

NILS SCHAKS

Demokratische Dekonsolidierung

Jus Publicum

327

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 327



Nils Schaks

Demokratische Dekonsolidierung

Eine rechtsdogmatische und rechtsvergleichende
Untersuchung zum Schutz der liberalen Demokratie
durch das Grundgesetz

Mohr Siebeck

Nils Schaks, geboren 1978; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Potsdam, der Université Paris X-Nanterre sowie der Humboldt-Universität zu Berlin; 2004 Erstes Staatsexamen; 2007 Promotion (FU Berlin); Rechtsreferendariat am Kammergericht; Rechtsanwalt in Düsseldorf; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Sozialrecht der Freien Universität zu Berlin; Juniorprofessor für Öffentliches Recht an der Universität Mannheim; 2021 Habilitation; ab 2004 Professor für Öffentliches Recht mit Schwerpunkt Life Sciences-Recht an der Universität Basel.

orcid.org/0000-0002-1515-0998

Gedruckt mit Unterstützung des Bundesministeriums des Innern und für Heimat sowie der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung, Hamburg.

ISBN 978-3-16-162238-0 / eISBN 978-3-16-163399-7

DOI 10.1628/978-3-16-163399-7

ISSN 0941-0503 / eISSN 2568-8480 (Jus Publicum)

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

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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

Das Buch wurde von Textservice Zink in Schwarzach gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Für Michael

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020/2021 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin als Habilitationsschrift angenommen. Sie entstand während meiner Zeit zunächst als Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin, dann als Juniorprofessor an der Fakultät für Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre der Universität Mannheim sowie während eines Forschungsaufenthalts an der Universität Stellenbosch (Südafrika). Für die Drucklegung mussten einige Entwicklungen nachgetragen werden – das Problem der demokratischen Dekonsolidierung hat nichts an Aktualität eingebüßt. Die Arbeit befindet sich im Wesentlichen auf dem Stand von Juni 2023, vereinzelt konnte noch Rechtsprechung und Literatur bis August 2023 berücksichtigt werden.

Herrn Universitätsprofessor Dr. Helge Sodan, Präsident des Verfassungsgerichtshofes des Landes Berlin a. D., danke ich sehr herzlich für die vorzügliche Begleitung und Betreuung der Arbeit, auch nach meinem Wechsel nach Mannheim, sowie das Erstgutachten. Die genossene akademische Freiheit und Förderung weiß ich sehr zu schätzen. Herrn Universitätsprofessor Dr. Markus Heintzen danke ich herzlich für die überaus rasche Erstellung des Zweitgutachtens und weiter gehende Anregungen, z. B. hinsichtlich der Einführung der „Dekonsolidierungsverfassungsbeschwerde“. Herrn Professor Dr. Henk Botha und Herrn Professor Dr. Wessel le Roux danke ich für ihre Unterstützung in Stellenbosch und Kapstadt sowie für ihre Diskussionsbereitschaft und zahlreiche Hinweise und Erläuterungen zum südafrikanischen Recht.

Meinen Kolleginnen und Kollegen an der Freien Universität Berlin und der Universität Mannheim gebührt großer Dank für die Rücksichtnahme auf die Nöte eines Habilitanden und ihre große Hilfsbereitschaft. Außerdem möchte ich meinem Habilitationskreis für Anregungen und Motivation danken. Frau Marisa Doppler und Herrn Michael Beerens danke ich vielmals für die Mühen des Korrekturlesens und ihre redaktionelle Begleitung.

Für die äußerst großzügige finanzielle Unterstützung bei der Veröffentlichung danke ich dem Bundesministerium des Innern und für Heimat, Berlin, und der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung, Hamburg.

Die Arbeit an der Habilitationsschrift hat Zeit und Kraft gekostet. Hierunter hatten Freunde, Familie und Partnerschaft zu leiden. Für Zuspruch, Unter-

stützung, Motivation, offene Ohren und Verzicht danke ich Euch aufs Herzlichste und auch dafür, dass Ihr mich in einer Phase ertragen habt, die SARS-CoV-2 nicht angenehmer gemacht hat.

Mannheim, im August 2023

Nils Schaks

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Zur Übersetzung und zur Zitierweise	XIX
Abkürzungsverzeichnis	XXI
<i>A. Einleitung: Demokratische Dekonsolidierung</i>	<i>1</i>
I. Globaler Befund: Gefährdungen der liberalen Demokratie durch „demokratische Dekonsolidierung“	6
II. Nationale Folge: Demokratische Dekonsolidierung als Herausforderung für die deutsche Rechtsordnung	37
III. Forschungsgegenstand: De-facto-Verfassungsänderung durch Maßnahmenkumulation im deutschen Recht	58
IV. Thesen	66
V. Zwischenergebnis	71
<i>B. Methodische und begriffliche Grundlagen</i>	<i>73</i>
I. Methode	73
II. Begriffe: Demokratie und demokratische Dekonsolidierung	97
<i>C. Antizipation im Grundgesetz</i>	<i>115</i>
I. Prävention – Antizipation – Reaktion	120
II. Der Begriff der Antizipation in der deutschen Rechtsordnung und Rechtswissenschaft	123
III. Antizipation in Bestimmungen des Grundgesetzes	138
IV. Antizipation und verwandte Konzepte	210
V. Zwischenergebnis: Das Grundgesetz als antizipative Verfassung	251
<i>D. Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG</i>	<i>253</i>
I. Vermeintliche Bedeutungslosigkeit der Wesensgehaltsgarantie	261
II. Wesensgehaltsgarantie als geltendes Recht mit konkreten Anwendungsbereichen	267
III. Handhabbarkeit der Wesensgehaltsgarantie	274
IV. Verständnis der Wesensgehaltsgarantie	292
V. Zusammenführung: Wesensgehaltsgarantie, Antizipation und demokratische Dekonsolidierung	308

<i>E. Die Wesensgehaltsgarantie der Versammlungsfreiheit</i>	315
I. Die Versammlungsfreiheit des Art. 8 GG	316
II. Methodik: Auslegung nach den klassischen Auslegungsmethoden und Rechtsvergleichung	325
III. Verfassungsprozedurale und rechtswissenschaftliche Umsetzungen . .	422
IV. Zwischenergebnis	433
 <i>F. Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick</i>	 435
I. Zusammenfassung	435
II. Ausblick	440
 Literaturverzeichnis	 445
Stichwortverzeichnis	491

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Zur Übersetzung und zur Zitierweise	XIX
Abkürzungsverzeichnis	XXI

A. Einleitung: Demokratische Dekonsolidierung 1

I. Globaler Befund: Gefährdungen der liberalen Demokratie durch „demokratische Dekonsolidierung“ 6

1. Das Beispiel Ungarns	9
a) Die Entmachtung der (Verfassungs-)Gerichtsbarkeit	10
b) Die Beeinträchtigung der Grundrechte und der Zivilgesellschaft	12
c) Die Manipulationen des Wahlrechts	14
d) Zwischenergebnis	15
2. Das Beispiel Polens	16
a) Die Disziplinierung der (Verfassungs-)Gerichtsbarkeit	17
b) Die Beeinträchtigung der Grundrechte und der Zivilgesellschaft	21
c) Die Politisierung des Wahlrechts	22
d) Zwischenergebnis	22
3. Übereinstimmende Kennzeichen und Bewertung	23
a) Demokratische Dekonsolidierung, nicht bloßer demokratischer Wettbewerb	23
b) Veränderung des Verfassungscharakters	26
c) Veränderung des Verfassungscharakters durch Maßnahmenkumulation	26
d) Versagen des Gewaltenteilungsgrundsatzes	27
e) Inkurs: Modifikation der Gewaltenteilung in Südafrika	32
f) Zwischenergebnis	37

II. Nationale Folge: Demokratische Dekonsolidierung als Herausforderung für die deutsche Rechtsordnung 37

1. Ein fiktives Szenario: Die Coronadiktatur	39
a) Zum Schutze der Bevölkerung	39
b) Zur Sprengung der Verfassungsordnung	40

2. Bisherige Schwerpunkte rechtswissenschaftlicher Forschung im Zusammenhang mit dem Schutz der Demokratie und Abgrenzungen	43
a) Wehrhafte Demokratie	44
b) „Verfassungsfestigkeit“ als Forschungsgegenstand	46
c) Populismus	49
d) Demokratische Funktionsbedingungen	51
aa) Erosionen der Staatselemente	51
bb) Demokratisches Ethos als Voraussetzung der Demokratie	52
cc) Demokratische Öffentlichkeit als Funktionsbedingung	54
dd) Fragmentierungen als Gefährdungen der Demokratie	55
3. Leerstellen rechtswissenschaftlicher Forschung	56
<i>III. Forschungsgegenstand: De-facto-Verfassungsänderung durch Maßnahmenkumulation im deutschen Recht</i>	<i>58</i>
1. Ergebnis der demokratischen Dekonsolidierung: <i>De-facto-Verfassungsänderung</i> – Änderung des Verfassungscharakters	58
2. Mittel der demokratischen Dekonsolidierung: Maßnahmenbündel	63
<i>IV. Thesen</i>	<i>66</i>
1. Erste These: Das Grundgesetz als antizipative Verfassung	66
2. Zweite These: Schutz der Verfassungsordnung durch feste Verfassungsgrenzen	67
3. Dritte These: Schutz der Verfassungsordnung durch Schutz vor Kumulation	68
4. Synthese und praktische Anwendung: Die Wesensgehaltsgarantie als Schutz vor der demokratischen Dekonsolidierung	70
<i>V. Zwischenergebnis</i>	<i>71</i>
B. Methodische und begriffliche Grundlegungen	73
<i>I. Methode</i>	<i>73</i>
1. Das geltende Verfassungsrecht als Ausgangspunkt	73
2. Methodische Dilemmata	75
a) Offenheit des Verfassungstextes	75
b) Stufenbau der Rechtsordnung	76
c) Zeitgebundenheit	80
3. Rechtsvergleichung mit Südafrika	81
a) Rechtsvergleichung als zulässige rechtswissenschaftliche Methode	82
b) Funktionale Methode	85
c) Voraussetzungen der funktionalen Methode	87
aa) Ähnlichkeit der Verfassungen	88

bb) Alter der Verfassungen	94
cc) Universalität	95
dd) Sprache	96
ee) Zwischenergebnis	96
4. Zwischenergebnis: Dogmatik im Kontext und Rechtsvergleichung	97
<i>II. Begriffe: Demokratie und demokratische Dekonsolidierung</i>	<i>97</i>
1. „Demokratie“	97
a) Vieldeutigkeit des Begriffs „Demokratie“	97
b) Demokratieprinzip des Grundgesetzes	99
c) Exkurs: Legitimation nach der südafrikanischen Verfassung	103
d) Demokratie und Grundrechte	106
e) Demokratieprinzip, verfassungsmäßige Ordnung, freiheitliche demokratische Grundordnung, Verfassungsidentität	110
2. Demokratische Dekonsolidierung	111
 <i>C. Antizipation im Grundgesetz</i>	 <i>115</i>
<i>I. Prävention – Antizipation – Reaktion</i>	<i>120</i>
<i>II. Der Begriff der Antizipation in der deutschen Rechtsordnung und Rechtswissenschaft</i>	<i>123</i>
1. Keine ausdrückliche Verwendung im Grundgesetz	123
2. Sehr seltene Verwendung im deutschen Fachrecht	124
3. Seltene Verwendung im Unionsrecht	127
4. Gelegentliche Verwendung im juristischen Sprachgebrauch	128
a) Straf- und Strafprozessrecht	128
aa) Notwehrantizipation	129
bb) Verbot der Beweisantizipation	130
b) Zivilrecht	131
c) Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrecht	133
aa) Antizipiertes Sachverständigengutachten	134
bb) Antizipierte Verwaltungspraxis bei Art. 3 I GG	135
5. Zwischenergebnis: „Antizipation“ im Sinne dieser Arbeit	136
 <i>III. Antizipation in Bestimmungen des Grundgesetzes</i>	 <i>138</i>
1. Der Antizipationsgedanke als Bestandteil der sog. Ewigkeitsklausel (Art. 79 III GG)	138
a) Bedeutung für innerstaatliche Verfassungsänderungen	139
aa) Begriff der Verfassungsänderung	139
bb) Inhaltliche Bedeutung des Art. 79 III GG	141
cc) Erfassung von Kumulationen	146
b) Bedeutung im Rahmen der Europäischen Union	148
aa) Übertragung von Hoheitsrechten	150
bb) Ausübung der übertragenen Hoheitsrechte	152

c) Bedeutung für Art. 24 GG	157
d) Südafrikanisches Verfassungsrecht	157
e) Zwischenergebnis	159
2. Berufsbeamtentum, Art. 33 IV, V GG	160
3. Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, Art. 28 II GG	164
4. Richteranklage, Art. 98 II GG	167
5. Innerer Notstand, v.a. Art. 91, 87a IV GG	170
6. Der Antizipationsgedanke und der Grundrechtsschutz	171
a) Menschenwürde und Schutzpflichten	172
b) Grundrechte und Gesetzesvorbehalte	174
c) Verfassungsmäßige Ordnung	176
d) Verfassungstreue, Art. 5 III 2 GG	178
e) Freiheitliche demokratische Grundordnung	181
aa) Freiheitliche demokratische Grundordnung und Parteiverbot, Art. 21 II 1 GG	181
bb) Freiheitliche demokratische Grundordnung und Ausschluss von der Parteienfinanzierung, Art. 21 III 1 GG	186
cc) Freiheitliche demokratische Grundordnung, Art. 10 II 2 GG	187
dd) Freiheitliche demokratische Grundordnung, Art. 11 II GG	188
ee) Freiheitliche demokratische Grundordnung und Grundrechtsverwirkung, Art. 18 GG	189
ff) Südafrikanisches Verfassungsrecht	191
f) „Diese Ordnung“ und Widerstandsrecht, Art. 20 IV GG	191
g) Einrichtungsgarantien	199
h) Wesensgehaltsgarantie	207
i) Zwischenergebnis	207
7. Zwischenergebnis	208
<i>IV. Antizipation und verwandte Konzepte</i>	<i>210</i>
1. Der Grundsatz der wehrhaften Demokratie	210
a) Begriff	211
b) Ursprünge der wehrhaften Demokratie	215
c) Sammelbegriff oder Substanzbegriff	224
d) Südafrikanisches Verfassungsrecht und wehrhafte Demokratie	225
e) Antizipativer Gehalt	229
2. Notstandsverfassung	229
a) Begriff	229
b) Ursprung	231
c) Südafrikanisches Verfassungsrecht und Notstandsverfassung	232
d) Antizipativer Gehalt	234
3. Verfassungsschutz	234
a) Begriff	234
b) Ursprung	237

