

Für das Nachschlagewerk!
Für die Amtliche Sammlung!

37

Gesetz: 1. BGB § 839; WeimVerf Art 131; GrundG Art 34
2. KontrR Ges Nr 18 (Wohnungsgesetz) Art VI b.

Rechtssatz:

1. Auch soweit eine Körperschaft des öffentlichen Rechts die ihr übertragenen staatlichen Verwaltungsaufgaben nicht durch Beamte, sondern durch Angestellte wahrnehmen lässt, haftet sie selbst und nicht der Staat für dabei vorkommende Amtspflichtverletzungen (Abweichung von RGZ 158,95 ff).
2. Bei Anordnung eines Wohnungszwangstausches besteht gegenüber dem Betroffenen die Amtspflicht zu sorgfältiger Prüfung, ob die Wohnungen gleichwertig sind und der Tausch zumutbar ist.

✓ Aktenzeichen: III ZR 134 / 50

Urt v 21. Juni 1951

OLG Schleswig

III ZR 134/50

Verkündet am 21. Juni 1951
gez. [REDACTED], Justizange-
stellter als Urkundsbe-
amter der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

des zur Zeit stellungslosen Heinrich F. [REDACTED] in
S. [REDACTED], F. [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägers, Berufungsbeklagten und Revisionsklägers,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Stadtgemeinde S. [REDACTED],
vertreten durch ihren Magistrat,

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf
die mündliche Verhandlung vom 17. Mai 1951 unter
Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Delbrück, Prof.
Dr. Meiss, Dr. Pagendarm, Dr. Stein und Dr. Gelhaar

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil
des 2. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen
Oberlandesgerichts vom 17. Oktober 1950 aufge-
hoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisionsinstanz, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger, der früher in Berlin lebte, wohnt seit dem Jahre 1943 mit seiner Ehefrau und seinem damals 11-jährigen Sohn in der Stadt S[REDACTED]. Er hatte zunächst in dem dort gelegenen Anwesen H[REDACTED] mit seiner Familie ein etwa 10 qm grosses, zur Wohnung der Gemeindeschwester gehöriges Zimmer inne, das diese ihm mit Genehmigung des Städtischen Wohnungsamtes S[REDACTED] mietweise überlassen hatte. Wiederholt hatte der Kläger um die Zuweisung einer anderen Wohnung gebeten. Auch die Gemeindeschwester und die Kirchengemeinde wünschten wieder in den Besitz des vom Kläger bewohnten Zimmers zu kommen. Am 1. Juni 1948 wies das Städtische Wohnungsamt in S[REDACTED] dem Kläger 2 Räume in dem Anwesen S[REDACTED]-Altstadt, K[REDACTED], und der Gemeindeschwester das bis dahin vom Kläger und seiner Familie bewohnte Zimmer zu. Die beiden Räume in dem Anwesen K[REDACTED] hatte damals ein Mieter Hans D[REDACTED] mit seiner Familie inne, der dem Städtischen Wohnungsamt Schleswig mit Schreiben vom 24. Mai 1948 folgendes mitgeteilt hatte:

"Zur Zeit bewohne ich im Hause von Frau Se[REDACTED], K[REDACTED], 2 Zimmer hinter der Küche (Grösse derselben ca. 13 u 9 qm) mit meiner Frau und meinen beiden Mädchen, die 13 - 14 Jahre alt sind. Das hintere Zimmer, das an der Aussenwand liegt, ist jedoch sehr feucht und durch diesen ungesunden Zustand für den Aufenthalt von Menschen gänzlich ungeeignet. Da die Aussenwand aus Fachwerk besteht, lösen sich schon die Teile zwischen den Balkenlagen und werden nach aussen herausgedrückt. Die Feuchtigkeit in dem Zimmer ist so stark, dass sich die Politur von den Möbeln



schält. Matratzen und Bettzeug sind durch die Nässe vollkommen muffig und verstockt. Da meine Kinder dauernd husten und kräxten und auch oft kränklich sind, so dass ich befürchte, dass dieselben lungenkrank werden, musste ich die Mädchen seit dem Winter in unser Zimmer schlafen lassen. Ich selbst habe versucht, im Hinterzimmer zu schlafen, musste diesen Versuch aber bald infolge meiner Kriegsverletzung aufgeben, denn ich bin seit dieser Zeit in ärztlicher Behandlung."

Daraufhin hatte das Wohnungsamt durch seinen Angestellten Ho[REDACTED] eine Prüfung des Zustandes der Wohnung veranlasst. Der Angestellte Montag hat folgende Feststellungen getroffen:

" Es handelte sich um 2 Räume, 1 Zimmer und einen kleineren Raum, die hinter der Küche lagen. Das Zimmer war ziemlich dunkel, aber bewohnbar und noch das schlechteste..... Die Wohnung war nicht viel feuchter als anderwo, jedenfalls nicht so feucht, dass sie unbewohnbar gewesen wäre.... Die Wohnung war am Kleinberg vielleicht die schlechteste. Ich habe damals aber Leute in noch kleinere und schlechtere Wohnungen einweisen müssen."

