



Errata

Hans-Peter Haferkamp, Tilman Reppen (Hg.)

Usus modernus pandectarum

**Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht
in der Frühen Neuzeit**

Klaus Luig zum 70. Geburtstag
(Rechtsgeschichtliche Schriften, Band 24)
2007. VIII, 339 Seiten. 17 s/w-Abb. im Text. Gb.
€ 46,90 [D] / € 48,30 [A] / SFr 77,50
ISBN 978-3-412-23606-9

Durch einen Computerfehler wurde im Text von Reinhard Zimmermann
(Seite 271–339) den Fußnotenverweisen immer die Zahl 377 hinzugerechnet.

Wir bitten diesen Fehler zu entschuldigen und bieten eine Fehlerkorrektur zum
Download an.

Die Herausgeber



KÖLN WEIMAR WIEN

Böhlau Verlag

REINHARD ZIMMERMANN

Die Geschichte der Gastwirtshaftung in Deutschland

Vorbemerkung

Im April 1996 fand in der Tagungsstätte des Schweizerischen Kantons Tessin auf dem Monte Verità ein Kolloquium über Aufgaben und Grundlagen des Faches Rechtsgeschichte angesichts des Wiedertzusammenwachsens der nationalen Rechtsordnungen in Europa statt. Die Zufälle von Fahrplänen und Abreisemodalitäten führten dazu, dass Klaus Luig, Joachim Rückert und ich noch einen halben Tag nach Beendigung dieses Kolloquiums gemeinsam auf dem Monte Verità verbrachten. Das Gespräch kam bald auf ein Projekt, das uns allen schon seit einiger Zeit mehr oder weniger vage vorgeschwebt hatte: die Herausgabe eines historischen Kommentars zum BGB. Dabei sollte es darum gehen, die reichen historischen Erfahrungen für den modernen Juristen verfügbar zu machen, das spezifische Profil des BGB und der in diesem Gesetzbuch getroffenen Entscheidungen aus der historischen Entwicklung heraus deutlich zu machen und Rechtsgeschichte, Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung wieder miteinander ins Gespräch zu bringen. Zurück im Flachland trat dies ambitionierte Projekt dann gegenüber den Anforderungen des Alltags in den Hintergrund. Dass es nun doch verwirklicht wird, ist einer Initiative von Mathias Schmoeckel zu verdanken. Im September 2000 fand in Regensburg eine Tagung statt, auf der das Konzept konkretisiert und die Aufteilung des ersten Bandes besprochen wurde. Dieser erste Band (zum Allgemeinen Teil des BGB) ist in der zweiten Hälfte des Jahres 2003 erschienen. Der zweite, dem allgemeinen Teil des Schuldrechts gewidmete Band ist nach einigen Verzögerungen inzwischen weitgehend fertiggestellt und soll in den nächsten Monaten publiziert werden. Auch der dritte Band (zum Besonderen Schuldrecht) ist in Vorbereitung.

Klaus Luig hat als Emeritus diese Aktivitäten, an denen nicht zuletzt auch sein Lehrstuhlnachfolger maßgeblich beteiligt ist, von Anfang an mit großem Interesse und ebenso großer Sympathie verfolgt. Ich möchte ihm deshalb als Zeichen der Verbundenheit meinen Beitrag zu Band III des historischen Kommentars zum BGB widmen. Die enge fachliche und menschliche Verbundenheit reicht auf einen Besuch in Passau im Jahre 1984 zurück; sie war und ist für mich außerordentlich bereichernd. Der Kölner Rechtshistorikertag, eine Ferienakademie der Studienstiftung in Olang, viele intensive Ge-

sprache anlässlich seiner Emeritierung, das Interesse an *usus modernus* und schottischem Recht, an Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik sowie den Möglichkeiten ihrer Verbindung, *Itinera Fiduciae*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht und „Northern Cross“: dies sind nur einige der gemeinsamen Wegmarken.

Auf dem Symposium zu Ehren von Klaus Luig am 16. und 17. September 2005 in Köln habe ich einen Entwurf dieses Beitrages über die Geschichte der Gastwirthaftung in Deutschland präsentiert. Nachdem der Beitrag nunmehr fertiggestellt ist, erscheint es nicht mehr sinnvoll, jenen Entwurf zu publizieren. Vielmehr bieten die folgenden Seiten den nur leicht modifizierten Text des Beitrages, wie er in Band III des HKK erscheinen wird; hinzu kommt eine Nachbemerkung, die einige Beobachtungen zur Gastwirthaftung in der Zeit des *usus modernus* zusammenfasst.

1. Problemstellung

Die fünf Vorschriften des 15. Titels von Buch II, Abschnitt 8 des BGB befassen sich mit der Einbringung von Sachen bei Gastwirten. Ganz im Vordergrund steht dabei die Statuierung eines eigenständigen Haftungsregimes für den Verlust, die Zerstörung oder die Beschädigung der eingebrachten Sachen. Die Tradition derartiger, besonderer Haftungsregeln reicht auf das römische Recht zurück. Das Regelungsproblem lässt sich auf einer sehr abstrakten Ebene leicht beschreiben. Der Gast kann die Organisation des Betriebes, in den er seine Sachen einbringt, nicht überschauen, geschweige denn beherrschen. Hätte er „regelmäßig den Beweis einer dem Gastwirthe zur Last fallenden Verletzung einer kontraktlichen Pflicht“ als Ursache für einen eingetretenen Schaden zu führen¹, so wäre er weithin rechtlos. Es geht also, jedenfalls in erster Linie, um die Abwendung einer Beweisnot des Gastes². Dieser Gedanke erscheint unmittelbar einleuchtend, und er beschreibt ein über die Jahrhunderte hinweg im Wesentlichen unverändertes Problem. Doch erheben sich sogleich eine Reihe weiterer Fragen. Die erwähnte Beweisnot besteht auch in vielen anderen Fällen; man denke etwa an die Haftung des Arztes für eine fehlerhaft durchgeführte Operation. Was rechtfertigt die Herausbildung von Sonderregeln gerade für Gastwirte? Wie verhalten sie sich zu dem allgemeinen Haftungsregime? Und wie lassen sie sich dogmatisch erklären? Diese Fragen haben die römischen Juristen ebenso beschäftigt wie Generationen von Juristen in Deutschland (und anderswo). Freilich ha-

1 So Mot., Bd. II, 584 (= MUGDAN, Bd. II, 336).

2 So U. HÜFFER in der aktuellsten Kommentierung der §§ 701 ff. BGB: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2005, § 701, Rn. 1.

ben sich hier im Laufe der Zeit subtile Veränderungen ergeben. Dasselbe gilt für die Frage einer vernünftigen Begrenzung des Haftungsrisikos des Gastwirts. Auch dieser befindet sich nämlich insoweit in einem Dilemma, als er den Wert der von seinen Gästen eingebrachten Sachen vielfach weder kennt noch abschätzen kann. Gehen sie in seinem Betrieb verloren, kann er den Angaben seiner Gäste wenig entgegensetzen.

2. Usus antiquus

2.1. Gewerbliche Herbergen

Zu den attraktiven Aspekten der antiken Sozialmoral zählt die ausgeprägte Gastfreundschaft, auf die rechnen konnte, wer sich auf Reisen begab. Der Schutz des Fremden galt als göttliches Gebot, über das bei den Römern *Iuppiter Hospitalis* wachte³. Die Häuser der Wohlhabenden verfügten über mindestens ein Gastzimmer, in dem ein Reisender untergebracht werden konnte⁴. Die Inanspruchnahme privater Gastfreundschaft galt für die Angehörigen der Oberschicht (soweit sie nicht, wie etwa Cicero, eigene Unterkünfte auf den häufig benutzten Routen besaßen) als die bei weitem beste, ja im Grunde einzig akzeptable Form der Reiseunterkunft⁵. Die Kehrseite dieser Einstellung war der überwiegend sehr niedrige Standard gewerblicher Herbergen (*cauponae*), die infolge der zunehmenden Reisetätigkeit im römischen Herrschaftsbereich entstanden. Sie befanden sich vor allem in Hafennähe und an Durchgangsstraßen, boten wenig Komfort und waren vielfach mit einem Bordell sowie mit einer Schänke verbunden, in der die einschlägigen Kontakte geknüpft werden konnten. Wirte galten als Weinpanscher, Betrüger und

3 O. HILTBRUNNER, Gastfreundschaft und Gasthaus in der Antike, in: C. Peyer (Hg.), *Gastfreundschaft, Taverne und Gasthaus im Mittelalter*, 1983, 1 ff.; B. WAGNER-HASEL, *Gastfreundschaft*, III. Griechenland und Rom, in: H. Cancik, H. Schneider (Hg.), *Der Neue Pauly: Enzyklopädie der Antike*, Bd. 4, 1998, Sp. 794 ff.; dort wird freilich darauf hingewiesen, dass die antike Gastfreundschaft nicht einen rein altruistischen Charakter hatte, sondern dass mit ihr auch politische und ökonomische Interessen verfolgt wurden. Insbesondere konnte die Gewährung von Gastlichkeit in ein dauerhaftes Bindungsverhältnis münden. Vgl. bereits R. v. JHERING, *Die Gastfreundschaft im Alterthum*, *Deutsche Rundschau* 51 (1887), 357 ff., der ebenfalls betonte, dass das Motiv der Gastfreundschaft nicht ethischer, sondern praktischer Art war.

4 K.-W. WEEBER, *Reisen*, in: H. Cancik, H. Schneider (Hg.), *Der Neue Pauly: Enzyklopädie der Antike*, Bd. 10, 2001, Sp. 859.

5 M. DRÄGER, *Wirtshaus*, in: H. Cancik, H. Schneider (Hg.), *Der Neue Pauly: Enzyklopädie der Antike*, Bd. 12/2, 2003, Sp. 545.

Quelle für den neuesten Klatsch. Das Personal war Prostituierten gleichgestellt⁶.

2.2. Das *receptum nautarum cauponum stabulariorum*

Unter diesen Umständen wurde es offenbar üblich, dass Gastwirte (häufig wohl durch Aushang)⁷ für ihre Zuverlässigkeit warben und bei Vertragsabschluss eine besondere Garantie für die Sicherheit der von ihren Gästen eingebrachten Sachen übernahmen (*recipere res salvas fore*)⁸. Auf der Grundlage einer solchen Garantie war der Prätor bereit, eine Klage gegen den Gastwirt zu gewähren „quod cuiusque salvum fore receperint nisi restituent“⁹. Gleiches galt gegenüber Stallwirten (*stabularii*) und gegenüber denen, die (als Reeder) ein Schiff betrieben (*nautae*)¹⁰. Die Angehörigen dieser Berufsgruppen hafteten damit ohne Rücksicht auf Verschulden. Ursprünglich war

-
- 6 L. FRIEDLAENDER, Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms, 10. Aufl., besorgt von G. Wissowa, Bd. I, 1922, 350 f.; DRÄGER, Wirtshaus (Fn. 5), 546 f.; WEEBER, Reisen (Fn. 4), 859 f.
- 7 O. LENEL, ZRG (RA) 13 (1892), 403 vermutet eine Garantieübernahme „durch Aufschrift auf der Straßenseite des Gasthofes“.
- 8 WEEBER, Reisen (Fn. 4), 860; M. KASER, Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt, 2. Aufl. 1971, 585.
- 9 ULPIAN D. 4,9,1 pr. Zur Bedeutung des Begriffs „recipere“ in diesem Zusammenhang CHR. F. GLÜCK, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Bd. 6, 1800, 106; A. J. M. MEYER-TERMEER, Die Haftung der Schiffer im griechischen und römischen Recht, 1978, 201, 209; 185 ff.
- 10 Dazu näher GAIUS D. 4,9,2 und 5. Gab es ursprünglich verschiedene Edikte für *nautae* einerseits und *cauponae/stabularii* andererseits? Dazu F. M. DE ROBERTIS, *Receptum nautarum. Studio sulla responsabilità dell' armatore in diritto romano, con riferimento alla disciplina particolare concernente il caupo e lo stabularius*, Annali Bari 12 (1953), 125 ff.; J. A. C. THOMAS, Carriage by Sea, RIDA 7 (1960), 489; A. PETRUCCI, Ancora sulla protezione dei contraenti con gli imprenditori nel diritto romano classico: il caso dell' „receptum nautarum, cauponum et stabulariorum“, in: Estudios de derecho civil: Obligaciones y contratos, Libro homenaje a F. Hinestrosa, 2003, 75 f.; H. WICKE, *Respondeat Superior: Haftung für Verrichtungsgehilfen im römischen, römisch-holländischen, englischen und südafrikanischen Recht*, 2000, 83 f.; P. CERAMI, A. DI PORTO, A. PETRUCCI, Diritto Commerciale Romano, 2004, 269. Einen Ursprung des prätorischen Edikts, soweit es sich auf *nautae* bezog, im Rhodischen Seerecht vermutet T. E. DÖNGES, *The Liability for Safe Carriage of Goods in Roman-Dutch Law*, 1928, 8 ff. Schätzungen zum Alter des Edikts variieren sehr stark; es dürfte aus dem ersten oder zweiten vorchristlichen Jahrhundert stammen; vgl. MEYER-TERMEER, Schifferhaftung (Fn. 9), 185 ff. Für eine frühere Datierung A. FÖLDI, Anmerkungen zum Zusammenhang zwischen der Haftung *ex receptum nautarum cauponum stabulariorum* und der Haftung für *custodia*, RIDA 40 (1993), 263, 276 ff.

diese Haftung unbeschränkt¹¹. Labeo empfahl jedoch, dem Schiffsbetreiber aus Billigkeitsgründen eine Einrede zu gewähren, wenn er die ihm anvertrauten Sachen durch Schiffbruch oder den Überfall von Seeleuten verloren hatte¹². Diese Einrede wurde alsbald auf andere Fälle der höheren Gewalt ausgedehnt und auch auf die Gast- und Stallwirtschaftung erstreckt¹³. Das *receptum nautarum cauponum stabulariorum* entsprach damit jedenfalls im Wesentlichen einem Haftungsmaßstab, für dessen Bezeichnung sich in der modernen romanistischen Literatur der Begriff *custodia* eingebürgert hat¹⁴. Für *custodia* hafteten, beispielsweise, der Entleiher, bestimmte Werkunternehmer (wie der Walker oder Flickschneider) und der Speichervermieter, die alle ebenfalls Sachen eines anderen in Händen haben, die diesem später zu restituieren sind¹⁵. Die Eigenart der klassischen *custodia*-Haftung wurde freilich durch Justinian dadurch verschleiert, dass er *custodia*-Verletzungen als Verschulden auffasste und in diesem Zusammenhang gelegentlich einen besonders hohen, ja im Grunde genommen utopischen, Sorgfaltsstandard formulierte (*exactissima diligentia, diligentissimus pater familias*)¹⁶.

2.3. Gründe

An zwei Stellen des einschlägigen Digestentitels (4,9) geht Ulpian auf die Gründe ein, die den Prätor zur Gewährung einer Klage *de recepto* gegen *nautae, caupones, stabularii* bewogen haben. Der Nutzen dieser ediktalen

11 Der Gastwirt fungierte damit als eine Art Versicherer; vgl. O. LENEL, Kritisches und Antikritisches, ZRG (RA) 49 (1929), 5; W. ERNST, Wandlungen des „vis-maior“-Begriffes in der Entwicklung der römischen Rechtswissenschaft, Index 22 (1994), 297.

12 LABEO/ULPIAN D. 4,9,3,1.

13 ULPIAN D. 4,9,3,1 in fine.

14 GAIUS D. 4,9,5 pr. Zu diesem Text vgl. R. FEENSTRA, Deux textes de Gaius sur la responsabilité contractuelle: D. 19, 2, 40 et D. 4, 9, 5, in: Droits de l'antiquité et sociologie juridique: Mélanges Henri Lévy-Bruhl, 1959, 105 ff.; J. A. C. THOMAS, Carriage by Sea, RIDA 7 (1960), 498 ff. Vgl. ferner ULPIAN D. 4,9,1,8 („... et puto omnium eum recipere custodiam, quae in navem illatae sunt ...“) sowie WICKE, Respondeat Superior (Fn. 10), 82, der herausarbeitet, dass damit auch eine strikte Haftung für Hilfspersonen gegeben war.

15 Vgl. wiederum GAIUS D. 4,9,5 pr. Allgemein zur klassischen *custodia*-Haftung KASER, Römisches Privatrecht I (Fn. 8), 506 ff.; R. ZIMMERMANN, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, paperback edition 1996, 193 ff.; zur Frage der *custodia* im vorliegenden Zusammenhang vgl. zuletzt FÖLDI, RIDA 40 (1993), 280 ff.; WICKE, Respondeat Superior (Fn. 10), 32, 92 f.; CERAMI/DI PORTO/PETRUCCHI, Diritto Commerciale (Fn. 10), 277 f.

16 Dazu M. KASER, Das römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt, 2. Aufl. 1975, 352 ff.; ZIMMERMANN, Law of Obligations (Fn. 15), 192 f. (beide m. w. N.). Zurückhaltender M. KASER, R. KNÜTEL, Römisches Privatrecht, 18. Aufl. 2005, 183.

Klageverheißung sei „überaus groß“, da es häufig nötig sei, „der Zuverlässigkeit solcher Leute zu vertrauen und ihnen Sachen zur Bewachung zu überlassen“. Ohne die verschärfte Haftung läge es für sie nahe, „mit Dieben gegen die Personen, denen sie Aufnahme gewähren, gemeinsame Sache zu machen“, und dies umso mehr als sie sich „nicht einmal jetzt solcher Machenschaften enthalten“¹⁷. Und kurz darauf zitiert Ulpian Pomponius mit dem Hinweis darauf, dass der Prätor „dieser Sorte von Menschen“ offenbar deutlich machen wollte, er werde dafür sorgen, dass es mit ihrer Unredlichkeit ein Ende habe¹⁸. Beide Texte bestätigen das geringe Sozialprestige der betroffenen Berufsgruppen¹⁹. Gemeinsam war ihnen überdies eine Position, die sich leicht missbrauchen ließ. Wer als Reisender Quartier für sich oder sein Pferd suchte, oder wer Waren oder Privatgegenstände über See schicken wollte, war auf die Dienste eines *caupo*, *stabularius* oder *nauta*, und damit auf ihre Vertrauenswürdigkeit, angewiesen. Wenn seine Sachen verloren gingen oder beschädigt wurden, war es für ihn zumeist unmöglich, die Ursache zu ermitteln. Er hatte seine Sachen einem für ihn fremden Einwirkungsbereich ausgeliefert, den er weder beherrschen noch überblicken konnte. Das Mindeste, was der Prätor unter diesen Umständen tun konnte, war, formlose Garantiezusagen klagbar zu stellen²⁰. Die *exceptio Labeoniana* bedeutete demgegenüber, modern gesprochen, eine teleologische Restriktion des Haftungsregimes; denn um den Gefahren einer Kollusion mit Dieben oder anderen Formen unehrlichen Verhaltens zu begegnen, genügte es, *caupo*, *stabularius* und *nauta* eine *custodia*-Haftung aufzuerlegen.

17 ULPIAN D. 4,9,1,1 („Maxima utilitas est huius edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere. ... nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos quos recipiunt coeundi, cum ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus“). Alle Übersetzungen hier und im Folgenden nach O. BEHREND, R. KNÜTEL, B. KUPISCH, H. H. SEILER, *Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung*, Bd. II, 1995).

18 POMPONIUS/ULPIAN D. 4,9,3,1 („... ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum“).

19 Ob auch *nautae* so schlecht beleumundet waren, ist nicht klar, kann aber hier offenbleiben; vgl. DE ROBERTIS, *Annali Bari* 12 (1953) 17 ff.; KASER, *Römisches Privatrecht I* (Fn. 8), 586 (Fn. 32); WICKE, *Respondeat Superior* (Fn. 10), 83 f. Den Charakter der *receptum*-Haftung als Unternehmerhaftung betont PETRUCCI, *Ancora* (Fn. 10), 74 ff.

20 Hintergrund war der *numerus clausus* des römischen Vertragsrechts, wonach Abreden und Versprechen, die nicht der Stipulationsform genügten, keine klagbare Verbindlichkeit begründeten: *nuda pactio* (und, man darf ergänzen: *nuda promissio*) *obligationem non parit* (ULPIAN D. 2,14,7,4; dazu ZIMMERMANN, *Law of Obligations* (Fn. 15), 508 ff. sowie 68 ff. zur Stipulationsform).

2.4. Verhältnis zu anderen Klagemöglichkeiten

Damit ergab sich jedoch gleichzeitig die Frage, ob die Gewährung einer eigenständigen, auf das *receptum* gegründeten Haftung tatsächlich erforderlich war. Schließlich stand das *receptum* nicht für sich, sondern wurde begleitet vom Abschluss eines regulären, und als solchen durchaus klagbaren Konsensualvertrages²¹. Der Seetransport wurde in der Regel im Rahmen einer *locatio conductio operis* abgewickelt²², während zum Zwecke der Zimmervermietung eine *locatio conductio rei* zustandekam. Zudem gab es prätorische Deliktssklagen in Fällen von *furtum vel damnum in navi aut caupona aut stabulo*²³. Doch bezogen sich letztere nur auf zwei bestimmte Fallgestaltungen,

21 Vgl. etwa DE ROBERTIS, *Annali Bari* 12 (1953), 51 ff.; MEYER-TERMEER, Schifferhaftung (Fn. 9), 185, 191; WICKE, *Respondeat Superior* (Fn. 10), 85; CERAMI/DI PORTO/PETRUCCI, *Diritto Commerciale* (Fn. 10), 281 f. Contra: M. SARGENTI, *Problemi delle responsabilità contrattuale*, *SDHI* 20 (1954) 150 f.

22 Je nach dem Gegenstand des Transports (Personen oder Waren) handelte es sich um *locatio conductio vectorum vehendorum* oder *rerum vehendarum*. Freilich ließ sich der Vertrag unter Umständen auch als Raummiete auf dem Schiff und damit als *locatio conductio rei* qualifizieren. In diesem Fall musste die Transportverpflichtung durch eine Zusatzabrede begründet werden. Dazu näher MEYER-TERMEER, Schifferhaftung (Fn. 9), 177 ff.; J. A. C. THOMAS, *Juridical Aspects of Carriage by Sea and Warehousing in Roman Law*, in: *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'Histoire Comparative des Institutions*, 133 ff.; DERS., *RIDA* 7 (1960), 496 f.

23 ULPIAN D. 47,5,1 pr. ff.; PAULUS D. 4,9,6,1 ff. Dazu KASER, *Römisches Privatrecht I* (Fn. 8), 586; W. WOŁODKIEWICZ, *Le fonti delle obbligazioni nelle istituzioni di Gaio e nelle res cottidianae*, *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 24 (1970), 210 ff.; WICKE, *Respondeat Superior* (Fn. 10), 85 ff. Es handelte sich dabei um eine der vier aus Inst. IV,5 bekannten „quasideliktischen“ Verbindlichkeiten. Deren gemeinsamer Nenner lag vermutlich darin, dass diejenigen, die für eine Quelle erhöhter Gefahr für die Rechtsgüter anderer verantwortlich waren, einer verschuldensunabhängigen Haftung unterworfen wurden. Näher dazu (und zu Gegenansichten) ZIMMERMANN, *Law of Obligations* (Fn. 15), 15 ff. Die quasideliktischen Klagen *de furto vel damno in navi aut caupona aut stabulo* waren, was ihre Voraussetzungen betraf, in einigen Punkten enger als die *actio de recepto* (vgl. die Gegenüberstellung bei DÖNGES, *Liability* [Fn. 10], 24 ff.), gingen andererseits aber auf das Doppelte. Da diese *poena dupli* im *usus modernus* außer Gebrauch kam, wurde damit auch die quasideliktische Verbindlichkeit selbst zunehmend bedeutungslos; vgl. S. VON GROENEWEGEN VAN DER MADE, *Tractatus de legibus abrogatis in Hollandia vicinisque regionibus*, Leiden 1649, ad D. Lib. IV, Tit. IX, l. ult. § 1; J. VOET, *Commentarius ad Pandectas*, Paris 1829, Liber IV, Titulus IX, X; G. A. STRUVE, *Syntagma Jurisprudentiae secundum ordinem Pandectarum, cum additionibus Petri Mülleri*, Frankfurt und Leipzig, 1692, *Exercitatio VIII*, Liber IV, Titulus IX, CXVI (zu dieser Klage im einzelnen vgl. CXII ff.; GLÜCK, *Erläuterung* [Fn. 9] 143 f.) Vgl. aber auch W. A. LAUTERBACH, *Tractatio synoptica, de nautis, cauponibus et stabulariis*, Diss. Tübingen (Respondent Johannes Peilicke), 1676, Ausgabe Halle/Magdeburg 1740, LXV (mit ausführlicher Darstellung der Voraussetzungen dieser Klage [LV ff.]). Zur quasi-

während die *actio de recepto* von allgemeinerem Zuschnitt war²⁴. Der Vermieter bei der Zimmer- oder Stallmiete haftete nach allgemeinen Grundsätzen für *dolus* und *culpa*, so dass die *actio de recepto* eine fühlbare Haftungsverschärfung bedeutete. Ein Problem bildet insofern nur der *nauta*, der als *conductor* sowieso bereits für *custodia* gehaftet haben könnte. Doch ist zum einen unklar, ob dieser Haftungstyp nicht auf bestimmte Berufsgruppen beschränkt war²⁵. Zum anderen galt, auch wenn das nicht der Fall gewesen sein sollte, eine *custodia*-Haftung dann nicht als angemessen, wenn der Werkunternehmer die ihm überlassenen Sachen im Einvernehmen mit dem Vertragspartner einem gesteigerten Risiko – hier: dem eines Seetransports – aussetzte²⁶. Immerhin fragten aber auch die römischen Juristen der klassischen Zeit gelegentlich etwas ratlos, warum die *actio de recepto* überhaupt eingeführt worden war²⁷. Für sie war die Beantwortung dieser Frage noch dadurch erschwert, dass das Wesen der *actio de recepto* sich im Laufe der Zeit erheblich verändert hatte. Vor allem scheint die Garantiezusage beim Abschluss von Gastaufnahme- und Stallwirtsverträgen sowie beim Seetransport im Laufe der Zeit immer selbstverständlicher geworden zu sein, so dass sie schließlich stillschweigend in den Vertrag hineingelesen wurde, sofern der Gastwirt, Stallwirt oder Schiffer seine Haftung nicht ausdrücklich ausgeschlossen hatte (was möglich blieb)²⁸. Damit wurde, was als bloßes *accidentale negotii* be-

deliktischen Haftung von *nauta*, *caupo* und *stabularius* und zum Schicksal der Quasidelikte im römisch-holländischen Recht allgemein vgl. unter dem Aspekt der Verrichtungsgehilfenhaftung WICKE, *Respondeat Superior* (Fn. 10), 119 ff.

- 24 THOMAS, *Recueils Bodin* 32 (1974) 135 f.; vgl. auch MEYER-TERMEER, *Schifferhaftung* (Fn. 9), 194; CERAMI/DI PORTO/PETRUCCI, *Diritto Commerciale* (Fn. 10), 298 ff.; ausführlich WICKE, *Respondeat Superior* (Fn. 10), 91 ff. Anders (nämlich ausgehend von der Ansicht, die quasideliktische Haftung beruhe auf *culpa*) etwa DÖNGES, *Liability* (Fn. 10), 24 ff.
- 25 Dazu KASER, *Römisches Privatrecht I* (Fn. 8), 508; ZIMMERMANN, *Law of Obligations* (Fn. 15) 399.
- 26 KASER, *Römisches Privatrecht I* (Fn. 8), 508, 586; dagegen FÖLDI, *RIDA* 40 (1993), 283 f. Zu den verschiedenen Ansichten zum Verhältnis der Haftung aus *receptum* und *locatio conductio* im Falle des Seetransports vgl. ZIMMERMANN, *Law of Obligations* (Fn. 15), 517 ff.; ferner WICKE, *Respondeat Superior* (Fn. 10), 92; CERAMI/DI PORTO/PETRUCCI, *Diritto Commerciale* (Fn. 10), 281 f.
- 27 POMPONIUS/ULPIAN D. 4,9,3,1 („Miratur igitur [Pomponius], cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles ...“).
- 28 ULPIAN D. 4,9,7 pr.; Voraussetzung: eine entsprechende Ankündigung seitens des Gastwirts, Stallwirts oder Schiffers und eine Zustimmung von Seiten der Gäste oder Passagiere (*praedictio* und *consensus*). Dies Fragment bezieht sich zwar unmittelbar nur auf die soeben (Fn. 23) erwähnte prätorische Deliktssklage, doch wurde stets angenommen, dass dasselbe auch für die *receptum*-Haftung galt. Vgl. LAUTERBACH/PEILICKE, *De nautis* (Fn. 23), XLVIII (unter Berufung auf „constans ... Dd. sententia“); L. GOLDSCHMIDT, *Das receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*, *ZHR* 3 (1860), 334 f.; DÖNGES, *Liability* (Fn. 10), 102; E. BRUNNER, *Die Freizeich-*

gonnen hatte, im Grunde zu einem *naturale* des Gastaufnahme- und des Seefrachtvertrages²⁹. Die Einzelheiten dieser Entwicklung sind freilich unklar.

2.5. Auslegungsprobleme

Justinian bewahrte diesen Rechtszustand im Wesentlichen unverändert³⁰. Er überlieferte der Nachwelt auch eine Reihe von Streitfragen, die sich um die *receptum*-Haftung herumrankten, dies freilich überwiegend im Hinblick auf die praktisch offenbar im Vordergrund stehende Seetransport-Variante. Kennzeichnend für die weitere Entwicklung war die Tatsache, dass schon die römischen Juristen den Anwendungsbereich der *receptum*-Klage nicht nur nach seinem Wortlaut bestimmten, sondern sie analog auch auf Floßschiffer und die Führer von Lastkähnen anwandten³¹. Eine extensive Tendenz kam außerdem etwa darin zum Ausdruck, dass die Haftung außer für Waren auch für solche Sachen galt, „die zu den Waren noch hinzukommen“, wie Kleidung und andere Gegenstände des täglichen Bedarfs³²; dass Sachen, selbst wenn sie dem Schiffer oder seinem Kapitän nicht übergeben wurden, allein dadurch als zur Gewähr der Obhut übernommen angesehen wurden, dass sie an Bord gebracht worden waren³³; dass es andererseits, wenn der Schiffer die Sachen einmal übernommen hatte, nichts ausmachte, dass sie noch nicht an Bord gebracht worden waren, sondern an Land untergingen³⁴; und dass es

nung des Gastwirts, Diss. Heidelberg 1928, S. 81; heute: KASER, Römisches Privatrecht I (Fn. 8) 586 (Fn. 35).

29 V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, 2. Aufl. 1958, 103 ff.; J. C. VAN OVEN, *Actio de recepto et actio de locati*, TR 24 (1956) 148 ff.; A. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du préteur*, 1958, 148 ff.; THOMAS, RIDA 7 (1960) 498 f.; KASER, Römisches Privatrecht I (Fn. 8), 585; ZIMMERMANN, *Law of Obligations* (Fn. 15), 519 f.; FÖLDI, RIDA 40 (1993), 267; M. HERZOG, *Die Haftung des Gastwirts für eingebrachte Sachen des Gasts nach §§ 701-703 des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 1999, 12 f.; PETRUCCI, *Ancora* (Fn. 10), 94 ff.; WICKE, *Respondeat Superior* (Fn. 10), 84 f.; CERAMI/DI PORTO/PETRUCCI, *Diritto Commerciale* (Fn. 10), 281 ff. Contra: MEYER-TERMEER, *Schifferhaftung* (Fn. 9), 201 ff.

30 KASER, Römisches Privatrecht II (Fn. 15), 408.

31 LABEO/ULPIAN D. 4,9,1,4. Dazu z. B. GLÜCK, *Erläuterung* (Fn. 9), 126 f.; DÖNGES, *Liability* (Fn. 10), 78 f.; MEYER-TERMEER, *Schifferhaftung* (Fn. 9), 188 f.

32 VIVIAN/ULPIAN D. 4,9,1,6 („... ad eas quoque res hoc edictum pertinere, quae mercibus accederent, veluti vestiment quibus in navibus uterentur et cetera quae ad cottidianum usum habemus“).

33 ULPIAN D. 4,9,1,8.

34 ULPIAN D. 4,9,3 pr.

nicht darauf ankam, ob der Schiffstransport oder die Gastaufnahme entgeltlich oder unentgeltlich geschehen war³⁵.

