

Notte

1505

338

Rc. 95.



Comps 1

2. 22

2



Rechts-begründetes
Tractatelein
Von
Einer zu Rechte beständigen
Bewohnheit /

In XXI. Titulen,

Wovon

Der Summarische Inhalt nach der Vorrede befindlich/
Zu mehrerm Verständnisse / eines künfftig folgenden Tractats

Von

Dem in Hamburg üblichen
Richterfolgungs-Process,
Dessen Summarischer Begriff zu ersehen aus dem
letzten Blade dieses Tractateleins /

In Teutscher Sprache / unter andern / und vornem-
lich denenjenigen / so der Lateinischen nicht kündig / und den-
noch jetzo / oder künfftig das Richterliche-Ampt üben / oder denen
Gerichten mit vorstehen / wie auch denen Kauffleuten / welche von denen
unter ihnen üblichen Bewohnheiten Ihre PARERE, oder Gutdüncken / auf der Rechts-
Partheyen verlangen / mitzutheilen pflegen/
Zum besten / und mehrerem Nachsinnen verfasst /
und ans Licht gegeben

Von

MATTHÆO Schlüter / J. U. D.

HAMBURG, In Verlegung Samuel Seyl / und Johann Gottfried Liebezeit /
Anno 1709.

Erste Buch
Mittelteil

von

Christophorus Columbus

Die Weltreise

Im Jahr 1492

von

Christophorus Columbus

Die Weltreise

Im Jahr 1492

Die Weltreise
Im Jahr 1492
Christophorus Columbus

MATTHEO

Im Jahr 1492



I. N. D. N. J. C.

Beneigter Leser.

Weil ich bey meiner / eine geraume Zeit
hero / sowol alhie in Hamburg / als anderer
Orten geführten Praxi vielfältig verspühret /
daß mann zum öfftern auff ein altes Herkommen / Gewohn-
heit / oder sogenandten Schlendrian sich zu beziehen / auch
wol eine ungerechte Sache damit zu beschönen pflege; Was-
sen nichts Neues ist / daß / wann die Advocati durch ein kla-
res beschriebenes Recht in ihrer Sache sich geschlagen sehen /
sie offtmahls alsofort mit dieser Ausflucht fertig sind : Das
ein solches Recht durch den Schlendrian längstens abgeschaf-
fet ; Und über daß / als mich beflissen / den in Hamburg üb-
lichen Richterfolgungs-Process, wovon bis anhero außführ-
lich nichts geschrieben / und viele Advocati wenig Nachricht
haben / zu untersuchen / und in einem Tractat zusammen zu-
fassen / befunden / daß ein gutes Theil davon auff ein altes Her-
kommen sich gründe /

)(2

Co

So habe nicht umbhingemocht/dieses Tractatelein von einer zu Rechte beständigen Gewohnheit nach denen Rechts-Gründen zu verfertigen/ und vor dem erst-gemeldten Tractat ans Licht zubringen/ damit ein jeder/ so dieses Tractatelein lesen wird/ desto leichter in den folgenden sich finden/ und/wenn über eine Gewohnheit/ und den gerühmten Schlandrian Zweifel vorfallen möchte/ desto besser Urtheilen könne/ wie eine gute Gewohnheit von einer bösen zu unterscheiden.

Zwar ist von einer Rechtlichen Gewohnheit von verschiedenen Rechts-Gelehrten/ hin-und wieder verschiedentlich/auch von einigen ausführlich geschrieben/und was in diesem Tractatelein verfasset/ kompt mit Deroselben Lehr-Gründen allerdings überein; Weil aber dennoch im Nachschlagen der Rechts-Gelehrten/ und bey tiefferem Nachsinnen befunden/ daß Selbige hie und dort/ dem Leser viele Dubia, oder zweifel hinterlassen/viele Erinnerungswürdige Lehr-Sätze mit Stillschweigen vorbegehen/ und daher oftmahts Ihnen selbst zuwidersprechen scheinen/ so habe der Mühe wehrt geachtet/ um die Sache desto deutlicher vorzustellen/mithin denen Dubiis, so etwan sich hervor thun möchten/ vorzubeugen/ meine eigene Methode, oder Ordnungge/ hierinnfals zu gebrauchen/ nach selbiger Ordnungge der angeführten Rechts-Gelehrten Meinungen zu erörtern/nnd/auff befinden/hie/ und dort/ meine eigene Gedanken/mitteltst limitation. und distinction, so aus denen Rechten/ und der gesunden Vernunft von selbstn zwar
fließen

fließen/ von denen Rechts-Gelehrten aber in ihren Schrif-
ten/wie gedacht/aufdrücklich nicht berühret worden/ vielfäl-
tig bey zufügen.

Ich wil nicht hoffen/ daß alhie in Hamburg jemand
so einfältig seyn/ und vorgeben werde/ daß alle daßjenige/
so ich von der Gewohnheit in diesem Tractatelein geschrie-
ben/aus denen gemeinen Kaysler-Rechten herfließe/ und da-
hero auff die Hamburger Gewohnheiten/ oder den in Ham-
burg üblichen sogenandten Schlendrian sich nicht appliciren
lasse/ weil Hamburg/ gleich auch andere Orte/ nach ihren
eigenen Statuten/ hierin etwas besonders hätte.

Solten jedoch einige auff diese Gedancken verfal-
len/ so dienet selbigen zur Nachricht/ Daß ich alhie die beson-
dere Hamburger Gewohnheiten nicht beschreibe/ sondern nur
vorstelle die Generale, oder allgemeine Principia, und Gründe/
worauff eine Gewohnheit aller Orten in der Welt/ und also
auch in Hamburg kan/ und (fals in dem gemeinen Wesen
keine Unordnunge entstehen sol) muß eingeführet werden;
Und/ daß dabenebenst sothane generale Principia zwar meh-
rentheils auß denen Kayslerl. Rechten genommen/dennoch
aber auch auff die gesunde Vernunft/ und der vernünfti-
gen Völcker Rechte/welche aus Hamburg durch keine Ge-
wohnheit vertrieben werden können/noch müssen/sich grün-
den. Inmassen dieses alles ein jeder Verständiger/der die-
ses Tractatelein lieset/ von selbst zu urtheilen nicht erman-
gelen wird. Wiewol über das in diesem Tractatelein hin/
und wieder gezeiget/daß die Hamburger von denen Kayslerl.

Rechten in dieser Materie von der Gewohnheit so wenig ab-
gehen/daß sie vielmehr in denē Haupt-Gründen allerdings
damit übereinstimmen. Zugeschweigen / daß ohne dem
kein Statutum, wenn es gleich in vielen Fällen etwas besonde-
res/ so in denen gemeinen Käyser-Rechten nicht befindlich/
verordnet / so eingerichtet werden kan / daß es mit denen
Römischen Käyserl. Rechten nichts gemeines behielte.
Inmassen dieses der berühmte Rechts-Gelehrte Dn. Sa-
muel Strykius, *Dissert. Jurid. vol. I. dissert. 23. præf.* wol
angemercket mit diesen Worten : *Fatemur faciles, Statutario jure multis difficultatibus occurri, multasq; juris Romani ambages in compendium redigi posse : An tamen ullibi Statutaria jura hoc perfectionis punctum fuerint affecuta, ut juri Romano universo repudium dare licuerit, eventû hæctenus nunquam comprobatum.*



Das

Das Tractatelein /
Von
Einer zu Rechte beständigen
Bewohnheit /

Begreiff in sich
Nachfolgende XXI. Titul.

und zwar wird gehandelt

- Tit. I.** Von der Krafft und Wirkung einer zu Rechte beständigen Gewohnheit.
- Tit. II.** Von denen Vier Haupt-Gründen/so zu einer Rechtlichen Gewohnheit erfordert werden/ in genere.
- Tit. III.** In specie von dem Ersten Haupt-Grunde einer Gewohnheit/ daß nemlich dieselbe der gesunden Vernunft gemäß seyn muß.
- Tit. IV.** Von dem Andern Haupt-Grunde einer Gewohnheit/ daß nemlich dieselbe durch viele Actus, oder Geschichte/ muß eingeführet seyn.
- Tit. V.** Von dem Dritten Haupt-Grunde einer Gewohnheit/ daß nemlich die Actus, oder Geschichte/ worin eine Gewohnheit bestehet/ zur Wissenschaft Majoris partis populi, daß ist/ des mehrern Theils der Gemeine müssen gekommen/ und dabenebenst also beschaffen seyn/ daß daraus präsumiret, oder gemuhtmasset werden könne/ daß der mehrere Theil tacite consentiret/ das ist/ stillschweigend eingewilliget/ daß sothane Actus ein Recht nach sich ziehen mögen. Womit dann zugleich vorgestellt in welchen Fällen die Actus extrajudiciales, oder ausser Gerichtliche Geschichte alleine/ ohne zuthuen-Gerichtlicher Erkenntnisse/ eine Rechtliche Gewohnheit machen.
- Tit. VI.**

- Tit. VI. Von denen Fällen / in welchen zu bestärckung einer Rechtlichen Gewohnheit *forum contradictorium*, das ist / Gerichtlicher Streit / und Richterliche Erkenntnisse erfordert wird.
- Tit. VII. Von der Kraft / und Wirkung der *Præjudicatorum*, oder derjenigen Gerichtlichen Urtheile / so vorhin in eben dergleichen Fällen verschiedentlich abgegeben / wieweit nemlich dieselbige eine Rechtliche Gewohnheit machen.
- Tit. VIII. Von dem Vierten Haupt-Grunde einer zu Rechte beständigen Gewohnheit / daß nemlich selbige alt / und von vielen Jahren her schon im Schwange gewesen seyn müsse.
- Tit. IX. Von dem Beweis einer zu Rechte beständigen Gewohnheit / und wer dieselbige beweisen müsse / oder nicht.
- Tit. X. Von demjenigen / welches bey einer Gewohnheit zu erweisen / oder nicht.
- Tit. XI. Von der Art / und Weise eine Gewohnheit zu erweisen.
- Tit. XII. Von der *Notorietät*, denen schriftlichen *Documentis*, und Personen, wodurch eine Gewohnheit erwiesen wird / oder nicht.
- Tit. XIII. Von dem Beweis einer Gewohnheit durch die *Notorietät*, das ist: Stadt- oder Land-Kündigkeit.
- Tit. XIV. Von dem Beweis einer Gewohnheit durch schriftliche *Documenta*, oder Brieffschafft.
- Tit. XV. Von dem Beweis einer Gewohnheit durch *Præjudicata*, oder vorhin in dergleichen Fällen ergangene Urtheile.
- Tit. XVI. Von dem Beweis einer Gewohnheit durch Zeugen / in genere.
- Tit. XVII. Von dem Beweis einer Gewohnheit mit annoch lebenden *privat-Personen*.
- Tit. XVIII. Von dem Beweis einer Gewohnheit durch Berühmter entweder schon verstorbenen / oder annoch lebender Rechtsgelehrten *Schriften*.
- Tit. XIX. Von dem Beweis einer Gewohnheit durch richterliche *Personen*.
- Tit. XX. Von dem Beweis einer Gewohnheit durch *Advocaten*.
- Tit. XXI. Von dem Beweis einer Gewohnheit durch *Procuratoren*.



Titul. I.

Von der Kraft/und Wirkung einer zu rechte beständigen Gewohnheit.

1.

DAs eine zu rechte beständige Gewohnheit /
sonsten auch Gebrauch/oder altes Herkom-
men genant / eben dieselbe Kraft/und Wir-
ckunge habe / die einem beschriebenen / und
ausdrücklich publicirten / oder jedermänniglt-
chen kundgemachten Gesetze beygeleget / wird bey keinen
Rechts-Gelehrten gestritten. Wassen dann dieses klärlich
verordnet / nicht nur in denen allgemeinen Kayserl. Rech-
ten / *S. 9. Inst. de Jur. Nat. Gent. & Civ. l. 32. §. 1. l. 33. 35. ff. de
leg. Senat. & long. consuet.* sondern auch in *Statut. Hamb. in E-
pilog. h. v.* Das solche Gewohnheiten diesem Stadt-
Rechte gleich gelten / und in erörterunge der streiti-
gen Sachen in Acht genommen werden sollen.

2. Und wenn gleich eine Gewohnheit wieder ein
beschriebenes Recht lieffe / so müste dennoch / wenn al-
le zur Gewohnheit erforderete Umstände vorhanden / und
die Gewohnheit nach Publication / oder Kundmachung
des beschriebenen Rechtes auffkommen / sothane Ge-
wohnheit von solchen Würden geachtet werden /
daß ein Richter nicht nach dem beschriebenen Rechte / son-
dern nach der Gewohnheit urtheilen müsse.

2

Eine rechtliche
Gewohnheit
hat nicht weni-
ger Kraft/als
ein beschriebenes
Gesetz.

Eine rechtliche
Gewohnheit
gilt auch weni-
ger / als ein be-
schriebenes
Recht.

3. So

Ein Richter /
der wieder eine
rechtilche Ge-
wohnen
spricht / ist
schuldig dem
verlierenden
Theile den
Schaden zu
erstaten.

Ursache war-
und man
zweifeln
möchte/ob ge-
gen die Ham-
burger Stadt-
Rechte eine
Gewohnheit
anzunehmen.

Ursachen
warum/ des
gemachten
zweifels ohn-
erachtet/ auch
gegen das be-
schriebene
Stadt- Recht
eine Gewohn-
heit anzuneh-
men.

Ferner bestä-
tigung des vo-
rigen.

3 So gar/dass/ wenn ein Richter gegen eine solche Ge-
wohnheit spräche / er schuldig wäre der Parthey/welche er
niederfällig erkant / deßfalls gerecht zu werden / und den
Schaden/nach befindunge/gantz/ oder zum Theil zu erstat-
ten. *Vid. cum aliis Gail. lib. 1. obs. 36. n. 12. seq. lib. 2. obs. 31.
n. 2. Conf. Tit. IV. hujus Tract. n. 4.*

4. Betreffend insonderheit das Hamburger be-
schriebene Stadt- Recht; so möchte man zwar dafür
halten/ob könnte dagegen gar keine Gewohnheit statt haben/
noch eingeführet werden: in Betrachtunge/ daß in dem
Epilogo, oder in dem Schluß desselben / *part. 4.* ausdrück-
lich versehen / daß diejenige Gewohnheiten / welche
durch sothanes Stadt- Recht / und beliebte Recesse
nicht aufgehoben / angenommen werden sollen. Wor-
aus/ argumento à contrario ducto, man folgern möchte /
daß also die Gewohnheit / die da durch das Stadt- Buch
aufgehoben / oder wieder das Stadt- Buch / und beschrie-
bene / ausdrücklich beliebte Recesse lieffe / allerdings zu
verwerffen wäre.

5. Allein hingegen dienet zu erwegen/daß andern
allegirten Orte des Epilogi Hamburger Stadt- Rechtens
gehandelt werde von einer solchen alten Gewohnheit /
die vor Publication, oder Gemeinmachung des Stadt-
Rechts schon auffkommen war / daß nemlich die-
selbe / wann in dem Statuto dagegen verordnunge gesche-
hen / damit aufgehoben wäre; nicht aber von einer sol-
chen Gewohnheit/die nach Publication des Stadt- Buchs
eingeschlichen.

6. Und daß dieses die Meinunge des Statuti sey/gebe nicht
allein die Worte selbst / sondern folget auch darauß/daß un-
gerimt sey zu glauben/daß E. Rath/und Bürgererschaft / so
doch ohnstreitig potestatem statuta condendi, & mutandi, daß
ist/

ist/ die Macht ein besonderes Stadt-Recht zu ordnen/ und zu verändern haben/ ihnen selbst die Macht wollen benehmen gegen ihr eigen gemachtes Stad-Recht ein ander Recht/ tacito Consensu, das ist / mit stillschweigender Bewilligung/ mittelst rechtlicher Gewohnheit/ einzuführen; Zuvorab / da sie vielmehr in der Vorrede selbigen Stadt-Rechts ihnen ausdrücklich vorbehalten es zu ändern/ und zu verbessern.

Titul. II.

Von denen vier Haupt-Gründen/ so zu einer rechtlichen Gewohnheit erfordert werden/ in genere.

Zu einer zu rechte beständigen Gewohnheit wird erfordert / (1) das sie der gesunden Vernunft gemäß sey; (2) das die Actus, oder Geschichte/ wodurch eine Gewohnheit will eingeführet werden/ zum öfftern vorgefallen;/ (3) das dieselbe Actus zur Wissenschaft/ majoris partis, populi, das ist / des mehrern Theils der Gemeine/ gekommen/ woraus tacitus populi consensus, das ist / eine stillschweigende Einwilligung der Gemeine zu muthmassen; (4) das Die Gewohnheit alt sey/ und von vielen Jahren hero im schwange gangen.

Titul.

Titul. III.

In Specie von dem ersten Haupt-Grund
de einer Gewohnheit; daß nemlich dieselbe
der gesunden Vernunft gemäß
seyn muß.

I.

Eine Ge-
wohnheit muß
der gesunden
Vernunft ge-
mäß seyn.

Streffende nun den ersten Haupt-Grund et-
ner Gewohnheit; daß nemlich dieselbige / wann sie
denen beschriebenen Gesetzen gleich geachtet werden soll /
mit der Gesunden Vernunft nicht streiten / sondern al-
lerdings einstimmen müsse / so gründet sich selbiges in l. *Quod
non ratione*. 30. ff. de leg. Sen. & Long. *Consuet. l. 1. verb. ratio, qua
Consuetudinem suavit* & l. 2. *Cod. que sit long. Conf. in Stat. Hamb.
Epilog. h. v. redliche Gewohnheiten*. Da dann das Wort
redlich; nichts anders bedeutet als / Vernunftig; wie
dieses unter andern auch bestärcket wird mit der Redens-
Art: Dieses hat guete Reden; das ist / dieses kompt
mit der Vernunft überein / oder / hat guete Gründe.

2. Diesem zu folge wird auch die Ehrbarkeit /
zu einer Gewohnheit erfordert / und kan eine Gewohnheit /
so der Ehrbarkeit zu wieder ist / nicht bestehen; Wassen
die Ehrbarkeit mit der gesunden Vernunft derogestalt
verbunden ist / daß eine Gewohnheit / so der Ehrbarkeit
entgegen laufft / auch mit der Vernunft nicht einstimmet.
Und daß insonderheit auch die Hamburger Stadt Rechte
die Ehrbarkeit zu einer Gewohnheit erfordert / ist zu sehen
in *Statut. Hamb. Epilog. f. h. v. Ehrbare Gewohnheiten*.

Eine Ge-
wohnheit muß
der Ehrbarkeit
nicht zuwie-
der seyn.

