

Elsässer

Von dem
Gebrauch des
justinianeisch-
römischen
Rechts
bey den
Reichsgerichten.

1771



8 39 496
Carl Friderich Elsässer

Lic. und des Herzoglich = Württemberg. Hofger. Advoc.

von dem lebhaften

practischen

Gebrauch

des justinianeisch = römischen

Rechts
794

bey den höchsten Reichsgerichten,

in so fern aus ganz römischen Grundsätzen ein
Rechtsspruch erwächst, wider diejenige, welche dem-
selben eine vielfältige practische Anwendung in
den teutschen Gerichten absprechen.

Non video quid ex contemptu Justiniani laudis accedere possit
germanicis legibus, quæ his machinis, utpote per se
& sua pulchritudine satis laudabiles, ut sustineantur,
non indigent ullo modo.

HOMMEL, Litterat. j. p. 247.

Stuttgard,

gedruckt bey Christoph Friedrich Cotta, Hof-Buchdrucker.

1771.





I. Abschnitt.

Von der Verhältniß 1) der gegenwärtigen und vorigen Zeiten in Absicht auf die Vorurtheile bey der Rechtsgelehrsamkeit; 2) des römischen und teutschen Rechts gegen einander.

S. I.

Gene Zeiten sind nicht mehr, wo grobe Irrthümer und Vorurtheile unter der Larve der Wahrheit und Gelehrsamkeit so tief versteckt lagen, und das Lächerliche sich mit allen Arten der Wissenschaften so sehr vermischte.

Maximilian glaubt in unsern Tagen nicht mehr, daß Kaiser Justinian sein Vorfahr



fahr am Reich seye; das Vorurtheil ist hinweg, daß die römische Gesetze an und vor sich bey den Teutschen verbindlich seyen, weil das römische Recht auf die Teutsche übertragen, und bey denselben fortgesetzt worden a); Zercomann hört auf, bey den Franzosen ein berühmter teutscher Schriftsteller zu seyn, und ein Buno b) würde seine künstliche Figuren, durch welche er den Inhalt einzelner Bücher und Titel in dem Corpore Juris den Anfängern in der Rechtswissenschaft deutlich machen wollte, in unserm Jahrhundert weglassen.

a) Diese falsche Grundsätze haben wirklich viele schädliche Folgen gehabt, und daß selbst die Benennung, Römisches Reich, Teutschland wegen den Päpstlichen Eingriffen nicht vortheilhaft gewesen, s. Monzamban. c. 1. §. 15. Auf der andern Seite fehlt Bodinus eben so sehr, der den römischen Gesetzen alles Recht abspricht, weil das römische Reich nicht mehr stehet. de republica. Lib. 1. c. 8.

b) In seinem Memoriali institutionum juris Ratzeb. 1672.

S. 2.

Unser gegenwärtiges Weltalter ist weit aufgeklärter. Man denkt selbst, und baut nicht auf die Meinung eines andern, ohne sie

ste untersucht zu haben. Man geht auf die Quellen selbst zurück, und bey Männern von Einsicht beweisen hundert Folianten nichts, wenn sie nicht mit jenen übereinstimmen.

Der entgegen gesetzte Fall, wenn man sflavisch anderer Systeme ohne eigene Ueberzeugung nachahmt, und denselben mehr Gewicht zueignet, als den Gesetzen selbst, hat jene Unordnung in unsere Rechtswissenschaft gebracht, welche nicht oder schwerlich verbannt werden kan. Ich meyne diejenige Rechtsgelehrte, welche Gesetze zu erläutern gesucht, aber nicht verstanden haben.

Weil diese römische Glossatores in dem Ruf waren, daß ihre Schultern diesem wichtigen Geschäft gewachsen seyen, so bekümmerte man sich nicht mehr um das Original, sondern ihre Auslegungen waren unbetrüglische Göttersprüche. Wie oft sehen wir izt ganz klar, daß diese Männer sehr menschlich zu Werk gegangen sind, und in ihren Glossen von etwas reden, an welches das Gesetz nie gedacht hat. Allein was ist zu machen, wenn der Ausleger über den Gesetzgeber in den Gerichtsstuben Meister worden ist? Und wie will sich eine Karo-



linische Halsgerichtsordnung wider einen mächtigen Carpzov schützen? a)

a) Quistorp ist auch (in seiner Vorrede zu den Grundsätzen des teutschen peinlichen Rechts) über die gesetzwidrige Meinungen des Carpzovs, besonders in der Lehre vom Todtschlag, Diebstal, und den fleischlichen Verbrechen, und überhaupt über die falsche Anwendungen der Gesetze übel zu sprechen: „ich habe mich bemühet, allenthalben mit dem Rechte selbst zu reden, und wo möglich, keinen Grundsatz anzunehmen, der nicht entweder in demselben mit ausdrücklichen Worten enthalten war, oder auch durch eine richtige und gesetzmäßige Schlussfolge daraus hergeleitet werden könnte — da wo die Gesetze schwiegen, und ich einen geprüften nicht gesetzwidrigen, sondern der Menlichkeit des Rechts gemäßen, und durch vernünftige Urtheilsprüche bewährten Gerichtsbrauch vor mir fand, den ich nach den gesetzlichen Eigenschaften eines gültigen Gewohnheitsrechts vertheidigen zu können glaubte, durfte ich ihn nie verlassen — Allein, wann auch ein noch so berühmter Mann wider die Analogie der Gesetze, ja selbst wohl gar wider den klaren Buchstaben derselben; und ohne den geringsten Grund den Ausspruch thut, daß diß oder jenes der Gerichtsbrauch mit sich bringe; so ist mir selbst der sonst verehrliche Name eines

neß



nes Carpzovs nicht zu heilig, als daß ich nicht sein Ansehen der Wahrheit und den Gesetzen aufopfern sollte. „

S. 3.

So sehr man sich nun in diesem Jahrhundert bemüht, gereinigtere Grundsätze in der Rechtsgelehrsamkeit aufzustellen, und sich von Vorurtheilen loszumachen, so sehr ist es doch unwahrscheinlich, daß die Klagen über ein Jus incertum a) einmal gänzlich aufhören werden, da der Mangel einer allgemeinen Richtschnur, und das Faustwesen, in mittlern Zeiten die Rechte dunkel und ungewiß macht, b) und sowohl der beschwerliche Beweis, ob dieses oder jenes teutsche Recht durch fortgeführte Gewohnheiten, oder auch wirkliche Verordnungen und Erklärungen, erhalten worden seye; als überhaupt die Vermischung der römischen und teutschen Gesetze immer Stof genug zu Streitigkeiten, Ausschweifungen, und unregelmäßigen Entscheidungen an die Hand gibt, und die Vereinigung der Rechtsgelehrten in diesem Punkt unter die Zahl der frommen Wünsche zu rechnen ist.

a) Strubens Nebenst. IV. Th. 31. Abh. S. 2. und 3. GRIBNER de jure incerto ex du-



bia legum, quibus utimur, auctoritate oriundo, Viteb. 1715.

b) Herrn geheimen Justiz-Rath Pütters Rechtsfälle p. 141. nr. 94. 95.

S. 4.

Es kan dahero die Verhältniß, in welcher heut zu Tag das römische und teutsche Recht gegen einander stehen, kaum vertheidiget werden. Und so viele Vorzüge unsre gegenwärtige Zeiten in Vergleichung mit den vorigen Jahrhunderten überhaupt vor sich haben, so wenig können dieselbe den Vorwurf einer Partheylichkeit in diesem Stück von sich abwälzen.

S. 5.

Man eifert über jene Epochen, in welchen die römische Gesetze nach und nach in Teutschland Wurzel gefaßt, und selbst die einheimische Sitten und Gewohnheitsrechte untergraben haben. a) Man ist auf einen Irnerius, Bulgarus, Azo, Odofredus, Accursius u. s. w. böse, daß sie durch ihre Bemühungen auf den italiänischen Universitäten die römische Grundsätze mit Nachdruck ausgebreitet haben. Man thut sich etwas darauf zu gut, wenn man wider diejenige Rechtsgelehrte zu Felde

Felbe ziehen kan, welche ursprünglich teutsche Rechte in eine ganz römische Tracht gehüllt, und, durch den eingeführten, herrschenden Geschmack verführt, gar nicht passende Gleichnisse der teutschen mit der römischen Verfassung gebraucht, und die Churfürsten als Praefectos praetorio, die Capitulation als legem regiam, und die Reichsfürsten als Praesides provinciae angesehen haben.

- a) Ueberhaupt von dem ursprünglichen Haß der teutschen gegen die römische Geseze und Proceßart führt von Senkenberg in seinem jederzeit lebhaften Gebrauch des uralten teutschen Bürgerlichen und Staatsrechts zc. in dem ersten Capitel schöne Beyspiele aus dem Cäsar, Justinus, Vellej. Paterc., Florus zc. an.

§. 6.

Ich habe wider alles dieses nichts, und der Eifer, die väterliche Geseze wieder herzustellen und geltend zu machen, ist gerecht, a) und es würde nicht entschuldiget werden können, wenn die alte teutsche Rechte bey Ausländern mehr Gewicht haben sollten, als bey uns. b)

Es ist wahr, daß unsere teutsche Rechte durch Mißbräuche einzelner Lehrer verunstaltet worden sind, c) und daß das Ansehen



der römischen Geseze auf einen Gipfel ge-
 fliegen ist, welchen sie niemals hätten errei-
 chen sollen. Allein ist es nicht genug, wenn
 man sie von der allzu steilen Höhe herun-
 tersürzt, und in ihre ordentliche Gränzen
 zurückzwingt? Soll man den Glanz des
 römischen Rechts ganz verdunkeln, weil es
 einmal zum Nachtheil des teutschen geschim-
 mert hat? Die Rache ist, dünkt mich,
 hinlänglich befriedigt, wenn man die ur-
 sprünglich teutsche Geschäfte zu ihren teut-
 schen und die ursprünglich römische zu ihren
 römischen Quellen zurückführt, d) und auch
 in der Lehrart das römische Recht sowohl
 als das teutsche unvermischt erörtert. e)

a) (S. Herrn Prof. Westphals zu Halle
 Versuch einer Systematischen Er-
 läuterung der sämtlichen römi-
 schen Geseze vom Pfandrecht, in
 der Einleit.)

