

Sonderdruck aus:

ZEITSCHRIFT FÜR DEUTSCHE PHILOLOGIE
(ZfdPh)

Herausgegeben von
Norbert Otto Eke, Udo Friedrich, Eva Geulen,
Monika Schausten und Hans-Joachim Solms

134. Band 2015 · Zweites Heft

IM „GESETZESLEEREN RAUM“

Zur inquisitorischen Logik von Rechtssätzen und Rechtssprichworten in Kafkas „Proceß“

von Maximilian Bergengruen, Karlsruhe

Abstract

Aufbauend auf einer kursorischen Geschichte der Begriffe ‚Rechtssprichwort‘, ‚Rechtsspruch‘ und ‚Rechtssatz‘ (I.) soll in diesem Aufsatz gezeigt werden, welche Funktion die in Kafkas „Proceß“ verwandten imaginären (III.) und diskursiv abgesicherten Rechtssprichwörter besitzen. K. glaubt, dass sie die sprachliche Verlautbarungsform von Rechtssätzen sind und daher den Charakter von Rechtsstaatsgaranten haben. Daher bezieht er sich zu seiner Verteidigung auf Rechtssätze (IV., VI.), von denen er, freilich zu Unrecht, denkt, dass sie im Strafrecht seiner Zeit verankert sind. Dieser Anspruch wird jedoch durch die nicht-kodifizierte, mündliche Tradierung der Rechtssätze unterlaufen. Die Argumentation der Wächter macht deutlich, dass es möglich ist, sie als Legitimierung eines Verständnisses von Gesetz zu verwenden, das seinem Vollzug nicht, wie es im Rechtsstaat vorgesehen ist, vorgängig schriftlich regelt, sondern mit ihm zusammenfällt (V., VII., VIII.). Dieses Rechtsverständnis des reinen Vollzugs wird, wie ich argumentieren möchte, in der inquisitorischen Logik der auf Dauer gestellten Voruntersuchung, in der sich K. befindet (II.), Wirklichkeit.

Starting with a cursory history of the concepts "Rechtssprichwort" ('legal proverb'), "Rechtsspruch" ('legal ruling') and "Rechtssatz" ('legal principle') this paper shows (I.) the function of the imaginary (III.) and discursively based legal proverbs in Kafka's novel "The Trial". K. believes that the legal proverbs are the linguistic expression of legal rulings and therefore guarantee the rule of law. Consequently he bases his defence on legal principles (IV., VI.), which he believes, wrongly of course, to be anchored in the criminal law of his time. This position is, however, undermined by the non-codified, oral transmission of legal rulings. The argument of the gaoler shows that it is possible to use them to legitimise an understanding of the law which is not regulated in its implementation by pre-existing written texts, as in constitutional states, but in which legal principles and the implementation of law coincide (V., VII., VIII.). I would like to argue that this understanding of the pure implementation of law becomes reality in the inquisitorial logic of the permanent preliminary investigation in which K. finds himself (II.).

1. Rechtssprichwort/Rechtsspruch/Rechtssatz

Im Kapitel „Kaufmann Block/Kündigung des Advokaten“ distanziert sich K. von den Handlungen Blocks gegenüber dem Advokaten Huld mit folgenden Worten „Knie nieder oder krieche auf allen Vieren, tu was Du willst, ich werde mich nicht darum kümmern“. Block wehrt sich gegenüber der damit verbundenen impliziten Behauptung, der Advokat „demütig[e]“ ihn, mit folgenden Worten:

Wenn Sie sich aber dadurch für bevorzugt halten, daß Sie hier ruhig sitzen und ruhig zuhören dürfen, während ich, wie Sie sich ausdrücken, auf allen Vieren kriechen, dann erinnere ich Sie an den alten *Rechtsspruch*: Für den Verdächtigen ist Bewegung besser als Ruhe, denn der welcher ruht kann immer, ohne es zu wissen, auf einer Waagschale sein und mit seinen Sünden gewogen werden (261 f.; Herv. MB).¹

Der von Block zitierte „Rechtsspruch“ ist in der Tradition nicht überliefert. Bemerkenswert ist jedoch, dass es im Vokabular des „Proceß“ den Begriff des „Rechtsspruch[s]“ gibt. Und zwar genau in der Bedeutung, die man dem Sprichwort und im engeren Sinne auch dem Rechtsspruchwort zumisst. Auch wenn der Satz von der Ruhe und der Waagschale nicht der abendländischen (juristischen) Tradition entstammt, so erfüllt er, zumindest aus Blocks subjektiver Sicht, alle Kriterien eines Rechtsspruchwortes: Er ist, glaubt Block, Juristen und juristisch interessierten Laien geläufig (sonst könnte er K. nicht daran erinnern), er hat eine gehobene Form, eine lehrhafte Tendenz und ist in sich, im Gegensatz zur sprichwörtlichen Redensart, vom Inhalt wie von der Form her geschlossen.²

Die gleichen Regeln gelten im Übrigen, auch hier im Modus des Fiktiven, für ein weiteres Rechtsspruchwort, das bemerkenswerterweise auch als solches ausgewiesen wird: „Wenn man Dich ansieht möchte man fast“, sagt der Onkel zu Josef K., „dem *Spruchwort* glauben: „Einen solchen Prozeß haben, heißt ihn schon verloren haben“ (126; Herv. MB).

Der Rekurs auf Rechtsspruchwörter im „Proceß“ ist nicht zeituntypisch. Juristische Sprichwörter werden im ausgehenden 19. und frühen 20. Jahrhundert als historisches Rechtsgut mit aktuellem Bezug gepflegt. Die der germanischen Tradition entstammenden Rechtsspruchwörter werden genauso in Publikationen gesammelt und kommentiert wie die lateinischen Rechtsregeln und ihre Adaptationen im deutschen Sprichwort.³ Tenor der zeitgenössischen Kommentierungen

¹ Ich zitiere hier wie im Folgenden nach Franz Kafka: Der Proceß, in: Ders.: Schriften Tagebücher Briefe. Kritische Ausgabe, hg. v. Jürgen Born, Gerhard Neumann, Malcolm Pasley u.a., Band „Der Proceß“, hg. v. Malcolm Pasley, Frankfurt/Main 2002. Zitate erfolgen direkt ohne Bindeangabe im Haupttext.

² Vgl. zum Sprichwort allgemein, Friedrich Seiler: Deutsche Sprichwörterkunde, München 1967, S. 1 f. Vgl. zur popularjuristischen (nicht volksläufigen) Form und Adressierung des Rechtsspruchwortes E. Kaufmann: Art. „Rechtsspruchwort“ in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte: HRG, begr. von Wolfgang Stammler, hg. von Albrecht Cordes, Bd. IV, Berlin 1990, S. 364–367; Ruth Schmidt-Wiegand: Deutsche Rechtsregeln und Rechtsspruchwörter: ein Lexikon, München 2002, S. 12–14 (im Folgenden als LDR zitiert); Michael Koller: Not kennt kein Gebot. Entstehung, Verbreitung, Bedeutung eines Rechtsspruchwortes, Münster, Wien 2009, S. 87; Detlef Liebs: Lateinische Rechtsregeln und Rechtsspruchwörter, Darmstadt 1991, S. 11 (im Folgenden als LR zitiert).

³ Z.B. Julius Hubert Hillebrand: Deutsche Rechtsspruchwörter, Zürich 1858; Eduard Graf, Mathias Dietherr: Deutsche Rechtsspruchwörter, Nördlingen 1869; Eduard Osenbrüggen: Die deutschen Rechtsspruchwörter, Basel 1876; Adolf Lobe: Neue deutsche Rechtsspruchwörter für jedermann aus dem Volke, Leipzig 1902; F. Frommelt: Regulae iuris, Leipzig 1878.

ist, dass die Sprichwörter, mit Friedrich Carl von Savigny gedacht, „das lebendige Recht des Volkes“ oder ein „Gewohnheitsrecht[]“⁴ wiedergeben bzw. wiedergegeben haben. Weiterhin geht man davon aus, dass sie die Funktion der Begründung des bzw. innerhalb eines Gerichtsurteils hatten.⁵ Freilich wird auch immer wieder darauf hingewiesen, dass sie im Zeitalter einer fortschreitenden Kodifikation des Rechts nur noch bedingt Bedeutung besitzen.⁶

Nun sagt Block bemerkenswerterweise nicht ‚Rechtsspruchwort‘, sondern ‚Rechtsspruch‘. Er wählt damit einen Terminus, der im 19. Jahrhundert zwar nicht unüblich ist, aber auch nicht gerade häufig gebraucht wird. Der ‚Rechtsspruch‘ erinnert wegen der Integration des Begriffs ‚Sprechen‘ an das *Rechtsspruchwort*. Vor allem aber schließt er an den Begriff der *Rechtssprechung*, mithin ein richterliches Urteil, an (sprachlich analog zu *Schiedsspruch*).

Block hat in verschiedener Hinsicht Recht, den Begriff ‚Rechtsspruchwort‘ in den Bereich der *Rechtssprechung* zu verschieben. Erstens befindet er sich ja gegenüber Huld, wiewohl dieser eigentlich sein Verteidiger ist, in der Rolle des Angeklagten vor dem Richter, was ja auch insofern verstärkt wird, als Huld etwas später einen Richter und bereits eine Form von möglichem Urteil paraphrasiert. Zweitens glaubt sich Block von K., der jenen auf eine für ihn unerträgliche Weise gedemütigt hält, beurteilt – und legt, wenn man so will, Berufung ein: „Sie dürfen nicht so mit mir reden, das ist nicht erlaubt“ (261). Und schließlich schwingt sich ja auch Block mit seinem Rechtsspruch zu einer Art von Richter auf, indem er seinerseits K. beurteilt und ihn, der er sich nur scheinbar „bevorzugt“ fühlen kann, vor einen imaginären Richterstuhl zitiert, wo seine „Sünden gewogen“ (261 f.) werden.

Aber nicht nur aus seiner individuellen Situation heraus, sondern auch von der Sache her hat Block alles Recht der Welt, ‚Rechtsspruchwort‘ in ‚Rechtsspruch‘ umzumünzen. Die heutige Forschung hat nämlich die Meinung des 19. Jahrhunderts bestätigt, dass das Sprichwort seinen Ursprung im Richter- oder eben Rechtsspruch, also im Urteil bzw. der Urteilsbegründung hat.⁷ Dieses gilt natürlich a fortiori für das Rechtsspruchwort.⁸ Letzteres hat zwar auch im Bereich

⁴ Osenbrüggen [Anm. 3], S. 38; Anon.: Sammlung der notwendigsten lateinischen Rechtsregeln. Mit teutscher Uebersetzung und deutlichen Erläuterungen, zur Bequemlichkeit älterer und zum besondern Nutzen angehender Rechtsanwälte und Geschäftsmänner, aufgestellt von einem Rechtsgelehrten Teutschlands, Bern 1836.

⁵ Hillebrand [Anm. 3], S. 2.

⁶ Osenbrüggen [Anm. 3], S. 38.

⁷ Seiler [Anm. 2], S. 1, mit Verweis auf Jacob Grimm, Wilhelm Grimm: Deutsches Wörterbuch, Bd. XVII (= X/2/1), München 1984 (= ND der Ausgabe Leipzig 1919), S. 62, wo auf die „reichliche verwendung des sprichwortes im recht“ und auf die Tatsache, dass die „eigentliche rechtentscheidung in ihm niedergelegt“ wurde, hingewiesen wird.

⁸ Kaufmann [Anm. 2], S. 364; Ruth Schmidt-Wiegand: Rechtsspruchwörter im Gericht. Zum Verhältnis von Mündlichkeit und Schriftlichkeit in mittelalterlichen Rechtsquellen, in: Rechtsspruchwort und Erzählgut. Europäische und afrikanische Beispiele, hg. v. Heinrich Scholler, Berlin 2002, S. 9–24, hier: S. 14.

des mittelalterlichen und frühneuzeitlichen Rechtsunterrichts, nicht zuletzt wegen seiner memorialen Funktion⁹, Verwendung gefunden. Aber die Hauptfunktion des Rechtsspruchworts (und von ihm ausgehend für jedes Sprichwort) lag wohl in der Urteilsbegründung, also im ‚Rechtsspruch‘ des Richters.

Und noch eine letzte Dimension des Rechtsspruchworts wird durch Blocks Wortwahl angesprochen. Das Rechtsspruchwort kann – und in diesem Punkt geht es über das gemeine Sprichwort hinaus – die äußere, sprachliche Form des Rechtssatzes oder Rechtsgrundsatzes sein¹⁰, also eines, mit Immanuel Kant gesprochen, „obersten praktischen Prinzip[s]“, das „die größte Notwendigkeit in theoretischer Absicht“ besitzt und zugleich „von der größten praktischen Wichtigkeit“¹¹ ist.

Rein von der Wortzusammenstellung her gesehen, liegt Blocks Doppelformulierung ‚Rechts-Spruch‘ sogar näher an der Doppelformulierung ‚Rechts-Satz‘ als an der Drei-Elemente-Formulierung ‚Rechts-Sprich-Wort‘ mit ihrer Tautologie am Ende. Der Kaufmann würde also durch seine Begriffsverwendung nicht nur darauf aufmerksam machen, dass das/sein Rechtsspruchwort aus der Rechtsprechung stammt, sondern dass es dabei Anspruch auf ein juristisches Prinzip erhebt.

Rechtssätze oder Rechtsgrundsätze spielen in der juristischen Debatte von Kafkas Zeit insofern eine große Rolle, als sie das Thema des ungeschriebenen Gesetzes aufrufen. Zeitgenössisch werden nämlich zwei Bedeutungsebenen von „Gesetz“ unterschieden, erstens der „Rechtssatz“, der jeder „Äußerung des gesetzgebenden Organs“¹² zugrunde liegen muss oder sollte, und zweitens diese Äußerungen selbst, wozu vor allem das kodifizierte Strafrecht in seiner formellen und materiellen Ausführung gerechnet wird.

Das Verhältnis zwischen diesen beiden Begriffen von Gesetz wird in den höchsten Fachkreisen der KuK-Monarchie zur Zeit Kafkas lebhaft diskutiert, und zwar anhand der Frage, wie mit Rechtsproblemen umzugehen ist, die nicht vom Gesetz abgedeckt sind, weil dieses, zeit- oder systembedingt, eine Lücke

⁹ Vgl. Koller [Anm. 2], S. 87–90; Liebs [Anm. 2], S. 11 ff.

¹⁰ Hierzu Kaufmann [Anm. 2], S. 366. Eberhard Schmidhäuser: Das ‚Gesetz‘ in Franz Kafkas Roman ‚Der Proceß‘, in: Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, hg. v. Fritjof Haft, Heidelberg 1993, S. 803–818, hier: S. 808 f., geht davon aus, dass ‚Gesetze‘ im ‚Proceß‘ sehr oft „Rechtssätze, die den gerichtlichen Entscheidungen zugrunde liegen“, meint. In diese Richtung, nur historisch untermauert, gehen auch meine Überlegungen.

