

**Das Recht vor seinem Gesetz:
Franz Kafka zur (Un-)Möglichkeit einer Selbstreflexion des Rechts**

**The Law before its law:
Franz Kafka on the (Im-)Possibility of Law's Self-Reflection***

von Gunther Teubner

translated by Alison Lewis

I. *Mann vom Lande*

Stellen wir uns vor, der Mann vom Lande in Kafkas Parabel „Vor dem Gesetz“ sei nicht, wie es in der vorschnellen Rollenfixierung zahlreicher Kafka-Interpretationen heißt, das menschliche Individuum, das der Gewalt der institutionalisierten Gesetzlichkeit (der Macht, der Moral, der Religion etc.) ausgeliefert ist.¹ Er sei stattdessen ein Richter „vom Lande“, einer der draußen im Lande einen Rechtsfall nach Recht und Gesetz zu behandeln hat und der nun in seinen Entscheidungsqualen mit dem Gesetz nicht zu Recht kommt. Oder nochmals anders gewendet: Stellen wir uns vor, es sei der einzelne Rechtsgang selbst, allgemeiner, die *Entscheidungspraxis der Rechtsanwendung* in den Verwirrungen des Lebens, die vor ihrem eigenen Gesetz steht und nicht weiß, was sie tut.

I. *The man from the country*

Let us imagine that the man from the country in Kafka's parable "Before the law" is not the human individual who has been delivered up to the force of institutionalised legalism (power, morality, religion etc), as we find in numerous Kafka interpretations with their somewhat over-hasty role fixation.¹ Let us suppose instead that he is a judge "from the country", who – back there, in the country – has to deal with a legal case according to the law, and who now, in the torment of decision-making, cannot find what is right according to the law. Or to put it another way: let us imagine that it is the individual legal procedure itself, or more generally the *decision-making practice of the legal process*, in all the confusion of life, that stands before its own law and has no idea what it is doing.

* Translators note: There are two words for "law" in German, "Recht" which refers to law as a process, and law as a profession, and also law in the sense of "that which is legal or illegal", and "Gesetz", which refers more to statutory law in the sense of all laws in force as well as any particular law. In order to make the necessary distinction in the English translation, I have used "Law" with a capital "L" for "Recht" and "law" with a lower case "l" for "Gesetz". But note that the direct quotations from different authors do not follow this rule.

1 Siehe Anhang. Für kritische Anregungen danke ich den Teilnehmern eines von Christoph Menke im Sommersemester 2011 abgehaltenen Seminars.

1 See Annex. For critical suggestions I am grateful to the participants at a seminar given by Christoph Menke in Frankfurt in the summer semester 2011.

Dann wäre gerade nicht der Angeklagte, der sich im Strafprozess vor dem Gesetz zu verantworten hat, oder die Partei, die vor dem Gesetz ihr Recht sucht, sondern das Recht selbst auf der verzweifelten Suche nach dem Gesetz. Wenn wir nun die Protagonisten dieses doppelten Rollenwechsels – nicht das konkrete Individuum, sondern der Rechtsdiskurs steht „vor dem Gesetz“ und das Gesetz ist seinerseits nicht eine allgemeine ferne Autorität, sondern viel trivialer das geltende positive Recht – einander konfrontieren, dann stellt uns dies vor die Frage: Was geschieht innerhalb der rätselhaften Relation von „Recht UND Gesetz“, wenn sie der beklemmenden Logik in Kafkas Universum unterworfen ist?

Die Individualsicht soll damit in ihrem Eigenrecht nicht bestritten werden. Komplementär dazu aber lässt eine institutionelle Sicht ganz andere Dinge in Kafkas Welt hervortreten. Ermutigt zu dieser abwegigen Interpretation werde ich durch Jacques Derridas Assoziationswirbel zu Kafka, in denen er die Literatur „vor das Gesetz“ zitiert.² Und Kafka selbst, der seine Beobachter durch die verschiedensten Institutionen, die Macht, das Militär, den Zirkus, die Medizin schickt, zeichnet sie stets selbst nicht einfach als Außenstehende, sondern als Teil des professionell-institutionellen Geschehens: den Feldvermesser, den Landarzt, den Forscher, den neuen Advokaten, den Bankangestellten, den Fürsprecher. Last not least, Kafkas eigene negative Erfahrungen, die er als Versicherungsangestellter mit dem absurden Eigenrecht der Versicherungsgesellschaften gemacht hat, sind mit Sicherheit in seine literarische Produktion eingegangen. Dann liegt es durchaus nahe, dass in Kafkas Parabel nicht nur Menschen aus

In that case it would not be the accused person who has to give an account of himself before the law in criminal proceedings, or the party seeking its rights before the law, but the Law itself, in a desperate search for a law by which it can make its decision. If we now place the protagonists that emerge from this dual role change in confrontation with each other – i.e. it is not a specific individual that stands “before the law” but legal discourse, and the law for its part is not a generalised and distant authority, but (at a much more trivial level) the valid and positive law – then we have to address the question: What happens within the mysterious relationship between “Law AND law” when that relationship is subjected to the nightmarish logic in Kafka’s universe?

This does not mean that the individual perspective ought to be disputed in its own right. In a complementary sense, however, our institutional perspective allows very different things to come to the fore in Kafka’s world. I am encouraged in my somewhat far-fetched interpretation by Jacques Derrida’s whirlwind of associations concerning Kafka, in which he summons literature “before the law”.² And Kafka himself, who sends his observers through a wide variety of institutions, through power, the military, the circus and through medicine, always designates them not simply as outsiders, but as part of professional-institutional life: the land surveyor, the country doctor, the researcher, the new lawyer, the bank clerk, the advocate. Last but not least, Kafka’s own negative experiences as an insurance clerk dealing with the absurd internal laws of the insurance companies were certainly used by him in his literary output. It seems entirely reasonable, then, that in Kafka’s parables not only are flesh-and-

2 Jacques Derrida, *Préjugés: Vor dem Gesetz* (2010), 45.

2 Jacques Derrida, *Before the Law*, in: *Derrida, Acts of Literature* (1992), 186.

Fleisch und Blut vor die Schranken des Gesetzes gezerrt, sondern dass zugleich die Rechtsinstitutionen der Moderne einer quälenden Selbstprüfung ausgesetzt werden.

Der Rechtsdiskurs, der sich seines Gesetzes zu versichern sucht, ist von anderen Alpträumen geplagt als der der Willkür der Justiz ausgesetzte Rechtsunterworfenen. Kafkas Parabel macht die Abgründe sichtbar, vor denen eine kollektive Selbstreflexion der *epistemic community* des Rechts steht. Wenn das Recht „vor“ dem Gesetz steht, dann ist es auf der verzweifelten Suche nach seinem zeitlichen Ursprung, nach der inhaltlichen Rechtfertigung und nach der sozialen Fundierung seiner Normen und Urteile. Und es stellt sich die unlösbare Frage des Vorrangs: Gilt etwa Recht vor Gesetz? Also gerade nicht Gesetz vor Recht? Sollte die Ereigniskette des Rechtsgangs zeitlich vor dem Gesetz, vor der Norm, mit Hilfe derer sie entscheiden soll, sein? Sollte sie auch in sachlicher Hinsicht der Ursprung des Gesetzes sein? In sozialer Hinsicht: Sollte die Einzelfallentscheidung hierarchischen Vorrang besitzen, indem sie das allgemeine Gesetz derogiert? Und in der Dreiecksbeziehung Mann-Hüter-Gesetz verkompliziert sich die Frage noch mehr: Wer hat Vorrang: das Gesetz, der Sprecher des Gesetzes, der Rechtsgang? Bei welchem der drei liegt der Ursprung der Normen?

„Der Mann vom Lande“ – in einer institutionellen Sicht vervielfältigt sich die Bedeutung dieser Herkunftsformel und trifft nicht mehr einfach den bäurischen Laien, der an den Tücken der rechtsgelehrten Rabulistik scheitert. Die darin implizierte Differenz Stadt/Land eröffnet jetzt eine Fülle verschiedener Dimensionen, die hier nicht alle angesprochen, sondern nur mit den folgenden Differenzen angedeutet werden können: 1. Gesetz vs. Leben, allgemeiner:

blood human beings racked before the gateways to the law, but at the same time the legal institutions of our modern age are subjected to the torment of self-examination.

The legal discourse that seeks to assure itself of its law is tormented by nightmares that are different from those experienced by the person who is subject to the law and who is exposed to the arbitrariness of the judicial system. Kafka's parable renders visible the abysses that are faced by any collective self-reflection of the epistemic community of the Law. If the Law is standing "before" the law, then it is on a desperate search for its origin in time, for justification of its content, and for the social basis of its norms and judgements. And the insoluble question of priority arises: Does Law perhaps take precedence over law? So that law definitely does not take precedence over Law? Should the chain of events that constitutes legal procedure precede, in a temporal sense, the law or the norm that is supposed to assist that chain of events in reaching a decision? Should that chain of events be the origin of the law in a substantive respect also? And from a social perspective: should the decision in the individual case have hierarchical precedence, by departing from the general law? And in the triangular relationship that exists between the man, the doorkeeper and the law, the question becomes even more complicated: where does the precedence lie – with the law, or with the spokesman for the law, or with the legal procedure? With which of these three does the origin of the norms lie?

"The man from the country" – from an institutional perspective, the meaning of this indication of origin becomes multi-layered, and no longer simply refers to the peasant-like layman who comes to grief when faced with the guiles of legalistic sophistry. The implied contrast between town and country opens up a wealth of different dimensions, which cannot all be entered into here, but only hinted at by means of the following distinctions: 1. law vs. life, more generally:

Kultur vs. Natur. 2. Gesetzesnorm vs. Normanwendungsverfahren, allgemeiner: Struktur vs. Prozess. 3. Gesetzestext vs. Rechtsinterpretation, allgemeiner: Norm vs. Entscheidung. 4. Gesetz vs. Rechtsfall, allgemeiner: Universalität vs. Singularität. „Der Mann vom Lande“ – das ist jetzt nicht mehr nur ein Mensch als Prozesspartei, sondern der gesamte komplexe Rechtsanwendungsprozess, der sich vor der Tür, unmittelbar auf der Schwelle, die das Leben vom Gesetz trennt, abspielt.

II. *Selbstverleumdung*

Mit dem Verweis darauf, dass Jemand, der Josef K. im „Prozeß“ verleumdet haben muss, niemand anderes als Josef K. selbst ist, macht Giorgio Agamben plausibel, dass „vor dem Gesetz“ nicht eine fremde Außeninstanz Anklage gegen einen Menschen erhebt, sondern dass der Mann vom Lande sich selbst anklagt.³ Folgt man dem hier vorgeschlagenen Rollenwechsel, dann transformiert sich die Selbstanklage eines Menschen in die *Selbstanklage des Rechts*. Das Recht macht sich selbst den Prozess.⁴

Seiner Selbstanklage kann das Recht nicht entgehen, denn wenn es, so wie der Mann vom Lande, „unersättlich“ den Hüter des Gesetzes nach dem allgemeinen Gesetz fragt, seinem unerbittlichen inneren Drang zur Universalisierung folgt, dann stellt es zwangsläufig die Frage „Recht oder Unrecht?“ nicht mehr nur für den einen vorliegenden Rechtsfall, sondern für alle menschlichen Handlungen, stellt es für sämtliche Weltereignisse die Frage nach ihrer Rechtslage. In der Tat hat das Recht der Moderne historisch, als es vom rechtsprozessfixierten Aktionendenken zum

culture vs. nature, 2. statutory norm vs. the process of norm application, more generally: structure vs. process, 3. statutory text vs. legal interpretation, more generally: norm vs. decision, 4. law vs. legal case, more generally: universality vs. singularity. “The man from the country” – this is no longer only a human being as a party in proceedings, but the entire complex process of the application of the Law, a process which is played out before the door, directly on the threshold that separates life from the law.

