

II. Open Access zu juristischer Kommentarliteratur

Open Access zu Kommentaren

Zu den Auswirkungen des verfassungsrechtlichen Gebots materieller Publizität auf juristische Kommentarliteratur

Nikolas Eisentraut, Hannover*

A.	Einleitung und Forschungsanlass: Das Projekt „Offener Zugang zum Grundgesetz (OZUG)“	45
B.	Bedeutung von Kommentaren als juristische Literaturgattung für den Zugang zum Recht	47
	I. Klassischer Funktionskanon	48
II.	Auswirkungen der Digitalisierung auf das Format Kommentar	49
III.	Zum Sinn oder Unsinn eines Open Access für juristische Kommentare	51
C.	Verfassungsrechtliche Parameter eines Open Access zu juristischen Kommentaren	54
	I. Formelle Publizität	54
	1. Der Verfassung	54
	2. Formeller Gesetze	55
	3. Von gerichtlichen Entscheidungen	56
	4. Von Exekutivakten	57
II.	Materielle Publizität und Rechtsvermittlungsgebot	57
	1. Herleitung und Gehalt	58
	2. Ausprägungen	61
	a) Staatliche Begründungsgebote	61
	b) Gebot zu Öffentlichkeitsarbeit über hoheitliches Handeln	63
	c) Gebot zur Aufrechterhaltung eines professionalisierten Rechtssystems	64
	d) Gebot zur Öffentlichkeit von Forschung und Lehre mit Bezug zum Recht	65
	e) Gebot zur Schaffung adäquater Rezeptionsbedingungen von Recht	65
	D. Ergebnisse und Ausblick	67

A. Einleitung und Forschungsanlass: Das Projekt „Offener Zugang zum Grundgesetz (OZUG)“

Juristischen Kommentaren kommt in der deutschen Rechtswissenschaft ein zentraler Stellenwert zu. Sie übernehmen die Funktion, vorhandenes juristisches Wissen zu einer Norm und den mit ihr verknüpften Rechtsproblemen zu filtern und systematisch geordnet zu dokumentieren. Sie stabilisieren juristische Diskurse um die „richtige“ Auslegung von Normen und legen deren als herrschend angesehene Bedeutungsgehalte offen. Bisher wurden juristische Kommentare im Wesentlichen als „Kommunikationsraum“ von Rechtspraxis und Rechtswissenschaft angesehen. Die Digitalisierung stellt diese begrenzte Reichweite des Kommentars indes in Frage. Der Beitrag untersucht, wie sich der digitalisierungsbedingte Kulturwandel

* Prof. Dr. Nikolas Eisentraut ist Inhaber der Juniorprofessur für Öffentliches Recht der Leibniz Universität Hannover und des Deutschen Zentrums für Hochschul- und Wissenschaftsforschung. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser im Rahmen des gemeinsamen Kolloquiums des Leibniz Forschungszentrums Wissenschaft und Gesellschaft (LCSS) und des Deutschen Zentrums für Wissenschafts- und Hochschulforschung (DZHW) am 22.4.2024 in Hannover gehalten hat.

auf das Format des juristischen Kommentars auswirkt und inwieweit das verfassungsrechtliche Gebot materieller Publizität für eine weitergehende Öffnung von juristischer Kommentarliteratur in den digitalen Raum im Sinne von Open Access streitet.

Forschungsanlass für eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Funktion und normativen Rahmung von juristischer Kommentarliteratur ist das vom Bundesministerium für Bildung und Forschung (BMBF) geförderte und von *Prof. Dr. Bernd Kleimann* und dem Verfasser dieses Beitrags geleitete Projekt „Offener Zugang zum Grundgesetz (OZUG)“.¹ Das Projekt setzt sich zum Ziel, den juristischen Wissensbestand zum Grundgesetz als bedeutsamster Normenbestand der Bundesrepublik Deutschland in den Open Access zu überführen. Das Grundgesetz stellt den populärsten und bedeutsamsten Normenbestand der Bundesrepublik Deutschland dar. Als deutsche Verfassung erfährt es in der Bevölkerung eine hohe Wertschätzung und ist Gegenstand nicht nur rechtswissenschaftlicher Reflexion.² Es ist normative Grundlage der großen politischen Konflikte der Bundesrepublik seit 1949 und regelmäßig Gegenstand bundesweiten Interesses im Rahmen der vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Verfahren. Während die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts mittlerweile auf der Website des Bundesverfassungsgerichts offen zugänglich bereitgestellt werden, existiert auch über 75 Jahre nach Verabsiedlung des Grundgesetzes keine im Sinne der Berliner Erklärung „offene“ Erläuterung der deutschen Verfassung und der sie prägenden Verfassungsrechtsprechung.³ Im Projekt OZUG wird deshalb ein Grundgesetzkommentar projektiert, geschrieben und veröffentlicht, dessen Inhalte für jede:n frei verfügbar und offen lizenziert über das Internet zugänglich gemacht werden sollen.⁴ Zugleich entsteht eine Plattform, die orientiert am Schweizer Vorbild www.onlinekommentar.ch auch für die deutsche Rechtsordnung einen digitalen Publikationsort für Open-Access-Kommentare auf www.oa-kommentar.de bietet. Eine nähere Projektvorstellung findet sich in diesem Heft, Seiten 83 ff.

1 Das Projekt wird in der Förderlinie zur Förderung von Projekten zur Etablierung einer gelebten Open-Access-Kultur in der deutschen Forschungs- und Wissenschaftspraxis (Bundesanzeiger vom 7.12.2022) gefördert.

2 Aus der jüngeren Zeit s. etwa G. M. Oswald (Hrsg.) – Das Grundgesetz – Ein literarischer Kommentar, 2022; D. Grimm, Die Historiker und die Verfassung – Ein Beitrag zur Wirkungsgeschichte des Grundgesetzes, 2022.

3 Die Berliner Erklärung über den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen v. 22.10.2003 ist abrufbar unter <https://openaccess.mpg.de/Berliner-Erklärung>; zum Stand der Verfassungsrechtsvermittlung N. Eisentraut/J. Botta/F. Gebhard/H. Ruschmeier, Offener Zugang zum Grundgesetz: Zum Stand der Verfassungsrechtsvermittlung, VerfBlog v. 5.12.2024, abrufbar unter <https://dx.doi.org/10.59704/688703b0779b705b>.

4 Nähere Informationen unter www.nikolaseisentraut.de/ozug.

B. Bedeutung von Kommentaren als juristische Literaturgattung für den Zugang zum Recht

„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.“⁵

Dieses literarische Bild Franz Kafkas beschreibt prägnant das Spannungsfeld, in dem sich Recht bewegt: Als soziale Konstruktion bildet es Machtverhältnisse ab, die sowohl inkludierend als auch exkludierend wirken können.⁶ Kafkas Formulierung lenkt die Aufmerksamkeit weg vom Gesetz und fokussiert den „Türhüter“, der den Zugang zum Gesetz nicht notwendig versperrt, aber doch davor steht und damit jedenfalls passiert, wenn nicht gar überwunden werden muss, begeht man Zugang zum eigentlichen Gesetz. Mit der Formulierung lässt sich veranschaulichen, dass der Zugang zum Recht nicht allein eine Frage des Gesetzes ist und die normative Realität nicht nur vom Gesetzeswortlaut abhängt, sondern von einer Vielzahl weiterer Faktoren. Diese Faktoren werden in letzter Zeit wieder intensiver und aus verschiedenen Perspektiven beforscht. Dies gilt nicht nur für die Sozialwissenschaften,⁷ sondern auch für die rechtsdogmatische Forschung, die sich u.a. mit der Zulässigkeit von Beschränkungen des Zugangs zum Rechtsschutz – etwa am Beispiel von Präklusionsnormen – befasst,⁸ mit dem normativen Rahmen strategischer Prozessführung als politischem Gestaltungsinstrument,⁹ dem Zugang zu digitalen Sammlungen¹⁰ oder mit dem Recht der Beratungs- und Prozesskostenhilfe.¹¹ Die Forschung zum Prozessrecht in Gänze kann verstanden werden als ein Fragen danach, wer sein materielles Recht wie, wann und wo durchsetzen kann¹²

5 F. Kafka, Der Prozess, Erstausgabe 1925, aus dem Kapitel „Im Dom“, abrufbar unter https://de.wikisource.org/wiki/Der_Prozess/9._Kapitel.

6 K. Chatziathanasiou/B. Huggins/J. Plebuch/K. Strauß, Editorial: Zugänge – Fragen, Erträge und Perspektiven der 61. JTÖR, in: Huggins/Herrlein/Werpers et al. (Hrsg.), Zugang zu Recht 2021, S. 13, 14, abrufbar unter <https://doi.org/10.5771/9783748910992-13>.

7 S. aktuell etwa das Forschungsprojekt „Zugang zum Recht in Berlin“, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (Projektleitung: M. Wrase); die Verbesserung des Zugangs zum Recht ist auch Gegenstand politischer Bemühungen, s. <https://www.zugang-zum-recht-projekte.de/>.

8 Zum unionrechtlichen Einfluss auf das nationale Regime der materiellen Präklusion etwa T. Siegel, Die Präklusion im europäisierten Verwaltungsrecht, NVwZ 2016, 337.

9 S. etwa die Beiträge von V. Strobel, Strategische Prozessführung – Potentiale und Risiken transnationaler zivilgesellschaftlicher Zuflucht zum Recht und L. Friedrich, Politischer Druck durch Rechtsschutz – Auf dem Weg zur öffentlich-rechtlichen „Public Interest Litigation“?, in: Huggins/Herrlein/Werpers et al. (Hrsg.), Zugang zu Recht 2021, S. 157 und S. 219, abrufbar unter <https://doi.org/10.5771/9783748910992-217>.

10 S. die Vielzahl an Beiträgen der Open-Access-Zeitschrift „Recht und Zugang“, <https://www.nomos.de/zeitschriften/ruz/>.

11 S. etwa J. Florian, Zugang zum Recht – Beobachtungen zur Kostendimension, Juridica International 2021, 111, abrufbar unter <https://doi.org/10.12697/JI.2021.30.13>.

12 Vgl. T. Ellerbek, Class actions: Neuer Zugang zum Verwaltungsrecht?, in: Huggins/Herrlein/Werpers et al. (Hrsg.), Zugang zu Recht 2021, S. 437, abrufbar unter <https://doi.org/10.5771/9783748910992-437>.

und damit, unter welchen Voraussetzungen Zugang zu den Gehalten des Gesetzes eröffnet wird.