¹¹ Immanuel Kant: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, in: Ders.: Werke, unveränd. photomech. Abdruck des Textes d.v.d. Preußischen Akademie der Wissenschaften 1902 begonnenen Ausgabe, Bd. IV, hg. v. Benno Erdmann, Paul Menzer u. Alois Höfler, Berlin, New York 1968, S. 385–463, hier: S. 411.

¹² Gerhard Anschütz: Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz, Leipzig 1891, S. 3.

aufweist. Entzündet hat sich diese Debatte am Bürgerlichen Recht. In § 7 des seit 1811 bestehenden ABGB heißt es:

Läßt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muß auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft; so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden.¹³

Die in diesem Paragraph genannten Rechtsgrundsätze, nach denen zu entscheiden ist, wenn kein Gesetz, auch nicht qua Analogieschluss, einen bestimmten Fall abdeckt, sind in Österreich während des Kodifikationsprozesses des ABGB (also im ausgehenden 18. und frühen 19. Jahrhundert) durch das Naturrecht (nicht das römische oder gemeine Recht) gegeben.¹⁴ Im frühen 20. Jahrhundert gilt das Naturrecht hingegen als überholt. Dennoch wird der § 7 in Österreich-Ungarn in strittigen Fällen herangezogen. Der OGH¹⁵ fasst zur Stützung dieser Vorgehensweise im Jahr 1911 einen Plenissimarbeschluss folgenden Inhalts: „In den jenseits des Gesetzes liegenden gesetzesleeren Raum tritt die Rechtsfindung des Richters gemäß § 7 ABGB, dessen Schlusssatz sogar Fälle voraussetzt, für die das Gesetz eine Norm nicht enthält, weder direkt noch indirekt durch Analogie“.¹⁶

Das Hauptproblem bei dieser Entscheidung ist eine mögliche Verletzung des Gesetzgebungsmonopols der Legislative durch die Jurisdiktion. Dies ist aber aus Sicht der obersten österreichischen Richter nicht der Fall: „Was zur Geltung gelangt, ist nicht so sehr neues als bis nun noch nicht ausgesprochenes Recht“.¹⁷ Was dieses neue, aber noch nicht ausgesprochene (oder genauer: nicht niedergeschriebene) Gesetz bedeutet, wird wenige Zeit später konkretisiert. Es handelt sich bei den natürlichen Rechtsgrundsätzen gemäß OGH um „das zu einer bestimmten Zeit herrschende, von den logischen Denkgesetzen getragene Rechtsbewußtsein des Volkes“.¹⁸

Halten wir bis hierhin fest: Wenn auch im bürgerlichen Recht, so wird zur Zeit Kafkas in Österreich-Ungarn am Beispiel des Rechtssatzes das Problem eines

¹³ Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für das Kaisertum Oesterreich, hg. v. Leopold Pfaff, Wien 1911, S. 14. Herv. MB.

¹⁴ Hierzu Sigrid Jacoby: Allgemeine Rechtsgrundsätze. Begriffsentwicklung und Funktion in der Europäischen Rechtsgeschichte, Berlin 1997, S. 63–70; 87.

¹⁵ Zu seiner Schaffung und Funktion vgl. Werner Ogris: Die Entwicklung von Gerichtsverfassung, Strafrecht und Strafprozeßrecht 1848–1918, in: Die Entwicklung der österreichisch-ungarischen Strafrechtskodifikation im XIX–XX. Jahrhundert, hg. v. Gábor Máthé u. dems., Budapest 1996, S. 55–74, hier: S. 59 f.

¹⁶ Plenissimarbeschluss des OGH vom 14.11.1911, zitiert nach Jacoby [Anm. 14], S. 97, an deren Ausführungen ich mich auch orientiere.

¹⁷ Ebd.

¹⁸ Entscheidung des OGH vom 2.6.1915; zitiert nach Jacoby [Anm. 14], S. 97 f.

„gesetzesleeren Raum[s]“ diskutiert. Damit sind Rechtsfälle gemeint, die durch das kodifizierte Gesetz nicht abgedeckt werden. Es scheint die Vorstellung vorzuherrschen, dass man diesen gesetzleeren Raum in der Rechtsprechung ohne Verletzung des Gesetzgebungsmonopols der Legislative insofern füllen könne und dürfe, als der Richter im Sinne einer bestehenden „Norm“ bzw. des „Rechtsbewußtsein des Volkes“¹⁹ entscheidet.

Doch wie immer man die ‚Gesetzesgrundlage‘ benennt, auf die sich die Richter in Österreich-Ungarn in den genannten Fällen beziehen: Derjenige, der diesbezüglich Schutz im Recht sucht, ist in dem genannten gesetzleeren Raum unter Umständen auf die Willkür der Richter angewiesen, die ihn, anstelle des Gesetzgebers, besetzen.

Diese drei Dimensionen – Rechtsspruchwort, Rechtsprechung und Rechts-(grund)satz – werden also in Blocks Formulierung vom „Rechtsspruch“ aufgerufen: Der Kaufmann spielt auf einen Rechtssatz oder Rechtsgrundsatz an, der in einem Rechtsspruchwort ausgedrückt wird und dadurch, zumindest in seinem Fall, die Grundlage für die Rechtsprechung eines wie auch immer gearteten Richters dient; all das möglicherweise anstelle des Gesetzes, das in einigen Fällen leer sein, also die Wirklichkeit eines bestimmten Falls nicht einholen kann.

2. Reste der Inquisition im Rahmen der Voruntersuchung in Österreich-Ungarn

Man kann den Gebrauch von Rechtsspruchworten in Kafkas „Proceß“ nicht ohne die strafrechtshistorische Situation verstehen, innerhalb derer sich der Roman bewegt; eine Situation, die durch einen, von Zeitgenossen heftig bemängelten, Novellierungsstau gekennzeichnet ist. Gerichtet wird im Jahre 1914 nach dem österreichischen „Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen“ (künftig StG) vom 27.5.1852. Dieses „beruht“ jedoch, wie zeitgenössisch betont wird, „auf dem Strafgesetze vom Jahre 1803, ja in seinem ersten, von dem Verbrechen handelnden Teile geht es sogar auf das westgalizische Strafgesetzbuch vom Jahre 1796 zurück“. Es handelt sich also um „das älteste Strafgesetz, das in irgendeinem Staate des europäischen Continentes gilt“. Demzufolge werden verschiedene Anstrengungen zu Reformen unternommen, die aber niemals Gesetzesrang erlangen.²⁰

1912 gibt es endlich eine vielversprechende, freilich ebenfalls gescheiterte, „Regierungsvorlage zum ‚Strafgesetzbuch für Österreich‘“, die darauf abhebt, dass die Gesetze wegen ihres hohen Alters nicht mehr „mit dem Rechtsgefühl der Gesellschaft und den Bedürfnissen der Zeit“ übereinstimmen. Dies wird, wie in den Anmerkungen zum neuen Gesetzesentwurf konzediert wird, bei Gericht

¹⁹ Ebd., S. 98.

²⁰ Hierzu Ogris [Anm. 15], S. 64–66.

zwar durchaus berücksichtigt. Die Folge ist jedoch, dass es auch auf der Seite des Strafrechts zu einem gesetzleeren Raum kommt, den die Gerichte anstelle des Gesetzgebers besetzen: „So wird es [StG 1852] durch die Praxis immer mehr beiseite geschoben“.²¹ Auf die Reformbedürftigkeit und die genannten Reformbemühungen im Österreichischen Strafrecht spielt der Roman ziemlich direkt an, wenn sich K. über die „Verbesserungsbedürftigkeit dieses Gerichtswesens“ (76) auslässt.²²

Soweit zum materiellen Strafrecht. Das geltende formale Strafrecht, also die „Strafproceß-Ordnung“ (im Folgenden StPO) vom 23.5.1873, ist hingegen das Ergebnis eines längeren Novellierungsprozesses. Sie ersetzt die Strafprozessordnung vom 29.7.1853, die in einem letzten Aufbäumen des absolutistischen Strafrechts die Strafprozessordnung vom 17.1.1850 beiseitegeschoben hatte, die ihrerseits ein Ausdruck der 48er Reformbemühungen war.²³ Zentrales Ergebnis dieses mehrstufigen Innovationsprozesses ist die Abschaffung des Inquisitionsprozesses zugunsten des Anklageprozesses, der eine Funktionsteilung zwischen Richter und Staatsanwalt vorsieht, weiterhin die freie Beweiswürdigung für den Richter sowie Mündlichkeit und Öffentlichkeit als Verfahrensweisen des Prozesses.²⁴

Aber: All diese Neuerungen betreffen nur die Hauptuntersuchung, nicht jedoch die gerichtliche Voruntersuchung. Die Ermittlung des Sachverhalts und die Vorbereitung der Beweisaufnahme wird in der Regel, auf die Ausnahmen komme ich gleich zu sprechen, nicht dem Staatsanwalt und mithin der Anklage unterstellt, vielmehr ist ein Untersuchungsrichter Herr des Verfahrens. Auch das Strafprozessrecht von 1873 hat sich nämlich, wie es der Prager Rechtswissenschaftler Alois Zucker ausdrückt, „von gewissen, dem französischen Rechte entstammenden Vorurtheilen nicht freizumachen vermocht[]“.²⁵

Die Voruntersuchung also. Genau an diesem Ort befindet sich K.s „Proceß“. Viel weiß Kafkas Protagonist über dessen rechtlichen Status nicht. Nur so viel,

²¹ Alle Zitate aus A. Amschl, R. Hawlath, A. Löffler, I. Freiherr von Ruber: Regierungsvorlage zum ‚Strafgesetzbuch für Österreich‘ aus der XXI. Session 1912. Erläuternde Bemerkungen, S. V (<http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=sph&datum=0021&page=3077&size=45>; Zugriff: 26.2.2015). Vgl. hierzu auch Claus Hebell: Rechtstheoretische und geistesgeschichtliche Voraussetzungen für das Werk Franz Kafkas, analysiert an dem Roman ‚Der Proceß‘, München 1981, S. 52 f., und, an ihn anschließend, Janko Ferk: Recht ist ein ‚Proceß‘. Über Kafkas Rechtsphilosophie, Wien 2006, S. 32.

²² Vgl. Hebell [Anm. 21], S. 51 f.

²³ Vgl. hierzu ausführlich Ogris [Anm. 15], S. 62 f.

²⁴ Vgl. hierzu ebd. und im Anschluss daran: Oskar E. Pfeiffer: Franz Kafka – Dichter und Jurist dazu. Rechtshistorische Grundlagen des ‚Processes‘, in: Zeichen, Recht Und Macht, hg. v. Friedrich Lachmayer, Wien 1995, S. 123–141, hier: S. 126–128; Ferk [Anm. 21], S. 33 ff.

²⁵ Alois Zucker: Ueber einige Reformen des Vorverfahrens im modernen Strafprocesse, Wien 1902, S. 88.

dass es „ein Strafproceß“ (122) ist, aber kein „Proceß vor dem gewöhnlichen Gericht“ (124). Ungewöhnlich ist das Gericht aber auch nicht. K.s Prozess befindet sich lediglich in einem untergeordneten Stadium, wie er selbst richtig erschließt, wenn er sagt: „Es ist doch noch nicht die Hauptverhandlung“ (19).

Dementsprechend wundert sich Kafkas Protagonist auch nicht, dass er es im Folgenden nur mit subalternen Amtsträgern aus dem Bereich der Voruntersuchung zu tun hat, deren höchster ein Untersuchungsrichter ist. Er selbst nennt gegenüber Fräulein Bürstner die Personen, die ihn verhört haben, eine „Untersuchungskommission“ (41). Das nächste Kapitel heißt, ganz in dieser Logik, „Erste Untersuchung“ (49). Auch im Telefonat ist von „Untersuchungen“ (ebd.) die Rede. Und K. spricht den Mann, der ihn verhört, dann auch ganz selbstverständlich als „Herr Untersuchungsrichter“ (63) an.

Genauer gesagt ist es – und hier hat bis jetzt auch die historisch orientierte Forschung kein Licht ins Dunkel bringen können – noch einmal komplizierter im Österreich-Ungarn des frühen 20. Jahrhunderts und mithin auch im „Proceß“. Voruntersuchung ist nämlich nicht gleich Voruntersuchung, weil sie direkt durch einen Untersuchungsrichter des Gerichts, aber auch durch ein Bezirksgericht durchgeführt werden kann.²⁶ In K.s Fall ist es jedoch noch nicht einmal klar, ob es sich um eine „Voruntersuchung“ (§ 91 StPO 1873) oder „Vorerhebung“ (§ 88 StPO 1873) handelt.²⁷

Die Vorerhebung ist „formell ein *besonderes* Processinstitut“ neben der „Voruntersuchung“.²⁸ Während diese von einem Untersuchungsrichter (oder eben einem Bezirksgericht) vorgenommen wird, ist bei jener, das ist die vorsichtige, eher in den Bereich des Anklageprozesses gehende Variante der österreichischen Strafprozessordnung, der Staatsanwalt verantwortlich. K. scheint Letzteres am Anfang zu vermuten, da er um einen Anruf bei seinem „gute[n] Freund“, dem „Staatsanwalt Hasterer“ (23) bittet.

Dass K. anfangs glaubt, sich als „*Verdächtige[r]*“²⁹ in einer Vorerhebung zu befinden, dafür spricht weiterhin der erste Satz des Romans, der die Innensicht des Protagonisten qua interner Fokalisierung wiedergibt: „Jemand mußte Josef K. verleumdet haben“ (7). Verleumdung ist nämlich, so die Perspektive der Kritiker der StPO 1873, ein Grund, warum der Staatsanwalt im österreichischen

²⁶ Der Prager Rechtswissenschaftler Ernst Lohsing spricht mit Rekurs auf die §§ 12 und 95 StPO 1873 von einer „Gleichstellung“ des Bezirksgerichts „mit dem Untersuchungsrichter“ (Ernst Lohsing: Österreichisches Strafprozeßrecht in systemat. Darstellung, Graz 1912, S. 424).

²⁷ Die Strafproceß-Ordnung vom 23. Mai 1873, hg. v. Alexander Löffler u. Eugen Lorenz, Bd. I, Wien 1809, S. 191 u. S. 204.

²⁸ Zucker [Anm. 25], S. 72.

²⁹ Julius Vargha: Die Verteidigung in Strafsachen. Historisch und dogmatisch dargestellt, Wien 1879, S. 383.

