

LAURA WITTMANN

Zitierpraxis von Verfassungsgerichten

*Rechtsvergleichung und
Rechtsvereinheitlichung*

Mohr Siebeck

Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung

herausgegeben von der
Gesellschaft für Rechtsvergleichung e.V.

102



Laura Wittmann

Zitierpraxis von Verfassungsgerichten

Eine vergleichende Analyse der Rechtsprechung
von Bundesverfassungsgericht
und Supreme Court of Canada

Mohr Siebeck

Laura Wittmann, geboren 1991; Promotion am Sonderforschungsbereich 1385 „Recht und Literatur“ der Universität Münster; Referentin am Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz.
orcid.org/0000-0003-4755-699X

Die Arbeit entstand im Rahmen des von der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) geförderten Sonderforschungsbereichs 1385 „Recht und Literatur“ an der Universität Münster.

D6, Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2024

Zur Arbeit gehört ein Online-Appendix, der abrufbar ist unter:

DOI 10.1628/978-3-16-163920-3-appendix

ISBN 978-3-16-163919-7 / eISBN 978-3-16-163920-3

DOI 10.1628/978-3-16-163920-3

ISSN 1861-5449 / eISSN 2569-426X (Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Laupp & Göbel aus der Times New Roman gesetzt.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2023/2024 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Münster als Dissertation angenommen. Die Arbeit entstand am Sonderforschungsbereich 1385 „Recht und Literatur“ an der Universität Münster. Die hier berücksichtigte Literatur ist auf dem Stand von April 2024. Die empirischen Auswertungen erfolgten in den Jahren 2021/2022.

Mein Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. Niels Petersen sowie meinem Zweitgutachter PD Dr. Lars Korten. Diese haben mich während der Erstellung der vorliegenden Arbeit konstant begleitet und betreut. Für die wertvolle interdisziplinäre wissenschaftliche Unterstützung bin ich sehr dankbar. Ich danke Prof. Simon Stern für die wissenschaftliche Begleitung meines Aufenthalts an der University of Toronto im Sommer 2022. Für dessen Ermöglichung danke ich der Deutschen Forschungsgemeinschaft. Dem Verlag Mohr Siebeck und den Herausgebenden danke ich für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung“ (RuR) und für die Unterstützung bei der Veröffentlichung.

Ich bedanke mich fürs Korrekturlesen auf den letzten Metern bei Marie Büssemeier, Katharina Ochs, Simon Pielhoff, Dr. Timo Schwander und Dr. Ruth Weber. Dr. Sarah Ponti danke ich für unsere Diss-Wochen in der Corona-Zeit. Mein Dank gilt auch meinen Kolleginnen am Sonderforschungsbereich der Universität Münster Hanna Kroll, Dr. Laura Schmitz-Justen, Dr. Joy Steigler-Herms und Dr. Sehra El-Khodary. Ohne Euch alle gäbe es diese Arbeit nicht.

Besonders danke ich Barbara, Hans und Christa Wittmann für ihre Unterstützung in jeder Hinsicht und Lebenslage.

Berlin, den 30.6.2024

Laura Wittmann

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abbildungsverzeichnis	XI
A. Einleitung	1
B. Begriffliche und konzeptionelle Grundlagen	9
I. <i>Zitatbegriff als Analyseinstrument für gerichtliche Entscheidungen</i>	10
1. Zitat, Verweis und Verhältnis zum Prätext	12
2. Erkennbarkeit und Inhalt des Zitats	13
II. <i>Autorität durch Zitate und von Gerichten</i>	14
1. Zitat als Autorität – Autorität durch Zitat	15
a) Autorität als Zitatfunktion	15
b) Autorität und Kanon bei Rechtstexten im Verfassungsstaat	18
c) Autoritätsränge entsprechend des Quellenstatus	21
2. Begriffsannäherung: Autorität von Verfassungsgerichten	23
a) Grundlegende Problematiken des Autoritätsbegriffs	23
b) Auseinandersetzung mit einem demokratischen Autoritätsbegriff	26
c) Generieren von und Angewiesensein auf Autorität von Verfassungsgerichten	29
III. <i>Vergleich der Entscheidungspraktiken von kanadischem Supreme Court und Bundesverfassungsgericht</i>	33
1. Koordinative Aspekte der Entscheidungsstrukturen am SCC	34
a) Die vielgestaltige Entwicklung des SCC von <i>seriatim</i> -Entscheidungen bis zu „by the Court“-Entscheidungen	36
aa) <i>Seriatim</i> -Stil nach englischer Rechtstradition	37
bb) Entwicklung in Richtung eines Kollegialorgans	40
c) Einstimmigkeit, abweichende Meinungen und Rolle von Richter*innen	41
b) Individuelle Schreibstile und Anspruch an Klarheit und Lesbarkeit am kanadischen Supreme Court	44

2. Hierarchische Tendenzen in den Entscheidungspraktiken des Bundesverfassungsgerichts	48
a) Entscheidungsfindung per curiam und Entscheidungsredaktion	49
aa) Beratungsprozess	51
bb) Leseberatung und Entscheidungsredaktion	52
cc) Kooperativität, Diskursbeendigung und Rolle von Richter*innen	54
b) Rechtsdogmatischer Begründungsstil des Bundesverfassungsgerichts	56
3. Prozesse der Selbstautorisierung beider Gerichte als aktivistische und transformative Akteure im Institutionengefüge	61
a) Die Emanzipation des ehemaligen „captive court“	62
aa) Anfangsjahre im Schatten des <i>Privy Council</i>	63
bb) Langsame Emanzipation und politische Umbrüche nach dem Zweiten Weltkrieg	65
cc) Zentrale rechtliche Neuerungen in den 70er und 80er Jahren	67
dd) Die neue Grundrechte-Charta als Anlass für <i>judicial activism</i>	70
b) Die selbstbewusste Etablierung des BVerfG als Verfassungsorgan	73
aa) Statusdenkschrift als institutionelle Standortbestimmung	74
bb) Transformative Entscheidungspraxis	75
4. Fazit	78
C. Zitatarten	83
I. <i>Typologisierungen von Zitaten</i>	83
II. <i>Juristische und nicht-juristische Zitate</i>	87
III. <i>Systemstärkung durch juristische Zitate</i>	89
1. Autoritätsgenerierung durch Selbstzitate	91
a) Kohärenz, Rechtssicherheit und Rationalität	92
b) Kontinuität und Flexibilität	95
c) Reduktion von Komplexität und Herstellung von Objektivität	97
d) Transparenz	98
e) Weitere zugeschriebene Funktionen	99
2. Rechtsvergleichende Zitierungen	99
a) Rechtskosmopolitismus am SCC versus Introversion des BVerfG	101
b) Funktionen rechtsvergleichender Zitierungen im Überblick	105
aa) Lückenfüllung und Orientierungsfunktion	105
bb) Selbstreflexion	106
cc) Abgrenzung	107
3. Heranziehung rechtswissenschaftlicher Autoritäten	108
a) Akademische Verfassungsrechtsprechung versus kanadische Zurückhaltung	108
b) Funktionen rechtswissenschaftlicher Zitierungen	111

