

Kelsen Working Papers

Publications of the FWF project P 19287: "Biographical Researches on H. Kelsen in the Years 1881–1940"

Thomas Olechowski, Wien:

Rechtsphilosophie gegen Rechtsgeschichte?

Ein Juristenstreit aus der Zwischenkriegszeit
an der Wiener Rechtsfakultät

online-version, 3rd January 2011

<http://www.univie.ac.at/kelsen/workingpapers/kelsenschwind.pdf>

published in:

Gerald Kohl / Christian Neschwara / Thomas Simon (Hrsg),
Festschrift für Wilhelm Brauner zum 65. Geburtstag. Rechtsgeschichte mit
internationaler Perspektive (Wien 2008) 425–442

Thomas Olechowski

Rechtsphilosophie gegen Rechtsgeschichte?

Ein Juristenstreit aus der Zwischenkriegszeit an der Wiener Rechtsfakultät*

Die Kontroverse zwischen den Ordinarien der Wiener Rechtsfakultät Ernst Schwind (1865–1932) und Hans Kelsen (1881–1973), die ihren Höhepunkt 1928 in zwei Streitschriften¹ fand, in der der Rechtshistoriker und der Rechtsphilosoph einander nichts schuldig blieben, ist – außer in biographischen Darstellungen der beiden Professoren, die naturgemäß stets einen einseitigen Standpunkt einnehmen – bisher kaum beachtet worden. Dabei vermittelt sie einige interessante Einblicke in den damaligen Stand der von Kelsen entwickelten „Reinen Rechtslehre“ und deren Aufnahme an seiner Universität sowie in die allgemeinen Zustände an der Universität Wien in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Sie soll an dieser Stelle aber auch deshalb wieder in Erinnerung gerufen werden, weil sie Anlass zu einer Reflexion des Rechtshistorikers über seinen eigenen Standort im Rahmen der Rechtswissenschaften gibt, worauf am Ende dieses Beitrages kurz eingegangen werden wird.

I.

Ernst (bis 1919: Freiherr von) Schwind entstammte einer alten österreichischen Beamtenfamilie, deren Wurzeln bis in das 17. Jahrhundert zurückverfolgt werden können. Der Großvater Johann (1752–1818) war kaiserlicher Gesandter am schwäbischen Reichskreis, der Vater August (1800–1892, Bruder des Malers Moritz v. Schwind), machte Karriere in der Finanzverwaltung und stieg 1864 zum Mitglied des Staatsrates auf, aus dem er altersbedingt

* Die Arbeit enthält erste Ergebnisse des von mir geleiteten FWF-Forschungsprojektes „Biographische Untersuchungen zu Hans Kelsen“. Meinem Mitarbeiter, Herrn Mag. Jürgen Busch, LL.M., danke ich herzlich für vielfältige Unterstützung bei der Vorbereitung dieses Beitrages.

¹ E. Schwind, *Grundlagen und Grundfragen des Rechts. Rechtstheoretische Betrachtungen und Erörterungen*, München 1928; H. Kelsen, *Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung*, Wien 1928 (Neudruck in: *Drei kleine Schriften*, Aalen 1971 u 1994, 229–261, hier zit nach der Originalausgabe).

schon 1865, im selben Jahr, in dem sein Sohn Ernst geboren wurde, auschied.² Sowohl diese Beamtentradition als auch die großen Abstände zwischen den einzelnen Generationen waren prägend für Ernst (von) Schwind. „Vielleicht auch von angeborenen romantischen Neigungen getrieben“, so schreibt jedenfalls Voltelini, „beschloss er, sich im besonderen dem Studium des deutschen Rechtes zu widmen“³, und besuchte noch als Student der Rechtswissenschaften auch das Institut für Österreichische Geschichtsforschung. 1891 habilitierte sich Schwind bei Heinrich Siegel mit einer Arbeit „Zur Entstehungsgeschichte der freien Erbleihen.“⁴ Das Buch wurde später als wenig originell kritisiert⁵, nichtsdestoweniger erfreute sich Schwind fortan „im Kreise der Fachgenossen und beim Unterrichtsministerium großer Beliebtheit“, da er ein „Dogmatiker des Deutschen Privatrechts war, wie ihn damals die Stunde forderte“.⁶ Die Kodifikation des Zivilrechts in Deutschland war in ihre „heiße Phase“ gekommen; für die Germanisten galt es, „ihr“ Privatrecht möglichst geschlossen darzustellen, um den Romanisten etwas entgegen setzen zu können. Schwind, der nach Lehrtätigkeiten in Innsbruck und Graz 1899 als Ordinarius an seine Heimatuniversität Wien zurückberufen wurde, stand somit auch in wissenschaftlicher Hinsicht an einer Wendezeit; sein 1921 erschiene- nes Lehrbuch des Deutschen Privatrechts vermittelt nochmals die einzigartige Geschlossenheit, die dieses Lehrgebäude in jener Zeit erreicht hatte. Dies, obwohl Schwind selbst zugab, dass es „ein völlig einheitliches deutsches Pri- vatrecht ... nie gegeben“ habe, was aber auch nicht so wichtig sei, als es ihm sowieso nicht auf Details, sondern auf „gemeinsame Grundsätze, welche bei allen Verschiedenheiten durchleuchten“, ankam.⁷ Dieses Lehrbuch hätte „ein Willkommensgruß werden sollen, den ich den siegreich heimkehrenden Stu- dierenden bieten wollte. Sie sollen ihn nun in Ernst und Trauer empfangen, wenn trotz aller Siege, die sie erfochten, trotzdem sie ihr Bestes dem Vaterlan- de gegeben, das Schicksal gegenüber einem hundertjährigen Verrate und der

² F. Schwind, Vorfahren und Erinnerungen aus der Familie Schwind seit einem Vierteljahrtausend (= *Zeitzeugnisse* 5), Wien 2001, 24. Ungenau die Angaben im Nach- ruf von H. v. Voltelini, Ernst Freiherr von Schwind, in: *ZRG/GA* 53 (1933), XI–XIX, hier XI.

³ Voltelini, Schwind, wie FN 2, XII.

⁴ E. v. Schwind, *Zur Entstehungsgeschichte der freien Erbleihen in den Rheinge- genden und den Gebieten der nördlichen deutschen Colonisation des Mittelalters* (= *GU* 35), Breslau 1891; vgl. Voltelini, Schwind, wie FN 2, XII; F. Schwind, Ernst Freiherr von Schwind, in: W. Brauner (Hrsg.), *Juristen in Österreich 1200–1980*, Wien 1987, 263–267, hier 265.

⁵ R. Hübner, Rezension zu E. v. Schwind, in: *ZRG/GA* XIV (1893) 159–161, hier 161.

⁶ H. Lentze, Die germanistischen Fächer an der juristischen Fakultät der Universi- tät Wien, in: *Studien zur Geschichte der Universität Wien II*, Graz-Köln 1965, 61–103, hier 93.

⁷ E. Schwind, *Deutsches Privatrecht. Ein Grundriß zu Vorlesungen und ein Lehr- buch für Studierende*, Wien-Leipzig 1921, 3.

Übermacht unserer inneren und äußeren Feinde ihnen die Siegespalme schließlich entwunden hat“.⁸

Während Schwind als Dogmatiker des Deutschen Privatrechts weithin anerkannt war⁹, erntete er in einem zweiten Forschungsfeld nur wenig Lohn für seine Mühen: der Edition der *Lex Baiuvariorum* für die *Monumenta Germaniae Historica* (MGH). Zu dieser „Riesenarbeit“, die rund dreißig Jahre in Anspruch nahm, hatte ihn 1896 Heinrich Brunner überreden können, da die bereits 1863 in der MGH erschienene Edition mangelhaft erschien.¹⁰ Schwind scheute keine Mühen und unternahm ausgedehnte Forschungsreisen. Die von ihm letztlich getroffene Entscheidung, eine *Emendata* (die sog E 3) als Editionsgrundlage zu benutzen, war von Brunner gebilligt worden.¹¹ Doch noch vor Veröffentlichung des Textes erklärte ein angesehener Mitarbeiter der MGH, Bruno Krusch¹², dass es sich bei der *Emendata* nur um eine Überarbeitung einer älteren *Antiqua*-Handschrift handle, und angesichts einer derartigen „Verkennung von Urtext und Überarbeitung“ sei eine Veröffentlichung „nicht zu verantworten“.¹³ Die Kritik war so scharf, dass Schwind der Zentraldirektion der MGH die Entscheidung überließ, ob das Werk nun erscheinen sollte.¹⁴ Der Leiter der *Leges*-Abteilung der MGH, Ernst Heymann, hielt dennoch an den Arbeiten Schwinds fest und begründete dies ausführlich in einem Vorwort zur zwei Jahre später, 1926, erscheinenden Edition.¹⁵ Die unverzüglich folgende Kritik Kruschs¹⁶ am Werk war absehbar; sie wurde von Karl August Eckhardt zwar teilweise entkräftet¹⁷, aber ein Lob für Schwinds Arbeit erfolgte weder hier noch sonst wo, was den Rechtshistoriker tief verletzte.

