

# Kurzkommentare als «Bundesgerichtspositivismus» – Implikationen für die Rechtswissenschaften

FIONA BOTTEGA/JOHANNES REICH

## Inhaltsverzeichnis

<b>I. Autorenschaft und Fachverlage – kongruente oder gegensätzliche Interessen? ...</b>	273
1. Reminiszenzen: einträchtige Symbiose .....	273
2. Kurzkommentare: Siegeszug einer neuen Literaturgattung .....	275
3. «Bundesgerichtspositivismus» als Selbstzuschreibung .....	276
4. Wiederbelebung der tot geglaubten Symbiose? .....	278
<b>II. Kommentare als Inbegriff der Rechtsdogmatik .....</b>	279
1. Strukturierung: Diskurstheorie des Rechts .....	279
2. Rechtsdogmatik – zwischen Anwendung und Theorie .....	280
3. Selbstermächtigung von Wissenschaft und Praxis durch Dogmatik .....	281
<b>III. Praxiskommentare – eine (zu) kurze Brücke zwischen Praxis und Wissenschaft?</b>	283
1. Kommentierung als systematisierende Analyse .....	283
2. Wertende Dekontextualisierung und Abstraktion .....	284
3. Systematisierung als potenzielles Einfallstor verdeckter Wertungen .....	285
<b>IV. Ausblick: Grundlagenreflektion jenseits des «Bundesgerichtspositivismus» .....</b>	286

## **I. Autorenschaft und Fachverlage – kongruente oder gegensätzliche Interessen?**

### **1. Reminiszenzen: einträchtige Symbiose**

Zeitliche Distanz führt zuweilen zu nostalgischer Verklärung. Das gilt auch für das Verhältnis zwischen der Autorenschaft juristischer Fachpublikationen und auf Recht spezialisierter Fachverlage. Früher war auch diesbezüglich – tatsächlich oder bloss vermeintlich – alles besser. Nimmt man die Vorworte juristischer Lehrbücher und rechts-

wissenschaftlicher Monografien zum Nennwert, herrschte allenthalben *Eintracht*. Der Dank für «die ausgezeichnete Zusammenarbeit mit dem Verlag»<sup>1</sup> fehlte kaum je. Und oft ging dieser Dank an WERNER STOCKER.<sup>2</sup> Diese Harmonie hat binnen weniger Jahre Risse bekommen – wohl nicht nur, weil WERNER STOCKER seit geraumer Zeit nicht mehr operativ tätig ist. Über Jahrzehnte hinweg schienen die Interessen von Autorinnen und Autoren einerseits und Fachverlagen andererseits kongruent. Bereitwillig traten die Autorinnen und Autoren die Rechte an ihren geistigen Schöpfungen an die Verlage ab, im Vertrauen darauf, dass ihre Werke verlegerisch kompetent betreut würden und aufgrund der Vertriebskanäle der Fachverlage sowohl unter den Studierenden als auch in der Rechtspraxis eine grösstmögliche Beachtung finden würden. Dank Büchern, die sowohl den universitären Unterricht als auch die Rechtsanwendung bedienten und daher für relativ hohe Auflagen bürgten, konnten die Verlage auch Werke betreuen, die keinerlei Aussicht darauf hatten, auch nur annähernd reissenden Absatz zu finden.

Binnen weniger Jahre scheinen wichtige Grundlagen dieser scheinbar *einträchtigen Symbiose* weggebrochen zu sein. Mit der Digitalisierung haben die Fachverlage ihren exklusiven Zugang zu den hauptsächlich *Vertriebskanälen* eingebüsst, auch wenn sie sich ihre Vormachtstellung durch kostenpflichtige und national marktmächtige juristische Datenbanken zumindest vorerst noch haben bewahren können. Auf Seite der Autorenschaft haben sich die Interessen zwischen Rechtspraxis und Rechtswissenschaft stärker *fragmentiert*. Für auf dem Markt für Rechtsberatung tätige Spezialistinnen und Spezialisten haben sich mit Newslettern, digitalen Plattformen und Weiterbildungsveranstaltungen neue Kanäle zur publizistischen Profilierung etabliert, mit denen die anvisierte Zielgruppe oft präziser und kostengünstiger erreicht werden kann. Zumindest für jenen Teil der Rechtswissenschaften, der die Chancen der Internationalisierung und Europäisierung der Wissenschaft gezielt zu nutzen sucht, hat der freie Austausch von Ideen und Publikationen einen höheren Stellenwert erlangt. Die Veröffentlichung von Forschungsergebnissen in frei zugänglichen Repositorien, Büchern, Zeitschriften und Datenbanken («*open access*») entspricht zudem den wissenschaftspolitischen Entscheidungen, die insbesondere durch den Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung (SNF) und der Rektorenkonferenz der Schweizerischen Hochschulen («*swissuniversities*») getroffen worden sind.<sup>3</sup>

---

1 Stellvertretend ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich 2010, S. V (Vorwort).

2 Statt anderer etwa BENJAMIN SCHINDLER, Verwaltungsermessens, Zürich 2010, S. V, oder DANIELA THURNHERR, Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, Zürich 2013, S. V.

3 Zur «Open Access» Strategie des SNF vgl. insbesondere <<https://oa100.snf.ch/de/home-de/>>; zur gemeinsamen Strategie von SNF und «swissuniversities» <[https://www.swissuniversities.ch/fileadmin/swissuniversities/Dokumente/Hochschulpolitik/Open\\_Access/Open\\_Access\\_\\_strategy\\_final\\_DE.pdf](https://www.swissuniversities.ch/fileadmin/swissuniversities/Dokumente/Hochschulpolitik/Open_Access/Open_Access__strategy_final_DE.pdf)>.