Strafrecht eine Vorerhebung einzuleiten „verpflichtet“ (StPO 1873, § 87)³⁰ ist – und zwar, wie diese Kritiker darlegen, viel zu schnell. Oft handelt es sich nämlich, und dies weist eine gewisse Parallele zu dem Fall von Josef K. (jedenfalls aus seiner subjektiven Perspektive) auf, um „Denuntiation, die ebenso begründet, als möglicher Weise auch völlig unbegründet sein kann“. Anders als der Beschuldigte in der Voruntersuchung und der Angeklagte der Hauptuntersuchung hat der Verdächtige der Vorerhebung nicht die mindeste „behördliche Garantie“ auf Rechtssicherheit, weil weder „*triftige Verdachtsgründe*“ (wie bei der Einleitung der Voruntersuchung) noch „*Wahrscheinlichkeit*“ (wie bei der Einleitung der Hauptverhandlung) noch „*Gewissheit*“ (wie beim Urteil in der Haupthandlung) vorliegen müssen, um behördlich gegen einen möglichen Delinquenten vorzugehen. Es reicht, wie gesagt, eine einfache „Verläumdung“.³¹

Nun ist es aber – und hier liegen im damaligen Österreich die Grenzen des Anklageprinzips im Vorfeld der Hauptverhandlung – so, dass der Staatsanwalt nach StPO 1873, auch im Modus der Vorerhebung, die ihm obliegenden Handlungen an den Untersuchungsrichter abgeben bzw. dieser auch von sich aus im Rahmen der Vorerhebung eigenständig agieren kann³², z.B. wenn „Gefahr am Verzuge“ ist. In diesem Fall kann der Untersuchungsrichter ganz nach alter inquisitorischer Art, ohne an den Verfolgungsantrag des Staatsanwaltes gebunden zu sein, Untersuchungen einleiten und zu Ende führen.³³ Und genau das ist ja bei einem Verhaftbefehl, wie er gegen K. ergeht, der Fall.

Daraus erhellt: Für einen Laien wie Josef K., der, wie er glaubt, unschuldig von den Behörden verfolgt wird, ist es also nicht nur schwer zu unterscheiden, ob er sich in einer Vor- oder Hauptuntersuchung befindet (eine Unterscheidung, die K. jedoch, wie gesehen, noch leisten kann). Auch und vor allem die Unterscheidung zwischen Untersuchungsrichter i.e.S. und Bezirksgericht als Herr des Verfahrens sowie zwischen staatsanwaltlicher Vorerhebung und untersuchungsrichterlicher Voruntersuchung sind für ihn schwer herzustellen, weil beide Untersuchungsformen de facto auf das Gleiche hinauslaufen.

³⁰ Löffler/Lorenz [Anm. 27], S. 189. Ein möglicher Rekurs auf § 209 StG 1852, von dem Wolf Kittler: In dubio pro reo. Kafkas ‚Strafkolonie‘, in: Kafkas Institutionen, hg. v. Arne Höcker, Oliver Simons, Bielefeld 2007, S. 33–72, hier: S. 38, bei den ersten Sätzen des „Processes“ ausgeht, wirkt unplausibel. Es handelt sich bei dem ersten Satz des „Proceß“ um eine Frage des formalen, nicht des materiellen Strafrechts, zumal es keinen Hinweis darauf gibt, dass die Verleumdung K.s, wenn sie denn stattgefunden hat, ihrerseits als Verbrechen angesehen wird. Denn nur darauf spielt § 209 StG an. Pfeiffer [Anm. 24], S. 131, greift ebenfalls zu kurz, wenn er die Denuntiation an die Voruntersuchung (statt die Vorherhebung) knüpft.

³¹ Vargha [Anm. 29], S. 383 f.

³² StPO 1873, § 88: „Der Staatsanwalt ist „berechtigt, durch den Untersuchungsrichter, durch die Bezirksgerichte oder durch die Sicherheitsbehörden Vorerhebungen [...] führen zu lassen“ (Löffler, Lorenz [Anm. 27], S. 191).

³³ Zucker [Anm. 25], S. 90.

Doch unabhängig davon, ob sich K. in einer „Voruntersuchung[]“ im weiteren Sinne³⁴ oder im engeren befindet, auf jeden Fall erklärt sich so, warum er nur „verhaftet“, nicht aber „angeklagt“ ist (22) und warum bei ihm lediglich „Verhör[e]“ (72) statthaben. Letztere nimmt der Untersuchungsrichter im Österreich-Ungarn des frühen 20. Jahrhunderts im Rahmen seiner Ermittlungsarbeit vor. Eine Anklage wird jedoch in diesem Stadium nicht erhoben. „Angeklagter ist“ nämlich erst „derjenige, gegen den eine Hauptverhandlung [...] angeordnet ist“³⁵ – und dieses Stadium erreicht K. nie. Daher sagt ja auch der Geistliche: „Dein Proceß wird vielleicht über ein niedriges Gericht gar nicht hinauskommen“ (289). Und am Ende heißt es dementsprechend (aus der Sicht K.s): „Wo war das hohe Gericht, bis zu dem er nie gekommen war?“ (312). Von welcher Seite aus man es auch betrachtet: K. bleibt bis zu seinem Tod für immer im niederen Stadium der Voruntersuchung.³⁶

Diese von Kafka im „Proceß“ vorgenommene Perpetuierung der Voruntersuchung entspricht natürlich nicht ihrer eigentlichen Funktion, die darin besteht, „entweder die Einstellung des Strafverfahrens herbeizuführen oder die Versetzung in Anklagestand und die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung vorzubereiten“ (StPO 1873, § 91).³⁷ In dieser Hauptverhandlung würde K. dann das oben beschriebene zeitgenössische formale Strafrecht mit dem Anklageprinzip erwarten, was mit sich brächte, dass er selbst die Rechte einer, dem Ankläger (Staatsanwalt) gegenübergestellten, „Prozeßpartei“ des „Angeklagte[n]“ besäße und nicht nur „Untersuchungsobjekt“³⁸ wäre. Das wäre die von ihm in Anspruch genommene Rechtsstaatlichkeit („K. lebte doch in einem Rechtsstaat [...], alle Gesetze bestanden aufrecht“; 11). Aber diese ist ihm in der Voruntersuchung als dem eigentlichen Ort der Ermittlungsarbeit nicht zugestanden.

Vor diesem Hintergrund bekommt all das, was bis vor Kurzem in der Forschung leichtfertig als ‚kafkaesk‘ bezeichnet wurde, ein konkrete historische

³⁴ Ebd., S. 82.

³⁵ Lohsing [Anm. 26], S. 195.

³⁶ Hierzu auch Wolf Kittler: Heimlichkeit und Schriftlichkeit. Das österreichische Strafprozessrecht in Franz Kafkas Roman ‚Der Proceß‘, in: GR 78, 2003, S. 194–222, hier: S. 198. Theodore Ziolkowski: Kafkas ‚Der Proceß‘ und die Krise des modernen Rechts. In: Literatur und Recht, hg. v. Ulrich Mölk, Göttingen 1996, S. 325–340, hier: S. 332, greift meines Erachtens zu kurz, wenn er glaubt, dass die Voruntersuchung die Hauptuntersuchung parodiert.

³⁷ Löffler, Lorenz [Anm. 27], S. 205.

³⁸ Lohsing [Anm. 26], S. 38. Der Begriff der ‚Partei‘ wird im zweiten Kapitel des ‚Proceß‘ aufgenommen, wenn, den Begriff ins Politische wendend („politische Bezirksversammlung“; man denke aber auch an das *Bezirksgericht*), es „Leute der linken“ und der „rechten Partei“ sind, die das Publikum beim Verhör vor dem „Untersuchungsrichter“ darstellen (S. 58 u. S. 62f.). Wichtig ist, dass K. keiner dieser Parteien angehört, er also gerade nicht Prozess-Partei ist.

Unterfütterung.³⁹ Denn was Huld über die Geheimhaltung der Anklage und den Ausschluss des Verteidigers aus der Voruntersuchung sagt, ist in der Sache dem sehr ähnlich, was zeitgenössisch diskutiert wird: Der Advokat betont,

daß das Verfahren nicht öffentlich sei, es kann, wenn das Gericht es für nötig hält, öffentlich werden, das Gesetz aber schreibt Öffentlichkeit nicht vor. Infolgedessen sind auch die Schriften des Gerichtes, vor allem die Anklageschrift dem Angeklagten und seiner Verteidigung unzugänglich (151 f.).

Genau das moniert auch der Prager Rechtswissenschaftler Lohsing: „Im österreichischen Strafprozeßrecht hat die Parteienöffentlichkeit nicht nur keine Anerkennung gefunden, sie ist vielmehr für das Vorverfahren ausdrücklich untersagt.“ Er verweist dabei auf die §§ 162 und 198 StPO 1873, in der die Befragung von Zeugen wie auch das Vernehmen des Angeklagten „ohne Beisein des Anklägers“ geregelt wird.⁴⁰

Gleiches gilt für die Möglichkeit eines Rechtsbeistandes. StPO 1873 sichert zwar grundsätzlich die Hinzuziehung eines Verteidigers und Akteneinsicht durch diesen in der Voruntersuchung zu, fügt aber einschränkend hinzu: „sofern es der Untersuchungsrichter [...] mit dem Zwecke des Verfahrens vereinbar findet“ (§ 45).⁴¹ Dementsprechend ist es nicht selten, dass der Verteidiger sehr oft erst „für die Hauptverhandlung“⁴² herbeigezogen wird. Gleiches gilt für die Akteneinsicht, die „vor Überreichung der Anklageschrift“, also im Stadium der Voruntersuchung, wie Lohsing hervorhebt, „nur kraft besonderer Bewilligung“⁴³ durch den Untersuchungsrichter erfolgen kann.

Auch die sonstige Undurchschaubarkeit von K.s Prozess hat ihren Grund in der juristischen Realität der Zeit. Wiederum ist es Huld, der das ausspricht:

Leider, darauf müsse er [Huld] K. allerdings aufmerksam machen, geschehe es manchmal, daß die ersten Eingaben bei Gericht gar nicht gelesen werden. [...] Die erste Eingabe werde gewöhnlich verlegt oder gehe gänzlich verloren und selbst wenn sie bis zum Ende erhalten bleibt, werde sie, wie der Advokat allerdings nur gerüchtweise erfahren hat, kaum gelesen (151).

Dieser Umstand rührt daher, dass es in der österreichischen Strafprozesspraxis unklar ist, an wen man die „Einbringung des Anklage-Einspruchs“ (dies allerdings dann schon zu Beginn der Hauptverhandlung) zu richten hat. Lohsing weist darauf hin, dass es ein großes Problem darstelle, wer der „funktionell

³⁹ So Kittler, Heimlichkeit [Anm. 36], S. 194; freilich ohne Bezug auf die zuvor erschienenen Studien von Ferk [Anm. 21], Pfeiffer [Anm. 24] u. Hebell [Anm. 21].

⁴⁰ Lohsing [Anm. 26], S. 233; Löffler, Lorenz [Anm. 27], S. 271. Vgl. hierzu auch Pfeiffer [Anm. 24], S. 128; Ferk [Anm. 21], S. 40.

⁴¹ Löffler/Lorenz [Anm. 27], S. 108.

⁴² Vargha, [Anm. 29], S. 409.

⁴³ Lohsing [Anm. 26], S. 216. Vgl. hierzu auch Ferk [Anm. 21] S. 40.

zuständige[] Richter⁴⁴ für die Eingabe des „Einspruch[s]“ (§ 209; 210, StPO 1873)⁴⁵ sei: der „Untersuchungsrichter“ selbst oder der „Vorsitzende[] der Ratskammer“⁴⁶, denn wie oben schon ausgeführt hat ja nicht in allen Fällen, bei denen Anklage erfolgt, eine Voruntersuchung i.e.S. stattgefunden. Zusätzlich kann, auch darauf wurde ebenfalls schon hingewiesen, die Voruntersuchung durch ein „Bezirksgericht“ durchgeführt worden sein, das dann ebenfalls Adressat des Einspruchs sein kann, zumal wenn der dann Angeklagte dort „in Haft“⁴⁷ ist.

Paradoxerweise wird die Arbeit des österreichischen Untersuchungsrichters bisweilen auch als fortschrittlich wahrgenommen. Hans Gross, bei dem Kafka bekanntlich studiert hat⁴⁸, schreibt in seinem „Handbuch für Untersuchungsrichter“ stolz im Vorwort der dritten Auflage, dass die von ihm geschaffene „Kriminalpsychologie“ sogar im entfernten New York als „Überwinderin der rein historischen Rechtsauffassung“⁴⁹ eines Friedrich von Savigny gefeiert werde.

Das Neue gegenüber dem bisherigen Strafrecht sei, so Gross, die nun vollständig erfolgte Umstellung von der Tat auf den Täter: „Die Kriminalistik“ soll „die seelischen Triebe des Täters zu verfolgen“ und „den Menschen zu durchschauen“ lernen. Das bedeutet, dass „das Wesen des Beschuldigten herausgeschält“ werden muss. Genau so sagt es ja auch Huld: „alles soll auf den Angeklagten selbst gestellt sein“ (153).⁵⁰ Aber natürlich, darüber ist sich Gross durchaus im Klaren, setzt die Kriminalistik des Untersuchungsrichters an einem anderen Punkt an, nämlich dort, „wo das Strafrecht [...] mit seiner Lehre zu Ende ist“.⁵¹ Die Ermittlungsarbeit befindet sich also in dem schon mehrfach zitierten, hier nun auch das Strafrecht betreffenden, gesetzleeren Raum.

⁴⁴ Lohsing [Anm. 26], S. 423. Vgl. hierzu Ferk [Anm. 21], S. 41, der sich wiederum auf Hebell [Anm. 21], S. 75 f., bezieht.

⁴⁵ Löffler, Lorenz [Anm. 27], S. 313.

⁴⁶ Lohsing [Anm. 26], S. 423.

⁴⁷ Ebd., S. 424.

⁴⁸ Hierzu Ferk [Anm. 21], S. 37; Martha Robinson „The Law of the State in Kafka's ‚The Trial‘“, in: ALSA Forum 6, 1982, S. 127–148, hier: S. 135 f.; Ziolkowski [Anm. 36], S. 337, u. Franziska Schöffler: Kafkas Roman ‚Der Proceß‘ und die Erfindungen des Juristen Hans Groß, in: Textverkehr. Kafka und die Tradition, hg. v. ders., Claudia Liebrand, Würzburg 2004, S. 335–360, hier: S. 337; ähnlich dies: Mythos und Kriminologie. Intertextuelle Verhandlungen in Kafkas Roman ‚Der Proceß‘, in: Zeitschrift für Germanistik NF 14, 2004, S. 506–520, hier: S. 508 f.

⁴⁹ Hans Gross: Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik, Bd. I, München, Berlin, Leipzig 1914, S. IV.

⁵⁰ Ebd., S. IV, S. 44; 43.

⁵¹ Ebd., S. IV.