3. Usus modernus

3.1. Gasthäuser und ihre Entwicklung

Die spätantike und frühmittelalterliche Kirche übernahm die römischen Vorbehalte gegenüber Wirten und gewerblichen Herbergen und schuf mit den Xenodochien ihre eigenen Einrichtungen für die Beherbergung Reisender³⁶. Daneben blieb noch lange die archaische Gastfreundschaft gegenüber Fremden weit verbreitet. Seit dem 11. Jahrhundert entstanden in Verbindung mit der Kreuzzugsbewegung kirchliche Hospize in großer Zahl; gleichzeitig kam es infolge des aufblühenden Handelsverkehrs zur Einrichtung von weltlichen Herbergen für Kaufleute³⁷. Im Spätmittelalter verbreitete sich dann, von Südeuropa ausgehend, der Typus des gewerblich betriebenen Gasthauses im modernen Sinn. Es wurde als solches in der Regel durch ein Gasthauschild kenntlich gemacht³⁸, und die gastgewerbliche Tätigkeit war obrigkeitlich strikt reglementiert³⁹. Große spätmittelalterliche Städte konnten über

³⁵ PAULUS D. 4,9,6 pr.

³⁶ DRÄGER, Wirtshaus (Fn. 5), 547; J. HAHN, Xenodocheion, in: H. Cancik, H. Schneider (Hg.), *Der Neue Pauly: Enzyklopädie der Antike*, Bd. 12/2, 2003, Sp. 615 f.; näher zur Gastlichkeit der Kirche H. C. PEYER, *Von der Gastfreundschaft zum Gasthaus. Studien zur Gastlichkeit im Mittelalter*, 1987, 116 ff.; vgl. auch J. KACHEL, *Herberge und Gastwirtschaft in Deutschland bis zum 17. Jahrhundert*, 1924, 19 ff.

³⁷ PEYER, *Gastfreundschaft* (Fn. 36) 21 ff., 51 ff., 126 ff., 138 ff.; vgl. auch im Überblick H. C. PEYER, *Gasthaus*, in: *Lexikon des Mittelalters*, Bd. IV, 1989, Sp. 1132. Zur Kulturgeschichte des Reisens vgl. für das Mittelalter N. OHLER, *The Medieval Traveller*, 1989 (zum Thema „hospitality and inns“ vgl. darin S. 79 ff.).

³⁸ Dazu PEYER, *Gastfreundschaft* (Fn. 36) 231 ff.; KACHEL (Fn. 36) 168 ff.; für die frühe Neuzeit vgl. z.B. STRUVE/MÜLLER, *Syntagma* (Fn. 23), CVI, Anm. ε (504 r.Sp., 505 l.Sp.).

³⁹ PEYER, *Gastfreundschaft* (Fn. 36) 263 ff.; DERS., *Gasthaus* (Fn. 37), 1133 und 1134; KACHEL (Fn. 36) 68 ff. (z. B.: Öffnungszeiten, Meldepflicht, Verbot des Waffentragens, Verbot der Aufnahme verdächtiger Leute, Verpflegung zu festgesetzten Preisen). Dasselbe galt für die frühe Neuzeit; vgl. etwa LAUTERBACH/PEILICKE, *De nautis* (Fn. 23), IX ff.; C. O. V. MADAI, *Sind Gastwirte wirklich berechtigt, Reisende abzuweisen?*, *Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß* 18 (1843), 399 ff.; F. RAUERS, *Kulturgeschichte der Gaststätte*, 1942, 282 ff., 394 ff. Vgl. auch § 440 II 8 PrALR. Einen guten Überblick über für Gaststätten einschlägige Regelungen in frühneuzeitlichen Polizeiordnungen bieten die von Michael Stolleis und Karl Härter herausgegebenen *Repertorien der Polizeyordnungen der frühen Neuzeit*, mehrere Bände ab 1996. Vgl.

100 Gasthäuser in allen Preis- und Güteklassen aufweisen⁴⁰. Manche Gasthöfe verfügten über gut ausgestattete Schlafkammern, in anderen mussten die Gäste im Heu oder auf dem Boden übernachten⁴¹. Entsprechend vielfältig ist der Eindruck, den zeitgenössische Reisebeschreibungen vermitteln⁴². In der frühen Neuzeit gewannen die Postgasthöfe für die Entwicklung des Gasthofwesens und des Fremdenverkehrs eine große Bedeutung⁴³. Anders als in Rom war der Beruf eines Gastwirts nicht mehr suspekt und sozial minderwertig; die Inhaber der führenden Herbergen konnten zum Patriziat ihrer Stadt gehören und öffentliche Ämter bekleiden⁴⁴.

etwa für Brandenburg/Preußen Bd. 2.1, 1998, zu erschließen über das alphabetische Sachregister in Bd. 2.2, 1998, unter den Einträgen Gaststätten, Gaststättenbesuch, Gastwirte. Besonders häufig waren Regelungen über Getränke, Konzessionsbedingungen, Bier; daneben finden sich Bestimmungen über Beherbergung Fremder, Beherbergungsverbot, Übernachtung, Unterhalt (z. B.: Edict, wegen derer Bettler, Zigeuner, etc. wie es damit zu halten nachdem die Pest in Pohlen weiter um sich greift von 1708); Qualität, Speisen, Getränke, Unterkunft, Anzahl (z. B.: Edict von anzulegenden mehreren Wirtshäusern und Krügen, und wie solche zur Bequemlichkeit der Reisenden beschaffen seyn sollen, auch dieselben gut zu bewirthen etc., von 1697); Alkoholausschank, Sonntag (z. B.: Declaration zu einem Edict wegen der Sabbathsfeyer von 1718); Beherbergung Fremder, Beherbergungsverbot, Feuergefahr (z. B.: Feuerordnung von 1727); Aufsicht, Unterkunft, Konzessionen, Bedingungen, Übernachtung, Getränke (z. B.: Edict, wegen der Ordonnantz- und Wirts-Häuser in den Churmärkischen Städten von 1717); oder Preistaxen, Aufsicht (Policeyreglement von 1787).

- 40 PEYER, Gastfreundschaft (Fn. 36) 264 ff.; DERS., Gasthaus (Fn. 37), 1134. Vgl. auch LAUTERBACH/PEILICKE, *De nautis* (Fn. 23), VIII („In quibusdam ..., experientia teste, hospitantur tantum viri honoratior, nobiles, ac saepe etiam Principes“). Zur Geschichte der Gasthäuser in anderen Teilen Europas vgl. die Beiträge in C. PEYER (Hg.), *Gastfreundschaft, Taverne und Gasthaus im Mittelalter*, 1983; für England R. ZIMMERMANN, *Innkeepers' liability: Die Entwicklung der Gastwirthaftung in England*, in: *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris*, 2007, sub II. mit Nachw.; für die Schweiz B. KÜMIN, *Useful to have, but difficult to govern: Inns and taverns in early modern Bern and Vaud*, *Journal of Early Modern History* 3 (1999), 153 ff.
- 41 KACHEL (Fn. 36) 172 ff.; M. HOFFMANN, *2000 Jahre Gaststätte*, 1954, 64; PEYER, *Gastfreundschaft* (Fn. 36) 258 ff.
- 42 Vgl. die Angaben bei R. GLÜCKSMANN, *Das Gaststättenwesen*, 1927, 12 ff.; RAUERS (Fn. 39) 221 ff., 370 ff.; M. HOFFMANN, *Geschichte des deutschen Hotels*, 1961, 60 ff.
- 43 HOFFMANN, *Geschichte* (Fn. 42), 121 ff.
- 44 HOFFMANN, *Gaststätte* (Fn. 41), 74 ff.; DERS., *Geschichte* (Fn. 42), 57 ff.; PEYER, *Gastfreundschaft* (Fn. 36) 270 ff.; KACHEL (Fn. 36) 134 ff. Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Abgrenzung von *caupo* und *caupona* gegenüber *tabernarius* und *taberna* (übersetzt mit dem Wort „Garküche“) bei LAUTERBACH/PEILICKE, *De nautis* (Fn. 23), VII („Caupona vero est honoratior ...“). Zu mittelalterlichen Tavernen vgl. PEYER, *Gastfreundschaft* (Fn. 36) 77 ff., 220 ff.; vgl. auch RAUERS (Fn. 39) 933 ff. und die Beiträge in B. KÜMIN, B. A. TLUSTY (Hg.), *The World of the Tavern. Public Houses in Early Modern Europe*, 2002.

3.2. Rezeption der receptum-Haftung?

Angesichts dessen war nicht von vornherein selbstverständlich, dass die strikte *receptum*-Haftung des römischen Rechts auch im frühneuzeitlichen Europa Geltung beanspruchen konnte. Und in der Tat wurde die Rezeption des Digestentitels 4,9 gelegentlich infrage gestellt. Augustin Leyser⁴⁵ verwies in diesem Zusammenhang neben einer Reihe von deutschen und niederländischen Autoren auf ein Urteil des Leipziger Schöffenstuhls von 1626⁴⁶, wo die Haftung des Wirts auf „seine negligenz und Verwahrlosung“ gestützt worden war⁴⁷. Doch brauchte, worauf Johannes Schilter hinwies, dies Urteil nicht unbedingt so verstanden zu werden, dass der Wirt *lediglich* aus Verschulden haftete⁴⁸. Auch Benedikt Carpzov, der das Urteil überliefert hatte, war in seinen Erläuterungen von der Rezeption des Edikts *de nautis, cauponibus et stabulariis* ausgegangen⁴⁹. Dies entsprach jedenfalls der ganz überwiegenden Ansicht französischer⁵⁰, deutscher⁵¹ und (entgegen Leyser)

-
- 45 A. LEYSER, *Meditationes in Pandectas*, Bd. I, 3. Aufl. Leipzig 1741, Specimen LXVI, II („Negant multi, inter exteros Groenewegius, Gudelinus, Vinnius, Simon van Leeuwen, ex nostris ... Schilterus ..., Beyer ..., Thomasius ..., qui omnes, culpam nautae vel cauponis probandum esse, contendunt“). Die Angaben hinsichtlich der niederländischen Autoren sind jedoch unzutreffend.
- 46 Mitgeteilt und zitiert bei B. CARPZOV, *Jurisprudentia Forensis Romano-Saxonica*, Ausgabe Leipzig/Frankfurt 1694, Pars II, Constitutio XXVI, Definitio X, in fine (causa Antonii Bartii).
- 47 Zum Begriff des *caupo* vgl. insbesondere LAUTERBACH/PEILICKE, *De nautis* (Fn. 23), III, XXIII (nur, wer gewerbsmäßig einen Gasthof führt; keine Gastwirtschaft also bei Gewährung einer Übernachtungsmöglichkeit unter Freundschaft, bei der gelegentlichen Aufnahme von Besuchern großer Messen in Städten wie Leipzig oder Frankfurt, oder bei der Vermietung von Zimmern an Studenten. Begründung: „Cessat namque in hisce omnibus professio, et inde veniens suspicio, quae praecipuam causam dedit ... Actioni de Recepto“). Zur Frage der Anwendung der *actio de recepto* auf *tabernarii* (Betreiber von Garküchen; vgl. Fn. 44) LAUTERBACH/PEILICKE, *De nautis* (Fn. 23), XXXII; STRUVE/MÜLLER, *Syntagma* (Fn. 23), CVI, Anm. δ (504 r.Sp.) und CX, Anm. δ (509 l.Sp.); später etwa GIMMERTHAL, *Ueber das Receptum nautae et cauponis* und insbesondere I. 6.5.3. D. IV.9., *Archiv für praktische Rechtswissenschaft* 2 n. F. (1865), 112 ff. sowie WEIS und GRUCHOT (s. unten Fn. 150). Zu Garküchen und Gastwirtschaften und ihrem Unterschied vgl. auch §§ 434 ff. II 8 PrALR.
- 48 J. SCHILTER, *Praxis Iuris Romani in Foro Germanico*, Bd. I, Ausgabe Jena 1698, *Exercitatio ad Pandectas XII*, § XXV („Poterit etiam nisi fallor, subtiliter dici, verba ista: Solches auch durch seine negligenz und Verwahrlosung geschehen ex facti specie ita fuisse assumpta et inserta, non quasi de iure culpa allegatio requiretur: quae si ex facto apparet, eo fortius obligat“).
- 49 CARPZOV, *Jurisprudentia* (Fn. 46), Pars II, Constitutio XXVI, Definitio X.
- 50 Vgl. etwa J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Bd. I, Ausgabe Paris 1777, Livre I, Titre XVI, Section I, V; ferner H. COING, *Europäisches Privatrecht*, Bd. I, 1985, 517.

gerade auch römisch-holländischer Autoren⁵². Samuel Stryk hielt das Edikt, da es dem Gast den Nachweis eines schuldhaften Verhaltens seitens des Gastwirts erspare, für „etiam hodie ... utilissimum“⁵³. Manche Autoren tradierten die schlechte Meinung der Römer über die Gastwirte (Fachinaeus sprach von „pessimum“, Mascardus von „furacissimum genus hominum“)⁵⁴,

-
- 51 Vgl. etwa W. X. A. FREIHERR V. KREITTMAYR, Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem, Teil IV, 1759, 656; GLÜCK, Erläuterung (Fn. 9), 111 f. m.w.N. und C. WEIS, Bemerkungen zu dem Receptum der Wirthe, Archiv für praktische Rechtswissenschaft 5 n. F. (1868), 295 ff. mit Hinweisen auf die Spruchpraxis der Fakultäten in Wittenberg (1695), Tübingen (1744) und Göttingen (1772). Weis zitiert ferner eine einschlägige Entscheidung des Reichskammergerichts v. 9.3.1743 in diesem Sinne; sie findet sich in J. U. FREIHERR V. CRAMER, Wetzlarische Nebenstunden, Teil 73, 1767, II. Für die frühneuzeitlichen Gesetzgeber in Deutschland vgl. Teil II, Titel 3, § 15 des Württembergischen Landrechts von 1610 und Buch IV, Titel 18, Art. 3, § 2; Titel 19, Art. 1, § 9 des Landrechts des Herzogtums Preußen von 1620; CMBC IV 13, § 10. Bereits Conrad Heydens Klagspiegel (um 1436) hatte die römische *receptum*-Haftung rezipiert; freundlicher Hinweis von Andreas Deutsch, Frankfurt am Main; zu den einschlägigen Titeln 20 und 70 vgl. A. DEUTSCH, Der Klagspiegel und sein Autor Conrad Heyden, 2004, 259 f.
- 52 Vgl. etwa P. GUDELINUS, Commentaria de Iure Novissimo, Arnheim 1643, Lib. II, Cap. X (S. 125); VOET, Commentarius (Fn. 23), Liber IV, Titulus IX, X; S. VAN LEEUWEN, Censura Forensis theoretico-practica, Leiden 1662, Lib. V, Cap. XXX, 3-6; ferner DÖNGES, Liability (Fn. 10), 34 ff. Über das römisch-holländische Recht gelangte die strikte *receptum*-Haftung der Gastwirte, Stallwirte, und Schiffer auch in das südliche Afrika, wo sie, da das Privatrecht dort nie kodifiziert wurde, bis heute fortlebt; für Südafrika vgl. etwa *Davis v Lockstone*, 1921 AD 153 (159); D. J. MCQUOID-MASON, Vicarious and Strict Liability, in: The Law of South Africa, Bd. 30 (first reissue), 2002, para 287; T. W. BECKERLING, G. DOUVELO, Tourism, in: The Law of South Africa, Bd. 28 (first reissue), 2003, para 42; für Zimbabwe vgl. *Cotton Marketing Board of Zimbabwe v Zimbabwe National Railways*, 1900 [1] SA 582 (ZSC) 585 („There is no doubt that the Praetor's Edict ... is the Law of Zimbabwe and South Africa“). Auch in Schottland hat die gemeinrechtliche *receptum*-Haftung das Zeitalter der Kodifikation überdauert, spielt heute aber kaum noch eine praktische Rolle. So ist sie für den *caupo* weitgehend durch den Hotel Proprietors Act von 1956 verdrängt worden. Zur historischen Entwicklung vgl. R. ZIMMERMANN, P. SIMPSON, Strict Liability, in: Kenneth Reid, Reinhard Zimmermann (Hg.), A History of Private Law in Scotland, Bd. II, 2000, 569 ff.; vgl. ferner etwa K. MILLER, Strict Liability, in: The Laws of Scotland: Stair Memorial Encyclopedia, Bd. 15, 1996, para 144 ff. sowie neuerdings *Brian Drake v. Chales Dow and another*, Scottish Civil Law Reports 2006, 456 ff.
- 53 S. STRYK, Specimen Usus Moderni Pandectarum, 3. Aufl. Halle/Magdeburg 1708, Liber IV, Titulus IX, § 1.
- 54 A. FACHINAEUS, Controversiae Iuris, Ausgabe Köln 1614, Lib. XI, Caput LXXXVIII (*caupones* seien daher mit Wucherern vergleichbar); J. MASCARDUS, Conclusiones Probationum omnium, quae in utroque Foro versantur, Bd. II, Ausgabe Venedig 1593, Conclusio DCCCXXXII, Rn. 11. Vgl. ferner die Hinweise bei LAUTERBACH/PEILICKE, De nautis (Fn. 23), XV.

andere beriefen sich zugunsten der Beibehaltung der strikten Haftung auf die tägliche Erfahrung mit der *improbitas cauponum*⁵⁵, während wieder andere sorgfältig die Gründe auflisteten, die für diese Haftung sprachen, auch wenn anzuerkennen sei, dass „unsere Wirthe in dem Rufe nicht stehen, wie die bey den Römern“⁵⁶. Hatten schon die römischen Juristen das Edikt auf Floßschiffer und die Führer von Lastkähnen erstreckt⁵⁷, so wurde es im *usus modernus* vielfach auch auf Postmeister und (öffentliche) Landkutscher angewandt⁵⁸, weniger häufig hingegen auf Fuhrleute (und das heißt: Landtransport ganz allgemein)⁵⁹. Zur Begründung hieß es, dass man diesen Leuten „das Seinige

55 LEYSER, *Meditationes* (Fn. 45), Specimen LXVI, II („... quoniam rationem Beyerii Thomasiique, qui minorem hodie esse naturam et cauponum improbitatem dicunt, experientia quotidiana refellit“). Auf *experientia* beruft sich auch Mascardus an der oben genannten Stelle.

56 Vgl. insbesondere GLÜCK, Erläuterung (Fn. 9), 110 f. – Ulpian hatte gegenüber dem Einwand, ob nicht die gegenüber den Gastwirten angeordnete strikte Haftung eine zu große Härte darstelle, geltend gemacht, es sei „in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant“ (D. 4,9,1,1). Diese Stelle wurde im Hinblick auf die gegenläufige Aussage in ULPIAN D. 47,5,1,6 überwiegend dahin verstanden, es stehe in jedermanns Belieben, ob er eine Gastwirtschaft eröffne. Habe er dies aber einmal getan, könne er nicht ohne guten Grund die Aufnahme von Gästen ablehnen; vgl. J. SCHNEIDEWIN, *Institutionum In Quatuor Institutionum Imperialium Commentarii*, 9. Aufl. Straßburg/Frankfurt 1677, Liber IV, Titulus V, § Item Exercitor, Rn. 7; P. PECKIUS, *In Titt. Dig. et Cod. ad rem nauticam pertinentes commentarii*, Leiden 1647, ad D. 4,9,1,1 n. 7 (S. 6 f.), dazu auch den dort (f) abgedruckten Kommentar von Arnold Vinnius; VAN LEEUWEN, *Censura Forensis* (Fn. 52), Lib. V, Cap. XXX, 5; VOET, *Commentarius* (Fn. 23), Liber IV, Titulus IX, IV; LAUTERBACH/PEILICKE, *De nautis* (Fn. 23), XIII; STRUVE/MÜLLER, *Syntagma* (Fn. 23), CVI, Anm. δ (505 r.Sp.); GLÜCK, Erläuterung (Fn. 9), 111 f.; vgl. auch A. GAIL, *Observationum Practicarum Imperialis Camerae Libri Duo, et Centuriarum Sex*, Venedig 1613, Liber II, Caput X, 35, sowie die Darstellung bei v. MADAI, *Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß* 18 (1843), 383 ff.; zur Herbergspflicht des Wirtes auch KACHEL (Fn. 36) 104 ff.; PEYER, *Gastfreundschaft* (Fn. 36) 220 ff., 236 ff.

57 Oben Text zu Fn. 31.

58 SCHILTER, *Praxis Iuris* (Fn. 48), *Exercitatio ad Pandectas XII*, § XXV in fine (Anwendung auf „postae publicae“); LEYSER, *Meditationes* (Fn. 45), Specimen LXVI, III (Anwendung auf „magistri postarum et rhedarii publici“; er zitiert in diesem Zusammenhang eine Entscheidung der Helmstädter Juristenfakultät aus dem Jahre 1714 und gibt weitere Nachweise aus der zeitgenössischen Literatur; als Basis für die extensive Anwendung dienen Leyser nicht die *nautae*, sondern die *stabularii*); STRUVE/MÜLLER, *Syntagma* (Fn. 23), CVI, Anm. δ; GLÜCK, Erläuterung (Fn. 9), 126 ff.; vgl. ferner die ausführlichen Nachweise bei C. F. MÜLLER, *Ueber die de recepto actio und deren Ausdehnung auf die Postanstalten*, 2. Aufl. 1857, 39 ff. Anders z. B. § 10 IV 13 *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* und dazu KREITTMAYR, *Anmerkungen* (Fn. 51), 657. – Zur Landkutsche vgl. J. GRIMM, W. GRIMM, *Deutsches Wörterbuch*, Bd. 12, Nachdruck 1991, Sp. 122: „sie steht, als schlechteres Fuhrwerk, im Gegensatz zu der schnelleren öffentlichen Post“.

59 Ablehnend etwa F. CHR. HARPPRECHT, *Tractatio synoptica, de iure aurigarum circa contractus*, Diss. Tübingen (Respondent Johann Erhard Schnepff), 1693, Cap. II,

so gut anvertrauen müsse, als den Schiffern, und die allgemeine Wohlfarth erfordere, dass diejenigen, die etwas auf Posten und Landkutschen geben, deshalb völlig gesichert sind“⁶⁰. Im mittelalterlichen Recht war sogar eine analoge Anwendung der *receptum*-Haftung für den Fall des Badbesuchs diskutiert worden⁶¹.

-
- XVIII; GLÜCK, Erläuterung (Fn. 9), 133 ff.; vgl. demgegenüber aber für Deutschland den oben Fn. 51 erwähnten Klagspiegel („... oder uff landt“); für Österreich Bd. III, Caput XIX, Num. 107 ff. Codex Theresianus; für Frankreich DOMAT, Les loix (Fn. 50), Livre I, Titre XVI, Section II, III (bezogen auf Landtransport ganz allgemein); für die Niederlande vgl. Utrechtsche Consultation, Teil I, Utrecht 1676, XXI, 2 („De Voer-luyden worden ghecompareert nautis et stabulariis, dewelcke na rechten gehouden sijn de damno dato, etsi sine culpa eorum damnum datum sit“); vgl. aber auch J. A. JOUBERT, in *Anderson Shipping (Pty) Ltd. v Polysius (Pty) Ltd.*, 1995 (3) SA 42 (AD) 48 f. (der zu dem Ergebnis kommt, dass das Edikt im römisch-holländischen Recht nicht auf den Landtransport erstreckt worden sei). Definition eines Fuhrmanns bei HARPPRECHT, Cap. I, II. Ausführliche Darstellung des Streitstandes und der für und gegen eine Anwendung der *actio de recepto* auf Fuhrleute vorgebrachten Argumente bei LAUTERBACH/PELICKE, De nautis (Fn. 23), XXXIII ff. Sie zitieren (u. a.) Sprüche der Jenenser (im bejahenden Sinne) sowie der Leipziger und Tübinger Juristenfakultäten (im verneinenden Sinne) und lehnen selbst eine entsprechende Erstreckung der Klage ab. Ebenso STRUVE/MÜLLER, Syntagma (Fn. 23), CX, Anm. δ.
- 60 GLÜCK, Erläuterung (Fn. 9), 127, der außerdem die Beweisschwierigkeiten der Postkunden hervorhebt. Ebenso die Helmstädter Juristenfakultät in ihrer oben Fn. 58 genannten Entscheidung. Vgl. ferner die Gegenüberstellung der für und gegen die ausdehnende Anwendung des Edikts sprechenden Gründe bei MÜLLER, De recepto actio (Fn. 58), 42 ff. (der sie ablehnt) und DÖNGES, Liability (Fn. 10), 74 ff. (der sie befürwortet). Im modernen römisch-holländischen Recht in Südafrika gingen Rechtsprechung und Literatur lange davon aus, dass die ediktale Haftung auch auf den Landtransport Anwendung finde: vgl. *Tregidga & Co. v Sivewright*, (1897) 14 SC 76; *Hall-Thermotank Africa Ltd. v Prinsloo*, 1979 (4) SA 91 (T); C. VAN DER HORST, I. B. MOSS, Carriage, in: *The Law of South Africa*, Bd. 2 (first reissue), 1993, para 81; dagegen aber nunmehr *Anderson Shipping (Pty) Ltd. v Polysius (Pty) Ltd.*, (1995) 3 SA 42 (AD) 49 f. Anders (nämlich für die analoge Anwendung auch auf den Landtransport) der Zimbabwische Supreme Court: *Cotton Marketing Board of Zimbabwe v Zimbabwe National Railways*, 1990 (1) SA 482 (ZSC) 490; dazu BASEDOW/ZIMMERMANN, ZEuP 5 (1997), 221 ff.
- 61 „... so etwas im bade verlassen würt/wann sein die cleider dem bader gegeben worden“; so in dem in Fn. 51 erwähnten Klagspiegel, der die Haftung bejaht; freilich wird dort auch die ablehnende Ansicht von Azo referiert: nur die im Edikt genannten Berufsgruppen seien derart unzuverlässig, dass die strikte Haftung angemessen sei; vgl. DEUTSCH, Klagspiegel (Fn. 51), 278.

3.3. Culpa levissima

Was den Haftungsmaßstab betrifft, so wurde er nicht selten mit dem Begriff der *culpa levissima* umschrieben⁶². Dieser war von den Glossatoren geprägt worden, um mittels einer Verschuldensterminologie Sachverhalte formulieren zu können, für die im römischen Recht Gefahrtragsregeln gegolten hatten, darunter insbesondere die *custodia*-Haftung⁶³. Dabei knüpften die Glossatoren an die besonders weitreichenden, subjektivierenden Standards an, die bereits Justinian in die Quellen hineingetragen hatte⁶⁴ und legten so die Grundlage für die dreigliedrige Abstufung der Fahrlässigkeit, die die gemeinrechtliche Haftungsordnung charakterisierte (*culpa lata*, *culpa levis*, *culpa levissima*)⁶⁵. Freilich war nicht leicht verständlich, was genau damit gemeint war. Ist es möglich, sorgfältiger als sorgfältig zu sein? Die mittelalterlichen Juristen schienen dies anzunehmen⁶⁶. Zur Zeit des *usus modernus* setzte sich dann freilich immer stärker die Erkenntnis durch, dass die *culpa levissima* nicht wirklich den Vorwurf eines Fehlverhaltens impliziere. „[C]ulpam levissimam vix dici posse culpam“, heisst es denn auch bei Johannes Brunnemann à propos D. 4,9,3,1⁶⁷. Im Hinblick auf die *receptum*-Haftung war die Lage noch durch die in D. 4,9,3,1 überlieferte Bemerkung Ulpians kompliziert, der Übernehmer einer Sache hafte „omnimodo ... etiam si sine culpa eius [qui receperit] res perit vel damnum datum est“ (Ausnahme nur: höhere Gewalt). Die Bedeutung dieser Aussage für das gelehrte Recht variierte, je nachdem, ob die Worte „etiam si sine culpa“ auf den Normalfall der *culpa levis* oder aber auch auf die *culpa levissima* bezogen wur-

62 J. BRUNNEMANN, *Commentarius in Quinquaginta Libros Pandectarum*, Ausgabe Freiburg 1714, Liber IV, Titulus IX, ad Legem Et ita, Rn. 4; STRYK, *Specimen* (Fn. 53), Liber IV, Titulus IX, § 1; STRUVE/MÜLLER, *Syntagma* (Fn. 23), CXI; J. VAN DER LINDEN in seiner Anmerkung zu J. VOET, *Commentarius ad Pandectas*, Liber IV, Titulus IX, II, zitiert nach P. GANE, *The Selective Voet being the Commentary on the Pandects*, Bd. I, 1955, 767; § 10 IV 13 *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*; vgl. auch die Diskussion bei HARPPRECHT, *Tractatio synoptica* (Fn. 59), Cap. III, XXI (dort fälschlich XX).

63 H.-J. HOFFMANN, *Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte*, 1968, 35 ff.; N. JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts: Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz*, 2003, 285 ff.

64 Oben Text bei Fn. 16.

65 COING, *Privatrecht I* (Fn. 50), 434 f.; dazu im Einzelnen die soeben, Fn. 63, zitierte Monographie von Hoffmann.

66 JANSEN, *Haftungsrecht* (Fn. 63), 287 f.

67 BRUNNEMANN, *Commentarius* (Fn. 62), Liber IV, Titulus IX, ad Legem Et ita, Rn. 4. Vgl. ferner die Nachweise bei HOFFMANN, *Abstufungen* (Fn. 63), 119.

den. Diese Frage war bereits unter den Glossatoren umstritten gewesen⁶⁸, und sie wurde im Grunde nie eindeutig entschieden⁶⁹.

Indirekt war mit diesem Gegensatz eine unterschiedliche Bedeutung des Haftungsbegrenzungskriteriums *vis major* verbunden. Denn wer die *culpa levissima* für das richtige Haftungsmaß hielt und damit die Vorstellung eines, wenn auch von einem höchstmöglichen Maßstab her beurteilten, Sorgfaltsverstoßes verband, lehnte gleichzeitig eine Haftung für jeglichen Zufall ab. *Vis major* und *casus* waren damit im Grunde gleichbedeutend⁷⁰. Anders demgegenüber, wer davon ausging, die Rezeptenhaftung gehe über die *culpa* hinaus. Für ihn blieb die *vis major* auf Kalamitäten wie Schiffbruch und Überfall von Piraten beschränkt⁷¹. Diese Differenzen blieben in der Regel unausgesprochen⁷², wie denn auch der Begriff der höheren Gewalt (für den weithin unterschiedslos die Bezeichnungen *casus fortuitus*, *damnum fatale* und *vis major* üblich waren)⁷³ keinen präzise konturierten, positiven Inhalt hatte. Im praktischen Ergebnis bedeutete dies etwa, dass für bloßen Diebstahl entweder ganz allgemein (auch, zum Beispiel, wenn er besonders listig aus-

68 „Scilicet levi. levissima tamen intervenit. nam si nec levissima intervenit, ergo fuit casus fortuitus, et sic non tenetur. ... Quidam tamen dicunt, quod licet non adhibeat levissimam culpam quis: puta quia fuit furto subtracta. ubi non est fortuitus casus (nam furtum non computatur inter fortuitos casus: sed latrocinium ...) quod tunc tenetur“: Glosse *Etiam si sine culpa* zu D. 4, 9, 3, 1, in: *Corpus Iuris Civilis Iustiniani cum Commentariis Accursii etc.*, Bd. I, Genf 1625, 666. Dazu HOFFMANN, *Abstufungen* (Fn. 63), 36 f.; A. DOLL, *Von der vis major zur höheren Gewalt*, 1989, 136 f.

69 HOFFMANN, *Abstufungen* (Fn. 63), 153 f.

70 In diesem Sinne ließen sich in der Tat die römischen Rechtsquellen mit ihrem subjektivierenden Verständnis der klassischen *custodia*-Haftung interpretieren; dazu KASER, *Römisches Privatrecht II* (Fn. 15), 353. So wohl auch § 10 IV 13 *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis*, wenn es dort heißt, der Gastwirt prästiere „alle Culpam, sogar levissimam, mit alleiniger Ausnahm unversehener Unglücks-Fällen“; dazu KREITMAYR, *Anmerkungen* (Fn. 51), 656 f. Vgl. auch etwa § 447 II 8 *PrALR*.

71 Damit gab es dann einen mittleren Bereich („medium“) zwischen *culpa levissima* und *casus fortuitus*, für den gehaftet wurde. Hierzu die soeben, Fn. 68 zitierte Glosse *Etiam si sine culpa* zu D. 4,9,3,1, wo diese Ansicht mit den Worten „nam inter levissimam culpam, et casum fortuitum, nihil est medium“ abgelehnt wird. Vgl. auch die bei CRAMER, *Nebenstunden* (Fn. 51), II, § 13 in fine mitgeteilte Auffassung des Reichskammergerichts zum Begriff der *vis major*.

