

THEMATIC FOCUS:
Zlinszky János als Verfassungsrichter

DIE ROLLE DER TRADITION ZWISCHEN LEGALITÄT
UND LEGITIMITÄT IM UNGARISCHEN STAATSRECHT:

*Die Anfänge des Ungarischen Verfassungsgerichts
aus der Perspektive von János Zlinszky*

Nadja EL BEHEIRI
Univ. Prof., Katholische Universität Pázmány Péter

1. Die politische Wende zwischen Legalität und Legitimität

Der Titel eines Beitrages von János Zlinszky zu einer im Jahr 2012 erschienen Festschrift zum 70. Geburtstag von László Sólyom, dem ersten Präsidenten des ungarischen Verfassungsgerichts und Staatspräsidenten von 2005 bis 2010, lautet: „Ist das Verfassungsgericht für das Ausbleiben der politischen Wende verantwortlich?“¹ Mit dieser Fragestellung nimmt Zlinszky auf mehrfach formulierte Vorwürfe Bezug, dass die Erkenntnisse des Verfassungsgerichts dafür verantwortlich sind, dass die Entschädigungen für während der sozialistischen Epoche enteigneten Güter ausgeblieben sind oder nur zu einem geringen Umfang gewährt wurden.² Im Hintergrund dieses Vorwurfes steht die Tatsache, dass die Wende des Jahres 1989 in Ungarn im Zuge eines Kompromisses stattgefunden hat. Im Zusammenhang mit der auf politischen Ebene erzielten Einigung wurde formell die im Zuge des Systemwechsels umfassend revidierte Verfassung der Volksrepublik Ungarn aus dem Jahre 1949 beibehalten (bis zur kommunistischen Machtübernahmen hat es in Ungarn weder eine geschriebene Verfassung noch ein kodifiziertes Privatrecht gegeben.) Der novellierte Text ist am 23. Oktober 1989 in Kraft getreten. In dieser formell alten, inhaltlich neuen Verfassung definierte sich Ungarn als eine auf einem Mehrparteiensystem beruhende parlamentarische Demokratie. Auf wirtschaftspolitischer Ebene

¹ János ZLINSZKY: Az Alkotmánybíróság felelős az elmarad rendszerváltásért? [Ist das Verfassungsgericht für das Ausbleiben der politischen Wende verantwortlich?]. In: András KOLTAY (ed.): *A XII táblától a 12 ponton át a magánjog új törvényéig [Ausgehend von den 12 Tafeln über die 12 Punkte bis hin zum neuen Privatrechtsgesetzbuch]*. Budapest, Szent István Társulat, 2012. 579–585.

² ZLINSZKY op. cit. 579.

rezipierte man das Prinzip der sozialen Marktwirtschaft. Der Preis, der für den friedlichen Übergang zum Rechtsstaat zu zahlen war, bestand in der Anerkennung der Legalität des vorhergehenden Regimes. János Zlinszky war einer der ersten fünf Verfassungsrichter an dem unmittelbar in Zusammenhang mit der politischen Wende gegründeten Verfassungsgericht.³ Unter den ernannten Richtern nahm er in gewisser Weise eine Sonderstellung ein. Er war der einzige Rechtshistoriker und auch der einzige Höchstrichter, der auf eine lange Praxis als Anwalt zurückblicken konnte.⁴ Bei Zlinszky trafen somit einerseits die Verwurzelung in der ungarischen Tradition und andererseits eine Sensibilität für den konkreten Fall zusammen. Beide Aspekte werden im Zusammenhang mit der vorliegenden Arbeit noch Erwähnung finden. Aus der Perspektive Zlinszkys sollen nun die Frage der Legalität und der Legitimität der neuen nach rechtsstaatlichen Grundsätzen organisierten Ordnung untersucht werden. Das Verfassungsgericht – und auch János Zlinszky – machte sich einerseits den auf politischer Ebene geschlossenen Kompromiss gänzlich zu eigen.⁵ Auf der anderen Seite formulierte es ausdrücklich, dass es zu der Frage der Legitimität

³ Im Januar 1989 beschloß das ungarische Parlament die Gründung des Verfassungsgerichts, die ersten fünf Verfassungsrichter wurden am 23. November 1989 gewählt. Die Wahl der ersten fünf Verfassungsrichter geschah somit noch in der Periode vor den ersten demokratischen Wahlen nach der politischen Wende. Weitere Verfassungsrichter wurden im Anschluß an die Parlamentswahlen und die Ernennung der ersten demokratischen Regierung (erster Wahlgang 25. März, zweiter Wahlgang 8. April 1990) ernannt. Die Ernennung der Verfassungsrichter fand mit Datum vom 23. Mai 1990 statt, die zweite Gruppe der Verfassungsrichter wurden mit Juni bzw. Juli 1990 ernannt. Der auf politischer Ebene beschlossene Mittelweg schlug sich auch bei der Ernennung der ersten fünf Richter nieder. Zwei der ersten fünf Richter László Sólyom und János Zlinszky waren Kandidaten der damaligen Opposition (d.h. des nichtsozialistischen Lagers), zwei weitere Géza Kilényi, Antal Ádám Kandidaten der Sozialistischen Partei, Pál Solt war gemeinsamer Kandidat der Opposition und der Sozialistischen Partei.