Inwieweit Gross' Arbeit bzw. die Vorgehensweise des Untersuchungsrichters allgemein vor oder hinter die „historische Rechtsauffassung“ Savignys verweist, ist zeitgenössisch jedoch umstritten, bringen doch Kritiker die Voruntersuchung mit dem Strafrecht des Absolutismus, also der Inquisition⁵², et passim in Verbindung. Lohsing schreibt beispielweise, dass in der fehlenden „Waffengleichheit“ zwischen Richter und Beschuldigtem/Verdächtigem in der Voruntersuchung (i.w.S.) „ein *inquisitorischer* Zug“⁵³ liege. Diese Formulierung ist jedoch noch vergleichsweise zurückhaltend. Kurz nach Einführung von StPO 1873 hatte man noch viel direkter darauf hingewiesen, dass „im Untersuchungsverfahren auch nach dem gegenwärtigen Strafprozeß das *Inquisitionsprinzip* herrschend ist“, weil, und damit werden die zwei Hauptelemente der historischen Inquisition zitiert⁵⁴, „alles, was zur Belastung, wie zur Entschuldigung des Beschuldigten dient, von Amtswegen erforscht oder mit anderen Worten die materielle Wahrheit ermittelt werde“.⁵⁵

Dass die österreichisch-ungarische Voruntersuchung der letzte Hort des inquisitorischen Strafrechts darstellt, ist der Ansatzpunkt für die nun besser verständliche angeblich kafkaeske Beschreibung des Gerichts im „Proceß“, das im Laufe des Romans immer mehr inquisitorische Züge erhält, auch solche, wie man hinzufügen muss, die im Österreich des frühen 20. Jahrhunderts nicht mal mehr in der Voruntersuchung existierten. Kafka, der nicht nur die zeitgenössische Jurisprudenz studiert, sondern vier Semesters seines Studiums der obligaten Rechtsgeschichte gewidmet hat⁵⁶, besitzt, wie man hinzufügen muss, alle

⁵² Vgl. hierzu auch Kittler, Heimlichkeit [Anm. 36], S. 195.

⁵³ Lohsing [Anm. 26], S. 41 u. S. 194; Herv. MB.

⁵⁴ Hierzu Hermann Conrad: Deutsche Rechtsgeschichte. Frühzeit und Mittelalter, Bd. I, Karlsruhe 1962, S. 390 f.; Eberhard Schmidt: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Göttingen 1965, S. 86 f.

⁵⁵ Julius Mitterbacher, Vincenz Neumayer: Erläuterungen zur Strafprozeß-Ordnung vom 23. Mai 1873. Sammt dem Gesetze vom 23. Mai 1873 betreffend die Bildung der Geschworenenlisten, Graz 1874, S. 251; Herv. MB. Vgl. auch Vargha, der betont, dass die Voruntersuchung praktisch „vom *Inquisitionsprinzip* beherrscht sei“ (ders. [Anm. 29], S. 392). Interessanterweise handelt es sich hierbei um einen Vorwurf, dem sich auch Hans Gross persönlich ausgesetzt sieht. Er verwehrt sich zwar dagegen („Wir wollen gewiß den alten Inquisitionsprozeß nicht heraufbeschwören“), kommt aber sofort mit einem „aber“ heraus: Heutzutage werde zu viel „Humanität“ gegenüber dem Täter verordnet. Er plädiert stattdessen – im „Vorprozesse“ wohlgemerkt (wo das noch möglich ist) – auf das „Zurückgreifen auf ‚veraltete‘ Lehren“. Für das „feste Anpacken der Sache“ (Gross [Anm. 49], Bd. I, S. 17 f.). Hierzu auch Kittler [Anm. 36], S. 207.

⁵⁶ Hierzu Chris Bezzel: Kafka-Chronik, München, Wien 1975, S. 20–28; Klaus Wagenbach: Franz Kafka. Biographie seiner Jugend 1883–1912, Berlin 2006, S. 102–140 (insbes. S. 127–134); Kafka-Handbuch, hg. v. Hartmut Binder unter Mitarbeit zahlreicher Fachwissenschaftler, Bd. I: Der Mensch und seine Zeit, Stuttgart 1979, S. 270–298; ihnen folgen Ferk [Anm. 21], S. 35 f., u. Ziolkowski [Anm. 36], S. 325–345, hier: S. 329. Kafkas juristische Lehrer werden in Arnold Heidsieck: The Intellectual Contexts of Kafka's Fiction. Philosophy, Law, Religion, Columbia 1994, S. 105–119, charakterisiert.

Möglichkeiten, rechtliche Jetztzeit und Geschichte ineinanderzublenden,⁵⁷ dies zumal, da er ja auch nach seinem Studium im Rahmen der ebenfalls obligaten einjährigen Rechtspraxis am Strafgericht gearbeitet hat.⁵⁸

Man denke z. B. an die Passage, in welcher der Maler die unterschiedlichen Formen des Freispruchs behandelt und dabei insbesondere „die wirkliche Freisprechung“ von der „scheinbare[n] Freisprechung“ (205) unterscheidet. Hier wird die für das Inquisitionsstrafrecht relevante Unterscheidung zwischen einer Absolutio a tota causa, bei welcher der „Angeschuldigte für unschuldig erklärt“ und damit vollständig rehabilitiert wird, und einer Absolutio ab instantia oder „vorläufige[n] Lossprechung“⁵⁹ zitiert, wie sie im österreichischen Strafrecht noch nachklingt⁶⁰, aber eigentlich in der „Carolina“ kodifiziert und bis ins mittlere 19. Jahrhundert (aber eben auch nicht später) verwendet wird. Bei Letzterer wird der Angeklagte – vorläufig, d. h. bis zum Auftauchen neuer Beweise – „von der angestellten Untersuchung befreit“⁶¹, weil „kein hinlänglicher Beweis da ist, um eine Strafe erkennen zu können, und auf der anderen Seite eine gänzliche Lossprechung nicht gedenkbar ist, weil der vorhandene Verdacht nicht kann gehoben werden.“⁶² Der Strafprozess im „Proceß“ reicht also, über die Voruntersuchung als letztem Hort der Inquisition, ganz eindeutig in das historische inquisitorische Strafrecht hinein.

Auch in der Arbeit des Advokaten finden wir Elemente, die hinter das aktuelle Strafrecht, ja sogar noch einmal hinter die „Carolina“ als ein für den deutschen Rechtsraum kodifiziertes Straf- und Strafprozessrecht zurückgehen. Bisweilen scheint es nämlich, als ob Huld noch allein nach dem „Corpus Iuris Civilis“ arbeite, also in einer historischen Rechtssituation agiere, die, zumindest vom deutschsprachigen Rechtsraum aus gesehen, kein verbindliches Strafrecht kennt. Der Advokat, erzählt Block, macht „gelehrt[e]“ Eingaben mit „sehr viel Latein“, mit Beispielen aus „Rechtsfällen aus alter Zeit“ (240). Es wird also deutlich, dass es im „Proceß“, über die Voruntersuchung, eine Art von Korridor in

⁵⁷ Kittler [Anm. 36], S. 194; ähnlich auch Ulf Abraham: *Rechtsspruch und Machtwort. Zum Verhältnis von Rechtsordnung und Ordnungsmacht bei Kafka*, in: Franz Kafka. Schriftverkehr, hg. v. Wolf Kittler u. Gerhard Neumann, Freiburg/Breisgau 1990, S. 248–278, hier: S. 259 (allerdings ohne Rekurs auf Kafkas rechtswissenschaftliches Studium, den rechtshistorischen Kontext etc.).

⁵⁸ Bezzel [Anm. 56], S. 21; Wagenbach [Anm. 56], S. 136.

⁵⁹ Die *Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. und des Heiligen Römischen Reichs von 1532, Carolina*, hg. v. Friedrich-Christian Schroeder, Stuttgart 2000, § 409, S. 141. Vgl. hierzu Ulf Abraham: *Der verhörte Held. Verhöre, Urteile und die Rede von Recht und Schuld im Werk Franz Kafkas*, München 1985, S. 198 f. Dies gegen Kittler [Anm. 36], der hier nur die zeitgenössische Strafrechtsthematik berücksichtigt (S. 213).

⁶⁰ Hierzu Pfeiffer [Anm. 24], S. 129 f.

⁶¹ Carl August Titmann: *Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzkunde*, Bd. IV, Halle 1810, S. 704.

⁶² Gallus Alois Kleinschrod: *Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die kurpfälz-bayerischen Staaten*, München 1802, § 2718, S. 424.

das längst überwundene inquisitorische Paradigma, ja sogar in die Zeit vor der Kodifizierung des Strafrechts, gibt – und damit in eine Zeit, in der es noch keine „Waffengleichheit“ (s. o.) zwischen Richter und Inquirenten o. ä. gibt, weil ein Rückbezug des Rechtsvollzugs auf ein ihm vorgängiges kodifiziertes Strafrecht nicht ohne weiteres möglich bzw. nötig ist.

3. Blocks Rechtsspruch: ein Menetekel des Prozesses

Zurück zu den Rechtssätzen – und zwar zu einem bereits angesprochenen fiktiven, der aber gleichwohl so genannt wird (während die aus der Tradition bekannten implizit eingeführt werden), nämlich Blocks „Rechtsspruch“: „Für den Verdächtigen ist Bewegung besser als Ruhe, denn der welcher ruht kann immer, ohne es zu wissen auf einer Wagschale sein und mit seinen Sünden gewogen werden“ (262). In ihm verbergen sich bei näherem Hinsehen zwei, freilich nicht unbedingt juristische, Sprichwörter bzw. sprichwörtliche Redewendungen: ‚Wer schläft, sündigt nicht‘ und ‚Gewogen und für zu leicht befunden‘. Beide Sprichwörter bzw. Redewendungen bestehen jeweils aus zwei, aufeinander bezogenen, Elementen: Schlafen/Sündigen und Wiegen/Für-Zu-Leicht-Befunden-Werden. Die ersten drei dieser vier Elemente sind in dem angeblichen Rechtsspruchwort enthalten: Das „Ruhen“ (als Entsprechung für das Schlafen) und die „Sünden“ sowie das „Gewogen“-Werden auf einer Waagschale. Nicht enthalten und in meiner Lesart dementsprechend enthymematisch mitlaufend ist das „zu leicht befunden“.

Beginnen wir mit dem ersten Sprichwort. Es ist leicht zu sehen, dass der Sinn deutlich verändert, beinahe umgedreht wurde. Während in ‚Wer schläft sündigt nicht‘ die Ruhe positiv in Bezug auf die Sünde eingeschätzt wird, ist es in Blocks Rechtsspruchwort negativ. Der Grund für die Verkehrung der semantischen Richtung besteht darin, dass das Sprichwort von der Sünde ausgeht, während Blocks scheinbares Rechtsspruchwort seinen Einsatz im *Wiegen* der Sünde nimmt.

Die Frage, ob ein Mensch wirklich gesündigt hat, spielt also gar keine Rolle. Wichtig ist allein, was die Waage anzeigt oder, in der Allegorese, was das Gericht befindet. Die damit herausgestellte Differenz zwischen allgemeinem Sprichwort und Blocks Rechtsspruchwort macht deutlich, dass die Sünde oder, mit StG 1852 zu sprechen, „böser Vorsatz“ (§ 1)⁶³ irrelevant sind; relevant ist einzig und allein die Einschätzung des Gerichts. Wenn seiner Meinung nach Schuld vorliegt, dann wird sich diese beim Beschuldigten finden lassen.

Die sprichwörtliche Redensart ‚Gewogen und für zu leicht befunden‘ wird ebenfalls semantisch verkehrt. Denn wenn es bei Block heißt, dass ein Mensch

⁶³ Wilhelm Theodor Frühwald: *Handbuch des österreichischen Strafgesetzes über Verbrechen, Vergehen und Übertretungen. Nebst den dazu gehörigen Verordnungen über die Kompetenz der Strafgerichte der Preßordnung vom 27. Mai 1852, Wien 1852, S. 25.*

mit seinen Sünden gewogen wird, dann ist analytisch gegeben, dass ein hoher Wert ein schlechter Wert ist, während es in der sprichwörtlichen Redensart gerade umgedreht ist. Hier besteht das negative Ergebnis des Wiege-Aktes darin, „zu leicht“ zu sein. Grundsätzlich wird jedoch bei Block nichts über das Wiege-Ergebnis gesagt, wohl aber über den Vorgang des Wiegens.

Man muss sich vor Augen führen, woher das Sprichwort stammt, nämlich aus dem fünften Kapitel des Buchs Daniel. Es stellt die zentrale Begrifflichkeit in der komplexen Auslegung der Schrift auf der Wand bei einem Festgelage des Königs Belsazer bereit. In den Versen 25-27 heißt es, in den Worten der Lutherbibel von 1545, aus dem Munde Daniels: „DAS ist aber die Schrift alda verzeichnet / Mene / Mene / Tekel / Vpharsin.²⁶ Vnd sie bedeutet dis / Mene / das ist / Gott hat dein Königreich gezelet / vnd volendet.²⁷ Tekel / das ist / *Man hat dich in einer wage gewogen / vnd zu leicht funden*“ (Herv. MB).

Wie lässt sich das jetzt auf Blocks Rechtsspruchwort beziehen? Ich möchte so argumentieren: Zu der Tatsache, dass es bei der bösen Tat nicht darauf ankommt, ob man sie mit Schuldbewusstsein begangen hat, sondern nur darauf, dass sie vom Gericht als eine solche erkannt wird, tritt hier jetzt – enthymematisch – das Menetekel-Element hinzu; eine Art von Prophezeiung, die, begibt man sich noch einmal in die Allegorese, deutlich macht, dass K.s Prozess alles andere als positiv verläuft und verlaufen wird. So sagt es ja dann auch der Geistliche im Dom: „Weißt Du, daß Dein Proceß schlecht steht?“ (288)

Natürlich hat das eine – die Verschiebung der Sünde von ihrem Begehen hin zum Wiegen – mit dem anderen – dem ‚Gewogen und für zu leicht befunden‘-Sein – ja allein schon sprachlich miteinander zu tun: Gerade weil es bei der bösen Tat alleine darauf ankommt, was die Waage anzeigt, ist es sehr wahrscheinlich, dass die Waage etwas Schlechtes anzeigt, was das Mene Mene Tekel Upharsin erfüllen würde.