c) Südafrikanisches Verfassungsrecht	237
d) Antizipativer Gehalt	237
4. Staatsschutz	238
a) Begriff	239
b) Südafrikanisches Verfassungsrecht und Staatsschutz	240
c) Antizipativer Gehalt	240
5. Ausnahmezustand	241
a) Begriff	241
b) Bewertung	243
c) Südafrikanisches Verfassungsrecht	245
d) Antizipativer Gehalt	245
6. Grundsatz der Nachhaltigkeit	245
a) Begriff	245
b) Konzept	246
c) Südafrikanisches Verfassungsrecht	249
d) Antizipativer Gehalt	250
7. Zwischenergebnis	250
<i>V. Zwischenergebnis: Das Grundgesetz als antizipative Verfassung</i>	<i>251</i>
D. Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG	253
<i>I. Vermeintliche Bedeutungslosigkeit der Wesensgehaltsgarantie</i>	<i>261</i>
1. Wesensgehaltsgarantie ist nicht änderungsfest	262
2. Vermeintliche Impraktikabilität	263
3. Zeitgebundenheit	266
4. Zwischenergebnis	267
<i>II. Wesensgehaltsgarantie als geltendes Recht mit konkreten Anwendungsbereichen</i>	<i>267</i>
1. Wahrung des Art. 19 II GG bei und nach der Übertragung von Hoheitsrechten	269
a) Deutsche Mitwirkung in der EU, Art. 23 I GG	269
b) Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen, Art. 24 I GG	272
c) Zwischenergebnis	273
2. Relevanz im Prozess der Wiedervereinigung, Art. 143 GG	273
3. Zwischenergebnis	274
<i>III. Handhabbarkeit der Wesensgehaltsgarantie</i>	<i>274</i>
1. Anwendung bei Kernbereichen	274
a) Menschenwürdegehalte der Grundrechte	275
b) Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG	276
c) Kollektive Koalitionsfreiheit, Art. 9 III GG	278

d) Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung	279
e) Zwischenergebnis: Handhabbarkeit von Kernbereichen	280
2. Anwendung im Europarecht	281
a) Wesensgehaltsgarantie des Art. 52 I 1 EUGrCh	282
b) Wesensgehaltsrechtsprechung des EGMR	287
3. Zwischenergebnis: Handhabbarkeit von Wesensgehaltsgarantien	291
IV. <i>Verständnis der Wesensgehaltsgarantie</i>	292
1. Die Wesensgehaltsgarantie bezieht sich auf das objektive Grundrecht und die individuelle Rechtsposition	293
2. Wesensgehaltsgarantie ist absolut zu verstehen	295
a) Einwand: Finaler Rettungsschuss	297
b) Einwand: Enteignungen	300
c) Einwand: Lebenslange Freiheitsstrafe	301
3. Wesensgehaltsgarantie erfasst auch Kumulationen	303
4. Von Art. 19 II GG erfasste Rechte	304
5. Von Art. 19 II GG erfasste Grundrechtsberührungen	307
6. Zwischenergebnis: Wesensgehaltsgarantie gilt absolut und erfasst Gesetzeskumulationen	307
V. <i>Zusammenführung: Wesensgehaltsgarantie, Antizipation und demokratische Dekonsolidierung</i>	308
E. Die Wesensgehaltsgarantie der Versammlungsfreiheit	315
I. <i>Die Versammlungsfreiheit des Art. 8 GG</i>	316
II. <i>Methodik: Auslegung nach den klassischen Auslegungsmethoden und Rechtsvergleichung</i>	325
1. Auslegung nach dem Wortlaut	327
a) Wortlaut des Art. 19 II GG	327
aa) Wesen	327
bb) Gehalt	332
cc) Zwischenergebnis	332
b) Wortlaut des Art. 8 GG	333
aa) Alle Deutschen	333
bb) Recht	335
cc) Sich zu versammeln	336
(1) Räumliche Zusammenkunft und Ort	336
(2) Zeit	339
(3) Zweck der Zusammenkunft	340
(4) Personenzahl	340
(5) Erfasste Handlungen	343
dd) Ohne Anmeldung oder Erlaubnis	344
(1) Anmeldeerfordernis	344
(2) Genehmigungserfordernis	346

(3) Zwischenergebnis	347
ee) Friedlich und ohne Waffen	347
ff) Gesetzesvorbehalt	350
c) Zwischenergebnis	351
2. Systematische Auslegung	351
a) Systematik des Art. 19 II GG	351
aa) Einrichtungsgarantien	352
bb) Grundrechtsbezug	352
cc) Die europäischen Wesensgehalte	353
b) Systematik des Art. 8 GG	354
aa) Rechtsqualität	355
bb) Grundrechtsbindung	355
cc) Grundrechtsträger	360
(1) Natürliche Personen	360
(2) EU-Ausländer	363
(3) Juristische Personen	364
(4) Anzahl der Grundrechtsträger	366
dd) Rechtsschutz	367
ee) Gesetzesvorbehalt	368
ff) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	370
gg) Enger oder weiter Versammlungsbegriff	373
hh) Selbstbestimmung und staatliche Neutralität	374
(1) Religionsfreiheit	375
(2) Meinungsfreiheit	377
(3) Berufsfreiheit	381
(4) Demokratieprinzip	382
(5) Zwischenergebnis	383
ii) Friedlichkeit	383
jj) Infrastrukturelle Begleiteinrichtungen	389
c) Zwischenergebnis	390
3. Historische Auslegung	391
a) Historie des Art. 19 II GG	393
b) Historie des Art. 8 GG	396
aa) Subjektives Recht gegen den Staat, aber nicht Private	398
bb) Deutschengrundrecht	400
cc) Gesetzesvorbehalt	402
dd) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	404
ee) Rechtsschutz	405
ff) Selbstbestimmung und staatliche Neutralität	406
gg) Enger oder weiter Versammlungsbegriff	408
hh) Personenanzahl	409
ii) Ort	409
jj) Friedlichkeit und Waffenlosigkeit	410
kk) Zwischenergebnis	411
4. Auslegung nach Sinn und Zweck	411

a) Telos des Art. 19 II GG	412
b) Telos des Art. 8 GG	413
aa) Persönlichkeitsentfaltung	414
(1) Recht	414
(2) Bindung des Staates	414
(3) Mindestpersonenanzahl	414
(4) Enger oder weiter Versammlungsbegriff	414
(5) Deutschengrundrecht	415
(6) Versammlungsorte	415
(7) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	415
bb) Demokratische Funktionen	416
(1) Plebiszitfunktion	418
(2) Publikationsfunktion	418
(3) Minderheitenschutz	419
(4) Warnfunktion	420
(5) Stabilisierungsfunktion	420
5. Zwischenergebnis	421
<i>III. Verfassungsprozedurale und rechtswissenschaftliche Umsetzungen</i>	<i>422</i>
1. Verfassungsprozessuale Umsetzung	422
a) Methoden und Strategien bei der Ermittlung des Wesensgehalts	423
b) Verfahrensarten	426
c) Darlegungslast, insbesondere bei Kumulationen	427
d) Entscheidungsinhalt, insbesondere bei Kumulationen	429
2. Rechtswissenschaftlicher Wirkmechanismus	431
<i>IV. Zwischenergebnis</i>	<i>433</i>
F. Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick	435
<i>I. Zusammenfassung</i>	<i>435</i>
1. Demokratische Dekonsolidierung: Begriff, Beispiele, Probleme	435
2. Forschungsgegenstand und -frage	436
3. Thesen und Methode	437
4. Der Antizipationsgedanke des Grundgesetzes	437
5. Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG als Ausprägung der Antizipation	438
6. Dogmatische Anwendung am Beispiel der Versammlungsfreiheit	439
<i>II. Ausblick</i>	<i>440</i>
Literaturverzeichnis	445
Stichwortverzeichnis	491

Zur Übersetzung und zur Zitierweise

Diese Arbeit ist auch eine rechtsvergleichende Untersuchung, wobei das südafrikanische Recht die Vergleichsrechtsordnung darstellt. Ausgewertet wurden die englischsprachige¹ Literatur und Rechtsprechung. Da diese einerseits gut über das Internet verfügbar sind und andererseits die gedruckten Werke in deutschen Bibliotheken kaum vorhanden sind, wird – sofern möglich – eine über das Internet verfügbare Quelle als Beleg angegeben. Die Übersetzungen sind Arbeitsübersetzungen des Verfassers.

Diese Arbeit ist auf Deutsch verfasst. Dementsprechend weicht die Zitierweise der südafrikanischen Rechtsprechung und Literatur von den südafrikanischen Gepflogenheiten ab und ist an die deutschen Usancen angepasst. So werden im südafrikanischen Recht die einzelnen Vorschriften der Verfassung als „Section“ und nicht als Artikel bezeichnet, aus Gründen der Einheitlichkeit und Vertrautheit wird hier jedoch stets von „Artikeln“ gesprochen. Um nicht deutsche Zeitschriften leichter auffinden zu können, wurde auf eine Abkürzung der Zeitschriftentitel verzichtet und der ausgeschriebene Titel verwendet. Außerdem orientieren sich die Zitate an der in Deutschland üblichen Reihenfolge *Autor*, Titel des Beitrags, Titel der Zeitschrift, ggf. Bd., Erscheinungsjahr, Seitenzahl, was in Südafrika oft anders ist. Bei Buchbeiträgen werden die Herausgeber mit dem Kürzel „Hrsg.“ und nicht mit dem englischen „ed(s).“ gekennzeichnet.

Da Mitte der 1990er-Jahre kurz nacheinander zwei südafrikanische Verfassungen in Kraft traten² und beide in den Rechtsvergleich einbezogen werden, wird stets kenntlich gemacht, auf welche Verfassung sich die Aussagen zum südafrikanischen Verfassungsrecht beziehen. „IC“ ist die Abkürzung für die nicht mehr in Kraft befindliche Interimsverfassung („Interim Constitution“), „FC“ diejenige für die endgültige Verfassung („Final Constitution“), die noch in Kraft ist. Die Aufzählung der Amtssprachen in der Fußnote auf dieser Seite bezieht sich also auf Art. (eigentlich „Section“) 6(1) der endgültigen (finalen) Verfassung (FC) von 1996.

¹ Die anderen zehn offiziellen Amtssprachen Südafrikas sind Sepedi, Sesotho, Setswana, siSwati, Tshivenda, Xitsonga, Afrikaans, isiNdebele, isiXhosa und isiZulu, vgl. Art. 6(1) FC.

² Siehe zum komplizierten Verfassungsgebungsprozess *Kotzé*, *The New (Final) South African Constitution*, *Journal of Theoretical Politics* 8 (1996), 133 ff.

Das südafrikanische Verfassungsgericht, der „Constitutional Court“ (vgl. Art. 167 FC), wird im Text als südafrikanisches Verfassungsgericht bezeichnet, in den Fußnoten wird er mit „CC“ abgekürzt. In der Datenbank „<http://www.saflii.org/>“, die eine gute Quelle für die südafrikanische Rechtsprechung darstellt, wird den südafrikanischen Gerichten zumeist das Kürzel „ZA“ für Südafrika vorangestellt, z.B. „ZACC“ für das südafrikanische Verfassungsgericht. Hierauf wird verzichtet. Der Entscheidungsname und der die Entscheidungsgründe formulierende Richter sind in den Fußnoten als zusätzliche Information aufgenommen, auch wenn dies in Deutschland nicht üblich ist. Die anderen südafrikanischen Gerichte wurden nicht abgekürzt, um die Verständlichkeit nicht durch zu zahlreiche Abkürzungen zu beeinträchtigen.

Die sonstigen verwendeten Abkürzungen, sofern sie nicht im Abkürzungsverzeichnis aufgeführt sind, sind allgemein bekannt oder lassen sich *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 10. Aufl. 2021, entnehmen.

Abkürzungsverzeichnis

ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
ANC	African National Congress, südafrikanische Partei
BKartA	Bundeskartellamt
CC	Constitutional Court, Verfassungsgericht der Republik Südafrika
CEU	Central European University
FC	Final Constitution, geltende Verfassung der Republik Südafrika (Inkrafttreten am 4.2.1997)
Fidesz	Fidesz – Magyar Polgári Szövetség (deutsch: Fidesz – Ungarischer Bürgerbund), ungarische Partei
HerrenChE	Verfassungsentwurf des Verfassungskonvents auf Herrenchiemsee (1948)
IC	Interim Constitution (Übergangsverfassung der Republik Südafrika, Inkrafttreten am 27.4.1994)
JW	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
KDNP	Kereszténydemokrata Néppárt (deutsch Christlich-Demokratische Volkspartei), ungarische Partei
KPD	Kommunistische Partei Deutschland (1956 verboten)
ME VersG	Musterentwurf Versammlungsgesetz
NGO	Non-Governmental Organisation (deutsch: Nichtregierungsorganisation)
PiS	Prawo i Sprawiedliwość (deutsch: Recht und Gerechtigkeit), polnische Partei
PVS	Politische Vierteljahresschrift (Zeitschrift)
RGA	Regulation of Gatherings Act, südafrikanisches Versammlungsgesetz
RVG	Reichsvereinsgesetz
SATAWU	South African Transport and Allied Workers Union, südafrikanische Gewerkschaft
SRP	Sozialistische Reichspartei (1952 verboten)
VvB	Verfassung von Berlin
WRV	Weimarer Reichsverfassung

A. Einleitung: Demokratische Dekonsolidierung

„Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.“

Art. 2 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte vom 26.8.1789¹

„Das Ende der Geschichte“² ist noch nicht das Ende der Geschichte: Der 1989 vorhergesagte weltweite Siegeszug der liberalen Demokratie ist zumindest bislang nicht eingetreten, vielmehr hat sich die Geschichte „mit einiger Brutalität zurückgemeldet“³. Der Sinn für Ironie der Geschichte zeigt sich darin, dass gerade in einigen derjenigen Staaten, die den Kommunismus überwandern und damit die Vorhersage vom „Ende der Geschichte“ veranlassten, die liberale Demokratie derzeit einen besonders schweren Stand hat. 25 Jahre nach dem Fall der Berliner Mauer sprach sich beispielsweise der ungarische Ministerpräsident dafür aus, einen illiberalen, d. h. nicht liberalen Staat⁴, zu formen.

¹ „Der Zweck jeder politischen Vereinigung ist die Erhaltung der natürlichen und unantastbaren Menschenrechte. Diese Rechte sind das Recht auf Freiheit, das Recht auf Eigentum, das Recht auf Sicherheit und das Recht auf Widerstand gegen Unterdrückung.“ [Übersetzung des Verfassers]

² Vgl. *Fukuyama*, *The End of History?*, *The National Interest* 16 (1989), 3 (4, 15–17, 18); *Fukuyama*, *The End of History and the Last Man*, 1992, S. XI–XIV, XX–XXII, passim. *Fukuyama* ging nach dem Ende des Kommunismus 1989 jedoch nicht davon aus, dass der Siegeszug der liberalen Demokratie rasch oder ohne Rückschläge erfolgen würde.

³ *P. v. Kielmansegg*, *Die Grammatik der Freiheit*, 2013, S. 236.

