

Europäische

# GRUNDRECHTE

Zeitschrift

EuGRZ

in Verbindung mit

Prof. Dr. Dr. h. c. **Thomas Buergenthal**, GWU, Washington, DC; vorm. Richter am IGH; vordem Präsident des IAGMR, San José

Dr. h. c. **Tim Eicke**, Richter am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, Straßburg

Prof. Dr. Dr. h. c. **Jochen Abr. Frowein**, vorm. Vize-Präsident der Europ. Komm. f. Menschenrechte, vorm. Direktor am MPI, Heidelberg

Prof. Dr. Dr. **Christoph Grabenwarter**, Präsident des Verfassungsgerichtshofes, Wien; Professor an der Wirtschaftsuniversität Wien

Prof. Dr. **Constance Grewe**, Professorin em. an der Université de Strasbourg; vorm. Richterin am Verfassungsgerichtshof von BiH, Sarajevo

Univ.-Prof. Dr. **Gerhart Holzinger**, vorm. Präsident des Verfassungsgerichtshofes, Wien

Univ.-Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. **Juliane Kokott**, Generalanwältin am Gerichtshof der Europäischen Union, Luxemburg

Prof. Dr. **Christine Langefeld**, Richterin des Bundesverfassungsgerichts, Karlsruhe; Professorin an der Universität Göttingen

The Right Hon. **Lord Mance**, vorm. Vize-Präsident des Supreme Court of the United Kingdom, London

Prof. Dr. **Jörg Paul Müller**, Ordinarius em. für öffentliches Recht an der Universität Bern

Prof. Dr. **László Sólyom**, vorm. Präsident der Republik Ungarn; vordem Präsident des Verfassungsgerichtshofs, Budapest

Prof. Dr. Dr. h. c. **Christian Tomuschat**, Professor em. für öffentliches Recht, insb. Völker- und Europarecht, Humboldt-Universität zu Berlin

Herausgegeben von Dr. h. c. **Norbert Paul Engel**

Schriftleitung **Rechtsanwältin Dr. h. c. Erika Engel**

EuGRZ

29. April 2022

49. Jg. Heft 1-8

ISSN 0341/9800

Seiten 1-176

**Unsere Gedanken sind Sprengstoff –  
Zum Vorrang des Europarechts in der Rechtsprechung des ungarischen Verfassungsgerichts**

von **Attila Vincze**, Brünn

*Sonderdruck*



N. P. Engel Verlag

· [www.EuGRZ.info](http://www.EuGRZ.info)

· e-mail: [N.P.Engel@EuGRZ.info](mailto:N.P.Engel@EuGRZ.info)



## Print + Online

### Europäische Grundrechte-Zeitschrift Neu für die EuGRZ ab 48. Jahrgang 2021

- ▶ Wieso jetzt auch Online ?
  - Die Suchfunktion im Text ist der entscheidende Vorteil zusätzlich zur Papierversion.
  - Die pdf ist bei Erscheinen der neuesten Ausgabe sofort verfügbar, unabhängig vom Postweg.
- ▶ Vier Voraussetzungen für den Online-Zugang
  - (1) Bestellung beim Verlag aufgeben
  - (2) Ihre email-Adresse dem Verlag mitteilen
  - (3) Sie brauchen vom Verlag Ihren Benutzernamen (kommt per email)
  - (4) Sie brauchen vom Verlag bei Einzelplatz-Nutzung Ihr Passwort (kommt per Post)
- ▶ Sie haben die Wahl: Sie bestellen als Einzelperson oder als Institution
  - **Single user / Einzelplatz**
  - **Institution:** unbegrenzte Anzahl von Online-Nutzern bei IP möglich. Verwendung von IP-Adressen setzt Offenlegung der zugangsberechtigten Institutionen voraus.  
Nachstehende Preise gelten, wenn bis zu drei IP-Adressen registriert werden. Weiteres auf Anfrage.
- ▶ **EuGRZ 2021 Online: nachträglich zusätzlich bestellen**
  - Einzelplatz online zusätzlich Euro 80,-
  - Institution online zusätzlich Euro 216,-
  - Einzelplatz online zusätzlich SFr. 20,-
  - Institution online zusätzlich SFr. 130,-
- ▶ Wie sind die Preise für EuGRZ 2022 ?
  - Papier + Online**  
Einzelplatz: EUR 304,- zzgl. Porto / SFr. 414,- zzgl. Porto  
Institution: EUR 440,- zzgl. Porto / SFr. 524,- zzgl. Porto
  - nur Online**  
Einzelplatz: EUR 304,- / SFr. 414,-  
Institution: EUR 440,- / SFr. 524,-
  - nur Papier:** EUR 224,- zzgl. Porto / SFr. 394,- zzgl. Porto
- ▶ Benutzerhinweis für die pdf-Datei  
*Suchfunktion* im Text ist gewährleistet, außerdem *Verlinkung* zu den Seitenzahlen (Inhaltsverzeichnis und Informativische Zusammenfassungen).  
*Drucken* von Texten ist möglich (sowohl Volltext als auch Auszüge).
- ▶ Über welchen Link kann bestellt werden? [www.EuGRZ.info](http://www.EuGRZ.info)



## Unsere Gedanken sind Sprengstoff – Zum Vorrang des Europarechts in der Rechtsprechung des ungarischen Verfassungsgerichts

von **Attila Vincze**, Brunn

1. Der Hintergrund: Die Migrationskrise und ihre Handhabung als politisches Moment .....	14
2. Das unionsrechtswidrige push-back-System des ungarischen Asylrechts .....	15
3. Die Verfassungsidentität Ungarns: eine ungeschickte Rechtsübernahme? .....	15
4. Das Verfassungsgericht: vom Hüter der Verfassung zum Diener der Regierung? .....	18
5. Ausblick: Gedanken als Sprengstoff? .....	20
6. Epilog .....	20

Das Verhältnis Ungarns zur EU ist mehr als ambivalent geworden. Nach der Wende 1989/90 herrschte noch ein politischer Konsens hinsichtlich der euroatlantischen Integration des Landes, der bis zur Osterweiterung 2004 anhielt. Bereits 1990 wurde Ungarn in den Europarat aufgenommen, das Individualbeschwerderecht unter der EMRK galt ab November 1992; 1999 erfolgte der NATO-Beitritt.<sup>1</sup> Die Aufnahme in die EU folgte dann 2004.<sup>2</sup> Erst nach dem vollzogenen EU-Beitritt kamen Bedenken auf, bzw. gab es Dissens über die Vorteile und Nachteile der Beitrittsbedingungen, später kam sogar ausdrückliche Skepsis hinsichtlich der Mitgliedschaft hinzu.<sup>3</sup> Obwohl diese Haltung während der 2000er Jahre noch durch die (sowohl links- als auch rechts-)extremistischen Parteien vertreten wurde, gehört sie nach 2010 immer mehr zum politischen Mainstream und wurde ein Charakteristikum der sich als illiberal beschreibenden ungarischen Regierung. Die Position der Regierung Orbán war früher (2010-2015) wesentlich sachlicher; denn sie versuchte zumindest den Eindruck zu erwecken, die Meinungsverschiedenheiten wegen der vor-

geworfenen Verletzungen des Unionsrechts konstruktiv lösen zu wollen. Seit der Migrationskrise sind die Debatten

---

\* PD Dr. *Attila Vincze*, LL.M. (München) ist Oberassistent am Judicial Studies Institute der Juristischen Fakultät der Masaryk Universität Brunn. Das Manuskript entstand im Rahmen des durch den European Research Council (ERC) finanzierten EU-Rahmenprogramms für Forschung und Innovation Horizont 2020 (INFINITY, grant agreement no. 101002660).

Der Autor dankt Herrn Prof. Dr. *András Jakab* (Universität Salzburg) für die wertvollen Anmerkungen zu einer früheren Version des Manuskriptes. Für die Fehler ist, wie immer, nur der Verfasser verantwortlich. Nachstehend zitierte Internetadressen wurden zuletzt am 14.3.2022 aufgerufen.

*Erläuterung zur Zitierweise der Urteile des ung. VerfG:* Üblich ist die Angabe von nur drei Elementen: Aktenzeichen, Veröffentlichungsdatum, Abkürzung des Spruchkörpers. Der Tag, an dem die Entscheidung getroffen wurde, bleibt unerwähnt, siehe z.B. in Fn. 37 – 22/2016. (XII.5) AB, zu lesen als: Urteil 22/2016 veröffentlicht im Amtsblatt am 5.12.2016; AB bedeutet Alkotmánybírószág = Verfassungsgericht.

<sup>1</sup> Der NATO-Beitritt basiert auf dem Referendum v. 16.11.1997.

<sup>2</sup> Der EU-Beitritt wurde auch durch ein verbindliches Referendum am 12. April 2003 legitimiert, hierzu *I. Varga*: Zum aktuellen Stand der EU-Verfassungsdebatte in Ungarn, in: K. Beckmann / J. Dieringer u.a. (Hrsg.), Eine Verfassung für Europa, Tübingen, 2005, S. 303 ff.

<sup>3</sup> Zur Haltung der ungarischen Politik bis zum Beitritt vgl. *Z. Lakner*, A magyar pártok és az Európai Unió, Politikatudományi Szemle 2004, S. 139-158; zur Entwicklung des ungarischen Euroskeptizismus *J. Dúró*, Ellenzök, kritikusok, kételkedők: a pártalapú euroszeptizmus arcai, Budapest 2017.

immer mehr wertorientiert und nicht selten sogar emotional überhitzt.

Das ungarische Verfassungsgericht orientierte sich in den Angelegenheiten der europäischen Integration seit längerer Zeit (seit Mitte der 1990er Jahre) an der Praxis des deutschen Bundesverfassungsgerichts und übernahm dessen Argumentationslinien. Die Aussagen der *Solange-* und *Maastricht-*Entscheidungen (Solange I, II, III – 1974, 1986, 2015; Maastricht – 1993) wurden insbesondere zur Unterstützung und zum Ausbau einer aus historischen Gründen verständlichen<sup>4</sup> souveränitätsschonenden Haltung verwendet, ohne die textuellen und kontextuellen Unterschiede der zwei Verfassungen zu berücksichtigen. Hieraus entwickelte sich eine dogmatisch widersprüchliche und argumentativ mehr als ausbaufähige Rechtsprechung nach dem Beitritt zur EU 2004, die ein Jahrzehnt lang vor allem darauf abzielte, die große Unbekannte des Unionsrechts möglichst vom Verfassungsgericht fernzuhalten, was nicht selten zu einer ineffektiven Umsetzung des Unionsrechts führte.<sup>5</sup> Diese unsichere Haltung veränderte sich (im Windschatten der neueren souveränitätsfreundlicheren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum mysteriösen Begriff der Verfassungsidentität<sup>6</sup>) zu einer sehr euroskeptischen, teilweise ausgesprochen integrationsfeindlichen Praxis, insbesondere im Zuge der Migrationskrise, die dazu führte, dass die Regierung mehrmals verfassungsrechtliche Rückendeckung für ihre Politik suchte. Der vorliegende Aufsatz versucht anhand eines konkreten Falles, und zwar der Umsetzung des EuGH-Urteils über die Unionsrechtswidrigkeit der Transitzone an der südlichen Grenze Ungarns,<sup>7</sup> das Verhältnis des ungarischen Verfassungsgerichts zum Europarecht und zur Regierung zu beleuchten.