„Die völlige Umstellung der Verhältnisse nach 1918, verbunden mit einer weitgehenden Umwertung der Werte, die vor der Universität nicht halt machte, stellte Schwind vor mannigfache Schwierigkeiten“¹⁸, berichtet Fritz Schwind

⁸ E. Schwind, *Privatrecht*, wie FN 7, VII.

⁹ Zu nennen sind hier insbesondere noch E. Schwind, *Wesen und Inhalt des Pfandrechts*, Jena 1899; E. Schwind, *Die rechtlichen Formen des Realcredits nach dem bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich*, Wien 1902.

¹⁰ *Monumenta Germaniae Historica, Legum Sectio I: Legum Nationum Germanicarum*, Tomi V, Pars II: *Lex Baiuvariorum* [sic], Hannover 1926. Vgl dazu und zum Folgenden H. Siems, *Lex Baiuvariorum*, in: A. Erler / E. Kaufmann (Hrsg), *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte II*, Berlin 1978, 1887–1901.

¹¹ B. Krusch, *Die Lex Baiuvariorum. Textgeschichte, Handschriftenkritik und Entstehung*, Berlin 1924, 31. Vgl auch E. v. Schwind, [Nachruf auf] Heinrich Brunner, in: *MIÖG XXXVII* (1917) 1–26, hier 2.

¹² Vgl über ihn R. Schieffer, Krusch Bruno, in: *Neue Deutsche Biographie XIII*, Berlin 1982, 146f.

¹³ Krusch, *Lex Baiuvariorum*, wie FN 11, 38.

¹⁴ B. Krusch, *Neue Forschungen über die drei oberdeutschen Leges: Bajuvariorum, Alamannorum, Ribuariorum*, Berlin 1927, 194.

¹⁵ In einem „Addendum“ zur Ausgabe wurde auf die Anmerkungen Kruschs hingewiesen: *MGH Leg nat germ V/2, V–VII*.

¹⁶ Krusch, *Forschungen*, wie FN 14, 191ff.

¹⁷ K.A. Eckhardt, *Die Lex Baiuvariorum. Eine textkritische Studie* (= GU 138), Breslau 1927.

¹⁸ F. Schwind, Ernst Freiherr von Schwind, wie FN 4, 266.

in einer biographischen Skizze über seinen Vater und fährt fort, dass es „zu mancher harten Auseinandersetzung mit dem damaligen Unterstaatssekretär für Unterricht Otto Glöckel“ kam. Der Sozialdemokrat Glöckel hatte sich durch sein pädagogisches Konzept, mehr aber noch durch seine antiklerikalen Maßnahmen gleich zu Beginn seiner Amtszeit „einen erbitterten Haß kirchlicher Kreise“ zugezogen.¹⁹ Schon dies wäre Grund genug für Konflikte mit Schwind, der für das akademische Jahr 1919/20 zum Rektor der Alma mater Vindobonensis gewählt worden war, gewesen. Aber Glöckel stellte auch das Hochschulwesen auf neue Grundlagen, indem er versuchte, demokratische Strukturen auf akademischem Boden einzuführen und die Studierenden in einem „Studentenausschuß“ zu organisieren. Schwind und der akademische Senat stellten sich nicht prinzipiell gegen diese Neuerung, aber sie verlangten, dass jene Studenten, „welche die Heimatberechtigung in den jetzt Oesterreich zugesprochenen Gebieten überhaupt nicht oder erst nach dem 1. August 1914 erworben haben, nicht zur Wahl der ordentlichen, sondern zur Wahl der außerordentlichen Mitglieder berufen sein sollten.“ Welche Studenten von dieser Regel betroffen sein würden, daran ließ Schwind keinen Zweifel offen: „Die strittigen Studentengruppen sind der Hauptsache nach die meist jüdischen Galizianer, die seit Kriegsausbruch Österreich und besonders Wien überflutet haben ... Auf akademischen Boden bedeuten sie im allgemeinen eine kulturell und ihrer Bildung nach wesentlich tiefer stehende Gruppe, die ... mit den anderen durchaus nicht auf der gleichen Stufe steht und auf den akademischen Unterricht vielfach geradezu nachteilig wirkt.“²⁰ Es war diese Maßnahme nur eine von vielen jener Zeit, mit denen versucht wurde, die in großer Zahl nach Wien geflohenen „Ostjuden“ auszugrenzen und von der Universität wie auch aus öffentlichen Ämtern zu vertreiben.²¹ Der von der Universitätsleitung ausgehende Widerstand wurde durch die Mehrheit der Studenten und auch in der Öffentlichkeit so nachhaltig unterstützt, dass die für Ende Oktober 1919 angesetzten Wahlen wieder abgesetzt und der Plan eines Studentenausschusses vorläufig auf Eis gelegt werden musste. Erst 1930 beschloss der Akademische Senat selbst eine „Studentenordnung“, und diese sah eine Gliederung der Studenten nach „Abstammung und Muttersprache“ vor – die antisemitischen Kräfte an der Universität hatten sich durchgesetzt.²² Der Anteil Schwinds am Scheitern der Glöckelschen Studentensatzung mag verschieden hoch einge-

¹⁹ R. Olechowski, Schulpolitik, in: E. Weinzierl / K. Skalnik (Hrsg), Österreich 1918–1938. Geschichte der Ersten Republik II, Graz-Wien-Köln 1983, 589–607, hier 590.

²⁰ Schreiben des Rektors Ernst Schwind an das Staatsamt für Inneres und Unterricht vom 8. Oktober 1919, ÖStA AVA, Unterricht Allgemein Reg 165 ex 1919/20.

²¹ Dazu J. Budischowsky, Die staatskirchenrechtliche Stellung der österreichischen Israeliten (= Österreichische Rechtswissenschaftliche Studien 32), Wien 1995, 18.

²² Umfassend B. Lichtenberger-Fenz, „...Deutscher Abstammung und Muttersprache“. Österreichische Hochschulpolitik in der Ersten Republik (= Veröffentlichungen des Ludwig-Boltzmann-Institutes für Geschichte der Gesellschaftswissenschaften 19), Wien-Salzburg 1990, 14f, 91; vgl auch Budischowsky, Israeliten, wie FN 21, 21.

schätzt werden; immerhin rundet dies das Bild Schwinds als „konservativ im besten Sinne des Wortes, ... zugleich gut deutsch gesinnt“, wie ihn Voltolini 1933 beschrieb²³, ab und erscheint nicht unwesentlich angesichts seiner Kontroverse mit einem Juden, der gleichfalls galizische Wurzeln hatte: Hans Kelsen.

II.

Der Stammbaum Kelsens kann im Gegensatz zu jenem Schwinds nur wenige Generationen zurückverfolgt werden. Vom Großvater Osias Kelsen aus Brody in Galizien ist so gut wie nichts bekannt. Der Vater Adolf (1850–1907) zog nach Prag, später nach Wien, und brachte es mit einigem Geschick zum Inhaber einer kleinen Fabrik, in der Gas- und elektrische Lampen erzeugt wurden. Sein 1881 in Prag geborener, aber in Wien aufgewachsener Sohn Hans sollte eine humanistische Bildung erhalten²⁴ und die Rechte studieren, um den Aufstieg der Familie fortzusetzen.²⁵ Der junge Hans Kelsen hätte lieber ein naturwissenschaftliches Studium gewählt, mehr aus Pflichtgefühl gegenüber seinen Eltern inskribierte er die Rechtswissenschaften, und die ersten Vorlesungen begeisterten ihn wenig: „Der Romanist Czihlarz lehrte roemisches Recht²⁶, ohne dessen Zusammenhang mit der antiken Kultur oder dessen Bedeutsamkeit fuer die Gesellschaft unserer Zeit zu beachten. ... Der Germanist Zallinger²⁷ war ein ungewoehnlich schlechter Redner. Er sprach sichtlich nur mit großer Anstrengung. Ihn anzuhoeren war geradezu eine Qual. Si[el]gmund Adler, der oesterreichische Rechtsgeschichte²⁸ lehrte, war eine komische Figur....“²⁹ Dass Kelsen ausschließlich Rechtshistoriker kritisierte, ist va auf den

²³ Voltolini, Schwind, wie FN 2, XIII.

²⁴ 1900 maturierte Kelsen am angesehenen Akademischen Gymnasium, das auch Jahrzehnte zuvor Ernst v. Schwind besucht hatte.

