

Schriften zur Rechtsgeschichte

Heft 27

NECESSITAS
Ein Element des mittelalterlichen und
neuzeitlichen Rechts

Dargestellt am Beispiel österreichischer Rechtsquellen

Von

Johannes W. Pichler



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Johannes W. Pichler

NECESSITAS

Ein Element des mittelalterlichen und neuzeitlichen Rechts

Schriften zur Rechtsgeschichte

Heft 27

NECESSITAS

Ein Element des mittelalterlichen und neuzeitlichen Rechts

Dargestellt am Beispiel österreichischer Rechtsquellen

Von

Johannes W. Pichler



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Publiziert mit Unterstützung des Fonds zur
Förderung der wissenschaftlichen Forschung, Wien

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Pichler, Johannes W.:

Necessitas : e. Element d. mittelalterl. u.
neuzeitl. Rechts : dargest. am Beispiel
österreich. Rechtsquellen / von Johannes W.
Pichler. — Berlin : Duncker und Humblot, 1983.
(Schriften zur Rechtsgeschichte ; H. 27)

ISBN 3-428-05302-8

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten
© 1983 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1983 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 05302 8

Theo Mayer-Maly
und
Heinrich Strakosch
gewidmet

Vorwort

Zuallererst habe ich meinem langjährigen Lehrer, Herrn Professor *Theo Mayer-Maly* zu danken; über die in seinen Arbeiten, die eigentlich den Anspruch erheben dürfen eine geschlossene *necessitas*-Lehre zu sein, niedergelegten Gedanken hinaus hat Professor *Mayer-Maly* mir sein Wissen um die *necessitas* zur Verfügung gestellt, mich ermutigt, diesem gewiß unscharfen Problemkreis im heimischen Recht nachzugehen und mich am Weg der Arbeit umsichtig begleitet.

Zu nicht geringerem Dank bin ich meinem lieben Freund und Lehrer, Herrn Professor *Heinrich Strakosch*, verpflichtet, der die Arbeit unablässig verfolgte und durch die Erschließung der philosophischen Dimension mein Interesse stets von neuem belebte, den Aktualitätsbezug bekräftigte und mir so die Sinnhaftigkeit meiner Arbeit greifbar machte.

Weiters habe ich Herrn Professor *Karl Kroeschell* zu danken, daß er mir die Möglichkeit bot, den Anfängen dieser Arbeit an seinem Institut in Freiburg nachzugehen und daß er mich durch eine Vielzahl an Ratschlägen gefördert hat. Auch meinem lieben Freund und Lehrer, Herrn Professor *Ernst C. Hellbling*, habe ich hier Dank zu sagen.

Mein besonderer Dank gilt allen Mitgliedern meiner Habilitationskommission, den Herren Professoren *Theo Mayer-Maly*, *Arno Buschmann*, *Michael Fischer*, *Franz Pototschnigg* und *Peter Putzer*, Herrn Dozenten *Herbert Hofer-Zeni* und den Herren Dr. *Franz Josef Aigner* und Dr. *Norbert Schoibl*.

Ferner möchte ich hier die Gelegenheit nutzen, dem Kuratorium der Kardinal-Innitzer-Stiftung für die Zuerkennung des Preises 1981 für diese Arbeit allerherzlichst zu danken.

Schließlich möchte ich allen danken, die durch Rat und Tat zum Fortgang der Arbeit beigetragen haben und bei der Erstellung des Manuskripts mitgeholfen haben, insbesondere meiner Schwester, Frau Prof. *Christiane Gamper* und meiner lieben Kollegin, Frau Dr. *Brigitte Lorenz*. Wie dies allemal so ist, kommt der Dank an die Familie zuallerletzt; er sei dafür um so ernster und aufrichtiger ausgesprochen.