II. *Self-slander*

The “Someone” who must have slandered Josef K. in “The Trial” is none other than Josef K. himself. With this bold assertion, Giorgio Agamben makes a plausible case that it is not a separate outside authority that is accusing a person “before the law”; instead, the man from the country is accusing himself.³ If we follow the role change that has been proposed, then the self-accusation of a person is transformed into the *self-accusation of the Law*. The Law is bringing itself to trial.⁴

The Law cannot escape its self-accusation, for if (as the man from the country “insatiably” asks the keeper of the law about the general law) it follows its implacable inner urge towards universalisation, then of necessity it is no longer asking the question “right or wrong?” solely in respect of the one legal case in the present instance, but also in respect of all human actions. It is asking – for all world events – the question concerning their legal position (*Rechtslage*). Indeed the Law in the modern age has historically (when it stopped thinking about *actiones* in a way that was fixated on legal procedures

3 Giorgio Agamben, K, in: Clemens et al. (Hrsg.), *The Work of Giorgio Agamben* (2008), 13 ff., 13.

4 Rudolf Wiethölter, *Ist unserem Recht der Prozeß zu machen?*, in: Honneth et al. (Hrsg.), *Zwischenbetrachtungen: Im Prozeß der Aufklärung*. Jürgen Habermas zum 60. Geburtstag (1989), 794 ff.

3 Giorgio Agamben, K, in: Clemens et al. (eds.), *The Work of Giorgio Agamben* (2008), 13 ff., 13.

4 Rudolf Wiethölter, *Ist unserem Recht der Prozeß zu machen?* in: Honneth et al. (ed.), *Zwischenbetrachtungen: Im Prozeß der Aufklärung*. Jürgen Habermas zum 60. Geburtstag (1989), 794 ff.

gesamtgesellschaftsbezogenen Rechtslagen-denken übergang, diese Entwicklung zur Universalisierung seiner Kategorisierungen durchgemacht und die ganze Welt juridifiziert. Unweigerlich stößt dann der Rechtsgang auch auf sich selbst, und er stellt sich die selbstquälerische Frage: Die Differenz Recht/Unrecht anzuwenden – ist dies überhaupt Recht? Dann aber ist das Recht in den Paradoxien der Selbstreferenz gefangen. Wie beim lügenden Kreter, dessen wahre Aussagen sich in unwahre verwandeln und umgekehrt, geht es nicht mehr um einen einfachen Widerspruch, sondern um ein unendliches Oszillieren im Paradox: Wenn Recht, dann Unrecht. Wenn Unrecht, dann Recht Dies ist das Gründungsparadox des Rechts, das auf die Frage nach seiner Fundierung weder ein klares Ja noch ein klares Nein als Antwort erhält, sondern ein geradezu höhnisches Changieren zwischen positivem und negativem Wert einer tragfähigen Begründung.

Die Differenz Recht/Unrecht überhaupt erst in die Welt gesetzt zu haben und damit nicht nur Recht, sondern gerade Unrecht ständig neu zu produzieren – darin liegt die Erbsünde des Rechts. Das Recht verschuldet sich an der Welt, weil es ihr schon mit dieser Unterscheidung Gewalt antut, und das nicht erst dann, wenn es an einem Verurteilten die Strafe vollstreckt, sondern schon, wenn es nur die *quaestio juris* aufwirft, wenn es mit seinem binären Code „entweder Recht oder Unrecht“ – *tertium non datur* – die Unschuld der Welt zerschneidet. Damit stellt es alle Menschen, alle Ereignisse und auch sich selbst unter einen „kafkaesken“ Generalverdacht, den selbst das humanistische Recht der Aufklärung mit seiner Unschuldsvermutung nicht beseitigen kann. Der unerbittliche Zwang, die Welt permanent mit diesem Kriterium abzusuchen, produziert immer wieder neues Unrecht. Und gerade die vielgerühmte Allgemeinheit des Gesetzes, die Einzelfallwillkür beseitigen soll,

and started thinking about legal positions in a way that relates to every event in society) completed this transition towards universalising its categorisations, and has “juridified” the entire world. Inevitably, then, legal procedure comes up against itself and asks the self-tormenting question: Is applying the difference between right and wrong actually right or wrong? But then the Law becomes caught up in the paradoxes of self-reference. As with the lying Cretan, whose true statements become false and vice versa, what we are faced with is no longer a simple contradiction, but an infinite oscillation within the paradox: If right, then wrong. If wrong, then right This is the fundamental paradox of the Law, which in response to the question as to its foundation does not get a clear yes or a clear no, but an almost mocking interchange between positive and negative value of a viable justification.

The fact of having actually brought the right/wrong distinction into the world in the first place, and thus of constantly producing anew not only right, but also wrong – therein lies the original sin of the Law. The Law is in a position of guilt vis-à-vis the world, because in the very creation of this distinction it does harm to the world, not only when it carries out punishment upon a condemned person, but also when it simply raises the *quaestio juris*, when it cuts through the world’s innocence with its “either right or wrong” (no third way) binary code. The Law thus places all people, all events, and even itself under a “Kafkaesque” general suspicion which even the humanistic law of the Enlightenment, with its presumption of innocence, cannot remove. The inexorable compulsion to keep scanning the world according to this criterion produces more and more “wrong”. And it is precisely the much-vaunted general nature of the law, which is supposed to do away with arbitrari-

schaftt ihrerseits neues Urecht, da sie der Unendlichkeit der Singularität mit ihren gewalttätigen Abstraktionen niemals gerecht werden kann.

Kafkas Gesetz zwingt die Rechtspraxis dazu, das Leben ein zweites Mal zu erzeugen, indem es eine fiktive, aber in ihrer Fiktivität sehr reale, geradezu monströse „Rechtswirklichkeit“ erzeugt. Der ganze Prozeß-Roman, in dem sich Josef K. seine banale Bankangestelltenrealität in eine Verfolgungssituation hineinphantasiert, legt ein beklemmendes Zeugnis dafür ab, in welche Wahnwelt die moderne Juridifizierung des Lebens führt.⁵ Kafkas Gesetzespalast ist eines der vielen „Gehäuse der Hörigkeit der Zukunft“, die Max Weber der gesellschaftlichen Moderne prophezeite – das Schloss wäre ein anderes dieser Gehäuse, ebenso wie die Strafkolonie, der Zirkus, Amerika. Der im Palast des Gesetzes ausgeübte Zwang reduziert die Menschen aus Fleisch und Blut auf zwanghaft agierende Rechtspersonen, deren Eigenschaft ausschließlich darin besteht, Rechte und Pflichten zu haben, deren Tätigkeiten sich darauf beschränken, nur entweder Recht oder Unrecht begehen zu können, deren einzige Qualität es ist, entweder schuldig oder unschuldig zu sein. Die Zeugung dieser zweiten Welt – das ist die böse Tat des Rechts. Sie ist ein Akt der Gewalt gegenüber dem Leben, für den sich das Recht, wenn es seine eigenen Kategorien auf sich selbst anwendet, selbst anklagt. Das eben ist der Fluch der Unrechtsstat, dass sie, fortzeugend, immer Unrecht muss gebären.

Aber man wird noch einen Schritt weitergehen müssen. Nicht nur Selbstanklage, sondern *Selbstverleumdung* des Rechts. Dies wäre die dritte Interpretation des Disputs im Dom zwischen Josef K. und dem Gerichtskaplan zur Auslegungsfrage, ob der

ness in individual cases, that in turn creates new “wrong”, because with its violent abstractions it can never do justice to singularity in its infinite manifestations.

Kafka’s law compels legal practice to generate life a second time, by generating a “legal reality” which is fictive, yet is very real in its fictivity, almost monstrous. The entire novel “The Trial”, in which Josef K. in his imagination transforms the banal reality of his life as a bank clerk into a prosecution situation, bears nightmarish witness to the world of madness into which the modern-day juridification of life leads us.⁵ Kafka’s law palace is one of the many “iron cages of the slavery of the future” which Max Weber prophesied for modern society – Kafka’s castle would be another such, also the penal colony, the circus, and America. The compulsion that is exercised in Law’s palace reduces flesh-and-blood human beings to juridical persons acting on compulsion, whose characteristic quality consists exclusively in having rights and duties, whose activities are limited to only being able to commit a right or a wrong, whose sole quality is being either guilty or innocent. The propagating of this second world – that is the evil deed committed by the Law. It is an act of violence against life, in respect of which the Law (if it applies its own categories to itself) accuses itself. This is the curse of every wrong deed, That propagating still, it brings forth wrong.

But we shall have to go a step further. Not just self-accusation, but *self-slander* by the Law. This would be the third interpretation of the dispute in the cathedral between Josef K. and the court chaplain, concerning the question as to whether the doorkeeper

5 Zum Wahnsinn des Rechts sorgfältige Diagnosen bei *Rainer Maria Kiesow*, *Das Alphabet des Rechts* (2004).

5 Concerning the madness of the Law, careful diagnoses are to be found in *Rainer Maria Kiesow*, *Das Alphabet des Rechts* (2004).

Türhüter den Mann getäuscht hat oder ob der Türhüter selbst der Getäuschte ist.⁶ In ihrer Suche nach dem Gesetz wird die Rechtspraxis der Moderne Opfer einer Selbsttäuschung – in ihrer Selbstbeurteilung täuscht sie sich selbst und dies nicht nur fahrlässig oder mit *dolus eventualis*, sondern mit *dolus directus*. Denn im klaren Bewusstsein, dass es falsche Kategorien für seine Selbstanklage verwendet, verleumdet das Recht sich selbst. Nicht nur, wenn das Recht Menschen verurteilt, sondern wenn das Recht sich selbst den Prozess macht, kann es gar nicht anders, als das Gesetz seinen eigenen verleumderischen Kategorien auszusetzen. Hier setzt zum zweiten Mal Kafkas Kritik des modernen, sich seiner Autonomie und seiner Formalität rühmenden Rechts ein. Diese Kritik zielt jetzt nicht auf die Anwendungspraxis, sondern auf seine Selbstreflexion. Denn im Unterschied zum Recht traditionaler Gesellschaften, das sein Gesetz in einer umfassenden Kosmologie, in deren moralische, religiöse, politische Zusammenhänge es unlösbar eingebunden ist, einordnen und beurteilen konnte, kann das Recht der funktional differenzierten Gesellschaft sein Gesetz nicht umfassend daraufhin beurteilen, ob es wahr oder unwahr, gut oder böse, nützlich oder schädlich, schön oder hässlich, gesund oder krank, gerecht oder ungerecht ist.

Der Kriterienverlust des positiven Gesetzes, der nur durch Entscheidung gesetzten Rechtsnormen – das ist die Krankheit der Rechtsmoderne. Dem modernen Recht stehen nur sein verengter und weltinadäquater, kontextfreier, ja letztlich sinnleerer binäre Code Recht/Unrecht – diese *langue de bois* der modernen Legalität – zur Verfügung. Sich selbst reflektieren kann das Recht dann auch nur mit Hilfe seiner eigenen das Leben verfälschenden Konstruktionen. Seine

has deceived the man or whether the door-keeper himself is the one who is deceived.⁶ In its search for the law, legal practice in the modern age becomes a victim of self-deception – in its self-judgement it deceives itself, and does so not out of negligence or by *dolus eventualis*, but by *dolus directus*. For in the clear awareness that it is using false categories for its self-accusation, the Law slanders itself. Not only when the Law judges men, but also when the Law puts itself on trial, it cannot do otherwise than expose itself to its own slanderous categories. This is where Kafka's critique of modern Law, with its pride in its autonomy and formality, comes into play for the second time. This critique is now aimed not at the practice of application, but at its self-reflection. For by contrast with the Law of traditional societies, which was able to classify and assess their law in an all-embracing cosmology in whose moral, religious and political connections it is indissolubly bound up, the highly specialised Law of our functionally differentiated society cannot comprehensively assess its law and decide whether it is true or untrue, good or evil, beneficial or damaging, beautiful or ugly, healthy or sick, just or unjust.