Nachdem das Wohnungsamt die Beschwerde des Klägers darüber, dass die ihm zugewiesenen beiden Räume zu klein, zu feucht und unbewohnbar seien, am 11. Juni 1948 zurückgewiesen hatte, legte dieser am 17. Juni Beschwerde beim Kreiswohnungsamt ein. Von der Einlegung der Beschwerde gegen den Kläger dem Wohnungsamt mit der Bitte Kenntnis, die Angelegenheit bis zur Entscheidung auf diese Beschwerde beruhen zu lassen. Da ihm das Wohnungsamt am 25. Juni 1948 für den Fall nicht fristgemässer Räumung mit Zwangsmassnahmen gedroht hätte, zog er am 28. Juni 1948 in die ihm zugewiesene Wohnung K[REDACTED] ein. Die beim Kreiswohnungsamt erhobene Beschwerde wurde am 5. August 1948 als unbegründet zurückgewiesen. Auf eine weitere Beschwerde des Klägers an den Ministerpräsidenten des Landes Schleswig-Holstein wies das Kreiswohnungsamt am 8. Dezember 1948 das Wohnungsamt

Schleswig nach einer gutachtlichen Äusserung des dortigen Stadtbauamtes - Bauaufsicht - vom 13. November 1948 an, den Kläger umgehend umzuquartieren und dem Kreiswohnungsamt bis zum 20. Dezember 1948 über das Veranlasste zu berichten. Erst am 1. Mai 1950 wurde dem Kläger auf wiederholte Vorstellungen eine andere Wohnung zugewiesen, nachdem er die ihm vom Wohnungsamt am 18. Februar 1949 angebotenen, aber nicht zugewiesenen 2 Räume im St. Joannis-Kloster 8 abgelehnt hatte.

Mit der Behauptung, die Einweisung in die beiden Räume des Anwesens K [REDACTED], die gesundheitsschädlich seien, sei eine schuldhaftes Amtspflichtverletzung des Leiters des Wohnungsamtes der Stadt S [REDACTED] und die Beklagte habe den polizeiwidrigen Zustand dieser Wohnräume geduldet, begehrt der Kläger von der Beklagten 556 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 1. Januar 1950. Dieser Schaden, zu dessen Ersatz die Beklagte gemäss § 839 BGB in Verb mit Art 131 WeimVerf verpflichtet sei, sei ihm dadurch entstanden, dass infolge der Feuchtigkeit dieser Wohnung ein grosser Teil seines Hausrats und seiner Kleider völlig verdorben und durch die Inanspruchnahme eines Schreibbüros für wiederholte Eingaben Schreibaussagen erwachsen seien. Die Beklagte hat den Grund und die Höhe des Anspruchs bestritten. Sie führt aus, für die schuldhaften Pflichtverletzungen, die aus der Erfüllung von Wohnungsaufgaben erwachsen könnten, sei nicht sie, die Beklagte, sondern das Land Schleswig-Holstein als Träger dieser hoheitlichen Auftragsangelegenheiten haftbar. Die Einweisung des Klägers in die beiden Räume K [REDACTED] sei rechtmässig, und die Frage der Bewohnbarkeit der zugewiesenen Räume sei eine Angelegenheit pflichtmässigen, richterlich nicht nachprüfbares Ermessens. Im übrigen habe die Beklagte die Anweisung des Kreiswohnungsamtes vom 8. Dezember 1948 unverzüglich erfüllt, wenn man die besonderen Schwierigkeiten in der Unterbringung der Wohnungssuchenden in Schleswig berücksichtige. Zum

mindesten treffe den Kläger ein mitwirkendes Verschulden. Er habe die ihm am 18. Februar 1949 angebotene Wohnung in St. Joannis-Kloster grundlos abgelehnt und damit das Recht verwirkt, vom Wohnungsamt weiterhin bevorzugt behandelt werden.

Das Landgericht hat durch Teil- und Grundurteil die Klage im Teilbetrag von 36 DM als unbegründet abgewiesen, im übrigen den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht eine Amtspflichtverletzung, für die die Beklagte hafte, verneint und die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Mit der Revision begehrt der Kläger unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Beklagte beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Obgleich der Streitwert die Revisionssumme nicht erreicht, ist die Revision gemäss § 547 Abs 1 Ziff 2 ZPO und § 71 Abs 2 Ziff 2 GVG zulässig. Die Revision ist in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und auch sachlich begründet.

1) Der Kläger stützt seine Ansprüche auf eine Amtspflichtverletzung derjenigen Personen, die die Aufgaben des Wohnungsamts der Beklagten wahrgenommen haben. Im vorliegenden Fall waren unstreitig nicht Beamte im beamtenrechtlichen Sinne tätig, sondern Angestellte. Die Beklagte bestreitet unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts, passiv legitimiert zu sein. Es bedarf daher zunächst der Prüfung, ob die Beklagte für eine derartige Amtspflichtverletzung nach § 839 BGB, Art 131 WeimVerf in Anspruch genommen werden kann. Aus