⁴ Prime Minister Viktor Orbán's Speech at the 25th Bálványos Summer Free University and Student Camp, 26 July 2014, Tusnádfürdő (Băile Tușnad), Romania, <https://budapestbeacon.com/full-text-of-viktor-orban-s-speech-at-baile-tusnad-tusnadfurdo-of-26-july-2014/> (Stand: 10.8.2023). Zu früheren Äußerungen dieser Art siehe *Halmai*, *A Coup Against Constitutional Democracy. The Case of Hungary*, in: Graber/Levinson/Tushnet (Hrsg.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, 2018, S. 243 (246 mit Fn. 6). Siehe außerdem *Pech/Scheppele*, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 19 (2017), 3 (4); *Drinóczi/Bieñ-Kacala*, *Illiberal Constitutionalism: The Case of Hungary and Poland*, *German Law Journal* 20 (2019), 1140 (1140–1142, 1148–1152). Für *Forsthoff*, *Der totale Staat*, 1933, S. 7 war der totale Staat das Gegenstück zum liberalen Staat. Siehe zu diesen Begriffsgegensätzen BVerfGE 2, 1 (12); 5, 85 (137–139); 144, 20 (203); *Lehne*, *Demokratie ohne Illusion*, 1967, S. 34–37; *Schmitt Glaeser*, *Mißbrauch und Verwirkung von Grundrechten*, 1968, S. 37.

Dabei war Ungarn einer der ersten Staaten, der durch seine Öffnung der Grenze zu Österreich 1989 zum Mauerfall beigetragen⁵ und sich für die liberale Demokratie entschieden hatte.

Anstelle eines immer weiter gehenden demokratischen Fortschritts ist nunmehr ein als „democratic deconsolidation“⁶, „democratic backsliding“⁷ und teilweise auch als „rule of law backsliding“⁸ bezeichnetes Phänomen⁹ zu beobachten.¹⁰ Wörtlich übersetzt bedeuten diese Begriffe so viel wie „demokratische Dekonsolidierung“, „demokratischer Rückschritt“, „demokratischer Rückfall“ oder „Rechtsstaatsrückschritt“¹¹. Hiermit ist ein etappenweiser Abbau demokratischer Werte, Verfahren und Normen gemeint. Dabei handelt es sich um einen Prozess, bei dem gewählte Vertreter hoheitlicher Gewalt absichtlich Maßnahmen umsetzen, die darauf abzielen, innerstaatliche Machtbegrenzungen systematisch zu schwächen, zu beseitigen oder zu überwinden, um den liberalen demokratischen Staat abzuschaffen und die dauerhafte Herrschaft der regierenden Partei zu etablieren.¹² Die wesentlichen Angriffspunkte dieses Prozesses sind die wettbewerblichen Wahlen, die Grundrechte der Meinungs-, Presse-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit sowie der Rechtsstaat mit

⁵ Hierzu *Kilian*, Der Vorgang der deutschen Wiedervereinigung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. I, 3. Aufl. 2003, § 12 Rn. 22–24.

⁶ *Foa/Mounk*, The Signs of Deconsolidation, *Journal of Democracy* 28 (2017), 5 (15), wobei der Begriff „deconsolidation“ bereits im Titel auftritt. Siehe auch *Choudhry*, Resisting democratic backsliding: An essay on Weimar, self-enforcing constitutions, and the Frankfurt School, *Global Constitutionalism* 7 (2018), 54 (54 f.).

⁷ Siehe zum Begriff *Waldner/Lust*, Unwelcome Change: Coming to Terms with Democratic Backsliding, *Annual Review of Political Science* 21 (2018), 93 (95); *Bermeo*, On Democratic Backsliding, *Journal of Democracy* 27 (2016), 5 ff.

⁸ So die Überschrift des Aufsatzes von *Pech/Scheppele*, Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 19 (2017), 3 ff.

⁹ Weitere Begriffe sind u.a. „abusive constitutionalism“, „bad faith constitutionalism“, „de-constitutionalism“, „constitutional retrogression“, „constitutional rot“, „constitutional decay“, „constitutional crisis“, „constitutional failure“, „democratic recession“. Siehe hierzu und den dahinterstehenden Konzepten *Daly*, Democratic Decay: Conceptualising an Emerging Research Field, *Hague Journal on the Rule of Law* 11 (2019), 9 (9, 10 f., 20–32) und *Waldner/Lust*, Unwelcome Change: Coming to Terms with Democratic Backsliding, *Annual Review of Political Science* 21 (2018), 93 (97–106). Siehe auch *Graber/Levinson/Tushnet*, Constitutional Democracy in Crisis? Introduction, in: *Graber/Levinson/Tushnet* (Hrsg.), Constitutional Democracy in Crisis?, 2018, S. 1 (1 f.).

¹⁰ A. A. *Levitsky/Way*, The Myth of Democratic Recession, in: *Diamond/Platner* (Hrsg.), Democracy in Decline?, 2016, S. 58 (59).

¹¹ Vgl. *Volkmann*, Krise der konstitutionellen Demokratie?, *Der Staat* 58 (2019), 643 (643 f.).

¹² *Pech/Scheppele*, Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 19 (2017), 3 (10): „process through which elected public authorities deliberately implement governmental blueprints which aim to systematically weaken, annihilate or capture internal checks on power with the view of dismantling the liberal democratic state and entrenching the long-term rule of the dominant party“. Siehe ausführlich zum Begriff unten B. II. 2.

unabhängigen Gerichten.¹³ Die Stoßrichtung ist offensichtlich: Gerichte als unabhängige Kontrollinstanzen, die sich gegen die beiden anderen Gewalten richten können, werden systematisch ausgeschaltet. Das Wahlrecht wird manipuliert, um sich dauerhaft eine Mehrheit zu sichern, auch wenn der Rückhalt in der Bevölkerung schwinden sollte. Die öffentliche Meinungsbildung wird durch Macht über Multiplikatoren wie Presse und Rundfunk zu den eigenen Gunsten beeinflusst. Diese Bereiche, die für eine funktionierende Demokratie essenziell sind, werden durch gezielte Rechtsänderungen umgestaltet. Zwar kann die Fassade einer Demokratie aufrechterhalten werden, weil beispielsweise Wahlen weiterhin abgehalten werden und ein Verfassungsgericht existiert. Aber diese Institutionen und Verfahren können ihre Funktionen nicht mehr erfüllen, da die Verfassungsgerichte wesentlicher Kompetenzen beraubt wurden,¹⁴ die Richterbänke mehrheitlich mit politischen Anhängern besetzt sind („court packing“)¹⁵ oder das Wahlrecht den Erfolgswert missachtet oder anderweitig manipuliert wird. Diese Maßnahmen werden sukzessive ergriffen, sodass sich ihre demokratieschädlichen Effekte nicht nur summieren, sondern sogar wechselseitig verstärken.

Ungarn ist nicht der einzige Staat, der eine „illiberale Demokratie“ (falls es eine solche überhaupt geben kann) errichtet. Hingewiesen sei des Weiteren auf Russland¹⁶, die Türkei¹⁷, die Philippinen, Venezuela¹⁸, Brasilien und Polen¹⁹. Die Liste lässt sich fortsetzen.²⁰ Auch wenn im Folgenden zwei Mitgliedstaat-

¹³ *Huq/Ginsburg*, How to Lose a Constitutional Democracy, *UCLA Law Review* 65 (2018), 78 (87–92, 96 f., 117); *Grimm*, How can a democratic constitution survive an autocratic majority? (13.12.2018), <https://verfassungsblog.de/how-can-a-democratic-constitution-survive-an-autocratic-majority/> (Stand: 10.8.2023); *C. Möllers*, Die Staatsrechtswissenschaft bei Anbruch der Dämmerung, *Der Staat* 56 (2017), 485 (487 f.); *Tóth*, Constitutional Markers of Authoritarianism, *Hague Journal on the Rule of Law* 11 (2019), 37 (50–55).

¹⁴ Siehe unten am Beispiel Ungarns unter A. I. 1. a).

¹⁵ Hierzu EuGH, Urt. v. 24.6.2019 – C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 – Kommission/Polen; *Ebs*, Felix Frankfurter, Hans Kelsen, and the Practice of Judicial Review, *ZaöRV* 73 (2013), 451 (465–468); *Láncos*, Passivist Strategies Available to the Hungarian Constitutional Court, *ZaöRV* 79 (2019), 971 (982); *Vofskuhle*, Rechtsstaat und Demokratie, *NJW* 2018, 3154 (3155). Siehe auch unten die Beispiele von Ungarn (A. I. 1. a)) und Polen (A. I. 2. a)).

¹⁶ *P.M. Huber*, Europäische Verfassungs- und Rechtsstaatlichkeit in Bedrängnis, *Der Staat* 56 (2017), 389 (394 f.).

¹⁷ *P.M. Huber*, Europäische Verfassungs- und Rechtsstaatlichkeit in Bedrängnis, *Der Staat* 56 (2017), 389 (396 f.).

¹⁸ *Corrales*, Autocratic Legalism in Venezuela, in: *Diamond/Plattner/Walker* (Hrsg.), *Authoritarianism Goes Global*, 2016, S. 78 ff.; *Landau*, Constitution-Making and Authoritarianism in Venezuela, in: *Graber/Levinson/Tushnet* (Hrsg.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, 2018, S. 161 ff.

¹⁹ Siehe zu Polen sogleich unter A. I. 2.

²⁰ Siehe die Länderkapitel in *Graber/Levinson/Tushnet* (Hrsg.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, 2018 sowie *Daly*, *Democratic Decay: Conceptualising an Emerging Research Field*, *Hague Journal on the Rule of Law* 11 (2019), 9 (11 f.); *Volkmann*, *Krise der konstitutionellen Demokratie?*, *Der Staat* 58 (2019), 643 (649).

ten der EU als Beispielsfälle herangezogen werden und sich eine europäische Rechtsstaatlichkeitskrise nicht bestreiten lässt,²¹ handelt es sich gleichwohl um ein globales und nicht nur ein europäisches Phänomen. Deshalb ist es kein Zufall, dass in den letzten Jahren Publikationen mit Titeln wie „How Democracies Die“²², „How to Lose a Constitutional Democracy“²³, „How to Save a Constitutional Democracy“²⁴, „How Constitutional Norms Break Down“²⁵, „(Re)Constructing Democracy in Crisis“²⁶ oder „Constitutional Democracy in Crisis?“²⁷ erschienen sind, die allesamt die demokratische Dekonsolidierung in verschiedenen Staaten der Erde thematisieren. Mittlerweile gibt es sogar einen Blog im Internet, der sich mit dem „democratic decay“ (wörtlich: „demokratische Fäulnis“ oder „demokratischer Zerfall“) befasst.²⁸ Im deutschen Schrifttum sind die Titel der wissenschaftlichen Beiträge zumindest bislang gemäßigter formuliert, aber auch hier tragen Veröffentlichungen teils alarmierende Überschriften wie „Populismus gefährdet die Rechtsstaaten in ganz Europa“²⁹, „Rettet die EU den Rechtsstaat in Polen?“³⁰, „Der Kampf um Demokratie in Polen und Ungarn“³¹, „Die Staatsrechtswissenschaft bei Anbruch der Dämmerung“³², „Europäische Verfassungs- und Rechtsstaatlichkeit in Bedrängnis“³³, „Wertesicherung in der Europäischen Union. Prävention, Quarantäne und Aufsicht als Bausteine eines Rechts der Verfassungskrise?“³⁴, „Ein Rettungsschirm für europäische Grundrechte“³⁵, „Das systemische Defizit – Merkmale, Instrumente und Probleme am Beispiel der Rechtsstaatlich-

²¹ Baade, Die Konditionalitätsverordnung: Erwartungen und Realität anlässlich ihrer ersten Anwendung auf Ungarn, NVwZ 2023, 132 ff.

²² Levitsky/Ziblatt, How Democracies Die, 2018. Weitere Beispiele bei Volkemann, Krise der konstitutionellen Demokratie?, Der Staat 58 (2019), 643 (644 f.).

²³ Huq/Ginsburg, How to Lose a Constitutional Democracy, UCLA Law Review 65 (2018), 78 ff.

²⁴ Ginsburg/Huq, How to Save a Constitutional Democracy, 2018.

²⁵ Chafetz/Pozen, How Constitutional Norms Break Down, UCLA Law Review 65 (2018), 1430 ff.

²⁶ Rahman, (Re)Constructing Democracy in Crisis, UCLA Law Review 65 (2018), 1552 ff.

²⁷ Graber/Levinson/Tushnet (Hrsg.), Constitutional Democracy in Crisis?, 2018.

²⁸ <https://www.democratic-decay.org/> (Stand: 10.8.2023).

²⁹ Sandherr, Populismus gefährdet die Rechtsstaaten in ganz Europa, DRiZ 2018, 198 ff.

³⁰ Brauneck, Rettet die EU den Rechtsstaat in Polen?, NVwZ 2018, 1423 ff.

³¹ Franzius, Der Kampf um Demokratie in Polen und Ungarn, DÖV 2018, 381 ff.

³² C. Möllers, Die Staatsrechtswissenschaft bei Anbruch der Dämmerung, Der Staat 56 (2017), 485 ff.

³³ P.M. Huber, Europäische Verfassungs- und Rechtsstaatlichkeit in Bedrängnis, Der Staat 56 (2017), 389 ff.

³⁴ Schorkopf, Wertesicherung in der Europäischen Union. Prävention, Quarantäne und Aufsicht als Bausteine eines Rechts der Verfassungskrise?, EuR 2016, 147 ff.

³⁵ V. Bogdandy et al., Ein Rettungsschirm für europäische Grundrechte, ZaöRV 72 (2012), 45 ff.

keit und des neuen Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahrens³⁶ oder „Jenseits der Rechtsgemeinschaft – Begriffsarbeit in der europäischen Sinn- und Rechtsstaatlichkeitskrise“³⁷. Somit lässt sich ohne Übertreibung festhalten, dass der Schutz der Demokratie im In- und Ausland ein fester Gegenstand der (rechts-)wissenschaftlichen Debatte der Gegenwart ist.

Hierbei handelt es sich nicht um eine bloß theoretische Debatte, das sprichwörtliche „akademische Glasperlenspiel“. Nationale und supranationale Institutionen sehen sich zum Handeln verpflichtet. In Deutschland wird der Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung von Maßnahmen zur Demokratieförderung, Vielfaltgestaltung, Extremismusprävention und politischen Bildung (Demokratiefördergesetz – DFördG) beraten.³⁸ Die „Europäische Kommission für Demokratie durch Recht“ des Europarats (im Folgenden: „Venedig-Kommission“³⁹) hat am 11.10.2017 die „Rule of Law Checklist“, also die „Rechtsstaatscheckliste“, beschlossen.⁴⁰ Mit dieser soll der Versuch unternommen werden, Rechtsstaatlichkeit messbar und Rückschritte in der Rechtsstaatlichkeit transparent zu machen. Allerdings umfasst das Dokument mehr als 70 Seiten und ist damit für eine „checklist“ nicht gerade schlank. Auch dies dürfte man als Zeichen ansehen können, wie schwierig die Problemerkennung ist. Die EU-Kommission hat am 30.9.2020 erstmals ihren „Bericht über die Rechtsstaatlichkeit 2020“⁴¹ veröffentlicht, der ebenfalls Anlass zur Besorgnis gibt, insbesondere im Hinblick auf die Länderkapitel Polen⁴² und Ungarn⁴³. Die

³⁶ V. Bogdandy/Ioannidis, Das systemische Defizit. Merkmale, Instrumente und Probleme am Beispiel der Rechtsstaatlichkeit und des neuen Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahrens, *ZaöRV* 74 (2014), 283 ff.