The loss of criteria of positive law, of our legal norms that are established only through decision – that is the disease from which Law in the modern age suffers. Modern Law only has its constricted, inadequate (for the purposes of describing the world), context-free, ultimately meaningless right/wrong binary code – this “cant” of modern legality – at its disposal. And the Law can only reflect on itself with the aid of its own life-falsifying constructs. Its self-assessment

6 Franz Kafka, Im Dom, in: *Kafka, Amerika, Der Prozeß, Das Schloß. Drei Romane* (1967), 419 ff., 434 ff.

6 Franz Kafka, *The Trial* (1998), 215 f.

Selbstbeurteilung ist in der Borniertheit seiner Kriterien, Verfahren, Foren gefangen. Die Erbsünde des Recht besteht nicht nur darin, dass es mit der Gewaltsamkeit seiner binären Codierung den rechtsunterworfenen Menschen Unrecht antut, sondern dass es sogar in seinen besten Momenten, in den Momenten kritischer Selbstreflexion, sich selbst dies Unrecht der Selbstverleumdung angetan hat und immer wieder antut. Ein solches Sich-selbst-Belügen des modernen Rechts – der Türhüter belügt den Mann, der Mann belügt den Türhüter und das Gesetz belügt beide – muß man nicht „für wahr halten, man muß es nur für notwendig halten“⁷ – wie der Gerichtskaplan im Dom zurecht sagt, ebenso wie Josef K. recht hat, wenn er die totale Juridifizierung der Welt kommentiert: „Die Lüge wird zur Weltordnung gemacht“.⁸

III. *Ambivalenzexzesse*

Doch ist die „Kalumnia“, mit der Agamben Josef K. für immer gezeichnet sieht, noch zu kurz gedacht, denn er legt das Recht damit strikt auf einen negativen Wert fest. Agamben sieht nur das Unheil, welches das Recht den Menschen antut. Agambens Rechtsgeschichte ist eine Unheilsgeschichte, die mit dem *homo sacer* beginnt und zwangsläufig in den Straf-, Konzentrations- und Flüchtlingslagern der Moderne – in Kafkas Strafkolonie – endet. Doch weist Kafkas Parabel „Vor dem Gesetz“ eine komplexere Struktur auf: *Nicht pure Negativität, sondern exzessive Ambivalenz*. Denn das Recht produziert immer beides zugleich: Es setzt Leute ins Unrecht, andere ins Recht. Es verursacht mit seinen Verurteilungen Schmerzen, Leid und Qualen, aber erzeugt zugleich Erwartungssicherheit und Vertrauen, auf denen die Leute ihre Lebenspläne bauen können. Kafka litt in seinem eigenen Leben unter der Absurdität des Versicherungsrechts, aber er

is entangled within the limitations of its criteria, its processes, its forums. The original sin of the Law consists not only in the fact of its doing wrong to the legal subjects through the violence of its binary coding, but also in that even in its best moments, in the moments of critical self-reflection, it has done itself this wrong, the wrong of self-slander, and continues to do so over and over again. The way in which modern Law deceives itself – the doorkeeper deceives the man, the man deceives the doorkeeper and the law deceives both – is something that “you don’t have to consider everything true, you just have to consider it necessary”⁷, as the court chaplain in the cathedral rightly says, just as Josef K. is right when he says of the total juridification of the world: “Lies are made into a universal system.”⁸

III. *Excesses of ambivalence*

Yet the *Kalumnia* by which Agamben sees Josef K. as being for ever marked is not the whole story, for this attaches a strictly negative value to the Law. Agamben sees only the violence the Law does to human beings. Agamben’s history of Law is a story of harm that starts with *homo sacer* and of necessity ends in the *Konzentrationslagern* and refugee camps of the modern age – Kafka’s penal colony. But Kafka’s parable “Before the law” has a more complex structure: *not pure negativity, but excessive ambivalence*. For the Law always produces both at the same time: it puts some people in the wrong, others in the right. With its condemnations, it causes pain, suffering and torment, but it also simultaneously creates the certainty of expectation and trust, upon which people can construct their life plans. Kafka, in his own life, suffered under the absurdity of insurance law, but he made bold proposals as to how this absurd law

7 Ebd., 439.

8 Ebd., 439.

7 Ibid., 223.

8 Ibid., 223.

machte kühne Vorschläge, wie dies absurde Recht mehr Gerechtigkeit schaffen könnte.⁹ Weil das Recht nur Fiktionen erzeugen kann, produziert es permanent Lügen, aber gerade die Rechtslügen können recht hilfreich sein, wie es die bekannte islamische Rechtsparabel vom Zwölften Kamel bezeugt. Kafkas Recht verursacht die Qualen des permanenten Schuldbewusstseins, und es erweckt die Hoffnung auf den erlösenden Freispruch. Im Erfolg des modernen Rechts liegt sein Scheitern und in seinem Scheitern liegt sein Erfolg.

Diese Gleichzeitigkeit macht die Qual erst wirklich unerträglich. Denn bei reiner Negativität, wie sie Agamben vorschwebt, stünde der befreiende Ausweg offen: die (Selbst-)Abschaffung des Rechts. Der Mann im Lande würde dann nicht ratlos vor dem Türhüter sitzen bleiben. Er würde, nein er müsste, gegen das evidente Unrecht protestieren, entweder es bekämpfen oder einfach weggehen. Voice oder Exit. Im Protest oder in der Flucht würde sich das Recht vom Gesetz endgültig befreien. Das war die Botschaft der Freirechtsbewegung: Missachte das Gesetz, wenn Du ein Urteil fällst. Mit einem solchen Rechtspietismus hat Kafkas Rechtswelt nichts zu tun. „Vor dem Gesetz“ erhält der Rechtsprozess auf die für ihn bedrohliche Frage, ob er Recht oder Unrecht tut, wenn er das Gesetz anwendet, die paradoxe Antwort: Mit der Gesetzesanwendung tust Du immer Recht und Unrecht zugleich.

Die apodiktische Sicherheit von Agambens Vor-Urteil gegenüber dem Recht – „Kalumnia“ – verwandelt sich bei Kafka in eine existenzielle Ungewissheit: Kalumnia – oder vielleicht doch Wahrheit? Beobachtet man den Beobachter „auf der Galerie“, so tritt die exzessive Ambivalenz von Kafkas

could bring about more justice.⁹ Because the Law is only able to generate legal fictions, it is permanently producing lies, but it is precisely legal lies that can be really helpful, as the well known Islamic legal parable of the twelfth camel shows. Kafka's Law causes the torments of the permanent awareness of guilt, and it arouses the hope of redeeming acquittal. In the success of modern Law lies its failure, and in its failure lies its success.

It is this simultaneity that makes the torment truly unbearable. For in the purely negative context that Agamben presents to us, the escape to freedom is open: (self) destruction of the Law. The man in the country would not remain sitting in front of the doorkeeper, not knowing what to do. He would – indeed he would have to – protest against the evident wrong, either by fighting it or by simply going away. Voice or Exit. In protest or in flight, “right” would finally free itself from the law. That was the message of the Free Law Movement: disregard the law when you give a judgement. Kafka's legal world has nothing to do with any such legal pietism. “Before the law”, in response to the threatening question of whether it is doing right or wrong when it applies the law, the legal process gets the paradoxical answer: with the application of the law, you are always simultaneously doing right and wrong.

The self-evident certainty of Agamben's pre-judgement in regard to the Law – *Kalumnia* – is transformed by Kafka into an existential uncertainty: *Kalumnia* – or perhaps truth? If one observes the observer “Up in the gallery”, the excessive ambivalence of Kafka's universe is made even more clear.

9 Reza Banakar, In Search of Heimat: A Note on Franz Kafka's Concept of Law, *Law & Literature* 22 (2010), 463 ff., 467; Stanley Corngold (Hrsg.), *Franz Kafka: The Office Writings* (2009), IX.

9 Reza Banakar, In Search of Heimat: A Note on Franz Kafka's Concept of Law, *Law & Literature* 22 (2010), 463 ff., 467; Stanley Corngold (ed.), *Franz Kafka: The Office Writings* (2009), IX.

Universum noch deutlicher zu Tage. Wenn eine „hinfallige, lungensüchtige Kunststreiterin“ von den grausamen Ritualen des Zirkusbetriebes hilflos „getrieben würde“, dann rief der junge Mann „das Halt!“. „Da es aber *nicht so ist*“, „weint er, ohne es zu wissen“. ¹⁰ Das Grauen ist weder einfach die Realität hinter dem schönen Schein, noch haben Grauen und Schein den gleichen Realitätsstatus. Der Schein äußert sich im Indikativ des Realen, das Grauen im Konjunktiv des nur Möglichen. Diese merkwürdig asymmetrische Ambivalenz dementiert den Negativismus Agambens, der nur das Grauen im Gesetz der Moderne sehen kann. Es ist unendlich viel schwieriger, mit exzessiver Ambivalenz als mit dem absoluten Grauen umzugehen.

Das Paradox erzwingt es, dass auch die Selbstanklage des Rechts nie aufhören kann, zwischen den Werten Recht/Unrecht zu oszillieren. Auf die Anklage folgt nie ein Urteil, folgt auch nicht die Verurteilung des Gesetzes durch Agambens höheres Recht. Das Urteil über das Recht bleibt aufgeschoben. Und es bleibt unentscheidbar, ob in der puren Existenz des Rechts selbst schon seine Schuld liegt – oder aber sein Verdienst. Und das erst macht die „kafkaeske Situation par excellence“ aus: nicht die Gewissheit, dass die Selbstanklage eine bewusste Verleumdung ist, wie Agamben meint, und dass damit die Eigenschuld des Rechts von vornherein feststeht, sondern gerade die quälende Ungewissheit, ob die Selbstanklage die Verleumdung eines Unschuldigen ist oder eine Wahrheit und Gerechtigkeit verheißende Selbstreflexion.

“If some frail, consumptive equestrienne were to be urged around and around” helplessly by the cruel rituals of the circus operation, “then, *perhaps*, a young visitor to the gallery *might* race down ... and yell: Stop!” “But since that *is not so*”, he “*weeps* without knowing it”. ¹⁰ The horror is not simply the reality behind the beautiful appearance, neither do horror and appearance have the same “reality status”. The appearance is expressed in the indicative mood for what is really happening, and the horror is expressed in the subjunctive mood for what is merely possible. This remarkably asymmetric ambivalence gives the lie to the negativism of Agamben, who can only see the horror in the law of the modern age. It is infinitely more difficult to deal with excessive ambivalence than with absolute horror.

The paradox makes it inevitable that even the self-accusation of the Law can never stop oscillating between the values of right and wrong. The accusation is never followed by a judgement, neither is it even followed by the judgement of the law by Agamben’s higher Law. The judgement over the Law is always deferred. And it is always impossible to decide whether it is in the pure existence of the Law itself that its guilt lies – or, indeed, its merit. And this is what makes for the “Kafkaesque situation par excellence” – not the certainty that the self-accusation is a deliberate slander, as Agamben would have it, so that the intrinsic guilt of the Law is established a priori, but instead the tormenting uncertainty as to whether the self-accusation is the slander of an innocent party or a self-reflection promising truth and justice.

10 Franz Kafka, Auf der Galerie, in: *Kafka*, Ein Landarzt: Kleine Erzählungen (1919), 34 ff., 34 f. (Hervorhebungen von mir).

10 Franz Kafka, The Shorter Stories (1971), 401 f. (emphasis by me).

Und dies Paradox erklärt erst die merkwürdig aktivistische Passivität des Mannes gegenüber dem Türhüter. Die Paradoxie lähmt die Rechtspraxis und nimmt ihr den Mut, sich für den Widerstand gegen das Gesetz, entweder fürs Flüchten oder fürs Standhalten, für Voice oder Exit, zu entscheiden. Doch das ist nur die eine Seite. Die andere Seite ist, dass die Paradoxie das Recht dazu antreibt, die Entparadoxierung des Gesetzes mit immer neuen Unterscheidungen, wie sie der Rechtslandmann dem Gesetzestürhüter geradezu demütig anbietet, zu versuchen. Während die Agambensche Negativität zur Abschaffung des Gesetzes aufruft, provoziert das Kafkasche Paradox dazu, in stets erneuerten Anläufen „unersättlich“ Differenzen zu erzeugen, die dem Gesetz „im denkenden Gehorsam“ auf die Spur kommen sollen. Aber welche Qualität haben diese Differenzen?

IV. *Das Urteil*

Die schiere Ratlosigkeit des Mannes vom Lande angesichts der Unzugänglichkeit des Gesetzes, d.h. in unserer Sicht, die Paralyse der Rechtsreflexion, die vom Gründungsparadox und vom Entscheidungsparadox des Gesetzes ausgelöst wird, ist nicht das Ende der Geschichte. Wie Blitzeinschläge erschüttern drei plötzliche Ereignisse den Mann im Moment seines Todes. Erst – das Hervorbrechen des unverlöschlichen Glanzes. Dann – der Eingang war nur für ihn bestimmt. Dann – der Eingang wird geschlossen. Nach einem solchen Damaskus-Erlebnis kann niemand mehr in der von den Paradoxien ausgelösten Suspension verharren.