aa) Belegfunktion und damit verbundene Verantwortungsdiffusion . . .	111
bb) Herstellung eines wissenschaftlichen Diskurszusammenhangs . . .	112
cc) Konsens und Diskursbeendigung	113
4. Zitierweisen vor dem Hintergrund koordinativer und hierarchischer Entscheidungsideale	114
 D. Zitierung nicht-juristischer Quellen	117
 I. <i>Gang der Untersuchung</i>	119
 II. <i>Literarische Zitate als kulturelles Kapital</i>	123
1. Erstellung des Samples	123
2. Quantitative Beobachtungen	125
3. Kontextualisierung: Literatur im Recht	128
a) Diskussion über die Angemessenheit literarischer Zitierungen im anglo-amerikanischen Raum	128
b) In der Rechtswissenschaft angenommene Eigenschaften literarischer Prätexte	131
aa) Universalität oder Exklusivität?	132
bb) Unterstellte Emotionalität und Assoziativität	136
cc) Rein ornamentale Verwendung literarischer Zitate	138
4. Funktionsanalyse	140
a) Ausnutzung kulturellen Kapitals	141
b) Rechtsgeschichtlicher Beleg	145
c) Distanzierung	148
d) Pathos	149
e) Reflexion des Rechtssystems oder der Justiz und Gerechtigkeitserwägungen	151
f) Ornamentale Verwendung	152
 III. <i>Philosophisch-theoretische Zitierungen als Ergänzung rechtlicher Quellen</i>	153
1. Erstellung des Samples	153
2. Quantitative Ergebnisse	156
3. Kontextualisierung: Philosophie im Recht	158
4. Funktionsanalyse	163
a) Belegfunktion philosophisch-theoretischer Zitierungen neben oder anstatt rechtlicher Quellen	165
b) Rechtsgeschichtlicher Beleg	170
c) Ausnutzung kulturellen Kapitals	172
d) Reflexion des Rechts und der Justiz sowie Gerechtigkeitserwägungen	175
e) Beleg einer Wortbedeutung	177
f) Ornament	178

<i>IV. Religiöse Zitate zur Konstruktion historischer Kontinuität und als Belege religiöser Praktiken</i>	178
1. Erstellung des Samples	179
2. Quantitative Beobachtungen	180
3. Diskurs zu religiösen Einflüssen auf gerichtliche Entscheidungen	182
4. Funktionsanalyse	184
a) Rechtsgeschichtlicher Beleg	186
b) Beleg einer religiösen Praxis	188
c) Ausnutzung kulturellen Kapitals	190
 <i>V. Fazit: Nicht-juristische Zitate als Ausdruck von Transformation oder Inklusion von Nicht-Juristischem ins Recht</i>	 192
 E. Ergebnisse und Ausblick	 199
 Literaturverzeichnis	 203
Sach- und Personenregister	221

Abbildungsverzeichnis

<i>Abbildung 1:</i>	Landert, in: Arendholz/Bublitz/Kirner-Ludwig (Hrsg.), The Pragmatics of Quoting Now and Then, S. 29, 36.	121
<i>Abbildung 2:</i>	Entscheidungen des kanadischen Supreme Court mit literarischen Zitaten (historisch)	127
<i>Abbildung 3:</i>	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts mit philosophischen Zitaten (historisch)	157
<i>Abbildung 4:</i>	Entscheidungen des kanadischen Supreme Court mit philosophischen Zitaten (historisch)	158
<i>Abbildung 5:</i>	Entscheidungen des kanadischen Supreme Court mit religiösen Zitaten (historisch)	181
<i>Abbildung 6:</i>	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts mit religiösen Zitaten (historisch)	182

A. Einleitung

„Referenzmethode der Verfassungsinterpretation ist nicht das Wörterbuch, sondern die Zitatenkette.“¹ schreibt *Gärditz* in seinem FAZ-Artikel „Kettenbrief aus Karlsruhe“.² Damit wird klar, wie zentral Zitat und Zitieren im Recht ist. Es handelt sich um ein omnipräsentes Phänomen.³ Die Erstellung rechtlicher Texte insgesamt kann als Herstellung von Beziehungen zwischen Texten beschrieben werden.⁴ Was *Kristeva* für die Literaturwissenschaft formulierte, kann auch auf das Recht bezogen werden: „[...] jeder Text baut sich als Mosaik von Zitaten auf, jeder Text ist Absorption und Transformation eines anderen Textes.“⁵ Das gilt auch für gerichtliche Entscheidungen, die ohne Bezugnahmen auf bereits Dagewesenes nicht auskommen.⁶ Für gerichtliche Entscheidungen stehen Zitieren und Begründen in einem engen Zusammenhang, da in den Begründungen Kohärenz mit vorherigen Entscheidungen und anderen Texten hergestellt werden soll. Damit wird die Entscheidung in einen Kontext eingebettet, um sie nicht losgelöst erscheinen zu lassen. Gerichtliches Begründen bedeutet damit Herstellung von Zusammenhang mit vorherigen Entscheidungen und anderen Quellen. Damit können sich Gerichte durch Bezugnahmen in verschiedene Diskurszusammenhänge einordnen. Zitate sind zudem zentrale Mittel, Autoritäten aufzurufen. Wie *Martini* schreibt sind Gerichte immer auf der Suche nach Rationalität, Konsens und Autorität.⁷ Dies gelingt insbesondere mit der Bezugnahme auf eigene und fremde Texte, die in der gerichtlichen Entscheidung zu einem neuen Ganzen verschmelzen. Zitate sind deshalb Ausdruck von Begründungserfordernissen und Autorität auf textueller Ebene gerichtlicher Entscheidungen.