²⁵ R.A. Métall, Hans Kelsen. Leben und Werk, Wien 1969, 2f.

²⁶ Karl Ritter v. Czyhlarz, Ordinarius des römischen Rechts, las im WS 1901/02 eine achtstündige Vorlesung „Geschichte und Institutionen des römischen Rechts“, vgl. Öffentliche Vorlesungen an der K.K. Universität zu Wien im Winter-Semester 1901/2, Wien 1901, 6.

²⁷ Otto v. Zallinger, neben Schwind der zweite Ordinarius für Deutsches Recht an der Fakultät, lehrte in jenem Semester eine fünfstündige Deutsche Rechtsgeschichte, vgl. ebenda 7.

²⁸ Gemeint wohl: Österreichische Reichsgeschichte, fünfstündig; vgl. ebenda 7. Der Vortragende war ein Bruder Viktor Adlers und seit 1899 Ordinarius für das gleichnamige Fach; vgl. Lentze, Die germanistischen Fächer, wie FN 6, 87ff.

²⁹ H. Kelsen, Autobiographie (1947), in: M. Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen im Selbstzeugnis. Sonderpublikation anlässlich des 125. Geburtstages von Hans Kelsen am 11. Oktober 2006, Tübingen 2006, 31–94, 35. Vgl. dazu auch die kritischen Anmerkungen von G. Oberkofler / E. Rabofsky, Hans Kelsen im Kriegseinsatz der k.u.k. Wehrmacht. Eine kritische Würdigung seiner militärtheoretischen Angebote (= Rechtshistorische Reihe 58), Frankfurt/Main etc 1988, 89, die allerdings unange-

damaligen Studienplan zurückzuführen, der den ersten Studienabschnitt fast zur Gänze den rechtshistorischen Fächern widmete; im Gegenteil ist es auffällig, dass Kelsen nicht auch Schwind in diesem Zusammenhang nannte, zumal er auch bei ihm Lehrveranstaltungen inskribiert hatte.³⁰ Ob er diese allerdings besuchte, ist ungewiss, zumal er schon bald, wie er selbst erzählte, den Besuch der meisten Vorlesungen aufgab und sich lieber „der Lektüre philosophischer Werke“ zuwandte.³¹ Dass er mit dieser Einstellung bei den Prüfungen nur mittelmäßige Leistungen erbrachte³², verwundert nicht. Das letzte Rigorosum, das sog Romanum, absolvierte Kelsen am 7. Mai 1906. Den Vorsitz führte der Dekan Emil Schrutka Edler v. Rechtenstamm, das römische Recht wurde von Moritz Wlassak, das deutsche Recht von Ernst v. Schwind, das Kirchenrecht von Franz Laurin³³ und die österreichische Reichsgeschichte von Siegmund Adler geprüft. Schwind galt allgemein als „gefürchteter Prüfer“,³⁴ aber dennoch dürfte Kelsen ihn mit seinen Leistungen beeindruckt haben, denn als einziges Mitglied der Prüfungskommission gab Schwind ihm ein „minus ausgezeichnet“. Es war dies die beste Leistung Kelsens in seinem gesamten Studium.³⁵

Knapp zwei Wochen später, am 18. Mai 1906, promovierte Kelsen zum Doktor beider Rechte.³⁶ Wenn auch das Studium ihn nicht begeistert hatte, so war doch sein Interesse an der Wissenschaft, im Besonderen am Staatsrecht und der Rechtsphilosophie wach geworden, und er fasste den Entschluss, sich an der Universität zu habilitieren. Seine Hoffnung, dass der Professor für

bracht sind, da Kelsen ja lediglich die didaktischen Qualitäten und nicht auch das wissenschaftliche Werk der genannten Personen abfällig beurteilte.

³⁰ So im WS 1901/02 (Österreichische Reichsgeschichte) und nochmals im WS 1902/03 (Deutsches Privatrecht); Archiv der Universität Wien, Nationalien Juristen 1901–1902 K-L (Z 1499) und Juristen 1902–1903 I-K (Z 2770). Vgl dazu auch I. Reiter, Das Rechtsstudium an der Wiener Juristenfakultät von den Anfängen bis in die Gegenwart, V: 1848–1918 [http://www.univie.ac.at/juridicum/index.php?option=com_content&task=view&id=1028&Itemid=124&limit=1&limitstart=4] (April 2005 / 20.2.2007); W. Ogris, 1884–1984. Einhundert Jahre Rechtswissenschaft im Hause am Ring, in: Th. Olechowski (Hrsg), Werner Ogris, Elemente Europäischer Rechtskultur, Wien-Köln-Weimar 2003, 401–428.

³¹ Kelsen, Autobiographie, wie FN 29, 35.

³² Archiv der Universität Wien, Jur. Rig. Protocoll J 13.16 1904–1905, Zahl 1593.

³³ Laurin war emeritierter Professor des Kirchenrechts an der theologischen Fakultät. Er sprang offenbar kurzfristig ein, da sein Kollege an der juristischen Fakultät, Karl Groß, am 10.2.1906 gestorben war; vgl Österreichisches Biographisches Lexikon II, Wien 1959, 75.

³⁴ Voltelini, Schwind, wie FN 2, XIII.

³⁵ Archiv der Universität Wien, Jur. Rig. Protocoll J 13.16 1904–1905, Zahl 1593.

³⁶ Archiv der Universität Wien, Promotionsprotokoll 1905/06, Sig. M 32.3-32.6, Zahl 762. Unrichtig daher Métall, Kelsen, wie FN 25, 8, der den 18.6.1906 als Promotionsdatum angibt.

Staatsrecht Edmund Bernatzik³⁷ ihn bei seinem Vorhaben unterstützen werde, erfüllte sich nicht: Dieser meinte ihm gegenüber vielmehr, dass Kelsens Aussichten auf eine akademische Karriere gering seien. Die Gründe ließ Bernatzik offen; Kelsen vermutete, dass diese vor allem „bei der nicht sehr judenfreundlichen Haltung der Fakultät“ zu suchen seien, wobei er nicht glaubte, dass Bernatzik selbst Antisemit sei, aber dass er einem Konflikt mit den Antisemiten an der Fakultät aus dem Weg gehen wollte, zumal die „Zahl der nichtarischen Professoren und Dozenten der Fakultät als verhältnismäßig gross angesehen wurde.“³⁸ Kelsen ließ sich nicht beirren und brach zu Studienreisen nach Heidelberg und Berlin auf. Dass er diese nur mit Hilfe zweier von der Universität gewährter Stipendien finanzieren konnte, ist im gegebenen Zusammenhang deshalb erwähnenswert, als Schwind Stipendienreferent der Fakultät war.³⁹ Allerdings lässt die Stipendienvergabe kaum Rückschlüsse auf die Frage zu, inwieweit Schwind Kelsen gewogen war: Zumindest das eine der beiden Stipendien, so vermutet Kelsen, bekam er einfach deswegen, weil er der einzige Bewerber war.⁴⁰

1911 erschien Kelsens Habilitationsschrift, die „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“⁴¹, und am 6. Februar desselben Jahres reichte Kelsen sein Habilitationsgesuch an der Universität Wien ein.⁴² Zu Gutachtern wurden die beiden Ordinarien für Verfassungsrecht, Edmund Bernatzik und Adolf Menzel, bestellt, welche sich positiv äußerten, und nachdem Kelsen das Habilitationskolloquium absolviert und den Probevortrag „Zur Lehre vom Gesetz im materiellen und formellen Sinn mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung“ gehalten hatte, beschloss das Kollegium in seiner Sitzung vom 10. Juli, „es werde Dr. Hans Kelsen für allgemeines und österreichisches Staatsrecht, Rechtsphilosophie und deren Geschichte habilitiert.“⁴³

In seiner Autobiographie schreibt Kelsen, dass sich gegen seine Habilitation „mit einem ausführlichen Gutachten nur der Professor fuer Rechtsgeschichte Baron Schwind ausgesprochen“ habe.⁴⁴ Ein derartiges Gutachten ist nicht erhalten, es darf auch bezweifelt werden, dass Schwind bereits 1911 ein solches verfasste, zumal Kelsen sogar den beiden Gutachtern unterstellt, seine Arbeit nicht gelesen (Bernatzik) bzw nicht verstanden (Menzel) zu haben, und es unwahrscheinlich ist, dass sich im Gegensatz zu diesen beiden ausgerechnet

³⁷ Vgl zu ihm (sowie zu dem weiter unten genannten Fachkollegen Adolf Menzel) R. Walter, Die Lehre des Verfassungs- und Verwaltungsrechts an der Universität Wien, in: Juristische Blätter 1988, 609–624, bes 617.

³⁸ Kelsen, Autobiographie, wie FN 29, 41.