72 Deutlich aber GLÜCK, *Erläuterung* (Fn. 9), 119 ff.

73 Dazu etwa B. BRISSONIUS, *De Verborum quae ad Ius Civile pertinent Significatione*, Ausgabe Halle/Magdeburg 1743, sub *casus*, 2. (S. 166); LAUTERBACH/PEILICKE, *De nautis* (Fn. 23), XXXVII (*casus inevitabilis, casus fortalis, vis major*); DÖNGES, *Liability* (Fn. 10), 41 ff. mit weiteren Nachweisen; vgl. aber auch etwa GLÜCK, *Erläuterung* (Fn. 9), 120, der zwischen *vis major* und *casus fortuitus* zu unterscheiden scheint; ebenso offenbar das Reichskammergericht in seiner oben (Fn. 71) zitierten Entscheidung.

geführt worden war)⁷⁴ gehaftet wurde; oder dass der Rezipient dann von der Haftung befreit war, wenn er alle überhaupt nur erdenklichen Möglichkeiten ausgeschöpft hatte, den Diebstahl zu verhüten. Je höher hier jedoch die Anforderungen geschraubt wurden, desto bedeutungsloser wurde die Möglichkeit des Entlastungsbeweises. Denn wer von einem vorbildlichen Hausvater verlangt, dass er sein Geld in einen eisernen Geldkasten mit sieben Schlössern einschließt, ihn unter dem Bett an den Fußboden anschraubt und die Schlüssel unter dem Kopfkissen verwahrt⁷⁵, macht ihn damit praktisch auch unter dem Gesichtspunkt der *culpa levissima* für jeden Diebstahl haftbar. Tatsächlich erfüllbare Verhaltensanforderungen wurden mit diesen und ähnlichen Formulierungen nicht mehr beschrieben⁷⁶.

3.4. Haftungsgrund und Haftungsausschluss

Umstritten war ferner, ob die *receptum*-Haftung auf einer (stillschweigenden) vertraglichen Abrede beruhe⁷⁷ oder quasivertraglicher Natur⁷⁸ war. Viel

74 LEYSER, *Meditationes* (Fn. 45), Specimen LXVI, V („Furtum vafre et subtiliter factum exercitorem a damni restitutione non liberat ...“); VAN DER LINDEN, zitiert nach GANE, *Selective Voet* (Fn. 62), 767 („... a thief's adroitness is not counted as inevitable loss). Ausführlich zum Diebstahl in diesem Zusammenhang LAUTERBACH/PEILICKE, *De nautis* (Fn. 23), XL; STRUVE/MÜLLER, *Syntagma* (Fn. 23), CXI, Anm. δ-ζ.

75 So J. A. BAURIEDEL, *Theoretisch-praktischer Commentar über die Pandekten*, zitiert nach HOFFMANN, *Abstufungen* (Fn. 63), 120 und JANSEN, *Haftungsrecht* (Fn. 63), 306. Beide bieten weitere Beispiele grotesk übersteigter Standards aus der Literatur des 18. Jahrhunderts; vgl. etwa J. G. HEINECCIUS, *Academische Reden über Desselben Elementa Iuris Civilis secundum Ordinem Institutionum*, 2. Aufl. 1758, §§ 786, 787: „Es giebt ... Ertz-Geitzhälse, welche nicht eher ruhen können, bis sie alle Riegel und Schlösser an den Häusern betastet, und gesehen haben, ob alles zugeschlossen ist. Wenn sich ein Mäusgen reget, so horchen sie gleich hoch auf, und denken, es sind Diebe vorhanden, welche ihnen ihren Mammon promovieren wollen.“

76 JANSEN, *Haftungsrecht* (Fn. 63), 306; vgl. auch R. OGOREK, *Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung im 19. Jahrhundert*, 1975, 38.

77 So etwa GUEDELINUS, *Commentaria* (Fn. 52), Lib. III, Cap. X (S. 125: „[v]erum haec actio ex contractu est, saltem tacito“); A. VINNIUS, *In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius*, Ausgabe Leiden 1709, Liber IV, Titulus V, 3 (*Commentarius*); J. A. HELLFELD, *Iurisprudentia Forensis Secundum Pandectarum Ordinem*, 2. Aufl. Jena 1766, §§ 486 f. („consensu[s] facto declaratu[s], qui conventionem tacitam constituit“); GLÜCK, *Erläuterung* (Fn. 9), 112 (stillschweigender Vertrag, durch den die Gastwirte sich *ipso facto receptionis* verbindlich machen).

78 So etwa VOET, *Commentarius* (Fn. 23), Liber IV, Titulus IX, II; STRYK, *Specimen* (Fn. 53), Liber IV, Titulus IX, § 2; J. G. HEINECCIUS, *Elementa Iuris Civilis Secundum Ordinem Pandectarum*, 2. Aufl. Amsterdam 1731, § DXLVII; J. HOPPE, *Commentatio Succincta ad Institutiones Justinianaeas*, 7. Aufl. Frankfurt an der Oder 1712,

erörtert wurden Fragen des Haftungsausschlusses. Dass der Gastwirt die ihm durch das Edikt auferlegte, strikte Haftung abbedingen konnte⁷⁹, ergab sich bereits aus den römischen Quellen⁸⁰. Doch musste eine solche Protestation „ante receptionem in hospitium“ geschehen, also vor der Aufnahme des Gastes in dem Gasthof⁸¹. Erforderlich war weiterhin, dass der Gast dieser Erklärung zugestimmt hatte⁸². War mit der Übergabe des Zimmerschlüssels an den Gast ein stillschweigender Haftungsausschluss verbunden? Das wurde teilweise bejaht, da damit der Gast selbst für die Sicherheit seiner Sachen verantwortlich sei⁸³. Andere Autoren machten demgegenüber geltend, dass die Übergabe des Schlüssels auch aus ganz anderen Gründen erfolgt sein konnte, etwa „liberioris usus cubiculi causa“⁸⁴ und dass das Zimmer „demohngeachtet leicht durch einen Nachschlüssel, oder Dieterich“ geöffnet werden könne⁸⁵. Nach überwiegender Ansicht blieb es daher bei der *receptum*-Haftung, auch wenn der Gast den Schlüssel ohne Protestation entgegengenommen hat-

Liber IV, Titulus V, Commentarius ad § 3 (S. 810); LAUTERBACH/PEILICKE, *De nautis* (Fn. 23), XIX ff. (mit ausführlicher Diskussion); STRUVE/MÜLLER, *Syntagma* (Fn. 23), CIIX (mit Diskussion in Anm. α); KREITTMAYR, *Anmerkungen* (Fn. 51), 656.

79 Die Folge war dann eine Haftung „nur für ein grobes oder mäßiges Versehen, je nachdem die Aufnahme unentgeltlich, oder für ein Quartiergeld geschehen ist“: GLÜCK, *Erläuterung* (Fn. 9), 115.

80 Siehe Fn. 28.

81 STRYK, *Specimen* (Fn. 53), Liber IV, Titulus IX, § III; LAUTERBACH/PEILICKE, *De nautis* (Fn. 23), XLVIII; STRUVE/MÜLLER, *Syntagma* (Fn. 23), CXI, Anm. ζ, sub IX; KREITTMAYR, *Anmerkungen* (Fn. 51), 656 („gleich anfänglich“); GLÜCK, *Erläuterung* (Fn. 9), 115.

82 ULPIAN D. 4,9,7 pr.; BRUNNEMANN, *Commentarius* (Fn. 62), Liber IV, Titulus IX, ad L. *Debet exercitor*, Rn. 2 ff.; SCHNEIDEWIN, *Commentarii* (Fn. 56), Liber IV, Titulus V, § *Item exercitor*, Rn. 3; HOPPE, *Commentario* (Fn. 78), Lib. IV, Titulus V, *Commentarius ad § 3* (S. 811); LAUTERBACH/PEILICKE, *De nautis* (Fn. 23), XLVIII (unter Hinweis auf die abweichende Ansicht von Bartolus und Sichard); STRUVE/MÜLLER, *Syntagma* (Fn. 23), CXI, Anm. ζ, sub IX; VOET, *Commentarius* (Fn. 23), Liber IV, Titulus IX, VII; vgl. für das moderne römisch-holländische Recht *Naylor v Munnik*, (1859) 3 Searle 187 (191); *Davis v Lockstone*, (1921) AD 153 (162, 167); BECKERLING/DOUVELOS, in: *The Law of South Africa* (Fn. 52), para 42.

83 VOET, *Commentarius* (Fn. 23), Liber IV, Titulus IX, VII; vgl. auch STRYK, *Specimen* (Fn. 53), Liber IV, Titulus IX, § III in fine und die Hinweise bei LAUTERBACH/PEILICKE, *De nautis* (Fn. 23), XLV auf Accursius, Sichard und Antonius Faber.

84 J. J. WISSENBACH, *Exercitationes ad Quinquaginta Libros Pandectarum*, 3. Aufl. Franeker 1661, Pars I, *Disputatio XV*, 25; LAUTERBACH/PEILICKE, *De nautis* (Fn. 23), XLV; STRUVE/MÜLLER, *Syntagma* (Fn. 23), CXI, Anm. ζ (511 r.Sp.); vgl. auch die differenzierende Ansicht von SCHNEIDEWIN, *Commentarii* (Fn. 56), Liber IV, Titulus V, § *Item exercitor*, Rn. 4.

85 GLÜCK, *Erläuterung* (Fn. 9), 116.

te⁸⁶. Die Haftung des Wirts gründete sich nicht auf Pflichtverletzung und Verschulden. Selbstverständlich aber nahm die *actio de recepto* dem Gast nicht den Beweis dafür ab, dass er die Sachen, deren Verlust oder Beschädigung er nunmehr reklamierte, in die Gastwirtschaft eingebracht hatte⁸⁷. Schwierige Probleme konnten sich in diesem Zusammenhang insbesondere dann ergeben, wenn der Gast einen verschlossenen Koffer, Reisesack oder Kasten eingebracht hatte und nunmehr behauptete, ihm sei daraus etwas gestohlen worden. Hier fragte sich vor allem, wann und unter welchen Umständen der Kläger zur Eidesleistung zugelassen werden konnte. Dabei wurde vielfach danach unterschieden, ob ihm das Behältnis in einem unaufgebrochenen Zustand oder nicht zurückgegeben worden war⁸⁸. Weithin anerkannt war im Übrigen, dass der Gast den Inhalt seiner Koffer oder Kisten nicht zu deklarieren brauchte⁸⁹. Das galt nach Ansicht der Helmstädter Juristenfakultät auch gegenüber dem Einwand eines Fuhrmannes, er hätte auf das ihm anvertraute Päckchen besser achtgegeben, wenn er gewusst hätte, dass es wertvolles Silberzeug enthielte⁹⁰. Anders sei dies nur zu beurteilen, wenn der Kläger dem Fuhrmann gegenüber auf dessen Nachfrage den Inhalt des

86 Wie steht es, wenn der Reisende einen eigenen Diener zur Bewachung der eingebrachten Gegenstände abstellt? Dazu LAUTERBACH/PEILICKE, *De nautis* (Fn. 23), XLVI; STRUVE/MÜLLER, *Syntagma* (Fn. 23), CXI, Anm. ζ, sub X.

87 Vgl. LAUTERBACH/PEILICKE, *De nautis* (Fn. 23), LI; STRUVE/MÜLLER, *Syntagma* (Fn. 23), CIX, Anm. δ; KREITTMAYR, *Anmerkungen* (Fn. 51), 657; DÖNGES, *Liability* (Fn. 10), 58.

88 So etwa SCHNEIDEWIN, *Commentarii* (Fn. 56), Liber IV, Titulus V, § Item exercitor, Rn. 5 (mit eingehender Diskussion der Ansichten des Bartolus); P. CHRISTINAEUS, *In Leges Municipales Mechlinenses Commentaria ac Notae*, 2. Aufl. Antwerpen 1642, Titulus VIII, Art. 15, Rn. 8; WISSENBACH, *Exercitationes* (Fn. 84), Pars I, Disputatio XXXI, 18; VOET, *Commentarius* (Fn. 23), Liber IV, Titulus IX, VIII; davon abweichend GLÜCK, *Erläuterung* (Fn. 9), 121 ff.; vgl. ferner LEYSER, *Meditationes* (Fn. 45), Specimen LXVI, IX; LAUTERBACH/PEILICKE, *De nautis* (Fn. 23), LI; STRUVE/MÜLLER, *Syntagma* (Fn. 23), CIX, Anm. ε; § 453 II 8 PrALR; sowie die besonders eingehenden Ausführungen bei MASCARDUS, *Conclusiones* (Fn. 54), Conclusio DCCCXXXII, Rn. 8 ff. und später bei WEIS, *Archiv für praktische Rechtswissenschaft* 5 n. F. (1868), 394 ff.

89 MASCARDUS, *Conclusiones* (Fn. 54), Conclusio DCCCXXXII, Rn. 11 f. (Begründung: „quia periculosum esset deponenti habenti res praeciosas, seu pecunias, capsas inclusas eas exhibere et ostendere, et quia interest nostra secreta patrimonia non pandi“); LEYSER, *Meditationes* (Fn. 45), Specimen LXVI, VII; VAN DER LINDEN, in seinen *Anmerkungen zu VOET, Commentarius ad Pandectas, Liber IV, Titulus IX, I*, zitiert nach GANE, *Selective Voet* (Fn. 62), 766. Aus Leyser und Van der Linden ergibt sich, dass in den Niederlanden für an Bord eines Schiffes gebrachte Sachen etwas Anderes galt, und zwar im Hinblick auf Seeversicherung und Haverei. Vgl. auch WEIS, *Archiv für praktische Rechtswissenschaft* 5 n. F. (1868), 317 f.

90 Zitiert bei LEYSER, *Meditationes* (Fn. 45), Specimen LXVI, VII; das Urteil ist Juni 1713 datiert.

Päckchens verheimlicht habe, oder wenn öffentliche Postordnungen etwas anderes vorschrieben, wie dies offenbar in Sachsen und Brandenburg der Fall war⁹¹.

4. Die Gastwirthschaftung im 19. Jahrhundert

4.1. Gastwirthschaftung und Haftung bei Gütertransport: Die Wege trennen sich

Im 19. Jahrhundert zweifelte niemand mehr an der Rezeption der *receptum*-Haftung⁹². Das gilt auch für Germanisten wie Otto v. Gierke, der freilich darauf hinwies, die verschärfte Haftung des römischen Rechts habe in Deutschland umso leichter Eingang gefunden, weil die Haftungsgrundsätze des deutschen Rechts zu einem ähnlichen Ergebnis geführt hätten⁹³. Gierke bezog sich in diesem Zusammenhang nur noch auf das *receptum cauponum*. Darin spiegeln sich interessante Veränderungen im Anwendungsbereich der gemeinrechtlichen *receptum*-Haftung während des 19. Jahrhunderts. Bis weit in dessen zweite Hälfte wurde die Frage einer analogen Anwendung auf Postmeister und Landkutscher lebhaft diskutiert, besonders eingehend in einer Monographie von Christian Friedrich Müller aus dem Jahre 1857⁹⁴. Müller arbeitete nicht weniger als zehn Gründe heraus, die im Laufe der Zeit für eine Analogie vorgebracht worden waren und lehnte sie allesamt ab. Entschieden ablehnend äußerte sich auch Levin Goldschmidt in der einflussreichsten zeitgenössischen Abhandlung zur Receptenhaftung⁹⁵. Dies entsprach schließlich auch der so gut wie einhelligen Ansicht in der Pandekten-

91 LEYSER, *Meditationes* (Fn. 45), Specimen LXVI, VII in fine; HELLFELD, *Jurisprudentia* (Fn. 77), § 493.

92 Vgl. vor allem GOLDSCHMIDT, ZHR 3 (1860), 310: „Die Römische Theorie des *receptum* ist unzweifelhaft in die Praxis und die Gesetzbücher des abendländischen Europa übergegangen, und insbesondere ein Bestandtheil unseres gemeinen Deutschen Rechts geworden“; WEIS, *Archiv für praktische Rechtswissenschaft* 5 n. F. (1868), 299.

93 O. v. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, Bd. III, 1917, 740. v. Gierke beruft sich auf Ruprecht von Freising und auf das Wiener Stadtrecht von 1435, die freilich auch anders interpretiert werden können; vgl. O. STOBBE, *Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts*, 1855, 231 („Man kann hierin vielleicht auch nur ein Haften für die Schuld finden ...“). Hinsichtlich des *nauta* konstatiert Goldschmidt, dass die germanischen Seerechte sich überall damit begnügt hätten, ihn für eigene Schuld für haftbar zu erklären: ZHR 3 (1860), 342 ff. mit einer Vielzahl von Quellen.

94 CHR. F. MÜLLER, *Ueber die de recepto actio und deren analoge Ausdehnung auf die Postanstalten*, 2. Aufl. 1857.

95 GOLDSCHMIDT, ZHR 3 (1860), 352 ff.

literatur⁹⁶. Betont wurde der anomale, einer Analogie entgegenstehende Charakter der strengen Haftung für Schiffer, Gastwirte und Stallwirte⁹⁷; man versuchte zu ergründen, warum die Römer den Landtransport, der ihnen ja nicht unbekannt gewesen war, gegenüber dem Seetransport haftungsrechtlich privilegiert hatten, und wies in diesem Zusammenhang auf den damals wie auch im 19. Jahrhundert besseren Ruf der Postbediensteten und Frachtfuhrleute im Vergleich zu den Schiffern hin⁹⁸; vor allem aber wurde geltend gemacht, dass eine Anwendung der strikten Haftung die Posten unverhältnismäßig hart treffen würde, die sich in einer ungünstigeren Lage befänden: müssten sie doch „ohne weitere Bedeckung oft zur Nachtzeit durch Wälder und andere beschwerliche und unsichere Wege passieren“⁹⁹: demgegenüber sei ein Schiff von Wasser umgeben, was die Möglichkeit von Diebstählen stark reduziere¹⁰⁰. Freilich war gerade dies letztere Argument auch umkehrbar, denn auch die Position des Kunden eines Postmeisters, Landkutschers oder Frachtfuhrmannes war damit besonders prekär; aus seiner Sicht, und wohl auch aus der des öffentlichen Interesses, gab es deshalb mindestens so gute Gründe, ihn zu schützen wie den Absender beim Seetransport. So nimmt es denn nicht Wunder, dass das ADHGB von 1861, im Anschluss an ältere Partikulargesetze und Entwürfe¹⁰¹, den Gütertransport über Land im Ergebnis doch

96 Vgl. etwa PH. E. HUSCHKE, K. A. D. Unterholzner's quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, Bd. II, 1840, 733; C. F. F. SINTENIS, Das practische gemeine Civilrecht, Bd. II, 3. Aufl. 1868, § 120 (S. 698); K. A. V. VANGEROW, Lehrbuch der Pandekten, Bd. III, 7. Aufl. 1869, § 648, Anm. 2; vgl. ferner OGOREK, Gefährdungshaftung (Fn. 76), 82 ff.

97 V. VANGEROW, Pandekten (Fn. 96), § 648, Anm. 2 („durchaus singular“); MÜLLER, De recepto actio (Fn. 58), 66.

98 GOLDSCHMIDT, ZHR 3 (1860), 356; MÜLLER, De recepto actio (Fn. 58), 66 (eine „ähnliche Verworfenheit“ könne den Postbeamten nicht nachgewiesen werden).

99 GLÜCK, Erläuterung (Fn. 9), 128.

100 SINTENIS, Civilrecht (Fn. 96), § 120 (S. 698) (ein Fahrzeug zu Wasser sei „gewissermaßen ein bewegliches Haus und somit als Passagierschiff einem wandernden Gasthaus vergleichbar“); MÜLLER, De recepto actio (Fn. 58), 67.

101 §§ 2452 ff. II 8 PrALR (bezüglich der Inhaber „öffentlicher Landkutschen, welche der Staat bestellt oder besonders privilegiert hat, um Reisende oder Sachen fortzuschaffen“; anders bei sonstigen Fuhrleuten: Haftung nur für Verschulden, jedoch einschließlich „geringem Versehen“: § 2459 II 8 PrALR); Art. 111 des Entwurfs eines Handelsgesetzbuches für das Königreich Württemberg (bezogen auf Fuhrmänner und nach Art. 127 anwendbar auch auf Landboten, Landkutscher und öffentliche Posten, soweit für letztere nicht etwas besonderes bestimmt ist); § 25 Preußisches Eisenbahngesetz von 1838; dazu näher GOLDSCHMIDT, ZHR 3 (1860), 363 ff.; E. V. CAEMMERER, Höhere Gewalt, in: Franz Schlegelberger (Hg.), Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, Bd. IV, 1933, 240 ff.

den Grundsätzen der Rezeptenhaftung unterwarf¹⁰²; für die Post galten ähnliche, teilweise sogar noch strikere spezialgesetzliche Bestimmungen¹⁰³. Art. 395 ADHGB bezog sich neben dem Transport über Land auch auf denjenigen über Flüsse und Binnengewässer; für den Seetransport galt die Parallelvorschrift des Art. 607 ADHGB. Damit war einerseits eine haftungsrechtliche Gleichbehandlung der verschiedenen Transportarten erreicht, andererseits aber die durch das Edikt begründete Einheitlichkeit der Behandlung von *nautae*, *caupones* und *stabularii* gesprengt. Und da ein Bedürfnis für eine besondere Stallwirthschaftung offenbar kaum noch bestand¹⁰⁴, beschränkte sich die rein gemeinrechtliche Rezeptenhaftung gegen Ende des Jahrhunderts praktisch auf den Gastwirt.

102 Art. 395 ADHGB (allgemein für Frachtführer) und Art. 421 ADHGB (für Frachtgeschäfte von Eisenbahnen); zu den Beratungen im Vorfeld vgl. GOLDSCHMIDT, ZHR 3 (1860), 371 ff.

103 Dazu (für die Zeit bis 1857) im einzelnen MÜLLER, De recepto actio (Fn. 58), 93 ff., 110 ff.; vgl. ferner etwa UNTERHOLZNER/HUSCHKE, Schuldverhältnisse (Fn. 96), 733 (bei der Postanstalt finde nach heutigem Recht eine sehr strenge Haftung statt, „die aber mehr aus dem Gesichtspunkte der Versicherung zu betrachten ist, für welche die Postanstalten sich gut bezahlen lassen“). Vgl. für das Reich dann § 6 des Gesetzes über das Postwesen von 1871.

104 Mot., Bd. II, 584 (= MUGDAN, Bd. II, 327); Denkschrift, in: Mugdan Bd. II, 1259; A. STURM, Die Haftpflicht der Gastwirthe nach Römischen Recht, nach dem Entwurf für das bürgerliche Gesetzbuch und nach dem Allgemeinem Preußischen Landrecht, 1892, s. S. 38 („In der Zeit der vervollkommenen Staatsposten und der Eisenbahnen ziehen nicht mehr Züge von Wagen mit Waaren die Straßen entlang und müssen in den Herbergen ihren Schutz suchen. Wenn ein Gast dagegen in einem Hôtel Pferde zu seinem Gebrauch über Nacht einstellt, haftet der Wirth so wie so nach der allgemeinen Regel für die Bewachung“). Vgl. auch bereits LAUTERBACH/PELICKE, De nautis (Fn. 23), IV („Hodie ejusmodi stabula cauponis sunt conjuncta, et ab ipsis quoque Cauponibus exercentur ... ita ut Caupones etiam sint stabularii“); fast gleichlautend STRUVE/MÜLLER, Syntagma (Fn. 23), CVI, Anm. δ. Zur Haftung der Stallwirte unter dem BGB LANGSDORFF, Die Haftung der Restaurateure, Schank- und Stallwirte für eingebrachte Sachen, DJZ 1903, 334 ff. In Südafrika und Schottland ist die ediktale Haftung in ihrer *stabularius*-Variante bis heute Teil des Gemeinen Rechts; vgl. MCQUOID-MASON, in: The Law of South Africa (Fn. 52), para 287; W. M. GLOAG, R. CANDLISH HENDERSON, The Law of Scotland, 11. Aufl. 2001, 24-28. In beiden Ländern wurde die Frage aufgeworfen (aber im ablehnenden Sinne entschieden), ob die *stabularius*-Haftung auf die Eigentümer von Parkhäusern auszudehnen sei; vgl. *Essa v Divarivis*, 1947 (1) SA 753 (A) 775 f.; ZIMMERMANN/SIMPSON, Strict Liability (Fn. 52), 482 m.w.N.

4.2. Haftungsgrund

Die fortdauernde Anwendbarkeit des *receptum cauponum* konnte auch nicht mit dem Argument in Frage gestellt werden, das in den römischen Quellen zum Ausdruck kommende *odium* gegen die Gastwirte sei in Deutschland von vornherein nicht mitübernommen worden oder aber jedenfalls inzwischen entfallen¹⁰⁵. Denn die „ausgezeichnete Schlechtigkeit“¹⁰⁶ dieser Berufsgruppe, von der für das 19. Jahrhundert in der Tat keine Rede mehr sein konnte¹⁰⁷, sei nicht der tragende Grund für die Intervention des Prätors gewesen; vielmehr habe in erster Linie die spezifische „Hülflosigkeit des Reisenden“ in einer für ihn fremden und nicht beherrschbaren Umgebung die strikte Haftung gerechtfertigt; und daran habe sich im Laufe der Zeiten nichts geändert¹⁰⁸. Diskutiert wurde in diesem Zusammenhang nach wie vor der offenbare Widerspruch zwischen Ulpian D. 4,9,1,1 und Ulpian D. 47,5,1,6 über die Frage, ob ein Gastwirt zur Aufnahme von Fremden verpflichtet sei. Die Harmonisierungsversuche in der älteren Literatur wurden nunmehr weithin als wenig überzeugend oder gar willkürlich abgelehnt; vielmehr wurde von vielen das „nec repellere potest iter agentes“ in der zweiten der genannten Stellen nicht als juristisches Verbot der Abweisung sondern „nur als etwas Faktisches“ verstanden: es sei für den Gastwirt untunlich und mit seinem Gewerbe nicht wohl vereinbar, Reisende abzuweisen¹⁰⁹. Im Übrigen berühre diese gewerbepolizeiliche Frage aber gar nicht das Zivilrecht¹¹⁰.

105 GOLDSCHMIDT, ZHR 3 (1860), 341; GIMMERTHAL, Archiv für praktische Rechtswissenschaft 2 n. F. (1865), 117; WEIS, Archiv für praktische Rechtswissenschaft 5 n. F. (1868), 286 ff.; J. A. GRUCHOT, Beiträge zur Lehre vom Gastaufnahmevertrage, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts 3 (1874), 61, 62 ff.; v. VANGEROW, Pandekten (Fn. 96), § 648, Anm. 2; B. WINDSCHEID, T. KIPP, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. 1906, § 384 (S. 619); STURM, Haftpflicht (Fn. 104), 33 f.; G. ESCHENBURG, Die Rechtsstellung der Wirthe nach dem heutigen Privatrechte, Diss. Göttingen 1899, 21; A. WINKELMANN, Der Grund und Zweck der Haftpflicht der Gastwirte, ihre rechtliche Natur und ihre Voraussetzungen, Diss. Leipzig 1908, 8 ff.

106 GOLDSCHMIDT, ZHR 3 (1860), 341; v. VANGEROW, Pandekten (Fn. 96), § 648, Anm. 2.

107 Vgl. z. B. STURM, Haftpflicht (Fn. 104), 33 („... stehen die Gastwirthe, und zwar gerade die Logirwirthe, bei uns im besten Rufe [und] erfreuen sich unsers größten Vertrauens“).

108 Eingehend dazu WEIS, Archiv für praktische Rechtswissenschaft 5 n. F. (1868), 289 ff.

109 So insbesondere v. VANGEROW, Pandekten (Fn. 96), § 648, Anm. 1; vgl. auch SINTENIS, Civilrecht (Fn. 96), § 120 (S. 696); MÜLLER, De recepto actio (Fn. 58), 30 f.; v. MADAI, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß 18 (1843), 376 ff.; WEIS, Archiv für praktische Rechtswissenschaft 5 n. F. (1868), 375 ff.; STURM, Haftpflicht (Fn. 104), 24.

110 L. ARNDTS, Ritter von Arnesberg, Lehrbuch der Pandekten, 12. Aufl. 1883 (herausgegeben von L. Pfaff und F. Hofmann) § 289 (Fn. 3); WINDSCHEID/KIPP, Lehrbuch

4.3. Der Streit um den Begriff der *vis major*

4.3.1. Custodia

Zivilrechtlich war die Gastwirtschaftung gegen Ende des 19. Jahrhunderts zu einem Hauptschauplatz des Streits um den Begriff der *vis major* (oder, wie das ADHGB übersetzte¹¹¹: der höheren Gewalt) geworden. Dieser Terminus taucht zwar in den römischen Quellen auf (darunter nicht zuletzt D. 4,9,3,1), ohne aber viel mehr zu bedeuten als eine zusammenfassende Bezeichnung bestimmter typischer Entlastungsgründe (wie etwa Schiffbruch oder Überfall von Seeräubern, beide ebenfalls in D. 4,9,3,1 genannt)¹¹². Sie bildeten die Grenze der klassischen *custodia*-Haftung, die im älteren Gemeinen Recht jedoch zu einer Haftung für *culpa levissima* mutiert war¹¹³. Das Haftungsrecht des 19. Jahrhunderts war demgegenüber vom Verschuldensgrundsatz beherrscht¹¹⁴, und der Verschuldensvorwurf hatte sich an billigerweise erfüllbaren Verhaltensanforderungen zu orientieren. Das war die Sorgfalt eines *diligens paterfamilias*, der das Maß an Aufmerksamkeit aufbringt, „welche[s] gewöhnlich menschlichen Kräften gemäß ist“¹¹⁵. Wer mehr verlange, orientiere sich an der Sorgfalt eines Narren¹¹⁶ oder Erz-Geizhalses¹¹⁷, der nichts mehr bedauere, „als daß er keine Augen im Rücken hat“¹¹⁸. Damit war die *culpa levissima* nicht nur als begrifflich eigenständige Fahrlässigkeitsstu-

(Fn. 105), § 384 (S. 619); ESCHENBURG, Rechtsstellung (Fn. 105), 41; WEIS, Archiv für praktische Rechtswissenschaft 5 n. F. (1868), 383; STURM, Haftpflicht (Fn. 104), 24; vgl. ferner vor allem v. MADAI, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß 18 (1843), 399 ff.

111 Sowohl in Art. 395, als auch in Art. 607.

112 KASER, Römisches Privatrecht I (Fn. 8), 507; T. MAYER-MALY, Höhere Gewalt: Falltypen und Begriffsbildung, in: Festschrift für Artur Steinwenter, 1958, 58 ff.; I. MOLNAR, Die Ausgestaltung des Begriffs der *vis maior* im römischen Recht, Iura 32 (1981), 73 ff.; ERNST, Index 22 (1994), 293 ff.; vgl. auch DOLL, *Vis major* (Fn. 68), 19 ff.

113 Dazu oben 3.3, sowie allgemein HOFFMANN, Abstufungen (Fn. 63), 35 ff., 49 ff., 118 ff.

114 Vgl. etwa OGOREK, Gefährdungshaftung (Fn. 76), 22 ff.

115 J. CHR. HASSE, Die *Culpa* des Römischen Rechts, 1815, 91. Und er fügte hinzu: „ein Cäsar kann ... bey dem besten Willen niemand werden, der nicht dazu geboren ist“.

116 G. F. PUCHTA, Vorlesungen über das heutige römische Recht, Bd. II, 3. Aufl. 1852, 90.

117 J. G. HEINECCIUS, Recitationes in Elementa Juris Civilis secundum Ordinem Institutio- num, Leuwarden und Franeker, 1773, §§ 786 f. spricht von „[e]ucliones, quibus ve- luti mille oculi sunt“.

118 HASSE, *Culpa* (Fn. 115), 92.

fe, sondern auch inhaltlich beseitigt worden¹¹⁹. Man musste deshalb versuchen, die Besonderheit der Rezeptenhaftung (die nach der ausdrücklichen Festlegung in Ulpian D. 4,9,3,1 eben auch bei Untergang oder Beschädigung „sine culpa eius [qui receperit]“ eingriff)¹²⁰, in anderer Weise zu erfassen. Hier knüpfte die jedenfalls in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts herrschende Lehre an den aus den Digesten ja nicht getilgten Begriff der *custodia* an: ließ dieser sich doch nicht nur im Sinne der Beschreibung des *allgemeinen* Sorgfaltsstandards im speziellen Kontext der Bewachung einer Sache auffassen (*diligentia in custodiendo*), sondern konnte auch in einem technischen Sinne als Auferlegung einer Haftung für alle Ereignisse verstanden werden, die durch eine gesteigerte, persönliche Obhut und Fürsorge hätten abgewendet werden können¹²¹. Der Sache nach beruhte die Haftung des Rezipienten damit auf einer gesetzlichen Garantie¹²². Nicht jeder erkannte das freilich unumwunden an. Immer wieder finden sich Formulierungen, die die *custodia*-Haftung auf die Nichtbeachtung tatsächlicher Verhaltensanforderungen zu stützen scheinen. Das gilt nicht zuletzt für Goldschmidt, der Frachtführer und Gastwirte „vermöge der ... besonders übernommenen *custodia*, zur Anwendung auch außerordentlicher durch die Umstände irgend indicirter Vorsichtsmaßregeln“ für verpflichtet hielt und, „sofern nur deren

119 Dazu näher HOFFMANN, Abstufungen (Fn. 63), 185 ff.; OGOREK, Gefährdungshaftung (Fn. 76), 37 ff.; JANSEN, Haftungsrecht (Fn. 76), 433 ff. Über Gegner der *culpa levis-sima* unter den Naturrechtslehrern unterrichtet HOFFMANN, Abstufungen (Fn. 63), 123 ff.