## 1. Der Hintergrund: Die Migrationskrise und ihre Handhabung als politisches Moment

In den Jahren 2015 und 2016 erlebte die EU einen außergewöhnlichen Zustrom von Flüchtlingen und Migranten, was die verschiedensten Reaktionen hervorrief. Die vorgeschlagenen Lösungen spalteten nicht nur die Gesellschaften der Mitgliedstaaten, sondern auch eine spürbare Trennung zwischen den Mitgliedstaaten war zu bemerken, und insbesondere die osteuropäischen waren eher unwillig, an den gemeinsamen Mechanismen mitzuarbeiten.<sup>8</sup> Die Umsiedlung der Migranten bzw. Flüchtlinge auf ihr Territorium haben viele von diesen Mitgliedstaaten abgelehnt,<sup>9</sup> was als fehlende Solidarität interpretiert wurde.<sup>10</sup>

In dieser Krise erblickte die ungarische Regierung das politische Potential. Die Regierung Orbán hatte einen Teil ihrer Unterstützung nach den Wahlen 2014 und sogar die verfassungsgebende Mehrheit infolge einer Nachwahl im Februar 2015 verloren.<sup>11</sup> In diesem Zusammenhang ist die Masse der auf das Gebiet Ungarns einströmenden Asylsuchenden und Migranten zu sehen – die in einem Großteil der Bevölkerung Angst und Sorgen erregten –, was gut in die Neubelebung der Unterstützung der Regierungspartei kanalisiert werden konnte. Die Regierung bezeichnete sich als der Verteidiger Europas, als der Hüter des christlichen Abendlandes, der – ähnlich wie in den gegen die im Mittelalter einströmenden Osmanen gefochtenen Kriegen des damaligen ungarischen Königreichs – die eigene Bevölkerung und den Okzident entschlossen und kompromisslos schützen muss. Hieraus resultierte ein populistischer Kampf gegen die Migration und die Einwanderung auf verschiedenen Ebenen.<sup>12</sup>

Erstens wurde physisch ein Zaun mit rechtlich fragwürdigen Transitzone (faktisch sind es die einzigen legalen Eingangsstellen) an der südlichen Grenze Ungarns errichtet, der den illegalen Eintritt auf das Staatsgebiet verhindern soll. Zweitens wurde rechtlich ein Asylsystem eingeführt, das mehrfach mit den internationalen Standards der

Genfer Flüchtlingskonvention,<sup>13</sup> mit der EMRK<sup>14</sup> und nicht zuletzt auch dem Recht der EU<sup>15</sup> in Konflikt geraten ist, wobei versucht wurde, dieses extrem harte Regime auf

<sup>4</sup> A. Sajó, *Becoming “Europeans”: The Impact of EU “Constitutionalism” on Post-Communist Pre-Modernity*, in: W. Sadurski / A. Czarnota, M. Krygier (Hrsg.), *Spreading Democracy and the Rule of Law*, Dordrecht, 2006, S. 175-192.

<sup>5</sup> Zur umfassenden Analyse: A. Vincze / N. Chronowski, *A magyar alkotmányosság az európai integrációban*, Budapest, 2018, S. 255-322.

<sup>6</sup> S. jüngst den CETA-Beschluss vom 9.2.2022, 2 BvR 1368/16 u.a., Rn. 125 ff., 175 = EuGRZ 2022, 99 (100, 105). in diesem Heft. Aus der neuesten Literatur vgl. nur M. Wendel, *The Fog of Identity and Judicial Contestation: Preventive and Defensive Constitutional Identity Review in Germany*, 27 *European Public Law* (2021) S. 465-496. Siehe auch bereits T. Reinbacher / M. Wendel, *Menschenwürde und Europäischer Haftbefehl – Zum ebenenübergreifenden Schutz grundrechtlicher Elementargarantien im europäischen Auslieferungsverfahren*, EuGRZ 2016, S. 333 (334 ff.); M. Ruffert, *Das Bundesverfassungsgericht als Akteur im Prozess der europäischen Integration*, EuGRZ 2017, S. 241 (248).

<sup>7</sup> Maßgebend insoweit EuGH v. 17.12.2020, Rs. C-808/18 – Kommission/Ungarn; zum gleichen Themenkomplex siehe zuvor bereits u.a. EuGH v. 14.5.2020, Rs. C-924/19 PPU u.a., *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság* = EuGRZ 2020, 546 – Transitzone Röske.

<sup>8</sup> Vertragsverletzung wegen unterlassener Mitwirkung bei Umsiedlung von Flüchtlingen, EuGH v. 2.4.2020, Rsn. C-715/17 u.a., *Kommission/Polen* u.a. = EuGRZ 2020, 201.

<sup>9</sup> Gegen die Annahme des Beschlusses (EU) 2015/1601 des Rates vom 22. September 2015 zur Einführung von vorläufigen Maßnahmen im Bereich des internationalen Schutzes zugunsten von Italien und Griechenland (ABl. 2015, L 248, S. 80) haben Rumänien, die Tschechische Republik, die Slowakei und Ungarn gestimmt, und die zwei letzteren haben sogar eine Nichtigkeitsklage erhoben, EuGH v. 6.9.2017, verb. Rsn. C-643/15 u.a., *Slowakei und Ungarn/Rat* = EuGRZ 2017, 561.

<sup>10</sup> Zum Konzept der Solidarität im Unionsrecht vgl. etwa E. Di Napoli / D. Russo, *Solidarity in the European Union in Times of Crisis: Towards “European Solidarity”?*, in: V. Federico / C. Lahusen (Hrsg.), *Law and Public Policies in the European Union*, Baden-Baden, 2018, S. 195 ff. M. Potacs, *Die Europäische Wirtschafts- und Währungsunion und das Solidaritätsprinzip*, EuR 2013, S. 133-145. Hier kann leider nicht vertieft werden, inwiefern diese ablehnende Haltung durch die historischen Umstände zu erklären war, und insbesondere durch die Tatsache, dass diese Staaten im Gegensatz zu der westlichen Hälfte Europas nie Kolonialmächte waren und sich deshalb für die Flüchtlinge aus den ehemaligen Kolonien weniger verantwortlich fühlten.

<sup>11</sup> Die Nachwahl wurde ausgeschrieben, weil Tibor Navracsics, ein Mitglied der ungarischen Regierung zum Mitglied der Juncker-Kommission gewählt wurde.

<sup>12</sup> T. Hoffmann, *Illegal Legality and the Façade of Good Faith – Migration and Law in Populist Hungary*, 47 *Review of Central and East European Law* (2022), S. 139-165; inwieweit dieser Kampf aufrichtig war, steht auf einem anderen Blatt: Ungarn führte auch ein Goldenes Visa Programm ein, was wohlhabenden Ausländern ermöglichte, Aufenthaltsrechte in der EU gegen Entgelt zu erwerben, hierzu m.w.N. A. Vincze, *Talking Past Each Other: On Common Misperceptions in the Rule of Law Debate*, in: A. Lorenz / L.H. Anders (Hrsg.), *Illiberal Trends and Anti-EU Politics in East Central Europe*, Palgrave Studies in European Union Politics, Palgrave Macmillan, Cham, 2021, S. 209 (224).

<sup>13</sup> Vgl. z.B. den Sammelband M. Anderheiden / H. Brzózka / U. Hufeld / S. Kirste (Hrsg.), *Asylrecht und Asylpolitik in der Europäischen Union*, Baden-Baden, 2018.

<sup>14</sup> EGMR v. 21.11.2019, 47287/15 – Ilias und Ahmed / J. Ungarn (GK); EGMR v. 2.3.2021, 36037/17 – R.R. u.a. / J. Ungarn; EGMR v. 24.2.2022, 73860/17 – M.B.K. u.a. / J. Ungarn. Hierzu instruktiv D. Thym, *Menschenrechtliche Trendwende? Zu den EGMR-Entscheidungen über „heiße Zurückweisungen“ an den EU-Außergrenzen und humanitäre Visa für Flüchtlinge*, ZaöRV 2020, S. 989 ff.

<sup>15</sup> EuGH v. 14.5.2020, Rs. C-924/19 PPU u.a. (Fn. 7) = EuGRZ 2020, 546 – Transitzone Röske.

Verfassungsebene abzuschirmen,<sup>16</sup> wozu auch der vom Bundesverfassungsgericht übernommene Begriff der Verfassungsidentität als Vehikel diene.<sup>17</sup> Drittens wurde die Migration bereits 2016 politisch zum Thema eines Referendums gemacht,<sup>18</sup> und später funktionierte sie auch als Hauptmotiv der Wahlkampagne 2018, als die Regierung dem aus Ungarn stammenden jüdischen George Soros einen fiktiven Plan zuschrieb, wonach das Netzwerk der von ihm finanzierten NGOs zusammen mit zivilen Aktivisten, Journalisten und Politikern angeblich jährlich eine Million Menschen aus Afrika und Asien nach Europa umsiedeln und dadurch einen Bevölkerungsaustausch erreichen wolle.<sup>19</sup>

Diese drei Komponenten haben sich gegenseitig unterstützt, die politische Kommunikation diente zur Legitimation der angeordneten Maßnahmen sowie zur Begründung der Einführung weiterer Restriktionen,<sup>20</sup> wobei die (auch mit den Unionsorganen geführten) Auseinandersetzungen rund um das Grenz- und Asylregime sich als weitere Themen der politischen Kommunikation angeboten haben. Die europäischen Institutionen wurden im Rahmen einer durch die Regierung kommunizierten Verschwörungstheorie auch als von Soros beeinflusst präsentiert;<sup>21</sup> der Kampf gegen diese supranationalen Institutionen wurde logischerweise auch als Abwehr gegen deren angebliche Einflussnahme in Europa als eine Verteidigung der nationalen Identität dargestellt.

Ein Teil dieses komplexen Phänomens war die Frage der Beurteilung des push-back-Systems, das der EuGH als unionsrechtswidrig eingestuft hat (2.), wobei die ungarische Regierung dieses Urteil durch das ungarische Verfassungsgericht neutralisieren wollte, da sie der Auffassung war, dass die Auslegung des Unionsrechts mit der Verfassungsidentität Ungarns nicht zu vereinbaren ist (3.). Dies verlangt auch eine Erklärung dafür, welche Rolle ein Verfassungsgericht in einem illiberalen Regime spielt (4.), dabei ist auch der Frage nachzugehen, welche Rolle das Bundesverfassungsgericht als Quelle der Verfassungsidentität für den Missbrauch dieses Gedankens spielt (5.). Zwar handelt es sich hier um eine Urteilsbesprechung, diese soll und kann als Mikrokosmos auch zum Verständnis der Rechtswirklichkeit in illiberalen Regimen beitragen.