## 2. Kurzkomentare: Siegeszug einer neuen Literaturgattung

Aus technologischen, betriebswirtschaftlichen und wissenschaftspolitischen Gründen ist der Weg zurück in das tatsächliche oder vermeintliche Paradies der einträchtigen Symbiose zwischen juristischen Fachverlagen einerseits und Autorinnen und Autoren andererseits weitgehend verbaut. Hinsichtlich einer ganz spezifischen Gattung der juristischen Literatur scheint sich diese Symbiose einer untergegangenen Welt aber in die Gegenwart hinübergerettet zu haben: Es ist der *Kurzkommentar*, der in den frühen 1990er-Jahren als neue Literaturgattung auf dem Markt Einzug gehalten hat und seither einen ungebrochenen Aufschwung erlebt. Waren Kommentierungen mit geringer bis mittlerer Bearbeitungstiefe vorher selten, ist die Menge der von den juristischen Fachverlagen der Schweiz verlegten Kurzkomentare kaum mehr überschaubar. Mit dem Konzept der mittleren Bearbeitungstiefe übernahm die von *Helbing Lichtenhahn* verlegte Reihe «Basler Kommentar» ab 1992 eine Pionierrolle. Seit seiner Lancierung sind in der Reihe 76 Bände erschienen. 20 der 30 lieferbaren Bände der Reihe sind in den letzten fünf Jahren erschienen.<sup>4</sup> Seit 2010 hat der in Basel ansässige Verlag zudem acht deutschsprachige und vier französischsprachige Kommentare unter der Reihe «Kurzkommentar» publiziert.<sup>5</sup> Sinnigerweise kürzt der Verlag das mit vollen 13 Buchstaben doch etwas lange Wort «Kurzkommentar» eigens mit «KUKO» ab.<sup>6</sup> Die 2002 lancierten «Navigator Kommentare» des in Zürich ansässigen Verlags *Orell Füssli*, deren Bearbeitungstiefe sich oft nicht wesentlich von der «KUKO»-Reihe unterscheiden, umfassen derzeit 30 Werke.<sup>7</sup> Beim *Berner Stämpfli Verlag* sind aktuell 50 Bücher der 2003 begründeten Reihe «Stämpflis Handkommentare» erhältlich.<sup>8</sup> Zusätzlich zu dieser Reihe hat *Stämpfli* im vergangenen Jahr zwei weitere kurz gehaltene Kommentare publiziert. In den Vorankündigungen des Verlags finden sich vier weitere Einzelkommentare.<sup>9</sup> Die 2007 ins Leben gerufene und von der *Schulthess Juristische Medien AG* verlegte Reihe «Handkommentar zum Schweizer Privatrecht», die sich auf sieben Bundesgesetze bezieht, ist 2016 bereits in dritter Auflage erschienen.<sup>10</sup> In der Reihe «Schulthess Kommentar» hat der Verlag seit 2017 drei Kom-

4 Siehe Liste der lieferbaren Bände des Basler Kommentars, Stand Oktober 2019 bei Schulthess, online verfügbar unter <[https://extranet.schulthess.com/files/W0968\\_Flyer\\_Basler\\_Kommentar\\_A4\\_2019.pdf](https://extranet.schulthess.com/files/W0968_Flyer_Basler_Kommentar_A4_2019.pdf)>.

5 <[www.helbing.ch](http://www.helbing.ch)> Bücher > Buchreihen > Kurzkommentar.

6 Siehe etwa Zitiervorschlag in ANDREA BÜCHLER/DOMINIQUE JAKOB (Hrsg.), *Kurzkommentar. Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 2. Auflage, Basel 2018 sowie S. V (Vorwort).

7 Siehe Reihenübersicht Kommentare des Orell Füssli Verlags, online verfügbar unter <[https://www.ofv.ch/content/uploads/2019/01/FL\\_A4\\_GelbeKomm\\_F19\\_WEB.pdf](https://www.ofv.ch/content/uploads/2019/01/FL_A4_GelbeKomm_F19_WEB.pdf)>.

8 <[www.staempfliverlag.com](http://www.staempfliverlag.com)> Recht > Programm > Stämpflis Handkommentar.

9 <[www.staempfliverlag.com](http://www.staempfliverlag.com)> Recht > Neuerscheinungen.

10 <[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)> Buchshop > RECHT > Kommentare > Handkommentar zum Schweizer Privatrecht.

mentare publiziert.<sup>11</sup> Diese enge Taktung der Auflagen steht im scharfen Kontrast zu den traditionellen Kommentaren mit grösserer Bearbeitungstiefe.

### 3. «Bundesgerichtspositivismus» als Selbstzuschreibung

In ihrer grossen Mehrheit nehmen Kurzkommentare ausweislich ihrer Vorworte und der Marketingstrategien der Verlage für sich in Anspruch, *aktuell* und *praxisnah* zu sein.<sup>12</sup> Entsprechend liegt der Schwerpunkt der berücksichtigten Texte auf der *Judikatur*, während die rechtswissenschaftliche Literatur «vor allem» dann verarbeitet wird, wenn dies «zur Vervollständigung der Argumentation notwendig» erscheint oder die Rechtsprechung als noch nicht gefestigt eingeschätzt wird.<sup>13</sup> In der Welt der Kurzkommentare ist Recht also das, was die rechtsanwendenden Behörden – allen voran das Bundesgericht – für Recht halten. Ein solches Rechtsverständnis lässt sich als «*Bundesgerichtspositivismus*»<sup>14</sup> apostrophieren.

Da es schon herausfordernd genug erscheint, «die neue, immer weiter differenzierte Rechtsprechung» abzubilden, muss es aus Sicht der Herausgeberinnen und Herausgeber von Kurzkomentaren regelmässig genügen, «die Tendenzen der herrschenden Lehre» *knapp* einzuarbeiten.<sup>15</sup> Ihrem Selbstverständnis entsprechend wollen Kurzkomentare lediglich eine «erste Orientierungs- und Einstiegshilfe» bieten. Sie nehmen für sich nicht in Anspruch, gleich einem «Flutlicht» jeden einzelnen «Grashalm des neuen Spielfelds (...) sichtbar» zu machen, sondern geben dem Rechtssuchenden «eine *Fackel*» in die Hand, die ihn «vor dem Stolpern» bewahrt, wozu es genügt, dass sie «höchstens einzelne Winkel des Geländes» ausleuchten.<sup>16</sup> Genau besehen ist das Bild freilich gleich doppelt schief. Erstens erzeugen Kurzkomentare selbst gar kein «Licht». Sie sind bestenfalls Parabolspiegel, die vorhandene Lichtquellen reflektieren und bündeln. Einen weitergehenden Anspruch formulieren die herausgebenden Personen der Kurzkomentare mit der selbstgesetzten Zielsetzung, primär die bundesgerichtliche Judikatur wiederzugeben

---

11 <www.schulthess.com> Buchshop > RECHT > Kommentare > Schulthess Kommentar.

12 Statt vieler CORINNE WIDMER LÜCHINGER/DAVID OSER (Hrsg.), Basler Kommentar. Obligationenrecht I, 7. Auflage, Basel 2019, S. V; MARC AMSTUTZ/PETER BREITSCHMID/ANDREAS FURRER/DANIEL GIRSBERGER et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Sachenrecht (Art. 641–977 ZGB), 3. Auflage, Zürich 2016, S. V; sowie <www.schulthess.com> Buchshop > RECHT > Kommentare > Stämpfli Handkommentar, der dort als praxisnah und wertvolles, auf die Praxis ausgerichtete Arbeitsinstrument angepriesen wird.

13 BÜCHLER/JAKOB (FN 6), S. VI.

14 JOHANNES REICH, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Zürich/St. Gallen 2011, N 52.

15 JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ/STEPHAN WOLF/MARC AMSTUTZ/ROLAND FANKHAUSER (Hrsg.), ZGB Kommentar. Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, Zürich 2016, S. 5.

16 DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO). Kurzkomentar, 2. Auflage, Zürich 2014, S. VIII.

und – nur soweit «notwendig» – die «herrschende» Lehre zu berücksichtigen, explizit nicht. Zweitens bringt zumindest den geübten Spieler oder die arrivierte Spielerin nicht ein neues Spielfeld ins Stolpern, sondern die Einwirkung eines Mitglieds des gegnerischen Teams. Ob Kurzkommentare auch davor bewahren?

