

ORDEN POUR LE MÉRITE
FÜR WISSENSCHAFTEN UND KÜNSTE

REDEN UND GEDENKWORTE

SIEBENUNDDREISSIGSTER BAND
2008 – 2009

WALLSTEIN VERLAG

DRITTER TEIL

PROJEKTE DES ORDENS*

* Die Beiträge zu dem Öffentlichen Symposium des Ordens im Gedenken an die Ordensmitglieder Alexander von Humboldt und Charles Darwin erscheinen in dem Band »Zwei Revolutionäre: Alexander von Humboldt und Charles Darwin«, Göttingen 2010.

Für die Beiträge von Herbert Giersch: *Der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*, von Rolf Zinkernagel: *Der Europäische Forschungsrat*, von Ernst-Joachim Mestmäcker: *Einzelberatung der Europäischen Kommission*, von Horst Albach: *Die Regierungskommission »Bundesbahn«* liegen keine ausgearbeiteten Beiträge vor.

II. DIE MITGLIEDER DES ORDENS IM DRITTEN REICH

CHRISTIAN TOMUSCHAT

ERICH KAUFMANN

Erich Kaufmann – ein Name, der heute nur noch wenigen bekannt ist. Kaufmann hat in einem reichen Leben unzählige Herausforderungen aufgenommen.¹ Den jungen Gelehrten trieb der Ehrgeiz, seinen juristischen Forschungen eine rechtsphilosophische Fundierung zu geben. Der jugendliche Elan, der sich in nationalistischer Begeisterung gelegentlich zu Wortkaskaden türmte, machte später einer sehr viel nüchterneren Urteilsweise Platz. Seinen Auftritt hatte nach dem Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung der Rechtsberater, der die Reichsregierung in den zwanziger Jahren des letzten Jahrhunderts in zahlreichen völkerrechtlichen Streitigkeiten vertrat und dabei die Kunst der Diplomatie nicht nur erlernte, sondern zu höchster Vollendung brachte. Dann kam der große Bruch in Kaufmanns Leben: Wegen seiner jüdischen Abstammung wurde er im Jahre 1934 aus dem öffentlichen Dienst entlassen. Es folgten von 1939 bis 1946 Jahre eines unfreiwilligen Exils in den Niederlanden. Wenig ist über diese Zeit bekannt, wie auch allgemein Kaufmann seine private Existenz offenbar sehr bewußt aus der Öffentlichkeit herausgehalten hat. Nach der Rückkehr nach Deutschland im Jahre 1946 waren ihm noch Jahre einer glanzvollen Laufbahn vergönnt,

zunächst als Professor an der renommierten Münchener Universität, nach der Emeritierung als Völkerrechtsberater der Bundesregierung von 1950 bis 1958 und schließlich auch als Mitglied des Ordens Pour le mérite seit 1952, wo er von 1959 bis 1964 das Amt des Kanzlers versah.

Kaufmanns Wirken ist so vielgestaltig und vielschichtig, daß es sich in einem kurzen Vortrag kaum erschöpfend würdigen läßt. Auf Grund seiner persönlichen Vorbildung muß sich der Vortragende auch im wesentlichen auf die völkerrechtlichen und staatsrechtlichen Aspekte des Lebenswerkes konzentrieren, so daß die rechtsphilosophische Komponente des Œuvre etwas zu kurz kommen mag.² Aber wenn der Name Kaufmann heute noch genannt wird, so ist es in der Tat in erster Linie der Name des Juristen, der in höchste Stellungen eingerückt ist und über Jahrzehnte eine einflußreiche Stimme im wissenschaftlichen Diskurs war.

Kurz noch einige ergänzende Daten zu Kaufmanns Lebensweg. Kaufmann wurde 1880 in Demmin (Pommern) in einer jüdischen Familie geboren, trat aber früh zum protestantischen Glauben über. Sein Vater war Rechtsanwalt und Notar. Schon nach wenigen Jahren zog die Familie nach Berlin um, wo Kaufmann das Französische Gymnasium besuchte. Zunächst schrieb er sich nach dem Abitur im Jahre 1898 an der Berliner Universität ein, wo er ein Studium der Literatur und der Philosophie aufnahm. Schon bald aber wechselte er zur Rechtswissenschaft über. Es folgten Semester in Freiburg, Heidelberg und Halle. Im Jahre 1906 promovierte er dort mit einer Arbeit »Zur Staatslehre des monarchischen Prinzipes«. Schon zwei Jahre später folgte in Kiel bei Albrecht Haenel die Habilitation mit einer Schrift über die Grundlagen des amerikanischen und deutschen Verfassungsrechts.³ Im Jahre 1912 wurde Kaufmann in Kiel eine Honorarprofessur übertragen, und im darauffolgenden Jahr 1913 erhielt er eine ordentliche Professur in Königsberg. Zu Kriegsbeginn 1914 wurde er eingezogen. Nachdem er eine schwere Verletzung erlitten hatte, erlangte er im Jahre 1917, noch während des Krieges, einen Lehrstuhl an der Berliner Fakultät, den er drei Jahre später wieder verließ, um einem Ruf an die Universität Bonn zu folgen. Von dort

strebte er freilich schon nach wenigen Jahren wegen seiner beratenden Tätigkeit für die Reichsregierung wieder nach Berlin zurück. Im Jahre 1927 gelang ihm – zum Mißfallen der Fakultät⁴ – die gewünschte Rückberufung als Honorarprofessor, vor allem auf Grund der Unterstützung der Reichsregierung, der daran gelegen war, ihn in örtlicher Nähe zu wissen. Wie schon angedeutet, kam für ihn als Folge der Machtergreifung durch die Nationalsozialisten das vorläufige berufliche Aus. Trotz seiner Entlassung blieb Kaufmann zunächst in Berlin. Rühmenswertes wird über ein Privatseminar berichtet, welches er bis zur sog. »Reichskristallnacht« im Jahre 1938 in seinem Hause in Berlin-Nikolassee abhielt. Offenbar kamen dort Menschen aus zahlreichen Lebenskreisen zusammen, welche die nationalsozialistische Ideologie ablehnten und sich dem Widerstand zurechneten.⁵ Im April 1939 mußte Kaufmann schließlich aus Berlin fliehen.