## 2. Das unionsrechtswidrige push-back-System des ungarischen Asylrechts

Als Antwort auf den Migrationsdruck wurde an der südlichen Grenze Ungarns ein Zaun mit Transitzone gebaut. Gemäß einer umfassenden Änderung des Asylrechts, die auch die Einführung einer speziellen Ausnahmesituation wegen Massenmigration ermöglichte, wurde vorgeschrieben,<sup>22</sup> Asylanträge dürften nur noch persönlich und ausschließlich in den benannten Transitzone von Röszke und Tompa gestellt werden. Der physische Zugang zu diesen Transitzone wurde dadurch stark eingeschränkt, dass nur eine geringe Zahl von Personen in jede der Transitzone einreisen durfte. Infolgedessen entstand eine Wartezeit von mehreren Monaten, bis ein Antrag auf internationalen Schutz gestellt werden konnte. Des Weiteren wurden diese Transitzone, obwohl es an der Ausstattung mit notwendiger Infrastruktur fehlte, dennoch als Aufenthaltsort der Asylsuchenden für die Dauer des Verfahrens bestimmt. Ein Verlassen der Transitzone hatte zur Folge, dass das Verfahren automatisch eingestellt wurde. Diese Vorschriften sowie die Praxis der ungarischen Behörden wurden (im Einklang mit einer früheren Vorabentscheidung<sup>23</sup>) als unionsrechtswidrig eingestuft.<sup>24</sup>

Nach der Verkündung des EuGH-Urteils in der Rs. C-808/18 stellte die ungarische Regierung einen Antrag auf eine abstrakte Auslegung des Grundgesetzes (d.h. der ungarischen Verfassung), um vom Verfassungsgericht zu erfahren, ob die im EuGH-Urteil festgelegten unionsrechtlichen Anforderungen mit der Verfassungsidentität

Ungarns zu vereinbaren wären. Dementsprechend soll hier zuerst der Bedeutung der Verfassungsidentität in der Rechtsprechung des ungarischen Verfassungsgerichts nachgegangen werden.

## 3. Die Verfassungsidentität Ungarns: eine ungeschickte Rechtsübernahme?

Seit der Wende 1989/90 hatte Ungarn keinen unveränderbaren Verfassungskern, und in der Rechtsprechung des ungarischen Verfassungsgerichts gab es vor 2016 keine Hinweise auf eine „Verfassungsidentität“. Da die frühere Verfassung von 1989 als eine vorübergehende und provisorische erlassen wurde,<sup>25</sup> wollte sie die zukünftige Verfassungsgebung nur prozedural nicht aber materiell begrenzen, d.h. die Verfassungsänderung war nur an eine verfahrensrechtliche Hürde, nämlich die der Zweidrittelmehrheit des Parlamentes gebunden, die jedoch berechtigt war, die Verfassung beliebig zu ändern. Dies war auch die positivrechtliche Grundlage des Erlasses des neuen ungarischen

<sup>16</sup> Die siebte Änderung des ungarischen Grundgesetzes verbietet die Niederlassung fremder Bevölkerung auf dem Staatsgebiet Ungarns und verlangt eine individuelle Entscheidung für die Genehmigung des Aufenthaltes fremder Staatsbürger, was darauf abzielte, die kollektive Umsiedlung der Asylsuchenden kraft einer Entscheidung der Organe der EU zu verhindern. Die Kurzsichtigkeit dieser instrumentalistischen Verfassungs- und Gesetzgebung zeigte der russisch-ukrainische Krieg 2022, als Zehntausende aus der Ukraine (teilweise Zugehörige der dortigen ungarischen Minderheit) nach Ungarn flohen und ihre – aus humanitären Gründen mehr als verständliche – Aufnahme praktisch nur durch eine flagrante Verletzung des Grundgesetzes möglich war, was wiederum die politische Steuerung der Rechtsanwendung plastisch beleuchtet. Hätte die ungarische Regierung ihr eigenes Grundgesetz ernst genommen, hätte sie nicht für die Feststellung des Bestehens eines Massenzustroms von Vertriebenen aus der Ukraine im Sinne des Artikels 5 der Richtlinie 2001/55/EG des Rates vom 20. Juli 2001 und für die Einführung eines vorübergehenden Schutzes am 3. März 2022 stimmen können. Für die Regierung ist die Einhaltung des Grundgesetzes nur dann wichtig, wenn sie selbst davon profitiert.

<sup>17</sup> A. Vincze, Ist die Rechtsübernahme gefährlich?, ZÖR 2018, S. 193 ff.

<sup>18</sup> Dieses Referendum war jedoch unwirksam, Z. Szente, <https://blog-iacl-aicd.org/2016-posts/2016/10/18/analysis-the-control-anti-migrant-referendum-in-hungary-is-invalid>

<sup>19</sup> Hierzu V. Havlik / V. Hloušek, Differential Illiberalism: Classifying Illiberal Trends in Central European Party Politics, in: A. Lorenz and L.H. Anders (eds.), Illiberal Trends and Anti-EU Politics in East Central Europe (Palgrave Macmillan 2021) S. 111 ff.; speziell zu George Soros als Feind vgl. K. Krause-Sandner, <https://kurier.at/politik/ausland/viktor-orban-gegen-george-soros-gegen-einer-hasskampagne/400379876>; S. Löwenstein, Orbáns Feindbild, <https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/der-ursprung-der-kampagne-gegen-george-soros-15995899.html>

<sup>20</sup> Wie die Einschränkung der Tätigkeit der ausländischen Universitäten, insbesondere der Central European University – CEU (vgl. EuGH v. 6.10.2020, Rs. C-66/18, Kommission/Ungarn), und der Aktivitäten von bestimmten NGOs (Gesetz LXXVI of 2017 on the transparency of foreign-funded organisations; EuGH v. 18.6.2020, Rs. C-78/18, Kommission/Ungarn).

<sup>21</sup> Hier soll nur an die Plakate in Ungarn erinnert werden, auf denen Kommissionspräsident Juncker und George Soros in unvorteilhafter Pose sowie Behauptungen zu sehen waren, die suggerierten, beide wollten illegale Migration nach Ungarn fördern. Vgl. <https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/orban-verteidigt-plakat-kampagne-gegen-juncker-und-soros-16054761.html>

<sup>22</sup> Gesetz Nr. XX von 2017.

<sup>23</sup> EuGH, C-924/19 PPU u.a. (Fn. 7) = EuGRZ 2020, 546 – Transitzone Röszke.

<sup>24</sup> EuGH v. 17.12.2020, Rs. C-808/18 – Kommission/Ungarn.

<sup>25</sup> Deshalb war die Verfassung formal weiterhin das Gesetz Nr. XX von 1949, auch wenn sie 1989 inhaltlich eine Totaländerung erfuhr.

Grundgesetzes 2011: Es gilt, weil es mit einer verfassungsändernden Mehrheit angenommen wurde.<sup>26</sup> Diese rein positivrechtliche Argumentation, also die das Recht schaffende Kraft der bloßen parlamentarischen Mehrheit,<sup>27</sup> wurde zur Legitimation weiterer Verfassungsänderungen herangezogen und diente auch zur Rechtfertigung für andere nicht selten als Antwort auf konkrete Situationen erlassene Gesetze, was in einer bewusst betriebenen Verfassungspolitik kulminierte,<sup>28</sup> d.h. in der Änderung aller Gesetze einschließlich der höchststrängigen,<sup>29</sup> je nach den aktuellen Bedürfnissen. Hierzu gehörte auch die Praxis der Regierung (bzw. der durch sie kontrollierten und dominierten Parlamentsmehrheit), alle früheren „unangenehmen“ Entscheidungen des Verfassungsgerichts durch Verfassungsänderung zu neutralisieren<sup>30</sup> und die inhaltliche Kontrolle der Verfassungsänderungen dem Verfassungsgericht durch die vierte Änderung des Grundgesetzes zu entziehen.<sup>31</sup> Vor diesem Hintergrund war es ungewöhnlich und sogar überraschend, als das Verfassungsgericht die Verfassungsidentität als einen unveränderbaren Kern der Verfassung ge- und erfunden hat.<sup>32</sup> Am Zenit der Migrationskrise, 2015, als die Relokation und weitere Maßnahmen an der Tagesordnung der europäischen Politik waren, beantragte der ungarische Ombudsman beim Verfassungsgericht die Auslegung des ungarischen Grundgesetzes, (UGG), und wollte erfahren, ob die Umsiedlung der Asylsuchenden und Migranten mit dem Verbot der Kollektivausweisung (Art. XIV UGG) zu vereinbaren wäre. Das Urteil des Verfassungsgerichts beantwortete zwar diese konkrete Frage nicht, hat aber den Anlass genutzt, gestützt auf die damals noch neue (im Juni 2016 ergangene) OMT-Entscheidung<sup>33</sup> des „taktgebenden“ BVerfG<sup>34</sup> – nicht selten wortwörtlich zitierend<sup>35</sup> und dadurch sowohl die geistige Munition als auch die Autorität borgend – eine aus der historischen Verfassung Ungarns<sup>36</sup> stammende Identität als eine absolute Grenze der auf die EU übertragbaren Kompetenzen zu setzen.<sup>37</sup> Die Entscheidung 22/2016 hat auch eine Vermutung der Souveränität ausgearbeitet, nach der im Zweifel die Nichtübertragung bzw. Nichtübertragbarkeit der Kompetenzen anzunehmen ist.<sup>38</sup>

Diese Entscheidung 22/2016 war eine eindeutige Verfassungsänderung kraft Interpretation, was besonders kühn klang, da die Regierung (durch die von ihr kontrollierte und dominierte Parlamentsmehrheit) einerseits früher alle unangenehmen Entscheidungen des Verfassungsgerichts durch Verfassungsänderung neutralisiert<sup>39</sup> und andererseits die inhaltliche Kontrolle der Verfassungsänderungen dem Verfassungsgericht durch die vierte Änderung des Grundgesetzes entzogen hatte.<sup>40</sup>

Dass diese sehr aktivistische Auslegung auf keine Kritik seitens der Regierung stieß, kann teilweise damit erklärt werden, dass die Regierung selbst 2016 das Grundgesetz zu ändern versuchte, und eine gleichlautende Grenze für die Übertragbarkeit der Hoheitsrechte bestimmen wollte, was aber wegen der vorübergehend fehlenden verfassungs-

<sup>26</sup> Hier ist kein Raum zu besprechen, ob dieser Akt des *pouvoir constitué* als eine bloße Verfassungsänderung oder als eine Verfassungsgebung des *pouvoir constituant* zu qualifizieren ist, hierzu etwa C. Schmitt, Verfassungslehre, Berlin 1954, S. 75-87. Der Verfasser vertritt jedoch die Auffassung, dass es sich um eine bloße Änderung der früheren Verfassung und nicht um den Erlass einer neuen handelt.

<sup>27</sup> C. Schmitt, Legalität und Legitimität, 1932.

<sup>28</sup> S. Priebus, Hungary, in: A. Fruhstorfer / M. Hein (Hrsg.), Constitutional Politics in Central and Eastern Europe, Wiesbaden, 2016, S. 101 (113-126).

<sup>29</sup> Hierzu gehören neben dem Grundgesetz auch die sog. Kardinalgesetze, (*sarkalatos törvény*), die auch der Zustimmung von zwei Dritteln der anwesenden Abgeordneten bedürfen, und materiell oft die Aufgaben der Verfassung selbst übernehmen, hierzu

H. Küpper, Ungarns neues Grundgesetz von 2011 und seine Änderungen – Teil 2, WiRO 2014, S. 8 (12).

<sup>30</sup> A. Vincze, Wrestling with Constitutionalism: the Supermajority and the Hungarian Constitutional Court, 8 ICL Journal (2014), S. 86-97.

<sup>31</sup> B. Bakó, Bárcsak a magyar AB lenne ilyen „szűklátókörű“, ÁJT 2021/2., S. 3-13.

<sup>32</sup> Unerwartet war diese Entwicklung in dem Sinne, dass ein unveränderbarer Verfassungskern nicht nur *foro externo*, sondern auch *foro interno* gelten soll, was eine früher betriebene flexible und unbegrenzte Verfassungsänderung eher einschränkt, N. Chrowski / A. Vincze, Önazonosság és európai integráció – az Alkotmánybíróság az identitáskeresés útján. Jogtudományi Közlöny 2017, S. 117 ff.

<sup>33</sup> BVerfGE 142, 123 – OMT-Programm = EuGRZ 2016, 440.