Deswegen können auch die edle Bemühungen je-
 ner Männer, welche ihre teutsche Rechte durch die
 Ueberschwemmung der römischen Geseze zu Bo-
 den gedrückt sahen, und deswegen Landrechte
 und Spiegel, so die väterliche Gebräuche, das
 alte so genannte Köhrrecht und Herkommen,
 (jura statutaria s. in hoc v. illo loco vo-
 luntaria, ut & jura consuetudinaria seu
 ex observantiis accedente æquo & bono
 nata,



nata, Schottelius in der Vorrede zu dem Tractat von unterschiedlichen Rechten in Teutschland) enthielten, abfaßten, nicht genug gepriesen werden, und müssen dieselbe nach der guten Absicht in den Zeiten, in welchen sie lebten, beurtheilt werden.

„Mores patrios & horum collectiones in speculo Saxonico & Suevico quod concernit, evidens est, compilatores illorum speculorum, pro barbarie illorum temporum, fuisset homines vera eruditione destitutos, atque adeo multas ineptias, quæ repugnant potissimum fidei historicæ & rectæ rationi, immiscuisse illis collectionibus; sed fuit tamen compilator juris Saxonici vir honestus, pro statu illorum temporum & morum patriorum peritus.,
THOMAS. *an frequens an exiguus sit usus j. justiniani in foris germ.* S. 17.

Hieher gehören besonders Epkow von Repkow, welcher auf den Rath des Grafen Zoyler von Falkenstein den Sachsenspiegel verfaßt hat, dessen Alter von Senkenberg mit dem Lüneburgischen Patricio Brand von Tzerstadt in die Zeiten Friderich des I. und in das Jahr 1158.

im jederzeit lebh. Gebr. I. Cap. S. 30. und 3. Cap. S. 6.

Herr Hofrath von Selchow aber in der Geschichte der in Teutschland geltenden Rechte S. 289. Zwischen



Zwischen die Jahre 1215. und 1219. setzt; Johann von Buch, der sowohl wegen des Sachsenspiegels, welchem er die heutige Gestalt gegeben, als wegen des so genannten Richtsteige Landrechts, welches von dem gerichtlichen Verfahren im mittleren Teutschland handelt, Verdienste hat.

Eben derselbe S. 296. 297.

Ferner die unbekannte Verfasser des Schwabenspiegels und (des Kayserrechts κατ' ἐξοχήν) &c. von den andern im 16ten Jahrhundert aufgetommenen Spiegeln, welche, das Römische Recht, wie jene das teutsche, zu befördern, abgefaßt worden, als, Layenspiegel von rechtsmäßigen Ordnungen in bürgerlichen und peinlichen Regimenten 1511. Richterlicher Clagspiegel 1516. u. S. KOPP hist. j. germ. epocha 6. thesi 3.

- b) Daß das teutsche Recht in die Geseze der meisten Europäischen Völker gekommen, und auch in den Englischen Gesezen Stücke daraus vorgefunden werden, s. Dreyers vermischte Abhandlungen, 3ter Th. erste Abh.
- c) Gribner in seiner Dissert. *de praesudicio principum Imperii ex abusu juris justinianei*, Wittenb. 1715. hat an verschiedenen Stellen schon gezeigt, wie unschicklich die römische Sätze auf das teutsche Staatsrecht, die jurisprud. princ. privatam, u. s. w. angewandt worden.

worden. Wider seine Grundsätze in Ansehung des Juris publici, wo er ohne Ausnahm allen Gebrauch des römischen Rechts zum Mißbrauch rechnet, ist hauptsächlich GEORG ENGELBRECHT de usu jur. publici hujusque controversiis variis decidendis, Helmst. 1692. anzuführen, der aber unter die zu sehr römische Rechtslehrer gehört. Von Senkenberg an dem angeführten Ort S. 41. „so weit sind einige Teutsche von dem Haß des römischen Rechts auf die andere Seite zurückgekommen, daß sie gar in dem römischen Recht alles Heyl und Wohlfahrt, das Christenthum selbst, auch zuletzt das Naturrecht gesuchet. Ja die unglaubliche Türken sollten sich nach Justinians Recht richten, und den Codicem auf ihre Sprache übersezet zum Rechtsbuch nebst dem Alcoran gebrauchen. „

d) Daß aber auch hier ein Mißbrauch entstehen könne, wenn man in Geschäften, die hauptsächlich aus teutschen Gründen zu entscheiden sind, gar keinen Gebrauch des römischen Rechts zulassen will, s. Strubens Nebenst. Vten Th. Abh. 22. S. 13.

e) Pütters Encyclopädie p. 75. 88.

Ein schönes Beyspiel eines reinen und unvermischten Vortrags ist die eben bemerkte Erläuterung der röm. Geseze vom Pfandrecht des Herrn Prof. Westphals. Er menget nichts fremdes ein, sondern bleibt bey den römischen Verordnungen
über



über die gewählte Materie stehen, führt aber den Plan so vollständig aus, daß kaum ein Gesetz, welches zu diesem Fach gehört, seyn wird, das hinweggelassen worden wäre.

S. 7.

Aber man ist nicht mit dieser Genüthung zufrieden; die römische Gesetzbücher sollen, wo es möglich ist, in dem Occident eben die Schicksale erfahren, welchen sie bey dem Ende des griechischen Kaiserthums unterworfen waren.

Bei denjenigen Materien, in deren Entscheidung das römische Recht den stärksten Einfluß hat, und nothwendig haben muß, weil keine teutsche Hülfsmittel zugegen, oder nicht hinlänglich sind, wird der Gebrauch desselben für mittelmäßig, oder in dem Ton des Thomasius zu reden, pro perquam exiguo, gehalten. Und gleich ist man mit einem non usu da, wenn hin und wieder eine Frage auf einen andern als den gewöhnlichen Fuß entschieden worden; da gemeinlich der Grund in den verschiedenen Umständen des gegebenen Falls liegt, warum man nicht wie in der vorhergehenden Rechtsache sprechen konnte. Man muß unpartheyisch seyn, und sich nicht durch Lieblings-Studien dahin reissen lassen, daß

das entgegen gesetzte Feld ganz vernachlässiget wird, und sich also im Gleichgewicht zu erhalten suchen, daß die Mahimen eines Germanizanten und Romanizanten hinwegfallen. Dem römischen Recht muß sein Werth gelassen werden, so lange einheimische Rechte nicht darunter leiden.

Daß aber die römische Gesetze, wenn eine Anwendung davon mit gehöriger Einsicht gemacht wird, den teutschen Rechten an und vor sich unnachtheilig seyen, ist keinem Zweifel unterworfen. Denn so lange Materien, wovon in den teutschen Gesetzen entweder gar nichts enthalten ist, oder kein hinlänglicher Stoff angetroffen wird, durch Canonische oder römische Sätze entschieden werden, können die teutsche Gesetzbücher sich nicht beschwehren; denn dieses ist der Fall, warum das römische Recht angenommen worden ist. a) Ich will nicht davon reden, daß wir erst noch auf dem Wege b) zu einem richtigen allgemeinen Systemate juris Germanici sind, und also nicht aus einem ganz zuversichtlichen Ton sprechen können, bis nach und nach hinlängliche Nachrichten von der gesetzlichen Verfassung und Gewohnheitsrechten einzelner Provinzen Deutschlands überhaupt, und der Theile davon



davon den Weeg dazu bahnen, indem das Jus germanicum in diesem Gesichtspunkt einerley Schicksale mit der teutschen Reichshistorie hat. Denn das Ganze muß nothwendig dunkel und ungewiß in seinem Zusammenhang bleiben, wenn die Theile, so gering sie auch in Ansehung des Ganzen sind, nicht in ihr gehöriges Licht gesetzt werden.

- a) Jo. Gottfr. BAUER Progr. de jure germ. regulariter attendendo antequam v. jus Canonicum, v. jus Rom. v. jus feud. Longob. locum inveniat, Leipz. 1742. Daß selbst aus der Annnehmung des römischen Rechts in subsidium, nicht der Schluß gemacht werden könne, als wenn, im Fall die Verordnung des alten geschriebenen teutschen und des römischen Rechts nicht übereinstimmen, nach den ersteren zu erkennen seye, s. Strubens Nebenst. Vten Th. 22te Abhandl. S. 5.
- b) Pütters Rechtsfälle p. 100. n. 47 bis 50.

II. Abschnitt.

Von den Vertheidigern der römischen und teutschen Gesetze.

S. 8.

Sch wage es, das Ansehen des römischen Rechts in der Praxi der höchsten Reichsgerichte zu vertheidigen. Sch



Ich rede hier von dem practischen Gebrauch desselben, in so fern aus ganz römischen Grundsätzen ein Rechtspruch erwächst, und also Sachen darnach erörtert und entschieden werden; und nicht von dessen theoretischem Nutzen und Anwendung, oder wie eine Materie durch römische Beyhülfe in ein helleres Licht gesetzt, erweitert, bereichert, und überzeugender vorgestellt werden kann. Durch die Uebernahme dieser Vertheidigung will ich mich aber nicht zu der Secte derjenigen bekennen, welche mit Heftigkeit und Partheylichkeit wider die teutsche Rechte gestritten, oder sich ein Verdienst daraus gemacht haben, Gründe wider das römische Recht nicht anzunehmen, ohne sie doch widerlegen zu können.

S. 9.

Ich habe in dieser Art von Streitigkeiten, wie es nehmlich mit dem Gebrauch der römischen und teutschen Rechte bey den teutschen Gerichtshöfen beschaffen, und welches dem andern vorzuziehen sehe, viele Vorgänger auf beyden Seiten. Ich übergehe hier diejenige, welche überhaupt Vertheidiger des teutschen und römischen Rechts gewesen sind, als von jener Seite einen Schottelium, Gundling, Meinders, Potgieser, Ludwig,

B

dewig,



dewig, Schilter 2c. und von dieser einen Tabor, Textor, Manzel, Wernher, Berger, Lynker u. s. w. und will nur einige antirömisch Gesinnte anführen, welche einen nähern Einfluß auf die abzuhandelnde Materie haben; und unter diesen verdient der gelehrte Christian Thomasius a) den ersten Platz. So groß dieser Mann ist, so sehr wird es mir doch vergönnt seyn, nicht überall gleiche Grundsätze mit ihm zu haben, denn auch seine Irrthümer sind nur Irrthümer, die ein grosser Mann begehen kan. Wie leicht aber kan man sich irren? Ein Carl Sigonius hat einzele Lehengesetze, welche Kaiser Friederich in den Comitien Italiens gegeben, vor die ganze Sammlung des Longobardischen Lehenrechts gehalten. b) Er hat sich geirrt, allein was schadet es? Genug, daß wir es nicht mehr glauben. Ferner gehören hieher Zorn c), Brunquell d), Kulpis e), Griebner f), und viele andere, welche weitläufig in den supplementen ad bibl. Lipen. nachgesehen werden können.

a) In seinen naevis Jurispr. antejustinianeae Hal. 1695. und 1707. und verschiedenen dissertationen, de exiguo usu ff, Jcti Vellejani &c., besonders aber de rite forman-



do statu controversiae, an legum juris Justiniani sit frequens an exiguus usus practicus in foris germaniae, Hal. 1715.