der Fassung des Gesetzes hat das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung gefolgert, dass die Haftung für Amtspflichtverletzungen von Beamten im Sinne des Beamtenrechts diejenige Körperschaft treffe, die diesem Beamten seine Eigenschaft als Beamter verliehen hat ("Anstellungstheorie"), ohne Rücksicht darauf, wessen Hoheitsrechte bei der einzelnen Amtshandlung ausgeübt werden ("Funktions-theorie"). Diese Rechtsprechung (RGZ 125, 11 137; 126, 81 837; 168, 214 2187) hat das Reichsgericht aber nicht auf Amtspflichtverletzungen von Angestellten ausgedehnt. In dem in RGZ 142, 190 entschiedenen Falle konnte die Anstellungstheorie deshalb nicht zu einem befriedigenden Ergebnis führen, weil ein öffentlich-rechtlicher Dienstherr, der den Beamten "angestellt" hätte, überhaupt nicht vorhanden war. Hier waren nämlich einem von privaten Eigentümern angestellten Feldhüter durch den Landrat nach § 62 des Preuss Feld- und Forstpolizeigesetzes staatliche Polizeiaufgaben übertragen worden. Deshalb hatte hier das Reichsgericht die Haftung des Staates als derjenigen Körperschaft bejaht, die dem privaten Angestellten die Befugnis zur Ausübung von Hoheitsrechten verliehen hatte (RGZ 142, 190 1967). Insoweit hat die Rechtsprechung mit Recht keinen Widerspruch gefunden. Die in dieser Entscheidung zur Begründung im Interesse des Geschädigten und der Rechtssicherheit herangezogene "Funktionstheorie" hat das Reichsgericht dann aber (RGZ 158, 95 977) auch auf den Fall angewendet, dass eine öffentlich-rechtliche Körperschaft die ihr durch staatlichen Auftrag zugewiesenen Hoheitsaufgaben nicht durch Beamte, sondern durch Angestellte wahrnehmen lässt. Auf die unbefriedigenden Ergebnisse dieser Rechtsprechung ist im neueren Schrifttum mehrfach hingewiesen worden, insbesondere von Heidenhain (NJW 1949, 841 ff 8447) und von Kayser (NJW 1951, 95 f 967). Kayser versucht den Widerspruch dadurch

zu lösen, dass er auch für Beamte nicht auf die Frage des Hoheitsrechts, sondern auf die allgemeine Behördenzuständigkeit abstellt; er will also bei der Erledigung öffentlich-rechtlicher Auftragsangelegenheiten die beauftragte Körperschaft von jeder Amtshaftung auch für Beamte freistellen und lediglich die auftraggebende Behörde für haftbar halten. Dabei könnte er sich aber nicht auf den Wortlaut des von ihm mit Recht nicht herangezogenen § 23 DBG berufen. Dort wird zunächst (Abs 1) der Fall geregelt, dass der Beamte seinem Dienstherrn Schaden zugefügt hat; hier konnte es nur darauf ankommen, wessen Aufgaben der Beamte wahrgenommen hat. Bei der Regelung der Ersatzpflicht des Beamten für den einem Dritten zugefügten Schaden (Abs 2) ist aber mit Recht nicht entscheidend die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben, sondern der Umstand, dass "der Dienstherr" einem andern Schadensersatz geleistet hat. Dieser Dienstherr ist aber mangels ausdrücklicher anderweiter Vorschrift derjenige, zu dem der Beamte in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis steht. Damit wird jedenfalls für Beamte von der Voraussetzung ausgegangen, dass die Ersatzpflicht auch gegenüber dem Geschädigten den anstellenden Dienstherrn trifft. Damit wäre das Ergebnis der Meinung von Kayser nicht vereinbar.

Die Ansicht des Reichsgerichts zwingt den Geschädigten zunächst zu der für ihn überaus schwierigen Prüfung, ob die Amtshandlung in den Bereich der eigenen Verwaltung oder in denjenigen einer Auftragsverwaltung fällt. Diese Schwierigkeiten können auch die Ausführungen von Kayser nicht beseitigen. Auch seine Meinung zeigt keinen Weg zur Entscheidung der Frage, wie es zu halten ist, wenn die gleiche Amtshandlung etwa beide Aufgabengebiete der Verwaltung berührt. Die weitere Prüfung, welcher von mehreren beteiligten Amtsträgern eine Amtspflichtver-

letzung begangen hat und ob dieser Beamter oder Angestellter war, würde nach der Meinung von Kayser zwar entbehrlich werden. Aber dieser Umstand allein kann es nicht rechtfertigen, von der ständigen Rechtsprechung abzuweichen, die das Reichsgericht für Beamte im engeren Sinne stets verfolgt hat.

Auf dem umgekehrten Wege kommt Heidenhain (aaO) zu einer Lösung, die den praktischen Bedürfnissen Rechnung trägt und mit dem Wortlaut des Art 34 GrundG übereinstimmt, sodass dessen Inkrafttreten nicht zu einer Änderung der Rechtsprechung von einem bestimmten Zeitpunkt an führt. Es mag zweifelhaft sein, ob er sich hierbei schlechthin ganz auf den Boden der "Anstellungstheorie" auch für den Fall stellen will, dass etwa eine andere öffentliche Körperschaft ausnahmsweise durch einen solchen Angestellten ihre eigenen Verwaltungsaufgaben erledigen lässt, die der Anstellungskörperschaft auch nicht auftragweise übertragen sind. Er hält jedenfalls die Anstellungskörperschaft auch dann für haftbar, wenn ein auf Privatdienstvertrag Angestellter eine Amtspflichtverletzung bei der Wahrnehmung einer Auftragsangelegenheit begeht. Insoweit ist seiner Auffassung entgegen derjenigen des Reichsgerichts beizutreten, ohne dass es einer grundsätzlichen Entscheidung zwischen der Anstellungstheorie und der Funktionstheorie bedürfte. Wenn eine Körperschaft einer anderen die Erledigung von Hoheitsaufgaben auftragsweise überträgt, so überlässt sie ihr die Art der Durchführung im einzelnen, insbesondere die Auswahl derjenigen Personen, die dafür herangezogen werden, ohne Rücksicht darauf, ob deren Anstellungsverhältnis zur beauftragten Körperschaft auf dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht beruht. Der Auftrag gilt nicht der einzelnen Maßnahme, sondern einem ganzen Aufgabengebiet.