Der geringe Seitenumfang eines Kommentars muss freilich nicht zwingend mit einem beschränkten, als «Bundesgerichtspositivismus» identifizierten Anspruch einhergehen.<sup>17</sup> Ist vorliegend von «Kurzkommentar» oder von «Kommentaren mittlerer bis geringer Bearbeitungstiefe» die Rede, sind damit vor allem Formate angesprochen, die sich als «Praktiker-» bzw. «Praxiskommentar» positionieren. Die gewachsene Zahl eben solcher Kurzkommentare scheint sich jedenfalls umgekehrt proportional zur Verbreitung von Kommentaren mit erheblicher Bearbeitungstiefe («Grosskommentare») zu verhalten. Die klassischen «Grosskommentare» des Privatrechts – der «Berner Kommentar» und der «Zürcher Kommentar» – weisen noch immer erhebliche Lücken auf. Aktuell sind 56 Bände des «Berner Kommentars» lieferbar. Davon sind nur 23 in den letzten zehn Jahren erschienen, acht in den letzten fünf Jahren.<sup>18</sup> Vom «Zürcher Kommentar» sind 48 Bände lieferbar. Davon sind 30 vor 2010 erschienen, zwölf in den letzten fünf Jahren.<sup>19</sup> Die umfassende Kommentierung der bis zum 31. Dezember 1999 geltenden «alten» Bundesverfassung vom 29. Mai 1874<sup>20</sup> hat mit dem Inkrafttreten der «neuen» Bundesverfassung vom 18. April 1999 keine Fortsetzung gefunden. An die Stelle einer erschöpfenden Kommentierung sind vier kürzere Kommentare getreten.<sup>21</sup>

17 Vgl. nur die eingehende, aber gleichzeitig konzise und kenntnisreiche Kommentierung von GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2017, die sowohl Literatur als auch Rechtsprechung und Staatspraxis breit berücksichtigt.

18 Siehe Liste der lieferbaren Bände des Berner Kommentars, Stand Oktober 2019 bei Schulthess, online verfügbar unter <[https://extranet.schulthess.com/files/W0968\\_Flyer\\_Berner\\_Kommentar\\_A4\\_2019.pdf](https://extranet.schulthess.com/files/W0968_Flyer_Berner_Kommentar_A4_2019.pdf)>.

19 Siehe Liste der lieferbaren Bände des Zürcher Kommentars, Stand Oktober 2019 bei Schulthess, online verfügbar unter <[https://extranet.schulthess.com/files/W0968\\_Flyer\\_Zuercher\\_Kommentar\\_A4\\_2019.pdf](https://extranet.schulthess.com/files/W0968_Flyer_Zuercher_Kommentar_A4_2019.pdf)>.

20 Vgl. JEAN FRANÇOIS AUBERT/KURT EICHENBERGER/JÖRG PAUL MÜLLER/RENÉ A. RHINOW/JÖRG PAUL MÜLLER/DIETRICH SCHINDLER (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1986 ff.

21 Vgl. JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich 2003; BIAGGINI (FN 17); BERNHARD EHRENZELLER/BENJAMIN SCHINDLER/RAINER J. SCHWEIZER/KLAUS A. VALLENDER (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2014; BERNHARD WALDMANN/EVA MARIA BELSER/ASTRID EPINEY (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung [BSK BV], Basel 2015.

#### 4. Wiederbelebung der tot geglaubten Symbiose?

Die Flut von Kommentaren mittlerer bis geringer Bearbeitungstiefe hat die für die juristische Publikationstätigkeit kennzeichnende Verbindung von Wissenschaft und Praxis unter neuen Vorzeichen wiederbelebt. Die privatrechtlichen «Grosskommentare» – der «Berner Kommentar» und der «Zürcher Kommentar» – wurden ebenso wie der umfassende, in violetter Farbe gehaltene Loseblattkommentar der «alten» Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 fast durchgehend von Personen verfasst, die voll- oder teilzeitlich an rechtswissenschaftlichen Fakultäten forschten und lehrten. Anders bei den Kommentaren mittlerer bis geringer Bearbeitungstiefe: Hier kommt der Typus des «*erfahrenen Praktikers*» bzw. – wenn auch deutlich seltener – der «*erfahrenen Praktikerin*» zum Zug.<sup>22</sup> Das führt zuweilen zu *bemerkenswerten Konstellationen*. Beispielsweise sind von den rund 50 Autorinnen und Autoren des «Basler Kommentars» zum Bundesgerichtsgesetz (BGG)<sup>23</sup> etwa die Hälfte selbst am Bundesgericht tätig, von den vier Herausgebern gar deren drei.<sup>24</sup> Die «oberste rechtsprechende Behörde des Bundes» (Art. 188 Abs. 1 BV<sup>25</sup>) kommentiert «ihr» Bundesgesetz also über weite Strecken gleich selbst. Die Kommentierung der Bestimmung über das Generalsekretariat des Bundesgerichts hat dabei der Generalsekretär persönlich übernommen. Kaum gänzlich uneigennützig plädiert er in seiner Kommentierung dafür, dass der Generalsekretär des Bundesgerichts «am besten [nur] mit Zielvorgaben zu führen» sei und ihm stets «eine gewisse Autonomie» zu belassen sei, sodass «seine Handlungsfreiheit» nicht «wesentlich» eingeschränkt werde.<sup>26</sup> Der Kommentator von Art. 24 BGG über Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreiber amtet neben seiner Titularprofessur und jahrzehntelanger wissenschaftlicher Tätigkeit selbst seit vielen Jahren als Gerichtsschreiber am Bundesgericht. Er betont denn auch, dass Gerichtsschreiber ganz generell «wichtig» seien, auch wenn ihre «tatsächliche Bedeutung (...) oft unterschätzt» werde.<sup>27</sup> Wenigstens habe ein «früherer Bundesrichter (...) die Gerichtsschreiber ausländischen Gästen (...) regelmässig als «junior judges» vorgestellt.<sup>28</sup> Versucht man diesem objektiven Anschein der Befangenheit positive Seiten abzugewinnen, lässt sich dazu immerhin anerkennen, dass Sachnähe auch für Fachkompetenz bürgen kann und die abstrakte Interessenlage in dieser Konstellation wenigstens

---

22 <[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)> Buchshop > RECHT > Kommentare > Schulthess Kommentar; <[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)> Buchshop > RECHT > Kommentare > Stämpfli Handkommentar.

23 Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) vom 17. Juni 2005 (SR 173.110).

24 Vgl. MARCEL ALEXANDER NIGGLI/PETER UEBERSAX/HANS WIPRÄCHTIGER/LORENZ KNEUBÜHLER (Hrsg.), Basler Kommentar. Bundesgerichtsgesetz [BSK BGG], 3. Auflage, Basel 2018, S. V, VII–IX.

25 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999 (SR 101).