<sup>34</sup> T. Ellerbrok / R. Pracht, Das Bundesverfassungsgericht als Taktgeber im horizontalen Verfassungsgerichtsverbund – Ausstrahlungswirkungen der Rechtsprechung zum Integrationsverfassungsrecht in Europa, EuR 2021, S. 188. Ganz genau dieses taktgebende Selbstverständnis ermutigte andere Verfassungsgerichte auch den Vorrang des Unionsrechts aktiver zu hinterfragen: Zum Einfluss auf das tschechische Verfassungsgericht und die daraus resultierenden Schlussfolgerungen siehe M. Faix, Genesis eines mehrpoligen Justizkonflikts: Das Verfassungsgericht der Tschechischen Republik wertet ein EuGH-Urteil als Ultra-vires-Akt, EuGRZ 2012, S. 597 ff.; J. Komárek, Czech Constitutional Court Playing with Matches: The Czech Constitutional Court Declares a Judgment of the Court of Justice of the EU Ultra Vires, 8 European Constitutional Law Review (2012), S. 323 ff.; A. Vincze, Das tschechische Verfassungsgericht stoppt den EuGH, EuR 2013, S. 194 ff.

<sup>35</sup> Zu methodischen Fehlern A. Vincze, Ist die Rechtsübernahme gefährlich?, ZÖR 2018, S. 193 ff.

<sup>36</sup> Die Argumentation des Verfassungsgerichts war in sich widersprüchlich: Auf der einen Seite plagierte es die Aussagen aus der OMT-Entscheidung des BVerfG, auf der anderen Seite konstruierte es eine Verfassungsidentität aus der historischen Verfassung Ungarns, die zwar in der Präambel erwähnt und im Haupttext als ein konturloser Auslegungsmaßstab bestimmt wurde, jedoch wurde der Verfassungsidentität nie die Rolle eines unveränderbaren Verfassungskerns zugemessen. Zur Konstruktion der Identität vgl. allgemein, B. Anderson, Imagined Communities, London 1983 (auf Deutsch: Die Erfindung der Nation); zur mythischen Verbindung des neuen Grundgesetzes mit der historischen Verfassung, Z. Szente, A 2011. évi Alaptörvény és a történeti alkotmány összekapcsolásának mítosza [Der Mythos von der Verbindung des Grundgesetzes vom Jahre 2011 mit der historischen Verfassung], Közjogi Szemle, 2019/1., S. 1-8; Z. Szente, Constitutional Changes in Populist Times, 47 Review of Central and East European Law (2022), S. 12 ff.; zur Rolle der historischen Verfassung als Auslegungsmaßstab A. Vincze, Die Interpretationsregeln des ungarischen Grundgesetzes: zwischen Konvention, Tradition und Voluntarismus, ZaöRV 2020, S. 973 ff.

<sup>37</sup> Siehe das Urteil des ung. VerfG 22/2016. (XII.5.) AB. Diese Entscheidung kann als ein „abusive legal transplant“ bezeichnet werden, hierzu vgl. R. Dixon / D. Landau, Abusive Constitutional Borrowing, Oxford, 2021, S. 144-151. Zur Übernahme B. Bakó, The Zauberehring Unchained? The Recycling of the German Federal Constitutional Court's Case Law on Identity-, Ultra Vires- and Fundamental Rights Review in Hungary, ZaöRV 2018, S. 863.

<sup>38</sup> Aus dieser Vermutung wurde die Nichtübertragbarkeit der judikativen Kompetenzen abgeleitet und die Inkompatibilität des Einheitlichen Patentgerichts mit dem ungarischen Grundgesetz festgestellt, falls dazu die eindeutige, explizite und konkrete Ermächtigung fehlt (Urteil des ung. VerfG 9/2018 (VII. 9.) AB). Interessanterweise wurde dabei die Frage der Gerichtsbarkeit des EGMR oder des Internationalen Strafgerichtshofes übersehen, deren Jurisdiktion Ungarn ohne diese explizite Ermächtigung akzeptiert hat.

<sup>39</sup> A. Vincze, Wrestling with Constitutionalism (Fn. 30), 8 ICL Journal (2014), S. 86-97.

<sup>40</sup> P. Sonnevend, The Responsibility of Courts in Maintaining the Rule of Law: Two Tales of Consequential Judicial Self-Restraint, in: A. von Bogdandy / P. Bogdanowicz u.a. (Hrsg.), Defending Checks and Balances in EU Member States. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Berlin/Heidelberg, 2021, S. 155 ff.; B. Bakó, Bárcsak a magyar AB lenne ilyen „szűklátókörű“, ÁJT 2021/2., S. 3-13.

gebenden Mehrheit nicht gelang. Dementsprechend erstaunt es kaum jemanden, dass die Regierung die Entscheidung des Verfassungsgerichts mehr als willkommen hieß, und sobald die Regierungskoalition über die notwendige Mehrheit verfügte, den Begriff der Verfassungsidentität auch verschriftlichte.<sup>41</sup> Eine Zusammenarbeit oder ein Informationsaustausch (*backchanneling*) zwischen dem Verfassungsgericht und der Regierung, *horribile dictu* eine servile Erfüllung der Wünsche der Regierung, können nicht bewiesen werden, die Koinzidenzen werfen jedoch Fragen auf.<sup>42</sup>

Diese mit der siebten Änderung des Grundgesetzes verschriftlichte Identität als eine weitere Schranke der Übertragbarkeit von Hoheitsrechten, umfasst das unveräußerliche Recht, über die territoriale Einheit, das Staatsvolk, die Staatsform und die Staatsorganisation zu verfügen,<sup>43</sup> was die Jellineksche Drei-Elementen-Lehre (der Staat als Einheit von Staatsgebiet, Staatsvolk und Staatsgewalt) anklingen lässt, sagt aber kaum etwas Näheres zum eigentlichen Begriff und Inhalt der Verfassungsidentität. Die Gleichsetzung der Verfassungsidentität mit dem Bestehen der Staatlichkeit im Sinne der Jellinekschen Drei-Elementen-Lehre, reduziert den Begriff der Identität auf die Souveränität ohne jeglichen Wertbezug, was weder mit einer Verfassungsidentität im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG, noch mit dem Status der Mitgliedschaft in der EU im Einklang steht.

Das politische Potential der Identität hat die ungarische Regierung aber bald begriffen: sie ist das „Kryptonit“ des Unionsrechts, die Schwachstelle des Vorranges des Unionsrechts, da die EU sie kraft Art. 4 Abs. 2 EUV zu achten hat, und wie das deutsche Bundesverfassungsgericht sie beschrieben hat, handelt es sich um einen integrationsfesten Kern der Verfassung. Die Verfassungsidentität hat aber auch einen äußerst kontroversen Inhalt,<sup>44</sup> und was konkret zu beachten ist, erfährt man kaum von der *open-textured*<sup>45</sup> Vorschrift selbst: Von banalen Binsenweisheiten bis zur verfassungsrechtlichen Hypersensibilität kann sie alles umfassen. Sie funktioniert praktisch wie ein verfassungsrechtlicher Rorschach-Test, und jeder Interpret der Verfassung kann in der Identität das sehen, was ihm am Herzen liegt. Diese vielfältige Interpretierbarkeit ermöglicht auch den Missbrauch: Es reicht nämlich, kontroverse und polarisierende Themen (Gender, Sexualität, Migration, Schwangerschaftsabbruch, Ehe für alle usw.) mit der Verfassungsidentität in Beziehung zu setzen, um zu ermöglichen, jegliche Kritik oder Anregung als einen Angriff auf die Identität zu beschreiben. Diese Hochzönung der Meinungsverschiedenheit auf die Verletzung der elementarsten Verfassungsgüter macht natürlich die rationale Diskussion unmöglich: Wenn es sich nämlich wirklich um einen unveränderbaren Verfassungskern handelt, dann sind keine Kompromisse möglich.<sup>46</sup>

Diesen Weg hat auch die ungarische Regierung beschritten. Seit 2016 tauchen immer häufiger solche Begriffe im Text des Grundgesetzes auf, die bewusst einen direkten oder indirekten Bezug zur Verfassungsidentität aufbauen: Neben dem schon angesprochenen allgemeinen Schutz der Staatlichkeit, wurde mit der 9. Änderung des Grundgesetzes der Satz „die Mutter ist Frau, der Vater ist Mann“ (Art. L) sowie das Recht der Kinder auf eine Identität mit dem geborenen Geschlecht und auf eine Erziehung im Einklang mit der Verfassungsidentität und der christlichen Kultur (Art. XVI) eingeführt, um die Kinder vor den gefährlichen westlichen ideologischen Einflüssen zu schützen (so zumindest die Begründung zur Verfassungsänderung). Alle diese zu einer ideologischen Überfrachtung des Verfassungstextes führenden Ergänzungen wurden mit einer Verpflichtung aller Staatsorgane kombiniert, die Verfassungsidentität und die christliche Kultur Ungarns zu schützen (Art. R. Abs. 4), was nicht nur dem Verfassungsgericht, sondern auch der Regierung ermöglicht, eine breite Palette von Themen als zum Verfassungskern

gehörend zu erklären und sich dadurch dem Vorrang des Unionsrechts zu entziehen.

Welche Bezüge haben jedoch die Migration und das unionsrechtswidrige push-back-System zu dieser Verfassungsidentität? Die Regierung war der Auffassung, dass die Rückführung bzw. Abschiebung der illegalen Migranten und erfolglosen Asylsuchenden nicht besonders effektiv ist und eine Großzahl von ihnen trotz der gerichtlich verfügten Wegweisung auf dem Gebiet der EU bleibt. Falls also Ungarn den Anforderungen des Unionsrechts Genüge tun würde, droht, dass die auf dem Gebiet Ungarns illegal anwesenden Migranten für eine unvorhersehbare Zeit auf dem Staatsgebiet bleiben, sie dadurch de facto zum Staatsvolk werden und dadurch den Charakter des Staatsvolkes verändern. Das Staatsvolk ist nicht nur ein begriffsbildendes Element des Staates,<sup>47</sup> es sei auch die elementarste gesellschaftliche Umwelt, die ethnisch, kulturell und religiös das traditionelle Umfeld des Einzelnen bildet, was auch die Identität der Gemeinschaft und ihrer Zugehörigen beeinflusst. Diese sprachliche und kulturelle Identität sei jedoch kraft der Verfassung zu schützen.<sup>48</sup>

Dem Verfassungsgericht zufolge formen die erwähnten sozio-kulturellen Umstände (Sprache, Kultur, Ethnizität) die Selbstidentität bildenden Elemente der Persönlichkeit, die mit der Menschenwürde eng verbunden sind.<sup>49</sup> Der Schutz der Menschenwürde umfasst also den Schutz gegen die Veränderung der traditionellen gesellschaftlichen Umgebung, da sonst der Einzelne dazu gezwungen wäre, die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit an diese veränderten Umstände anzupassen.<sup>50</sup> Der Staat solle nämlich dafür verantwortlich sein, dass die gesellschaftlichen Determinanten der Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit und Selbstidentität nicht gestört werden, auch nicht durch die Erfül-

<sup>41</sup> B. Bakó: Bárcsak a magyar AB lenne ilyen „szúklátókörfű“, ÁJT 2021/2., S. 3-13. Die Änderung des Grundgesetzes, um die Verfassungsidentität aufzunehmen, zeigt die nackte Wahrheit, dass die frühere Interpretation eine Verfassungsänderung im materiellen Sinne herbeiführte.