Dieser Beitrag beschäftigt sich mit einem „Türhüter“, der noch vor dem Prozess der Rechtsdurchsetzung steht und bereits den inhaltlichen Zugang zum Gesetz kontrolliert. Denn die Lektüre einer Norm ist nicht zweifelsfrei, der Richter ist eben nicht „*la bouche qui prononce les paroles de la loi*“,¹³ sondern ein nach methodischen Vorgaben auslegender und teils auch rechtsfortbildender Berufsträger.¹⁴ Der Gehalt eines Gesetzes konstituiert sich in einem Wechselspiel aus Willen des Gesetzgebers und Auslegung der Norm durch Rechtspraxis und Rechtswissenschaft. Diese Konkretisierungsleistung fasst insbesondere die deutsche Rechtskul-¹⁵ tur in Kommentaren zusammen, festigt sie und bildet sie fort. Mit dem Blick in den Kommentar befragt der nach dem Recht Suchende nicht das Gesetz als solches, sondern den „Türhüter“; dieser befindet über den Zugang zum tatsächlichen Gehalt des Gesetzes und nimmt damit eine zentrale Position ein.

I. Klassischer Funktionskanon

Ein Kommentar ist ein „Text, der sich strukturell an einen anderen Text (Referenztext) anlehnt und diesen fortlaufend erläutert.“¹⁶ Referenztext bei juristischen Kommentaren ist eine Norm aus einem Gesetz, wobei Kommentare in der Regel den Anspruch verfolgen, jede Norm eines Gesetzes zu erläutern. Dem Kommentar kommt die in der Rechtswissenschaft zentrale Funktion zu, „das vorhandene juristische Wissen zu einer Norm bzw. einem Rechtsproblem kompakt zu filtern und systematisch geordnet zu dokumentieren. Der Rechtsanwender kann sich so über den rechtlichen Status quo informieren“¹⁷ (Rechtsinformationsfunktion).

Seine Funktion geht aber über die Informationsvermittlung hinaus, in dem er auch zur Stabilisierung von Rechtsauslegung beiträgt (Stabilisierungsfunktion). Im Kommentar werden Auslegungsmuster zusammengetragen, als herrschend angesehene Meinungen werden aus der Zusammenschau von Rechtsprechung und Literatur herausgebildet und bestimmen die Rechtsanwendung wesentlich.

¹³ Zu dieser Redewendung im Kontext der Verfassungstheorie und des Grundrechtsdenkens Montesquieu D. Brühlmeier, Verfassungstheorie und Grundrechtsdenken bei Montesquieu, ARSP 1981, 233, 235 f., abrufbar unter <https://www.jstor.org/stable/23679741?seq=4>.

¹⁴ Vgl. T. M.J. Möllers, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, S. 17 ff.

¹⁵ D. Kästle-Lamparter, Kommentarkulturen – Einführung und historische Einordnung, in: ders./Jansen/Zimmermann, Juristische Kommentare: Ein internationaler Vergleich, 2020, S. 1, abrufbar unter <https://www.mohrsiebeck.com/buch/juristische-kommentare-ein-internationaler-vergleich-9783161583391/>; s. auch Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen (Drs. 2558-12), November 2012, S. 67, abrufbar unter <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf>.

¹⁶ D. Kästle-Lamparter, Kommentarkulturen (Fn. 15), S. 1, 4.

¹⁷ D. Kästle-Lamparter, Kommentarkulturen (Fn. 15), S. 1, 4.

So wird der Kommentar zur zentralen Quelle der Rechtserkenntnis (Rechtsquellenfunktion): „*Ist es nicht tatsächlich so, dass man das Recht weniger dem Gesetz entnimmt als dem Kommentar, der die dünnen Worte des Gesetzes durch Rechtsprechung und Literatur erst angereichert, die abstrakten Normen mit Leben gefüllt hat?*“¹⁸ Der Kommentar macht deutlich, dass Recht mehr ist als nur sein normativer Überbau: Recht entsteht in einem netzwerkartigen¹⁹ Kommunikationssystem, das von den Akteuren Judikative, Wissenschaft, rechtsberatende Berufe, aber auch Behörden, Medien und Interessenvertretungen wie Verbänden mit Leben gefüllt wird. Dieser Diskurs um das Recht kondensiert im Kommentar (Diskursfunktion).²⁰ Der juristische Kommentar hat sich dadurch zum zentralen Kommunikationsraum von Rechtswissenschaft und -praxis entwickelt, „*in dem die dogmatische Bearbeitung des Rechts durch Wissenschaft und Praxis ihren medialen Ort findet.*“²¹

Die Bedeutung von Kommentaren hat entsprechend dieser Funktionen rapide zugenommen, sodass sich der Wissenschaftsrat 2012 bemüßigt fühlte, kritisch auf den in hohem Maße Forschungskapazitäten bindenden Umfang von Kommentierungsaufgaben durch Rechtswissenschaftler:innen hinzuweisen, der den rechtswissenschaftlichen Diskurs zu beeinträchtigen drohe, weil im Übrigen kaum Zeit zu weiterer rechtswissenschaftlicher Forschung mehr bleibe.²²

II. Auswirkungen der Digitalisierung auf das Format Kommentar

Mit der Digitalisierung wird nun auch der juristische Kommentar herausgefordert. Dies gilt sowohl für das Medium selbst wie für sein Format.

Bisher zeichnet sich der Markt der Kommentarliteratur durch hohe Herstellungs-kosten seitens der Verlage aus, begründet durch einen hohen koordinativen Aufwand und einen großen Umfang der Druckwerke. Zugleich rechnet sich der Aufwand, weil den Kommerzialisierungslogiken ob des Bedarfs an Kommentaren auch in der Rechtspraxis genügt werden kann.²³ Das Recht zur autor:innenschaftlichen Mitwirkung an Kommentarliteratur wird bisher wesentlich durch das wissenschaftliche und rechtspraktische Renomée der Kommentator:innen bestimmt. Die mit dem Kommerzialisierungsbedarf einhergehende starke Ausrichtung auf

18 D. Kästle-Lamparter, Welt der Kommentare, 2016, S. 3.

19 Zu dieser Beschreibung T. Mast, Gesetzespublizität im Zeitalter der Vernetzung, ZG 2022, S. 35, 37f.

20 D. Kästle-Lamparter, Kommentarkulturen (Fn. 18), S. 5.

21 M.w.N. D. Kästle-Lamparter, Kommentarkulturen (Fn. 15) S. 1; s. auch Wissenschaftsrat (Fn. 15), S. 68: „Für die Ausübung eines juristischen Berufs bzw. den Transfer rechtswissenschaftlichen Wissens in die Praxis ist das Genre der Kommentarliteratur (...) unverzichtbar (...).“

22 Wissenschaftsrat (Fn. 15), S. 68.

23 J. Rux, Open Access im rechtswissenschaftlichen Verlag, in: Hamann/Hürlimann (Hrsg.), RW Sonderheft, 1. Aufl. 2019, S. 70, 71, abrufbar unter <https://doi.org/10.5771/9783748903659-76>.

die Rechtspraxis führt teilweise dazu, dass bei Kommentaren eine Tendenz zur Verengung auf die von der Rechtsprechung vorgegebene Auslegung zu beobachten ist und die Diskursfunktion ins Hintertreffen gerät.²⁴ Ausnahme sind die in der alltäglichen Rechtspraxis aber auch weniger rezipierten Großkommentare. Kritisch merkte zu dieser Entwicklung der Wissenschaftsrat an, dass die Rechtswissenschaft doch bei der Erstellung bzw. bei Neu- und Wiederauflagen von Kommentaren darauf achte solle, „dass diese Literaturgattung ihre struktur- und prinzipienbildende sowie Debatten- und Auseinandersetzungsfunktion be- bzw. einhält.“²⁵

Juristische Kommentare sind Abbild der Rechtskultur und dadurch auch Spiegel von Wandlungen ebendieser.²⁶ Die Digitalisierung juristischer Literaturversorgung läutet einen solchen grundlegenden Wandel ein. Dies gilt zunächst für das Medium als solches. Herausforderer sind juristische Datenbanken, die automatisiert Rechtsprechung und Literatur zu einer Norm abbilden. Kommentare können sich nur dann behaupten, wenn sie im digitalen Raum zu „Computern der Diskursdaten“²⁷ werden. Kommentare müssen dafür die Funktion von Datenbanken und Schnittstellen einnehmen, die die Diskursdaten zusammenführen, aber anders als reine Datenbanken diese auch qualitativ bewerten. Juristische Kommentare gehen demnach über Datenbanken hinaus, da sie nicht nur zu einer Norm vorhandene Quellen bereitstellen, sondern auch eine inhaltliche Einordnung in den Forschungskontext und damit eine Orientierungs- und Reflexionsleistung erbringen. Als „digitale Informationsbroker“ fungieren sie künftig als virtuelle „Andockpunkte“ für die rechtswissenschaftlichen Datenwissenschaften. In ihrer Übersetzungsleistung für die Rechtspraxis und ihrer Diskursfunktion sind sie weiterhin dort unabdingbar, wo menschliche Entscheidungen aktuell bleiben.²⁸

Bleibt das Medium Kommentar erhalten, so verändert sich doch sein Format grundlegend: Die Digitalisierung stellt Druckwerke ob der omnipräsenten Verfügbarkeit digitaler, über das Internet vermittelter Inhalte in Frage. Die Digitalisierung verspricht, noch schneller und noch aktueller Rechtsinformationen bereitzustellen zu

24 Für die Schweiz *F. Bottega/J. Reich*, Kurzkommentare als «Bundesgerichtspositivismus» – Implikationen für die Rechtswissenschaften in: Schnyder/Weber/Reich/Grolimund (Hrsg.), *Wissensvermittlung und Recht*, Festgabe zum 70. Geburtstag von Werner Stocker, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 273, abrufbar unter https://www.ivr.uzh.ch/dam/jcr:61065a3e-383b-4f32-8ace-c51519329a71/F_Bottega,_J_Reich,_Kurzkommentare_als_Bundesgerichtspositivismus,_in_FS_Werner_Stocker,_2020.pdf.