120 Vgl. oben 2.2.

121 WINDSCHEID/KIPP, Lehrbuch (Fn. 105), § 264, Fn. 9 gegenüber § 265, Fn. 2; vgl. auch § 384 (S. 620): „... eine an und für sich über die Pflichten eines ordentlichen Mannes hinausgehende, Beaufsichtigung und Bewachung“; J. BARON, Pandekten, 8. Aufl. 1893, § 298 II; A. BRINZ, Lehrbuch der Pandekten, Bd. II/1, 2. Aufl. 1879, §§ 268 f. (S. 265, 268); H. DERNBURG, Begriff der höheren Gewalt, GrünhZ 11 (1884), 342; vgl. auch GOLDSCHMIDT, ZHR 3 (1860), 104 ff.

122 Besonders klar WINDSCHEID/KIPP, Lehrbuch (Fn. 105), § 384 (S. 620 f.); BRINZ, Pandekten (Fn. 121), § 269 (S. 272) („in der Præstation des furtum bewährt sich ... die Unabhängigkeit des Kustodiaversprechens von Schuld und Unschuld“); DERNBURG, GrünhZ 11 (1884), 342 ff.; DERS., Pandekten, Bd. II, 6. Aufl. 1900, § 39 IV. Zur Stellung der *custodia* im Haftungssystem des 19. Jahrhunderts HOFFMANN, Abstufungen (Fn. 63), 202 ff. Weitergehend als Windscheid formulierte Julius Baron die *custodia* als einen allgemeinen, objektiv umrissenen Haftungsmaßstab und begründete damit die für unser Bild vom klassischen römischen Haftungssystem nach wie vor maßgebliche Sichtweise: Die Haftung bis zur höheren Gewalt, AcP 78 (1892), 203 ff.; Pandekten (Fn. 121), § 237 I 2 (S. 422 f.); vgl. auch E. SECKEL, in: H. Heumann, E. Seckel, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 9. Aufl. 1907 (ND 1971), 116 ff. Die Redaktoren des BGB glaubten indes, eine besondere *custodia*-Haftung entbehren zu können: Mot., Bd. II, 48 (= MUGDAN, Bd. II, 15).

Unterlassung die Beschädigung oder Entwendung ermöglicht hat“, eine Haftung bejahte¹²³.

4.3.2. Die Konkretisierung des Haftungsmaßstabes

Doch zu welcher Sorgfalt war der Übernehmer damit genau verpflichtet: zu einer gegenüber dem normalen Maßstab erhöhten (das hätte im Grunde eine Renaissance der als unhaltbar betrachteten Vorstellung einer *culpa levissima* bedeutet) oder doch nur der normalen, vom Richter lediglich unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls situativ zu spezifizierenden (damit war dann aber die besondere Strenge der *actio ex recepto* verkannt, denn eine *culpa*-Haftung ergab sich schon aufgrund der *actio ex locato*)? Weithin einig war man sich darin, dass es einen technischen Begriff von *vis major* nicht gebe¹²⁴. Denn nach wie vor war die Aufmerksamkeit ganz überwiegend auf eine möglichst exakte Formulierung des Haftungsmaßstabes gerichtet¹²⁵. Alles, was darüber hinausging, war automatisch als *vis major* zu qualifizieren. Hinzu kam, dass der Unterschied zwischen *vis major* und reinem Zufall (*casus*) sich dann verwischte¹²⁶, wenn man, wie Goldschmidt, den Unterschied zwischen gewöhnlicher Verschuldenshaftung und der Haftung *ex recepto* für praktisch kaum erheblich hielt¹²⁷. Darin lag aber im Grunde die rechtspolitische Spitze der „geschichtlich-dogmatischen“ Abhandlung von Goldschmidt, die im Vorfeld der gesetzlichen Regelung des Frachtrechts im ADHGB erschien. Goldschmidt warnte vor einer Aufnahme des Begriffs der „höheren Gewalt“ in das Gesetz und forderte eine Regelung, nach der Frachtführer und Verfrachter sich dadurch von ihrer Haftung sollten entlasten können, dass Verlust oder Beschädigung der übernommenen Sache durch Zufall entstanden seien¹²⁸. Für die These Goldschmidts sprach, dass der Begriff der *vis major* in der Tat bislang ganz ungenügend konturiert war¹²⁹. Über eine vor

123 GOLDSCHMIDT, ZHR 3 (1860), 369; vgl. ferner 93 ff., 115.

124 So ausdrücklich WINDSCHEID/KIPP, Lehrbuch (Fn. 105), § 384 (S. 621) und GOLDSCHMIDT, ZHR 3 (1860), 92, 93 ff. (wo die *vis major* als bloße Restmenge von Fällen erscheint, auf die sich die haftungsbegründenden Regeln nicht erstrecken).

125 In diesem Sinne auch DOLL, *Vis major* (Fn. 68), 129 ff., 146 ff. (der die Abhängigkeit des Begriffs der höheren Gewalt von der Ausgestaltung des gegenüberliegenden Haftungsgrundes auf das römische Recht zurückführt).

126 So heißt es etwa bei Arndts, Schiffer oder Wirt hafteten, sofern nicht „reiner Zufall“ den Verlust verursacht habe: ARNDTS, Lehrbuch der Pandekten (Fn. 110), § 289.

127 GOLDSCHMIDT, ZHR 3 (1860), 384.

128 GOLDSCHMIDT, ZHR 3 (1860), 385.

129 A. EXNER, *Der Begriff der höheren Gewalt (vis major) im römischen und heutigen Verkehrsrecht*, 1883, 7: Der Begriff der *vis major* gehöre zu dem Erbe, das „die ganze Culturwelt“ von den Römern übernommen habe, doch „[l]eider hat man uns dieses Inventarstück ohne Beschreibung ausgehändigt“.

allem an Elementarereignissen und Gewalttaten orientierte Kasuistik war man kaum hinausgelangt¹³⁰. Allenfalls die quellenmäßige Wendung „cui humana infirmitas resisti non potest“¹³¹ deutete auf ein gemeinsames Charakteristikum, nämlich das der Unabwendbarkeit¹³². Doch sind weder Schiffbruch, noch Ausplünderung durch Piraten *per se* unabwendbar: etwa dann nicht, wenn ein Schiffer im Orkan den sicheren Hafen verlässt oder ohne Not eine Route einschlägt, auf der erfahrungsgemäß mit Seeräubern zu rechnen ist¹³³. Und was konnte in einer fortschrittsgläubigen Zeit, die gelernt hatte, den Blitz zu zähmen und ihn „wie ein Haustier“ zum Wohle des Menschen arbeiten zu lassen¹³⁴, überhaupt noch als Elementarereignis gelten? Auf derartige Fragen gab es zwei mögliche Antworten: entweder den Weg einer mit erheblicher Rechtsunsicherheit verbundenen Individualisierung (ein Ereignis ist dann *vis major*, wenn es nach der Lage des Einzelfalles für den konkret Betroffenen unvermeidlich und unwiderstehlich war; das war im Grunde die von Goldschmidt propagierte Lösung)¹³⁵ oder aber den Versuch einer typisierenden Abgrenzung nach Gefahrenbereichen.

4.3.3. Die Betriebskreislehre

Grundlegend für diesen letzteren Ansatz wurde eine Schrift des österreichischen Juristen Adolf Exner¹³⁶. Zwei Elemente waren es, die nach Auffassung von Exner den Begriff der *vis major* charakterisierten: es musste sich um ein schädigendes Ereignis handeln, das (i) vermöge der Art und Wucht seines Auftretens die im ordentlichen Laufe des Lebens zu gewärtigenden Zufälle augenscheinlich übersteige und (ii) seinen Ursprung außerhalb des „Betriebskreises des betreffenden Verkehrs-Unternehmens“ hatte¹³⁷. In derartigen Fällen, so Exner, sei der kasuelle Charakter des eingetretenen Ereignis-

130 Vgl. z. B. LAUTERBACH/PELICKE, *De nautis* (Fn. 23), XXXVII, die einen Fall berichten, in dem „in publico tumultu, ob monetarum depravationem, Magdeburgi exorto“ aus einer Gastwirtschaft Sachen abhanden gekommen waren.

131 Vgl. insbesondere GAIUS D. 44,7,1,4.

132 Näher dazu EXNER, *Vis major* (Fn. 129), 11 ff.; DÖNGES, *Liability* (Fn. 10), 45 ff.

133 Vgl. auch die Beispiele bei GOLDSCHMIDT, *ZHR* 3 (1860), 113 f.

134 EXNER, *Vis major* (Fn. 129), 15.

135 Goldschmidt wollte es deshalb dem Richter übertragen, „im einzelnen Falle nach vernünftigem Ermessen“ den Umfang der Haftung zu bestimmen: *ZHR* 3 (1860), 115. Die damit verbundene Rechtsunsicherheit kritisiert EXNER, *Vis major* (Fn. 129), 21 ff. („Ich bedauere diesen Richter; er wird, je verständiger sein Ermessen sonst zu sein pflegt, um so rathloser vor einer solchen Aufgabe stehen“).

136 Zu Exner (Schüler von Joseph Unger und akademischer Lehrer von Ludwig Mitteis) R. ZIMMERMANN, „In der Schule von Ludwig Mitteis“: Ernst Rabels rechtshistorische Ursprünge, *RabelsZ* 65 (2001), 9 ff.

137 EXNER, *Vis major* (Fn. 129), 86.

ses *prima facie* evident. Demgegenüber fehle eine derartige „Liquidität des Sachverhalts zu Gunsten des Recipienten“ bei allen innerhalb seines Betriebskreises entstandenen Ereignissen¹³⁸. Vielmehr befinde sich der Geschädigte insoweit in einem Beweisnotstand, dem auch nicht durch eine bloße Umkehr der Beweislast hinsichtlich des für eine Haftung normalerweise erforderlichen Verschuldenselements wirksam begegnet werden könne: fehle ihm als Außenstehendem doch jede Möglichkeit, gegenüber dem Betriebs Herrn, der den Nachweis erbracht habe, alle Vorsichtsmaßnahmen ergriffen zu haben, einen Gegenbeweis dahin anzutreten, dass im konkreten Falle doch ein Versehen unterlaufen sein könnte¹³⁹.

4.3.4. Die Entwicklung in Gesetzgebung und Rechtsprechung

Exners Ausführungen (eine Wiederbelebung der mittelalterlichen und frühneuzeitlichen „medium“-Lehre unter veränderten Vorzeichen)¹⁴⁰ sollten die weitere Entwicklung der Lehre von der höheren Gewalt entscheidend prägen¹⁴¹. Von der zeitgenössischen Gemeinrechtswissenschaft wurde sie freilich im Hinblick auf die damit verbundene „außerordentliche Steigerung der Verhaftung des Übernehmers“¹⁴² überwiegend kritisiert und abgelehnt. Stär-

¹³⁸ EXNER, *Vis major* (Fn. 129), 54 f.

¹³⁹ EXNER, *Vis major* (Fn. 129), 46 ff. In bemerkenswerter Übereinstimmung damit die Erste Kommission zur Ausarbeitung des BGB bei der Beratung der Gastwirthaftung: H. H. JAKOBS, W. SCHUBERT (Hg.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse III*, 1983, 216 f. („... der nach dem milderer Prinzip dem Gastwirthe nachgelassene Beweis werde im konkreten Falle oft als erbracht zu gelten haben, ohne dass deshalb eine zureichende Gewähr für die Erfüllung aller dem Gastwirthe nach dem Aufnahmevertrage obliegenden Pflichten gegeben sei. Der Gast werde nur zu häufig, da er nach den obwaltenden Umständen von allen Einzelheiten des inneren Wirtschaftsbetriebes und des betreffenden Vorfalles nicht unterrichtet sei, sich außer Stande finden, die spezielle Pflichtversäumniß aufzudecken und mittels Gegenbeweises darzuthun“).

¹⁴⁰ EXNER, *Vis major* (Fn. 129) selbst weist darauf ausdrücklich hin: „Es drängt uns also Alles zurück auf den Standpunkt der älteren Lehre“: S. 38; diese ältere Lehre (Mindermeinung unter den Glossatoren, später aber und bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts „überwiegend herrschend“) wird auf S. 8 ff. vorgestellt.

¹⁴¹ Dazu im Einzelnen v. CAEMMERER, *Höhere Gewalt* (Fn. 101), 246 ff.; W. WILBURG, *Elemente des Schadensrechts*, 1941, 205 ff.; U. STOBBE, *Höhere Gewalt – Eine rechtshistorische Untersuchung*, Diss. Göttingen 1963, 70 ff.; I. KOLLER, *Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen*, 1979, 120 ff.; DOLL, *Vis major* (Fn. 68), 148 ff.; Überblick auch bei H. COING, *Europäisches Privatrecht*, Bd. II, 1989, 462 f.; ERNST, *Index* 22 (1994), 293 f.

¹⁴² WINDSCHEID/KIPP, *Lehrbuch* (Fn. 105), § 384 (S. 621); DERNBURG, *GrünhZ* 11 (1884), 335 ff.; BARON, *AcP* 78 (1892) 291 f.; siehe ferner die Nachweise bei STOBBE,

keren Einfluss schien zunächst die Abhandlung von Levin Goldschmidt zu gewinnen. Das galt nicht zuletzt für die Gesetzgebung. Zwar hatte das ADHGB zunächst, gegen seinen Rat, für den Frachtführer (vor allem: Landtransport) und den Verfrachter (Seetransport) eine Haftung bis zur höheren Gewalt statuiert¹⁴³. Doch bei der Revision des Handelsrechts im Zuge der Vorbereitung einer Kodifikation des allgemeinen bürgerlichen Rechts wurde dies strenge Prinzip durch eine Verschuldenshaftung mit Beweislastumkehr ersetzt¹⁴⁴. Damit war in diesem Bereich der Unterschied zu den allgemeinen schuldrechtlichen Haftungsprinzipien eingeebnet worden. Nur die Transportgeschäfte der Bahn blieben der Zufallshaftung bis zur Grenze der höheren Gewalt unterworfen¹⁴⁵. Diese Differenzierung wurde mit der Erwägung gerechtfertigt, dass die Eisenbahnen ein tatsächliches Beförderungsmonopol besäßen und zugleich so leistungsfähig seien, dass ihnen die Tragung der Betriebsgefahr ohne Unbilligkeit auferlegt werden könne¹⁴⁶. Auch die Rechtsprechung folgte zunächst der Lehre Goldschmidts: das gilt vor allem für das

Höhere Gewalt (Fn. 141), 67 f. Anstoß genommen wurde unter anderem daran, dass nach der Lehre von Exner der Übernehmer auch haften solle, wenn der von ihm angestellte Lokomotivführer vom Schläge getroffen wird oder wenn das von ihm befrachtete Schiff durch eine „Thomasuhr“ zugrunde geht; diese Beispiele finden sich bei EXNER, *Vis Major* (Fn. 129), 62 und 64. Mit dem Begriff der „Thomasuhr“ wird vermutlich auf die in einem Holzfass versteckte Zeitbombe Bezug genommen, mit der der amerikanische Versicherungsbetrüger W. K. Thomas den Schnelldampfer „Mosel“ mitsamt seinen Passagieren mitten im Atlantik versenken wollte. Das Fass fiel jedoch bereits beim Verladen in Bremerhaven am 11. Dezember 1875 auf die Kaje, explodierte und riss 81 Menschen in den Tod. Es handelte sich um eine der ersten Zeitbomben der Welt, und der Vorfall wurde seinerzeit intensiv diskutiert.

¹⁴³ Vgl. oben 4.1. Zur Begründung hatte es geheißen, dass man gegenüber Frachtführern oder Verfrachtern „kein Mittel habe, ihre Thätigkeit, Sorgfalt und Wachsamkeit zu controliren“: W. SCHUBERT (Hg.), *Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetz-Buches*, 1857 (ND 1984), 794.

¹⁴⁴ §§ 429, 606 HGB (vgl. zuvor bereits § 58 Binnenschiffahrtsgesetz). R. MÜLLER-ERZBACH, *Deutsches Handelsrecht*, 2. und 3. Aufl. 1928, § 148 III 1 sollte dies Bekenntnis des HGB zur „unzulänglichen Verschuldenshaftung“ als „rückschrittlich“ bezeichnen. Dies Urteil wird auch aus heutiger Sicht geteilt: K. SCHMIDT, *Handelsrecht*, 5. Aufl. 1999, § 32 II 7 (S. 924). Im Zuge der Transportrechtsreform ist die Haftung neuerdings wieder verschärft worden, ohne dass dabei freilich eine objektive Abgrenzung gewählt worden wäre; vielmehr ist der Frachtführer von der Haftung nach § 425 HGB befreit, soweit Verlust oder Beschädigung auf Umständen beruhen, die er „auch bei größter Sorgfalt nicht vermeiden und deren Folgen er nicht abwenden konnte“ (§ 426 HGB). Für den Seetransport bleibt es demgegenüber auch weiterhin bei der Haftung aus vermutetem Verschulden nach § 606 HGB.

¹⁴⁵ § 456 I HGB; dazu C. RÜHLAND, *Haftung der Eisenbahnen*, in: Franz Schlegelberger (Hg.), *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*, Bd. IV, 1933, 59 ff.; v. CAEMMERER, *Höhere Gewalt* (Fn. 101), 242 f.

¹⁴⁶ *Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs*, 1896, 259.

Reichsoberhandelsgericht¹⁴⁷ (dem Goldschmidt bis 1875 als Richter angehörte), dann aber, jedenfalls der von ihm gewählten Formulierung nach, auch für das Reichsgericht: der Begriff der höheren Gewalt erfasse Ereignisse, die auch durch die äußerste, nach der Sachlage zu erwartende Sorgfalt und durch Mittel, deren Anwendung dem Unternehmen vernünftigerweise zugemutet werden könne, nicht abgewendet werden konnten¹⁴⁸. Die praktisch wichtigste Vorschrift, die eine Haftung bis zur höheren Gewalt vorsah, war inzwischen (nach Art. 395 ADHGB) § 1 des 1871 in Kraft getretenen Reichshaftpflichtgesetzes; sie bezog sich auf beim Betrieb der Eisenbahn entstandene Personenschäden¹⁴⁹.

4.3.5. Das BGB von 1900

Auch in das BGB wurde dieser Haftungsmaßstab schließlich aufgenommen, und zwar für den einzig noch verbliebenen Berufsstand, für den die gemeinrechtliche Rezeptenhaftung noch praktische Bedeutung hatte: den des Gastwirts, der gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufnimmt¹⁵⁰. Die einschlägigen Beratungen fanden statt auf der Grundlage von Art. 750 des Dresdener Entwurfs (1866)¹⁵¹, der seinerseits auf § 1285 Sächs. BGB (1863)

¹⁴⁷ ROHGE (v. 4.5.1871 – R 179/71), 2, 247 (259); ROHGE (v. 12.11.1872 – R 558/72), 8, 26 (29 ff.); ROHGE (v. 4.2.1873 – R 840/72), 8, 159 (159 ff.).

¹⁴⁸ Vgl. etwa RGZ (v. 18.11.1879 – II 10/79), 1, 14; RGZ (v. 14.11.1879 – II 116/79), 1, 82 (83); RGZ (v. 23.03.1888 – II 28/88), 21, 13 (17). Dazu v. CAEMMERER, Höhere Gewalt (Fn. 101), 248 f., der darauf hinweist, dass das Reichsgericht trotz dieser Formulierung fast nie bei typischen Ausflüssen der Betriebsgefahr höhere Gewalt angenommen habe.

¹⁴⁹ Zu dessen Entstehung siehe OGOREK, Gefährdungshaftung (Fn. 67), 98 ff. Diese Vorschrift betrafen alle in Fn. 148 genannten Entscheidungen.

¹⁵⁰ So im Anschluss an § 1280 SächsBGB und Art. 750 DresdE die in § 626 des Ersten Entwurfs gewählte Formulierung, die im weiteren Verlauf der Beratungen so gut wie unverändert blieb: § 701 BGB. Dass der strikten Haftung nur der Gastwirt unterworfen ist, der in Ausübung seines Gewerbes Sachen übernimmt, ergibt sich schon aus ULPPIAN D. 4,9,3,2; dazu etwa WEIS, Archiv für praktische Rechtswissenschaft 5 n. F. (1868), 306 ff. Mit der Beschränkung auf Beherbergungsbetriebe entschied der BGB-Gesetzgeber den Streit darüber, ob der Rezeptenhaftung auch „die ganze Klasse der Speise- und Schenkwirthe, der Billard- und Kaffeewirthe, der Restaurateure und Gar-köche“ unterfielen (GRUCHOT, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts 3 [1874], 67), im Sinne der ganz herrschenden Meinung; so auch GLÜCK, Erläuterung (Fn. 9), 107 f.; SINTENIS, Civilrecht (Fn. 96), § 120 (S. 697); GRUCHOT, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts 3 (1874), 67 ff. mit weiteren Nachweisen, auch aus der zeitgenössischen Rechtsprechung; anderer Ansicht WEIS, Archiv für praktische Rechtswissenschaft 5 n. F. (1868), 302 ff. mit eingehender Begründung.

¹⁵¹ Nach dieser Vorschrift sollte keine Haftung eintreten, wenn der Schaden durch höhere Gewalt herbeigeführt worden ist (die Entscheidung fiel entgegen den „in neuerer Zeit

zurückging¹⁵². Ein Mitarbeiter der Ersten Kommission (dessen Name sich heute nicht mehr feststellen lässt)¹⁵³ hatte dazu ein Memorandum verfasst, in dem er die der „ältere[n] Ansicht“ entsprechende Unterscheidung zwischen höherer Gewalt und sonstigem Zufall dezidiert ablehnte. Das, wofür gehaftet werde, bleibe auch bei der Rezeptenhaftung auf dem Gebiet der *culpa*: die Haftung gründe sich auf Abwendbarkeit¹⁵⁴. Diese Stellungnahme war deutlich von Goldschmidts Lehre inspiriert. In der Kommission selbst setzte sich dann freilich der entgegengesetzte, strengere Standpunkt durch¹⁵⁵. Er entsprach für den Gastwirt dem geltenden Gemeinen Recht und für Frachtführer / Verfrachter den Vorschriften des ADHGB. Im Übrigen stützte sich die Kommission vor allem auf den Gesichtspunkt der Beweisnot des Gastes und lehnte eine Beweislastlösung mit genau demselben Argument ab wie Exner¹⁵⁶. Ob über den Begriff der höheren Gewalt noch Streit bestehe, sei unerheblich; Wissenschaft und Praxis würden „in fortschreitender Entwicklung allmählich schon zu der richtigen Begriffsbestimmung gelangen“¹⁵⁷. Gleichzeitig wurde ausdrücklich anerkannt, dass das strengere Prinzip „eine sehr beträchtliche Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen in sich schlie-

insbesondere von Goldschmidt [vorgebrachten] sehr beachtungswerthen Gründen“ vor allem unter Hinweis auf Art. 395 ADHGB: W. SCHUBERT (Hg.), *Protocollé der Commission zur Ausarbeitung eines Allgemeinen Deutschen Obligationenrechtes*, Bd. IV, 1984, 2658 ff.).

152 So gut wie wortgleich bereits § 1314 des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen von 1860; anders demgegenüber noch § 1206 in Verbindung mit §§ 805 und 1194 des Entwurfs von 1852. Überblick über weitere partikularrechtliche Vorschriften in dem in Fn. 154 zitierten Memorandum „Der Hinterlegungsvertrag (einschließlich des *receptum*)“, S. 1057 ff.; vgl. insbesondere § 447 II 8 PrALR (keine Haftung, sofern der Schaden „durch äußere Gewalt und Zufälle, die der Wirth, bei der sorgfältigsten Aufmerksamkeit, weder vorhersehen noch verhüten konnte“ entstanden ist); § 970 ABGB (Haftung „gleich einem Verwahrer“, also Verschuldenshaftung, wobei freilich der Gastwirt den Entlastungsbeweis zu führen hat; dazu H. W. WEIGERT, *Haftung der Gastwirte*, in: Franz Schlegelberger (Hg.), *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*, Bd. IV, 1933, 74); anders noch Bd. III, Caput XIX, Num. 110 f. *Codex Theresianus* (keine Haftung für „aus höherer Gewalt entstandene oder doch nicht verhütet werden mögende Zufälle Solche Zufälle jedoch, welche insgemein aus menschlicher Unvorsichtigkeit und Unachtsamkeit veranlassen worden, als heimliche Diebstähle und in dem eigenen Haus ausgekommene Feuersbrünste entheben den Beklagten von seiner Verbindlichkeit nicht“).

153 W. SCHUBERT, *Einleitung*, in: W. Schubert (Hg.), *Die Vorlagen der Redaktoren für die Erste Kommission zur Ausarbeitung eines bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse*, Teil 1, 1980, XII f.

154 *Der Hinterlegungsvertrag (einschließlich des receptum cauponum)*, in: W. SCHUBERT (Hg.), *Die Vorlagen der Redaktoren für die Erste Kommission zur Ausarbeitung eines bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse*, Teil 2, 1980, 1063.

155 JAKOBS/SCHUBERT (Hg.), *Beratung Schuldverhältnisse III* (Fn. 139), 216 f.

156 JAKOBS/SCHUBERT (Hg.), *Beratung Schuldverhältnisse III* (Fn. 139), 216 f.

157 JAKOBS/SCHUBERT (Hg.), *Beratung Schuldverhältnisse III* (Fn. 139), 217.

ße¹⁵⁸. Mit dieser Bemerkung, so Otto v. Gierke (der die Bestimmung des § 701 BGB für durchaus angemessen hielt), liefere die Kommission den Gegnern einer derartigen Vorschrift scharfe Waffen. Dagegen würde „die Sache ein ganz anderes Aussehen bekommen, wenn der Entwurf nicht im Übrigen durchweg eine Schadensersatzpflicht nur aus Verschulden entspringen ließe und vielmehr im weiteren Umfange dem Gedanken Raum gäbe, dass der Unternehmer eines Betriebes für das mit demselben verbundene besondere Risiko eintreten muß¹⁵⁹. Es ist klar, dass vor allem das Centralbureau des deutschen Gastwirthverbandes auf die Streichung der Sonderbestimmungen der § 701 ff. BGB drang¹⁶⁰. Dabei konnte die Gastwirthelobby nunmehr auf die Abmilderung der Haftung für das Transportgewerbe durch die Reform des HGB verweisen. Im Übrigen drehte sie in rechtspolitischer Hinsicht den Spieß um. Nicht der Gastwirt sei, wie dies im römischen Recht der Fall gewesen sein möge, vertrauensunwürdig und müsse daher vom Recht besonders strikt behandelt werden, vielmehr würde die Beibehaltung der besonderen Haftpflicht „das reisende Publikum in seiner hergebrachten Unachtsamkeit stärken“¹⁶¹. Derartige Argumente vermochten den BGB-Gesetzgeber freilich nicht zu beeindrucken.

4.4. Die Frage der Abdingbarkeit

4.4.1. Haftungsausschluss durch Aushang?

Fand damit die strenge römisch-rechtliche *receptum*-Haftung für den Gastwirt Eingang in das BGB (§ 701 I), so war selbstverständlich auch anerkannt, dass diese Haftung von den Parteien abbedungen werden konnte. Auch das entsprach der bis auf das römische Recht zurückreichenden Tradition¹⁶².

¹⁵⁸ JAKOBS/SCHUBERT (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 139), 216.

¹⁵⁹ O. v. GIERKE, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1889, 252.

¹⁶⁰ Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. II, 1890, 341; vgl. auch etwa die Angaben bei H. WEISS, Die rechtspolitischen Grundlagen der Gastwirthschaftung, Diss. Jena, 1936, 39 ff. Vgl. ferner O. HOYER, Die Haftpflicht der Gastwirthe nach dem Entwurfe des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, 1890 (er stellt seine Abhandlung unter das Motto „Es erben sich Gesetz und Rechte Wie eine ew'ge Krankheit fort“, Mephistopheles, Faust I, 1972 f.).

¹⁶¹ Centralbureau des deutschen Gastwirthverbandes, nach Zusammenstellung (Fn. 160), 341.

¹⁶² Vgl. oben Fn. 28, 79. Für das 19. Jahrhundert vgl. nur GOLDSCHMIDT, ZHR 3 (1860), 331 ff. (der freilich auch berichtet, dass in der Praxis der rheinischen und französischen Gerichte den Regeln des *receptum* und den darauf beruhenden Normen

Freilich erfolgte ein derartiger Haftungsausschluss in der Regel nicht individualvertraglich, sondern *qua* Aushang in dem betreffenden Beherbergungsbetrieb¹⁶³. Damit stellte sich die Frage der Bedeutung eines solchen Aushangs für die Vertragsbeziehungen zwischen Gastwirt und Gast. Sie wurde in der Regel unter Rückgriff auf Ulpian D. 4,9,7 pr. und auf die allgemeinen Grundsätze der Rechtsgeschäftslehre beantwortet. Das bedeutete, dass die in dem Aushang enthaltenen Erklärungen nur dann Vertragsbestandteil werden konnten, wenn der Gast ihnen zugestimmt hatte. Eine solche Zustimmung konnte nach allgemeinen Grundsätzen auch stillschweigend erfolgen, insbesondere also dadurch, dass der Gast in Kenntnis des Aushangs mit dem Gastwirt kontrahierte. Dieser Aushang befand sich nun aber normalerweise in dem Zimmer, das der Reisende in der Regel erst bezog, nachdem der Vertrag bereits abgeschlossen worden war¹⁶⁴. Insofern konnte es nur noch darum gehen, ob dadurch, dass der Gast nach Lektüre des Aushangs nicht wieder auszog, stillschweigend ein Änderungsvertrag zustande gekommen war¹⁶⁵. Das wurde jedenfalls ganz überwiegend verneint: durch eine einseitige Erklärung könne der einmal aufgenommene Gast nicht in die Lage gebracht werden, dass ein bloßes Schweigen zu seinem Nachteil auszulegen sei¹⁶⁶.

neuerer Gesetzbücher teilweise „ein absoluter Charakter“ beigemessen werde, d. h. dass dieselben für unabdingbar gehalten würden); WEIS, Archiv für praktische Rechtswissenschaft 5 n. F. (1868), 372 ff.; GRUCHOT, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts 3 (1874), 91 ff.; STURM, Haftpflicht (Fn. 104), 30 f.; SINTENIS, Civilrecht (Fn. 96), § 120 (S. 703); WINDSCHEID/KIPP, Lehrbuch (Fn. 105), § 384 (S. 622); Mot., Bd. II, 587 (= MUGDAN, Bd. II, 328).

¹⁶³ In dem der Entscheidung des Oberappellationsgerichts Dresden zugrundeliegenden Fall hatte sich auf dem Zimmer des Reisenden folgender Anschlag befunden: „Alle geehrte Reisenden, welche Pretiosen, Gelder, sowie überhaupt Sachen von Werth bei sich führen, werden ersucht, mir dieselben zur Aufbewahrung zu geben, da ich nur unter dieser Voraussetzung dafür hafte“: (v. Oktober 1855), SeuffA 10 (1856), 216 (Nr. 162), ausführlich in: Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle 4 n. F. (1856) 22 f. Ähnlich offenbar in dem vom Stadtgericht Frankfurt entschiedenen Fall, Archiv für praktische Rechtswissenschaft 4 n. F. (1867), 414. Nach Angaben von H. JACOBI, Die Gastaufnahme und die Haftpflicht des Gastwirtes in rechtsvergleichender Darstellung, 1928, 81 befand sich ein Plakat dieses Inhalts vor 1900 in fast allen deutschen Gasthöfen. So auch Blätter für Rechtsanwendung 17 (1852), 193 („gemeinhin“).

¹⁶⁴ Vgl. etwa die Schilderung der Ankunft von Charlotte Buff im Weimarer Gasthof „Zum Elefanten“ bei T. MANN, Lotte in Weimar (herausgegeben von Werner Fritzen), 2003 (Bd. 9.1 der Großen kommentierten Frankfurter Ausgabe), 11 ff.

¹⁶⁵ Die Mot., Bd. II, 585 (= MUGDAN, Bd. II, 328) sprechen von einem „Befreiungsvertrag“.