³⁷ V. Bogdandy, Jenseits der Rechtsgemeinschaft – Begriffsarbeit in der europäischen Sinn- und Rechtsstaatlichkeitskrise, *EuR* 2017, 487 ff.

³⁸ BT-Drs. 20/5823.

³⁹ Vgl. *Bilková*, The Council of Europe and the Rule of Law – The Venice Commission, in: Kadelbach/Hofmann (Hrsg.), 70 Years of Human Rights and the Rule of Law in Europe, 2021, S. 115 (115–119); *Fuchs*, Die Vermessung der Rechtsstaatlichkeit, *EuGRZ* 2018, 237 (237 f.).

⁴⁰ Ausführlich *Fuchs*, Die Vermessung der Rechtsstaatlichkeit, *EuGRZ* 2018, 237 ff.

⁴¹ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Bericht über die Rechtsstaatlichkeit 2020, Die Lage der Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union v. 30.9.2020, COM(2020) 580 final.

⁴² Länderkapitel zur Lage der Rechtsstaatlichkeit in Ungarn, Begleitunterlage zur Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Bericht über die Rechtsstaatlichkeit 2020, Die Lage der Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union v. 30.9.2020, SWD(2020) 320 final.

⁴³ Länderkapitel zur Lage der Rechtsstaatlichkeit in Ungarn, Begleitunterlage zur Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Bericht über die Rechtsstaatlichkeit 2020, Die Lage der Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union v. 30.9.2020, SWD(2020) 316 final.

folgenden Berichte über die Rechtsstaatlichkeit aus den Jahren 2021⁴⁴ und 2022⁴⁵ haben die Sorgen nicht zerstreuen können. Diese und andere offizielle Stellungnahmen und Entscheidungen der europäischen Institutionen zeigen, dass es sich bei der demokratischen Dekonsolidierung um ein von vielen Seiten anerkanntes Phänomen und Problem handelt.

Der eingangs zitierte Politikwissenschaftler *Francis Fukuyama*, der vom „Ende der Geschichte“ gesprochen hatte, befasste sich zuletzt nicht mehr mit dem Siegeszug der liberalen Demokratie. Stattdessen untersuchte er in seiner Monografie aus dem Jahre 2018, weshalb die liberale Demokratie derzeit so geschwächt dasteht.⁴⁶ Diese Tatsache illustriert, wie sehr der Optimismus von 1989 verfliegen ist und die Demokratie als Staatsform heute einen ganz anderen, schwereren Stand hat. Diese Lage ist der Ausgangspunkt der vorliegenden Untersuchung. Sie wird sich der Frage widmen, wie das deutsche Verfassungsrecht vergleichbaren Entwicklungen in der Bundesrepublik begegnen könnte. Hierbei spielen politische Erwägungen keine Rolle. Ziel ist es nicht, unter dem Vorwand des Rechts bestimmte Positionen als verfassungswidrig einzustufen oder ihnen Einhalt zu gebieten. Der verfolgte Ansatz ist unabhängig von bestimmten politischen Positionen, sondern soll sich gerade allgemein und dauerhaft bewähren.

I. Globaler Befund: Gefährdungen der liberalen Demokratie durch „demokratische Dekonsolidierung“

Zur Illustration dessen, was mit „demokratischer Dekonsolidierung“ gemeint ist⁴⁷ und u. a. in der Politikwissenschaft, Soziologie, Philosophie und Rechtswissenschaft ungefähr seit dem Jahr 2010 diskutiert wird,⁴⁸ seien die Beispiele

⁴⁴ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Bericht über die Rechtsstaatlichkeit 2021, Die Lage der Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union v. 20.7.2021, COM(2021) 700 final.

⁴⁵ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Bericht über die Rechtsstaatlichkeit 2022, Die Lage der Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union v. 13.7.2022, COM(2022) 500 final.

⁴⁶ *Fukuyama*, Identity, 2018.

⁴⁷ Zu einer Kurzdefinition siehe oben A., ausführlich unten B. II. 2.

⁴⁸ Teilweise sind einige Untersuchungen auch älteren Datums wie etwa *Linz/Stepan* (Hrsg.), *The Breakdown of Democratic Regimes*, 1978. Überwiegend befasste sich die Literatur aber mit der Frage des Übergangs *hin* zur Demokratie. Erst mit den Entwicklungen in Ungarn seit 2010, in Polen seit 2015, der Brexit-Abstimmung 2016 in Großbritannien und der US-Präsidentenwahl im selben Jahr setzte eine regere Forschungstätigkeit ein, sodass von einem „sich herausbildenden Forschungsgebiet“ die Rede ist. Siehe hierzu *Daly*, *Democratic Decay: Conceptualising an Emerging Research Field*, *Hague Journal on the Rule of Law* 11 (2019), 9 (9, 32 f.); *Volkmann*, *Krise der konstitutionellen Demokratie?*, *Der Staat* 58

der EU-Mitgliedstaaten Ungarn und Polen in den Fokus genommen.⁴⁹ Beide Staaten werden seit Jahren von der Venedig-Kommission sorgenvoll beobachtet und mit äußerst kritischen Stellungnahmen bedacht.⁵⁰ Als Mitgliedstaaten der EU dürften die dortigen Entwicklungen eher Rückschlüsse für die Bundesrepublik zulassen als die Rechtslage in Staaten, zu denen weniger enge politische und historische Beziehungen bestehen, etwa Venezuela oder die Philippinen.

Polen und Ungarn haben überdies gemeinsam, dass gegen sie Verfahren nach Art. 7 I EUV eingeleitet wurden.⁵¹ Art. 7 I EUV ist der erste Schritt in einem mehrstufigen Eskalationsmechanismus bei (befürchteten) Verstößen gegen die Grundwerte der EU. Die Vorschrift besagt, dass auf „begründeten Vorschlag eines Drittels der Mitgliedstaaten, des Europäischen Parlaments oder der Europäischen Kommission [...] der Rat mit der Mehrheit von vier Fünfteln seiner Mitglieder nach Zustimmung des Europäischen Parlaments feststellen [kann], dass die eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der in Artikel 2 [EUV]⁵² genannten Werte durch einen Mitgliedstaat besteht.“

Gem. Art. 7 II EUV („Sanktionsmechanismus“) könnte im nächsten Schritt sogar „auf Vorschlag eines Drittels der Mitgliedstaaten oder der Eu-

(2019), 643 (644). *Diamond/Plattner/Walker*, Introduction, in: *Diamond/Plattner/Walker* (Hrsg.), *Authoritarianism Goes Global*, 2016, S. 3 (3) nennen die Mitte der 2000er-Jahre als Beginn der Entwicklung und *B. F. Walter*, *How Civil Wars Start*, 2022, S. 26 das Jahr 2006.

⁴⁹ Hierbei wird nicht auf alle Aspekte der Entwicklung eingegangen werden können. Es werden *pars pro toto* die wichtigsten Etappen analysiert. Wegen fehlender Polnisch- und Ungarischkenntnisse beruht die Darstellung auf Sekundärquellen der Literatur und der Institutionen der EU und des Europarats. Hierbei wurden aber auch englischsprachige Veröffentlichungen polnischer und ungarischer Autoren (u.a. *Bánkuti*, *Bień-Kacala*, *Drinóczi*, *Halmai*, *Sadurski*, *Sajó*, *Uitz*) herangezogen, welche die Sprachen der relevanten Rechtsdokumente beherrschen. Gleichwohl kann es zu Unschärfen und Ungenauigkeiten infolge der Übersetzungen kommen, indes dürften diese das Gesamtbild der Verfassungsentwicklungen in Polen und Ungarn nicht sehr trüben: zu einheitlich sind die Stellungnahmen in der Wissenschaft und den internationalen Organisationen in ihrem Tenor.

⁵⁰ Vgl. *Müller-Franken*, Beschränkungen der Wirksamkeit von Verfassungsgerichten durch Gesetze, AöR 142 (2017), 276 (292). Die länderspezifischen Dokumente sind abrufbar unter https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/by_country.aspx?lang=DE (Stand: 10.8.2023).

⁵¹ Gegen Polen hat die EU-Kommission am 20.12.2017 einen begründeten Vorschlag präsentiert: Vorschlag für einen Beschluss des Rates zur Feststellung der eindeutigen Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Rechtsstaatlichkeit durch die Republik Polen, COM(2017) 835 final. Gegen Ungarn hat das EU-Parlament am 12.9.2018 einen begründeten Vorschlag vorgelegt, siehe: Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12.9.2018 zu einem Vorschlag, mit dem der Rat aufgefordert wird, im Einklang mit Artikel 7 Absatz 1 des Vertrags über die Europäische Union festzustellen, dass die eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der Werte, auf die sich die Union gründet, durch Ungarn besteht (2017/2131[INL]), ABl. EU 2019, C 433/66. Über beide Vorschläge wurde indes noch nicht abschließend entschieden (Stand: 10.8.2023). Die Klage Ungarns hiergegen hat der EuGH abgewiesen, Urt. v. 3.6.2021 – C-650/18, ECLI:EU:C:2021:426 – Ungarn/Parlament.

ropäischen Kommission und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments [...] der Europäische Rat einstimmig feststellen, dass eine schwerwiegende und anhaltende Verletzung der in Artikel 2 [EUV] genannten Werte durch einen Mitgliedstaat vorliegt, nachdem er den betroffenen Mitgliedstaat zu einer Stellungnahme aufgefordert hat“. Wurde diese Feststellung getroffen, „so kann der Rat mit qualifizierter Mehrheit beschließen, bestimmte Rechte auszusetzen, die sich aus der Anwendung der Verträge auf den betroffenen Mitgliedstaat herleiten einschließlich der Stimmrechte des Vertreters der Regierung dieses Mitgliedstaats im Rat“ (Art. 7 III 1 EUV). Polen und Ungarn werden aber den Beschluss gegen den jeweils anderen Staat nicht unterstützen.⁵³ Somit hat das Verfahren nach Art. 7 II EUV, welches Einstimmigkeit verlangt, derzeit keine Erfolgsaussichten, selbst wenn tatsächlich „eine schwerwiegende und anhaltende Verletzung der in Artikel 2 genannten Werte durch einen Mitgliedstaat“ vorliegen sollte. Als eine der Reaktionen auf die unbefriedigende Situation, in der eine harte Sanktion nicht beschlossen werden kann und weiche Maßnahmen nicht fruchten, wurde die „Konditionalitätsverordnung“⁵⁴, auch Rechtsstaatsmechanismus genannt, beschlossen. Sie soll dadurch finanziellen Druck ausüben, dass bei Verstößen gegen EU-Recht keine EU-Gelder mehr an die betroffenen Staaten ausgezahlt werden.⁵⁵ Der EuGH hat die Konditionalitätsverordnung im Februar 2022 gebilligt,⁵⁶ woraufhin die Kommission im September 2022 erstmalig vorgeschlagen hat, den „Rechtsstaatlichkeitsmechanismus“ zur Anwendung zu bringen – gegen Ungarn.⁵⁷

Auch wenn die beiden eingeleiteten Verfahren nach Art. 7 EUV noch keinen Abschluss gefunden haben, zeigen sie ebenso wie die verschiedenen Ver-

⁵² Art. 2 EUV lautet: „Die Werte, auf die sich die Union gründet, sind die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören. Diese Werte sind allen Mitgliedstaaten in einer Gesellschaft gemeinsam, die sich durch Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern auszeichnet.“ Hierzu *Schorckopf*, Der Wertekonstitutionalismus der Europäischen Union, JZ 2020, 477 ff.

⁵³ Vgl. C. Möllers/Li. Schneider, Demokratiesicherung in der Europäischen Union, 2018, S. 65.

⁵⁴ Verordnung (EU, Euratom) 2020/2092 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.2020 über eine allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union, Abl. L 433L, 1.

⁵⁵ Hierzu *Baade*, Die Konditionalitätsverordnung: Erwartungen und Realität anlässlich ihrer ersten Anwendung auf Ungarn, NVwZ 2023, 132 ff.

⁵⁶ EuGH, Urt. v. 16.2.2022 – C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97 – Ungarn/Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union.

⁵⁷ Europäische Kommission, Vorschlag für einen Durchführungsbeschluss des Rates über Maßnahmen zum Schutz des Haushalts der Union vor Verstößen gegen die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit in Ungarn, COM(2022) 485 final.

tragsverletzungsverfahren,⁵⁸ das eingeleitete Verfahren nach der Konditionalitätsverordnung und die Stellungnahmen der Venedig-Kommission,⁵⁹ dass die Entwicklungen in Polen und Ungarn das europäische Modell des Rechtsstaats und der liberalen Demokratie zumindest herausfordern.

1. Das Beispiel Ungarns

Nach dem Sieg der Partei „Fidesz – Magyar Polgári Szövetség“ (deutsch: „Fidesz – Ungarischer Bürgerbund“⁶⁰) bei den Wahlen in Ungarn im Jahr 2010 hat Viktor Orbán seine zweite Amtszeit (nach 1998 bis 2002) als Ministerpräsident angetreten. Die Fidesz-Partei gewann zusammen mit dem kleinen christdemokratischen Koalitionspartner (KDNP)⁶¹ rund 53 % der Stimmen bei der Parlamentswahl. Aufgrund des nicht repräsentativen Wahlsystems ergab sich aber hieraus eine Zweidrittelmehrheit im Parlament.⁶² Im April 2014 fand die nächste Parlamentswahl in Ungarn statt. Trotz eines Stimmenrückgangs auf ca. 45 % blieb der Fidesz-Partei die Mehrheit von zwei Dritteln der Sitze im Parlament – u.a. dank einiger Wahlrechtsänderungen – zunächst erhalten.⁶³ Auch die Wahlen im April 2018 brachten erneut eine Zweidrittelmehrheit im Parlament, obwohl diesmal rund 50 % der Wählerinnen und Wähler für Fidesz stimmten.⁶⁴ Gleiches gilt für die Wahlen im April 2022.⁶⁵ Diese Mehrheiten wurden seit 2010 zu einer umfassenden Umgestaltung der

⁵⁸ U.a. EuGH, Urt. v. 6.11.2012 – C-286/12, ECLI:EU:C:2012:687 – Kommission/Ungarn; Urt. v. 5.11.2019 – C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924 – Kommission/Polen; Urt. v. 18.6.2020 – C-78/18, ECLI:EU:C:2020:476 – Kommission/Ungarn.

⁵⁹ Eine Auflistung aller Stellungnahmen bezüglich Ungarns ist abrufbar unter: <https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?country=17&year=all> und bezüglich Polens unter <https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?country=23&year=all> (Stand jeweils: 10.8.2023).