25 Wissenschaftsrat (Fn. 15), S. 68.

26 D. Kästle-Lamparter, Kommentarkulturen (Fn. 15), S. 1, 15.

27 D. Kästle-Lamparter, Kommentare (Fn. 18), S. 9 m.w.N.

28 Zur Rückbindung der Ausübung staatlicher Gewalt an den Menschen *M. Martini/H. Ruschemeier*, in: Hoeren/Sieber/Holznagel, *Handbuch Multimedia-Recht*, Werkstand: 61. EL März 2024, Teil 29.6.: KI und öffentliches Recht (EL 60 Oktober 2023) Rn. 67 ff.; s. u.a. zum Einsatz künstlicher Intelligenz in der Justiz und zum „Robo-Richter“ a.a.O. Rn. 102; s. auch *S. J. Heetkamp/C. Schlicht*, *Digitalisierungsprozesse: Einsatzmöglichkeiten und Grenzen für Künstliche Intelligenz in der Justiz*, LTZ 2023, 177; *J. J. Vasel*, *Künstliche Intelligenz in der Justiz*, LTZ 2023, 179; *E. Winkelmann*, *Entscheidungsfindung durch künstliche Intelligenz in der Justiz*, LTZ 2022, 163.

können, als dies im gedruckten Medium mit jährlichen Auflagen möglich ist. Die digitale Form macht auch eine Ungleichzeitigkeit möglich, wonach Normen auf unterschiedlichem Stand tagesaktuell aktualisiert sein können, was bei gedruckten Sammelbänden bisher nicht der Fall und nur ansatzweise im Format der Loseblattwerke im Print realisiert war. Mit dem digitalen Format sinken die Publikationskosten drastisch und die Kommerzialisierungsnotwendigkeit nimmt ab. Wissenschaftsgeführte Publikationsinfrastrukturen (sog. scholar-led-publishing) gewinnen an Bedeutung.²⁹ Dies führt auch zu einer Verschiebung der Potentialität von Kommentaren. Die Entstehungsbedingungen für Kommentarliteratur diversifizieren sich, weil sie nicht mehr von einer verlegerischen Steuerung abhängig sind. Durch die deutlich erweiterte Verfügbarkeit digitaler Räume kann sich die Autor:innen-schaft öffnen und diversifizieren.³⁰ Schließlich wird der Open Access zu Kommentarliteratur mit geringem finanziellen Aufwand möglich.³¹ Die Digitalisierung bietet so erstmals die Möglichkeit, einen jedermann offenstehenden, kostenfreien digitalen Zugang zu Kommentarliteratur ermöglichen.

III. Zum Sinn oder Unsinn eines Open Access für juristische Kommentare

Ist es aber auch geboten, die so eröffneten Potentiale des Digitalen zu nutzen und Kommentarliteratur künftig in den Open Access zu öffnen? In der rechts-wissenschaftlichen Debatte um Open Access ist die These vorgebracht worden, wissenschaftliche Literatur sei von Praktikerliteratur, zu der insbesondere die Kommentare zählten, zu unterscheiden; nur für erstere werde sich Open Access als Modell durchsetzen können.³² Für diese These spricht, dass Kommentare als Fachmedien von der Rechtspraxis nachgefragt und von dieser ganz wesentlich finanziert werden. Ein Open Access für Kommentarliteratur würde dazu, dass dieser Finanzierungsbeitrag der Rechtspraxis entfiele und die Entstehungskosten

29 S. etwa die Empfehlung des Wissenschaftsrates, über die Publikationsdienstleister hinaus auch öffentliche Infrastrukturen auszubauen, Wissenschaftsrat, Empfehlungen zur Transformation des wissenschaftlichen Publizierens zu Open Access, Köln 21.1.2022, S. 82, abrufbar unter <https://doi.org/10.57674/fyrc-vb61>.

30 S. Schegel/O. Ammann, Function Follows Form – Die Digitalisierung juristischer Kommentare als Labor für den Funktionswandel des Rechts, VerfBlog v. 14.6.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/function-follows-form/>; Dies lässt es angezeigt erscheinen, die Bedeutung von Qualitätssicherungsmechanismen in der Rechtswissenschaft zu fokussieren und dem Thema Peer Review eine stärkere Bedeutung zuzumessen, s. auch H. Hamann/D. Hürlimann, Open Access bei der Veröffentlichung rechtswissenschaftlicher Fachliteratur – was soll das?, RW Sonderheft 2019, 3, 13f., abrufbar unter https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748903659.pdf?download_full_pdf=1.

31 Einführend zum Themenfeld Open Access in der Rechtswissenschaft H. Hamann/D. Hürlimann (Fn. 30), 3; weiterfassend S. Ebert/N. Eisentraut/K. Goldberg/R. Nachtigall/M. Petras/L. Ramson/L. Wasnick, Offene Rechtswissenschaft – Chancen einer Open-Science-Transformation, RuZ 2022, 50, abrufbar unter <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/2699-1284-2022-1-50/offene-rechtswissenschaft-chancen-einer-open-science-transformation-jahrgang-3-2022-heft-1?page=1>; s. auch N. Eisentraut, Die Digitalisierung von Forschung und Lehre – auf dem Weg in eine „öffentliche“ Rechtswissenschaft?, OdW 2020, 177, abrufbar unter https://ordnungderwissenschaft.de/wp-content/uploads/2020/06/05_Eisentraut_DieDigitalisierungvonForschungundLehre.pdf.

32 J. Rux, Open Access (Fn. 23), S. 70 (71).

für Kommentare fortan aus alternativen Finanzquellen finanziert werden müssten. Wie dieser Finanzierungsbeitrag der Rechtswissen kommerziell verwertenden Stellen in den Open Access gerettet werden kann, ist eine bisher in der Debatte um rechtswissenschaftlichen Open Access ungeklärte Frage.³³

Dennoch sprechen gewichtige Gründe für eine nachhaltige Stärkung des offenen Zugangs zu juristischer Kommentarliteratur. Die niedrigschwellige Verfügbarmachung juristischen Wissens führt zu bürgerschaftlicher Selbstermächtigung. Recht als herrschaftslegitimierender Faktor kann sich in einer Kommentierung deutlich tiefgreifender erklären, als dies nur grobe Zusammenhänge darstellende Überblicke etwa in der Presseberichterstattung zu leisten vermögen. Der Normbezug von Kommentierungen führt zu einer erhöhten Komplexität, ist aber zugleich ihre besondere Stärke: Er fördert eine Rückbesinnung auf die gesetzlichen Grundlagen und erklärt die kodifizierten Gehalte.³⁴ Die These liegt daher auf der Hand, dass ein Informationsmedium, das den Rezeptionsgewohnheiten der Bürgerschaft entgegenkommt, weil es digital, kostenlos und mit qualitativem Ausweis angeboten wird, eine bürgerschaftliche Selbstermächtigung zur Normrezeption unterstützt.³⁵

Dies ist aber nicht der einzige überzeugende Grund für die Eröffnung eines Open Access zu Kommentarliteratur. Open Access führt zu einer Anreicherung und Pluralisierung der für Künstliche Intelligenz bedeutsamen Datenströme der digitalen Informationsgesellschaft. Da KI von im Netz verfügbarem Wissen lernt, hängt die Qualität von rechtswissenschaftlicher Information wesentlich davon ab, wer diese Informationsressourcen speist. Open Access beugt Informationsmonopolen im Zuge der Digitalisierung vor, indem frei zirkulierendes und nachnutzbares Wissen geschaffen wird. Offene Kommentare sind wesentlicher Beitrag zur Entstehung eines „ius commune“, eines „öffentlichen“ Rechts als gemeinsame Grundlage der Rechtswissenschaft abseits kommerzieller Interessen.

Der Zugang zu Rechtswissen wird durch Open Access schließlich vom monetären Potential der Nutzenden entkoppelt und führt zu einem „level playing field“ in den Bereichen Rechtsberatung und Rechtsanwendung.

Dass die bedeutsamen Rechtstexte offen zugänglich für jedermann erläutert werden sollten, lässt sich für alle Teilrechtsordnungen begründen. Zuvorderst das Verfassungsrecht drängt in Anbetracht neuerlich entbrannter Debatten um die Gehalte

33 N. Eisentraut, Digitalisierung (Fn. 31), S. 177 (183); eine Lösung sind womöglich konsortialfinanzierte Modelle; eine erste Übersicht über Finanzierungsmodelle für Open Access gibt <https://open-access.network/informieren/finanzierung>.

34 Vgl. in diese Richtung auch F. Michl, Verfassungsvermittlung, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts 71, 2023, S. 87, 114 f.

35 Zur digitalen Rezeption von Gesetzen T. Mast, Gesetzespublizität (Fn. 19), S. 35, 38 f.

wehrhafter Demokratie³⁶ auf Verfassungs(rechts)vermittlung.³⁷ Dieses Anliegen sollte in Anbetracht der Bedeutung des Grundgesetzes als fundamentalem Normbestand des Staates höchste Priorität genießen, droht in der Praxis aber teilweise von ethisch-wertorientierten Angeboten überlagert zu werden, die häufig ohne Rückbezug auf die Normgehalte der Verfassung auskommen.³⁸ Für eine Bildung zu den konkreten Normengehalten der Verfassung spricht auch der Aspekt der Selbstermächtigung: Die Bedeutung der Verfassungsbeschwerde ist ungebrochen.³⁹ Ein Anwaltszwang für deren Erhebung ist ob der Funktion des BVerfG als Bürger:innengericht gerade nicht vorgesehen, § 22 Abs. 1 S. 1 BVerfGG.⁴⁰ Eine Öffnung der verfassungsrechtlichen Gehalte für die Bürger:innen stärkt die „offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretanten“ und befördert eine Demokratisierung der Verfassungsinterpretation, indem die expertokratische Struktur der Dogmatik über den klassischen Adressatenkreis der juristischen Profession hinaus geöffnet wird.⁴¹

Auch für die einfachen Gerichte ist der Anwaltszwang limitiert.⁴² Die damit einhergehende Ermächtigung der am Rechtsverkehr Teilnehmenden bedarf der Rechtskenntnis. Diese kann von rechtsberatenden Berufen substituiert werden, muss es aber nicht. Im Gegenzug bedarf es dann aber der Möglichkeit, Rechtswissen zu frequentieren, ohne wiederum in die Substitution durch anwaltliche Beratung und Vertretung gezwungen zu werden. Aber auch abseits der Rechtsdurchsetzung bedarf der einer Rechtsordnung Unterworfene Möglichkeiten, sich zu den

36 S. aus jüngerer Zeit *H. K. Heußner/A. Pautsch/E-M. de Haan*, Zulässigkeits- und Verfahrensfragen der wehrhaften Demokratie – Zu den Verfahren nach Art. 21 Abs. 2 und Abs. 3 GG sowie Art. 18 GG NJ 2024, 97, abrufbar unter https://www.nomos.de/wp-content/uploads/2024/03/Aufsatz_NJ_2024_03.pdf; C. Lenz/M. Stützel, Die Entscheidung zum Ausschluss aus der Parteienfinanzierung als Einladung zum Ausbau der wehrhaften Demokratie, NVwZ-Beil 2024, 57; N. Mafi-Gudarzi, Desinformation: Herausforderung für die wehrhafte Demokratie, ZRP 2019, 65.

37 Grundlegend F. Michl, Verfassungsvermittlung (Fn. 34), S. 87; daran anknüpfend N. Eisentraut/J. Bottal/F. Gebhard/H. Ruschemeier, Grundgesetz (Fn. 3).

