

I. Einleitung

Die Gastaufnahme und -wirtschaft in ihren verschiedensten Facetten stellen ungebrochen seit Jahrhunderten einen überaus bedeutsamen **Faktor im heimischen Wirtschaftsleben** dar. Dieser aus wirtschaftlicher Sicht erfreulichen Tatsache steht jedoch eine Bandbreite an (zivilrechtlichen) Problemkomplexen gegenüber.

Nicht zuletzt aufgrund des mit der Gastaufnahme verbundenen **Aufeinandertreffens** zahlreicher, einander nicht näher bekannter Personen und der notwendigen Mitnahme von Gepäck, Wertgegenständen, PKW udgl ergeben sich mannigfaltige Konstellationen, in denen sich der Gast besonderen **Gefahren** – va hinsichtlich seines **Eigentums** – ausgesetzt sieht. Verschärft wird diese Problematik durch die nur eingeschränkte Möglichkeit des Gastes – insb mit **verringertem Dauer** des Aufenthaltes –, bei erfolgter Schädigung die in Betracht kommenden Täter ausforschen zu können. Selbst wenn dem Gast die mühsame Identifikation des mutmaßlichen Täters gelingen sollte, wird es infolge der dem (mittlerweile auch weitgehend global geprägten) Tourismus entspringenden Schnellebigkeit de facto in vielen Fällen nicht möglich sein, den **Haftpflichtigen zu belangen**. Ausgehend von diesen Überlegungen stellt sich unweigerlich die Frage, inwiefern dem Gastwirt, der in aller Regel **wirtschaftliche Vorteile** aus dem mit den genannten Gefahren für den Gast behafteten Betrieb zieht, zuzumuten ist, ebenfalls zur Haftung herangezogen zu werden – und in welchen Situationen überhaupt eine „*Gastaufnahme*“ im zivilrechtlichen Kontext vorliegt. Darüber hinaus besteht natürlich ebenso die Möglichkeit der Schädigung **durch den Gastwirt oder sein Personal** selbst; auch hier bedarf es der Klärung, welche potentiellen Haftungsgrundlagen in Betracht kommen.

Aus heutiger Sicht existieren mit den §§ 970 – 970c, 1316 ABGB¹ sowie dem BG über die Haftung der Gastwirte² mehrere Sonderbestimmungen, die einerseits eine **verschärfte Haftung** für Gastwirte und ihnen gleichgestellte Unternehmer, andererseits aber ebenso gewisse **Haftungsbeschränkungen** bzw -Ausschlüsse normieren. Dieses nicht unbeträchtliche Normenkonglomerat wird vielfach von allfälligen Haftungsfragen aus mit den Gästen geschlossenen **Verträgen**³ zusätzlich flankiert. Angesichts dieser **Fülle an Normen** gilt es zu hinterfragen, ob die genannten Bestimmungen in ihrer Gesamtheit dem Anspruch gerecht werden, für klare (Rechts-)verhältnisse sorgen zu können.

So wurde bereits in jüngerer Vergangenheit – im Vorfeld des 200-jährigen Jubiläums des ABGB im Jahr 2011 – der **Reformbedarf** (nicht nur) der Normen über die Gast-

¹ IdF BGBl I 121/2021. Im Nachfolgenden beziehen sich sämtliche Paragraphen, soweit nicht anders angegeben, auf das ABGB.

² Bundesgesetz vom 16. November 1921 über die Haftung der Gastwirte und anderer Unternehmer idF BGBl 638/1921; im Nachfolgenden als „GastwirteHaftG“ bezeichnet.

³ Anzudenken wären hier etwa ein Beherbergungsvertrag als Vertragstypus mit gemischten Elementen, vgl *Kellner* in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 970 Rz 5.

aufnahme einer kritischen, wenngleich konzisen Betrachtung unterzogen.⁴ Schon die dazu veröffentlichte, hier auszugsweise dargestellte Literatur zeigt auf, welches **Diskussionspotential** diesen Bestimmungen innewohnt: So stelle sich die Frage, ob es tatsächlich **dreier Haftungskonzepte** bedarf, die von den praktisch häufig auftretenden vertraglichen Haftungskonstellationen „überlagert“ würden; § 1316 fehle es bezüglich der Erweiterung des Personenkreises – da im Vergleich zu den §§ 970 ff nur eine Ausdehnung auf Fuhrunternehmen erfolge – überhaupt an „praktischer Bedeutung“.⁵ Auch der aktuelle Stand betreffend die in der Praxis überaus geläufigen Garagenkurzparkverträge gestalte sich „besonders unübersichtlich“.⁶

Aufgrund der offenkundig nach wie vor nicht eindeutig geklärten Rechtslage in vielen Aspekten der Gastaufnahme und in Ermangelung umfassenderer Monographien zu diesem Thema verfolgt die vorliegende Arbeit das Ziel, die geltenden Normen über die Gastaufnahme einer **kritischen Analyse** zu unterziehen, bestehende **Unklarheiten** – bspw im Hinblick auf den Anwendungsbereich oder die im GastwirteHaftG verankerten Wertgrenzen – aufzuzeigen, um vor diesem Hintergrund feststellen zu können, ob hinsichtlich des Regelungskomplexes tatsächlich **Handlungsbedarf** des Gesetzgebers besteht. Im Zuge des ersten Bearbeitungsschrittes soll – nicht zuletzt, um die gesetzgeberischen Wertungen zu ergründen – die **rechtshistorische Entwicklung** der Gastwirtheftung näher beleuchtet werden.