Salzburg, Herbst 1982

Johannes W. Pichler

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkung	15
Einleitung	17
Gegenstand	17
Ältere Literatur	21
Quellenkreis, Ort und Zeit	31
Quellenaussage und Methode	33

Erster Teil

Necessitas — Rechtserzeugung

Necessitas und Gemeinwohl

Allgemeines	39
1. Zeit bis 1500	45
A. Verkehrsbezogenes Gemeinwohl und necessitas	45
a) Gemeinwohlvorstellung	45
b) Gemeinwohl und necessitas	47
B. Staatsbezogenes Gemeinwohl und necessitas	54
a) Gemeinwohlvorstellung	54
b) Gemeinwohl und necessitas	57
C. Gesetzgebung und necessitas	58
2. 16. Jahrhundert	65
A. Verkehrsbezogenes Gemeinwohl und necessitas	65
a) Gemeinwohlvorstellung	65
b) Gemeinwohl und necessitas	69
B. Staatsbezogenes Gemeinwohl und necessitas	72
a) Gemeinwohlvorstellung	72
b) Gemeinwohl und necessitas	73

C. Gesetzgebung und necessitas	78
3. Zeit nach 1600	84
A. Gemeinwohlvorstellung	84
B. Gemeinwohl und necessitas	88
C. Gesetzgebung und necessitas	91

Zweiter Teil

Necessitas — Rechtsüberwindung

Necessitas in rechtsüberwindender Funktion

Allgemeines	103
Necessitas in der deutschrechtlichen Literatur	107
Necessitas in den Quellen	121
I. Exkulationseffekt	125
1. Zeit bis 1500	125
2. 16. Jahrhundert	138
3. Zeit nach 1600	150
II. Necessitas als Interventionsklausel	158
1. Zeit bis 1500	158
2. 16. Jahrhundert	165
3. Zeit nach 1600	182
III. Necessitas als Anspruchsgrundlage	185
1. Zeit bis 1500	187
2. 16. Jahrhundert	191
3. Zeit nach 1600	201

Dritter Teil

Necessitas — Rechtsbestärkung

Necessitas als Natur der Sache

Allgemeines	207
1. Zeit bis 1500	210
2. 16. Jahrhundert	214
3. Zeit nach 1600	222

Inhaltsverzeichnis	11
--------------------	----

Zusammenfassung

I. Necessitas und Rechtswerdung	229
II. Necessitas und Rechtsüberwindung	233
III. Necessitas und Natur der Sache	237

Quellen- und Literaturverzeichnis

Quellensammlungen und -editionen, Urkundensammlungen und -editionen	241
Wörterbücher und Rechtswörterbücher	244
Zeitschriften und Reihen	245
Festschriften	246
Ältere Literatur und jüngere Ausgaben älterer Literatur (bis ca. 1800)	247
Neuere Literatur	252
Register lokaler und regionaler Rechtsquellen	261
Sachregister	267

Abkürzungsverzeichnis

AlpOrd	Alpordnung
BannBu	Bannbuch
BannTaid	Banntaiding
Begn	Begnadung
BergTaid	Bergtaiding
Bestät	Bestätigung
BürgOrd	Bürgerordnung
Const	Constitution, Konstitution
DorfBf	Dorfbrief
DorfÖff	Dorföffnung
DorfOrd	Dorfordnung
Eh	Ehaft, Ehehaft
EhOrd	Ehaftordnung
EhTaid	Ehafttaiding
FeldOrd	Feldordnung
FischR	Fischrecht
FlurOrd	Flurordnung
Frh	Freiheit(en)
FrhBf	Freiheitsbrief
GemBf	Gemeindebrief
GemBu	Gemeindebuch
GemR	Gemeinderecht
GenR	Genossenschaftsrecht
Ger	Gerechtigkeit(en)
GerBf	Gerichtsbrief
GerOrd	Gerichtsordnung
Herk	Herkommen
Herrl	Herrlichkeit
HofOrd	Hofordnung
HofR	Hofrecht
HofTaid	Hoftaiding
HolzOrd	Holzordnung
Ktn	Kärnten
KirchSpOrd	Kirchspielordnung
LandGeb	Landgebot(e)
LandGerOrd	Landgerichtsordnung
LandOrd	Landesordnung
LandR	Landrecht
LandRüg	Landesrügung
LandTf	Landtafel
LandTaid	Landtaiding