„... dieser Eingang war nur für dich bestimmt.“ Damit ist ein hartes Urteil gesprochen: Wer vor dem Gesetz steht, ist zur Entscheidungsfreiheit verurteilt. Es lässt die früheren zweideutigen Antworten des Türhüters – Verbot des Zugangs, aber Aufschub auf später; Offenlassen des Zugangs, aber Warnung vor den noch mächtigeren Türhü-

And it is this paradox that first explains the remarkable activism/passivism of the man towards the doorkeeper. The paradox cripples legal practice, and robs it of the courage to decide in favour of resistance to the law, either to flee or stand, voice or exit. But that is only one side. The other side is that the paradox encourages the Law to try the de-paradoxification by means of more and more subsidiary distinctions, such as the legal “man from the country” almost submissively offers to the doorkeeper of the law. While Agamben’s negativity calls for the abolition of law, Kafka’s paradox is a provocation to “insatiably”, in ever renewed attempts, propagate distinctions which are intended to get closer to the law “in thoughtful obedience”. But what is the quality of these distinctions?

IV. *The Judgement*

The sheer bafflement of the man from the country in the face of the inaccessibility of the law (i.e., from the perspective we have adopted, the paralysis of the self-reflection of the Law that is triggered by the foundational paradox and by the decision-making paradox of the law) is not the end of the story. Like flashes of lightning, three sudden and devastating events happen to the man at the moment of his death. Firstly, an inextinguishable shining light breaks forth. Then, the entrance was intended only for him. Then, the entrance is closed. After such a Damascus-like experience, no one can hold out any longer in the suspension that has been triggered by the paradoxes.

“...this entrance was meant solely for you.” With these words, a hard judgement is pronounced: he who stands before the law is condemned to decision-making freedom. This judgement sheds a new light on the earlier ambiguous answers given by the doorkeeper – that entrance is forbidden, but may be deferred until later; that the entrance is

tern – in einem neuen Lichte erscheinen. Nur der Mann allein kann und muss entscheiden. Weder die Universalität des Gesetzes, von der er Entscheidungshilfe erhalten könnte, noch die Unterstützung durch die anderen, die den Zugang zum Gesetz suchen, geben ihm Richtungshinweise, wie er zu entscheiden hat. Dieser absolute Entscheidungszwang bedeutet in individueller Perspektive, dass man radikal umstellen muss vom objektiven Recht eines externen Normgebers, dessen Normgeboten das Subjekt zu gehorchen hat, auf das subjektive Recht des einzelnen, d.h. auf die Rechtssetzungsgewalt, die aber dennoch dem Gesetz unterworfen ist. In institutioneller Perspektive bedeutet dies „Nur für dich“, dass der einzelne Rechtsprozess in seiner Entscheidung allein auf sich gestellt ist. Nur der singuläre, konkret ablaufende Rechtsprozess selbst und keine außenstehende Instanz, auch nicht das allseits so hoch geschätzte allgemeine Gesetz, kann die für die Entscheidung ausschlaggebende Normbildung verantworten. Das Gesetz hat nur Form als leere Geltung ohne Bedeutung.

Das Gesetz als konkrete Struktur, als verbindlich bestimmte Verhaltensnorm, hat gegenüber dem Rechtsereignis gar keine eigene Existenz. Es existiert nur, soweit ein Rechtsereignis es auslöst, und besteht nur, insoweit dies Rechtsereignis die Erwartung künftiger Rechtsereignisse auslöst. Es muss immer wieder aufs Neue durch Rechtsereignisse invoziert werden. Wenn das Recht als Ereigniskette stirbt, dann wird auch die Tür zum Gesetz „geschlossen“. Gesetzbücher, selbst sind nicht das Gesetz, sondern allenfalls Türhüter, in einer anderen Sprache sind sie nur Sinnsedimente, die erst die Invokation des Rechtsereignisses zu jeweils neuem Sinn belebt. Die Invokation muss immer wieder erneuert werden.

left open, but with a warning concerning the more powerful doorkeepers. Only the man can – and must – decide. Neither the universality of the law, from which he could get help in his decision-making, nor the support provided by others who are seeking access to the law, will give him any indications as to how he is to decide. This absolute decision-making compulsion means, as far as the individual perspective is concerned, that a radical switch is necessary from the objective law of an external legislator, whose commands have to be obeyed by the subject, to the subjective Law of the individual, i.e. to the violence of lawgiving, which is nonetheless subject to the law. In terms of the institutional perspective, this “only for you” means that the individual legal trial has no other recourse than itself in its decision-making. Only the singular legal trial itself which is actually proceeding, and no outside authority, not even the general law that is held in such great esteem by all, can be responsible for establishing the norm on which the decision will be based. The law only has form as empty validity without any meaning.

The law as a concrete structure, as a behavioural standard which is defined as binding, has absolutely no existence of its own in relation to the legal event. It exists only insofar as it is invoked by a legal event, and continues to exist only insofar as this legal event invokes the expectation of future legal events. The law has to be continually re-invoked by legal events. If the Law as a chain of events dies, then the door to the law will also be “closed”. Law books themselves are not the law, they are at best doorkeepers, or in another form of words, they are only sediments of meaning that are only reawakened to new meaning by the invocation of the legal event. The invocation has to be continually renewed.

Aber diese Normsetzungsautonomie steht „vor“ dem Gesetz, sie bleibt an das Gesetz gebunden. Denn ohne das Gesetz und seine unendlichen Hinterwelten, welche den Raum der Normativität erzeugen, ist keine Freiheit zur Normsetzung, keine Fortbildung des Rechts, keine Gerechtigkeit möglich. Die Freiheit, zu der das Gesetz das Recht verurteilt, ist nicht einfach unstrukturiertes Chaos, sondern Freiheit zur Normsetzung, die von den Strukturen des Gesetzes vorgeprägt ist. Derrida sagt zurecht: Erst die Möglichkeitsbedingungen der Rechtskognition, die das Gesetz verbürgt,

„... sichern einem Text die Macht zu, faire la loi, angefangen mit dem seinen. Aber dies nur unter der Bedingung, dass der Text selbst vor dem Gesetz eines anderen Textes erscheinen kann, eines mächtigeren Textes, der durch noch mächtigere Wächter bewacht wird.“¹¹

Dass dies zirkulär oder tautologisch ist, braucht nicht als Kritik verstanden zu werden. Im Gegenteil. In Kafkas Prozeß-Roman wird die Tautologie autologisch, weil der Text im Domkapitel die Zirkularität des Normativen auf sich selbst anwendet: Die Parabel „Vor dem Gesetz“ steht vor dem Gesetz des ganzen Romans „Der Prozeß“ wie auch der Roman vor dem Gesetz der Parabel steht. Nicht nur, dass beide sich wechselseitig interpretieren, sondern sie haben sich gegenseitig zur Voraussetzung. Die eigentümliche Schuldnormativität beider Texte entsteht nicht aus einer von ihnen unabhängigen dritten Normsetzungsinstantz, sondern aus der selbstreferentiellen, freischwebenden, selbsttragenden Interrelation beider Texte.

Doch steckt in dieser Pflicht zur Normsetzung ein eigentümlicher Widerspruch. Denn die mächtigen Türhüter verbieten dem Manne den Zugang zum Gesetz. Und zugleich ist der Zugang nur für ihn bestimmt. Hier ist er den Verwirrungen eines *double bind* ausgesetzt: Er ist verpflichtet

But this norm-setting autonomy is “before” the law, i.e. it remains bound by the law. For without the law and its infinite “worlds behind worlds”, which provide the space for “normativity”, there is no possibility of freedom to set norms, no possibility of continuing to build the Law, no possibility of justice. The freedom to which the law condemns the Law is not simply unstructured chaos, but freedom to set norms, a freedom which already has the structures of the law stamped upon it. As Derrida rightly says: It is only the conditions that make legal cognition possible, which are inherent in the law:

“These possibilities give the text the power to make the law, beginning with its own. However, this is on condition that the text itself can appear before the law of another, more powerful text protected by more powerful guardians.“¹¹

The fact that this is circular or tautological does not have to be understood as a criticism. On the contrary. In Kafka’s novel “The Trial”, the tautology becomes autological, because the text in the “Cathedral” chapter applies the circularity of the normative to itself: The parable “Before the law” stands before the law of the entire “Trial” novel, just as the novel also stands before the law of the parable. Not only do the two works constitute a reciprocal interpretation of each other, but each is a precondition for the other. The specific “guilt normativity” of the two texts does not arise from any outside norm-setting authority which is independent of them, but from the self-referential, indeterminate, self-supporting interrelation between the two texts.

Yet there is a particular contradiction in this duty to establish norms. For the powerful doorkeepers forbid the man any entrance to the law. And at the same time the entrance is intended only for him. In this, he is exposed to the confusions of a “double bind”: he is obliged to obey the law, and at

11 Derrida (FN 2), 78.

11 Derrida, (FN 2), 214.

tet, dem Gesetz zu gehorchen, und zugleich verpflichtet, das Gesetz zu brechen. Handle so, dass die Maxime deines Willens es ist, jederzeit dem Gesetz zu gehorchen und zugleich jederzeit das Gesetz zu brechen. Dieser *double bind* verschafft ihm absolute Freiheit und verstrickt ihn zugleich in permanente Schuld: Entscheidungszwang und Entscheidungsschuld.

Welche Alternative er auch wählt, er verstrickt sich jedes Mal in Schuld. Das Individuum gerät entweder in die Schuld, das Gesetz gebrochen zu haben, oder in die Schuld, sich nicht gegen das Gesetz aufgelehnt zu haben. War es recht, den ersten Hüter zu bestechen, oder hätte der Mann den Mut aufbringen müssen, den Kampf ums Recht aufzunehmen?

Die heute herrschende Rechtstheorie verweigert sich solchen paradoxalen Zumutungen. Gründungsparadox des Gesetzes, Entscheidungsparadox der Gesetzesanwendung, *double bind* des subjektiven Rechts werden aus der Rechtstheorie verbannt. Manche leugnen schlicht ihre Existenz, andere verbieten aus Gründen der Logik paradoxe Denkfiguren, wieder andere ridiculisieren sie und tun sie als bloße Gedankenspieler ab. Vor der beklemmenden Suggestivität von Kafkas Texten erscheinen jedoch alle drei nur als hilflose Gesten. Nur wenige heutige Rechtstheoretiker nehmen diese Paradoxien ernst: Niklas Luhmann, Giorgio Agamben und Jacques Derrida.

V. Verblendungszusammenhänge

Luhmann baut seine Rechtstheorie auf der gewagten These auf, dass der Platz des transzendentalen Subjektes heute vom Paradox eingenommen wird.¹² Nicht anders als Kafka sieht Luhmann das Recht, insofern es im Prozess der Modernisierung eine extreme Autonomie hervorgetrieben hat, von vornherein in die Paradoxien der Selbstrefe-

the same time he is obliged to break it. Act in such a way that the maxim of your will is to obey the law at all times and simultaneously to break the law at all times. This “double bind” provides him with absolute freedom and at the same time entangles him in permanent guilt: decision-making compulsion and decision-making guilt.

Whichever alternative he chooses, every time he becomes ensnared in guilt. The individual either becomes guilty of having broken the law or becomes guilty of not rebelling against the law. Was it right to bribe the first doorkeeper, or should the man have found the courage to take up the fight for the law?

The currently prevailing legal theory refuses to contemplate such paradoxical and unreasonable demands. The foundational paradox of the law, the decision-making paradox of the application of the law, the “double bind” of subjective Law are banned from legal theory. Some simply deny their existence, others forbid any paradoxical figures of thought on logical grounds, others again pour scorn on them and dismiss them as mere philosophical fancies. Against the background of the nightmarish suggestivity of Kafka’s texts, however, all three responses are revealed to be mere helpless gestures. Only a few present-day legal theoreticians take these paradoxes seriously: Niklas Luhmann, Giorgio Agamben and Jacques Derrida.

V. Context of delusion

Luhmann builds his legal theory upon the bold thesis that the place of the transcendental subject is now occupied by the paradox.¹² In exactly the same way as Kafka, Luhmann sees the Law, insofar as it has called forth an extreme autonomy in the process of modernisation, as being from the outset entangled in the paradoxes of self-refer-

renz verstrickt, was seine Selbstbeobachtungen zu paralysieren droht. Der Ausweg aus der Paralyse ist auch für Luhmann: „... dieser Eingang war nur für dich bestimmt“. Die verblüffende Eröffnung des Türhüters führt aus der Lähmung, aus der Suspension, aus dem Zwielflicht heraus. „Draw a distinction“ – dies ist Luhmanns Gebot für die Rechtspraxis, mit der sie die Paradoxien umgehen kann. Dass der Rechtsdiskurs selbst und nur er eine neue Unterscheidung treffen muss, ist die Strategie der Entparadoxierung, die vor den Abgründen der Paradoxien bewahrt. Auch wenn die neue Unterscheidung notwendig ihrerseits auf einem Paradox beruht, so hat sie doch eine selbsttragende Kraft, die auf ihrer Plausibilität und ihrer Problemlösungsfähigkeit – wenn auch nur für begrenzte Zeit – beruht.