⁴ Vgl Riedler, Modernisierungsbedarf des ABGB in den besonderen Bestimmungen über vertragliche Schuldverhältnisse! – Studien zum Reformbedarf der §§ 938 bis 1292 ABGB de lege lata et ferenda aus Anlass des 200-jährigen Jubiläums des ABGB im Jahr 2011 in Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer, ABGB 2011 – Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform (2008) 87 ff; Riedler, Reformbedarf bei Schenkungs-, Verwahrungs-, Leih- und Darlehensvertrag? ÖJZ 2008, 624 ff.

⁵ Vgl Riedler, ÖJZ 2008, 626.

⁶ Vgl Riedler, ÖJZ 2008, 627.

II. Historische Entwicklung

A. Römisches Recht

1. Das receptum und die locatio conductio

Mit dem *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum* fand sich bereits nach römischem Recht eine im **prätorischen Edikt**⁷ verankerte Grundlage für die Haftung von Herbergswirten – den *caupones* – sowie Schiffern (*nautae*) und Stallwirten (*stabularii*):⁸

Ulp. D. 4.9.1: „*Ait praetor: ‚Nautae caupones stabularii quod cuiusque saluum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo.‘*“⁹

Aus dem „*saluum fore recipere*“¹⁰ gewährte der Prätor zunächst auf Basis des zwischen dem Reisenden und dem Wirt über die Sachen des Reisenden geschlossenen formlosen **Garantievertrags** – dem *receptum* – die sog *actio de recepto*.¹¹ Das *receptum* hatte also zur Folge, dass ein *pactum praetorium* vorlag, das gemäß prätorischem Recht eingeklagt werden konnte.¹² Wurde darunter ursprünglich eine ausdrücklich vom **Wirt eingeräumte Garantieübernahme** verstanden, vollzog sich nach späterem Verständnis schon mittels **faktischer Übernahme** der Sachen das *saluum fore recipere*¹³ – die Haftung entwickelte sich daher zu einer gesetzlichen. Nunmehr musste der Wirt auch **ohne Vertrag** für die eingebrachten Sachen des Reisenden einstehen, als wäre ein Garantievertrag geschlossen worden.¹⁴ In der Lit finden sich **keine einheitlichen** Antworten zur Frage, in welche zeitliche Periode die Wandlung des *receptums* von einer vertraglichen in eine gesetzliche, kraft bloßer Übernahme der mitgebrachten Sachen eintretende Haftung fällt. Dabei steht insb die erstmalige Zuordnung der **gesetzlichen Rezeptenhaftung** entweder zur klassischen oder nachklassischen Zeit im Mittelpunkt reger Diskussion.¹⁵ So falle besagte Transformation bspw nach *Sohm/Mitteis*¹⁶ in die justinianische Zeit. Von einer näheren Befassung mit dieser umstrittenen Frage soll allerdings mangels Erkenntniswertes für die hier vorliegende Arbeit abgesehen werden.

⁷ Vgl *Brecht*, Zur Haftung der Schiffer im antiken Recht (1962) 1.

⁸ Vgl *Kaser/Knütel/Lohse*, Römisches Privatrecht²² (2021) 344 Rz 6.

⁹ Darstellung bei *Lenel*, Das Edictum Perpetuum (1927) 131; vgl dazu auch *Sohm/Mitteis*, Institutionen¹⁷ (1923) 451. Übersetzung nach *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler*, Corpus Iuris Civilis Band II, Digesten 1–10 (1995) 458: „*Der Prätor sagt: Wenn Schiffer, Gast- und Stallwirte dasjenige, für das sie zugunsten eines anderen die Gewähr der Obhut übernommen haben, nicht zurückgeben, werde ich eine Klage gegen sie gewähren.*“

¹⁰ Vgl *Kaser/Knütel/Lohse*, Römisches Privatrecht²² 344 Rz 6.

¹¹ Vgl *Sohm/Mitteis*, Institutionen¹⁷ 451.

¹² Vgl *Sohm/Mitteis*, Institutionen¹⁷ 450 f.

¹³ Vgl *Kaser/Knütel/Lohse*, Römisches Privatrecht²² 344 Rz 6; *Apathy/Klingenberg/Pennitz*, Einführung in das römische Recht⁶ (2016) 190.

¹⁴ Vgl *Sohm/Mitteis*, Institutionen¹⁷ 451.

¹⁵ Zu Darstellung und Analyse des Problemkomplexes vgl *Brecht*, Haftung der Schiffer 112 ff.

¹⁶ Vgl *Sohm/Mitteis*, Institutionen¹⁷ 451.

Vom *receptum* (bzw der daraus entspringenden *actio de recepto*) war der parallel mit dem Wirt oder dem Schiffer geschlossene **Vertrag** über die **Beherbergung/Beförderung** des Reisenden – die *locatio conductio* – abzugrenzen, aus dem dem Reisenden die sog *actio locati* gewährt wurde.¹⁷ Die Entstehung des *receptums* wird ua (sa weiter unten) aus dem Umstand heraus erklärt, dass infolge der bloß über die Beförderung/Beherbergung des Gastes selbst übernommenen Haftung aus der *locatio conductio* hinsichtlich der **mitbeförderten bzw mitgebrachten Sachen** ein **vertragsfreier** Bereich zurückblieb, zu dessen Mitberücksichtigung das *receptum* geschaffen wurde.¹⁸