³⁹ F. Schwind, Ernst Freiherr von Schwind, wie FN 4, 265.

⁴⁰ Kelsen, Autobiographie, wie FN 29, 40; Métall, Kelsen, wie FN 25, 10.

⁴¹ H. Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911.

⁴² Personalakt Hans Kelsen im ÖStA AVA, Unterricht Allgemein, Sig 4 Universität Wien, Jus (Fasz 589, Z 30728 ex 1911).

⁴³ Personalakt Hans Kelsen im ÖStA AVA, Unterricht Allgemein, Sig 4 Universität Wien, Jus (Fasz 589, Z 665 ex 1910/11).

⁴⁴ Kelsen, Autobiographie, wie FN 29, 45. Vgl auch Métall, Kelsen, wie FN 25, 15.

ein fachfremder Professor der Mühe unterzogen hätte, sich mit der immerhin 709 Seiten starken Arbeit eines damals noch Unbekannten auseinander zu setzen.

Wahrscheinlicher ist es, dass sich Kelsen mit seiner Bemerkung auf jenes Gutachten bezog, das Schwind am 11. März 1918 verfasste, als es darum ging, Kelsen zum außerordentlichen Universitätsprofessor zu ernennen. Kelsen hatte mittlerweile die in seiner Habilitationsschrift grundlegende „Reine Rechtslehre“ durch zahlreiche Publikationen weiter entwickelt und damit einiges an Aufsehen erregt. Vor allem aber war er 1917 ein enger Mitarbeiter des k.u.k. Kriegsministers Rudolf Stöger-Steiner geworden, und dessen Intervention verdankte er die Ausschreibung einer außerordentlichen Professur für öffentliches Recht (mit besonderer Berücksichtigung des Militärrechts und der Rechtsphilosophie).⁴⁵ Am 27. 2. 1918 wurde ein Komitee, bestehend aus Bernatzik, Menzel, Schwind, dem Zivilprozessualisten Hans Sperl sowie dem Dekan Hans v. Voltolini gebildet, welches „mit allen gegen eine Stimme“ beschloss, Kelsen als a.o. Professor vorzuschlagen.

Gegen die Berufung Kelsens hatte Schwind gestimmt, und begründete dies im genannten Gutachten ausführlich.⁴⁶ Nach einer kurzen Zusammenfassung der ihm wesentlich erscheinenden Punkte der Reinen Rechtslehre (sie sollten alle in Schwinds Streitschrift von 1928 nochmals angeführt werden, weshalb hier nicht auf sie eingegangen zu werden braucht) verurteilte er die Lehren Kelsens als „destruktiv und zersetzend, im Rahmen der akademischen Lehre für die Studierenden vielfach blendend, aber im Erfolge verwirrend und höchst bedenklich.“ Gerade angesichts des großen „Einfluss[es] auf den Hörerkreis“, den Kelsen offenbar schon damals besaß, erschiene es gefährlich, dass er in den Studenten „nur die ohnedies schon viel zu stark vorhandene Neigung nach unfruchtbarer Dialektik“ fördere und „jede Achtung vor dem positiven Rechte“ untergrabe. „Eine Bewegung, welche es darauf anlegt eine Rechtsordnung aus einer abstrakten Gedankenwelt aufzubauen, ohne es dabei ... zu irgend welchem positiven Ergebnisse zu bringen, erscheint mir nun als ernste Gefahr für die Zukunft unserer Juristen, zumal wenn sie ... zum grossen Teil auf einen Boden fällt, der auch sonst nur zur Negation und zu Nihilismus in ökonomischen und sozialen Fragen hinneigt“ und seinen „Wiederhall [sic] ... in den verschiedenen sozialpolitischen, sozialdemokratischen [!] und kulturpolitischen studentischen Vereinigungen“ finde.

Es war Kelsen naturgemäß nicht möglich, auf diese Anschuldigungen zu reagieren. Dennoch hatte Schwind mit seinem ersten großen Schlag gegen Kelsen keinen Erfolg: Mit ah. Entschliebung vom 8. Juli 1918 wurde Kelsen zum außerordentlichen Professor ernannt; ja, nach dem Tod Bernatziks (30. März 1919) gelang es ihm relativ problemlos, dessen Nachfolge als Ordinarius

⁴⁵ Dazu ausführlich, wenn auch sehr polemisch: Oberkofler / Rabofsky, Kelsen, wie FN 29, 85ff.

⁴⁶ Separatvotum von Ernst Schwind vom 11.3.1918, ÖStA AVA, Unterricht Allgemein, Sig 4 Universität Wien, Jus (im Personalakt Herrnritt, Fasz 752, Z 9583 ex 1918, Beilage Z 355). Auszugsweise abgedruckt in: F. Ermacora, Hans Kelsen und die Wiener Rechtsfakultät, in: Österreichische Hochschulzeitung 15.7.1973, IV.

für Verfassungsrecht anzutreten, womit er nun für rund zehn Jahre Schwind im Fakultätskollegium gleichberechtigt gegenüber saß.

III.

Kelsens Lehre war seit jeher starker Kritik ausgesetzt, aber auch Kelsen scheute nicht die Konfrontation mit Rechtswissenschaftlern unterschiedlichster Schulen. Hervorgehoben sei an dieser Stelle zunächst die literarische Kontroverse zwischen Kelsen und Eugen Ehrlich.⁴⁷ 1915 besprach Kelsen⁴⁸ ausführlich Ehrlichs 1913 erschienenes Buch „Grundlegung der Soziologie des Rechts“, und die Kritik war so scharf, dass Ehrlich in einer „Entgegnung“ schrieb, Kelsen habe versucht, „ihn nahezu für einen Idioten zu erklären“.⁴⁹ Interessant ist diese Kontroverse im gegenständlichen Zusammenhang vor allem deshalb, weil Kelsen in seiner Schrift ein Nebeneinander von „normativer Jurisprudenz und explikativer Rechtssoziologie“ ortete (was ihm prinzipiell möglich schien, sofern ein Methodensynkretismus vermieden werde). Doch hielt er es nicht für sinnvoll, „beide Arten wissenschaftlicher Erkenntnisrichtung gemeinsam als Rechtswissenschaft zu bezeichnen und so den Schein eines gemeinsamen Objektes zu erwecken.“⁵⁰ Es ist dies ein Vorwurf, der prinzipiell auch der Rechtsgeschichte gemacht werden könnte; tatsächlich hatte Kelsen an anderer Stelle auch die Rechtsgeschichte „den explikativen Disziplinen“ zugerechnet⁵¹, ja bereits in seiner Habilitationsschrift gemeint, dass, vom „methodologischen Standpunkte aus betrachtet, ... zwischen Rechtsgeschichte und dogmatischer Jurisprudenz oder Rechtsphilosophie – wenn man die Gewinnung der Grundbegriffe des Rechtes so nennen will – keinerlei Verbindung [bestehe], und nur sehr äußerlich ist die Beziehung, die beide Disziplinen in einer gemeinsamen ‚Rechtswissenschaft‘ vereinigt.“⁵² – Aber auch die Kontroverse Kelsen/Ehrlich selbst enthält einige unmittelbar

⁴⁷ Vgl. dazu H. Kelsen / E. Ehrlich, *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse* (1915/17). Mit einer Einführung von K. Lüderssen (= *Juristische Zeitschichte. Kleine Reihe* 7), Baden-Baden 2003. Zur Person und zum Werk Ehrlichs vgl. H. Schlosser, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, 10. Auflage Heidelberg 2005, 275–277, mwN.

⁴⁸ H. Kelsen, *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie*, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 39/1915, 839–876, wieder abgedruckt in Kelsen / Ehrlich, *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft*, wie FN 47, 3–54.

⁴⁹ Ebenda, 57–65. Kelsen verfasste in derselben Zeitschrift auch noch eine „Replik“ (ebenda, 67–72), worauf Ehrlich seinerseits eine „Replik“ verfasste (ebenda, 75f) und Kelsen schließlich ein „Schlusswort“ zukam (ebenda, 77f).

⁵⁰ Kelsen, *Grundlegung*, wie FN 48, 6.

⁵¹ H. Kelsen, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Tübingen 1911, 14; vgl. St. Verosta, *Rechtsgeschichte und Reine Rechtslehre. Zugleich ein Beitrag zum Problem der Beziehung zwischen Faktizität und Normativität*, in: S. Engel / R. Métall (Hrsg.), *Law, State, and International Legal Order. Essays in Honor of Hans Kelsen*, Knoxville 1964, 347–365, hier 350.

