

---

34. Form großer Schenkungen unter Lebenden. Folgen der Nichtbeachtung derselben?

l. 34 pr.; l. 36 §. 3 Cod. de donat. (8, 54).

Gewohnheitsrecht und lokaler Gerichtsgebrauch gegen ein gebietendes Gesetz.

l. 2 Cod. quae sit longa consuet. (8, 53) c. 11. X. de consuet. I. 4.

III. Civilsenat. Urf. v. 5. Juli 1881 i. S. E. u. G. B. (Bekl.) w.  
den Großh. hess. Steuerfiskus (Kl.). Rep. III. 409/81.

- I. Landgericht Darmstadt.  
II. Oberlandesgericht daselbst.

Nach der Gesetzgebung des Großherzogtums Hessen, insbesondere der Verordnung vom 11. August 1808 und dem Finanzgesetze vom 8. Juni 1821 §. 21, unterliegen alle Erbschaften, Schenkungen von Todeswegen und Vermächtnisse, welche an Seitenverwandte oder Fremde, d. h. solche Personen, die in keinem Verwandtschaftsverhältnisse mit dem Erblasser oder Schenkgeber stehen, fallen und als unverteiltes Ganzes den Betrag von hundert Gulden übersteigen, einem Beitrage von 5<sup>0</sup>/<sub>10</sub> zur Staatskasse, der sog. Kollateralsteuer. Schenkungen unter Lebenden sind dagegen von der Entrichtung dieser Steuer befreit. Nun war am 22. März 1879 die zu Offenbach wohnende unverehelichte E. B. gestorben und hatte als nächste Seitenverwandte und Intestaterven die beiden Beklagten hinterlassen. Gegen diese als Besitzer des aus Mobilien bestehenden Nachlasses erhob der Steuerfiskus Klage auf Zahlung eines Kollateralsteuerbetrages von M 4142, indem er anführte, daß die Beklagten zwar am 23. November 1863 mit der E. B. einen Schenkungsvertrag abgeschlossen hätten, inhaltlich dessen ihnen das gesamte Vermögen der Schenkgeberin mit Vorbehalt des Besizes und der Nutznießung für letztere unter Lebenden überlassen worden sei, daß aber dieser Vertrag nach den Vorschriften der zu Offenbach geltenden Solmsfer Landes-Ordnung T. II Tit. 13 §. 2 wegen Mangels der gerichtlichen Infirmation, insoweit die Schenkung den Betrag von Fl. 100 = M 171,43 übersteige, nichtig sei.

In erster Instanz wendeten die Beklagten ein, daß die Infirmation der fraglichen Schenkung durch Überreichung der von den Kontrahenten unterzeichneten Schenkungsurkunde bei Gericht gültig vollzogen worden, jedenfalls die gewählte Form (Einreichung der Urkunde bei Gericht mit der Bitte, solche zu den Akten zu nehmen, unter nachfolgender entsprechender Verfügung des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit) bei dem vormaligen Landgerichte D. die übliche gewesen sei, daß sie, die Beklagten, sodann den Nachlaß der E. B. nicht in Besiß genommen hätten, denselben vielmehr infolge der erwähnten Schenkung

unter Lebenden befäßen, und daß ihnen endlich, wenn selbst diese Schenkung nichtig sein sollte, das den Betrag von Fl. 100 = M 171,<sup>43</sup> übersteigende Vermögen nur von der Schenkerin mit einer Kondition abgefordert werden könne. Dieser Einwendungen ungeachtet sind die Beklagten nach dem Klageantrage verurteilt worden.

In der Berufungsinstanz wiederholten die Beklagten zunächst die Behauptung, daß die Formvorschrift der Insinuation bei der Schenkung vom 23. November 1863 genügend gewahrt sei, und machten weiter geltend, daß die gebrauchte Form einem in D. fest begründeten Gewohnheitsrechte entspreche.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung verworfen. Auch die Revision wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„I. Anlangend zunächst die Frage, welcher Form gemeinrechtlich Schenkungen über 500 Solidi unterliegen, so setzte schon nach einer Verordnung des Kaisers Constantinus Chlorus jede Schenkung zu ihrer Gültigkeit die gerichtliche Insinuation voraus; diese mußte vor einer Obrigkeit vorgenommen und in das Gerichtsprotokoll (*acta* oder *gesta*) eingetragen werden. Das Justinianische Recht hat die Schenkungen erleichtert und namentlich die Notwendigkeit der Insinuation auf Schenkungen über 500 Solidi beschränkt, den Gebrauch bestimmter Worte aufgehoben und bloße Schenkungsversprechen ohne gleichzeitige Übergabe der geschenkten Sache für rechtsverbindlich erklärt. Aber auch danach bestand die Insinuation selbst in einem über die gerichtliche Erklärung der Parteien aufgenommenen Protokolle der Obrigkeit. Dieses Protokoll hatte den Zweck, den künftigen Beweis der vorgefallenen Schenkung durch eine öffentliche Urkunde zu sichern, sowie durch die Gegenwart von Beamten und die Feierlichkeit der Handlung den Leichtsin und der Übereilung des Schenkgebers zu steuern.

l. 25. 27. 30. 34 pr. §. 1, l. 36. §. 3 Cod. de donat. 8, 54; Nov. 127 cap. 2; l. 1. 8. Cod. Theod. de spons. 3, 5.