⁴ Vgl. zur Arbeit Zlinszkys als Verfassungsrichter folgende Beiträge: ÉVA TERSZTYÁNSZKYNÉ VASADI: János Zlinszky, Richter am Verfassungsgerichtshof der Republik Ungarn. In: Nadja EL BEHEIRI (ed.): *Durch das römische Recht, aber über dasselbe hinaus*. Budapest, Pan, 2008. 418-426. LÁSZLÓ SOLYOM: Professor Zlinszky und die Begründung des Verfassungsstaates in Ungarn. *Pázmány Law Review*, (2015). 11-16. BALÁZS SCHANDA: Zlinszky János alkotmánybíró különvéleményei [Die Sondervoten des Verfassungsrichters János Zlinszky]. *Iustum Aequum Salutare*, XII (2016/1). 97-109. LILLA SZÁDVÁRI: Dissenting and Concurring Opinions by János Zlinszky. *Pázmány Law Review*, VI (2018). 91-103. Vgl. auch kurz zum Werdegang Zlinszkys: Nadja EL BEHEIRI: Iuris Consulto Excellentissimo Auszeichnung für das Lebenswerk von János Zlinszky. *Pázmány Law Review*, II (2014). 185-187.

⁵ JÁNOS ZLINSZKY: Alkotmány, Alkotmányvédelem, Alkotmánybíróság [Verfassung, Verfassungsschutz, Verfassungsgericht]. In: Koltay ANDRÁS (ed.): *A XII táblától a 12 ponton át a magánjog új törvényéig [Ausgehend von den 12 Tafeln über die 12 Punkte bis hin zum neuen Privatrechtsgesetzbuch]*. Budapest, Szent István Társulat 2012. 576. „Die Wende fand unerwartet dadurch statt, dass die unterdrückende fremde Macht ihr mit Gewalt errichtetes Bollwerk abbrach. Die regierenden Kräfte wussten, dass sie ihre politische Überlebensfähigkeit verloren hatten und wirtschaftlich am Rande des Zusammenbruchs standen. Sie boten daher der Gesellschaft eine nie gekannte Freiheit an, eine Freiheit, die auch in der älteren Generation nur als Erinnerung vorhanden war. Diese Freiheit bedeutete eine auf moralischen Grundlagen bestehende Rechtsstaatlichkeit mit der entsprechenden Verantwortlichkeit, einen friedlichen Übergang und die Anerkennung der Legalität der bisherigen Machthaber, der Preis dafür bestand im Postulat der juristischen Kontinuität“ Der Großteil der Gesellschaft war sich zunächst wohl kaum der Folgen dieses Geschäfts bewusst.

der vorhergehenden Regime keine Stellung beziehen werden. Der Gerichtshof bezeichnete diese Frage als indifferent. Im Hinblick auf die Zukunft scheint das Gericht der Legitimität aber durchaus Bedeutung beimessen zu wollen. So lautete die Formulierung eines bekannten Erkenntnisses: „Es ist notwendig, dass nicht nur das Recht und das Funktionieren der staatlichen Organe streng mit der Verfassung im Einklang sind, die Begriffskultur und die Wertordnung der Verfassung muß vielmehr die gesamte Gesellschaft durchdringen.“ Wenn wir nun mit Max Weber unter Legitimität die Motive für die Einhaltung einer gegebenen Ordnung verstehen, so befinden wir uns mit dem eben erwähnten Zitat im Kernbereich der Legitimität.⁶

2. Verfassungsgericht und Eigentum nach der politischen Wende 1989

Bevor wir konkret auf die Frage der Legitimität eingehen wollen wir kurz auf den zu Beginn erwähnten Vorwurf der mangelhaften Aufarbeitung des während der sozialistischen Epoche vorgenommen Eigentumsentzuges eingehen. Grundsätzlich ist zu sagen, dass das ungarische Verfassungsgericht zur sog. dritten Generation von Verfassungsgerichten (nach dem kelsenschen Modell in Österreich, dem deutschen Bundesverfassungsgericht im Sinne einer ersten Generation und dem spanischen und portugiesischen Modell im Sinne einer zweiten Generation) gehört. Ungarn machte sich damit jene Auffassung zu eigen, die im Vorhandensein eines Verfassungsgerichts ein Markenzeichen für Demokratie sieht. Schon die bloße Tatsache der Errichtung des Verfassungsgerichts stellt eine Absage an totalitäre Formen des Denkens dar. Während im kommunistischen System dem Parlament (d.h. der Politik) das letzte Wort zugekommen ist, ermöglichte der Kompetenzbereich des Verfassungsgerichts nach der Wende die Aufhebung verfassungswidriger Parlamentsgesetze. Bei der Ausgestaltung des Wirkungsbereiches des Verfassungsgerichtes orientierten sich die Richter an vorhandenen Lösungen. Einen klaren Referenzpunkt sollte dabei der Rechtsbestand der europäischen Demokratien darstellen. Dies gilt auch dann, wenn gerade für jene Fragen, die sich aus der konkreten historischen Situation der politischen Wende ergaben, keine Vorbilder vorhanden waren. Erklärte Aufgabe des Verfassungsgerichts war es den gesellschaftlichen und politischen Wandel in klaren dogmatischen Kategorien zu erfassen und zu jedem einzelnen Abschnitt der Verfassung einen Auslegungsbestand bereit zu stellen.⁷ Im Mittelpunkt des ungarischen Modells stand die abstrakte Normenkontrolle, eine echte Verfassungsbeschwerde war im frühen Verfassungsgericht nicht vorgesehen. Das Verfassungsgericht arbeitete seinen Zuständigkeitsbereich selbst aus, wo bei es allerdings auch den politischen Kompromiß zu berücksichtigen galt, dem das Gericht

Nicht ohne Ironie schreibt Zlinszky in der Fussnote, dass die breite Bevölkerung mit der Beschaffung von Kühlschränken und der Erneuerung ihres Autobestandes beschäftigt war.

⁶ Vgl. Max WEBER: *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriß der Verstehenden Soziologie*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2002. 122 ff.