38 Vgl. F. Michl, Verfassungsvermittlung (Fn. 34), S. 87, 114 f.

39 Wenn auch seit 2014 rückläufig; eine Graphik zur Anzahl der gestellten und erledigten Verfassungsbeschwerden beim BVerfG in den Jahren 2013 – 2023 findet sich unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1412414/umfrage/bverfg-anzahl-verfassungsbeschwerden/>.

40 K. Naumann, in: Barczak (Hrsg.), BVerfGG, 2018, § 22 Rn. 2; auch wenn der Gesetzgeber ob der Bedeutung der Verfassungsbeschwerde wohl davon ausging, dass die Beteiligten auch schon vor der mündlichen Verhandlung freiwillig einen Vertreter konsultieren würden, vgl. Klein, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, Werkstand: 63. EL Juni 2023, § 22 (EL 12, März 1992) Rn. 1.

41 Grundlegend P. Häberle, Verfassung als öffentlicher Prozeß, 3. Aufl. 1998, S. 155 ff.; kritisch zur tatsächlichen Bedeutung der Bürger:innen als „sekundäre Verfassungsinterpretanten“ und zum demokratischeschwächenden Effekt einer Monopolisierung der Verfassungsinterpretation bei juristischen Experten M. Hailbronner, We the experts – Die geschlossene Gesellschaft der Verfassungsinterpretanten, Der Staat 53, 2014, (S. 430 f.; 439 ff.); kein Expertokratieproblem sieht demgegenüber L. Münkler, Expertokratie, 2020, S. 629 ff.

42 Weder gibt es diesen vor den Verwaltungsgerichten (§ 67 Abs. 1 VwGO), noch an den Finanz- (§ 62 Abs. 1 FGO), Sozial- und Landessozialgerichten (73 Abs. 1 SGG). Gleicher gilt nach § 11 Abs. 1 ArbGG für die Arbeitsgerichtsbarkeit und schließlich jedenfalls im Grundsatz für die Amtsgerichte in Zivilsachen (§ 78 Abs. 1 ZPO) und im Strafverfahren (s. § 137 Abs. 1 StPO).

Gehalten der ihn betreffenden Gesetze zu informieren. Der Mehrwert eines Open Access zu Kommentarliteratur für dieses Anliegen liegt auf der Hand.

C. Verfassungsrechtliche Parameter eines Open Access zu juristischen Kommentaren

Einen Open Access zu juristischer Kommentarliteratur zu schaffen ist nicht nur wünschenswert, sondern fügt sich auch als zielführende Maßnahme in den im Folgenden verfassungsrechtlich abzuleitenden Pflichtenkanon eines staatlichen Rechtsvermittlungsgebots. Anknüpfungspunkt dieses Gebots ist die verfassungsrechtliche Pflicht zu Publizität staatlicher Gewalt. Der Begriff der Publizität beschreibt dem Wortsinn nach das Bekanntsein bzw. die Zugänglichkeit von etwas⁴³ und lässt sich in der verfassungsrechtlichen Betrachtung in ein formelles und ein materielles Publizitätsgebot unterteilen.

I. 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 (...).“⁴⁴

Das Gebot formeller Publizität erfasst alle Akte öffentlicher Gewalt, also Gesetzgebung, Judikative und Exekutive. Es drängt darauf, dass Hoheitsakte den Norm- und Regelungsunterworfenen zur Kenntnis gebracht werden. In ihm findet das vom BVerfG anerkannte allgemeine Öffentlichkeitsprinzip der Demokratie Ausdruck, das auch in bewusster Entgegensetzung zum Nationalsozialismus eine Geheimgesetzgebung nicht kennt und jede Form der Nichtöffentlichkeit unter Rechtfertigungzwang setzt.⁴⁵

1. Der Verfassung

Für das ursprüngliche Inkrafttreten des Grundgesetzes regelt Art. 145 Abs. 1 GG, dass der Parlamentarische Rat in öffentlicher Sitzung unter Mitwirkung der Abgeordneten Groß-Berlins die Annahme des Grundgesetzes feststellt, es sodann ausfertigt und verkündet. Mit Ablauf des Tages der Verkündung (Art. 145 Abs. 2 GG) ist das GG sodann am 23. Mai 1949 in Kraft getreten. Bereits der Terminus der Verkündung zeigt ein Publikmachen an, ein Ausrufen, Verlautbaren. Die Verkündung überführt das Gesetz in seine rechtliche Existenz und verlautbart nicht nur einen bestimmten Norminhalt, sondern das Existenz-werden der Norm als solches.⁴⁶

43 <https://de.wiktionary.org/wiki/Publizität>.

44 E. Kafka (Fn. 5).

45 BVerfG, Urt. v. 24.1.2001 – 1 BvR 2623/95, 622/99 Rn. 69 (<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv103044.html>) = BVerfGE 103, 44, 64; T. Mast, Gesetzespublizität (Fn. 19), S. 35, 47; M. Jestaedt, Das Geheimnis im Staat der Öffentlichkeit – Was darf der Verfassungsstaat verbergen?, AÖR 126 2001, S. 204, 215 ff.

46 BVerwG, Urt. v. 11.10.2006 – 10 CN 2/05 Rn. 19 (<https://www.bverwg.de/111006U10CN2.05.0>).

Dennoch ist diese Geltungskraft beanspruchende Verfassungsurkunde bis zuletzt nicht jedermann frei zugänglich gewesen. Ein Digitalisat der Urfassung des Grundgesetzes, also der am 23.5.1949 verkündeten Version, ist erst auf zivilgesellschaftliches Bemühen seit 2023 zugänglich.⁴⁷

Art. 145 Abs. 3 GG regelt an die Verkündung anschließend, dass das GG im Bundesgesetzblatte zu veröffentlichen ist. Dass das GG gilt, also Geltungskraft beansprucht, folgt nicht aus dieser Veröffentlichung, sondern bereits aus der Verkündung.⁴⁸ Die Veröffentlichung stellt jedoch die schriftgewordene Form der Verkündung dar. Sie verbreitet die Textfassung des Grundgesetzes im für die Publizität von Normen wesentlichen Organ: Dem Bundesgesetzblatt. Die Veröffentlichung ist somit der Akt der amtlichen Herstellung von Textöffentlichkeit⁴⁹ und damit der Kern von formeller Publizität. Sie begründet Rechtssicherheit, indem der geltende Normbestand schriftlich festgehalten wird. Weitere Änderungen des Verfassungstextes erfolgen gem. Art. 79 Abs. 1 S. 1 GG durch ein Gesetz, das den Wortlaut des Grundgesetzes ausdrücklich ändert oder ergänzt.⁵⁰ Darin erschöpfen sich die Vorgaben des Grundgesetzes an die Herstellung formeller Publizität der Verfassung. Anders als Art. 148 Abs. 3 S. 2 WRV statuiert das GG nicht die Pflicht, jedem Schüler bei Beendigung der Schulpflicht einen Abdruck der Verfassung auszuhändigen.

2. Formeller Gesetze

Auch für einfache Gesetze ist das Bundesgesetzblatt Ort zur Herstellung formeller Publizität (Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG). Bis 31.12.2022 wurde die rechtsverbindliche Fassung von Gesetzen als amtliche Papierausgabe veröffentlicht. Ein Digitalisat wird durch die vom Bundesanzeiger Verlag angebotene Internetseite <https://www.bgbler.de> angeboten, auf dem auch das Bundesgesetzblatt Nr. 1 v. 23.5.1949 abgerufen werden kann.⁵¹ Die dort veröffentlichten Bundesgesetzblätter können jedoch nur angesehen, nicht aber gedruckt, durchsucht und kopiert werden. Das Portal war deshalb Gegenstand einer Kontroverse um die Notwendigkeit einer weitergehenden Öffnung in den digitalen Raum. 2018 hat die Open Knowledge Foundation auf dem Portal www.OffeneGesetze.de kurzerhand ebenfalls sämtliche Bundesgesetzblätter, anders als beim Portal des Bundesanzeigers aber vollständig

47 Abrufbar unter <https://openjur.de/i/grundgesetz.html>; zum Hintergrund *F. Böker*, Das Original-Grundgesetz von 1949 ist erstmals digital zugänglich, [netzpolitik.org](https://netzpolitik.org/2023/oefentliches-geld-oefentliches-gut-das-original-grundgesetz-von-1949-ist-erstmals-digital-zugaenglich/) v. 7.5.2023, abrufbar unter <https://netzpolitik.org/2023/oefentliches-geld-oefentliches-gut-das-original-grundgesetz-von-1949-ist-erstmals-digital-zugaenglich/>.

48 *U. Hufeld*, in: *Isensee/Kirchhoff*, Band XII, 3. Aufl. 2014, § 259: Urkundlichkeit und Publizität der Verfassung, Rn. 2.

49 *U. Hufeld*, Publizität (Fn. 48), Rn. 2.

50 Zum Schutz der „Einzigartigkeit der Verfassungsurkunde“, m.w.N. *F. Michl*, Verfassungsvermittlung (Fn. 34), S. 87, 101.

51 Abrufbar unter https://www.bgbler.de/xaver/bgbler/start.xav#_bgbler_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbler149001.pdf%27%5D_1712747239615.

offen zur Nachnutzung, bereitgestellt.⁵² Seit 2023 erfolgt nun eine digitale Veröffentlichung der amtlichen Fassung des Bundesgesetzbuchs durch den Bund selbst.⁵³

3. Von gerichtlichen Entscheidungen

Weiterhin beansprucht das formelle Publizitätsgebot Geltung für gerichtliche Entscheidungen. Abgeleitet wird dies aus dem Rechtsstaatsprinzip jedenfalls für bedeutsame Urteile. Dementsprechend orientiert sich die Veröffentlichungspraxis bis heute am Maßstab der Veröffentlichungs-, „würdigkeit“. 1997 führte das Bundesverwaltungsgericht aus, „daß allen Gerichten [...] kraft Bundesverfassungsrechts die Aufgabe obliegt, die Entscheidungen ihrer Spruchkörper der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Insoweit handelt es sich bei der Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen um eine öffentliche Aufgabe. Sie erfaßt alle Entscheidungen, an deren Veröffentlichung die Öffentlichkeit ein Interesse hat oder haben kann.“ Zur Begründung heißt es: „Diese Pflicht folgt aus dem Rechtsstaatsgebot einschließlich der Justizgewährungspflicht, dem Demokratiegebot und auch aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung: Gerichtliche Entscheidungen konkretisieren die Regelungen der Gesetze; auch bilden sie das Recht fort (vgl. auch § 132 Abs. 4 VVG). Schon von daher kommt der Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen eine der Verkündung von Rechtsnormen vergleichbare Bedeutung zu.“⁵⁴

Einfach-rechtliche Ausprägung findet die formelle Publizität im Urheberrecht: § 5 Abs. 1 UrhG erklärt neben Gesetzen, Verordnungen, amtlichen Erlassen und Bekanntmachungen auch Entscheidungen und amtlich verfaßte Leitsätze zu Entscheidungen als urheberrechtlich nicht geschützt. Diese sog. Gemeinfreiheit gerichtlicher Entscheidungen zahlt auf das Anliegen ein, ein Informationsmonopol an judikativen Akten der Normkonkretisierung zu verhindern und stattdessen für eine möglichst weitgehende Verbreitung zu sorgen und einen möglichst ungehinderten Zugang sicherzustellen.⁵⁵ Dennoch wird in der Rechtspraxis aufgrund vermeintlich fehlender Veröffentlichungswürdigkeit nur ein geringer Teil der Entscheidungen wirklich publiziert.⁵⁶ Dies trifft zurecht auf Kritik, weil die Potentialität des Digital-

52 Zur urheberrechtlichen Bewertung D. Hürlimann/H. Hamann, Erstmals offene Gesetze für Deutschland?, Ito.de v. 12.12.2018, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/offene-gesetze-inhalt-bundesgesetzblatt-datenbankschutz-urheberrecht/>.