2. Umfang und Hintergrund der Haftung

Die Frage des **Umfangs** der Haftung zählt – wie generell das Rechtsinstitut des *receptum naut. caup. stab.* – zu einem strittigen Bereich des römischen Rechts.¹⁹ Dem Corpus Iuris zufolge hafteten die vom *receptum naut. caup. stab.* umfassten Unternehmer aus dem *receptum* für die Sachen, die im Rahmen der **Beförderung** eingebracht wurden – **unabhängig** davon, ob ein **Verschulden** ihrerseits vorlag. Praktisch lief dies auf eine Haftung auch für den „*niedereren Zufall*“, also die Sachbeschädigung und den Diebstahl seitens Dritter, hinaus.²⁰ Anfänglich noch als **absolute Haftung** für jegliche Schäden und Verluste konzipiert, trug schließlich *Labeo* ein sog *exceptio* vor, die eine Haftungsbefreiung im Falle höherer Gewalt – *vis major* – vorsah. Exemplarisch seien an dieser Stelle (mit Bezug auf die hier nicht näher zu erörternden *nautae*) der Überfall durch Seeräuber oder der Schiffbruch zu nennen.²¹ *Labeo* bezog diese „*überaus vorsichtig*“ formulierte *exceptio* jedoch – was auch anhand der soeben dargelegten Bsp ersichtlich wird – nur auf die *nautae*; erst *Ulpian* regte in seiner hierzu vorgebrachten Replik eine Ausweitung auf die *caupones* und *stabularii* an.²² Beim Ausdruck *vis major* handelt es sich, konträr zum abwendbaren, dem einfachen Zufall, um einen unabwendbaren. Lag dementsprechend ein schädigendes Ereignis **außerhalb des Betriebskreises** des Schuldners und entfaltete dieses eine für einen normal gesicherten Betrieb durch Schutz nicht abwendbare Gewalt, war *vis major* gegeben. Versagte hingegen bloß **zufällig eine schuldnerische Vorkehrung**, va in Form einer durch Zufall hervorgerufenen Untauglichkeit der betrieblichen Mittel des Schuldners, lag von ihm zu vertretender niederer Zufall vor.²³ Der Nachweis, dass der dem Reisenden entstandene Schaden durch seine

¹⁷ Vgl *Kaser/Knützel/Lohsse*, Römisches Privatrecht²² 344 Rz 6; *Brecht*, Haftung der Schiffer 100 ff.

¹⁸ Vgl *Brecht*, Haftung der Schiffer 107.

¹⁹ Eine umfassende Analyse zu den Problemkomplexen Haftung und Rechtsnatur mit Bezugnahme auf die verschiedenen Meinungsstände zum *receptum* und insb der *nautae* findet sich wiederum bei *Brecht*, Haftung der Schiffer 1 ff.

²⁰ Vgl *Brecht*, Haftung der Schiffer 1.

²¹ Vgl *Kaser/Knützel/Lohsse*, Römisches Privatrecht²² 344 Rz 6. Sa *Sohm/Mitteis*, Institutionen¹⁷ 451 und *Brecht*, Haftung der Schiffer 1.

²² Vgl *Brecht*, Haftung der Schiffer 105.

²³ Vgl *Sohm/Mitteis*, Institutionen¹⁷ 382 Anm 8.

eigene Sorglosigkeit oder *vis major* herbeigeführt wurde, oblag dabei dem Wirt.²⁴ Diese „*eigenartige*“, weil vom Verschulden unabhängige und somit **strengere Haftungsform** nahm insofern eine Sonderstellung im Haftungssystem *Justinians* ein, als – abgesehen von dieser Haftung der Wirte (bzw Schiffer) – eine vom Verschulden losgelöste Haftung nahezu gänzlich unbekannt war. Man sprach hierbei von der sog *custodia*.²⁵ Den Anlass für die den *nautae*, *caupones* und *stabularii* zugemutete strengere Haftung aus der *custodia* sah man in der **Unzuverlässigkeit** („*improbitas*“) dieser Personengruppe verortet.²⁶ Es sollte insb einem **kriminellen Zusammenwirken** der Wirte etc mit Dieben gegen die bei ihnen aufgenommenen Personen vorgebeugt werden.²⁷ Ein **Ausschluss dieser Haftung** qua Vereinbarung, zB durch Zustimmung des Reisenden, wurde dennoch als **zulässig** erachtet.²⁸

3. Die *actio furti adversus nautas, caupones, stabularios*

Neben den *actiones*, die aus der Haftung nach *receptum* und *locatio conductio* gewährt wurden, verdient eine weitere *actio* entsprechende Beachtung: die *actio furti adversus nautas, caupones, stabularios*, auf Basis derer sich Schiffer und Wirte der Haftung ausgesetzt sahen, wenn das von ihnen **eingestellte Personal** – im Falle der Wirte sogar **Dauergäste**, nicht aber bloße *viatores*, also Tagesgäste – Diebstähle oder Sachbeschädigungen verübten.²⁹ Zur Illustration sei an dieser Stelle ein Auszug der Institutionen 4.5.3 des *Corpus Iuris Civilis* dargelegt:

„*Item exercitor navis aut cauponae aut stabuli de dolo aut furto, quod in nave aut in caupona aut in stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficio, sed alicuius eorum, quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret: cum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio et aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur. [...]*“³⁰

Bei jener Passage handelt es sich um eine nahezu idente Wiedergabe der von *Gaius* vorgetragenen *Digeste* 44.7.5.6. mit einem Unterschied insofern, als in den Institutio-

²⁴ Vgl *Sohm/Mitteis*, Institutionen¹⁷ 451.

²⁵ Vgl *Brecht*, Haftung der Schiffer 1 f.

²⁶ Vgl *Kaser/Knütell/Lohse*, Römisches Privatrecht²² 344 Rz 7; *Brecht*, Haftung der Schiffer 119 f.