26 PAUL TSCHÜMPERLIN, Art. 26 BGG, in: BSK BGG (FN 24), N 10, (Fettdruck im Original weggelassen).

27 PETER UEBERSAX, Art. 24 BGG, in: BSK BGG (FN 24), N 5 f.

28 UEBERSAX (FN 27), N 7.

völlig transparent ist. Letzteres ist oft nicht der Fall, wenn Anwältinnen und Anwälte mit für Aussenstehende unklarer Interessenlage in ihren eigenen Tätigkeitsgebieten publizieren.

Mit der Autorenschaft des «erfahrenen Praktikers» bzw. der «erfahrenen Praktikerin» scheint die *Interessenkongruenz zwischen Verlagen und Autorenschaft*, die für das frühere symbiotische Verhältnis kennzeichnend war,<sup>29</sup> wiederhergestellt: Kurzkomentare wenden sich an ein breites Publikum und versprechen daher potenziell relativ hohe Auflagen in rascher Folge. Für Autorinnen und Autoren bieten sie die Chance, sich im eigenen Praxisgebiet ohne ungebührlichen Aufwand publizistisch effizient und zielgenau zu profilieren. Sollte sich die publizistische Tätigkeit gegenüber dem juristischen Alltagsgeschäft kurzfristig als zu wenig einträglich erweisen, besteht die Möglichkeit, die Arbeit an Kurzkomentaren ohne Offenlegung gegen aussen intern zu delegieren. Solches Fehlverhalten ist freilich kein Privileg der juristischen Praxis. Über den wissenschaftlich aussergewöhnlich produktiven Kölner Arbeitsrechtler *Hans Carl Nipperdey* (1895–1968), der die enorme Zahl seiner Publikationen gemäss brieflich verbürgten Aussagen nur unter Rückgriff auf ungenannte Autoren (Ghostwriter) bewältigen konnte, soll in Fachkreisen gespottet worden sein, auf seinem Grabstein würde dereinst «H.C.N., «diesmal wirklich er selbst», eingraviert.<sup>30</sup>

## II. Kommentare als Inbegriff der Rechtsdogmatik

### 1. Strukturierung: Diskurstheorie des Rechts

Indem Gesetzeskommentare Wissen über das Recht, direkt verknüpft mit dem rechtsnormativen Primärtext, speichern, stabilisieren und konkretisieren, kommt der Literaturgattung im juristischen Diskurs eine zentrale Funktion zu.<sup>31</sup> Nach dem von ROBERT ALEXY entworfenen vierstufigen prozeduralen Diskursmodell des Rechts sind Aussagen über «das Recht» nach vier Diskurstufen – 1. allgemeiner praktischer Diskurs, 2. Gesetzgebungsverfahren, 3. juristischer Diskurs, 4. Gerichtsverfahren – unterscheidbar.<sup>32</sup> Dem *allgemein praktischen Diskurs* gehören Ausführungen zu moralischen, ethischen oder rechtsphilosophischen Fragestellungen an, die durch Konzeptionen der «Gerechtigkeit»

29 Vgl. Ziff. I/1.

30 KLAUS ADOMEIT, Hans Carl Nipperdey als Anreger für eine Neubegründung des juristischen Denkens, in: Stefan Grundmann/Karl Riesenhuber (Hrsg.), *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler. Eine Ideengeschichte in Einzeldarstellungen*. Band 1, Berlin 2007, S. 149–165, 153 f.

31 Zusammenfassend DAVID KÄSTLE-LAMPARTER, *Die Welt der Kommentare. Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart*, Tübingen 2016, S. 336 f.

32 ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 2. Auflage, Frankfurt am Main 1994, S. 499 f.



gebündelt werden.<sup>33</sup> «Gerechtigkeit» zählt zur Kategorie der «wesensmässig umstrittenen Begriffe».<sup>34</sup> Auf einer allgemein-praktischen Ebene lassen sich Gerechtigkeitsfragen daher regelmässig nicht klären. Für die Regelung sozialer Konflikte bedarf es vielmehr einer zweiten Diskursebene, auf der nicht nur argumentiert, sondern verbindlich *entschieden* wird. Das trifft auf das *Gesetzgebungsverfahren* des demokratischen Verfassungsstaats als Beispiel eines *praktisch-politischen Diskurses* zu.<sup>35</sup> Aus dem Verfahren der Rechtssetzung gehen generell-abstrakte Normen hervor. Zur Ausarbeitung und Begründung individuell-konkreter Lösungen bedarf es zusätzlich des *juristischen Diskurses*, der in enger Beziehung zu dem steht, was im deutschsprachigen Raum als «Rechtsdogmatik» bezeichnet wird.<sup>36</sup> Deren Orientierung an Gesetz und Präjudiz reduziert die Ergebnisoffenheit des allgemein-praktischen Diskurses, vermag diese aber nicht vollständig zu eliminieren.<sup>37</sup> Die immer noch bestehende Ergebnisoffenheit auf der dritten Ebene erfordert daher eine vierte Stufe, nämlich diejenige des *gerichtlichen Verfahrens*, auf der nicht nur argumentiert, sondern entschieden wird.<sup>38</sup>

## 2. Rechtsdogmatik – zwischen Anwendung und Theorie

Die nachgezeichnete Unterscheidung der Diskursebenen ist aus demokratischen und rechtsstaatlichen Gründen zentral. Die Befugnis zur Rechtserzeugung kommt nur den Akteuren und Akteurinnen der zweiten und vierten Diskursebene zu.<sup>39</sup> Sie setzen als Gesetzes- oder Ordnungsgeber Recht, indem sie eine höherrangige generell-abstrakte Norm auf tieferer Ebene innerhalb der landesrechtlichen Normenhierarchie konkretisieren, oder sie schöpfen Recht, indem sie eine Rechtsnorm auf einen konkreten Sachver-

---

33 JOSEF FRANZ LINDNER, *Rechtswissenschaft als Metaphysik. Das Münchhausenproblem einer Selbstermächtigungswissenschaft*, Tübingen 2017, S. 38 f.; CARSTEN BÄCKER, *Gerechtigkeit im Rechtsstaat. Das Bundesverfassungsgericht an der Grenze des Grundgesetzes*, Tübingen 2015, S. 289.

34 Vgl. zu diesem Konzept im Kontext des Verhältnisses von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie JOHANNES REICH, *Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit*, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz – Droit constitutionnel suisse*, Schulthess: Zürich/Basel/Genf 2020, S. 333–355, N 2 m.w.H.

35 ALEXY (FN 32), S. 500; LINDNER (FN 33), S. 39 f.; BÄCKER (FN 33), S. 289.

36 Zum Ganzen ROBERT ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 2. Auflage, Frankfurt am Main 1991, S. 308.

37 Vgl. zu diesem Problemkreis ALEXY (FN 32), S. 500; LINDNER (FN 33), S. 41 f.; BÄCKER (FN 33), S. 290, sowie CHRISTIAN WALDHOFF, *Kritik und Lob der Dogmatik. Rechtsdogmatik im Spannungsfeld von Gesetzesbindung und Funktionsorientierung*, in: Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik?. Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?*, Tübingen 2012, S. 28.