¹⁶⁶ Stadtgericht Frankfurt, Archiv für praktische Rechtswissenschaft 4 n. F. (1867), 415; MÜLLER, De recepto actio (Fn. 58), 32 f.; GOLDSCHMIDT, ZHR 3 (1860), 337; WEIS, Archiv für praktische Rechtswissenschaft 5 n. F. (1868), 383 ff.; GRUCHOT, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts 3 (1874), 91 ff.; SINTENIS, Civilrecht (Fn. 96), § 120 (S. 703). In diesem Sinne auch bereits LAUTERBACH/PEILICKE, De nautis

Freilich war dies nicht unbestritten. So war insbesondere das Oberappellationsgericht Dresden der Auffassung, das Insistieren auf einer Kenntnisaufnahme des Anschlags durch den Gast vor Abschluss des Vertrages sei etwas, „was den bestehenden Verhältnissen, wie sie wirklich sind, ganz entgegen wäre“¹⁶⁷. Auch § 1288 Sächs. BGB maß jedenfalls unter bestimmten Umständen einem Anschlag, der „in dem dem Fremden zur Beherbergung ausgewiesenen Raume in einer in die Augen fallenden Weise ... angebracht war“, befreiende Wirkung bei.

4.4.2. Die Lösung des BGB von 1900

Wer demgegenüber, wie die herrschende Lehre, an dem Erfordernis einer vertraglichen Einigung festhielt, war mit einer Reihe praktischer Schwierigkeiten konfrontiert, die mit dem Nachweis einer solchen Einigung verbunden waren¹⁶⁸. Die richtige Entscheidung hing hier vielfach „von der Würdigung der konkreten Umstände des Falls ab“¹⁶⁹. Das bewog den BGB-Gesetzgeber schließlich, dem Anschlag (und zwar jedem Anschlag: sowohl dem vor oder bei Vertragsschluss als auch dem erst später zur Kenntnis des Gastes gekommenen!) „jede rechtliche Wirkung abzusprechen“¹⁷⁰. Er folgte insoweit

(Fn. 23), XLVIII. Vgl. ferner die Analyse der zeitgenössischen Diskussion bei P. HELLWEGE, Der formularmäßige Ausschluss der Haftung des Gastwirts für eingebrachte Sachen im Deutschland des 19. Jahrhunderts, ZNR 29 (2007), sub III.

¹⁶⁷ OAG Dresden (v. Oktober 1855), SeuffA 10 (1856), 216 (Nr. 162), ausführlich in: Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle 4 n. F. (1856), 22 f.; das Gericht hielt deshalb den Vertrag durch die Protestation des Wirts, die dem Gast erst bei Bezug seines Zimmers zur Kenntnis gekommen war, und durch das Stillschweigen des Gastes für wirksam modifiziert; der Satz, dass eine Protestation nur *re integra* etwas bewirken könne, finde insoweit keine Anwendung. Ebenso Blätter für Rechtsanwendung 17 (1852), 194 f.; wohl auch WINDSCHEID/KIPP, Lehrbuch (Fn. 105), § 384 (Fn. 8). Im praktischen Ergebnis stimmten freilich auch manche Vertreter der herrschenden Lehre dem OAG Dresden zu; dazu unten Fn. 210.

¹⁶⁸ Zur Frage der Beweislast hinsichtlich der Kenntnis des Gastes von dem Aushang vgl. etwa Blätter für Rechtsanwendung 17 (1852), 196 f. einerseits und GOLDSCHMIDT, ZHR 3 (1860), 337 sowie WEIS, Archiv für praktische Rechtswissenschaft 5 n. F. (1868), 384 ff. andererseits.

¹⁶⁹ So die Erste Kommission nach JAKOBS/SCHUBERT (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 139), 223.

¹⁷⁰ „... einmal zur Erledigung der prinzipiellen Streitfrage und sodann, um den Streitigkeiten zu begegnen, welche unausbleiblich seien, wenn – entsprechend der richtigeren Ansicht – die Umstände des konkreten Falls für maßgebend erklärt würden“: JAKOBS/SCHUBERT (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 139), 223; vgl. auch Mot., Bd. II, 587 (= MUGDAN, Bd. II, 328).

dem Vorbild des Dresdener Entwurfs¹⁷¹ (wo freilich mit Rücksicht auf die sächsische Praxis und das sächsische BGB zusätzlich ein Vorbehalt anderweitiger landesgesetzlicher Regelung aufgenommen worden war¹⁷² – diese Rücksicht brauchte nun nicht mehr genommen zu werden) und der einschlägigen Schweizer Gesetzgebung¹⁷³. Damit enthielt das BGB, modern ausgedrückt, eine Regelung über die Einbeziehungsvoraussetzungen (oder die „Abschlusskontrolle“) von Allgemeinen Geschäftsbedingungen; sie betraf zwar nur einen speziellen Fall, war dafür aber bemerkenswert progressiv (im Sinne von wenderunfreundlich) und pragmatisch (weil um eine möglichst einfache Lösung bemüht)¹⁷⁴. Eine parallele Diskussion war in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts über Eisenbahnreglements geführt worden, die in den Schalterhallen der Bahnhöfe aushingen und die ebenfalls in der Regel Haftungsausschlussklauseln enthielten (auch sie bezogen auf die *receptum*-Haftung in ihrer gemeinrechtlichen oder modernen spezialgesetzlichen Variante)¹⁷⁵. Diese Diskussion¹⁷⁶, die im wesentlichen darauf abzielte, den Verkehrsbedürfnissen auf der Grundlage der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre Rechnung zu tragen¹⁷⁷, fand zunächst keinen Niederschlag im BGB, bildete aber den zentralen Ausgangspunkt des modernen Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen¹⁷⁸.

171 Art. 751 II DresdE; dazu Prot-DresdE, Bd. IV, 2687 f. und 2727 ff. sowie zusammenfassend der anonyme Mitarbeiter Ersten Kommission (dazu oben Fn. 153), in: SCHUBERT, Vorlagen (Fn. 154), 1066. Vgl. ferner HELLWEGE, ZNR 209 (2007), sub V.

172 Art. 751 III DresdE; dazu Prot-DresdE, Bd. IV, 2737.

173 Vgl. zunächst § 1151 Züricher Gesetzbuch von 1853/1855 („Ebensowenig kann sich der Wirth dieser Verantwortlichkeit dadurch entziehen, dass er in einem allgemeinen Anschlag in den Zimmern des Gasthofes dieselbe ablehnt“); Art. 487 OR von 1883. In diesem Sinne auch § 448 II 8 PrALR, wenn dort nur einer „sogleich bei der Aufnahme“ abgegebenen Erklärung des Gastwirts Wirkung beigemessen wird. Für die französische Judikatur heißt es in den Vorentwürfen, die Nichtverbindlichkeit von Anschlägen sei dort *sententia recepta*: SCHUBERT, Vorlagen (Fn. 154), 1067.

174 Der Sache nach orientierte sich diese Lösung an der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre, denn sie suchte einer Erosion des Konsenserfordernisses vorzubeugen. Gleichzeitig setzte sie sich aber über gewisse theoretische Konsequenzen, die sich aus der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre ergaben, bewusst hinweg; vgl. die aufschlussreiche Bemerkung in den Mot., Bd. II, 587 (= MUDGAN, Bd. II, 328) („Wenn theoretisch [eine andere Bestimmung] vielleicht richtiger sein möchte ...“).

175 Dazu oben 4.3.4.

176 An der wiederum L. GOLDSCHMIDT führend beteiligt war: Die Haftungspflicht der Eisenbahnverwaltungen im Güterverkehr, ZHR 4 (1861), 569 ff.

177 In diesem Sinne HKK/HELLWEGE, §§ 305-310 (Teil II), Rn. 14.

178 Näher dazu HELLWEGE, ZNR 29 (2007), sub X.

4.5. Geld, Wertpapier, Kostbarkeiten

4.5.1. Gemeines Recht

In einem praktisch besonders wichtigen Punkt kam der Gesetzgeber den Gastwirten freilich durch die Aufnahme einer Sonderregelung für Geld, Wertpapiere und Kostbarkeiten entgegen¹⁷⁹. In gewisser Weise wurde damit der Inhalt der in den deutschen Gasthäusern des 19. Jahrhunderts verbreiteten Haftungsbeschränkungsklausel¹⁸⁰ Gesetz. Das römische Recht hatte unter den von *nauta*, *caupo* oder *stabularius* eingebrachten Sachen nicht differenziert, und auch den Gesetzen und Entwürfen des späten 18. und 19. Jahrhunderts war eine derartige Sonderregelung ganz überwiegend fremd gewesen¹⁸¹. Allerdings war im Gemeinen Recht die Frage diskutiert (aber weithin verneint) worden, ob in Kisten oder Koffern mitgeführte Pretiosen deklariert werden müssten¹⁸². Einerseits hatten die auf Schadensersatz in Anspruch genommenen Frachtführer und Gastwirte immer wieder geltend gemacht, sie hätten eine größere Sorgfalt aufgewandt, wenn sie um den besonderen Wert der eingebrachten Gegenstände gewusst hätten¹⁸³. Andererseits hätte aber der Gast oder Befrachter durch eine Deklaration der Wertgegenstände auf das Vorhandensein lohnenden Diebesgutes vielfach überhaupt erst aufmerksam gemacht, und das wollte man von ihnen nicht verlangen¹⁸⁴. Die Gastwirte versuchten sich in dieser Situation dadurch zu schützen, dass sie ihren Gästen anboten, ihnen mitgeführtes Geld und Wertsachen zur eigenen Aufbewahrung zu übergeben, im Übrigen aber ihre Haftung ausschlossen.

179 § 627 E I, § 624 E II, § 702 BGB a.F.

180 Oben Fn. 163.

181 Insbesondere gilt dies für das preußische, französische und schweizerische Recht; in diesem Sinne auch der Dresdener Entwurf (freilich mit dem landesrechtlichen Vorbehalt in Art. 751 III). Anders § 1288 Sächs. BGB, der dem Anschlag des Wirtes nur insoweit haftungsbefreiende Wirkung beimaß, als dieser Anschlag sich auf Geld, Wertpapiere und Kostbarkeiten bezog; ähnlich Art. 680 des Bayerischen Entwurfs von 1861.

182 Oben 3.4.

183 Vgl. etwa den oben Fn. 58 erwähnten, von der Helmstädter Juristenfakultät entschiedenen Fall („... hiernächst hätte er auch darinnen unrecht gethan, dass er bey der Lieferung nicht gemeldet, was vor Kostbarkeiten in dem Päckgen befindlich, weil alsdann Beklagter sich besser in Acht genommen ...“).

184 Vgl. die oben Fn. 89 zitierte Bemerkung des Mascardus; WEIS, Archiv für praktische Rechtswissenschaft 5 n. F. (1868), 318 („... und nicht ohne Grund hervorgehoben worden ist, daß der Gast durch eine Erklärung, daß er erheblichen Werth bei sich führe, unter Umständen seine Sachen, ja vielleicht seine persönliche Sicherheit einer räuberischen Gefahr preisgebe ...“).

4.5.2. Das BGB von 1900

Der BGB-Gesetzgeber hielt die diesem Vorgehen zugrundeliegenden Sorgen im Prinzip für berechtigt. Eine völlige Gleichstellung setze die Gastwirte „den größten Gefahren“ aus: könnten sie doch Verluste erleiden, „die zu ihrem völligen Ruin führten, ohne irgend in der Lage zu sein, sich durch geeignete Vorsichtsmaßnahmen gegen das drohende Unheil zu schützen“. Darin liege eine Härte, die „unter den jetzigen Verhältnissen“ nicht mehr gerechtfertigt sei¹⁸⁵. § 627 E I statuierte deshalb eine Haftung nur dann, wenn dem Gastwirt die Wertgegenstände zur Aufbewahrung übergeben worden sind, zudem, wenn er eine solche Übernahme zur Aufbewahrung abgelehnt hat¹⁸⁶ oder wenn der Schaden von ihm oder seinen Leuten verschuldet worden ist. Ein Vorbild für eine derartige Regelung gab es im Übrigen im Frachtrecht. Sie hatte sich bei den Beratungen des ADHGB zunächst – inspiriert von dem englischen Merchant Shipping Act von 1854 – etabliert¹⁸⁷ und war alsdann auch für den Landtransport übernommen worden. So bestimmte Art. 395 II ADHGB, dass der Frachtführer für Kostbarkeiten, Gelder und Wertpapiere nur dann hafte, wenn ihm die Beschaffenheit oder der Wert des Gutes angegeben worden sei¹⁸⁸. Es könne keinem begründeten Zweifel unterliegen, so die Kommission zur Beratung des ADHGB zu der seerechtlichen Variante der Vorschrift (später Art. 608 ADHGB), „daß man dem Schiffer billiger Weise nicht zumuthen dürfe, für ganz außerordentlich große Summen selbst dann zu haften, wenn ihm über die Größe seiner Haftbarkeit gar keine Andeutung gegeben worden sei“¹⁸⁹. Für die Gastwirthaftung war damit im Wesentlichen nur noch zu klären, ob die Anwendung der Ausnahmebestimmung für Wertgegenstände von einem Anschlag des Gastwirts abhängig zu machen sei. Das wurde unter Hinweis darauf abgelehnt, man kön-

185 So die Erste Kommission: JAKOBS/SCHUBERT (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 154), 219 f. Zu diesen „jetzigen Verhältnissen“ aus der Sicht der Gastwirte HOYER, Haftpflicht (Fn. 160), 8: das moderne Hôtel müsse gewaltige Zahlen von Gästen aufnehmen, die „oft ganze Vermögen in ihrer kleinen Brieftasche mit sich führen“. Dass der Autor dieser Schrift selbst Hotelier war, ergibt sich aus Zusammenstellung (Fn. 160), 342. Vgl. auch Prot., Bd. II, 408 (= MUGDAN, Bd. II, 979) mit dem Hinweis auf die große Bedeutung, die dem Reisen „im heutigen Kulturleben“ zukomme; das Argument diene hier zur Begründung einer Regelung, die darauf zielte, den Gastwirt zur Anschaffung von Vorrichtungen zu bewegen, in denen sie Wertsachen ihrer Gäste sicher verwahren konnten; vgl. Text zur nächsten Fußnote.

186 Dagegen (im Ergebnis erfolglos) der Verband bayerischer Gastwirte; vgl. Zusammenstellung (Fn. 160), 342. Vgl. auch die Diskussion der Problematik in JAKOBS/SCHUBERT (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 139), 221; Prot., Bd. II, 408 (= MUGDAN, Bd. II, 979).

187 Protokolle (Fn. 143), 2261 ff., 2298 ff.

188 Dazu Protokolle (Fn. 143), 4717 ff.

189 Protokolle (Fn. 143), 2298.

ne davon ausgehen, dass die neu zu schaffende Norm allgemein bekannt sei und es eines besonderen Anschlages daneben nicht bedürfe. Zudem könnte ein für die zivilrechtliche Beurteilung maßgebliches Anschlagserfordernis „zu den mannigfachsten Streitigkeiten“ Anlass geben¹⁹⁰. Ob der Anschlag dem Wirt gewerbepolizeilich zur Pflicht zu machen sei, habe das BGB nicht zu entscheiden¹⁹¹.

Auf dem Weg von § 627 E I zu § 702 BGB ergaben sich schließlich noch zwei inhaltliche miteinander zusammenhängende Änderungen. Zunächst hatte sich die Sondervorschrift auf Gelder, Wertpapiere und Kostbarkeiten bezogen, die „nicht zu den laufenden Bedürfnissen des Gastes dienen“. Denn in Ansehung solcher Wertsachen, von denen der Gast, wolle er nicht in die größten Verlegenheiten geraten, sich nicht trennen könne, müsse es bei der unbedingten Einstandspflicht des Gastwirts bleiben¹⁹². Einer solchen Einschränkung bedurfte es nicht mehr, nachdem sich in der zweiten Kommission – im Anschluss an ein französisches Gesetz¹⁹³ – der Gedanke eines Haftungshöchstbetrages durchgesetzt hatte: Für Geld, Wertpapiere und Kostbarkeiten haftet der Gastwirt nach § 701 BGB bis zu einem Betrag von 1.000 Mark, ansonsten nur bei Übernahme zur Aufbewahrung, Ablehnung einer solchen Aufbewahrung oder eigener Schadenszufügung¹⁹⁴.

4.6. Erlöschen des Schadensersatzanspruchs

Dem Schutz des Gastwirtes diene auch eine weitere Vorschrift, die erst durch die zweite Kommission in das BGB eingefügt wurde: ein nach § 701 BGB entstandener Anspruch erlischt, wenn der Gast dem Gastwirt den Verlust oder die Beschädigung seiner eingebrachten Sachen nicht unverzüglich

190 Erste Kommission, JAKOBS/SCHUBERT (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 139), 220. Wiederum spielte also das Argument der Rechtssicherheit eine entscheidende Rolle. Zudem wies der Gesetzgeber darauf hin, dass der Anschlag häufig nicht bemerkt oder aber nicht gelesen oder nicht verstanden werde: Mot., Bd. II, 588 (= MUGDAN, Bd. II, 329).

191 JAKOBS/SCHUBERT (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 139), 220.

192 Erste Kommission, JAKOBS/SCHUBERT (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 139), 222; Mot., Bd. II, 589 (= MUGDAN, Bd. II, 329). Dagegen etwa HOYER, Haftpflicht (Fn. 160), 14 (mit dem Hinweis darauf, dass die laufenden Bedürfnisse nach dem Stand, den Vermögensverhältnissen, dem Gewerbe und den Reisezwecken des Gastes „um den Betrag ganzer Vermögen differieren [können]; man denke an Juwelenhändler, an luxuriös lebende Millionäre, ...“); Zusammenstellung (Fn. 160), 342.

193 Prot., Bd. II, 409 (= MUGDAN, Bd. II, 980).

194 § 702 BGB in der Fassung von 1900; dazu Prot., Bd. II, 410 (= MUGDAN, Bd. II, 980). Auch hier standen wieder die Gesichtspunkte einer „thunlichen Vereinfachung“ und der Rechtssicherheit im Zentrum der Erwägungen.

anzeigt, nachdem er davon Kenntnis erlangt hat¹⁹⁵. Auch damit schuf der Gesetzgeber ein Korrelat zu der strikten Gastwirthaftung. Denn wenn mit dieser der Beweisnot des Gastes begegnet werden sollte¹⁹⁶, so war nunmehr auch die in mancher Hinsicht nicht minder prekäre Beweissituation des Gastwirts zu berücksichtigen¹⁹⁷. Geprüft, aber aus guten Gründen abgelehnt, wurde, ob diesem Anliegen nicht durch eine besonders kurze Verjährungsfrist (sechs Wochen) Rechnung getragen werden könnte¹⁹⁸. Somit blieb es bei der Erlöschenslösung, d. h. einem verwirkungsähnlichen Anspruchsverlust¹⁹⁹. Etwas anderes sollte nur gelten, wenn die Sachen dem Gastwirt zur Aufbewahrung übergeben worden waren²⁰⁰.

4.7. Verschulden des Gastes

Eine weitere Einschränkung der strikten Haftung des Gastwirts galt für Fälle, in denen der Schaden von dem Gast selbst verschuldet worden war. Sie hatte sich seit jeher von selbst verstanden und war, sofern sie überhaupt ausdrücklich erwähnt wurde, vielfach auf den Rechtssatz „quod quis ex sua culpa damnum sentit non intellegitur damnum sentire“ gestützt worden²⁰¹. Der Haftungsausschluss in derartigen Fällen war auch in der Rechtsprechung des 19. Jahrhunderts anerkannt²⁰² und hatte in einer Reihe von Gesetzen seinen

195 § 643 E II, § 703 BGB von 1900.

196 Vgl. oben Fn. 156.

197 Prot., Bd. II, 410 f. (= MUGDAN, Bd. II, 981).

198 Prot., Bd. II, 411 (= MUGDAN, Bd. II, 981).

199 MüKo/HÜFFER, § 703, Rdn. 8.

200 Dazu Prot., Bd. II, 411 (= MUGDAN, Bd. II, 981).

201 LAUTERBACH/PEILICKE, *De nautis* (Fn. 23), XLIV; GLÜCK, Erläuterung (Fn. 9), 137 f.; SENTENIS, *Civilrecht* (Fn. 96), § 120 (S. 701); WEIS, *Archiv für praktische Rechtswissenschaft* 5 n. F. (1868), 388 ff.; GRUCHOT, *Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts* 3 (1874), 95 ff.; SCHUBERT, *Vorlagen* (Fn. 154), 1064; DÖNGES, *Liability* (Fn. 10), 53 ff. Es handelte sich mithin um einen Anwendungsfall der sogenannten *compensatio culpa*: fremdes Verschulden darf nicht geltend machen, wem selbst ein vergleichbarer Vorwurf zu machen ist. Diese Lehre blieb für das Gemeine Recht bis zuletzt herrschend; vgl. etwa WINDSCHEID/KIPP, *Lehrbuch* (Fn. 105), § 258, 2 (mit Fn. 17); dazu ZIMMERMANN, *Law of Obligations* (Fn. 15), 1047 f. sowie ausführlich N. JANSEN, § 254. Mitwirkendes Verschulden, in: Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann (Hg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. II, 2006, § 254, Rn. 12 ff.

202 Vgl. die Nachweise bei GRUCHOT, *Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts* 3 (1874), 96 f. aus der Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts Darmstadt (1868) und des Oberappellationsgerichts Dresden (1841). Vgl. auch das Appellationsgericht Frankfurt, *Archiv für praktische Rechtswissenschaft* 4 n. F. (1867), 414 ff., das ein eigenes Verschulden des Gastes darin sah, dass derselbe ohne Wissen und Willen des

Niederschlag gefunden²⁰³. Der BGB-Gesetzgeber ging im Anschluss an den Dresdener Entwurf darüber aus Billigkeitsgesichtspunkten zugunsten der Gastwirte insoweit hinaus, als der Schadensersatzanspruch schon bei bloßer Verursachung des Schadens durch den Gast (oder einen Begleiter des Gastes oder einer Person, die er bei sich aufgenommen hat) ausgeschlossen sein sollte²⁰⁴. Das passt zu dem Gedanken der Schadensallokation nach Risikosphären. Gleiches gilt für einen weiteren Punkt, in dem das BGB (auch hier im Anschluss an den Dresdener Entwurf) von dem geltenden Recht abwich: Befreiung des Gastwirtes nicht nur, wenn der Schaden durch die Beschaffenheit der zerstörten oder beschädigten Sache selbst, sondern auch, wenn er durch die Beschaffenheit einer anderen von dem Gast eingebrachten Sache entstanden ist²⁰⁵.

4.8. Die Sorgfaltsanforderungen an den Gast

Im älteren *ius commune* war bisweilen behauptet worden, in der Aushändigung des Zimmerschlüssels an den Gast liege ein stillschweigender Ausschluss der strikten *receptum*-Haftung²⁰⁶. Diese These wurde im 19. Jahrhundert offenbar einhellig abgelehnt²⁰⁷, durch das Züricher Gesetz-

Wirtes „nächtlich eine feile Dirne bei sich beherbergt habe“. Für das 18. Jahrhundert vgl. die Kasuistik bei LAUTERBACH/PEILICKE, *De nautis* (Fn. 23), XLIV.

²⁰³ §§ 447, 451 II 8 PrALR; § 1285 Sächs. BGB; § 1150 Züricher Gesetzbuch; Art. 486 OR von 1881.

²⁰⁴ § 626 I, III E I, § 641 I E II, § 701 I BGB von 1900; dazu JAKOBS/SCHUBERT (Hg.), *Beratung Schuldverhältnisse III* (Fn. 139), 217; *Mot.*, Bd. II, 587 (= MUGDAN, Bd. II, 328). Vgl. zuvor bereits Art. 679 Bayerischer Entwurf (1861), § 343 III Hessischer Entwurf und Art. 750 I DresdE.

²⁰⁵ § 626 I E I, § 641 I E II, § 701 BGB von 1900; dazu JAKOBS/SCHUBERT (Hg.), *Beratung Schuldverhältnisse III* (Fn. 139), 218; *Mot.*, Bd. II, 587 (= MUGDAN, Bd. II, 328). Vgl. zuvor bereits § 1285 Sächs. BGB; Art. 750 I DresdE; anders (nur bezogen auf die zerstörte oder beschädigte Sache selbst) Art. 486 OR von 1881 und vor allem Art. 395 ADHGB (bezogen auf die Frachtführerhaftung). Vgl. auch die Diskussion bei DÖNGES, *Liability* (Fn. 10), 55 ff.

²⁰⁶ Oben 3.4.

²⁰⁷ OAG Dresden SeuffA 2 (1848), 56 (Nr. 49), ausführlich in: *Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle* 1 (1841), 304 f.; UNTERHOLZNER/HUSCHKE, *Schuldverhältnisse* (Fn. 96), 735; SINTENIS, *Civilrecht* (Fn. 96), § 120 (S. 701); WEIS, *Archiv für praktische Rechtswissenschaft* 5 n. F. (1868), 387 f.; MÜLLER, *De recepto actio* (Fn. 58), 33; STURM, *Haftpflcht* (Fn. 104), 31. Begründungen: Mit der Übergabe des Schlüssels sei die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, ohne ihn in das Zimmer zu gelangen (Sintenis); die Übergabe habe nur den Zweck, dass der Reisende zu jeder Zeit ohne Umstände in sein Zimmer gelangen könne (Müller); der Türverschluss sei gegenüber einer Reihe von Ereignissen, für die der Wirt zweifellos einzustehen habe, total bedeutungslos (Weis).

buch sogar in Form einer gesetzlichen Vorschrift²⁰⁸. Gleichwohl konnte die Schlüsselübergabe durchaus Folgen für die Reichweite der Gastwirthaftung haben. Denn wenn nunmehr der Gast sein Zimmer verließ, ohne es abzuschließen, so war hierin ein Verschulden zu sehen, das nach dem soeben erwähnten Grundsatz²⁰⁹ die Haftung des Gastwirts ausschloss²¹⁰. Im Einzelnen ergaben sich in diesem Zusammenhang freilich eine Reihe schwieriger Abgrenzungsfragen²¹¹. So wurde hervorgehoben, zwischen dem Verschulden des Gastes und dem eingetretenen Schaden müsse ein innerer Kausalzusammenhang bestehen²¹². Wenn der Dieb durch das Fenster gestiegen sei, hafte der Wirt, auch wenn der Gast die Zimmertür offengelassen habe²¹³. Zweifelhafte war, ob der Gast auch vor dem Schlafengehen sein Zimmer zu verschließen hatte. Die juristische Fakultät Jena bejahte dies: wer in einem Wirtshaus bei unverschlossener Tür schlafe, begehe eine Fahrlässigkeit, die sich nicht einmal ein mittelmäßig vorsichtiger Mensch zu Schulden kommen lasse²¹⁴. Der Wirt sei deshalb von der Haftung für einen dadurch ermöglichten Diebstahl befreit. Anderer Ansicht war das Oberappellationsgericht Dresden mit der Begründung, der Gast dürfe in einem Gasthaus dieselbe Sicherheit erwarten, und sich damit in derselben Weise benehmen, wie in seinem eigenen Hause²¹⁵. Dies Argument spielte auch eine Rolle bei der Beur-

208 § 1151 Züricher Gesetzbuch.

209 Oben 4.7.

210 GLÜCK, Erläuterung (Fn. 9), 138; SINTENIS, Civilrecht (Fn. 96), § 120 (S. 701) (mit dem einschränkenden Hinweis, es lassen sich doch Fälle denken, in denen das Nichtverschließen der Tür nicht gerade als Nachlässigkeit erscheine); WEIS, Archiv für praktische Rechtswissenschaft 5 n. F. (1868), 387 f.; GRUCHOT, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts 3 (1874), 97; STURM, Haftpflicht (Fn. 104), 31; ESCHENBURG, Rechtsstellung (Fn. 105), 35. – Unter dem Gesichtspunkt eines Verschuldens des Gastes ließ sich übrigens auch vom Standpunkt der herrschenden Lehre aus die Entscheidung des Oberappellationsgerichts Dresden zur Frage des Haftungsausschlusses durch ein im Zimmer angebrachtes Plakat (oben Fn. 167) rechtfertigen: es könne unter Umständen „als Verschuldung des Reisenden erscheinen, daß er die vom Wirth durch den ihm bekannt gewordenen Anschlag dargebotene Gelegenheit zur sicheren Verwahrung seiner Effekten nicht benutzt hat“: GOLDSCHMIDT, ZHR 3 (1860), 337 (Fn. 120 a); STURM, Haftpflicht (Fn. 104), 31.

211 SINTENIS, Civilrecht (Fn. 96), § 120 (S. 701) spricht von einer Menge „sehr intrikater faktischer Fragen“.

212 WEIS, Archiv für praktische Rechtswissenschaft 5 n. F. (1868), 389; GRUCHOT, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts 3 (1874), 97; STURM, Haftpflicht (Fn. 104), 31.

213 STURM, Haftpflicht (Fn. 104), 31.

214 Vgl. die Angaben bei WEIS, Archiv für praktische Rechtswissenschaft 5 n. F. (1868), 390 und ESCHENBURG, Rechtsstellung (Fn. 105), 36.

215 OAG Dresden (1853/54), SeuffA 8 (1855), 68 (Nr. 48), ausführlich in: Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle 2 n. F. (1854), 260 ff. Dazu (mit Recht) kritisch ESCHENBURG, Rechtsstellung (Fn. 105), 36.

teilung der Frage, wie sich der Gast hinsichtlich der in seinem Zimmer befindlichen Sachen zu verhalten habe, ob er also etwa seine Uhr, sein Geld oder seinen Schmuck offen herumliegen lassen dürfe oder in etwa vorhandene Kommoden, Schränke oder sonstige Behältnisse einschließen müsse²¹⁶. Erst durch das BGB ergab sich hier ein Wandel der Betrachtungsweise. Denn zum einen wurde, wie bereits erwähnt²¹⁷, das überkommene Verschuldenskriterium durch den Gesichtspunkt der reinen Verursachung ersetzt. Damit wollte der Gesetzgeber den Gastwirten entgegenkommen. In der Tat hätte gerade auch im vorliegenden Zusammenhang das Argument nicht fern gelegen, ein Gast, der besonders diebstahlsgefährdete Gegenstände offen in seinem Zimmer herumliegen lässt, habe den Diebstahl selbst verursacht (ohne dass es dann darauf angekommen wäre, ob das Verhalten des Gastes den Vorwurf der Fahrlässigkeit rechtfertigen würde).

Dass es dazu nicht kam, lag an einer zweiten, praktisch sehr viel wichtigeren Entwicklung. Denn im allgemeinen Schadensersatzrecht hatte der BGB-Gesetzgeber sich von dem Grundsatz der Kulpakompensation abgewandt: die Mitverantwortlichkeit führte nach § 222 E I nicht mehr zu einer einseitigen Schadenszuweisung, sondern zu einer Schadensteilung²¹⁸. Dies war ein grundlegender konzeptioneller Wandel, der auch auf die Gastwirtshaftung durchschlagen musste; und in der Tat betrachtete der Gesetzgeber die Anwendung der allgemeinen Mitverschuldensregel (d. h. der Norm des nachmaligen § 254 I BGB) als selbstverständlich²¹⁹. Der Anspruch des Gastes gegen

²¹⁶ Dazu (in dem Sinne, dass der Gast sich bezüglich seiner Effekten ebenso ungeniert und zwanglos bewegen dürfe wie zu Hause) Oberappellationsgericht Dresden (1853/54), SeuffA 8 (1855), 68 (Nr. 48), ausführlich in: Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle 2 n. F. (1854), 260 ff.; WEIS, Archiv für praktische Rechtswissenschaft 5 n. F. (1868), 389; GRUCHOT, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts 3 (1874), S. 97; ebenso ESCHENBURG, Rechtsstellung (Fn. 105), 35 (freilich mit der Einschränkung, der Gast dürfe nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen haben – was immer das bedeuten mag). Nach § 451 II 8 PrALR wurde der Gastwirt zwar nicht bereits dadurch von seiner Haftung frei, dass er dem Reisenden ein zum Verschließen geeignetes Behältnis für seine Sachen anwies, wohl aber dann, wenn der Reisende beim Verschließen nachlässig oder in der Aufbewahrung der Schlüssel unvorsichtig war. Nach Auffassung von GRUCHOT (S. 98) stand diese Vorschrift mit der von ihm für das Gemeine Recht vertretenen Ansicht im Einklang.

²¹⁷ Oben Fn. 204.

²¹⁸ Dazu im einzelnen HKK/JANSEN, § 254, Rn. 17 ff.