Eine Gewohn-
heit muß auch
mit denen na-
tür- und Gött-

3. Und aus eben derselben Ursache / muß eine Ge-
wohnheit auch denen Natur- und Göttlichen Rechten
nicht entgegen seyn / weil die Natur- und Göttliche Rech-
te /

te / (zugefchweigen / daß sie ohne das wegen des Göttlichen Befehls zu respectiren) mit der Vernunft / und Ehrbarkeit allerdings übereinstimmen. *Vid. Lauterbach. Comp. Jur. civ. lib. 1. tit. 2. fin. & cum aliis multis Just. Meier. Colleg. Argentor. lib. 1. tit. 3. ih. 39.* Alwo gelehret wird / das alle Gewohnheit / die da wieder das Natur- und Göttliche Recht eingeschlichen / weil sie eine Sünde mit sich führet / abzuschaffen / wenn gleich alle Menschen in der Welt eine solche Gewohnheit im Brauch hätten. *Add. Gail lib. 2. obs 31. n. 24. Menoch. de arbitr. judic. cent. 1. lib. 2. cas. 82.* da insonderheit von vernünftigen Gewohnheiten gehandelt / auch besonders einige arten von Gewohnheiten / die da für unvernünftig zu achten / vorgestellet werden. *Conf. omnino Mev. p. 2. dec. 378. Dn. Thom. Sigfried. Ring. Progymn. prax. jurid. progymn. 2. n. 7. seqq. Tit. V. n. 25. 26. hujus Tract.*

lichen Rechten nicht streiten.

Titul. IV.

Von dem andern Haupt-Grunde einer Gewohnheit / das nemlich dieselbige durch viele Actus, oder Geschichte muß eingeführet werden.

Der Ander Haupt-Grund / so zu einer rechtlichen Gewohnheit erfordert wird / ist / wie gedacht / die vorhergegangene Vielheit der Geschichte / wodurch eine Gewohnheit soll eingeführet werden / *per. l. 1. verbo: frequenter. Cod. qua sit longa consuet.*

Die Actus, oder Geschichte / einer Gewohnheit / müssen öfters vorgegangen seyn.

Hiebey aber ist zu mercken / das die Rechts-Gelehrte gemeinlich dafür halten / das zu Einführung einer Gewohnheit zwei Actus notwendig sind.

Einige vermehren das zweene Actus notwendig sind.

rechtlichen Gewohnheit genug sey/dass die Handlung/oder der Actus, wodurch eine Gewohnheit einzuführen/zweymahl vorgefallen/ *vid. cum aliis multis Coler. de Processib. Execut. p. 1. Cap. 3. n. 34. fin. edit. veter. Gail. lib. 2. Obs. 31. n. 7. Carpzov. Jurispr. For. p. 2. Const. 3. def. 22.*

Es sind aber zweue Meins/ nicht quia/um muß hierin dem Arbitrio, das ist/ dem Willkühr ei/ nes Richters etwas heim/ gelassen wer/ den.

3. Es scheinet aber diese Meinunge dem Worte: Fre-
quenter; welches soviel bedeutet als: offte; und also
mehr/ als zweene Actus nach sich ziehet (massen was nur
zweymahl geschehen/ nicht gesagt werden kan/ daß es
offte geschehen) *in d. l. 1. Cod. que sit long. consuet. enthalte n/*
entgegen zu seyn. Und bin ich dahero/ und in Betrach-
tunge/ daß auch kein gewisser Zahl in denen legibus, oder
beschriebenen Gesetzen befindlich/ der Meinunge/ welche
auch in praxi observiret wird/ daß man hierinsals dem
Richter den Willen lassen müsse/ denen Umständen nach/
seinem Guetdüncken zu folgen. Vid. cum aliis Schneidevvin.
ad §. ex non scripto. n. 6. Inst. de Jur. Nat. Gent. & Civ. h. v.
Hinc quaeritur, quot actus ad consuetudinem inducendam sine
necessarii? & licet de hoc variae sint opiniones, magis ta-
men communis, & vera sententia est, quod hoc sic relin-
quendum arbitrio judicis. Menoch. de arbitr. judic. lib. 2. cent. 1.
cas. 81. n. 4. Conf. Dn. Sam. Stryk. dissert. Vol. 1. dissert. 23. c. 3. n. 10.

Insonderheit
in Fällen/ da
eine Gewohn-
heit contra jus
scriptum,
wieder ein be-
schriebenes
Recht einschlei-
chen wil.

4. Welches ich dann insonderheit in achtzunehmen
halte/in Fällen/da eine Gewohnheit wieder ein beschrie-
benes Gesetze gerichtet. Denn ob wol auch ein beschriebe-
nes Gesetze/ wie obgedacht/ durch eine zu rechte bestän-
ge Gewohnheit abgeschaffet werden kan/ *§. 11. Instit. de*
Jur. Nat. gent. & Civ. l. 32. §. 1. in fin. ff. de legib. Senat.
& long. Consuet. Conf. Tit. 1. hujus Tract. So muß dennoch
dabey mehrere Behuetzamkeit gebrauchet werden/ als wenn
eine Gewohnheit præter jus scriptum, das ist/ neben ei-
nem beschriebenen Rechte einzuführen. Allermassen ein

ein beschriebenes Befehle nicht ohne besondern Vorbedacht pfleget gemacht zu werden / und daher desto mehr zu vermuthen / daß diejenige / so das Befehle gegeben / durch einen / oder andern angeführten / dagegen lauffenden Actum, einer angegebenen Gewohnheit / mittelst stillschweigender Einwilligung / nicht so leicht aufgehoben haben wollen.

5. Wiewol über das auch die oballigierte Rechts-Gelehrte selbst ihre Meinunge / daß nemlich durch zwee- ne Actus eine Gewohnheit eingeführet werden möge / dahin limitieren / daß / wenn solche zweene Actus nur unter einigen besondern vorgangen / daß sie zu anderer Leute Wissenschaft nicht gekommen / selbige keine zu rechte beständige Gewohnheit machen können / cum aliis Gail. loc. cit. Colleg. Argent. p. 1. lib. 1. tit. 3. Aus ursachen / weil zu einer Rechts-gültigen Gewohnheit vornehmlich erfordert würde / daß sie tacita populi, & summae potestatis conventionem, & approbationem, das ist / mit stillschweigender Beliebunge der Gemeine / und höchsten Obrigkeit gleichsam besträttiget / und eingewilliget werde / l. 32. l. 35. ff. de legib. Senat. & long. consuet.

6. Weil aber indessen durch zweene Actus eine Gewohnheit nicht leicht kund wird / auch in einigen Fällen wol weit mehrere Actus vorgehen können / ohne daß selbige besagter massen bekant werden / so bleibt es dabey / daß die Meinunge von zweenen Actibus nicht anzunehmen / und die Rechts-Gelehrte / so selbige Meinunge angenommen / und einer auß dem andern / ohne tieferes Nachsinnen / nachgeschriben / ihnen selbst widersprechen. Weil sie selbst dafür halten müssen / daß man mehr auff die Beschaffenheit der Actuum, ob sie nemlich so geschehen / daß sie haben kund werden können / als den Anzahl derselben zu sehen habe.

7. Daher

Die Rechts-Gelehrte / so dafürhalten / daß zweene Actus genug sind / limitieren den noch ihre Meinung.

Sie zeigen aber mit ihrer limitation selbst / daß sie ihnen selbst widersprechen.

Es werden zu
einer Gewohn-
heit so viele Ac-
tus erfordert /
daß darauf die
Wissenschaft/
und Eintul-
lignae der
Gemeine und
Oben ver-
mühet wer-
den las-

7. Dahero dann auch unter andern Sceuv. *Synagm. Jur. Civ. Exerc. 2. th. 20. fin.* gar recht hievon also lehret: *Præsumitur autem potestas summa scire, & lubens permittere (consuetudinem) si actus frequenter fiant: unde pro ratione circumstantiarum tot actus requiruntur, quot, & quales ad illam præsumtionem inducendam opus.* Daß ist: Es wird aber vermüthet / daß eine hohe Obrigkeit von einer Gewohnheit Wissenschaft habe / und selbige gerne verstatte / wenn solche Actus (wodurch man einen rechtlichen Gebrauch annehmen wil) offte geschehen: Dahero werden alhie / denen Umständen nach / so viele / und solcher art Actus erfordert / als zu einer solchen Vermüthunge gnug ist. *Conf. hic Tit. seq. h. tract. Just. Meyer, loc. cit. Gail. d. n. 7. Schneidevvin, d. n. 6. §. ex non scripto, Inst. de Jur. nat. gent. & civ. Menoch, de arbitr. Judic. lib. 2. Cent. 1. Cas. 81. n. 7.*

Wenn die Ac-
tus einer Ge-
wohnheit
durch andere
wiedrige actus
interumpiert
werden / so
machen sol-
che interum-
pierte actus
keine zu rechte
beständige Ge-
wohnheit.

8. Im übrigen ist bey denen Actibus einer Gewohnheit auch zubetrachten / daß / wenn gleich so viele Actus, als sonst zu bestärckung einer Gewohnheit vonnöten / vorgefallen / selbige dennoch eine zu rechte beständige Gewohnheit nicht ausmachen / wenn sie mit einer contraren Gewohnheit interumpieret / daß ist / durch andere denen angeführten Actibus zuwiederlaufende Geschichte gleichsam untermenget / daß man keine Gewißheit haben könne / welche Actus eigentlich von der Gemeine / Und der Obrigkeit für ein Recht stillschweigend angenommen. *Vid. Coler, de process. Execut. p. 1. cap. 3. n. 33. edit. vet. Cothmann, vol. 5. Resp. 12. n. 227. h. v. Si usus populi variat, & non est uniformis, nulla legitima consuetudo ex his actibus introduci potest. Conf. Schneidevvin, ad §. ex non scripto, n. 7. fin. Inst. de jur. nat. gent. & civ.*

Eine Gewohn-
heit kan durch
eine contrare

9. Ungleichen können so viele Actus, als sonst zu einer Gewohnheit gehören / für eine rechtliche Gewohnheit

heit nicht bestehen/ wenn Notorium, oder erweislich/ daß nachhero solche Actus, die eine contrare Gewohnheit nach sich ziehen/ in geringerer Frequenz vorgegangen. Uelermassen in denen Rechten außgemacht/ daß eine Gewohnheit durch die andere/ und zwar die erste durch die letztere aufgehoben werde. *Arg. l. 32. §. 1. ff. de leg. Sen. & long. consuet. Serov. Syntagm. J. Crv. Exerc. 2. th. 23. & cum aliis Gail. lib. 2. obs. 21. n. 5.*

Gewohnheit aufgehoben werden.

Titul. V.

Von dem dritten Haupt-Grunde einer Gewohnheit/ daß nemlich die Actus, oder Geschichte/ worinn eine Gewohnheit bestehet/ zur Wissenschaft Majoris partis populi, das ist/ des mehrern theils der Gemeine müssen gekommen/ und also beschaffen seyn/ daß darauff präsumiret/ oder gemuhtmasset werden könne/ daß der mehrer Theil der Gemeine tacite consentiret/ das ist/ stillschweigend eingewilliget/ daß sothane Actus ein Recht nach sich ziehen mögen. Durch welchen Haupt-Grund dann zugleich vorgestellet wird/ in welchen Fällen die Actus extrajudiciales, oder außsergerichtliche Geschichte alleine/ ohne zuthun gerichtlicher erkantnisse/ eine rechtliche Gewohnheit machen.

Die Actus, wodurch eine Gewohnheit auffkommen soll/ extrajudiciales alleine/ und so beschaffen seyn müssen/ ob durch bloße Actus extrajudiciales eine Gewohnheit entstehen könne/

wohnheit auff
kommen könne/
ne/ hie von sind
unterschiedliche
Meinungen.
gen.

Einige halten
dafür/ es müsse
se nothwendig
Richterlicher
Spruch
dazu kommen/
andere meinen
es sey nicht al-
temahl nötig.

Man kann
distinguiert/
so können die
Rechts-Ge-
lehrte wol ver-
einiget wer-
den.

In einigen
Fällen sind
die Richterliche
Sprüche
nötig/ in an-
dern nicht.

Die Actus
extrajudicia-
les müssen zur
Wissenschaft

gen/ daß sie nur bloß außserhalb Gerichts unter denen
Unterthanen/Bürgern / und Einwohuern vorgangen/
oder ob sie auch zu gleich mittelst Richterliche Sprüche
bestätiget werden müssen/ ehe sie ein Recht machen/ hier-
über scheinen die Rechts-Gelehrten nicht einig zu seyn.

2. Diejenige/ so dafür halten / daß eine Gewohn-
heit nicht bestehen könne / wann sie mittelst richterlichen
Spruchs nicht ein/ oder ander mahl confirmiret / gründen
sich auff *l. cum de Consuet. 34. ff. de leg. Sen. & long. Consuet.*
Massen darinn außdrücklich verordnet/ daß zu einer recht-
lichen Gewohnheit vornehmlich erfordert werde / daß sie
durch ein / oder andern gerichtlichen Spruch / nach dem
derselben von einer der streitenden Partheien vorhero im
Gerichte widersprochen/ bestärcket. Andere sagen/
daß es der richterlichen sprüche / zu bestätigung einer Ge-
wohnheit/nicht allemahl bedürffe. *Vid. Gail. lib. 1. obs. 31.*
n. 8. Dn. Thom. Siegfr. Ring. Progyrn. prax. jurid. prog.
II. n. 12.

3. Allein / wenn nur die Fälle/ worüber eine Ge-
wohnheit einschleichen kan wol in obacht genommen und
unterschieden werden/ so findet sich/ daß die Rechts-Gelehr-
te in ihren Meinungen so sehr nicht streiten / als es bey dem
ersten Anblick scheinet.

4. Massen in einigen Fällen die bloße Actus extra-
judiciales zu behauptunge einer rechtlichen Gewohnheit
gnug seind/ in andern Fällen aber eine Gewohnheit nicht
bestehen mag/wenn sie durch gewisse actus judiciales, oder
Richterliche Erkantnisse nicht bestätigt. *Conf. n. 27. hu-
jus Tit. V. it. n. 1. seqq. Tit. VI.*

5. Die Fälle nun/ da etne Gewohnheit durch bloße
Actus extrajudiciales eingeführet werden soll/ müssen noth-
wendig so beschaffen seyn / daß dieselbe zur Wissen-
schafft.

schafft des mehrern theils derjenigen Leute / die mit dergleichen Dingen / worüber die Actus vorgehen / pflegen hinzugehen / gekommen / und wie man / nach beschaffenheit der Sachen / zu reden pfleget / Land / Stadt / oder Börsen / kündig &c. geworden; und durch das Stillschweigen / und nicht = widersprechen des mehrern theils der Vornehmsten / und Vernünftigsten heimlich guet geheissen.

6. Ich sage mit Fleiß: dem mehrern theil. In massen dieses nicht nur folget *ex l. 34. verb. civitatis, vel provinciae. ff. de leg. Sen. & long. Consuet. l. 35. verb. civium conventio. ff. cod. l. 37. verb. quo jure civitas usa. ff. cod. in dem durch das Wort: civitas; cives; und Provincia der mehrer theil der Republicque muß verstanden werden; sondern auch unter andern gelehret wird in Colleg. Argentor. in nott. ff. lib. 1. tit. 3. th. 42. h. v. in consuetudine requiritur, ut Major pars populi illa utatur. Conf. Schneidev. ad S. ex non scripto. n. 7. iustit. de jur. nat. gent. & civ.*

7. Die Ursache aber / warum die Actus extrajudicialis zur Wissenschaft des mehrern theils der Gemeine müssen gekommen seyn / ist diese / weil die zu einer rechtlichen Gewohnheit nötige stillschweigende Bewilligung der Gemeine ohne vorhergehende Wissenschaft derselben Actuum nicht bestehen kan. Denn was man nicht weiß / darzu kan man auch seinen Consens nicht geben.

8. Und daß zu denen Actibus extrajudicialibus die stillschweigende Einwilligung der Gemeine auch erfordert werde / falls sie alleine / ohne richterliche Erkenntnisse / eine rechts begründete Gewohnheit abgeben sollen / lehret unter andern Gail. lib. 2. obs. 31. n. 8. Wann er zwar spricht / daß nach der gemeinē opinion der Rechts-Gelehrten

des mehrern theils einer Gemeine gekommen / und von selbiger stillschweigend quer geheissen seyn.

Beweis / daß der mehrer theil Wissenschaft davon haben müsse.

Ursache / warum die Actus extrajudicialis zur Wissenschaft des mehrern theils müssen gekommen seyn.

Die stillschweigende Einwilligung der Gemeine / als ein Haupt Grund / wird hierzu erfordert / soam die Actus extrajudicialis ohne

Richterlichen
Spruch eine
Gewohnheit
machen sollen.

Wird die
Gewohnheit
nicht
zu rechte
beständig

Wie die
Worte:

Major pars populi; oder der mehrer theil der Gemeine; nach dem unterschied der Dinge/ worüber eine Gewohnheit auffkompt/ zu verstehen.

Welche Per-
sone in ge-
nere unter dem
mehrern theil
der Gemeine
verstanden
werden. Wenn
die Gewohn-
heit eingangne
Republicque
angehet.

Unter dem
mehrern theil
einer Repub-
lique werden
vornehmlich
verstanden ein
großer Theil
der Verfassun-

zu einer Gewohnheit die Actus extrajudiciales alleine/ohne zu thun eines gerichtlichen Actus gnug sind / aber dennoch beyfüget diese Worte : Wann nur die Actus extrajudiciales so beschaffen/ das man verichert seyn kan/ das sie von der Gemeine heimlich eingewilliget. Seine eigene Worte lauten davon also : Communis opinio tenet, non solum actus judiciales, sed etiam extrajudiciales sufficere, dummodò tales sint Actus, ut ex iis de tacito populi consensu constare possit. Conf. Schneidevvin. loc. cit.

9. Ob nun zwar hiemit außgemacht/ das die Actus extrajudiciales so beschaffen seyn müssen / das sie zur Wissenschaft majoris partis populi, oder / des mehrern theils der Gemeine gekommen/ und von selbiger tacite approbiret / oder stillschweigend guet geheissen / so muß dennoch dieses/ meines erachtens/ also verstanden werden/ das nach dem unterschied der objectorum, oder derer Dinge / worüber eine Gewohnheit auffkommen wil / ein solcher mehrer Theil der Gemeine genommen/ und geurtheilet werden müsse.

10. Welchem zu Folge dann ich dafür halte / das in denen Dingen/ die eingangne Republicque, oder Gemeine Stadt insgesampt angehen/ die Wissenschaft/ und stillschweigende Bewilligung solcher Actuum extrajudicialium bey dem mehrern theil einer Republicque, oder der Stadt unterthanen / Bürger/ und Einwohner liege/ und zu suchen sey.