²⁷ Vgl *Ulp. D.* 4.9.1.1, dargestellt und übersetzt bei *Behrends/Knütell/Kupisch/Seiler*, *Corpus Iuris Civilis* Band II 459.

²⁸ Vgl *Kaser/Knütell/Lohse*, Römisches Privatrecht²² 344 Rz 7.

²⁹ Vgl *Brecht*, Haftung der Schiffer 108.

³⁰ Übersetzung nach *Behrends/Knütell/Kupisch/Seiler*, *Corpus Iuris Civilis*, Institutionen² Band I (1996) 227 f: „*Ebenso haften aus Quasidelikt der Reeder, Schankwirt oder Gastwirt für Betrügereien oder Diebstähle, die auf dem Schiff, in der Schenke oder im Gasthof begangen worden sind, sofern nur sie selbst nicht das Delikt begangen haben, sondern eine der Personen, mit deren Hilfe sie das Schiff oder die Schenke oder den Gasthof betreiben. Da diese Klage gegen den Inhaber zwar nicht aus Vertrag begründet ist, er aber in gewissem Maße wegen Verschuldens verantwortlich ist, weil er die Arbeit unzuverlässiger Leute nutzt, nimmt man an, daß er aus Quasidelikt haftet. [...]*“.

nen anstelle von *damno* der Begriff *dolo* verwendet wird.³¹ Dies dürfte auf einer Änderung während der Nachklassik beruhen; wurde doch in den überlieferten Digesten stets von der Sachbeschädigung – dem *damnum* – gesprochen.³²

Eine Herleitung dieser quasideliktischen Haftung erfolgte in diesen Konstellationen über das **Verschulden des Wirtes/Schiffers** hinsichtlich der **Auswahl** seiner Gehilfen³³ und seiner Dauergäste.³⁴ Die scheinbare Redundanz der *actio furti adversus* insofern, als ja grundsätzlich ohnehin über das *receptum* schon für Diebstähle und Sachbeschädigungen unabhängig davon, ob es sich um Dritte oder Gehilfen handelte, gehaftet wurde, lässt sich aus deren **zeitlicher Abfolge** heraus erklären. So müsse die besondere *actio furti adversus* schon vor der Entstehung des *receptums* existiert haben.³⁵ Aus dem Umstand heraus, dass damit aber lediglich eine Verantwortlichkeit für **Gehilfen** und – aufgrund „*weitherziger*“ Interpretation – für länger aufhältige Gäste bestand, hat man dem steigenden Bedürfnis des Reisenden nach Schutz gegenüber Diebstählen seitens ihm nicht bekannter, flüchtiger **Tagesgäste** nicht ausreichend Rechnung tragen können.³⁶ Um dieser für die Reisenden *va* in der **Beweisführung** hinsichtlich der Person des Schädigers äußerst unbefriedigenden Situation entgegenzuwirken, wurde das *receptum* geschaffen.³⁷

In diesem Zusammenhang stellt sich weiterführend die Frage, ob der *actio furti adversus* neben dem *receptum* letztlich noch ein **eigener Anwendungsbereich** zugestanden werden konnte. Eine dahingehend interessante Differenzierung, die für eine jeweils eigenständige Anwendung spricht, liegt im Charakter der beiden Rechtsinstitute. Dem *receptum* wohnte eine sog **reipersekutorische Wirkung** inne,³⁸ während die *actio furti adversus* hingegen auch **pönale** Zwecke verfolgte, was sich insb in dem Umstand äußerte, dass der auf dieser Haftungsschiene in Anspruch Genommene auf das *duplum* haftete.³⁹ **Prozessual** betrachtet lagen ebenso Unterschiede vor, die einen gewissen Spielraum des Klägers ermöglichten: Kam bspw infolge **Haftungsablehnung** seitens des Wirtes hinsichtlich der vom Reisenden mitgebrachten Gegenstände kein *receptum* zustande, konnte sich dieser zumindest unter den erörterten Voraussetzungen auf die *actio furti adversus* stützen. Umgekehrt war es dem Kläger allenfalls auch möglich, sich auf das für ihn günstige *receptum* zu berufen, wenn ihm der **Nachweis** der Person des

³¹ Vgl *Klausberger* in Buongiorno/Lohsse, Zur actio de damno aut furto adversus nautas, caupones, stabularios 206.

³² Nw bei *Klausberger* in Buongiorno/Lohsse, Zur actio de damno 206.

³³ Vgl *Kaser/Knützel/Lohsse*, Römisches Privatrecht²² 344 Rz 8.

³⁴ Vgl *Klausberger* in Buongiorno/Lohsse, Zur actio de damno 211.

³⁵ Vgl *Klausberger* in Buongiorno/Lohsse, Zur actio de damno 212 f mwN. IdS auch *Brecht*, Haftung der Schiffer 109.

³⁶ Vgl *Brecht*, Haftung der Schiffer 109.

³⁷ Vgl *Brecht*, Haftung der Schiffer 109.

³⁸ Vgl *Klausberger* in Buongiorno/Lohsse, Zur actio de damno 213.

³⁹ Vgl *Klausberger* in Buongiorno/Lohsse, Zur actio de damno 213.