⁶⁰ Der Einfachheit halber wird nachfolgend allein von Fidesz gesprochen.

⁶¹ C. Möllers/Li. Schneider, *Demokratisierung in der Europäischen Union*, 2018, S. 53. Siehe auch die Darstellung bei Fournier, *From rhetoric to action, a constitutional analysis of populism*, *German Law Journal* 20 (2019), 362 (368–372).

⁶² Halmai, *A Coup Against Constitutional Democracy. The Case of Hungary*, in: Graber/Levinson/Tushnet (Hrsg.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, 2018, S. 243 (245).

⁶³ Halmai, *A Coup Against Constitutional Democracy. The Case of Hungary*, in: Graber/Levinson/Tushnet (Hrsg.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, 2018, S. 243 (247). Aufgrund von Nachwahlen ging diese Mehrheit im Laufe der Wahlperiode allerdings verloren.

⁶⁴ Halmai, *A Coup Against Constitutional Democracy. The Case of Hungary*, in: Graber/Levinson/Tushnet (Hrsg.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, 2018, S. 243 (247 f.).

⁶⁵ Löwenstein, *Den Herausforderer nicht mal ignoriert*, in: F.A.Z. v. 5.4.2022, Nr. 80, S. 5.

ungarischen Rechtsordnung genutzt⁶⁶ zu einem „hochkomplexen und geschickt manipulierten politischen System“⁶⁷.

a) *Die Entmachtung der (Verfassungs-)Gerichtbarkeit*

Bereits im November 2010 wurde u. a. die Änderung des Art. 32 der ungarischen Verfassung von 1949 beschlossen.⁶⁸ Die Rechte des Verfassungsgerichts wurden hierdurch dergestalt beschränkt, dass das Verfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit von bestimmten Gesetzen nur noch eingeschränkt überprüfen konnte und diese Gesetze lediglich in seltenen Fällen annulliert werden durften.⁶⁹ Die Richter wurden nun ausschließlich vom Parlament gewählt, die vorherige Verständigung über Parteigrenzen hinweg war nicht mehr erforderlich.⁷⁰

Kurz darauf wurden noch weitreichendere Umgestaltungen angestoßen. Im April 2011 wurde eine neue Verfassung innerhalb kurzer Zeit beraten und beschlossen, wobei die Opposition nicht eingebunden war.⁷¹ Die neue Verfassung bzw. die separat erlassenen Übergangsbestimmungen mit Verfassungsrang sahen u. a. eine Erhöhung der Anzahl der Richter am Verfassungsgericht von elf auf fünfzehn⁷² sowie die Verlängerung ihrer Amtszeit von neun auf zwölf Jahre⁷³ vor. Das Rentenalter wurde für alle Richter von 70 Jahren auf 62

⁶⁶ *Scheppele*, Autocratic Legalism, *University of Chicago Law Review* 85 (2018), 545 (549 f.).

⁶⁷ *Donáth*, Absolutely Corrupted: The Rise of an Illiberal System and the Future of Hungarian Democracy, *Brown Journal of World Affairs* 27(2) (Spring/Summer 2021), 83 (84).

⁶⁸ Insgesamt wurde die Verfassung im ersten Jahr der neuen Fidesz-Regierung zwölf Mal geändert, über 50 Verfassungsbestimmungen waren hiervon betroffen, *Bánkúti/Halmái/Scheppele*, Hungary's Illiberal Turn: Disabling the Constitution, *Journal of Democracy* 23 (2012), 138 (139). Siehe auch *Uitz*, Can you tell when an illiberal democracy is in the making?, *International Journal of Constitutional Law* 13 (2015), 279 ff.

⁶⁹ *Fournier*, From rhetoric to action, a constitutional analysis of populism, *German Law Journal* 20 (2019), 362 (371). Siehe auch Venedig-Kommission, Stellungnahme 614/2011 v. 28.3.2011, CDL-AD(2011)001, S. 3, 5.

⁷⁰ *Bánkúti/Halmái/Scheppele*, Hungary's Illiberal Turn: Disabling the Constitution, *Journal of Democracy* 23 (2012), 138 (139); *Fournier*, From rhetoric to action, a constitutional analysis of populism, *German Law Journal* 20 (2019), 362 (371 f.).

⁷¹ Siehe hierzu Venedig-Kommission, Stellungnahme 614/2011 v. 28.3.2011, CDL-AD(2011)001, S. 5; *Fournier*, From rhetoric to action, a constitutional analysis of populism, *German Law Journal* 20 (2019), 362 (368–370); *P.M. Huber*, Europäische Verfassungs- und Rechtsstaatlichkeit in Bedrängnis, *Der Staat* 56 (2017), 389 (390 f.).

⁷² In den eineinhalb Jahren nach den von der Fidesz-Partei gewonnenen Parlamentswahlen konnte die Partei sieben der nunmehr 15 Richter des Verfassungsgerichts ernennen, vgl. *Bánkúti/Halmái/Scheppele*, Hungary's Illiberal Turn: Disabling the Constitution, *Journal of Democracy* 23 (2012), 138 (140).

⁷³ Hierzu Venedig-Kommission, Stellungnahme 621/2011 v. 20.6.2011, CDL-AD(2011)016, S. 19.

Jahre herabgesetzt, was 274 Richter des Landes betraf.⁷⁴ Der EuGH hat hierin zwar eine Verletzung der Verpflichtungen der Richtlinie 2000/78 wegen Altersdiskriminierung gesehen.⁷⁵ Gleichwohl blieb es bei dem personellen Austausch der Richterinnen und Richter, denn nur wenige der zwangspensionierten Richter kehrten in ihre früheren Positionen zurück.⁷⁶ Die Ausgestaltung der Gerichtsbarkeit blieb in weiten Teilen den sog. Kardinalgesetzen überlassen. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass sie lediglich durch eine qualifizierte Mehrheit, nämlich eine Zweidrittelmehrheit der *anwesenden* Parlamentsmitglieder, abänderbar sind.⁷⁷ Die Venedig-Kommission kritisierte den inflationären Gebrauch dieser Gesetze, da diese der gegenwärtigen Mehrheit erlaubten, den *status quo* zu zementieren und zukünftige Wahlen ihrer Bedeutung zu berauben.⁷⁸ Solange eine neue Mehrheit keine Zweidrittelmehrheit erlangt, was ohnehin schwierig ist und durch die Wahlrechtsänderungen noch weiter erschwert wurde, kann eine etwaige neue, aber bloß einfache parlamentarische Mehrheit auf vielen Feldern keine neuen Gesetze erlassen, denn die Kardinalgesetze können auch nur mit einer Zweidrittelmehrheit wieder geändert oder aufgehoben werden.⁷⁹ Die neue Verfassung trat am 1.1.2012 in Kraft. Kurz zuvor wurden sowohl Kardinalgesetze als auch Übergangsvorschriften mit Verfassungsrang erlassen.

Am 11.3.2013 wurde eine umfangreiche Änderung der jungen Verfassung beschlossen, die mittlerweile vierte Verfassungsnovelle (4. Verfassungsreformgesetz).⁸⁰ Hierdurch wurden die Rechte des Verfassungsgerichts weiter be-

⁷⁴ Venedig-Kommission, Stellungnahme 621/2011 v. 20.6.2011, CDL-AD(2011)016, S. 22. Siehe hierzu *M. Hailbronner*, How can a democratic constitution survive an autocratic majority? A report on the presentations of the judiciary (8.12.2018), <https://verfassungsblog.de/how-can-a-democratic-constitution-survive-an-autocratic-majority-a-report-on-the-presentations-on-the-judiciary/> (Stand: 10.8.2023).

⁷⁵ EuGH, Urt. v. 6.11.2012 – C-286/12, ECLI:EU:C:2012:687 – Kommission/Ungarn.

⁷⁶ *C. Möllers/Li. Schneider*, Demokratiesicherung in der Europäischen Union, 2018, S. 56. Auch beim Wahlrecht lässt sich ein dauerhafter Effekt feststellen: Selbst wenn die derzeitige Minderheit die Mehrheit erringt, ist diese wenig wert, wenn es sich nicht um eine solche Zweidrittelmehrheit handelt, die die Änderung der Verfassung oder zumindest der Kardinalgesetze gestattet, vgl. hierzu *Arato/Sajó*, Restoring Constitutionalism: An open letter (17.11.2021), <https://verfassungsblog.de/restoring-constitutionalism/> (16.6.2022).

⁷⁷ Venedig-Kommission, Stellungnahme 621/2011 v. 20.6.2011, CDL-AD(2011)016, S. 6. Demgegenüber kann die Verfassung nur mit Zweidrittelmehrheit *aller* Parlamentsmitglieder geändert werden, vgl. Venedig-Kommission, Stellungnahme 621/2011 v. 20.6.2011, CDL-AD(2011)016, S. 7.

⁷⁸ Venedig-Kommission, Stellungnahme 621/2011 v. 20.6.2011, CDL-AD(2011)016, S. 6 f.; Venedig-Kommission, Stellungnahme 720/2013 v. 17.6.2013, CDL-AD(2013)012, S. 29 f.

⁷⁹ *Küpper*, Parlamentswahl in Ungarn: Einzementierte Vetopositionen?, in: Legal Tribune Online, 29.3.2022, https://www.lto.de/persistent/a_id/47973/ (Stand: 10.8.2023).

⁸⁰ *Drinóczi/Bień-Kacala*, Illiberal Constitutionalism: The Case of Hungary and Poland, German Law Journal 20 (2019), 1140 (1153–1155); *C. Möllers/Li. Schneider*, Demokratiesicherung in der Europäischen Union, 2018, S. 58.

schränkt,⁸¹ sodass dieses nun Verfassungsänderungen und -zusätze nicht mehr inhaltlich, sondern nur noch in formaler Hinsicht kontrollieren darf.⁸² Darüber hinaus wurde die bisherige „liberale“ Verfassungsrechtsprechung als unmaßgeblich eingestuft.⁸³ Außerdem wurden Bestimmungen in die Verfassung eingeführt, die zuvor als einfachrechtliche Vorschriften vom Verfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt worden waren.⁸⁴

Als Summe dieser Maßnahmen besteht das Verfassungsgericht nunmehr überwiegend aus Anhängern der Regierung, verfügt über deutlich geringere Kompetenzen und weniger Kontrollmaßstäbe. Eine robuste Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von staatlichen Maßnahmen kann von dieser Instanz nicht mehr erwartet werden.

b) Die Beeinträchtigung der Grundrechte und der Zivilgesellschaft

Auch die Freiheitsrechte blieben bei der Umgestaltung der ungarischen Rechtsordnung nicht ausgespart. Im Dezember 2010 und Januar 2011 erfolgte eine Reform des Medien- und Presserechts mit Äußerungsverboten und Registrierungspflichten.⁸⁵ Die neuen Gesetze verpflichten u.a. Journalisten zu ausgewogener Berichterstattung und zur Stärkung der nationalen Identität. Sowohl öffentlich-rechtliche als auch private Medien wurden unter die Aufsicht einer Medienbehörde gestellt.⁸⁶ Überdies wurde ein Medienrat geschaffen, der die Befugnis hat, Geldstrafen wegen politisch unausgewogener Berichterstattung zu verhängen.⁸⁷ Dies gestattet, inhaltlich auf die Berichterstat-

⁸¹ Venedig-Kommission, Stellungnahme 720/2013 v. 17.6.2013, CDL-AD(2013)012, S. 18–20, 26 f.

⁸² Venedig-Kommission, Stellungnahme 720/2013 v. 17.6.2013, CDL-AD(2013)012, S. 23–25; C. Möllers/Li. Schneider, *Demokratisierung in der Europäischen Union*, 2018, S. 58.

⁸³ Venedig-Kommission, Stellungnahme 720/2013 v. 17.6.2013, CDL-AD(2013)012, S. 20–23; *Halmi*, *A Coup Against Constitutional Democracy. The Case of Hungary*, in: Graber/Levinson/Tushnet (Hrsg.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, 2018, S. 243 (247).

⁸⁴ Venedig-Kommission, Stellungnahme 720/2013 v. 17.6.2013, CDL-AD(2013)012, S. 18–20; *Halmi*, *A Coup Against Constitutional Democracy. The Case of Hungary*, in: Graber/Levinson/Tushnet (Hrsg.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, 2018, S. 243 (247). Siehe zur Kritik hieran: Bericht über die Lage der Grundrechte: Standards und Praktiken in Ungarn (gemäß der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. Februar 2012) (2012/2130[INI]), ABl. EU 2016, C75/09 v. 25.6.2013 (sog. Tavares-Report).

⁸⁵ C. Möllers/Li. Schneider, *Demokratisierung in der Europäischen Union*, 2018, S. 54. Kritik hieran wurde auch geübt durch die Venedig-Kommission, Stellungnahme 798/2015 v. 22.6.2015, CDL-AD(2015)015.

⁸⁶ *Hong*, „Constitutional resilience – How can a Democratic constitution survive an autocratic majority?“, *Freedom of Speech, Media and Civil Society in Hungary and Poland* (9.12.2018), <https://verfassungsblog.de/constitutional-resilience-how-can-a-democratic-constitution-survive-an-autocratic-majority-freedom-of-speech-media-and-civil-society-in-hungary-and-poland/> (Stand: 10.8.2023).

⁸⁷ C. Möllers/Li. Schneider, *Demokratisierung in der Europäischen Union*, 2018, S. 54.

tung Einfluss zu nehmen und Journalisten durch ein Klima der Unsicherheit einzuschüchtern.⁸⁸ Das ungarische Verfassungsgericht erklärte am 19.12.2011 Teile der Mediengesetze für verfassungswidrig.⁸⁹ Daraufhin reduzierte der ungarische Gesetzgeber die Eingriffe in die Medienfreiheit zwar geringfügig, veränderte aber das Grundkonzept der Reformen nicht.⁹⁰

Durch das Verbot der politischen Werbung in kommerziellen (privaten) Medien infolge des 4. Verfassungsreformgesetzes wurden nicht nur die Wahlwerbungsmöglichkeiten der Opposition beschränkt,⁹¹ sondern wurde auch die Medienfreiheit weiter beeinträchtigt. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die kommerziellen Medien in Ungarn verbreiteter als öffentlich-rechtliche Medien sind. Der Opposition wird somit eine wichtige Möglichkeit genommen, für ihre Ansichten wirksam zu werben und die vorherrschende Position der Regierung in der Medienberichterstattung auszugleichen.⁹² Das Europäische Parlament äußerte sich insgesamt besorgt über diese Entwicklung.⁹³

Im April 2017 hat Ungarn sein Hochschulgesetz geändert (sog. lex CEU).⁹⁴ Hochschulen aus Staaten außerhalb der EU dürfen demnach nur in Ungarn tätig sein, wenn ein völkerrechtlicher Vertrag zwischen Ungarn und ihrem Herkunftsstaat besteht. Außerdem müssen alle ausländischen Hochschulen, die eine Hochschulausbildung in Ungarn anbieten wollen, eine solche auch in ihrem Herkunftsstaat anbieten. Die einzige Universität, welche hiervon negativ betroffen ist, ist die von *George Soros* unterstützte Central European University (CEU). Diese hatte ihren Sitz ursprünglich in Budapest, hat ihn mittlerweile aber nach Wien verlegt. Der EuGH sieht in dem Hochschulgesetz einen Verstoß gegen Art. 13 II EUGrCh (Wissenschaftsfreiheit), Art. 14 III EU-

⁸⁸ *Fournier*, From rhetoric to action, a constitutional analysis of populism, German Law Journal 20 (2019), 362 (370 f.).