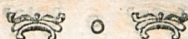
b) Herr Hofrath Böhmers observationes juris feudalis, Obs. 1. de aetate vetustae consuetudinum feud. Longob. collectionis, quam vulgo libros feudorum vocant, S. 6.

c) (CASP. HENR.) de praerogativa morum germaniae in concursu cum legibus receptis, Wittenb. 1702.

d) (Jo. SALOM.) Progr., quo in pugna juris germanici & romani illud huic, imprimis in causarum illustrium decisionibus praefendum esse, nisi hujus receptio probetur, ostenditur, Goett. 1735.

e) (Jo. GEORG.) unter dem Nahmen Conradus Sincerus, de germanicarum legum veterum ac romani juris in republica nostra origine, auctoritateque praesenti, Leipz. 1682. Wie viel Thomasius auf diese dissert. gehalten, erhellet aus seiner angeführten dissert. an legum jur. justin. sit frequens an exiguus usus &c. p. 6. und 7.

„ & hac quidem methodo aliquo modo usi fuere Conringius & Conradus Sincerus in scriptis antea laudatis, prior non quidem primario, sed obi-



ter quasi & per modum corollarii, posterior fusius ac distinctius, partim fundamenta doctrinae genuinae ex historia germanica ponens ac confirmans, partim argumentis dissentientium respondens, unde & Dominus Praefes (Thomasius) eam dissertationem Sinceri notis suis ad institutiones & pandectas praemisit, & responsiones ad Schilteri novas quasdam exceptiones adjecit. „

f) (MICH. HENR.) Principia jurispr. priv. illustr. und sein Discurs &c. 1745.

§. 10.

Nun haben zwar *de Sabme* a) und *Wernher* b) wider den *Thomasius* geschrieben, und auch der nur zu sehr römisch gesinnte *Manzel* c) die Vorzüge des römischen Rechts bey gerichtlichen Entscheidungen abgehandelt; allein, da ich eines Theils den Verdienst einer strengen Unpartheylichkeit d) haben möchte, andern Theils aber die höchste Reichsgerichte zum Hauptgegenstand nehme, so wird mir eine nicht unnützliche Beschäftigung übrig bleiben.

a) *de insigni legum romanarum usu practico in foris Germaniae*, 1741.

b) *de*

- b) de usu juris Justiniani in judiciis Germaniae non exiguo, 1727.
- c) an & quatenus juri romano competat praerogativa prae veteri jure germanico in decidendis controversiis judicialibus, 1736.
- d) Zu der Classe derjenigen Rechtsgelehrten, welche zu stark für das Römische eingenommen sind, rechnet auch Dreyer in seinem Tractat de usu genuino juris Anglo-Saxonici in explicando jure Cimbrico & Saxonico p. 5. und 21. den Freyherrn von Cramer in dem Progr. de praesumptione pro jure rom. contra mores antiquos germanorum, den BROKES de exiguo usu antiquarum LL. germ. und den Ferd. Aug. Zommel, de proëdria LL. Justinianearum prae jure patrio antiquo in foris germ.

§. II.

Ich werde also nach vorhergehender Untersuchung und Zergliederung der Umstände und Bedingungen, auf welche sich diejenige einschränken, welche den exiguum usum der römischen Gesetze bey den teutschen Gerichten behaupten, mich bemühen, zu zeigen, wie stark heutzutag noch das Gewicht des römischen Rechts a) bey den höchsten Reichsgerichten seye, und keine gründlichere Beweise der practischen Anwendung desselben



beybringen können, als wenn ich meinen Satz dardurch bestätige, daß neuere Cammergerichts- Urtheile und Reichs-Hofraths-Conclusa aus ganz römischen Quellen entsprungen sind.

- a) Das Ansehen des römischen Peinlichen Rechts in den Gerichten Teutschlands hat Herr Hofrath Meister in einer dissertation, Gött. 1766. vertheidigt, und darinnen besonders den Jacob Friderich Ludovici, welcher in seiner Vorrede zu der constitutione criminali Caroli V., notis practicis illustrata, einen geringen, ja bey nahe keinen Gebrauch des römischen Rechts in criminal-Materien behauptet, und den Christ. Gottfr. Zoffmann, der in seiner Commentatione de insignioribus defectibus jurisprudentiae criminalis germanicae, &c. C. I. S. 20. aus gleichem Ton spricht, widerlegt.

S. 12.

Ich sage, neuere. Denn ein Andreas Gail, ein Joachimus Nynsinger, ein Raphael Seiler &c. würden hier eben so wenig beweisen,

da zu ihren Zeiten das römische Recht noch zu sehr auf Unkosten der teutschen Geseze angewandt worden, und also der usus gewiß nicht exiguus gewesen ist,

als

als wenn man daraus, daß in der Reichshofraths-Ordnung gesetzt wird,

das corpus juris civilis und canonici solle allezeit auf der Reichshofraths-Tafel seyn, damit man sich deren in zweifelhaften Fällen gebrauchen könne, und von selbiger nicht verrückt werden a)

oder, daß des Cammergerichts Assesores und Reichshofräthe angewiesen werden,

nach des Reichs gemeinen beschriebenen Rechten b) (oder, nach denen gemeinengeschriebenen Kaiserlichen Rechten)

zu urtheilen, einen häufigen Gebrauch des römischen Rechts herleiten wollte.

Denn wornach sollten die höchste Reichsgerichte damal, als diese Geseze aufgestellt wurden, sprechen, da die Vorurtheile für das römische Recht so hoch gestiegen waren? Und unter welcher Bedingung wurden dieselbe angewiesen, nach den gemeinen Rechten zu sprechen? Nur unter dieser, wenn die einheimische Geseze, Statuten und Gewohnheiten, nichts anders ausweisen würden c). Nun ist aber ein grosser Unterschied unter der Beschaffenheit der teutschen



Rechte zu jenen und zu unsern Zeiten. Die übertriebene Ausdehnung des römischen Rechts ist hinweg gefallen, und die teutsche Gewohnheitsrechte und Statuten sind aus dem Staub hervorgezogen, mithin ihre Anwendung gemeinnütziger und häufiger gemacht worden. Also macht diese Verweisung auf die gemeine Rechte keinen bündigen Beweis wider die *doctores juris exigui*, da man bey der Richtschnur der Gesetze bleibt, wenn man die einheimische, behaltene, und erwiesene Gewohnheiten, denen fremden subsidiarischen Rechten vorzieht. Denn die Kaiserliche Wahl = capitulation, alle Reichs = Abschiede, die Cammergerichts = Ordnung, der Münster = und Osnabrüggische Friedensschluß, die Reichsmatricul, die *concordata nationis germanicae*, und der Stände privilegia, sollen nach der Reichs = Hofraths = Ordnung eben so gut auf der Reichshofraths = Tafel liegen, als das *corpus juris civilis und canonici d*). Je neuer aber diese aus römischen Sätzen erzeugte Urtheile sind, desto mehr werden sie immer, wegen der häufigen Bearbeitung der teutschen statutarischen Rechte, gegen diejenige beweisen, welche das Ansehen des römischen Gesetzbuchs zu sehr heruntersetzen.

a) Reichshofraths = Ordnung 1654. S. 24.

b) Daß

b) Daß unter dem Nahmen des Reichs gemeine Rechte zc. zu allen Zeiten das römische Recht, und nicht Gewohnheiten, Spiegel zc. verstanden worden, s. Gerlach (Christoph David) de majestate ac dignitate, ut & receptione usu & auctoritate LL. rom. in causis j. priv. publ. ac gentium in Imperio maxime, ac extra illud, Tub. 1735. §. 9. und kan Thomasius in notis ad Sincorum num. 32. selbst nicht leugnen, daß zu Maximiliani I. Zeiten unter den gemeinen Rechten die Römische gemeynet seyen; daß hingegen die teutsche Rechtsammlungen zu den Zeiten Kaiser Maximiliani I., wie das römische Recht, unter dem Nahmen Kaiserliches und gemeines Recht angeführt, und das teutsche Recht kurz vor und zu desselben Zeiten noch für ein gemeines Recht erkannt worden; und die Reichsabschiede und teutsche Gesetze noch 1512. die Benennung eines gemeinen Rechts mit dem römischen Recht gemein gehabt haben; s. Senkenberg von dem jederzeit lebhaftesten Gebrauch des uralten teutschen Rechts, C. 1. §. 33. & C. 2. §. 9. 11. 13. Kulpis aber spricht in seiner diff. epistolica de germ. LL. vet. & rom. jur. in republ. nostra origine & autorit. praesente dem römischen Recht den Nahmen eines gemeinen Rechts ganz ab, und behauptet also, daß bey Errichtung der neuern Cammergerichts-Ordnung 1495. von demselben gar nicht die Rede gewesen seye. S. auch von dieser Materie v. Selchow Jurist. Bibl. 3ter Band, p. 451.



c) Reichshofraths-Ordnung T. I. S. 15. „sobann
 zuförderist unsere Römisch-Kaiserliche Wahl-
 capitulation, Reichs-Abschied, Religion und
 Profan-Frieden, und den jüngsten Münster
 und Osnabrüggischen Friedens-Schluß nach
 Ausweisung des 17. Art. S. 1. und 2. wie auch
 jedes Stands, Lands, Orts und Gerichts,
 sonderlich die gebührliche, allegirte und pro-
 birte privilegia, gute Ordnungen und Ge-
 wohnheiten, und in Mangel derselben die Kai-
 serliche Rechten und rechtmäßige observatio-
 nes und Gebräuch in Acht nehmen.“ s. auch
 Cammergerichts-Ordnung 1495. T. I. S. 4.
 1555. Part. I. tit. 57. jüngsten Reichs-Ab-
 schied S. 105.

d) Reichshofraths-Ordnung, S. 24.