<sup>42</sup> Hierauf weist hin B. Bakó, The Zauberlehrling (Fn. 37), ZaöRV 2018, S. 863 (866-868). Schon früher wurde überzeugend dargestellt, wie die politische Orientierung der Verfassungsrichter sich mit der der Regierung überlappt, vgl. Z. Szente, Die politische Orientierung der Mitglieder des ungarischen Verfassungsgerichts zwischen 2010 und 2014, 18 Jahrbuch für Ostrecht (2016), S. 45-67.

<sup>43</sup> A. Vincze / P. Sonnevend / A. Jakab, Hungary, in: S. Griller / E. Lentsch (Hrsg.), EMU Integration and Member States' Constitutions, Oxford, 2021, S. 433 (436-437).

<sup>44</sup> Vgl. hierzu die einzelnen Beiträge in European Public Law, Heft 2021/3, S. 411-612.

<sup>45</sup> Zur Problematik und zu ihrer Übernahme aus der Wittgensteinschen und Waismannschen Sprachphilosophie in die juristische Auslegungslehre B.H. Bix, Legal Interpretation and the Philosophy of Language, in: P.M. Tiersma / L.M. Solan (Hrsg.), Oxford Handbook of Language and Law, Oxford, 2012, S. 145-155.

<sup>46</sup> Dieses Verhalten wird mit Recht als „Hasenfußbrennen“ beschrieben, vgl. F.C. Mayer, Rebels without a cause? Zur OMT-Vorlage des Bundesverfassungsgerichts, EuR 2014, S. 473 ff.

<sup>47</sup> G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, Berlin, 1914, S. 394-434.

<sup>48</sup> Urteil des ung. VerfG 32/2021. (XII. 20.) AB, Rz. 33.

<sup>49</sup> Was wiederum dem Schema der Verdrehung oder Dekonstruktion bekannter Argumentationsmuster folgt. Zu den identitätsbildenden Faktoren der Persönlichkeit vgl. aus der jüngsten Literatur etwa G. von Sydow, Europäischer Menschenrechtsschutz für ethische Grundüberzeugungen, JZ 2022, S. 209-215. Zur missbräuchlichen Dekonstruktion vgl. N. Chronowski / A. Vincze, The Hungarian Constitutional Court and the Central European University Case: Justice Delayed is Justice Denied: Decision of the Hungarian Constitutional Court of 6 July 2021 and the Judgment of the ECJ of 6 October 2020, Case C-66/18, 17 European Constitutional Law Review (2021), S. 688 (702-705).

<sup>50</sup> Urteil des ung. VerfG 32/2021. (XII. 20.) AB, Rz. 34-35.

lung völkerrechtlicher Verpflichtungen.<sup>51</sup> Diese Aussagen ähneln meist einem gesamtgesellschaftlichen paternalistischen *safe space*, wo der Staat seine Bürger von ungewollten Interaktionen mit der Umgebung schützt, damit das Eindringen des Unbekannten keine Veränderungen hervorruft.<sup>52</sup> Die Argumentation des ungarischen Verfassungsgerichts verbindet die mitgliedstaatliche Souveränität letztlich mit der Menschenwürde und versucht, die staatszentrierte, etatistische Denkweise als eine menschenzentrierte zu präsentieren, was die Menschenwürde völlig umkehrt. Immerhin ermöglichte diese sehr lockere Verbindung zwischen der Identität des Einzelnen und der (ethnischen, religiösen, sprachlichen und kulturellen) Zusammensetzung des Staatsvolkes, die individuellen Sensibilitäten auf einer nationalstaatlichen Ebene zu aggregieren, und darin die Berührung der Definition des Staates gemäß der Drei-Elementen-Lehre zu sehen, und dadurch den Schutzschirm der Verfassungsidentität zu aktivieren. Ebenso wie aus einem Staatsanleihenkaufprogramm die Verletzung der Budgethoheit und damit die Untergrabung der Demokratie zu abstrahieren war,<sup>53</sup> wurde es möglich, die Änderung der de-facto-Bevölkerung des Staates als einen Angriff auf die Staatlichkeit und die persönliche Würde zu konzipieren, die als allerwichtigste Verfassungsgüter um jeden Preis zu verteidigen sind. Auf den Vorwurf der Verletzung der Werte der EU wird mit einer Verletzung der Werte der nationalen Verfassung geantwortet, was die Botschaft Carl Schmitts über die Tyrannei der Werte wieder aktuell macht.<sup>54</sup>

#### 4. Das Verfassungsgericht: vom Hüter der Verfassung zum Diener der Regierung?

Das Verhältnis der ungarischen Regierung zum Verfassungsgericht war nie ganz reibungslos. Nach der Wende war seine Bedeutung für und sein möglicher Einfluss auf die Politik noch ziemlich unbekannt, was auch erklärt, warum am Anfang der 1990er Jahre noch eher unabhängige Persönlichkeiten als Verfassungsrichter gewählt wurden. Nachdem jedoch die eigentliche Macht des Verfassungsgerichts begriffen worden war, wurde auch der Versuch unternommen, sie möglichst zu neutralisieren. Während der 2000er Jahre wurden eher die politisch berechenbaren Kandidaten gewählt, um dadurch unangenehme Überraschungen zu vermeiden. Nach den Wahlen 2010 wurde ein Frontalangriff gegen das Verfassungsgericht unternommen, da die verfassungsändernde Mehrheit es erlaubte, die machtbegrenzende Funktion des Verfassungsgerichts auszuschalten.<sup>55</sup> Die unangenehmen Entscheidungen wurden durch Verfassungsänderungen korrigiert, einige wichtige Kompetenzen zurückgeschnitten und es wurde versucht, das Gericht mit für loyal gehaltenen Figuren zu besetzen (*court-packing*).<sup>56</sup> Der Schwanengesang der Institution dauerte bis 2016,<sup>57</sup> bis die Mehrheit der Richter und der Präsident selbst von der parlamentarischen Mehrheit dominiert wurden.<sup>58</sup> Seit diesem Zeitpunkt hat sich das Verhältnis zwischen der Regierung und dem Verfassungsgericht – aus der Sicht der Regierung – eindeutig „verbessert“: Die Regierung traute sich immer mehr, das Verfassungsgericht zu konsultieren, und die Zahl ihrer Anträge auf abstrakte Auslegung des Grundgesetzes nahm drastisch zu.

Die abstrakte Verfassungskonstruktion diente früher (1990-2010) vor allem als Ersatz für das Organstreitverfahren.<sup>59</sup> Zwar ermöglichten sowohl die frühere als auch die aktuelle gesetzliche Regelung, ein Organstreitverfahren zur Austragung der Konflikte einzuleiten, jedoch wurde von dieser Möglichkeit kaum Gebrauch gemacht. Wahrscheinlich aus rechtskulturellen Gründen<sup>60</sup> wurden die Auseinandersetzungen nicht direkt, sondern auf dem Umwege einer abstrakten Auslegung der Verfassung mittelbar geschlichtet, die zwar von der konkreten Meinungsverschiedenheit ausging, sie aber nie unmittelbar löste. Konkret wurde dadurch weder eine obsiegende noch eine unterliegende Partei pro-

duziert, sondern im Rahmen eines Ordnungsdenkens die anwendbare Regel so eindeutig interpretiert, dass alle Betroffenen wussten, welches Verhalten von ihnen in der gegebenen Situation erwartet wird.

Die abstrakte Verfassungskonstruktion wurde nach dem erfolgreichen Court-Packing neu erfunden und eine neue Funktion für sie entdeckt, und zwar eine Art der Beratung der Regierung. Die Regierung wendet sich förmlich an das Verfassungsgericht, um bestimmte Vorschriften des Grundgesetzes interpretieren zu lassen; was sie jedoch eigentlich will, ist entweder eine verfassungsgerichtliche Absegnung bestimmter schon getroffener Entscheidungen oder die Lieferung von Argumenten, die sie insbesondere im unionsrechtlichen Kontext verwenden kann. Seit 2012, d.h. nach dem Inkrafttreten des neuen Grundgesetzes von 2011, wurden insgesamt zwölf Anträge auf eine abstrakte Verfassungsinterpretation gestellt. Aus diesen zwölf stellte die Regierung insgesamt acht, die verbliebenen vier stellte der mit der Zweidrittelmehrheit der Regierungspartei ernannte Ombudsman. Aus der Gruppe der acht waren zwei vor dem erfolgreichen Court-Packing gestellt worden: Einer dieser Anträge betraf die Ernennung der Medienregulierungsbehörde,<sup>61</sup> bei dem anderen ging es um die Frage der Fremdkreditwährungen.<sup>62</sup> Die sechs weiteren nach dem Court-Packing gestellten Anträge betrafen alle die Auslegung der Übertragung bzw. Übertragbarkeit der Hoheitsrechte auf die EU, innerstaatliche Verfassungsfragen waren nicht mehr auf der Tagesordnung (was natürlich keine Überraschung ist, da die verfassungsändernde Zwei-

<sup>51</sup> Urteil des ung. VerfG 32/2021. (XII. 20.) AB, Rz. 38.

<sup>52</sup> Abgesehen von den möglichen dystopischen Implikationen dieser Auslegung, ist sie auch letzten Endes ahistorisch, da die Ansiedlung eine immer wiederkehrende Erscheinung in der ungarischen Geschichte ist.

<sup>53</sup> BVerfG, 2 BvR 2728/13 u.a., Urteil v. 21.6.2016 – OMT-Programm = EuGRZ 2016, 440; BVerfG, 2 BvR 859/15 u.a., Urteil v. 5.5.2020 – PSPP = EuGRZ 2020, 246.

<sup>54</sup> Hierzu A. v. Bogdandy: Tyrannei der Werte? Herausforderungen und Grundlagen einer europäischen Dogmatik systemischer Defizite, ZaöRV 2019, S. 503-551.

<sup>55</sup> Hierzu M. Tushnet, Constitutional Hardball, 37 J. Marshall L. Rev., S. 523 (2004).

<sup>56</sup> A. Vincze, Wrestling with Constitutionalism (Fn. 30), 8 ICL Journal (2014), S. 86-97. Zur Rolle der fehlerhaften Institutionenbildung im Abbau der Verfassungsgerichtsbarkeit A. Jakab, Informal Institutional Elements as Both Preconditions and Consequences of Effective Formal Legal Rules: The Failure of Constitutional Institution Building in Hungary, 68 The American Journal of Comparative Law (2020), S. 760-800.

<sup>57</sup> Hierzu gehörte noch die (im Endeffekt eher „lauwarme“) verfassungsgerichtliche Verurteilung der Zwangspensionierung der Richter, vgl. A. Vincze, Der EuGH als Hüter der ungarischen Verfassung, EuR 2013, S. 323 ff.

<sup>58</sup> Da der Regierungspartei für die exakte 2/3-Mehrheit die Stimme eines Abgeordneten fehlte, hat sie einen Deal mit einer Nichtregierungspartei LMP (Lehet Más a Politika [Die Politik kann auch anders sein]) gemacht: Dadurch wurden fünf neue Richter in das Gremium gewählt, wobei vier von der Regierungspartei und ein Richter von der Nichtregierungspartei nominiert wurden. Im Rahmen dieses Deals wurde auch der Präsident des Verfassungsgerichts, Tamás Sulyok, gewählt, der ein ehemaliger Doktorand und enger Mitarbeiter des damaligen Justizministers, László Trócsányi, ist.

<sup>59</sup> A. Vincze, Egy félreértett alkotmánybíróági hatáskorról: a hatásköri összeütközés megszüntetése, Közjogi Szemle 2009/4, S. 14-19.