Die beauftragte Körperschaft erledigt die Auftragsangelegenheit im Rahmen ihrer gesamten Verwaltungstätigkeit; es ist dabei nicht ausgeschlossen, die einzelnen Beamten oder Angestellten zu gleicher Zeit für die Erledigung von Auftragsangelegenheiten und eigenen Verwaltungsaufgaben heranzuziehen; sie bearbeiten die Auftragsangelegenheiten nicht deshalb, weil die auftraggebende Körperschaft es anordnet, sondern weil ihr Dienstherr, die beauftragte Körperschaft, ihnen diese Arbeit im Rahmen der Dienstgeschäfte überträgt. Deshalb ist kein innerer Grund dafür vorhanden, die Amtshaftung für die Erledigung von Auftragsangelegenheiten anders zu regeln als für andere Verwaltungsaufgaben. Nur durch die hiernach gebotene Gleichstellung von Beamten und Angestellten in der Frage der Amtshaftung bei Auftragsangelegenheiten wird dem Umstande Rechnung getragen, dass die Anstellungskörperschaft allein in der Lage ist und auch die Aufgabe hat, einen solchen Angestellten mit der gebotenen Sorgfalt auszuwählen, ihn laufend zu überwachen, ihm gegebenenfalls eine andere Tätigkeit zu übertragen oder ihn zu entlassen. So passt sich die Auslegung dieser öffentlich-rechtlichen Vorschrift auch dem privatrechtlichen Rechtsgedanken an, der in § 831 BGB seinen Ausdruck findet. Für den Geschädigten entfällt die Notwendigkeit der Nachprüfung des Unterschieds zwischen eigenen und übertragenen Verwaltungsaufgaben sowie zwischen Beamten und Angestellten. Die Anstellungskörperschaft kann ihren Ersatzanspruch nach § 23 Abs 2 DBG leichter durchsetzen als diejenige, deren Hoheitsaufgaben wahrgenommen worden sind. Das Reichsgericht hat (RGZ 158, 95 [97]) den Unterschied zwischen Beamten und Angestellten lediglich damit begründet, dass es auch bei den Angestellten einer beauftragten Körperschaft an einem öffentlich-

rechtlichen Dienstverhältnis zu (dieser fehle). Das ist zwar an sich zutreffend, kann aber nicht entscheidend sein. Es genügt, dass die Anstellungskörperschaft eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, um ihre Haftung für solche Amtspflichtverletzungen zu begründen, die der Angestellte bei der Erledigung von Auftragsangelegenheiten begeht. Nur bei Angestellten privater Personenvereinigungen verbleibt es bei der vom Reichsgericht (RGZ 142, 190 [1967]) festgestellten Ausnahme. Sie rechtfertigt sich auch innerlich dadurch, dass hier die staatliche Behörde, die dem Angestellten Hoheitsbefugnisse gibt, eine Möglichkeit der Prüfung und Überwachung hat.

Es bedarf daher keiner Prüfung, ob die Wohnraumbewirtschaftung zu den eigenen Verwaltungsaufgaben der Beklagten gehört oder nicht.

2) Soweit die Revision die Verletzung des § 11 des Schleswig-Holsteinischen Durchführungsgesetzes zum Wohnungsgesetz vom 3. Mai 1948 (GVBl SchlHolst S. 87) rügt, ist dem Revisionsgericht eine Nachprüfung mangels Vorliegens der Voraussetzungen des § 549 ZPO nicht gestattet.

Der Revision ist aber darin zu folgen, dass das Berufungsgericht nicht hinreichend geprüft hat, ob sachlich eine Amtspflichtverletzung vorliegt. Das Berufungsgericht hat die von dem Wohnungsamt angeordnete Einweisung des Klägers als rechtswirksam und rechtmässig erachtet und einen offenbaren Ermessensmissbrauch verneint.