MarktBf	Marktbrief
MarktBu	Marktbuch
MarktFrh	Marktfreiheiten
MarktOrd	Marktordnung
MarktPriv	Marktprivileg
MarktR	Marktrecht
MarktTaid	Markttaiding
MautFrh	Mautfreiheiten
MühlR	Mühl(en)recht
NÖ	Niederösterreich
ÖOE	Österreich ob der Enns
ÖUE	Österreich unter der Enns
Ord	Ordnung
ÖW	Österreichische Weistümer
PolOrd	Polizeiordnung
Priv	Privileg
ProcOrd	Prozeßordnung
Ratschl	Ratschluß
R(e)	Recht(e)
Rüg	Rügung
Sbg	Salzburg
SlgChor	Sammlung Chorinsky
Satz	Satzung(en)
SchiffR	Schiffrecht
StadtBu	Stadtbuch
StadtOrd	Stadtordnung
StadtR	Stadtrecht
StadtRBU	Stadtrechtsbuch
Stat	Statut(en)
Stmk	Steiermark
StiftR	Stiftrecht
StockR	Stockrecht
Taid	Taiding
Tir	Tirol
Trak	Traktat
Urk	Urkunde(n)
UrkBu	Urkundenbuch
Vlbg	Vorarlberg
VogtR	Vogtrecht
VogtTaid	Vogttaiding
WeinOrd	Weinordnung

Vorbemerkung

Der Frage nach dem Verhältnis von Notwendigkeit zum Recht nachzugehen, entspringt keineswegs ausschließlich rechtshistorischem Interesse. Denn nicht nur der historische Gesetzgeber versucht sein politisches Wollen, das sich in seiner Gesetzgebung niederschlägt, formal zu legitimieren. Ein Beispiel aus der jüngsten österreichischen Gesetzgebung bildet gleichsam den Impuls zu dieser Arbeit. Unter ausdrücklicher Berufung auf die Kategorie Notwendigkeit wurde das sogenannte Bodenbeschaffungsgesetz, BGBl. 298/1974, erzeugt; es wurde bis zum Redaktionsschluß dieser Arbeit nicht ein einziges Mal angewandt. Halberzige Schritte zur Anwendung dieses „notwendigen“ Gesetzes werden nicht weiter verfolgt.

Aber nicht nur auf der Ebene der Gesetzgebung, auch auf der der Anwendung und Interpretation wird gerne die Notwendigkeit in das Argumentationsrepertoire aufgenommen; man denke nur einmal an die §§ 947, 954, 965, 1010, 1036 und 1311 ABGB, die sich beliebig vermehren ließen. Nichts als Topik? Soll die Berufung auf eine Modalkategorie lediglich die Scheu des Argumentierenden seine Prämissen offenzulegen, um eine Ablehnung der Einwilligung in diese zu umgehen, vertuschen?

Notwendigkeit ist eine philosophische Kategorie mit dem Sinngehalt von Unausweichlichkeit, dem Fehlen von Alternativen. Recht setzt aber geradezu Freiheit und Wahlmöglichkeit voraus. Damit gerät jedoch die Verbindung von Recht und Notwendigkeit in den Verdacht einer Kontradiktion. Löst man sich von der Vorstellung der Notwendigkeit, wie sie bei den Philosophen vertreten wird, so erlaubt sich rasch die Vermutung, daß unter dem Prätext der Notwendigkeit allenfalls gemeint ist, was rätlicher oder nützlicher ist, als eine andere zur Wahl stehende Lösung; also Erforderlichkeit in effekthaschender Verkleidung. Ist eine solche Erforderlichkeit politisch ermittelt, so wird sie zusehends belasteter und fordert Widerspruch heraus.

Damit erscheint die Notwendigkeit selbst als relativ und für die Gestaltung von Recht nahezu wertlos geworden; allenfalls ist ihr die Qualität eines Arguments, wie im übrigen allen anderen Argumenten auch, einzuräumen. Aber: Entspringt sie wirklich nur unserem Denken und entspricht sie so einem vorgeblichen Sollen?