38 Zum Ganzen ALEXY (FN 32), 500; LINDNER (FN 33), 41 f.; BÄCKER (FN 33), 290 f.

39 ALEXY (FN 32), S. 500.



halt anwenden. All diese Stufen der Rechtskonkretisierung in Rechtssetzung und Rechtsanwendung lassen sich als «Rechtserzeugung» deuten.<sup>40</sup>

«Juristische Dogmatik» («Rechtsdogmatik») lässt sich konzis als *systematisierende Rechtswissenschaft* umschreiben, die zwischen Rechtsnormen, Regeln, Prinzipien und Entscheidungen durch Vergleichbarkeit und Differenzierungen Begründungszusammenhänge herstellt, sodass dem Rechtssystem ein Reservoir an systematisiert gespeichertem Wissen zur Verfügung gestellt wird.<sup>41</sup> Rechtsdogmatik nimmt für sich in Anspruch, durch rationale Generalisierungen zur Rechtssicherheit beizutragen und einen Referenzrahmen für die neutrale, professionelle und unpolitische Selbstreferentialität des Rechts herzustellen und fortzubilden.<sup>42</sup> Im vorstehend skizzierten Diskursmodell gehört die Rechtsdogmatik der dritten Ebene – also dem juristischen Diskurs – an. Sie ist daher zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung angesiedelt. Die Eigentümlichkeit der Rechtsdogmatik liegt aber auch darin, dass sie eine «Brücke zwischen Rechtspraxis und Rechtswissenschaft» baut.<sup>43</sup> Dementsprechend wird sie als «gemeinsamer Kommunikationsraum von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis» charakterisiert,<sup>44</sup> in welchem sich folgerichtig Akteure und Akteurinnen aus Wissenschaft und Rechtspraxis äussern.<sup>45</sup>

### 3. Selbstermächtigung von Wissenschaft und Praxis durch Dogmatik

Mit dem beschriebenen Zusammentreffen von Wissenschaft und Praxis in der «Rechtsdogmatik» als gemeinsamem Kommunikationsraum sind neben Chancen auch epistemologische *Risiken* verbunden.<sup>46</sup> Eben diese Risiken vermögen die Attraktivität der Rechtsdogmatik sowohl für die Rechtswissenschaft als auch für die Rechtspraxis in weiten Teilen zu erklären. Mit Blick auf das nachgezeichnete Diskursmodell wohnt der

40 HANS Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Auflage, Wien 1960, S. 228–230, 239, 347; vgl. dazu auch JOHANNES REICH, *Konzeptualisierung der «Verfassungsverwirklichung» als gestufter Prozess der Rechtskonkretisierung*, in: Giovanni Biaggini/Georg Müller/Jörg Paul Müller/Felix Uhlmann (Hrsg.), *Demokratie – Regierungsreform – Verfassungsbildung*. Symposium für René Rhinow zum 65. Geburtstag, Basel 2009, S. 113–123, 113–116.

41 REICH (FN 14), N 20–22 m.w.H.; eingehender etwa ERNST A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, 6. Auflage, Bern 2019, S. 192–194 m.w.H.

42 OLIVER LEPSIUS, *Kritik der Dogmatik*, in: Kirchhof/Magen/Schneider (FN 37), S. 39–62, 42.

43 ROLF GÖSCHNER, *Rechtsdogmatik*, in: Eric Hilgendorf/Jan C. Joerden (Hrsg.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, Stuttgart 2017, S. 61–66, 65.

44 MATTHIAS JESTAEDT, *Wissenschaftliches Recht. Rechtsdogmatik als gemeinsames Kommunikationsformat von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis*, in: Kirchhof/Magen/Schneider (FN 37), S. 127 (Kursivdruck hinzugefügt).

45 LEPSIUS (FN 42), S. 42.

46 JESTAEDT (FN 44), S. 130 f. mit Hinweis auf LEPSIUS (FN 42), S. 39 ff.

Rechtsdogmatik nämlich eine doppelte «Selbstermächtigungsfunktion»<sup>47</sup> inne.<sup>48</sup> Rechtsdogmatik verschafft sowohl der Wissenschaft als auch der Praxis Vorteile, die sie aus ihrer «symbiotischen Beziehung ziehen» könnten.<sup>49</sup> Rechtswissenschaftlichen Aussagen kommt als Bestandteil des allgemeinen oder juristischen Diskurses keine Rechtsgeltung zu. Die Rechtswissenschaft hat demnach ein *Geltungsproblem*. Das unterscheidet die Wissenschaft von der Rechtspraxis. Es ist das positive Recht, das vorsieht, dass Entscheiden von Gerichten rechtsnormativ Geltung zukommt. Eben diese rechtsanwendenden Behörden sind indessen nicht befugt, sich zu allen möglichen Rechtsfragen zu äussern. Um eine Rechtsfrage klären zu dürfen, müssen Gerichte vielmehr angerufen werden und für die Beurteilung des Sachverhalts zuständig sein.<sup>50</sup> Aus dieser Perspektive betrachtet, kommt der Rechtspraxis ein *Kompetenzproblem* zu. Rechtspraxis und Rechtswissenschaft könnten daher versucht sein, ihre je eigenen Defizite mithilfe der Rechtsdogmatik als gemeinsamem Kommunikationsraum zu *kompensieren*.<sup>51</sup> Die Rechtswissenschaft kann versucht sein, ihren eigenen, individuell motivierten Aussagen *über* das positive Recht durch den Rückgriff auf die Rechtsdogmatik den Anschein zu verleihen, es handle sich um Feststellungen *des* positiven Rechts, die am Prozess der Rechtserzeugung teilhaben.<sup>52</sup> Umgekehrt kann die Rechtsdogmatik rechtsanwendenden Behörden die Gelegenheit bieten, über den konkreten Streitfall und die eigene Zuständigkeit hinaus Rechtsfragen in allgemeiner Weise im Rahmen der Urteilsbegründung zu klären.<sup>53</sup> Aus dieser Perspektive kommt der Rechtsdogmatik in zweifacher Hinsicht das Potenzial zur *Selbstermächtigung* zu: Sie kompensiert das Geltungsdefizit der Wissenschaft und löst das Kompetenzproblem der Judikative.<sup>54</sup> Sichtbar wird diese Strategie in der Literaturgattung des *Kommentars*. Durch die formale Orientierung am rechtsnormativ geltenden Primärtext wird der Anspruch auf Geltung der als deduktiv dargestellten, rechtsdogmatisch informierten Auslegung symbolisch unterstrichen. Gesteigert wird die unübersichtliche, aber symbiotische Interessenlage, wenn Gerichtspersonen publizistisch tätig sind und die Rechtsprechung, an der sie selbst mitgewirkt haben, systematisierend einordnen und damit nach eigenen Regeln verallgemeinern.<sup>55</sup>

---

47 JESTAEDT (FN 44), S. 130.

48 LEPSIUS (FN 42), S. 43.

49 LEPSIUS (FN 42), S. 44.

50 Zur «Machtlosigkeit der Justiz» eingehender JOHANNES REICH, Art. 191c BV, in: BSK BV (FN 21), N 1–7 m.w.H.

51 Sinngemäss LEPSIUS (FN 42), S. 43 f.

52 Vgl. LEPSIUS (FN 42), S. 43 f.

53 Vgl. LEPSIUS (FN 42), S. 43 f.

54 LEPSIUS (FN 42), S. 44.

55 Zum Beispiel der Kommentierung des Bundesgerichtsgesetzes durch Angehörige des Bundesgerichts vgl. Ziff. I/4 bei FN 26 f.