III. Abschnitt.

Gründe des Thomasius und anderer
 wider die römische Gesetze, und deren
 Beantwortung.

S. 13.

Jener Grund sowohl, daß die Besitzzer
 der höchsten Reichsgerichte durch die Gesetze
 selbst zur Beobachtung des römischen Rechts
 ange-

angehalten werden, und die Sammergerichts-
 Ordnungen selbst meistens aus römischen
 und canonischen Sätzen zusammen getragen
 worden sind, a) als viele andere, weil z. E.
 alle Schriften, welche die Procuratoren und
 Reichshofraths-Agenten übergeben, römisch
 klingen, und mit Gesetzen aus den Pandec-
 ten und dem Codex häufig angefüllt sind,
 weil bey gerichtlichen Berathschlagungen
 über die vorkommende Fälle auch das römi-
 sche Recht zur Hand genommen wird, u. s. w.
 Könnten den Gedanken erwecken, ob es nicht
 lächerlich oder wenigstens überflüssig seye,
 den practischen Gebrauch eines Rechts bey
 solchen Gerichten zu vertheidigen, wo täg-
 lich die Rede davon ist, und so gar Neben-
 personen, welche die Rechte niemalen erlernt
 haben, als Bedellen, Bediente zc. sich in
 dahin einschlagenden Sachen, in römischer
 Sprache ausdrücken. Allein, wenn man
 einsehen lernt, wie fein, vorsichtig, und un-
 ter wie vielen Einschränkungen ein Tho-
 massius und andere von dem geringen Ge-
 brauch der römischen Gesetze sprechen, und
 wie überhaupt die angenommene Grundsa-
 ze des Thomassius noch nicht gründlich ge-
 nug widerlegt worden sind; b) so werden
 sich eines Theils Schwübrigkeiten hervor-
 thun, an welche man vorher nicht gedacht
 hat,

Dann
 Zahl-
 und
 nster
 nach
 auch
 hts,
 pro-
 Ge-
 Kais-
 tio-
 auch
 . 4.
 Ab-

 er

 er
 ze
 ts
 e-



hat, andern Theils aber ich Entschuldigung verdienen, wenn ich den Sätzen des Thomasius, dessen ausgebreitetes genie sich in allen seinen Werken kennbar macht, nicht hinlänglich geantwortet habe.

a) KOPP hist. j. p. 242. wo er besonders die Cammergerichts-Ordnung von 1507. anführt.

b) Jenichen in den supplementen zur Lipen. bibl. fällt bey Ausführung der Diss. des Thomasius *an frequens an exiguus usus sit LL. rom. imper.* S. 229. 230. dieses Urtheil: „*praeclare atque erudite argumentum hoc pertractavit Thomasius. Rationibus ejus bene sapienterque subductis ad hunc usque diem satisfecit nemo. Adeo certae firmae atque invictae illae sunt,* und bey der Diss. des de Sahme de insigni usu practico LL. Rom. in foris germaniae S. 229.

„*disputat auctor contra Thomasius, ita tamen, ut minime diluat atque evertat gravissima sapientissimaque argumenta, quibus exiguum aut potius nullum esse juris rom. in judiciis nostris usum docuit vir etiam post fata magnus & nunquam sine singulari nominandus elogio.* „

§. 14.

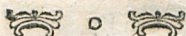
Die Bedingungen aber, unter welchen Thomasius den exiguum usum LL. j. Just. fest-

festsetzt, sind hauptsächlich diese: 1.) redet er von positiven römischen Gesetzen im engern Verstand, in so fern sie die Richter verbinden, darnach zu urtheilen und überhaupt alle, die unter dem Gesetzgeber stehen, ihre Handlungen darnach einzurichten. Es fällt also alles hinweg, was zum doctrinal-Gebrauch gehört, als defensionen, divisionen, axiomata &c., alles was Juris naturae und gentium ist a), ferner die Entscheidungen einzelner Fälle, welche von den Rechtsgelehrten in den Pandecten vorge- tragen werden b); die Regeln der Ausle- gungs-Kunst &c. 2.) Ist die Frage allein von dem wahren Gebrauch des justinianeis- chen Rechts, in so fern es in subsidium an- genommen ist, und nicht von einer falschen und unrechtmäßigen Anwendung desselben in Fällen, da der Gebrauch davon abge- schafft und durch einheimische Gesetze ver- drungen worden. 3.) Wird ein Gebrauch des römischen Rechts überhaupt nicht ge- leugnet, sondern nur für seltener erklärt. 4.) Ist die Rede von dem practischen und nicht dem theoretischen Gebrauch des römi- schen Rechts, wenn man z. E. aus den rö- mischen Alterthümern und der Geschichte des römischen Volks den Ursprung, Fort- gang und Veränderungen eines Rechts er- läutert,



läutert, wie es Justinian bey verschiede-
nen Materien in den institutionen selbst ge-
than hat, Vergleichenungen unter Gesetzen
verschiedener Völker anstellt 2c. 5.) Wird
nur von einem practischen Gebrauch dessel-
ben in Gerichten und besonders in Ansehung
der Urtheile, welche in rem judicatam er-
wachsen sind c), und nicht von einer An-
wendung und Anführung der Gesetze von
Pragmatikern, oder einem willkührlichen,
überflüssigen Gebrauch in außsergerichtlichen
Geschäften und in comitiven gehandelt.
6.) Wird von einem Gebrauch in Gerich-
ten, und nicht in einem oder dem andern
Gericht gesprochen d).

a) „ Quodsi vero doctrina juris romani in
talibus cum recta ratione conveniat,
uti sane doctrinae Jctorum romanorum,
ex quorum scriptis pandectae sunt compo-
sitaе, in multis conveniunt, id quidem
pro usu LL. romanarum non magis ha-
beri debet, quam si quis ex Cicerone,
Seneca, vel aliquo ex graecis philoso-
phis similia allegaret, quae assensum ho-
minum sanae mentis non ob auctoritatem
docentium, sed ob evidentiam rationis
merentur, & quae etiam sic docturi esse-
mus, etsi de illo assensu parum v. nihil
sciremus. „ THOMAS. *de rite form. statu*
controv. Ec. §. 6. b)



- b) „Ipsae decisiones casuum frequenter ob-
venientium à Jctis in ff propositae non
sunt leges, sed vel interpretationes do-
ctrinae per casus frequenter occurrentes,
v. responsa casus ipsis propositos definien-
tia „ §. 9. in dem 10ten Spho sucht Tho-
masius dem Zweifel, daß diese decisionen
deswegen als Geseze anzusehen seyen, weil ih-
nen Justinian durch die promulgation die
Krafft der Verbindlichkeit gegeben habe, zu be-
gegnen.
- c) „Usus practicus consistit in applicatione
juris Justiniani qua talis, ad negotia ho-
dierna civium Germaniae per sententias
judicum, quae vim rei judicatae obti-
nuerunt — Nam quae (sententia) in
instantia leutationis v. appellationis
est correcta, ejus nullus est usus practi-
cus,, §. 20.
- d) „Hic de paucitate aut pluralitate judi-
ciorum sum sollicitus — unum forum
non obstrictum est, ut secundum obser-
vantiam alterius fori (etiam sub uno prin-
cipe) pronunciet,, §. 25.

§. 15.

Dieses sind die vornehmste Einschränkungen, welche Thomasius voraussetzt, wenn er den seltenen Gebrauch der römischen Geseze behauptet.

Und



Und igt wird man schon etwas gelinder von ihm urtheilen, wenn er sich einiger Ausdrücke bedient a), welche ein zu sehr römisches Ohr ganz betäubt haben würden.

a) „Prior modus (scil. defensionem doctrinae de exiguo j. Just. usu in foris Germ. à posteriori suscipiendi) est palpabilior, & magis incurrit in sensus, & prodest ad computandum, an vix decima v. vicefima, aut plane etiam vix quinquagesima (vel centesima §. 19.) pars j. Just. in usu sit,, §. 3. „Nobis nequaquam contradicunt, qui ad aliquem saltem usum j. Just. provocant, etiamsi per integrum seculum vix unum aut alterum ejus exemplum producere possint,, §. 19.

§. 16.

Da auf diese Hypothesen des Thomafius auch die Systeme der andern zum Theil oben angeführten Rechtsgelehrten, welche zu sehr zum Nachtheil der römischen Rechte geschrieben haben, größtentheils gebauet sind, so halte ich es für unnöthig, aus den übrigen einzelnen Schriften auch die Gründe vorzutragen, indem ich, wenn ich wider den Thomafius rede, zugleich auch wider die andere das Wort führe.

Nur dieses einige will ich noch hier be-
rühren. Wer

Wer sich in einem römischen Gesetz gründet, dem solle die Verbindlichkeit obliegen, zu beweisen, daß dasselbe angenommen seye, weil das römische Recht in sehr vielen Fällen nicht angenommen worden, die Ausnahme aber als eine res facti nothwendig erwiesen werden müsse. Dieses wird besonders von Restnern a) behauptet. Wie unbillig dieser Vorwurf seye, hat Gerlach b) hinlänglich gezeigt; und erfordern vielmehr die alte teutsche Gesetze, welche nur als Gewohnheiten beybehalten sind, einen Beweis, den Niemand zu führen verbunden ist, der sich in einem eingeführten, geschriebenen, und in complexu angenommenen Recht gründet c). Hernach berufen sich einige auf die Mainzer = reformation und ihre declaration d), nach welcher „alle doctores der Rechte an keinem Gericht, bey keinen Rechten, auch in keines Fürsten oder anderen Råthen mehr gelitten, sondern ganz abgethan werden, auch fürbaß hin vor Gericht oder Recht nicht weiter reden, schreiben, oder Rath geben — auch alle Kaiserliche weltliche Rechte, so bisher im heil. römischen Reich teutscher Nation gebraucht und davor gehalten sind, alle todts und abseyn sollen, e). Es ist aber genug, daß sie einen gegründeten Verdacht, untergeschoben

C

zu



zu seyn, wider sich hat, welches selbst diejenige eingestehen müssen, die von Herzen wünschen, daß diese Verordnung die Kraft eines öffentlichen Gesetzes erhalten hätte.