Warum behauptet aber Block, dass die ja doch sehr eigenwillige Kombination aus Sprichwort und sprichwörtlicher Redensart ein bekannter Rechtsspruch sei, an den er K. nur zu erinnern brauche? Ich möchte behaupten, dass dahinter eine Logik steckt, die den ganzen „Proceß“ prägt. Das fiktive Rechtsspruchwort macht nämlich deutlich, was auch bei den diskursiv abgesicherten zu finden ist, nur dort nicht so prägnant zum Ausdruck kommt. Die Rede ist davon, dass Rechtsspruchwörter durch die mündliche, nicht-kodifizierte Form häufig nur die Vorgängigkeit eines, womöglich sogar im Strafrecht wiederzufindenden, Rechtssatzes, suggerieren, der jedoch vielmehr im Akt des Aussprechens überhaupt erst, zumindest in dieser Form, konstituiert wird. Und das wird nirgends besser deutlich als an einem ‚Rechtsspruch‘, der selbst gerade konstituiert oder erfunden wird. Er stellt also an der Oberfläche aus, was für die anderen dem Gehalt nach gilt.

4. K.s Verteidigungsstrategie I:

Nulla poena sine culpa/Unschuldsvermutung

Die damit beschriebene Ambivalenz des Rechtsspruchworts – das Versprechen, einen unverbrüchlichen Rechtssatz heranzuzitieren, und die Möglichkeit, genau diese Rechtsgrundsätzlichkeit auszuschließen – wird nirgends deutlicher als im Gespräch K.s mit den Wächtern im ersten Kapitel des „Proceß“. Beide Parteien beziehen sich auf Rechtsspruchwörter, aber mit unterschiedlichen Intentionen und daher auf eine geradezu diametrale Art und Weise.

K.s grundsätzliche Verteidigungsstrategie gegenüber der Einschränkung seiner Freiheitsrechte im ersten Kapitel läuft, wie ich zeigen möchte, über zwei Rechtsspruchwörter: „Nulla poena sine lege“ (LR N 161) – „Keine Strafe ohne Gesetz“ und „Nulla poena sine culpa“ (LR N 160) – „Keine Strafe ohne Schuld“. Um sein Vorgehen zu rekonstruieren, muss man wissen, wessen sich K. überhaupt von Seiten des Arms des Gesetzes ausgesetzt sieht. Der Begriff, den er hier verwendet, ist äußerst vielsagend: „wer wagte ihn in seiner Wohnung zu überfallen?“ (11) / „wenn man mich im Bett überfällt“ (18) und: „Die Herren haben mich zuerst überfallen“ (23; alle Herv. MB). Ein Überfall also. K. wählt einen Begriff, der zwar der juristischen Sphäre entstammt, aber nicht die Handlungen juristischer Institutionen, sondern die Gegenseite, mithin ein Verbrechen, bezeichnet.

Die Begriffswahl beschreibt bei näherem Hinsehen eine Art von Gegenangriff gegen den behördlichen Zugriff: Nicht ich habe ein Verbrechen begangen, sondern an mir wurde eines, nämlich ein Überfall, begangen. Wichtig an dieser Strategie ist dreierlei: K. macht deutlich, dass ihm a) Gewalt widerfahren ist, die sich b) juristisch nicht legitimieren lässt, sondern c) vielmehr das darstellt, das sie eigentlich zu verfolgen trachtet.

Nun zu seiner auf dieser Analyse aufbauenden Verteidigungsstrategie: K. macht deutlich, dass die so beschriebene Gewalt ihm gegenüber nicht gerechtfertigt ist, weil er *unschuldig* ist. Dies wird ja schon im ersten Satz hervorgehoben („denn ohne daß er etwas Böses getan hätte“), mit dem der Erzähler in interner Fokalisierung die Sichtweise seines Protagonisten wiedergibt. Wenig später macht Josef K. dieses, wie es der Aufseher nennt, „Gefühl“ seiner „Unschuld“ (22) auch explizit, wenn er sagt: „Ich folgere das daraus, daß ich angeklagt bin, aber nicht die geringste Schuld auffinden kann“ (21).⁶⁴

Nun ist K. nicht angeklagt, sondern entweder Verdächtiger (im Rahmen der Vorerhebung) oder Beschuldigter (im Rahmen der Voruntersuchung). In Letzteren ist der Begriff der Schuld ja bereits enthalten. Es geht K. also um eine Rechtfertigung gegenüber einer Schuldzuschreibung, die schon begrifflich gera-

⁶⁴ Hierzu, freilich unhistorisch, Norbert Oellers: Das ferne Gesetz. Ansichten zu Franz Kafkas ‚Der Proceß‘, in: Schriftgedächtnis – Schriftkulturen, hg. v. Vittoria Borsò, Stuttgart 2002, S. 139–153, hier: S. 141.

dezu automatisch in der Voruntersuchung erfolgt. Rechnet man also seine Unkenntnis der genauen Terminologie („angeklagt“) heraus, dann spricht er sehr präzise: Man *beschuldigt* mich, aber ich bin mir keiner *Schuld* bewusst.

Damit ist nicht nur das Rechtssprichwort ‚nulla poena sine culpa‘ angesprochen, sondern auch die Unschuldvermutung. Denn, so die implizite Argumentation K.s, solange er nicht durch einen Urteilsspruch für schuldig befunden wird, hat er als unschuldig zu gelten. Auch vor sich selbst.

Nun führt K. das „Gefühl“ seiner „Unschuld“ (22), nicht nur gegenüber dem Vorgehen der Behörde im Allgemeinen, sondern insbesondere gegenüber der von ihr erfahrenen Gewalt, dem Überfallen-Werden, an. Die Wächter bieten ihm jedoch, wenn auch implizit, einen anderen Begriff als den des Überfalls an, nämlich den der Strafe. Auf die Behauptung nämlich, dass K. ein „Gesetz“, das Willem zitiert (ich werde darauf noch zu sprechen kommen), nicht kennt, antwortet dieser: „Sie werden es zu fühlen bekommen“ (15). Hier liegt – unter anderem – eine Variante des Sprichworts ‚Wer nicht hören will, muss *fühlen*‘ vor. Dieses Sprichwort ruft eindeutig ein Strafszenario auf, das in der Erziehung von Kindern verwendet wird. Es besagt, dass beim Verletzen einer gewissen Regel durch ein Kind beim ersten Mal (oder den ersten Malen) eine Androhung von Strafe erfolgt (das Hören), beim darauf folgenden Mal jedoch die Strafe selbst (das Fühlen).

Das Futur („werden [...] zu fühlen bekommen“) lässt sich auf die letzte Konsequenz der Gewalt, die im Verfahren gegen K. angewendet wird, beziehen: die Vollstreckung des ‚Todesurteils‘ im letzten Kapitel. Aber im Grunde ist ja auch das Todesurteil nur das Ende einer Kette von Gewaltmaßnahmen, die sich qualitativ nicht von der ersten, nämlich der hier beschriebenen Verhaftung, unterscheiden. So sagt es ja auch der Geistliche: „das Verfahren geht allmählich ins Urteil über“ (289). Insofern kann man argumentieren, dass bereits in dieser Situation Strafandrohung und Sanktion zusammenfallen: Da K. hier nicht hören will, was Willem sagt, erfährt er bereits hier die Maßnahmen zur Umsetzung des Gesetzes bzw. der androhten Sanktion.

Glaubt man also Willem, ist es nicht einfach nur Gewalt, die K. vonseiten der Behörden erfährt, sondern Strafe. Dies ist rechtlich nicht ganz richtig, weil es sich bei einer Verhaftung um Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte K.s handelt, die im Rahmen einer Ermittlungsarbeit erfolgen, und gerade keine gerichtliche Strafe, die sie ja erst ermöglichen oder verhindern sollen, darstellen (zu diesem Unterschied gleich mehr), aber K. kann das soufflierte Argument gut gebrauchen.

Wenn es also Strafe ist, die ihm widerfährt, so seine implizite Argumentation, dann ist diese nicht gerechtfertigt, weil er ja, wie er schon von Anfang an gesagt hat, unschuldig ist. Das Rechtssprichwort, auf das er sich dafür bezieht, lautet: ‚nulla poena sine culpa‘. Er wird interessanterweise genau in der Zeit Kafkas

auf höchster juristischer Ebene diskutiert: „Keine Strafe ohne Verschulden“ ist das unserer Kulturstufe eigentümliche Ergebnis der Strafrechtsentwicklung“, heißt es in der bereits genannten Regierungsvorlage für ein neues Strafrecht. Es wird jedoch hinzugefügt, dass das „geltende Recht“, also StG 1852, „noch mit dem schuldlosen Unrechte Strafe verbindet“. Nun scheidet jedoch, wie schon ausgeführt, der „Entwurf“, der „den angeführten Grundsatz ohne Ausnahme durchgeführt“⁶⁵ hat, so dass es bei der Verbindung von schuldlosem Unrecht und Strafe bleibt.

5. Die Gegenstrategie der Wächter I: Schuldvermutung

Obwohl oder gerade weil K.s Argument nicht verfährt, da er einen Rechtssatz in Anspruch nimmt, der in Österreich-Ungarn keine Geltung hat, antwortet Wilhelm seinerseits mit einem Hinweis auf ein Gesetz, das die Schuld von K. belegt. Dieses findet sich ebenfalls nicht im österreichisch-ungarischen Strafrecht, aber das ist von ihm aus auch gar nicht intendiert.

Die Antwort, die Willem auf K.s Pochen auf seiner Unschuld gibt, lautet so:

Unsere Behörde, soweit ich sie kenne, und ich kenne nur die niedrigsten Grade, sucht doch nicht etwa die Schuld in der Bevölkerung, sondern wird wie es im Gesetz heißt von der Schuld angezogen und muß uns Wächter ausschicken. Das ist Gesetz. Wo gäbe es da einen Irrtum? (14)

Auch dieses Rechtssprichwort ist nicht in der Tradition verankert. Beginnen wir unsere Analyse mit der Beobachtung, dass sich hier zwei Gesetzesbegriffe überschneiden: Zuerst spricht der Wächter scheinbar von einem Ausschnitt aus einem Gesetzestext („Wie es im Gesetz heißt“), dann von seiner Geltung und seinem Vollzug („das ist Gesetz“). Letzteres könnte man mit Agamben als „Gesetzeskraft“⁶⁶ bezeichnen.

Berücksichtigt man aber, dass das, was der Satz behauptet, nicht das Gesetz – im Sinne von Gesetzestext – ist, sondern nur eine Paraphrase, schiebt er einen Keil zwischen die beiden Bedeutungen, die, zumindest für einen Kodifikationsrechtler, zusammenfallen sollten: Nicht der Gesetzestext hat die Wirkmächtigkeit des Gesetzes, sondern ein mündlicher Satz in Form eines Rechtssprichworts. Bei Lichte besehen wird also das schriftliche Gesetz durch eine mündliche Aussage, die Anspruch auf einen Rechtssatz erhebt, ersetzt und dieser Gesetzeskraft zugesprochen.

Kafka selbst hat diese Verbindung aus Gesetzeskraft und fehlendem Gesetz in einem späteren Text, „Zur Frage der Gesetze“, beschrieben, wenn er seinen Erzähler sagen lässt, „daß, wenn ein Gesetz besteht, es nur lauten kann: Was der

⁶⁵ Amschl [Anm. 21], S. 17. Vgl. hierzu auch Hebell [Anm. 21], S. 55.

⁶⁶ Giorgio Agamben: Ausnahmezustand, übers. von Ulrich Müller-Schöll, Frankfurt/Main 2006, S. 42–51.

Adel tut, ist Gesetz“.⁶⁷ Was Willem hier also formuliert, ist, um noch einmal Agamben zu bemühen, ein „lebendes Gesetz“⁶⁸, das sich manifestiert, wenn es vollzogen wird, ohne, dass es vorher formuliert werden müsste.

Nun zur Behauptung, dass die Behörde die Schuld anzieht, vielleicht eine ironische Anspielung auf das zu Kafkas Zeit diskutierte, aus der Esoterik kommende, „*Law of attraction*“, das besagt, dass in der Gedankenwelt Gleiches Gleiches anzieht.⁶⁹ Eine Variante von Willems ‚Rechtssprichwort‘, jetzt aber nicht als Rechtssatz, sondern eher als praxeologische Beobachtung formuliert, ist aus dem Munde des Malers zu hören: „Darin stimmten aber alle überein, daß leichtsinnige Anklagen nicht erhoben werden und daß das Gericht, wenn es einmal anklagt, fest von der Schuld des Angeklagten überzeugt ist“ (201). In gewissem Sinne wird die Logik auch in dem oben erwähnten „Sprichwort“, das der Onkel heranzieht, wiederholt: „Einen solchen Prozeß haben, heißt ihn schon verloren haben“ (126).

Willems Satz, um zu ihm zurückzukehren, ist in seiner spezifischen Ausformulierung fiktiv. Aber spielt doch, wie ich im Folgenden zeigen werde, mit einem rechtlichen Grundsatz. Es sollte nämlich deutlich geworden sein, dass die „Behörde“, von der Willem spricht und der er angehört, nicht von einer Unschuldsumutung, sondern von einer Schuldsumutung ausgeht.⁷⁰ Statt anzunehmen, dass ein Angeklagter oder genauer: Beschuldigter oder Verdächtiger, so lange als unschuldig anzusehen ist, als seine Schuld in einem Gerichtsverfahren, genauer: durch das es abschließende Urteil, erwiesen ist, geht sie, andersherum, davon aus, dass Schuld vorhanden sein muss, sobald sie einschreitet.

Nun ist es nicht so, dass die Behörde (oder Willem als ihr Sprachrohr) vollkommen willkürlich die Unschuldsumutung in eine Schuldsumutung verkehrt hätte.

⁶⁷ Franz Kafka: Zur Frage der Gesetze, in: Schriften, Tagebücher [Anm. 1], Bd. Nachgelassene Schriften und Fragmente II, hg. v. Malcom Pasley, Frankfurt/Main 2002, S. 271; Herv. MB.

⁶⁸ Agamben, [Anm. 66], S. 101. Vgl. hierzu auch, mit Bezug auf Kafka und Agamben, Suanne Lüdemann: ‚Geltung ohne Bedeutung‘. Zur Architektonik des Gesetzes bei Franz Kafka und Giorgio Agamben, in: ZfdPh 124, 2005, S. 499–519, hier: S. 513.

⁶⁹ William Walker Atkinson: Thought Vibration or the Law of Attraction in the Thought World, Chicago 1906, S. 1; S. 7: „Like attracts like in the Thought World“. Dies würde erklären, warum K. die Gewalt der Wächter als Überfall bezeichnet, also eine spiegelbildliche Nähe zwischen Tat und Aufklärung durch die Obrigkeit herstellt (s.o.); auch die psychologischen Lesarten des Romans ließen sich so stützen. Ich kann diesem Gedanken hier allerdings nicht weiter nachgehen. Niels Werber: Bürokratische Kommunikation. Franz Kafkas Roman ‚Der Prozeß‘, in: GR 73, 1998, S. 309–326, hier: S. 313–315, verweist demgegenüber auf einen Aufsatz von Alfred Weber: ‚Der Beamte‘, der von der Sogwirkung der Bürokratie handelt. Der rechtliche Kontext ist damit jedoch nicht berührt. Schödlner [Anm. 48], S. 354–357, liest das erotische Thema des Prozesses, das mögliche Sexualdelikt, heraus (weibliche Anziehungskraft).