Das heutige gemeine Recht ist von den erwähnten Vorschriften des römischen Rechts nicht abgewichen, und es entspricht die gerichtliche Form großer Schenkungen so sehr dem modernen Rechtsbewußtsein, daß solche von fast allen neueren Civilgesetzbüchern beibehalten wurde.

Vergl. Bremer in Thering's Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 13 S. 87 ff.

Im einzelnen herrscht freilich in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis Streit über die Ausdehnung jener Formvorschrift. Daß die bloße Anzeige der Schenkung bei Gericht nicht genügt, sondern die gerichtliche Vollziehung des Schenkungsaktes zu dessen Gültigkeit erforderlich ist, steht außer Zweifel. Dagegen verlangt man auf der einen Seite im Anschluß an das römische Recht die Erklärung zu gerichtlichem Protokolle, während man es andererseits schon für ausreichend hält, wenn der Wille zu schenken auf irgend eine Weise vor Gericht verlautbart und dies durch ein darüber aufgenommenes Protokoll beglaubigt wird. Nach einer dritten Ansicht genügt es, wenn der Schenker die Schenkungsurkunde verschlossen bei Gericht überreicht und dies zu Protokoll bekundet, oder auch, wenn die Schenkungsurkunde gleichviel wie an das Gericht gelangt, und nun das letztere solche im Originale ausfertigt, von den Parteien unterschreiben läßt, und unter Beglaubigung der Unterschriften zurückgibt oder bei den Akten behält. Windscheid, Pandekten §. 367 Nr. 3.

Sintenis, prakt. gem. Civilrecht Bd. 1 §. 110 Nr. 38.

Seuffert, Archiv für Entscheidungen Bd. 1 Nr. 343; Bd. 16 Nr. 111; Bd. 17 Nr. 242; Bd. 26 Nr. 28; Bd. 27 Nr. 228

Es mag dahingestellt bleiben, welche von diesen verschiedenen Meinungen die richtige ist. Denn im vorliegenden Fall ist inhaltlich der bei den Nachlassakten der E. B. befindlichen Schenkungsurkunde und nach der thatsächlichen Feststellung des Berufungsurteils keine der vorgeordneten Förmlichkeiten gewahrt. Es hat weder eine Erklärung der Parteien zu gerichtlichem Protokolle, noch eine solenne Ausfertigung der Schenkungsurkunde stattgefunden, die Kontrahenten haben vielmehr eine mit ihren ortsgewöhnlich, d. h. von Hülfbeamten der Justiz, beglaubigten Unterschriften versehene Eingabe bei Gericht überreicht, worin sie den abgeschlossenen Schenkungsvertrag zur Kenntnis des Gerichts bringen und zugleich beantragen: „denselben als Insinuation zu den Gerichtsakten zu nehmen und ihnen davon Nachricht zu geben.“ Darauf hat das vormalige Landgericht D. die Beilegung des Aktes „zu den betreffenden Gerichtsakten und Notiz an die Beschenkten“ verfügt.

Mit Recht nimmt das Berufungsurteil an, daß hierin kein gerichtlicher Vollzug der fraglichen Schenkung liege. . .

II. Die Revisionskläger behaupten nun, daß sich in D. ein Gewohnheitsrecht gebildet habe, zufolge dessen die mit der Einführung

der Ortsgerichte im Jahre 1852 in Wegfall gekommene Eintragung von Schenkungen in die Kontraktbücher durch eine neue Form der Insinuation — schriftliche Einreichung bei Gericht und Beilegung zu den Gerichtsakten — ersetzt worden sei. Die zweite Instanz verwirft dieses Vorbringen, weil ein Gewohnheitsrecht gegen eine rechtspolizeiliche Vorschrift sich nicht bilden könne, nachdem sie vorher festgestellt hat, daß die gemeinrechtliche Formvorschrift durch kein Partikulargesetz in Hessen aufgehoben, auch für den Geltungsbereich des Solmsler Landrechtes ungeachtet der Beseitigung der Kontrakt- und Schöffnenbücher noch fortwährend maßgebend sei. . . .

Das Berufungsgericht irrt jedoch rechtsgrundsätzlich, wenn es im allgemeinen die Möglichkeit der Bildung eines Gewohnheitsrechts gegen ein Gesetz in Abrede zieht, sobald das Gesetz aus rechtspolizeilichen Gründen ein absolutes Gebot enthalte. Wie die bezüglichlichen Vorschriften des römischen Rechtes, insbesondere die l. 2 Cod. quae sit longa cons. 8, 53 auszulegen sind, kann unerörtert bleiben; denn im kanonischen Rechte — cap. 11. X. de consuet. 1, 4 —, dessen Bestimmungen dem römischen Rechte vorgehen, wird dem Gewohnheitsrechte dieselbe Kraft und Geltung beigelegt, wie sie einem Gesetze im engeren Sinne zukommt.