⁵² Kelsen, *Hauptprobleme*, wie FN 41, VII.

rechtshistorische Aspekte: So etwa, wenn Kelsen und Ehrlich über das Wesen des Staates und in diesem Zusammenhang auch über dessen Entstehung philosophieren: Die Ansicht Ehrlichs, dass der Staat „seinem Ursprunge nach ... ein militärischer Verband, der zum Rechtsleben nur in sehr loser Beziehung steht“ sei, und dass diesem vorstaatliche soziale Einheiten, wie Stamm, Sippe oder Hausgemeinschaft vorangegangen seien⁵³, muss bei Kelsen den heftigsten Widerspruch hervorrufen, da dieser den Staat mit der Rechtsgemeinschaft gleichsetzt und so auch Stamm, Sippe und Hausgemeinschaft – aber auch einen entmilitarisierten Staat – als einen Staat ansieht.⁵⁴

Erwähnt sei ferner die Kontroverse Kelsens mit dem Völkerrechtler und Rechtsphilosophen Alexander Hold-Ferneck, vor allem, da Hold-Ferneck gleich Schwind und Kelsen Ordinarius an der Wiener Rechtsfakultät war. In seiner Autobiographie⁵⁵ erzählt Hold, dass er „von verschiedenen Seiten“ gebeten worden sei, gegen Kelsen aufzutreten und „die Fakultät vor dem Vorwurf in Schutz zu nehmen, daß sie sich den Lehren Kelsens widerspruchslos beuge.“ So veröffentlichte er 1926 sein Buch „Der Staat als Übermensch. Zugleich eine Auseinandersetzung mit der Rechtslehre Kelsens“, auf die Kelsen im selben Jahr mit seiner Arbeit „Der Staat als Übermensch. Eine Erwiderung“ antwortete. Obwohl Kelsen diesmal der Angegriffene war, war sein Ton wesentlich zurückhaltender als zuvor gegen Ehrlich; ja er versuchte sogar zu zeigen, dass zwischen Holds Ansichten und seinen eigenen nicht so viele Unterschiede bestehen, wie Hold darstelle: „Denn Hold ist einer der extremsten Vertreter der Lehre, daß der Zwang dem Rechte wesentlich sei.“⁵⁶ Auch identifiziere Hold „Staat und Recht genau so ... wie ich“.⁵⁷ Hold verfasste 1927 eine Replik⁵⁸, die aber unbeantwortet blieb, sodass er 25 Jahre später triumphierend feststellte, dass es ihm damals gelungen sei, Kelsens „Einfluß zu brechen“.⁵⁹ Auf der Gegenseite wurde die Kampfschrift Holds 1969 vom Biographen Kelsens, Métall, als „hinterhältig“ bezeichnet, vor allem deshalb, weil es Kelsen selbst gewesen war, der als Dekan die Berufung von Hold-Ferneck auf eine Lehrkanzel für Völkerrecht vorgeschlagen hatte. Zur Schrift Kelsens gegen Hold bemerkt Métall nur: „sie hat ihm in der Fakultät einen erbitterten Gegner eingetragen.“⁶⁰

⁵³ Ehrlich, Entgegnung, ### 111.

⁵⁴ Kelsen, Grundlegung, wie FN 48, 39ff.

⁵⁵ Alexander Hold-Ferneck in N. Grass (Hrsg), Österreichische Rechts- u. Staatswissenschaften in Selbstdarstellungen, Innsbruck 1952, 93–103, hier 101. Diese Schrift enthüllt besser, als es jede Fremddarstellung könnte, Holds Weltanschauung; vgl. bes. 100, wo er seinen „Kampf gegen die Friedensverträge von Versailles und St. Germain“ beschreibt und (1952!) darlegt, dass dieser Kampf den „besten Antrieb ... durch die nationalsozialistische Bewegung“ gefunden hatte.

⁵⁶ H. Kelsen, Der Staat als Übermensch. Eine Erwiderung, Wien 1926, 1.

⁵⁷ Kelsen, Staat als Übermensch, wie FN 56, 21.

⁵⁸ A. Hold-Ferneck, Ein Kampf ums Recht. Entgegnung auf Kelsens Schrift „Der Staat als Übermensch“, Jena 1927.

⁵⁹ Hold in Grass, Selbstdarstellungen, wie FN 55, 102.

⁶⁰ Métall, Kelsen, wie FN 25, 43.

IV.

Im Jahre 1928 war Ernst Schwind 63 Jahre alt und gesundheitlich angeschlagen, auch die Kritik an seiner „Lex Baiuvariorum“ hatte ihm zugesetzt. Aber „einmal noch raffte sich Schwind zu einer wissenschaftlichen Auseinandersetzung auf“⁶¹ und veröffentlichte sein Buch „Grundlagen und Grundfragen des Rechts“, die mit 158 Seiten bis dahin umfangreichste Streitschrift gegen Kelsen. Auch auf sie reagierte Kelsen mit einer Gegenschrift: „Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung“, im gleichen Jahr erschienen und nur 31 Seiten stark.

Die Kontroverse war nur scheinbar eine interdisziplinäre Fehde: Schwinds Arbeit war, auch wenn er zahlreiche Beispiele aus der Rechtsgeschichte anführte, rein rechtsphilosophischer Natur. Dies, auch wenn er beteuerte: „Ich selbst bin ja nicht Rechtsphilosoph sondern Rechtshistoriker und gedenke nicht abzuschweifen ins philosophische Gebiet, wenigstens nicht in jene Gebiete, wo die Rechtsphilosophie – nicht zum geringsten dank ihrer Sprache – beginnt, zur Geheimwissenschaft zu werden.“⁶² Angesichts dieser und ähnlicher Bemerkungen fragte Kelsen, was er nur machen solle mit „einem sich mir aufdrängenden Gegner ..., der mir bei meiner Gegenwehr schon von vornherein dadurch in die Arme zu fallen sucht, daß er immer wieder selbst behauptet, von der Sache, in der er gegen mich auftritt, nichts zu verstehen?“ Eine rhetorische Frage, denn Kelsen hatte schon weiter oben im Text angekündigt, dass Schwind „nicht auf Schonung rechnen“ dürfe, zumal sein Angriff „in keiner Weise provoziert wurde“ und Schwind selbst „meine Lehre von Grund aus vernichten [wollte].“⁶³ Und tatsächlich war Kelsens Erwiderung von nicht zu überbietender Schärfe.

Schwind eröffnete seine Überlegungen mit etymologischen Betrachtungen zum Wort „Recht“. Demnach bedeutete das Adjektiv „recht“ ursprünglich soviel wie „gerade“, das Gegenstück sei „schief, krumm“. „Nirgends ist dabei der Gedanke des Sollens in die Sprache aufgenommen.“⁶⁴ Schwind griff zahlreiche Quellen aus der Rechtsgeschichte heraus, um seine Ansicht zu stützen, darunter die Lex Salica, den Sachsenspiegel, das Staatsgrundgesetz über die Reichsvertretung von 1867 und zuletzt auch das Bundes-Verfassungsgesetz 1920 – „was vielleicht darum von besonderem Interesse ist, weil seiner Formulierung Vertreter der ‚reinen Rechtslehre‘ nahe gestanden sind“ – und fand auch in dieser Quelle fast immer nur die „Feststellung, wie und was Rechtens ist, nur ganz vereinzelte Male Wendungen wie es darf, es kann, es muß, den Ausdruck es soll im Sinne der Regelung einer Rechtsnorm, konnte ich nur an einer Stelle (Art. 132) finden.“⁶⁵ Kelsen konnte eine derartige Argumentation nicht beirren, sondern erachtete es sogar als selbstverständlich, dass „die Sprachform des Gesetzestextes für den objektiven Sinn des aus dem empiri-

⁶¹ F. Schwind, Ernst Freiherr von Schwind, wie FN 4, 267.

⁶² Schwind, Grundlagen, wie FN 1, 14.

⁶³ Kelsen, Rechtsgeschichte, wie FN 1, 1f.

⁶⁴ Schwind, Grundlagen, wie FN 1, 34.

