

**77. Kann eine Stadtgemeinde, die eine Lustbarkeitssteuer erhebt, von den Theaterunternehmern, denen sie für die Vorstellungen eine aus Feuerwehrleuten bestehende Feuerwache stellt, auf Grund der bürgerrechtlichen Vorschriften über den Dienstvertrag eine Vergütung verlangen?**

Preussisches Kommunalabgabengesetz §§ 4, 6.

III. Zivilsenat. Urf. v. 1. März 1929 i. S. St. (M.) iv. Stadt-  
gemeinde M. (Bekl.). III 294/28.

I. Landgericht Magdeburg.

II. Oberlandesgericht Naumburg a. S.

Der § 50 Abs. 2 der Polizeiverordnung des Regierungspräsidenten in M. vom 3. Juli 1909 über die baulichen Anlagen, die innere Einrichtung und den Betrieb von Theatern, öffentlichen Versammlungsräumen und Zirkusanlagen legt den Theaterunternehmern die Pflicht auf, bei jeder Vorstellung und Generalprobe für die Anwesenheit einer Feuerwache zu sorgen, die nicht aus Angestellten des Theaters bestehen darf und in der Regel der Ortsfeuerwehr zu entnehmen ist. Der Kläger, der seit dem 25. Juni 1926 Pächter des Zentraltheaters in M. ist, bedient sich einer von der Beklagten aus der städtischen Feuerwehr gestellten Feuerwache, für welche die Stadt nach Maßgabe ihres Tarifs für die freiwilligen Hilfeleistungen der Feuerwehr vom 15. März 1925 ein tägliches Entgelt von 21 RM. berechnet. Der Kläger, der dies bisher anstandslos gezahlt hat, ist jetzt der Ansicht, daß die Zahlungen ohne rechtlichen Grund erfolgt seien. Er meint, die Vergütung, die sich die Beklagte zahlen lasse, stelle in Wirklichkeit eine „Gebühr“ dar, deren Forderung, da die Stadt von ihm eine Lustbarkeitssteuer erhebe, nach § 6 Abs. 1 Satz 2 des preussischen Kommunalabgabengesetzes unzulässig sei, und glaubt daher zur Rückforderung sämtlicher von ihm geleisteten Zahlungen berechtigt zu sein. Er beziffert sie auf insgesamt 8000 RM. und verlangte klagend die Verurteilung der Beklagten zur Rückgewähr eines Teilbetrags von 600 RM. Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage und widerklagend Feststellung, daß dem Kläger ein Anspruch auf Rückzahlung von 4100 RM. für Feuerwachen nicht zustehe. Sie bestritt, daß das von ihr geforderte Entgelt die Eigenschaft einer Gebühr habe, da der städtischen Feuerwehr als öffentlicher Gemeinde-

anstalt pflichtmäßig nur das Feuerlöschwesen, nicht aber der vorbeugende Feuereschuß in den Theatern obliege. Dieser Schuß bilde vielmehr eine „freiwillige Hilfeleistung“ nach Maßgabe ihrer, der Beklagten, Bedingungen über die Inanspruchnahme der Feuerwehr zu freiwilligen Hilfeleistungen vom 1. Oktober 1922, deren Nummern 1 bis 3 wie folgt lauten:

1. Die Feuerwehr der Stadt M. leistet Hilfe bei Brand- und Unglücksfällen, sowie zur Beseitigung von Verkehrshindernissen auf öffentlichen Straßen und Plätzen im Stadtkreise M. Bei Brandfällen innerhalb des Stadtkreises erfolgt die Hilfeleistung unentgeltlich.
2. Zu anderen Diensten ist die Feuerwehr nicht verpflichtet. Vielmehr steht die Entscheidung darüber, ob und welche freiwilligen Dienstleistungen von der Feuerwehr ausgeführt werden sollen, der Branddirektion oder dem Magistrat zu und wird von Fall zu Fall getroffen.
3. Für die von der Feuerwehr freiwillig geleisteten Dienste wird ein Entgelt nach dem dafür aufgestellten Tarif erhoben . . . .