⁷⁰ Hierzu, wenn auch nur sehr aperçuhaft und ohne historischen Kontext, Abraham [Anm. 57], S. 269.

Ihr Bekenntnis zur Schuldsumutung arbeitet sich vielmehr geschickt an einem Problem des österreichischen (und in gewissem Sinne jedes) Rechtsstaats ab, nämlich an der Einschränkung oder Aussetzung der Unschuldsumutung im Ermittlungsverfahren, welches die Voruntersuchung darstellt.

Von der fehlenden Rechtssicherheit in der Vorerhebung der österreichischen Strafprozessordnung wurde ja oben schon gesprochen. Aber selbst wenn der „Antrag auf Einleitung der Voruntersuchung eingebracht wurde“, ein Verdächtiger also zum „Beschuldigten“ wird, hat er immer noch, in der Sicht der zeitgenössischen Rechtswissenschaft, einen schweren „Rechtsnachteil“ zu gewärtigen, weil der „hierdurch dem guten Namen des Verdächtigen zugefügte Mackel [...] in den Augen der Welt, die gewöhnlich leider das Schlechtere zu glauben geneigt ist“⁷¹, bleibt.

Denn in Österreich-Ungarn geht, wie in jedem anderen Rechtsstaat, die „*praesumptio boni viri*“ nicht so weit, dass bei „*dringende[m] Verdacht*“ keine, wie es in der Zeit hieß, „*processualen Zwangsmittel*“ ergriffen werden dürften, also „*Beschlagnahme*“ von Gegenständen, „*Vorführung, vorläufige Verwahrung und Untersuchungshaft*“.⁷² Und genau Letzteres gilt ja für Josef K., der, wie ihm der Aufseher sagt, „verhaftet“ (22) ist. Dies ist, vom Prinzip her, insofern keine Verletzung der Unschuldsumutung, als Beschlagnahmung und Untersuchungshaft keine verurteilenden und mithin auch keine strafenden Maßnahmen sind, sondern nur solche, welche die Möglichkeit der „Realisierung der staatlichen Strafgewalt“⁷³ aufrechterhalten.

Heute wie damals ist dies natürlich eine nicht ganz unproblematische Grenzziehung, da für den Einzelnen wie für die Öffentlichkeit die Grenze zwischen Zwangsmitteln in der Ermittlung und dem Erleiden von Gewalt in der gerichtlichen Strafe nicht immer ganz einfach zu ziehen ist. Vargha führt aus, dass für Außenstehende nicht selten der prozessuale Zwang gegenüber dem Unschuldigen an die Stelle der Strafe tritt: „Dass ein Unschuldiger *verurteilt* werde, ist Dank der Entwicklung unseres Criminalverfahrens im Allgemeinen höchst unwahrscheinlich.“ Was ein Unschuldiger „hingegen stark fürchten muss, ist, dass er als Angeschuldigter höchst wahrscheinlich [...] vielfache Verletzungen seiner Menschen- und Bürgerwürde zu erdulden haben werde“.⁷⁴

Ein Problem, das zeitgenössisch immer wieder hervorgehoben wird, ist die scheinbare Vorverurteilung in der Voruntersuchung, z.B. wenn die „Vorladung des Beschuldigten“ nicht geheim gehalten wird. Insbesondere der „*Vorführung- oder Verhaftbefehl*“ kann eine Art „Prangerstellung“⁷⁵ darstellen. Dies

⁷¹ Vargha [Anm. 29] S. 385 u. S. 387.

⁷² Ebd., S. 356 ff.; S. 361; u. S. 377.

⁷³ Ebd., S. 357.

⁷⁴ Ebd., S. 373.

⁷⁵ Ebd., S. 377.

beginnt bei Kafka damit, dass K. bei seiner Verhaftung, noch im Bett, von der „alte[n] Frau[,] die ihm gegenüber wohnte“, mit einer „ihr ganz ungewöhnlichen Neugierde“ (7) beobachtet wird; eine Situation, die sich später noch steigert, da die Frau „einen noch viel ältern Greis zum Fenster gezerrt hatte“ (15). Noch später ist es eine ganze „Gesellschaft“, die ihn als „Zuschauer“ (24) bzw. im Rahmen einer „Schaustellung“ (15) beobachtet. Weiterhin wird dies daran deutlich, dass drei „Beamte aus der Bank“ (41) bei der Verhaftung anwesend sind und mithin das, was K. widerfahren ist, publik machen könnten. K. führt den Begriff der mit der Schuldvermutung verbundenen Vorverurteilung auch selbst im Munde, wenn er im Gespräch mit dem Geistlichen sagt: „Alle anderen aber, die an dem Verfahren beteiligt sind haben ein *Vorurteil* gegen mich. Sie flößen es auch den Unbeteiligten ein. Meine Stellung wird immer schwieriger“ (289; Herv. MB).

Rechnet man die prozessualen Zwangsmittel im Vorverfahren und die Außenperspektive, die nicht zwischen Ermittlungsarbeit und Strafe unterscheidet, in K.s Verfahren hinein, ist die Unschuldsvermutung, die theoretisch durch eben jene Differenz aufrechterhalten wird, bei K., ganz im Sinne der zeitgenössischen Kritik an der gültigen StPO, praktisch außer Kraft gesetzt. Dementsprechend herrscht im „Proceß“ konsequenterweise eine Schuldvermutung, die im Anfangsverdacht das erste Mal formuliert wird und sich dann konsequent bis in das Urteil fortsetzt.

Dies alles drückt sich restlos in dem Satz aus, an dem sich das Gespräch zwischen dem Geistlichen und K. entspinnt: „Man hält wenigstens *vorläufig* Deine Schuld für erwiesen“ (289; Herv. MB). Es ist also noch schlimmer als bei der vom Maler beschriebenen *vorläufigen* Lossprechung (Absolutio ab instantia), bei der die Akten vorübergehend geschlossen und jederzeit wieder aufgenommen werden können. In K.s Fall werden die Akten niemals geschlossen. Die Vorläufigkeit bezieht sich vielmehr auf die *Schuldvermutung* im Prozess selbst. Endgültig erwiesen (oder verneint) könnte die Schuld K.s nur sein, wenn sie in das Stadium der Hauptuntersuchung käme, wo für eine Verurteilung ein juristischer Beweis vonnöten wäre; so aber verbleibt die Schuldzuschreibung im Stadium der Vorläufigkeit und der Vermutung – und zwar, entgegen dem Wortsinne von ‚vorläufig‘ und ‚Vermutung‘, für immer. In diesem Sinne ist auch der Satz des Geistlichen zu verstehen, dass „das Verfahren [...] allmählich ins Urteil über“ (289) geht. Anstelle eines Beweises der Schuld tritt die auf Dauer gestellte Schuldvermutung.

Mag die Unendlichkeit der Voruntersuchung ein Zusatz Kafkas sein, die Schuldvermutung in der Voruntersuchung als solches ist es nicht. Zeitgenössisch wird nämlich durchaus der „die Schuld des Angeklagten schon in der Voruntersuchung constatierende Inquisitionsprocess[.]“⁷⁶ kritisiert. Und in die-

⁷⁶ Ebd., S. 381.

sem Sinne haben Willem und Franz vollkommen Recht: Wenn sie als Wächter ausgeschickt werden, dann kann es aus Behördensicht nur einen Grund in der Schuld des Angeklagten geben. Dieser Grund ist zwar nicht in dem Sinne objektiv, als zweifelsfrei und endgültig die Schuld des Beschuldigten bewiesen wäre, aber ist eine Unterstellung, die unabhängig von ihrem konjekturalen Charakter für das Vorgehen des Untersuchungsgerichts handlungsleitend und damit unhintergebar ist: „Wo gäbe es da einen Irrtum“?

6. Verteidigungsstrategie K.s II: Nulla poena sine lege

Auf die Unhintergebarkeit der Schuldvermutung aus Willems Mund antwortet K., in dem er den Gesetzesbegriff, den Wilhelm für sich in Anspruch genommen hat („wie es im Gesetz heißt“/„Das ist Gesetz“), in Frage stellt: „Dieses Gesetz kenne ich nicht“ (14). Mit dieser Infragestellung des Gesetzes wird erneut die ‚Strafe‘, die er erfährt, als nicht gerechtfertigt hingestellt, nun aber mit Rekurs auf einen zweiten Rechtssatz: „Nulla poena sine lege“. Wenn es das Gesetz, von dem Willem spricht, so K.s Kalkül, nicht gibt, dann kann er auch nicht bestraft werden, da jede Strafe im Vorhinein durch das Gesetz bestimmt werden muss. Mithin ist der Freiheitsentzug, den er gerade erfährt, nicht rech-

tens. Um so zu argumentieren, muss K. einen kodifikationsorientierten Gesetzesbegriff verwenden. Dementsprechend flankiert er seinen Satz durch einen zweiten: „Es besteht wohl auch nur in Ihren Köpfen“ (14). Damit konstruiert er eine Differenz zwischen dem Bestehen eines Gesetzes ‚nur im Kopf‘ und im Gesetzestext. Und ohne dass er selbst eine genaue Kenntnis von StPO und StG hätte (dazu gleich mehr), behauptet er einfach, dass das genannte Gesetz in den genannten Gesetzesbüchern nicht zu finden ist (was ja auch stimmt).

Allerdings befindet sich auch der Rechtsgrundsatz, auf den er sich dafür bezieht, nicht im geltenden Strafrecht. Man muss dazu sagen, dass ‚nulla poena sine lege‘ eine prominente rechtshistorische Tradition besitzt. Zusammen mit ‚Nullum crimen sine lege‘ (zusammengefügt auch: ‚Nullum crimen, nulla poena sine lege‘) wird es, zumindest in seiner eindringlichen, integrativen Formulierung, seit Anselm von Feuerbach zu den „*Höchste[n] Principien des peinlichen Rechts*“ gerechnet.⁷⁷

⁷⁷ Paul Johann Anselm von Feuerbach: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. Mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagrafen und mit einer vergleichenden Darstellung der Fortbildung des Strafrechts durch die neuen Gesetzgebungen, Aalen 1773 (= ND der Ausgabe ¹⁴1847), § 20, S. 41. Vgl. hierzu Hans-Ludwig Schreiber: Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege, Frankfurt/Main 1976, S. 102–107; Joachim Bohnert: Paul Johann Anselm Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht, Heidelberg 1982, S. 7.

Feuerbach selbst legt den, wie er in der Folge genannt wird, Bestimmtheitsgrundsatz so aus: „Jede Zufügung einer Strafe setzt ein Strafgesetz voraus“; und begründet ihn so: „Denn lediglich die Androhung des Uebels durch das Gesetz begründet den Begriff und die rechtliche Möglichkeit einer Strafe“.⁷⁸ Die Forderung nach einer „Bestimmtheit in Tatbestand und Rechtsfolge“ war für Feuerbach notwendig, weil er davon ausging, dass nur so der Abschreckungszweck des Strafrechts aufrecht erhalten werden könne. In der Folge ist jedoch, von der Ausnahme Karl Bindings (auf die noch zurückzukommen sein wird) einmal abgesehen, immer mehr der, bei Feuerbach so noch nicht vorgesehene, Charakter der Rechtsstaatlichkeit bzw. der Rechtssicherheit als Hauptgrund für die Bestimmtheit der Strafe hervorgehoben worden.⁷⁹

Genau dieser Fall liegt nun auch bei K. vor, der ja ebenfalls davon ausgeht, dass er in einem „Rechtsstaat“ (11) lebt.⁸⁰ Es kann also, so seine implizite Argumentation, nicht sein, dass die Gesetze durch Justizwillkür außer Kraft gesetzt oder, wie in diesem Falle, neue hinzugefügt werden, welche die Gewalt, die ihm gegenüber ausgeführt wird, legitimieren; denn genau das ist ja seine Unterstellung gegenüber Willem bzw. seiner Behörde.

K. irrt sich jedoch. Zwar hat bereits das „Josephinische Strafgesetz“, wie es in der zeitgenössischen Strafrechtsdiskussion heißt, den Grundsatz „nullum crimen sine lege“ zuerst anerkannt.⁸¹ Als Konsequenz dieser Rechtstradition heißt es dementsprechend im Kundmachungspatent vom 27.5.1852, das StG 1852 vorangestellt ist, in Art. IV: „Nach Maßgabe dieses Strafgesetzes kann vom Tage seiner Wirksamkeit angefangen nur dasjenige als Verbrechen, Vergehen oder Übertretung behandelt und bestraft werden, was in demselben ausdrücklich als Verbrechen, Vergehen oder Übertretung erklärt wird“.⁸²

Das gilt aber gerade nicht für den zweiten, hier entscheidenden, Teil von Feuerbachs Rechtsgrundsatz: „Das österreichische Strafgesetz“, betont der in Wien lehrende Schweizer Jurist Carl Stooss, „bestimmt nicht, daß eine Strafe nur durch Gesetz bestimmt werden kann. Der Satz ‚nulla poena sine lege‘ gilt also nicht. In der Tat gibt das Strafgesetz die Strafe einzelner Übertretungen nicht an“ und überlässt es in einigen Fällen dem Richter, „die Strafe [zu] verhängen“.⁸³

Wie für den ersten von K. herangezogenen Rechtssatz („nulla poena sine culpa“) gilt auch für „nulla poena sine lege“, dass es für ihn keine Entsprechung im österreichischen Strafrecht gibt. Das wäre grundsätzlich möglich gewesen, wie das Beispiel des deutschen Reichstrafgesetzbuchs von 1871 (RStGB) zeigt, das den

⁷⁸ Feuerbach [Anm. 78], § 20, S. 41.

⁷⁹ Vgl. J. Bohnert [Anm. 77], S. 7 (Zitat) u. S. 13. Vgl. hierzu auch Schreiber [Anm. 77], S. 104 f. (zu Feuerbach) und S. 112–180 (zur Zeit nach Feuerbach).

⁸⁰ Zu diesem Satz auch, wenngleich an dieser Stelle kontextlos, Hebell [Anm. 21], S. 33 f.

⁸¹ Carl Stooss: Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, Wien 1910, S. 61.

⁸² Frühwald [Anm. 62], S. 21.

Grundsatz sehr prominent in § 2 positioniert: „Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde.“⁸⁴ Aber eben nicht für das österreichische Strafrecht, das lediglich ‚nullum crimen sine lege‘, aber gerade nicht ‚nulla poena sine lege‘ kennt.

Halten wir also fest, dass sich K. in einen Selbstwiderspruch begibt, wenn er, aus kodifikationsrechtlicher Perspektive, wohlgemerkt, behauptet, dass Wilhelms Gesetz nicht im Gesetzbuch steht und er daher keine Strafe gewärtigen müsse, da der Rechtssatz, auf den er sich bezieht, ebenfalls nicht im Gesetzbuch steht.