11 Weil aber indessen schwer zubeweisen / und zu erkennen seyn dürfte / ob eben der mehrer Theil einer Republicque Wissenschaft von einer Gewohnheit erlanget ; in reiffen Erwägung/ das nicht leichte practicabel, und/ anderer inconvenientien zugeschwiegen/ die meisten Streit-Sachen die Mühe / und Kosten nicht beloh-

belobuen würden / wann man den mehrern Theil einer Re-
publicque über einige Gewöhnliche Actus befragen wolte;
So halte dafür / daß die Meinunge der Rechts-Gelehrten
dahin zu deuten sey / daß die Wissenschaft solcher extra-
judicial-Actuum bey dem mehrern Theil einer Republicque
zu seyn præsumiret / oder vermuthet werde / Wenn ein
gueter Theil der Verständigen / und Vornehmen /
vornehmlich derjenigen / so in einer Republicque vor
andern bey der Regierung in consideration kommen /
von der Gewohnheit Nachricht hat.

12. Allermassen / über die num. præc. 11. angeführte
Ursache / fürs erste unvernünftig seyn würde / wenn
man in einer Republicque jeder männiglichen ohne unter-
scheid unter sothanem mehrern Theil mit rechnen wolte.
Weil sodann auch mit darunter gehörten alle Kinder /
Weiber / Knechte / Mägde / Einfältige / und Sinnlose. Als
welche jedoch zum theil nicht capaces, noch vermögend sind
von vernünftigen Gewohnheiten Wissenschaft einzuzie-
hen / zum theil auch un der gleichen Dinge sich nicht zu be-
kümmern pflegen. Wozu kompt / daß fürs andere das
Wort: Populus; So in denen Römischen Gesetzen / die
da von einer zu rechte beständigen Gewohnheit handeln /
befindlich / sich verstehet von denen Römischen Bürgern /
als welche auff gewisse masse potestatem legis ferendæ, das
ist die Macht Gesetze zu geben / und im übrigen auch in
der Regierung eine Hand mit / und dahero zweiffels ohne
auch auff die einschleichende Gewohnheiten guete Obacht
gehabe.

13. Wann derowegen in solchen Fällen / oder Ge-
wohnheiten / die eine Republicque insgemein angehen /
die Frage vorfällt / ob die Actus extrajudiciales, so eine
solche Gewohnheit aufmachen sollen / notorii, daß ist /
Land

digen / und
Vornehmen.

Die Ursachen
dassen / was
in Vorigen
n. 11. enthal-
ten.

Worauf es
vornehmlich
ankomme /
wenn man
darum wil /
daß der mehe-
rer theil einse-

Republicque
Wissenschaft
von der Ge-
wohnheit ha-
be; oder daß
die Gewohn-
heit notoria
sey.

Land-oder Stadtkündig / und zur Wissenschaft des
mehrern theils der Gemeine gekommen/so ist gnug/wenn
derjenige / so auff eine solche Notorietät, und Land-oder
Stadtkündigkeit sich gründen wil / durch zwene glaub-
würdige Zeugen auf der Gemeine genommen / er-
weist / daß nicht alleine sie/ die Zeugen / Wissenschaft
von der Gewohnheit haben/sondern auch versichert seynd/
daß / wo nicht alle / dennoch viele vornehme verständige
Leute davon Nachricht und wegen sothaner Gewohnheit
keinen Zweifel haben *Conf. Tit. X. n. 9. dieses Tractats.*

Zuweilen
wird es mit
der bloßen
notorietät er-
wiesen.

14. Ich rede alhie von einer solchen Notorietät/
die bey denen Aßen erwiesen werden muß; massen auch
Fälle vorkommen / da die Notorietät keines Beweises be-
darff / wie mit mehren dargethan. *Tit. XIII. n. 4. seq. dieses
Tractats.*

Es erfordert
nicht/ daß der
mehrere theil
der Gemeine
die Gewohn-
heit selbst ex-
erciret / oder
geübet.

15. Ferner ist alhie zu mercken/daß Schneidevvinus,
wenn er saget / daß der mehrere theil der Gemeine Wissen-
schaft von einer Gewohnheit haben müsse/ nicht nötig
zu seyn erachte/daß der mehrere theil einer solchen Gemeine
die Aßen, oder Geschichte/wodurch etne Gewohnheit einzu-
führen/selbst exerciret/oder geübet habe/sondern gnug sey/
daß der mehrere theil wisse / daß verschiedene Leute solche
Gewohnheit geübet/und sothaner mehrere theil es geschcheu
lassen / und nicht widersprochen. Wie dann derselbe
Schneidevvin, *ad §. ex non scripto. num. 7. Inst. de. jur. nat. gent.
& civ.* Hievon ausdrücklich also lehret. *Non requiritur,
quod Major pars populi cum effectu sit usa consuetudine, sed
sufficit, quod duo, vel plures Aßen sine Celebrari, sciente Ma-
jore parte populi, & non contradicente.*

Schneidevvi-
nus scheint
hierin falls
ihm selbst zu

16. Weiler aber dennoch an selbigem Orte im An-
fange diesem zuwidern klärlich setzet: *Quarto requiritur, ut
Major pars populi usa sit consuetudine, daß ist / viertens
wird*

wird zu einer Gewohnheit erfordert / daß der mehrer theil ^{widerspre-} die Gewohnheit geübet ; so muß mann dafür halten / ^{chen.} daß Schneidevvin. hierin falls ihm selbst widerspreche / oder auch seine Meinunge (welche er sodann dennoch nicht deutlich genug außgedrucket hätte) dahin gehe / daß / wenn etwann eine Gewohnheit zu erweisen / nicht nötig wäre / darzuthun / daß der mehrer theil der Gemeine selbige selbst geübet / sondern gnug wäre / wenn mann beybrächte / daß zwene / oder mehr Actus vorgangen / solche Actus aber zur Wissenschaft des mehrern theils der Gemeine gekommen / und daraus zu präsumiren / daß der mehrer theil solche Gewohnheit selbst geübet habe / falls es die Gelegen- heit bey so vielen gegeben.

17 Und dieses ist es / was ich bey der Meinunge / daß der mehrer theil der Gemeine von einer Gewohn- heit Wissenschaft haben müsse / zu erinnern für nötig ge- achtet. Nun kan ich auch unberichtet nicht lassen / wie daß (welches zwar alle vernunfftige Rechts-Gelehrte gestehen müssen / aber expressè nicht angemerket) viele Fälle sich begeben können / da eine Gewohnheit Krafft rechtens durch Actus extrajudiciales, oder außser-gerichtliche Geschichte er- reichen kan / wenn selbige gleich nur zur Wissenschaft des wenigsten theils der Republicque, oder auch gar etlicher wenig Leute eines Landes / oder einer Stadt gekommen.

18. Und dieses verstehe ich in solchen Dingen / die nicht die ganze Republicque, sondern nur einen Theil ^{Wie dieses in} der selben betreffen. ^{genere zu} ^{verstehen.}

19. Dergleichen Gewohnheiten sind / die da auffkom- ^{Unter welcher} ^{art Leuten / in} ^{in welchen} ^{Sachen der} ^{wenigste Theil} ^{einer Repbli-} ^{Pro-} men / unter Leuten so einerley Profession, oder in gewissen Collegiis, oder Zünfften einige Gemeinschaft haben / und zwar in solchen Fällen / die dieselbige Leute von einerley

que nur Wis-
senschaft von
einer Gewohn-
heit haben
darff.

Seine Ge-
wohnheit un-
ter Kauffleu-
ten kan bestet-
wenn nur der
mehrere theil
der Kauffleu-
te/und also der
wenigste theil
der Republik;
davon Wisse-
schaft erlan-
get.

Profession, oder sothanes Collegium, oder Zünffte alleine/
nicht aber auch alle Einwohner / Unterthane / oder Bür-
ger einer Republicque angehen.

20. Wann derowegen unter Kauffleuten eine Ge-
wohnheit die Kauffmannschaft betreffende / auffkompt/
so kan selbige krafft rechtens erreichen/wenn nur der meh-
rer theil der Kauffleute davon Wissenschaft erlanget/
und mit stillschweigen / durch langheit der Zeit eine solche
Gewohnheit guet geheissen. Und bedarff es hiebey nicht/
das diese Gewohnheit zur Wissenschaft des mehreren theils
der Republicque gelanget. Weil solche Dinge niemand/
als Kauffleute angehen / und anderen Leuten weder nach-
theilig seyn / noch Vortheil schaffen können / und daher
auch von andern / als Kauffleuten racitè, oder stillschwei-
gend nicht guetgeheissen werden dürfen.

Von einer Ge-
wohnheit der
Collegiorum,
und Zünffte.

21. Gleiche Beschaffenheit hat es auch mit einer
Gewohnheit / so in einem gewissen Collegio, oder in einer
Zunft einschlechet.

Von einer Ge-
wohnheit bey
denen Hand-
werckern. Da
ein unterschied
gemacht wird
unter Ge-
wohnheiten/
die alle Aem-
pter / und unter
solchen / die ein
jedes Ampt be-
sonders ange-
hen.

22. Wie auch / wenn ein Gebrauch entstehet unter
Handwerckern. Wobey jedoch ein Unterscheid zu mach-
en unter solchen Dingen / die da alle Aempter der Hand-
Wercker insgemein / und so fern sie alle Hand-Wer-
cker sind / berühren / und unter solchen Dingen / welche ein
jedes Ampt besonders betreffen. Denn in denen er-
sten Fällen muß zu behauptung einer rechtlichen Ge-
wohnheit der mehrere theil aller Aempter von solcher
Gewohnheit Wissenschaft erlanget haben ; d hingegen
in denen andern Fällen gnug ist / daß in dem Ampte/
welches die Gewohnheit insonderheit angehet / dem
mehreren theil der Ampts-Brüder selbige kund gewor-
den.

23. Nach dem nun hiemit zur gnüge dargethan/
daß /

daß/ wenn die Rechtsgelehrte dafür halten / daß Major pars populi, daß ist der mehrer theil einer Gemeine in einer Republicque Wissenschaft von denen Actibus extrajudicialibus erlanget haben müsse/ mann sothane Opinion, oder Meinung nicht ohne Distinction, oder ohne Unterscheid der vor kommenden Fälle anzunehmen habe/ So achte annoch zu er wegen nötig/das auch Casus, oder Fälle sich zutragen können / da oft / und von langen Jahren hero wiederholte Actus extrajudiciales keine zu rechte beständige Gewohnheit außmachen / ob sie gleich zur Wissenschaft derjenigen/ die sonst durch ihr stillschweigen heimlich drinn willigen können/ gekommen/ und an sich raisonnables, oder vernünftig sind.

Nicht alle Actus extrajudiciales machen eine rechtliche Gewohnheit / wenn sie gleich zur Wissenschaft des mehrer theils einer Gemeine gekommen/ und an sich vernünftig sind/ und viele Jahre vorgangen.

24. Und solcher gestalt mag dasjenige / welches etwann vergleichsweise unter diesem / oder jenem / ob gleich durch verschiedene wiederholte Actus, und offerens beliebt/keinen rechts-gültigen Gebrauch/woran auch andere Leute verbunden wären/nach sich ziehen. Angesehen in solchen Fällen/die eintige Leute besonders / (da sie nicht betrachtet werden als Glieder einer Republicque, eines Collegii, oder Zunft/oder Leute von einerley Profession) angehen/und auff andere insgemein nicht füglich sich appliciren lassen/die zu einem rechtmässigen Gebrauche erforderete heimliche Verpflichtung der Gemeine nicht vermehrt werden kann. Weil ein jeder bey solchen Fällen gedencet/das die Sache niemand/als die Contrahenten angehe / und daher / wann dergleichen Casus mit andern vorfallen sollten / ihm vorbehalten / nach seinem eigenem privat-Interesse sich zu vergleichen. Welche Meinung dann allerdinges bestärcket wird per l. Neg. pignus §. 1. ff. de div. Reg. jur. h. v. privatorum conventio juri publico non derogat, womit übereinstimmet. Scruv. in observ.

Was unter einem / oder andern besondern / etwann veraltete weise/ob schon offerens / und unter viele geschehen / nicht eine rechtliche Gewohnheit

E

Fendal,

Feudal. ad Syntagm. Jur. Feud. ad Cap. lx. th. 1. n. 5 h. v. Con-
 suetudo, quâ forte inter volentes divisio suscepta, non potest
 ad invitos trahi, cum de personâ ad personam non rectè
 Consuetudo extendatur. Add. Cothmann. *Vol. 2. Resp. 84.*
 n. 09. Alwo selbige Meinunge mit vielen andern Rechts-
 Gelehrten dahin Confirmiret wird, daß derogleichen privac-
 Actus, wo sie nicht durch ein / und andern Richterlichen-
 Spruch Confirmiret werden / keine zu rechte beständige
 Gewohnheit abgeben können. Auff welchen Fall aber/
 wenn nemlich Gerichtliche Confirmation darzu käme/
 die Gewohnheit nicht durch extrajudicial-Geschichte / wo-
 von jedoch alhie nur die Frage ist / sondern durch Ge-
 richtliche Actus, eingeführet würde.

25 Vielweniger können solche Actus extrajudiciales
 einen rechtlichen Gebrauch machen / die da zwar an sich
 unter privat-Contrahenten mit der Vernunft nicht strei-
 ten / aber dennoch einem dritten denen Umständen
 nach ohne Unvernunft / und Unbilligkeit nicht mö-
 gen angemuhret werden. Massen außgemacht / daß
 wol seyn kan / daß einerley Sache / so bey einem / und zu
 gewisser Zeit / auch auß gewissen Ursachen vernünftig
 ist / bey einem andern zu andererer Zeit / und auß andern
 Ursachen wol unvernünftig seyn könne. Das also
 diese erstgemeldte Art von Gebrauch / wenn er auch mit
 ehlichen Tausenden Actibus extrajudicialibus eingeführet/
 dennoch einem dritten nicht präjudiciren kan / weil er / in
 ansehunge des Dritten / wider die Vernunft laufft;
 Und daher so auß vernünftig einer rechtlichen Gewohn-
 heit wiederstrebet. Wie dieses Tit. III. mit mehrern erhellet.

26. Solcher art Gewohnheit ist / daß / zumahlen
 unter vornehmen Leuten / fast keine Heyrath gemacht
 wird / ohne Ehezärter unter denen Verlobten / und dero
 Nächstigen

Das vorher-
 gehende wird
 darach mit
 einem exem-

nächstigen Anverwanten auffzurichten. Dessen ohnerachtet kann eine solche Gewohnheit nicht in Consequen-
 ce gezogen werden/solcher Gestalt / daß/wenn eine Ehe mit Bewilligung derjenigen/so darinn willigen müssen/ abgeredet/und geschlossen / ohne einiger Ehezärter zu gedencken/eins der Verlobten theile genötiget werden möchte Ehe-pacta zu errichten/ und wenn es nicht wolte / die Ehe-Verlöbniße daherö wieder zurücker gehen müste: Altermassen ein solches Annuhten wieder die Vernunft ließe; und zwar aus Ursachen (1) Weil/vermöge Natur- und Vöcker-Rechts/ insgemein zu einem güetlichen Contract niemand gezwungen werden kann; quia omnes Contractus ab initio voluntatis sunt. *l. in commodato. 17. §. scilicet. 3. ff. Commodati.* (2) Weil/ wenn schon der widersprechende Theil gezwungen werden wolte Ehe-pacta zu machen/dennoch über den Inhalt der Ehe-pacten neuer Streit vorkommen würde; Worüber ebenfalls kein Zwang statt hätte: Weil mit der Vernunft streitet / daß man gezwungen zu einer Sache sich güetlich anheißlich machen sollte. Wolte man einwenden / daß sodann (wenn nemlich der eine Theil der Verlobten keine Ehe-pacta eingehen wolte) damit er nicht gezwungen würde wieder Willen etwas einzugehen / die Ehe wieder rückgängig werden müste/so ließe (3) aberneins wieder die Vernunft / Ehebar- und Billigkeit / und dabenebenst wieder das Göttliche Wort/massen in Gottes Nahmen/ und vor dessen Angesichte die Ehe unter Christen geschlossen wird / das man ein so wichtig- und Christliches Werk wolte umstossen/ wegen einer Condition, die doch bey der Ehebeliebunge nicht angefügget. Zu geschweigen/daß (4) wenn eine Ehe geschlossen / ohne der Ehezärter zu gedencken / zu präsumiren / daß beyde Theile heim-

del von denen Ehezärtern; Welche zwar gemeinlich bey einer 2. eyraß / zumahlen vornehmer Leute/ errichtet/ aber dennoch niemanden aufgebürdet werden können / wenn die Verlöbniße ohne Condition solcher errichteten Ehezärter verhältnißmäßig geschlossen wäre.

heimlich beliebet/und gewilliget/ das ohne Ehepaßen die Heyrath sollte getroffen seyn. Wäre also auch dahero wieder Vernunft/ und Billigkeit/ das man einen der contrahenten zwingen wolte Ehe-pacta einzugehen/da doch der ander Theil ebenfalls deroselben etwannmal tacite sich begeben.

Voriges alles
verstehet sich
von solchen
Fällen/da ei-
ne Gewohn-
heit dem be-
schriebenen
Recht nicht
entgegen ist.

27. Was bisanhero von Einführung einer Gewohnheit durch bloße Actus extrajudiciales, ohne zu thun Richterlicher Sprüche/ gehandelt/ solches verstehet sich von einer solchen Gewohnheit/ die ein jus scriptum, oder beschriebenes Gesetz weder umstosset/ noch extendiret/ oder restringiret/ sondern prater illud jus scriptum, neben selbigen beschriebenen Rechte eingeführet werden wil/und von denen Rechts-Gelehrten sonst genant wird: *Consuetudo novijuris introductiva*, das ist/ ein neues Recht einführende Gewohnheit.

Titul. VI.

Von denen Fällen/ in welchen zu bestärckung einer rechtlichen Gewohnheit *forum contradictorium*, das ist/ gerichtlicher Streit/ und Richterliche Erkantnisse erfordert wird.

Ein Gewohn-
heit wieder
das beschrie-
bene Recht/

Wenn solche Actus extrajudiciales, oder außer Gerichtliche Geschichte/ die einem beschriebenen Rechte entgegen lauffen/ vielfältig/ und so offte/ als es zu Einführung einer Gewohnheit erfordert wird/ vorkommen/ so wird es eine außergerichtliche Gewohnheit *Contra jus scriptum*, wieder das beschriebene Recht/ genant.

2. Selbige

2. Selbige wieder daß beschriebene Recht lauffen de Gewohnheit aber kan zu Recht nicht bestehen / wann sie nicht durch einige / und zum wenigsten zweene Gerichtliche Sprüche bestätiget werden.