Schädigers **misslang** und auf diesem Wege eine quasideliktische Haftung nach der *actio furti adversus* scheiterte.⁴⁰

B. Nachrömische Zeit und Mittelalter

Wenngleich nicht im selben Umfang wie zu römischen Zeiten behandelt, fand auch in der **nachrömischen** und **mittelalterlichen** Periode die Frage der Haftung des Wirtes Einzug in **vereinzelte Rechtsquellen**; systematisch zumeist in das **Verwahrungsrecht** eingebettet. Zum Teil fehlte eine explizite Befassung mit der Gastwirtehaftung, wodurch auf allgemeine verwahrungsrechtliche Prinzipien zurückzugreifen war. Der Verwahrungsvertrag selbst konnte unentgeltlicher oder entgeltlicher Natur sein, was sich – je nach Ausgestaltung – in nicht unerheblichen **Abgrenzungsfragen** zur Haftung widerspiegelte. Einer Haftung bei **unentgeltlicher** Verwahrung waren in den überwiegenden Fällen enge Grenzen gesetzt.⁴¹ So gab es hochmittelalterliche Rechtsquellen, die den Verwahrer nur bei **schuldhaftem Verhalten** haften lassen wollten und schuldlosen Verlust der verwahrten Sache – auch bei Diebstahl – nicht ahndeten.⁴² Im Gegensatz dazu sollte nach den Normen der **Lex Baiuvariorum** auch der unentgeltliche Verwahrer nicht nur im Falle eigenen Verschuldens, sondern sogar dann haften, wenn die verwahrte Sache durch **Diebstahl** abhandenkam. Der Verwahrer konnte sich der Haftung bei Diebstahl allerdings entziehen, wenn er binnen einer gesetzten Frist den Dieb auszuforschen vermochte, andernfalls hatte er zumindest nur die **Hälfte des Wertes** zu ersetzen.⁴³ Im Ergebnis setzte die Lex Baiuvariorum durch die Haftung für Diebstähle selbst beim unentgeltlichen Verwahrungsvertrag ähnlich **strenge Maßstäbe** wie das römisch-rechtliche *receptum*, das den niederen Zufall von der Haftung mitumfasst sah.

Betraf es hingegen entgeltliche Verwahrung und *va* **Beherbergungsverträge**, statuierten verschiedene Rechtsquellen eine dementsprechend **verschärfte Haftung**. Das vom Fremden für die Leistung bezahlte Entgelt verpflichtete den Gastwirt nicht nur zu den eigentlichen Leistungen des Wirtes, sondern darüber hinaus zur Aufbewahrung und Aufsicht über die Sachen des Gastes.⁴⁴ Das **zweite Württemberg'sche Landrecht** hielt in seinem dem Depositum gewidmeten Titel fest, dass die „*offne Gastgeben oder Würt mehr dann andere und zum höchsten Fleiß also und dergestalt verbunden sein [sollen], das sie nichts, dann allein unversehene zugestandene Unglücks Fall [...] entschuldigen mag.*“⁴⁵ Aus dieser Formulierung lässt sich eine Haftungsform ableiten, die ebenfalls **Parallelen** zum römisch-rechtlichen *receptum* aufweist. Denn auch nach Württem-

⁴⁰ Vgl. Klausberger in Buongiorno/Lohsse, Zur *actio de damno* 213 f.

⁴¹ Vgl. Floßmann/Kalb/Neuwirth, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁸ (2019) 305.

⁴² Vgl. Floßmann/Kalb/Neuwirth, Privatrechtsgeschichte⁸ 305.

⁴³ S. dazu Tafel 73, Lex Baiuvariorum, Titel XV, 1–5, dargestellt bei Beyerle, Lex Baiuvariorum (1926) 144 ff.

⁴⁴ Vgl. Floßmann/Kalb/Neuwirth, Privatrechtsgeschichte⁸ 305 f.

⁴⁵ Vgl. Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechtes (1855) 231.

berg'schem Landrecht schien lediglich **höherer Zufall**, nämlich der „*unversehene zugestandene Unglücks Fall*, also ein solcher, der nicht durch entsprechende Vorkehrungen abgewendet werden konnte, von der Haftung zu befreien. Eine ähnliche Haftung der Wirte statuierte das **Wiener Stadtrecht von 1435**: „*Er gebs dem wiert zu behalden oder nicht, wann wie es da verlorn oder verbarlast wirt, so mues man es gelten [...] es sey dann, das das [...] guet ir ainem wird genomen mit gewalt u. auch auff den selben gezaigen mügen, der das guet genomen hat ze hannt, so werden sy ledig.*“⁴⁶

Somit zeigt sich, dass trotz der nur vereinzelt Behandlung einer Haftung für Gastwirte die jeweiligen Normen ihrem Grundgehalt nach in eine **ähnliche Richtung** verliefen und sich letztlich von der römisch-rechtlichen Grundlage nicht wesentlich unterschieden – Haftung des Wirtes bei niederem Zufall (zB Diebstahl), Haftungsbe-freiung bei höherer Gewalt.

C. Neuzeitliche Entwicklung

1. Vom Codex Theresianus bis zum Westgalizischen Gesetzbuch

Wie verschiedene Quellen belegen, schien die Gastwirtehaftung auch in der neuzeitlichen Entwicklung in unterschiedlichem Ausmaß Berücksichtigung gefunden zu haben. Der Darstellung von *Harrakowsky*⁴⁷ zufolge gab es im Entwurf des Codex Theresianus Anzeichen eines gesetzlichen Haftungskonzeptes im Fall einer „*Aufladung auf ein Schiff oder Wagen, oder Abladung in einem Gasthof*“, welches unter der Rubrik „*Von denen Handlungen, welche denen Contracten gleichkommen*“ zu finden war.⁴⁸

Im **Westgalizischen Gesetzbuch 1797** fand sich im Normenkomplex des unter dem Titel „*Von dem Verschulden*“ stehenden dreizehnten Hauptstückes des dritten Teils – konkret dem § 476 – ebenso eine spezifisch auf Wirte, Schiffer und Fuhrleute zugeschnittene Norm, die im Bereich der **Haftung für die Dienstpersonen** Ähnlichkeiten mit der *actio furti adversus* aufwies (dazu eingehender im nächsten Kap):

„*Wirthe, Schiffer und Fuhrleute verantworten den Schaden, welchen ihre Dienstpersonen einem Reisenden in ihrem Hause, Schiffe, oder an der Befrachtung verursachen. Beschädigt*

⁴⁶ Vgl. *Stobbe*, Geschichte des Vertragsrechtes 231.