Die Revision rügt hier die Verletzung der §§ 139 und 286 ZPO mit der Begründung, das Berufungsgericht habe entgegen der Darstellung des Klägers die Rechtmässigkeit der Einweisung als unstreitig festgestellt. Der Revision ist zwar darin beizustimmen, dass der Kläger

die Rechtmässigkeit seiner Einweisung in die Wohnung K [REDACTED] von Anfang an beanstandet hat. Das Berufungsgericht hat aber die von dem Kläger aufgeworfene Frage der Rechtmässigkeit der Einweisung in die Wohnung Kleinberg 5 ausdrücklich geprüft und sie nicht etwa als unstreitig festgestellt. Das angefochtene Urteil stellt auf Seite 9 als Ergebnis der Untersuchung über die Rechtmässigkeit der Einweisung fest, dass auch insoweit Verstösse des Wohnungsamtes nicht ersichtlich sind. Als unstreitig hat das Berufungsgericht lediglich die Frage der Rechtswirksamkeit der "Einweisung als solcher" bezeichnet und sie auf Grund des Wohnungsgesetzes unbedenklich bejaht. Die von dem Berufungsgericht bei der Beurteilung von Verwaltungsakten vorgenommene Unterscheidung zwischen der Rechtswirksamkeit (Gültigkeit) und der Rechtmässigkeit übersieht die Revision in ihrem Angriff. Da der Kläger nach seinem eigenen Vorbringen die Rechtswirksamkeit, mit anderen Worten, das gültige Zustandekommen der Verfügungen des Wohnungsamtes nicht bestritten hat, hat das Berufungsgericht "die Einweisung als solche" als unstreitig bejaht, aber auf das Bestreiten des Klägers hin eingehend die Frage der Rechtmässigkeit dieser Zuweisung geprüft. Das angefochtene Urteil hat damit nicht die Rechtmässigkeit der Einweisung "als unstreitig festgestellt."

Bei der Prüfung dieser Rechtsfrage ist das Berufungsgericht von der Rechtsprechung des Reichsgerichts ausgegangen und hat die richterliche Nachprüfung von Ermessensentscheidungen nur insoweit bejaht, als ein offenkundiger Ermessensmissbrauch oder eine willkürliche Handlung vorliegt. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dass der Kläger keinen Sachverhalt dargetan habe, der ein ermessensmissbräuchliches oder willkürliches Handeln von

Angestellten des Wohnungsamtes der Beklagten erkennen lasse. Dabei hat das Berufungsgericht aber nicht geprüft, welche Amtspflichten sich für die Angestellten des Wohnungsamtes ergaben.

3) Der Pflichtenkreis eines Beamten im Sinne von § 839 BGB steht nicht ein für allemal fest. Amtspflichten werden für ihn nicht nur durch Gesetz, allgemeine Dienstvorschriften oder besondere Dienstbefehle des Vorgesetzten begründet. Auch aus einer bestimmten Art der Erledigung eines Dienstgeschäftes kann sich die Amtspflicht ergeben, das künftige amtliche Verhalten in der betreffenden Sache auf eine bestimmte Art einzurichten (Rechtspflicht als Folge des vorausgegangenen Tuns, RG in JW 1934 2398 Nr 4). Den Pflichtenkreis der Beamten und Angestellten des Wohnungsamtes umschreibt grundsätzlich das vom Kontrollrat erlassene Wohnungsgesetz vom 8. März 1946 (ABl. KR 117). Danach ist es Aufgabe der Wohnungsbehörden, den Wohnraum gerecht zu verteilen und insbesondere eine übermässige Ausnutzung des knappen Wohnraums durch Einzelne zum Nachteil der Allgemeinheit zu unterbinden.

Die Frage, welche Amtspflichten den Angestellten des Wohnungsamtes der Beklagten im einzelnen im vorliegenden Fall obgelegen haben, beurteilt sich nach der Rechtsnatur der von ihnen vorgenommenen Handlung. Rechtlich stellt sich die Einweisung des Klägers in die Räume Kleinberg 5 als Wohnungszwangstausch im Sinne des Art VI b WohnG dar. Unter diese Vorschrift fällt nicht nur der Wohnungstausch im herkömmlichen Sinne, wenn ein gegenseitiger Wechsel der Wohnungen zweier Tauschpartner stattfindet. Ein Tausch im Sinne dieser Bestimmung liegt schon dann vor, wenn eine Wohnung von ihrem Inhaber aufgegeben wird und dieser in eine andere Wohnung ein-

zieht, es sich also in Wahrheit nur um einen Wohnungswechsel handelt (Bay VGH in VerwRspr 1, 422 = DVerw 1949, 689; Württ-Bad GH in SJZ 1948, 95 ff, 552). Ob die Beklagte auch bei der Vornahme dieses Wohnungswechsels im Rahmen der ihr vom Gesetz erteilten Ermächtigung gehandelt oder widerrechtlich in einen fremden Rechtskreis eingegriffen hat (RGZ 168, 137) und ob die von den Angestellten des Wohnungsamtes der Beklagten getroffene Entscheidung deshalb als schuldhaftes Amtspflichtverletzung angesehen werden kann, kann das Revisionsgericht mangels geeigneter Feststellungen nicht prüfen. Ein Rechtsirrtum des Berufungsgerichts erscheint nicht ausgeschlossen, da es die Rechtsnatur der sog Umquartierung nicht untersucht hat. Das angefochtene Urteil lässt auch Feststellungen darüber vermissen, ob das Wohnungsamt überhaupt geprüft hat, ob durch die nach Art VI b WohnG angeordnete Maßnahme der Wohnraum vermehrt und besser verteilt worden ist. Das Gericht wird dabei zu beachten haben, dass durch einen Wohnungswechsel der Wohnraum niemals unmittelbar, sondern nur mittelbar vermehrt wird, indem mangelhaft untergebrachte Personen auf Grund des Tausches genügend oder besser untergebracht werden und sie den Wohnungsmarkt dadurch entlasten (VG Stuttgart in DVerw 1949, 378 Nr 27).