Daß es hingegen überhaupt um die Handhabung der Gerechtigkeit nicht besser ausgesehen, ehe die fremde Rechte eingeführt worden, daß kurze Gesetzbücher nicht immer den Vorzug vor weiltäufigern verdienen, daß die teutsche Gesetze zu viel auf des Richters Gutdünken ankommen lassen, und daß auf dem Reichstag zu Worms 1494. der Kaiser und die Stände den Schluß gefaßt haben, das römische Gesetzbuch seiner Vollständigkeit halber im teutschen Reich zu Hülff zu nehmen, damit die Besizer des Cammergerichts nicht ihrem Dünkel und Einfällen folgen mögen, davon s. Herrn Sazley-Director Strubens Nebenstunden f).

- a) In seiner *diff. de defectibus j. communis in rep. Germ. probl. 4. §. 9.*
- b) *de majestate ac dignitate LL. Rom. §. 6. bis 10. s. auch (Günther, Albert) RENZ de mixtura j. rom. & germ. in mater. patriae potestatis, &, quae inde dependent, conspicua, Tub. 1735. thef. 5.*
- c) *Strubens Nebenst. 5ter Th. 22. Abh. §. 5.*
und

und 17. f. auch Pütters Rechtsfälle p. 99.
nr. 36. bis 40. p. 125. n. 9. p. 157. n. 5. 6.

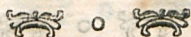
d) GRIEBNER de praejudic. princ. ex ab-
usu j. Just. §. 3. Müllers Reichstags-
Theatr. p. 58.

e) Art. 5. und 7.

f) 4ten Th. 31. Abh. §. 4.

§. 17.

Was den doctrinal- und theoretischen
Gebrauch des römischen Rechts betrifft, so
hat Thomastius ganz recht, wenn er den-
selben bey Erörterung der Frage, was es
für eine Verhältniß mit dem usu practico
habe, ausschließt. Hingegen, was den
Punkt mit den Sätzen des Juris naturae,
welche er auch ausgeschlossen haben will, an-
belangt, so denkt man in Festsetzung dersel-
ben so verschieden, daß der eine, eine und
eben dieselbe Sache, oder Gesetz, in dem cor-
pore juris für natürlich, der andere für po-
sitiv und römisch halten kann. Wenn also
Thomastius zuweilen Gesetze für natürlich
erklärt, wird deswegen die ganze Welt sie
für natürlich halten? Zudem haben die teut-
sche Richter bey dem Gebrauch des römischen
Rechts ihre Entscheidungen aus demselben
genommen, nicht, weil die Gesetze den na-
türlichen Rechten gemäß waren, sondern
weil



weil sie selbige in dem corpore juris antra-
fen. a)

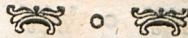
a) Strubens Nebenst. 5ter Th. S. 11.

S. 18.

Die Entscheidungen einzelner Fälle, welche von den Rechtsgelehrten in den Pandecten vorgetragen werden, schließt Thomasius aus, weil sie sich nur nach denen ihnen vorgelegten Fragen in einzelnen und individuellen Fällen gerichtet, und Anwendungen der Gesetze, auf Handlungen und Sachen, selbst keine Gesetze seyen. Ein Rechtsgelehrter habe die Macht nicht, den andern zu Annehmung seiner Meynung zu verbinden, mithin könne man von der Entscheidung eines Ulpians oder Papinians abweichen, wenn man aus Gründen zeige, daß sie gefehlt haben. Die promulgation des Justinians habe keine andere Wirkung, als daß diese privat-Entscheidungen höchstens als Entscheidungen der Kaiser selbst angesehen werden müssen. Dieses mache aber auch noch kein Gesetz, indem eine res judicata, sie rühre hernach her, wo sie wolle, nur eine Anwendung eines Gesetzes auf einen gegebenen Fall seye. Ich halte davor, daß, wenn ein Paulus u. s. w. sich offenbar widerspricht, oder eine Ursache seiner

ner Entscheidung angibt, aus welcher diese ohnmöglich entspringen konnte, man nicht verbunden seye, den Irrthum eines andern zu seinem eigenen zu machen, und eben so fehlerhaft zu entscheiden; und, wenn zween Rechtsgelehrte in den Pandecten zweyerley Meinungen haben, die schwächere Gründe den stärkern weichen müssen. Was hätten aber diese res judicatae aller Uxpiane durch die Verkündigung des Justinians gewonnen? Nichts. Es ist wahr, so lang der Kaiser seinen Nahmen zu diesen privat-Entscheidungen nicht hergab, machten sie nur jus inter partes. Nach dieser Veränderung aber ist seinen untergeordneten Richtern die Verbindlichkeit aufgelegt worden, in ähnlichen Fällen darnach zu urtheilen, und sie wie Gesetze selbst anzusehen. Ferner ist wahr, daß diese Entscheidungen sich genau nach dem besonderen vorgelegten Fall richten, welcher einem andern Fall selten oder gar nie gleich ist, der geringste Umstand aber der ganzen Sache eine andere Gestalt geben kann.

Allein, ist deswegen der ganze Gebrauch und Anwendung davon ausgeschlossen? wenn ein anderer gegebener Fall, diesem in den Pandecten vorgelegten Fall, nicht ganz gleich ist, so muß mit Einsicht, und freylich



nicht mit legulejſcher Schlaverey und Uberglauben, nur dasjenige dritte herausgenommen und benützt werden, in welchem beede Fälle miteinander übereinstimmen; das übrige wird alles weggelassen. Und, fließen denn alle diese res judicatae der Rechtsgelehrten in den Pandecten aus den übrigen Gesetzen in dem corpore juris her? Nein. Oft ist eine solche Entscheidung die Geburt eines, von dem Rechtsgelehrten selbst, aufgestellten Satzes, und dieser Satz ist hernach durch den Kayser als gesetzmäßig erklärt worden.

S. 19.

Die Anwendung der römischen Gesetze solle Regelmäßig gemacht, und den einheimischen Rechten, wo diese den Vorzug haben, nachgesetzt werden. Diese Einschränkung macht Thomasius mit recht. Denn, um von der Gerechtigkeit dieser Forderung überzeugt zu werden, darf man nur die Schriften derjenigen Advocaten durchgehen, denen es einerley Beschäftigung ist, eine Sache zu vertheidigen, oder wider dieselbe vor den Gerichten zu streiten, römische oder Teutsche Gesetze anzuführen, wie es die Umstände erfordern, das teutsche Meyerrecht und Meyerordnungen aus dem römi-

römischen Erben = Zinnß = Recht , und dem
 Tit. ff. si ager vectigalis &c. zu erklären,
 oder nicht. Dieses gehört allerdings unter
 die Mißbräuche und Irrthümer. a) Daß
 aber auch Mißbräuche und Irrthümer
 schon oft eine Gewohnheit , observanz,
 ja selbst Gesetze , und eine Richtschnur , in
 Gerichten so und so zu sprechen , gewürkt
 haben , ist auch keinem Zweifel unterwor-
 fen. Wir haben Beyspiele genug , daß ein
 einiger Rechtsgelehrter im Stand ware,
 durch seine Meynung dem Gesetz eine offen-
 bahr falsche Wendung zu geben , und die-
 selbe in foro gültig zu machen , und man
 weicht nicht davon ab , wenn auch alle ein-
 zele Glieder eines Schöppen = Stuhls bey
 ihrem Gewissen überzeugt sind , daß ein Irr-
 thum ursprünglich Anlaß dazu gegeben ha-
 be. Es ist nicht die Frage davon , ob es
 recht seye , und ob nicht diese Umstände ver-
 bessert werden sollten , so wie Thomafius
 auch nicht davon redet , ob es zu wünschen
 wäre , daß das römische Recht in größerem
 Ansehen stünde , und die Reliquien der teut-
 schen Rechte ganz ausgerottet würden ; son-
 dern wie die wirkliche Verhältniß der römi-
 schen und teutschen Rechte untereinander
 seye.



- a) Siehe auch hievon Herrn Ober-^o appellations-Rath Lenneps Vorrede zu seiner Abhandlung von der Leyhe zu Landsiedelrecht. v. Selchow jurist. Bibl. 3. Band 4tes St. p. 613.

S. 20.

Daß Thomafius einen Gebrauch des röm. Rechts in mehrern Gerichten, und nicht nur in einem oder dem andern, festgesetzt haben will, ist, weil er den geringen Gebrauch desselben in ganz Teutschland behauptet, nothwendig. Ich rede zwar hier nur von zwey Gerichten, dem Reichs-Hofrath und dem Cammergericht. Allein, wer den Einfluß dieser zwey höchsten Reichsgerichte auf die Gerichte einzelner teutschen Reichsländer, wer die Nothwendigkeit, sich nach denen daselbst üblichen Grundsätzen in denjenigen Gerichten, wovon die Appellationen, mehr oder weniger eingeschränkt, an dieselbe fortlaufen, zu richten, um eher confirmatorias als reformatorias zu erhalten, wer endlich das Gewicht kennt, welches die Urtheile und Conclusa der Reichsgerichte bey Abfassung der Urtheile auch in Ländern, wo privilegia de non appellando statt haben, behaupten, dem wird es hinlänglich genug seyn, den practischen Gebrauch des röm. Rechts



Rechts bey diesen zwey höchsten Reichs-Gerichten bestätigt zu sehen.

IV. Abschnitt.

In welchem der practische Gebrauch des Röm. R. durch præjudicia von dem Cammergericht und Reichs-Hofrath bestätigt wird.

S. 21.

Dieses ist es, was ich kürzlich gegen jene Bedingungen anführen wollte. Nunmehr will ich den practischen Gebrauch der römischen Geseze bey dem Reichs-Hofrath und Cammergericht durch Beyspiele erläutern, und zwar meistens solche berühren, wie sie Thomasius selbst verlangt, so gesucht zum Theil seine Einschränkungen sind, ohne in ganzen Jahrhunderten nur zween bis drey Fälle mühsam vorzufinden, aber auch ohne dafür zu halten, daß die Urtheile der höchsten Reichsgerichte als Geseze anzusehen, und auf andere Personen und Sachen ohne Unterschied anzuwenden seyen. a)

a) v. Senkenberg vorläufige Einleitung zu der ganzen in Deutschland üblichen Rechtsgelehrsamkeit 1764. Cap. 7. S. 5.