⁷ László SÓLYOM: Az Alkotmánybírászkodás tizedik évfordulója [Der zehnte Jahrestag der Verfassungsgerichtsbarkeit]. In: Bitskey BOTOND (ed.): *Zehn Jahre Verfassungsgericht*. Budapest, Alkotmánybíróság [Das Verfassungsgericht], 2000. 22.

seine Entstehung verdankte. So kam etwa der Widerstand gegen die Einführung einer echten Verfassungsbeschwerde vor allem von Seiten des Obersten Gerichtshofes und der Staatsanwaltschaft.⁸ Fällt die Kompetenz zur Normenkontrolle und die Zuständigkeit zur Überprüfung von Entscheidung konkreter Fälle auseinander, ergibt sich notwendigerweise ein Spannungsfeld. Zur Vermeidung solcher Gegensätze wurde seitens des Verfassungsgerichts die Theorie des „lebendigen Rechts“ entwickelt. Gegenstand der Prüfung durch das Verfassungsgericht ist dabei die ständige gerichtliche Praxis. Nicht ein konkreter Einzelfall wird der Prüfung unterzogen, sondern die richterliche Gesetzesauslegung, von der gesagt werden kann, dass sie ihrerseits zur Norm geworden ist.⁹ Die Theorie des „lebendigen Rechts“ bedeutet – nach Auffassung – des frühen Verfassungsgerichts, dass die Rechtsnorm als ausgelegte und angewandte Norm der Prüfung unterzogen wird. Lässt eine Norm verschiedene Auslegungsvarianten zu, ohne dass sich in der Rechtssprechung ein einheitlicher Standpunkt entwickelt hätte, so ergibt sich kein Raum für ein Einschreiten des Verfassungsgerichtes. Findet sich jedoch keine einheitliche Praxis der Rechtssprechung, so sieht sich das Verfassungsgericht im Extremfall auch dazu berufen, die richterliche Entscheidung zu kassieren.¹⁰ In Hinblick auf die Enteignungsfrage führt Zlinszky in Einklang mit den entsprechenden Entscheidungen des Verfassungsgerichtes aus, dass das Prinzip der Legalität bedeutet, dass in all jenen Fällen, in denen eine Enteignung im Einklang mit bestehenden Normen erfolgt ist, eine „Wiedergutmachung“ des erlittenen Schadens nur durch einen neuerlichen Akt des Gesetzgebers erfolgen kann. Entschädigungen erfolgen in diesem Fall *ex gratia legislatoris*. Der Professor fügt allerdings auch hinzu, dass die in diesem Zusammenhang neu erlassenen Rechtsnormen im Einklang mit der neuen Verfassung stehen müssen. In all jenen Fällen, in denen ein Vermögensentzug ohne gesetzliche Grundlage erfolgt ist, bleiben bestehende Eigentumsrechte von diesen Maßnahmen unberührt. Die Feststellung, ob in einem konkreten Fall der Eigentumsentzug mit oder ohne gesetzlicher Grundlage erfolgt ist, fällt – so die Meinung des Verfassungsgerichts – in den Kompetenzbereich der ordentlichen Gerichte. Da bestehendes Eigentum nicht der Verjährung unterliegt, kann ohne gesetzliche Grundlage enteignetes Eigentum zeitlich unbeschränkt geltend gemacht werden. Das Verfassungsgericht hat ferner festgehalten, dass bei der Wiedergutmachung *ex gratia* der Gesetzgeber zur Beachtung des Gleichheitsgrundsatzes verpflichtet ist. Eine Entschädigung habe auch in diesen Fällen nach dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit zu erfolgen. Die materielle Ausgestaltung der Entschädigung war somit grundsätzlich in die Kompetenz des Gesetzgebers verwiesen. Eine umfassende Anwendung dieser Grundsätze hätte zu einer weitgehenden Entschädigung der Betroffenen geführt. Dass

⁸ SÓLYOM op. cit. 29.

⁹ SÓLYOM op. cit. 34. Eine Urteilsverfassungsbeschwerde scheiterte somit am Widerstand der Gerichtsbarkeit. Zugelassen wurde jedoch eine *actio popularis* im Hinblick auf Gesetze und Rechtsnormen. Jeder Bürger konnte, auch wenn er nicht persönlich betroffen war, einen Antrag auf Überprüfung beim Verfassungsgerichtshof stellen. Die Popularklage wurde somit zu einer besonderen Form der direkten Demokratie. SÓLYOM (2015) op. cit. 22.

¹⁰ Vgl. Entscheidung 57/1991 (XI. 8.) VerFG. mit einem Sondervotum von Géza Kilényi. Vgl. auch

diese dann zumindest nicht in dem gewünschten Ausmaß stattgefunden hat, lag – so Zlinszky – nicht im Verantwortungsbereich des Verfassungsgerichts, sondern in dem des Gesetzgebers bzw. der ordentlichen Gerichte. János Zlinszky hat sich also das Prinzip der Legalität, in dessen Zeichen die politische Wende vollzogen wurde, zu eigen gemacht, gleichzeitig hat er sich für eine sehr weitgehende Wiedergutmachung des während der sozialistischen Zeit enteigneten Eigentums ausgesprochen.¹¹

3. Der Begriff der Legitimität bei Carl Schmitt und Álvaro D’Ors einerseits und János Zlinszky andererseits

János Zlinszky hat mit Álvaro D’Ors gemeinsam, dass im Mittelpunkt des Interesses beider Autoren zunächst das Römische Recht stand. Für beide Professoren gilt auch, dass ihr wissenschaftliches Werk weit über das Römische Recht hinausgeht. Álvaro D’Ors hat sich über viele Jahre hindurch um die Ausarbeitung eines eigenständigen rechtstheoretischen Zuganges bemüht. Dabei haben seine politischen Überzeugungen auch Wiederhall in seinem wissenschaftlichen Werk gefunden. Sein politisches Denken war einerseits durch die Erfahrung des spanischen Bürgerkrieges und andererseits durch seine Freundschaft mit Carl Schmitt geprägt.¹² Was Zlinszky betrifft, so sind vor allem seine tief in der ungarischen Rechtsgeschichte verwurzelten Gedanken zum öffentlichen Recht und das Erleben des kommunistischen Regimes hervorzuheben, die seine wissenschaftliche Arbeit beeinflusst haben. Man könnte wohl auch sagen, dass gerade die Begegnung mit nicht legitimen Ordnungen die Frage der Legitimität auch auf theoretischer Ebene in den Vordergrund treten läßt. Die Betroffenheit durch offensichtliche Unrechtsordnungen lassen die Rechtfertigung einer politischen Ordnung ausschließlich durch ihre formelle Legalität als unzureichend erscheinen. In diesem Zusammenhang mag sich eine Gegenüberstellung der erwähnten Autoren lohnen. Ihre Bemühungen um die Klärung des Begriffes der Legitimität kann in