Dementsprechend wurde das Zitat in den USA bereits in den 1980er Jahren zum Untersuchungsgegenstand der Rechtswissenschaften.⁸ Darunter finden sich oft quantitative Analysen von Zitaten verschiedener Gerichte.⁹ In der deutschen Rechts-

¹ *Gärditz*, FAZ vom 18.01.2023, S. 3.

² *Gärditz*, FAZ vom 18.01.2023, S. 3.

³ S. *Walsh*, *Law & Society Review* 31 (1997), S. 337.

⁴ Vgl. *Morlok*, in: Vogel (Hrsg.), *Zugänge zur Rechtssemantik*, S. 69.

⁵ *Kristeva*, in: Ihwe (Hrsg.), *Literaturwissenschaft und Linguistik*, S. 345, 348.

⁶ Vgl. *Morlok*, in: Vogel (Hrsg.), *Zugänge zur Rechtssemantik*: S. 69 ff.; *Walsh*, *Law & Society Review* 31 (1997), S. 337.

⁷ *Martini*, *Vergleichende Verfassungsrechtsprechung*, S. 497 f., 529 ff.

⁸ „Bibliography of Court Citation Studies“ bei *Manz*, *Law Library Journal* 94 (2002), S. 267, 298 ff.

⁹ Wegweisend *Merryman*, *Stanford Law Review* 6 (1954), S. 613 ff.; s. auch *Merryman*, *Southern*

wissenschaft hat das Zitat in gerichtlichen Entscheidungen erst jüngst an Aufmerksamkeit gewonnen.¹⁰ Es finden sich immer häufiger netzwerkanalytische Untersuchungen, vor allem zu Präjudizenzitierungen, die ebenfalls quantitative Ansätze verfolgen.¹¹ Einige weitere Beiträge befassen sich mit dem Phänomen des Zitierens mit übergreifendem Ansatz.¹² Allerdings fehlt es größtenteils an umfassenden Auseinandersetzungen mit Zitierpraktiken von Gerichten, die nicht nur einzelne Arten von Zitaten in den Blick nehmen. Außerdem wird der Begriff des ‚Zitats‘ meist nicht definiert. Die vorliegende Arbeit stellt daher den Zitatbegriff und Zitierpraktiken von Gerichten in den Mittelpunkt.

In kritischer Betrachtung der wachsenden Zahl der Untersuchungen zu gerichtlichen Zitierpraktiken werden einige grundsätzliche Einwände gegen die Analysen von Zitierpraktiken von Gerichten formuliert. Beispielsweise wird angeführt, dass Zitate auf einer *post hoc*-Rationalisierung einer ohnehin schon getroffenen Entscheidung beruhen.¹³ Zudem hingen sie von persönlichen Präferenzen der Richter*innen beziehungsweise der Mitarbeitenden am Gericht ab.¹⁴ Sie würden außerdem von praktischen Zwängen wie Arbeitsbelastung oder personeller Ausstattung am jeweiligen Gericht beeinflusst.¹⁵ Zudem seien die Zusammenhänge zwischen Herstellung und Darstellung gerichtlicher Entscheidungen nur bis zu einem gewissen Grad erfassbar,¹⁶ weshalb von Zitaten noch nicht auf die Entscheidungsfindung geschlossen werden könne.¹⁷

Dass Zitate immer auch auf schwer nachweisbaren individuellen Auswahlentscheidungen beruhen, muss bei jeder Untersuchung von Zitaten eingestanden werden. Außerdem gibt es nicht *die* Zitierpraxis eines Gerichts. Vielmehr kann es immer nur „um sachlich, personell und zeitlich mehr oder minder selektive Ausschnitte und Tendenzen“ von bestimmten Gerichten gehen wie auch *Jestaedt* schreibt.¹⁸ Die vorliegende Arbeit vertritt dennoch die Ansicht, dass die Analyse von Zitaten zu einem besseren Verständnis für gerichtliche Entscheidungsfindung und Begründungen von

California Law Review 50 (1978), S. 381 ff., darüber hinaus s. bspw. *Johnson*, Law & Policy 7 (1985), S. 509 ff.; *Landes/Posner*, The Journal of Law and Economics 19 (1976), S. 249 ff.; *Walsh*, Law & Society Review 31 (1997), S. 337 ff.; *Friedman/Kagan/Cartwright/Wheeler*, Stanford Law Review 33 (1981), S. 773 ff.; *Caldeira*, American Political Science Review 79 (1985), S. 178, 179 f. m. w. N.

¹⁰ Bspw. *Jestaedt*, in: Jacob/Mayer (Hrsg.), Im Namen des anderen, S. 141 ff. oder *Nußberger*, JZ 2006, S. 763 ff.

¹¹ S. z. B. *Ighreiz/Möllers/Rolfes/Shadrova/Tischbirek*, AöR 145 (2020), S. 537 ff.; *Coupette*, Juristische Netzwerkforschung.

¹² S. *Jestaedt*, in: Jacob/Mayer (Hrsg.), Im Namen des anderen, S. 141 ff.

¹³ Vgl. *Walsh*, Law & Society Review 31 (1997), S. 337.

¹⁴ Vgl. *Jestaedt*, in: Jacob/Mayer (Hrsg.), Im Namen des anderen, S. 141, 147 f.

¹⁵ Vgl. *Friedman/Kagan/Cartwright/Wheeler*, Stanford Law Review 33 (1981), S. 773, 795 sowie *Landes/Posner*, The Journal of Law and Economics 19 (1976), S. 249, 252.