Für die letzten Jahre seines Lebens zog sich Kaufmann nach Heidelberg zurück, wo er noch häufig an den wöchentlichen Referentenbesprechungen des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht teilnahm. Ich kann mich von dort noch gut an seine eindrucksvolle Gestalt erinnern. Am 5. November 1972 ist Kaufmann in Karlsruhe verstorben.

Die dürre Aufzählung der äußeren Lebensdaten ist für sich allein wenig aussagekräftig. Aber allein schon die genannte Unterbrechung seiner Lebensarbeit in den Jahren der nationalsozialistischen Diktatur zeigt, daß es Tiefpunkte gab, die an Kaufmann nicht spurlos vorübergehen konnten. Aber auch von Höhepunkten läßt sich berichten. Zu diesen gehört ganz offensichtlich die Zeit seiner Tätigkeit als juristischer Berater und Prozeßvertreter von 1921 bis 1933. Kaufmann befaßte sich schon sehr früh auf Bitten landsmannschaftlicher Verbände mit dem Rechtsstatus der deutschen Minderheiten in den auf Grund des Versailler Vertrages an Polen abgetretenen Gebieten.⁶ Schon bald hatte er sich eine derart weitreichende Expertise angeeignet, daß er auch von der Reichsregierung zu den mannigfachen Vertragsverhandlungen über die vermögensrechtlichen Nachfolgeprobleme des Versailler Friedensschlusses vor allem mit Polen

hinzugezogen wurde.⁷ Es gelang ihm, sich eine unabhängige Funktionsstellung zu sichern, ohne sich in den Behördenapparat des Auswärtigen Amtes eingliedern zu müssen. In dieser besonderen Eigenschaft nahm er mit ähnlichem Schwerpunkt zahlreiche Prozeßvertretungen vor den damals eingerichteten gemischten Schiedsgerichten wie auch vor dem neuen Weltgerichtshof, dem Ständigen Internationalen Gerichtshof, wahr: Kaufmann fungierte als Anwalt des Reiches nicht nur in den großen Streitfällen zwischen dem Deutschen Reich und Polen,⁸ er vertrat später auch Österreich in dem Gutachtenverfahren über die von Deutschland und Österreich angestrebte Zollunion⁹ und trat in einem Gutachtenverfahren auch für die Danziger Regierung auf.¹⁰ Erwähnt sei ferner seine Rolle als Vermittler zwischen den betroffenen Minderheiten, der Reichsregierung und dem Völkerbund in Fragen des Minderheitenschutzes, wo dem Völkerbundsrat eine Überwachungsaufgabe zustand. Es war ein ausgefülltes Leben, das höchste Anspannung und Konzentration verlangte. Kaum blieb angesichts dieser Hektik Zeit für Vorlesungen und für wissenschaftliche Arbeit.¹¹

Kaufmanns Erfolge als Kenner der verwickelten Rechtsmaterie rührten nicht zuletzt von seiner nach ursprünglicher Niedergeschlagenheit gewonnenen Zuversicht her, daß man die geltenden Regelungen des Versailles Vertrages im Einzelfall auch zum Vorteil Deutschlands wenden könne. Während andere kategorische Urteile fällten und den Vertrag in seiner Gesamtheit für ungültig hielten, weil er Deutschland als Diktat aufgezwungen worden sei, und wiederum andere der Auffassung zuneigten, daß internationale Verfahren vor allem wegen der Kriegsschuld Klausel des Art. 231 tendenziell stets zu Lasten Deutschlands ausgehen müßten, gewann Kaufmann die Überzeugung, daß das Vertragswerk trotz seiner fundamentalen Ungerechtigkeit, die er nie müde wurde zu betonen, dennoch Grenzen ziehe und Schranken setze, auf die man sich berufen könne und die von unabhängigen Instanzen auch respektiert werden müßten.¹² Eine besonders fruchtbare Zeit bildeten für Kaufmann auch die Jahre von 1950 bis 1958, wo er wiederum als unabhängiger Rechtsberater für die Bundesregierung tätig war. Für die junge Bundes-

republik Deutschland waren dies entscheidende Jahre. Zunächst stand das Staatswesen noch unter Besatzungsherrschaft. Diese wurde 1955 abgelöst, in einem Gesamtpaket mußten umfangreiche Regelungen über Kriegsfolgen – Restitution und Reparationen – getroffen werden; damit verband sich der Eintritt in die NATO und in die Westeuropäische Union. Auch der Eintritt in den Europarat war rechtlich zu bewältigen, während Kaufmann offenbar bei den Verhandlungen über die Montan-Union und die Römischen Verträge von 1957 nicht oder nur am Rande beteiligt war. Insgesamt stellten diese Vorgänge gewaltige Herausforderungen nicht nur an die Politik, sondern auch an den juristischen Sachverstand. Kaufmann steuerte seinen Rat jeweils mit hoher Sachkompetenz bei, wie Karl Josef Partsch, sein damaliger Assistent, später berichtet hat.¹⁵ Freilich bereitete die Abstimmung mit der Rechtsabteilung des Auswärtigen Amtes und deren Leiter oftmals erhebliche Schwierigkeiten. Das Verhältnis zwischen ihm und Kaufmann, so erinnert sich Wilhelm Grewe, der die Leitung Mitte der 50er Jahre von Hermann Mosler übernommen hatte, habe unter erheblichen Spannungen gelitten, Kaufmann sei ihm gelegentlich mit »eisiger Feindlichkeit« begegnet.¹⁴ Vielleicht wurde auch deswegen nach Kaufmanns Rücktritt im Jahre 1958 die Funktion des unabhängigen Rechtsberaters nicht weiter fortgeführt.