¹¹ Kinga ZAKARIÁS: Die Problematik des Verhältnisses der Grundrechte zum Privatrecht im ungarischen Recht *Iustum Aequum Salutare*, VI. (2010/3). 237.

Zlinszky unterscheidet verschiedene Eigentumskategorien. Die Zuordnung zu den einzelnen Kategorien ist je nach den konkreten historischen Umständen durchaus flexibel. An erster Stelle stehen zum sofortigen Verbrauch bestimmte Sachen – wie etwa Lebensmittel. An diesen Sachen genügt im Interesse der öffentlichen Ordnung ein Schutz des Besitzes und des Gebrauches. Es folgen dem geschäftlichen Verkehr gewidmete Sachen. In diesen Bereich gehört auch Geld als Wertträger. Gleichfalls gehören in diesen Bereich durch Arbeit und Versicherung erworbene Güter. Dem Staat kommt auch im Hinblick auf diese Güter eine Schutzfunktion zu. So ist vor allem der Wert des Geldes vor Inflation zu schützen. An dritter Stelle nennt der Rechtshistoriker Güter, die eng mit der Person des Eigentümers verbunden sind, ihre gesellschaftliche Stellung charakterisieren. Dazu gehören – nach Zlinszky – etwa Wohnung und Möbel, Kleidung und Bücher und natürlich auch Immobilien. Das Erfordernis eines absoluten Schutzes des Eigentums bezieht Zlinszky auf die Güter der an dritter Stelle genannten Kategorie. Im Zusammenhang mit dem Eigentumsbegriff vgl. auch János ZLINSZKY: Eigentum versus Marktschutz. In: Ulrich Hufeld KLAUS GRUPP (ed.): *Recht - Kultur - Finanzen*. Heidelberg, C. F. Müller, 2005.

¹² Vgl. Rafael DOMINGO: Álvaro D’Ors: Una aproximación a su obra. *Revista de Derecho*, XXVI (2005). 121.

jedem Fall als Ausdruck einer Suche nach der Rechtfertigung einer rechtlichen Ordnung über ihre bloß plebiszitäre Anerkennung gesehen werden.

3.1. Legitimität bei Carl Schmitt und Álvaro D'Ors

Sowohl Carl Schmitt als auch Álvaro D'Ors gehen bei der Untersuchung des Begriffes der Legitimität von den diesbezüglichen Ausführungen Max Webers aus. Der aus soziologischer Perspektive geschaffene begriffliche Apparat wird auch heute noch oftmals als valider Bezugspunkt für eine Diskussion des Problemfeldes herangezogen. Max Weber unterscheidet grundsätzlich drei Arten von Legitimität. Der Soziologe hat die Begriffe charismatische, traditionelle und rationale Legitimität geprägt. Während Legitimität im letztgenannten Sinn mit Legalität zusammenfällt, findet die charismatische Legitimität ihre Grundlage im persönlichen Prestige des Herrschers. Die Herausbildung der traditionellen Legitimität erfolgt durch den Fluß der Zeit. Charismatische und traditionelle Legitimität entstehen unabhängig vom aktuellen Willen der Mitglieder einer Gemeinschaft. Beide Formen liegen außerhalb des rein konventionellen Rahmens der politischen Ordnungen. Max Weber selbst war der Auffassung, dass charismatische und traditionelle Legitimität eng mit der Staatsform der Monarchie verbunden sind und deshalb für den modernen staatsrechtlichen Diskurs an Bedeutung verloren haben. Eine etwas andere Ansicht findet sich bei Carl Schmitt und Álvaro D'Ors. Beide messen der Legitimität in ihrer traditionellen Ausprägung besondere Bedeutung zu. Nicht zuletzt enthält auch der Briefwechsel der beiden Autoren Ansätze, denen es sich auch im Zusammenhang mit den Arbeiten von János Zlinszky nachzugehen lohnt. Die beiden Autoren stimmen in einer These überein, der wohl auch – Zlinszky zumindest – teilweise beigetreten wäre. Legitimität ist für Álvaro D'Ors in der Familie gegründet. So schreibt der spanische Autor am 5.11.1958 an seinen deutschen Kollegen: „[...] es [gibt] keine andere Legitimität als die der Familie. Und die Form der Monarchie entspricht Gesellschaften, die diese Legitimität authentisch leben und sie für ihre Regierung nicht durch einen König, sondern durch eine Familie transzendieren lassen.“¹³ Die Antwort von Carl Schmitt erfolgt einen Monat später zu Weihnachten 1958: „Dass alle Legitimität von der Familie kommt, scheint mir wahr zu sein. [...] Die traditionelle Legitimität beruht auf Erbe und Familie. [...] Diese untrennbare Verbindung der 3 Institutionen Ehe (Familie), Erbe, Eigentum ist das größte Thema für einen heutigen Juristen“.¹⁴ Den Gedanken der Familie als Grundlage der Legitimität hat Álvaro D'Ors ausführlich in einem Essay aus dem Jahre 1959 in Anschluß an eine Neuformulierung der Typologie der Staatsformen entwickelt.¹⁵ Schmitt hatte sich im Jahr 1932 angesichts der Krise der Weimarer

¹³ Montserrat HERRERO: *Carl Schmitt und Álvaro D'Ors. Briefwechsel*. Berlin, Duncker & Humblot, 2004. 190.