¹⁶ Vgl. *Hoffmann-Riem*, in: Scherzberg (Hrsg.), Kluges Entscheiden, S. 3, 19; *Lautmann*, Justiz.

¹⁷ S. *Lautmann*, Justiz, insbes. S. 201 ff. sowie *Kaiser*, in: Masing/Jestaedt/Jouanjan/Capitant (Hrsg.), Entscheidungen und Entscheidungsprozesse der Rechtsprechung, S. 1 ff.

¹⁸ *Jestaedt*, in: Jacob/Mayer (Hrsg.), Im Namen des anderen, S. 141, 147.

Entscheidungen beiträgt.¹⁹ Für die beiden untersuchten Gerichte trifft es zu, dass Zitate aus deren Entscheidungen kaum wegzudenken sind.²⁰ Von beiden Gerichten wird erwartet, dass sie in ihren Entscheidungen Quellen zur Stützung ihrer Begründung heranziehen.²¹ Da Zitate immer eine Reflexion dessen sind, was in Entscheidungen als Autorität anerkannt wird, können sie deshalb etwas darüber aussagen, wie Gerichte ihre eigene Rolle und die Funktion einer Begründung in ihren Entscheidungen verstehen. Richter*innen zitieren keinesfalls nur beiläufig und zufällig.²² Vielmehr sind Zitate Indikatoren für Einflüsse von Autoritäten auf die Entscheidungsfindung.²³ Zitate setzen damit eine Auswahl voraus, die der Interpretation zugänglich ist. Die systematische Analyse von Zitaten trägt daher zu einem besseren Verständnis der analysierten Rechtsprechung beziehungsweise der jeweiligen Gerichte bei.²⁴ *Friedman et. al* schreiben:

„Citation patterns thus set forth the authority on which a case rests. They reflect conceptions of role. Changes in these patterns may be barometers of changes in the way judges think about their roles and about the sources and limits of their power. These patterns may be clues, too, to the role of courts in society.“²⁵

Die vorliegende Arbeit analysiert die Zitierpraxis des deutschen Bundesverfassungsgerichts und des kanadischen *Supreme Court* im Vergleich. Dabei stellt sie besonders die Frage nach den Funktionen verschiedener Zitatarten in den Mittelpunkt und analysiert sowohl rechtswissenschaftliche Auseinandersetzungen als auch Entscheidungen der beiden Gerichte. Zudem nähert sie sich dem Thema aus der Ausnahmeperspektive: Wie und warum statten die beiden Gerichte ihre Entscheidungen mit nicht-juristischen Autoritäten aus, also solchen, die keine Rechtsquellen und andere juristische Texte darstellen? Dieser Frage geht die vorliegende Arbeit rechtsvergleichend, interdisziplinär und beispielhaft nach.

Insofern untersucht die vorliegende Arbeit gerichtliche Entscheidungen als mittelbaren Ausdruck des Selbstverständnisses dieser zwei Gerichte aus der Beobachtungsperspektive und führt dabei eine theoretische Untersuchung von Zitierpraktiken von Bundesverfassungsgericht und kanadischem *Supreme Court* sowie eine Rechtsprechungsanalyse betreffend nicht-juristischer Zitate der beiden Gerichte zusammen.²⁶ Da Zitierpraktiken von verschiedensten Faktoren beeinflusst werden, nä-

¹⁹ Vgl. *Walsh*, *Law & Society Review* 31 (1997), S. 337, 338.

²⁰ Für den SCC beispielweise: „Read any Supreme Court decision, and it will be obvious that the judicial citation is the favourite weapon in the arsenal of judicial explanation.“, *McCormick*, *The End of the Charter Revolution*, S. 199.

²¹ Vgl. „appropriate legal authority“, *Friedman/Kagan/Cartwright/Wheeler*, *Stanford Law Review* 33 (1981), S. 773, 793.

²² Vgl. *McCormick*, *The End of the Charter Revolution*, S. 200.

²³ Vgl. *Walsh*, *Law & Society Review* 31 (1997), S. 337, 346.

²⁴ So auch *Johnson*, *Law & Policy* 7 (1985), S. 509.

²⁵ *Friedman/Kagan/Cartwright/Wheeler*, *Stanford Law Review* 33 (1981), S. 773, 794.

²⁶ Einen ähnlichen Ansatz verfolgt *Bobek*, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, S. 2 f. zu Bezugnahmen auf ausländische rechtliche Quellen.

hert sich die Arbeit dem Warum des Zitierens auf mehreren Ebenen. Nicht zuletzt spielen die institutionellen und rechtskulturellen Rahmenbedingungen, in denen Gerichte agieren, eine nicht zu unterschätzende Rolle. Diese Rahmenbedingungen bestimmen maßgeblich die Auswahl der Quellen mit, die Eingang in Entscheidungen finden. Dabei trifft die Arbeit keine Aussagen über die Kausalität von Darstellung der Entscheidung und Entscheidungsfindung anhand von Zitierpraktiken, sondern kann lediglich Plausibilitätserwägungen treffen.

Ein Vergleich gerade von Bundesverfassungsgericht und kanadischem *Supreme Court* bietet sich einerseits deshalb besonders an, weil sie der *common law*- respektive der *civil law*-Tradition entstammen.²⁷ Andererseits sind zur Analyse von Zitaten besonders Gerichte geeignet, die eine Funktion als Verfassungsgericht erfüllen, da von diesen zu erwarten ist, dass sie grundsätzlich mehr und eine größere Bandbreite an Quellen zitieren als Instanzgerichte. Während das Bundesverfassungsgericht ein spezialisiertes Verfassungsgericht ist,²⁸ vereint der kanadische *Supreme Court* ähnlich dem *Supreme Court* der Vereinigten Staaten die Funktionen eines Gerichts höchster Instanz und eines Verfassungsgerichts.²⁹ Der *Supreme Court of Canada* wird auch in der kanadischen Rechtswissenschaft als „constitutional court“ bezeichnet. Dies gilt nicht nur für die Zeit nach der Verfassungsreform in den 1980er Jahren, sondern auch davor.³⁰ Im Folgenden wird der Begriff ‚Verfassungsgerichte‘ daher im weiteren Sinne verwandt und meint auch Höchstgerichte, die unter anderem die Funktion eines Verfassungsgerichts erfüllen.³¹

