

P. Legitimität durch Kontinuität? Das Grundgesetz und die Vergangenheit

I. Einführung

In der Trias Max Webers ist die traditionale Herrschaft neben der charismatischen und der rationalen Herrschaft der dritte Ansatz der Legitimierung von Macht. Max Weber beschreibt diesen Legitimitätsgrund als die *auf Überlieferung gegründete Überzeugung von der Rechtmäßigkeit eines überkommenen Regimes*.¹¹⁶³ Dieser Gedanke lässt sich sehr gut auf die Verfassung übertragen. Vermag sie als Grundgerüst der staatlichen Einrichtung eine Verknüpfung zwischen ihrer Zeit und der Vergangenheit herzustellen, weckt sie in der Vorstellung der Beherrschten hierdurch unweigerlich den Gedanken, dass „alles immer schon so war“ und dass sie deswegen befolgt werden muss.

Hierbei ist nicht zwingend ungebrochene Kontinuität erforderlich. Der Bau einer Brücke zu Zeiten, die in der Erinnerung der Beherrschten als positiv bewahrt werden, kann für die Legitimität ebenso förderlich sein, gerade dann, wenn die neue Verfassung nach als schlecht empfundenen Zeiten mit dem Anspruch auftritt, Unterpfand eines radikalen Neuanfangs zu sein.¹¹⁶⁴ Die Verbundenheit mit Zeiten, die in der Erinnerung der Beherrschten als positiv leben und der hiermit verbundene Glauben an eine Auferstehung oder Erneuerung wecken Gefühle, die die Verfassung tragen und ihr somit Stabilität verleihen.

Dem ungarischen Grundgesetz steht diese Suche nach Kontinuität förmlich auf die Stirn geschrieben. *Szente* geht bei seiner Analyse der historischen Verfassung davon aus, dass die Redakteure bestrebt waren, durch diese *markante ideologische Begründung* den auf den *schwerwiegenden Mangel*

1163 Weber, Max: *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl. (Studienausgabe), Mohr Siebeck, Tübingen, 1976, S. 19f, 122f.

1164 Dies zeigt auch die Geschichte des deutschen Grundgesetzes. Dies stellt einerseits einen radikalen Gegenentwurf zum NS-Unrechtsstaat und einen Versuch dar, aus den Fehlern von Weimar zu lernen. Andererseits knüpft es trotz seiner schlanken, wenig ideologischen Struktur klar an die als positiv empfundenen Momente der deutschen Geschichte an. Der im öffentlichen Recht bewanderte Leser erkennt in ihr sofort den Geist der Paulskirchenverfassung.

des fehlenden Konsenses zurückzuführenden Legitimitätsverlust zu beheben.¹¹⁶⁵

Ob die Redakteure sich dieses schwerwiegenden Mangels bewusst waren, sei hier dahingestellt. Sollten sie mit den auf Schaffung von Kontinuität gerichteten Inhalten des Grundgesetzes tatsächlich das Ziel verfolgt haben, dessen Legitimität zu stärken, ist ihnen dies nicht gelungen. Der historisierende Charakter der Urkunde ist eher geeignet, die Gräben zwischen dem Fidesz und den anderen politischen Strömungen zu vertiefen. Eine genauere Untersuchung zeigt zudem, dass diese Bezugnahmen allenfalls eine geringe Ausstrahlungswirkung auf die normativen Inhalte des Grundgesetzes haben und die Rechtsanwendung deswegen kaum beeinflussen werden. Daneben sind sie bei missbräuchlicher Anwendung Einfallstor für Ideologien der radikalen Rechten. Wie schwach bewacht dieses Tor ist, zeigt eine erschreckende Gegenmeinung in einem Urteil des Verfassungsgerichts von 2019.

II. Die historische Verfassung

1. Einführung

Das Grundgesetz schenkt der historischen Verfassung große Aufmerksamkeit. Die sehr zentrale Vorschrift des Art. R), die als Ausdruck des Selbstverständnisses der Urkunde bezeichnet werden kann, sagt in ihrem Abs. (3):¹¹⁶⁶

Die Bestimmungen des Grundgesetzes sind in Übereinstimmung mit dessen Zweck, mit dem darin enthaltenen Nationalen Glaubensbekenntnis und mit den Errungenschaften unserer historischen Verfassung auszulegen.

Bereits seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes bestimmt die Präambel:

Wir ehren die Errungenschaften unserer historischen Verfassung und die Heilige Krone, die Ungarns verfassungsmäßige staatliche Kontinuität und die Einheit der Nation verkörpert.

1165 Szente, Zoltán: A 2011. évi Alaptörvény és a történeti alkotmány összekapcsolásának mítosza (Der Mythos von der Verknüpfung des Grundgesetzes von 2011 und der historischen Verfassung), *Közjogi Szemle* 2019/1, S. 1.

1166 Abs. (1) des Artikels bestimmt, dass das Grundgesetz die Grundlage der Rechtsordnung Ungarns bildet, während Abs. (2) festlegt, dass das Grundgesetz und die Rechtsvorschriften für jeden verbindlich sind.

Wir erkennen die wegen fremder Besetzungen erfolgte Aussetzung unserer historischen Verfassung nicht an [...]

Diesen Bestimmungen der Präambel fügte die siebte Grundgesetzänderung hinzu:

*Wir bekennen, dass der Schutz unserer in unserer historischen Verfassung wurzelnden Identität grundlegende Pflicht des Staates ist.*¹¹⁶⁷

Art. R) Abs. (3) stellt den Rechtsanwender vor mehrere Herausforderungen. Soll die historische Verfassung als Auslegungshilfe für das Grundgesetz dienen, muss sie zunächst gefunden werden. Durch die Zusammenstellung der ihren Körper bildenden Vorschriften muss ihr eine konkrete Gestalt gegeben werden. Hiernach stellt sich die Frage, welche Rolle das Wort *Errungenschaft* bei der Auslegung spielen soll. Sollten Antworten auf diese Fragen gefunden werden, ist immer noch ungeklärt, in welcher Art und Weise sich diese historische Verfassung mit ihren Errungenschaften auf die Auslegung einer Verfassungsurkunde des 21. Jahrhunderts auswirken soll.

Folgt man der hier vertretenen Auffassung, ist das Ergebnis ernüchternd. Die Stilisierung der historischen Verfassung und der Krone im Grundgesetz sind nichts weiter als ideologische Zugeständnisse. Legt man die einschlägigen Bestimmungen aus, ohne sie zu entstellen, ist es praktisch unmöglich zu erkennen, inwiefern sie bei der Auslegung des Grundgesetzes von Nutzen sein sollen. Demgegenüber lädt die Lehre von der historischen Verfassung im Kontext des Grundgesetzes beinahe dazu ein, nach rechts verzerrt und missbraucht zu werden.

2. Versuch der materiellen und zeitlichen Eingrenzung

Die bloße Erwähnung einer historischen, nicht als Ergebnis eines formalisierten Prozesses der Verfassunggebung in ein einheitliches Dokument gefassten Verfassung mag ungewohnt klingen. Dennoch ist diese Art der Verfassung verbreitet, wobei die englische Rechtsordnung das wohl bekannteste Beispiel darstellt.¹¹⁶⁸

1167 Die Doppelung des Possessivpronomens im Text ist beabsichtigt und ist eine genaue Übersetzung des ungarischen Originals.

1168 Die historische Verfassung Englands ist bis heute Grundlage der Rechtsordnung des Landes. Neben der Magna Charta Libertatum als ihrem wohl berühmtesten Bestandteil gehören zu ihr die Bill of Rights, das mehrmals geän-

Der ungarischen historischen Verfassung widmete die ältere Wissenschaft zahlreiche Werke von hohem Anspruch. Vor dem Hintergrund dieser umfangreichen Auseinandersetzung mutet die historische Verfassung nicht mehr wie ein schwer fassbares, aus willkürlich ausgewählten Teilen zusammengesetztes Geschöpf an. Ihre Teile haben sich vielmehr im Laufe der Zeit – ebenso, wie beim englischen Vorbild – herauskristallisiert, sodass die Verfassung über einen fassbaren Inhalt verfügt. Das erste der angesprochenen Probleme ist somit leicht zu beantworten: die historische Verfassung ist eine Gruppe von Rechtsvorschriften, deren Kreis mithilfe Tradition und Literatur zu umgrenzen ist.¹¹⁶⁹

Nicht ohne weiteres zu beantworten ist demgegenüber die Frage, wo das Grundgesetz den Schlusspunkt der Entwicklung dieser historischen Verfassung verorten will. Hier liegt der Verweis auf die bolschewistische Verfassung von 1949 als erster geschriebener Verfassung in der Präambel als einfache Lösung nahe. Allerdings ist es gerade das Grundgesetz, das mit seinem Wortlaut dieser Interpretation entgegensteht, indem es (ebenfalls in der Präambel) davon spricht, dass der *pouvoir constituant* die *wegen fremder Besatzungen erfolgte Aussetzung* der historischen Verfassung nicht anerkenne.