¹⁴ HERRERO op. cit. 191.

¹⁵ Ein Vortrag, der 1960 veröffentlicht wurde: Álvaro D'Ors: *Forma de Gobierno y Legitimidad Familiar*. Madrid, 1960.

Verfassung und entgegen des rechtspositivistische Bestrebungen um eine neue staats- und verfassungsrechtliche Begriffsbestimmung bemüht. Dabei entwickelte der deutsche Rechtstheoretiker vier Legalitätssysteme, die er mit unterschiedlichen Staatstypen kombinierte. Entscheidend für die Zuteilung zu den Legalitätssystemen war die Kompetenz zur Letztentscheidung. Ausgangspunkt seiner Überlegungen war dabei die Feststellung, dass der Rechtsstaat kontinentaleuropäischer Tradition in Wirklichkeit ein parlamentarischer Gesetzgebungsstaat war, in dessen Mittelpunkt die abstrakte und unpersönliche Norm stand. Dem Gesetzgebungsstaat stellt Schmitt den Jurisdiktionsstaat mit einer letzten richterlichen Entscheidung als abschließender Instanz und den Regierungs- oder Verwaltungsstaat gegenüber. Im Regierungsstaat liegt die Befugnis zur endgültigen Entscheidung bei einem „hoheitlichen persönlichen Willen und autoritären Befehl eines regierenden Staatshauptes“. Im Verwaltungsstaat ist die von sachlich-praktischer Zweckmäßigkeit geleitete Maßnahme die letzte Instanz. Spezifisches Kennzeichen des Gesetzgebungsstaates sind somit unpersönliche Normen, des Richterstaates ein gerechter Richter, des Regierungsstaates ein persönlicher autoritärer Wille und des Verwaltungsstaates die zweckmäßige Maßnahme. Carl Schmitt räumt ein, dass diese Staatsformen durchaus in „Verbindungen und Mischungen“ auftreten können, entscheidend ist, wo ist der Schwerpunkt im Hinblick auf die Willensentscheidung und nach welcher Möglichkeit die normalen Angelegenheiten entschieden werden, sodann insbesondere welcher Wille für außergewöhnliche Entscheidungen in Betracht kommt. Im Hinblick auf die Legitimität bietet diese Unterscheidung Anhaltspunkte für die Identifizierung eines wirklich vorhandenen Willens, der dann unter Legitimitätskriterien beurteilt werden kann.¹⁶ Es ist die Unpersönlichkeit des Gesetzesstaates, die Legitimität letztlich mit Legalität zusammenfallen läßt. Im Sinne der traditionellen Legitimität ist das Geltungsmotiv, das den real faßbaren Willen als letzte Instanz konstituiert, nun ein solches das außerhalb des Willens der Mitglieder der entsprechenden Ordnung liegt. Für Carl Schmitt entsteht Legitimität zum einen durch den Lauf der Geschichte, zum anderen über den nicht näher bestimmten Begriff des substanzhaften Rechts. Bei Álvaro D’Ors läßt sich die Frage der Legitimität über das Begriffspaar spanische „*poder*“ und „*potestad*“ festmachen. Unter „*poder*“ versteht der spanische Autor „die persönliche Verfügung über die notwendigen Mittel, das Zusammenleben einer sozialen Gruppe wirkungsvoll zu organisieren.“ Die Wendung „persönliche Verfügung“ zielt auf das verantwortliche Handeln einer Person ab. Die Wiedergabe dieses Begriffspaares im Deutschen ist nicht leicht. Die Herausgeberin des Briefwechsels zwischen Carl Schmitt und Álvaro D’Ors Montserrat Herrero übersetzt „*poder*“ mit Macht und läßt „*potestas*“ unübersetzt. Es kann festgehalten werden, dass im Sinne von D’Ors „*potestas*“ eine in eine soziale Ordnung integrierte Macht ist. Diese Macht „*poder*“ wird durch soziale Anerkennung zu „*potestad*“.¹⁷ Man könnte den deutschen Terminus „Gewalt“ erwägen, da etwa der römische Jurist Paulus in D.

¹⁶ Carl SCHMITT: *Legalität und Legitimität*. Berlin, Duncker & Humblot, 1968 (Zweite Auflage). 8–11.

¹⁷ HERRERO: *Briefwechsel*. 40 ff. Montserrat HERRERO: *Legalidad y legitimidad. Un punto des discusión entre Álvaro D’Ors y Carl Schmitt. Empresas políticas*, 2010/14–15 (2010). 53–68. Dieser

50.16.215 die privatrechtliche „*potestas*“ einerseits auf gewaltunterworfenen Personen und Sklaven, andererseits auf in der Gewalt einer Person befindliche Dinge bezieht. Im Hinblick auf den soziologischen Ansatz von Max Weber könnte man auch den Terminus Herrschaft in Betracht ziehen (Weber bezieht die Formen der Legitimität auf Herrschaft). Auch alle jene römischen Magistrate, denen kein „*imperium*“ zukam (das immer von militärischer Befehlsbefugnis abgeleitet wird), hatten in Rom „*potestas*“. Hervorzuheben gilt es im vorliegenden Zusammenhang, dass „*potestas*“ im Sinne des spanischen Professors immer eine abgeleitete Gewalt ist. Beruht diese Ableitung auf bloßer Willensübereinkunft so gehört diese in den Bereich der Legalität – die diesbezügliche Ordnung nennt D’Ors Gesellschaft („*sociedad*“). Beruht sie hingegen auf einer vom Willen unabhängigen Größe so entsteht eine Gemeinschaft („*comunidad*“). Wesentlich für den Begriff der Legitimität ist somit, dass er nicht nur auf konventionellen Elementen beruht. Der Begriff Gemeinschaft steht so spezifisch für eine Ordnung, die eben nicht ausschließlich auf Willensübereinkunft beruht. Legitimität in einer Gemeinschaft wird nach Auffassung des spanischen Autors durch die Tradition und das Naturrecht begründet.¹⁸