Dass die beiden Gerichte mehr und diverser zitieren als Instanzgerichte, steht aus verschiedenen Gründen zu vermuten. Beide Gerichte sind als letztinstanzliche Gerichte besonders zur Wahrung der Einheit der Rechtsordnung berufen, da gegen ihre Entscheidungen (meist) keine Rechtsmittel mehr statthaft sind. Dies erhöht den Begründungsdruck.³² Zudem behandeln die Verfahren, die Verfassungs- und Höchstgerichte erreichen, zentrale Rechtsfragen und oftmals gesellschaftlich kontroverse Themen und genießen eine größere Öffentlichkeit als solche der Instanzgerichte. Dabei sind die Kompetenzen beider Gerichte sehr weitreichend.³³ Das Bundesverfassungsgericht kann gem. Art. 93 GG über verschiedene Wege angerufen werden und insbesondere gem. Art. 93 Nr. 4a GG grundsätzlich über alle Akte öffentlicher Gewalt entscheiden. Der kanadische *Supreme Court* ist gem. *section 35* des *Supreme*

²⁷ Zu den Schwierigkeiten der rechtsvergleichenden Kategorisierung in Rechtskreisen s. z. B. Haberl, in: Ferrari (Hrsg.), *Judicial Cosmopolitanism*, S. 295, 321.

²⁸ Bobek, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, S. 44.

²⁹ Mutart, *The Empirical Gap in Jurisprudence*, S. 19.

³⁰ S. z. B. McCormick/Zanoni, *By the Court*, S. 16.

³¹ So auch z. B. bei Lübke-Wolff, in: Schürmann/von Plato (Hrsg.), *Rechtsästhetik*, S. 17, 19.

³² Zu Begründungs- und Rechtfertigungsbedarf vgl. Jestaedt, in: Jacob/Mayer (Hrsg.), *Im Namen des anderen*, S. 141, 142 f.

³³ Zum *Supreme Court of Canada* und dessen Überprüfung von Verfassungsänderungen s. Albert, *Supreme Court Law Review* 110 (2023), S. 79, 80 ff. Zur „Kompetenzfülle“ des BVerfG s. Jestaedt, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, *Das entgrenzte Gericht*, S. 77, 82.

Court Act für Rechtsmittel in allen Rechtsgebieten zuständig.³⁴ Dies betrifft Rechtsmittel gegen Entscheidungen sowohl der Provinz- als auch der Bundesgerichte.³⁵ Er kann grundsätzlich über alle Rechtsmittel entscheiden, sofern ein öffentliches Interesse („public importance“) besteht.³⁶

Hinzu kommt, dass Verfassungsgerichte weniger Fälle als Instanzgerichte entscheiden, unter anderem da sie mittels Zulässigkeitshürden über die Möglichkeit verfügen, Fälle nicht zur Entscheidung anzunehmen.³⁷ Dies schafft grundsätzlich mehr Zeit für die Begründung und deren Untermauerung durch Quellen. Zudem steht beiden Gerichten wissenschaftliches Personal zur Verfügung (sog. „3. Senat“ beziehungsweise sog. „law clerks“), das bei der Entscheidungsvorbereitung, Recherche und Redaktion behilflich ist. Dies führt dazu, dass mehr Quellen gesichtet und ausgewertet werden können. Dies alles lässt vermuten, dass Verfassungsgerichte häufiger zitieren als Instanzgerichte. Außerdem ist eine größere Quellendiversität anzunehmen, da Verfassungsgerichte sich nicht auf die Zitierung höherer Gerichte beschränken können. Der kanadische *Supreme Court* bietet sich auch deshalb als Untersuchungsgegenstand an, weil er bekannt dafür ist, verschiedene Quellen in seinen Entscheidungen zu zitieren, insbesondere gilt dies für die Zitierung und Verwertung rechtsvergleichenden Materials.³⁸

In Bezug auf den rechtsvergleichenden Ansatz der Arbeit ist zu betonen, dass Rechtssysteme einzigartig, kontingent und partikular sind sowie die Umfeldler widerspiegeln, in denen sie angesiedelt sind.³⁹ Im Anschluss an *Frankenberg* ist die grundsätzliche Unmöglichkeit der Vorstellung offenzulegen, es existierten Kulturen oder Gesetze als Objekte, die als Ganzes erfasst, dargestellt und systematisch klassifiziert werden könnten.⁴⁰ Auch die vorliegende Arbeit geht deshalb davon aus, dass Rechtsvergleichung nur durch Offenlegung der Subjektivität der Untersuchung möglich ist, da die kulturellen, historischen und persönlichen Vorurteile der Vergleichenden notwendigerweise die Herangehensweise und die Untersuchung selbst maßgeblich prägen.⁴¹

³⁴ „The Court shall have and exercise an appellate, civil and criminal jurisdiction within and throughout Canada.“, *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 35.

³⁵ Der SCC unterscheidet sich insoweit vom Supreme Court der Vereinigten Staaten, s. *Muttart*, *The Empirical Gap in Jurisprudence*, S. 19.

³⁶ *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40(1); s. dazu unten, „leave to appeal“.

³⁷ Zu Entscheidungsspielräumen am Bundesverfassungsgericht bei Zulässigkeitsentscheidungen s. *Kranenpohl*, *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses*, S. 108 ff.; zur kanadischen Zulässigkeit weitgehend nach Ermessen s. bspw. *Cooney*, *University of Toronto Faculty of Law Review* 70 (2012), S. 41, 43 ff.

³⁸ S. bspw. *Rado*, *Utrecht Law Review* 16 (2020), S. 57; *La Forest*, *Maine Law Review* 46 (2018), S. 211, 212.

³⁹ *Harding*, *Yale Journal of International Law* 28 (2003), S. 409, 411.

⁴⁰ *Frankenberg*, *Harvard International Law Journal* 26 (1985), S. 411, 415 f.