<sup>60</sup> Zur ungarischen Rechtskultur H. Küpper, A magyar jogi kultúra egyes jellegzetességei összehasonlító perspektívából, in: A. Jakab / Gy. Gajdoschek (Hrsg.), A magyar jogrendszer állapota, Budapest, 2016, S. 131 ff.

<sup>61</sup> Urteil des ung. VerfG 17/2013. (VI. 26.) AB.

<sup>62</sup> Urteil des ung. VerfG 8/2014. (III. 20.) AB.



drittelmehrheit der Regierungsparteien das Grundgesetz für den aktuellen innerstaatlichen Bedarf immer „maßschneidern“ kann). Ein weiteres gemeinsames Element ist, dass der Berichterstatter in diesen Rechtssachen der Präsident des Verfassungsgerichts war, auch wenn er sich früher nicht als eine Autorität des Europarechts profiliert hatte,<sup>63</sup> also seine Benennung als Berichterstatter sicher nicht aufgrund seiner Expertise erfolgte.

Hieraus folgt, dass die Regierung eigentlich keine veritable Auslegung der Verfassung in diesen Situationen verlangt, da sie immer in der Lage war, die Verfassung den Anforderungen des Unionsrechts anzupassen, falls der politische Wille und das Kalkül dies verlangt hätten. Was sie eigentlich suchte, war eine in der westlichen Rechtskultur angenommene, unabhängige Autorität, die als *auctoritas interpositio* den Text der Verfassung auslegt, die die Regierung selbstverständlich zu beachten hat, wobei das Ergebnis der juristischen Hermeneutik schon im Vorfeld zumindest angedeutet wird. Es handelt sich letzten Endes um ein zynisches Theater, in dem die Kulissen der westlichen Verfassungskultur umgekrempelt werden, wo die ausschließlich von der Regierungspartei vorbereitete und abgestimmte Verfassung von einem Gericht interpretiert wird, dessen Mitglieder auch von der Regierungspartei gewählt werden.<sup>64</sup> Dieser Umstand erklärt, welchen Zwecken die abstrakte Auslegung des Grundgesetzes dient: Durch die Verdrehung der bekannten Argumentationsmuster der Verfassungsgerichte der anderen EU-Mitgliedstaaten soll die Position der Regierung legitimiert werden.

Die Auslegungsoptionen des Verfassungsgerichts sind also weniger durch die juristische Dogmatik als vielmehr durch die Positionen der Regierung zu den EU-Institutionen und durch die eigene Vorteilsmaximierung bestimmt: Das Verfassungsgericht muss eine Auslegung suchen, die die Verhandlungspositionen der Regierung zumindest nicht verschlechtert, sondern sogar möglichst verbessert. Dabei soll das Verfassungsgericht auch auf das eigene Renommee und den eigenen Ruf achten, d.h. es muss darauf bedacht sein, zumindest den Anschein einer Interpretation nach den anerkannten Rechtsgrundsätzen aufrechtzuerhalten. Hieraus folgt, dass das Verfassungsgericht im Windschatten arbeiten muss, um einen Weg zu finden, der zumindest teilweise dem Verhalten eines anderen Verfassungsgerichts ähnelt.<sup>65</sup>

Unter diesen Umständen waren die folgenden Alternativen möglich:<sup>66</sup>

a) Die „Prokrastination“: die Entscheidung solange zu verschieben, bis sie jeglichen Sinn und Bedeutung verliert. Diese Option ist ideal, wenn es sich um die Sabotage der Umsetzung der EuGH-Urteile handelt,<sup>67</sup> ist jedoch bei den Anträgen der Regierung nicht gangbar.<sup>68</sup>

b) Der polnische Weg: eine direkte Konfrontation mit der Autorität des Unionsrechts einschließlich der Infragestellung der Anwendbarkeit und des Vorranges bestimmter Teile der Gründungsverträge. Allerdings waren die Kosten dieser Option erheblich, wie sich bereits sehr früh auch ganz klar zeigte, als ein in der Höhe beispielloses Zwangsgeld durch den EuGH angeordnet wurde.<sup>69</sup>

c) Der deutsche Weg à la SPSP und das Ersuchen um eine Vorabentscheidung. Obwohl das ungarische Verfassungsgericht 2016 die OMT-Entscheidung grundsätzlich plagierte, auch bezüglich der Selbstverpflichtung zur Einholung einer Vorabentscheidung, falls die Verfassungsidentität auf dem Spiel stünde, wurde – trotz der oft wiederholten Notwendigkeit des richterlichen Dialoges – von der Möglichkeit, einen Vorabentscheidungsantrag zu stellen, nie Gebrauch gemacht. Auch wenn intellektuelle Bequemlichkeit als Motivation nicht vollkommen auszuschließen ist, soll die Nichtvorlage eher durch eine feindselige Haltung gegenüber der Institution des Vorabentscheidungsverfahrens erklärt werden.<sup>70</sup> Ganz allgemein dauerte es beim

ungarischen Verfassungsgericht bis 2020, den EuGH als gesetzlichen Richter anzuerkennen, wobei dies auch nur in einem grotesk engen Rahmen erfolgte, und nur für den Fall, dass die Vorabentscheidungsfrage dem EuGH vorgelegt wurde.<sup>71</sup> *A contrario* ist eine Nichtvorlage verfassungsbeschwerdeuntauglich, was den praktischen Sinn des gesetzlichen Richters vernichtet.<sup>72</sup> Das ungarische Verfassungsgericht erklärte sich selbst 2019 als finale Autorität in der Auslegung des Grundgesetzes, die keine andere – selbstverständlich auch nicht die des EuGH – zu berücksichtigen hat.<sup>73</sup> Des Weiteren waren in Ungarn schon zwei Richter für die Vorlage einer Vorabentscheidungsfrage in Migrationsfragen dubios sanktioniert worden,<sup>74</sup> was die

<sup>63</sup> Bis zu seiner Ernennung zum Mitglied des Verfassungsgerichts beschäftigte sich Tamás Sulyok hauptsächlich mit dem Anwaltsrecht; verfassungs- oder unionsrechtstheoretische Werke hat er früher keine geschrieben, was auch die Frage begründet, inwiefern die unter seiner Federführung entstandenen Gedanken überhaupt vom Berichterstatter stammen, und wer der eigentliche Ghostwriter ist.

<sup>64</sup> An diesem Punkt treffen sich die organisatorischen Maßnahmen der illiberalen Regime: die (mehr oder minder erfolgreiche) Besetzung der wichtigsten Positionen mit loyalen Marionetten mit dem normativen Abbau der Garantien der Verfassungsstaatlichkeit.

<sup>65</sup> Das ist die verfassungsgerichtliche Äquivalenz der Frankenstein-Gesetzgebung, also einer Übernahme von verschiedenen gesetzlichen Vorschriften aus verschiedenen Staaten mit Endergebnissen, die einander nicht ähneln, hierzu vgl. *K.L. Scheppele, The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work*, 26 *Governance* (2013), S. 559 ff.

<sup>66</sup> *N. Chronowski / A. Vincze, Full Steam Back: The Hungarian Constitutional Court Avoids Further Conflict with the ECJ*, *VerfBlog* 2021/12/15, <https://verfassungsblog.de/full-steam-back/>

<sup>67</sup> Dies war der Fall mit der CEU und den vom Ausland finanzierten non-profit Organisationen (s.o. Fn. 20).

<sup>68</sup> Das Verfassungsgericht hatte diesen Antrag im November 2021 mehrmals auf der Tagesordnung, hat jedoch abgewartet, bis die politischen Verhandlungen beendet wurden. Am 12. November 2021 hat sich die Europäische Kommission entschieden, ein Vertragsverletzungsverfahren i.S.v. Art. 260 AEUV wegen der Nichtumsetzung des EuGH-Urteils C-808/18 einzuleiten, worauf Ministerpräsident Orbán mit einem Brief antwortet, in dem er verlangt, alle Vertragsverletzungsverfahren im Zusammenhang mit Maßnahmen zum Schutz der territorialen und nationalen Integrität einzustellen. Die Kommission lehnte diese „politische“ Lösung ab, worauf das ungarische Verfassungsgericht sein Urteil verfasste. Der Weg der Prokrastination wurde im Falle der CEU gewählt, vgl. *N. Chronowski / A. Vincze, The Hungarian Constitutional Court* (Fn. 49), 17 *European Constitutional Law Review* (2021), S. 688-706.

<sup>69</sup> Beschluss des EuGH-Vizepräsidenten v. 27.10.2021, Rs. C-204/21 R, Kommission/Polen: Zwangsgeld in Höhe von 1 Mio. Euro pro Tag wegen Nichtbeachtung einer einstweiligen Anordnung betr. die vorläufige Aussetzung von Disziplinarvorschriften, die die richterliche Unabhängigkeit bedrohen (zum Sachverhalt s. EuGRZ 2021, 586, Silva de Lapuerta-Beschluss vom 6.10.2021).

<sup>70</sup> Zur verfassungsrechtlichen Verpflichtung zur Vorlage vgl. *F.C. Mayer / D. Jantos, Europäisches Verwaltungsrecht und nationales Verwaltungsrecht*, in: J.Ph. Terhechte (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Europäischen Union*, 2. Auflage, Baden-Baden, 2021, Rn. 98. ff. Zur Praxis des ung. VerfG vgl. *F. Gárdos-Orosz, Preliminary Reference and the Hungarian Constitutional Court: A Context of Non-Reference*, 16 *German Law Journal* (2015), S. 1569-1590.

<sup>71</sup> Urteil des ung. VerfG 26/2020. (XII. 2.) AB.

<sup>72</sup> Dagegen aber vgl. das Urteil des slowakischen Verfassungsgerichts in der Rechtssache Križan, hierzu *M. Faix, Das Europarecht im Dialog zwischen den Gerichten der Slowakischen Republik und dem Gerichtshof der Europäischen Union – Überlegungen an Anlass des EuGH-Urteils Križan* (Rs. C-416/10), EuGRZ 2013, S. 483 ff.

<sup>73</sup> Urteil des ung. VerfG 2/2019. (III. 5.) AB.

<sup>74</sup> Im ersten Fall ergibt sich die Information unmittelbar aus dem Urteil des EuGH vom 23.11.2021, Rs. C-564/19 = EuGRZ 2021, 626 – IS: Wenn auch das Disziplinarverfahren gegen den vor-

Attitüde zur Einbeziehung supranationaler Autorität plastisch beleuchtet. Unter diesen Umständen sind die Aussagen über den Dialog von ungarischer Seite eher als ein Potemkin'sches Dorf anzusehen, was auch erklärt, warum dieser Weg nicht gewählt wurde.

d) Im Trüben fischen: Eine sybillinische Entscheidung trefend, kann dem Antragsteller Recht gegeben werden, ohne einen unangenehmen direkten Konflikt mit dem EuGH zu riskieren. Ganz genau diese Option wurde gewählt.