Welche konkreten Zeiten das Grundgesetz zu diesen Zeiten der Besatzung zählt, legt es nicht ausdrücklich fest.¹¹⁷⁰ Allerdings hilft der unmittelbar folgende Satz der Präambel. Dieser bildet zusammen mit dem zitierten Satz einen gesonderten Absatz, was für eine gewisse Nähe dieser beiden Inhalte innerhalb der Präambel spricht. Dieser zweite Satz hat die Ableh-

derde, aber bis heute die Thronfolge regelnde Act of Settlement von 1701 oder das den Dominions die gesetzgeberische Unabhängigkeit verleihende Statute of Westminster von 1931. Für eine detaillierte Einführung zum englischen Verständnis des öffentlichen Rechts s. das Grundlagenwerk *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* des Whig-Abgeordneten und Rechtswissenschaftlers A. V. Dicey aus dem Jahr 1885.

1169 S. hierzu sehr ausführlich Rixer, *Ádám*: A történeti alkotmány lehetséges jelen-tástartalmai (Mögliche Deutungsinhalte der historischen Verfassung), *Jogelméleti Szemle* 2011/3.

1170 Dies ist erneut eine Bestimmung, die dazu einlädt, Karikaturen zu zeichnen. Wie gezeigt war Ungarn ab 1526 in drei Teile gespalten, von denen einer zum Osmanischen Reich und einer zum Reich der Habsburger gehörte. Erst ab 1867 kann das Land wohl wieder als souveräner Staat bezeichnet werden, trotz der öffentlich-rechtlichen Charakters der Doppelmonarchie mit den mit Österreich geteilten Zuständigkeiten. Der Gedanke, dass zwischen 1526 und 1867 wegen der „fremden Besatzungen“ die historische Verfassung und somit auch deren Entwicklung ausgesetzt gewesen seien, kann den Redakteuren nicht ernsthaft vorgeschwebt haben.

nung der Verjährung bestimmter Verbrechen zum Inhalt und führt dabei die *Herrschaft der nationalsozialistischen und der kommunistischen Diktatur* an.

Die zwei Sätze dieses Absatzes sind zusammen zu lesen. Zusammen drücken sie aus, dass diese Epochen der nationalsozialistischen und der kommunistischen Diktatur die Tiefpunkte der ungarischen Geschichte darstellen. Gleichzeitig knüpft der zweite Satz an diese Feststellung die am schwersten wiegenden Rechtsfolgen überhaupt: die Unverjährbarkeit, sowie die Aussetzung der Verfassung. Erstere ist in der Regel allerschwersten Straftaten und hier ganz besonders Verbrechen gegen die Menschlichkeit vorbehalten. Die Suspendierung der historischen Verfassung ergänzt dieses Urteil. So gelesen steht sie nicht primär für einen Bruch mit dem Recht der Vergangenheit, sondern bringt vielmehr einen Bruch mit dem Recht schlechthin, d.h. eine Unrechtsherrschaft zum Ausdruck. Somit ist die Erwähnung der Aussetzung der Verfassung zusammen mit derjenigen der Unverjährbarkeit als Werturteil zu lesen und auf die unmittelbar in diesem Zusammenhang angeführten Zeiten des Nationalsozialismus und des Kommunismus zu beziehen.

Kann der Beginn der Aussetzung nicht auf den Beginn der kommunistischen Diktatur 1949 datiert werden, sondern ist auch die nationalsozialistische Zeit umfasst, stellt sich sofort eine neue Frage: wann fing diese nationalsozialistische Zeit in Ungarn an, während der die historische Verfassung suspendiert war? Hierbei kommt als erstes die kurze Herrschaft der Pfeilkreuzler in Betracht. Diese Zeit stellte eindeutig einen radikalen Bruch mit jeglicher Tradition und eine totale Unrechtsherrschaft dar, während der die historische Verfassung praktisch nicht existierte.¹¹⁷¹

Die Präambel selbst legt allerdings einen anderen Zeitpunkt nahe, indem sie erklärt:

*Die Wiederherstellung der staatlichen Selbstbestimmung, die am neunzehnten März 1944 verlorengegangen ist, rechnen wir ab dem zweiten Mai 1990, der Konstituierung der ersten frei gewählten Volksvertretung.*¹¹⁷² Diesen Tag

1171 Dass die Pfeilkreuzler – wie bereits erwähnt – sich zur Legitimierung ihrer Macht auf die historische Verfassung und die Krone beriefen, spielt hier selbstverständlich keine Rolle.

1172 Diese Bestimmung gehört zu den am meisten umstrittenen Inhalten des Grundgesetzes und sorgte für Empörung. Der umfassende Streit kann hier nicht aufbereitet werden, allerdings muss darauf hingewiesen werden, dass nach der Belagerung im Jahre 1944 die deutschen Nazis ihre Gräueltaten keineswegs im Alleingang vollbrachten, sondern von vielen ungarischen Funk-

betrachten wir als den Beginn der neuen Demokratie und Verfassungsordnung unseres Vaterlandes.

Diese Bestimmung legt die Annahme nahe, dass das Grundgesetz nicht nur die Herrschaft der Pfeilkreuzler und die ebenfalls sehr brutalen ersten Jahre der Rákosi-Diktatur, sondern den gesamten Zeitraum zwischen dem 19.03.1944 und dem Zusammentreten der Landesversammlung im Jahre 1990 als weißen Fleck auf der Landkarte der Geschichte betrachtet, also als eine Zeit, in der die organische Entwicklung des Rechts, deren Ausdruck die historische Verfassung ist, einen Bruch erlitt.

Dies hat eine wichtige Folge. Stellt man sich auf diesen Standpunkt und datiert den Bruch auf den 19.03.1944, ist die Kleine Verfassung von 1946 während der Zeit der Aussetzung entstanden und kann deswegen nicht zu den Inhalten der historischen Verfassung gezählt werden.

Diesem Schluss könnte man entgegenhalten, dass einzelne wichtige Gesetze auch in Zeiten der eingeschränkten Souveränität entstehen können. Allerdings wirkt dieses Verständnis in Kenntnis der Vorbereitungsarbeiten zum Grundgesetz wenig überzeugend. Nach den im Laufe dieser Arbeiten zum Ausdruck gekommenen Ansichten ist die Kleine Verfassung nicht eine Errungenschaft, die ein neues republikanisches Bewusstsein ausdrückt, sondern ein Dokument, das zu einer Zeit entstanden ist, in der die in Ungarn anwesenden, sich auf die Macht der Roten Armee stützenden sowjetischen Politiker bereits über zu großen Einfluss verfügten. Nach dieser Auffassung war die Kleine Verfassung ein erster Schritt in die Richtung des Bolschewismus.¹¹⁷³

tionsträgern tatkräftig unterstützt wurden und dabei den ungarischen Staatsapparat und die Verwaltung nutzten. Diese Flucht vor der eigenen Verantwortung in der Präambel wurde insbesondere von vielen ungarischen Juden als respektlos empfunden.