Doch kann diese gewiss elegante Lösung dem Geschehen in der Sterbeszene nicht gerecht werden. Sie reagiert nicht auf die beiden anderen plötzlichen Ereignisse, ja sie muss sie missachten. Luhmanns Entparadoxierung kann die Tür zum paralysierenden Gesetz nicht schließen, sie muss ständig mit der Wiederkehr des Gesetzesparadoxes rechnen. Und einen Glanz aus der Tür des Gesetzes lässt Luhmanns „Lob der Routine“ gewiss nicht hervorbrechen. Sie setzt nur die bisherige Routine spitzfindiger juristischer Unterscheidungen, die permanente Rekursivität der Rechtsoperationen, fort. Die neue Unterscheidung versteckt nur das Paradox an einem wenig sicheren Ort, von dem es bald wieder hervorbrechen wird.

ence, so that its self-observations are threatened with paralysis. For Luhmann also, the way out of this paralysis is: “... this entrance was meant solely for you”. The doorkeeper’s astonishing revelation leads us out of the paralysis, the suspension, the twilight. “Draw a distinction” – this is what Luhmann requires of legal practice, so that it can get around the paradoxes. That legal discourse itself, and only legal discourse, must draw a new distinction – that is the strategy by which the paradoxes will be removed, so that we will be saved from falling into their dark depths. Even if the new distinction is in turn necessarily founded on a paradox, nevertheless it has a self-supporting power which is based – even if only for a limited time – on its plausibility and its capacity to solve problems.

This is certainly an elegant solution, but it cannot do justice to what happens in the death scene. It does not react to the two other sudden events, indeed it has to disregard them. Luhmann’s paradox-resolving solution cannot close the door to the paralysing law, it must constantly expect the return of law’s paradox. And Luhmann’s “praise of routine” certainly does not cause any inextinguishable shining light to break forth from the door of the law. It only continues the previous routine of pedantic legalistic distinctions, the permanent recursiveness of legal operations. The new distinction only conceals the paradox in a not very secure place, from which it will soon re-emerge.

12 „Paradoxien sind, auch so kann man es formulieren, die einzige Form, in der Wissen *unbedingt* gegeben ist. Sie treten an die Stelle des transzendentalen Subjekts, dem Kant und seine Nachfolger einen Direktzugang zu un konditionierten, a priori gültigem, aus sich selbst heraus einsichtigen Wissen zugemutet hatten“, Niklas Luhmann, *Die Religion der Gesellschaft* (2000), 132 f.

12 “Paradoxes are (it can also be formulated thus) the only form in which knowledge is *unconditionally* available. They take the place of the transcendental subject to which Kant and his successors had attributed a direct access to knowledge which is unconditional, a priori valid, and intrinsically self-evident” (translation by Alison Lewis), *Niklas Luhmann, Die Religion der Gesellschaft* (2000), 132 f.

Agamben dagegen liest immerhin zwei der Ereignisse zusammen: „... *dieser Eingang war nur für dich bestimmt. Ich gehe jetzt und schließe ihn*“. Das Schließen der Tür – dies ist für Agamben die Schlüsselbotschaft. Er gibt ihr eine überraschende Lesart. Dass die Tür zum Gesetz geschlossen wird, sei gerade keine Niederlage, kein Scheitern des Mannes, sondern sei umgekehrt Ergebnis seiner geduldigen Strategie des Abwartens und der intensiven, geradezu intimen Dauerbegegnung nur mit dem Hüter des Gesetzes statt des unmöglichen Eindringens in das Gesetz selbst. Die Strategie sei darauf gerichtet, den Türhüter zu zwingen, dass er den Zugang zum Gesetz versperrt. Der Mann findet genau dann seine Befreiung, wenn der Gesetzeszugang verschlossen, wenn das Gesetz aufgehoben, seine leere Geltung unterbrochen, das Gesetz selbst abgeschafft wird.¹³

Doch kommt Agamben mit dem Glanz nicht zurecht. In Agambens Lesart spielt der Glanz, den der Mann im Dunkeln erkennt, kaum eine Rolle. Aber dieser „*Glanz, der unverlöschlich aus der Türe des Gesetzes bricht*“ – das ist der intensivste Moment der Parabel. Er überstrahlt die anderen beiden Ereignisse in der Sterbeszene. In seinem Lichte ist alles anders. Derrida spricht gar vom „religiösesten Moment“.¹⁴ Und was sagt die Parabel über seine Herkunft und seine Intensität? Der Glanz kommt „aus der Türe des Gesetzes“, also nur aus dieser Tür, und er ist „unverlöschlich“. Das ist das genaue Gegenteil der Abschaffung des Gesetzes, für die Agamben plädiert. Man kann das Erleben des Glanzes überhaupt nicht ohne das Gesetz, ohne seinen leeren Geltungsanspruch, ohne seine Lüge, ohne seine Paradoxien, ohne seine Obszönität, machen. Ohne Gesetz kein Glanz. Die von Agamben erhoffte Gesetzlosigkeit wird ihn nie erzeu-

Agamben, on the other hand, does actually read two of the events together: *this entrance was meant solely for you. I'm going to go and shut it now*. The closing of the door – this, for Agamben, is the key message. He gives us a surprising interpretation. The fact that the door to the law is closed is not a defeat, not a failure for the man, but on the contrary is the result of his patient strategy of waiting, and the intensive, indeed intimate continuing encounter solely with the keeper of the law, rather than the impossible penetration to the law itself. The strategy was aimed at compelling the doorkeeper to lock the entrance to the law. It is precisely then that the man finds his freedom, when the entrance to the law is locked, when the law is cancelled, its empty validity interrupted, the law itself abolished.¹³

However, Agamben cannot come to terms with the shining light. In Agamben's reading, the shining light which the man recognises in the darkness plays almost no part at all. But this “radiance that streams forth inextinguishably from the door of the Law” is the moment of the greatest intensity in the parable, “outshining” the two other events in the death scene. In this light, everything is different. Derrida even speaks of the “most religious moment”.¹⁴ And what does the parable say about the origin and intensity of the light? The light comes “from the door of the law”, i.e. its origin lies nowhere else than in the law itself, and it “streams forth inextinguishably”, i.e. its intensity is linked to the permanent existence of the law. That is the exact opposite of the abolition of the law, as argued by Agamben. It is impossible to have the experience of the light without the law, without its empty claim to validity, without its lying, without its paradoxes,

13 *Giorgio Agamben, Homo Sacer: Die souveräne Macht und das nackte Leben* (2002), 66 ff.

14 *Derrida* (FN 2), 70.

13 *Giorgio Agamben, Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life* (1998), 55 f.

14 *Derrida*, (FN 2), 208.

gen können. Denn die Verzweiflung, die Kafka evoziert, betrifft nicht die Lebenslüge des Gesetzes, die Agamben zerstören möchte, weil sie die Gerechtigkeit verhindert. Das ist zu einfach. Dann kann man in der Tat das Gesetz beiseitelassen, es abschalten, es abschaffen. Diese Möglichkeit steht immer offen. Vielmehr macht der Mann die verblüffende Erfahrung, dass gerade die Lebenslüge des Gesetzes notwendig ist, um den Ausblick auf Gerechtigkeit wenigstens momenthaft zu ermöglichen. Oder anders: dass Gerechtigkeit auf die Obszönitäten des Gesetzes angewiesen ist. Gerechtigkeit ist ohne Gesetz nicht zu haben.

Nur aus dem *untrennbaren Zusammenhang aller drei Ereignisse* lässt sich die Sterbeszene interpretieren – unverlöschlicher Glanz, singuläre Bestimmung, Schließen des Tors. Im Lichte des Glanzes bedeutet das Schließen der Tür nicht Abschaffen des Gesetzes, nicht seine Aufhebung in einer kommenden Gemeinschaft. Ebenso wenig lässt sich die Gleichzeitigkeit von Glanz und Türschließen auf den Gegensatz einer unheilvollen Gegenwart und dem Versprechen einer fernen guten Zukunft reduzieren, wie es bei Agamben erscheint. Das wäre Manichäismus, der sich die kommende Gemeinschaft nur vom Muselman, also von der tiefsten Erniedrigung erhofft.¹⁵ Und der das Heil einer neuen Gemeinschaft von der Abschaffung des Gesetzes abhängig macht. Glanz und Dunkel aber fallen im gegenwärtigen Ereignis zusammen. Im Dunkel kurz vor dem Schließen der Tür erscheint der Glanz als *die momenthaft aufblitzende Chance, dass im Scheitern des Rechts vor dem Gesetz Gerechtigkeit möglich ist.*

In einer Individualsicht würde man dies so interpretieren, dass der Mann am Ende seiner Qualen die subjektive Erkenntnis

without its obscenity. No law – no light. The absence of law which Agamben hopes for will never be able to generate the light. For the desperation which Kafka evokes does not relate to the grand delusion of the law, which Agamben would like to destroy, because it hinders justice. That is too simple. The law can indeed be set aside, switched off, abolished. This possibility always remains open. On the contrary, the man makes the astonishing discovery that it is precisely the grand delusion of the law that is necessary in order to render the prospect of justice at least momentarily possible. Or to put it another way: justice is dependent upon the obscenities of the law. Justice cannot be had without the law.

It is only on the basis of the *inseparable connection between all three events* that the death scene can be interpreted – inextinguishable light, singular intention, closing of the door. In the shining light that appears, the closing of the door does not signify the abolition of the law, or its cancellation in any future community. Neither can the fact that the light appears simultaneously with the closing of the door be reduced to the opposition between a doom-laden present and the promise of a distant good future, as Agamben would suggest. That would be Manichaeism, which only hopes for the future community from the “Muslim” i.e. from the deepest humiliation.¹⁵ And which makes the salvation of the “coming community” dependent upon the abolition of the law. But in the present event the light and the darkness coincide. In the darkness shortly before the closing of the door, the light appears as *the momentary spark of a chance that in the failure of Law before the law, justice is possible.*

In an individual perspective, this would mean that the man, at the end of his torments, experiences the subjective recogni-

15 *Agamben* (FN 13), 190 ff.

15 *Agamben*, (FN 13), 185 f.

individueller Gerechtigkeit macht. Eine institutionelle Sicht würde einen Schritt weiter gehen und könnte diese Möglichkeit auf den einzelnen Rechtsgang beziehen und sie darauf begrenzen. Nur für den singulären Konflikt, nicht aber für andere Konflikte, ist dieser Zugang zum Gesetz bestimmt und nur für ihn ein Durchblick auf die allein für ihn bestimmte Gerechtigkeit möglich. Eine strikt auf den Einzelfall begrenzte Gerechtigkeit ist möglich, aber dies ist ohne jede Chance auf Verallgemeinerung. Die Gerechtigkeit des Einzelprozesses hat keine Fortwirkung, sondern die Tür der Rechtskraft schließt sich, sie muss in jedem Prozess neu geöffnet werden und schließt sich stets danach.

Das sind zwei mögliche Interpretationen. Man kann sich aber fragen, ob der Text nicht eine Lesart erlaubt, die Kafkas Kritik der Rechtsmoderne auf die Spitze treibt. Der autonome Rechtsdiskurs selbst wäre dann das Kollektivsubjekt vor dem Gesetz, das den Glanz nur in der Selbsttranszendierung angesichts des für ihn allein bestimmten Gesetzes erfahren kann. In dieser Selbsttranszendierung läge weder die Zukunft einer Abschaffung des Rechts noch eine Rückkehr in die eingebettete Gesetzmäßigkeit traditioneller Gesellschaften. Dass Kafka frei von jeglicher Nostalgie für das vormoderne Recht ist, zeigen die Erfahrungen, die im Schloss der Landvermesser mit den repressiven Strukturen der dörflichen Gemeinschaft macht, gegen die er sich stets auflehnt. „Nur für dich bestimmt“ hieße dann *Eigen-Gerechtigkeit des modernen autonomen Rechts*, die nur es selbst aus der Überwindung des Gesetzes entwickeln und dabei auf keine anderen Institutionen, weder auf Politik noch auf Wissenschaft, Moral, Religion, zurückgreifen kann. In der Moderne ist eine gesellschaftsweite Gerechtigkeit ausgeschlossen, es gibt nur eine für das Recht bestimmte Eigengerechtigkeit, die sich von anderen Eigengerechtigkeiten, der Politik,

tion of individual justice. An institutional perspective would go one step further, and could relate (and restrict) this possibility to the single legal procedure. It is only for this singular conflict, and not for other conflicts, that this entrance to the law is determined, and it is only in respect of this singular conflict that a perspective of the justice which is intended solely for it is possible. A justice which is strictly limited to the individual case is possible, but there is no possibility whatsoever of any generalisation to other cases. The justice associated with the individual trial has no continuing effect; on the contrary the door of *res judicata* is closed, and must be opened anew in each trial, after which it is always closed.