⁸⁹ Vgl. *C. Möllers/Li. Schneider*, Demokratiesicherung in der Europäischen Union, 2018, S. 55.

⁹⁰ *Bánkuti/Halmai/Scheppele*, Hungary's Illiberal Turn: Disabling the Constitution, Journal of Democracy 23 (2012), 138 (140 f.).

⁹¹ Venedig-Kommission, Stellungnahme 720/2013 v. 17.6.2013, CDL-AD(2013)012, S. 10–12; *Fournier*, From rhetoric to action, a constitutional analysis of populism, German Law Journal 20 (2019), 362 (371).

⁹² Venedig-Kommission, Stellungnahme 720/2013 v. 17.6.2013, CDL-AD(2013)012, S. 10 f.; Venedig-Kommission, Stellungnahme 798/2015 v. 22.6.2015, CDL-AD(2015)015.

⁹³ Bericht über die Lage der Grundrechte: Standards und Praktiken in Ungarn (gemäß der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. Februar 2012), (2012/2130[INI]) v. 24.6.2013 (sog. „Tavares-Report“).

⁹⁴ Vgl. *C. Möllers/Li. Schneider*, Demokratiesicherung in der Europäischen Union, 2018, S. 60 f.; *Pech/Scheppele*, Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 19 (2017), 3 (23–25). Kritik hieran in der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 17.5.2017 zur Lage in Ungarn (2017/2656[RSP]), ABl. EU 2018/C 307/09 und von der Venedig-Kommission, Stellungnahme 891/2017 v. 9.10.2017, CDL-AD(2017)022.

GrCh (Freiheit zur Gründung von Lehranstalten) sowie gegen die Niederlassungsfreiheit des Art. 49 AEUV.⁹⁵

Kurz darauf wurde im Juni 2017 das sog. NGO-Gesetz verabschiedet. Dieses sieht u. a. vor, dass bestimmte Nichtregierungsorganisationen, die Spenden ab einer bestimmten Höhe aus dem Ausland erhalten, der Registrierung bedürfen und sich fortan als „aus dem Ausland unterstützte Organisation“ kennzeichnen müssen.⁹⁶ Bei der Registrierung müssen die Anzahl der Unterstützer, die über 500.000 Forint⁹⁷ gespendet haben, sowie der genaue Betrag der Spenden angegeben werden. Diese Informationen werden veröffentlicht.⁹⁸ Der EuGH sieht in dem Gesetz eine Verletzung der Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 63 AEUV sowie eine Verletzung der Grundrechte der EU-Charta auf Achtung des Privatlebens (Art. 7 EUGrCh), auf Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 EUGrCh) und auf Vereinigungsfreiheit (Art. 12 EUGrCh).⁹⁹

Die EU-Kommission ist bemüht, den von ihr als solchen wahrgenommenen Verstößen gegen das EU-Recht effektiv zu begegnen. In dem Vertragsverletzungsverfahren gegen Ungarn wegen des Gesetzes „Nr. LXXIX von 2021 über ein strengeres Vorgehen gegen pädophile Straftäter und die Änderung bestimmter Gesetze zum Schutz von Kindern“¹⁰⁰ stützt die Kommission ihre Klage – soweit ersichtlich erstmals – auch auf eine Verletzung von Art. 2 EUV.¹⁰¹ Es bleibt abzuwarten, inwieweit der EuGH diesem Ansatz folgt und inwieweit er der demokratischen Dekonsolidierung in Ungarn etwas entgegenzusetzen vermag.

c) Die Manipulationen des Wahlrechts

Bereits vor den von der Fidesz-Partei gewonnenen Parlamentswahlen 2010 war das ungarische Wahlrecht (Kombination aus Mehrheits- und Verhältnis-

⁹⁵ EuGH, Urt. v. 6.10.2020 – C-66/18, ECLI:EU:C:2020:792 – Kommission/Ungarn.

⁹⁶ Vgl. C. Möllers/Li. Schneider, *Demokratiesicherung in der Europäischen Union*, 2018, S. 61.

⁹⁷ Das entspricht ca. 1.285 Euro (Stand: 10.8.2023).

⁹⁸ Siehe hierzu aus der Literatur C. Möllers/Li. Schneider, *Demokratiesicherung in der Europäischen Union*, 2018, S. 61 f.

⁹⁹ EuGH, Urt. v. 18.6.2020 – C-78/18, ECLI:EU:C:2020:476 – Kommission/Ungarn.

¹⁰⁰ „Das Gesetz enthalte Änderungen zahlreicher unterschiedlicher Rechtsvorschriften, die sich unter anderem auf die Mediendienste, die Werbung, den elektronischen Geschäftsverkehr und den Unterricht erstrecken. Die Änderungen schrieben zahlreiche Verbote und Beschränkungen in Bezug auf die Vermittlung und/oder Darstellung der Abweichung von der dem Geschlecht bei der Geburt entsprechenden Identität, der Geschlechtsumwandlung sowie der Homosexualität vor.“

¹⁰¹ Europäische Kommission, Klage, eingereicht am 19.12.2022 – Europäische Kommission/Ungarn, Rs. C-769/22, 2023/C 54/19. Hierzu Dresler, *Der Brüsseler Testballon: Kommission betritt mit Klageschrift gegen Ungarns Anti-LGBTQ-Gesetz Neuland*, (21.2.2023), <https://verfassungsblog.de/der-brusseler-testballon/> (Stand: 10.8.2023).

wahlrecht¹⁰²) nicht auf eine verhältnismäßige Abbildung der Wählerstimmen ausgerichtet, was auch die Zweidrittelmehrheit im Parlament bei lediglich 53 % der Wahlstimmen in den Parlamentswahlen 2010 erklärt. Kurz nach der gewonnenen Parlamentswahl 2010 wurde die Wahlkommission mit Fidesz-Anhängern besetzt und ihre bis dahin überparteiliche Zusammensetzung abgeschafft.¹⁰³ Im Dezember 2011 wurde das Wahlrecht weiter zugunsten der Regierungsmehrheit verändert.¹⁰⁴ Die Anzahl der Abgeordnetensitze wurde reduziert und die Wahlkreise wurden nach den voraussichtlichen Siegchancen der Fidesz-Partei neu zugeschnitten (sog. „gerrymandering“¹⁰⁵). Die Bedeutung des Mehrheitswahlrechts wurde vergrößert, die Stichwahl in einer zweiten Runde beim Mehrheitswahlrecht abgeschafft (sodass die einfache Mehrheit in einem Wahlkreis ausreicht) sowie eine „Gewinner-Prämie“ eingeführt.¹⁰⁶ Außerdem wurde eine 10%-Hürde für Parteienverbindungen von zwei Parteien und eine 15%-Hürde für Parteienverbindungen von mehr als zwei Parteien aufgestellt.¹⁰⁷ Am 23.12.2013 wurde das Wahlrecht im Vorgriff auf die im April 2014 anstehenden Wahlen erneut geändert, und die Wahlkreise wurden wieder anders zugeschnitten.¹⁰⁸

d) Zwischenergebnis

Im Ergebnis behielt die Fidesz-Partei seit 2010 ihre dominierende Stellung, obwohl sie zwischenzeitlich bei einem reinen Verhältniswahlrecht die absolute Mehrheit auch mit ihrem kleineren Koalitionspartner verloren hätte. Zwar war die Fidesz-Partei mit 45 bis 53 % der Stimmen seit den Parlamentswahlen 2010 tatsächlich stets die mit Abstand stärkste Partei. Aber eine Zweidrittelmehrheit hätte sie bei einem reinen Verhältniswahlrecht zu keinem Zeitpunkt erlangt. Die gleichwohl erzielte qualifizierte Mehrheit wurde genutzt,

¹⁰² Vgl. hierzu OSZE und Venedig-Kommission, Gemeinsame Stellungnahme 662/2012 v. 18.6.2012, CDL-AD(2012)012, S. 7.

¹⁰³ *Bánkuti/Halmaj/Scheppele*, Hungary's Iliberal Turn: Disabling the Constitution, *Journal of Democracy* 23 (2012), 138 (140).

¹⁰⁴ Siehe hierzu OSZE und Venedig-Kommission, Gemeinsame Stellungnahme 662/2012 v. 18.6.2012, CDL-AD(2012)012, S. 8, wo es heißt, dass das neue System noch weniger eine verhältnismäßige Abbildung der Stimmverteilung bewirke als das vorherige Wahlrecht.

¹⁰⁵ Hierzu RhPfVerfGH, NVwZ-RR 2016, 161 (162 f.); *Butzer*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK-GG, Art. 38 Rn. 79–79.2 (Stand: 15.5.2023); *Norris*, Why Elections Fail, 2015, S. 53–55; *K. A. Schäfer*, Wahlkreise und Überrepräsentation, VR 2011, 81 (83).

¹⁰⁶ *Halmaj*, A Coup Against Constitutional Democracy. The Case of Hungary, in: Graber/Levinson/Tushnet (Hrsg.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, 2018, S. 243 (247 mit Fn. 7).

¹⁰⁷ OSZE und Venedig-Kommission, Gemeinsame Stellungnahme 662/2012 v. 18.6.2012, CDL-AD(2012)012, S. 8.

¹⁰⁸ *Fournier*, From rhetoric to action, a constitutional analysis of populism, *German Law Journal* 20 (2019), 362 (370).

die eigenen Positionen durch die Verfassungsneuschaffung, Verfassungsänderungen und den Erlass von Kardinalgesetzen vor etwaigen Änderungen maximal abzuschirmen.¹⁰⁹

2. Das Beispiel Polens

Mit großer Skepsis wird auch die Entwicklung in Polen betrachtet.¹¹⁰ Anders als die Fidesz-Partei in Ungarn verfügte die PiS-Partei („Prawo i Sprawiedliwość“, deutsch: „Recht und Gerechtigkeit“) nicht über eine verfassungsändernde Mehrheit, sondern seit der Parlamentswahl am 25.10.2015 lediglich über eine einfache Mehrheit im Sejm.¹¹¹ Allerdings beruhte diese absolute Mehrheit nicht allein auf der Stärke der PiS, sondern – wie in Ungarn – auf den Besonderheiten des Wahlsystems, denn die PiS erhielt lediglich 38 % der Stimmen.¹¹² Diese einfache Mehrheit konnte die PiS-Partei in den Wahlen 2019 allerdings verteidigen und ausbauen.¹¹³ Gleichwohl konnte und kann sie ihre Politik lediglich durch einfache, aber nicht durch verfassungsändernde Gesetze verfolgen. Die einfachen Gesetze unterliegen zudem der Kontrolle des Verfassungsgerichts, welches zunächst nicht mehrheitlich von Anhängern der PiS-Partei besetzt war. Jedoch verfügte die PiS-Partei auch in der zweiten Parlamentskammer, dem Senat, zumindest zeitweise über eine Mehrheit, und auch das Staatsoberhaupt, Staatspräsident *Andrzej Duda*, wurde und wird seit 2015 (Wiederwahl 2020) von der PiS gestellt.¹¹⁴ Wegen der fehlenden Mehrheit für eine Verfassungsänderung ist der Machtkampf zwischen Judikative und Legislative aber andauernder und heftiger als in Ungarn. Die folgende Darstellung beschränkt sich erneut auf die drei besonders bedeutsamen Aspekte Gerichtsbarkeit, Grundrechte/Zivilgesellschaft und Wahlrecht.

¹⁰⁹ Siehe die Besorgnis im Entschließungsantrag des Europäischen Parlaments zu den laufenden Anhörungen gemäß Artikel 7 Absatz 1 EUV zu Polen und Ungarn v. 9.1.2020, 2020/2513(RSP), B9–0032/2020.

¹¹⁰ Siehe hierzu *P.M. Huber*, Europäische Verfassungs- und Rechtsstaatlichkeit in Bedrängnis, *Der Staat* 56 (2017), 389 (392 f.); *C. Möllers/Li. Schneider*, Demokratiesicherung in der Europäischen Union, 2018, S. 68–81; *Sadurski*, Constitutional Crisis in Poland, in: Graber/Levinson/Tushnet (Hrsg.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, 2018, S. 257 ff.

¹¹¹ *C. Möllers/Li. Schneider*, Demokratiesicherung in der Europäischen Union, 2018, S. 68.

¹¹² *Sadurski*, Constitutional Crisis in Poland, in: Graber/Levinson/Tushnet (Hrsg.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, 2018, S. 257 (257 f.).

¹¹³ *Gnauck*, PiS baut absolute Mehrheit aus, in: *F.A.Z.* v. 15.10.2019, Nr. 239, S. 1.

¹¹⁴ *C. Möllers/Li. Schneider*, Demokratiesicherung in der Europäischen Union, 2018, S. 68.

a) Die Disziplinierung der (Verfassungs-)Gerichtsbarkeit

Die Änderungen der neuen Parlamentsmehrheit hinsichtlich der Gerichtsbarkeit betreffen die Staatsanwaltschaft, die ordentliche Gerichtsbarkeit, den Landesjustizrat sowie das Oberste Gericht.¹¹⁵ Auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist zunehmend betroffen.¹¹⁶ Als Erstes widmete sich die aus den Parlamentswahlen am 25.10.2015 hervorgegangene neue Mehrheit aber dem Verfassungsgericht¹¹⁷ und seiner Besetzung, nachdem erst im Sommer 2015 eine Reform des Verfassungsgerichtsgesetzes noch durch die alte Parlamentsmehrheit erfolgt war. Diese Reform stellte weitgehend eine Kodifizierung der bis dahin befolgten Praxis dar und hatte lediglich präzisierenden oder klarstellenden Charakter.¹¹⁸ Streit bestand insofern nicht. Umstritten war allein eine Neuregelung, welche vorsah, dass die fünf noch im Jahre 2015 aus dem Verfassungsgericht ausscheidenden Richter von dem damals noch amtierenden Sejm zu wählen seien und nicht von dem neuen Sejm, wie er nach der Parlamentswahl im Herbst 2015 zusammengesetzt sein würde.¹¹⁹ Drei dieser fünf zu wählenden Richter schieden vor dem Zusammentritt des neuen Sejms aus dem Amt und wurden im Oktober vom alten Sejm gewählt. Die Amtszeit zweier weiterer Richter endete erst nach dem erstmaligen Zusammentritt des neuen Sejms und sie wurden ebenfalls noch vom alten Sejm gewählt. Der Staatspräsident *Duda* von der PiS vereidigte diese fünf Richter aber nicht.¹²⁰

Rund einen Monat nach der gewonnenen Parlamentswahl stellte der neue Sejm fest, dass diese kurz zuvor erfolgten Richterwahlen unzulässig waren, und wählte fünf andere Verfassungsrichter auf die bereits vergebenen Posten. Die fünf später gewählten Richter wurden auch vom Staatspräsidenten vereidigt.¹²¹ Das polnische Verfassungsgericht entschied am 3.12.2015 und am 9.12.2015, dass die Wahl der drei Richter im Oktober rechtmäßig erfolgte und

¹¹⁵ Siehe hierzu *de Vries*, Bedrohungen für die Unabhängigkeit der Justiz in Polen – Teil 1, WiRO 2018, 105 ff.; *de Vries*, Bedrohungen für die Unabhängigkeit der Justiz in Polen – Teil 2, WiRO 2018, 129 ff.

