

Die Digitalisierung juristischer Kommentare als Labor für den Funktionswandel des Rechts

VB verfassungsblog.de/function-follows-form/



Stefan Schlegel



Odile Ammann

This article belongs to the debate » [Open / Closed](#)

14 Juni 2023

Function Follows Form

Die Idee, dass die Form eines Artefaktes nach dessen Funktion gestaltet werden müsse, ist seit dem Ende des 19. Jahrhunderts eine zentrale Design-Maxime: *Form follows function*. Diese Idee hat nicht nur die Architektur, das Produktdesign und die Architektur von Software beeinflusst, sondern auch das „Design“ von rechtswissenschaftlichen Kommentaren. Deren Ästhetik, wenn man ihnen eine Ästhetik denn zubilligen möchte, rückt den „in Bezug genommenen Primärtext ins Zentrum des Diskurses (...) und stabilisiert damit dessen Autorität“ ([Kästle-Lamparter, 2020:6](#); vgl. auch [Bottega/Reich, 2020:282](#)).

Das Problem an dieser an sich bewährten Design-Maxime ist, dass sie impliziert, die Funktion sei fix und vorgegeben, während die Form sich nach ihr zu richten habe (zu den möglichen Funktionen von juristischen Kommentaren siehe eingehend [Kästle-Lamparter, 2016:311ff.](#)). Wo die Formen sich aber verändern, zum Beispiel, weil sich ein Produkt neu in digitaler Form erstellen lässt, muss die Frage erlaubt sein, ob es nicht noch andere als seine bisherigen Funktionen erfüllen kann. Menschen sind aber besser darin, aus der Funktion Formen abzuleiten, als aus Formen Funktionen. Daher lohnt es sich, die Frage nach alternativen Funktionen ganz gezielt zu stellen. Wir wollen das nachfolgend für das Produkt der rechtswissenschaftlichen Kommentare tun.

Wir geben gemeinsam für das Projekt „[Onlinekommentar](#)“ die Kommentierung zur Schweizer Bundesverfassung heraus (vgl. schon [diese Vorstellung](#) des Projekts auf dem Verfassungsblog). Wir können das nur, weil Kommentierungen, die online erscheinen, nicht nur die Produktion und die Nutzung juristischer Kommentarliteratur erleichtern, sondern weil die neue Form auch die Funktion von Kommentarliteratur grundlegend verändert – zumindest potentiell.

Es sind mindestens zwei Aspekte, die einen Funktionswandel durch Formwandel ermöglichen: *Erstens* verändert der Wechsel zur Form „online only“ und „open access“ das Verhältnis, das juristische Kommentarliteratur zur Rechtsprechung und allgemeiner zur Staatsmacht, aber auch zur herrschenden Lehre und zu anderen rechtswissenschaftlichen Literaturformen einnehmen kann. *Zweitens* verändert diese neue Form die Zugänglichkeit des Genres des juristischen Kommentars. Das gilt nicht nur für Leser:innen, die ansonsten kaum oder schwer Zugang zu Kommentaren haben: Dieser Formwandel verändert auch, wer als Autor:in Zugang zur Produktion dieses Genres hat. Denn der Wechsel der Form kann die Art und Weise, wie wissenschaftliche Reputation produziert wird, potentiell grundlegend verändern: Über ein spezifisches Verfahren, das für gedruckte Werke nicht praktikabel wäre und durch den Formwandel erst ermöglicht wird, statt wie bisher über Anciennität. Im Folgenden wollen wir diese beiden Aspekte der Reihe nach vertiefter diskutieren.