- 1173 Hingewiesen sei hier auf die Stellungnahme von *István Balsai* während der Vorbereitungsarbeiten in der Landesversammlung vom 01.04.2011, in der er den Vorschlag, die Kleine Verfassung in positiver Weise im Grundgesetz zu erwähnen, in recht schroffen Worten ablehnte und von einem *himmelsbreienden Unterschied* zwischen 1946 und dem Grundgesetz sprach. Er zog die Legitimität der provisorischen Nationalversammlung in Zweifel und begründete dies mit Ungereimtheiten bei den Wahlen sowie mit der Anwesenheit des Marschalls Woroschilow, der von 1945 bis 1947 Vorsitzender der sowjetischen Kontrollkommission war, bei den Beratungen der Nationalversammlung. Die Kleine Verfassung sei so nach Ansicht *Balsais unzweifelhaft zurzeit der sowjetischen Besatzung sowie auf Grundlage von Anweisungen* entstanden, die *nicht als dem souveränen Parlament Ungarns zurechenbar* zu betrachten seien. Um seinen Ausführungen Nachdruck zu verleihen, berief sich *Balsai* ausdrücklich auf die

Somit kann der Umfang der historischen Verfassung (genauer: ihr Umfang, wie ihn das Grundgesetz verstanden haben will) auch zeitlich eingegrenzt werden: ihre Entwicklung erlitt am 19.03.1944 einen Bruch.¹¹⁷⁴

3. Weiterentwicklung der historischen Verfassung nach 1990?

Gewichtige Stimmen in Literatur und Rechtsprechung vertreten die Ansicht, dass der Bruch von 1944 keinen endgültigen Schlusspunkt an das Ende der Entwicklung der historischen Verfassung gesetzt habe. Diese sei vielmehr mit der Wiedererlangung der Souveränität am 02.05.1990 zu neuem Leben erwacht und habe sich ganz bis zum Inkrafttreten des Grundgesetzes weiterentwickelt. Bereits 2011 ging *Sólyom* in diese Richtung, indem er die zur Oktoberverfassung ergangene Rechtsprechung des Verfassungsgerichts unter den Begriff der historischen Verfassung subsumierte.¹¹⁷⁵

Dieser Gedanke und die mit ihm verbundene Bestrebung waren in Anbetracht des Komplizierten und widersprüchlichen Verhältnisses des Grundgesetzes zur Oktoberverfassung und der hieraus folgenden ungewissen Zukunft der sehr bedeutenden Rechtsprechung des Verfassungsgerichts nachvollziehbar.

Allerdings änderte sich durch das Machtwort der vierten Verfassungsänderung, die diese Rechtsprechung für unwirksam erklärte, die Lage grundlegend. Wie gezeigt antwortete das Verfassungsgericht hierauf, indem es klarstellte, dass es sich bei der Urteilsfindung von der europäischen Verfassungstradition und von deren speziell ungarischer Ausprägung leiten lassen werde.

Wie bereits erwähnt rezipierte das Verfassungsgericht ab 1990 viele Jahre europäischer rechtsstaatlicher Entwicklung im Zeitraffer, wobei es sehr stark von der Rechtsprechung westeuropäischer Verfassungsgerichte beeinflusst wurde. Somit sind der *acquis*, den *Sólyom* als Errungenschaft der historischen Verfassung bezeichnet und die rezipierte europäische Tradition in deren spezifisch ungarischer Ausprägung in ihren wesentli-

hier zitierten Passagen der Präambel im Zusammenhang mit der Besetzung und der Unverjährbarkeit der Verbrechen. Seine Rede ist zu finden unter https://www.youtube.com/watch?v=iWDcyU_Nsek (Zugriff: 01.04.2020).

1174 A.A. *Rixer*, S. 19, der die Zugehörigkeit der Kleinen Verfassung zur historischen Verfassung zumindest nicht ausschließt.

1175 Für so eine Interpretation sprach im Jahr 2011 *Sólyom, László*, in: *Jakab, Az új Alaptörvény* S. 12; für mit dem Willen des Verfassungsgebers nur schwer vereinbar hält diesen Ansatz *Jakab*, ebd. S. 185.

chen Inhalten wohl deckungsgleich. Gemäß seines eigenen, nach der vierten Grundgesetzänderung geäußerten Rollenverständnisses hat das Verfassungsgericht die Möglichkeit, bei der Urteilsfindung schlicht mittels der Berufung auf die (europäische wie ungarische) rechtliche Tradition seine frühere, zur Oktoberverfassung ergangene Rechtsprechung zu rezipieren. Dieser Weg bietet gegenüber der von *Sólyom* vorgeschlagenen Berufung den Vorteil, dass sich der komplizierte und wackelige Weg über die historische Verfassung hin zur Vergangenheit erübrigt. Die Bezugnahme auf die europäische und ungarische Verfassungstradition erscheint deutlich leichtgängiger und vor allem zeitgemäßer als die Wiederbelebung der historischen Verfassung.¹¹⁷⁶

Dennoch spielte die Frage des zeitlichen Schlusspunktes der historischen Verfassung auch nach der vierten Grundgesetzänderung eine Rolle in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts, wohl deswegen, weil eine richtige Auslegung von Art. R) Abs. (3) im Interesse einer dogmatisch saubereren Arbeit auf lange Frist unerlässlich ist. Als erstes setzten sich *obiter dicta* zweier Verfassungsrichter zu einem Urteil von 2013 detailliert mit der zeitlichen Beschränkung der historischen Verfassung auseinander. Ein Richter lehnte die Erstreckung auf die Zeit nach 1989/90 ab, ein anderer bejahte sie hingegen. Diese Erstreckung begründete der zweite der Richter damit, dass die Arbeit des Verfassungsgerichts in diesem Zeitraum eine wichtige Etappe der ungarischen Rechtsgeschichte darstelle und deswegen als *Errungenschaft* gemäß Art. R) Abs. (3) zu betrachten sei. Er fügte auch hinzu, dass gerade die Erklärung dieser Judikatur für unwirksam durch die vierte Verfassungsänderung eine Zäsur dargestellt habe, wegen der diese nunmehr als *Rechtsgeschichte* betrachtet werden könnte.¹¹⁷⁷

1176 Ob der Fidesz die Arbeit des Verfassungsgerichts als *Errungenschaft* verstand und somit sie unter Art. R) Abs. 3) subsumieren wollte, darf darüber hinaus mit Recht in Zweifel gestellt werden. Das diskutierte Vorgehen gegen das Verfassungsgericht seit 2010 und die von Geringschätzung, Respektlosigkeit und Zynismus geprägte Rhetorik insbesondere im Vorfeld der vierten Verfassungsänderung legen eher das Gegenteil nahe.

1177 S. hierzu 28/2013 (X.9.) AB határozat; die Parallelbegründung stammt aus der Feder des Verfassungsrichters *Juhász*, die Gegenansicht, die die Zeit ab 1980/90 nicht zur historischen Verfassung zählte, verfasste der Verfassungsrichter *Pokol*. *Juhász* sprach bereits in der Entscheidung 21/2013 (VII. 19.) ähnliche Worte. Er datierte hier das vorläufige Ende der Entwicklung der historischen Verfassung auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens der bolschewistischen Verfassung 1949. Dieses Ergebnis würde zwar die Kleine Verfassung zum Bestandteil der historischen Verfassung machen, wäre allerdings mit den diskutierten Inhalten der Präambel im Zusammenhang mit den Zeiten der „fremden Besatzungen“

Der Gedanke, dass die vierte Verfassungsänderung einen Schlusspunkt an die alte Rechtsprechung gesetzt hat, ist sehr nachvollziehbar. Allerdings macht ein Schlusspunkt allein Vergangenes nicht zur Tradition. Hierzu ist nur ein Werturteil fähig. Vergangenes ist neutral, Tradition hingegen stets ein positiv besetzter Begriff.

Bei diesem Werturteil muss im vorliegenden Fall Art. R) Abs. (3) im Auge behalten werden. Die Vorschrift schreibt nicht nur vor, wo das Grundgesetz seinen eigenen Standpunkt in der Rechtsgeschichte Ungarns verortet, sondern auch, wie es ausgelegt werden will. Gerade Art. R) Abs. (3) öffnet aber nicht schlicht ein Fenster zur Vergangenheit, sondern enthält auch eine Wertung, indem es sich einerseits auf die *historische Verfassung* (und nicht etwa schlicht auf die Rechtsgeschichte) beruft und andererseits von *Errungenschaften* spricht. Hält man hier vor Augen, dass eine geschriebene Verfassung frei von Widersprüchen sein muss und stets auch eine Entscheidung zugunsten bestimmter Werte enthält, muss in ihr zumindest angedeutet sein, was sie selbst unter den Errungenschaften versteht, die sie zu ihrer eigenen Auslegung herangezogen haben will. Ein positives Urteil über die alte Rechtsprechung des Verfassungsgerichts passt allerdings nicht in die Wertordnung des Grundgesetzes. Hätte der verfassungsändernde Gesetzgeber diese Rechtsprechung als positiv gewertet, hätte er sie nicht mit einem einzigen Satz für unwirksam erklärt. Eine Berufung auf sie in Anbetracht dieser deutlichen Absage käme einem verfassungsrechtlichen *venire contra factum proprium* gleich.