²¹⁹ § 626 II E I hatte eine eigenständige Mitverschuldensregel enthalten („Hat bei der Entstehung des Schadens eine Fahrlässigkeit des Gastes mitgewirkt, so finden die Vorschriften des § 222 entsprechende Anwendung“), die dann von der Zweiten Kommission gestrichen wurde. Damit war jedoch eine sachliche Änderung nicht beabsichtigt. Denn nachdem die Vorschrift des § 222 (d. h. des Vorläufers des heutigen § 254 BGB; sie hatte ursprünglich Fälle eines „von einem Anderen verschuldeten Schadens“ im Auge gehabt) in der zweiten Lesung auch auf Fälle einer vom Verschulden unabhängigen Schadensersatzpflicht erstreckt worden war, war sie unmittel-

den Gastwirt brauchte also nicht mehr in vollem Umfang zuerkannt oder abgewiesen zu werden; vielmehr ließ sich der Schadensbetrag nach Verursachungsanteilen quoteln. Gleichzeitig war damit der in § 701 I BGB vorgesehene vollständige Haftungsausschluss auf Fälle beschränkt worden, in denen der Gast den Schaden allein verursacht hatte. In derartigen Fällen sei nämlich, so die Protokolle, „der für die Haftung notwendige ursächliche Zusammenhang zwischen dem Schaden und einem Mangel derjenigen Sicherungsmaßregeln, für deren Vorhandensein der Gastwirth kraft Gesetzes Gewähr leisten müsse, durch das Verhalten des Gastes aufgehoben“²²⁰. Umgekehrt ergibt sich aus dieser Bemerkung, dass die Gastwirthschaftung nach der Vorstellung des Gesetzgebers eine Verursachung oder Mitverursachung durch den Gastwirt bzw. durch seinen Betrieb voraussetzt²²¹.

4.9. Der juristische Charakter der *receptum*-Haftung

Was schließlich die „Natur“²²² oder den „juristischen Charakter“²²³ der *receptum*-Haftung betrifft, so wurde sie zunächst nach wie vor von einigen Autoren zu den quasivertraglichen Verbindlichkeiten gerechnet²²⁴. Doch war diese farblose und insgesamt unbefriedigende systematische Kategorie im 19. Jahrhundert in Auflösung begriffen²²⁵. Diese Entwicklung begünstigte diejenigen, die für eine vertragliche Einordnung plädierten. Doch gab es auch hier ein vielfältiges Meinungsspektrum. So rechneten v. Vangerow und

bar auch auf § 626 I E I (= § 701 I BGB) anwendbar geworden; vgl. Prot., Bd. II, 403 f. (= MUGDAN, Bd. II, 975); Kommissionsbericht, in MUGDAN, Bd. II, 1293; ESCHENBURG, Rechtsstellung (Fn. 105), 39 f.; G. PLANCK, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. II, 1. und 2. Aufl. 1900, § 701, 4. b); RGZ (v. 28.2.1911 – III 44/10), 75, 386 (394).

220 Prot., Bd. II, 404 (= MUGDAN, Bd. II, 975).

221 Vgl. in diesem Zusammenhang auch P. OERTMANN, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 1906, § 701, 4 d); H. C. NIPPERDEY, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl. 1939, Vorbem. v. § 701, Rn. 6; W. WEBER, Reform der Gastwirthschaftung, Diss. Freiburg, 1964, 55 f.; J. DETIG, Die Konvention des Europarats über die Gastwirthschaftung und die deutsche Novelle zu den §§ 701 ff BGB, Diss. Saarbrücken 1969, 71.

222 WEIS, Archiv für praktische Rechtswissenschaft 5 n. F. (1868), 311.

223 GRUCHOT, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts 3 (1874), 66.

224 Vgl. etwa UNTERHOLZNER/HUSCHKE, Schuldverhältnisse (Fn. 96), 734.

225 Dazu H. H. SEILER, Die Systematik der einzelnen Schuldverhältnisse in der neueren Privatrechtsgeschichte, Diss. Hamburg, 1957, 94 ff.; ZIMMERMANN, Law of Obligations (Fn. 15), 20 f. Man bemühte sich stattdessen, die Quasikontrakte systematisch bei den ihnen inhaltlich am nächsten stehenden Verträgen unterzubringen (also etwa: die Geschäftsführung ohne Auftrag beim Auftrag, die Gemeinschaft bei der Gesellschaft); ein Verfahren, das aber jedenfalls bei der ungerechtfertigten Bereicherung zum Scheitern verurteilt war.

Sintenis das *receptum* zu den Pacht- und Mietverhältnissen und betrachteten es damit als einen Konsensualvertrag²²⁶. Weis definierte demgegenüber das *receptum* als die in dem prätorischen Edikt den Wirten auferlegte und in ihrem Umfang vorgeschriebene Garantie für die Integrität der von ihren Gästen bei ihnen eingebrachten Sachen, die „geboren wird durch die Thatsache der Illation unter hinzutretendem generellen Consense des Wirthes“²²⁷. Ebenso hatte dies im Grunde Glück gesehen²²⁸. Damit wurde das *receptum* als ein Realvertrag aufgefasst²²⁹, und es rückte sowohl inhaltlich als auch systematisch in die Nähe der Verwahrung. In einer Reihe von zeitgenössischen Gesetzen und Entwürfen haftete der Gastwirt geradezu „als Verwahrer“: so insbesondere nach französischem²³⁰ und österreichischem²³¹ Recht, sowie gemäß Artikel 750 des Dresdener Entwurfs²³². Durch diese Art der Regelung sollte nur die Steigerung der gewöhnlichen Haftpflicht des Depositars hervorgehoben werden, sofern es sich bei diesem Depositar um einen Gastwirt handelte; im Übrigen sollten die Grundsätze des Verwahrungsvertrages gelten²³³. Doch war diese Aufspaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Gast und Gastwirt in einen (wie auch immer zu qualifizierenden²³⁴) Gastaufnahmevertrag und in einen Verwahrungsvertrag hinsichtlich der eingebrachten Gegenstände nicht einigermassen künstlich²³⁵? Handelte es sich bei der Lehre

226 Vgl. die systematische Einordnung des § 648 bei v. VANGEROW, Pandekten (Fn. 96) und des § 120 bei SINTENIS, Civilrecht (Fn. 96).

227 WEIS, Archiv für praktische Rechtswissenschaft 5 n. F. (1868), 312 f.

228 GLÜCK, Erläuterung (Fn. 9), 112 f. (der Gastwirt hafte aus einem stillschweigenden Vertrag, der einerseits *ipso facto receptionis*, andererseits durch eine gleich bei der Errichtung der Gastwirthschaft abgegebene stillschweigende Verpflichtung zur Übernahme zustandegekommen sei). Vgl. ferner MÜLLER, De recepto actio (Fn. 58), 15.

229 In diesem Sinne auch GRUCHOT, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts 3 (1874), 67 (mit Hinweis auf Förster); vgl. ferner WINDSCHEID/KIPP, Lehrbuch (Fn. 105), § 384 (S. 622); STURM, Haftpflicht (Fn. 104), 20 f.

230 Art. 1952 Code civil. Der Code civil spricht hier von einem *dépôt nécessaire*; im *ius commune* sprach man in diesem Zusammenhang überwiegend von einem *depositum miserabile*. Dazu im Überblick ZIMMERMANN, Law of Obligations (Fn. 15), 207 f.; H. COING, Europäisches Privatrecht, Bd. II, 1989, 493.

231 § 970 ABGB.

232 Vgl. ferner § 1149 Züricher Gesetzbuch; Art. 679 des Bayerischen Entwurfs von 1861; Art. 343 des Hessischen Entwurfs. Anders demgegenüber aber §§ 1280 f. Sächs. BGB.

233 Prot-DresdE, Bd. IV (Fn. 151), 2727. Vgl. auch Vorlagen (Fn. 154), 1056 (sofern über das *receptum cauponum et stabulariorum* keine besonderen Vorschriften gegeben werden, haben die Bestimmungen über das Depositum Anwendung zu finden).

234 Hierzu etwa WINDSCHEID/KIPP, Lehrbuch (Fn. 105), § 384 (S. 621 f.); ESCHENBURG, Rechtsstellung (Fn. 105), 26; vgl. auch (bezogen auf den Frachtvertrag) GOLDSCHMIDT, ZHR 3 (1860), 65.

235 Ablehnend etwa A. LANGEN, Die privatrechtliche Stellung der Wirthe und der Gastaufnahmevertrag, 1902, 64 ff.

vom *receptum* nicht im Grunde lediglich um eine gesetzliche Modifikation der in dem Gastaufnahmevertrag übernommenen Verwahrungspflicht? So sah dies insbesondere Goldschmidt, der das *receptum* deshalb nicht zu den Verträgen stellen wollte, „sondern nur zu den gesetzlichen (prätorischen) Obligationsverhältnissen“²³⁶. Neben diesem gesetzlichen Obligationsverhältnis, und durch dasselbe modifiziert, stand aber stets der Gastaufnahmevertrag²³⁷, so dass es sich hier im Grunde um ein *mixtum compositum* aus vertraglicher und gesetzlicher Haftung handelte.

Insgesamt war der Meinungsstand gegen Ende des Jahrhunderts unübersichtlich, wobei vor allem auch die praktischen Konsequenzen der unterschiedlichen Ansichten nicht recht deutlich wurden. Denn dass der Gastwirt nicht allein aufgrund einseitiger Illationshandlungen eines Gastes haften könne, wurde, soweit ersichtlich, nicht bestritten²³⁸. Und auch was die Frage einer Haftung für vorausgeschickte Sachen eines Gastes betraf²³⁹, so konnte von jedem Standpunkt aus eine befriedigende Lösung erzielt werden (die hier in einer Bejahung der Haftung bestand). Bezeichnenderweise ließ denn auch Windscheid die Frage der Einordnung des *receptum* in das System der Schuldverhältnisse offen²⁴⁰. Auch der BGB-Gesetzgeber entschied sie nur insoweit, als er den Gastwirt (in ausdrücklichem Gegensatz zu Artikel 750 Dresdener Entwurf) nicht „als Verwahrer“ haften ließ²⁴¹ und den Vorschriften über die „Einbringung von Sachen bei Gastwirten“ einen eigenen Titel (freilich in unmittelbarem Anschluss an den Verwahrungsvertrag) widmete. Im Übrigen ergibt sich nur aus den Motiven, wie der Gesetzgeber die besondere, weitgehende Haftung des Gastwirts erklärte: nämlich als „unmittelbar aus dem ausdrücklich oder stillschweigend abgeschlossenen Aufnahmevertrag“ entspringend²⁴².

236 GOLDSCHMIDT, ZHR 3 (1860), 103 (Fn. 79). Dagegen LANGEN, Stellung der Wirthe (Fn. 235), 66 ff.

237 GOLDSCHMIDT, ZHR 3 (1860), 64 f. In diesem Sinne auch ESCHENBURG, Rechtsstellung (Fn. 105), 25 f.

238 Vgl. etwa die Bemerkung in den Vorlagen (Fn. 154), 1061 (oben).

239 Sie wird erörtert bei WEIS, Archiv für praktische Rechtswissenschaft 5 n. F. (1868), 339; STURM, Haftpflicht (Fn. 104), 22; LANGEN, Stellung der Wirthe (Fn. 235), 44 f.

240 WINDSCHEID/KIPP, Lehrbuch (Fn. 105), § 384 (S. 622).

241 Vgl. JAKOBS/SCHUBERT (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 139), 218 (ein solcher Zusatz wäre „nicht allein überflüssig, sondern auch geeignet, zu einem unrichtigen Verständnis des Gesetzes zu verleiten“).

242 Mot., Bd. II, 585 (= MUGDAN, Bd. II, 327). Vgl. ferner Prot., Bd. II, 407 und 409 (= MUGDAN, Bd. II, 978 und 980) (die unbeschränkte Haftung des Gastwirts sei „im Wesen des Gastaufnahmevertrags begründet“). LANGEN, Stellung der Wirthe (Fn. 235), spricht deshalb davon, dass die besondere Haftpflicht des Gastwirts kraft gesetzlicher Dispositivnorm mit Abschluss des Gastaufnahmevertrages als *naturale negotii* eintrete.

5. Die Entwicklung der Gastwirthaftung im 20. Jahrhundert

5.1. Die Rechtsnatur der Haftung

Es ist kaum überraschend, dass auch unter der Herrschaft des BGB die alte Kontroverse über die Rechtsnatur der strikten Gastwirthaftung fortlebte; und dass im Anschluss an die gemeinrechtliche Doktrin des späteren 19. Jahrhunderts und die Auffassung des BGB-Gesetzgebers zunächst ganz überwiegend eine vertragliche Basis als gegeben angesehen wurde²⁴³. Als bald begann sich dann jedoch die Gegenansicht durchzusetzen, wonach es sich um eine gesetzliche Haftung handelte, die sich unmittelbar an die Tatsache der mit Zustimmung des Wirts oder seiner Leute erfolgten Einbringung knüpfte²⁴⁴. In ihr spiegelt sich die zunehmende Anerkennung des Phänomens einer Schadenshaftung außerhalb der etablierten Kategorien von Vertrag und Delikt²⁴⁵. Heute wird die Gastwirthaftung allgemein als eine Haftung *ex*

243 F. ENDEMANN, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 6. Aufl. 1899, § 186 I a; PLANCK, 1. und 2. Aufl. (Fn. 219), Vorbem. v. § 701, I; A. LOBE, in: Emil Strohal (Hg.), Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II/2, 4. Aufl. 1928, § 701, 2 a); L. ENNECCERUS, Das Bürgerliche Recht, Bd. I, 2. Aufl. 1901, § 305 I 3; LANGEN, Stellung der Wirthe (Fn. 235), 62 ff. (mit Unterschieden im einzelnen, insbesondere zu der Frage, ob die Haftung auf dem Gastaufnahmevertrag oder auf einem besonderen, neben diesem bestehenden Real- oder sonstigen Vertrag beruht). Auf einen sog. Gastschaftsvertrag stützte K. POLENSKE, Gastschaftsverträge, 1915, die besondere Haftung des Gastwirts.

244 C. CROME, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II/2, 1902, § 278, vor I; F. ENDEMANN, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 8. Aufl. 1903, § 186, 1; H. DERNBURG, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. II/2, 3. Aufl. 1906, § 353 VI; OERTMANN, Kommentar, 2. Aufl. (Fn. 221), Vorbem. v. § 701, 3 (im Gegensatz zur 1. Auflage des Kommentars); WINKELMANN, Grund und Zweck (Fn. 105) 42 ff., 55 ff.; L. ENNECCERUS, H. LEHMANN, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 11. Aufl. 1930, § 169 II (Lehmann spricht in Fn. 3 von der jetzt herrschenden Ansicht); H. SEIFERT, Die Gastwirthaftung nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten Freizeichnung, Diss. Erlangen, 1933, 8 ff. Einen Überblick über die Diskussion bieten P. KOCH, Zur Neuregelung der Gastwirthaftung, VersR 1966, 707 ff. und HERZOG, Haftung des Gastwirts (Fn. 29), 39 ff.

245 Vgl. zunächst insbesondere Edgar Loening, Joseph Unger, Rudolf Merkel, Emil Steinbach und Victor Mataja (Überblick über die Diskussion bei JANSEN, Haftungsrecht (Fn. 63), 376 ff.), sowie später M. RÜMELIN, Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs zur objektiven Schadensersatzpflicht, 1896; J. MAUCZKA, Der Rechtsgrund des Schadensersatzes außerhalb bestehender Schuldverhältnisse, 1904; R. MÜLLER-ERZBACH, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, Teil I, AcP 106 (1910), 309 ff.; R. BIENENFELD, Die Haftungen ohne Verschulden, 1933; H. FEITH, Haftung ohne Verschulden im kom-

lege betrachtet²⁴⁶. Damit soll insbesondere auch dem geschäftsunfähigen Reisenden sowie demjenigen Schutz gewährt werden, der sein Gepäck in einen Beherbergungsbetrieb bringt oder bringen lässt, ohne bereits einen Beherbergungsvertrag zu schließen oder schließen zu wollen²⁴⁷. Auch hier liegt ein sozialer Kontakt²⁴⁸ vor, der, sofern er auf eine spätere Beherbergung abzielt, ein Schuldverhältnis im Sinne des § 311 II BGB begründet. Ob dies mit dem Wortlaut des BGB von 1900 in Einklang stand (wonach anspruchsberechtigt nur ein „im Betrieb dieses Gewerbers aufgenommenener Gast“ ist)²⁴⁹, lässt sich unterschiedlich beurteilen; doch wird seit jeher eine „vorläufige Aufnahme“ (die auch etwa dann gegeben sein soll, wenn der Reisende einem am Bahnhof anwesenden Hausdiener seine Sachen zur Beförderung in das Hotel übergibt, dort dann aber doch nicht einzieht, sei es, weil kein Zimmer mehr frei ist oder weil er sich mit dem Wirt über den Preis nicht einigen kann) einer Aufnahme als Gast gleichgestellt²⁵⁰.

menden Recht?, 1936 (unter Bezugnahme auch auf die Gastwirthaftung, S. 15); J. ESSER, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, 1941 (mit mehrfacher Erwähnung der Gastwirthaftung). Vgl. auch die Übersicht bei U. MOHNHAUPT-WOLF, Deliktsrecht und Rechtspolitik, 2004, 181 ff.

- ²⁴⁶ BGHZ (v. 11.7.1974 – III 114/72), 63, 65 (71); BGHZ (v. 18.12.1974 – VIII 187/73), 63, 333 (336); O. WERNER, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl. 1995, Vorbem. vor §§ 701 ff., Rn. 5; MüKo/HÜFFER, § 701, Rd. 3; H.-P. MANSEL, in: Othmar Jauernig (Hg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl. 2004, § 701, Rn. 1; H. SPRAU, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 64. Aufl. 2005, Einf. vor § 701, 1. Rechtsvergleichend (für die Zeit vor dem Europaratsabkommen von 1962) JACOBI, Gastaufnahme (Fn. 163), 30 ff.; A. ABLETHAUSER, Die Haftung der Gastwirte für die eingebrachten Sachen ihrer Gäste in den europäischen Ländern, Diss. Würzburg 1960, 10 ff. und passim.
- ²⁴⁷ Zu beiden Gesichtspunkten HERZOG, Haftung des Gastwirts (Fn. 29), 51 ff.; aus der älteren Literatur vgl. etwa H.-W. KÖSTER, Die Rechtsnatur der Gastwirthaftung für eingebrachte Sachen gemäß § 701 BGB, Diss. Köln, 1937, 16 ff., 38 ff.; WEBER, Reform (Fn. 221), 103 f.
- ²⁴⁸ Diesen Begriff verwendet im Zusammenhang mit dem Rechtsgrund der Gastwirthaftung BGHZ (v. 11.7.1974 – III 114/72), 63, 65 (71); vgl. auch J. ESSER, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960, 638; MüKo/HÜFFER, § 701, Rn. 17.
- ²⁴⁹ Immerhin hieß es dann aber in § 701 II BGB, dass als eingebracht auch Sachen gelten, die der Gast dem Gastwirt oder einem seiner Leute übergeben hat. Die Reform des Jahres 1966 (dazu unten 5.5.4.) brachte in diesem Punkt eine Klarstellung insofern, als nunmehr als eingebracht auch Sachen gelten, die „innerhalb einer angemessenen Frist vor ... der Zeit, in der der Gast zur Beherbergung aufgenommen war“, von dem Gastwirt oder seinen Leuten in Obhut genommen worden sind; damit folgt das BGB dem Europaratsübereinkommen (unten 5.6.); dazu im einzelnen DETIG, Konvention über die Gastwirthaftung (Fn. 221), 153 ff.
- ²⁵⁰ WEIS, Archiv für praktische Rechtswissenschaft 5 n. F. (1868), 339 ff.; STURM, Haftpflicht (Fn. 104), 22; DERNBURG, Das bürgerliche Recht (Fn. 244), § 353, II 3; PLANCK/LOBE, Kommentar, 4. Aufl. (Fn. 243), § 701, 2 a δ; LANGEN, Stellung der Wirthe (Fn. 235), 44 f.; SEIFERT, Gastwirthaftung (Fn. 244), 18 ff.; rechtsverglei-

5.2. Der Begriff der höheren Gewalt

Auch die andere bei der Gastwirthaftung einschlägige und vom BGB-Gesetzgeber nicht entschiedene große Streitfrage, nämlich die nach der Bestimmung des Begriffs der höheren Gewalt²⁵¹, wurde zunächst weiterhin erörtert²⁵². Auch hier kam es im Laufe der Zeit freilich zu einer Beruhigung der Kontroverse, in diesem Falle auf einer durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts vorgegebenen mittleren Linie²⁵³: höhere Gewalt sei ein von außen auf den Betrieb einwirkendes außergewöhnliches Ereignis, das nicht wegen seiner Häufigkeit vom Unternehmer in die Betriebsrechnung gezogen und mit in Kauf genommen werden müsse und das auch durch äußerste Sorgfalt, deren Anwendung ohne Gefährdung des wirtschaftlichen Erfolges des Unternehmens möglich ist, nicht verhütet werden könne²⁵⁴. Diese Formel, in der Elemente der „objektiven“ und der „subjektiven“ Theorie aufgegangen waren, wurde zwar zu den für die Eisenbahnen geltenden strikten Haftungstatbeständen entwickelt²⁵⁵, lag aber auch den zu § 701 BGB ergangenen Entscheidungen zugrunde²⁵⁶. Als höhere Gewalt ist danach (neben Kriegsein-

chend JACOBI, Gastaufnahme (Fn. 163), 52 ff.; ABLETSCHAUER, Haftung (Fn. 246), 55 ff. und passim; heute vgl. etwa MüKo/HÜFFER, § 701, Rn. 18; Staudinger/WERNER, § 701, Rn. 25. – Zur Frage, wem die Sachen übergeben werden können, damit von einem *recipere* des Gastwirts die Rede sein kann, vgl. für die Zeit des *usus modernus* LAUTERBACH/PEILICKE, *De nautis* (Fn. 23), XXV.

251 Vgl. oben 4.3.

252 Vgl. etwa die Darstellung des Streitstandes bei OERTMANN, Kommentar, 2. Aufl. (Fn. 221), § 701, 4 c; überwiegend wurde der Begriff der höheren Gewalt bei § 203 BGB erläutert (wo er im BGB zum ersten Mal auftauchte); vgl. etwa PLANCK/LOBE, Kommentar, 4. Aufl. (Fn. 243), § 701, 3 c; Staudinger/WERNER, § 701, Rn. 72.

253 v. CAEMMERER, Höhere Gewalt (Fn. 101), 248 f.; WILBURG, Elemente (Fn. 141), 205 ff.; STOBBE, Höhere Gewalt (Fn. 141), 74 ff.; WEBER, Reform (Fn. 221), 98 ff.; JANSEN, Haftungsrecht (Fn. 63), 607 ff.; rechtsvergleichend H. E. KADEN, Zufall und höhere Gewalt im deutschen, schweizerischen und französischen Recht, *RabelsZ* 31 (1967), 606 ff.; G. FONTANE, Höhere Gewalt im Dokumentenakkreditivgeschäft, 2001, 51 ff.; DETIG, Konvention über die Gastwirthaftung (Fn. 221), 229 ff.; J. KROPHOLLER, Internationales Einheitsrecht, 1975, 321 ff. Zum englischen Recht (*act of God, act of the King's enemies*) vgl. im vorliegenden Zusammenhang ZIMMERMANN, Festschrift Canaris, Text bei Fn. 116 und 219 m. w. N.

254 RGZ (v. 13.12.1920 – VI 455/20), 101, 94 (95); RGZ (v. 4.3.1922 – I 315/21), 104, 150 (151); RGZ (v. 13.11.1924 – IV 295/24), 109, 172 (173); RGZ (v. 7.4.1927 – IV 745/26), 117, 12 (13).

255 Dazu oben 4.3.4.

256 v. CAEMMERER, Höhere Gewalt (Fn. 101), 249 (der sich in diesem Zusammenhang auf RG [v. 30.1.1920 – VII 432/19], Warneyer 1920, Nr. 159 und RGZ [v. 28.2.1911-III 44/10], 75, 386 bezieht).

wirkungen und Naturkatastrophen) auch etwa ein Raubüberfall zu qualifizieren²⁵⁷. Hingegen bilden Hoteldiebstähle keinen Fall der höheren Gewalt²⁵⁸.

5.3. Mitverschulden und Alleinverursachung durch den Gast

Dass § 254 BGB auf das Rechtsverhältnis zwischen Gast und Gastwirt Anwendung findet, wurde, im Einklang mit den Vorstellungen des Gesetzgebers, vom Reichsgericht in einer Entscheidung aus dem Jahre 1911 bestätigt²⁵⁹. Dabei ging es, wie meist in Fällen der Gastwirthaftung, um einen Hoteldiebstahl. Anders als noch etwa das Oberappellationsgericht Dresden²⁶⁰ gestand das Reichsgericht dem Gast nun nicht mehr zu, sich im Gasthaus hinsichtlich seiner Effekten ebenso ungeniert verhalten zu können wie zu Hause; vielmehr betrachtete es das Gericht als fahrlässig, dass der Gast vor dem Zubettgehen seine Brieftasche mit Reisegeld in Höhe von mehr als 4.000 Mark auf einen Tisch in der Nähe des Fensters gelegt und nur mit seinem Hut zugedeckt, einen Brillantring aber im Werte von mehreren tausend Mark offen auf das Nachttischchen gelegt hatte²⁶¹. Diese Entscheidung wurde zweifellos durch die nunmehr (im Gegensatz zum Gemeinen Recht) vorhandene Möglichkeit einer Quotelung des Schadens erleichtert. Zudem scheint „die Entwicklung der tatsächlichen Verhältnisse“ eine Rolle bei der Anhebung der Sorgfaltsanforderungen an den Gast im Hinblick auf die von ihm eingebrachten Sachen gespielt zu haben: dabei ging es um das immer häufigere Auftreten „gewerbsmäßiger, namentlich internationaler Gasthausdiebe ... in den sog. Verkehrszentren“²⁶². Auch heute wird es als anspruchs-

257 OLG Kiel (v. 1.7.1920 – U I 190/19), Schleswig-Holsteinische Anzeigen 1920, 200.

258 RGZ (v. 28.2.1911 – III 44/10), 75, 386 (390); OERTMANN, Kommentar, 2. Aufl. (Fn. 221), § 701, 4 c, in fine; PLANCK/LOBE, Kommentar, 4. Aufl. (Fn. 243), § 701, 3 c; MüKo/HÜFFER, § 701, Rn. 34; HERZOG, Haftung des Gastwirts (Fn. 29), 128.

259 RGZ (v. 28.2.1911 – III 44/10), 75, 386 (394); vgl. ferner etwa PLANCK, Gesetzbuch, 1. und 2. Aufl. (Fn. 219), § 701, 4 b; PLANCK/LOBE, Kommentar, 4. Aufl. (Fn. 243), § 701, 3 a; ENNECCERUS/LEHMANN, Lehrbuch, 11. Aufl. (Fn. 244), § 170 (Fn. 13).

260 Oben Fn. 216.

261 Hinzu kam, dass der Gast nur die Innentür verriegelt, die Außentür aber nicht abgeschlossen hatte.

262 RGZ (v. 28.2.1911 – III 44/10), 75, 386 (395 f.). Auf S. 390 der Entscheidung heißt es, die Erfahrung habe gelehrt, dass mit der immer stärkeren Entwicklung des Reiseverkehrs auch die Zahl der „in den Gasthäusern höheren Ranges an verkehrsreichen Orten“ verübten Diebstähle ständig gewachsen sei. Dass die Anforderungen an die im Verkehr erforderliche Sorgfalt des Gastes je nach den jeweiligen Zeit- und Ortsverhältnissen sehr unterschiedlich sein können, wird in RGZ (v. 28.2.1911 – III 44/10), 75, 386 (395) angedeutet und heute auch etwa von Staudinger/WERNER, § 701, Rn. 70 betont. – Vgl. in diesem Zusammenhang ferner etwa ENNECCERUS/LEHMANN, Lehrbuch, 11. Aufl. (Fn. 244), § 170, (Fn. 13): „Bei der Be-

verkürzendes Mitverschulden betrachtet, wenn ein Etui mit Schmuckstücken offen stehen gelassen wird, jedenfalls sofern die Türen des Zimmers in auch für den Laien offensichtlicher Weise nur unzureichend gesichert sind²⁶³. Der Haftungsausschluss nach § 701 III BGB besteht nur bei Alleinverursachung des Schadens durch den Gast oder eine andere seiner Risikosphäre zuzurechnenden Person²⁶⁴. Dabei geht es um Lehrbuchfälle wie denjenigen, dass der Gast seine Sachen aus dem Fenster wirft oder selbst den Hotelbrand verursacht²⁶⁵: hier hat sich evidentermaßen nicht das mit einem Hotelbetrieb verbundene, gesteigerte Schädigungsrisiko verwirklicht. Ob auch bei Hoteldiebstählen Fallgestaltungen denkbar sind, in denen es an einem Zurechnungszusammenhang fehlt, in denen also die Existenz des Beherbergungsbetriebes keine rechtlich relevante Mitursache des eingetretenen Schadens darstellt, ist nicht unumstritten²⁶⁶.

5.4. Im Windschatten der Rechtsgeschichte

Insgesamt war die Entwicklung der Gastwirthaftung im 20. Jahrhundert, von einer Ausnahme abgesehen²⁶⁷, geprägt von großer Kontinuität. Die Vielzahl von Dissertationen, die der Materie gewidmet wurden²⁶⁸, stand in einem

urteilung der Frage, ob ein Verschulden des Gastes vorliege, sind die infolge des Krieges und der Revolution sehr veränderten Verhältnisse zu berücksichtigen, z. B. wird oft Fahrlässigkeit anzunehmen sein, wenn der Gast in stark besuchten Gasthöfen größerer Orte die Stiefel zum Putzen vor die Türe stellt“. Diese Passage findet sich noch in L. ENNECCERUS, H. LEHMANN, *Recht der Schuldverhältnisse*, 15. Aufl. 1958, § 173 I 6 (nunmehr jedoch im Text und unter unspezifischer Berufung auf „die heutigen sehr veränderten Verhältnisse“).

²⁶³ OLG München (v. 16.2.1990 – 21 U 4913/89), *VersR* 1990, 1245; weitere Kasuistik bei Staudinger/WERNER, § 701, Rn. 67, 69; MüKo/HÜFFER, § 701, Rn. 31.

²⁶⁴ Das Gesetz nennt Begleiter des Gastes und Personen, die der Gast bei sich aufgenommen hat: § 701 I BGB von 1900; § 701 III BGB n. F.; rechtsvergleichend DETIG, *Konvention über die Gastwirthaftung* (Fn. 221), 224 ff.; allgemein zu den von § 701 I BGB a.F. erfaßten Fällen des Haftungsausschlusses rechtsvergleichend JACOBI, *Gastaufnahme* (Fn. 163), 70 ff.; ABLETSCHAUER, *Haftung* (Fn. 246), 108 ff.; DETIG, *Konvention über die Gastwirthaftung* (Fn. 221), 217 ff., 244 ff.

²⁶⁵ Staudinger/WERNER, § 701, Rn. 68.

²⁶⁶ In diesem Sinne Staudinger/WERNER, § 701, Rn. 74 und wohl auch HERZOG, *Haftung des Gastwirts* (Fn. 29), 123. Anders die herrschende Lehre; vgl. etwa MüKo/HÜFFER, § 701, Rn. 30.

²⁶⁷ Dazu unten Text nach Fn. 300.