3. Und mit dieser Distinction zwischen einer Gewohnheit neben dem beschriebenen Rechte / und einer Gewohnheit wieder das beschriebene Recht / werden der Rechts-Gelehrten Meinungen / welche sonst mit einander zu streiten scheinen / indem / wie *Tit. V. n. 1. seqq.* gedacht / einige dafür halten / daß es / zur Bestättigung einer Gewohnheit / der Richterlichen Confirmation nicht bedürfte / andere / daß sie allerdings nötig sey / verglichen / und einstimmig befunden.

4. Massen dann nebenst vielen andern der berühmte Cochmann, *vohz. Resp. 84. n. 64. seqq.* gar recht hievon also lehret. *Consuetudo contra jus non introducitur, nisi in contradictorio judicio, duabus ad minimum sententiis asserta, & firmata sit, l. cum de consuetudin. de leg. atque ita expressè docet Francisc. Accurs. glossatorum fere omnis princeps, & parens, in §. ex non scripto. de jur. nat. gent. & civ. & d. l. de quibus. & quamvis interpretes nostri ab istâ Accursianâ sententiâ contra morem discedant, & non rebus tantum judicatis, sed & aliis legitimis modis consuetudinem jure probari velint, tamen id tantum pertinet ad consuetudinem introducendam. At ut consuetudo non tantum inter aliquos observetur, sed & ut contra juris Communis dispositionem jus singulare, & exorbitans introducat, omninò necesse est, judicialem auctoritatem intervenire, quâ consuetudinem ita esse asseratur, & firmeretur, populo assentiente, vel non contradicente.*

5. Und diese Meinunge / daß nemlich eine Gewohnheit *Contra jus scriptum*, durch bloße Actus extrajudiciales, Ursache der Vorhergehen- ohne

den Meinun- ohne Richterliche Authorität zu rechte nicht bestehen mö-
ge/ halte ich der Vernunft allerdings gemäß zuseyn.
9c. Massen die beschriebene Rechte gemeiniglich mit guetem
Vorbedacht pflegen errichtet zu werden; dahero sie die
Vernunftunge mit sich führen / daß sie ihre sonderbare
vernünftige Ursachen zum Fundament haben. Wann
nun dagegen Gewohnheiten auffkommen können / die/
ob sie zwar der Vernunft nicht zu wiedern / dennoch
nicht so guete Ursachen zum Fundament haben / als die
beschriebene Rechte/und böse Consequencien nach sich ziehen
mögen/so achte vernünftig zu seyn / daß solche Gewohn-
heiten nicht ehe für ein Recht angenommen werden/ bis
sie durch Richterliche Sprüche confirmiret; aldiweil
sodann zu vernuhten / daß die Ursachen selbiger Gewoh-
heiten vorhero von dem Richter wol examiniret / und über-
leget / und für guet/und dero Gestalt erheblich befunden/
das besser sey bey denen Gewohnheiten es zu lassen / als
nach dem beschriebenen Rechte/ wogegen die Gewohnhei-
ten auffgekommen/zu urtheilen.

6. Hierzu kompt/daß auch diejenige / so ein Rich-
terliches Ampt führen/und üben / oder durch andere üben
lassen/entweder alleine / als Souveraine Herren / oder
zum wenigsten unà cum populo, daß ist/ **nebenst der Ge-
meine** denen Bürgern/oder Unterthanen/ (falls der Scas-
tus nicht planè popularis ist/ oder die Regierunge alleine
bey der Gemeine lieget / desgleichen aber nicht leichte zu
finden) potestatem legis ferendæ, & abrogandæ, daß ist/
Gewaldt und Macht Gesetze zu geben / und abzu-
schaffen haben. Wann nun durch einigte Actus extra-
judiciales, ohne daß sie durch Gerichtliche Erläntnisse Au-
thorisiert/eine wieder daß beschriebene Recht laufende Ge-
wohnheit für rechts-gültig wolte angenommen werden/so
würde

Andere Ur-
sachen warum
eine Gewohn-
heit gegen daß
beschriebene
recht unge-
führt / ohne
vorhergehen-
de Richterli-
che Sprüche
kein Recht ma-
chen mögen.

würde dadurch denen Bürgern/und Unterthanen in beyden Fällen/ in präjudiz Ihrer Obern/per indirectum verstatet/was ihnen von rechtswegen/und per directum nicht zu kompt: nemlich/ das sie durch ihre einseitig eingeführte Gewohnheit Macht hätten/ohne mittelbebung der Obern/ die Gesetze/so jedoch selbige/Ihre Obern/entweder alleine (als Souveraine Herren/oder die alleine Gewald haben Gesetze zu machen) oder mit Bewilligung der untern rechtswegen gegeben/abzuschaffen.

7. Und auß selbiger Ursachen/halte ich auch dafür/das auch diejenige Actus extrajudiciales, wodurch ein geschriebenes Gesetze interpretiret, limitiret, extendiret, und restringiret werden wil/keine zu rechte beständige Gewohnheit abgeben/wenn sie nicht durch einen/oder andern Gerichtlichen Spruch bestärcket.

8. Denn weil / populari statu excepto, das ist/die Fälle/da die Gemeine allein regieret/aufgenommen / denen Bürgern/oder Unterthanen/wie erst gedacht / wenigstens alleine / ohne mittelbebung der Obern / nicht zu kompt ein Gesetze durch extrajudicial Actus auff zuheben/so gebühret ihnen auch nicht dieselbe zu interpretieren, limitieren, extendieren/und restringieren: Cui enim non soli competit potestas ferendæ legis, ei neque soli competit potestas legis interpretandæ, limitandæ, extendendæ, & restringendæ.

9. Auß diesen vorgesezten Principiis, oder Gründen nun folget wetter/ das die jenige Richter / welche das Gericht nur alleine/nomine populi, das ist / im Nahmen der Bürger/oder Unterthanen/nicht aber auch zugleich nomine Superiorum, das ist / im Nahmen der Obern besetzen/durch ihre Urtheile/ womit sie einige zur Gewohnheit angegebene Actus extrajudiciales confirmiren wolten/ eine

Auß vorigen Ursachen kann ohne zuthun der Obern auch kein beschriebenes Gesetze interpretiret/limitirt &c. werden.

Ursache des Vorigen.

Die Richter können durch ihre Gerichtliche Sprüche eine Gewohnheit wieder die beschriebene Gesetze nicht einführen.

eine solche zu recht beständige Gewohnheit / mittelst welcher ein geschriebenes Geseze aufgehoben / oder abgethan würde / nicht einführen mögen. Massen es solchen falls an Untersuchung der Ursachen der Gewohnheit; und dem Consens derjenigen / die da potestatem legis mutandæ, daß ist die Macht ein Geseze zu verändern / wo nicht alleine / dennoch zum wenigsten nebst denen Bürgern / oder Unterthanen haben / allerdings ermangelte. Conf. Da. Samuel, Stryk, *dissert. Vl. 1. dissert. 23. Cap. 2. n. 12. 13.*

Titul. VII.

Von der Krafft / und Wirkung der Präjudicatorum, oder derjenigen Urtheil / so vorhin in eben dergleichen Fällen verschiedentlich abgegeben; wie weit nemlich selbige eine rechtliche Gewohnheit machen.

1.

Auß demjenigen nun / was in vorigem Titul vorgestellt / machet sich der Schluss von selbstem daß man in genere alle Präjudicata, daß ist / die in andern mit denen obschwebenden übereinstimmenden Fällen vorhin abgesprochene Urtheile nicht verwerffen könne / sondern in gewissen Fällen nach selbigen Rechtswegen urtheilen müsse / wenn gleich sothane præjudicata dem beschriebenen Rechte entgegen stessen / selbiges explicierten, limitierten, extendierten, oder restringierten.

2. Wären auch solche Präjudicata abgesprochen von / oder im Nahmen einer Obrigkeit / die ohne zuthun der Bürger / oder Unterthanen macht hätten Geseze zu geben /

Alle Präjudicata sind nicht zu verwerffen.

Die Präjudicata, so von einer Souverainen Obrigkeit

geben / so hätte es so vielweniger Streitt; so gar / das aus vorangeführten Ursachen nicht einmahl nötig wäre / daß vor abgegebenen præjudicatis eine solche Gewohnheit durch einige Actus extrajudiciales veranlasset worden. Weill tacitus populi consensus, daß ist / die stillschweigende Bewilligung einer Gemeine hierzu nicht erfordert wird / in dem eine solche Herrschafft alleine Macht hat Gesetze zu geben / und zu ändern wann / und so oft sie wil.

3. Vermeyne jedoch hiebey zu beobachten nötig zu seyn / daß / wenn solche Præjudicata eine vollkommenere / zu rechte beständige Gerichtlich eingeführte Gewohnheit nach sich ziehen solten / selbige nicht von denen Untersondern von denen Ober-Richtern (als an welche von denen Unter-Richtern appelliret werden kann) einer solchen Souverainen Herrschafft abgesprochen seyn müsten. Denn obgleich die Unter- so wol / als die Ober-Richter von derselben Herrschafft die Macht haben Gerichte zu üben / so üben dennoch die Unter-Richter solche Macht nur Mittelbar / und von wegen einiger Land-Städte / oder anderer unter der hohen Herrschafft stehenden geringern Obrigkeit / welche nicht befuegt ist Gesetze nach Gefallen zu geben / noch viel weniger diejenige / so ihre hohe Obrigkeit ihnen vorgeschrieben / um auff ihren Eyd darnach zu verfahren / mit ihren Gerichtlich aussprüchen / und præjudicatis zu ändern. Worzu dann noch dieses hinzu kömpt / daß der Parthey / welcher zum Nachtheil eine Urtheit im Unter-Gerichte ettwan gesprochen / frey stehet in Sachen / die appellabel sind / an daß Ober-Gericht zu appelliren / das also mann auch nicht einmahl alle Zeit gewisse præjudicata in denen Unter-Gerichten haben möchte / weil mann nicht wissen könte / ob eine solche Urtheit im Obern Gerichte Confirmiret. Woste mann aber solches mittelst

keit abgegeben werden / machen in gleichen Fällen ein Recht / weil gleich keine Actus extrajudiciales vorgegangen.

Jedoch haben die præjudicata bey / ob schon unter einer Souverainen Herrschafft stehenden / Unter-Richter / die Bindung nicht.

Confirmatorie-Urtheiln des Obern Gerichts erweisen / so wäre es nicht mehr für ein Präjudicatum des Nieder- sondern des Ober-Gerichts zu achten / *id. Dn. Samuel Stryk. vol. 1. dissert. 23. Cap. 2. n. 11. fin.* Wäre auch in einer appellabelen Sache ans Ober-Gerichte nicht appelliert / so könnte ebenfalls die Nieder-Gerichts-Urtheil kein Präjudicatum machen ; weil / wann einer / oder ander seines Rechtens in Nachgebunge der Appellation sich begeben wolte / solches einem dritten nicht präjudicieren könnte.

Ursache / war-
im auß vori-
ge Umständen
man dafür
halten möchte/
ob könnten die
Ober-Richter
so wenig / als
die Unter-
Richter durch
ihre Präjudi-
cata ein Recht
machen :
Sampt Be-
antwortunge
des Zweifels.

4. Wolte man hiegegen einwenden / daß die zu einem Ober-Gerichte von einer hohen Herrschaft verordnete Herrn ebenfalls gemeinlich mittelst Eydes an die geschriebene Gesetze verbunden wären / und daher eben so wenig / als die Unterrichter in ihren Urtheilen davon abweichen / oder durch viele präjudicata eine Gewohnheit dagegen einführen möchten / So wäre diesem Einwurff damit zubegegehen / daß sothane Herrn des Obern-Gerichts viele Ursachen / die bey einem Unter-Richter sich nicht finden / haben können / warum sie / ohnverleht ihres Gewissens / in gewissen Fällen anderst sprechen / als in dem beschriebenen Gesetze versehen. Denn / anderer Ursachen vorjeho nicht zu gedencken / so pfleget eine Herrschaft denen zum Obern-Gericht verordneten Rätthen gemeinlich expresse zu befehlen / daß / wenn sie einige Mißbräuche / oder unordnungen fänden / sie selbe abschaffen / dahingegen über guete Ordnungen / und Gewohnheiten halten / und dahinn sehen sollen / daß auch die Mängel / so in denen beschriebenen Gerichts-Ordnungen / und andern Satzungen sich finden / abgestellet werden. Wie dann auch selbigen Rätthen zum offtern die Regierung pfleget aufgetragen zu werden / daß sie daher die Person ihrer Obern präsentieren / und also / Krafft tragenden Ampts / und

und Vollmacht um so viel mehr befüget durch ihre Präjudicata, im Rahmen ihrer Herrschafft/Gesetze zu geben / und zu ändern. Welches alles von denen Unter-Richtern nicht kan gesaget werden.

5. Nach dem nun betrachtet / welchen Nachdruck die Präjudicata haben / so von einer solchen Herrschafft / die da berechtigt ist alleine Gesetze zu geben / herrühren / so ist auch zu wissen / daß es eine andere Beschaffenheit habe mit denen präjudicatis, die da gegeben werden von einer solchen Obrigkeit / welcher / ohne zuthuen der Untern / Gesetze zu Ordnen nicht zukompt. Massen deroselben präjudicata, falls sie ein neues Recht machen / oder auch ein beschriebenes Gesetze ändern / und aufheben sollen / nothwendig solche / und so viele Actus extrajudiciales vor sich haben müssen / als zu einföhrung einer rechtlichen Gewohnheit nötig. Allermassen auß dem Titul. V. offenbahr / daß bey so gestalter Regierunge eine Gewohnheit ohne stillschweigende Einwilligung der Gemeine / welche auß solchen Actibus extrajudicialibus præsumiret wird / keine Krafft rechtens erreichen möge.

6. Ob nun zwar solcher Gestalt manñ dafür halten möchte / daß in solchen Republicquen, da ohne Consens der Gemeine keine Gesetze gemacht / noch geändert werden / ohne Actibus extrajudicialibus, durch bloße Präjudicata gar keine Gewohnheit auffkommen könte / so ist dennoch anzumercken / daß hievon aufzunehmen die Fälle / welche / ihrer eigenschafft nach / denen extrajudicialen Actibus nicht unterworfen. Derogleichen Art nun sind diejenige Actus, die bloßhin in denen Gerichten wegen der Ordnung des Processus vorkömen. Denn / weil nicht geleugnet werden kan / daß in denen Gerichten circa ordinem processus, das ist / bey der Ordnung des Processus viele

Die Präjudicata, so von einer solchen Herrschafft herrühren / die da nicht alleine Gesetze zu geben / müssen gegründet seyn auß vorgehende außgamae Actus extrajudiciales.

In bloßen Gerichtlichten Actibus dürff / und können auch keine Actus extrajudiciales vor einer rechtlichen Gewohnheit hergehen.

Fälle bloes von der Gewohnheit/ so durch verschiedene Gerichtliche Actus, so wol unter denen Richterlichen Personen/ in abgabung der Bescheide/ als Procuratoren, in führung des Processus, eingeschlichen/ dependieren/ in dem davon keine ausdrückliche beschriebene Ordnung vorhanden/ so ist auch kein Zweifel/ daß ohne extrajudiciale Actus in gewissen Fällen eine Gewohnheit gar wol könne/ und müsse angenommen werden; Vid. Dr. Sam. Stryk. *vol. 1. dissert. 23. Cap. 3. n. 17.* Ohnerachtet in contradictorio foro, daß ist/ auff unter einigen Partheien vorgefallenen Gerichtlichen Streit/in dergleichen Fällen einige Präjudicata durch gewisse Urtheile nicht ergangen wäre. Wiewol/ wenn solche gerichtliche Actus durch gewisse Urtheile auch Confirmiret/ selbige desto mehrere Wirkung zu einer rechtlichen Gewohnheit hätten/ weil als denn zu präsumiren wäre/ daß die Richtere/ die solche präjudicata abgeben/ solche Gerichtliche Gewohnheit für vernünftig gehalten/ weil sie ihre Urtheile darnach eingerichtet.

7. Wiewol auch dafür halte/daß/ weil es in diesen Fällen an dem tacito Consensu populi, daß ist/ an dem stillschweigenden beyfall der Gemeine ermangelet/ ein Richter/ der nicht souverain ist/ zuvorab in Fällen/ da der Gerichtliche Brauch contra jus scriptum, wieder ein beschriebenes Recht/ als die Gerichts- und andere öffentliche beschriebene Ordnungen/ wornach man zu verfahren Endlich sich verpflichtet/ einschleichen wolte/ hierinnfalls desto mehrer behuetsamkeit zugebrauchen/ und vornehmlich dahin zu sehen habe/ ob eine solche gerichtliche Gewohnheit auch vernünftig/ durch viele Actus, und von langer Zeit her (wovon bald ein mehres) eingeführet/ und ob gnugsame Ursachen vorhanden seyn/ warum man von dem beschriebenen Rechte abgehen/

Es mag aber jedoch ein Richter nicht alle gerichtliche Gewohnheit ohne Unterscheid für ein Recht annehmen/ zu zahlen wenn sie wieder die Gerichts-Ordnung laufft.

hen/und nicht vielmehr bey selbigem beschwornen beschriebenen Rechte es bewenden lassen könnte. Denn ob zwar diese Dinge auch bey extrajudicial-Gewohnheiten wol in Acht zunehmen/so vermeine doch/ das in dergleichen judicialibus, wo von wir anho handeln/ es mehr/und fast alleine auff das Arbitrium judicis, das ist/ auff des Richters guetbefinden ankomme. Weil er/ wie gedacht/ wegen Mangel der extrajudicial-Actuum, tacitum populi consensum, die heimliche Beypflichtung einer Gemeine/nicht vor sich hat / und also um so viel woeniger befuegt ist gegen das beschriebene Recht eine Gewohnheit anzunehmen. *Conf. hujus Tract. Tit. XIII. n. 6. seqq.*

8. Hiemit nun vermeine gangsam behauptet zu seyn / das die Præjudicata auff gewisse Masse nicht zu verwerffen/sondern vielmehr ein Recht/wornach mann auch in andern dergleichen Sachen zu verfahren habe / zu halten. Es ist aber vornehmlich hiebey auch nicht aus der Acht zulassen / das mann bey allegirung der Præjudicatorum versichert seyn müsse/das der vorsehende Casus nach allen Umständen/ mit denen Fällen/ worauff die Præjudicata ergangen / ohnstreitig überein stimme. Denn wenn es an der gleichheit der Casuum, und dero Umständen ermangeln sollte/ so wären es eigentlich keine zu gegenwärtiger Sache gehörende Præjudicata, und möchten selbige vermeinte Præjudicata daher auch hier, innsfalls als in einer ganz anderen Sache kein Recht machen.