Somit ist die Ausweitung des Anwendungsbereichs von Art. R) Abs. (3) auf den *acquis* ab 1990 nach dem Machtwort der vierten Grundgesetzänderung praktisch unvereinbar mit dem Wortlaut des Grundgesetzes und noch deutlicher mit den Wertvorstellungen, die in diesem zum Ausdruck kommen.

Allerdings stellen sich auch berechtigte Fragen im Zusammenhang mit der Ansicht *Sólyoms*, die er noch vor der vierten Grundgesetzänderung äußerte. Der Weiterführung der zur Oktoberverfassung ergangenen Rechtsprechung steht nicht lediglich das eindeutige Wort entgegen, das der verfassungsändernde Gesetzgeber in der vierten Grundgesetzänderung sprach. Auch die Verwendung des Begriffs *historische Verfassung* bereits im Text weckt Zweifel. Vergangenes kann nur nüchtern und aus einiger Distanz

nach der hier vertretenen Auffassung nicht vereinbar. Außerdem entspricht sie in Anbetracht der ablehnenden Haltung gegenüber der Kleinen Verfassung bei der Ausarbeitung des Grundgesetzes wohl kaum dem Willen des Verfassungsgebers.

betrachtet zur Geschichte werden, die hilft, die Herausforderungen der Gegenwart zu meistern. Die ältesten Urteile des Verfassungsgerichts waren beim Inkrafttreten des Grundgesetzes allerdings lediglich 22 Jahre alt, die jüngsten sogar ganz frisch.

Im Zusammenhang mit den Zweidrittelgesetzen wurde gesagt, dass diese trotz ihres jungen Alters durchaus als spezifisch ungarische Rechts-tradition behandelt werden können. Der kurze Zeitraum schließt also die Entstehung einer Tradition, die für die Annahme von „Geschichte“ spricht, nicht kategorisch aus. Allerdings wurde auch dargelegt, dass diese Gesetze in einem besonderen Moment aus einer historischen Notwendigkeit entstanden sind. Später prägten sie als schwere Figuren auf dem Brett das Spiel der politischen Kompromisse – bis zum Inkrafttreten des Grundgesetzes in positive Richtung.

Es fällt aber schwer, die zu den Zweidrittelgesetzen gezogenen Schlüsse uneingeschränkt auf die zur Oktoberverfassung ergangene Rechtsprechung zu übertragen. Viele der Urteile stellen für den Rechtsstaat wichtige Weichenstellungen dar und können deswegen durchaus als Traditionsbildend betrachtet werden. Es wäre allerdings fahrlässig, diese traditionsbildende Wirkung unreflektiert auf den Korpus anzuwenden, den die gesamte zur Oktoberverfassung ergangene Rechtsprechung bildet, allein schon wegen dessen Ausmaß. Vielmehr ist hier das Auge gefragt, das den Korpus mit derjenigen Objektivität betrachtet, die aus der zeitlichen Distanz folgt. Nur dieses Auge wird entscheiden können, welche Grundsatzentscheidungen des Verfassungsgerichts in den Kreis der Quellen gelangen, aus denen sich die historische Verfassung zusammensetzt. Jedenfalls ist diese Selektion ungemein komplexer als die Entscheidung über Sinn oder Unsinn der im politischen Leben zwar oft Herausforderungen bereitenden, aber an sich leicht verständlichen Voraussetzung der Zweidrittelmehrheit in statischen Rechtssetzungsmaterien. Der Zeitraum von höchstens 22 Jahren bzw. im Falle der späten Urteile zur Oktoberverfassung sogar das vollständige Fehlen der zeitlichen Distanz machen es unmöglich, ein besonnenes Urteil zu fällen. Gerade Besonnenheit und die Möglichkeit der distanzierteren Betrachtung sind es aber, die wegen des konservativen Charakters einer historischen Verfassung für diese unverzichtbar sind.

Der Riegel, den die vierte Grundgesetzänderung der Rezeption der alten Rechtsprechung vorschob, ist heute unverrückbar. Allerdings wird das Grundgesetz nicht ewig leben, und vielleicht wird die eine oder andere zur Oktoberverfassung ergangene Entscheidung im Zeitpunkt seiner Ablösung bereits ein Alter erreicht haben, das die Aufnahme in den Kreis der *Errungenschaften* der historischen Verfassung ermöglicht. Ob diese historische

Verfassung dann in der Verfassung oder im Museum der Rechtsgeschichte ihren Platz finden soll, wird der *pouvoir constituant* zu entscheiden haben.

4. Versuch der Umgrenzung der *Errungenschaften* der historischen Verfassung

Sind so die materiellen und temporären Konturen der historischen Verfassung herausgearbeitet, bleibt die Frage, was unter deren *Errungenschaften* i.S.v. Art. R) Abs. (3) zu verstehen ist. Der Verfassungstext beantwortet die Frage nicht ausdrücklich.¹¹⁷⁸ Dies macht eine Auslegung des Begriffs der *Errungenschaft* erforderlich. *Küpper* weist hier zutreffend darauf hin, dass der Begriff *vívmány* genau wie das deutsche Pendant *Errungenschaft* nicht nur positiv besetzt ist, sondern zusätzlich auch eine gewisse Fortschrittlichkeit ausdrückt. Beider Substantive werden in der Regel zur Beschreibung von Ergebnissen verwendet, für die man gekämpft, für die man sich angestrengt hat und mit denen man gleichzeitig etwas überwunden hat.¹¹⁷⁹

Küpper hält in diesem Zusammenhang für problematisch, dass – wie dargestellt – das ungarische öffentliche Recht über Jahrhunderte hinweg nicht fortschrittlich, sondern rückständig war. Ist sein Befund größtenteils richtig, verlieren selbst diejenigen Zeugnisse, die unzweifelhaft als Errungenschaften in der ungarischen Geschichte anzusehen sind, durch einen anderen Umstand ihre Bedeutung im Rahmen der konkreten Auslegung des Grundgesetzes. Ihre zu ihrer Zeit als fortschrittlich geltenden Errungenschaften werden durch die Bestimmungen der Verfassung überlagert. So käme z.B. niemand auf den Gedanken, sich auf die Goldene Bulle von 1222 zu berufen, wenn es um den Einsatz der Streitkräfte im Ausland oder um die Besteuerung der Bürger geht. Ebenso wäre es absurd, sich in

1178 Auch die Venedig-Kommission sprach in ihrer Stellungnahme von 2011 über eine *gewisse Unbestimmtheit (certain vagueness)* im Zusammenhang mit dem Begriff der Errungenschaften, aber auch generell mit dem Konzept der historischen Verfassung als Richtschnur der Auslegung. Folgt man der hier vertretenen Auffassung von der Eingrenzbarkeit der historischen Verfassung, ist nicht zwingend von einer Unbestimmtheit auszugehen, allerdings bleibt die Suche der Antwort auf die Frage, was denn zu den *Errungenschaften* gehört, vgl. Stellungnahme von 2011, Rn. 29.

1179 Die Ähnlichkeit des Sinngeltes der beiden Begriffe ist frappierend: *vívmány* lässt sich aus dem Verb *vív* ableiten, was so viel bedeutet, wie *fechten* bzw. etwas freier *mit einem Schwert kämpfen*. Die Verwandtschaft mit *Errungenschaft* bzw. noch mehr mit *ringen* lässt sich nicht von der Hand weisen.

Anbetracht des Grundrechtskataloges im Grundgesetz auf die Gesetze von 1848 oder auf den Frieden von Torda aus dem Jahre 1568 zu beziehen. Es ist kaum eine Konstellation vorstellbar, in der die Bestimmungen des Grundgesetzes zusammen mit der zu ihnen ergangenen Rechtsprechung und der Literatur versagen, aber mithilfe der größtenteils knapp formulierten historischen Rechtsquellen eine Lösung gefunden werden kann.