53 Abrufbar unter https://www.recht.bund.de/de/home/home_node.html; an die digitale Veröffentlichung knüpft sich nun die Frage, ob das Vollständigkeitsgebot und seine Ausnahmen neu zu bestimmen sind, vgl. zum Bundeshaushalt K. Herzberg, Das Bundesgesetzblatt im digitalen Zeitalter – Wurde der Bundeshaushalt 2024 ordnungsgemäß verkündet?, Verfassungsblog v. 2.3.2024, abrufbar unter <https://dx.doi.org/10.59704/b02db1b11b2f308e> und T. Lenke, Unvollständige Verkündung des Haushaltsgesetzes im elektronischen Bundesgesetzblatt?, DÖV 2024, S. 783 ff.

54 BVerwG, Urt. v. 26.2.1997 – 6 C 3.96 (<https://www.bverwg.de/de/260297U6C3.96.0>).

55 BVerfG, Beschl. v. 29.7.1998 – 1 BvR 1143/90 Rn. 27 (https://www.bverfg.de/e/rk19980729_1bvr14390.html); T. Dreier, in: ders./Schulze, UrhG, 7. Aufl. 2022, § 5 Rn. 3.

56 Eingehend H. Hamann, Der blinde Fleck der deutschen Rechtswissenschaft – Zur digitalen Verfügbarkeit instanzerichtlicher Rechtsprechung, JZ 2021, 656, abrufbar unter <https://hanjo.1hamann.de/research/jz2021-656.pdf>.

len ein umfassendes Interesse der Öffentlichkeit an Entscheidungen der Gerichte begründet. Dies gilt sowohl in Hinblick darauf, dass die Entscheidungsbestände als „Big Data“ der Rechtsanalyse zur Verfügung stehen sollten als auch in Hinblick auf die oben bereits adressierte „Fütterung“ von KI mit Rechtsdaten.⁵⁷

4. Von Exekutivakten

Schließlich ist auch die Exekutive formellen Publizitätspflichten unterworfen. Dies gilt einerseits für untergesetzliche, aber förmlich gesetzte Rechtsnormen (Verordnungen, Satzungen).⁵⁸ Aber auch für einfache Verwaltungsentscheidungen wie den Verwaltungsakt statuiert das Gesetz ein Bekanntgabeerfordernis gegenüber dem Betroffenen, § 41 Abs. 1 VwVfG. Was auf den ersten Blick wie ein Minus an Publizität erscheint, weil der Verwaltungsakt nur dem Betroffenen, aber nicht der Allgemeinheit gegenüber bekannt zu geben ist, stellt sich auf dem zweiten Blick als insofern intensivere Form der formellen Publizität dar, als dass der Regelungssadressat direkt und individuell mit dem Regelungsgehalt adressiert wird.⁵⁹ Ausnahmefall bildet die öffentliche Bekanntgabe, § 41 Abs. 3 VwVfG, die sich wieder stärker an den Maßstäben formeller Publizität im normativen Bereich annähert.

II. Materielle Publizität und Rechtsvermittlungsgebot

„*Solche Schwierigkeiten hat der Mann vom Lande nicht erwartet, das Gesetz soll doch jedem und immer zugänglich sein (...).*“⁶⁰

Seinem Gehalt nach drängt das Gebot formeller Publizität nur auf Zugänglichkeit des Geltung-beanspruchenden Aktes, nicht jedoch auf seine Einordnung oder gar Erklärung. Ihm ist also mit der Publikmachung der Verfassung, eines Gesetzes, einer gerichtlichen oder einer Verwaltungsentscheidung genügt. Im Kafka'schen Sinne steht das Gesetz damit zwar an sich zum Zutritt offen; ob indes tatsächlich Zugang ohne Fürsprache des Türhüters erlangt werden kann, bleibt zweifelhaft.

Die Verfassung macht jedoch nicht Halt bei formellen Publizitätserfordernissen. Vielmehr kennt das Grundgesetz durchaus den Unterschied zwischen Geltung und Wirksamkeit⁶¹ und fordert auch letztere ein: Während Geltung mit dem forma-

57 Zu diesem Interesse der Rechtsinformatik und weiteren berechtigten Forderungen eines weitergehenden Zugangs *H. Hamann*, Rechtswissenschaft (Fn. 55), S. 662 f.

58 BVerfG, Beschl. V. 22.11.1983 – 2 BvL 25/81 Rn. 36 (<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv065283.html>) = BVerfGE 65, 283; für kommunale Satzungen s. auch *K. Lange*, Kommunalrecht, 2. Aufl. 2019, Kap. 12 Rn. 49.

59 Für Gesetze wird demgegenüber eine Verkündung nur gegenüber den Betroffenen als mit rechtsstaatlichen und demokratischen Grundsätzen unvereinbar angesehen, weil ansonsten keine gesamtgesellschaftliche Kontrolle mehr möglich ist, m.w.N. *T. Mast*, ZG 2022, 35, 48. Dies führt andererseits dazu, dass dem Gebot formeller Publizität bereits mit der Bereitstellung im Bundesgesetzblatt genügt ist, m.w.N. *T. Mast*, Gesetzespublizität (Fn. 19), S. 50; die formelle Publizität begründet folglich nur eine Art Holschuld.

60 *F. Kafka* (Fn. 5).

61 *U. Hufeld*, Publizität (Fn. 48), Rn. 4.

len Akt der Verkündung/Bekanntgabe, also der Herstellung formeller Publizität erfolgt, erfordert Wirksamkeit mehr und weist über die bloße Publikmachung von Normen im formellen Sinne hinaus. Wirksam ist eine Norm nur, wenn sie wahrgenommen, befolgt und angenommen wird. Dafür genügt es nicht, eine Norm nur bekannt zu machen, die Regelung muss auch verstanden und angewandt werden können.⁶²

1. Herleitung und Gehalt

Ein solchermaßen verstandenes materielles Publizitätsgebot ist zwar weder aus Art. 145 GG noch Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG ableitbar, die ausschließlich den Aspekt formeller Publizität adressieren. Beide Normen zwingen i.S.e. Regelnorm zu formeller, nicht aber zu materieller Publizität.⁶³ Ein Gebot materieller Publizität lässt sich jedoch aus dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip, den Grundrechten und auch dem Sozialstaatsprinzip ableiten und zielt seinem Inhalt nach auf Rechtsvermittlung und -information ab.⁶⁴ Das Gebot materieller Publizität weist damit im Gegensatz zum Gebot formeller Publizität den Charakter einer Prinzipiennorm auf und ist als Optimierungsgebot zu qualifizieren.⁶⁵ Es fügt sich in das Verfassungsprinzip eines allgemeinen Öffentlichkeitsgebots als dessen normbezogene Ausprägung ein.⁶⁶

Mit der Inanspruchnahme des Gewaltmonopols unterwirft die Verfassung die Bürger:innen der Ordnung des Grundgesetzes und des sie konkretisierenden einfachen Rechts. Damit einher geht die Erwartung, sich an normative Vorgaben und rechtsstaatliche Verfahren zu halten und ihnen zu folgen. Zwar zwingt die Verfassung nicht unter die Wertordnung des Grundgesetzes.⁶⁷ Dies bedeutet aber nicht, dass die Akzeptanzerwartung des GG inhaltlich leer bleibt. Im Konzept wehrhafter Demokratie⁶⁸ bilden sich die vom Grundgesetz eröffneten Reaktionsmöglichkeiten auf Verfassungsfeinde ab, deren Agitation auf die Abschaffung der freiheitlich-de-

62 Vgl. zu diesem Mechanismus, um Rechtsbefolgung sicherzustellen *J. H. Klement*, in: P. Hilbert/ J. Rauber (Hrsg.), Warum befolgen wir Recht?, Mohr Siebeck 2019, S. 231 f.

63 Für letzteres ebenso *T. Mast*, Gesetzespublizität (Fn. 19), S. 45: Regelnorm anstatt Prinzipiennorm (S1 f.); für eine aus Art. 82 Abs. 1 GG fließende Unterrichtungspflicht aber *H. Nadler*, Zur Situation der Rechtssuchenden, JZ 1970, S. 605, 607.

64 Vgl. *T. Mast*, Gesetzespublizität (Fn. 19), S. 53; zum Meinungsstand auch *D. Meurers/C. Beye*, Rechtsstaatliche Anforderungen an die Öffentlichkeit von Normen – Unter besonderer Berücksichtigung der Verweisung auf private Normen, DÖV 2018, S. 59, 63.

65 Eine gute Einführung in die Prinzipientheorie Alexys bietet *C. Benz*, Additive Überwachungsmaßnahmen, 2024, S. 11 ff., open access abrufbar unter <https://doi.org/10.1628/978-3-16-164034-6>.

66 Zur Herleitung *J. Held*, Öffentlichkeit als Verfassungsprinzip, 2024 – passim; S. 163 verortet er wohl die formelle Publizität im Gebot zur Normöffentlichkeit, während die materielle Publizität am ehesten in den Ausführungen zur Informationsöffentlichkeit anklingt, s. S. 248 ff.

67 BVerfG, Beschl. v. 4.11.2009 – 1 BvR 2150/08 Rn. 49 (https://www.bverfg.de/rs20091104_1bvr215008.html) = BVerfGE 124, 300 (320).