Ob nun zwar ausgemacht/ das die Præjudicata nicht alle zu verwerffen/so ist dennoch vornehmlich wol in acht zu nehmen/ das die Præjudicata allen Umständen nach mit dem vorhabenden Casu einstimmen müssen.

9. Allermassen Cothmannus Vol. I. Resp. 13. n. 124. seqq. gar recht hievon also schreibet. Non debemus commoveri præjudicio à Mynsingero recitato. Nam quemadmodum præjudicia ista Tribunalis supremi non temerè sunt repudianda, sed attentè consideranda, sic quoque non temerè sunt pro lege,

Cothmanni Meinungen hievon / das die Præjudicata ohne gute Vorbedacht nicht anzunehmen.

lege, vel oraculo Delphico habenda. Sunt enim res inter alios actas, & de actis, super quibus concepta, & pronunciata sunt, nihil constar, ut verissimè dici possit, præjudicia ea habere se instar alicujus referentis, ideoque nihil certi probare, nisi antè de relato satis constet, *l. in testamento. 27. de condu. & demonstr. auth. si quis in aliquo. Cod. de edendo. Natta Conf. 673. n. 4. Joan. Cephal. Consil. 200. n. 7. lib. 2. Jac. Menoch. Conf. 1. n. 6. Matth. Vvesenbec. Conf. 15. n. 52. Andr. Gail. lib. 1. obs. 82. n. 26. Conf. Blumii Process. Camer. tit. 2. n. 24. 25.*

Wenn die
Casus in al-
ten Umstän-
den gleich
sind / muß
man nach de-
nen præjudi-
catis verfab-
ren.

10. Weil aber auch solche Casus gar wohl vorkommen / die mit denen Fällen / worauff die etwan allegirte Præjudicata ertheilet / vöslig einstimmen / so sind / wie erst gedacht / solche Præjudicata, wenn alle ein recht machende vorbeschriebene Umstände dabey vorhanden / billig / und alserdings anzunehmen. Constat enim de similibus ad similia reatè procedi, & consuetudinem atque observationem legum, atque statutorum interpretem certissimam, & optimam esse, *l. non possunt l. sed & ea, cum leg. seqq. ff. de legib. Cothm. Vol. 3. Resp. 11. n. 15.*

Ein Richter
sollte die A-
cta der Sa-
chen worüber
die præjudi-
cata ergan-
gen / nachsehen.

11. Welchem zu folge dann auch ein Richter / wenn einige Præjudicata von einer Rechts-Parthey angezogen worden / und er nicht versichert ist / ob alle Umstände in allem übereinstimmen / das Protocollum, und Acta, der Sachen / worauff die præjudicata ergangen / wieder nachsehen mußte / im von denen Umständen Gewißheit zu haben / *Cothmann. d. Vol. 3. Resp. 40. n. 32. seqq.*

Blumius bet-
meinet eine un-
nützliche Be-
weisheit zu seyn /
dass man præ-
judicata zu-
sammen tra-
ge / & con-
tradiciert ihu
aber selbst.

12. Und weil dann bey so gestalten Umständen die Præjudicata so grossen Nutzen haben / so kan ich nicht absehen / was Blumius in *Process. Camer. d. tit. 2. n. 25.* betwogen haben mußte zu schreiben / dass die jenige / so die Præjudicia Cameralia zusammen getragen / ihre Zeit unnützlich angewandt. Zumahlen da er nachmahls *n. 26.* setzt / dass in Camera

merà man so sehr an denen præjudicatis verbunden / daß / auff
 Angeben der Advocaten, die Assesores Anno 1643. von de-
 nen Deputirten der Reichs-Stände zu Rede gestellet we-
 gen dessen / daß sie im urtheilen von ihren eigenen præjudi-
 catis öffters abgingen. Zugeschweigen / daß derselbe Blu-
 mius nachhero selbst Chihadem sententiarum Cameralium,
 das ist / Ein tausent Cameral-Urtheilen in öffentlichem
 Druck heraus gegeben.

Titul VIII.

Von dem Vierten Haupt-Grunde einer zu Rech-
 te beständigen Gewohnheit; daß nemlich selbige
 alt / und von vielen Jahren hero schon im
 schwange gewesen seyn
 muß.

1.

Nachdem nun im vorhergehenden beobachtet / daß eine
 zu rechte beständige Gewohnheit der Vernunft ge-
 mäß seyn / und durch verschiedne / und so viele actus extra-
 judiciales, daß sie zur Wissenschaft des mehrentheils einer
 Gemeine in einer Republicque, Collegio, oder Junfft gekom-
 men zu seyn præsumieret werden möge / entweder alleine/
 oder mit Zuthuen Gerichtlicher Sprüche / in gleichen
 durch bloße actus judiciales, auch in gewissen Fällen durch
 bloße præjudicata, ohne vorhergehende actus, eingeführet
 werden könne / und müsse / so ist vornehmlich / und haupt-
 sächlich Viertens allhier auch zu erwegen / daß zu einer
 Gewohnheit auch nöthig sey / daß sie von vielen Jahren /
 und von alters hero schon im schwange gewesen /

Kurze Wie-
 derholung
 dessen / was
 im vorherge-
 henden ge-
 handelt.

Der Vierte
 Hauptgrund
 einer Ge-
 wohnheit ist/
 daß sie alt seyn
 verb.
 1077.

Verb. diuturni mores. Inst. de Jur. nat. gent. & civ. l. 32. §. 1. verb. inveterata consuetudo. ff. de leg. sen. & long. consuet. l. 33. verb. diuturna consuet. ff. eod. l. 35. verb. longâ consuetudine. it. per annos plurimos. ff. eod.

Eine Gewohnheit muß alt seyn / nach dem Hamburgischen Statuto.

2. Mit welchen Römischen Rechten hierinnfalls übereinstimmet das Hamburgische Stadt-Recht; Epilog. h. v. Solche alte redliche Gewohnheiten / ic.

Das Alter einer Gewohnheit richtet sich nach dem Unterscheid der Rechte.

3. Es ist aber hiebey zu merken / daß nach Unterscheid der Rechte mehr / oder weniger Jahre zur Befestigung / oder Verjährung einer Gewohnheit erfordert werden.

Einige Gewohnheiten erfordern ohndenkliche Jahre.

4. Ich rede allhie nicht von solchen Fällen / da die eine Gewohnheit einführende Aulus in den Statum publicum hineinlauffen / und der Regierung in ihren vorbehaltenen Rechten / (Reservatis) Eingriff thun wollen / denn in solchen Fällen ohne Unterscheid eine Zeit von ohndenklichen Jahren zu einer Gewohnheit gehöret. *Vid. cum aliis Schneidewin. ad §. ex non scripro. n. 5. Instit. de jur. nat. gent. & civ. Gail. lib. 2. obs. 31. n. 4.*

Es wird allhie nur gehandelt von dem jure privato.

5. Massen meine Intention nur ist / von denen ad jus privatum, zu denen Privat-Rechten gehörenden Fällen zu handeln.

Das Päpstliche Recht macht wegen des Alters einen Unterscheid.

6. Und in diesen Fällen wird nach dem Päpstlichen Rechte ein Unterscheid gemacht unter einer Gewohnheit / die wieder ein offenbahr beschriebenes Recht / contra jus scriptum, laufft / und unter einer Gewohnheit / welche neben einem solchen beschriebenen Rechte / præter jus scriptum, auffgefunden.

Und erfordert contra jus scriptum 40. Jahre.

7. Denn in Fällen / die wieder das beschriebene Recht lauffen / erfordert solches Päpstliches Recht zur Verjährung einer Gewohnheit Dierzig Jahre.

8. In

8. In Fällen aber / da neben einem beschriebenen Rechte / ohne selbiges zu verlesen / eine Gewohnheit einschleichen / sind / nach dem Päpstlichen Rechte / Zehen Jahre genug einer solchen Gewohnheit die Krafft rechtens beyzulegen. *Vid. Schneidewin, ad Inst. de J. N. gent. & civ. §. ex non scripto n. 5. Gail, lib. 2. obs. 31. n. 3.*

Præter jus.
scriptum 10
Jahre.

9. Nach dem Sachsen-Rechte werden zu Bestätigung einer Gewohnheit erfordert Dreitzig Jahre / Jahr / und Tag / das ist / Ein / und dreitzig Jahre / Sechs Wochen / und drey Tage. Denn nach dem Sachsen-Rechte bedeutet bey der Redens-Art: Jahr / und Tag; Das Wort: Tag; soviel / als; Sechs Wochen / und drey Tage. *Schneidewin, loc. cit. Coler. de process. execut. p. 2. cap. 3. n. 30. edit. vet.*

Nach dem
Sachsen-
Rechte 30.
Jahr / 2. Jahr /
und Tag.

10. Nach denen gemeinen Käyser-Rechten sind zu Bestätigung einer Gewohnheit Zehen Jahre genug. *Schneidewin. & Gail, loc. cit.*

Nach denen
Käyser-Rech-
ten 10. Jahre.

11. Und mit diesem gemeinen Käyser-Rechte stimmt ein das Hamburgische Stadt-Recht. Weil / secundum Epilogum statuti, die Käyser-Rechte Statt haben in Fällen / davon in dem Statuto insonderheit nichts verordnet. Wiewol man auch aus dem Statuto selbst / und zwar aus der Verjährungs-Materie wol argumentieren möchte / daß eine Gewohnheit für alt zu achten / wenn sie von 10. Jahren her schon im Schwange gegangen. Angesehen in selbigem Statuto p. 111. 21. art. 2. ein longum tempus, das ist / eine lange Zeit / Zehen Jahre genant werden. Zwar wird in selbigem Articulo ein Unterscheid gemacht unter denjenigen / so allezeit in der Stadt / oder dero Gebiete zugegen / und unter denen / so abwesend gewesen / und dabey geordnet / daß / falls einem Abwesenden eine Verjährung nachtheilig seyn sollte / sothane Verjährung durch

Nach dem
Hamburgi-
schen Stadt-
Rechte 10.
Jahre.

Zwanzig Jährigen Besitz des Verjährenden erhalten seyn müste. Es darff aber dieser Unterscheid bey einer Rechtlichen Gewohnheit nicht in acht genommen werden/ weil das Stadt-Recht von einer anzuführenden allgemeinen Gewohnheit eigentlich nicht / sondern nur von einem besonderen Rechte/ unter zwo Parthenen handelt. Nun ist bekant/ daß die Statuta von einem casu auff den andern nicht zu extendieren; Zuvorab wann/ wie in diesem Fall/ man von dem gemeinen Rechte / welches secundum Epilogum statuti, wie gedacht/ allhie statt hat/ abgehen wil. Vid. eum aliis Carpoz. *J. F. p. 3. Const. 20. Def. 11. h. v.* Nec statutum, quod stricti juris aliàs habetur, extra casum illum, de quo expressè loquitur, ad aliam speciem, nunquam forsan cogitatum, extendendum est, sed ad unguem est observandum, ut quàm minimum jus commune lædatur, præsertim quando juris communis correctorium est, Add. Cothm. *Vol. 1. Resp. 3. n. 70. Vol. 2. Resp. 84. n. 43.* Über das ist oft gedacht/ daß eine Gewohnheit vornehmlich durch eine heimliche Bestimmung des mehrern theils der Gemeine eingeführet/ und ein Recht werde: Ob nun gleich einer/ oder anderer unter der Gemeine abwesend gewesen wäre/ da eine solche Gewohnheit aufgekommen / und einmahl ein Recht geworden / so möchte er dennoch wegen seiner Abwesenheit auch dahero eines solchen Rechtes sich nicht entschütten/ weil/ was durch den mehrern Theil beliebt/ durch eine/ oder andere Personne alleine nicht kan umgestossen werden: Und zwar eben so wenig/ als ein beschriebenes Recht; Was sen eine Gewohnheit/ wie obgedacht/ nicht weniger Krafft/ und Wirkung hat/ als ein beschriebenes Recht / welches ohne einzigen Streit auch alle Abwesende/ wenn sie unter der Republicque / da das Gesetze in ihrer Abwesenheit gegeben/ nachmahls sich niederlassen/ und daselbst Bürger oder Unterthänig werden/ verbindet.

12. Jun.

12. Inmittelfst fänget sich die vorgedachte zu etner Rechtlichen Gewohnheit erforderte Zeit an von dem ersten Tage/da die Actus, welche eine solche Gewohnheit erheischet/ beginnen geübet zu werden. Schneidewin, *ad d. §. ex non scripto. n. 5. Inst. de Jur. nat. gent. & civ. & cum Bart. & Jason. Gail. d. lib. 2. obs. 31. n. 3. fin.*

13. Es muß aber diese Zeit nicht interrumpieret / noch unterbrochen / sondern die Gewohnheit / wie man pfleget zu reden / unverrücket seyn. Vid. Schneidewin, *ad §. ex non scripto. n. 5. Inst. de Jur. nat. gent. & civ.* Denn wenn wehrender Zeit / und ehe die Verjährungs Frist zum Ende / einige andere / denen vorigen zuwieder laufende Actus vorgehen / so möchten die vorige keine zu Rechte beständige Gewohnheit machen; Weil so dann die Interruption, und Unterbrechung der Verjährung veruhrsachete / daß die Gewohnheit so lange nicht im Brauch gewesen / als erfordert würde: Annebenst zu vermuthen wäre / daß die Gemeine / so sonst mit stillschweigender Bewilligung durch verschiedene Actus die Gewohnheit hätte wollen einführen / sich wiederum eines andern besonnen / oder wenigstens an noch ungewiß wäre / welches sie eigentlich für ein Recht wolte gehalten haben. Vid. *suprà alleg. Cothm. Vol. 5. Resp. 12. n. 226. 227.*

14. Dieses ist nun zwar die gemeine Opinion der meisten Rechts-Gelehrten / wann sie von der Zeit / binnen welcher eine Gewohnheit Kraft Rechts erlanget / handeln. Ich halte aber dennoch dafür / daß auch in diesem Fall dem arbitrio judicis, das ist / dem Guetdüncken eines Richters / wenn über eine Gewohnheit im Gerichte Streit vorfällt / etwas heimzugeben.

15. Denn ob gleich zur Bestättigung einer Gewohnheit

Wann die zu einer Gewohnheit erforderte Zeit aufhänge zu laufen.

Die Zeit muß durch conträre Geschichte nicht interrumpieret seyn.

Bei dem Miter einer Gewohnheit muß dem Guetdüncken des Richters etwas heimgelassen werden.

Ursache warum?

heit ohne allen Zweifel eine geraume Zeit erfordert wird/ weil die oballegirte Orthe / so wol in denen gemeinen Käyserl. als Hamburger Stadt-Rechten ausdrücklich dahin zielen / so findet sich dennoch weder in dem besagten Röm. Käyserl. noch in dem Stadt-Rechte keine gewisse Zeit/oder die besagte Zehnjährige Frist determinieret / oder ausgedrückt. Und glaube ich / daß die Rechtsgelehrte auff die Meinung der Zehnjährigen Frist dahero gerathen / daß sie dafür gehalten / ob könnte man aus dem ordinaren Verjährungs-Rechte auch über die zu einer Rechtlichen Gewohnheit erforderte Zeit argumentiren / oder bündige Schlüsse machen. Zumahlen da dasselbe Wort: Longa; so in der Verjährungs-materie gebräuchet wird / und eine Zehnjährige Frist bedeutet / auch bey einer Gewohnheit vorkäme. Weil aber dennoch das Wort: Longa; nichts anderst heisset / als: Lange; und an sich eine Zeit von zehn Jahren nicht nach sich ziehet / so verneine / daß / wann es dem Worte: Consuetudo: oder / Gewohnheit; beygefüget / es von einer Zehnjährigen Frist nothwendig nicht zu verstehen sey / ohnerachtet es sonst in dem ordinaren Verjährungs-Rechte / nach klarem Inhalt der darüber beschriebenen Gesetze / so viel bedeutet. Bleibet also meines Erachtens es dabey / daß man hier in falls / wie gedacht / dem Arbitrio, oder Guetbefinden des Richters allerdings Raum geben müste / solcher Gestalt / daß bisweilen mehr / bisweilen weniger Zeit / als Zehn Jahre zu Bestätigungung einer Rechtlichen Gewohnheit anzunehmen.

Dennoch muß eine Gewohnheit nicht leicht unter Zehnjährig

16. Damit aber ein solches Arbitrium, oder Guetdüncken gleichwol nicht ohne Vernunft von einem Richter gebräuchet werde / und selbiger auff die Gedancken nicht gerathen

rathen möge/ ob stünde/ solchem Guedüncken gemäß/ bloß
in seinem freyen Willen/ wie lange Zeit er zu Behauptun-
ge einer Rechtlichen Gewohnheit erfodern wolte; So ver-
meine vernünftig zu seyn/ daß man in begebenden Fällen
eine Gewohnheit nicht leichte unter Zehen Jah-
ren annehme; Weil die Zeit unter Zehen Jahren/ nicht
wol für eine lange Zeit ausgegeben werden kan. Und hät-
te man dabey vornemlich zu betrachten/ ob auch die Actus,
worauß eine Gewohnheit sich gründen wil/ so beschaffen/
und so offte offenbarlich vorgefallen sind/ daß sie vermuth-
lich von der Gemeine/ oder denen jenigen/ so deroselben
heimlich beypflichten müssen/ als eine Rechtliche Gewohn-
heit heimlich angenommen.

17. Solte es hieran ermangeln/ so vermeine/ daß zu
Befestigung einer Gewohnheit keine Zehen/ noch mehr
Jahre zureichen können; Zuvorab/ wenn die Gewohnheit
wieder das beschriebene Recht ließe/ und mittelst Gericht-
lichen Sprüche nicht bestärcket. Die Ursache dessen ist
leichte zu nehmen aus demjenigen/ was von denen
Hauptgründen einer Gewohnheit im vorhergehenden ge-
lehret.

18. Dahingegen stehe ich auch in denen Gedancken/
daß/ ob gleich eine Gewohnheit/ so noch nicht Zehen Jahre
im Brauch gewesen/ nicht leichte/ wie erst gemeldet/ für
eine rechtliche Gewohnheit anzunehmen/ dennoch ein Rich-
ter in gewissen Fällen wol besuegt sey/ nach einer solchen
Gewohnheit/ zumahlen wenn sie das Jus scriptum, oder be-
schriebene Recht nicht löchericht machete/ zu urtheilen.
Und dieses zwar vornemlich in solchen Fällen/ da die Actus,
oder Geschichte/ worauß solthane Gewohnheit sich gründen
wolte/ so offte/ und vielmahl vorgegangen/ daß der
tacitus

Jahren ange-
nommen wer-
den; und ein
Richter hier-
inn sein Arbi-
trium mit
Vernunft an-
wenden.