5. Die zur historischen Verfassung ergangene Rechtsprechung des Verfassungsgerichts

Obwohl sich das Verfassungsgericht von Anfang an mit der neuen Auslegungsregel auseinandersetzte, zeigt die bisherige Erfahrung, dass Art. R) Abs. (3) seine Rechtsprechung nicht in fundamental neue Richtungen lenken konnte. Das Verfassungsgericht nahm bereits in seinen frühen Jahren Bezug auf die Höhepunkte der ungarischen Rechtsgeschichte. Grund hierfür war die *Selbstverständlichkeit der Bestrebung, die betroffenen Rechtsinstitute [...] mitsamt ihrer Vorgeschichte zu verstehen und der Gegenwart zu erklären*.¹¹⁸⁰ Im Einklang hiermit beriefen sich nicht wenige Entscheidungen in ihrer Begründung auf wichtige Gesetze der Vergangenheit, allen voran ein grundlegendes Urteil aus 1992.¹¹⁸¹

Nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes musste sich das Verfassungsgericht schnell über sein Verständnis der Stellung der historischen Ver-

1180 So Vörös, der von 1990 bis 1998 als Verfassungsrichter diente; s. Vörös, Imre: A történeti alkotmány az alkotmánybíróság gyakorlatában (Die historische Verfassung in der Praxis des Verfassungsgerichts), *Közjogi Szemle* 2016/1, S. 44–57.

1181 S 30/1992 (V. 26.) AB határozat. Diese Entscheidung musste sich mit der Frage der Vereinbarkeit des strafrechtlichen Tatbestandes der Volksverhetzung mit dem Grundgesetz auseinandersetzen. Das Urteil zitierte hier die Begründung des Csemegi-Kódex aus 1878 und analysierte auch im Lichte dieser historischen Betrachtung die schwierige Gratwanderung zwischen der freien Meinungsäußerung und den Gefahren der *Verbreitung der Ideen des Hasses, der Geringschätzung und der Ausgrenzung*. Nach sehr gewissenhafter Abwägung hielt das Verfassungsgericht den Tatbestand schließlich für verfassungskonform. Das Urteil 18/2004. (V. 25.) AB határozat, das sich erneut mit dem Tatbestand der Volksverhetzung (in nunmehr geänderter Form) auseinandersetzen musste, zitierte ebenfalls den Csemegi-Kódex und nutzte ihn als Hilfe zur grammatischen Auslegung des angegriffenen Tatbestandes. Im letzten Jahr der Oktoberverfassung wiederum berief sich eine Parallelbegründung auf die historischen Wurzeln des Rechts auf den gesetzlichen Richter, S.166/2011 (XII.20.) AB határozat, Parallelbegründung des Verfassungsrichters *Balogh*.

fassung im heutigen öffentlichen Recht äußern und schlug dabei einen behutsamen Ton an.

Sein Ausgangspunkt war, dass die Wendung *Errungenschaften der historischen Verfassung* in Art. R) Abs. (3) nicht so sehr die historische Verfassung in ihrer Gesamtheit, sondern deren Errungenschaften in den Mittelpunkt stelle.¹¹⁸² Gleichzeitig betonte das Verfassungsgericht, dass es sich vorbehalte, selbst zu entscheiden, was zu den *Errungenschaften* der historischen Verfassung entsprechend dem Grundgesetz gehört.¹¹⁸³ Hierbei legte es den Begriff der *Errungenschaft* im Einklang mit der hier vertretenen Auffassung aus und gab ihm so einen progressiven Gehalt: Errungenschaften bedeuten rechtsstaatliche Errungenschaften. Das Verfassungsgericht bezeichnete die Gesetze, die im neunzehnten Jahrhundert dem Übergang in den bürgerlichen Staat den Weg ebneten, als *stabile rechtsinstitutionelle Grundlagen, auf die der moderne Rechtsstaat gebaut ist*. Art. R) Abs. (3) öffnete somit ein *Fenster zur historischen Dimension* des öffentlichen Rechts und *lenkte die Aufmerksamkeit auf diejenigen institutionsgeschichtlichen Prämissen, ohne die unsere heutigen öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisse und generell unsere rechtliche Kultur über keine Wurzeln verfügen würden*.¹¹⁸⁴ Gleichzeitig äußerte sich das Verfassungsgericht über sein eigenes Rollenverständnis: *Die Verantwortlichkeit des Verfassungsgerichts ist in dieser neuen Situation außerordentlich und kann als historisch bezeichnet werden. Bei der Beurteilung der konkreten Fälle ist es verpflichtet, die relevanten Quellen der Geschichte der rechtlichen Institutionen in seinen kritischen Horizont zu integrieren*.¹¹⁸⁵

Trotz der Diversität der Materien sprachen zahlreiche hierauf folgende Entscheidungen des Verfassungsgerichts eine ähnliche Sprache. Hierbei fällt auf, dass Art. R) Abs. (3) die Verfassungsrichter häufig zu Exkursen motiviert, die eher der rechtshistorischen Illustration dienen und bei denen die Anwendbarkeit der so gewonnenen Schlüsse zur Beurteilung der vom Verfassungsgericht konkret zu entscheidenden Frage allenfalls eine untergeordnete Rolle spielt. So berief sich das Verfassungsgericht mehrere

1182 33/2012. (VII. 17.) AB határozat, Rn.74; bestätigt durch 4/2014. (I. 30.) AB határozat.

1183 A.a.O.

1184 A.a.O.

1185 A.a.O., Rn.75; Im zitierten Urteil hatte das Verfassungsgericht über einen Aspekt der richterlichen Unabhängigkeit zu entscheiden und befand, dass dieser Grundsatz nicht nur eine normative Regel des Grundgesetzes, sondern eben auch eine Errungenschaft der historischen Verfassung sei. So sei sie ein *Grundsatz der Auslegung, welcher [...] bei der Erschießung der möglichen Inhalte anderer Vorschriften des Grundgesetzes anzuwenden sei*; s. hierzu Rn. 80.

Male auf die historische Verfassung, wenn es um Fragen des Presserechts ging und bezeichnete die Pressefreiheit als Errungenschaft der historischen Verfassung.¹¹⁸⁶ Aber auch die bloße Existenz einiger grundlegender Institutionen behandelte das Verfassungsgericht nicht als selbstverständlich in einem Rechtsstaat gegeben, sondern berief sich auf die historische Verfassung zu deren Rechtfertigung. In diesen Kreis gehören neben den Verwaltungsgerichten,¹¹⁸⁷ der Rechtssetzungsautonomie der Kommunen¹¹⁸⁸ oder der Gebundenheit der Richter an das Gesetz¹¹⁸⁹ auch die Landesversammlung in ihrer bloßen Existenz¹¹⁹⁰ und sogar Aspekte wie die staatliche Pflicht zur Unterstützung der Mutter während Schwangerschaft und Elternschaft,¹¹⁹¹ das zivilrechtliche Verbot der Sittenwidrigkeit¹¹⁹² oder die Tragung der Prozesskosten durch den Staat im Falle seiner Niederlage im Prozess.¹¹⁹³¹¹⁹⁴ Zwei Verfassungsrichter zählten hierzu sogar den Sonntag