Funktionsverschiebung I: Zur veränderten Funktion des juristischen Kommentars als Genre

Juristische Kommentare sind ein relativ rigides Genre rechtswissenschaftlicher Literatur. Zum Teil dafür verantwortlich sind Konventionen, zum Teil aber auch die für dieses Genre bisher verwendete Form. Die Struktur ist typischerweise vorgegeben und das Zeitfenster, für das eine Kommentierung geschrieben wird, ist in zweifacher Hinsicht unflexibel: Der Kommentar muss als Gesamtwerk zu einem bestimmten Zeitpunkt fertig gestellt sein, damit das Buch in Druck kann, und die darin enthaltenen Kommentierungen für eine Zeit von 1-5 Jahren, manchmal länger, relevant bleiben, ehe eine neue Auflage erscheint. Gemeinsam mit den für Kommentare vorherrschenden Konventionen entsteht so eine Literaturgattung, die mit „Gerichtspositivismus“ umschrieben worden ist (in der Schweiz mit „Bundesgerichtspositivismus“): Eine relativ gedrängte Zusammenstellung der Rechtsprechung, mit wenig Kontext und mit beschränktem Raum für Kritik, in der das als das geltende Recht erscheint, „was die rechtsanwendenden Behörden (...) für Recht halten“ ([Bottega/Reich, 2020:276](#)). Ob intendiert oder nicht, haben juristische Kommentare so die Tendenz, bewahrend zu wirken. Diese Tendenz verschärft sich noch durch den Trend, Kurz- und Praxiskommentare zu verlegen ([Bottega/Reich, 2020:275](#)).

Onlinekommentare können ihren Umfang unabhängig von den Sachzwängen des Buchdrucks definieren. Zwar ist es wichtig, dass sie ebenfalls konzise sind und nicht geschwätzig werden; doch wenn ihre Strukturierung sinnvoll und ihre Darstellung angenehm navigierbar ist, finden sich Leser:innen (nicht zuletzt dank elektronischer Durchsuchbarkeit) rasch in ihnen zurecht. Onlinekommentare dürfen sich daher den Platz nehmen, den sie für Kontext, Kritik und Klammern brauchen. Wenn die Erstellung einer Kommentierung deshalb mehr Zeit benötigt, ist dies für das Gesamtprojekt verschmerzbar, da einzelne Kommentierungen fortlaufend publiziert werden können. Einordnungen zu aktuellen, hängigen oder sich für die Zukunft abzeichnenden Fragen sind ohne weiteres möglich: Wo sich aufgrund äusserer Ereignisse eine Neuformulierung der entsprechenden Einschätzung aufdrängt, kann eine neue Version erstellt werden, unabhängig von den Entwicklungen zum gesamten Erlass oder von der Planung einer

Neuaufgabe. In mehrsprachigen Kontexten, wie in der Schweiz, können die einzelnen Kommentierungen ausserdem in verschiedenen Sprachen publiziert werden. Für ein gedrucktes Werk ist das nicht nur ein Handicap seiner Vermarktbarkeit, es kann auch nicht auf die Möglichkeit einer automatischen Übersetzung zurückgreifen, wie das der Onlinekommentar tut (wobei, wie auf der Webseite präzisiert wird, nur die Originalfassung autoritativ und somit zitierfähig ist).

Zwar scheinen bisher kommerziell angebotene Onlinekommentare dieses sich aus der digitalen Form ergebende Potential nicht immer voll auszunützen und sich im Wesentlichen an ihren gedruckten Vorläufermodellen zu orientieren (Kästle-Lamparter, 2020:16); im Idealfall kann eine Kommentierung aber eine Funktionsveränderung oder -erweiterung erfahren. Sie bleibt als Nachschlagewerk genauso nützlich, kann sich aber kritischer und herausfordernder gegenüber den herrschenden Verhältnissen zeigen. Diese Möglichkeit verstärkt sich noch durch den zweiten Aspekt der möglichen Funktionsveränderung, nämlich durch die sich verändernde Zugänglichkeit zu Kommentaren für Autor:innen.