⁴⁷ Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, 3. Band (1884) 333.

⁴⁸ Vgl. *Harrakowsky*, Codex Theresianus 322 ff, 333. Der unter Teil III, Caput XIX, § VIII stehende Regelungsentwurf lautete wie folgt: „*Die achte denen wahren Contracten gleichkommende Handlung ist die Aufladung auf ein Schiff oder Wagen oder Abladung in einem Gasthof; weilen Schiffer, Fuhrleute und Gastwirthe durch bloße Uebernehmung deren in ihre Gewahrsame übergebenen Sachen ihres treibenden Gewerbs halber schon von den Gesetz zu deren getreulicher Verwahrung und Zuruckstellung verstricket sind, wann gleich dieselbe sich hierzu ausdrücklich nicht verbunden haben. Auf ihrer solcher-gestalten von dem Gesetz vermutheten Einwilligung gründet sich diese dem Hinterlegungscontract gleiche Handlung, welche aber in der Verfänglichkeit noch jenen übertrifft, und in deme bündiger ist, daß derlei Personen von schuldiger Zuruckstellung deren in ihre Gewahrsame übernommenen Sachen nichts als erweislicher ungefährer Zufall, wodurch dieselbe vermisset worden, entledigen könne, folglich auch sie für den mindesten Grad einer ihrerseits dabei unterlaufenden Fabrlässigkeit oder Unvorsichtigkeit und also für die leichteste Schuld zu haften haben.*“

aber ein Reisender den andern, oder entsteht der Schade durch Zufall; so verantworten sie nichts.“

Demgegenüber kannte das **ALR** abseits der für den Verwahrungsvertrag geltenden allgemeinen Normen⁴⁹ **keine spezifische Vorschrift**, die sich näher mit der Haftung von Gastwirten befasste.

2. Die Entwicklung im ABGB bis zur geltenden Fassung

2.1. Der Ur-Entwurf und die Revisionen

Wie aus den Protokollen *Ofners* hervorgeht, ist die im Westgalizischen Gesetzbuch angesprochene Haftung der Gastwirte im Grunde unverändert – auch hinsichtlich der Paragraphierung und systematischen Stellung im dreizehnten Hauptstück – im **Ur-Entwurf des ABGB** übernommen worden.⁵⁰

Auffallend im Vergleich zur geltenden Fassung erscheinen sowohl der Regelungsgehalt als auch die systematische Stellung der Norm im ursprünglich intendierten Entwurf. Der **Erstentwurf** erachtete es augenscheinlich als ausreichend, die Haftung der Wirte auf von ihren **Dienstpersonen verursachte Schäden** einzuschränken – dies allerdings zumindest mit der Verschärfung, dass es sich nicht zwangsläufig nur um untüchtige oder gefährliche Dienstpersonen handeln musste. Schädigungen, die hingegen durch **andere Reisende** oder durch **Zufall** eintraten, erfasste der Ur-Entwurf nicht. Damit zeigt sich, dass dem historischen Gesetzgeber in der Erstfassung vordergründig daran gelegen war, den Wirt für sein **Personal** haften zu lassen. Die durch Gastwirtschaften begründete „*Gefahr des offenen Hauses*“ durch einhergehende, rasch wechselnde Gäste (s dazu ausführlich **Kap III. B. 4.5**) schien man demgegenüber offenbar als vernachlässigbar einzustufen. Im Ergebnis statuierte der Ur-Entwurf eine **weniger strenge Haftung** als bspw das römisch-rechtliche Institut des vom Verschulden unabhängigen *receptums*; auf haftungsrechtlicher Ebene ließe sich die Urfassung eher mit dem Tatbestand der *actio furti adversus* vergleichen – dies freilich mit dem Unterschied, dass die im Ur-Entwurf vorgesehene Haftung nicht wie die *actio furti adversus* auf das *duplum* gerichtet war.

Die markante Divergenz zwischen der **antiken Haftung** aus dem *receptum* und jener im Ur-Entwurf nach § 476 schlägt sich, wie eingangs angesprochen, auch in der **Systematik der Norm** nieder. Konträr zur späteren Stammfassung im Jahr 1811, die zwischen § 970 und § 1316 differenziert und ersteren systematisch in die Regelungen zum **Verwahrungsvertrag** einbettet, fanden sich im Ur-Entwurf keinerlei Anzeichen einer den Verwahrungsverträgen⁵¹ zugeordneten speziellen Haftungsnorm. **§ 476 S 1 entsprach** – insb auch dem Wortlaut nach – **§ 1316**. Die Urfassung kannte mithin

⁴⁹ Geregelt in den §§ 9 ff des XIV. Titels des ersten Teils.

⁵⁰ Vgl *Ofner*, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches Band I (1889) 134.