-
- 1186 28/2014. (IX. 29.) AB határozat, Rn 12–14; Eine spätere Entscheidung ging sogar so weit, den – aus heutiger Sicht archaisch klingenden – Wortlaut der Aprilverfassung von 1848 zu zitieren und eine Parallele zwischen diesen alten Gesetzen und der konkreten heutigen Praxis der Zivilgerichte, Mitarbeiter der Presse in bestimmten Konstellationen unter Schutz zu stellen, zu ziehen; s. hierzu 34/2017. (XII. 11.) AB határozat, Rn. 37; s. schließlich auch 3002/2018. (I. 10.) AB határozat.
- 1187 17/2015. (VI. 5.) AB határozat, bestätigt mehrere Male, z.B. durch z.B. 25/2018. (XII. 28.) AB határozat.
- 1188 29/2015. (X. 2.) AB határozat.
- 1189 Hier sprach das Verfassungsgericht von einem *ungebrochenen Axiom der Rechtsauslegung*, das *auch als Errungenschaft der historischen Verfassung* zu betrachten sei und das schlicht besage, dass die Entscheidung des Richters den Gesetz gegenüber untergeordnet sei, d.h. dem Gesetz zu entsprechen habe, 19/2017. (VII. 18.) AB határozat, Rn. 27.
- 1190 Das Verfassungsgericht ging hier bis zur Versammlung der privilegierten Stände zu der Zeit von Sigismund von Luxemburg zurück, um der Unverzichtbarkeit der heutigen Landesversammlung (als zentralem Legislativorgan einer modernen Demokratie) Nachdruck zu verleihen, s. 15/2019. (IV. 17.) AB határozat, Rn. 23.
- 1191 3023/2016. (II. 23.) AB határozat.
- 1192 34/2014. (XI. 14.) AB határozat.
- 1193 3089/2016. (V. 12.) AB határozat.
- 1194 Nicht gefolgt werden kann hingegen 16/2016. (X. 20.) AB határozat. Hier versucht das Gericht, die Daseinsberechtigung der Versammlungsfreiheit mithilfe der Berufung auf die Kleine Verfassung zu begründen. Die Berufung auf diese ist allerdings nicht mit den bereits erörterten Inhalten der Präambel und in Anbetracht der zum Ausdruck gebrachten Geringschätzung gegenüber diesem Dokument auch nicht mit den Wertvorstellungen des Verfassungsgebers vereinbar.

als Ruhetag, obwohl dieser kaum als Errungenschaft des Rechtsstaates bezeichnet werden kann.

Das Verfassungsgericht führt in diesen Entscheidungen historische Entwicklungen ins Feld, um die Existenz von Institutionen zu erklären, die unabdingbare Voraussetzungen des demokratischen Rechtsstaates sind. Selbstverständlichkeiten zu begründen birgt allerdings stets die Gefahr der Redundanz in sich. Darüber hinaus vermag eine derartige Historisierung dem Verfassungsgericht bei der konkreten Entscheidungsfindung nur in seltenen Fällen zu helfen. So sollten etwa Fragen über die richterliche Unabhängigkeit oder über die Pressefreiheit mithilfe der Auslegung der modernen Gesetze gelöst werden – einer Auslegung, für die jahrhundertalte Rechtsvorschriften wohl nur selten brauchbar sind.¹¹⁹⁵ Die Überlagerung der historischen Verfassung durch die modernen Gesetze und auch durch die moderne Praxis der Rechtsanwendung zeigt sich hier sehr deutlich.

Die sehr divers anmutenden Themen der als Beispiele angeführten Urteile (z.B. der Mutterschaftsschutz, die Tragung von Prozesskosten oder besonders die Sittenwidrigkeit im Zivilrecht) weisen auf eine weitere Tendenz hin, die *Vörös* zu Recht kritisiert. Das Verfassungsgericht neigt dazu, die ohnehin schon bedenklichen historisierenden Tendenzen nicht auf den Kernbereich des Verfassungsrechts bzw. auf verwandte Bereiche (wie etwa das Gerichtverfassungsrecht) zu beschränken. Vielmehr sollen sie auf rechtliche Kategorien erstreckt werden, die mit dem Verfassungsrecht nur schwer in unmittelbare Verbindung gebracht werden können und somit auch mit der historischen Verfassung nicht viel zu tun haben. Sollte diese Tendenz der horizontalen Erstreckung der Historisierung auf alle Rechts-

1195 Diese wahllose und inflationäre Berufung auf historische Ereignisse und Prozesse führt nicht nur zu redundant anmutenden Urteilen, sondern oft auch zu Verständnisschwierigkeiten. Deutlich zeigt dies eine Entscheidung aus 2016, in der das Verfassungsgericht sich mit dem Umfang der Rechtssetzungsautonomie der lokalen Kommunen auseinandersetzen musste. Hier führte es die Existenz von örtlichen Autonomien bis zum Tripartitum Werbőczys, d.h. bis 1526 zurück und führte daneben das einschlägige Gesetz aus 1929 ins Feld. Allerdings verlor das Verfassungsgericht kein Wort über den Umfang der Autonomie, die diese historischen Quellen gewährten. Daneben lässt die Entscheidung auch kein Bindeglied zwischen den Werken von 1526 bzw. von 1929 erkennen. Hierdurch entsteht unweigerlich ein weißer Fleck auf der Landkarte der Zeit. *Vörös* stellt hier die sehr dringende Frage, ob es sich bei diesen zwei doch sehr unterschiedlichen Arten von Autonomie überhaupt um verfassungsrechtliche Kategorien handelt, zwischen denen eine Kontinuität festgestellt werden kann; vgl. 29/2015. (X. 2.) AB határozat; sehr kritisch hierzu auch *Vörös*, 2016, S. 46f.

gebiete die Überhand gewinnen, wird die hiermit meist einhergehende Redundanz ihren Schatten früher oder später über das gesamte ungarische Recht werfen.¹¹⁹⁶

Schließlich ist mit der unreflektierten Erstreckung der historischen Verfassung auf faktisch alle Merkmale des modernen Staates eine weitere Gefahr verbunden. Verleiht das Verfassungsgericht einem dieser Merkmale das Prädikat der historischen Bewährung nicht, kann hierin die leichte Wertung gesehen werden, dass dieses Merkmal über nicht so alte oder weniger tiefe Wurzeln verfüge und deswegen weniger schützenswert sei. Das Verfassungsgericht erklärte bereits im Zusammenhang mit dem Grundrecht auf Schutz der persönlichen Daten¹¹⁹⁷ und mit der Volksabstimmung,¹¹⁹⁸ dass diese im ungarischen Recht erst seit 1989 bekannt und somit nicht als Errungenschaft der historischen Verfassung zu betrachten seien. Selbstverständlich folgt hieraus nicht zwingend die Annahme, dass das Verfassungsgericht diese modernen, aber dennoch unverzichtbaren Bestandteile des Rechtsstaates als „Errungenschaften zweiter Klasse“ betrachtet. In Anbetracht der durch das Grundgesetz eingeleiteten Tendenz der Überhöhung der Vergangenheit scheint diese Befürchtung allerdings nicht ganz aus der Luft gegriffen.

Art. R) Abs. (3) bringt somit dem Verfassungsgericht keinen Nutzen und keinerlei Mehrwert gegenüber der Oktoberverfassung, die ihrerseits keine vergleichbare Vorschrift kannte. Das zitierte frühe Urteil aus 1992 zeigte, dass es den Richtern unbenommen blieb, sich bei der Entscheidungsfindung auf die Zeugnisse und Erfahrungen der Vergangenheit zu stützen. Trotzdem sollte man sich davor hüten, in den rechtshistorischen Ausführungen in den zur Vorgängerverfassung ergangenen Urteilen eine Art Bezugnahme auf die *Errungenschaften der historischen Verfassung avant la lettre* zu sehen. Eher waren sie Ausdruck dessen, was das Verfassungsgericht später in Worte fasste, als es sich nach Inkrafttreten des Grundgesetzes mit seinem Verhältnis zur seiner eigenen, zur Oktoberverfassung ergangenen Rechtsprechung auseinandersetzen musste: der Offensichtlichkeit, dass der Rechtsstaat, wie wir ihn heute kennen, nicht aus dem Nichts

1196 Vörös spricht in diesem Zusammenhang davon, dass das Verfassungsgericht seine Rolle als die eines *Musterschülers* versteht. Ironisch könnte angemerkt werden, dass dieser Schüler übereifrig und gesprächig sein mag, allerdings mit den Fakten des Geschichtsunterrichts eher großzügig umgeht; vgl. Vörös, 2016, S. 46.

1197 21/2013. (VII. 19.) AB határozat; bestätigt durch 29/2014. (IX. 30.) AB határozat.