Das wissenschaftliche Œuvre von Kaufmann läßt sich schwer auf einen Nenner bringen. Eines ist allerdings sicher: Kaufmann war tief geprägt durch die vorherrschenden Umstände seiner Zeit. Das Thema seiner Dissertation, die Staatslehre des monarchischen Prinzips, entsprang sicher nicht purem Zufall. In allen seinen frühen Schriften bekennt Kaufmann sich rückhaltlos zur monarchischen Staatsform. Abgesehen von diesem durchgehenden Zug hat das Œuvre zahlreiche weitere Facetten, die seinen besonderen Reiz ausmachen. Kaufmann war nie jemand, der sich in seiner wissenschaftlichen Arbeit darauf beschränkt hätte, vorgegebene Texte nach den Regeln einer formalen Rechtstechnik auszulegen. Am bloßen Buchstaben, an der bloßen Form hat er nie gehaftet. Zwar war er auch in der Lage, in der praktischen Arbeit auf präzise Fragen klare und

bestimmte Antworten zu geben. Aber durchweg ging es ihm in der eigentlichen wissenschaftlichen Arbeit um die Hintergründe des Normenbestandes, um die philosophische Einbettung der Rechtsordnung wie auch um die geschichtlichen Ursprünge und die Bewährung des Rechts in der aktuellen Praxis.¹⁵ So war er ständig auf der Suche nach der angemessenen Methode. Obwohl er selbst der Auffassung war, seine Schriften zeichneten sich durch eine hohe Kontinuität aus, kann der Betrachter doch eine sehr deutliche Entwicklung seines Denkens über die Jahre hinweg feststellen.¹⁶ Es wäre auch merkwürdig, wenn jemand, den der Lebensweg durch alle Höhen und Tiefen der deutschen Geschichte geführt hat, vom wilhelminischen Reich bis in die junge demokratische Bundesrepublik Deutschland, von all diesen Umbrüchen unbeeinflusst geblieben wäre.

In seiner Dissertation von 1906¹⁷ sucht Kaufmann nach einer rechtsphilosophischen Begründung für das im positiven Staatsrecht verankerte monarchische Prinzip. Er findet diese Fundierung in der »Irrationalitätsphilosophie« von Friedrich Julius Stahl, für die die Anerkennung Gottes im Mittelpunkt des Gedankensystems steht. Nur so, argumentiert Kaufmann im Einklang mit Stahl, lasse sich der Staat als »sittliches Reich« begreifen. Er polemisiert gegen »das bekannte abstrakte, jeder konkreten und lebensvollen Bestimmtheit entbehrende Ideal des Naturrechts« und verwirft Rechtsgleichheit und Freiheit als miteinander unvereinbare negative Begriffe.¹⁸ Die Beschreibung des monarchischen Prinzips gipfelt in der Aussage, es bedeute »das Aufnehmen des Denkens und Wollens des Herrschers in das Sein der Beherrschten«.¹⁹

Bis zum heutigen Tage steht allerdings im Mittelpunkt der Debatte über Kaufmann seine Schrift über die »clausula rebus sic stantibus« aus dem Jahre 1911, also der Zeit vor dem Ausbruch des Ersten Weltkrieges.²⁰ Kaufmann selbst hat sich von dieser Schrift nie offen distanziert, auch wenn er in dem Vorwort zu Band 3 seiner Gesammelten Schriften schreibt, er sei sich der Schwächen dieser Erstlingsarbeit mit ihrer »jugendlichen Freude an paradoxen Formulierungen« voll bewußt.²¹ Sie handelt vom ersten Satz an von jener schon im römi-

schen Privatrecht bekannten Regel, der zufolge bei einer grundlegenden Veränderung der Umstände des Vertragsschlusses die benachteiligte Partei sich von der eingegangenen Vertragsbindung lösen kann. Die *clausula* bildet somit das Gegenstück zu dem grundlegenden Satz, daß Verträge einzuhalten seien, der wiederum durchweg mit einer lateinischen Formel wiedergegeben wird: *pacta sunt servanda*. Ganz offensichtlich ist die *clausula* gefährlich. Könnte sich jeder Staat ohne weiteres von seinen kontrahierten völkerrechtlichen Verpflichtungen lossagen, würde das Instrument des Vertrages wertlos. Die Staaten wüßten nicht mehr, auf welche Weise sie ihre gegenseitigen Beziehungen in verlässlicher Weise regeln sollten. Höchste Vorsicht ist deswegen im Hinblick auf die Formulierung der Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der *clausula* geboten. Kaufmann erkennt dies durchaus. Keineswegs ist es seine Absicht, Willkür in die zwischenstaatlichen Beziehungen einziehen zu lassen. Er meint deswegen auch, daß die *clausula* ihrerseits rechtsgebunden sein müsse und nicht in den Raum bloßer Tatsächlichkeit abgeschoben werden dürfe.²²

Heute hat die *clausula* einen schriftlichen Niederschlag in dem Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge aus dem Jahre 1969 gefunden (Art. 62). Seinerzeit herrschte Unklarheit über ihre Anerkennung innerhalb der Staatengemeinschaft. Wenige Praxisvorgänge und gerichtliche Entscheidungen, die von Kaufmann sorgsam analysiert werden (S. 7-41), förderten kein eindeutiges Ergebnis zu ihrer Verankerung im geltenden Völkerrecht zutage, ließen sich aber – mit einiger Mühe – als grundsätzliche Zustimmung deuten, wengleich im Einzelfall meist das Vorliegen der notwendigen Voraussetzungen eines tiefgreifenden Wandels verneint wurde. Kaufmann sieht es als seine Aufgabe an, eine Rechtfertigung für die *clausula* zu liefern. Diese Rechtfertigung erblickt er in dem Gedanken der staatlichen Selbsterhaltung als der Grenze aller vertraglichen Bindungen (S. 26). So gelangt er zum Staat als dem Mittelpunkt seines Denkens. Das Wesen des Staates sei »Machtentfaltung, ... der Wille, sich in der Geschichte zu behaupten und durchzusetzen« (S. 135). Damit will Kaufmann keine reine Apologie der Macht vor-