¹¹⁶ *Kenntner*, Die polnische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Zeiten der PiS-Justizreform, NVwZ 2021, 610 ff.

¹¹⁷ „Demontage“ heißt es hierzu bei *Masing*, Verfassung im internationalen Mehrebenensystem, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 2 Rn. 104.

¹¹⁸ *De Vries*, Der Konflikt um den polnischen Verfassungsgerichtshof – Teil 1, WiRO 2016, 71 (72).

¹¹⁹ *De Vries*, Der Konflikt um den polnischen Verfassungsgerichtshof – Teil 1, WiRO 2016, 71 (71). Siehe zur Chronologie der Ereignisse Venedig-Kommission, Stellungnahme 833/2015 v. 11.3.2016, CDL-AD(2016)001, S. 4–7.

¹²⁰ Hierzu ausführlich *de Vries*, Der Konflikt um den polnischen Verfassungsgerichtshof – Teil 1, WiRO 2016, 71 ff. sowie *de Vries*, Der Konflikt um den polnischen Verfassungsgerichtshof – Teil 2, WiRO 2016, 104 ff.

¹²¹ *C. Möllers/Li. Schneider*, Demokratiesicherung in der Europäischen Union, 2018, S. 69.

sie vom Staatspräsidenten ernannt werden müssten; dies gelte aber ebenso für die Wahl von zwei Richtern durch den neuen Sejm. Die übrigen Wahlen waren hingegen widerrechtlich. Jedoch weigerte sich der polnische Staatspräsident auch weiterhin, wenigstens die drei zuvor durch den alten Sejm korrekt gewählten Richter zu vereidigen.¹²² Der EGMR hat zwischenzeitlich entschieden, dass das polnische Verfassungsgericht nicht ordentlich zusammengesetzt war und dass das Recht der Beschwerdeführer auf ein „auf Gesetz beruhendem Gericht“ aus Art. 6 I EMRK verletzt worden ist.¹²³ Daraufhin wurden auch Garantien der EMRK als mit der polnischen Verfassung unvereinbar befunden.¹²⁴

Am 22.12.2015 wurde eine weitere Novelle des Verfassungsgerichtsgesetzes verabschiedet, welche u. a. explizit die Regel einführt, dass die Amtszeit eines Richters erst mit seiner Vereidigung beginnt, alle Entscheidungen des Verfassungsgerichts mit Zweidrittelmehrheit getroffen werden müssen, 13 von 15 Richtern anwesend sein müssen¹²⁵ und alle Verfahren chronologisch nach dem Eingangsdatum abzarbeiten sind.¹²⁶ Diese Maßnahmen bezweckten, dass das Verfassungsgericht entweder gar nicht arbeitsfähig ist oder es zumindest äußerst unwahrscheinlich würde, dass ein Gesetz für verfassungswidrig erklärt würde. Außerdem sollte die Überprüfung der gerade erlassenen Gesetze weit in die Zukunft geschoben werden. Die Novelle wurde aber – unter Nichtbefolgung der neuen Gesetze – vom Verfassungsgericht am 9.3.2016 für verfassungswidrig erklärt. Jedoch wurde dieses Urteil mit der Begründung, es sei nicht wirksam nach den neuen Regeln zustande gekommen, von der Regierung weder veröffentlicht noch vollzogen.¹²⁷ Dazu wurde im Juli 2016 ein weiteres Gesetz erlassen, das die Veröffentlichung von Gerichtsurteilen nicht mehr als zwingend vorsieht, sondern in das Ermessen der

¹²² C. Möllers/Li. Schneider, Demokratiesicherung in der Europäischen Union, 2018, S. 69–71. Die Venedig-Kommission schloss sich der Meinung des Verfassungsgerichts an, Venedig-Kommission, Stellungnahme 833/2015 v. 11.3.2016, CDL-AD(2016)001, S. 9–16. Gärditz, Richterwahl im Vergleich: Polen und Deutschland, DRiZ 2018, 20 (20) bezeichnet das Vorgehen als „staatsstreichartig“.

¹²³ EGMR, Urt. v. 7.5.2021 – 4907/18, Rn. 243–291 – Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Polen, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-210065> (Stand. 10.8.2023) = NJW 2022, 1229 ff.

¹²⁴ Blanke/Sander, Die europäische Rechtsstaatlichkeit und ihre Widersacher – Anmerkungen zur Situation in Polen mit einem Seitenblick auf Ungarn, EuR 2023, 54 (69).

¹²⁵ Da bei drei der 15 Richter Streit bestand, ob diese rechtmäßig dem Gericht angehören, konnte die nunmehr erforderliche Anzahl von 13 Richtern nicht erreicht werden, ohne den Streit um die Ernennungen wieder aufbrechen zu lassen.

¹²⁶ Siehe hierzu auch Müller-Franken, Beschränkungen der Wirksamkeit von Verfassungsgerichten durch Gesetze, AöR 142 (2017), 276 (278 f.).

¹²⁷ C. Möllers/Li. Schneider, Demokratiesicherung in der Europäischen Union, 2018, S. 70 f. Kritik hieran von der Venedig-Kommission, Stellungnahme 860/2016 v. 14.10.2016, CDL-AD(2016)026, S. 16–20. Zum deutschen Recht Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2020, Rn. 1542 f., 1546–1563.

Regierung stellt.¹²⁸ Auch dieses Gesetz wurde vom Verfassungsgericht am 11.8.2016 für verfassungswidrig erklärt, aber ebenfalls von der Regierung nicht veröffentlicht.¹²⁹

Anfang Juni 2016 leitete die EU-Kommission den EU-Rahmen zur Stärkung der Rechtsstaatlichkeit in Polen ein (Vorstufe zum Verfahren nach Art. 7 I EUV).¹³⁰ Gleichwohl folgten im Sommer 2017¹³¹ weitere Justizreformen, welche den Einfluss von Parlament und Regierung auf die Justiz vergrößerten. Zunächst trat das Gesetz über das „System der ordentlichen Gerichte“¹³² in Kraft. Es sah z. B. eine neue Ruhestandsregelung für Richterinnen und Richter vor. Richterinnen, die das 60. Lebensjahr vollendet hatten, und Richter, die das 65. Lebensjahr vollendet hatten, wurden mit sofortiger Wirkung in den Ruhestand versetzt, wobei der Justizminister im Einzelfall eine längere Amtsdauer zulassen konnte.¹³³ Außerdem erhielt der Justizminister das Recht, die Gerichtspräsidenten ohne Beteiligung der richterlichen Selbstverwaltung zu ernennen, die Versetzungsregelungen für Richter wurden geändert, die Aufsichtsmöglichkeiten der höheren Instanzen über untere Instanzen erhöht und spezielle Disziplinargerichte eingeführt.¹³⁴

Weitere Reformen betrafen den Nationalen Rat der Justiz, auch Landesjustizrat¹³⁵ genannt, und das Oberste Gericht¹³⁶. Durch das neue Gesetz über das

¹²⁸ C. Möllers/Li. Schneider, *Demokratisierung in der Europäischen Union*, 2018, S. 71 unter Verweis auf P.M. Huber, *Europäische Verfassungs- und Rechtsstaatlichkeit in Bedrängnis*, *Der Staat* 56 (2017), 389 (392).

¹²⁹ Empfehlung (EU) 2017/146 der Kommission v. 21.12.2016 zur Rechtsstaatlichkeit in Polen in Ergänzung zur Empfehlung (EU) 2016/1374, ABl. EU 2017/L 22/65, Rn. 10.

¹³⁰ Hierzu Oesch, *Das Rechtsstaatlichkeitsverfahren der EU gegen Polen – Bestandsaufnahme und Zwischenfazit*, *EUZ* 2016, 130 ff.

¹³¹ Siehe hierzu die Chronologie bei Venedig-Kommission und Generaldirektion für Menschenrechte und Rechtsstaatlichkeit (DGI) des Europarats, *Gemeinsame Stellungnahme 977/2020* v. 16.1.2020, CDL-PI(2020)002, S. 3–5.

¹³² Vgl. de Vries, *Bedrohungen für die Unabhängigkeit der Justiz in Polen – Teil 1*, *WiRO* 2018, 105 (107–109).

¹³³ Der EuGH sah hierin eine Verletzung von Art. 157 AEUV sowie von Art. 5 lit. a) und Art. 9 I lit. f) der Richtlinie gegen Diskriminierung 2006/54/EG: EuGH, *Urt. v. 5.11.2019 – C-192/18*, ECLI:EU:C:2019:924 – *Kommission/Polen*. Vgl. hierzu Leick, *Fortgesetzte Sicherung europäischer Werte in Polen – die Macht der kleinen Schritte*, *NVwZ* 2020, 291 ff. Auch die Venedig-Kommission äußerte Kritik, vgl. Venedig-Kommission, *Stellungnahme 904/2017* v. 11.12.2017, CDL-AD(2017)031, S. 11 f., wobei das unterschiedliche Renteneintrittsalter für Richterinnen und Richter nicht thematisiert wird.

¹³⁴ Siehe de Vries, *Bedrohungen für die Unabhängigkeit der Justiz in Polen – Teil 1*, *WiRO* 2018, 105 (108 f.).

¹³⁵ Siehe de Vries, *Bedrohungen für die Unabhängigkeit der Justiz in Polen – Teil 1*, *WiRO* 2018, 105 (109 f.).

¹³⁶ Siehe hierzu de Vries, *Bedrohungen für die Unabhängigkeit der Justiz in Polen – Teil 2*, *WiRO* 2018, 129 (129). Diese Reform wurde nach massiven Protesten und Kritik aus dem In- und Ausland vom Staatspräsidenten zunächst abgelehnt, trat aber dann im folgenden Jahr in nur geringfügig abgeschwächter Form in Kraft.

Oberste Gericht wurde z.B. das Ruhestandsalter der Richter am Obersten Gericht von 70 auf 65 Jahre gesenkt. Das Pensionsalter kann aber vom Staatspräsidenten im Einzelfall um weitere drei Jahre heraufgesetzt werden. Hiermit können freiwerdende Stellen nach Belieben vom Staatspräsidenten besetzt werden. Außerdem wurde die Anzahl der Richter am Obersten Gericht auf 120 erhöht,¹³⁷ was eine weitere Möglichkeit bietet, Anhänger der Regierungspartei an das Oberste Gericht zu bringen. In dem entsprechenden Vertragsverletzungsverfahren ordnete der EuGH zunächst an, dass die Anwendung der nationalen Bestimmungen zur Senkung des Ruhestandsalters der Richter am Obersten Gerichtshof unverzüglich auszusetzen sei.¹³⁸ Am 24.6.2019 hat der EuGH in seinem Urteil in der Hauptsache einen Verstoß gegen Art. 19 I UAbs. 2 EUV (Pflicht zur Schaffung von Rechtsbehelfen für einen effektiven Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen) bejaht.¹³⁹

Am 20.12.2019 wurden vom polnischen Sejm weitere Änderungen des Justizwesens beschlossen. Unter anderem wird jegliche politische Tätigkeit von Richtern verboten, sie werden zur Offenlegung ihrer Mitgliedschaft in Verbänden verpflichtet und unterliegen besonderen Disziplinkammern.¹⁴⁰ Diese Disziplinkammern hat der EuGH zwar für mit Unionsrecht unvereinbar erklärt, gleichwohl war die politisch besetzte Kammer zunächst weiterhin aktiv und versucht, missliebige Richter aus dem Amt zu entfernen.¹⁴¹ Um den Erhalt von EU-Geldern für die Erholung von der Coronapandemie nicht zu gefährden, wurde die Disziplinkammer 2022 zwar aufgelöst.¹⁴² Aber die Neuregelungen erfolgten nur halbherzig, sodass der EuGH das verhängte Zwangsgeld von 1 Mio. Euro pro Tag lediglich halbierte.¹⁴³

Der Gegenwind aus Brüssel und Luxemburg veranlasste die inzwischen auf Linie gebrachte polnische Verfassungsgerichtsbarkeit aber nicht dazu, europäische Entscheidungen zu beachten; vielmehr wurde der Vorrang des Unions-

¹³⁷ *De Vries*, Bedrohungen für die Unabhängigkeit der Justiz in Polen – Teil 2, WiRO 2018, 129 (129).

¹³⁸ EuGH, Beschl. v. 17.12.2018 – C-619/18 R, ECLI:EU:C:2018:1021 – Kommission/Polen.

¹³⁹ EuGH, Urt. v. 24.6.2019 – C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 – Kommission/Polen.

¹⁴⁰ Siehe die Kritik von Venedig-Kommission und Generaldirektion für Menschenrechte und Rechtsstaatlichkeit (DGI) des Europarats, Gemeinsame Stellungnahme 977/2020 v. 16.1.2020, CDL-PI(2020)002, S. 6, 7–9. Der EuGH hat die Republik Polen verpflichtet, Teile des Gesetzespaktes vorläufig unangewendet zu lassen, vgl. EuGH, Beschl. v. 8.4.2020 – C-791/19 R, ECLI:EU:C:2020:277 – Kommission/Polen.

¹⁴¹ *Hassel*, Richter im Visier, in: SZ v. 13.10.2020, Nr. 236, S. 6; *Kenntner*, Die polnische Verwaltungsverfahrensbarkeit in Zeiten der PiS-Justizreform, NVwZ 2021, 610 (613).

¹⁴² Siehe *Blanckel/Sander*, Die europäische Rechtsstaatlichkeit und ihre Widersacher – Anmerkungen zur Situation in Polen mit einem Seitenblick auf Ungarn, EuR 2023, 54 (73 f.).