⁶⁵ Schwind, Grundlagen, wie FN 1, 37.

schen Rechtsmaterial zu gestaltenden Rechtssatzes keine entscheidende Bedeutung haben müsse“.⁶⁶

Ausführlich behandelte Schwind die Lehre Kelsens, wonach der Staat mit seinem Recht identisch sei, und widersprach heftig: „Identisch kommt nämlich bekanntlich von dem Worte idem, das heißt dasselbe, und dieses Wort darf man gerade in philosophischen Werken nur dort anwenden, wo rechts und links wirklich dasselbe steht.“⁶⁷ – Kelsen etwas höhnisch dazu: „Wer wirklich nicht weiß, daß das Urteil der Identität einen Gegenstand, das der Gleichheit aber zwei Gegenstände behauptet, der kann allerdings in philosophischen Fragen – so wie S. es zu tun vorgibt, nur – von einem ‚rechtsgeschichtlichen‘ Standpunkt mitreden.“ Und „nur als einen Scherz“ wollte es Kelsen „auffassen, wenn S. gegen die Behauptung, der Staat sei als Verband eine Rechtsordnung, einwendet, dann sei ein Verein dasselbe wie das Statut und dann seien zwei Vereine, die dieselben Statuten haben, nur ein Verein.“⁶⁸ Hier übersah Schwind, dass zur Rechtsordnung eines Staates oder Vereines ja nicht nur allgemein-abstrakte Normen wie seine Verfassung bzw sein Statut, sondern auch die individuell-konkreten Normen über Mitgliedschaft, Organwalter etc. gehörten. Es war dies aber, wie Kelsen bemerkte, nur ein Folgefehler dessen, dass Schwind vermeinte, es seien für Kelsen die Menschen in einem rechtlichen Verbände „gleichgültig“.⁶⁹ „Hätte er aufmerksamer, als er es getan hat, meine Bücher, insbesondere meine Darstellung der Lehre von den Staatselementen, gelesen, dann wüßte er wahrscheinlich, daß die von ihm so schmerzlich vermißten ‚Menschen‘ im Inhalt der Ordnung, der Rechtsordnung, auftreten“, meinte Kelsen nur.⁷⁰

Schwinds Kritik am Kelsenschen Staatsbegriff ging aber weiter; er bezweifelte überhaupt, „ob der Staat zu jenen Gebilden gehört, die sich rein begrifflich ganz erfassen lassen.“ Denn was alles gehöre zum Staat dazu: „das Land und die Leute, aber das Land mit seiner Bodenbeschaffenheit und seinem Klima, seinen Früchten und Bergsegnen und seinen Flüssen, Seen und Meeren und seiner territorialen Umrahmung; und die Leute mit ihrem Charakter und Temperament, mit ihrer künstlerischen und technischen Begabung, mit ihren sozialen Verbindungen und Strömungen, Freundschaften und Feindschaften, mit Liebe und Haß der einzelnen, wie der Gruppen, auch mit seiner Rechtsordnung und der Art, wie die Verfassung und das sonstige Recht geregelt und wie es eingehalten wird ... zum heutigen Italien nicht nur das Land mit seinen Kunstschatzen und dem blauen Meer und der bewegten See, auch der Re bambino und Mussolini mit der leicht erregbaren Bevölkerung, die beiden und dem Fascismus den Widerhall und die Existenzmöglichkeit gewähren, und die Abruzzen mit ihren Briganten und auch die Gäste und Landesfremden, der Papst mit seinen roten Kardinälen und die Forestieri und dazu die Gesetze, die

⁶⁶ Kelsen, Rechtsgeschichte, wie FN 1, 7.

⁶⁷ Schwind, Grundlagen, wie FN 1, 85.

⁶⁸ Kelsen, Rechtsgeschichte, wie FN 1, 13f.

⁶⁹ Schwind, Grundlagen, wie FN 1, 73.

⁷⁰ Kelsen, Rechtsgeschichte, wie FN 1, 12. Vgl H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, 95ff.

da Ordnung halten wollen, und die offenen und geheimen Verbände, die sie wieder stören und stürzen wollen, kurz alles und alle und jeder einzelne, nur daß der Einfluß des einzelnen im allgemeinen unter den Millionen verschwindet, und nur wenige hervortreten können, wie es Mussolini getan, schon ehe er die Regierung an sich riß.“⁷¹ – Kelsens Spott wurde immer unverhohlener: „Angesichts dieser prächtigen und farbenreichen Vision eines gottbegnadeten Dichters wäre es gewiß kleinlich, zu fragen, ob ... denn Klima und Bodenbeschaffenheit, Charakter und Temperament der Bevölkerung und all die übrigen interessanten Dinge nicht Gegenstand ganz anderer Wissenschaften als der Staatslehre und noch dazu einer allgemeinen Staatslehre sind, und ob dann für die andren Wissenschaften und sohin für alle anderen Begriffe noch überhaupt ein Inhalt übrig bliebe.“⁷² Aber bei allem Spott hebt es Kelsen doch auch als „bedenklich“ hervor, wie oft – im gesamten Buch viermal – Schwind, ohne dass es notwendig erscheine, den italienischen Diktator nenne.

Den Höhepunkt der Auseinandersetzung aber bildete die Debatte um Kelsens Grundnorm. „Von der Ursprungsnorm, die wir da als Hilfshypothese annehmen sollen, wissen wir ja so manches nicht; das Einzige, was wir sicher von ihr wissen, und das gibt auch die reine Rechtslehre glatt zu, ist nur, daß sie ganz bestimmt nie und nirgends erlassen worden ist“, stellte Schwind fest.⁷³ Hier stolperte er über die allerdings noch nicht perfekte Terminologie Kelsens, indem er die von Kelsen als „hypothetische Annahme“ bezeichnete Grundnorm⁷⁴ als eine falsifizierbare Hypothese im Sinne der Wissenschaftstheorie ansieht.⁷⁵ Schon einleitend zu seiner Schrift hatte er die – an sich richtige – Behauptung aufgestellt: „Wo wir wissen, daß es anders liegt, darf man nicht Hypothesen aufstellen; oder genauer gesagt, man darf nichts als Hypothese in den Denkprozeß einfügen, von dem man weiß, daß es unwahr ist.“⁷⁶ Nun aber verwechselte er auch noch „wahr“ mit „positiv“ und folgerte aus der Tatsache, dass die Grundnorm „nie und nirgends im Leben wirklich erlassen worden ist“, dass ihr auch nicht die Stellung zukommen könne, „welche einem philosophischen Postulat zufiele“. Vielmehr sei sie eine Fiktion. „Oder was wäre es sonst als eine Fiktion, wenn man so tut, als wäre etwas, von dem man bestimmt weiß, daß es nicht so ist, wenn man so spielt, als hätte man etwas, von dem

⁷¹ Schwind, Grundlagen, wie FN 1, 78f.

⁷² Kelsen, Rechtsgeschichte, wie FN 1, 17.

⁷³ Schwind, Grundlagen, wie FN 1, 48.

⁷⁴ Kelsen, Allgemeine Staatslehre, wie FN 70, 251. Diese Monographie ist die erste, in der Kelsen ausdrücklich das Wort „Grundnorm“ verwendet; vgl dazu R. Walter, Entstehung und Entwicklung des Gedankens der Grundnorm, in: R. Walter (Hrsg), Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 18), Wien 1992, bes 47–59, 54.

⁷⁵ Maßgebend für die damalige Zeit H. Poincaré, Wissenschaft und Hypothese, 3. Auflage der dt Ausgabe, Leipzig 1914, bes 152ff, der neben den verifizierbaren Hypothesen und den aus praktischen Gründen kaum zu beweisenden „natürlichen“ Hypothesen auch „indifferente“ Hypothesen kennt, welche in Wahrheit Konventionen sind. Aber selbst in diese letzte Kategorie kann die Grundnorm kaum eingeordnet werden.

⁷⁶ Schwind, Grundlagen, wie FN 1, 15.

man weiß, daß man es nicht hat?⁷⁷ – Mit sichtlichem Ärger fasst Kelsen seine Gedanken zur Grundnorm noch einmal zusammen, nicht anders, als wenn er „Anfängern das Wesen der Grundnorm erklären und sie vor den größten Mißverständnissen bewahren will“. Schwind renne ja nur „offenen Türen“ ein, wenn er betone, dass die Grundnorm niemals erlassen worden sei. Und die Grundnorm sei auch „keine Hypothese im üblichen, d.i. naturwissenschaftlichen Sinne des Wortes.“ Auch die Behauptung, die Grundnorm sei eine Fiktion, wird von ihm zurückgewiesen.⁷⁸

Aber Schwind ging noch weiter: „Da es nun in der ernstesten Welt der Wirklichkeit eine solche Urnorm nicht gibt, so ist die Gegenfrage berechtigt, wie es denn geschichtlich mit den Anfängen des Rechtes gelegen ist. ... Man hat Jahrhunderte und Jahrtausende hindurch Gesetze gemacht, ohne daß die Frage rechtlich geregelt gewesen wäre, wer zur Gesetzgebung berufen sei und welche Normen dabei einzuhalten wären. Pipin der Kurze und sein großer Sohn haben auch durch ihre Gesetze eine Welt regiert und haben auf ihren Hoftagen die Großen zur Beratung oder zur Veröffentlichung zugezogen, ohne daß mit einem Wort die Frage auch nur berührt worden wäre, wie man Gesetze macht, und wer dazu berufen sei.“⁷⁹ – An dieser Stelle musste Kelsen kapitulieren: „Denn gegenüber einer Argumentation, deren Schlagkraft von der Art des bekannten Beispiels ist: die Behauptung, es sei finster, mit der Gegenbehauptung zu widerlegen, es stehe aber ein Turm daneben, gegenüber einer solchen Beweisführung hört jede Diskussionsmöglichkeit auf.“⁸⁰

V.