stellen. Seiner Konzeption nach soll die Macht den Staat befähigen, seinen eigentlichen sittlichen Zweck zu erfüllen: »Von dem Machtgedanken aus wird der Staat zum Wohlfahrtsstaat und zu einem sittlichen Institut« (S. 135). So propagiert Kaufmann die »Universalität und Totalität« des Staates (S. 136) ohne Bewußtsein für die furchtbaren Potentialitäten, welche diese Forderung in sich birgt. Die Sprache steigert sich bis zu der Feststellung, daß »eine eigentümliche dialektische, sozusagen prästabilisierte, Harmonie besteht zwischen Machtstreben und sittlicher Kraftanstrengung«. Im gleichen Sinne fällt auch der ominöse Satz: »nur der, der kann, darf auch« (S. 151). Ganz in der Nähe dieser Äußerungen findet man eine Passage, die sehr deutlich aufzeigt, wer jener ideale Staat sein soll, der der philosophischen Ableitung als Vorbild dient: Es ist wie selbstverständlich der preußische Staat, für den das Heer »das große Schwungrad« war, welches das staatliche Leben in Bewegung setzte (S. 135).

Der Gedanke der Selbsterhaltung als oberstes Prinzip fesselt Kaufmann so sehr, daß er gar nicht einhalten kann mit seiner Lobpreisung. »Der Staat ist der große Zusammenfasser und Sammler aller Kräfte, die ohne ihn zerflattern und auseinanderfallen würden« (S. 136). Weil sich die Idealität des Staates in der Bewegung zeigt, kann er auch nicht stehenbleiben, denn er ist »die Organisation, die ein Volk sich gibt, um sich in die Weltgeschichte einzufädeln und in ihr seine Eigenart zu behaupten« (S. 138). In einer weiteren emphatischen Aufwallung kommt es zu jenen Sätzen, die der Schrift sogleich nach ihrem Erscheinen harsche Kritik eingetragen haben:²⁵

Nicht die ›Gemeinschaft frei wollender Menschen‹, sondern der siegreiche Krieg ist das soziale Ideal: der siegreiche Krieg als das letzte Mittel zu jenem obersten Ziel. Im Kriege offenbart sich der Staat in seinem wahren Wesen, er ist seine höchste Leistung, in dem seine Eigenart zur vollsten Entfaltung kommt. Hier hat er zu bewähren, daß ihm die Weckung und Zusammenfassung aller Kräfte gelungen ist, daß die höchsten Forderungen, die er stellt, auch wirklich erfüllt werden, und daß das Letzte seinem Bestehen in der Weltgeschichte geopfert wird. (S. 146)

Dem entspricht es, daß Kaufmann den Frieden nicht als einen Begriff mit positivem Inhalt anerkennen will, denn er sei »ein bloßer Korrelatbegriff, der ohne sein Gegenstück, den Krieg, keinen Sinn hat« (S. 136).²⁴ Aus heutiger Perspektive vermag man solche Äußerungen gar nicht mehr zu begreifen. Ganz offensichtlich stand Kaufmann nach wie vor unter dem Einfluß der Thesen von Friedrich Julius Stahl, der seinerseits im wesentlichen die Hegelsche These vom Staat als der Verwirklichung der sittlichen Idee²⁵ übernommen hatte. Hinzu kommt eine empirisch-historische Tatsache, die sich gar nicht bestreiten läßt: Das Europa des späten 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts war in souveräne Einzelstaaten zerfallen, die über sich keine überwölbende politische Einheit mehr anerkannten und sich selbst lediglich als Konkurrenten um die Macht sahen. So mußte jeder Staat selbst seine Existenz sichern, konnte nicht irgendwelche Hilfe von einer nicht einmal als Idee anerkannten internationalen Gemeinschaft erhoffen. In der Tat ist es auch ein durchgängiger Zug der Clausula-Schrift, das Völkerrecht wegen des Fehlens einer hierarchischen Instanz über den Staaten als bloßes Koordinationsrecht, d.h. vom staatlichen Willen abhängiges Gefüge, hinzustellen (S. 2, 153, 160, 179). Ausdrücklich wendet sich Kaufmann gegen die Annahme einer Völkerrechtsgemeinschaft (S. 193). Insofern mußte der Gedanke der Selbsterhaltung angesichts der historischen Realitäten fast zwangsläufig ein Gewicht erhalten, das man ihm heute im Zeichen einer auf die Charta der Vereinten Nationen gestützten Weltfriedensordnung keineswegs mehr zubilligen würde – auch wenn der Internationale Gerichtshof (IGH) in seinem berühmten Rechtsgutachten aus dem Jahre 1996 zur Legalität des Einsatzes von Atomwaffen die resignierende Feststellung getroffen hat, alle rechtliche Schranken würden möglicherweise zusammenbrechen »in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake«.²⁶ Eine Einigkeit konnten die Richter zu dieser Frage nicht erreichen.

Auch in einem späteren Aufsatz aus dem letzten Kriegsjahr 1917 äußert sich Kaufmann ohne jeden Vorbehalt zu der seiner Ansicht nach positiven Funktion des Krieges:

Uns ... ist der Krieg ein Glied der göttlichen Weltordnung, das Gottesgericht, in dem die wahre Macht der Staaten offenbar wird: die wahre Macht, die allein von sittlichen Energien getragen werden kann, – die große Probe, ob die bisherige internationale Machtverteilung eine richtige war und nicht durch eine richtigere und bessere ersetzt werden muß, – der blutige Bringer aller größten weltgeschichtlichen Fortschritte.²⁷

Es ist richtig, daß in jener Zeit ein enger Nationalismus alle Geister in Beschlag nahm. Auch die Universitätslehrer meinten sich dem Kampf um die Selbstbehauptung anschließen zu müssen. Kaufmann gehörte zu den vielen, die noch in diesem Jahr einen Friedensschluss ablehnten. Schon allein der Duktus seiner Ausführungen zeigt, daß seine philosophischen Erkenntnisse im Grunde doch nur aus den politischen Grundstimmungen der Zeit abgeleitet waren. Ganz offensichtlich weigerte sich Kaufmann auch, sich durch einen Blick auf die blutigen Realitäten der Schlachtfelder zu korrigieren. Von Tod, Zerstörung und Leid ist auch in seiner Abhandlung von 1917 nichts zu lesen. Der einzelne mit seinem Streben nach einfachem Lebensglück kommt bei ihm nicht vor.