3.2. Die Auffassung von János Zlinszky im Vergleich

In den Arbeiten von János Zlinszky finden sich nicht wenige Bezugnahmen auf den Begriff der Legitimität. Im Zusammenhang mit dem für den politischen Wandel in Ungarn entscheidenden Prinzip der Legalität sagt Zlinszky, dass man im Wege der Legalität im Ergebnis auch zur Legitimität gelangen wollte.¹⁹ Dass mit dieser Entscheidung verbundene Spannungsfeld beschreibt Zlinszky folgendermaßen: „Durch den politischen Kompromiß „wurde aber das illegitim-autokratisch aufgebaute System durch die Personen, die die vergangene Ära eingesetzt und die neue mit Autonomie ausgestattet hatte, nun auf legitime Weise unantastbar erhalten. Auch nach den ersten freien Wahlen waren in Ungarn nur das Abgeordnetenhaus und das Verfassungsgericht sowie die Regierung legitim, alle übrigen legalen Organe aber in Wahrheit nur Überbleibsel des abgelösten illegitimen Systems.“²⁰ Zum Vergleich kann daran erinnert werden, dass die Ereignisse im Zusammenhang mit den Verhandlungen zum Ausgleich mit Österreich nach dem ungarischen Freiheitskampf von 1848 eine andere Richtung genommen haben. Ungarn war 1849 in die Österreichische Verfassung miteinbezogen worden und war in Folge dessen auch zu Anwendung des österreichischen Rechts – insbesondere auch des ABGB – verpflichtet gewesen. Mit der Erlassung des Oktoberdiploms 1860 wurde auch die ungarische Gerichtsorganisation wiederhergestellt. Durch die sog.

Beitrag stimmt in weiten Teilen mit der in deutscher Sprache veröffentlichten Einführung zu dem Briefwechsel zwischen D’Ors und Schmitt überein. Vgl. HERRERO: Briefwechsel. 13-56.

¹⁸ Vgl. D’ORS: *Forma de gobierno y legitimidad familiar*. 36 ff.

¹⁹ János ZLINSZKY: *Rechtswissenschaft und Rechtsunterricht in Ungarn*. In: Nadja El BEHEIRI (ed.): *Durch das römische Recht, aber über dasselbe hinaus*. Budapest, Pan, 2008. 26.

²⁰ ZLINSZKY op. cit. 27.

Judexkurialkonferenz war 1861 die ungarische Rechtspflege auf der Grundlage des früheren ungarischen Rechts wieder eingeführt worden.²¹ Legitimität bedeutet für Zlinszky einerseits im Einklang mit der ungarischen staatsrechtlichen Tradition die Bestimmung des Herrschers durch die Nation. Andererseits bezog sich der Begriff der Legitimität aber auch auf die Rechtsordnung als solche. In diesem Sinne war das österreichische Recht in Ungarn nach 1849 zwar legales Recht, legitim war es aber nicht. Dies zeigt sich vor allem dadurch, dass es durch die Organe der Rechtsanwendung zumindest latent boykottiert wurde. Da man nun aber immer an der Legitimität des früheren Rechtes festgehalten hatte, konnte man nach der Einigung mit Österreich ohne weiteres zu diesem zurückkehren. Eine solche formelle Rückkehr kam im Jahre 1990 nicht in Frage. Im Sinne einer Gegenüberstellung mit den von Carl Schmitt und Álvaro D'Ors formulierten Standpunkten läßt sich nun im Hinblick auf die Auffassung des ungarischen Professors folgendes formulieren. Wie bereits mehrfach erwähnt, konzipierte Ungarn den Übergang vom Parteistaat zum Rechtsstaat im Sinne eines Gesetzesstaates. Durch das Ideal des Rechtsstaates sollte – um bei der Einteilung von Carl Schmitt zu bleiben – der Verwaltungsstaat des totalitären Regimes abgelöst werden. Dabei war es gerade die Loslösung der Norm von dem diese setzenden Willen, die diesen Schritt begünstigte. Die von den sozialistischen Organen erlassenen Normen sollten als abstrakte Einheit weiterwirken, auch wenn man sich von dem vorhergehenden System lossagte. Wir haben bereits festgehalten, dass Zlinszky zudem der Ansicht war, dass die letzte Entscheidung, ob eine konkrete Entscheidung im Einklang mit einer abstrakten Rechtsordnung stand, bei den ordentlichen Gerichten liegen sollte.²² Führt man sich vor Augen, dass die Besetzung der Gerichte unverändert geblieben war, so bedeutet dies einerseits, dass die Richter auf rein praktischer Ebene wohl in der Lage gewesen wären, den übernommenen Normenbestand anzuwenden. Diese Lösung hätte eine Nähe zum Jurisdiktionsstaat im Sinne von Carl Schmitt bedeutet. Der Richterstand machte sich diese Ansicht allerdings nicht zu eigen und wies entsprechende Eingaben konsequent ab. Schmitt hatte ausgeführt, dass ein konsequenter Jurisdiktionsstaat im Allgemeinen ein Mittel zur Konservierung vorhandener sozialer Gegebenheiten und wohlverborener Rechte ist.²³ Die Erwartungen Zlinszkys gegenüber den ordentlichen Gerichten hätten wohl zu einer Neugestaltung der Eigentumsverhältnisse geführt und es mag auch aus der

²¹ Vgl. János ZLINSZKY: Die Rolle der Gerichtsbarkeit in der Gestaltung des ungarischen Privatrechts vom 16. bis zum 20. Jahrhundert. *Jus Commune. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte. Frankfurt am Main*, X (1983). 64-65.