68 *K.F. Gärditz*, in: *Stern/Sodan/Möstl*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 2022, § 11 Rn. 114 f.

mokratischen Grundordnung zielt. Um in literarischen Bildern zu bleiben: Ein sein Recht brandschatzend einfordernder „Michael Kohlhaas“ Kleist’scher Provenienz wird unter dem Grundgesetz nicht geduldet.⁶⁹ Diese Befolgungspflichten erfordern als Kehrseite eine Aufgeklärtheit der Normunterworfenen: Wie schützt die staatliche Gewalt vor Willkür? Welche Rechtsschutzmöglichkeiten eröffnet sie, um Rechte auch effektiv durchzusetzen? Ein Gewaltmonopol, dass nur gilt, sich aber nicht auch erklärt und damit seine Wirksamkeit einfordert, liefe leer und stünde in diametralem Widerspruch zur freiheitlichen, auf Einsicht setzenden Konzeption des Grundgesetzes.⁷⁰

Unter diesem Blickwinkel drängen auch die Grundrechte als elementare subjektiv-rechtliche Gewährleistungen des Staates darauf, „erklärt“ zu werden. Die „Allgemeine Erklärung der Menschenrechte“ macht sprachlich greifbar, dass Menschenrechte nicht nur verkündet und passiv gewährt werden, sondern auch auf Vermittlung ihrer Gehalte drängen; als subjektive Rechtspositionen setzen sie eine Aufgeklärtheit ihrer Träger voraus, welche Gehalte wie geltend gemacht werden können. Ob sich darüber hinaus aus konkreten grundrechtlichen Bestimmungen ein staatliches Informationsgebot i.S.e. Bringschuld ableiten lässt, ist zumindest zweifelhaft. Es ist bereits umstritten, inwieweit sich die in Art. 5 Abs. 1 GG verbürgte Informationsfreiheit zu einem Informationszugangsrecht verdichten lässt;⁷¹ den Wortlaut überdehnte es wohl, hieraus ein aktives staatliches Informationsgebot abzuleiten, das über eine staatliche Gewährleistungsverantwortung für die Ermöglichung des Zugangs zu bestimmten Informationsquellen hinausreicht. Dem entgegengesetzt eröffnen die Grundrechte vielmehr eine Diskursordnung, die einem staatlicherseits effektivierten materiellen Publizitätsgebot als Gegenspieler gegenüberstehen: Meinungs-, Medien- und Presse- sowie die Wissenschaftsfreiheit schützen einen freiheitlichen Raum, in dem die Erklärung des Rechts durch den Staat gerade auch kontrastiert und korrigiert werden kann.⁷²

Das Demokratieprinzip ist geprägt von dem Angebot, an der Demokratie zu partizipieren. Auch dies impliziert eine Aufklärung über die Möglichkeiten der Partizipation und über die Funktionsweise des demokratischen Gemeinwesens. Zugleich drängt die in der Demokratie ebenfalls übernommene Kontrollfunktion des Demos gegenüber der staatlichen Gewalt auf materielle Publizität. Die Kontrollierbarkeit der Staatsgewalt erfordert eine Kenntnis der Rechtslage, die sich nicht in einer

69 A. Voßkuhle/J. Geberding, Michael Kohlhaas und der Kampf ums Recht, JZ 2012, S. 917, 922 ff.

70 Vgl. J. H. Klement, Recht, in: P. Hilbert/J. Rauber (Hrsg.) (Fn. 62), S. 231 f.

71 S. nur A.-B. Kaiser, in: Dreier, GG, Band 1, 4. Aufl. 2023, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 75.

72 Zur Spannungslage zwischen staatlicher Öffentlichkeitsarbeit und dem Recht auf Chancengleichheit der Parteien in Zeiten des Wahlkampfes BVerfG, Urt. v. 2.3.1977 – 2 BvE 1/76 Rn. 67 ff. (<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv044125.html>) = BVerfGE 44, 125.

Zur-Kenntnisnehmbarkeit erschöpft, sondern auch auf Zugänglichmachung und Rechtfertigung drängt.⁷³

Schließlich lässt sich das Gebot materieller Publizität im Sozialstaatsprinzip aufzeigen. Als Form von „rechtsinformatorischer Daseinsvorsorge“ ist der Staat gehalten, Rechtsinformationen zur Sicherung der Rechtsfindungsgleichheit bereitzustellen, wenn diese „infolge ihrer hohen Technizität ohne sachkundige Anleitung kaum noch hinreichend verständlich“⁷⁴ sind oder weil Rechtsinformationen weitreichend in privatwirtschaftlichen Zusammenhängen zur Verfügung gestellt werden.⁷⁵ Die Verwaltung von Rechtswissen durch private Verlage und Datenbankbetreiber führt zu einem sozialstaatlich relevanten Ungleichgewicht, wenn monetäre Möglichkeiten entscheidend für den Zugang zum Recht werden. Dieser Zustand verschärft sich mit der Digitalisierung, weil Rechtswissen zunehmend nicht mehr in Büchern referenziert werden kann, sondern der Zugang über hinter der Paywall verschwundenen Datenbankmodulen eröffnet wird, die nicht mal mehr flächen-deckend von den öffentlichen Bibliotheken lizenziert werden. Dies führt sowohl gegenüber dem Staat als auch im Verhältnis Bürger-Bürger zu einem monetär bedingten Kräfteungleichgewicht, das die öffentliche Hand aufgrund des Gebots materieller Publizität auszugleichen angehalten ist.⁷⁶ Schließlich drängt das Sozialstaatsprinzip dort auf Normvermittlung, wo der Staat leistend tätig wird, um auch einen tatsächlichen Zugang zu staatlichen Leistungen sicherzustellen.⁷⁷

Diese Befunde prägen sich in einem materiellen Publizitätsgebot aus, das über die Verkündung auch auf Begründung, Aufklärung und Vermittlung gerichtet ist. Nicht nur der reine Normtext bedingt die Wirksamkeit einer Norm, sondern die Möglichkeit der selbstermächtigten Bürger:innen, sich mit ihren Gehalten auseinanderzusetzen, Annahmen zu überprüfen und einen kritischen, aufgeklärten Standpunkt einzunehmen. Diese Möglichkeit setzt aber voraus, dass der Staat über formelle Publizität hinaus die Existenzbedingungen eines Informationsraums sicherstellt, der auch eine Kontextualisierung von Hoheitsakten erlaubt. Es handelt sich beim Gebot materieller Publizität folglich um keine Holschuld der Bürger:innen, sondern um eine staatliche Bringschuld. Dieses Deutungsmuster ist auch historisch interessant, weil es an den Zustand anschlussfähig ist, der herrschte, bevor Gesetzesammlungen veröffentlicht wurden. Während die Möglichkeit, Gesetzesblätter zu publizieren, die informationelle Bringschuld des Staates, die Rechtsunterworfe-

73 BVerfG, Urt. v. 2.3.1977 – 2 BvE 1/76 Rn. 63 (<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv044125.html>) = BVerfGE 44, 125; T. Mast, Gesetzespublizität (Fn. 19), S. 53.

74 So BVerfG, Urt. v. 2.3.1977 – 2 BvE 1/76 Rn. 66 (<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv044125.html>) = BVerfGE 44, 125.

75 T. Mast, Gesetzespublizität (Fn. 19), S. 54 f.

76 Vgl. T. Mast, Gesetzespublizität (Fn. 19), S. 54 f.

77 T. Mast, Gesetzespublizität (Fn. 19), S. 54 f.

nen über das geltende Recht zu unterrichten, zugunsten einer reaktiven Holschuld durch bloße Einräumung von Zugänglichkeit ablöste,⁷⁸ drängt das materielle Publizitätsgebot darauf, Rechtskenntnis i.S.e. Bringschuld zu vermitteln.

2. Ausprägungen

Ein solchermaßen verstandenes Rechtsvermittlungsgebot ist bereits Realität der Staatspraxis und findet vielgestaltige Ausprägung. Seine verfassungsrechtliche Fundierung erlaubt es aber, ein hinreichendes Niveau materieller Publizität zu definieren und die ergriffenen Maßnahmen daraufhin zu bewerten. Unmittelbar auf die hoheitliche Verlautbarung oder jedenfalls in ihrem Zuge folgt zunächst verpflichtend die Begründung, in der die materielle Publizität ihren stärksten Ausdruck findet. Das Rechtsvermittlungsgebot erschöpft sich folglich nicht in einem rein dynamischen Charakter ohne definitive Rechtsfolgen.⁷⁹ Im Übrigen kann materielle Publizität aber in der Tat „*auch informell, ergänzend oder von staatsexternen Dritten gesteigert werden*“.⁸⁰ Der Staat nimmt das Gesetzgebungs-, nicht aber das Rechtinformierungsmonopol wahr.⁸¹ Das Rechtsvermittlungsgebot drängt insofern nur auf eine staatliche Begründungspflicht und im Übrigen auf Förderpflichten, um die Existenzbedingungen rechtsvermittelnder Institutionen sicherzustellen und notfalls zu intervenieren, sollte der Maßstab des aufgeklärten Bürgers drohen, durch diese unterschritten zu werden.⁸²

a) Staatliche Begründungsgebote

Das Gebot materieller Publizität prägt sich zuvorderst in einem alle staatliche Gewalt bindenden Rechtfertigungs- bzw. Begründungsgebot aus.⁸³

Dies gilt zunächst für den Gesetzgeber, auch wenn umstritten ist, in welcher Form die Rechtfertigung erfolgen muss. In der Staatspraxis erfolgt in der Regel eine Begründung des Gesetzentwurfs, der dann in die parlamentarische Beratung gegeben wird.⁸⁴ Ob dies verfassungsrechtlich verpflichtend ist, ist nicht ausdiskutiert. Während ein Teil der Literatur keine Pflicht zur gesonderten Begründung sieht,⁸⁵ da

78 T. Mast, Gesetzespublizität (Fn. 19), S. 46; G. Dilcher, Normen zwischen Oralität und Schriftkultur, 2008.

79 So aber zu weich T. Mast, Gesetzespublizität (Fn. 19), S. 56.

80 T. Mast, Gesetzespublizität (Fn. 19), S. 52.

81 T. Mast, Gesetzespublizität (Fn. 19), S. 52.

82 Den Staat trifft insofern eine Gewährleistungsverantwortung, vgl. zur Konstruktion eines Gewährleistungsverfassungsrechts im Kontext der Privatisierung B. Wollenschläger, Effektive staatliche Rückholoptionen bei gesellschaftlicher Schlechterfüllung, 2006, S. 64.

83 E. Schmidt-Aßmann, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Werkstand: 103. EL 2024, Art. 19 Abs. 4 (Lfg. 92 August 2020) Rn. 253; vgl. auch J. Held, Öffentlichkeit (Fn. 66) S. 246 f.

84 § 76 Abs. 2 S. 1 GOBT: „Gesetzentwürfe müssen, Anträge können mit einer kurzen Begründung versehen werden.“.