Schwind gelang es in keinem einzigen Punkt die Lehren Kelsens zu widerlegen oder zu entkräften. Im Gegenteil: Er machte zahlreiche Fehler, die offenbar auf mangelndem Studium der Werke Kelsens sowie anderer rechtstheoretischer Literatur beruhten und von Kelsen mühelos bloßgelegt werden konnten. Von den Werken Kelsens bezieht er sich – neben dem Vorwort zu Kelsens Habilitationsschrift – hauptsächlich auf dessen 1925 erschienene „Allgemeine Staatslehre“. „Es ist merkwürdig, daß Ernst Schwind in seiner Schrift weder Kelsens Vortrag ‚Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode‘ ... noch das umfängliche Buch Kelsens ‚Der soziologische und der juristische Staatsbegriff‘ ... zitiert, obwohl gerade dort sich wichtige Stellen über Rechtsgeschichte finden“, ist denn auch Stephan Verosta er-

⁷⁷ Schwind, Grundlagen, wie FN 1, 145.

⁷⁸ Kelsen, Rechtsgeschichte, wie FN 1, 25. – Es sei an dieser Stelle angemerkt, dass Kelsen selbst noch lange am Wesen der Grundnorm arbeitete, letztlich auch die Bezeichnung als Hypothese verwarf und in seinem Spätwerk (nach 1960) die Grundnorm durchaus als „Fiktion“ bezeichnet; vgl. näher Walter, Entstehung, wie FN 74, 55f.

⁷⁹ Schwind, Grundlagen, wie FN 1, 49f.

⁸⁰ Kelsen, Rechtsgeschichte, wie FN 1, 26.

staunt.⁸¹ Auch gegen Kelsen gerichtete Schriften wurden von Schwind nur spärlich zitiert, neben Fritz Sander⁸² vor allem Hold-Ferneck, und selbst hier vermochte er keinen Nutzen aus ihnen zu ziehen, vielmehr widersprach er, ohne es zu bemerken, Hold und gab Kelsen recht, worauf ihn dieser natürlich prompt hinwies.⁸³ Auf die Kontroverse Kelsens mit Ehrlich ging Schwind nicht ein, obwohl sie, wie oben gezeigt, auch rechtshistorisch durchaus ergiebig gewesen wäre. Und während dort auch noch zB recht ausführlich auf Otto v. Gierke Bezug genommen worden war⁸⁴, wurde er bei Schwind nur ganz oberflächlich, fast alibihaft, genannt.⁸⁵ Dabei hätte auch Gierke Schwind eine Reihe von Argumenten liefern können, hatte er sich doch schon ein halbes Jahrhundert zuvor mit dem Positivismus auseinandergesetzt und dabei durchaus ähnliche Positionen wie später Schwind bezogen, so etwa, dass das Staatsrecht die Kenntnis auch außerrechtlicher Faktoren voraussetze, oder dass der Zwang nicht Recht schaffe, sondern nur seinen Bestand sichere.⁸⁶

So war denn die Streitschrift Schwinds gegen Kelsen zwar, wie erwähnt, die umfangreichste, aber dennoch konnte Kelsen rückblickend schreiben, dass er gegen diese „überaus toerichte Schrift ... leichtes Spiel“ gehabt hatte. Seine eigene Gegenschrift bezeichnete er als einen „grosse[n] Erfolg, da ich die Lacher auf meiner Seite hatte. Baron Schwind soll diesen Schlag, wie mir von seinen Freunden vorwurfsvoll versichert wurde, niemals ganz verwunden haben.“⁸⁷ Hier untertreibt Kelsen, und wahrscheinlich mit Absicht verschweigt er, wie schwer die Folgen für Ernst Schwind tatsächlich waren. Sein Sohn Fritz berichtet: „Bei dem Versuch, darauf [nämlich auf die Schrift Kelsens] zu antworten (einige Seiten davon sind noch in einer kaum mehr lesbaren Handschrift erhalten), hatte mein Vater im Februar 1929 den ersten Schlaganfall, von dem er sich nie mehr erholte und an dessen Folgen er im Juli 1932 nach einem für die ganze Familie qualvollen Leiden starb“.⁸⁸

⁸¹ Verosta, Rechtsgeschichte, wie FN 51, 349.

⁸² Vgl dazu St.L. Paulson (Hrsg), Fritz Sander / Hans Kelsen, Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre. Eine Debatte zwischen Sander und Kelsen, Aalen 1988.

⁸³ Kelsen, Rechtsgeschichte, wie FN 1, 9f.

⁸⁴ Kelsen, Grundlegung, wie FN 48, 39; Ehrlich, Entgegnung, wie FN 49, 61; Kelsen, Replik, wie FN 49, 69.

⁸⁵ Schwind, Grundlagen, wie FN 1, 39f.

⁸⁶ O. Gierke, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, in: Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft („Schmollers Jahrbuch“) 1883, 1097–1195, bes 1114; O. Gierke, Deutsches Privatrecht I, Leipzig 1895, bes 114ff. Vgl dazu ausführlich H. Krupa, Otto von Gierke und die Probleme der Rechtsphilosophie (= GU 150), Breslau 1940 (Neudruck Aalen 1969), 11, 15.

⁸⁷ Kelsen, Autobiographie, wie FN 29, 45. Vgl auch Métall, Kelsen, wie FN 25, 15.

⁸⁸ F. Schwind, Vorfahren und Erinnerungen, wie FN 2, 44. – In einem persönlichen Gespräch, das der Verfasser dieser Zeilen am 20.2.2007 mit F. Schwind führen durfte, bekannte dieser aber ein, dass die Gesundheit seines Vaters schon vorher angeschlagen war. Das erwähnte Manuskriptfragment ist nach seinen Angaben für eine Publikation ungeeignet.

Die außergewöhnliche Härte, mit der Kelsen die Kontroverse geführt hatte, war allerdings wohl nicht allein auf seine allgemeine Konfrontationsfreudigkeit zurückzuführen. Vielmehr hatte Schwind am Schluss seiner Streitschrift eine Bemerkung gemacht, die eines Wissenschafters unwürdig war, und mit der er Kelsen zutiefst persönlich verletzt hatte: Schwind beklagte, dass die Lehre Kelsens „gerade an unserer Universität dank der Zusammensetzung der Lehrenden und der Lernenden besondere Verbreitung und Anklang findet.“⁸⁹ Was war mit der „Zusammensetzung“ gemeint, fragte Kelsen. Etwa, „daß die systematisch-philosophisch Interessierten in Wien zahlreicher sind als die historisch orientierten Geister? Ach, keineswegs! Wer den *genius loci* kennt, weiß, daß die ‚Zusammensetzung‘, die S. ohne nähere Aufklärung in die Diskussion zu ziehen für nötig befindet, mit irgendeiner wissenschaftlichen Richtung in der Lehrerschaft oder gar in der Hörschaft nicht das geringste zu tun hat.“⁹⁰ Wohl eher mit jener Art der ‚Zusammensetzung‘, gegen die Schwind schon 1919 als Rektor der Universität aufgetreten war.

Und tatsächlich war die Kontroverse auch für Kelsen nicht ohne persönliche Folgen: „Die unerquicklichen Zustände in der Wiener Juristischen Fakultät, in welcher zwei seiner Kollegen in den letzten Jahren heftige und zum Teil böswillige Angriffe gegen seine Lehre und gegen seine Person veröffentlicht hatten (Baron Hold von Ferneck und Baron Schwind), vor allem aber die mit der Verfassungsreform 1929 verbundenen Vorgänge⁹¹ hatten Kelsen auf das tiefste erbittert und ihm sein weiteres Wirken in Österreich verleidet“, schreibt Métall.⁹² Doch mit seinem Fortgang aus Wien begann für Kelsen eine zwölfjährige Odyssee: Die Nationalsozialisten vertrieben ihn 1933 von der Universität Köln, 1936/37 von der Universität Prag⁹³; 1940 emigrierte er in die USA, wo er schließlich 1942 in Berkeley eine neue Heimat fand. Hier kam es auch 1959 zu einer Begegnung zwischen Hans Kelsen und Fritz Schwind, die von letzterem auch als eine späte Versöhnung angesehen wurde.⁹⁴

⁸⁹ Schwind, Grundlagen, wie FN 1, 156f.

⁹⁰ Kelsen, Rechtsgeschichte, wie FN 1, 31.