Es können
Fälle vorkom-
men da Zehen
und mehr
Jahre nicht
zureichen.

Dahingegen
kan in gewis-
sen Fällen
eine Gewohn-
heit binnen Ze-
hen Jahren
eingeführt
werden.

tacitus populi consensus, oder die stillschweigende Einwilligung der Gemeine / oder deder die sonsten darin consenciren müssen / offenbahrllich / un ohne einzigen Streit daraus abzunehmen. Allermassen ja / wie aus vorigem erscheinet / kein Zweifel ist / dasz einer von denen vornehmsten Gründen / wor auff eine Gewohnheit sich fuesset / jeso-gedachte heimliche Einwilligung sey. Wann derowegen der Wille einer Gemeine / oder der jenigen / so sonsten darinn willigen müssen / feste gestellet / und der Spruch eines Ober-Richters darzu kompt / so ist so viel weniger zu zweifeln / dasz eine solche Gewohnheit Krafft Rechtens erlanget / ob schon noch keine Zehen Jahre darüber verfloffen.

Die vorge-
dachte Mei-
nung wird
auch von an-
dern Rechts-
Gelehrten an-
genommen.

19. Und damit man nicht dafür halten möge / ob sey diese meine Meinunge singular, und habe selbige von anderen Rechtsgelehrten keinen Beyfall / so kan hierüber un-
ter andern nachgesehen werden / Jacob. Menoch, *de arbitrr. jud. qnaest. lib. 2. cent. 1. cas. 83. n. 6.* allwo er lehret / dasz die neueste Meinunge der Rechtsgelehrten sey / dasz man dem Guetdüncken eines Richters die Zeit der Einführunge et-
ner Gewohnheit übergebe. Womit übereinstimmet Carp-
zov. *J. For. part. 2. Const. 3. def. 21. n. 4 h. v.* Nec enim hæc res aperto jure definita est, ut merito tempus præscriptio-
nis ad introducendam consuetudinem arbitrio judicis relin-
quendum existimem. Add. Dn. Sam. Stryk, *Vol. 1. Dissert. 23. cap. 3. n. 20. seqq.*

Titul.

Titul. IX.

Von dem Beweis einer zu Rechte beständigen Gewohnheit/ und wer selbige erweisen müsse / oder nicht.

I.

Wenn im Gerichte über eine Gewohnheit Streit vorfällt/ und die eine Parthey leugnen wil / daß es eine zu Rechte beständige Gewohnheit sey/ oder auch/ wenn der Richter selbst/ ex officio, Krafft führenden Ampts/ ohne der Partheyen Erinnern/ die Sache so befindet/ und mittelst interlocuti erkennet / daß die Gewohnheit erwiesen werden muß / so ist die Parthey / welche auff die Gewohnheit ihr Rechte gründen wil / schuldig / solche Gewohnheit wahr zu machen. Denn weil die Gewohnheit kein beschriebenes Gesetz ist / sondern in blossen Geschichten / welche mit der Zeit Krafft Rechts erlanget / bestehet / so müssen selbige Geschichte erwiesen werden / und zwar/ wie gedacht/ von denenjenigen / die auff die Geschichte / und dar auff sich gründende Gewohnheit sich beziehen. *Consuetudo enim est res facti, ideoque allegans eam probare debet, per c. 1. de Constit. in 6. Coler. de process. execut. part. 1. cap. 3. n. 31. seqq. edit. vet. Gail. lib. 2. obs. 31. n. 15. Cothmann, Vol. 4. Resp. 3. n. 335. Carpzov. J. Fp. 2. Const. 3. def. 22. n. 1. seqq.*

Eine Gewohnheit muß erwiesen werden von dem/ der sich dar auff gründet.

2. Und daß dieses auch denen Hamburger Stadtrechten gemäß sey / ist zu sehen in Epilog Stat. Hamb. h. v. Da sich jemand auff eine redliche / in dieser Stadt wohl hergebrachte Gewohnheit gründen würde/ soll der Parthey solche angezogene Gewohnheit zu beweisen zugelassen seyn/ it. h. v. daß solche vorgedachte erwiesene ehrbare Gewohnheiten/ zc.

Welches auch dem Hamburger Stadtrechte gemäß ist.

3. Und

Wer sich auff
eine contrare
Gewohnheit
beziehet / muß
selbige erwei-
sen.

3. Und aus eben derselben Ursache muß auch derjenige / so sich auff eine der zu erst angeführten Gewohnheit entgegen lauffende andere Gewohnheit beziehet / eine solche contrare Gewohnheit erweisen / *per l. i. ff. de excep. Cochm. Vol. 3. R. 36. n. 71. h. v. contrariam consuetudinem allegans probare eandem tenetur.*

Wer eine
Gewohnheit
leugnet / darff
nicht erwei-
sen / daß es kei-
ne Gewohn-
heit sey.

4. Hieraus nun folget / daß / wenn derjenige / so sich auff eine Gewohnheit gründet / den Beweis seinem Widersparth aufbürden / und verneinen wolte / ob müste selbiger erweisen / daß eine solche Gewohnheit nicht hergebracht / mit seinem Annuhten abzuweisen. Wie im gleichen auch der nicht zu hören / der / wenn eine Parthey eine Gewohnheit erwiesen / vorwenden wolte / ob wäre die Gewohnheit durch eine contrare Gewohnheit aufgehoben / und müste sein Gegentheil erweisen / daß sie nicht aufge-
hoben. *Unusquisq; enim tenetur probare ea, quae sunt Fundamenta sua intentionis, Francisc. Herculani, de prob. neg. n. 3.*

Titul. X.

Von dem jenigen / welches bey einer Gewohnheit zuerweisen.

I.

Connexion
mit dem vor-
hergehenden.

Nachdem nun mit vorigem zu Tage geleyet / wer eine Gewohnheit erweisen müsse / und wer nicht / so ist an-
tho vornehmlich auch zu betrachten / was dann bey einer Gewohnheit zuerweisen stehe.

In vorigem
ist dargethan /
daß zu einer
Gewohnheit
viererley vor-
nehmlich er-
fordert werde.

2. Wir haben im vorhergehenden mit mehreren ausgeführt / daß zu einer rechts-gültigen Gewohnheit insonderheit viererley erfordert werde. Nämlich:

(1.) Daß sie Vernünftig / und dem zu Folge auch

auch der Ehrbarkeit / Natur- und Göttlichen Rechten gemäß / und selbigen nicht entgegen sey.

(2.) Daß sie durch so viele Ahas, oder Geschichte /
und

(3.) Durch die Langheit der Zeit

(4.) So bekant geworden / und zur Wissenschaft des mehrern Theils respectiv einer Republicque, einiger Leute von einerley Profession, einer Zunfft / oder eines Collegii gekommen / daß daber zu abzunehmen / daß die Gemeine einer Republicque, Leute einerley Profession, oder Glieder eines Collegii, oder Zunfft stillschweigend eingewilliget / daß die Gewohnheit ein Recht seyn solle.

3. Anlangend nun das Erste / nemlich / daß die Gewohnheit Vernünftig sey / so bedarff selbiges / wenn es von einer Parthey gestritten werden wolte / keines Beweises. Weil / was Vernünftig / oder Unvernünftig / oder der Ehrbarkeit / Natur- und Göttlichen Rechten gemäß / oder zuwiedern ist / von einem Richter ex officio, Amptshalber muß beobachtet werden.

Daß eine Gewohnheit vernünftig / oder unvernünftig sey / darff man nicht erweisen.

4. Jedemoch aber stehet einer Parthey frey (gleich sonsten einem jeden obunbenommen / die Weltliche / und Göttliche Rechte / ob sie schon bey einem Richter bekant sind / in andern Fällen anzuziehen) mit vernünftigen Gründen aus der Welt-Weisheit / oder mit Worten der Heiligen Schrift vorzustellen / ob eine Gewohnheit vernünftig / o-

Democh mag eine Gewohnheit mit vernünftigen Gründen todt vorgestellt werden.

§

der

der ohnvernünftig/ der Ehrbahrkeit/ Natur. und Göttlichen Rechten gemäß/ oder entgegen sey.

Wann die Gewohnheit unvernünftig ist / so wird derjenige/ so sie anführet/ zum Beweis nicht gelassen/ sondern abgewiesen.

5. Wann nun offenbahr/ und ohne Zweifel ist / daß die Gewohnheit unvernünftig zc. sey/ so fällt der gerühmte Beweis einer Gewohnheit / sampt der Gewohnheit von selbst weg/ und wird derjenige / so auff die Gewohnheit sich gründet/ zu einigem Beweis nicht zugelassen. Denn wenn gleich durch tausend/ und mehr Actus, oder Geschichte/ und durch eine ohndenckliche Jahrs. Zeit eine solche Gewohnheit wolte erwiesen werden / so möchte dennoch dem Beweisführer sothane Beweis nicht zu statten kommen. Alldieweil / was einmahl wieder die Vernunft/ die Ehrbahrkeit/ und das Natur. und Göttliche Recht laufft/ durch Vielheit der Geschichte/ und Langheit der Zeit vernünftig/ ehrbahr zc. nicht werden kan. Denn sonst müste alle Sünde/ und was wieder die Gebote Gottes laufft eine gute Gewohnheit seyn / weil von Adam her/ die Leute gewohnt gewesen durch viele wieder sothane Gebote Gottes lauffende Actus, oder Geschichte zu sündigen.

Wann die Gewohnheit vernünftig so darff nur die Vielheit der Geschichte / und Langheit der Zeit erwiesen werden.

6. Ist dahingegen ohnleugbahr / daß eine Gewohnheit der Vernunft/ Ehrbahrkeit/ denen Natur. und Göttlichen Rechten gemäß sey/ so kompt es alsdann an auff die Frage/ ob so viele Actus, oder Geschichte/ und in so langer Zeit/ als eine zu Rechte beständige Gewohnheit erheischet/ vorgefallen. Und ist dieses dasjenige/ so die Parthey/ welche auff die Gewohnheit sich beziehet / beweisen muß.

Wenn die Partheyen brim streiten/ ob eine Gewohnheit vernünftig sey so

7. Wird aber von beyden Partheyen annoch gestritten/ oder Zweifelhaft befunden/ ob eine Gewohnheit vernünftig sey/ oder nicht / so kompt dem Richter zu der Sachen den Anschlag zu geben/ zu interloquiren/ und zu erkennen, ob derjenige / so auff die Gewohnheit seine Sache

che gründet/zum Beweis der Actuum, oder Geschich-
te/ und langheit der Zeit / (falls die Gewohnheit ohne
das nicht schon notoria, daß es also des Beweises nicht be-
dürffe) zuzulassen/ oder nicht. Allermassen die Rechts-
Gelehrte ausdrücklich lehren/ daß in zweifelhaften Fällen
dem Guedünkten eines Richters/ arbitrio iudicis, heim zu-
geben/ ob eine Gewohnheit Vernünftig sey. *Vide cum aliis*
Menoch, de arbitr. jud. lib. 2. cent. 1. cas. 82. n. 1. 2. 3. Schnei-
dew. ad §. ex non scripto. n. 4. Inst. de jur. nat. gent. §. civ. h. v.
An autem consuetudo sit rationabilis, relinquendum est arbi-
trio iudicis, qui considerabit, an finis consuetudinis sit bonus,
vel malus.

muß der Rich-
ter hierin die
Entscheidunge
thun.

8. Bleibet also/wie obgedacht/demjenigen/so auff
eine Gewohnheit sich beziehet/ zu beweisen nichts übrig/
als/daß so viele Actus, und in so langer Zeit geübet/
als zu einer zu Rechte beständigen Gewohnheit
erfordert wird.

Was denn
bey einer Ge-
wohnheit zu
beweisen.

9. Zwar machet/unter andern/ *Gail. lib. 2. obs. 31. n. 9.*
von der Stillschweigenden Einwilligung der Gemeine
ein eigenes Requisiteum einer Gewohnheit. Weil aber/
wie er selbst alsofort drauff lehret / *per l. 2. Cod. qua sit. long.*
consuet. imgleichen nebst andern Rechts-Gelehrten auch
Schneidewin. loc. cit. n. 6. fin. bezeuget / Die Stillschwei-
gende Einwilligung der Gemeine aus der Vielheit der
Actuum, oder Geschichte geschlossen/oder præsumieret wird/
so ist auch nicht nöthig / einen solchen tacitum consensum
populi, oder stillschweigende Einwilligung der Gemeine
besonders zu erweisen. Ingesehen wenn die Actus, und daß
selbige dem mehrern Theil kund geworden / erwiesen/ der
tacitus consensus populi aus erstangeführter Ursachen mit
dargethan. Womit dann einstimmet was hievon schreibet

Die Still-
schweigende
Einwilligung
der Gemeine
darf nicht
erwiesen wer-
den.

bet Cothmannus *Vol. 1, Resp. 13. n. 15. h. v.* Sciendum est, ad consuetudinem probandam tria substantialia requisita demonstrari necesse, videlicet, *tacitum consensum, & usum populi, usus frequentiam, & temporis diuturnitatem.* Massen er hieselbst die stillschweigende Einwilligung mit dem Gebrauch der Gemeine in eins bringet/ und damit zu versehen giebt / dass eins aus dem andern folge.

Titul. XI.

Von der Art/ und Weise eine Gewohnheit zu erweisen.

I.

Auff was Weise der Beweis einer Gewohnheit zu führen/ kan aus vorbe sagten abgenommen werden.

Auff was Weise aber/ und mit welchen Umständen die *ACTus extrajudiciales, oder judiciales,* das ist/ die Geschichte/ so inn- oder ausserhalb Gerichtes zu Einföhrunge einer Gewohnheit verübet/ wie auch/ was von der Langheit der Zeit zu erweisen/ und wie deßfalls die *Articuli probatoriales,* einzurichten/ kan ein Verständiger aus demjenigen/ was von denen *Actibus,* und Langheit der Zeit weitläufftig angeführet/ gar leicht abnehmen. Massen man Kürze halber/ und Überflus zu vermeiden/ darauff sich bezogen haben wil. *Vid tamen Coler. de Process. Execut. p. 1. cap. 3. n. 31. seqq. Gail. lib. 2. obs. 31. n. 15. seqq.*

Titul. XII.

Von der Notorietät denen Schriftlichen Documentis, und Persohnen/ wodurch eine Gewohnheit erwiesen wird/ oder nicht/

in genere,

I. Ferner

I.

Ferner ist bey dem Beweis einer Gewohnheit anzumercken/ ob/ und wie selbige erwiesen werde

- (1.) Durch die Notorietät / wenn nemlich eine Gewohnheit Land Stadt. oder sonst kündig ist;
- (2.) Durch Schriftliche Documenta, oder Brieffschafft;
- (3.) Durch Präjudicata, das ist/ vorhin in eben dergleichen Fällen ergangene Urtheile;
- (4.) Durch Zeugen in genere;
- (5.) Durch berühmte Rechtsgelehrte;
- (6.) Durch Richterliche Versohnen;
- (7.) Durch Advocaten;
- (8.) Durch Procuratoren.

Generale
Benennung
dessen / wo-
durch eine Ge-
wohnheit er-
wiesen wird /
oder nicht.

Titul. XIII.

Von dem Beweis einer Gewohnheit durch die Notorietät / oder / Stadt- oder Landkündigkeit.

I.

Est eine Gewohnheit Land- oder Stadt-kündig / so bedarff selbige keines fernern Beweises / und ist sie durch die notorietät gänzlich ausgemacht; cum aliis multis Gail. lib. 2. obs. 31. n. 17. b. v. Fallit in notoriâ consuetudine, quæ non opus habet probatione.

Eine kündige
Gewohnheit
bedarff keines
Beweises.

2. Indessen vermeine/ das bey der Notorietät wohl in acht zu nehmen / ob selbige alleine bey der Gemeine / oder zugleich auch bey denen Obern/ und Richtern/ oder nur alleine bey denen Obern/ nicht aber auch bey der Gemeine sey.

Man muß
wohl in acht
nehmen die
dreyerley Ar-
ten von No-
torietät.

§ 3

3. An-

Die Gewohnheit / welche zwar der Gemeine / nicht aber einem Richter notoria ist / auß erwiesen werden

3. Angesehen eine solche Gewohnheit / die nur notoria bey der Gemeine / nicht aber auch bey denen Obern ist / notwendig erwiesen werden muß: Alldieweil ein Richter über dasjenige / so ihm als Richter / nicht bekannt ist / extra Acta, & probata, das ist / ohne bey denen Acten gebrachten Beweis nicht urtheilen muß. Und von einer solchen Notorietät handelt auch Cothmann *Vol. 1. R. 13. n. 147. seqq.* Wann er lehret / quod notorium non sit, nisi quod palam, & aperte se ostendit ex actis, quæ ipsa iudex præcisè intueri, & secundum ea, quæ in iis probata inveniuntur, jus dicere debet, & hoc est, quod interpretes nostri docent; *judici de notorio constare debere, ut iudici; Salycet. in l. e a quidem. n. 67. & seqq. Cod. de accus. Conf. iii. V. n. 13. huius Tract.*

Wenn die Gewohnheit denen Obern / und Gemeine zugleich bekannt ist / darff sie nicht erwiesen werden.

4. In dem andern Fall / danemlich die Gewohnheit secundum frequentiam actuum, & longitudinem temporis, das ist / nach der Vielheit der Geschichte / und Langheit der Zeit der Gemeine so wol / als denen Obern bekannt ist / bedarff es keines fernern Beweises der notorietät / sondern dienet alsdenn die notorietät an statt Beweises / weil so dann die stillschweigende Einwilligung aller Stände einer Republicque præsumieret, oder vernumthet wird.

Zuweilen muß ein Richter ex officio nach der notorietät einer Gewohnheit inquirieren.

5. Wann auch hiebey sich begeben kan / daß eine an sich kündigt / denen Obern so wol / als der Gemeine bekannte Gewohnheit einem Richter / der darinn erkennen soll / unbekant sey / entweder weil sie wegen Schwachheit der Gedächtniß / ihm entfallen / oder auch / weil er an dem Orthe / daer Richter ist / nicht lange gewesen zc. so halte dafür / daß in solchen Fällen ein Richter / wenn eine Parthey auff die notorietät sich beziehet / schuldig sey ex officio, das ist / Ampts halber / und von selbst / ohne der Parthey den Beweis so fort zu injungieren, nach zufragen / und zu inquirieren,

ren / ob die Gewohnheit bey denen Obern / und der Gemeine schon lange also bekant gewesen. Und von dergleichen Fällen muß ohne Zweifel auch verstanden werden / was nebst andern Rechtsgelehrten hievon schreibet Mevius *part. 2. dec. 377.* nimirum, quod iudex ex officio pro lite abbrevianda de consuetudine inquirere debeat. Et *ibid. n. 6* consuetudinis notoriae is est effectus, ut, ubi iudici per suam informationem constiterit, statim juxta eam procedat.