Funktionsverschiebung II: Zur Veränderung des Zugangs zu Wissensproduktion

Solange sie (auch) in gedruckter Form erscheinen, sind juristische Kommentare ein schriftstellerisches Genre für etablierte Autor:innen. Das kann man niemandem verdenken, weder den Verlagen noch den Herausgeber:innen, denn Etabliertheit ist die einzige Möglichkeit für diese Werke, Qualitäts- und Reputationssicherung zu betreiben. Die Technologie des Buchdrucks schafft zwei Probleme, die nur so gelöst werden können: erstens einen grossen Kapitalbedarf, um über die nötige technische Infrastruktur für einen Druck und Vertrieb zu verfügen; zweitens den Flaschenhals der Drucklegung, also das Problem, dass alle Kommentierungen (manchmal hunderte von Texten von hunderten von Autor:innen) gleichzeitig vorliegen müssen.

Das erste Problem, jenes des grossen Kapitalbedarfs, lässt sich nur lösen, wenn Kommentare gewinnbringend verkauft werden können. Das bedeutet, dass sie als „Standardwerke“ wahrgenommen werden müssen, die für die Praxis und die Wissenschaft unentbehrlich sind und für die öffentliche Institutionen und private Nutzer:innen deshalb bereit sind, erstaunlich viel Geld auszugeben. Das geht nur mit einer Marke, die diese Reputation signalisiert. Dieses Gütesiegel stellt der Verlag zur Verfügung, aber auch die Herausgeberschaft. Die Herausgeberschaft sucht den Verlag mit dem Ziel des Reputationsaufbaus aus und/oder umgekehrt. Jedenfalls führt dies in der Tendenz zu einer Verengung des Kreises möglicher Herausgeber auf besonders etablierte Personen. Open access ist mit diesem Geschäftsmodell kaum zu vereinbaren, es beisst sich mit der Vermarktbarkeit. Insofern ist auch für den Funktionswandel hin zu open access ein Formwandel hin zu „online only“ unentbehrlich.

Das zweite Problem, der Flaschenhals der Drucklegung, lässt sich nur lösen, wenn das Verfahren der Qualitätssicherung in zeitlicher Hinsicht möglichst effizient ist. Insbesondere das Verfahren einer doppelblinden Begutachtung liegt nicht drin. Ein

solches Verfahren, das nicht nur auf eine Qualitätssicherung durch die Herausgeberschaft beruht, sondern zusätzlich auf externe, spezialisierte Gutachter:innen zurückgreift, würde das Risiko, dass nicht alle Texte zur ungefähr gleichen Zeit reif sind für die Drucklegung, schlicht unbewältigbar machen. Da Kommentare zudem grundsätzlich kommerzielle Projekte sind und sein müssen, wären potentielle Gutachter:innen nicht bereit, ohne Honorar zu arbeiten. Ein solches Verfahren würde daher auch die Wirtschaftlichkeit der Kommentierung gefährden. Das Verfahren der Qualitätssicherung muss also im Wesentlichen auf eine Begutachtung durch die Herausgeber selber beschränkt bleiben. Diese Form der Qualitätssicherung kann wiederum nur erfolgreich an die potentiellen Abnehmer:innen eines kommerziellen Produktes kommuniziert werden, wenn die Herausgeberschaft (und die Autorenschaft) möglichst anerkannt ist. Wo nicht ein aufwändiges Verfahren für die Qualität bürgen kann, müssen es Namen tun. Mit anderen Worten: Diese Art der Qualitätssicherung ist strukturell konservativ; sie kann nicht anders – wegen der Form, für die sie funktionieren muss.

Mit der vollständigen Migration in den digitalen Raum entfällt ein Grossteil dieses Kapitalbedarfs. Zwar sollten die Kosten für eine Online-Infrastruktur und eine Schriftleitung keineswegs unterschätzt werden (vgl. [hier](#) und [hier](#)), aber die Notwendigkeit, einen juristischen Kommentar als kommerzielles Projekt gestalten zu müssen, entfällt. Dieser kann ein genossenschaftliches Projekt werden, und wie der Onlinekommentar in der Schweiz beispielsweise durch einen gemeinnützigen Verein getragen werden. Weil der Flaschenhals der Drucklegung entfällt, entsteht die Freiheit, ein aufwändiges, falls nötig aus mehreren Runden bestehendes Qualitätssicherungsverfahren für jeden einzelnen Text vorzusehen. Insbesondere entsteht die Zeit und die Freiheit für ein doppelblindes Begutachtungsverfahren. Beim Onlinekommentar für die Schweizer Bundesverfassung ist ein solches mehrstufiges und (was die externe Begutachtung betrifft) doppelblindes Peer-Review-Verfahren vorgesehen. Die Kommentierungen werden mehrmals einem detaillierten Review durch die Herausgeberschaft unterzogen. Zusätzlich werden die anonymisierten Beiträge von mehreren Reviewer:innen begutachtet. Nach unserer bisherigen Erfahrung finden sich für ein genossenschaftliches Projekt immer auch Gutachter:innen, die bereit sind, ihren eigenen Beitrag dazu zu leisten.