⁴¹ *Frankenberg*, *Harvard International Law Journal* 26 (1985), S. 411, 415 f. S. zu den Problematiken der Rechtsvergleichung generell, u. a. Universalismus, Relativismus und Subjektivität, Eurobeziehungsweise Anglozentrismus sowie Kolonialismus *Michaels/Salaymeh*, *RabelsZ* 2022, S. 166 ff. und *Foljanty*, *KritV* 2015, S. 89 ff.

Zunächst widmet sich die Arbeit einer theoretischen Perspektive auf das Thema ‚Zitat in gerichtlichen Entscheidungen‘ und nähert sich diesem auf der Makroebene (B.). Dabei beschäftigt sie sich mit einem für die Rechtswissenschaften operationablen Begriff des Zitats (B.I.) und leitet anschließend her, dass Unterschiede in der Zitierpraxis von beiden Gerichten unter anderem durch divergierende Autoritätskonzepte erklärbar sind (B.II.). Dazu beleuchtet die Arbeit einerseits die spezifische Autorität von (Verfassungs-)Gerichten und andererseits Autorität durch Zitate. Dies illustriert die Rolle von Zitaten als Mittel der Autoritätsgenerierung im Rahmen der Begründungsleistung von Gerichten. Danach setzt sich die Arbeit mit Typologien des Zitats in gerichtlichen Entscheidungen auseinander, unterscheidet juristische und nicht-juristische Zitate und geht exemplarisch Funktionen von verschiedenen juristischen Zitatarten nach (C.). Der Regelfall der juristischen Zitate in gerichtlichen Entscheidungen gibt hierbei Aufschluss über Zwecke gerichtlicher Begründungen und dient als Folie für die Frage nach den Zwecken nicht-juristischer Funktionen.

Schließlich nähert sie sich dem Phänomen der Zitierpraktiken auf der Mikroebene der Zitate selbst und analysiert beispielhaft bestimmte nicht-juristische Zitatarten in der Rechtsprechung der beiden Gerichte: literarische, religiöse und philosophische Zitate (D.). Die Arbeit möchte sich den Ausnahmefällen widmen, da diese ein Licht auf die Regel werfen. Im Fall von nicht-juristischen Zitaten stellt sich besonders die Frage des „Warum“, da diese in einem auf Rationalität, Stringenz und Formalität gerichteten Text wie einer gerichtlichen Entscheidung weniger erwartbar sind. Literarische, religiöse und philosophische Texte stellen dabei besonders spezielle Ausnahmen in gerichtlichen Entscheidungen dar. Anders als beispielsweise sozialwissenschaftliche oder ökonomische Zitate tauchen sie nicht auf der Sachverhaltsebene, sondern fast ausschließlich auf der Begründungsebene einer Entscheidung auf. Sie dienen also nicht dazu, Richter*innen unbedingt ein besseres Verständnis der Faktenlage zu verschaffen. Gerade deshalb steht die Frage nach ihrer Angemessenheit und ihrem Warum im Raum. Dabei sollen insbesondere verschiedene Funktionen nicht-juristischer Zitate ausgearbeitet werden. Eine Funktionalisierung wirft dabei auch vielfältige Probleme auf. Der hier verfolgte Ansatz beruht auf der Annahme, dass jedes Zitat anders ist und sich dessen Funktionen nur aus dem jeweiligen Entscheidungskontext ergeben.⁴² Da Funktionalisierung notwendigerweise subjektiv sein muss, versteht sich der hier verfolgte Ansatz als *eine* mögliche, plausible Textinterpretation und nicht als Enthüllung eines immer dagewesenen Sinns oder einer Intention.

Um sich dem Warum zu nähern, sollen zudem einige Vorfragen gestellt werden, um die Bedeutung verschiedener Zitatarten in den Entscheidungen der beiden Gerichte zu beschreiben – darunter: Wie oft tauchen diese auf? Wann historisch? Finden sich bestimmte nicht-juristische Zitate eher in Mehrheitsmeinungen oder in Sondervoten? Hängen diese von Präferenzen einzelner Richter*innen ab? Außerdem

⁴² Vgl. *Walsh*, *Law & Society Review* 31 (1997), S. 337, 338.

werden die jeweiligen nicht-juristischen Zitatarten mit Befassungen in der rechtswissenschaftlichen Literatur, vor allem aus dem US-amerikanischen Raum, kontextualisiert. Mit diesen Fragen unter anderen möchte sich die vorliegende Arbeit dem Phänomen des verfassungsgerichtlichen Zitierens nähern. Die Zitierpraktiken der beiden Gerichte sind vielschichtig, voraussetzungsvoll und divers.⁴³ Sie können auch hier nur ausschnitthaft behandelt werden.

⁴³ *Jestaedt*, in: Jacob/Mayer (Hrsg.), *Im Namen des anderen*, S. 141, 147.

B. Begriffliche und konzeptionelle Grundlagen

Das folgende Kapitel setzt sich mit zwei Begriffen auseinander, die für die vorliegende Arbeit zentral sind: Zitat und Autorität. Einen für die Analyse von gerichtlichen Entscheidungen handhabbaren rechtswissenschaftlichen Zitatbegriff gibt es wie zuvor bereits bemerkt noch nicht. Im Folgenden wird daher ein Zitatbegriff herausgearbeitet, der für Analysen von Entscheidungstexten genutzt werden kann. Zudem beschäftigt sich das folgende Kapitel mit ‚Autorität‘. Dabei handelt es sich um einen Begriff, der in der Forschungsliteratur im Zusammenhang mit Zitaten und deren Funktionen oft zentral diskutiert wird (II.1).¹ Zudem wird auch bei Gerichten immer wieder die Frage nach ihrer Autorität gestellt (II.2).² Die vorliegende Arbeit schlägt deshalb einen Bogen von der institutionellen Autorität, die Gerichten zugeschrieben wird, hin zu der Autorität (mithilfe) von Zitaten. Diese sichern die Entscheidungsbeurteilung zusätzlich ab und stellen somit letztlich ein Mittel dar, die Autorität der gerichtlichen Entscheidung zu stärken.