4) Ist aber die Entfernung des Klägers aus dem Hause H [REDACTED] und die Einweisung in die Räume K [REDACTED] ein Wohnungstausch im Sinne des Art VI b WohnG, dann ist dieser Rechtsvorgang ein einheitlicher Akt, der auch nur einheitlich beurteilt werden kann. Die beiden Teilakte können nicht einer verschiedenen Beurteilung unterliegen, wie die Revision anzunehmen scheint. Das Berufungsgericht hätte deshalb die Prüfung, ob die Angestellten des Wohnungsamtes der Beklagten ihre Amtspflichten verletzt haben, nicht auf die Räume

K[REDACTED] und die allgemeine Wohnungsmarktlage in S[REDACTED] beschränken dürfen. Denn das Berufungsgericht prüft den Sachverhalt nur im Hinblick darauf, ob das Wohnungsamt sachliche Erwägungen über die Wohnungsverhältnisse in der Stadt S[REDACTED] und über den Zustand der Räume K[REDACTED] angestellt hat. Unter Berücksichtigung der Verhältnisse des allgemeinen Wohnungsmarktes kommt es dann zu dem Ergebnis, dass das Wohnungsamt nicht fehlsam gehandelt habe, weil ihm durch die tatsächliche Lage notgedrungen enge Grenzen gesetzt gewesen seien und deshalb der Kläger die "Umquartierung" habe in Kauf nehmen müssen. Diese Zweckmäßigkeitserwägungen sind rechtlich unerheblich und haben bei der Beurteilung des Sachverhalts auszuscheiden. Nicht die Wohnungsverhältnisse in S[REDACTED] im allgemeinen standen in Frage, sondern lediglich das Verhältnis der Wohnungen H[REDACTED] und K[REDACTED].

Das Berufungsgericht hätte daher untersuchen müssen, ob die Angestellten des Wohnungsamtes der Beklagten schuldhaft nicht oder unter Ermessensmißbrauch geprüft haben, in welchem Verhältnis die beiden Wohnungen H[REDACTED] und K[REDACTED] hinsichtlich der Beschaffenheit und Geeignetheit für den Aufenthalt von Menschen und die Unterbringung von Sachen standen. Nimmt ein Beamter im Sinne des § 839 BGB innerhalb des Kreises seiner Tätigkeit eine Handlung vor, die ein verständiger Beamter nicht oder doch nicht in dieser Weise vorgenommen haben würde, dann besteht Anlass und Grund, das Verhalten des Beamten der richterlichen Nachprüfung zu unterziehen. Es gibt keine Rechtsvorschrift, die den Richter von der Pflicht zu solcher Prüfung enthöbe (vgl. auch RG in JW 1925, 1875 [1876]). Dabei ist nach ständiger Rechtsprechung eine Nachprüfung von Ermessensent-

scheidungen der Verwaltungsbehörden insoweit statthaft, als in Frage steht, ob die Verwaltungsbehörde willkürlich gehandelt hat. Der Willkür gleichgestellt hat die Rechtsprechung ein so hohes Maß von fehlsamen Verhalten der Verwaltungsbehörden, dass es mit den an eine ordnungsmässige Verwaltung zu stellenden Anforderungen schlechterdings unvereinbar ist (RGZ 147, 183; 164, 176 mit weiteren Entscheidungen; Bachof SJZ 1949, 349 ff; 1950, 161 ff und 488 ff). Da das Berufungsurteil möglicherweise auf diesem Rechtsirrtum beruht, war es aufzuheben, um dem Berufungsgericht Gelegenheit zu weiteren tatsächlichen Feststellungen zu geben.

5) Bei der erneuten Prüfung der Sach- und Rechtslage wird das Berufungsgericht folgende Erwägungen zu berücksichtigen haben: Ein Wohnungszwangstausch (Wohnungswechsel) stellt einen besonders schweren Eingriff in die privatrechtliche Sphäre dar. Er bedeutet für den Betroffenen meist eine grosse Härte. Deshalb erscheint es gerechtfertigt, das Mittel des Wohnungszwangstausches auf besondere Fälle zu beschränken. Die Opfer, die der Einzelne dabei zu bringen hat, und die Interessen der Allgemeinheit müssen im rechten Verhältnis zueinander stehen. Besonders ist auch zu berücksichtigen, ob der Wohnungszwangstausch auch für die Betroffenen zumutbar ist (VG Karlsruhe in ÖVerw 1949, 199). Insofern obliegt dem Wohnungsamt auch eine Amtspflicht gegenüber dem Betroffenen wie dem Begünstigten. Sie ist durch ein Beschwerderecht auch besonders gewährleistet. Der Auffassung der Beklagten, den Wohnungsbehörden obliege eine Amtspflicht nur gegenüber der Allgemeinheit und nicht dem einzelnen, weil die Wohnungszwangswirtschaft ausschliesslich oder überwiegend den Interessen der Gesamtheit diene, kann insoweit nicht beigelegt werden, als es sich um einen

Wohnungszwangstausch (Wohnungswechsel) handelt.