1198 31/2013. (X. 28.) AB határozat.

entstanden ist, sondern Ergebnis einer jahrhundertelangen Entwicklung ist, der die nationalen Eigenheiten unweigerlich ihren Stempel aufdrückten. Dieser Allgemeinplatz war den Verfassungsrichtern bereits 1990 klar, das Verfassungsgericht schöpfte dementsprechend aus der europäischen wie aus der alten ungarischen Tradition. Der sorgfältige, respektvolle Umgang mit dem historisch wertvollen Csemegi-Kodex im Urteil von 1992 zeugt eher von Geschichtsbewusstsein und Respekt vor den wahrhaftigen Errungenschaften der Rechtsentwicklung als die oft etwas ziellos anmutenden Streifzüge durch die ungarische Geschichte in einigen seit 2012 ergangenen Urteilen.¹¹⁹⁹ Vörös spricht hier sehr klare Worte und bezeichnet das, was das Grundgesetz durch die Aufnahme des Art. R) Abs. (3) der praktischen Rechtsanwendung bieten kann, als *herzlich wenig* und sieht daneben die Gefahr, dass durch die *Öffnung der Seitenpforte einer willkürlichen Legitimierung* die Rechtssicherheit Schaden erleidet.¹²⁰⁰

6. Exkurs: Historische Verfassung und Souveränität – ein Schritt in eine bedenkliche Richtung

Nach diesen langen Ausführungen bleibt der nüchterne Befund, dass Art. R) Abs. (3) allenfalls aus ideologischer Sicht von Relevanz ist, keinen Mehrwert bei der Auslegung des Grundgesetzes bringt, dafür aber zahlreiche Fragen aufwirft. Eine Gegenmeinung eines Verfassungsrichters zu einem Urteil von 2019 zeigt zudem, dass der Begriff der historischen Verfassung auch einer anderen, aus politischem Gesichtspunkt sehr bedenklichen Auslegung zugänglich ist.¹²⁰¹

1199 Zu bemerkenswerten Schlüssen kam eine Verfassungsrichterin in ihrer Parallelbegründung zu einem Urteil von 2019: Die Rechtsvorschriften, die zur historischen Verfassung gehören, können nur dann als *Errungenschaften* betrachtet und somit zur Auslegung des Grundgesetzes herangezogen werden, wenn sie „auch im Geltungsbereich des Grundgesetzes und im Lichte des Nationalen Glaubensbekenntnisses ausgelegt werden“ können. Die Parallelbegründung sprach auch von der Erforderlichkeit eines rechtsdogmatischen Ansatzes zur eindeutigen Festlegung des Kreises der „Errungenschaften“. Es bleibt nur zu wünschen, dass das Verfassungsgericht diese Ermahnung zur sparsameren Berufung auf Art. R) Abs. (3) und zu rechtsdogmatisch sauberer Arbeit beherzigen wird, s. 22/2019 (VII. 5.) AB határozat, Rn. 167.

1200 Vörös, 2016, S. 49.

1201 22/2019 (VII. 5.) AB határozat, Verfasser der Gegenmeinung ist der Verfassungsrichter *Pokol*.

Diese Gegenmeinung lehnt zunächst die Versuche ab, die Auslegung der Bestimmungen des Grundgesetzes *mithilfe von als historische Anekdoten aufgefassten Beispielen zu stützen*. Ebenso wendet es sich gegen die inflationäre Verwendung historisierender Beispiele und schlägt dabei Töne an, die die hier vertretene Auffassung stützen.

Neu ist hingegen die völkerrechtliche Dimension, die die Gegenmeinung der Lehre von der historischen Verfassung beimisst und diese so in der Nähe des Gedankens der nationalen Souveränität rückt. Im Zentrum der historischen Verfassung stehe demnach *die nationale Unabhängigkeit und der Schutz der eigenständigen Staatlichkeit*, da sie nach 1848 zur Verteidigung gegen die *Einschmelzung in das Habsburgerreich* formuliert worden sei. Die Gegenmeinung überträgt diese Gedanken auf die heutigen völkerrechtlichen Verhältnisse und spricht davon, dass der historischen Verfassung *beim Schutz gegen rechtliche und andersartige Machtakte der Europäischen Union, welche die staatliche und nationale Unabhängigkeit berühren die allergrößte Rolle* zugemessen werden könne. Als Beispiele beruft sich die Gegenmeinung auf die *europäische Integration* (sic!) sowie auf das vermeintliche *politisch neuerdings aufgeworfene Drängen auf die Schaffung der Vereinigten Staaten von Europa mit deren in eine föderative Struktur eingeschmolzener Mitgliedstaaten*. Bestrebungen dieser Art hält die Gegenmeinung für *unvereinbar mit unserer Staatlichkeit, die den zentralen Punkt der Errungenschaften unserer historischen Verfassung bedeutet*. Deswegen sei *die Erklärung eines derartigen Anschlussgesetzes für grundgesetzwidrig* unvermeidbar.

Die in dieser Gegenmeinung vertretenen Ansichten haben kaum praktische Relevanz. Selbst dann nicht, wenn man die Existenz derartiger, auf die Auslöschung der Souveränität der europäischen Staaten gerichteter politischer Bestrebungen unterstellt. Art. B) Abs. (1) stellt klar, dass Ungarn ein *unabhängiger demokratischer Rechtsstaat* ist. Eine Einschmelzung in einen Bundesstaat wäre unvereinbar mit der Unabhängigkeit und somit Grundgesetzwidrig.¹²⁰² Ein Rückgriff auf die historische Verfassung zur Auslegung und Lückenfüllung würde sich deswegen erübrigen.

1202 Da die Frage sich nicht ernsthaft stellt, ist dies nur ein Gedankenspiel. Trotzdem soll darauf hingewiesen werden, dass eine „Einschmelzung“ auch nicht über eine schlichte Änderung von Art. B) Abs. (1) gelöst werden könnte, sondern wohl die gesamte Verfassungsordnung zum Fall bringen würde. Obwohl das Grundgesetz keine dem deutschen Modell entsprechende Ewigkeitsgarantie kennt, ist es nach seinem Selbstverständnis als Verfassung eines souveränen, unabhängigen Staates und nicht eines Mitgliedstaates in einem (utopischen) Bundesstaat Europa konzipiert.

Haben diese Ansichten keine Bedeutung für die Praxis, sind sie aus ideologischem Gesichtspunkt umso problematischer. Sie zeigen, wie die Lehre von der historischen Verfassung für radikal rechte Ideologien nutzbar gemacht werden kann. So dargestellt ist die Lehre von der historischen Verfassung lediglich die andere Seite der radikal rechten Münze, auf der die Heilige Krone in ihrer entstellten Form prangt.¹²⁰³

Diese Auslegung ist nur mithilfe einer Ausblendung wesentlicher Fakten möglich. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass nach der Dreiteilung des Landes im Jahre 1526 die wichtigsten öffentlich-rechtlichen Gesetze des Landes sich um völkerrechtliche Fragen wie das Verhältnis zu den Habsburgern und die Thronfolge drehten. Allerdings ist dieser Befund – wie gezeigt – im Gegensatz zu der Behauptung in der Gegenmeinung gerade ab 1848 nicht mehr richtig. *Eckhart* sprach davon, dass die Aprilverfassung dem ungarischen Staat über fast 100 Jahre hinweg als Grundgerüst diente. Im Zeitalter der Doppelmonarchie konnten auf dieses Grundgerüst liberale Gesetze gebaut werden, für die sich Ungarn auch im internationalen Vergleich nicht zu schämen brauchte. Im Zusammenhang mit der historischen Verfassung von der Ausschließlichkeit des Unabhängigkeits- und Souveränitätsgedankens zu sprechen, ist somit schlicht verfehlt.

Auch hier gilt das, was bereits zu den eher staatsorganisations- oder grundrechtlichen Inhalten der historischen Verfassung gesagt wurde. Die Souveränitäts- bzw. Unabhängigkeitsbestrebungen spielten nach 1526 und wohl auch danach eine wichtige völkerrechtliche Rolle und waren deswegen Inhalt der öffentlich-rechtlichen Grundlagedokumente. Allerdings spielen heute nicht Fragen der Souveränität eine Rolle in den europarechtlichen Verhältnissen, sondern vielmehr Fragen der richtigen Verteilung der Kompetenzen zwischen der Union und den Mitgliedstaaten. Die Frage, ob auf diese grundlegenden Fragen des Unionsrechts mithilfe alter Zeugnisse der Rechtsgeschichte eine Antwort gefunden werden kann, soll hier nicht beantwortet werden.

