Die Auffassung des Berufungsgerichts, der Kläger könne nicht nach Art. 34 GG, § 839 BGB von der Beklagten Ersatz der in diesem Rechtsstreit geltend gemachten Schäden verlangen, erweist sich damit als zutreffend (ebenso Hahnenfeld aaO § 8 a Rdn. 16). Das gilt für die behaupteten Vermögensnachteile ebenso wie für den eingeklagten Schmerzensgeldanspruch. Denn der nicht vermögensrechtliche Schaden soll dem Kläger nach seiner Darstellung allein durch die Tatsache des abge-

leisteten Wehrdienstes, nicht aber im Zusammenhang mit Gesundheitsschäden erwachsen sein.

Etwas anderes könnte gelten, wenn die Amtspflichtverletzung, die der Kläger dem Musterungsarzt vorwirft, den Charakter eines Amtsmißbrauchs hätte (vgl. Senatsurteil in LM BGB § 839 (Cb) Nr. 24 = NJW 1973, 458 m.w. Nachw.). Dafür bietet der Sachverhalt aber keinen Anhalt.

III.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Kläger könne wegen der mit der Klage geltend gemachten Schäden auch aus dem rechtlichen Gesichtspunkt der Aufopferung eine Entschädigung nicht verlangen. Das ergebe sich ebenso wie beim Amtshaftungsanspruch aus dem auch hier heranzuziehenden Schutzzweckgedanken.

Diese Auffassung hält den Angriffen der Revision im Ergebnis stand.

Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß bei einem hoheitlichen Eingriff in nicht vermögenswerte Güter, insbesondere in Leben, Gesundheit und Freiheit, dem Betroffenen ein Aufopferungsanspruch zusteht, wenn der Eingriff ihn im Verhältnis zu anderen ungleich belastet, ihm also ein Sonderopfer aufgebürdet hat, und wenn der Eingriff ihm einen Vermögensschaden zugefügt hat. Im vorliegenden Fall macht der Kläger

einen Eingriff in seine Freiheit geltend, indem er darlegt, da er nicht wehrdiensttauglich gewesen sei, hätten die gesetzlichen Voraussetzungen für seine Heranziehung zum Wehrdienst und die damit verbundene Beschränkung seiner grundgesetzlich verbürgten Freiheitsrechte nicht vorgelegen. Der zu beurteilende Sachverhalt rechtfertigt jedoch nicht die Feststellung, daß der Kläger ein Sonderopfer an Freiheit gebracht hat. Ob er, was daneben in Betracht kommt, ein Sonderopfer an Gesundheit gebracht hat, ist nicht zu entscheiden, da d a r a u s herrührende Schäden in diesem Rechtsstreit nicht geltend gemacht werden.

Nach § 1 Abs. 1 WehrpflG sind wehrpflichtig alle Männer vom vollendeten 18. Lebensjahr an, die Deutsche sind und unter die in dieser Vorschrift genannten Aufenthaltsbestimmungen fallen. Erfüllt wird die Wehrpflicht durch den Wehrdienst oder durch den Zivildienst (§ 3 Abs. 1 Satz 1 WehrpflG). Das Gesetz, das die durch die Wehrpflicht berührten Grundrechte in § 51 (= § 49 WehrpflG a.F.) einschränkt, legt damit grundsätzlich allen Männern der genannten Altersstufe die Verpflichtung auf, zeitweise einen Teil ihrer Grundrechte, insbesondere ihre Freiheit, für den Wehrdienst zu opfern. Leistet jemand den Wehr- oder Ersatzdienst, so erbringt er damit kein Opfer, das ihn im Verhältnis zu anderen ungleich belastet, mithin kein Sonderopfer (vgl. Senatsurteil BGHZ 9, 83, 86 f).

Hieran ändert es nichts, daß nicht alle Wehrpflichtigen tatsächlich zum Wehr- oder Ersatzdienst herangezogen werden, weil ein Teil von ihnen unter

Wehrdienstausnahmen (§§ 9 ff WehrpflG) fällt oder nicht benötigt wird. Denn das bedeutet nur, daß sich die Pflicht, die der Gesetzgeber grundsätzlich jedem Angehörigen dieses Personenkreises auferlegt hat, nicht bei allen in gleicher Weise verwirklicht. Trotzdem erbringt, wer den Wehr- oder Ersatzdienst leistet, damit nicht mehr als das Opfer, das das Gesetz jedem einzelnen Wehrpflichtigen zugemutet hat (vgl. Senatsurteile BGHZ 20, 61, 64; 25, 238, 240 f; 36, 379, 393). Ein Wehrpflichtiger, der nicht herangezogen wird, weil er unter eine Wehrdienstausnahme fällt oder nicht benötigt wird, bleibt dadurch allerdings im Besitz von Freiheiten, die dem zum Wehr- oder Ersatzdienst Herangezogenen für die Dauer seiner Dienstzeit vor- enthalten werden. Dieses Mehr an Freiheit ist aber nicht Zweck und Ziel seiner Verschonung, sondern geht regelmäßig darüber hinaus. Wer z.B. als körperlich untauglich und damit wehrdienstunfähig ausgemustert wird, wird nicht nur davor bewahrt, durch einen seine Kräfte übersteigenden Dienst gesundheitlich geschädigt zu werden, sondern erhält auch die Gelegenheit, seine Ausbildung ohne Verzögerung fortzusetzen, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen oder seine Zeit sonst nach Belieben und Interesse zu verwenden. Denselben Vorteil genießen die nach § 10 WehrpflG vom Wehrdienst Ausgeschlossenen, obwohl ihr Ausschluß nur die Zuverlässigkeit und das Ansehen der Streitkräfte sichern soll. Dasselbe gilt für die nach § 11 Abs. 2 WehrpflG vom Wehrdienst Befreiten und letztlich selbst für die Härtefälle des § 12 Abs. 4 WehrpflG, bei denen das Gesetz auf bestimmte persönliche Umstände und Verhält-