Das Berufungsgericht wird daher in der erneuten Verhandlung davon auszugehen haben, dass der Kläger ein Wohnungssuchender war, der sich im Besitz einer unzureichenden Wohnung seit 5 Jahren befand. Wenn das Wohnungsamt dem Kläger, sei es auf seine Bitte, sei es auf die Vorstellungen der Gemeindeschwester und der Kirchengemeinde, eine andere Wohnung im Wege des Wohnungszwangstausches zuwies, dann musste es die Verhältnisse sorgfältig prüfen, insbesondere die Beschaffenheit der beiden Wohnungen miteinander vergleichen. Kam es dabei zu dem Ergebnis, dass beide Wohnungen einander gleichwertig waren, so durfte es die Anordnung eines Wohnungswechsels nur dann treffen, wenn sie dem Kläger unter Berücksichtigung seiner Lebensverhältnisse auch zumutbar war. Ob das Wohnungsamt der Beklagten diese Prüfung vorgenommen hat und in welchem Zustand sich die Wohnung des Klägers H. [REDACTED] z. Zt. der Anordnung des Wohnungswechsels befunden hat, bedarf noch der Feststellung.

6) Sollte das Berufungsgericht bei der erneuten Prüfung eine Amtspflichtverletzung wiederum insoweit verneinen, als es sich um eine unzureichende Vergleichung der beiden Wohnungen handelt, so wäre zu prüfen, ob eine solche vielleicht darin liegen könnte, dass das Wohnungsamt trotz der Beschwerde des Klägers die Durchführung des Zwangstausches androhte, oder auch darin, dass es dem Kläger erst zu spät eine neue Wohnung anstelle der Räume K. [REDACTED] zuwies. Beide Gesichtspunkte sind vom Kläger zur Begründung seiner Ansprüche herangezogen worden.

a) der Kläger hatte am 17. Juni 1948 gegen die Anordnung des Wohnungsamtes S. [REDACTED] an das Kreiswohnungsamt Beschwerde erhoben. Diese Beschwerde hatte er auch

dem Wohnungsamt der Beklagten zugeleitet mit der Bitte die Angelegenheit bis zu Entscheidung über die Beschwerde beruhen zu lassen. Diesem Wunsch hat das Wohnungsamt der Beklagten nicht entsprochen; vielmehr hat es dem Kläger am 25. Juni 1948 angedroht, ihn zwangsweise in die beiden Räume K [REDACTED] einzuweisen, falls er nicht binnen 3 Tagen in die ihm zugewiesene Wohnung umgezogen sei. Darauf hat der Kläger am 28. Juni 1948 die Wohnung H [REDACTED] geräumt und ist in die beiden Räume Kleinberg 5 eingezogen. Das Kreiswohnungsamt hat am 5. August 1948 die Beschwerde zurückgewiesen. Gemäss § 27 Abs 2 des Schleswig-Holsteinischen Durchführungsgesetzes zum Wohnungsgesetz vom 3. Mai 1948 hat die Beschwerde dann aufschiebende Wirkung, wenn mit ihr die Anordnung eines Wohnungszwangstausches angefochten wird. Da mithin der Beschwerde des Klägers vom 17. Juni 1948 diese Wirkung zukam, durfte das Wohnungsamt der Beklagten dem Kläger nicht die zwangsweise Räumung seiner Wohnung androhen. Hätte das Wohnungsamt die ihm nach § 27 dieses Durchführungsgesetzes obliegende Amtspflicht beachtet, - insoweit bestehen keine Bedenken, zur Feststellung des Inhalts der Amtspflichten das nicht reversible Schleswig-Holsteinische Durchführungsgesetz zu berücksichtigen - dann wäre die Räumung der Wohnung des Klägers vorerst unterblieben und ein Schaden wäre dem Kläger mindestens bis zur Zustellung der seine Beschwerde zurückweisenden Entscheidung und längstens bis zur zwangsweisen Durchführung der Anordnung des Wohnungsamtes gemäss § 36 des Schleswig-Holsteinischen Durchführungsgesetzes nicht entstanden.

b) Gegen die Entscheidung des Kreiswohnungsamtes vom 5. August 1948 hatte der Kläger Dienstaufsichtsbeschwerde an den Ministerpräsidenten des Landes Schleswig-Holstein erhoben. Auf diese Beschwerde wies das Kreiswohnungsamt am 8. Dezember 1948 das Wohnungsamt in S. [REDACTED] an, den Kläger umgehend umzuquartieren und dem Kreiswohnungsamt bis zum 20. Dezember 1948 über das Veranlasste zu berichten. Das Wohnungsamt wies dem Kläger aber erst am 1. Mai 1950, und zwar nach wiederholten Vorstellungen, eine andere Wohnung an. Der Anweisung, so führt das Berufungsgericht aus, sei das Wohnungsamt der Beklagten dadurch nahegekommen, dass es am 18. Februar 1949 dem Kläger eine Wohnung im St. Joanniskloster 8 angeboten habe. Diese Wohnung sei vordem noch keinem anderen Wohnungssuchenden zugewiesen worden. Die Räume hätten eine Grösse von 17,5 qm und 9 qm gehabt. Nach dem dienstlichen Vermerk des Angestellten He. [REDACTED] des Wohnungsamtes der Beklagten habe der Kläger den grösseren Raum als zu klein bemängelt; andere Beanstandungen habe er nicht erhoben. Das Angebot dieser Wohnung lasse erkennen, dass das Wohnungsamt im Rahmen der Möglichkeiten bemüht gewesen sei, für den Kläger zu sorgen, ohne gegen die Anforderungen einer ordnungsmässigen Verwaltung zu verstossen. Deshalb bedürfe es auch keiner Beweiserhebung über die Frage, ob die Beklagte über die von ihr durchgeführte Vermehrung des Wohnraums noch hätte hinausgehen können, oder ob sie mit eigenen Mitteln das Nötigste getan habe.