These are two possible interpretations. We may ask, however, whether the text does not allow of a reading that takes Kafka's critique of modernity's Law to an extreme level. Autonomous legal discourse itself would then be the collective subject before the law, which is able to experience the shining light only in self-transcendence in the face of the law which is intended for it alone. In this self-transcendence there would be neither a future in which the Law is abolished nor any return to the embedded legality of traditional societies. The fact that Kafka is not in any way nostalgic about the Law of the pre-modern age is demonstrated by the experiences of the land surveyor in "The Castle", with the repressive structures of the village community, against which he is constantly rebelling. "Meant solely for you" would then mean the exclusively *judicial justice of modern autonomous Law*, a justice which can only develop such Law itself, from the overcoming of the law, and without having any recourse to any other institutions – not politics, not science, not morality, not religion. In the modern age, a justice that might apply to the whole of society is impossible, there is only a particular justice intended for the Law, a justice which is

der Moral oder der Wirtschaft, deutlich unterscheidet. Eigentranszendenz des modernen Rechts hieße dann, dass es für das Recht als singuläre Institution einen eigenen Weg zur Gerechtigkeit gibt, den nur es selbst und keine andere Institution gehen kann. Erst in der Blindheit, in der das moderne dekontextualisierte Recht gefangen ist, kann es den Glanz seiner Transzendierung wahrnehmen. Nicht der Zugang eines individuellen Gewissens zur Transzendenz ist gemeint, sondern ein Kollektivzugang zur Transzendenz, der aber nicht die Gesellschaft als ganzes betrifft, sondern das Selbsttranszendieren des Rechts-Diskurses selbst.¹⁶

VI. Bifurkation

Denkt man in dieser Weise die drei Ereignisse zusammen, dann eröffnen sich zwei einander widersprechende Lesarten, die das Verhalten des Mannes beurteilen.

In der einen Interpretation ist es gerade das bloße Sitzenbleiben, diese nicht besonders rühmliche, aktivistische Passivität des Mannes, die ihm die Gerechtigkeit erkennen lässt. Das geduldige Warten des Mannes, aber auch seine unersättlichen Fragen waren doch nicht vergeblich. Er gewinnt Urteilskraft im letzten Moment seiner Anstrengungen. Dies deshalb, weil er darauf verzichtet hat, in die unendliche Leere des Gesetzes einzudringen und stattdessen in einer Daueranstrengung verschiedene Welten zu überbrücken versucht. Er befindet sich nicht „im“ Gesetz, sondern er bleibt draußen „vor“ dem Gesetz, außerhalb des Gesetzes, auf der Schwelle, in der permanenten Auseinandersetzung mit dem Türhüter, um dort zwischen dem Leben und dem Gesetz zu vermitteln. Urteilskraft bewährt sich nicht einfach in der Subsumtion des Besonderen

clearly distinct from other particular justices (those of politics, morality or economics). Self-transcendence of modern Law would then mean that for the Law as a singular institution there is a separate path to justice which only the Law itself and no other institution can follow. It is only in the blindness in which modern decontextualised Law is caught up that it is able to see the shining light of its self-transcendence. It is not the entrance of an individual conscience to transcendence that is intended, but a collective entrance to transcendence, although this entrance does not affect society as a whole, but the self-transcendence of legal discourse itself.¹⁶

VI. Bifurcation

If we think of the three events together in this way, then two mutually contradictory interpretations are revealed, by which the behaviour of the man is judged.

In one interpretation, it is precisely the mere fact of sitting there, this not particularly laudable “activism/passivism” of the man, that allows him to perceive justice. The man’s patient waiting, and also his insatiable questions, have not been in vain. He obtains power of judgement in the final moment of his endeavours. And he does so because he has decided not to penetrate into the infinite emptiness of the law and instead has tried, in one continuing endeavour, to establish a bridge between different worlds. He is not “in” the law, but remains outside, “before” the law, on the threshold, in the permanent confrontation with the doorkeeper, in order – from that position – to mediate between life and the law. Power of judgement is proved not simply in the subsumption of the particular within the general, but in the bridging of two irreconcilable worlds.¹⁷

16 Dazu ausführlicher *Gunther Teubner*, Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts? *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 29 (2008), 9 ff., 25 ff.

16 For more detail on this subject see *Gunther Teubner*, Self-Subversive Justice: Contingency or Transcendence Formula of Law? *Modern Law Review* 72 (2009), 1 ff.

unter das Allgemeine, sondern in der Überbrückung zweier unversöhnlicher Welten.¹⁷ Kafka radikalisiert den zu überbrückenden Gegensatz: nicht bloß in Richtung Verstand/Gefühl, sondern Rechtskalkulation/Irrationalität, Ordnung des Gesetzes/Chaos des Lebens, ja letztlich Immanenz/Transzendenz.

Diese Interpretation kommt der raffinierten Volte entgegen, mit der Jacques Derrida seine eindrucksvolle Dekonstruktion des Rechts enden lässt.¹⁸ Nach einer radikalen Transzendierung des positiven Gesetzes, nach dem Gang durch die Wüste, nach dem Delirium der unendlichen Gerechtigkeit, so fordert Derrida überraschend, müsse ein „Kompromiss“ stattfinden, ein Kompromiss der unendlichen Gerechtigkeit mit der trivialsten Kalkulation der Rechtsfolgen, der banalen Subsumtion unter eine Rechtsregel. Die erschütternde Erfahrung der Gerechtigkeit darf nach Derrida nicht als Alibi für die Gelassenheit dienen, mit der eine mögliche Zukunft erwartet wird.

„Auf sich selbst gestellt, sich selbst preisgegeben, aufgegeben und allein gelassen, befindet die sich allen Berechnungen, allem Kalkül trotztende, Gerechtigkeit spendende Idee stets in nächster Nähe zum Bösen, ja zum Schlimmsten, da das perverseste Kalkül sie sich stets wieder aneignen kann. ... Die jeder Berechnung, jedem Kalkül trotztende Gerechtigkeit befiehlt also die Berechnung und das Kalkül.“¹⁹

Kafka radicalises the opposition that has to be bridged: not merely in the direction of reason versus emotion, but as legal argument versus irrational decision, the order of the law versus the chaos of life, and indeed ultimately immanence versus transcendence.

This interpretation approaches the sophisticated sleight-of-hand by which Jacques Derrida brings his impressive deconstruction of the Law to its conclusion.¹⁸ After a radical transcendence of the positive law, after the passage through the wilderness, after the delirium of infinite justice, there must come about (as Derrida surprisingly demands) a “compromise”, a compromise of infinite justice with the most trivial calculation of legal consequences, of banal subsumption under a rule of law. According to Derrida, the shattering experience of justice ought not to serve as an alibi for the composure with which a possible future is expected.

“Left to itself, the incalculable and giving (donatrice) idea of justice is always very close to the bad, even to the worst for it can always be reappropriated by the most perverse calculation. ... And so incalculable justice requires us to calculate.”¹⁹

17 Bekanntlich lokalisierte Kant die Urteilskraft weder auf dem Gebiete des Verstandes noch auf dem der praktischen Vernunft, sondern bestimmte sie als ein „Verbindungsmittel der zwei Teile der Philosophie zu einem Ganzen“, *Immanuel Kant* (1790), *Kritik der Urteilskraft* (1992) 84.

18 *Jacques Derrida*, *Gesetzeskraft: Der ‚mystische Grund der Autorität‘* (1991), 56 ff., 122 ff. Dies hat starke Irritationen im dekonstruktivistischen Lager ausgelöst, *Cornelia Vismann*, *Das Gesetz ‚DER Dekonstruktion‘*, *Rechtshistorisches Journal* 11 (1992), 250 ff.

19 *Derrida* (FN18), 57.

17 As is well known, Kant located the power of judgement not in the sphere of pure reason, nor in the sphere of practical reason, but defined it as a means of combining the two parts of philosophy to a single whole, *Immanuel Kant* (1790), *Kritik der Urteilskraft* (1992), 84.

18 *Jacques Derrida*, *Force of Law: The Mystical Foundation of Authority*, *Cardozo Law Review* 11 (1990), 919 ff., 969 ff., 1044 f. This triggered great irritation in the deconstructivist camp, *Cornelia Vismann*, *Das Gesetz ‚DER Dekonstruktion‘*, *Rechtshistorisches Journal* 11 (1992), 250–264.

19 *Derrida* (FN 18), 971.

In die Paradoxien des Gesetzes immer tiefer eindringen und dort im poststrukturalistischen Quietismus verharren zu wollen, das gerade wäre dann die schuldhafte Verfehlung. Stattdessen müsste der demütigende Dauerkompromiss mit dem obszönen Türhüter von ihm verlangt werden. Der Glanz erscheint erst im Wieder-Schließen der Tür, im endgültigen Versagen des Eingangs. Das wäre nicht einfach Erfüllung im Scheitern, sondern Erfüllung nur nach den Mühen der Begegnung, des Kompromisses mit der Berechnung, der Demütigung, der Bestechung, der Sisyphos-Arbeit des Rechtsdiskurses. Nicht das Lob der mystischen Gewalt, sondern das Lob des Kompromisses zwischen der mystischen Erfahrung der Gerechtigkeit und der banalen Berechnung von Rechtsfolgen – das wäre die eine Interpretation, die dem Abwarten des Mannes Recht gibt.

Die andere Interpretation lässt sich im Zusammenlesen mit einem anderen Text Kafkas erschließen. Sie akzeptiert nicht, dass die mühselige Auseinandersetzung mit dem Türhüter Gerechtigkeit erzeugt. Im Gegenteil, der Mann muss im Glanze erkennen, er hätte Gerechtigkeit erlangen können, wenn er sich nicht auf die sinnlosen Befragungen des ersten Türhüters eingelassen hätte, sondern wenn er nur den Mut aufgebracht hätte, den Kampf mit den anderen mächtigeren Türhütern aufzunehmen und in das Gesetz einzudringen, soweit ihn seine Kräfte trugen. Der Gehorsam des Mannes, dass er vor der Tür sitzenbleibt, diese Pflichterfüllung ist die Pflichtverletzung. Statt nur den ersten Hüter zu bestechen, hätte der Mann den Mut aufbringen müssen, das Zugangsverbot zu brechen und den Kampf ums Recht aufzunehmen. Auch in dieser Lesart ist der Glanz für ihn ein Erlebnis, das ihn hier und heute überkommt. Denn er „erkennt“ jetzt die Gerechtigkeit. Aber nur als eine andere, deren Gelegenheit er verpasst hat.

To penetrate ever deeper into the paradoxes of the law, and to wish to remain there in post-structuralist quietism – this would then be the culpable error. Instead, the humiliating continuing compromise with the obscene doorkeeper must be demanded of him. The shining light appears only in the re-closing of the door, in the final refusal of entry. That would not simply be fulfilment in failure, but fulfilment only after the labours of the encounter, the compromise with calculation, the humiliation, the bribery, the Sisyphian work of legal discourse. It is not the praise of the mystic power alone, but the praise of the compromise between the mystic experience of justice and the banal calculation of legal consequences – that would be the only interpretation that would justify the man's waiting.

The other interpretation is revealed if the parable is read alongside another text of Kafka. This interpretation does not accept that the toilsome confrontation with the doorkeeper results in justice. On the contrary, the man is forced to realise in the shining light that he could have obtained justice if he had not allowed himself to become involved in the meaningless questioning of the first doorkeeper, and had instead only found the courage to do battle with the other more powerful doorkeepers and penetrate into the law as far as his strength would take him. This obedience that leads the man to remain sitting in front of the door, his fulfilment of duty, is his violation of duty. Instead of only bribing the first keeper, the man should have found the courage to break the entrance ban and to take up the fight for the Law. In this reading also, the shining light is an experience that comes over him here and today. For he now “recognises” justice – but only as another justice, the opportunity represented by which he has failed to grasp.