²⁶⁸ Vgl. aus (etwa) den ersten drei Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts etwa P. MACDONALD, *Die Ansprüche des Gastes aus dem Receptum des bürgerlichen Gesetzbuches*, Diss. Greifswald 1899; G. ESCHENBURG, *Die Rechtsstellung der Wirthe nach dem heutigen Privatrechte*, Diss. Göttingen 1899; G. SCHIPMANN, *Das receptum cauponum und die Haftpflicht der Gastwirte nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Diss. Leip-

bemerkenswerten Gegensatz zu deren praktischer Relevanz (jedenfalls sofern man die praktische Relevanz von Rechtsnormen an der Anzahl der hierzu veröffentlichten höchstrichterlichen Entscheidungen bemisst). Manche der einschlägigen Streitfragen (Rechtsnatur der Gastwirthaftung²⁶⁹) trugen von vornherein ein eher akademisches Gepräge, andere (Wie ist der Begriff der höheren Gewalt zu bestimmen²⁷⁰? Wie werden von einer Partei vorformulierte Texte Bestandteil eines Vertrages²⁷¹?) wurden nun in anderen, teilweise allgemeineren Zusammenhängen diskutiert. So geriet die Gastwirthaftung in den Windschatten der Rechtsgeschichte. Das ihr von Otto v. Gierke attestierte Potential²⁷², durch Verallgemeinerung des Risikogedankens zur Überwin-

zig 1900; M. BORCK, Die Haftung der Gastwirte für eingebrachte Sachen, Diss. Greifswald 1902; P. KRZYWOSZYNSKI, Die Voraussetzungen für die Schadensersatzpflicht aus § 701 B.G.B., Diss. Leipzig 1903; K. SIEBLIST, Die Haftung der Gastwirte für eingebrachte Sachen, Diss. Leipzig 1904; F. MEYNS, Die rechtliche Grundlage der gemeinrechtlichen Haftung *ex recepto* und der Haftung des Gastwirts gegenüber dem Gaste in Beziehung auf Schaden an eingebrachten Sachen nach B.G.B., Diss. Erlangen 1906; H. BOLZAU, Streitfragen aus der Gastwirthaftung, Diss. Rostock 1908; A. WINKELMANN, Der Grund und Zweck der Haftpflicht der Gastwirte, ihre rechtliche Natur und ihre Voraussetzungen, Diss. Leipzig 1908; H. SCHEYE, Die Milderung der Gastwirthaftung in der Neuzeit, Diss. Giessen 1914; J. HANDSCHUMACHER, Kritische Betrachtung über die Gastwirthaftung für eingebrachte Sachen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Diss. Heidelberg 1915; H. BÜTTNER, Die Haftung der Gastwirte für eingebrachte Sachen nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Würzburg 1924; E. BRUNNER, Die Freizeichnung des Gastwirts, Diss. Heidelberg 1928; F. HABFÜRTHNER, Die Haftung des Gastwirts für eingebrachte Sachen nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Erlangen 1929; H. HAUB, Vorschläge zur Reform der Haftung des Gastwirts unter besonderer Berücksichtigung der Regelung anderer Staaten, Diss. Heidelberg 1929; H. JACOBI, Die Gastaufnahme und die Haftpflicht des Gastwirts in rechtsvergleichender Darstellung, Diss. Bonn 1928; G. BERENDES, Die Haftung des Gastwirts für eingebrachte Sachen nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches, Diss. Erlangen 1931; M. REILAND, Die Haftung des Gastwirts (Herbergswirts) mit Einschluß der Schlafwagengesellschaften, Diss. Würzburg 1932; P. LEWANDOWSKI, Die rechtliche Natur der Haftung der Gastwirte für eingebrachte Sachen, Diss. Marburg 1932. Vgl. ferner folgende, nicht als Dissertationen gekennzeichnete kleinere Monographien: A. STURM, Die Einbringung von Sachen bei Gastwirthen nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1900; A. LANGEN, Die privatrechtliche Stellung der Wirthe und der Gastaufnahmevertrag, 1902; A. STIFFLER, Das Receptum Cauponum und die Haftpflicht der Gastwirte „*ex recepto*“ in besonderer Berücksichtigung des schweizer. Obligationen-Rechts und des bürgerlichen Gesetzbuches des deutschen Reiches, 1903; K. POLENSKE, Gastschaftsverträge, 1915; O. LENGELER, Die Haftung des Gastwirts für eingebrachte Sachen seiner Gäste, 1919.

269 Oben 5.1.

270 Oben 5.2.

271 Unten 5.5.

272 Oben Fn. 159.

derung des haftungsrechtlichen Verschuldensgrundsatzes beizutragen, realisierte sich nicht; die entscheidenden Anstöße kamen aus anderen Richtungen²⁷³. Auch der Zeitgeist der dreißiger und frühen vierziger Jahre, für den das Verschuldensprinzip tendenziell Ausdruck individualistischen und liberalistischen Denkens war²⁷⁴, vermochte die Karriere der Gastwirthaftung nicht nachhaltig zu fördern²⁷⁵. So blieben die einschlägigen Abschnitte in den Neuauflagen eines Lehrbuches wie Enneccerus im Wesentlichen unverändert. Zu berichten war weithin lediglich von der Konkretisierung der im Gesetz genannten Begriffe: Wer ist ein „Gastwirt“ im Sinne des § 701 I BGB²⁷⁶? Wann ist ein Gast zur Beherbergung „aufgenommen“²⁷⁷? Sind

273 Vgl. die oben Fn. 245 zitierte Literatur.

274 Vgl. dazu MOHNHAUPT-WOLF, Deliktsrecht (Fn. 245), 20, 71 ff., 101, 185.

275 Dem nationalsozialistischen Zeitgeist zollen Tribut die Abhandlungen von WEISS, Grundlagen (Fn. 160), 46 ff. („Gerade unter Berücksichtigung der für die Rechtserneuerung maßgeblichen Grundsätze kann als billige und soziale Lösung hier nur eine Haftung in Betracht kommen, die eine Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers ohne Rücksicht auf Verschulden begründet. Denn allein durch eine solche verstärkte Haftung ist der Ausgleich möglich. Dieser Haftung aus bloßer Verursachung schenkt das neue deutsche Rechtsdenken mehr Beachtung als das bisherige“) und H. FEITH, Haftung ohne Verschulden im kommenden Recht?, 1936 („Mit der Machtergreifung durch den Nationalsozialismus ergab sich die Möglichkeit und Notwendigkeit der Umformung unseres gesamten Rechts“: S. 1); Reichsgerichtsrat SCHLIEWEN, in: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 8. Aufl. 1934, vor § 701, 1 („Dem Eigennutz sind auch hier vom Gesetz Grenzen gezogen“). Umgekehrt wurde aus Kreisen des Hotelgewerbes geltend gemacht, die verschärfte Haftung des Gastwirtsgewerbes sei „insbesondere seit der nationalsozialistischen Machtergreifung mit Rücksicht auf die politische und wirtschaftliche Bedeutung des Fremdenverkehrsgewerbes“ untragbar geworden; vgl. Staudinger/NIPPERDEY, 10. Aufl. (Fn. 221), Vorbem v. § 701, II 3.

276 Hier war seit Inkrafttreten des BGB insbesondere umstritten, ob Schlafwagengesellschaften der Haftung nach § 701 unterliegen (ja: PLANCK, Gesetzbuch, 1. und 2. Aufl. [Fn. 219], vor § 701, III; OERTMANN, Kommentar, 2. Aufl. [Fn. 221], § 701, 1 b; ENNECCERUS, Das bürgerliche Recht, 2. Aufl. [Fn. 243], § 305 II 1; REILAND, Haftung des Gastwirts [Fn. 268], 21 ff.; nein [h. L.]: WINDSCHEID/KIPP, Lehrbuch [Fn. 105], § 384 [S. 623]; DERNBURG, Das bürgerliche Recht [Fn. 244], § 353 [Fn. 5]; CROME, System [Fn. 244], § 278, bei Fn. 3 und 4; LANGEN, Stellung der Wirthe [Fn. 235], 6 f.; PLANCK/LOBE, Kommentar, 4. Aufl. [Fn. 243], vor § 701, 4 a; WINKELMANN, Grund und Zweck [Fn. 105], 35 ff.; ENNECCERUS/LEHMANN, Lehrbuch, 11. Aufl. [Fn. 244], § 170 I 1; besonders eingehend H. RUGE, Schlafwagenrecht auf der Grundlage des Personenbeförderungsvertrages im innerstaatlichen und zwischenstaatlichen Eisenbahnverkehr, Diss. Greifswald, 1930, 2 ff.; rechtsvergleichend DETIG, Konvention über die Gastwirthaftung [Fn. 221], 49 ff., 74 f.; heute Staudinger/WERNER, § 701, Rn. 17 und viele andere. Hauptargument pro: es handele sich um rollende Hotels; Hauptargument contra: im Vordergrund stehe die Beförderung, nicht die Beherbergung). Zur Anwendung der Gastwirthaftung auf alpine Hüttenbetriebe vgl. OERTMANN, Kommentar, 2. Aufl. (Fn. 221), § 701, 1 a; PLANCK/LOBE, Kommentar, 4. Aufl. (Fn. 243), vor § 701, II 4 c; WINKELMANN, Grund und Zweck (Fn. 105), 34 f.;

Sachen gestohlen oder beschädigt worden, die der Gast „eingebracht“ hat²⁷⁸? Wie ist der Begriff der Kostbarkeiten im Sinne des § 702 I BGB zu bestimmen²⁷⁹? Gilt, wenn eine Familie in einem Gasthaus Herberge nimmt, die Haftungsgrenze von 1.000 Mark für alle Familienmitglieder zusammen oder haftet der Gastwirt jedem einzelnen Familienmitglied bis zum Betrag von 1.000 Mark²⁸⁰?

ENNECCERUS/LEHMANN, Lehrbuch, 11. Aufl. (Fn. 244), § 170 I 1; DETIG, Konvention über die Gastwirthaftung (Fn. 221), 65 ff.; Staudinger/WERNER, § 701, Rn. 12; MüKo/HÜFFER, § 701, Rn. 14. Die erste Alpenvereinshütte (die Stüdlhütte am Großglockner) wurde 1868 eröffnet, der erste Schlafwagen rollte 1872 durch Deutschland. Kasuistik aus der Zeit des *usus modernus* bei LAUTERBACH/PEILICKE, *De nautis* (Fn. 23), XXIII; für das 19. Jahrhundert vgl. WEIS, *Archiv für praktische Rechtswissenschaft* 4 n. F. (1868), 299 ff.; GRUCHOT, *Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts* 3 (1874), 67 ff.; allgemein rechtsvergleichend für die Zeit vor dem Europaratsabkommen von 1962 JACOBI, *Gastaufnahme* (Fn. 163), 37 ff.; ABLETSHAUSER, *Haftung* (Fn. 246), 24 ff. und *passim*; DETIG, *Konvention über die Gastwirthaftung* (Fn. 221), 41 ff.

²⁷⁷ Zur Frage der „vorläufigen Aufnahme“ vgl. bereits oben 5.1.

²⁷⁸ Gehören dazu Sachen, die der Gast am Leibe trägt? LANGEN, *Stellung der Wirthe* (Fn. 235), 50; WINDSCHEID/KIPP, *Lehrbuch* (Fn. 105), § 384 (S. 623); PLANCK/LOBE, *Kommentar*, 4. Aufl. (Fn. 243), § 701, 2 b γ ; OERTMANN, *Kommentar*, 2. Aufl. (Fn. 221), § 701, 3 a; rechtsvergleichend (für die Zeit vor dem Europaratsübereinkommen) ABLETSHAUSER, *Haftung* (Fn. 246), 59 ff.; heute gilt die Frage als durch die Neufassung des § 701 II 1 Nr. 1 BGB im Jahre 1966 (durch die das BGB den Vorgaben des Europaratsübereinkommens von 1962 [dazu unten Rn. 40] angepasst wurde) als im bejahenden Sinne geklärt: vgl. DETIG, *Konvention über die Gastwirthaftung* (Fn. 221), 135 f.; MüKo/HÜFFER, § 701, Rn. 21. Kasuistik aus der Zeit des *usus modernus* zur Frage, wann der Gastwirt etwas entgegengenommen hat, bei LAUTERBACH/PEILICKE, *De nautis* (Fn. 23), XXIV; für das 19. Jahrhundert vgl. WEIS, *Archiv für praktische Rechtswissenschaft* 5 n. F. (1868), 313 f.; GRUCHOT, *Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts* 3 (1874), 77 ff.

²⁷⁹ Vgl. etwa die Nachweise bei Staudinger/WERNER, § 702, Rn. 8; MüKo/HÜFFER, § 702, Rn. 9.

²⁸⁰ In der Zweiten Kommission wurde die erstgenannte Ansicht vertreten, ohne Widerspruch zu finden: Prot., Bd. II, 410 (= MUDGAN, Bd. II, 980); vgl. auch WINDSCHEID/KIPP, *Lehrbuch* (Fn. 105), § 384 (S. 625). Anders aber etwa PLANCK/LOBE, *Kommentar*, 4. Aufl. (Fn. 243), § 702, 2; BGHZ (v. 11.7.1974 – III 114/72), 63, 65 (66 ff.); Staudinger/WERNER, § 702, Rn. 9.

5.5. Abdingbarkeit und gesetzliche Haftungsbeschränkung

5.5.1. Anschläge

Eine signifikante Zäsur in der Entwicklung der Gastwirtschaftung bildete freilich das Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung der Vorschriften des BGB über die Einbringung von Sachen bei Gastwirten am 1. April 1966²⁸¹. Betroffen waren dadurch vor allem die miteinander verbundenen Fragen der Haftungsfreizeichnung und der gesetzlichen Haftungsbeschränkung²⁸². Nach dem Regelungsmodell der §§ 701 ff. BGB war die Haftung des Gastwirts prinzipiell unbeschränkt (eine wichtige Ausnahme galt für Geld, Wertpapiere und Kostbarkeiten²⁸³), dafür aber abdingbar. Eine derartige Abbedingung der Haftung war natürlich individualvertraglich möglich. Im 19. Jahrhundert hatten die Gastwirte jedoch vor allem durch einen im Gastzimmer angebrachten Anschlag versucht, ihre Haftung auszuschließen. Die praktischen Probleme und Streitigkeiten, die sich aus dieser Praxis ergaben, hatten den BGB-Gesetzgeber bewogen, einem solchen Anschlag „jede rechtliche Wirkung“²⁸⁴ abzusprechen. Das verstand nach 1900 die ganz herrschende Meinung dahin, dass der Anschlag das Vertragsverhältnis weder einseitig modifizieren konnte (das war im Grunde eine Selbstverständlichkeit) noch als Angebot des Wirtes zum Abschluss eines Ausschließungsvertrages angesehen werden

281 BGBl I, 181 mit amtlicher Begründung in Drucksache V/147 des Deutschen Bundestages, 5. Wahlperiode. Vgl. ferner KOCH, VersR 1966, 705 ff.; H. NIESSEN, Zur Reform der Haftung der Beherbergungsbetriebe, MDR 1966, 718 ff.; DETIG, Konvention über die Gastwirtschaftung (Fn. 221), 14 ff. und passim; HERZOG, Haftung des Gastwirts (Fn. 29), 23 ff.; HELLWEGE, ZNR 29 (2007), sub IX.

282 Auch in einigen anderen Punkten sind die Vorschriften der §§ 701 ff. BGB geändert worden (vgl. zum Beispiel oben Fn. 249, 278); diese Änderungen haben jedoch für das deutsche Recht zum großen Teil klarstellenden Charakter. Das Reformgesetz dient der Umsetzung eines (unter anderem von Deutschland unterzeichneten und ratifizierten) Übereinkommens des Europarats; dazu unten unter 5.6. Eine detaillierte Gegenüberstellung der Vorgaben der Konvention mit dem deutschen Recht (insbesondere mit den durch die Novelle bewirkten Änderungen desselben) bietet DETIG, Konvention über die Gastwirtschaftung (Fn. 221), 41 ff.

283 Oben 4.5.2. Rechtsvergleichend JACOBI, Gastaufnahme (Fn. 163), 58 ff.; ABLETSCHAUER, Haftung (Fn. 246), 89 ff.; DETIG, Konvention über die Gastwirtschaftung (Fn. 221), 185 ff.

284 So Mot., Bd. II, 587 (= MUGDAN, Bd. II 328). In § 701 III BGB von 1900 heißt es: „Ein Anschlag, durch welchen der Gastwirth die Haftung ablehnt, ist ohne Wirkung“. Rechtsvergleichend zum Problem einseitiger oder vertraglicher Haftungsbeschränkung JACOBI, Gastaufnahme (Fn. 163), 81 ff.; ABLETSCHAUER, Haftung (Fn. 246), 108 ff. und passim; DETIG, Konvention über die Gastwirtschaftung (Fn. 221), 252 ff.

dürfe²⁸⁵. Gleichwohl wurde dem Anschlag in zweierlei Hinsicht jedenfalls indirekt eine Wirkung beigemessen²⁸⁶. Sofern nämlich der Gastwirt seinen Gast bei dessen Aufnahme ausdrücklich auf den Anschlag hingewiesen hatte, könne von einem konkludenten Einverständnis des Gastes ausgegangen werden, wenn er, ohne zu widersprechen, sein Zimmer beziehe²⁸⁷. Im Übrigen könne, wenn der Gast sich nicht an die in dem Anschlag niedergelegten Verhaltensmaßregeln gehalten habe, eine Haftung des Gastwirts auch daran scheitern, dass der Schaden als durch den Gast verursacht anzusehen sei oder dass die betreffende Sache als nicht ordnungsgemäß in den Betrieb des Gastwirts eingebracht betrachtet werden könne²⁸⁸. Das setzte jedoch voraus, dass der Gast den Anschlag tatsächlich gelesen hatte, was vom Gastwirt zu beweisen war²⁸⁹. Ob diese Praxis vom Wortlaut des § 701 III BGB von 1900 gedeckt war, lässt sich bezweifeln. Den Intentionen des Gesetzgebers entsprach sie jedenfalls nicht. Immerhin kam sie einem offenbar auch nach Inkrafttreten des BGB fortbestehenden Bedürfnis der Gastwirte entgegen, die ihnen durch das Gesetz auferlegte strikte Haftung abzumildern.

²⁸⁵ OERTMANN, Kommentar, 2. Aufl. (Fn. 221), Vorbem. vor § 701, 4; PLANCK/LOBE, Kommentar, 4. Aufl. (Fn. 243), § 701, 3 d; Staudinger/NIPPERDEY, 10. Aufl. (Fn. 221), § 701, Rn. 36; ENNECCERUS/LEHMANN, Lehrbuch, 11. Aufl. (Fn. 244), § 170 II; LANGEN, Stellung der Wirthe (Fn. 235), 108; BOLZAU, Streitfragen (Fn. 268), 45; BERENDES, Haftung des Gastwirts (Fn. 268), 63.

²⁸⁶ Zum Folgenden ausführlich HELLWEGE, ZNR 29 (2007), sub VIII.

²⁸⁷ PLANCK/LOBE, Kommentar, 4. Aufl. (Fn. 243), § 701, 3 d; RGRK/SCHLIEWEN, 8. Aufl. (Fn. 275), § 701, 5; Staudinger/NIPPERDEY, 10. Aufl. (Fn. 221), § 701, Rn. 36; ENNECCERUS/LEHMANN, Lehrbuch, 11. Aufl. (Fn. 244), § 170, II (Fn. 14); BERENDES, Haftung des Gastwirts (Fn. 268), 63; vgl. auch BOLZAU, Streitfragen (Fn. 268), 45.

²⁸⁸ Vgl. RG (v. 21.11.1924 – VI 92/24), JW 1925, 473; OERTMANN, Kommentar zum Bürgerlichen Recht, Bd. II, 5. Aufl. 1929, Vorbem. v. § 701, 4; Staudinger/NIPPERDEY, 10. Aufl. (Fn. 221), § 701, Rn. 36; LG Wiesbaden (v. 30.11.1954 - 1 S 544/54), NJW 1955, 464; H. C. NIPPERDEY, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl. 1958, § 701, Rn. 36; a. A. LANGEN, Stellung der Wirthe (Fn. 235), 108. Hierbei ging es um Fälle wie den, dass in dem Anschlag die Haftung für Gepäck ausgeschlossen wurde, das in einem in der Hotelgarage geparkten Pkw gelassen wurde; oder dass der Gastwirt es ablehnte, für Sachen zu haften, die der Gast dem Pförtner aushändigt. Durch einen derartigen Anschlag werde der Anschein widerlegt, dass der Gastwirt die Unterbringung von Gepäckstücken in der Garage dulde oder dass er den Pförtner zur Entgegennahme von Sachen bestellt habe. In diesem Sinne bereits im 19. Jahrhundert GOLDSCHMIDT, ZHR 3 (1860), 337 (Fn. 120 a); vgl. oben Fn. 210.

²⁸⁹ Vgl. etwa RG (v. 21.11.1924 – VI 92/24), JW 1925, 473; a. A. wohl LG Wiesbaden (v. 30.11.1954 – 1 S 544/54), NJW 1955, 464, das allein auf die Erkennbarkeit des Anschlags abstellt.

5.5.2. Der Hotelrevers

Praktisch ungleich wichtiger war freilich ein anderer Weg, eine formularmäßige Haftungsbeschränkung zu erreichen. Nachdem Hoteliers zunächst damit begonnen hatten, ihren Gästen bei der Aufnahme eine Karte zu überreichen, auf der neben anderen Notizen und Hinweisen auch eine Beschränkung der Haftung vorgedruckt war (dies Kartensystem war deshalb nicht ideal, weil der Gast die Karte vielfach in Unkenntnis ihres Inhalts entgegennahm)²⁹⁰, bildete sich etwa seit der Zeit des Ersten Weltkriegs die Praxis heraus, den Gast bei seiner Ankunft einen sogenannten Hotelrevers unterschreiben zu lassen. Dieser Revers war mit dem polizeilichen Anmeldeformular verbunden, das der Reisende sowieso zu unterzeichnen hatte²⁹¹. Eine wesentliche Rolle scheinen hier die Unsicherheiten der Kriegs- und Nachkriegszeit gespielt zu haben, die zu einer Zunahme der Hoteldiebstähle führten²⁹². In den zwanziger Jahren verbreitete sich diese Art der Freizeichnung auf Betreiben des Reichsverbandes der Deutschen Hotels so stark, dass sie jedenfalls zeitweise so gut wie allgemein üblich wurde²⁹³. Nach dem Inhalt des Reverses sollte eine Haftung für nicht in Verwahrung gegebene Wertsachen, Kostbarkeiten und Geld sowie für alle sonstigen Gegenstände (gleich, ob sie in Verwahrung gegeben worden waren oder nicht) und für eingestellte Fahrzeuge jeder Art und eingebrachte Tiere gänzlich ausgeschlossen sein; für in Verwahrung gegebene Wertsachen, Kostbarkeiten und Geld sollte der Gastwirt wie ein unentgeltlicher Verwahrer haften²⁹⁴.

290 SCHEYE, Milderung (Fn. 268), 78 f.; JACOBI, Gastaufnahme (Fn. 163), 82.

291 Zur polizeilichen Meldepflicht des Wirtes vgl. bereits LAUTERBACH/PELICKE, *De nautis* (Fn. 23), XII („... daß sie alle Abend einen Nachtzettel und Verzeichniß übergeben, was sie für frembde Personen bey sich haben“).

292 JACOBI, Gastaufnahme (Fn. 163), 82; SEIFERT, *Gastwirthschaftung* (Fn. 244), 33 f.; BRUNNER, *Freizeichnung* (Fn. 28), 2 f.; FREIHERR VON WRANGEL, *Die Rechtsprechung des Kammergerichts zum vertraglichen Ausschluß der Gastwirthschaftung, Eisenbahn- und verkehrsrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen* 48 (1929), 249 ff. SCHEYE, *Milderung* (Fn. 268), 79 berichtet schon für das Jahr 1911 von einem Gastwirt in Meran, der sich einen derartigen Revers unterzeichnen ließ (und regte an, diesen mit dem Meldeformular zu verbinden).

293 JACOBI, *Gastaufnahme* (Fn. 163), 82; BRUNNER, *Freizeichnung* (Fn. 28), 3. Zum modernen römisch-holländischen Recht Südafrikas, das die Frage auf gemeinrechtlicher Grundlage entscheidet, siehe BECKERLING/DOUVELO, in: *The Law of South Africa* (Fn. 52), para 42 m.w.N.

294 Vgl. den Text des Deutschen Haftpflichtreverses bei Staudinger/NIPPERDEY, 10. Aufl. (Fn. 221), § 701, Rn. 39.

5.5.3. Probleme

Aus dieser Praxis ergaben sich zwei Probleme. Zum einen bestand die Möglichkeit eines fehlenden Erklärungsbewusstseins seitens des Gastes. Denn da der Hotelrevers dem polizeilichen Meldeformular beigelegt war, konnte es vorkommen, dass der Gast ihn ungelesen in der Annahme unterschrieb, dadurch lediglich seiner polizeilichen Meldepflicht zu genügen. Die herrschende Meinung differenzierte bei der Lösung dieses Problems danach, ob die Haftungsbeschränkung sich nur kleingedruckt oder aber deutlich sichtbar auf dem Meldeformular befand²⁹⁵. Zum anderen stellte sich die Frage, ob der Revers nicht „als unsittliche Ausbeutung wirtschaftlicher Übermacht“²⁹⁶ nach § 138 I BGB nichtig war. Das wurde in der Tat vielfach bejaht, da die Hotelbetriebe unter Ausnutzung einer tatsächlichen Monopolstellung und der dadurch geschaffenen Zwangslage der Gäste einen Zustand zu schaffen versuchten, der die dem Gesetz zugrundeliegenden Gerechtigkeitsgedanken völlig ausschaltete und die Interessen des reisenden Publikums gänzlich unberücksichtigt lasse²⁹⁷. In den fünfziger Jahren empfahl der Deutsche Hotel- und Gaststättenverband seinen Mitgliedern daraufhin, einen weniger weitgehenden Revers zu verwenden, der die Haftung auf bestimmte Höchstbeträge beschränkte²⁹⁸; auch dagegen wurden jedoch teilweise Bedenken geltend gemacht, etwa, soweit auch dann für Geld, Wertpapiere und Kostbarkeiten nur bis zu einem Betrag von 1.000 DM haftet werden sollte, wenn der

²⁹⁵ Dazu HansOLG Hamburg (Urt. des 3. Zivilsenats v. 4.3.1924), Hanseatische Gerichtszeitung, Beiblatt, 45 (1924), Nr. 63; Staudinger/NIPPERDEY, 10. Aufl. (Fn. 221), § 701, Rn. 37; HELLWEGE, ZNR 29 (2007), sub IX. mit Nachweisen aus der Literatur. Teilweise wurden für ausländische Gäste, die die deutsche Sprache nicht beherrschten, striktere Einbeziehungsvoraussetzungen befürwortet. Umgekehrt wurde bisweilen (jedenfalls für deutsche Gäste) Kenntnis im Hinblick auf die Üblichkeit dieser Praxis unterstellt; vgl. ENNECCERUS/LEHMANN, Lehrbuch, 15. Aufl. (Fn. 262), § 173 II.

²⁹⁶ So die Formulierung bei OERTMANN, Kommentar, 5. Aufl. (Fn. 288), Vorbem. v. § 701, 4.

²⁹⁷ Ausführlich Staudinger/NIPPERDEY, 10. Aufl. (Fn. 221), § 701, Rn. 39; vgl. ferner etwa OLG Düsseldorf (v. 5.11.1924 – 3 U 49/24), JW 1925, 1019; OLG Düsseldorf (v. 28.5.1930 – 3 U 356a/29), JW 1931, 1977; RGRK/SCHLIEWEN, 6. Aufl. (Fn. 275), § 701, Rn. 4; JACOBI, Gastaufnahme (Fn. 163), 83 f.; BRUNNER, Freizeichnung (Fn. 28), 21 ff., 26 ff.; FREIHERR v. WRANGEL, Eisenbahn- und Verkehrsrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen 48 (1929), 249 ff. (unter Hinweis auf die gegen- teilige Rechtsprechung des Kammergerichts); zurückhaltend HAUB, Vorschläge (Fn. 268), 61 f.; ablehnend HansOLG Hamburg (Urt. des 3. Zivilsenats v. 4.3.1924), Hanseatische Gerichtszeitung, Beiblatt, 45 (1924), Nr. 63; SEIFERT, Gastwirtschaftung (Fn. 244), 33 f. (der ein weites Entgegenkommen gegenüber den Interessen des Gast- gewerbes als „wirksames Gegengewicht gegen die freiem Unternehmertum abholde marxistische Gleichmachungstendenz“ befürwortet).

²⁹⁸ Vgl. KOCH, VersR 1966, 712; Staudinger/NIPPERDEY, 11. Aufl. (Fn. 288), § 701, Rn. 39.

Gastwirt die Verwahrung abgelehnt und den Schaden schuldhaft herbeigeführt hatte²⁹⁹. Maßstab waren nunmehr der Grundsatz von Treu und Glauben und das Kriterium eines billigen Ausgleichs der beiderseitigen Belange³⁰⁰.

5.5.4. Die Reform des Jahres 1966

Offenbar hatte der BGB-Gesetzgeber im Bereich der Freizeichnung sein Ziel einer möglichst einfachen, von Zweifelsfragen und Rechtsunsicherheit unbelasteten Regelung nicht erreicht. Das Reformgesetz des Jahres 1966³⁰¹ ging deshalb noch einen Schritt weiter und erklärte die Gastwirtshaftung im Grundsatz für unabdingbar³⁰². Damit war nicht nur Anschlägen und Reversen, sondern auch individualvertraglichen Abreden der Boden entzogen. Ausnahmen sind nur in einem sehr beschränkten Umfang vorgesehen³⁰³, und dies nur, sofern die Erklärung des Gastes schriftlich erteilt ist und das Schriftstück keine anderen Bestimmungen enthält³⁰⁴. Damit wurde auch für den Bereich, in dem eine Haftungsbeschränkung noch möglich ist, der Praxis einer Verbindung von Haftpflichtrevers und Meldeformular eine Absage erteilt.

Die Kehrseite dieser für den Gast sehr angenehmen Regelung liegt in der summenmäßigen Beschränkung des aufgrund der Gastwirtshaftung geschuldeten Schadensersatzes: der Gastwirt haftet aufgrund des § 701 BGB nur bis zu einem Betrag, der dem Hundertfachen des Beherbergungspreises für einen Tag entspricht³⁰⁵, jedoch mindestens bis zu einem Betrag von 1.000 DM und höchstens bis zu einem Betrag von 6.000 DM³⁰⁶. Damit wurde einerseits das im BGB von 1900 für Geld, Wertpapiere und Kostbarkeiten gewählte Regelungsmodell³⁰⁷ auf alle eingebrachten Sachen erstreckt³⁰⁸; andererseits wurde

299 Ausführlich Staudinger/NIPPERDEY, 11. Aufl. (Fn. 288), § 701, Rn. 39.

300 Zum Wandel der Rechtsprechung in den fünfziger Jahren insoweit HKK/HOFER, §§ 305-310. Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch allgemeine Geschäftsbedingungen, Rn. 16 ff.

301 Oben Fn. 281.

302 § 702 a BGB.

303 Unten Fn. 313.

304 § 702 a BGB.

305 Zur Berechnungsgrundlage und zur Rechtslage bei Mehrfachschädigungen Staudinger/WERNER, § 702, Rn. 3, 10; MüKo/HÜFFER, § 702, Rn. 3, 5; HERZOG, Haftung des Gastwirts (Fn. 29), 143 ff.

306 § 702 I BGB in der Fassung von 1966; die Maximum- und Minimumbeträge sind im Jahre 2000 auf 600 und 3.500 Euro umgestellt und damit geringfügig erhöht worden: § 702 I BGB.

307 Oben Fn. 221.

308 Das war im Laufe der Jahre von einer Reihe von Autoren gefordert worden; vgl. JACOBI, Gastaufnahme (Fn. 163), 90; HAUB, Vorschläge (Fn. 268), 89 f.; WEBER, Re-

es aber durch die Statuierung eines elastischen Berechnungssystems modifiziert, durch das der Höchstbetrag in eine gewisse Beziehung zu dem Rang des Hotels und der danach vernünftigerweise zu erwartenden Qualität der Leistung trat³⁰⁹. Für Geld, Wertpapiere und Kostbarkeiten gilt nach wie vor eine Sonderregelung insoweit, als der Haftungshöchstbetrag hier nur 1.500 DM (bzw. nunmehr: 800 Euro) beträgt³¹⁰. Die auf weniger als ein Viertel des normalen Höchstsatzes herabgesetzte Grenze erklärt sich aus der besonderen Diebstahlsgefahr und der Möglichkeit, einer Schädigung durch Hinterlegung bei dem Wirt zu begegnen³¹¹. Zur Aufbewahrung von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten, die ihm von einem Gast übergeben wurden, ist der Gastwirt nach § 702 III BGB verpflichtet³¹². Die Haftung des Gastwirts ist unbeschränkt, wenn der Verlust, die Zerstörung oder die Beschädigung von dem Gastwirt oder einem seiner Leute verschuldet worden ist oder wenn es sich um eingebrachte Sachen handelt, die der Gastwirt zur Aufbewahrung übernommen oder deren Übernahme er entgegen § 702 III BGB abgelehnt hat³¹³.

Aus der grundsätzlich unbeschränkten, aber abdingbaren war damit eine grundsätzlich beschränkte, aber insoweit unabdingbare Haftung getreten. Der Grundgedanke einer gesetzlichen Erfolgshaftung, die unabhängig vom Bestehen eines Vertrages und unabhängig von einem Verschulden des Gast-

form (Fn. 221), 58 ff. Der BGB-Gesetzgeber hatte dafür kein Bedürfnis gesehen und meinte außerdem, der Grundgedanke der Gastwirthaftung würde durch eine solche Regelung in zu weitgehendem Umfang durchbrochen: Prot., Bd. II, 407 (=MUGDAN, Bd. II, 978).

309 Amtliche Begründung (Fn. 281), 4; KOCH, VersR 1966, 711; NIESSEN, MDR 1966, 720; MüKo/HÜFFER, § 702, Rn. 2 (sachgerecht); HERZOG, Haftung des Gastwirts (Fn. 29), 143.