Trotz der Tatsache, dass der Ministerpräsident in seinem regelmäßigen Radiointerview seine Wünsche<sup>75</sup> hinsichtlich des zu verkündenden Urteils geäußert hatte, war die eigentliche Entscheidung nicht ganz nach seinem geäußerten Wunsch. Wie vorstehend angedeutet, gab das Verfassungsgericht der Regierung Recht in dem Sinne, dass es eine Verknüpfung zwischen der Zusammensetzung der Bevölkerung und der Staatlichkeit, also mit der Souveränität und letzten Endes mit der Verfassungsidentität, etablierte. Ebenso wurde anerkannt, dass der Staat verpflichtet sein kann, die notwendigen Einrichtungsgarantien zu schaffen, falls die von der EU erlassenen Maßnahmen die Rechte der Bevölkerung gegen die erwähnten unerwünschten Einflussnahmen nicht ausreichend schützen.<sup>76</sup> Diese Gretchenfrage jedoch, ob die anzuwendenden unionsrechtlichen Maßnahmen einen effektiven Schutz bieten, d.h. ob die Umsetzung des EuGH-Urteils in der Rs. C-808/18 die Schutzpflicht des Staates auslöst oder nicht, konnte im Rahmen der abstrakten Verfassungsklausel nicht entschieden werden.<sup>77</sup>

Mit dieser Konklusion musste das Verfassungsgericht für die konkrete Bewertung der Situation keine Verantwortung übernehmen. Für die Regierung bedeutete das praktisch einen Freibrief, die Situation nach eigenem Ermessen zu beurteilen. Diese Ermessensausübung wurde zudem auch nicht durch die Festlegung von Beurteilungskriterien eingeschränkt, die zu beachten wären.

Der aus der Entscheidung stammende breite nahezu grenzenlose Beurteilungsspielraum der Regierung ist jedoch zweischneidig: Das Verfassungsgericht lieferte keine verbindliche Auslegung, stellte selbst den Vorrang des Unionsrechts nicht in Frage und erklärte das Urteil des EuGH nicht für *ultra vires*, sondern überließ alle diese Entscheidungen der Regierung, die dafür alleine die Verantwortung trägt. Die Reaktion der Kommission auf das PSPP-Urteil<sup>78</sup> und auf das Urteil des polnischen Verfassungsgerichts<sup>79</sup> zeigt jedoch auch, dass auch eine kräftigere Aussage (*ultra-vires*-Behauptung) wenig nützlich erschien. Politisch wichtiger war jedoch der „Tanz um das Goldene Kalb der Souveränität“,<sup>80</sup> weil der Konflikt mit der EU wieder zum Thema einer Wahlkampagne gemacht werden konnte.<sup>81</sup>

Zur Einordnung des Urteils darf der andauernde Konflikt um die Gelder aus dem Wiederaufbaufonds „NextGenerationEU“ nicht übersehen werden. Bis dato wurden die ungarischen Pläne zur Verwendung dieser Mittel nicht abgesegnet, und eine allzu eindeutige Entscheidung hätte die Verhandlungen wahrscheinlich weitestgehend bestimmt: die Deklaration eines *ultra-vires*-Aktes oder die der Verletzung der Verfassungsidentität könnte die Entscheidung auf längere Zeit verschieben, da eine klare Nicht-Umsetzung eines Urteils der Großen Kammer des EuGH als ein weiteres Zeichen der fraglichen Qualität der Rechtsstaatlichkeit verstanden werden kann, wobei ein eindeutiges Verdikt zulasten der Regierung wiederum auf ihre politische Renitenz hinweist, was die Verhandlungspositionen nur verschlechtert.

Klar ist auf jeden Fall, dass die Situation des ungarischen Verfassungsgerichts ohne die Munition der Verfassungsidentität wesentlich schwächer gewesen wäre. Deshalb soll im nächsten Abschnitt darauf eingegangen werden, welche Rolle dem geistigen Vater zuzuschreiben ist.

## 5. Ausblick: Gedanken als Sprengstoff?

Der leicht veränderte Satz aus dem Dialog in Dürrenmatts *Die Physiker*<sup>82</sup> soll im Titel dieses Beitrages auf das Dilemma der Verfassungsgerichte hinweisen. Das Bundesverfassungsgericht ist (wieder) ein Taktgeber geworden, und viele europäische Schwesterinstitutionen kopieren (teilweise missbräuchlich) den universal (also von der konkreten Rechtsordnung unabhängig) anwendbar scheinenden Topos der Identität, wobei die Übertragung sowohl vom Donor als auch vom Akzeptor als ein aufgeklärter, rationaler Dialog dargestellt wird.<sup>83</sup> Für die Verbreitung und den Missbrauch der Idee der Verfassungsidentität wird oft ihr Erfinder verantwortlich gemacht, da er den Argumenten Prestige und Legitimation verleiht, was auch zum Dürrenmattschen Dialog führt: Inwieweit bestimmte Gedanken auch für die Außenwelt geeignet sind und inwieweit sie nicht verbreitet werden sollten. Anders formuliert: Hätte das Bundesverfassungsgericht eigentlich damit rechnen sollen, dass seine Kernargumente verdreht werden können und deshalb diese Eventualität implizierend, die Schärfe der Argumente zurücknehmen sollen?

Einerseits ist es verständlich, warum die Verfassungsgerichte die Grenzen der Übertragbarkeit der Hoheitsrechte immer neu vermessen müssen: Je unbedeutender der souveräne Staat in einem Zeitalter jenseits des souveränen Staatsrechts (*after public law*)<sup>84</sup> ist, desto unbedeu-

→ legenden Einzelrichter zurückgenommen worden war (s. Rn. 48), weist doch der EuGH ausdrücklich darauf hin, dass bereits ein drohendes Disziplinarverfahren eine Verletzung der richterlichen Unabhängigkeit darstellt (s. Rn. 90). Beim zweiten hier einschlägigen Fall handelt es sich um die Vorlage des Verwaltungs- und Arbeitsgerichts Budapest, Urteil des EuGH v. 19.3.2020, Rs. C-564/18 – LH: Abschluss über das Schicksal der vorlegenden Einzelrichterin gibt das Urteil selbst nicht. Bekannt ist jedoch, dass Frau Szabó – damals Richterinnen auf Probe – später nicht als Richterin auf Lebenszeit übernommen wurde. Sie hat deshalb im Juli 2021 bei der EU-Kommission Beschwerde wegen Nicht-Ernenennung eingelegt, vgl. <https://euobserver.com/democracy/152349>

<sup>75</sup> <https://minizterelnok.hu/prime-minister-viktor-orban-on-the-kossuth-radio-programme-good-morning-hungary-66/>

<sup>76</sup> Urteil d. ung. VerfG 32/2021. (XII. 20.) AB, Rz. 59-60.

<sup>77</sup> Urteil d. ung. VerfG 32/2021. (XII. 20.) AB, Rz. 21-23.

<sup>78</sup> Zum Vertragsverletzungsverfahren Kommission/Deutschland Nr. 2021/2114 (PSPP-Urteil des BVerfG [Fn. 53]) s. EuGRZ 2022, S. 169 (in diesem Heft).

<sup>79</sup> Das polnische Verfassungsgericht hatte mit Urteil P 7/20 v. 14.7.2021 den Anspruch erhoben, Polen allein sei zuständig, Fragen der innerstaatlichen Gerichtsorganisation zu regeln, mithin sei anderslautende Rechtsprechung des EuGH *ultra vires*, was auch für die Anordnungen im Rahmen der Rs. C-204/21 gelte. Zu Einzelheiten s. Fn. 69 m.w.N.

<sup>80</sup> Die Parabel stammt von U. Haltern, Wirkliche Widersprüche und die Methode, wodurch sie sich lösen, Zum europäischen Verfassungsgerichtsverbund, 146 AöR (2021), S.195 ff.

<sup>81</sup> Deshalb ist es auch keine Überraschung, dass die Entscheidung (Fn. 76) kurz vor den Wahlen im April 2022, also zeitlich ideal getroffen wurde.

<sup>82</sup> Friedrich Dürrenmatt (\*1921, †1990), Die Physiker (Neufassung 1980, Diogenes, Taschenbuch 23047, S. 75, Dialog zwischen Newton und Möbius, im Zweiten Akt gegen Ende).

<sup>83</sup> Die gegenseitige Rückendeckung scheint passender zu sein, s. M. Wendel, Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform: Die Integrationsrechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte in gemeineuropäischer Perspektive, 52 Der Staat (2013), S. 339-370 (363); zum Einfluss des BVerfG auf das ungarische Gericht vgl. B. Bakó, The Zauberlehrling (Fn. 37), ZaöRV 2018, S. 863 ff.

<sup>84</sup> M.A. Cormac / M. Claudio / N. Walker (Hrsg.), After Public Law (2013), insb. L. Martin, The Nature of Public Law, 21 ff., insb. S. 23: “This latter type of post-public law argument seems to be rooted ultimately in the claim that the basic principles of public law have now evolved beyond the nationstate form and should today be conceived as being based either on self-sustaining ideal

tender ist sein Verfassungsgericht, was sicher frustrierend wirkt. Noch verständlicher ist die Situation des BVerfG, welches den Vorrang des Unionsrechts nie vollkommen anerkannt hat, dessen *volens-nolens*-Argumentation jedoch bisher eher ein positives Echo gefunden hat, da die Wahrnehmung dieses Gerichts vorrangig durch seine Auslegung der Grundrechte<sup>85</sup> und die Sensibilisierung für die Subsidiarität bestimmt wird und weniger mit der Untergrabung der Unionsrechtsordnung verbunden war. Wenn die Renitenz bisher neue Dimensionen der Integration eröffnete, warum sollte das nicht auch für die Verfassungsidentität gelten? Die Antwort liegt in der Natur der Verfassungsgüter: Die Grundrechte und die Subsidiarität sind universale Rechtsgüter, allen Mitgliedstaaten gemeinsam, und deshalb funktionieren sie zentripetal, d.h. ihre Übernahme trägt zur Bildung einer gemeineuropäischen Verfassungskultur bei. Die Verfassungsidentität ist partikular und funktioniert deshalb zentrifugal, d.h. sie erlaubt die Förderung nationalstaatlicher Überempfindlichkeiten.

Die Tätigkeit des BVerfG kann und soll jedoch nicht mit dem Kampf um die Verfassungsidentität gleichgestellt werden, da seine Rechtsprechung wesentlich vielfältiger und voll von solchen Entscheidungen ist, die (wie die Beschlüsse von 2019 zum Recht auf Vergessen I und II)<sup>86</sup> zum Ausbau einer neuen Grundrechtarchitektur im europäischen Mehrebenensystem weitestgehend beitragen.<sup>87</sup> Diese werden vom ungarischen Verfassungsgericht nicht zitiert und auch nicht reflektiert, sondern es wird im Sinne der schlimmsten Tradition der rechtsvergleichenden Argumentation eklektisch und oberflächlich<sup>88</sup> nur das berücksichtigt, was das schon im Voraus gewollte Ergebnis unterstützt: ein Verhalten, das mit vollem Recht als Sophistik denunziert wird.<sup>89</sup> Aber eben deshalb sollte eine so prestigehafte und anerkannte Institution auf ihre Argumente achten, weil sie nicht nur im Rahmen eines nationalen Binnendiskurses, sondern auch in einem gesamt-europäischen verwendet werden. Diese Verantwortung ist umso größer, je mehr danach gestrebt wird, im Rahmen eines europäischen Verfassungsgerichtsverbundes die nationalen Verfassungsidentitäten zu schützen.<sup>90</sup>

## 6. Epilog

Am 3. April 2022 fanden die Wahlen in Ungarn statt, bei denen, wie bekannt, die Regierungsparteien unter der Führung von Viktor Orbán mehr als 54 Prozent der Stimmen bekommen und dadurch mehr als eine Zweidrittelmehrheit im Parlament erreicht haben. Diese Mehrheit reicht aus, die Verfassung weiterhin beliebig zu ändern und sie nach dem Bedarf der Tagespolitik zu instrumentalisieren.

