

„Türhüter des Gesetzes“

Zum Erfordernis eines Open Access
zu juristischer Kommentarliteratur

Prof. Dr. Nikolas Eisentraut
Hannover, 22.4.2024

DZHW

Deutsches Zentrum für
Hochschul- und Wissenschaftsforschung ■

Forschungsanlass



- Drittmittelprojekt in der Open-Access-Förderlinie des BMBF
- Open-Access-Grundgesetzkommentar
- Plattform für OA-Kommentare nach dem Schweizer Vorbild onlinekommentar.ch
- Sozialwissenschaftliches Begleitforschungsprojekt

Gang des Vortrags

- I. Bedeutung von Kommentaren als juristische Literaturgattung
- II. Auswirkungen der Digitalisierung auf das Format Kommentar
- III. Zum Sinn oder Unsinn eines Open Access für juristische Kommentare
- IV. Normative Parameter eines Open Access für juristische Kommentare
 1. Formelle Publizität
 2. Materielle Publizität und ihre Ausprägungen

I. Bedeutung von Kommentaren als juristische Literaturgattung

„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.“ (Kafka, der Prozess)

- Kommentar als Erläuterung eines Referenztextes
- Rechtsoptionen
- Stabilisierung von
- Rechtsquellenfunktion
- Diskursfunktion

„Ist es nicht tatsächlich so, dass man das Recht weniger dem Gesetz entnimmt als dem Kommentar, der die dürren Worte des Gesetzes durch Rechtsprechung und Literatur erst angereichert, die abstrakten Normen mit Leben gefüllt hat?“ (Kästle-Lamparter)

Auswirkungen der Digitalisierung auf das Format Kommentar

Bisher:

- Hohe Herstellungskosten
- Kommerzialisierung als „Praktikerliteratur“
- Auswahl der Kommentatoren nach Renomé
- Verengung auf Praxiskommentare und Trend zu „Gerichtspositivismus“

Digitalisierungsbedingte Veränderungen:

- Herausforderung des Formats durch Datenbanken; Kommentare als „digitale Informationsbroker“
- Höhere Aktualität
- Sinken der Herstellungskosten; dadurch Möglichkeit zu Scholar-led-Publishing, zu Diversifizierung der Autor:innenschaft und zu Open Access

Zum Sinn oder Unsinn eines Open Access für juristische Kommentare

Einwände:

- Kommentare als Praktikerliteratur
- Finanzierungsbeitrag der Rechtspraxis geht im Open Access verloren

Gute Gründe:

- Bürgerschaftliche Selbstermächtigung
- Bezug zum Gesetzeswortlaut
- Verhinderung von Informationsmonopolen im digitalen Raum und bei KI
- Schaffung eines „level-playing-field“

Normative Parameter eines Open Access für juristische Kommentare

- Forschungsansatz: Ableitung eines Rechtsvermittlungsgebots
- Anknüpfungspunkt: Publizitätsgebot der Verfassung
- Publizität = Bekanntsein/Zugänglichkeit von etwas
- Grundgesetz:
 - Formelle Publizität
 - Materielle Publizität

Formelle Publizität

*„Da das Tor zum Gesetz offen steht wie immer und der Türhüter beiseite tritt, bückt sich der Mann, um durch das Tor in das Innere zu sehen. Als der Türhüter das merkt, lacht er und sagt: Wenn es dich so lockt, versuche es doch (...).“
(Kafka, der Prozess)*

- Bindet alle Akte öffentlicher Gewalt: Gesetzgebung, Judikative und Exekutive
- Ausdruck des Öffentlichkeitsprinzips
- Ausprägung in Veröffentlichungspflichten bei Gesetzen, gerichtlichen und Verwaltungsentscheidungen
- Aber begrenzt auf Veröffentlichung, rein formaler Akt

Materielle Publizität und Rechtsvermittlungsgebot

„Solche Schwierigkeiten hat der Mann vom Lande nicht erwartet, das Gesetz soll doch jedem und immer zugänglich sein (...).“ (Kafka, der Prozess)

- GG kennt Unterschied zwischen Geltung und Wirksamkeit
- Materielles Publizitätsgebot drängt auf Wirksamkeit durch Vermittlung des Gehalts einer Norm

Materielle Publizität: Herleitung und Gehalt

- Ableitung aus
 - dem Rechtsstaatsprinzip
 - Dem Demokratieprinzip
 - Den Grundrechten
 - Dem Sozialstaatsprinzip
- Gehalt
 - Begründungs-, Aufklärungs- und Vermittlungsgebot
 - Statuiert eine Bringschuld des Staates (im Gegensatz zur Holschuld)

Ausprägungen materieller Publizität – Überblick

- Verpflichtender Gehalt: inhaltliche Begründung von Hoheitsakten
- Im Übrigen: auch informelle, ergänzende oder von staatsexternen Dritten ergriffene Maßnahmen
- Konkretisiert in Förderpflichten, um Existenzbedingungen rechtsvermittelnder Institutionen sicherzustellen

Ausprägungen materieller Publizität

- Begründungspflicht von Hoheitsakten
 - Legislative: Streit um gesonderte Begründungspflicht vs. parlamentarisches Verfahren
 - Judikative
 - Exekutive
- Gebot zur Öffentlichkeitsarbeit
- Gebot zur Aufrechterhaltung eines professionalisierten Rechtssystems
- Gebot zur Öffentlichkeit von Forschung und Lehre mit Bezug zum Recht
- Gebot zur Schaffung adäquater Rezeptionsbedingungen von Recht -> **Open-Access-Kommentare als geborenes Medium, Rezeption sicherzustellen**

Ergebnisse

- Zentraler Stellenwert von Kommentaren
- Bedeutende Rolle als „digitale Informationsbroker“ bei der Digitalisierung
- GG drängt auf Schaffung materieller Publizität durch Vermittlung von Hoheitsakten
- Keine verfassungsrechtliche Pflicht spezifisch zu OA-Komentaren ableitbar, aber naheliegende Maßnahme, um adäquate Rezeptionsbedingungen von Recht zu schaffen

Vielen Dank!

Prof. Dr. Nikolas Eisentraut

eisentraut@dzhw.eu

www.nikolaseisentraut.de