Auf Grund seines nicht nur akademischen Bekenntnisses zum monarchischen Prinzip fiel es Kaufmann in der Folgezeit schwer, sich mit dem demokratischen Gedanken anzufreunden. In seiner Dissertation war er mit Stahl davon ausgegangen, daß die Obrigkeit für das Volk eine »schlechthin ›gegebene« sei, »eine ›vor‹ und ›über‹ ihm stehende Macht«, die »autorité préexistante du Roi«.²⁸ Auch als sich das Kaiserreich seinem Endstadium zuneigt, bleibt er seiner ursprünglichen Einschätzung treu. Den Parlamentarismus des Reiches von 1871 kanzelt er mit drastischen Wendungen ab, während sich für ihn die Kraft des deutschen Volkes vor allem in der Beamten-schaft und in der Wirtschaft manifestiert.²⁹ Mit einem gewissen Widerstreben erklärt er sich nach dem Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung zum »Vernunftrepublikaner«.³⁰

Aber nach der Niederlage des Jahres 1918 hat Kaufmann doch über Jahre hinweg einen Lernprozeß durchgemacht, den er allerdings

seinen Lesern nicht explizit offenbart. Die Abhandlung »Grundfragen der künftigen Reichsverfassung« aus dem Jahre 1919 begrüßt vor allem den vorgesehenen Grundrechtsteil des neuen Verfassungsinstruments und äußert in deutlicher Sprache ihre Befriedigung darüber, daß nunmehr alle Bürger sich ungehindert in den politischen Dingen betätigen können.⁵¹ Seine im Jahre 1921 veröffentlichte Schrift »Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie« verläßt den Raum der aktuellen Politik und wendet sich abermals gegen den seiner Ansicht nach formalen Rationalismus einer lebensfremden und blutleeren Rechtslehre, wie sie insbesondere von Hans Kelsen vertreten worden war. Kaufmann verfißt hier Thesen, für die er sich schon in seinen frühen Schriften eingesetzt hatte. Aber ein völlig neues Terrain betritt er mit seinem Vortrag zur Gleichheit vor dem Gesetz bei der Staatsrechtslehrertagung des Jahres 1926,⁵² einer Arbeit, die ohne eine einzige Fußnote auskommt – schon damit zum Ausdruck bringend, daß hier die Brücken zur Vergangenheit abgebrochen werden sollen. Gleich zu Beginn dieses Vortrages legt er unter Hinweis auf die Ereignisse, die Deutschland in den vorangegangenen Jahren aufgerüttelt hatten – Krieg, Zusammenbruch, Revolution, Versailler Vertrag –, ein Bekenntnis zum Naturrecht ab. Der Gedanke des Naturrechts sei »als das Wissen von einer höheren Ordnung etwas Ewiges und Unvermeidliches«. Wer mit den früheren Schriften von Kaufmann vertraut war, mußte dieses »Bekenntnis« als überraschend empfinden, hatte Kaufmann sich doch zuvor mit aller methodischen Schärfe gegen das Konzept des Naturrechts ausgesprochen.⁵³ Aber die neue Wendung bedeutet gleichzeitig, daß Kaufmann den Gleichheitssatz mit überpositiven Wertvorstellungen auflädt. Vom Gesetzgeber werde der Erlaß »gerechter« Gesetze verlangt, sie müßten dem inneren Zweck der Ordnung der betreffenden Lebensverhältnisse entsprechen. Um erkennen zu können, was gerecht sei, müsse man »reinen Herzens« sein, sowohl als Handelnder wie auch als Richtender:⁵⁴ die Gerechtigkeit könne nur durch »gerechte und sittliche Persönlichkeiten« erfüllt werden.⁵⁵ Eine der Schlußfeststellungen kann man auf der einen Seite als Absage eines konservativen Denkers an

das demokratische Prinzip verstehen, andererseits aber auch als Warnung, daß der parlamentarische Gesetzgeber seine Befugnisse nicht in einem Allmachtwahn mißbrauchen dürfe: »der Staat schafft nicht Recht, der Staat schafft Gesetze; und Staat und Gesetz stehen unter dem Recht.«³⁶ Wer die Entwicklungslinien von Kaufmanns Denken in Betracht zieht, mag zu der ersten Deutung neigen; wer sich aber die nationalsozialistische Gesetzesdiktatur vor Augen führt, die schon wenige Jahre später den Rechtsstaat zum Einsturz bringen sollte, mag hier eine Vorahnung der kommenden Verwerfungen im Staatswesen erkennen.

Es liegt auf der Hand, daß das Referat ein geteiltes Echo finden mußte. Hans Nawiascky, der den Zweitbericht erstattete und der später nach der Überwindung der Nazi-Diktatur durch seine Arbeit im Herrenchiemseer Verfassungskonvent zum Grundgesetz bekannt geworden ist, hielt Kaufmann entgegen, er bekenne sich zum Positivismus und betrachte das Gesetz als das Prius, aus dem das Recht abgeleitet werden müsse.³⁷ In der Diskussion machte insbesondere Hans Kelsen geltend, Kaufmann setze die Autorität des Gesetzgebers herab: »Wer den Schleier hebt und sein Auge nicht schließt, dem starrt das Gorgonenhaupt der Macht entgegen.«³⁸ Für ihn knüpfte also Kaufmanns Referat in gerader Linie an ein staatsrechtliches Denken an, wo die Lösungen für konkrete Rechtsprobleme nicht in transparenter Weise im offenen demokratischen Verfahren gefunden werden, sondern von einer Machtelite willkürlich aus einem Urgrund traditionalistischer Wertvorstellungen geschöpft werden.