6. In dem dritten Fall / da nemlich eine Gewohnheit nur denen Richtern / nicht aber auch der Gemeine notoria, oder offenbahr bekant ist / bedarffes ebenfals keines fernern Beweises / welches jedoch nur in solchen Fällen zu verstehen / da die Gewohnheit auff blosser Gerichtliche / etwan die Ordnunge des processus angehende Actus beruhet.

Eine Gewohnheit die in Gerichtlichen Actibus nur bey dem Richter notoria ist / darff nicht erwiesen werden.

7. Wiewol auch hiebey ein Unterscheid zu machen / unter denen Richtern / ob nemlich selbige Macht haben Gesetze zu geben / ohne Bewilligung der Gemeine / oder / ob diese mit zustimmen müsse.

Woriges wird limitirt.

8. In dem ersten Fall hätte obiges / da nemlich eine Gewohnheit im Gerichte allein notoria ist / keinen Streit / weil alsdenn die Gewohnheit zur Wissenschaft derjenigen gekommen / die da mit stillschweigender Einwilligung einer Gewohnheit die Krafft rechtens beyzulegen bemächtigt sind.

Bev einer Souverainen Herrschaft ist die Gerichtliche notorietätung.

9. Bey dem andern Fall / da nemlich eine Obrigkeit nicht souverain ist / müsse / meines erachtens / wol erwoogen werden / ob die Gerichtliche Gewohnheit dem beschriebenen Rechte entgegen lauffe / oder nicht. Liefse sie dem beschriebenen Rechte entgegen / so wäre mehrere Behutsamkeit zu gebrauchen / und wären nicht so fort die Actus / die sonst eine Gewohnheit machen / wegen der Notorietät /

In Fällen da eine Obrigkeit nicht souverain ist / kan eine bey dem Gerichte allein notorische Gewohnheit gegen die be-

beschriebene
Rechte kein
Recht ma-
chen.

so bey dem Gerichte alleine sich fände / für eine rechtliche Gewohnheit anzunehmen. Weil bey solchem Fall tacitus consensus populi, die stillschweigende Einwilligung der Gemeine / als ohne deren Consens kein beschriebenes Gesetz / bey dieser Art Regierung aufgehoben werden möchte / durch sothane notorietät nicht erwiesen wäre. *Caus. hujus Tractat. tit. VII. n. 6. 7.*

Jedoch könn-
ten Casus
kommen / da
eine solche Ge-
wohnheit
durch eine
bloffe Gerich-
tliche Autori-
tät eingefüh-
ret würde.

10. Jedennoch aber halte auch dafür / daß / wenn sothane Gerichtlichliche / wieder ein beschriebenes Recht laufende Actus von ohndencklichen / oder sehr vielen Jahren hero schon geübet wären / und dabenebenst ad itacum presentem, auff den gegenwärtigen Zustand der Republicque, sich besser reimeten / als daß beschriebene Gesetze / mann vernuhten müsse / daß alsdann sothane Gewohnheit auch in ansehunge der Gemeine / ob schon aniso nicht / dennoch hiebevör schon längst notoria geworden / und durch innewährendes Stillschweigen deroselben heimlich guet geheissen; oder auch / daß selbiges beschriebenes Recht / als auff gegenwärtigen Statum sich nicht reimende / für unvernünfftig zu achten / daß es also auch dabero nicht bestehen möchte / und also um so viel mehr durch eine langweilige Gewohnheit für aufgehoben anzunehmen. *Vid. Jacob. menoch. de. arbitr. jud. lib. 2. Cent. 1. Cas. 82. n. 8. seqq.* Also er lehret / daß eine Gewohnheit / so dem gegenwärtigen Zustande einer Republicque entgegen / für unvernünfftig zu achten. Und weil dann ein beschriebenes Recht nicht mehrere Krafft / und Wirkung hat / als eine zu rechte beständige Gewohnheit / wie Tit. I mit mehren dargethan / so kan auch desto ehe durch eine vernünfftige Gewohnheit ein beschriebenes Recht / wenn es wegen veränderten Status der Republicque unvernünfftig geworden / aufgehoben werden / wenn gleich die notorietät nur bey dem Gerichte allein lieget.

11. Ob

11. Ob nun zwar indessen aufgemacht/ daß in gewissen Fällen es keines Beweises bedürffe/ wenn eine Gewohnheit notoria ist / so wollen dennoch einige von dem Gailio *loc. cit. n. 18.* allegirte Rechts-Gelehrte/ daß eine solche kundbare Gewohnheit zum wenigsten von der Parthey/ welcher sie dienen soll/ bey denen Aßen Gerichtlich müste angeführet werden. Einige halten dafür/ daß man auff die Notorität nicht stellen dürffe/ wenn selbige nicht allegiret, oder angeführet wird. Massen dieses aus folgenden bey dem besagten Gailio befindlichen Worten erhellet. *Licet notorium relevet ab onere probandi, tamen non relevat ab onere proponendi.*

12. Dessen aber unerachtet halte ich dafür / daß nicht nöthig sey eine solche kündige Gewohnheit zu allegiren; denn weil/ wie Tit. I. gelehret/ eine zu Rechte beständige Gewohnheit dem beschriebenen Rechte gleich zu achten / so ist ein Richter auch verbunden *ex officio*, Kraft tragenden Ampts / im urtheilen nach einer solchen kundbaren Gewohnheit zu verfahren/ wenn sie gleich nicht angeführet: *per l. un. Cod. ut, quæ desunt advocatis partium, judex suppleat.* Es muß aber ein Richter *ex officio* auff eine Gewohnheit Reflexion machen.

13. Weil indessen/ wie *n. 6.* schon erwehnet/ aus Menschlicher Schwachheit / oder daß die Gerichts-Personen nicht bey dem Gerichte erst gekommen/ wie auch aus andern Ursachen wol geschehen kan / daß/ ob gleich sonst eine Gewohnheit notoria, oder kundbar ist / dennoch solthane Gerichtliche Persohnen davon keine Nachricht haben / so thuet ein Anwald wol/ daß er auff eine solche kundbare Gewohnheit im Gerichte offenbahrlich sich beziehe/ und selbige/ denen Umständen nach vorstelle.

G

Tit.

Titul. XIV.

Von dem Beweis einer Gewohnheit durch
Schriftliche Documenta, oder
Brieffschaffe.

1.

Beweis durch
Brieffschaffe. **F**ürs Andere wird eine Gewohnheit zuweilen be-
hauptet mit Schriftlichen Documentis, oder Brieff-
schaffen.

Wie selbige
Brieffschaff-
te beschaffen
seyn müssen.

2. Es muß aber mit diesen Brieffschaffen eine sol-
che Bewandnisse haben/ daß sie alt/ in solcher Menge vor-
handen/ und so beschaffen sind/ daß daraus abzunehmen/
daß die Gewohnheit zur Wissenschaft der Gemeine/ und
derselbigen gekommen/ die mit ihrem tacito consensu, oder
mit ihrer stillschweigenden Einwilligung selbiger die
Kraft Rechts beylegen mögen. Und dahin gehet auch
Cothmann. *Vol. 1. R. 13. n. 26. seqq.* Wann er spricht: Non etiam
secunda ratio, ex plurium instrumentorum inspectione de-
sumpta, consuetudinem controversam demonstrat. Nam
ut hoc argumentum aliquid probet, necesse est, instrumenta
ad majoris partis hominum noticiam pervenisse, quia tacitus
populi consensus requiritur ad consuetudinem.

Titul. XV.

Von dem Beweis einer Gewohnheit durch Prä-
judicata, oder vorhinn in dergleichen Fällen
ergangene Urtheile.

1.

Eine Ge-
wohnheit kan
in gewissen
Fäl-

Drittens kan auch eine Gewohnheit erwiesen werden
durch præjudicata, oder in dergleichen Fällen vorhin
ergan-

ergangene Urtheile. Wie weit aber ein solcher Beweis statt habe / ist zu vernehmen auß demjenigen / was von denen Præjudicatis Tit. VII. hujus Tractat. mit mehren vorgestellet. Conf. hic Cothmann. Vol. I. R. 13. n. 139. seqq.

Fällen auch durch Præjudicata erwiesen werden.

Titul. XVI.

Von dem Beweis einer Gewohnheit durch Zeugen in genere.

I.

Wertens ist annoch zuerörtern / ob / und wie eine Gewohnheit erwiesen werden könne durch lebendige Zeugen / und der Verstorbenen Schrifften. Solche Zeugen nun sind

Der Zeugen / wodurch eine Gewohnheit gemeinlich erwiesen werden wil / sind fünf Arten.

- (1.) Blosser Privat-Persohnen / soferne sie unter der Zahl der Rechts-Gelehrten / Richter / Advocaten / oder Procuratoren nicht gehören.
- (2.) Berühmte Rechts-Gelehrte / so in ihren Schrifften von einer Gewohnheit zeugen.
- (3.) Richterliche Persohnen.
- (4.) Advocaten.
- (5.) Procuratoren.

Titul. XVII.

Von dem Beweis einer Gewohnheit mit annoch lebenden privat-Persohnen.

I.

Anlangend die in vorhergehendem Titul gemeldete erste Art von Zeugen / so werden selbige vornehmlich gebraucht in Fällen / da die Gewohnheit auß einige Actus extrajudiciales, außser Gerichtliche Geschichte / sich gründet.

Privat-Persohnen können nur über die Actus extrajudicialis Zeugniß geben.

S 1

Denn

Denn was die *Judiciales Actus*, Gerichtliche Geschichte anlanget/davon haben selbige keine Wissenschaft/ können dahero auch darüber keine Zeugen seyn.

Zweyne Zeugen können in gewisser maße genug seyn.

2. Wie viel aber derer Zeugen seyn müssen / findet sich bey denen Rechts-Gelehrten nicht decidiret. Ich vermeine aber/das zweyne Zeugen/wenn sie glaubwürdige Leute/ und von allen Umständen einer Gewohnheit Nachricht geben können/gnug sind. Massen in zwener / oder dreyer Zeugen Munde alle Wahrheit bestehet. Wie dieses nicht nur der Heyligen Schrift/und Weltlichen Rechten / sondern auch in specie dem Hamburger Stadts Rechte p. 1. tit. 28. Art. 2. gemäß.

Des mehrern theils der Gemeine Zeugniß bedarf es nicht.

3. Zwar möchte man dafür halten / das / weil der mehrer theil einer Gemeine Wissenschaft von einer Gewohnheit haben muß/ man auch den mehrern Theil zum Zeugniß fodern müste/ und also zweyne Zeugen bey weiten nicht zureichen könnten; Alleine / das/ dessen ohnerachtet/ so vieler Zeugen es nicht bedürffe/ ist zu vernehmen auß demjenigen/was deßfalls Tit. V. n. 11. seqq. In diesem Tractat mit mehrern angeführet.

Zeugen müssen bey Jahren seyn.

4. Im übrigen müssen die Zeugen rechtswegen nicht zu jung/sondern alt/oder bey Jahren seyn; Weil eine Gewohnheit nicht bestehet/ wo sie nicht alt ist. Wie alt aber ein Zeuge seyn müsse / solches lässet man dem *Arbitrio judicis*, das ist/der Beurtheilung des Richters/vor dem die Sache gehöret / anheim: Weil selbiger auch von dem Alter der Gewohnheit selbst/wie Tit. VII. n. 14. seqq. mit mehrern dargethau / seinem vernünftigen Guedüncken folget.

Das Alter eines Zeugen wird geurtheilt.

5. Dieses Alter aber eines Zeugen muß nicht geurtheilet werden nach denen Jahren der Geburt alleine/sondern auch nach denen Jahren der Profession, worüber das Zeugniß

Jedemoch
muß ein Rich-
ter nach denen
parere der
Kauflente die
Urtheile nicht
einrichten /
wann selbige
nicht eydlich
gegeben/ noch
alle Umstän-
de/so eine Ge-
wohnheit aus-
machen / mit
sich führen.

8. Es folget aber hieraus nicht/ daß/ wie einige in dem irrigen Wahn stehen/wenn ein Kauffmann ein parere in einer Sache/ so die Kauffmannschafft angehet/ mittheilet/ ein Richter schuldig sey die Urtheile/in der vorhabenden Sache darnach einzurichten. Angesehen die parere der Kauflente nicht weiter gehen/ als daß sie bezeugen/ daß in dergleichen Sachen als gegenwärtig gesiritten wird/ so viele Actus von vielen Jahren hero vorgegangen/ daß daraus eine Rechtliche Gewohnheit abzunehmen. Worauff dann nicht denen Kauflenten/ sondern denen Rechts-Gesehrten zukompt / nach denen Umständen solcher Actuum, wann sie von denen Kauflenten/ als Zeugen/eydlich bestärcket/ zu urtheilen/ob dieselbe Actus eine Rechtliche Gewohnheit machen/ oder nicht. Inmassen dieses kein verständiger Kauffmann/der die in diesem TraAct enthaltene Gründe einer Rechtlichen Gewohnheit ansiehet/ und begreiffet/ in Abrede seyn wird. Dahero dann die Parere der Kauflente/ weil sie/ wie aus vorhergehenden erscheinet/ auff ein blosses Factum eingerichtet seyn sollen / nicht mehreren Nachdruck haben/ als die Instrumenta Notariorum über einige Zeugen = Kundschaft ertheilet. Massen die Kauflente / falls ihr Zeugniß angenommen werden soll/ auff Erkänntnisse eines Gerichtes/über die Gewohnheit eydliche Aussage thun müssen. Testibus enim non creditur nisi juratis, das ist/ es wird keinen Zeugen Glauben gegeben/ wann sie nicht eydliche Aussage thun. Wie dieses aus den Rechten bekant/und in specie verordnet in *Stat. Hamb. p. 1. tit. 28. art. 28.*

Nach Unter-
scheid der
Waare und
Drie/ wohn

9. Weil auch die Kauffmannschafft unterschiedlicher Art ist/ und alle Kauflente mit allen Waaren/ und nach allen Orten hin nicht handeln/ so haben die Kauflente/ so da mit denen Waaren/ und nach denen Orten hin/worüber eine

eine Gewohnheit behauptet werden wil/ handeln/ mehr
Glauben/ als andere / welche mit andern Waaren / und
nach andern Orten hin nur Handlung treiben.

die Handlung
geachtet / ist
die Zeugen zu
unterscheiden.

10. Und was allhie von denen Kauffleuten gesetzet/
hat auch statt bey denen Wecklern. Angesehen dieselbe/
in Fällen/ da sie gebraucht werden / eben so gute Wissen-
schafft/ als Kauffleute/ von denen in der Kaufmannschafft
vorfallenden Gebräuchen haben.

Obiges kan
auch gesaget
werden von
Wecklern.

11. Von Gewohnheiten / so die Handwerker an-
gehen/ können das beste Zeugniß geben/ die Amptmeistere/
und insonderheit die Alten eines jeden Ampts.

Ängleichen
von Hand-
werckern.

12. Und so ferner werden in allen Zünfften / und
Collegiis aus denen Gliedern sothauer Zünffte/ und Col-
legiorum die besten Zeugen genommen. Weil niemand als
dieselbe bessere Wissenschaft von denen in solchen Zünfften/
und Collegiis vorfallenden Gewohnheiten haben kan.

Auch von de-
nen Gliedern
der Zünffte
und Collegi-
orum.

Titul. XVIII.

Von dem Beweis einer Gewohnheit durch be-
rühmter / entweder schon verstorbenen / oder
annoeh lebender Rechts-Gelehr-
ten Schrifften.

1.
Von denen berühmten Rechts Gelehrten sind vie-
le der Meinunge / daß / wenn sie in ihren Schrifften
über eine Gewohnheit Zeugniß geben/ihnen vollkommene-
rer Glaube beyzulegen. Massen dann Cochmann. Vol. 5.
Resp. 1. n. 87. seqq. über Sechzig Rechts Gelehrten anfüh-
ret/ welche einhellig lehren / daß eine Gewohnheit aus der
Doctoren, und Rechts-Gelehrten Schrifften gar wol zu er-
weisen.

Es sind viele
der Meinun-
ge / daß eine
Gewohnheit
durch der
Rechts-
Gelehrten
Schrifften er-
wiesen wer-
den könne.

2. Allein

Es ist aber sel-
bes eine irri-
ge Meinungs.

2. **A**lleine in selbigem Responso *n. 445. seqq.* imglei-
chen *Vol. 1. Resp. 13. n. 42. seqq.* behauptet derselbe Cochmann.
mit vielen vernünftigen Gründen/ das durch der Rechts-
Gelehrten Zeugniß/ in ihren Schriften gegeben/ eine Ge-
wohnheit nicht könne erwiesen werden. Und lauten seine
Worte *d. n. 445.* hievon also: *Verius est, consuetudinis pro-*
bationem ex doctorum, quantumvis classicorum testimoniis
non satis firmè, nec tuto peti. Und *n. 407.* saget er weiter:
Forum doctrina, qui unius, vel plurium quantumvis Classico-
rum, & Celebrium Doctorum assertione, vel testimonio con-
suetudinem non probari docent, longè est rector, verior, ce-
lebrior, ac receptior. Und *d. Resp. 13. Vol. 1. n. 42. seqq.*
nennet er über **Siebenzig** Doctores, und Rechtsgelehrte/
ohne die/ so er *d. n. 445. Vol. 5. Resp. 1.* noch hinzu thuet/
Welche alle dieser seiner Meinunge einhellig beypflichten.

Titul. XIX.

Von dem Beweis einer Gewohnheit durch Richterliche Persohnen.

Dem Zeug-
nisse einer
Richterlichen
Persone wird
so schlech-
tin über eine
Gewohnheit
nicht geglau-
bet.

Wenn auch eine Richterliche Persohne von einer
Gewohnheit Zeugniß geben wolte/so möchte dennoch
sothanes Zeugniß einer streitenden Parthey nichts helfen/
wenn gleich dieselbe Richterliche Persohne in grossen Eh-
ren/ und Würden stehet. *Judici enim de consuetudine testan-*
ti non creditur, Carpz. Jurispr. For. p. 2. const. 3. def. 22. n. 2.
Und Cochmann. *Vol. 5. Resp. 1. n. 456.* saget: *Judici de consue-*
tudine attestanti ex communi interpretum calculo fides non
habetur, ad id, ut adversario probandi onus injungatur.
C. quoniam. extr. de probation. C. cum a nobis. extr. de test.
Eriam si judex ille præclaræ curiæ honore, vel synodali digni-
tate

tate præfulgear, atque etiam *cum juramento* de consuetudine testetur. *Vol. 1. Resp. 13. n. 35. seqq.*

2. Es ist aber diese Meinung von denen Richterlichen Persohnen/dass nemlich selbige über eine Gewohnheit mit Bestande Rechtens kein Zeugniß geben mügen/ in solchen Fällen zu verstehen/ da eine streitende Parthey sich auff eine Richterliche Persohn beziehet/ die entweder in der vorhabenden Sache selbst nicht Richter seyn/ oder auch nebst andern in derselben Sache urtheilen sol/aber dennoch keine Notorietät/worauff die Gewohnheit sich gründen möchte/für sich hat.