Im Hinblick auf die Autorität von Gerichten als staatlichen Institutionen existieren verschiedene Konzepte von Autorität, die je nach Justiz- und Staatssystem divergieren. Diese Divergenzen lassen sich auch auf die verschiedenen Entscheidungs- und Zitierpraktiken des Bundesverfassungsgerichts als dem kontinentaleuropäischen *civil law* zugehörig und dem kanadischen *Supreme Court* aus dem *common law* übertragen. Hierzu bezieht sich die Arbeit auf „The Faces of Justice and State Authority“ von *Damaška* und die darin beschriebenen Kategorien, anhand derer er verschiedene Justiz- und Staatssysteme unter anderem in Bezug auf Autorität einordnet. Das Modell bietet einen komparativen, umfassenden Ansatz, wie Konzepte von Autorität, Justiz und Recht in *common law* und *civil law*-Systemen differieren, und löst sich dabei von der Unterscheidung inquisitorischer versus adversatorischer Justizsysteme. Deshalb ist dieser Ansatz als theoretische Grundlage für die nachfolgenden auf Detailebene gehenden Analysekapitel gut geeignet.

¹ Bspw. *Jestaedt*, in: Jacob/Mayer (Hrsg.), Im Namen des anderen, S. 141 ff.; *van den Berg*, in: Beekman/Grüttemeier (Hrsg.), Instrument Zitat, S. 11 ff.

² Vgl. bspw. *Martini*, Vergleichende Verfassungsrechtsprechung, S. 559.

I. Zitatbegriff als Analyseinstrument für gerichtliche Entscheidungen

Eine Begriffsbestimmung des Zitats in gerichtlichen Entscheidungen findet sich in den Rechtswissenschaften nicht.³ Wird der Begriff verwendet, wird er meist wenig erklärt.⁴ Im Folgenden wird versucht, unter Rückgriff auf die Literaturwissenschaften einen Zitatbegriff zu definieren, der für die Analyse von Gerichtsentscheidungen handhabbar ist. Der Zitatbegriff ist in verschiedenen Wissenschaften jeweils umstritten. Dies ist insbesondere auf die Vielgestaltigkeit der Praxis des Zitierens zurückzuführen, die eine allgemeingültige Definition beziehungsweise Theorie des Zitats verkompliziert. Dies wird bspw. auf die Ubiquität von Zitierpraktiken „in allen Lebensbereichen“ zurückgeführt.⁵

Mit diesen grundlegenden Schwierigkeiten im Hinterkopf bieten sich die Literaturwissenschaften als Referenzwissenschaft an, weil sich dort zahlreiche Ansätze zum Zitat und zum Verhältnis von Texten zueinander finden.⁶ Gerade das Nebeneinanderstehen von verschiedenen theoretischen Konzepten in der Literaturwissenschaft eröffnet dabei eine Möglichkeit zur Erweiterung des Blickfelds und die Chance, sich einem Begriff zu nähern, der in der Rechtswissenschaft für Entscheidungsanalysen bisher kaum benutzt wurde. Darüber hinaus sind sich Literatur- und Rechtswissenschaften als Wissenschaften, die sich beide mit Textdeutung beschäftigen, in gewisser Weise ähnlich.⁷

In den Literaturwissenschaften taucht der Zitatbegriff im Zusammenhang mit dem von *Kristeva* geprägten Begriff der Intertextualität auf, die sich wiederum auf das Konzept der „Dialogizität“ von Texten bei *Bachtin* bezieht. *Bachtin* bemerkt hierzu grundlegend: „Jede von ihnen [Reden in einem Roman] begründet eine Vielzahl von sozialen Stimmen und eine Vielfalt von (immer mehr oder weniger dialogisierten) Verbindungen und Korrelationen zwischen den Aussagen und den Sprachen.“⁸ Daran anschließend formuliert *Kristeva* wie zuvor zitiert, dass sich jeder Text wie ein Mosaik aus Zitaten zusammensetzt und jeder Text andere Texte in sich aufnimmt. Zur Beschreibung dieses Umstands führt sie den Begriff der „Intertextualität“ ein.⁹ Dieser bezeichnet die grundlegende Eigenschaft von Texten, immer auf andere Texte bezogen zu sein. *Barthes* führt dies im Anschluss an *Kristeva* folgendermaßen aus:

³ S. zur Begriffsgeschichte und zu verschiedenen Verwendungskontexten *Steigler-Herms/Wittmann*, in: Gutmann/Ortland/Stierstorfer (Hrsg.), Online-Enzyklopädie Recht und Literatur.

⁴ So z. B. bei *Jestaedt*, in: Jacob/Mayer (Hrsg.), Im Namen des anderen, S. 141 ff.; *Nußberger*, JZ 2006, S. 763 ff. Als dogmatischer Terminus findet sich der Zitatbegriff heute vor allem im Urheberrecht wieder (§ 51 UrhG), wo er als Schranke des Urheberrechts verwendet und definiert wird.

⁵ *Neumann*, in: Elm/Fülleborn (Hrsg.), Zur Geschichtlichkeit der Moderne, S. 43.

⁶ S. hierzu im Überblick *Helmstetter*, in: Weimar (Hrsg.), Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft, S. 896 ff.

⁷ Zu Unterschieden zwischen beiden Disziplinen bzgl. Interpretation s. z. B. *Fish*, Yale Law Journal 97 (1988), S. 777 ff.

⁸ *Bachtin*, Die Ästhetik des Wortes, S. 157.

⁹ *Kristeva*, in: Ihwe (Hrsg.), Literaturwissenschaft und Linguistik, S. 345, 348.