S. 22.

Von dem *L. un. C. quando imperator inter pup.*

L. un. C. quando imperator inter pup. vel vid., von welchem Gottfr. Barth eine diss. geschrieben, **Thomasius** aber auch in einer besondern diss. diesem Gesetz eine aequitatem cerebrinam und exiguum usum practicum andichtet, behauptet seinen practischen Gebrauch bey den höchsten Reichs-gerichten Krafft dessen erhalten personae miserabile den Vorzug, daß sie sich gleich an die höchste Reichsgerichte wenden können, a) ohn daß eine exceptio Austraegarum wider sie statt findet, auch mandata CC. in Sachen ertheilt werden, welche sich zu einem mandato S. C. nicht qualificiren z. E. bey den spolio simplici. In causa Paschin contra Anhalt-Schaumburg wurde per Sentent. von 23. Febr. 1747. das cameral forum, wider die, von dem Herrn Fürsten zu Schaumburg gemachte exceptionem Austraegarum, aus diesem Gesetz bestätigt. So wurde auch in causa Nettelbladt contra Mecklenburg, in causa Hezlerin und conf. contra Herrn Fürsten zu Waldeck u. s. w. verfahren. b)

a) Von Schelwiz de causis minutis secundum praxin camerae imperialis (Senec

1766.



1766. S. 7. 8. v. Selchow. jurist. Bibl.
2ter Band 3tes St. S. 672. Pütter epit.
proc. imp. S. 123.

b) Von Cramer Nebenst. 2ter Th. S. 184.

S. 23.

Von dem *Juramento Zenoniano*.

Das Juramentum Zenonianum, welches in dem *L. 9. C. unde vi* gegründet ist, wird einem öftters von den Reichsgerichten auferlegt. Ich will nur zwey Beispiele von dem Reichs-Hofrath anführen.

in causa von Kuhn contra Sturmfeder commissionis; impetranten ist auferlegt worden, nach vorher gegangener Untersuchung und zu Ende gebrachtem p^{cto} liquidationis der Sache mittelst Abschwörung des juramenti Zenoniani, welches impetrant, coram commissione caesarea, persönlich abzuschwören hätte, abzuhelpfen a)

Von der Lübe contra Mecklenburg-Schwerin puncto debiti; Kaiserl. commission habe den von der Lübe zu Abschwörung des erkannten juramenti suppletorii und Zenoniani zuzulassen, und zu dem Ende einen gewie-



gewiesen termin auf vorbergehende
des Herrn Herzogs von Mecklen-
burg ad citation anzuberaumen b)

Da die Ende die rechtliche Kraft von End-
Urtheilen haben, so ist der Bedingung des
Thomasius, der nur End-Urtheile ver-
langt, ein Genüge geschehen.

a) Herr Stats-Rath v. Moser Reichs-Hofrath
conclusa Tom. 8. concl. 47.

b) Tom. 6. concl. 553.

S. 24.

Von dem *Edicto Praetoris in Tit. ff.*
de nautis.

Die vor dem Cammergericht in zwey-
ter instanz verhandelte Sache Marx Kug-
ler contra Georg Valentin Greule, eine
aus der Landkutsche gestohlene Summe Gel-
des betreffend, ist bloß aus römischen Quel-
len entschieden, und besonders dabey der
L. 1. §. 8. a) und L. 3. §. 1. (b) ff. *nautae,*
caupones &c. zum Grund gelegt worden.

Es wurde hier wider den Wirth als
Beklagten, bey dem die Landkutsche einge-
fehret, gesprochen, und er zu Erstattung
der gestohlenen Summe angehalten, weil
keine vis major, welche nach dem Gesez ei-
nen

nen Wirth von der Genugthuung befreht,
 vorhanden war, und es denselben nichts
 hilfft, wenn er schon erweisen wollte, daß
 er keine Schuld bey der Sache habe. Der
 Beklagte schützte hauptsächlich vor, daß in
 Schwaben, und wo der Diebstahl begangen
 worden, das römische Recht durch eine Ge-
 wohnheit und Observanz, Krafft deren ein
 Wirth de recepto nicht gehalten seye, wenn
 ihme nicht angezeigt worden, daß man Geld
 und andere Kostbarkeiten bey sich führe, und
 man auch von ihm keinen Wächter zur
 Wache begehrt habe, aufgehoben seye. Da
 aber die beygebrachte attestata nicht von ei-
 ner ordentlichen Einkehr einer Landkutsche,
 sondern nur von andern reisenden Erwäh-
 nung thaten, auch von dem Ort selbst, wo
 der Diebstahl geschehen, keine consuetudo
 besonders bescheinigt werden konnte, die
 consuetudines locales aber auf den Ort, wo
 sie statt haben, einzuschränken sind, so muß-
 te nach dem römischen Recht, und zwar
 nach diesem edicto Praetoris gesprochen wer-
 den, und hat dieses edict, wie solches auch
 Leyser wider den Thomasius beweist,
 bey allen dahin einschlagenden Fällen we-
 nigstens ad simplum statt, wo keine entge-
 gengesetzte statutarische Verordnung vorhan-
 den ist. c)

a) „Re-



- a) „recepit autem saluum fore, utrum si in navem res missae ei adsignatae sunt, an & si non sint adsignatae, hoc tamen ipso, quod in navem missae sunt, receptae videntur? Et puto, omnium eum recipere custodiam, quae in navem illatae sunt, & factum non solum nautarum praestare debere, sed & vectorum.,,
- b) „—— at hoc edicto omnimodo qui recepit, tenetur, etiam si sine culpa ejus res periit, vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingat. Inde Labeo scribit, si quid naufragio, aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum, exceptionem ei dari. Idem erit dicendum & si in stabulo vel caupona vis major contigerit.,,
- c) Von Cramers Nebenst. 73ter Th. 2te Abh.

§. 25.

De servo corrupto.

Auch römische Materien, welche nicht das Anscheinen haben, als wenn sie in den deutschen Gerichten angewandt würden, finden bey den Reichsgerichten ihren Gebrauch. Diese Beschaffenheit hat es mit der action *de servo corrupto*. Ob servum corruptum kan civiliter und criminaliter verfabren werden. Lezteres äusserte sich in

der causa Jud Seeligmann Schwab und
 conf. contra die Stadt Frankfurt. a) Die-
 ser Jud verführte Handels-Lehrjungen zu
 Beruntreuung der Handelswaaren. Die
 Obrigkeit wurde pro arresto angegangen,
 nicht um Ersezung des Schadens willen,
 sondern daß der Jud für sein Verbrechen ab-
 gestrafft werde. Der Jud behauptete, die
 Klage seye de servo corrupto und also mere
 civilis, der Magistrat zu Frankfurt aber
 hielt dafür, daß auch criminaliter daraus
 gehandelt werden könne. Der Jud wollte
 bey der Untersuchung der Sache auf die an
 ihn gemachte interrogatoria nicht antworten;
 das Cammergericht billigte aber die Mey-
 nung des Magistrats, und erkannte, nebst
 verweisung der Hauptsache an ihr geböri-
 ges Ort, daß der Jud Schwab auf die
 vorgelegte Fragstücke vor dem officio exa-
 minatorio, ohne weitere sträfliche widersez-
 lichkeit, sich geziemend vernehmen lassen
 solle.

a) Von Tramers Nebenst. 88ster Theil, letzte
 Abhandlung.

§. 26.

Von *quasi popular actionen*, und *L.
 hac edictali* und *4. C. de praescript. longi
 temp.*

Eben so verhält es sich mit den *quasi po-
 popular-*



pular actionen. Daß aber auch diese noch statt haben, ist die, in der, vor der Cammer verhandelnden Lebend-Sache, zwischen Wimpfen und dem Dom-Capitel zu Worms, von den Wimpfer Burgern angestellte actio negatoria ein Beweis. a) Die häufige Anwendung des L. hac edictali ist bekandt; und wurde derselbe so gar von dem Cammergericht in der Pfaffenrathischen causa b) bey der Reichsstadt Cölln, wo sonst communio bonorum eingeführt ist, gebraucht, auch in Cölln selbst in den Jahren 1732. und 1747. nach diesem Gesetz gesprochen. In causa der Gemeinde Lichtenau contra die Gemeinden Scherzbach, Zelmlingen und Nückenschopf puncto eines Heimbürger Gedings wurde von dem Reichs-Cammergericht der appellantischen Gemeinde Lichtenau die producierung eines tituli aufgelegt, ob sie schon possessionem immemoriam vor sich hatte, und waren sämtliche Entscheidungs-Gründe aus dem römischen Recht, besonders aber dem L. 4. C. de praescript. longi temp. c) und L. II. C. de acq. v. ret. possess. genommen, und auf diese Art die Sentenz erster instanz confirmirt. d)

a) Von Cram. Nebenst. 94ster Th. Abh. I. 2.

b) 81ster Th. Abh. 2.

c) „diu-

- c) „ diutina possessio tantum jure successio-
nis sine justo titulo obtenta , prodesse ad
praescriptionem hac sola ratione non po-
test. „
- d) 7ter Th. Abh. 3,

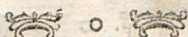
S. 50.

Von der *exhæredatione b. m.*

Ein Vater kann seinen Sohn, wenn er mit Schulden überladen ist, bona mente exhærediren, sowohl nach der Theorie der römischen Rechte, als nach der practischen Anwendung derselben in Deutschland. Diejenige, welche die Sache mit praejudiciis erläutert haben, sind bey H. Freyherrn von Cramer im 88ten Theil, 8ter Abh. angeführt, wo er mit einer Cameral-Sentenz in causa Schwabin contra Jud Elckam und Beer Oppenheimer bestätigt, daß nach dieser römischen Verordnung a) auch die Enterbung eines Juden, wider die impugnation des väterlichen Testaments, vor gültig, und der Grund, als ob odium mutatae religionis, da des Sohns Frau vom Judenthum zum Christenthum übergegangen, dem Vater zur exhæredatione b. m. Anlaß gegeben hätte, für unkräftig erkannt worden, da es erstens nicht erwiesen war, daß diese disposition in odium erga personam conversam errichtet worden;

D

zwey-



zweytens der Vater nicht verbunden war, in favorem der Frau zu testiren; und ein, in odium einer Person, die kein jus quæsitum hat, errichtetes Testament, nicht ungültig seyn kann, indem die Frau keine Erbin des Vaters, sondern nur ratione illatorum eine creditrix des Sohns ware, und drittens der Satz, daß conversi als miserabiles personae anzusehen seyen, in den Rechten nicht gegründet ist.

a) L. 16. §. 2. ff. de curatoribus furios. L. 18. de lib. & posth.

§. 28.

Von fideicommiss- und privations-Sachen in Ansehung der legatæ.