Weniger bekannt ist vielleicht die Tatsache, dass parallel zu den Wahlen auch ein Referendum über verschiedene Fragen der sexuellen Orientierung stattgefunden hat. Ein Thema, das

– wie die Migration 2016 – stark polarisiert und ebenso wie die Migration zum Gegenstand der Verfassungspolitik gemacht und als Teil der Verfassungsidentität beschrieben wurde.

Das April-2022-Referendum wird keine Rechtswirkung haben, da etwa ein Drittel der abgegebenen Stimmen (ungefähr ein Fünftel aller wahlberechtigten Bürger) – wohl nicht zufällig – ungültig abgestimmt haben. Der Volksentscheid über die Migration 2016 war ebenfalls ungültig, weil damals die Wahlbürger in nicht genügender Zahl teilgenommen hatten. Interessant ist, dass solche Fragen in beiden Fällen durch ein Referendum zu entscheiden waren, die früher oder später als Bestandteil der Verfassungsidentität bestimmt wurden, auch wenn das Volk sich nie eindeutig dafür oder dagegen geäußert hat. Können diese wirklich dann als Teil der Identität postuliert werden?

→ principles of constitutionalism or on universal (that is, human) rights. These two claims – which might respectively be labelled ‘hyperconstitutionalism’ and ‘rights-foundationalism’ – are best viewed as variants on a common theme.”

<sup>85</sup> F.C. Mayer, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: A. von Bogdandy / J. Bast (Hrsg.): Europäisches Verfassungsrecht, 2009, S. 559 (599).

<sup>86</sup> J. Kühling, Das „Recht auf Vergessenwerden“ vor dem BVerfG – November(r)evolution für die Grundrechtsarchitektur im Mehrebenensystem, NJW 2020, S. 275; H.P. Aust, Zweierlei Integrationsverantwortung – Zur Begründung und Tragweite eines verfassungsrechtlichen Schlüsselbegriffs in der Rechtsprechung der beiden Senate des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 2020, S. 410.

<sup>87</sup> R. Hofmann / A. Heger, Zur neuen Grundrechtsarchitektur im europäischen Mehrebenensystem, EuGRZ 2021, S. 1 ff.; D. Preßlein, Grundgesetz vs. Grundrechtecharta? Zur „europäisierten Grundrechtsprüfung“ des BVerfG nach den Beschlüssen zum „Recht auf Vergessen“ und „Europäischer Haftbefehl III“, EuR 2021, S. 247 ff.; M. Wendel, Das Bundesverfassungsgericht als Garant der Unionsgrundrechte, JZ 2020, S. 157 ff.; C-D. Classen, Über das Ziel hinausgeschossen? Anmerkung zu den zwei Beschlüssen des BVerfG zum Recht auf Vergessen vom 6.11.2019, 1 BvR 16/13, 276/17, EuR 2021, S. 92 ff. Anzumerken ist natürlich, dass die Idee der Anwendung der Unionsgrundrechte durch ein Verfassungsgericht vom österr. Verfassungsgerichtshof übernommen wurde, hierzu A. Vincze, Der europäische Blick auf die österreichische Bundesverfassung, in: A. Balthasar / A. Vincze (Hrsg.), 100 Jahre österreichisches Bundes-Verfassungsgesetz, Wien 2021, S. 203 (217-218).

<sup>88</sup> Hierzu instruktiv R. Hirschl, The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law, 53 American Journal of Comparative Law (2005), S. 125-155.

<sup>89</sup> Vgl. Roper v. Simmons 543 U.S. 551 (2005), J. Scalia dissenting: “To invoke alien law when it agrees with one’s own thinking, and ignore it otherwise, is not reasoned decisionmaking, but sophistry.”

<sup>90</sup> Hierzu programmatisch Ch. Grabenwarter / P.M. Huber / R. Knez / I. Ziemele, The Role of the Constitutional Courts in the European Judicial Network, 27 European Public Law (2021), S. 43-62.



in Verbindung mit

Prof. Dr. Dr. h. c. Thomas Buergenthal, GWU, Washington, DC; vorm. Richter am IGH; vordem Präsident des IAGMR, San José

Dr. h. c. Tim Eicke, Richter am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, Straßburg

Prof. Dr. Dr. h. c. Jochen Abr. Frowein, vorm. Vize-Präsident der Europ. Komm. f. Menschenrechte, vorm. Direktor am MPI, Heidelberg

Prof. Dr. Dr. Christoph Grabenwarter, Präsident des Verfassungsgerichtshofes, Wien; Professor an der Wirtschaftsuniversität Wien

Prof. Dr. Constance Grewe, Professorin em. an der Université de Strasbourg; vorm. Richterin am Verfassungsgerichtshof von BiH, Sarajevo

Univ.-Prof. Dr. Gerhart Holzinger, vorm. Präsident des Verfassungsgerichtshofes, Wien

Univ.-Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. Juliane Kokott, Generalanwältin am Gerichtshof der Europäischen Union, Luxemburg

Prof. Dr. Christine Langenfeld, Richterin des Bundesverfassungsgerichts, Karlsruhe; Professorin an der Universität Göttingen

The Right Hon. Lord Mance, vorm. Vize-Präsident des Supreme Court of the United Kingdom, London

Prof. Dr. Jörg Paul Müller, Ordinarius em. für öffentliches Recht an der Universität Bern

Prof. Dr. László Sólyom, vorm. Präsident der Republik Ungarn; vordem Präsident des Verfassungsgerichtshofs, Budapest

Prof. Dr. Dr. h. c. Christian Tomuschat, Professor em. für öffentliches Recht, insb. Völker- und Europarecht, Humboldt-Universität zu Berlin

Herausgegeben von Dr. h. c. Norbert Paul Engel

Schriftleitung Rechtsanwältin Dr. h. c. Erika Engel

## 1. Aufsätze

Christian Tomuschat, Berlin

Die Umwandlung von Empfehlungen in Rechtspflichten / Die Dynamik der spanischen Rechtsprechung zum Menschenrechtsschutz: Der Fall *González Carreño* vor dem Tribunal Supremo 1

Helen Keller / Corina Heri / Réka Piskóty, Zürich

Sacchi u.a. gegen Argentinien u.a. – kein Pyrrhussieg / Zum ersten Klimafall des Kinderrechtsausschusses der Vereinten Nationen 7

Attila Vincze, Brünn

Unsere Gedanken sind Sprengstoff – Zum Vorrang des Europarechts in der Rechtsprechung des ungarischen Verfassungsgerichts 13

## 2. Entscheidungen

EGMR	– 11. 01. 22 –	Meinungsäußerung eines Journalisten vor Parlamentsausschuss / <i>Freitas Rangel</i> / . POR ..... 21
EuGH	– 22. 03. 22 –	Grundsatz <i>ne bis in idem</i> / Generalanwalt Bobek und Urteil / Rs. <i>Nordzucker AG u.a.</i> ..... 26/37
EuGH	– 18. 01. 22 –	EU-Staatsbürgerschaft / Widerruf der Zusicherung / Drohende Staatenlosigkeit / Rs. <i>JY</i> .... 43
EuGH	– 24. 02. 22 –	Zigarettenverkauf an Minderjährige / Aussetzung der Verkaufslizenz als Zusatz-Sanktion / Rs. <i>PJ</i> 49
EuGH	– 30. 09. 21 –	Mitglied des Rechnungshofs: Amtspflichtverletzungen bewirken Pensionskürzung / Rs. <i>Pinxten</i> 55
OGH, Madrid	– 17. 07. 18 –	Sonderweg bei Durchsetzung der Vorgaben einer CEDAW-Entscheidung ..... Tomuschat 89
BGer	– 01. 02. 21 –	Wegweisung nach Straftat / Achtung des Familienlebens ..... Steinmann 91
BGer	– 14. 06. 21 –	Schengener Informationssystem / Auskunftsgesuch eines Journalisten ..... Steinmann 95
BVerfG	– 09. 02. 22 –	Vorläufige Anwendung von CETA nicht <i>ultra vires</i> ..... 99
BVerfG	– 27. 04. 21 –	Grundrechtsauslegung im Einklang mit EMRK und GRCh / Ökotox-Beschluss ..... 108
BVerfG	– 18. 01. 22 –	Konkretisierung des Klima-Beschlusses / hier: CO <sub>2</sub> -Regelungen nach Landesrecht ..... 123
BVerfG	– 16. 12. 21 –	Triage bei COVID-19: Handlungspflicht des Gesetzgebers zum Schutz Behinderter ..... 125
BVerfG	– 19. 12. 21 –	Schutz vor Verächtlichmachung im Internet / hier: Politikerin / Fall <i>Künast</i> ..... 140
BVerfG	– 09. 02. 22 –	Verfassungsmäßigkeit des Straftatbestands des verbotenen Kfz-Rennens ..... 145
BVerfG	– 11. 01. 22 –	Beachtung prozessualer Waffengleichheit bei EAO / Pressekommission LG Berlin ..... 160

## 3. Dokumentation

EuRat	– 16. 03. 22 –	Russland aus dem Europarat ausgeschlossen / Die Chronologie ..... N.P. Engel 165
EGMR	– 25. 01. 22 –	Jahrespressekonferenz 2022 des EGMR-Präsidenten Robert Spano / Statistik für 2021 ..... 168
EU	– 02. 12. 21 –	Ultra-vires-Behauptung des BVerfG im PSPP-Urteil / Vertragsverletzungsverfahren in Brüssel nach Stellungnahme der Bundesregierung eingestellt / Text der Stellungnahme ..... 169

## 4. Laufende Verfahren

EGMR	– 22. 03. 22 –	Plenum befasst sich mit dem Ausschluss Russlands aus dem Europarat ..... 171
BVerfG	– 23. 02. 22 –	Übersicht über 2022 u.a. zur Entscheidung anstehende Verfahren ..... 171



---

## Europäische GRUNDRECHTE-Zeitschrift · EuGRZ

**Zitierweise:** EuGRZ 2022, 1 – · **Erscheint** mit 24 Heften pro Jahr · **Abonnement** (print): jährlich inkl. MwSt. € 224,-; SFr. 394,- zzgl. Porto · **Abbestellungen** sind nur zum Jahresende möglich und müssen bis zum 15. November beim Verlag eingegangen sein · **Einzelheft:** € 11,-; SFr. 21,-, **Doppelheft:** € 22,-; SFr. 42,- · Mehrfachhefte entsprechend · **Einbanddecke:** € 22,-; SFr. 34,- zzgl. Porto · Alle Jahrgänge seit 1974 lieferbar, **EuGRZ gebunden** je € 255,-; SFr. 472,- · **Studenten:** 50 % Rabatt · **Online-Preise** für Einzelplatz oder Institution, **siehe:** www.EuGRZ.info. **Schriftleitung:** Rechtsanwältin Dr. h.c. Erika Engel · Verantwortlich für den **Verlag:** Dr. h.c. Norbert Paul Engel, e.K. · **Redaktion und Verlag:** Eisenbahnstr. 58 · D-77694 Kehl am Rhein · Tel. (+ 49/(0)7851) 24 63 und 7 52 75 · Fax (~) 42 34 · (VAT/TVA) USt-IdNr.: DE 142228829 · **E-Mail:** N.P.Engel@EuGRZ.info · Es die gilt Anzeigenpreisliste Nr. 14 vom 1. September 2020 · **Copyright:** Alle Rechte vorbehalten · Nachdruck und elektronische Nutzung – in welcher Form auch immer – bedürfen außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes der Zustimmung des Verlages; ansonsten sind sie rechtswidrig und strafbar. Nutzung unter Einsatz von IP-Adressen setzt Offenlegung der zugangsberechtigten Institutionen voraus. · © EuGRZ