7. Die Gegenstrategie der Wächter II: ein erweiterter Gesetzesbegriff (mit Binding gegen ‚nulla poena sine lege‘)

Für Willem spielt aber dieser Selbstwiderspruch keine Rolle. Wenn er K.s Argument mit einem „Desto schlimmer für Sie“ (14) repliziert, dann bringt er damit unter anderem zum Ausdruck, dass es das Gesetz, von dem er spricht, geben könnte, selbst wenn K., wie er behauptet, das Strafrecht von Österreich-Ungarn, formal wie materiell, wirklich studiert hätte.

Willem hat nämlich einen anderen Gesetzesbegriff, der sich an die Theorien des damals sehr bekannten Freiburger Vergeltungstheoretikers Karl Binding anlehnt.⁸⁵ Letzterer ist der einzige der bekannteren Rechtslehrer seiner Zeit, der sich explizit gegen Feuerbachs Grundsatz „nulla poena sine lege“⁸⁶ stellt. Binding vertritt nämlich die „Lehre, alles Delikt sei“ nicht in erster Linie Bruch kodifizierter Gesetze, sondern vielmehr „Normwidrigkeit und deshalb Unbotmässigkeit, Ungehorsam“⁸⁷ gegenüber der Autorität des Gesetzes schlecht-

⁸³ Stooss [Anm. 81], S. 63 f. (Herv. MB) mit Rekurs auf die Paragraphen 365, 434, 459, 525 von StG. Dies als Ergänzung zu Werner Ogris: Die Rechtsentwicklung in Österreich. 1848–1918, Wien 1975, S. 563, der, mit Rekurs auf Hermann Conrad: Richter und Gesetz im Übergang vom Absolutismus zum Verfassungsstaat, Graz 1971, S. 13 f.; ders.: Zu den geistigen Grundlagen der Strafrechtsreform Josephs II. (1780–1788), in: Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag, hg. v. Hans Welzel u. a., Bonn 1963, S. 56–74, hier: S. 66 f.; und Gerd Kleinheyer: Vom Wesen der Strafgesetze in der neueren Rechtsentwicklung, Entwicklungsstufen des Grundsatzes ‚nulla poena sine lege‘, Tübingen 1968, S. 17 f.; 21, die beiden Teile des Rechtssatzes nicht voneinander trennt und daher davon ausgeht, dass nicht nur ‚nullum crimen sine lege‘, sondern auch ‚nulla poena sine lege‘ Anwendung im österreichischen Strafrecht gefunden hat.

⁸⁴ Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871. Historisch-synoptische Edition (<http://lexetius.com/StGB/2/>; Zugriff 26.2.2015). Hierzu, wenn auch mit gegenteiliger Intention, Ziolkowski [Anm. 36], S. 336–340.

⁸⁵ Vgl. hierzu Bohnert [Anm. 77], S. 90.

⁸⁶ Karl Binding: Grundriss des Deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil, Leipzig 1907, S. 68. Vgl. hierzu und zum Folgenden, Schreiber [Anm. 77], S. 169–174.

⁸⁷ Ebd., S. 64.

hin.⁸⁸ Der Grund der Normen ist der „Schutz[]“ der staatlichen „Rechtsordnung“.⁸⁹ Normen geben dem Untertanen, gemäß Bindung, keine Rechte, sondern bestehen aus „Verboten und Geboten“⁹⁰, deren Form der reine „Befehl“ (rein im Sinne von: ohne bestimmte Strafandrohung) des Gesetzgebers⁹¹ ist. Die Erfüllung des Befehls ist wiederum für den Untertanen als Subjekt des Strafrechtes „Pflicht“.⁹² Binding sieht, nicht als einziger nebenbei gesagt⁹³, in der Norm – und das ist für unseren Kontext von großem Interesse – nichts anderes als „verpflichtende[] *Rechtssätze*“.⁹⁴ Und diese „Norm“, verstanden als verpflichtender Rechtssatz, „geht dem Strafgesetz voraus“.⁹⁵

Bindings Angriff gegen Feuerbachs Grundsatz ist also zweigleisig. Erstens behauptet er, dass „ein Hinweis auf die Straffolgen der Normübertretung [...] den Normen unwesentlich“⁹⁶ ist. Damit wendet er sich gegen die gesetzliche Bestimmtheit der Strafe im Sinne Feuerbachs. Und zweitens setzt er die Norm und damit den Rechtssatz und deren verschiedenen Ausformulierungen anstelle von Feuerbachs Begriff des Gesetzes als kodifiziertes Strafrecht. Denn wenn man schon, so Binding, im Sinne Feuerbachs und § 2 RStG ein Junktim aus Strafe und Gesetz annimmt, dann sei die „lex in weitester Bedeutung zu nehmen“. Es gehören, seiner Meinung nach, nicht nur das geltenden formale und materielle Strafrecht dazu, sondern auch das „*ungeschriebene Recht*“⁹⁷, also die Normen, weiterhin jegliche Form einer „Ermächtigung von den zuständigen Behörden“, also auch alle „*Verordnungen*“⁹⁸, z.B. „*Polizeistrafverordnungen*“⁹⁹, die, mit Agamben gesprochen, Gesetzeskraft¹⁰⁰ haben ohne selbst Gesetz i.e.S. zu sein.

⁸⁸ Vgl.hierzu Monika Frommel: Internationale Reformbewegung zwischen 1880–1920, in: Erzählte Kriminalität. Zur Typologie und Funktion von narrativen Darstellungen in Strafrechtspflege, Publizistik und Literatur zwischen 1770 und 1920, hg. v. Jörg Schöner, Tübingen 1991, S. 478 f.

⁸⁹ Karl Binding: Handbuch des Strafrechts, Bd. I, Leipzig 1885, S. 184.

⁹⁰ Ders. [Anm. 86], S. 63 f.

⁹¹ Ders.: Die Normen und ihre Übertretung, Bd. I, Leipzig 1890, S. 45. Hierzu Armin Kaufmann: Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, Göttingen 1988, S. 38; J. Bohnert [Anm. 78], S. 78 f.

⁹² Binding [Anm. 89], Bd. I, S. 184.

⁹³ So z.B. auch Anschütz [Anm. 12], S. 11–39 (Kapitel: „Norm und Rechtssatz“).

⁹⁴ Binding [Anm. 89], Bd. I, S. 183 (Herv. MB); ähnlich 161, und ders. [Anm. 91], Bd. I, S. 6 f. Vgl. hierzu Kaufmann [Anm. 92], S. 38; u. Cornelia Bohnert: Zu Strafrecht und Staatsverständnis im Schulenstreit der Jahrhundertwende, Pfaffenweiler 1992, S. 78.

⁹⁵ Binding [Anm. 91], Bd. I, S. 45.

⁹⁶ Ders. [Anm. 86], S. 62.

⁹⁷ Dies gegen Schirrmacher (ders, Verteidigung der Schrift. Kafkas ‚Prozess‘, Frankfurt/Main 1987), der in seiner Arbeit von der Überlegung ausgeht, dass das Gericht der Ort der Schrift ist. Das Gericht ist vielmehr Ort des *Urteilsspruchs*.

⁹⁸ Binding [Anm. 86], S. 68.

⁹⁹ Ders. [Anm. 89], Bd. I, S. 205.

¹⁰⁰ Agamben [Anm. 66], S. 42–51.

Mit Binding ist Willems Position ausreichend charakterisiert. Der Angriff gegen eine strenge Auslegung von ‚nulla poena sine lege‘, wie sie K. vornimmt, läuft so, dass der Gesetzesbegriff erweitert wird, einmal hinsichtlich der ungeschriebenen Normen und Rechtsgrundsätze (deren sprachliche Form wie gesagt das Rechtssprichwort sein kann), andererseits hinsichtlich von behördlichen Verordnungen.¹⁰¹ Setzt man diesen weiten Gesetzesbegriff an, läuft K.s kodifikationsrechtlicher Ansatz ins Leere.

Man muss hinzufügen, dass Kafkas Protagonist dieser Argumentation Willems, auch wenn er Feuerbach auf den Lippen hat, implizit etwas entgegenkommt, sagt er doch nicht ausdrücklich, dass das Gesetz, von dem die Wächter sprechen, nicht bestehe. Vielmehr betont er erstens seine subjektive Rechtskenntnis und mithin mögliche Unkenntnis („*ich* kenne das Gesetz nicht“) und setzt zweitens beim Absprechen der Existenz bzw. des Bestehens der Gesetze ein abminderndes „wohl“ (14) hinzu. Das wiederum mag damit zu tun haben, dass K. durchaus einige Kenntnis des österreichischen Strafrechts, formal wie materiell, vorweisen kann. Z.B. verfügt er, wie gezeigt, über ein Unterscheidungskwissen zwischen Vor- und „Hauptverhandlung“ (19). Aber der Text gibt keinerlei Hinweise darauf, dass diese Kenntnisse aus einer eigenen Lektüre von StG 1852 bzw. der StPO 1873 herrühren. Vielmehr ist es wahrscheinlich, dass er sie in dem von ihm geschätzten Umgang mit „Richtern, Staatsanwälten und Advokaten“ am „Stammtisch“ (327) erworben hat. Stammtischwissen also, wenn auch gelehrtes.

K. leitet sich also, wie alle Beteiligten aus dem Kosmos des „Proceß“, sein Recht bzw. Unrecht aus Rechtssätzen bzw. Rechtssprichwörtern ab. Dass deren Grundsätze auch wirklich, wie er behauptet, in den geltenden Gesetzestexten stehen, ist reiner Glaube, der wie gesehen in beiden Fällen falsifiziert wird. Man könnte also sagen, dass K. einerseits der romantischen Vorstellung anhängt, dass, mit Jacob Grimm zu sprechen, in den Rechtssprichwörtern ein „zeugnis der freien und edlen art unseres eingeborenen rechts“ gegeben wird¹⁰², auf das er durch sie Zugriff hat, er aber andererseits davon ausgeht, dass dieses Recht nicht nur Gewohnheitsrecht ist, sondern sich auch im gültigen Strafrecht wiederfindet.

Beide Vorstellungen, die kodifikationsrechtliche und die romantische, widersprechen sich jedoch, da kodifiziertes Recht als von außen gesetzt eben gerade nicht, wie Savigny in „Vom Berufe unserer Zeit“ gezeigt hat, das „organische Prinzip“¹⁰³ des Rechts darstellen kann. Willem macht sich diesen Widerspruch insofern zunutze, als er K.s romantische Vorstellung vom lebenden Recht auf-

¹⁰¹ Hierzu auch, freilich unhistorisch und mithin auch nicht mit Bezug auf Binding, Schmidhäuser [Anm. 10], S. 808.

¹⁰² Jacob Grimm: Deutsche Rechtsalterthümer, Bd. I, Leipzig 1899, S. X.

¹⁰³ Friedrich Carl von Savigny: Vom Berufe unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814, S. 117.

nimmt, sie jedoch anders füllt, nämlich im Sinne von Bindings Normentheorie, und, keineswegs zu Unrecht, den Rückweg vom lebenden zum kodifizierten Recht als versperrt bezeichnet.

8. Die Gegenstrategie der Wächter III: Unwissenheit schützt vor Strafe nicht

Die mit dem Rechtsgrundsatz ‚nulla poena sine culpa‘ für ihn verbundene Problematik spricht K. selbst an, wenn er von der Frau des Gerichtsdieners verlangt, die „Bücher“ des „Untersuchungsrichter[s]“¹⁰⁴ anschauen zu dürfen. Mit diesen Büchern hat es eine besondere Bewandnis. K. weiß nämlich nicht genau, ob es sich um „Gesetzesbücher“ (74) oder, wie er zuvor vermutet hat, um die „Akten des Untersuchungsrichters“ (63) handelt. Er kann also genau jene Unterscheidung nicht voraussetzen, die sowohl für § 7 AGBG wie auch für den (in Österreich jedoch wie gesagt nicht kodifizierten) Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht zentral ist, nämlich die Differenz und Hierarchisierung zwischen Gesetz und Rechtsprechung, mit der Folge, dass auch K. sich nicht sicher sein kann, ob er sich nicht in einem rechtsfreien Raum befindet, in dem die Rechtsprechung nicht nur Recht spricht, sondern Recht setzt.

Genau das scheint aber hier der Fall zu sein. „Ach so“, sagte K. und nickte“, nachdem die Frau ihm mitgeteilt hat, dass es „nicht erlaubt“ sei, die „Bücher“ einzusehen. Sie „sind wohl Gesetzesbücher und es gehört zu der Art dieses Gerichtswesens, daß man nicht nur unschuldig, sondern auch *unwissend* verurteilt wird.“(74; Herv. MB). Die behauptete Unschuld hängt, wie K. beinahe gegen seinen Willen formuliert, aufs Engste mit der Unwissenheit zusammen. In erster Linie meint er damit die inquisitionstypische Unwissenheit in Bezug auf das, was ihm vorgeworfen wird. Dies wäre der Fall, wenn es sich um die „Akten“ des Untersuchungsrichters handeln würde.

Er selbst hatte aber explizit die Vermutung geäußert, dass es sich um „Gesetzesbücher“ handelt. Durch den Begriff ‚unwissend‘ ist nun, und das unterläuft seine Verteidigungsstrategie fundamental, ein weiteres Rechtssprichwort aufgerufen, auf das sich auch, wie ich zeigen möchte, die Wächter stützen: ‚Unwissenheit schützt vor Strafe nicht‘ (LDR, S. 331).

Legt man nun diesen zweiten Rechtssatz an K.s Satz von der unwissenden Verurteilung an, entsteht ein deutlich anderer Sinn. Die mehrfach vorgetragene Behauptung der Unschuld (für K. wie gesagt das entscheidende Argument für seine Straffreiheit) wird konterkariert, ja geradezu zunichte gemacht, wenn er hier ‚eingesteht‘, die vor ihm liegenden „Gesetzesbücher“ nicht zu kennen.

¹⁰⁴ Vgl. zum pornographischen Inhalt der Gesetzesbücher Schöffler [Anm. 48], S. 351 f.; zur Profanierung der Akten Friedrich Balke: Kohlhaas und K.. Zur Prozessführung bei Kleist und Kafka, in: ZfDP 130, 2011, S. 503–529, hier: S. 515 f.

Denn genau von dieser Unwissenheit besagt ja das Rechtssprichwort, dass sie nicht vor Strafe schützt.

Der damit aufgerufene Rechtssatz wird das erste Mal im Gespräch zwischen K. und den Wächtern genannt – und zwar in direkter Antwort auf K.s Entlastungsstrategie durch die beiden Nulla-Rechtssprichwörter. Es ist die klimatische Spitze eines massiven Einsatzes von Sprichwörtern und Sprichwörtlichem, so dass vor der Erörterung des Rechtssatzes deren Vorlauf rekonstruiert werden muss.