In causa Pausch, Erben contra Sivergerin. Erben app. wurde den appellanten, welche in einem Testament als legatarii eingesetzt waren, aber kraft desselben vielmehr haeres des fideicommissarii seyn wollten, die angemaste fideicommissarische Erbschaft abgesprochen, weil ein fideicommiss voraus setzt, ut haeredi injungatur, ut alteri haereditatem eveniente casu restituat §. 2. J. de fideic. haered., in dem Testament aber weder expresse noch implicite davon die Rede war. Weil aber auch im Testament gesetzt war, daß derjenige seines legitimen Antheils verlustigt seyn sollte, welcher die universal-Erbin erbstreitl.

an-

anfechten würde, so wurde doch arg. L. 24. ff. de his quae ut indignis auf. die privation des legats nicht erkannt, weil nicht sowohl der Wille der testatrix impugniert, als vielmehr de jure disputirt worden. Und so wurde nach ganz römischen Fuß respective con- und reformatorie gesprochen. a)

a) Von Cram. Nebenst. Th. 37. Abh. 6.

S. 29.

Von dem *jure alluvionis*.

Nach dem römischen Recht gehört der Anwachs oder Anwurf demjenigen Eigenthums-Herrn, dessen Gut durch denselben vergrößert oder vermehrt worden ist. Viele heutige Rechtsgelehrte sprechen in diesem Fall dem römischen Recht den Gebrauch ab, und rechnen die alluvion zu den regalien, wie schon Nylér ab Ehrenbach, Grönewegen und andere gleiche Meynung behauptet haben. Daß aber, wenn nicht die Ufer mit besondern Zeichen, Gränzen, Dämmen, u. s. w. befestigt und abge sondert, und also dem Eigenthum der privatorum Schrancken gesetzt worden, oder ein ausdrückliches Gesetz, oder satzsam erwiesenes, richtiges Herkommen den Anwurf dem fisco einzelner territorien zueignen, die Anwachs-Gerechtigkeit aus den römischen Gesetzen zu erläutern seye, bestätigt folgende Cameral-Sentenz vom 9ten May 1749.

D 2

„in



„ in Sachen Meisterin und Conventualinnen des Gotteshauses zu Altenberg, Klägerinnen eines wider Burgermeister und Rath der Stadt Wezlar, Beklagte andern theils — ist — zu recht erkannt, daß klagendem Gotteshaus zu Altenberg der dessen Wiesen in dem district quæst. von dem Lahnfluß zugespülte Anfluß und Anwachs eigenthumlich zu adjudiciren seye; dahero beklagter Stadt nicht geziemet noch gebühret, das darauf abgemahete Gras weg- und zu sich zu nehmen, sodann ernannten Bezirk mit Steinen und Pfählen abzusondern, sondern — sothanes Gras an Klägerinnen — zu restituiren, sowohl als auch selbige inskünfftige an der eigenthumlichen Benutzung berührten Anwachs und Anflusses ruhig und ungestört zu belassen — schuldig, und dahin zu condemniren und zu verdammen seye —

Da sich die Stadt Wezlar, als Landesherr des districts, woran sich der Anwachs ansetzte, denselben jure territoriali zueignen wollte. In einem ähnlichen Streit zwischen dem Fürstlichen Hauß Anhalt Bernburg und dem von Müllendorf, wurde von
der

der Universität Wittenberg nach eben diesen Grundsätzen gesprochen, und in Herzog Georg Wilhelms resolution der Hohischen Landschafft von 1797. wurde auch dem römischen Recht der Vorzug gegeben. a)

a) Von Cram. Nebenst. Th. 9. Abh. 6.

S. 30.

Vom *L. diffamari* und *si contendat*

Den häufigen Gebrauch der provocatio-Klagen ex *L. diffamari* und *si contendat* in den teutschen Gerichten gesteht Thomasius selbst ein, wendet aber ein, daß diese Gesetze und die wirkliche Anwendung davon sehr unterschieden seyen, und der daraus entstehende provocations-proceß gegen den eigentlichen Sinn derselben angeordnet werde. Daß die Absicht dieser zwey Gesetze zu weit ausgedehnet worden seye, a) kann nicht geläugnet werden, und solche Fälle, in welchen ihre Anwendung falsch oder gezwungen ist, rechne ich auch nicht zu einem praktischen Gebrauch. Dieser fällt aber durch den Mißbrauch nicht hinweg, und es gibt Beispiele genug, besonders von der diffamations-Klage ob statum, daß nach dem wahren Verstand der Gesetze gesprochen worden ist, deren Anführung überflüssig seyn würde.



de. Daß aber die natürliche Vernunft und Billigkeit den L. diffamari schon angerathen haben würde, ohne ihn aus dem corpore juris zu entlehnen, gehört zu demjenigen, was ich schon oben S. 17. angeführt habe. Ein Gesetzgeber würde von einem unbilligen, und nicht in dem Recht der Natur, wenigstens einigermaßen gegründeten Gesetz, schlechte Ehre haben, und nur solche müßten nach dem Sinn des Thomafius positive Gesetze genannt werden, da die Gründe, ob dieses oder jenes, natürlichen Rechts seye, oder praeter jus naturae, zu sehr unbestimmt und unentschieden sind, als daß nicht die Sache am Ende auf logomachien und petitiones principiorum hinaus laufen sollte.

a) Den Satz, daß der provocatorische Proceß von den römischen Gesetzen mit Stillschweigen übergangen werde, und derselbe den alten Rechtsgelehrten gänzlich unbekannt gewesen seye; hat Herr Hofr. Meister in einer besondern diss. de falsa probatione processus provocatorii ex jure rom. aufgestellt S. seine Opusc. p. 76.

S. 31.

Von der *caution in novi operis nunciatione.*

In Sachen Burgermeister und Rath der Stadt Osnabrück wider das Fürstliche Ge-

Geheimde Rathschafft Collegium, Dom-Capitul und Ritterschafft daselbst app. 2dae kam es darauf an, ob die, von dem Dom-Capitul wegen Aufbauung eines Kerckers nebst einem Zuchthaus, geleistete caution für hinlänglich gehalten werden sollte; und wird zugleich bey Hr. von Cramer a) die Frage erörtert, ob die Verfügung des civil-Rechts wegen offerirter caution in novi operis nunciacione nur Bürger und Bauern, oder auch grose Herren angehe. Die Gesetze, aus welchen die Hauptentscheidung genommen wurde, waren L. 8. §. 4. L. 20. §. 3. ff. de op. nov. munc und L. un. ejusd. tit. welche auch auf diesen Fall angewandt worden; da grose Herren (§. 5.) besonders intuitu ihrer Unterthanen, dieses beneficium juris civilis um so ehender zu statten kommen muß, als derselben jura, welche a subditis per contradictionem enervirt werden wollen, weit aestimabiliora juribus privatorum sind, und es selbigen schmerzlich fallen müste, daß, diese jura per appellationes & immortales lites hemmen zu lassen, denen privatis & quidem subditis, gestattet, Bauern und Bürgern aber unter sich erlaubt seyn solle, ihre gerechtfame media cautione fortzusetzen, da das factum selbst an dem angeführten Ort nachgelesen werden kann, so wird es genug seyn, wenn ich hier nur anzeige, daß aus



diesen Gründen die von Seiten des Churfürsten von Cöln, als Bischöffen und Fürsten zu Osnabrück, und des Dom-Capituls geleistete caution in der Sentenz vom 18. Merz 1754. vor zulänglich angenommen, und die wirkliche Erbauung des Kerckers und Einrichtung des Zuchthauses zugelassen worden seye. *Überhaupt von der op. novi nunciacione und interdicto quod vi aut clam s. die causam Ebeling wider Freiesleben b)*

a) Nebenst, Th. 36. Abb. 7.

b) Th. 27. Abb. 2.

S. 32.

Von dem L. 7. C. unde vi.

In causa I. P. R. ANten wider I. F. Z. und conf. ATen wurde nach dem L. 7. C. *unde vi*, welcher lex auch in der ord. cam. a. 1521. tit. *de litig. possess.* S. 2. wiederholt worden ist, gesprochen, und der Einwurf, daß dieses Gesetz nach dem Sinn dieser ordination nur in *causis fractae pacis publicae*, und nicht auch in *causis vis privatae* statt habe, für ungültig gehalten. Daß aber in jenem Fall, wo der L. 7. C. *unde vi* angewandt worden, *vis privata* von dem creditore gebraucht worden, *cum debitorem possessione privaret, non expectata iudicis sententia, ware ex ipso facto, ex confessione creditoris, und ex testimonio iudiciali*

ciali erwiesen. Eben so wurde auch bey dem Reichshofrath in causa von Quernheim contra von Stein nach eben diesem Gesetz gesprochen,

conclusum den 5ten Jun. 1739.

1.) fiant die von der klagenden von Quernheim, und Reichsritterschafft Mittelrheinishen Graffes in der Wetterau und zugehörigen Orten gebettene Mandata S. C. und zwar jenes sub poena 10., dieses aber 20. marcarum auri, & T. 2. M. annexa cit. fol.

2.) fiat etiam petita citatio ad videndum se incidisse in poenam L. si quis tantum 7. C. unde vi, nec non

3.) citatio ad videndum se incidisse in poenam privilegii caesareis infertam &c.

a) de Ludolf Symphor. conf. & decis. for. T. I, cons. 18. p. 431 — 440.

b.) v. Cramers observat. Tom. 4. obs. 1070. p. 160.

S. 33.

Von dem remed. L, ult. C. de edicto D. Hadr. toll. &c.

Von der Anwendung des L. fin. C. de edicto D. Hadr. toll. in Ansehung der legatariorum s. die Fürstenbergische Sache

a) und die causam Seiler contra Olden

D 5

b) Serz

b) ferner die causam *Niclas Michels ANten*, contra *Johann Heinrich Schwe-ling ATen*, wo das testamentum, ob defectum solennium, als vitio visibili infectum, gehalten worden. c) Von der Materie des juris offerendi, welches in L. I. und 5. C. *de his qui in prior. cred. locum succedunt*, gegründet ist, kann causa v. *Mörs* ea von Außen nachgesehen werden d); von dem remed. possessorio ex interdicto quorum bonorum s. causam v. *Lith* contra *Sau-ber*. e)

a) v. *Cramers* Nebenst. Th. 27. Abh. 1.

b) Th. 90. Abh. 3.

c) *Ludolf Symphor. conf. et decis. for. Tom. I. conf. 16. S. 415 — 420. s. auch conf. 19. p. 439.*

d) v. *Cram.* Nebenst. Th. 22. Abh. 7.

e) Th. 80. letzte Abh. von der immiff. in bona hereditaria aus eben diesem interdicto s. auch *Ludolf symph. II. fasc. IV. p. 34. in Sa-chen von Rolßhausen contra von Bur-scheid.*

§ 34.