Diese Begründung ist nicht bedenkenfrei. Die Kenntnis der Wohnungsmarktlage darf bei dem Kreiswohnungsamt ebenso unterstellt werden wie bei dem Wohnungsamt. Auch der Umstand, dass der Kläger nach Behauptung des Beklagten die ihm im St. Joanniskloster 8 angebotene

Wohnung abgelehnt hat, ist noch nicht geeignet, das Vorliegen einer schuldhaften Amtspflichtverletzung auszuschliessen. Es ist nicht festgestellt, dass diese dem Kläger angebotene Wohnung bereits erfasst und dem Kläger zugewiesen war. Solange dies nicht geschehen war, hatte er keinen Rechtsanspruch auf sie. Ihm stand auch kein Klagerecht auf Zuweisung einer Wohnung zu. Hätte der Kläger nach der Zuweisung sich um die Beziehbarkeit der Wohnung nicht gekümmert oder diese Wohnung ohne zureichenden Grund abgelehnt, oder mit dem Eigentümer trotz Zuweisung keinen Mietvertrag gemäss Art VIII Abs 2a WohnG abgeschlossen, dann wäre allerdings die Annahme eines Mitverschuldens des Klägers gemäss § 254 BGB gerechtfertigt. Überdies hat das Berufungsgericht die Sach- und Rechtslage nur für die Zeit vom 8. Dezember 1948 bis zum 18. Februar 1949 geprüft. In eine Prüfung darüber, ob das Wohnungsamt der Beklagten nicht schon auf Grund des Gutachtens des Stadtbauamtes vom 13. November 1948 die besondere Pflicht gehabt hätte, den Kläger sofort anderweitig unterzubringen (RG in JW 1934, 2400), ist das Berufungsgericht nicht eingetreten.

- c) Für die Zeit nach dem 19. Februar 1949 kann daher die Verpflichtung des Wohnungsamtes nicht, wie das Berufungsgericht meint, mit der Begründung verneint werden, der Kläger habe seine Ansprüche durch unbegründete Bemängelung der ihm angebotenen Wohnung verloren.

6) Die Ersatzpflicht der Beklagten wird auch nicht durch § 839 Abs 3 BGB ausgeschlossen. Der Kläger hätte zwar wegen der Anordnung des Wohnungsamtes Anfechtungsklage vor dem zuständigen Verwaltungsgericht gemäss Art III der am 1. April 1948 in Kraft getretenen und am 14. September 1948 ausser Kraft getretenen Verordnung

Nr. 141 der Militärregierung Deutschland Brit.Kontrollgebiet über die Gerichtsbarkeit in Verwaltungssachen (ABlBrMilReg 719; VOBlBZ 1948, 11) erheben können. Durch die Erhebung dieser Klage wäre aber nach Art IV Abs 3 dieser Verordnung die Vollziehung des angefochtenen Verwaltungsaktes nicht ohne weiteres gehemmt worden. Das Wohnungsamt der Beklagten hätte trotz dieser Klage die zwangsweise Räumung durchführen können. Die am 15. September 1948 in Kraft getretene Verordnung Nr 165 der Militärregierung Deutschland, Brit.Kontrollgebiet (ABlBrMilReg 799; VOBlBZ 1948, 263) legt dem Einspruch, der Beschwerde und der Klage vor den Verwaltungsgerichten zwar aufschiebende Wirkung bei. Da die Verordnung Nr 141 erst kurze Zeit vor der Anordnung des Wohnungsamtes der Beklagten in Kraft getreten ist, der Anfechtungsklage damals grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zukam, kann in der Nichterhebung der Klage durch den rechts-unkundigen Kläger ein seine Ersatzansprüche gemäss § 839 Abs 3 BGB ausschliessendes Verhalten jedoch nicht erblickt werden. Entsprechendes muss für den Kläger auch bei Anwendung der Verordnung Nr 165 gelten.

8) Kommt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, dass jedenfalls für einen Teil der in Rede stehenden Zeit das Verbleiben des Klägers in der Wohnung Kleinberg 5 auf einer von der Beklagten zu vertretenden Amtspflichtverletzung beruht, so wird es Sache des Klägers sein, den Nachweis dafür zu erbringen, welcher Schaden gerade in dieser Zeit entstanden ist.

Da eine Sachentscheidung noch nicht möglich ist,
war auch die Entscheidung über die Kosten der Revisions-
instanz dem Berufungsgericht zu überlassen.

Dr. Delbrück

Dr. Meiss

Dr. Pagendarm

Dr. Stein

Dr. Gelhaar