Sach- und Personenregister

- Adler, Mortimer* 178
adversatorisch 9, 33
Akzeptanz 26, 31, 62, 67, 72, 199
Alexy, Robert 175
Aneignung 15, 142, 143
Anonymität 34, 40, 156
Anspielung 11, 13, 131, 135
Arendt, Hannah 23, 24, 26, 27, 167, 172
Aristoteles 162, 166, 171, 174
Austin, John 156
Autonomie 27, 28, 57, 98, 201
Autoritarismus 23, 28
- Barthes, Roland* 10, 11
Befriedung 30
Begründungsaufwand 15, 112
Begründungsstil 60, 108
Bentham, Jeremy 171
Beratungskultur 52
Berlin, Isaiah 174
BGH 76, 77
Bibelzitat 19, 183, 184, 185, 187, 189, 191, 192
Bill of Rights 66, 70, 169, 178
Bourdieu, Pierre 142, 143
Brandom, Robert 91
Bundestag 78
by the Court 34, 40, 41, 46, 50, 156
- captive court 61, 64, 72
Carroll, Lewis 127
circulate and revise 40, 46
co-authorship 41
Common Sense 201
court attendant 46
- Demokratie 24, 26, 29, 169
de Tocqueville, Alexis 154
dialogisch 101, 105
- Dialogizität 10
Dickens, Charles 125, 127, 143, 147, 148, 151, 152
Diskursivität 47, 54, 60, 80, 81, 200
Dogmatik 57, 76, 80, 106, 155, 197, 201
Dworkin, Ronald 92, 94, 158, 159, 169, 170, 173, 174, 177, 178
- EGMR 85, 106, 177
Einstimmigkeit 40, 42, 43, 51
Engisch, Karl 176
Entpolitisierung 59
- Fachöffentlichkeit 44, 45
Fiktionalität 123, 168
Foucault, Michel 171
Fremdzitate 85, 118, 199
Frost, Robert 135
Funktionskategorien 192
- Galileo Galilei* 156, 178
Geniekult 132
Gerechtigkeit 94, 141, 152, 175, 177, 193
Gleichheit 93, 166, 169, 175, 199
Goethe, Johann Wolfgang von 151
- Hart, H.L.A.* 155, 159, 169
hate speech 166
Hegel, Georg Wilhelm Friedrich 174
Heine, Heinrich 145, 150
Hobbes, Thomas 171
Hohfeld, Wesley Newcomb 156
House of Lords 37, 102, 191
- indigenes Recht 101, 102, 202
inquisitorisch 9, 33
intergerichtliche Kommunikation 84, 85, 99, 105, 202

- Intertextualität 10, 11, 85, 135
 interveners 47
- judicial activism 66, 70, 73, 161
 Judicial Executive Assistant 46
- Kafka, Franz* 144
Kant, Immanuel 171
 Kettenroman 94
 Kettenzitat 16, 58, 95, 114, 180
 Kohärenz 1, 49, 57, 92, 94, 95, 110, 186, 193, 200
 Komplexitätsreduktion 26, 97, 122
 Konfliktlösung 30, 32, 48, 59, 67, 79, 97, 100, 196
 Konsens 1, 37, 42, 51, 53, 60, 79, 110, 111, 113, 122, 192
 Kontinuität 93, 94, 95, 171, 172, 186, 187, 188, 195, 196, 201
 Kontroverse 4, 47, 52, 60, 77, 79, 81, 97, 161, 200
 Kontroversen 79
 KPD-Verbotsurteil 154
Kristeva, Julia 1, 10, 11
- Laienschaft 34, 35, 36, 45
 law clerks 5, 46, 110
 Literaturwissenschaften 1, 10, 11, 133
 living tree-Doktrin 71, 96
- Magna Charta 172
 Maßstabsbildung 57, 76, 95, 114, 197, 200
 Meinungsfreiheit 166
 Menschenrechte 169
Mill, John Stuart 154
Montesquieu 172, 174
- Nationalsozialismus 73, 107
 Neutralität 119, 178, 183
 normative Autorität 92
 normativer Autoritätsbegriff 25
 notwithstanding clause 21, 69
Nussbaum, Martha 170
- Objektivität 49, 54, 67, 98, 130, 138
 Oliver Twist 143
- Orwell, George* 127, 143, 144, 148
 overruling 94
- Parochialismus 134
 patriarchal 24
 Personalisierung 47, 194, 200, 201
 Pfadabhängigkeit 94, 95
 Philosophers' Brief 159
 Plagiat 11
Platon 171, 175
 politische Theorie 24, 162
Pound, Ezra 178
Privy Council 36, 63, 65, 71, 80, 96, 101, 102, 157
- Radbruch, Gustav* 168, 169, 170, 176
 Rationalität 1, 6, 92, 94, 98, 193, 199
Rawls, John 178
Raz, Joseph 159, 177
 Rechtslinguistik 46
 Rechtssicherheit 43, 92, 93, 94, 176, 199
 Rechtsstaatsprinzip 94, 169
 Rechtstheorie 155, 158, 159, 163
 Redewendung 13, 125, 179
 Religionsfreiheit 166, 188
 Rhetorik 17, 139, 140, 149
 Romanverbotsverfahren 126, 150, 168
Rorty, Richard 159
Rousseau, Jean-Jacques 173
- Selbstautorisierung 31, 61, 62, 74, 75
 Selbstermächtigung 76, 77
 Selbstreferenzialität 94
 Selbstreflexion 105, 106, 175, 193
Seneca 173
Shakespeare, William 125, 127, 132, 144, 146, 150, 152
 single judgment, single author 39, 40
Smith, Adam 154
 stare decisis 64, 92, 93, 94, 96, 97
 Subsumtion 49, 200
Swift, Jonathan 151
- Tennyson, Alfred* 144
Tolstoi, Lew Nikolajewitsch 149
 Transformation 1, 59, 61, 105, 196, 201
 Transtextualität 11
Twain, Mark 147

- Übersetzung 59, 180, 192, 196, 197, 201
Überzeugung 15, 22, 98, 100, 122, 130, 139,
183, 184
Unparteilichkeit der Justiz 183
- vakantes Zitat 13, 120, 163
value formalism 34, 61, 76, 78, 80, 81
Verantwortungsdiffusion 111, 112
Vertrauen 27, 28, 31, 56, 72, 78
Vertrauensschutz 93
Voltaire 147
- von Aquin, Thomas* 173
von Humboldt, Wilhelm 172
Vorhersehbarkeit 93, 94
- Weimarer Republik 73
Wendell Holmes, Oliver 175
wissenschaftliche Mitarbeitende 2, 108, 110
- Zitat im Zitat 12, 126, 181
Zitatsignal 13