Die Überprüfung der älteren Quellen unseres Rechts soll die Vielfältigkeit der Verbindung von Notwendigkeit und Recht erkennbar machen und zeigen, daß die Notwendigkeit als formales und materielles Element auftritt, das Recht konstituiert oder deformiert.

Gezeigt soll aber auch werden, daß die metajuristische Notwendigkeit gar nicht einmal zu den untauglichsten Medien und Remedien des Rechts zählt.

Einleitung

Gegenstand

„Ergo omne ius aut consensus facit aut necessitas constituit aut firmavit consuetudo“. Dieser, die Wirksamkeit von *necessitas* präzisierenden Sentenz von Modestinus¹ steht eine Fülle von verallgemeinernden, ja vergrößernden Parömien zur Seite, die insgesamt anzeigen, daß die Notwendigkeit in einem besonders komplexen Verhältnis zum Recht steht.

Dieses Verhältnis spiegelt die Polarität von Freiheit und Notwendigkeit im Recht wider. Notwendigkeit als philosophische Kategorie bedeutet den Ausschluß jeglicher Alternative; notwendig ist, was nicht anders sein kann². Da rechtliches Sollen eine Entscheidung innerhalb einer Wahlmöglichkeit voraussetzt, kann die Notwendigkeit im Recht nur Willenswidrigkeit, nicht aber Willensausschluß zum Ausdruck bringen³. Gerät eine den Willensausschluß meinende Beschreibung in den Rechtsquellen unter die Etikettierung: *necessitas*, so liegt dem meist eine Verwechslung mit *impossibilitas* zugrunde.

Ihren vulgärsten Niederschlag findet die Notwendigkeit in der Parömie der Glosse *expedire* zu D. 1, 10, 1: „*Necessitas non habet legem*“⁴.

¹ D. 1, 3, 40 (I regularum).

² Zum allgemein philosophischen Problem siehe *Jean Laporte*, *L'idée de nécessité*, Paris 1941; *Heinrich Beck*, *Möglichkeit und Notwendigkeit. Eine Entfaltung der ontologischen Modalitätenlehre im Ausgang von Nicolai Hartmann*, Pullach/München 1961; *Rugard Otto Gropp*, *Über Kausalität, Notwendigkeit und Zufälligkeit*, Leipzig 1959; *Adolf Trendelenburg*, *Notwendigkeit und Freiheit in der griechischen Philosophie. Ein Blick auf den Streit dieser Begriffe*, Darmstadt 1967; *Kurt Kluxen*, *Politik und menschliche Existenz bei Machiavelli. Dargestellt am Begriff der Necessitas*, Berlin - Köln - Mainz 1967; weitere Literatur bei *Theo Mayer-Maly*, *Obligamur necessitate*, in: ZRG RomAbt 83 (1966), S. 53 Fn 27.

³ Selbst das aus anerkannter „*extrema necessitas*“ herfließende Recht der Beeinträchtigung Rechte Dritter zur Bewahrung eigenen Lebens wurzelt nicht im Willensausschluß, da die Selbstaufgabe eine Entscheidungsmöglichkeit darstellt; zur Problematik des Märtyrertums in der *necessitas*-Literatur siehe die Feststellung, daß die Bewahrung des Lebens dem keine „*necessitas*“ ist, der „*in vitae derelictione nihil mali*“ erblickt: *Peter Homfeldt*, *Necessitas exlex*, Jena 1675, III, 1; überdeutlich wird die Struktur des Entscheidungsvorganges in der bekannten Aporie, was rechtens sei, wenn von zwei Schiffbrüchigen mittels nur einer zur Verfügung stehenden Schiffsplanke nur einer von beiden überleben kann; siehe dazu *Ernst Weigel*, *Das Brett des Karneades*, in: *Der Gerichtssaal* 116 (1942), S. 88 - 98.

⁴ Vgl. *Publilius Syrus* (*sententiae*): *Necessitas dat legem, non ipsa accipit*.