Den endgültigen Schritt zur Emanzipation von den Denkvorstellungen der vordemokratischen Zeit legte Kaufmann mit seiner Schrift »Probleme der internationalen Gerichtsbarkeit« aus dem Jahre 1932 zurück.³⁹ In einem Jahrzehnt praktischer Arbeit vor und mit internationalen Instanzen hatte er die Erfahrung gemacht, daß Modelle einer universalen Weltordnung eben doch eine Substanzhaftigkeit besitzen können und sich nicht als blutleere Abstraktionen abtun lassen.⁴⁰ So stellt er fest, daß es in der internationalen Gemeinschaft etwas gebe, was Recht und Gerechtigkeit heiße, und daß man auch von Objektivität im Recht sprechen könne.⁴¹ Dezidierter noch nimmt

Kaufmann eine maßvolle Mittelposition im Jahre 1935 bei seiner Vorlesung an der Haager Akademie für Internationales Recht⁴² ein, wo er auf alle einseitigen nationalistischen Akzente verzichtet und sich, wie man heute sagen würde, in den europäischen »mainstream« eingliedert. Bemerkenswert erscheint vor allem, daß er dort an mehreren Stellen den Staat als Mitglied der internationalen Gemeinschaft bezeichnet und anerkennt, daß auch die Souveränität ihn nicht von allen Bindungen freistelle: er sei den objektiven übernationalen Werten, im Sinne von Bodin den »Gesetzen Gottes und der Natur«, unterworfen.⁴³ Der individuelle Staat ist also nicht mehr die Hauptstütze der völkerrechtlichen Ordnung. Kaufmann, der sich ursprünglich nur negativ zum Frieden als Leitprinzip für die internationale Ordnung geäußert hatte, erkennt nun an, daß die internationale Gemeinschaft zwei Hauptziele verfolge: Frieden und Gerechtigkeit – *la Paix et la Justice*.

Die Schriften, die Kaufmann nach seiner Rückkehr aus dem Exil vorgelegt hat, sind durchweg Arbeiten eines nüchternen Juristen, dem vor allem daran gelegen war, deutsche Interessen nach dem Zusammenbruch des Dritten Reichs zu verfechten. Mit unbestechlicher Logik bestimmt und begrenzt er die Befugnisse der Besatzungsmächte,⁴⁴ er setzt sich für die deutsche Einheit ein⁴⁵ und fordert die Freilassung der deutschen Kriegsgefangenen.⁴⁶ Im Streit um die Wiederbewaffnung im Rahmen des später gescheiterten EVG-Vertrages tritt er für die Integrationsoffenheit des Grundgesetzes ein.⁴⁷ Offensichtlich findet er seine Idealvorstellungen vom Staate in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland voll verwirklicht.

Kaufmann hatte sich zeit seines Lebens als deutschen Patrioten verstanden. Daß er wegen seiner jüdischen Abkunft Opfer von Diskriminierung und Verfolgung werden könnte, vermochte er sich ursprünglich wohl nicht einmal vorzustellen. Als protestantischer Christ fühlte und sah er sich in der Mitte des deutschen Volkes stehend. Um so mehr mußte ihn bestürzen, wenn er wegen seiner Abstammung angefeindet wurde. Carl Schmitt, zu dem seit den späten zwanziger Jahren des vorigen Jahrhunderts ein untergründiges

Spannungsverhältnis bestand,⁴⁸ agitierte in den entscheidenden Monaten des Jahres 1934, als es um Kaufmanns Entlassung ging, mit einer Eingabe an das preußische Ministerium:

[Kaufmann] ist Volljude, aber es ist ihm gelungen, sein Judentum, das auf manche besonders aufreizend wirkt, gegenüber anderen mit größtem Erfolg zu verbergen und durch lautes Bekenntnis zum Deutschtum zahlreiche Schüler und Hörer bis in das Jahr 1934 hinein in dem Glauben zu halten, daß er rein deutscher Herkunft sei. Für deutsches Empfinden ist eine solche ganz auf Verschweigung der Abstammung und Tarnung angelegte Existenz schwer begreiflich. ... Das ist ein typisches Bestreben sog. geistiger Assimilanten, das sich vor der Machtergreifung Adolf Hitlers hemmungslos betätigen konnte ... Daher wäre es nicht nur eine schlimme Verwirrung, sondern eine seelische Schädigung der deutschen Studenten, wenn der national-sozialistische Staat einem besonders ausgesprochenen Typus jüdischen Assimilantentums heute von neuem die Möglichkeit geben würde, sich an der größten deutschen Universität zu betätigen.⁴⁹

Auf diese Weise wurde auch die bloße Erteilung eines Lehrauftrags an Kaufmann verhindert. Ein Kommentar erübrigt sich.⁵⁰

Die Würdigungen des Lebenswerks von Kaufmann müssen je nach dem Standpunkt des Betrachters die Zerrissenheit widerspiegeln, die eine Gesamtschau erkennen läßt.⁵¹ Noch im Jahre 1950 ist Friedrich August von der Heydte bei seiner Stellungnahme zu den rechtsphilosophischen Arbeiten von Kaufmann bemüht, einen großen Bogen unbeschädigter Harmonie zu schlagen.⁵² Rudolf Smend geht immerhin auf die Clausula-Schrift von 1911 ein und merkt an, es handele sich um »das am meisten mißverstandene seiner Bücher«, denn die beanstandeten Thesen seien »nicht in erster Linie politisch, sondern philosophisch gemeint«.⁵³ Herrmann Mosler stellt zwar eine »Kontinuität des Denkens« fest, fügt aber im gleichen Atemzug hinzu, daß über die Jahre hinweg für Kaufmann »die Selbstbehauptung des souveränen Staates der Nationalstaatsepoche ... hinter seine Einordnung in die durch das Völkerrecht geordnete Staatenge-