²² Diesen Standpunkt formuliert Zlinszky deutlich in einem Sondervotum zu Entscheidung 16/1991 (IV. 20.) Der Verfassungsrichter betont, dass Rechtsmittel im Zusammenhang mit rechtswidrig entzogenem Eigentum in den Kompetenzbereich der ordentlichen Gerichte fallen. Rechtswidrig entzogenes Eigentum kann im Einklang mit den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts gegen den Staat, gegen Personen, die vom Staat ohne Gegenleistung erworben haben, gegen Körperschaften des öffentlichen Rechts und gegen Privatpersonen geltend gemacht werden. In diesem Zusammenhang vgl. auch János ZLINSZKY: Legalität und Eigentum. Probleme des werdenden Rechtsstaates. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, (1995). 465.

²³ SCHMITT: *Legalität und Legitimität*. 11–12.

Natur der politischen Ordnung selbst gefolgt sein, dass die Richterschaft diesen Erwartungen nicht entsprochen hat. Dass die Haltung der Richter vor und auch nach dem österreich-ungarischen Ausgleich eine andere gewesen war, wird damit im Zusammenhang stehen, dass ein großer Teil der Richter jener Zeit starke nationale Überzeugungen aufwies und auch dass die Rechtsordnung auf die sie Bezug nehmen konnten, noch in unmittelbarer zeitlicher Nähe gelegen ist.²⁴ Welcher Stellenwert kommt nun in diesem Zusammenhang der Legitimität der Rechtsordnung nach der Wende zu. Aus der Perspektive von János Zlinszky kann zunächst festgehalten werden, dass der Professor auch in seiner Zeit als Verfassungsrichter das im Zusammenhang mit der politischen Wende hochgehaltene Legalitätsprinzip auf die positivrechtlichen Elemente der Rechtsordnung beschränkte. Die Verfassung gründet jedoch gemäß der Auffassung Zlinszkys notwendiger Weise auf einer Wertordnung. Diese – die gesamte Verfassung durchdringende Wertordnung – führt der Professor auf die historische Verfassung Ungarns zurück, die – so der Rechtshistoriker – durch die politischen Ereignisse unter dem Einfluß der sozialistischen Verfassung des Jahres 1949 in Vergessenheit geraten war. Nach der politischen Wende sollte diese jedoch als Vorläufer der neu proklamierten Verfassung angesehen werden.²⁵ Da die Rechtskontinuität damit – so Zlinszky – wiederhergestellt war, konnte auch die in der historischen Verfassung formulierte Wertordnung als nunmehr wieder geltend anzusehen. Wesentlich für den Begriff der historischen Verfassung ist für Zlinszky das Element der Übereinkunft zwischen den adeligen Ständen und dem König. Das konventionale Element prägt – so der Rechtshistoriker – die ungarische Verfassung grundsätzlich. Erste Spuren einer Abmachung fallen noch in die ungarische Frühzeit, lassen sich dann aber auch im christlichen Ungarn des Heiligen Stephan und auch im Ständestaat ausmachen. Gewaltentrennung in Ungarn bedeutete auch eine Teilung der Aufgaben zwischen dem König und Vertretern der Nation. Durch die Aprilgesetze des Jahres 1848 wurde die – zunächst nur zwischen den Adelligen und dem König – bestehende Abmachung auf die gesamte Bevölkerung des Landes ausgedehnt und bildete so das Fundament für die bürgerlich-liberale Umgestaltung des Landes. Auch der Ausgleich des Jahres 1867 war Ergebnis einer Einigung zwischen dem König und nunmehr dem ungarischen Parlament als Vertreter der ungarischen Nation. Trotz manchen Widerspruchs im Konkreten blieb die historische Verfassung bestehen. Daran änderte sich auch im Anschluß an den ersten Weltkrieg nichts. Die Rolle des Königs wurde symbolisch von der Heiligen Krone übernommen. Die Verfassung zur

²⁴ Auf der anderen Seiten war den ungarischen Richtern das österreichische Recht auch nicht in dem für eine umfassende Anwendung notwendigen Ausmaß bekannt. Vgl. dazu das Beispiel (Pkt. 2.3.2) eines Richters, der 1853 vermutlich aus Mähren nach Ungarn als „juristischer Entwicklungshelfer“ versetzt worden war und der es für notwendig erachtet hat den gesamten Personalstand des Gerichts durch einen täglichen zweistündigen Unterricht mit dem österreichischen Recht vertraut zu machen. Christian NESCHWARA: *Gescheiterte Modernisierung durch Transfer: Die österreichische Rechtsfamilie und die ungarische Rechtskultur im 19. Jahrhundert*. In: *Conferencia PROCEEDINGS* (ed.): *Dny práva - 2009 - Days of Law*. Brno, Masaryk University, 2009.

²⁵ Vgl. auch András Zs. VARGA: *Alkotmányunk értékei. A fogalmi keretek* [Die grundlegenden Werte unserer Verfassung. Der begriffliche Rahmen]. *Iustum Aequum Salutare*, V/1 (2009)/V/1 (2009. 92-93.

Zeit der sozialistischen Herrschaft bezeichnete Zlinszky als eine Scheinverfassung. Da die formelle Geltung der sozialistischen Verfassung außer Zweifel steht, kann diese Aussage wohl dahingehend verstanden werden, dass es ihr an Legitimität fehlte. Aus traditioneller Perspektive kann gesagt werden, dass die sozialistische Verfassung legal gesetztes Recht ohne Legitimität war. Die historische Verfassung war nun – vom Standpunkt Zlinszkys aus – ohne Zweifel legitim. Wenn Legitimität nach Carl Schmitt durch Tradition und substantielles Recht und nach Álvaro D’Ors durch Tradition und Naturrecht begründet wurde, so kann gesagt werden, dass Legitimität bei Zlinszky auch im traditionellen Sinne zu verstehen ist. Was nun für Schmitt das substantielle Recht und für D’Ors das Naturrecht ist, ist bei Zlinszky die sich aus der historischen Verfassung ergebende Wertordnung.