Wie aber diese andere Gerechtigkeit zu erreichen wäre, ist „vor dem Gesetz“ nur negativ ausgedrückt, nur als die enttäuschende Erfahrung, die große Chance versäumt zu haben. Dass und auf welche Weise in Kafkas Werk die positive Herstellung von Gerechtigkeit als möglich erscheint, erfährt man eher aus dem Text „Eine Kaiserliche Botschaft“. Auch hier die Dreiecksituation zwischen einer fernen Autorität, einem der Autorität Unterworfenen und einem Vermittler, nur dass hier die Bewegungsrichtung umgekehrt ist. Auch hier ein Mittler, nicht der Türhüter, sondern der kaiserliche Bote, der mit übergroßer Anstrengung versucht, dass die Botschaft der Autorität den Unterworfenen erreicht. Und auch hier die herbe Enttäuschung, dass eine reale Vermittlung der beiden Welten unmöglich ist und die Kommunikation über den Boten eine vergebliche Hoffnung ist. Stattdessen: „Niemand dringt hier durch und gar mit der Botschaft eines Toten“. Aber dann der alles entscheidende Satz: „Du aber sitzt an Deinem Fenster und erträumst sie Dir, wenn der Abend kommt.“²⁰

Welche der beiden Lesarten angemessen ist, ob die Gerechtigkeit in der geduldigen, selbstquälerischen, demütigenden Auseinandersetzung mit dem obszönen Hüter des Gesetzes zu finden oder gerade umgekehrt in der kollektiven Imagination des vor dem Gesetz sich ereignenden Rechtsdiskurses, der unbedingt in das Gesetz eindringen will, muss offen bleiben. Für beide Lesarten gilt aber: Auch wenn der Glanz alles überstrahlt, ein Triumph der Gerechtigkeit findet nicht statt. Die kafkaeske exzessive Ambivalenz macht auch vor dem unverlöschlich aus dem Gesetz hervorbrechenden Glanz nicht halt. Kafka verweigert die Antwort auf die Frage, „ob es wirklich dunkler wird oder ob ihn nur die Augen täuschen“. Ist dies wirklich der Glanz der Gerechtigkeit? Der Tran-

But the question of how this other justice might be attained is only expressed negatively “before the law”, only as the disappointing experience of having missed the big opportunity. That the positive establishment of justice appears possible in Kafka’s work, and the way in which this might come about, is more readily seen in “An Imperial Message”. Here also, we have the triangular situation between a distant authority, a subject of that authority, and an intermediary, although in this case the direction of movement is reversed. Here also there is a go-between, not a doorkeeper but an imperial messenger who makes superhuman efforts to ensure that the message from the authority reaches the subject. And here too there is the bitter disappointment of discovering that any real mediation between the two worlds is impossible, and the communication via the messenger is a vain hope. Instead: “Nobody could fight his way through here even with a message from the dead man.” Then, however, comes the all-deciding sentence: “But you sit at your window when evening falls and dream it to yourself.”²⁰

The question of which of the two readings is appropriate – whether justice is to be found in the patient, self-tormenting, humiliating confrontation with the obscene keeper of the law, or conversely in the collective imagination of the legal discourse that takes place before the law and absolutely wants to penetrate through to the law – must remain open. For both readings, however, the same applies: even when the shining light illuminates everything, there is no triumph of justice. Kafka’s excessive ambivalence continues, even before the light that shines inextinguishably out of the law. Kafka refuses to answer the question as to “whether it is really getting darker or if his eyes are deceiving him”. Is this really the shining light of justice? Of transcendence?

20 Franz Kafka, Eine kaiserliche Botschaft, in: *Kafka*, Drucke zu Lebzeiten (1996), 280 ff.

20 Franz Kafka, *The Complete Stories* (1972), 8.

szenden? Und wenn, ist es dann ein Glanz, der von außen kommt – von Gott, von Wissenschaft, Politik, Moral oder Naturrecht? Oder von innen als Selbsttranszendierung aus dem Arkanum des Rechts selbst? Oder doch nur ein bloßer Abglanz? Ein bloß glänzender Schein, der die dunkle Leere verdeckt? Eine gleisnerische Selbsttäuschung des in seiner formalen Autonomie blind gewordenen modernen Rechts? Aus dieser Ambivalenz kann niemand herauskommen, weil uns kein Kriterium zur Verfügung steht, zwischen dem kollektiven Erträumen der Gerechtigkeit und der kollektiven Selbsttäuschung zu unterscheiden.

VII. *Literaturrecht*

Kafka erscheint nach allem als ein sensibler Beobachter des modernen Rechts, dessen Einsichten der Rechtssoziologie und Rechtsphilosophie zu denken geben. Die Treffsicherheit, mit der Kafka die Ambivalenzexzesse des Rechts schildert, erscheint höher als die mancher Sozialtheoretiker, welche die Dilemmata der Rechtsmoderne aufdecken. Max Weber fasste dies Dilemma so, dass die interne formale Rationalität des Rechts von irrationalen Außeneinflüssen der Wirtschafts- und Politikinteressen gefährdet ist. Dem erwidert Kafka, dass gerade die innerste Formalrationalität des Rechts zutiefst irrational ist. Hans Kelsens Versuchen, die Reinheit der Normativität des Rechts gegenüber unreinen empirischen Einflüssen zu bewahren, lässt Kafka an der Beobachtung scheitern, dass die Obszönität des Rechts gerade seiner Reinheit entspringt. Das Gespräch im Dom zwischen Josef K. und dem Gefängniskaplan straft alle Versuche einer rationalen Argumentationstheorie des Rechts, wie sie Habermas oder Alexy unternehmen, Lügen. Dies Gespräch kann es, was Gelehrsamkeit, Interpretationskunst, Gleichheit der Artikulationschancen, Aufrichtigkeit und Authentizität der Diskussionsteilnehmer anlangt, allemal mit den Anforderungen der Diskursrationalität auf-

And if so, is it then a light that comes from outside – from God, from science, from politics, from morality or from natural law? Or does it come from within, as a self-transcending from the “arcanum” of the law itself? Or is it merely some kind of reflected light? A mere shimmering illusion concealing the dark emptiness? A hypocritical self-deception on the part of modern Law, which has become blind in its formal autonomy? It is impossible to escape from this ambivalence, because there is no criterion available to us by which we can distinguish between a collective imagination of justice and a collective self-deception.

VII. *Law and literature*

All in all, Kafka appears to be a sensitive observer of modern Law, whose insights provide legal sociology and legal philosophy with much food for thought. The accuracy with which Kafka portrays the excessive ambivalence of the Law seems to be at a higher level than that of many social theoreticians who reveal to us the dilemmas of Law in the modern age. Max Weber defined this dilemma in terms of the internal “formal” rationality of the Law being at risk from “material” irrational outside influences emanating from economic and political interests. Kafka’s response is that it is precisely the inmost formal rationality of the Law that is most deeply irrational. Hans Kelsen’s attempts to preserve the “purity” of Law’s normativity against impure empirical influences fail in light of Kafka’s observation that it is precisely from its purity that the obscenity of the Law springs. The conversation in the cathedral between Josef K. and the chaplain gives the lie to all attempts at a rational argumentation theory of the Law such as those of Habermas or Alexy. In terms of scholarliness, interpretative skill, equality of opportunities for articulation, honesty and authenticity of the participants in the discussion, this conversation certainly meets the requirements of rational dis-

nehmen. Und dennoch endet es nicht im befreienden Konsens, sondern in Ungewissheit, Paralyse, Angst und Beklemmung. Und Luhmann muss sich von Kafka sagen lassen, dass seine Entparadoxierungsstrategien, die im Angesicht der Paradoxie flugs eine neue Unterscheidung erfinden, niemals den „unverlöschlichen Glanz, der aus der Tür des Gesetzes hervorbricht“ sehen werden, weil sie sich dem Paradox nicht aussetzen, sondern „vor dem Gesetz“ und seinen Paradoxien Halt machen und schnellstens den Rückzug in die Routine antreten.

Wozu dann aber die literarische Form, warum schreibt der erfahrene Versicherungsrechtspraktiker Dr. jur. Franz Kafka nicht gleich eine auf Trab gebrachte Rechtssoziologie? Erschöpft sich Kafkas Parabel darin, der Rechtstheorie oder gar der Rechtspraxis Anregungen zu geben, wie sie mit den Paradoxien des Rechts umgehen könnten? Oder gibt es einen Mehrwert der Rechtsliteratur über die Erträge, die sie der Rechtstheorie erbringt, hinaus?

Der Schlüssel dürfte sich in gewissen Eigentümlichkeiten der Rechtspraxis „vom Lande“ finden lassen. In den langen Gesprächen zwischen Mann und Türhüter und in denen zwischen Josef K. und dem Kaplan wird sehr viel komplexer kommuniziert, als es die rationalen Wissenschaftsdisziplinen je nachkonstruieren können. Rechtswissenschaft, Rechtstheorie, Rechtsphilosophie erfassen zwar mit hohem Auflösungsvermögen die rationalen Dimensionen des Rechtsgangs, die Ordnung des Verfahrens, die Logik der Argumentation, das System der Dogmatik und die Struktur des *stare decisis*. Aber sie ignorieren das, was sie „nicht-rationale“ Elemente der Rechtspraxis nennen, und sie scheiden es regelmäßig aus der Analyse aus, ja sie müssen es ausscheiden. Der dunkle Drang nach Gerechtigkeit, die verschlungenen Wege des Rechtsgefühls, die Willkürelemente im professionellen Judiz des Richters, die Entscheidungsqualen des Geschworenengerichts,

course. And yet it does not end in a liberating consensus, but in uncertainty, paralysis, anxiety and a sense of oppression. And Luhmann has to concede to Kafka that his “deparadoxification” strategies, which under the threat of the paradox quickly invent a new distinction, will never see the inextinguishable shining light breaking forth from the door of the law, because these strategies do not expose themselves to the paradox, but stop “before the law” and its paradoxes, and commence their withdrawal back into the routine as quickly as possible.

But why, then, the literary form? Why does the experienced insurance law practitioner Dr. jur. Franz Kafka not simply write a work of well-organised legal sociology? Is the whole point of Kafka’s parable to provide legal theory or indeed legal practice with suggestions as to how they could deal with the paradoxes of the Law? Or does legal literature have an added value, over and above the benefits it provides for legal theory?

The key may be found in certain peculiarities of legal practice “from the country”. In the long conversations between the man and the doorkeeper, and between Josef K. and the chaplain, the communication is at a much more complex level than could ever be post-construed by rational academic disciplines. It is true that legal doctrine, jurisprudence and the sociology of law describe in great detail the rational dimensions of the legal system, the ordering of the proceedings, the logic of argumentation, the construction of legal doctrine and the structure of “*stare decisis*”. But they pay no attention to what they term the “non rational” elements of legal practice, and normally exclude these from analysis, indeed they have to do so. The dark urge for justice, the convoluted pathways of the sense of justice, the arbitrary elements in the judge’s professional judgement, the decision-making torments of the jury trial, the obscene elements in legal procedure, the foundational and the

das Obszöne im Rechtsgang, die Gründungs- und Entscheidungsparadoxien des Rechts – insgesamt die eigentlichen Exzesse der Rechtsambivalenz – können nicht oder nur mit wenig Tiefgang von den Wissenschaftsdisziplinen nachkonstruiert werden. Was sagen schon logische oder systemtheoretische Analysen der Rechtsparadoxien aus gegenüber der schmerzhaften Erfahrung der Paralyse und ihrer rauschhaften Auflösung im Glanze, wie sie dem Mann vom Lande im Moment seines Sterbens widerfahren? In den Verwinkelungen des Gerichtsprozesses, im Arkanum der Verwaltungsbürokratien und in den vertrackten Klauselwerken der Kautelarjurisprudenz schafft sich die Rechtspraxis eine Zweitfassung der Realität, ähnlich wie sich die Kunst oder die Religion eine Eigenwelt erschaffen, welche die Rationalität der sie beobachtenden Wissenschaften nur begrenzt nachvollziehen kann. Und selbst die Rechtsdogmatik, die ihrerseits eine wissenschaftlich schon nicht mehr legitimierbare Eigenabstraktion des Rechtsgeschehens darstellt, ist nicht in der Lage, die Rechtsarkana mit ihren begrifflichen Mitteln zu kontrollieren. Sozialwissenschaft und Rechtsdogmatik können die arkanen Räume der Rechtspraxis nur als irrational ausweisen und verurteilen. So geschieht es auch in rechtssoziologischen Untersuchungen zu den Vor-Urteilen der Justiz. Ebenso in den Urteilsanalysen der Argumentationstheorie. Diese zweite Realität ist nicht nur der Rechtsprozess mit seinen verschiedenen Rollen, seinen Normen. Begriffen und Prinzipien, sondern eine ganze Rechtswelterzeugung, die völlig anders aussieht als die Alltagswelt oder die Welt der Wissenschaften.