meinschaft« zurückgetreten sei.⁵⁴ In vornehmer Diktion geht Peter Lerche auch auf die Verirrungen in Kaufmanns Denken ein, deutet sie aber als Ausflüsse eines Gerechtigkeitskonzepts, das sich eben auch mit der rauhen Wirklichkeit auseinandersetzt.⁵⁵ Das schärfste Urteil kommt von Michael Stolleis, der in seiner Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland sich nicht scheut, den »Bellizismus« Kaufmanns anzuprangern.⁵⁶ Der finnische Völkerrechtler Martti Koskenniemi⁵⁷ schließlich verweist auf den resignativen Grundton in Kaufmanns Haager Vorlesungen, wo er in Anlehnung an Hegel schreibt: »les pages du livre de l'Histoire universelle qui parlent du bonheur sont vides«.⁵⁸

Vor uns steht das Lebenswerk eines Mannes, der an den Kämpfen und Auseinandersetzungen seiner Zeit aktiven Anteil genommen hat. Niemals hat er die Welt nur von der Warte des Elfenbeinturms aus betrachtet. Wer sich engagiert, kann auch irren.⁵⁹ Der schwerste – und heute als unverzeihlich empfundene – Irrtum war seine Lobpreisung des Krieges als Maßstab für den Wert eines Volkes. Kaufmann hat später am eigenen Leibe erfahren müssen, welches Unheil der Welt aus solchen Anschauungen erwächst.

Anmerkungen

- 1 Der vorliegende Aufsatz stützt sich weitgehend auf zwei jüngere Dissertationen: Frank Degenhardt, *Zwischen Machtstaat und Völkerbund*. Erich Kaufmann (1880-1972), Baden-Baden 2008 (im Folgenden zitiert als Degenhardt); Reut Yael Paz, *A Gateway between a Distant God and a Cruel World: The Contribution of 20th Century Jewish German-Speaking Scholars Erich Kaufmann, Hans Kelsen, Hersch Lauterpacht and Hans J. Morgenthau to the Professionalisation of International Law and International Relations*, Bar-Ilan University, Israel, 2008 (noch nicht veröffentlicht).
- 2 Dazu kundig Klaus Rennert, *Die »geisteswissenschaftliche Richtung« in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik*. Untersuchungen zu Erich Kaufmann, Günther Holstein und Rudolf Smend, Berlin 1987, S. 97-122.
- 3 *Auswärtige Gewalt und Kolonialgewalt in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Leipzig 1908. Kaufmann verfaßte diese Schrift in Deutschland. Zu einem Studienaufenthalt in den Vereinigten Staaten kam es nicht.
- 4 Vgl. Anna-Maria Gräfin von Lösch, *Der nackte Geist*. Die Juristische Fakul-

- tät der Berliner Universität im Umbruch von 1933, Tübingen 1999, S. 90 f. Symptomatisch erscheint auch, daß Kaufmann nicht zur Mitarbeit an dem von 1930 bis 1932 erschienenen Handbuch des Deutschen Staatsrechts eingeladen wurde.
- 5 Vgl. Rudolf Smend, Zu Erich Kaufmanns wissenschaftlichem Werk, in: Um Recht und Gerechtigkeit. Festgabe für Erich Kaufmann, Stuttgart 1950, S. 391, 397.
 - 6 Degenhardt, S. 90, 97.
 - 7 Degenhardt, S. 91 ff.
 - 8 Deutsche Interessen in Oberschlesien, Urteil A Nr. 7, 25.5.1927; Chorzow-Fall, Urteil A Nr. 17, 13.9.1928.
 - 9 Zollunion Deutschland-Österreich, Gutachten A/B Nr. 41, 5.9.1931.
 - 10 Polnische Staatsangehörige in Danzig, Gutachten A/B Nr. 44, 4.2.1932.
 - 11 Vgl. Degenhardt, S. 109, 112-114.
 - 12 Vgl. Degenhardt, S. 89.
 - 13 Karl Josef Partsch, Der Rechtsberater des Auswärtigen Amtes 1950-1958. Erinnerungsblatt zum 90. Geburtstag von Erich Kaufmann, ZaöRV 30 (1970), S. 223-236.
 - 14 Wilhelm G. Grewe, Rückblenden 1976-1951, Frankfurt 1979, S. 133.
 - 15 Vgl. das Vorwort zu den Gesammelten Schriften (nachstehend abgekürzt zitiert als »GS«), Göttingen 1960, Bd. 1, S. XII.
 - 16 Widersprochen werden muß daher der These von der Kontinuität, die von zwei so unterschiedlichen Autoren wie Friedrich August von der Heydte, Das rechtsphilosophische Anliegen Erich Kaufmanns. Versuch einer Deutung, in: Um Recht und Gerechtigkeit. Festgabe für Erich Kaufmann, Stuttgart 1950, S. 103 ff., und Martti Koskenniemi, The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960, Cambridge 2001, S. 249, 251, behauptet wird.
 - 17 Studien zur Staatslehre des monarchischen Prinzipes, Leipzig 1906.
 - 18 Ibid., S. 61.
 - 19 Ibid., S. 79.
 - 20 Das Wesen des Völkerrechts und die *clausula rebus sic stantibus*, Tübingen 1911.
 - 21 GS, Bd. 3, S. XX. Vgl. auch die Fußnote seiner im Jahre 1935 an der Akademie für Internationales Recht in Den Haag gehaltenen Vorlesung »*Règles générales du droit de la paix*«, *Recueil des cours* 54 (1935-IV), S. 309, 522 Fn. 1, wo es heißt, die Passage müsse im Zusammenhang mit seiner Polemik gegen den Neukantianismus von Rudolf Stammler gelesen werden.
 - 22 Nachfolgend werden die Seiten der *Clausula*-Schrift der Einfachheit halber jeweils im Text angegeben.