Wie vorige Meinung zu verstehen.

3. Denn/ was den Ersten Fall betrifft/ so hat eine Richterliche Persohn/ wann dieselbe in einer rechtshängigen Sache zum Zeugen vorgeschlagen wird/ nicht mehr glauben/ als ein ander ehrlicher Mann. Dahero auch seinem Zeugniß/wie gedacht/auff blosser Aussage/oder Schriftliche Attestacion, kein Beyfall gegeben wird/wenn er nicht/gleich anderen Zeugen/ ordentlich in End genommen/ und seine Aussage auff die vorgelegte Beweis- Articul thuet. Constantini enim rescripto præcisè definitum est, testibus, quantumvis præclaræ curiæ honore conspicui, fidem non habendam, nisi sub iurisdictioni religione deponant, *per l. Jurisjur. Cod. de test. Aimon. Craveta. Conf. 48. n. 1. Vol. 1. Phil. Dec. Conf. 402. n. 15. Stephan. Bertrand. Confil. Cothmann. d. Vol. 6. Resp. 1. n. 454.*

Ein Richter/ der in derselben Sache nicht Richter/ sondern über eine Gewohnheit Zeuge ist/ muß gleich andern Zeugen/ ordentlich zu- gen.

4. Wann aber derselbe Cothmannus in dem oballegierten *Responsio 13. n. 35. Vol. 1.* setzet; Dass dem Attestato eines Richters in rechtshängigen Streit-Sachen über eine Gewohnheit nicht zu glauben sey/ wenn selbiges gleich mittelst Eydes bekræfftiget wäre/ so verstehet sich solches von einem solchen Eyde/ welchen der Richter sei-

Was Cothmannus meint/ wenn er saet/ daß auch dem eydlichen Zeugniß eines Richters nicht zu glauben.

5

nem

nem *Arrestato* vermeintlich zu desto mehrer Bestärckunge guetwillig beyfueget/ nicht aber solenniter, und auff Gerichtlichhe Erkänntnisse geleistet.

Ein Richter kan in der Sache/ da er richten soll/ kein Zeuge seyn.

5. Anlangend den andern *Casum*, da eine Richterliche Persöhnhe/ die in der streittigen Sache mit richten solle/ ein Zeugniß giebet/ so mag einem solchen Zeugnisse dahero kein Beyfall gegeben werden/ weil niemand Richter/ und Zeuge zugleich seyn kan.

Wenn die Gewohnheit notoria ist/ so zeuget ein Richter da von/ aber nicht als Zeuge.

6. Veruhet auch die Gewohnheit auff eine solche Notorietät/ die im Gerichte bey denen Richtern lieget/ so bedarff es gar keines Beweises/ in fällen/ da aus obberührten Principiis die Notorietät an statt Beweises ist/ und wann alsdenn ein Richter/ der in derselben Sache mit richten soll/ von der Gewohnheit Zeugniß geben wolte/ so würde dem Zeugniß nicht geglaubet/ weil der Richter es mittheilet/ sondern weil die Gewohnheit notoria, und kundbar ist/ und keines Beweises bedarff.

Titul. XX.

Von dem Beweis einer Gewohnheit durch Advocaten.

I.

Die Advocati, so über eine Gewohnheit zeugen sollen/ müssen nicht gar zu jung seyn/ sondern schon eine ge-

Die Advocati können/ und werden auch wol zum Zeugniß über eine Gewohnheit gefodert/ und angenommen. Es ist aber hiebey wol in acht zu nehmen/ daß/ wenn ihr Zeugniß Nutzen haben solle/ es solche Advocaten seyn müssen/ die schon lange Zeit bey dem Gerichte/ und an dem Orte/ da über eine Gewohnheit gestritten wird/ denen streiten.

streitenden Partheyen ihre Consilia beygetragen. Denn weil zu einer Gewohnheit lange Zeit erfordert wird / so müssen die Zeugen / so darüber abgehöret werden / schon lange Zeit von denen Actibus, oder Geschichten / worauff die Gewohnheit sich gründet / Wissenschaft gehabt haben. Massen man von demjenigen / so man nicht weiß / auch kein Zeugniß geben kan. Welches dann allhier um so viel mehr statt hat / weil die Advocati, soferne sie Advocati sind / vornehmlich nur über solche Gewohnheiten zu Zeugen gefodert werden / die da in Gerichtlichen / den Process angehenden Actibus bestehen; und wann sie auch über eine Gewohnheit / so nicht den Process, sondern die Sache selbst / merita causa, betrifft / befraget werden / so gehet dennoch ihr Bezeugniß nur über einige Præjudicata, oder in dergleichen fällen vorhin schon mehrmahlen abgegebene Urtheile. Von solchen Actibus, und Præjudicatis nun haben junge Advocati noch keine lange / noch eigene Erfahrung / derowegen können sie auch in solchen Sachen nicht zeugen.

raume Zeit
advociret ha-
ben.

2. Würden aber die Advocati befraget über solche Actus, wodurch außer halb Gerichts eine Gewohnheit auff gebracht / (welches jedoch nicht leicht geschehen wird) so möchten die Advocati so wol / die nicht viel in Gerichten sich geübet / (wenn sie sonst nur so viele Jahre haben / daß sie von einer alten Gewohnheit zeugen mögen) als diejenige / so in Praxi grosse Erfahrung hätten / hierinnfalls gar wol Zeugen seyn. Jedoch würden sie sodann nicht als Advocati, sondern als andere ehrliche Privat - Personne anzusehen seyn.

In außer-
Gerichtlichen
Actibus ge-
ten junge Ad-
vocati so viel/
als alte.

3. Inzwischen wird in denen Actibus judicialibus auff der Advocaten Zeugniß sehr gebauet. Inmassen dieses unter andern bezeuget Corthmann. Vol. 2. R. 42. n. 7. s. h. v. Quia ex testibus examinatis Jure Consulti, & advocati aliquot

Die Advocati
haben in de-
nen actibus
judicialibus
grossen Glau-
ben.

reperiuntur, his solis hoc casu credendum videtur: praesertim cum de consuetudine, & observatione loci, in quo ipsi vixerunt, testentur & fidem faciant.

Der Advocaten Zeugniß über eine Gewohnheit muß Endlich seyn.

4. Daß aber auch die Advocati so wol / als andere Zeugen ihr Testimonium, oder Zeugniß / auff Richterliche Erkänntnisse/eydlich geben müssen / ist kein Streit / und aus vorigen schon kundbar.

Titul. XXI.

Von dem Beweis einer Gewohnheit durch Procuratoren.

I.

Der Procuratoren Aussage hat in gewisser masse mehrer Nachdruck als der Advocaten Zeugniß.

Mit dem Zeugniß der Procuratoren hat es eben solche Bewandniß, als mit denen Advocatis. Jedoch ist auff ihre Aussage in gewisser masse öfters mehr zu sehen/ als auff der Advocaten Zeugnisse/ zuvorab an denen Orten/ da eigene Procuratores bey denen Gerichten bestellet / und die Advocati der Procuratoren Stelle nicht mit verwalten.

Die Procuratores in Hamburg haben mehrer Wissenschaft von dem Stylo Judicii, als die Advocati.

2. Und daß in specie auch die Procuratores allhie in Hamburg von dem Stylo Judicii, oder dem sogenannten Schlendrian/ und Gebräuchen in denen Gerichten weit mehrer Wissenschaft/ als die Advocati, und diese öfters Ursache haben von jenen desfalls Bericht einzuziehen/ wird kein verständiger Advocatus, der in Hamburg eine Weile der Praxi obgelegen/in Abrede seyn.

Selbiges ist aber den Ad-

3. Und hat ein gelehrter/und kluger Advocatus ihm dieses

dieses zum Schimpff gar nicht zu ziehen. Weil die Gerichtenliche Gebräuche/ und Gewohnheiten / so im Gerichte allgemählig auffgekommen/ und nicht auffgeschrieben/ wie oben vorgestellet / Res Facti, das ist/ solche Sachen sind / die in gewissen Geschichten / nicht aber in dem Verstande an sich bestehen (wiewol solcher Gewohnheiten recht / und schicklich sich zu bedienen/ eine Sache vom Verstande ist) und daher durch fleißiges Lesen/ und eigenes Nachsinnen nicht/ wohl aber durch die Erfahrung in Gerichte selbst erlernet werden. Weswegen auch Cothmann, Vol. 2. Reß. 84. n. 61. hievon gar recht also lehret : Certi juris est, quod testium, quantumvis peritorum, putà Procuratorum, & Advocatorum officium non sit ex suo iudicio, & consuetudine attestari, sed quod necesse sit ex facto, & actuum frequentia consuetudinem asserere. Und daß dieses in der That sich also befunde/ wird auch demjenigen/ welcher ihm nicht verdriessen lassen wird meinen Tractat von dem in Hamburg üblichen Achterfolgungs-Process zu lesen/ immer mehr unter Augen leuchten.

vocatis an ihren Ehren nicht nachsetzlig.

4. Aus diesen Ursachen haben auch die Procuratores in Hamburg von jehero in fällen/ so im Gerichtlichen Process. zumahlen des Nieder-Gerichts vorkommen/ allhie in Hamburg grosses Ansehen gehabt. So gar/ daß in denen Hamburger Gerichts-Ordnungen de Anno 1622. Cap. 1. Art. 5. und de Anno 1645. Cap. 1. Art. 6. ausdrücklich verordnet/ daß die Deputirte des Nieder-Gerichts/ wenn sie wollen/ einen/ oder zweene Procuratoren von denen Gerichts-Herrn erbitten mögen/ daß sie mit ihnen in die Fündunge gehen/ oder ihr Rechtliches Bedencken in denen vorhabenden Sachen sonst einbringen.

Die Procuratores in Hamburg haben von jehero grosses Ansehen gehabt.

Im vorigen
Seculo haben
die Procura-
tores in Ham-
burg auch die
Stelle der
Ding - Leute
verwaltet.

5. Wie denn auch hiebevör/ im vorigen Seculo. oder
Jahr - hundert/ die Procuratores, an statt der Deputir-
ten, die Stelle der Ding - Leute im Nieder - Gerichte
zugleich mit vertreten: Ohne Zweifel aus Ursachen/ weil
sie von denen Gerichtlichen Gewohnheiten am besten ur-
theilen können. Massen sie mit Processen im Gerichte mehr
ümgangen/ als andere Leute. Welches/ dafes also sich
verhalte/ anderer Orthen mit mehren
klärlich dargethan.



Anhang.

Der auff dieses Tractatelein
folgende

Tractat /

Von

Dem in Hamburg üblichen

Nachterfolgungs=
Proceß,

begreift in sich

Nicht Theile.

Und handelt

Der Erste Theil; Von Gerichtlicher Nachterfolgunge eines
Erbes.

Der Ander Theil; Von Verkaufunge eines Gerichtlich ach=
terfolgten Erbes.

Der

- Der Dritte Theil; Von dem bey Achterfolgunge eines Erbes gemeiniglich vorkommenden Entsetzung=Proceß.
- Der Vierte Theil; Von Gerichtlicher Achterfolgunge eines handhabenden / und Gerichtlich exlequiereten Pfandes.
- Der Fünffte Theil; Von Gerichtlicher Achterfolgunge eines Arrestes.
- Der Sechste Theil; Von Gerichtlicher Achterfolgunge einer Impugnation.
- Der Siebende Theil; Von Gerichtlicher Achterfolgunge eines Willkührs.
- Der Achte Theil; Von dem Foro competente, oder dem Gerichte/ wohinn die Achterfolgungs= Sachen gehören/ imgleichen von der Appellation, und Supplication in selbigen Achterfolgungs= Sachen.
- Der Summarische Inhalt/ und Nutzen eines jeden Theils besonders wird sich zu Anfangs eines jeglichen Theils zeigen.



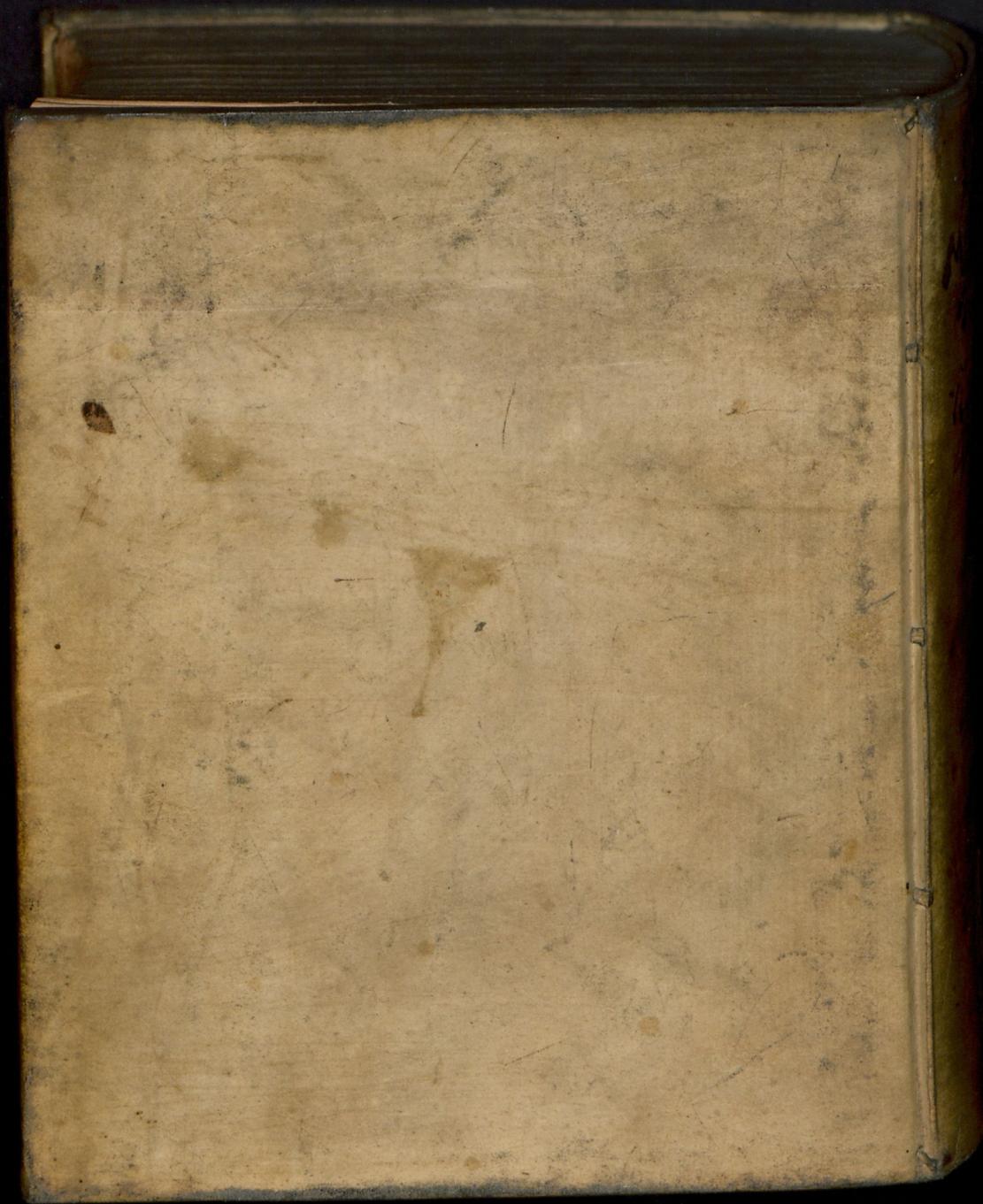


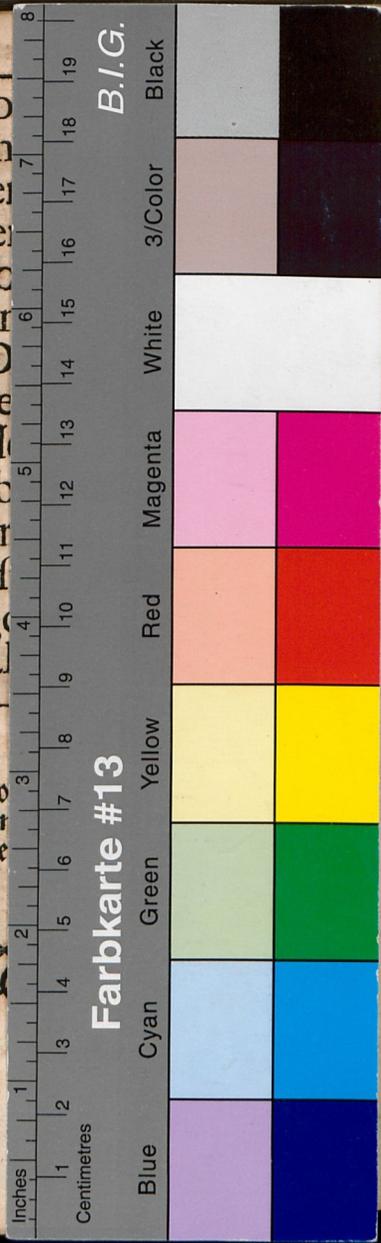


Ki 2640

(X 2265218)

21





Rechts-begründetes
Tractatelein
Von
Einer zu Rechte beständigen
Gewohnheit /

In XXI. Titulen,

Wovon
Der Summarische Inhalt nach der Vorrede befindlich/
Zu mehrerm Verständnisse / eines künftigt folgenden Tractats

Von
Dem in Hamburg üblichen
Richterfolgungs-Process,
Dessen Summarischer Begriff zu ersehen aus dem
letzten Blade dieses Tractateleins/

In Teutscher Sprache / unter andern / und vornem-
lich denenjenigen / so der Lateinischen nicht kündig / und denn-
noch jezo / oder künftigt das Richterliche-Ampt üben / oder denen
Gerichten mit vorstehen / wie auch denen Kauffleuten / welche von denen
unter ihnen üblichen Gewohnheiten Ihre PARERE, oder Gutdüncken / auf der Rechts-
Parteyen verlangen / mitzuteilen pflegen/
Zum besten / und mehrerem Nachsinnen verfasst/
und ans Licht gegeben

Von
MATTHÆO Schlütern / J. U. D.

HAMBURG, In Verlegung Samuel Heyl / und Johann Gottfried Liebezeit/
Anno 1709.