⁵¹ Im Ur-Entwurf noch „*Hinterlegungsverträge*“ genannt.

lediglich eine dem allgemeinen Deliktsrecht zugeordnete Norm, über die der Wirt für von seinen Dienstpersonen verursachte Schäden haften sollte – eine dem rechtlichen Gehalt des *receptums* ähnliche Norm, wonach der Wirt wie ein Verwahrer für eingebrachte Sachen sogar im Falle des (wenngleich niederen) Zufalls udgl **ohne Vertragsabschluss** haftete, sollte zunächst hingegen keine legistische Berücksichtigung finden. Eine Haftung des Wirtes abseits von § 476 kam nur im Falle des **§ 102** (jedoch **ex contractu**) in Betracht, „*wenn fremde Sachen in Verwahrung*“ genommen wurden und daher zwischen Wirt und Gast „*ein Hinterlegungsvertrag entstanden*“ ist, den es nach den §§ 129 ff zu beurteilen galt.⁵²

Im Zuge der Revision wies der Referent auf ebendiesen Umstand hin, dass es dem Entwurf an der „*so bekannten und so praktischen actio de recepto*“ mangle; möglicherweise, so der Referent weiterführend, habe der Verfasser angenommen, sie sei bereits dem Normenkomplex des Verwahrungsvertrages zugeordnet. „*Wenigstens*“ dort verdiene sie eine „*ausdrückliche Erwähnung*“ in folgendem Wortlaut:⁵³

„*Wirthe, Schiffer und Fuhrleute haften gleich einem Verwahrer für alles, was die aufgenommenen Reisenden in das Gasthaus, oder Schiff gebracht oder zur Aufladung übergeben haben, wo fern der Schade nicht durch ihr eigenes Verschulden, durch äußere Gewalt oder durch einen Zufall entstanden ist.*“

Die von den übrigen Abstimmenden dagegen vorgebrachten Anmerkungen, wonach der Verwahrer dem Deponenten nicht für den „*ohne seine Schuld entstandenen Schaden hafte*“ und beim Verwahrungsvertrag eine „*gleichmäßige Vorsorge*“ ohnehin bestehe, führten zur Streichung des Beisatzes.⁵⁴ Im Rahmen der daran anschließenden **Superrevision** bezeugen die Protokolle eine nach wie vor bestehende **Uneinigkeit** hinsichtlich der Haftung der Gastwirte (und der Schiffer/Fuhrleute), die Anlass zu weiteren Überlegungen gab. Dem Präsidenten zufolge biete der Wirt aus der „*Natur seines Gewerbes [...], durch Eröffnung seines Hauses allen Personen, die in sein Haus treten wollen, seine Dienste zur Verpflegung und Obsorge ihrer Person und Habschaften an*“, wobei letztere Leistung ebenso stets in der Zahlung mitumfasst sei. Die Haftung könne man daher – ebenso wie bei den Schiffern und Fuhrleuten – vielmehr *ex locatione operarum* herleiten, weshalb abermals eine **Berichtigung der Norm** stattfand. Im Kern – nämlich hinsichtlich der Haftung für die **eingebrachten Sachen der aufgenommenen Gäste** „*gleich einem Verwahrer*“ – blieb sie jedoch gleich.⁵⁵

§ 1294 des superrevidierten Entwurfes sah vor, den Regelungsgehalt von § 476 S 1 des Ur-Entwurfes zu übernehmen. Wie sich im nächsten Kap allerdings noch zeigen wird, erfolgten abermals Änderungen, bis schließlich die Stammfassung 1811 in Kraft trat.

⁵² Vgl *Ofner*, Ur-Entwurf Band I 99.

⁵³ Vgl *Ofner*, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches Band II (1889) 440.

⁵⁴ Vgl *Ofner*, Ur-Entwurf Band II 440.

⁵⁵ Vgl *Ofner*, Ur-Entwurf Band II 562 f.

2.2. Die Stamfassung 1811

Die **Stamfassung 1811** regelte die Haftung der Wirte in einer Form, die von der heute geltenden Fassung abweicht und einen weitaus geringeren **Umfang** und **Regelungsgehalt** aufwies.

Einerseits hafteten nach § 970 „*Wirthe, Schiffer, oder Fuhrleute [...] für Sachen, die von aufgenommenen Reisenden, oder als Fracht, ihnen selbst oder ihren Dienstleuten übergeben worden sind, gleich einem Verwahrer (§ 1316.)*“.⁵⁶ Nach Zeiller resultierte die strengere Haftung aus dem Umstand, dass man genötigt werde, auf die „*Redlichkeit und Obsorge zu vertrauen*“, und sich infolge der Abwesenheit der Eigentümer für die Wirte etc leichte Gelegenheiten ergeben würden, „*den Sachen der Fremden beyzukommen*“. Verstärkt werde diese Problematik durch die Schlüssel für die Behältnisse bzw Gemächer, die sich üblicherweise in den Händen des Wirtes befinden.⁵⁷ Ebenso spreche für diese strengere Betrachtung der möglichst kurz gehaltene Weg der **Geltendmachung** durch den Gast, da es „*den Uebernehmern [...] leichter fällt, jenen, der zunächst an der Beschädigung Schuld trägt, auszuforschen*“.⁵⁸ Es bestehe daher gegen die genannten „*Gewerbsleute*“ die „*rechtlliche Vermuthung*“, dass „*die anvertrauten Sachen nicht durch Zufall*“, sondern das Verschulden des Wirtes bzw seiner Dienstleute „*in Verlust gerathen, oder verschlimmert worden seyn*“.⁵⁹ Der bloße Umstand der Zimmer- bzw Behältnisschlüsselübergabe an den Gast durch den Wirt reichte nach den Ausführungen Zeillers nicht aus, um zugunsten des Wirtes eine Haftungsbefreiung zu begründen. Erst wenn es dem Wirt gelang, die **Nachlässigkeit des Gastes** bei der Verwahrung „*oder in der Verschließung*“ darzutun, würde „*dem Uebergeber der aufgenommenen Sache [...] der Beweis von einem Verschulden des Uebernehmers oder seiner Dienstleute*“ obliegen. Dasselbe galt nach Zeiller im Falle einer **ausdrücklichen Verweigerung der Haftungsübernahme** „*gleich bey der Aufnahme, wo eben erst der Vertrag geschlossen werden soll*“.⁶⁰