### III. Praxiskommentare – eine (zu) kurze Brücke zwischen Praxis und Wissenschaft?

#### 1. Kommentierung als systematisierende Analyse

Diese epistemologischen Risiken, denen die Rechtsdogmatik ausgesetzt ist und die gleichzeitig Erklärungsansätze für ihre besondere Attraktivität für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis bieten, sind in auf die Praxis ausgerichteten Kommentaren mit geringer bis mittlerer Bearbeitungstiefe besonders ausgeprägt. Die «Brücke zwischen Rechtspraxis und Rechtswissenschaft»<sup>56</sup>, welche die Rechtsdogmatik schlägt, ist bei «Praxiskommentaren» erheblich verkürzt.<sup>57</sup> Im Sinne von Selbstzuschreibungen geben sich Kurzkommentare als aktuell, praxisnah und schlaglichtartig. Sie huldigen einem «Bundesgerichtspositivismus», der eine distanzierte Reflexion der Rechtsprechung nur ausnahmsweise für notwendig hält.<sup>58</sup> Die Funktion, die Kommentare unabhängig von ihrer Bearbeitungstiefe zu erfüllen haben, ist jene der *erläuternden Systematisierung*. Gesetzeskommentare verfolgen den Zweck, den Stand von Rechtsprechung und Forschung zuverlässig und repräsentativ einordnend darzustellen.<sup>59</sup> Diese Funktion von Kommentarwerken hat zur Konsequenz, dass sich Autorinnen und Autoren von Kommentaren *idealiter* in der Rolle der objektiven und neutralen *Beobachterin bzw. Beobachters* wiederfinden, die ihren Blick auf jene Akteure und Akteurinnen richten, denen im Diskurs des Rechts Geltungskompetenz zukommt – dem Gesetzgeber und den rechtsanwendenden Behörden also.<sup>60</sup> Freilich verleitet die eigentümliche Dynamik der Rechtsdogmatik Autorinnen und Autoren *realiter* leicht dazu, in die Teilnehmerperspektive zu wechseln.<sup>61</sup> Die Einordnung von Rechtsprechung und Lehre vor dem Hintergrund des Primärtextes schliesst zwar Kritik an eben diesen beobachteten Tätigkeiten nicht aus. Kommentierungen, die allein Aussenseiterpositionen wiedergeben, verfehlen aber den Zweck der Literaturgattung.<sup>62</sup> Dies gilt auch dann, wenn die vertretene Sichtweise im konkreten Fall originell und überzeugend begründet sein mag.<sup>63</sup>

56 GÖSCHNER (FN 43), S. 65.

57 Vgl. Ziff. II/3.

58 Vgl. dazu vorne unter Ziff. I/3.

59 KÄSTLE-LAMPARTER (FN 31), S. 319 f.; HELMUTH SCHULZE-FIELITZ, Was macht die Qualität öffentlich-rechtlicher Forschung aus?, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 50 (2002), S. 1–68, 19 f.

60 Vgl. dazu Ziff. II/1.

61 Vgl. dazu vorne unter Ziff. II/3.

62 SCHULZE-FIELITZ (FN 59), S. 20.

63 Illustrativ etwa KILIAN MEYER, Art. 50 BV, in: BSK BV (FN 21), N 11–26, der die Gemeindeautonomie als Institut des Bundesrecht versteht und es rechtsdogmatisch ähnlich einem Grundrecht zu systematisieren sucht, sodass die Gemeindeautonomie einen «Kerngehalt» aufweisen soll, welcher der gänzlichen Abschaffung der Gemeinden durch eine Änderung der jeweiligen Kantonsver-

## 2. Wertende Dekontextualisierung und Abstraktion

Ihrem Selbstverständnis zufolge sind «Praxiskommentare» lediglich darum bemüht, die bundesgerichtliche Rechtsprechung systematisch und anhand des Gesetzestextes aufzuarbeiten («Bundesgerichtspositivismus»).<sup>64</sup> Das damit vorgegebene Verständnis der Kommentierung als distanzierte und beobachtende, strenger Objektivität verpflichtenden Tätigkeit, hält einer genaueren Überprüfung indessen nicht stand. In ihren Entscheidungen beurteilen Gerichte einen konkreten Sachverhalt auf der Grundlage der abstrakten Rechtslage. Gerichten kommt auf der Grundlage der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) die Verpflichtung zu, gleiche Konstellationen gleich zu beurteilen. Vor diesem Hintergrund haben besonders Höchstgerichte dafür besorgt zu sein, dass die tragenden Urteilsgründe auch in ähnlichen Konstellationen sinnvoll angewendet werden können und in diesem Sinn *bedingt verallgemeinerungsfähig* sind.<sup>65</sup> In gewisser Weise nehmen die Regesten, mit denen die in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts veröffentlichten Leitentscheide versehen werden, diese *Abstrahierung* vorweg, auch wenn sie an der präjudiziellen Wirkung von Urteilen formal nicht teilhaben. Das Herauslösen eines individuell-konkreten Rechtsanwendungsaktes aus seinem spezifischen Kontext (Sachverhalt, Verfahrensparteien, Rechtslage im Urteilszeitpunkt etc.) durch Abstrahierung (*Dekontextualisierung*) ist indessen keine rein beobachtend-distanzierte Tätigkeit.<sup>66</sup> Die Frage, ob bestimmten Urteilserwägungen über die Beurteilung des konkreten Sachverhalts hinaus Bedeutung zukommt oder nicht, ist vielmehr eine analytische Tätigkeit, die notwendig auf begründungsbedürftige *Wertungen* angewiesen ist.

---

fassung entgegenstehen würde; vgl. dagegen stellvertretend für die gegenteilige Sichtweise, die der jahrzehntelangen Rechtsprechung und Staatspraxis entspricht, BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Rechtsgutachten «Strukturreform im Kanton Schaffhausen; Zulässigkeit der Übertragung der Aufgaben der Gemeinden an den Kanton», VPB 2015.1 (30. März 2015), (S. 1–4), Ausgabe vom 30. März 2015, online verfügbar unter <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/publiservice/publikationen/berichte-gutachten/gutachten/vpb-2015-1-d.pdf>>.

64 Vgl. dazu vorne unter Ziff. I/3.

65 Vgl. sehr prägnant in diesem Sinn PETER KARLEN, Kontextbezogene oder verallgemeinerungsfähige Rechtsprechung?, ZBl 116 (2015), S. 401–402, 402.