Es vermag daher ein Gewohnheitsrecht ebensowohl gegen gebietende und verbietende Gesetze ein neues Rechtsinstitut einzuführen, wie abändernd zu wirken.

Zur Entscheidung der Frage dagegen, ob auch ein bloß örtliches Gewohnheitsrecht einen gemeinrechtlich zwingenden Rechtsatz auszusprechen imstande sei, liegt keine Veranlassung vor. Denn selbst, wenn man diese Frage bejaht, so ist gleichwohl die Revisionsbeschwerde zu verwerfen.

Geht man nämlich auf die thatsächlichen Behauptungen der Revisionskläger, wie sie im Thatbestande des Berufungsurteils angeführt sind, näher ein, so ergibt sich, daß sich die Revisionskläger darauf stützen, es habe das (vormalige) Landgericht D. nach dem Wegfalle der im Solmsler Landrechte angeordneten Kontrakt- und Schöffnenbücher eine dem Eintrage in diese Bücher entsprechende Form der Schenkungen in Übung genommen, daß sie sich also in Wirklichkeit auf einen lokalen Gerichtsgebrauch berufen, der zur Abänderung der gemein-

rechtlichen beziehungsweise durch das Solmsfer Landrecht bestätigten Förmlichkeiten der Errichtung großer Schenkungen geführt habe.

Dieses Vorbringen ist überhaupt nicht zu beachten. Vor allem deshalb nicht, weil durch bloßen Gerichtsgebrauch Gesetze nicht abgeändert werden können; denn der Richter hat nach den Gesetzen zu verfahren, darf aber ebensowenig willkürlich andere Formen, als die gesetzlichen, bei der Mitwirkung zu Rechtsgeschäften zur Anwendung bringen, als er nach anderen wie den bestehenden Rechtsnormen Recht sprechen darf. Weiter auch deshalb nicht, weil das gemeine Recht sowohl, wie die Solmsfer L.D., bei der Nichtbeobachtung der für Schenkungen verordneten Solennitäten Nichtigkeit androht und eine solche zwingende Vorschrift unmöglich durch bloße Handlungen des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit innerhalb eines einzelnen Gerichtsbezirks beseitigt werden kann. Endlich aus dem Grunde nicht, weil selbst dann, wenn man dem Verufen auf „Gewohnheitsrecht“ einen weitergehenden Sinn und zwar etwa dahin beilegen wollte, daß sich der Richter zum Träger der Rechtsüberzeugung des Volkes gemacht habe, der Gerichtsgebrauch folglich nur die Form sei, in welcher ein wahres (lokales) Gewohnheitsrecht zum Ausdruck gelangte — diesem angeblichen Gewohnheitsrechte teils die Annahme des Berufungsurteils, daß für das Gebiet des Solmsfer Landrechts noch jetzt das gemeine Recht in der hier fraglichen Beziehung maßgebend sei, teils die ebenfalls im vorderen Erkenntnisse festgestellte ganz konstante Rechtsprechung der hessischen Obergerichte entgegensteht. Und diese Feststellung über das Nichtbestehen eines lokalen Gewohnheitsrechts ist nach §. 525 C.P.D. gleich einer thatsächlichen mit dem Rechtsmittel der Revision nicht anfechtbar.

III. Die Beklagten bestreiten endlich, daß der klagende Fiskus aktiv und daß sie selbst passiv zur Sache legitimiert seien.

Nach der prozessualischen Lage der Sache ist in der gegenwärtigen Instanz nur die Rechtsfrage zu entscheiden, ob die Beklagten, da sie Erben und Beschenkte in einer Person sind, dem Kläger gegenüber auf ihren singulären Rechtstitel zum Besitze des fraglichen Nachlasses sich berufen können? Unzweifelhaft ist die bei einer formlosen Schenkung über 500 Solidi bzw. über 100 fl. eintretende Nichtigkeit eine absolute; sie wirkt zu Gunsten eines jeden dabei interessierten Dritten; die Beschenkten können keine Rechte daraus herleiten, solche weder klagend, noch einredeweise geltend machen. Wenn daher der Fiskus

fus die Beklagten auf Grund ihrer Erbenqualität zur Kollateralsteuer heranzieht, steht ihm die fragliche Schenkung nur bis zur Höhe von *M* 171,43 entgegen. Der Anstellung einer besonderen Nichtigkeitsklage in Ansehung der Mehrbetrages der Schenkung bedurfte es nicht, da ein nur thatsächlich, nicht juristisch bestehendes Rechtsgeschäft nicht erst umgestoßen zu werden braucht.“ . . .