85 K.-A. Schwarz/C. Bravidor, Kunst der Gesetzgebung und Begründungspflichten des Gesetzgebers, JZ 2011, S. 653 (657) m. w. N.; in diese Richtung auch U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 39 Rn. 25.

eine Kompensation über die den Erlass des Gesetzes begleitende parlamentarische Debatte erfolge, will ein anderer Teil der Literatur eine Pflicht aus dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip sowie den Grundrechten ableiten.⁸⁶ Auch bei ersterer Ansicht scheint aber das Gebot materieller Publizität durch: Es bedarf zwar keiner formellen Begründung, aber doch einer Darlegung der Erwägungsgründe, einer Auseinandersetzung in der parlamentarischen Debatte mit dem Für und Wider einer Regelung, die sodann in den Gesetzgebungsmaterialien Niederschlag findet.

Auch die Judikative ist zur Begründung ihrer Entscheidungen verpflichtet. Dies folgt schon aus dem Minus an demokratischer Legitimation der Gerichtsbarkeit, aber auch aufgrund der Bedeutung der Rechtsprechung für den Normgehalt. Gerichtliche Entscheidungen konkretisieren den Normtext und bilden ihn fort; das BVerwG weist der Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen dementsprechend eine der Verkündung von Rechtsnormen vergleichbare Bedeutung zu.⁸⁷ Zudem stellen gerichtliche Entscheidungen eine wesentliche Informationsquelle für die rechtsunterworfenen Bürger:innen dar. Ihrer Begründung kommt damit eine elementare Rolle bei der Rechtsvermittlung, aber auch dabei zu, Möglichkeiten der Kontrolle und Kritik zu eröffnen: „*Der Bürger muß zumal in einer zunehmend komplexen Rechtsordnung zuverlässig in Erfahrung bringen können, welche Rechte er hat und welche Pflichten ihm obliegen; die Möglichkeiten und Aussichten eines Individualrechtsschutzes müssen für ihn annähernd vorhersehbar sein. Ohne ausreichende Publizität der Rechtsprechung ist dies nicht möglich. Rechtsprechung im demokratischen Rechtsstaat und zumal in einer Informationsgesellschaft muß sich – wie die anderen Staatsgewalten – darüber hinaus auch der öffentlichen Kritik stellen. Dabei geht es nicht nur darum, daß in der Öffentlichkeit eine bestimmte Entwicklung der Rechtsprechung als Fehlentwicklung in Frage gestellt werden kann. Dem Staatsbürger müssen die maßgeblichen Entscheidungen auch deshalb zugänglich sein, damit er überhaupt in der Lage ist, auf eine nach seiner Auffassung bedenkliche Rechtsentwicklung mit dem Ziel einer (Gesetzes-)Änderung einwirken zu können. Das Demokratiegebot wie auch das Prinzip der gegenseitigen Gewaltenhemmung, das dem Grundsatz der Gewaltenteilung zu eigen ist, erfordern es, daß auch über die öffentliche Meinungsbildung ein Anstoß zu einer parlamentarischen Korrektur der Ergebnisse möglich sein muß, mit denen die rechtsprechende Gewalt zur Rechtsentwicklung beiträgt. Nicht zuletzt dient es auch der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege für die Aufgabe der Fortentwicklung*

86 M. Kloepfer, Verfahrens Atomausstiegsverfahren?, UPR 2012, S. 41, 45; C. Pestalozza, Gesetzgebung im Rechtsstaat, NJW 1981, S. 2081 (2086).

87 BVerwG, Urt. v. 26.2.1997 – 6 C 3.96 (<https://www.bverwg.de/de/260297U6C3.96.0>); vgl. auch für die Verfassungsgerichtsprüfung U. Hufeld, Publizität (Fn. 48), Rn. 6.

des Rechts, wenn über die Veröffentlichung von Gerichtsentscheidungen eine fachwissenschaftliche Diskussion ermöglicht wird.“⁸⁸

Umstritten ist schließlich die Reichweite des Begründungsgebots für die Exekutive. Neben dem Rechtsstaatsprinzip und Art. 19 Abs. 4 GG streitet auch hier das Demokratieprinzip für eine Legitimation der Entscheidung durch Begründung.⁸⁹ Jedemfalls schriftliche oder elektronische Verwaltungsakte sind daher nach § 39 Abs. 1 S. 1 VwVfG grundsätzlich zu begründen.⁹⁰ Auch ein mündlicher Verwaltungsakt ist schriftlich oder elektronisch zu bestätigen, wenn hieran ein berechtigtes Interesse besteht und der Betroffene dies unverzüglich verlangt (§ 37 Abs. 2 S. 2 VwVfG) – ebenfalls mit der Folge der Begründungslast seitens der Behörde.⁹¹ Gleiches sollte für Verordnungen und Satzungen kein Dispens von dem grundsätzlich alle staatliche Gewalt bindenden Rechtfertigungs- und Begründungsgebot erteilt werden,⁹² auch wenn die Anforderungen nicht analog zu § 39 VwVfG verlaufen. Vielmehr kann dem Erfordernis der inhaltlichen Legitimation einer exekutiven Norm bereits vorgelagert im Normerlassverfahren genügt und insofern eine nachgeordnete formelle Begründung substituiert werden.

b) Gebot zu Öffentlichkeitsarbeit über hoheitliches Handeln

Unterhalb der konkreten Begründungslast für ein hoheitliches Handeln prägt sich das Gebot materieller Publizität in einem Gebot zu staatlicher Öffentlichkeitsarbeit aus, das darauf abzielt, den Bürger:innen Informationen an die Hand zu geben, die in allgemein verständlicher Weise den Inhalt von Gesetzen und deren Änderungen nahebringen, über Rechte und Pflichten aufzuklären und die Bürger:innen instand setzen, von den durch die Rechtsordnung eröffneten Möglichkeiten im persönlichen Bereich in angemessener Weise Gebrauch zu machen.⁹³ Das Gebot zwingt nicht zu Öffentlichkeitarbeit, sondern lässt sie vielmehr überall dort geboten erscheinen, wo Gesetze infolge ihrer Komplexität oder Abstraktion ohne sachkundige Anleitung kaum noch hinreichend verständlich sind.⁹⁴ Sie findet ihre

88 BVerwG, Urt. v. 26.2.1997 – 6 C 3.96 (<https://www.bverwg.de/de/260297U6C3.96.0>).

89 M.w.N. U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 39 Rn. 2 f.

90 Dies gilt unter dem Aspekt des Grundrechtsschutzes durch Verfahren für jegliche Verwaltungsakte, die subjektiv-öffentliche Rechte der Bürger:innen tangieren, vgl. U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 39 Rn. 2; zum Ganzen auch F. Hufn/T. Siegel, Fehler im Verwaltungsverfahren, 7. Aufl. 2021, S. 205 ff.; zur Zulässigkeit von Ausnahmen im Anbetracht des Art. 19 Abs. 4 GG Schmidt-Aßmann, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Werkstand: 103. EL 2024, Art. 19 Abs. 4 (Lfg. 92 August 2020) Rn. 254.

91 U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 39 Rn. 9.

92 Anders aber m.w.N. U. Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 39 Rn. 25; ein Begründungsgebot befürwortet jedenfalls für Verordnungen m.w.N. E. Schmidt-Aßmann, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Werkstand: 103. EL 2024, Art. 19 Abs. 4 (Lfg. 92 August 2020) Rn. 253.

93 Vgl. BVerfG, Urt. v. 2.3.1977 – 2 BvE 1/76 Rn. 66 (<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv044125.html>) = BVerfGE 44, 125.

94 Vgl. BVerfG, Urt. v. 2.3.1977 – 2 BvE 1/76 Rn. 66 (<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv044125.html>) = BVerfGE 44, 125.

prominenteste Ausprägung in der Verfassungsvermittlung, also der Bereitstellung von Informationen zur und Erklärung der Verfassung,⁹⁵ zuvorderst durch die Verfassungsorgane. So unterhält die Bundesregierung etwa die Bundeszentrale für politische Bildung als Informationsmittler über die Verfassung. Ausprägung findet das Gebot des Weiteren in den Pressemitteilungen der Gerichte und Ministerien, aber auch in FAQs und weiteren Formen der Öffentlichkeitsarbeit über Normgehalte.

c) Gebot zur Aufrechterhaltung eines professionalisierten Rechtssystems

Weiterhin prägt sich das Gebot materieller Publizität in einem Gebot zur Aufrechterhaltung eines professionalisierten Rechtssystems aus. In dem der Staat die Existenz eines solchen Rechtssystems gewährleistet, stellt er die Rechtsinformationsversorgung der Normunterworfenen sicher, indem diese professionellen Rat in Anspruch nehmen können. Die effektive Wahrnehmung subjektiver Rechte wird durch Vermittlungsleistungen im rechtsdienstleitenden Bereich ermöglicht. Durch eine freie Anwaltschaft als professioneller Vermittler von Rechtskenntnissen und unabhängige Gerichte als Entscheidungsinstanzen über staatliches Recht wird ein System geschaffen, dass den Bürger:innen Rechtsgehalte auch vermittelt. Indes ist diese professionalisierte Struktur keine Allumfassende; es gibt keine Substitution i.S.e. expertokratischen Systems, sondern auch Möglichkeiten zur bürgerschaftlichen Selbstermächtigung, insbesondere die oben bereits adressierte Möglichkeit, sich selbst im Prozess zu vertreten. Aber auch dann kommt den Gerichten eine Funktion als „Übersetzer“ zu, die sich zuvorderst in den Rechtsantragsstellen der Gerichte ausprägt. Hierzu zählen weiterhin das Gebot richterlicher Rechtswürdigung des Lebenssachverhalts, Aufklärungspflichten gegenüber den Parteien und die materielle Prozessleitung durch das Gericht (§ 139 ZPO); auch Hinweispflichten und der Amtsermittlungsgrundsatz (§ 86 VwGO) sind unter diesem Blickwinkel Ausprägungen des Gebots materieller Publizität, weil sie darauf abzielen, die Rechtsgehalte bestmöglich an die betroffenen Bürger:innen zu vermitteln.⁹⁶ Schließlich findet das Gebot seinen prominenten Ausdruck in der Beratungs- und Prozesskostenhilfe, die ihrerseits aus dem Gebot der Rechtswahrnehmungsgleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG) folgt, um weniger Bemittelten einen effektiven Zugang zum professionalisierten Rechtssystem zu eröffnen.⁹⁷ Der Staat ist aus dem Gebot materieller Publizität verpflichtet, die Existenzbedingungen dieses Systems professionalerer Rechtshilfe zu schützen und zu gewährleisten. Hierzu zählt die Schaffung eines

95 Grundlegend F. Michl, Verfassungsvermittlung (Fn. 34), S. 87.

96 Auf behördlicher Ebene gehören hierzu Auskünfte durch die Behörden, um „eine zuverlässige rechtliche Orientierung der Bürger zu ermöglichen“, K.-P. Sommermann, in: Huber/Voßkuhle, GG, Band 2, 8. Aufl. 2024, § 20 Rn. 303.