In die Geheimwelten der Rechtspraxis finden jedoch literarische Rekonstruktionen einen eigenständigen Einblick. Sicherlich, auch sie haben keinen direkten Zugang ins Gesetzesinnere, aber die literarische Beobachtung produziert einen Mehrwert, der über die bisher avancierteste Soziologie des Rechtsparadoxes, wie sie etwa Luhmann bietet, hinausgeht. Er lässt sich indirekt

decision-making paradoxes of the Law – generally speaking, the particular excesses of legal ambivalence – cannot be post-constructed by the academic disciplines, or not in any depth. What can logical or theoretical analyses of the legal paradoxes say about the painful experience of the paralysis, and about its ecstatic resolution in the shining light, that are experienced by the man from the country at the moment of his death? In the intricacies of the court trial, in the *arcana* of administrative bureaucracies, and in the practitioners' complicated contractual constructions, legal practice creates for itself a second version of reality, rather as art or religion create their own worlds, which can only be perceived to a limited extent by the rational approach of the academic disciplines that observe them. And even legal doctrine, which in turn represents a peculiar abstraction of legal practice which can not be regarded as academically legitimate, is not capable of controlling Law's *arcana* by means of its conceptual tools. Social science and legal doctrine can only qualify the deeply hidden areas of legal practice as irrational, and condemn them as such. The same happens when legal sociology investigates the pre-judgements of the judiciary, and when argumentation theory analyses judgements. This second reality is not just the legal trial with its various roles, its norms, concepts and principles, but also an entire propagation of a legal world, a world which looks completely different from the everyday world or the world of academic disciplines.

Yet literary reconstructions can attain an independent insight into the secret worlds of legal practice. Assuredly, they do not have any direct access to the inmost recesses of the law either, but literature's observation produces an added value that goes beyond the most highly advanced sociology of the legal paradox to date, such as is posited by Luhmann, for example. This added value

umschreiben als Erfahrbarkeit der Paradoxien des Rechts, affektiver Nachvollzug der Urteilspraxis, Stimmungsgehalt der Unge rechtlichkeit. Die Kunst des Rechts kommuniziert über das sprachlich Nicht-Kommunizierbare im Rechtsgeschehen, siehe Michelangelos Moses. Für die Literatur des Rechts scheint dies kontra-intuitiv, denn sie kommuniziert ja schließlich sprachlich über das Recht, sie teilt vergleichbar der Rechtsdogmatik ein Wissen über die Rechtswelt mit. Aber ihre eigentlich literarische Botschaft sind nicht die Inhalte, sondern das verbal nicht Kommunizierbare, aber dennoch in den Worten Mitkommunizierte, siehe Kleists "Kohlhaas", Kafkas "Prozeß", Borges' "Deutsches Requiem". „Sie funktioniert als Kommunikation, obwohl, ja weil sie durch Worte (von Begriffen ganz zu schweigen), nicht adäquat wiedergegeben werden kann.“²¹ Damit soll die Rolle der Rechtsliteratur keineswegs auf das „Rechtsgefühl“ reduziert werden, darauf, dass sie bloß Affekte im psychischen Geschehen auslöst. Vielmehr bringt es die Duplizierung der Sinnproduktion in Bewusstsein und in Kommunikation mit sich, dass in der Rechtsliteratur genuine Kommunikation über das sprachlich Nicht-Kommunizierbare stattfindet. Kafkas Parabel hat ihren Mehrwert darin: Das Nichtkommunizierbare des Rechts wird durch die literarische Form und nur durch sie kommunikabel. Weder in der Rechtsdogmatik noch in der Rechtstheorie, aber in der Erzählung „vor dem Gesetz“ wird das Arkanum des Rechts erfahrbar.

can be indirectly described as the possibility for the paradoxes of the Law to be experienced, an affective re-enactment of the practice of judgement, the “mood content” of injustice. Art, in dealing with the Law, communicates messages about legal events that cannot be communicated in words (see Michelangelo’s Moses). As far as the literature of the Law is concerned, this seems counter-intuitive, for ultimately of course it does communicate about law in words; in a way that is comparable to legal doctrine, it conveys a peculiar knowledge about the legal world. But its actual literary message is not made up of the content, but of something that is verbally non-communicable but is nevertheless communicated together with the words (see Kleist’s “Michael Kohlhaas”, Kafka’s “The Trial”, Borges’ “Deutsches Requiem”). “Art functions as communication although – or precisely because – it cannot be adequately rendered through words (let alone through concepts).”²¹ Thus the role of legal literature should by no means be reduced to the psychological sense of justice (*Rechtsgefühl*), to the fact of its merely giving rise to affects in the psychological event. On the contrary, the duplication of meaning production in consciousness and in communication has the effect that in legal literature there is genuine communication about what cannot be communicated in words. The added value of Kafka’s parable lies in the non communicable aspects of the Law being made communicable by the literary form, and only by the literary form. It is not in legal doctrine, or in legal theory, that we experience some of the secret depths of the Law, but in the story “before the law”.

21 Niklas Luhmann, Die Kunst der Gesellschaft (1995), 36.

21 Niklas Luhmann, Art as a Social System (2000), 19.

Anhang: Vor dem Gesetz

Vor dem Gesetz steht ein Türhüter. Zu diesem Türhüter kommt ein Mann vom Lande und bittet um Eintritt in das Gesetz. Aber der Türhüter sagt, daß er ihm jetzt den Eintritt nicht gewähren könne. Der Mann überlegt und fragt dann, ob er also später werde eintreten dürfen. „Es ist möglich“, sagt der Türhüter, „jetzt aber nicht.“

Da das Tor zum Gesetz offensteht wie immer und der Türhüter beiseite tritt, bückt sich der Mann, um durch das Tor in das Innere zu sehn. Als der Türhüter das merkt, lacht er und sagt: „Wenn es dich so lockt, versuche es doch, trotz meines Verbotes hineinzugehn. Merke aber: Ich bin mächtig. Und ich bin nur der unterste Türhüter. Von Saal zu Saal stehn aber Türhüter, einer mächtiger als der andere. Schon den Anblick des dritten kann nicht einmal ich mehr ertragen.“ Solche Schwierigkeiten hat der Mann vom Lande nicht erwartet; das Gesetz soll doch jedem und immer zugänglich sein, denkt er, aber als er jetzt den Türhüter in seinem Pelzmantel genauer ansieht, seine große Spitznase, den langen, dünnen, schwarzen tatarischen Bart, entschließt er sich, doch lieber zu warten, bis er die Erlaubnis zum Eintritt bekommt. Der Türhüter gibt ihm einen Schemel und läßt ihn seitwärts von der Tür sich niedersetzen. Dort sitzt er Tage und Jahre. Er macht viele Versuche, eingelassen zu werden, und ermüdet den Türhüter durch seine Bitten. Der Türhüter stellt öfters kleine Verhöre mit ihm an, fragt ihn über seine Heimat aus und nach vielem andern, es sind aber teilnahmslose Fragen, wie sie große Herren stellen, und zum Schlusse sagt er ihm immer wieder, daß er ihn noch nicht einlassen könne. Der Mann, der sich für seine Reise mit vielem ausgerüstet hat, verwendet alles, und sei es noch so wertvoll, um den Türhüter zu bestechen. Dieser nimmt zwar alles an, aber sagt dabei: „Ich nehme es nur an, damit du nicht glaubst, etwas versäumt zu haben.“ Wäh-

Annex: Before the Law

Before the Law stands a doorkeeper. A man from the country comes to this doorkeeper and requests admittance to the Law. But the doorkeeper says that he can't grant him admittance now. The man thinks it over and then asks if he'll be allowed to enter later. "It's possible" says the doorkeeper, "but not now." Since the gate to the Law stands open as always, and the doorkeeper steps aside, the man bends down to look through the gate into the interior. When the doorkeeper sees this he laughs and says: "If you're so drawn to it, go ahead and try to enter, even though I've forbidden it. But bear this in mind: I'm powerful. And I'm only the lowest doorkeeper. From hall to hall, however, stand doorkeepers each more powerful than the one before. The mere sight of the third is more than even I can bear." The man from the country has not anticipated such difficulties; the Law should be accessible to anyone at any time, he thinks, but as he now examines the doorkeeper in his fur coat more closely, his large, sharply pointed nose, his long, thin, blank tartar's beard, he decides he would prefer to wait until he receives permission to enter. And the doorkeeper gives him a stool and lets him sit down at the side of the door. He sits there for days and years. He asks time and again to be admitted and wearies the doorkeeper with his entreaties. The doorkeeper often conducts brief interrogations, inquiring about his home and many other matters, but he asks such questions indifferently, as great men do, and in the end he always tells him he still can't admit him. The man, who has equipped himself well for the journey, uses everything he has, no matter how valuable, to bribe the doorkeeper. And the doorkeeper accepts everything, but as he does so he says: "I'm taking this just so you won't think you're neglected something." Over the many years, the man observes the doorkeeper almost incessantly. He forgets the other doorkeepers and this first one seems to

rend der vielen Jahre beobachtet der Mann den Türhüter fast ununterbrochen. Er verißt die andern Türhüter, und dieser erste scheint ihm das einzige Hindernis für den Eintritt in das Gesetz. Er verflucht den unglücklichen Zufall, in den ersten Jahren rücksichtslos und laut, später, als er alt wird, brummt er nur noch vor sich hin. Er wird kindisch, und, da er in dem jahrelangen Studium des Türhüters auch die Flöhe in seinem Pelzkragen erkannt hat, bittet er auch die Flöhe, ihm zu helfen und den Türhüter umzustimmen. Schließlich wird sein Augenlicht schwach, und er weiß nicht, ob es um ihn wirklich dunkler wird, oder ob ihn nur seine Augen täuschen. Wohl aber erkennt er jetzt im Dunkel einen Glanz, der unverlöschlich aus der Türe des Gesetzes bricht. Nun lebt er nicht mehr lange. Vor seinem Tode sammeln sich in seinem Kopfe alle Erfahrungen der ganzen Zeit zu einer Frage, die er bisher an den Türhüter noch nicht gestellt hat. Er winkt ihm zu, da er seinen erstarrenden Körper nicht mehr aufrichten kann. Der Türhüter muß sich tief zu ihm hinunterneigen, denn der Größenunterschied hat sich sehr zuungunsten des Mannes verändert. „Was willst du denn jetzt noch wissen?“ fragt der Türhüter, „du bist unersättlich“. „Alle streben doch nach dem Gesetz“, sagt der Mann, „wieso kommt es, daß in den vielen Jahren niemand außer mir Einlaß verlangt hat?“ Der Türhüter erkennt, daß der Mann schon an seinem Ende ist, und, um sein vergehendes Gehör noch zu erreichen, brüllt er ihn an: „Hier konnte niemand sonst Einlaß erhalten, denn dieser Eingang war nur für dich bestimmt. Ich gehe jetzt und schließe ihn.“

Franz Kafka, Das Urteil und andere Erzählungen (1952), 117 ff.

him the only obstacle to his admittance to the Law. He curses his unhappy fate, loudly during the first years, later, as he grows older, merely grumbling to himself. He turns childish, and since he has come to know even the fleas in the doorkeeper's collar over his years of study, he asks the fleas too to help him change the doorkeeper's mind. Finally his eyes grow dim and he no longer knows whether it's really getting darker around him or if his eyes are merely deceiving him. And yet in the darkness he now sees a radiance that streams forth inextinguishably from the door of the Law. He doesn't have much longer to live now. Before he dies, everything he has experienced over the years coalesces in his mind into a single question he has never asked the doorkeeper. He motions to him, since he can no longer straighten his stiffening body. The doorkeeper has to bend down to him, for the difference in size between them has altered greatly to the man's disadvantage. "What do you want to know now," asks the doorkeeper, "you're insatiable." "Everyone strives to reach the Law," says the man, "how does it happen, then, that in all these years no one but me has requested admittance." The doorkeeper sees that the man is nearing his end, and in order to reach his failing hearing, he roars at him: "No one else could gain admittance here, because this entrance was meant solely for you. I'm going to go and shut it now".

Franz Kafka, *The Trial* (1998), 215 f.