1203 Die Narrative von den „imperialistischen Bestrebungen“ der Europäischen Union gehört nicht etwa nur zum Repertoire der radikal rechten Splittergruppen, sondern wird auch offiziell vom Fidesz vertreten. Wie erwähnt verglich Viktor Orbán in seiner Rede zur Feier des 15. März im Jahre 2012 die Amtsträger der Europäischen Institutionen mit Offizieren der ehemaligen Roten Armee und äußerte die Parole *wir lassen uns nicht zur Kolonie machen*. In seiner Rede in Tübingen aus dem Jahre 2019 sprach er hingegen von internationalistischen Bestrebungen, die darauf gerichtet sein sollen, *liberale Imperien* zu schaffen.

Bislang ist diese Gegenmeinung vereinzelt geblieben. Allerdings ist bedenklich, dass eine Entscheidung des Organs, das seit 1990 als Motor der Demokratisierung galt, derartigen Ansichten seinen Segen aus höchster Instanz gibt, sei es auch nur mit der Stimme eines einzigen Mitgliedes des Gerichts.¹²⁰⁴

III. Nichtigkeit oder Rechtsgrundlage? Das Grundgesetz und die Oktoberverfassung

Ebenso verworren und widersprüchlich wie die Bezugnahme auf die historische Verfassung sind die Bestimmungen des Grundgesetzes im Zusammenhang mit seinem eigenen Verhältnis zur Oktoberverfassung. Es ist hier nicht klar erkennbar, ob hier Kontinuität geschaffen oder gerade radikal neu angefangen werden soll.¹²⁰⁵

Für eine Kontinuität spricht, dass das Dokument in Punkt 2. seiner eigenen Schlussbestimmungen festlegt:

Die Landesversammlung verabschiedet die Übergangsbestimmungen auf der Grundlage von § 19 Abs. (3). Pt. a) und § 24 Abs. (3) des Gesetzes Nr. XX. aus 1949.

Die erste dieser Vorschriften legte fest, dass die Landesversammlung zur Verabschiedung der Verfassung befugt sei, während die zweite dies an die Stimmen von zwei Dritteln aller (!) Abgeordneten knüpfte.

1204 Es kann nicht verschwiegen werden, dass die Gegenmeinung zahlreiche Ansichten und Formulierungen enthält, die typisch für das Weltbild der Rechten und in ähnlicher Form wohl auch in den Schriften rechter Historiker zu finden sind, die in längst vergangenen Zeiten aktiv waren. So hält der Verfassungsrichter die Verfassung englischer Prägung offenbar für eine Art konservative Antwort auf den *Virus aus Frankreich* (sic!). Unter diesem Begriff versteht er Bestrebungen, *das Bestehende umzustürzen*. Die englische Antwort auf diese sei es gewesen, dass die öffentlich-rechtlichen Gesetze, für welche die Revolutionäre in Frankreich eintraten, *bei ihnen schon immer da gewesen seien* und dass es deswegen in England nicht erforderlich gewesen sei, *die gesamte staatliche Einrichtung umzustürzen*. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass die fortschrittliche öffentlich-rechtliche Einrichtung in England gerade nicht *schon immer dagewesen* ist, sondern hart erkämpft werden musste. Nicht nur mit dem Geist, sondern oft auch mit dem Schwert, durch Simon de Montfort ebenso, wie Jahrhunderte später während der Glorious Revolution.

1205 S. zu diesem Problem Küpper, 2012, S. 36f.

Ob eine Vorgängerverfassung dazu fähig ist, Bestimmungen über Art und Weise der Ausübung des *pouvoir constituant* zu treffen, ist fraglich. Diese Frage geht in diesem Zusammenhang allerdings am Problem vorbei. Hier kommt es darauf an, Legitimität durch Kontinuität zu schaffen, und hierfür kann es förderlich sein, wenn die neue an die alte Verfassung anknüpfen kann.

Allerdings hinterlässt diese Anrufung der Bestimmungen der Oktoberverfassung in Kenntnis der Fidesz-Rhetorik und besonders des Programms der Nationalen Zusammenarbeit einen faden Beigeschmack. Der Fidesz beruft sich zur Legitimierung des eigenen Vorgehens darauf, Unterpfeiler eines neuen Systemwechsels zu sein, bezeichnet die vergangene Zeit als erfolglos, stützt sich aber gleichzeitig auf die Verfassung dieser Epoche als Grundlage der „systemwechselnden“ Verfassung.

Noch bestärkt wird dies durch die Tatsache, dass das Grundgesetz großzügig aus der Oktoberverfassung schöpfte und viele alte Formulierungen praktisch wortlautgleich übernahm.¹²⁰⁶

Womöglich noch schwerer als diese Diskrepanz zwischen dem Grundgesetz und der Rhetorik des Fidesz fällt der Umstand ins Gewicht, dass die Präambel bestimmt:

Wir erkennen die kommunistische Verfassung des Jahres 1949 nicht an, weil sie die Grundlage einer tyrannischen Herrschaft war, deshalb erklären wir sie für ungültig.

Es fällt schwer, den eklatanten Widerspruch aufzulösen, der sich dadurch ergibt, dass das Dokument die Vorgängerverfassung auf der einen Seite als Grundlage für die eigene Verabschiedung heranzieht, auf der anderen Seite sie jedoch für unwirksam erklärt. *Küpper* spricht hier zunächst von der Möglichkeit, die Bestimmung in der Präambel als *rein politische Deklaration* aufzufassen, äußert an der Begehbarkeit dieses Weges gleichzeitig jedoch sehr berechtigte Zweifel: *derartige Inhalte werfen eine Verfassung auf den Stand der kommunistischen Verfassungskultur zurück, als Verfassungen eine Ansammlung politischer Aussagen, aber eben kein echter Normativtext waren.*¹²⁰⁷ Darüber hinaus ist die Annahme eines solchen rein deklarativen

1206 Eine vollständige Aufzählung würde den Rahmen sprengen. S. hierzu die sehr umfangreiche vergleichende Tabelle in *Küpper*, 2012, Anlage Nr. 2, dort S. 423f. Bei Lektüre dieser Tabelle stellt sich unweigerlich die Frage, ob diese wenig durchdachte, für die Legitimität nicht förderliche Rezeption eine bewusste Entscheidung darstellt oder vielmehr auf das übereilte Vorgehen der Redakteure zurückzuführen ist.

1207 So *Küpper*, 2012, S. 37.

Charakters der Präambel auch unvereinbar mit Art. R) Abs. (3), der diese als Auslegungsmaßstab für das gesamte Grundgesetz heranzieht.

Ein dogmatisch vielleicht weniger brüchiger Weg wäre deswegen davon auszugehen, dass die Vorgängerverfassung ab einem bestimmten Zeitpunkt aufhörte, „kommunistisch“ im Sinne der Präambel zu sein. Hier stellt sich allerdings die Frage, wann diese Wandlung erfolgte. Hilfe bietet der Inhalt der Präambel, der festlegt:

Die Wiederherstellung der staatlichen Selbstbestimmung [...] rechnen wir ab dem zweiten Mai 1990, der Konstituierung der ersten frei gewählten Volksvertretung. Diesen Tag betrachten wir als den Beginn der neuen Demokratie und Verfassungsordnung unseres Vaterlandes.

Folgt man diese Auffassung, stellt sich allerdings die entscheidende Frage, ob die Verfassung durch die mit der Wahl zur Landesversammlung einhergehende Demokratisierung und mit dem hiermit zwingend einhergehenden Ende des Kommunismus aufhört, „kommunistisch“ zu sein. Dass die Präambel vom Beginn einer neuen *Verfassungsordnung* spricht, kann dafür Indiz sein, dass es dieser Zeitpunkt war, der den Redakteuren des Grundgesetzes vor den Augen schwebte.¹²⁰⁸

Gerade die Erforderlichkeit dieser Ausführungen zeigt jedoch, dass die Erstellung einer Verknüpfung zu der Zeit nach 1989/90 einige Auslegungsarbeit und noch mehr Wohlwollen erforderlich macht. Ob dies der Legitimität förderlich ist, kann mit Recht angezweifelt werden.

1208 Auch Küpper geht von einer derartigen Absicht der Redakteure aus, s. Küpper, 2012, S. 38.