66 Kritisch zu dieser Dekontextualisierung OLIVER LEPSIUS, Die massstabsetzende Gewalt, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers/Christoph Schönberger (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Frankfurt am Main 2011, S. 159–279, 259–266; STEFAN SCHÜRER, Die Kontextualisierung von Urteilen, ZBl 114 (2013), S. 583–598.

### 3. Systematisierung als potenzielles Einfallstor verdeckter Wertungen

Die Systematisierung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, auf die sich Praxiskommentare fokussieren, erscheint demnach nur oberflächlich betrachtet als rein deskriptive Tätigkeit aus einer neutralen Beobachterperspektive.<sup>67</sup> Als Inbegriff der Rechtsdogmatik<sup>68</sup> bietet die Kommentierung anhand des Primärtextes vielfältige Möglichkeiten, das Problem fehlender Geltung wissenschaftlicher Aussagen zu umgehen und den Versuch zu unternehmen, eben solchen Darlegungen den *Anschein von Geltungskraft* zu verleihen, indem sie als aus dem positiven Recht konsequent deduziert dargestellt werden.<sup>69</sup> Gerade weil Kurzkomentare gemäss ihrer Selbstbeschreibung auf eine tiefergehende Reflektion der Rechtsprechung verzichten,<sup>70</sup> sind solche Überschreitungen der Diskursebenen bei Kurzkomentaren verbreitet zu erwarten.<sup>71</sup> Es besteht mithin die Gefahr, dass Argumente des allgemein praktischen oder des praktisch-politischen Diskurses im juristischen Diskurs verwendet werden. Autoren und Autorinnen von Kurzkomentaren können demnach geneigt sein, im Rahmen der Abstrahierungen und Dekontextualisierungen, die für die systematische Aufbereitung von Gerichtsurteilen notwendig sind,<sup>72</sup> Wertungen vorzunehmen, die ihren eigenen Interessen dienen (*motivated reasoning*). Als «erfahrene Praktikerinnen» oder «erfahrene Praktiker» haben Verfasserinnen und Verfasser von Kurzkomentaren<sup>73</sup> oft ein unmittelbares Interesse daran, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts in einem ganz bestimmten Sinn «beschrieben» wird.

Die Eigenschaft, eigenes Handeln zweckrational aufgrund persönlicher Präferenzen am individuellen Nutzen auszurichten, ist freilich sämtlichen Menschen eigen<sup>74</sup> und daher kein Makel, der ausschliesslich für erfahrene Praktikerinnen und Praktiker reserviert ist. Autorinnen und Autoren von Kurzkomentaren kommt darüber hinaus im identischen Mass wie anderen juristischen Publizistinnen und Publizisten die Fähigkeit zu, die unterschiedlichen Rollen als in der Rechtspraxis tätige Person einerseits und als zu Objektivität verpflichtete Verfasser oder Verfasserin eines Kommentars andererseits kritisch zu reflektieren und sich entsprechend den unterschiedlichen Rollenerwartungen differenziert zu verhalten. Kurzkomentare bieten aber aufgrund ihrer gedrängten Form oft nicht den

67 Vgl. Ziff. III/3.

68 Vgl. Ziff. II/2.

69 Vgl. Ziff. II/3.

70 Siehe die entsprechenden Selbstzuschreibungen unter Ziff. I/3.

71 Zum Diskursmodell vgl. vorne unter Ziff. II/1.

72 Vgl. Ziff. III/2.

73 Vgl. zur Autorenschaft von Praxiskomentaren vorne unter Ziff. I/4.

74 Vgl. zum ökonomischen Modell menschlichen Verhaltens JOHANNES REICH, Verhaltensökonomische Revolution im europäischen und nationalen Verwaltungsrecht? Potenziale und Grenzen des «Nudging», in: Giovanni Biaggini/Oliver Diggelmann/Christine Kaufmann (Hrsg.), Polis und Kosmopolis. Festschrift für Daniel Thürer, Zürich/St. Gallen 2015, S. 627–638, 629 f. m.w.H.

Raum, Wertungen offenzulegen und zu begründen. Sie können daher noch stärker als andere Literaturgattungen der Rechtswissenschaft potenzielle *Einfallstore* für nicht offengelegte oder nicht ausreichend begründete Wertungen bieten, die im Sinne eines *motivated reasoning* in eine verzerrte Darstellung der Rechtsprechung münden können. Vor diesem Hintergrund lässt sich die theoretisch begründete Erwartung formulieren, dass Autorinnen und Autoren von Kurzkomentaren der beschriebenen Gefahr der *Geltungsbehauptung*<sup>75</sup> besonders stark ausgesetzt sind.

#### IV. Ausblick: Grundlagenreflektion jenseits des «Bundesgerichtspositivismus»

Kulturpessimistische Klagen, wonach die Rechtspraxis der Gegenwart tatsächlich oder vermeintlich mit dem doppelten Fluch einer quantitativ *inflationären* Gesetzgebung und einer drastisch *abnehmenden Qualität* der Rechtssetzung geschlagen ist, scheinen zum Standardrepertoire in ausdifferenzierten und hochentwickelten Gesellschaften zu gehören, auch wenn die entsprechende Evidenz bloss anekdotisch oder zumindest nicht durchgehend belastbar erscheint.<sup>76</sup> Vor diesem Hintergrund tragen Kurzkomentare einem legitimen und offenkundig wachsenden Bedürfnis Rechnung, in der sich rasch wandelnden Welt des Rechts Halt und Orientierung zu finden. Gleichzeitig scheint die Literaturgattung die betriebswirtschaftlichen Interessen der Fachverlage und der in der Praxis tätigen, juristisch versierten Autorinnen und Autoren gleichermaßen abzubilden. Den «erfahrenen Praktikerinnen» und «Praktikern» bieten sie die Möglichkeit, sich publizistisch mit überschaubarem Aufwand und allenfalls durch Rückgriff auf anonyme Hilfskräfte zu profilieren, während sie für die Fachverlage regelmässig genügend hohe und zeitlich eng getaktete Auflagen versprechen. Die bereits verloren geglaubte *symbiotische Eintracht* zwischen juristischen Fachverlagen und der Autorenschaft scheint mit dem praxisorientierten Kurzkommentar, der in den 1990er-Jahren zu seinem Siegeszug angesetzt hat, eine unverhoffte zweite Blüte zu erleben. Diese Symbiose ist freilich nicht risikolos. Angesichts eines im sprachregional fragmentierten Kleinstaat Schweiz beschränkten Reservoirs an qualifizierten Autorinnen und Autoren geht mit der ansteigenden Zahl an praxisorientierten Kurzkomentaren notwendig das Risiko nicht offengelegter Interessenkonflikte einher. Zudem bietet die Rechtsdogmatik Autorinnen und Autoren Anreize, ihren symbolisch in einen engen Zusammenhang mit dem «ausgelegten» Primärtext gestellten Ausführungen den *Anschein von Rechtsgeltung* zu verschaffen.

---

<sup>75</sup> Vgl. Ziff. II/3.