Für die Haftung des Wirtes war es ohne Belang, ob der Schaden vom **Übernehmer** selbst, seinem **Personal**, von **dritten** Personen, **anderen Gästen** (wobei andere Gäste ohnehin schon als Dritte anzusehen sind) oder durch einen **Unfall**, der jedoch durch Vorsicht abgewandt werden konnte, verursacht wurde. Zu diesen Arten von Unfällen zählten bspw Entfremdungen oder durch einen Brand im Gasthof hervorgerufene Schäden.⁶¹ Damit zeigt sich unverkennbar die Anlehnung an die schon vom *receptum* bekannte Haftung für niederen Zufall. Systematisch korrekt bestand hingegen keine Haftung des Wirtes bei eigenem Verschulden des Übergebers oder im Falle unvermeidlicher Zufälle, zB „*unwiderstehliche[r] Gewaltthätigkeit, oder verheerende[r] Naturerschei-*

⁵⁶ Vgl Zeiller, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, Band III (1812) 207.

⁵⁷ Vgl Zeiller, Commentar 207.

⁵⁸ Vgl Zeiller, Commentar 208.

⁵⁹ Vgl Zeiller, Commentar 208.

⁶⁰ Vgl Zeiller, Commentar 209.

⁶¹ Vgl Zeiller, Commentar 209.

nungen“. Zeiller selbst verwies in seinen Ausführungen zu dieser strengen Haftung auf das schon früher existierende *receptum*.⁶²

Andererseits verantworteten nach § 1316 „Wirth, Schiffer und Fuhrleute [...] den Schaden, welchen ihre eigenen, oder die von ihnen zugewiesenen Dienstpersonen an den übernommenen Sachen einem Reisenden in ihrem Hause, oder in ihrem Schiffe, oder an der Verfrachtung verursachen (§ 970.)“.⁶³ Damit wurde klargestellt, dass die in dieser Norm genannten Gewerbsleute nicht nur für die „bekanntlich gefährlichen“ und „wissentlich untüchtigen“ Gehilfen iSd §§ 1314, 1315 einzustehen hatten, sondern vielmehr für alle – selbst bisher **unbescholtene bzw unbedenkliche**. Begründend führte Zeiller den Umstand an, die Wirte etc hätten insofern eine strengere als die gewöhnliche Vorsicht bei der Auswahl ihres Dienstpersonales walten zu lassen, als sich der Gast notwendigerweise auch den Dienstpersonen **anvertrauen** muss. Diese besondere Vorsicht bei der Auswahl erstreckte sich nicht nur auf **dauerhaft** angestellte Dienstpersonen, sondern ebenso auf als **zeitliche Aushilfe** aufgenommene sowie unmittelbar den Reisenden zugewiesene, wie zB sog **Lohndiener**.⁶⁴ Eine Verweigerung der Haftungsübernahme hinsichtlich der eingebrachten Sachen iSd vorher erläuterten § 970 befreite den Wirt nicht von der Haftung für „widerrechtliche Handlungen der Dienstbotthen“. Denn mit dieser Erklärung, so Zeiller, solle der **Gast zur eigenen Vorsicht** aufgefordert werden – dies ändere jedoch nichts daran, dass er sich gegenüber allfälligen Schädigungen durch Dienstpersonen, denen er sich zwangsläufig anvertrauen müsse, nicht ausreichend sichern könne.⁶⁵

Interessanterweise scheint die strengere Haftung für das Personal des Wirtes im Bereich des ABGB (inklusive dessen Vorentwürfe) nicht mehr vordergründig auf der zu Zeiten der *actio furti adversus* noch „generalverdächtig“ angenommenen **Unzuverlässigkeit** und dem **kriminellen Opportunismus** des Wirtes und seiner Dienstpersonen zu fußen. Augenscheinlich wurde in der moderneren Legistik das Augenmerk eher auf die **Schutzwürdigkeit des Gastes** ua in **Beweisfragen** und das besondere **Vertrauensverhältnis** gelegt, das mit der Einbringung von Sachen beim Wirt und dessen Personal verbunden war. Denn andernfalls würde Zeiller nicht auch die „unbescholtenen und unbedenklichen“ oder „ordentlicher Weise tüchtigen Dienstpersonen“ hervorheben.⁶⁶

2.3. Bedeutende Novellen und die Einführung des GastwirteHaftG

2.3.1. Die III. TN und nachfolgende Novellen

Die Regelungen über die Gastaufnahme erfuhren anlässlich der III. TN des ABGB eine **tiefgreifende Änderung** und allem voran **Erweiterung**. Insb der § 970 hatte zu

⁶² Vgl Zeiller, Commentar 210.

⁶³ Vgl Zeiller, Commentar 744.

⁶⁴ Vgl Zeiller, Commentar 744 f.

⁶⁵ Vgl Zeiller, Commentar 745.

⁶⁶ Vgl Zeiller, Commentar 745.