Auf K.s Satz „Dieses Gesetz kenne ich nicht“ (14) reagiert Willem mit einer Kombination eines Sprichworts mit einer sprichwörtlichen Redensart: „Abweisend“ sagt er: „Sie werden es zu fühlen bekommen.“ Franz wiederum repliziert mit einem Rechtssprichwort, nämlich einer Variante des Unwissenheitssprichworts: „Sieh, Willem er gibt zu, er kenne das Gesetz nicht und behauptet gleichzeitig schuldlos zu sein.“ (15)

Willems Replik habe ich ja – zu einem Teil – schon oben analysiert. Doch es handelt sich nicht nur um eine Variante des Sprichwortes, ‚Wer nicht hören will, muss fühlen‘, sondern um eine Kombination dieses Sprichworts mit einer sprichwörtlichen Redensart, nämlich: ‚Die Härte des Gesetzes zu spüren bekommen‘. Das ‚Gesetz‘ aus der sprichwörtlichen Redensart wird zwar von ihm nicht genannt, ist aber durch den dreifachen, zuvor erfolgten Aufruf dieses Begriffs präsent (Willem: „wie es im Gesetz heißt“, „Das ist Gesetz“; K.: „Dieses Gesetz kenne ich nicht“; 14; Herv. MB); die *Härte* und das *Hören* werden enthymematisch aufgerufen.

Die Kombination von Sprichwort und Redensart ergibt sich aus dem Verb ‚Fühlen‘, das nahe am ‚Spüren‘ aus der sprichwörtlichen Redensart ist und diese damit und durch die gleiche Verbstruktur (‚zu spüren/fühlen bekommen‘) mitaufruft. Zusammengesetzt lässt sich der Satz des Wächters wie folgt rekonstruieren: ‚Wer nicht auf das Gesetz hören will, wird es in seiner Härte zu spüren/fühlen bekommen‘, wobei oben bereits gesagt wurde, dass das Futur zugunsten einer Gleichzeitigkeit von Hören und Fühlen wieder eingezogen wird (wiewohl das Todesurteil als letzte Konsequenz dieser ‚Strafe‘ noch in der Zukunft liegt). Willems Einschub ist insofern berechtigt, als K. ja tatsächlich nicht hören will, da er wie gesagt anzweifelt, dass es das Gesetz gibt, von dem Willem spricht.

Wichtig in diesem Zusammenhang ist das ‚Hören‘. Denn Willem verweist nicht auf einen in StG oder StPO niedergeschriebenen Satz, sondern referiert oder paraphrasiert, und das auch nur seiner Behauptung nach, mündlich etwas aus ihm: „wie es im Gesetz heißt“ (14). Er formuliert dabei so, dass seine Paraphrase einen Rechtssatz (bzw. dessen Umdrehung: die Schuldvermutung) darstellt und behauptet, dass er damit etwas gesagt habe, das „Gesetz“ sei.

Mit der Betonung des ‚Fühlens‘ – im Sinne von: Strafe erleiden – übergeht Willem K.s Einwand: Statt sich auf die Debatte über die Existenz oder Nicht-Exis-

tenz des genannten Gesetzes in den genannten Ordnungen einzulassen, argumentiert er mit dem Vollzug dieses Gesetzes. Er lässt dabei offen, ob der Vollzug des Gesetzes unabhängig von den Äußerungen K.s und nur in Bezug auf die bisher diskutierte Schuld K.s erfolgt oder ob der Vollzug des Gesetzes sich schon auf eine neue, gerade hinzugezogene, Schuld K.s bezieht, nämlich das Gesetz in Frage gestellt zu haben.

Auf jeden Fall rechtfertigt sich das Vorgehen der Behörde durch sich selbst: Sie vollzieht den Akt des Freiheitsentzugs in ihrer täglichen Arbeit. Und wer, wie K., die rechtliche Legitimität dieses Vollzugs anzweifelt, weil er auf die fehlende Existenz eines Gesetzes verweist, welches das Vorgehen legitimiert, der wird darauf verwiesen, dass dieses Gesetz da sein muss, weil er dieses Gesetz spürt und zu spüren bekommen wird. Der Vollzug beweist also die Rechtmäßigkeit des Vollzugs.¹⁰⁵

Wenden wir uns nun Franz' Replik zu. Dieser dreht, mit Rekurs auf Willem¹⁰⁶ und der von ihm anzitierten Normen-Theorie Bindings¹⁰⁷, K.s Verteidigungsstrategie – „Dieses Gesetz kenne ich nicht“ – um. Wollte dieser gesagt haben, dass ein Gesetz, das er nicht kennt, nicht existieren kann, weil er es für gesetzt hält, dass er alle wichtigen Gesetze kennt (was jedoch, wie wir gesehen haben, nicht stimmt), so muss Franz, der es für gesetzt hält, dass das Gesetz existiert, weil seine Behörde es erlassen und es, performativ deutlich, Gesetzeskraft hat, diesen Satz so verstehen, dass K.s Gesetzeskenntnis ungenügend ist. Und ungenügende Gesetzeskenntnis, spricht: ‚Unwissenheit schützt vor Strafe nicht‘.

Ironischerweise ist Franz' Aufruf des Rechtsspruchworts („er gibt zu, er kenne das Gesetz nicht und behauptet gleichzeitig schuldlos zu sein“; 15), anders als die Rechtssätze, auf die sich K. bezieht und von denen er nur glaubt, dass sie kodifiziert und gültig wären, sehr wohl Teil des geltenden Strafrechts. In § 3

¹⁰⁵ Vgl. hierzu auch, wenn auch wesentlich allgemeiner, Joseph Vogl: Ort der Gewalt. Kafkas literarische Ethik, München 1990, S. 175–179.

¹⁰⁶ Dieser hatte das Argument schon vorgeformt, als er auf die Behauptung K.s, dass er das Gesetz nicht kenne, gesagt hatte: „desto schlimmer für Sie“ (14).

¹⁰⁷ Binding selbst zieht diese Konsequenz notabene nicht. Er polemisiert vielmehr gegen die „Verflachung der Schuldlehre“ (ders. [Anm. 86], S. 116) und insbesondere gegen den Vorsatz, Vorsatz und Fahrlässigkeit, von der Schuld loslösen zu wollen (ders. [Anm. 92], Bd. I, S. 334). Binding geht grundsätzlich davon aus, dass „alle Schuld darin“ besteht, „dass sich ein Mensch durch die Norm von der verbotenen Handlung nicht abbringen lässt“ (ders. [Anm. 91], S. 337). Die Vermittlung und Erkenntnis der Normen stellt für Binding dabei kein Problem dar. Er geht davon aus, „dass die Normen [...] ein Gebot der Anspannung der Denkkraft enthalten, auf dass der zum Handeln Schreitende die Widerrechtlichkeit desselben erkenne und seine Erkenntnis ihn an seine Pflicht mahne“ (ebd., S. 325). Es besteht also seiner Meinung nach eine Pflicht zur Normerkennntnis, deren Unterlassung strafrechtlich relevant ist. Dass sich durch die verschiedenen Formulierungen der Normen (Strafrecht, Gewohnheitsrecht, Rechtsspruchwörter, Erlasse, Gerichtsurteile etc.) unterschiedliche Vorstellungen über die Rechtmäßigkeit einer Tat ergeben können, stellt für Binding kein Problem dar.

StG heißt es unter der Überschrift „Unbegründete Entschuldigungsursachen“: „Mit der Unwissenheit des gegenwärtigen Gesetzes über Verbrechen kann sich Niemand entschuldigen“.¹⁰⁸

Walter Benjamin hat, wahrscheinlich angeregt durch Kafkas „Proceß“, bezüglich des „moderne[n] Grundsatz[es], daß Unkenntnis des Gesetzes nicht vor Strafe schützt“, angemerkt, dass der Rechtssatz auf etwas hinweist, welches das zeitgenössische Strafrecht eigentlich überwunden hat, nämlich die Vorstellung von einem Gesetz, das noch vor dem oder jenseits des „geschriebene[n] Recht[s]“¹⁰⁹ existiert (was bedeutet, dass § 3 StG bedingt selbstwidersprüchlich ist). Genau an diesem weiten Gesetzesbegriff, von dem wir gesehen haben, dass er auf Binding fußt, setzt auch Franz an: Seiner Meinung nach kann ein Bürger gar nicht alle Gesetze, vom ungeschriebenen Gesetz bis zur behördlichen Anordnung, kennen. Dies ist auch gar nicht nötig. Es ist einzig und allein die Autorität, die prüft, ob sie durch die Handlung ihrer Untertanen Schaden genommen hat und dementsprechend durch Sanktion und ohne zuvor erfolgte Androhung darauf reagiert.

Nun wandelt Franz den Rechtsgrundsatz von der nicht vor Strafe schützenden Unwissenheit jedoch in der Art ab, dass er nicht explizit von ‚Strafe‘, sondern von Schuldlosigkeit spricht: „und behauptet gleichzeitig *schuldlos* zu sein“ (15; Herv. MB). Der Wächter überspringt mit dieser Ersetzung einen logischen Schritt in seiner Argumentation (die Strafe), der aber gleichwohl rekonstruierbar ist und schließlich zum gewünschten Ziel führt.

Franz' Abänderung gegenüber dem Rechtsspruchwort ist als zusätzliche Antwort auf K.s erste Verteidigungsstrategie („nulla poena sine culpa“) zu verstehen, die er mithin genauso widerlegt wie die zweite („nulla poena sine lege“). K. hatte anfangs wie gesagt behauptet, dass die ‚Strafe‘, die ihm widerfährt, nicht rechtens ist, weil keine Schuld vorliegt. Darauf bezieht sich nun Franz, wenn er das Rechtsspruchwort von der Unwissenheit, die vor Strafe nicht schützt, um den Faktor Schuld ergänzt. Seine Gesamt-Argumentation könnte also lauten: Unwissenheit schützt vor Strafe nicht, und die Strafe wiederum belegt, dass eine Schuld vorhanden sein muss. Also schützt Unwissenheit vor Schuld nicht.

9. Schluss

Savigny hat in seiner „Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter“ darauf hingewiesen, dass die „häufigste Art der Anwendung“ der „Rechtsregeln“ oder

¹⁰⁸ Frühwald [Anm. 63], S. 40.

¹⁰⁹ Walter Benjamin: Zur Kritik der Gewalt, in: Gesammelte Schriften, hg. v. Rolf Tiedemann u. Hermann Schweppenhäuser, Bd. II/12, Frankfurt/Main 1980, S. 199.

„Brocarda“¹¹⁰, aus denen viele deutsche Rechtssätze und Rechtssprichwörter erwachsen sind, nicht darin bestanden hätte, eine „abstracte Rechtsregel“ dar-, sondern vielmehr „Satz und Gegensatz“ gegenüberzustellen. Diese Tradition der „widersprechende[n] Behauptungen“ der Rechtsregeln und mithin auch Rechtssprichwörter wird bei Kafka aufgenommen, nur dass im „Proceß“ Satz und Gegensatz in die zwei Bedeutungsebenen eines Rechtssprichworts, ja des Rechtssprichworts schlechthin verschoben werden.¹¹¹

Denn wie gezeigt, verweist das Rechtssprichwort im „Proceß“ nur scheinbar auf einen ihm vorgängigen Rechtssatz. Der rechtsstaatliche Satz, dass Gewaltmaßnahmen vonseiten des Staates gegen einen Bürger dessen Schuld und ein die Strafe androhendes Gesetz voraussetzen, wird nur von K. so interpretiert, dass er eine Sicherheit hat, dass die Behörden diese Voraussetzungen prüfen müssen, und wenn sie nicht erfüllt sind, die Gewaltmaßnahmen nicht rechtens sind. Die Behörden gehen jedoch im Rahmen der inquisitorischen Logik der Voruntersuchung von einer notwendigen Voraussetzung aus, die in ihren Augen erfüllt sein muss, da sie sich selbst als dasjenige Organ, das die Gewaltmaßnahmen ausführt, nicht in Frage stellen können. Und so kommen sie zu einer, K.s Verständnis (und mit ihm der gesamten Kodifikationstheorie) diametral entgegengesetzten Rechtsauffassung, die man so paraphrasieren könnte: ‚Wo eine Strafe, da auch eine Schuld, da auch ein Gesetz‘.

Und zu dieser rechtssetzenden Funktion eignen sich auf sprachlicher Ebene, um zu einem Resümee zu gelangen, nicht nur die im Roman zitierten Rechtssprichwörter, sondern das Rechtssprichwort schlechthin, weil es auf etwas verweist, das kein gesetztes, sondern ein lebendiges Recht ist. Dies mag, im Sinne Jacob Grimms, ursprünglich einmal bedeutet haben, dass jeder Mensch der Rechtssprichwörter seines Rechtes als freier und mündiger Bürger habhaft werden kann; eine romantische Vorstellung, der auch Josef K. noch anhängt.

In der inquisitorischen Rechtswirklichkeit des *Proceß* heißt das jedoch, dass die mündliche Tradierung und Nicht-Kodifizierung der Gesetze einen Souveränitätsvorsprung der Obrigkeit darstellt, weil auf diesem Wege eine Art von Verfügungsgewalt über die Anwendung dieser ‚Gesetze‘ erlangt wird. Die Nicht-Preisgabe ihrer Formulierung stellt eine Art von *Arcanum Imperii* dar, das Kafka wenig später so beschreiben wird: „Der Charakter dieser Gesetze verlangt auch das Geheimhalten ihres Bestandes“. Die Konsequenz dieses Gedankens besagt,

¹¹⁰ Vgl. zu den *regulae iuris* oder *brocarda/borcardica*; Bruno Schmidlin: *Römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Köln, Wien 1970; Peter Stein: *Regulae Iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edinburgh 1966; Laurens Winkel: *A Note on ‚Regulae Iuris‘ in Roman Law and on Dworkin’s Distinction between Rules and Principles*. In: *Critical Studies in Ancient Law. Comparative Law and Legal History*, hg. v. Jihn W. Cairns, Oxford 2001, S. 413–418.

¹¹¹ Friedrich Carl von Savigny: *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, Bd. III, Darmstadt 1956 (= ND der Ausgabe 1834), § 209, S. 567–569.

dass nur, wenn die Menschen „nach Gesetzen beherrscht [...] werden, die man nicht kennt“, es möglich ist, dass das Gesetz mit seinem Vollzug (der dann eben kein Vollzug mehr ist oder nur noch reiner Vollzug) zusammenfällt. Und in diesem Sinne gilt: Was die Behörde „tut, ist Gesetz“.¹¹²

¹¹² Kafka [Anm. 67], S. 270 f. (Herv. MB).