⁹¹ Mit dem Verfassungs-Überleitungsgesetz 7.12.1929 BGBl 1929/393, § 25, wurde Kelsen als Mitglied des VfGH abgesetzt; vgl dazu und zu den Hintergründen ausführlich R. Walter, Hans Kelsen als Verfassungsrichter (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 27), Wien 2005, 25, 57ff; Ch. Neschwara, Kelsen als Verfassungsrichter, in: St. L. Paulson / M. Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005, 353–384, bes 366ff.

⁹² Métall, Kelsen, wie FN 25, 56.

⁹³ In Prag kam es anlässlich seiner Antrittsvorlesung zu Gewalttätigkeiten, worauf die Fakultät für einen Monat gesperrt wurde, vgl Kelsen, Autobiographie, wie FN 29, 88f; R.M. Wlaschek, Juden in Böhmen. Beiträge zur Geschichte des europäischen Judentums im 19. und 20. Jahrhundert (= Veröffentlichungen des Collegium Carolinum 66), 2. Auflage München 1997, 67f.

⁹⁴ F. Schwind, Vorfahren und Erinnerungen, wie FN 2, 144.

VI.

Es bleibt als letztes zu fragen, ob die Kontroverse zwischen Schwind und Kelsen, abgesehen von den persönlichen Folgen für die beiden Kontrahenten, auch für die Rechtswissenschaft von Bedeutung war. War sie tatsächlich ein Kampf „Rechtsphilosophie gegen Rechtsgeschichte“?

Von einem Kampf in wissenschaftlicher Hinsicht kann nicht gesprochen werden. Denn, wie bereits hervorgehoben, bediente sich ja auch Schwind in seiner Streitschrift keiner genuin rechtshistorischer Methoden, sondern hatte eine – freilich wenig fundierte – rechtsphilosophische Schrift abgefasst. Der wissenschaftliche Kampf war also allein auf rechtsphilosophischem, im speziellen rechtstheoretischem Gebiet ausgetragen worden. Und doch muss von einem Kampf der beiden Disziplinen gesprochen werden, wenn auch in anderer Hinsicht: Schwind unterstellte Kelsen, er sage zu seinen Schülern: „Ihr braucht mir nur auf gewisse Grundannahmen zu folgen ... und Ihr seid dann wesentlich gescheiter als alle Philosophen und Juristen aller Zeiten, Ihr bekommt dann ein geschlossenes juristisches System, wie man es bisher vergeblich gesucht; und zu alledem braucht Ihr gar nichts zu wissen von all dem positiv geschichtlichen Ballast, mit dem die anderen ganz unnötig sich abmühen.“⁹⁵ Es ging Schwind also auch darum, die Notwendigkeit der Rechtsgeschichte für die Rechtswissenschaften zu verteidigen, die Kelsen angeblich bezweifelte. Kelsen wies Schwinds Behauptung entrüstet von sich, meinte, dass ein derartiger „Angriff“ auf die Rechtsgeschichte von seiner Seite nie stattgefunden habe. Aber wenn auch Schwind in unakzeptabler Weise übertrieb, so war doch seine Sorge an sich nicht völlig unbegründet: Hatte nicht Kelsen in dem bereits erwähnten Vorwort zu seiner Habilitationsschrift geschrieben, dass die Rechtsgeschichte „ein Zweig der historischen Disziplinen und als Kausalwissenschaft weit mehr mit der Naturwissenschaft und der Psychologie verwandt als mit der Jurisprudenz oder mit der Ethik“ sei?⁹⁶ – Erneut sind in der Diskussion zwei Problemkreise fast ununterscheidbar miteinander verwoben: Erstens das theoretische Problem, ob es verschiedene Arten von Rechtswissenschaften – Rechtsdogmatik, Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie etc – oder nur eine einzige Rechtswissenschaft (welche dogmatischer Natur sein müsse) gebe. Und das praktische Problem, ob in juristischer Forschung und Lehre nur Rechtswissenschaft(en), oder auch verwandte Fächer ihren Platz haben. Nur, weil die Beantwortung der zweiten Frage anscheinend feststand, kam der Beantwortung der ersten so viel praktische Bedeutung zu.

Hier nun ist Kelsen tatsächlich der Vorwurf zu machen, dass er in seinen Schriften zu oft und zu unbefangen von „der“ Rechtswissenschaft sprach, wenn er die Rechtsdogmatik meinte, und anderen Disziplinen ihren rechtswissenschaftlichen Charakter absprach – das obige Zitat sowie auch seine Äußerungen zu Ehrlich beweisen es nur zu deutlich. Aber Schwind gegenüber stellt Kelsen nunmehr klar: Er habe mit seiner Äußerung nur auf die „methodische[...] Wesensverschiedenheit“ zwischen „einer Wissenschaft der Geschichte

⁹⁵ Schwind, Grundlagen, wie FN 1, 6.

⁹⁶ Kelsen, Hauptprobleme, wie FN 41, VII.

und der Erkenntnis der Grundbegriffe des Rechtes“ hinweisen wollen; diese sei mit dem Verhältnis „zwischen Religionsgeschichte und dogmatischer Theologie“ vergleichbar.⁹⁷ Aus Kelsens Sicht vielleicht nur ein bescheidenes Zugeständnis, für einen Rechtshistoriker höchst bedeutsam: Denn der Vergleich der Rechtswissenschaften mit der Theologie zeigt, dass auch die Rechtsdogmatik nur eine von vielen Rechtswissenschaften sein kann – wohl kaum ein Theologe würde behaupten, dass Theologie nur dogmatisch betrieben werden könne.

Und doch bleibt der „Vorwurf“ im Raum, dass Rechtsgeschichte und Rechtssoziologie, jene einander durchaus ähnlichen Wissenschaften, die beide empirisches Handeln untersuchen und es zu juristischen Normen in Beziehung stellen, wesensfremd gegenüber der „eigentlichen“ Rechtswissenschaft, der Rechtsdogmatik, seien.

Derartiges kann nicht behauptet werden: So äußert Kelsen selbst in seiner Auseinandersetzung mit dem Rechtssoziologen und Rechtshistoriker Max Weber 1921 die Ansicht, dass die Rechtssoziologie einen „unselbständigen Charakter“ habe, da sie ihre „Deutungsprinzipie aus anderen Gebieten holen muß“: Wer das juristische Handeln verstehen will, muss dieses Handeln in Relation zu den juristischen Normen setzen. Kelsen sucht damit zu beweisen, dass der Staatsbegriff der Weberschen Soziologie „nicht um ein Wörtchen mehr“ enthalte, „als die normative Rechtstheorie lehrt“.⁹⁸ Da aber nach Kelsen Staat und Recht identisch sind, ist auch der Rechtsbegriff der Rechtssoziologie derselbe wie der der Rechtsdogmatik – und dasselbe muss auch für die Rechtsgeschichte gelten.

Kelsen beweist damit aber außerdem, dass sich auch der Rechtshistoriker rechtsdogmatischer Methoden bedienen muss: Denn wie sonst soll er das Recht als „Deutungsschema“⁹⁹ historischen Handelns verstehen können? – Es ist dem deutenden Verstehen des Rechtsstoffes freilich nur ein Teil der rechtshistorischen Forschung gewidmet; die historische Rechtstatsachenforschung zB verfolgt ganz andere Interessen und bedient sich anderer Methoden. Dort aber, wo der Rechtshistoriker „historische Rechtsdogmatik“ betreibt, betreibt er Normwissenschaft, und bedient sich normativer Methoden. Zwar zieht er die Nachbardisziplinen, wie „Religions- und Geistesgeschichte sowie die Sozial- und Wirtschaftsgeschichte heran“, um das historische Recht und das Handeln der Menschen in Bezug auf dieses Recht besser zu verstehen, aber auch hier unterscheidet er sich nicht so sehr vom Rechtsdogmatiker des modernen Rechts, zumal auch Kelsen die genannten Wissenschaften „für das Verständnis einer Rechtsordnung als unerlässlich bezeichnet hat.“¹⁰⁰ Insofern, als der Rechtshistoriker sowohl Rechtstatsachenforschung als auch Rechtsdogmatik betreibt, gehört die Interdisziplinarität zum Wesen der Rechtsgeschichte, und sie muss sich einer eindeutigen Kategorisierung in Norm- oder Kausalwissen-

⁹⁷ Kelsen, *Rechtsgeschichte*, wie FN 1, 4f.

⁹⁸ H. Kelsen, *Der Staatsbegriff der „verstehenden Soziologie“*, in: *Zeitschrift für Volkswirtschaft und Sozialpolitik* 1921, 104–119, hier 118.

⁹⁹ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Auflage 1960 (Nachdruck Wien 1992), 3.

¹⁰⁰ Verosta, *Rechtsgeschichte*, wie FN 51, 352.

schaft entziehen, will sie nicht dieses ihr Wesen aufgeben. Ihrer Zugehörigkeit zum Kreis der Rechtswissenschaften sollte dies aber keinen Abbruch tun.