Das Landgericht und das Oberlandesgericht wiesen die Klage ab und gaben der Widerklage statt. Die Revision des Klägers blieb erfolglos.

#### Gründe:

Die Beträge, um die sich der Streit dreht — darüber herrscht Einigkeit unter den Parteien — sind als privatrechtliche Vergütung für die Stellung von Feuerwachen gefordert und gezahlt worden. Der Kläger will jedoch die Beziehungen, die zwischen ihm und der Beklagten durch die Stellung der Feuerwachen begründet worden sind, als öffentlichrechtliche aufgefaßt wissen, und bestreitet deshalb, daß er der Beklagten aus einem privaten Rechtsverhältnis etwas schuldig geworden sei. Von diesem Gesichtspunkt aus ist der Rechtsweg zulässig. Denn der Kläger verlangt die Rückgewähr der streitigen Beträge nicht als zu Unrecht erhobener Gebühren, sondern deshalb, weil der Beklagten kein Privatrechtstitel zu ihrer Einforderung zur Seite gestanden habe. Das wäre der Fall gewesen, wenn die Feuerwehr, die von der Beklagten zweifellos als eine dem öffentlichen Interesse dienende Gemeindeanstalt geschaffen ist, vom Kläger auch in dieser Eigenschaft in Anspruch genommen worden wäre oder, mit anderen Worten, wenn der vorbeugende Feuereschuß in den Theatern

zu ihren öffentlichrechtlichen Aufgaben gehörte. Die Entscheidung hierüber bedeutet nur die Beantwortung einer für das Schicksal des Rechtsstreits wesentlichen, öffentlichrechtlichen Vorfrage, nicht seine Entscheidung selbst. Diese Vorfrage aber hat das Oberlandesgericht im wesentlichen auf Grund irreversibler Rechtsnormen und in tatsächlicher Würdigung des sonstigen Vorbringens rechtsirrtumsfrei verneint. Auf Grund seiner Feststellungen ergibt sich folgende Sach- und Rechtslage.

Maßgebend ist das Regulativ für das Feuerlöschwesen der Stadt M., das auf Grund der im Reskript des preussischen Ministers des Innern vom 8. Januar 1867 erteilten Ermächtigung am 30. April desselben Jahres ergangen ist. Danach hat die Stadt „die selbständige Verwaltung und Handhabung des Feuerlöschwesens“ übernommen und fallen „die Bestimmung und Kontrollierung vorbeugender Maßnahmen gegen Feuerzgefahr“ nicht in ihren und der Feuerwehr öffentlichrechtlichen Pflichtenkreis, sondern bleiben, wie § 9 das. ausdrücklich betont, dem Aufgabenbereich der Polizei vorbehalten. Keine Änderung dieser Rechtslage brachte in Ansehung der Feuerwachen, deren Anwesenheit in den Theatern eine vorbeugende Maßnahme gegen Feuerzgefahr darstellt, das vom damaligen Kgl. Polizeipräsidenten und der Stadtpolizeiverwaltung gemeinsam erlassene Regulativ vom 3. Januar 1883, wodurch die Vornahme periodischer feuer- und baupolizeilicher Revisionen in allen Gebäuden M.s durch Feuerwehrleute mit handwerksmäßigen Kenntnissen unter Oberleitung des Branddirektors und des Baukommissarius angeordnet wurde. Auch das an die Polizeipräsidenten, Landräte und Stadtpolizeiverwaltungen gerichtete Rundschreiben des M.er Regierungspräsidenten vom 9. Mai 1906 änderte nichts an dieser Rechtslage. In diesem Schreiben verfügte der Regierungspräsident im Auftrag des Ministers der öffentlichen Arbeiten, daß Theater und andere zur Aufnahme größerer Menschenmengen dienende Gebäude von Zeit zu Zeit daraufhin zu prüfen seien, ob überall den baupolizeilichen Anordnungen genügt sei. Ebenjowenig aber, wie durch einen obrigkeitlichen Akt, sind durch einen Gemeindebeschluß die öffentlichrechtlichen Pflichten der Stadt oder ihrer Feuerwehr zur Stellung von Theaterfeuerwachen und ein ihr entsprechender öffentlichrechtlicher Anspruch der Theaterunternehmer begründet worden. Im Gegenteil: die Stadt hat durch ihre „Bedingungen“ vom 1. Okt-