Von der Auth. hoc nisi C. de solut.

Die *Nov. 4. c. 3. und Auth. hoc nisi debitor, de solut. & liberat.* wie auch der *R. I. no-viss. §. 127.* enthalten das beneficium dationis in solutum krafft dessen ein debitor, qui ob pecuniae inopiam, ex in-fortu-

fortunio ortam, satis facere nequit, attamen praedia possidet, quae iusto pretio vendere non potest,

zur datione in solutum zugelassen wird, so daß der creditor nach vorhergehender aestimation verbunden ist, speciem pro pecunia anzunehmen. Dieses beneficium hat aber seine gewisse rechtliche requisita, welche ein solcher debitor, parata pecunia destitutus, erweisen muß, wenn er dasselbe ergreifen will; er muß nehmlich die beste Güter vorschlagen, und dem creditori die Wahl lassen; die Güter müssen in einen billigen gerichtlichen Anschlag gebracht werden u. s. w. und wenn es an diesen requisitis fehlt, so wird man von den höchsten Reichsgerichten zu diesem beneficio nicht zugelassen. So geschah es bey dem R. Hofrath in causa Gaugreben Georg Friederich contra von Landsberg. 2c.

Lunae 9. Jul. 1742.

abs. rel. & conclusum wird 1.) das Begehren pro citatione ad videndum, se admitti ad beneficium authenticae *hoc nisi* &c. C. de solut wegen Mangel der erforderlichen requisitorum hiemit abgeschlagen 2.) &c. a)

ein gleiches ereignete sich bey dem Cammergericht in Sachen der verwittibten
von



von Neuhof zu Reuschenberg wider das
Closter zu Rosenthal, wo die debitorix die
Güter in Händen behalten, und nicht ge-
zeigt hat, daß der Werth der Güter die
Schulden übersteige, welches ganz noth-
wendig ist, und den Hauptunterscheid zwi-
schen der cession und der datione in solutum
ausmacht b)

a) v. Tram. obs. 1061. (Tom. 4. p. 160.)

b) — obs. 291. (Tom. 1. p. 644.)

§. 35.

Von der rest. I. I. ex claus. gen. Praet.

In Sachen von Ledebur und Ver-
degans wider Henrich Victor von Voss
zu Böckel ward bey dem Cammergericht
eine restitutio in integrum ex clausula gene-
rali Praetoris *si qua mihi iusta causa videbitur*
erkannt, welches in der, deswegen im Jul.
1770. ergangenen, Sentenz, ausgedruckt
worden „ ist die — gebettene restitution
contra desertoriam & remissoriam — be-
wandten sondern Umständen nach
hiemit erkannt —, und zwar ware in ge-
genwärtigem Fall diese iusta causa eine unver-
meidliche weite Entfernung des von Ledebur
und seines Vaters von denjenigen Leben-
Gütern, wovon die Rede war, und da-
her rührende ignoranz dessen, was in die-
ser Sache wegen auferlegter production der
acten vorgegangen war, a).

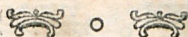
a) v.

a) v. Cram. Nebenst. Th. 104. Abh. 1.
S. 36.

Von der gerichtlichen *insinuation* einer
donation,

Nach dem römischen Recht muß eine jede donation, welche 500. solidos übersteigt, denen monumentis publicis insinuirt werden a); aber davon sind donationes imperiales, und quae ad causas piissimas procedunt, ausgenommen. In Sachen Freyherrn von Knebel. Vormundschaft contra Jacob Adolph von Koppenstein b) ware die Frage, ob ein Nachlaß der Zinsen, die 500. Solidos überschreiten, eine gerichtliche insinuation nöthig habe oder nicht? Und es wurde bey der Cammer den 2. Apr. 1762. affirmative gesprochen, da die bey donationibus imperatoriis statt findende limitation wohl auf regierende Fürsten und Stände des Reichs, aber nicht einmal auf appanagirte Fürsten, ausgedehnt werden könne; ferner die Ritterschafft keine receptam und vim legis habentem consuetudinem, nach welcher solche donationes auch ohne insinuation unter ihren Mitgliedern gültig wären, beygebracht habe, mithin, non existente v. probata exceptione, die allgemeine Regel statt habe; überhaupt aber die Ursachen, warum insinuationen eingeführt worden, darinnen befunden, daß inductio-

nes



nes und künftige Streitigkeiten verhütet, und der ordinarius iudex von dem ernstlichen Willen des donatoris überzeugt werde; welche Gründe bey einem von Adel so gut als bey andern privatis Platz greiffen.

a) L. 34. 36. und 37. C. de donat.

b) v. Tram. Nebenst. Th. 107. Abh. 7.

S. 37.

Von der actione creditoris adversus debitoris sui debitorem, von dem usu Tit. de litigiosis, und de liberis exhibendis.

In Sachen der Gebrüdere von Twiste contra Dieterich Adam von Meschede wurde von dem L. 2. C. *quando fiscus v. privatus debitoris sui debitores convenire possit vel debeat*, unmittelbarer Gebrauch gemacht, und enthält die in dieser causa den 9. Jul. 1755. publicirte cameral sentenz, diesen legem ganz klar in sich. a) Pro usu Tit. *de litigiosis* wurde bey dem Cammergericht in causa Escken contra Quad den 10. April 1750. gesprochen, obschon Leyser aus dem L. 4. S. 1. de *alienat. jud. mut. caus.* behaupten will, daß dieser Tit. durch das justinianeische Recht selbst entkräftet werde, und also kein Gebrauch davon zu machen seye. b) Ein merkwürdiges Beispiel von dem usu moderno Tit. ff. de *liberis exhibendis & du-cendis* auch in causis personarum illustrium ent-

enthält das R. Hofraths conclusum vom 22. Maj. 1743. in causa zu Wiedt-Runkel vermittelte Gräfin Sophia Florentina contra den Grafen Johann Ludwig Adolph zu Wiedt-Runkel. c)

a) v. Cram. Obs. Tom. 1. obsf. 8.

b) Tom. 1. obsf. 14.

c) Tom. 1. obsf. 190.

S. 38.

Von dem pacto *de quota litis*.

In Sachen Doctor Weißbach contra Gerhard a) kam die Frage vor, ob ein Schiedsrichter *de quota litis* rechtsgültig pacificiren könne? Weißbach bestellte in einer streitigen Erbschafts-Sache den Gerhard nebst einem advocaten zu compromissarien, und verglich sich mit ihnen dahin, daß ihnen von allem, was er aus der Sache durch rechtlichen Spruch oder Vergleich, den er aber ohne ihr Vorwissen nicht eingehen wollte, erhalten würde, 7. pro C. ausbezahlt werden sollten. Weißbach verglich sich mit seinem Gegentheil und erhielt von selbigem 60000. M. banc, wollte aber hierauf die 7. pro C. zur Helffte an Gerharden nicht auszahlen. Gerhard klagt, und erhält sowohl bey dem Stadt-Magistrat zu Altona, als bey dem Ober- appellations-Gericht zu Glückstadt günstige Urtheile. Bey dem Cammergericht aber wurde reformato-



matorie gesprochen, ob schon Appellat vorstellte, daß das verbotene pactum de quota litis nur die advocatos und procuratores angehe, auch nirgends einem compromissario untersagt werde, sich pro honorario etwas stipuliren zu lassen 2c. und zwar, weil diese compromissarii sich nicht vor Annahme des Geschäfts, sondern erst, als sie von dem Cammergericht confirmirt worden, etwas stipuliren lassen, auch die Gründe, warum ein pactum de quota litis verboten ist, auf judices compromissarios, wie auf den judicem ordinarium, angewandt werden können per Nov. 124. c. 1. und L. 3. C. ad L. jul. repetund. und überhaupt dadurch, daß crimen concussionis befördert werde.

a) v. Cram. Nebenst. Th. 8. Abh. 7.

S. 39.

Und so könnte ich eine Menge von Beyspielen, welche den vielfältigen practischen Gebrauch des Röm. Rechts bestätigen, anführen. Jene werden aber hinreichend seyn, das Ansehen und Gewicht der römischen Gesetze bey den höchsten Reichsgerichten zu bestärcken, ohne ihren Werth zum Nachtheil der einheimischen Rechte vergrößert zu haben.

* * *

*

nc

or
ota
res
nis
ric
r
In
fie
en,
de,
en
auf
er
3
rd

en
cri
ti
cei
der
ge
rth
hte

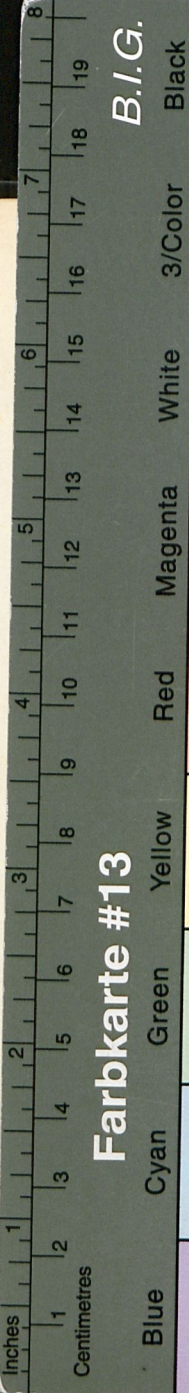
10



He 794 S

1018





Farbkarte #13

B.I.G.

39

496

Carl Friderich Elsässer
ic. und des Herzoglich = Württemberg. Hofger. Advoc.

von dem lebhaften

practischen

Gebrauch

des justinianeisch = römischen

Ho
794

Rechts

bey den höchsten Reichsgerichten,

in so fern aus ganz römischen Grundsätzen ein
Rechtspruch erwächst, wider diejenige, welche dem
selben eine vielfältige practische Anwendung in
den teutschen Gerichten absprechen.

Non video quid ex contemtu Justiniani laudis accedere possit
germanicis legibus, quæ his machinis, utpote per se
& sua pulchritudine satis laudabiles, ut sustineantur,
non indigent ullo modo.

HOMMEL, Litterat. j. p. 247.

Stuttgard,

gedruckt bey Christoph Friedrich Cotta, Hof-Buchdrucker.
1771.