nisse Rücksicht nimmt. Es gilt erst recht für die Wehrpflichtigen, die nicht benötigt werden und deren Verschonung keinen anderen Grund hat als die begrenzte Aufnahmefähigkeit der Streitkräfte und des Ersatzdienstes. Daß alle diese und die aus sonstigen Gründen nicht herangezogenen Wehrpflichtigen im Besitz von Freiheiten bleiben, die den übrigen zeitweise vorenthalten werden, ist lediglich eine z w a n g s l ä u f i g eintretende N e b e n wirkung ihrer Verschonung, die nicht nur nicht beabsichtigt ist, sondern - wie die anhaltende öffentliche Diskussion über die sog. Wehrgerechtigkeit zeigt - vielfach sogar als Mißstand empfunden wird. Wehrpflichtige, die nicht zum Wehr- oder Ersatzdienst herangezogen werden, haben dadurch also einen - unbeabsichtigten, aber unvermeidlichen - Vorteil, während der jedem Wehrpflichtigen zugemutete "Normalfall" die Ableistung des Wehr- oder Ersatzdienstes ist.

Im Falle des Klägers liegt ein Sonderopfer auch nicht deswegen vor, weil er nicht wehrdienstfähig war und daher nach § 9 Nr. 1 WehrpflG zum Wehrdienst nicht herangezogen werden durfte. Dies ändert nichts daran, daß sich in seiner Person - was seine Freiheit angeht - lediglich die Pflicht verwirklicht hat, die das Gesetz allen Wehrpflichtigen ansinnt. Dies verkennt die Revision, wenn sie darauf abheben will, daß der Kläger gegenüber anderen nicht Diensttauglichen, die deswegen nicht zum Wehrdienst herangezogen würden, benachteiligt worden sei. Wie oben dargelegt, ist das "Mehr an Freiheit", das ein Wehrpflichtiger erlangt, der unter eine Wehr-

dienstausnahme fällt oder nicht benötigt wird, nicht Zweck und Ziel seiner Verschonung, sondern eine unvermeidliche Nebenwirkung einer aus anderen Gründen getroffenen Regelung oder Maßnahme. Dieses vom Gesetz nicht beabsichtigte, sondern lediglich als unvermeidlich hingenommene "Mehr an Freiheit" stellt für den Wehrpflichtigen keine geschützte Rechtsposition dar. Der Kläger hat also dadurch, daß er entgegen § 9 Nr. 1 WehrpflG zum Wehrdienst herangezogen worden ist, kein Recht aufgeopfert. Schon aus diesem Grunde steht ihm ein Aufopferungsanspruch nicht zu. Da es bereits an einem Opfer im Rechtssinne fehlt, kann auf sich beruhen, ob es sich um ein nach dem Gebot des Gleichheitssatzes zu entschädigendes S o n d e r opfer handeln würde. Nur diese letztere Frage aber hat der erkennende Senat in seinem von der Revision herangezogenen Urteil BGHZ 32, 208, 211 f mit der Erwägung bejaht, der damals zu beurteilende Eingriff sei rechtswidrig erfolgt. Hingegen ist die vorrangige Frage, ob eine Rechtsposition ~~in~~ in ihren Schutzzgrenzen beeinträchtigt worden ist, unabhängig davon zu beantworten, ob der Eingriff rechtmäßig oder rechtswidrig war. Entgegen der Ansicht der Revision läßt sich ein Aufopferungsanspruch des Klägers daher nicht damit begründen, daß er unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften zum Wehrdienst herangezogen worden sei. Dies bedeutet jedoch nicht, daß "staatliches Unrecht" - wie die Revision sagt - keine Ersatzpflicht begründe. Soweit der Kläger in seiner Gesundheit verletzt worden ist, ist er nach dem Versorgungsrecht entschädigt worden. Soweit seine weitergehenden Forderungen erfolglos bleiben,

beruht dies auf dem allgemeinen Grundsatz, daß Entschädigung nur für Verletzung geschützter Rechtsgüter verlangt werden kann. Daran fehlt es hier.

Kreft

Dr. Tidow

Peetz

Lohmann

Kröner