tober 1922 über die Inanspruchnahme der Feuerwehr zu freiwilligen Hilfeleistungen, wie das Berufungsgericht zutreffend darlegt, klar zum Ausdruck gebracht, daß die Feuerwehr zu allen in Nr. 1 das nicht aufgeführten Diensten — und zu diesen gehört die Stellung von Theaterfeuerwachen — nicht verpflichtet sei, daß vielmehr dem Branddirektor oder dem Magistrat in jedem Einzelfall die Entscheidung darüber zustehe, ob und welche freiwilligen Dienste sie — und zwar nur gegen Entrichtung der festgesetzten tariflichen Vergütung — zu leisten habe. Das alles rechtfertigt ohne weiteres den Schluß, daß die Feuerwehr den vorbeugenden Schutz in Theatern nur auf Grund eines privatrechtlichen Dienstvertrags, als privatrechtliche Leistung gegen Zahlung eines privatrechtlichen Entgelts, übernehmen kann und darf. Eine Verpflichtung dazu besteht, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, weder nach privatem noch nach öffentlichem Recht. Auch zwingt die dem Theaterunternehmer durch die eingangs erwähnte Polizeiverordnung auferlegte Verpflichtung — nach der Auslegung, die der Berufsrichter dieser irreversiblen Vorschrift gibt — den Unternehmer nicht dazu, die Feuerwache aus der städtischen Feuerwehr zu entnehmen. Er kann sie mit Zustimmung der Polizei auch aus anderen Mannschaften, außer eigenen Angestellten, bilden. Ein sog. Kontrahierungszwang bestand und besteht also für beide Teile weder tatsächlich noch rechtlich. Wenn daher der Kläger bei der Stellung der Feuerwachen an die Beklagte herantrat und sie ihm nach Maßgabe ihrer „Bedingungen“ vom 1. Oktober 1922 und des Tarifs vom 15. März 1925 zu diesem Zweck Feuerwehrleute überwies, so traten die Parteien in ein privatrechtliches Vertragsverhältnis, das lediglich nach den Normen des Bürgerlichen Gesetzbuchs und zwar nach den Vorschriften über den Dienstvertrag zu beurteilen ist. Der Kläger benutzte die Feuerwehr nicht als eine dem Publikum, insbesondere den Inhabern von Theatern- und Versammlungslokalen, im öffentlichen Interesse zur Verfügung gestellte Gemeindevorrichtung, sondern kraft besonderer privatrechtlicher Abmachungen, bei denen die Beklagte ihm nicht als Körperschaft des öffentlichen Rechts gegenüberstand, sondern als Privatrechtspersönlichkeit, als gewerbliche Unternehmerin. Hätte sie ihre Vertragspflicht schuldhaft oder nicht ordnungsgemäß erfüllt, so würde sie sich nach privatrechtlichen Grundsätzen schadensersatzpflichtig gemacht haben.

Gegen die gleichzeitige Verwendung einer öffentlichrechtlichen Gemeindeanstalt außerhalb ihrer öffentlichrechtlichen Aufgaben zu gewerblichen Zwecken und zur Erzielung privatrechtlicher Einnahmen sind keine Rechtsbedenken zu erheben. Das Verhältnis solcher Einnahmen zu den privatrechtlichen Gegenleistungen der Beklagten und deren Unkosten, sowie ihr Verwendungszweck sind für die privatrechtliche Eigenschaft gewerblicher Gemeindegeschäfte belanglos. Der Behauptung der Revision, daß die entgeltliche Überlassung von Feuermehrleuten an den Kläger eine Umgehung der §§ 4 und 6 des preussischen Kommunalabgabengesetzes bedeute, fehlt es unter den geschilderten Umständen an jeder tatsächlichen und rechtlichen Unterlage. Hat der Kläger aber diejenigen Beträge, deren Erstattung er fordert, auf vertraglicher Grundlage gezahlt, so ist die Entscheidung des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden. . . .