<sup>76</sup> Vgl. statt aller die durchaus nicht eindeutigen Diagnosen der beiden Phänomene bei ALAIN GRIFFEL (Hrsg.), *Vom Wert einer guten Gesetzgebung. 16 Essays*, Bern 2014, und WOLF LINDER, *Inflation législative? Le développement quantitatif de la législation fédérale*, *LeGes* 28 (2017), S. 199–209.

Im Selbstverständnis der praxisorientierten Kurzkommentare, eng auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung fokussiert zu bleiben, schimmert ein Rechtsverständnis durch, das sich zugespitzt als «*Bundesgerichtspositivismus*»<sup>77</sup> bezeichnen lässt: Recht ist, was «die oberste rechtsprechende Behörde des Bundes» (Art. 188 Abs. 1 BV) für Recht hält. Damit wird Recht auf eine soziale Praxis verkürzt.<sup>78</sup> Normativität als Charakteristikum des Rechts wird keinerlei Rechnung getragen. Daher ist der Siegeszug des Kurzkomentars als Reaktion auf spezifische Bedürfnisse von Rechtspraxis und Verlagswesen Aufforderung für die Rechtswissenschaft, sich wieder verstärkt der *Grundlagenreflektion* des Rechts zuzuwenden. Auch für die Rechtswissenschaft bestehen erhebliche Anreize, ihr Geltungsproblem durch Rechtsdogmatik zu bewältigen und sich noch vermehrt praxisorientierten Kurzkomentaren zuzuwenden. Wenn die Rechtswissenschaft aber tut, was «erfahrene Praktikerinnen und Praktiker» mindestens ebenso gut tun können, gibt sie ohne Not die ihr zgedachte Aufgabe preis, die ihre Finanzierung über öffentliche Mittel rechtfertigt. Die kritische Reflektion des Rechts und seiner Anwendung aus vielfältiger Perspektive ist im besten Sinn *Rechtspflege*. Aus eben dieser Form der Rechtspflege ziehen sogar eng praxisbezogene Kurzkommentare Vorteile, gibt es doch kaum Kurzkomentare, die angesichts ihrer Verweise ohne Vorarbeiten auskommen, die in Grosskommentaren und Monografien geleistet worden sind. So erkannte bereits der im 16. Jahrhundert lebende spanische Theologe und Mystiker *Didacus Estella*, dass sein Zwerg, der auf den Schultern eines Riesen steht, weiter zu sehen vermag als der Riese selbst.<sup>79</sup>

---

77 REICH (FN 14), N 52.

78 Zu entsprechenden Postulaten des amerikanischen Rechtsrealismus vgl. JOHANNES REICH, «Originalismus» als methodologischer Scheinriese und verfassungspolitische Konterrevolution. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 65 (2017), S. 713–742, 721–724.

79 Vgl. ROBERT K.K. MERTON, *On the Shoulders of Giants: The Post-Italianate Edition*, Chicago 1993, S. 4.



 jetzt bestellen

# WISSENSVERMITTLUNG UND RECHT

Festgabe zum 70. Geburtstag  
von Werner Stocker

Herausgegeben von

Anton K. Schnyder  
Peter Johannes Weber  
Johannes Reich  
Pascal Grolimund



Schulthess 

# WISSENSVERMITTLUNG UND RECHT

Festgabe zum 70. Geburtstag  
von Werner Stocker

Herausgegeben von

Anton K. Schnyder  
Peter Johannes Weber  
Johannes Reich  
Pascal Grolimund

Schulthess § 2020

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2020  
ISBN 978-3-7255-8149-8

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren .....	XI
Das Leben von Werner Stocker .....	XIII
JACQUES BEGLINGER/CHRISTA TOBLER	
Visualisierung – ein nützliches Instrument im Umgang mit dem bilateralen Recht, einschliesslich dem Institutionellen Abkommen Schweiz–EU .....	1
JOSÉ BORGHINO	
Tireless and Successful Treasurer of the International Publishers Association .....	23
STEPHAN BREITENMOSER	
Die Entwicklung des bilateralen Weges zwischen der Schweiz und der EU .....	29
THEODOR BÜHLER	
Der Basler Buchdruck als Pionier in der Rechtsquellenedition .....	55
THOMAS COTTIER	
Rechtsdenken und Rechtspositivismus: Die Anthology of Swiss Legal Culture ....	71
RAINER DIEDERICHS	
Gottfried Kellers Nachleben – Eine vergnügliche Rezeptionsgeschichte .....	81
JENS DROLSHAMMER	
Ein Blick in meine Werkstatt – für einen Freund .....	85
PETER GAUCH	
Der Autor und sein Verlag .....	101
PASCAL GROLIMUND	
Zeit(los) .....	113

ISABELLE HÄNER

Wissenschaftliche Recherche im digitalen Zeitalter und der Öffentlichkeit  
der Verwaltung. Ein Beitrag zum Verwaltungsrecht ..... 119

INGE HOCHREUTENER

Der Verlag im Spannungsfeld von Open Access ..... 131

FELIX HUNZIKER-BLUM

Nichtpubliziertes Rechtswissen ..... 153

TOBIAS JAAG

Juristische Schriftstellerei *in a nutshell* ..... 173

ARNOLD MARTI

Gerichtsbibliotheken – ein alter Zopf? ..... 191

PETER MÜNCH

Pathologische Schiedsklauseln – Anschauungsbeispiele aus der Praxis,  
Tendenzen in der Rechtsprechung und Potenzial für die Rechtsdidaktik ..... 215

HERBERT PFORTMÜLLER

APPROPRIATION ART – ein paar eigene und ein paar appropriierte Gedanken 239

WOLFGANG PORTMANN/SABRINA BLUMER-KELLER

Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Arbeitsrecht ..... 249

FIONA BOTTEGA/JOHANNES REICH

Kurzkommentare als «Bundesgerichtspositivismus» – Implikationen für die  
Rechtswissenschaften ..... 273

PAUL RICHLI

Printmedien und e-Learning in der rechtswissenschaftlichen Ausbildung –  
Alter und junger Wein in alten und neuen Schläuchen ..... 289

BEAT RUDIN

«Es gilt Schweizer Recht.» ..... 311

NIKLAUS SCHMID

Juristinnen als Künstlerinnen, Künstler als Juristen – Eine unwissenschaftliche  
 Causerie über Doppel- und Mehrfachbegabte ..... 333

ANTON K. SCHNYDER

«Die abwesende Opernsängerin und andere Kurzgeschichten» –  
 eine Reminiszenz ..... 347

RAINER J. SCHWEIZER

Über Wissenschaftsfreiheit und Rechtswissenschaft – ein Dank an den Verleger 355

KURT SIEHR

Kostbare Bücher und Schriften im internationalen Recht ..... 389

FELIX H. THOMANN

Vermittlung von rechtlichem Wissen gestern, heute und morgen ..... 405

PETER JOHANNES WEBER

Dr. jur. Hermann Hugo Zwillenberg und seine Beziehungen zur Stadt Zürich .... 423