310 § 702 I BGB.

311 Staudinger/WERNER, § 702, Rn. 5; MüKo/HÜFFER, § 702, Rn. 6 (der den Gesetzgeber angesichts der eingetretenen Geldentwertung dazu auffordert zu prüfen, ob der Betrag noch angemessen ist); HERZOG, Haftung des Gastwirts (Fn. 29), 153.

312 § 702 III BGB nennt neben der traditionellen Trias von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten noch „andere Wertsachen“; dazu die amtliche Begründung (Fn. 281), 5; DETIG, Konvention über die Gastwirthaftung (Fn. 221), 210 f.; Staudinger/WERNER, § 702, Rn. 25; MüKo/HÜFFER, § 702, Rn. 13; HERZOG, Haftung des Gastwirts (Fn. 29), 166. Auch die Verpflichtung zur Aufbewahrung wird freilich vom Gesetz in eine Relation zu Rang und Größe der Gastwirtschaft gestellt: § 702 III 1, 2. Hs. BGB.

313 § 702 II BGB. Auf diese Fälle der unbeschränkten Haftung des Gastwirts bezieht sich die Möglichkeit einer Freizeichnung nach § 702 a BGB, die aber auch hier Grenzen unterworfen ist: keine Freizeichnung für Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Gastwirts oder seiner Leute; keine Freizeichnung bei unberechtigter Verweigerung der Übernahme; im Übrigen Freizeichnung nur, soweit sie den nach § 702 I BGB maßgeblichen Höchstbetrag übersteigt. Zu der hernach in § 702 II BGB getroffenen Regelung aus rechtspolitischer Sicht im Vorfeld der Reform WEBER, Reform (Fn. 221), 94 ff.

wirts eintritt, wurde durch die Reform jedoch nicht angetastet. Damit scheint eine Regelung gefunden zu sein, die einen wirksamen Schutz des Gastes gewährleistet, gleichzeitig aber das Haftungsrisiko der Gastwirte in einer Weise begrenzt, die dessen Kalkulierbarkeit und damit Versicherbarkeit erleichtert. Insbesondere auch der Deutsche Hotel- und Gaststättenverband akzeptierte diesen Kompromiss³¹⁴. Rechtspolitische Kritik ist seither nicht mehr laut geworden.

5.6. Das Europaratsübereinkommen von 1962 und seine Geschichte

Das Reformgesetz von 1966 lenkt unseren Blick zurück auf Europa. Denn es beruhte auf einem Übereinkommen des Europarats über die Haftung der Gastwirte für die von ihren Gästen eingebrachten Sachen vom 17. Dezember 1962³¹⁵. Diese Konvention wurde außer von der Bundesrepublik Deutschland von dem Vereinigten Königreich, Frankreich, Irland, Italien, Luxemburg, Belgien, Malta, Zypern, Polen und Litauen unterzeichnet und ratifiziert, und sie gilt auch für die Nachfolgestaaten Jugoslawiens³¹⁶. Es handelte sich damit um die erste erfolgreiche Maßnahme europäischer Rechtsharmonisierung in einem Zentralbereich des Privatrechts. Sie hatte einen langen Vorlauf und beruhte letztlich auf immer wieder erneuerten Initiativen der zentralen Lobbyvereinigung des Gaststättengewerbes der Vor- und Zwischenkriegszeit, des Internationalen Hotelbesitzervereins (IHV)³¹⁷. Ein erster Vorschlag für eine international einheitliche Regelung der Gastwirthaftung wurde 1911 auf einem Kongress in Berlin beraten und angenommen³¹⁸, ein

³¹⁴ Amtliche Begründung (Fn. 281), 3; KOCH, VersR 1966, 707; HERZOG, Haftung des Gastwirts (Fn. 29), 25.

³¹⁵ Abgedruckt als Anlage zu dem Entwurf eines Gesetzes zu dem Übereinkommen vom 17.12.1962 über die Haftung der Gastwirte für die von ihren Gästen eingebrachten Sachen, Drucksache V/146 des Deutschen Bundestags, 5. Wahlperiode; Abdruck auch bei DETIG, Konvention über die Gastwirthaftung (Fn. 221), 275 ff. und auszugsweise bei HERZOG, Haftung des Gastwirts (Fn. 29), 204 ff.

³¹⁶ Einige Staaten (darunter Österreich, Griechenland, die Niederlande und die Türkei) haben das Übereinkommen unterzeichnet, aber nicht ratifiziert; vgl. <<http://conventions.coe.int>>.

³¹⁷ Dazu im einzelnen DETIG, Konvention über die Gastwirthaftung (Fn. 221), 1 ff.; im Überblick auch KOCH, VersR 1966, 707; HERZOG, Haftung des Gastwirts (Fn. 29), 22 ff.; vgl. ferner HAUB, Vorschläge (Fn. 268), 62 ff. Zur Entwicklung des IHV, der bis 1919 sowohl deutscher als auch internationaler Hotelierverband war, DETIG, Konvention über die Gastwirthaftung (Fn. 221), 1 f. (Fn. 2). Eine führende Rolle spielte bei den Reformbestrebungen der Hotelier Otto Hoyer (zu ihm schon oben Fn. 185).

³¹⁸ Abgedruckt in DETIG, Konvention über die Gastwirthaftung (Fn. 221), 311 f.

zweiter 1921 in Monaco³¹⁹. Im Jahre 1932 beauftragte der IHV dann das 1926 gegründete Internationale Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts (Unidroit) in Rom mit der Ausarbeitung eines Gesetzesentwurfs. Der sogenannte Rom-Entwurf wurde 1935 vorgelegt, konnte dann aber infolge des Zweiten Weltkrieges nicht weiterverfolgt werden³²⁰.

Nach dem Ende des Krieges ergriff zunächst Großbritannien die Initiative zu einer Reform der Gastwirthaftung. Der *Hotel Proprietors Act* von 1956³²¹, durch den der *Innkeepers' Liability Act* von 1863³²² aufgehoben wurde, entsprach in seinen Grundzügen dem Rom-Entwurf³²³. Im darauffolgenden Jahr begann ein vom Europarat eingesetzter Sachverständigenausschuss (dem aus Deutschland Hermann Weitnauer angehörte) mit der Erarbeitung eines Modellgesetzes³²⁴, das schließlich dem Übereinkommen als Anlage beigefügt wurde³²⁵; und es ist kaum erstaunlich, dass bei dessen Ausarbeitung der Rom-Entwurf und das neue englische Recht eine wichtige Rolle spielten³²⁶. Das Übereinkommen schuf kein einheitliches europäisches Recht, sondern hatte den Charakter einer „Minimumkonvention“³²⁷: es blieb den Vertragsstaaten freigestellt, den Gastwirten eine weitergehende Haftung aufzuerlegen³²⁸. Auch in einer Reihe genau festgelegter Fragen der Einzelausgestaltung der Gastwirthaftung konnten die Vertragsstaaten von den

319 Dazu HAUB, Vorschläge (Fn. 268), 63 ff.; vgl. auch DETIG, Konvention über die Gastwirthaftung (Fn. 221), 4.

320 Der Rom-Entwurf ist abgedruckt bei DETIG, Konvention über die Gastwirthaftung (Fn. 221), 312 ff. und ABLETSCHAUER, Haftung (Fn. 246) 187 ff.; dazu DETIG, Konvention über die Gastwirthaftung (Fn. 221), 4 ff.

321 4 & 5 Eliz 2 c 62; abgedruckt in Halsbury's Statutes of England and Wales, 4th ed., Bd. XXIV, 291 (2003 reissue); vorbereitet durch LAW REFORM COMMITTEE, Second Report (Innkeepers' Liability for Property of Travellers, Guests and Residents), Command Paper 9161, 1954 (Nachdruck 1956); dazu ZIMMERMANN, Festschrift Canaris, sub IX m. w. N.

322 26 & 27 Vic. c. 41; abgedruckt auch etwa bei E. A. JELF, C. J. B. HURST, *The Law of Innkeepers*, 1904, 119 f.; dazu ZIMMERMANN, Festschrift Canaris, sub VIII m. w. N.

323 Dass das englische Gesetz den Rom-Entwurf zum Vorbild nahm, wie DETIG, Konvention über die Gastwirthaftung (Fn. 221) 6 schreibt, ergibt sich jedenfalls aus dem Report des Law Reform Committee nicht. Dort wird nur auf die Rechtslage in drei Ländern des *civil law* (Frankreich, Deutschland, die Schweiz) Bezug genommen.

324 Dazu DETIG, Konvention über die Gastwirthaftung (Fn. 221) 10 ff.

325 Das Übereinkommen besteht also einerseits aus einem Rahmenabkommen, dessen Gegenstand die völkerrechtlich erheblichen Bestimmungen bilden, und dem als Anhang beigefügten Modellgesetz mit den materiell-rechtlichen Regeln der Gastwirthaftung.

326 DETIG, Konvention über die Gastwirthaftung (Fn. 221) 11.

327 Denkschrift, Drucksache V/146 des Deutschen Bundestages, 5. Wahlperiode, 10.

328 Artikel 1 (2) des Übereinkommens über die Haftung der Gastwirte für die von ihnen eingebrachten Sachen (Fn. 315).

Vorschriften des Modellgesetzes abweichen³²⁹; der deutsche Gesetzgeber hat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht³³⁰. In zentralen Punkten entsprechen die Regelungen der Gastwirthaftung in den Rechtsverordnungen der Mehrzahl der „alten“ EU-Mitgliedstaaten einander jedoch: es handelt sich um eine verschuldensunabhängige Haftung, die zwar grundsätzlich unabdingbar, dafür aber der Höhe nach beschränkt ist.

6. Bilanz

Auch nach der Reform von 1966 perpetuiert die Vorschrift des § 701 BGB damit den Grundsatz der römischen *receptum*-Haftung. Zwar geht es heute nicht mehr darum, „dieser Sorte von Mensch“ (d. h. den Gastwirten) deutlich zu machen, „daß es mit ihrer Unredlichkeit ein Ende hat“³³¹. Doch der Gedanke, dass ein Wirt für die Risiken einzustehen hat, die sich aus dem Betrieb der Gastwirthaftung für die von seinen Gästen eingebrachten Sachen ergeben, hat sich als zeitlos aktuell erwiesen. Denn für den Gast ist es weder zumutbar, noch typischerweise praktisch möglich, einen Schadensfall aufzuklären, der in der vom Gastwirt beherrschten Sphäre der Gastwirthaftung aufgetreten ist³³². Die besondere *receptum*-Haftung war im Altertum nicht auf Gastwirte beschränkt, sondern erfasste auch Stallwirte und Schiffer. In der

329 Artikel 2 des Übereinkommens über die Haftung der Gastwirte für die von ihnen eingebrachten Sachen (Fn. 315).

330 Und zwar in den in Artikel 2 (a) (bewegliche Haftungshöchstsumme: § 702 I BGB) und Artikel 2 (d) (Freizeichnung: § 702 a BGB) genannten Fällen; dazu DETIG, Konvention über die Gastwirthaftung (Fn. 221), 185 ff., 252 ff. Keinen Gebrauch gemacht hat der deutsche Gesetzgeber insbesondere von der Möglichkeit, die Ersatzpflicht auf Fahrzeuge, auf Sachen, die in einem Fahrzeug belassen worden sind und auf lebende Tiere zu erstrecken; vgl. Artikel 2 e des Übereinkommens und § 701 IV BGB. Damit wurde eine alte Streitfrage des deutschen Rechts gegen die bis dahin etablierte Rechtsprechung und überwiegend vertretene Meinung entschieden; dazu Staudinger/NIPPERDEY, 11. Aufl. (Fn. 288), § 701, Rn. 25; WEBER, Reform (Fn. 221), 61 ff., 82 ff.; DETIG, Konvention über die Gastwirthaftung (Fn. 221), 258 ff.; vgl. ferner zur heutigen Rechtslage Staudinger/WERNER, § 701, Rn. 48 ff.; MüKo/HÜFFER, § 701, Rn. 35 f.; HERZOG, Haftung des Gastwirts (Fn. 29), 129 ff.

331 POMONIUS/ULPIAN D. 4,9,3,1 (siehe oben Text bei Fn. 18).

332 Vgl. etwa v. GIERKE, Entwurf (Fn. 159), 252; Staudinger/NIPPERDEY, 10. Aufl. (Fn. 221), Vorbem. v. § 701, Rn. 6; WEISS, Grundlagen (Fn. 160), 38 ff.; WEBER, Reform (Fn. 221), 24 ff.; Staudinger/WERNER, Vorbem. v. §§ 701 ff., Rn. 4; MüKo/HÜFFER, § 701, Rn. 1; HERZOG, Haftung des Gastwirts (Fn. 29), 27 ff. K. LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/1, 13. Aufl. 1986, 462 spricht von einem Anwendungsfall der „Haftung für zurechenbare Schadensrisiken“; I. KOLLER, Risikozurechnung (Fn. 141) 120 ff. beruft sich auf das „Prinzip abstrakter Beherrschbarkeit“.

frühen Neuzeit schien daraus sogar eine für das Transportrecht ganz allgemein geltende Regelung werden zu können. Das dieser besonderen Haftungsform insoweit innewohnende Potential verwirklichte sich in Deutschland im 19. Jahrhundert, jedoch nicht auf gemeinrechtlicher Basis, sondern *qua* Gesetzgebung³³³. Dabei wurde die *receptum*-Haftung zu einem Brennpunkt der Diskussion um den Begriff der höheren Gewalt. Auch für die Entwicklung der sogenannten Abschlusskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen spielten hier einschlägige Fallkonstellationen eine zentrale Rolle. Die *receptum*-Haftung trotzte auch dem Siegeszug des Verschuldensprinzips in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, freilich nur in der für Gastwirte reservierten Nische der §§ 701 ff. BGB, nicht in ihrer transportrechtlichen Ausformung im HGB³³⁴. Heute, und das heißt in einer Zeit, die dem Gedanken verschuldensunabhängiger Haftung wieder erhebliche Bedeutung für einen fairen Schadensausgleich sowohl zwischen Vertragsparteien³³⁵ als auch zwischen nicht vertraglich untereinander verbundenen Parteien³³⁶ einräumt, ist der der *receptum*-Haftung zugrundeliegende Gedanke wieder besonders aktuell und ausbaufähig. Das zeigt sich etwa in der abermaligen Reform der Haftung des Frachtführers, auch wenn es dort letztlich nur zu einem Kompromiss gekommen ist³³⁷. Interessant ist die Gastwirthaftung auch als Zeugnis europäischer Rechtseinheit – sowohl historisch begründeter³³⁸ als auch durch moderne Maßnahmen der Rechtsharmonisierung jeden-

333 Oben Rn. 4.1. und 4.3.4.

334 Dazu oben Rn. 4.3.4 und 5.

335 Vgl. etwa U. HUBER, Leistungsstörungen, Bd. I 1999, § 2 II (zur Bedeutung des Grundsatzes der Garantiehafung).

336 Vgl. etwa JANSEN, Haftungsrecht (Fn. 63), 545 ff. (der, aufbauend auf dem Grundsatz der Erfolgsverantwortlichkeit, eine abgestufte Skala von Haftungsmaßstäben formuliert, die der Haftungsbegrenzung dienen); C.-W. CANARIS, Grundstrukturen des deutschen Deliktsrechts, VersR 2005, 577 ff. (der von einem mehrspurigen System der außervertraglichen Haftung ausgeht); vgl. ferner, rechtsvergleichend, G. WAGNER, Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts, in: Reinhard Zimmermann (Hg.), Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts, 2003, 270 ff. – Ob es sich bei der *receptum*-Haftung, wie sie in § 701 BGB niedergelegt ist, um eine Gefährdungshaftung oder um eine Haftung aus gesetzlicher Garantie handelt, ist im modernen Schrifttum umstritten; vgl. etwa DETIG, Konvention über die Gastwirthaftung (Fn. 221), 182 ff.; Staudinger/WERNER, Vorbem. v. §§ 701 ff., Rn. 5; MüKo/HÜFFER, § 701, Rn. 4; HERZOG, Haftung des Gastwirts (Fn. 29), 57 ff. Allgemein anerkannt ist freilich, dass die Haftung *ex lege* und nicht *ex contractu* eintritt: oben Fn. 246.

337 Dazu K. SCHMIDT, Handelsrecht (Fn. 144), 924 ff.

338 Vergleichend zu den europäischen Kodifikationen auf dem Stand vor dem Europaratsübereinkommen von 1962 (überall gab es Sondervorschriften über die Gastwirthaftung, die sich historisch von der *receptum*-Haftung ableiteten; freilich hatte sich in Einzelfragen eine Vielzahl von Unterschieden ergeben) J. CHAUBERT, La Responsabilité civile de l'hôtelier à raison des effets apportés par le voyageur: Droits français, anglais, allemand et suisse, 1915; HAUB, Vorschläge (Fn. 268), 26 ff.; WEISS, Grund-

falls teilweise wiedererlangter. Und schließlich handelt es sich keineswegs um eine unbedeutende Materie. Im Jahre 2004 gab es in Deutschland knapp 55.000 Beherbergungsbetriebe mit neun und mehr Gästebetten, in denen insgesamt mehr als 317 Millionen Übernachtungen gezählt wurden und die mehr als 300.000 Menschen beschäftigen³³⁹. Der Tourismus ist mithin für Deutschland ein wichtiger Wirtschaftsfaktor, der von der einfachen, zudem an international einheitlichen Grundsätzen orientierten Regelung der §§ 701 ff. BGB profitiert.

Nachbemerkung

Der vorstehende Beitrag³⁴⁰ bietet ein Stück Dogmengeschichte. Es geht darum, die Entwicklung eines Haftungsregimes zu verfolgen, das die römischen Juristen für ein bestimmtes Regelungsproblem konzipiert hatten und das, mit dem römischen Recht, in Deutschland und in anderen Ländern West- und Mitteleuropas rezipiert wurde. Es geht mithin um Wandel und Kontinuität im Bereich der Privatrechtsdogmatik. Dogmengeschichte wird heute gelegentlich etwas abschätzig als ein Unternehmen betrachtet, das eines Rechtshistorikers irgendwie unwürdig ist. Klaus Luig hat diese Ansicht, und die dahinterstehenden präskriptiven Vorstellungen von Natur und Aufgabe der Rechtsgeschichte, nie geteilt. Er hat, im Gegenteil, eine Vielzahl dogmengeschichtlicher Studien vorgelegt³⁴¹. Dabei hat er sich nicht einmal gescheut,

lagen (Fn. 160), 20 ff.; R. MICHEL, *Der Gastaufnahmevertrag nach britischem, deutschem, französischem, italienischem und schweizerischem Recht*, 1957; ABLETSHAUSER, *Haftung* (Fn. 246), passim; WEBER, *Reform* (Fn. 221), 3 ff.; DETIG, *Konvention über die Gastwirtshaftung* (Fn. 221), 41 ff.; zum englischen Recht und seiner Entwicklung vgl. neuerdings ZIMMERMANN, *Festschrift Canaris*, (Fn. 40).

339 Angaben nach Auskunft des Statistischen Bundesamts Deutschland, Wiesbaden, 2005. Die Beschäftigtenzahl für 2004 ist noch nicht verfügbar. Für 2002 lag die Zahl bei gut 315.000; für 2004 wird sie vom Hotel- und Gaststättenverband auf mehr als 320.000 geschätzt.

340 Er wird hier in leicht veränderter Form vorabgedruckt mit freundlichem Einverständnis von Herrn Dr. Franz-Peter Gillig, Mohr Siebeck.

341 Vgl. z. B. K. LUIG, *Les origines de l'article 2279 Code civil dans l'ancien droit français comme exemple d'un „usus modernus iuris Romani“*, in: *Confluence des droit savants et des pratiques juridiques*, 1977, 299 ff.; DERS., *das Verhältnis von Kaufpreiszahlung und Eigentumsübergang nach deutschem Recht*, in: Letizia Vacca (Hg.), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, 1991, 225 ff.; DERS., *Paley's Rule und die Auslegung von Rechtsgeschäften*, in: *Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz*, 2000, 471 ff.; DERS., *Assignment*, in: Kenneth Reid, Reinhard Zimmermann (Hg.), *A History of Private Law in Scotland*, Bd. I, 2000, 399 ff.

Geschichte bisweilen auch als Vorgeschichte zu begreifen³⁴²: eine von manchen geradezu anathematisierte Betrachtungsweise.

In dem vorliegenden Beitrag wird der Blick demgegenüber nicht vom BGB aus zurückgerichtet; vielmehr wird das BGB, um an die Worte von Bernhard Windscheid³⁴³ anzuknüpfen, lediglich „als ein Punkt in der Entwicklung, ... eine Welle im Strome“ begriffen.

Das Symposium zu Ehren von Klaus Luig im September 2005 stand unter dem Leitmotiv „*usus modernus pandectarum*“. Mit diesem Begriff, so Luig in seinem Eintrag zum Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, wird eine vom 16. bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts reichende Epoche der Rechtsgeschichte bezeichnet, in der eine konsolidierte Gemeinrechtswissenschaft entstand, die die bis heute wirksamen Grundlagen der Privatrechtsordnung gelegt habe³⁴⁴. In diesem Sinne bildet der *usus modernus* auch vorliegend ein zentrales Bindeglied zwischen römischem Recht und moderner Rechtsentwicklung. Die Darstellung beginnt deshalb mit der Frage der Rezeption des einschlägigen Digestentitels 4,9. Diese Frage wurde ganz überwiegend bejaht³⁴⁵ (das gilt insbesondere für Johannes Schilter³⁴⁶, den Luig als den eigentlichen Begründer des *usus modernus* betrachtet³⁴⁷). Die strikte Haftung des Gastwirts wurde nach wie vor für sinnvoll gehalten, auch wenn man zunehmend erkannte, dass einer der sie ursprünglich tragenden Gründe (die *improbitas cauponum*) weggefallen war³⁴⁸. Die Juristen des *usus modernus* beschäftigten sich mit Zweifelsfragen, die sich bei der praktischen Anwendung des *receptum cauponum* stellten: Unterfallen dem Begriff *caupo* auch diejenigen, die anlässlich großer Messen gelegentlich Messebesucher beherbergen oder die ein Zimmer an Studenten vermieten? Wie steht es mit den Betreibern von Garküchen³⁴⁹? Von großer Bedeutung ist die Spruchpraxis der juristischen Fakultäten; im vorliegenden Zusammenhang werden Helmstedt, Wittenberg, Tübingen, Göttingen, Jena und Leipzig zitiert³⁵⁰. Der

342 So etwa K. LUIG, Zur Vorgeschichte der verschuldensunabhängigen Haftung des Vermieters für anfängliche Mängel nach § 538 BGB, in: Festschrift für Heinz Hübner, 1984, 121 ff.

343 B. WINDSCHEID, Die geschichtliche Schule in der Rechtswissenschaft (1878), in: Gesammelte Reden und Abhandlungen, hg. von Paul Oertmann, 1904, 75 f.

344 K. LUIG, *Usus modernus*, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band V, 1998, Sp. 628.

345 Oben Fn. 45, 46, 48 ff.

346 Oben Fn. 48.

347 K. LUIG, Samuel Stryk (1640-1710) und der „*Usus modernus pandectarum*“, in: die Bedeutung der Wörter. Studien zur europäischen Rechtsgeschichte: Festschrift für Sten Gagnér, 1991, 222.

348 Oben Fn. 53 ff.

349 Oben Fn. 44, 47.

350 Oben z. B. Fn. 51, 58, 59, 60. Hinzu kommen Entscheidungen des Leipziger Schöffenstuhls (oben Fn. 46) und des Reichskammergerichts (oben Fn. 51, 71).

Kreis der wissenschaftlichen Autoritäten, die bei der Argumentation Berücksichtigung finden können, ist weder zeitlich noch territorial beschränkt³⁵¹, auch wenn sich bereits Anzeichen der von Klaus Luig beschriebenen³⁵² nationalen Differenzierung des europäischen Gemeinrechts erkennen lassen³⁵³. Mit rein begrifflichen, praktisch offenbar als irrelevant erachteten Fragen hält man sich nicht lange auf (was ist der Unterschied zwischen *casus fortuitus*, *damnum fatale* und *vis major*?)³⁵⁴ oder lässt sie letztlich unentschieden (ist die *receptum*-Haftung vertraglicher oder quasivertraglicher Natur?)³⁵⁵. Andererseits kommt es aber auch nicht zu großen theoretischen Neuansätzen. So schleppte sich insbesondere die konzeptionell unbefriedigende und an einem unaufgelösten inneren Widerspruch leidende Diskussion um die *culpa levissima* weiter dahin, auch wenn sich zunehmend die Erkenntnis durchsetzte, dass es sich hier nicht wirklich um einen Verschuldensmaßstab handelte³⁵⁶. Offenbare Widersprüche in den Quellen wurden auf eine etwas biedere, schon im 19. Jahrhundert nicht mehr als überzeugend empfundene Weise aufgelöst³⁵⁷. Intensiv diskutiert wurden Fragen des Haftungsausschlusses, darunter etwa diejenige, ob mit der Übergabe des Zimmerschlüssels an den Gast ein stillschweigender Haftungsausschluss verbunden war³⁵⁸. Eine wichtige Rolle spielten ferner Beweisprobleme in Fällen, in denen dem Gast Sachen gestohlen worden waren, die er in verschlossenen Behältnissen (etwa: einem Koffer) in das Gasthaus eingebracht hatte³⁵⁹. Bewahrt wurde während des *usus modernus* die Einheitlichkeit der Behandlung aller drei nach römischem Recht von der *receptum*-Haftung erfassten Berufsgruppen. Besonders virulent war in diesem Zusammenhang freilich die vieldiskutierte und kontrovers beurteilte Frage einer teleologisch begründeten Erstreckung des besonderen Haftungsregimes auf den Landtransport³⁶⁰.

Zugrundegelegt wurde der vorliegenden Darstellung das konventionelle Datierungsschema: 16.-18. Jahrhundert, 19. Jahrhundert, BGB und 20. Jahrhundert³⁶¹. Es wird freilich deutlich, dass der Stil des *usus modernus* in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft in Deutschland noch bis weit in

351 Vgl. z. B. oben Fn. 88.

352 K. LUIG, Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert, *Ius Commune* 3 (1970), 64 ff.

353 Vgl. etwa Fn. 45 („... ex nostris ...“); 50 ff., 89.

354 Oben Fn. 73.

355 Oben Fn. 77, 78.

356 Oben Fn. 67.

357 Oben Fn. 56, 109 (zur Frage einer Aufnahmepflicht des Gastwirts).

358 Oben Fn. 83 ff.

359 Oben Fn. 88 ff.

360 Oben Fn. 58, 59.

361 Vgl. etwa H. COING, *Europäisches Privatrecht*, Bd. I: Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800), 1985; Bd. II: 19. Jahrhundert, 1989.

das 19. Jahrhundert hinein lebendig blieb³⁶². Das gilt sogar noch für die beiden großen Abhandlungen von Carl Weis und J. A. Gruchot von 1868 und 1874³⁶³. Freilich war zu diesem Zeitpunkt bereits die durch das Edikt begründete Einheitlichkeit der Behandlung von *nautae*, *caupones* und *stabularii* gesprengt worden. Da ein Bedürfnis für eine besondere Stallwirthschaftung offenbar kaum noch bestand und die Haftung von Transportunternehmern gesetzlich geregelt worden war, beschränkte sich die gemeinrechtliche *receptum*-Haftung gegen Ende des Jahrhunderts praktisch auf den Gastwirt³⁶⁴. Sie geriet damit unter den Druck des (jedenfalls in der Doktrin) auf breiter Front im Vordringen befindlichen Verschuldensgrundsatzes und wurde vielfach als eine Anomalie empfunden³⁶⁵. Levin Goldschmidts große Abhandlung³⁶⁶ zur *receptum*-Haftung erschien im Vorfeld der gesetzlichen Regelung des Frachtrechts im ADHGB. Sie bemühte sich im Grunde um eine Einebnung von Verschuldenshaftung und Haftung *ex recepto*. Erst damit sowie mit der ebenso bedeutenden, auf Goldschmidt reagierenden Schrift von Adolf Exner³⁶⁷ und dem durch diese Schrift ausgelösten Streit um den Begriff der höheren Gewalt „im römischen und heutigen Verkehrsrecht“³⁶⁸ wird ein vertieftes geschichtlich-dogmatisches Interesse erkennbar; erst damit also kommt der auf Savigny zurückreichende Neuansatz in diesem Bereich zum Tragen. Im Übrigen, und sogar vermehrt, waren Literatur und Rechtsprechung auch im 19. Jahrhundert mit Fragen des Haftungsausschlusses oder der Haftungsbeschränkung befasst³⁶⁹. Diese Einschränkungen wurden als Korrelat der strikten Gastwirthschaftung verstanden und dienten dem Schutz des Gastwirts vor unbilligen Härten. Das ist ebenso zeittypisch wie die ver-

362 So allgemein, im Anschluss an Gagnér, auch LUIG, HRG (Fn. 344), Sp. 631.

363 Oben Fn. 51 (WEIS) und 105 (GRUCHOT).

364 Oben Text vor und bei Fn. 104.

365 Oben Fn. 97.

366 Oben Fn. 28. Levin Goldschmidt (1829-1897) ging es allgemein darum, „die einzelnen Rechtsinstitute aus ihrer Entstehungsgeschichte heraus [zu] erklären und die dabei gewonnenen Einsichten für das Verständnis und die Weiterentwicklung des geltenden Rechts nutzbar [zu] machen“: CHR. BERGFELD, Goldschmidt, Levin, in: Michael Stolleis (Hg.), Juristen: Ein biographisches Lexikon, 1995, 244. Das ist das Programm der Historischen Schule, der Goldschmidt sich zurechnete. Viele seiner Arbeiten, darunter diejenige über das *receptum nautarum, cauponum stabulariorum*, bezeichnete Goldschmidt im Untertitel als geschichtlich-dogmatisch. Zu Goldschmidt und seinem Werk vgl. außer den bei Bergfeld angegebenen Werken vor allem L. WEYHE, Levin Goldschmidt: Ein Gelehrtenleben in Deutschland, 1996.

367 Oben Fn. 129. Adolf Exner (1841-1894) war Schüler von Joseph Unger und steht insofern ebenfalls in der Tradition der Historischen Schule; näher dazu R. ZIMMERMANN, „In der Schule von Ludwig Mitteis“: Ernst Rabels rechtshistorische Ursprünge, RabelsZ 65 (2001), 9 ff.

368 So der Titel der Schrift von Exner.

369 Oben 4.4. – 4.8.

stärkten, aber letztlich inkonklusiven Debatten um die „Natur“ oder den „juristischen Charakter“ der *receptum*-Haftung³⁷⁰.

Schließlich sei am Rande angemerkt, dass das Inkrafttreten des BGB ebensowenig einen Wendepunkt der Rechtsentwicklung bedeutete wie der Beginn des 19. Jahrhunderts³⁷¹. Die gemeinrechtliche *receptum*-Haftung wurde kodifiziert, und über den Begriff der höheren Gewalt einigten sich Wissenschaft und Praxis „in fortschreitender Entwicklung“³⁷² pragmatisch auf einer mittleren Linie³⁷³. Auch die alte Kontroverse über die Rechtsnatur der Gastwirtschaftung lebte fort; erst mit der zunehmenden Anerkennung des Phänomens einer Schadenshaftung außerhalb der etablierten Kategorien von Vertrag und Delikt setzte sich die Ansicht durch, dass es sich um eine Haftung *ex lege* handelt³⁷⁴. Hatte im 19. Jahrhundert die Frage eines Haftungsausschlusses durch Aushang eine zentrale Rolle gespielt³⁷⁵, so wurde im 20. Jahrhundert eine Freizeichnung durch einen vom Gast zu unterzeichnenden Hotelrevers üblich³⁷⁶. Eine signifikante Zäsur bildete insoweit erst ein Reformgesetz von 1966, durch das aus der grundsätzlich unbeschränkten, aber abdingbaren eine grundsätzlich beschränkte, aber unabdingbare Haftung wurde³⁷⁷.

370 Oben 4.9.

371 So in anderem Zusammenhang auch K. LUIG, Die „Privilegierung“ des Verkäufers, in: *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, 1999, 317 ff.; DERS., Die Kontinuität allgemeiner Rechtsgrundsätze: Das Beispiel der *clausula rebus sic stantibus*, in: Reinhard Zimmermann, Rolf Knütel, Jens Peter Meincke (Hg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, 2000, 171 ff.; DERS., Richter *secundum, praeter* oder *contra* BGB? Das Beispiel der Sicherungsübereignung, in: Ulrich Falk, Heinz Mohnhaupt (Hg.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter: Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896-1914)*, 2000, 383 ff.

372 Oben Fn. 157.

373 Oben 5.2.

374 Oben 5.1.

375 Oben 4.4.1.

376 Oben 5.5.2.

377 Oben 5.5.4.