- 23 Verwiesen sei insbesondere auf Leonard Nelson, *Die Rechtswissenschaft ohne Recht*, 1917, 2. Aufl. Göttingen/Hamburg 1949, S. 127-166.
- 24 Diese Aussage entbehrt jeder Logik, wie schon Nelson, *ibid.*, S. 145, dargelegt hat.
- 25 Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin 1821, Ausgabe Suhrkamp 1970, § 257.
- 26 International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports 1996, S. 226, 266.
- 27 *Bismarcks Erbe in der Reichsverfassung*, Berlin 1917, S. 8.
- 28 *Staatslehre des monarchischen Prinzipes* (Fn. 17), S. 79.
- 29 *Bismarcks Erbe* (Fn. 27), S. 100-103.
- 30 Degenhardt, S. 1.
- 31 *Grundfragen der künftigen Reichsverfassung*, Berlin 1919, S. 38.
- 32 *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*, VVDStRL 3 (1927), S. 2.
- 33 *Monarchisches Prinzip* (Fn. 17), S. 61.
- 34 VVDStRL 3 (1927), S. 12.
- 35 *Ibid.*, S. 16.
- 36 *Ibid.*, S. 20.
- 37 Hans Nawiasky, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*, *ibid.*, S. 25.
- 38 *Ibid.*, S. 55.
- 39 *Probleme der internationalen Gerichtsbarkeit*, Leipzig/Berlin 1932.
- 40 Vgl. auch die positive Einschätzung des Völkerbundes: *Der Völkerbund*, 1932, GS, Bd. 2, S. 224-237.
- 41 *Loc. cit.* (Fn. 39), S. 7.
- 42 *Loc. cit.* (Fn. 21).
- 43 *Ibid.*, S. 352, 358, 522 f.; vgl. auch S. 486, 488, 515.
- 44 *Deutschlands Rechtslage unter der Besatzung*, Stuttgart 1948.
- 45 Erich Kaufmann/Ekkehart Stein, *Gibt es zwei deutsche Staaten?*, Bonn 1963.
- 46 *Die Freilassung und Heimschaffung der deutschen Kriegsgefangenen*, *Süd-deutsche Juristenzeitung* 1947, Sp. 57-60 = GS II, S. 301-305.
- 47 *Rechtsgutachten zur Europäischen Verteidigungsgemeinschaft und zum Deutschlandvertrag im Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht*, GS I, S. 529-588.
- 48 Vgl. Degenhardt, S. 120.
- 49 Abdruck bei Lösch, *op. cit.* (Fn. 4), S. 207.
- 50 Wie tief Kaufmann der Kampf der Schmittschen Denkschule gegen den toleranten und freiheitlichen Weimarer Staat getroffen hatte, zeigt sich

auch an einer Äußerung im Streit um die Wiederbewaffnung vor dem Bundesverfassungsgericht im Jahre 1952, wo er eine Passage in einem Gegengutachten von Ernst Forsthoff, seinerzeit Assistent von Carl Schmitt, als erneuten Angriff auf den bürgerlichen Rechtsstaat geißelt, loc. cit. (Fn. 47), S. 579. So sei Forsthoff als verführerischer Schriftsteller Wegbereiter der totalitären Diktatur geworden. In seinem Werk »Der totale Staat«, Hamburg 1933, S. 38, hatte Forsthoff »de[n] Juden« als Andersartigen aus dem Geltungsbereich bürgerlicher und menschenrechtlicher Gleichheit ausgeschlossen: »Das Bewußtsein der Artgleichheit und volklichen Zusammengehörigkeit aktualisiert sich vor allem in der Fähigkeit, die Artverschiedenheit zu erkennen und den Freund vom Feind zu unterscheiden. Und zwar kommt es darauf an, die Artverschiedenheit dort zu erkennen, wo sie nicht durch die Zugehörigkeit zu einer fremden Nation ohne weiteres sichtbar ist, etwa in dem Juden, der durch eine aktive Beteiligung an dem kulturellen und wirtschaftlichen Leben die Illusion einer Artgleichheit und einer Zugehörigkeit zum Volke zu erwecken suchte und zu erwecken verstand. Die Wiedergeburt eines politischen deutschen Volkes mußte dieser Täuschung ein Ende machen und dem Juden die letzte Hoffnung nehmen, in Deutschland anders denn im Bewußtsein der Artverschiedenheit, also in dem Bewußtsein, Jude zu sein, leben zu können.«

- 51 Versuch einer abgewogenen Gesamtwürdigung durch Manfred Friedrich, Erich Kaufmann, *Der Staat* 26 (1987), S. 231-249.
- 52 Loc. cit. (Fn. 16).
- 53 Loc. cit. (Fn. 5), S. 391, 394.
- 54 Erich Kaufmann zum Gedächtnis, *ZaöRV* 32 (1972), S. 235, 236.
- 55 Erich Kaufmann – Gelehrter und Patriot, in: Peter Landau/Hermann Nehlsen (Hrsg.), *Große jüdische Gelehrte an der Münchener Juristischen Fakultät*, Ebelsbach 2001, S. 20-31.
- 56 *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 3, München 1999, S. 88, 176.
- 57 Op. cit. (Fn. 16), S. 260.
- 58 Loc. cit. (Fn. 21), S. 557. Bei Hegel heißt es in der Einleitung zu den »Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte«, 1837, *Werke* Bd. 12, Ausgabe Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1986, S. 42: »Die Weltgeschichte ist nicht der Boden des Glücks. Die Perioden des Glücks sind leere Blätter in ihr.«
- 59 Vgl. auch Hegels Äußerung in der Einleitung zu den Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, *ibid.*, S. 72: »jeder Einzelne ist der Sohn seines Volkes und zugleich, insofern sein Staat in Entwicklung begriffen ist, der Sohn seiner Zeit; keiner bleibt hinter derselben zurück, noch weniger überspringt er dieselbe.«