4. Historische Verfassung zwischen Legitimität und Legalität und die Idee der Verfassungsgerichtsbarkeit

Mit dem Hochhalten der historischen Verfassung bewegt sich János Zlinszky somit auf dem Boden der traditionellen Legitimität. In diesem Abschnitt soll kurz der Frage nachgegangen werden in welchem Verhältnis Legitimität im traditionellen Sinne zur Legalität steht und wie sich diese beiden Aspekte mit der Idee der Verfassungsgerichtsbarkeit in Einklang bringen lassen. In diesem Zusammenhang gilt es zunächst festzuhalten, dass es sich bei der historischen Verfassung um eine ungeschriebene durch Gewohnheitsrecht entstandene Verfassung handelt. Die kelsenische Idee der Verfassungsgerichtsbarkeit ist eng mit der Theorie des Stufenbaus der Rechtsordnung verbunden. Das Verfassungsgericht prüft, ob auf einer niederen Stufe erlassene Normen mit übergeordneten Normen im Einklang stehen. In diesem Sinne könnte man zunächst annehmen, dass historische Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit einander ausschließen.²⁶ Auf der anderen Seite ist darauf hinzuweisen, dass die Frage, ob es sich bei einer Norm um eine Verfassungsnorm handelt oder nicht, nicht unbedingt nur auf formeller Grundlage entschieden werden kann. Bei einer historischen Verfassung ist dies gerade nicht der Fall. Der Verfasser der wohl bekanntesten Kompilation des ungarischen Gewohnheitsrechts István Werbőczy nennt in seinem Tripartitum drei Kriterien für das Entstehen von Gewohnheitsrecht. Das Recht muss der Vernunft entsprechen, rational sein, es muss über lange Zeit hindurch bestehen und es muss auf Wiederholung beruhen. Dem Kriterium der Rationalität entspricht das Gewohnheitsrecht, wenn es weder mit dem Naturrecht, noch mit dem Recht der Nationen, noch mit dem positiven Recht

²⁶ Tatsächlich hat der ungarische Professor für Staatsrecht Móric Tomcsányi in einem 1932 begonnen und bis 1940 überarbeiteten Werk die Meinung vertreten, dass die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit insbesondere für Staaten, die – wie Ungarn – über keine formellen Grundgesetze verfügen, gänzlich inadäquat ist. TOMCSÁNYI Móric: *Magyarország közjoga [Staatsrecht Ungarns]*. Budapest, Királyi Magyar Egyetemi Nyomda, 1932.

in Widerspruch steht.²⁷ Es fällt auf, dass die von Werbőczy für das Bestehen von Gewohnheitsrecht genannten Kriterien, abgesehen von dem zeitlichen Element, mit den Legitimitätskriterien von Max Weber zusammenfallen. Während im Falle einer geschriebenen Verfassung sich die Legitimität aus der Legalität ergibt, verhält es sich bei einer historischen Verfassung genau umgekehrt. Die Legalität einer Bestimmung leitet sich aus ihrer Legitimität ab. Man wird wohl sagen können, dass János Zlinszky diese beiden Aspekte spontan verbunden und für die Verfassungsgerichtsbarkeit fruchtbar gemacht hat. Auf der einen Seite hat er an dem Auslegungsbestand der positivrechtlichen Bestimmungen der Verfassung gearbeitet wobei er sich natürlich auch an dem Regelungsbestand der wesentlichen Demokratien orientiert hat. Auf der anderen Seite ist für ihn die inhaltliche Ausgestaltung der Verfassung immer an die traditionellen Werte der historischen Verfassung gebunden geblieben.

5. Zusammenfassung

Es kann festgehalten werden, dass alle drei Autoren, deren Überlegungen wir in dem vorliegenden Beitrag angerissen haben, der Tradition, der Rechtsentwicklung im Laufe der Zeit, einen bedeutenden Stellenwert zugewiesen haben. Gleichzeitig liegt es auf der Hand, dass Anciennität allein noch kein ausreichendes Kriterium für eine Rechtsordnung sein kann. In diesem Sinne suchen alle drei Denker nach einem objektiven Kriterium zur Beurteilung des Inhalts einer Rechtsordnung. Dabei messen Schmitt, D’Ors und Zlinszky der Familie und damit verbunden der Eigentumsordnung eine hervorstechende Bedeutung zu. Der Mensch kann sein Ziel nur in der Ausrichtung und mit seinen Mitmenschen erreichen. In diesem Sinne stellt die Familie den natürlichen Raum für die Entwicklung der Person dar. Als weiteres Kriterium nennt D’Ors ein im Licht des christlichen Glaubens zu interpretierendes Naturrecht und Schmitt bringt den Begriff eines substantiellen Rechts ein. Zlinszky meidet im Einklang mit der allgemeinen Position des frühen Verfassungsgerichtshofes eine ausdrückliche Bezugnahme auf das Naturrecht, sondern beruft sich auf eine historisch gewachsene Wertordnung. Diese Wertordnung steht im Ergebnis den Vorgaben eines christlichen Naturrechts sehr nahe.

²⁷ István SZABÓ: *Az ősi alkotmány: Történeti előzmények [Die archaische Verfassung]* In: Balázs SCHANDA – András Zs. VARGA (ed.): *A magyar közjog alapintézményei [Die grundlegenden Institutionen des ungarischen Staatsrechts]*. 2020. 85–86.