97 Die Prozesskostenhilfe gleicht insofern aus, dass die Erhebung von Gerichtskosten auch für den ersten Zugang zum Gericht für zulässig erachtet wird, vgl. E. Schmidt-Aßmann, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Werkstand: 103. EL Januar 2024, Art. 19 Abs. 4 (Lfg. 92 August 2020) Rn. 242.

adäquaten Berufsrechts, einer auskömmlichen Vergütung der Anwaltschaft sowie einer Haushaltsfinanzierung der Gerichtsbarkeit, die dem tatsächlichen Stellenbedarf gerecht wird.

d) Gebot zur Öffentlichkeit von Forschung und Lehre mit Bezug zum Recht

Materielle Publizität hält den Staat weiterhin dazu an, die Öffentlichkeit von Forschung und Lehre mit Bezug zum Recht bestmöglich zu unterstützen. Dass Öffentlichkeit Existenzbedingung von Wissenschaft ist, ist gesicherter Meinungsstand in Rechtswissenschaft und Verfassungsrechtssprechung. So heißt es etwa in der Rechtsprechung des BVerfG: „*Grundsätzlich ist nicht nur die Lehre, sondern auch die Forschung an den öffentlichen Universitäten aufgrund der engen Verbindung von Forschung und Lehre auf Publizität und Veröffentlichung der Forschungsergebnisse hin angelegt.*“⁹⁸ Zugleich schützt aber nach der überwiegenden Auffassung in der Literatur die Wissenschaftsfreiheit zugleich die sog. Publikationsfreiheit, also die Freiheit, über das „ob“, „wann“, „wo“ und „was“ einer wissenschaftlichen Publikation bestimmen zu dürfen. Ein Zwang zu Open Access wäre insofern in Anbetracht von Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG rechtfertigungsbedürftig und nur unter hohen Hürden rechtfertigungsfähig.⁹⁹ Für den vorliegenden Zusammenhang ist indes die Schutzpflichtdimension der Wissenschaftsfreiheit von größerem Belang: In seiner objektiv-rechtlichen Ausprägung statuiert die Wissenschaftsfreiheit eine staatliche Pflicht zur Schaffung adäquater Existenzbedingungen von Wissenschaft,¹⁰⁰ hierzu gehört auch die Rechtswissenschaft als Normzusammenhänge erklärende Fachdisziplin. Diese Funktion der Rechtswissenschaft, über das Recht aufzuklären, es zu erläutern und auch zu vermitteln ist eine bisher wenig beachtete, gewinnt mit der Forcierung von Wissenschaftskommunikation aber an Bedeutung. Das materielle Publizitätsgebot drängt nun in Anbetracht dieser Schutzpflicht auf eine staatliche Stärkung von Vermittlungsleistungen der Rechtswissenschaft, in dem etwa über Drittmittel Anreize zu verstärkter Wissenschaftskommunikation, aber auch zur Publikation im Open Access gesetzt werden.¹⁰¹

e) Gebot zur Schaffung adäquater Rezeptionsbedingungen von Recht

Materielle Publizität drängt schließlich darauf, dass die Rezeption der hoheitlichen Verlautbarungen nicht nur formell, sondern auch materiell möglich ist, dass also

98 BVerfG, Beschl. v. 1.3.1978 – 1 BvR 333/75 Rn. 175 (<https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv047327.html>) = BVerfGE 47, 327.

99 Hierzu N. Eisentraut, Digitalisierung (Fn. 31), S. 183 ff.

100 K. F. Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG (Werkstand: 103 EL Januar 2024), Art. 5 Abs. 3 (Lfg. 88 August 2019) Rn. 259.

101 Zur verfassungskonformen Ausgestaltung von DFG-Förderbedingungen, die eine Open-Access-Publikation der Ergebnisse vorsehen M. Fehling, Verfassungskonforme Ausgestaltung von DFG-Förderbedingungen zur Open-Access-Publikation, OdW 2014, 179, abrufbar unter https://ordnungderwissenschaft.de/wp-content/uploads/2019/11/24_fehling_dfg_odw_ordnung_der_wissenschaft_2014.pdf.

Norm und Vermittlungsangebot auffindbar und zugänglich sind.¹⁰² Dies ist in Anbetracht der Komplexitätsbedingungen moderner Gesetzgebung jedoch nicht mehr vollauf gewährleistet.¹⁰³ Dieser Befund verschärft sich in Anbetracht der Digitalisierung: Neben der virtuellen Bereitstellung des Bundesgesetzblattes und der 16 Landesgesetzblätter dokumentieren Bundestag und Landesparlamente die Gesetzgebungsmaterialien auf einer Vielzahl von Websites. Auch gerichtliche Entscheidungen finden vermehrt den Weg ins Digitale, verstreut über digitale Rechtsprechungsportale des Bundes, der 16 Länder und private Datenbanken. Hinzutreten Pressemitteilungen, FAQs und andere Verlautbarungen über Rechtstexte der Bundes- und Landesministerien, die in der Regel ebenfalls über das Internet zugänglich gemacht werden. Womöglich vermag der Staat es künftig, all diese Rechtsinformationen an einem virtuellen Ort zusammenzufassen. Mit dem Rechtsinformationsportal des Bundes ist dafür ein erster, aber nicht hinreichender Schritt getan, weil es nur begrenzte Rechtsinformationen – Gesetze, Rechtsverordnungen, Gerichtsentscheidungen und Verwaltungsvorschriften – des Bundes bündelt.¹⁰⁴ Weder die Gesetzgebungsmaterialien noch die Rechtsprechung der Gerichte der Länder, geschweige denn Hinweise auf einordnende Publikationen der Rechtswissenschaft finden auf dem Portal Aufnahme. Zudem gerät eine solchermaßen angelegte Plattform in Gefahr, als reine Datenbank ihren Anspruch zu verfehlten, über Recht auch materiell zu informieren, anstatt er nur formell wiederzugeben.

Um diese Lücke zu füllen, erscheinen Open-Access-Kommentare das geborene Medium zu sein. Ihr Gegenstand ist es gerade, eine Rezeptionsumgebung zu schaffen, die die Vielzahl an normprägenden Äußerungen zusammenträgt und zudem auch aufbereitet und vermittelt. Das Gebot materieller Publizität zwingt zwar nicht zum Rückgriff auf das Medium des Kommentars und auch nicht dazu, den Zugang im Sinne von Open Access kostenlos anzubieten.¹⁰⁵ Es drängt allein auf eine Stärkung der Rezeptionsbedingungen von Recht und überlässt die konkrete Ausgestaltung dem Gesetzgeber. Es erscheint rechtspolitisch aber bedenkenswert und haushaltspolitisch sinnvoll, dafür Kommentarliteratur in den Open Access zu öffnen. In dem Kommentare Open Access angeboten werden, wird die Publizitätswirkung nochmals gestärkt, weil keine monetären Schranken die Zugänglichkeit behindern. Zugleich professionalisieren wissenschaftsgetragene Kommentare das Rechtsvermittlungsangebot, ohne sich dem Vorwurf aussetzen zu müssen, staat-

102 Hierzu zählen auch Aspekte der Barrierefreiheit, s. bspw. die Erklärung zur Barrierefreiheit des Portals www.gesetze-im-internet.de; abrufbar unter <https://www.gesetze-im-internet.de/barrierefreiheit.html>.

103 T. Mast, Gesetzespublizität (Fn. 19), S. 45; s. schon früh H. Nadler, Rechtssuchenden (Fn. 63) S. 605 f.

104 https://www.bmj.de/DE/themen/digitales/digitaler_staat/rechtsinformationsportal/rechtsinformationsportal_node.html; zur rechtspolitischen Forderung T. Mast, Gesetzespublizität (Fn. 19), S. 61 ff.

105 Vgl. T. Mast, Gesetzespublizität (Fn. 19), S. 69 f.

lich gesteuerte Rechtsinformationen bereitzustellen. Anders als staatlich getragene Rechtsinformationsportale entstehen sie im Schutzraum der Wissenschaftsfreiheit, die einer staatlichen Einflussnahme entgegensteht und so auch Raum für kritische Reflexion ermöglicht.

Eine solche Öffnung in den Open Access wird schwerlich zwangsweise zu realisieren sein, auch weil ein staatlicher Zwang in den Open Access durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet.¹⁰⁶ Zielführender könnte ein staatliches Förderangebot sowohl bestehende als auch neue Kommentarprojekte adressieren und finanzielle Anreize für eine Öffnung in den Open Access setzen, um das verfassungsrechtliche Gebot zur Schaffung adäquater Rezeptionsbedingungen von Recht besser zu erfüllen.¹⁰⁷

D. Ergebnisse und Ausblick

Kommentaren kommt als juristische Literaturgattung ein zentraler Stellenwert zu. Als künftige „digitale Informationsbroker“ spielen sie bei der Digitalisierung eine bedeutsame Rolle, die wesentlich dafürspricht, Kommentarliteratur künftig stärker in den Open Access zu öffnen.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht lassen sich offene Kommentare als mögliche und zielführende Maßnahme zur Stärkung von materieller Publizität einordnen. Das Grundgesetz drängt nicht nur auf formelle Zugänglichkeit staatlicher Hoheitsakte, sondern verlangt auch deren inhaltliche Vermittlung (sog. materielle Publizität). Open-Access-Kommentare könnten eine Leerstelle im Rahmen der staatlich gebotenen Bemühungen um materielle Publizität füllen. Zwar zwingt das materielle Publizitätsgesetz nicht zu offenen Kommentaren, es streitet aber für eine stärkere Öffnung von Kommentarliteratur in den digitalen Open Access, weil Kommentare das geborene Medium sind, um dem Gebot zur Schaffung adäquater Rezeptionsbedingungen von Recht zu genügen.

Der Mann in Kafkas Parabel verbringt sein ganzes Leben vor dem Gesetz, ohne dass der Türhüter ihm Einlass gewährt. Dass Grundgesetz hingegen drängt auf Einlass, im Wege des Gebotes materieller Publizität auch durch das Recht, vom Türhüter eingehend über das Gesetz unterrichtet zu werden. Open-Access-Kommentare können diesen Zugang wesentlich unterstützen.

106 S. bereits den Abschnitt zuvor, C. II. 2. d).

107 Nicht spezifisch für Kommentarliteratur, sondern generell mit der Zielrichtung einer Stärkung der Open-Access-Transformation s. die Förderlinie zur Förderung von Projekten zur Etablierung einer gelebten Open-Access-Kultur in der deutschen Forschungs- und Wissenschaftspraxis (Bundesanzeiger vom 7.12.2022), abrufbar unter <https://www.bmbf.de/bmbf/shareddocs/bekanntmachungen/de/2022/12/2022-12-07-Bekanntmachung-Open-Access.html>.