Der springende Punkt ist nun, dass diese durch die Form ermöglichte Freiheit eine Alternative zur Anciennität schafft und den Kreis möglicher Autor:innen drastisch erweitert. Weil es eine Alternative zu etablierten Namen gibt, können Kommentierungen auch dazu genutzt werden, sich einen Namen erst zu machen. Die Zugänglichkeit des Genres kann nicht nur für Leser:innen, sondern auch für Autor:innen verbessert werden. Die Vielfalt der Perspektiven auf einen Rechtstext kann vergrössert werden; das Risiko des „Gerichtspositivismus“ kann reduziert werden, weil mehr Personen von ausserhalb von Institutionen wie oberen Gerichten (aber auch von Verwaltungen und Parlamenten bzw. Parlamentsdiensten) zu Wort kommen können; innerhalb des Genres der Kommentare wird eine Zwiesprache von Generationen und Menschen mit ganz

unterschiedlichen Biografien möglich. Darin liegt eine Chance, die strukturelle Tendenz zum Konservativen, Herrschaftslegitimierenden zu überwinden, wenn man sich bewusst dafür entscheidet.

Das Projekt eines Onlinekommentares ist daher auch eine Wette darauf, dass die Qualitätssicherung (oder der „Reputationsmechanismus“, Kästle-Lamparter 2020:18) durch Anciennität mit der Zeit durch die Qualitätssicherung mittels eines (doppelblinden) Begutachtungsverfahrens abgelöst wird, das erst dank der neuen Form möglich geworden ist.

Die Veränderung der rechtswissenschaftlichen Wissensproduktion als Labor für die Veränderung des Rechts

Die hier skizzierte mögliche Dynamik beschreibt für die juristische Wissensproduktion im Kleinen, was für das Recht im Grossen beschrieben und verstanden werden müsste: Die Frage, wie die sich ändernde Form die Funktion verändert. Bezüglich der Digitalisierung juristischer Wissensproduktion tendieren wir dazu, sie als dasselbe wie bisher, nur in einer neuen, praktischeren Form zu handhaben, ohne zu fragen, wie die neue Form auch die Funktion verändert. Dieselbe Tendenz herrscht auch allgemeiner bezüglich der Digitalisierung des Rechts. Auch hier besteht die Versuchung, sie auf eine Praktikabilitätsfrage zu reduzieren. Wir gehen oft davon aus, dass die Form der juristischen Arbeit sich verändern werde, aber nicht die Funktion des Rechts. Dabei übersehen wir in der Tendenz, wie sehr der technologische Rahmen einer Gesellschaft die Möglichkeiten beeinflusst, wie diese sich als Gemeinschaft organisieren kann – und damit auch, welche Funktion das Recht in ihr übernehmen kann. Die Untersuchung und das Verständnis davon, wie sich die juristische Wissensproduktion unter dem Einfluss der Digitalisierung verändert, ist also auch ein Labor dafür, wie die Digitalisierung das Recht verändert.

LICENSED UNDER CC BY SA

SUGGESTED CITATION Schlegel, Stefan; Ammann, Odile: *Function Follows Form: Die Digitalisierung juristischer Kommentare als Labor für den Funktionswandel des Rechts*, *VerfBlog*, 2023/6/14, <https://verfassungsblog.de/function-follows-form/>.

LICENSED UNDER CC BY SA