¹⁴³ EuGH, Beschl. v. 21.4.2023 – C-204/21 R-RAP, ECLI:EU:C:2023:334 – Polen/Kommission. Hierzu *Geuss (T.G.)*, EuGH halbiert Zwangsgeld, in: F.A.Z. v. 22.4.2023, Nr. 94, S. 6.

rechts bestritten.¹⁴⁴ Am deutlichsten wurde dies wohl in einem Urteil des polnischen Verfassungsgerichts vom 7.10.2021. Auf einen Antrag des Premierministers hin entschied das Gericht, dass mehrere Kernbestimmungen des Primärrechts, wie etwa Art. 1 i. V. m. Art. 4 III, 19 I UA 2 EUV und Art. 2 EUV verfassungswidrig seien.¹⁴⁵ Die EU reagierte ihrerseits mit weiteren Vertragsverletzungsverfahren.

b) Die Beeinträchtigung der Grundrechte und der Zivilgesellschaft

Im Dezember 2015 begann auch in Polen eine Reform des Mediengesetzes.¹⁴⁶ Zunächst wurden die bis dahin unabhängigen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten unter die Aufsicht der Regierung gestellt.¹⁴⁷ Im Juli 2016 wurde dazu ein Rat der Nationalen Medien geschaffen, dessen Mitglieder von Sejm, Senat und Staatspräsident gewählt werden und welcher die Vorstände der öffentlich-rechtlichen Medienanstalten bestimmt. Er kontrolliert die öffentlich-rechtlichen Medien.¹⁴⁸ Hierdurch ist eine Einflussnahme auf den Inhalt der Berichterstattung möglich. Bitten der Europäischen Kommission um Stellungnahmen, da die Wahrung der Freiheit und Vielfalt der Medien anzuzweifeln sei, blieben unbeantwortet.¹⁴⁹

Eine weitere Form der Einflussnahme auf den Inhalt der öffentlichen Debatte stellt die „lex Gross“, auch „Holocaust-Gesetz“ genannte Vorschrift, dar. Sie verbietet, den polnischen Staat und die polnische Nation als mitverantwortlich für Verbrechen der Nationalsozialisten während des Zweiten Weltkriegs zu bezeichnen. Ein Verstoß kann mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren geahndet werden. Ebenfalls verboten ist es, Aussagen zu tätigen, welche die Ehre und Reputation Polens oder der polnischen Nation verletzen. Dieses Gesetz bezieht sich auch auf historische Forschung, sodass ein abschreckender Effekt durch diese Gesetze befürchtet wird.¹⁵⁰

¹⁴⁴ Hassel, Warschau geht auf Konfrontation, in: SZ v. 15.7.2021, Nr. 160, S. 1.

¹⁴⁵ Blanke/Sander, Die europäische Rechtsstaatlichkeit und ihre Widersacher – Anmerkungen zur Situation in Polen mit einem Seitenblick auf Ungarn, EuR 2023, 54 (69).

¹⁴⁶ Hong, „Constitutional resilience – How can a Democratic constitution survive an autocratic majority?\": Freedom of Speech, Media and Civil Society in Hungary and Poland (9.12.2018), <https://verfassungsblog.de/constitutional-resilience-how-can-a-democratic-constitution-survive-an-autocratic-majority-freedom-of-speech-media-and-civil-society-in-hungary-and-poland/> (Stand: 10.8.2023).

¹⁴⁷ C. Möllers/Li. Schneider, Demokratiesicherung in der Europäischen Union, 2018, S. 71 f.

¹⁴⁸ C. Möllers/Li. Schneider, Demokratiesicherung in der Europäischen Union, 2018, S. 72.

¹⁴⁹ C. Möllers/Li. Schneider, Demokratiesicherung in der Europäischen Union, 2018, S. 72.

¹⁵⁰ Sadurski, Constitutional Crisis in Poland, in: Graber/Levinson/Tushnet (Hrsg.), Constitutional Democracy in Crisis?, 2018, S. 257 (269).

Gegendemonstrationen gegen von Staat oder Kirche organisierte Versammlungen sind in der unmittelbaren Nähe der Erstversammlung unzulässig, während Versammlungen, die patriotische, religiöse oder besondere historische Ereignisse betreffen, privilegiert werden.¹⁵¹ Dies hat zu einer zunehmenden Härte der Polizei gegen Gegendemonstrationen geführt.¹⁵²

Zur Kontrolle von Nichtregierungsorganisationen wurden zwei neue Behörden geschaffen. Die eine ist die höchste Instanz in allen Fragen der Finanzierung, Kontrolle und Entwicklung von Nichtregierungsorganisationen. Sie besteht überwiegend aus Regierungsmitgliedern. Die andere ist für die Vergabe von Zuwendungen nach den Vorgaben der Regierungsrichtlinien zuständig. Allerdings garantieren die zugrunde liegenden Gesetze keine inhaltliche Neutralität gegenüber den Zielen der Nichtregierungsorganisationen, vielmehr besteht die Möglichkeit, regierungsnahen Organisationen zu bevorzugen. So werden in der Präambel des einschlägigen Gesetzes christliche Werte besonders hervorgehoben.¹⁵³

c) Die Politisierung des Wahlrechts

Ende 2017/Anfang 2018 wurde das Wahlsystem modifiziert. Bestimmendes Merkmal hierbei ist, dass die bis dahin von unabhängigen Richtern verschiedener Gerichte wahrgenommenen Funktionen der Wahlbehörden nunmehr von Personen ausgeübt werden, die vom Sejm oder von der Regierung ernannt wurden. Im Ergebnis können nun alle im Zusammenhang mit Wahlen relevanten Posten einschließlich der Zuständigkeiten für die Wahlkreiseinteilung an Mitglieder oder Anhänger der Parlamentsmehrheit übertragen werden.¹⁵⁴ Auch Streitigkeiten im Zusammenhang mit den Wahlen werden von diesen Gremien entschieden.¹⁵⁵

d) Zwischenergebnis

Auch in Polen versuchte – oftmals erfolgreich – die neue Parlamentsmehrheit, mit ihrer Regierung die demokratischen Spielregeln zu ihren Gunsten zu verändern, um so dauerhaft die eigenen Positionen durchsetzen zu können. Die

¹⁵¹ *Sadurski*, Constitutional Crisis in Poland, in: Graber/Levinson/Tushnet (Hrsg.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, 2018, S. 257 (268 f.).

¹⁵² *Sadurski*, Constitutional Crisis in Poland, in: Graber/Levinson/Tushnet (Hrsg.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, 2018, S. 257 (269).

¹⁵³ *Sadurski*, Constitutional Crisis in Poland, in: Graber/Levinson/Tushnet (Hrsg.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, 2018, S. 257 (270).

¹⁵⁴ *Sadurski*, Constitutional Crisis in Poland, in: Graber/Levinson/Tushnet (Hrsg.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, 2018, S. 257 (270).

¹⁵⁵ *Sadurski*, Constitutional Crisis in Poland, in: Graber/Levinson/Tushnet (Hrsg.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, 2018, S. 257 (270).

Ausschaltung des Verfassungsgerichts als unabhängige Kontrollinstanz, die Einflussnahme auf die Justiz insgesamt sowie die Besetzung von Schlüsselpositionen im Hinblick auf Wahlen und Medien mit Gefolgsleuten waren die entscheidenden Schritte.¹⁵⁶ Die Parlamentarische Versammlung des Europarats hat am 28.1.2020 beschlossen, ein Monitoring-Verfahren gegen Polen wegen der Verschlechterung des Rechtsstaats einzuleiten.¹⁵⁷

3. Übereinstimmende Kennzeichen und Bewertung

Es zeigt sich ein klares Muster: In Ungarn und Polen haben die jeweils herrschenden Mehrheiten gezielt und in grundlegender Weise die Rechtsordnung verändert. Selbst in Polen, wo die Regierungsmehrheit über keine verfassungsändernde Mehrheit verfügt, kann man von einer *De-facto*-Verfassungsänderung sprechen.¹⁵⁸ Eingewirkt wurde auf die Justiz (Verfassungsgerichtsbarkeit mit ihrer Organisation, ihren Kompetenzen und Verfahrensanforderungen, Unabhängigkeit der Gerichte), die Meinungs-, Presse- und Rundfunkfreiheit, das Parteien-, Vereins- und Stiftungsrecht, die Wissenschaftsfreiheit sowie die Versammlungsfreiheit.

a) Demokratische Dekonsolidierung, nicht bloßer demokratischer Wettbewerb

Die Entwicklungen in Polen und Ungarn können deshalb beispielhaft den demokratischen Rückschritt, die demokratische Dekonsolidierung, illustrieren. Zwar würden wohl sowohl die Fidesz- als auch die PiS-Partei es weit von sich weisen, undemokratisch zu sein. Vielmehr bezeichnen sie sich selbst als Demokraten¹⁵⁹ und verteidigen die ergriffenen Maßnahmen damit, dass diese

¹⁵⁶ Siehe insgesamt die Besorgnis über die Entwicklung in: Entschließung des Europäischen Parlaments zu den laufenden Anhörungen gemäß Artikel 7 Absatz 1 EUV zu Polen und Ungarn v. 9.1.2020, 2020/2513(RSP), B9-0032/2020.

¹⁵⁷ Parlamentarische Versammlung des Europarats, The functioning of democratic institutions in Poland, Resolution 2316 (2020), Rn. 17, <https://pace.coe.int/en/files/28504/html> (Stand: 10.8.2023). Hierzu *M. Breuer*, The Struggle of Strasbourg. The Council of Europe's Response to Rule of Law Backsliding and Serious Violations of Fundamental Principles (3.2.2020), <https://verfassungsblog.de/the-struggle-of-strasbourg/> (Stand: 10.8.2023).

¹⁵⁸ *Daly*, Between Fear and Hope: Poland's Democratic Lessons for Europe (and Beyond); *European Constitutional Law Review* 15 (2019), 752 (755). Siehe auch *Sadurski*, Constitutional Crisis in Poland, in: Graber/Levinson/Tushnet (Hrsg.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, 2018, S. 257 (258 f.).

¹⁵⁹ Das allein ist selbstverständlich nicht ausschlaggebend. Auch Nordkorea bezeichnet sich als Demokratie, vgl. *Ginsburg/Huq*, Defining and Tracking the Trajectory of Liberal Constitutional Democracy, in: Graber/Levinson/Tushnet (Hrsg.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, 2018, S. 29 (33); *Volkmann*, Krise der konstitutionellen Demokratie?, *Der Staat* 58 (2019), 643 (645).

zum Schutz der Demokratie oder des Volks unerlässlich seien.¹⁶⁰ Darüber hinaus wird auf vergleichbare Maßnahmen der Vorgängerregierungen hingewiesen.¹⁶¹ Schließlich wurden in beiden Staaten in aufeinanderfolgenden Wahlen Mehrheiten errungen, die den Schluss zulassen, dass das Volk die ergriffenen Maßnahmen mehrheitlich befürwortet.¹⁶² Handelt es sich möglicherweise nur um den Dualismus von Mehrheit und Minderheit, der dem demokratischen Ringen immanent ist und in den genannten zwei Staaten derzeit nur besonders intensiv ausgefochten wird? Liegt womöglich kein Angriff auf die Demokratie vor, sondern zeigt sich lediglich, dass ein Machtwechsel zu einem Wechsel der politischen Prioritäten und zu veränderten Gesetzen führt?¹⁶³ Wäre dies der Fall, ließe sich der Vorwurf erheben, dass die abgewählten Mehrheiten schlechte Verlierer seien.

Die Grenzziehung zwischen der zulässigen Ausgestaltung des demokratischen Systems durch die jeweilige Mehrheit und der demokratischen Dekonsolidierung kann diffizil sein.¹⁶⁴ Nicht jede – ggf. auch bloß vorübergehende – Verschlechterung kann als demokratischer Rückschritt eingestuft werden. Der demokratische Gesetzgeber hat einen Spielraum beim Gesetzeserlass und muss diesen auch haben. Während Veränderungen und damit auch einzelne Verschlechterungen nicht *per se* unzulässig sind, so gibt es doch Grenzen der strukturellen Verschiebbarkeit auf Verfassungsebene und – erst recht – auch der jeweiligen Mehrheitsmacht beim Gesetzeserlass.¹⁶⁵ So wird z.B. in der Bundesrepublik Deutschland im Hinblick auf das Sozialstaatsprinzip gem.

¹⁶⁰ So wurden z.B. in Polen die Maßnahmen zur Beeinträchtigung der Unabhängigkeit der Justiz mit einer verbesserten demokratischen Legitimation begründet, vgl. Venedig-Kommission und Generaldirektion für Menschenrechte und Rechtsstaatlichkeit (DGI) des Europarats, Gemeinsame Stellungnahme 977/2020 v. 16.1.2020, CDL-PI(2020)002, S. 3. Vgl. *Volkemann*, Krise der konstitutionellen Demokratie?, *Der Staat* 58 (2019), 643 (653): „Gefahren drohen der konstitutionellen Demokratie auf diese Weise wesentlich von innen, so wie auch der Angriff gegen sie von innen heraus erfolgt, teils ausdrücklich im Namen der Demokratie geführt wird, teils mit den Mitteln, die sie bereitstellt.“

¹⁶¹ Hierzu Parlamentarische Versammlung des Europarats, The functioning of democratic institutions in Poland, Resolution 2316 (2020), Rn. 10, <https://pace.coe.int/en/files/28504/html> (Stand: 10.8.2023); *Grabenwarter*, Constitutional Resilience (6.12.2018), Ziff. II b), <https://verfassungsblog.de/constitutional-resilience/> (Stand: 10.8.2023).

¹⁶² Vgl. *Manow*, (Ent-)Demokratisierung der Demokratie, 2020, S. 17.

¹⁶³ *Volkemann*, Krise der konstitutionellen Demokratie?, *Der Staat* 58 (2019), 643 (645), der die Frage auch stellt, formuliert: „Möglicherweise drückt sich in der verbreiteten Krisendiagnose ja nur das Erschrecken eines linksliberalen, kosmopolitischen und wirtschaftlich gut gestellten Milieus darüber aus, dass plötzlich die anderen gewinnen. Möglicherweise haben wir es aber doch mit den Vorbote einer größeren, tieferliegenden Veränderung zu tun, deren Folgen derzeit erst dunkel abzusehen sind.“

¹⁶⁴ Zu dieser Schwierigkeit *Waldner/Lust*, Unwelcome Change: Coming to Terms with Democratic Backsliding, *Annual Review of Political Science* 21 (2018), 93 (95 f.).

¹⁶⁵ *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Losebl. (Stand: Januar 2022), Art. 20 II Rn. 51–53. Ein Gleichsetzen des demokratischen Prinzips mit der reinen Mehrheitsentscheidung lässt sich jedoch des Öfteren in der politischen Auseinandersetzung feststellen.

Art. 20 I GG ein sozialstaatliches Rückschrittsverbot diskutiert,¹⁶⁶ welches aber überwiegend abgelehnt wird.¹⁶⁷ Gleiches gilt auch für das Demokratieprinzip. Auch aus diesem Grund wird in der vorliegenden Arbeit nicht der Begriff „demokratischer Rückschritt“, sondern der von der Diskussion um ein Rückschrittsverbot unberührte Begriff „demokratische Dekonsolidierung“ verwendet.

Art und Ausmaß der Umwälzungen in Polen und Ungarn rechtfertigen, von einer demokratischen Dekonsolidierung auszugehen und die Besorgnisse der europäischen Institutionen für begründet zu erachten. Der Verweis auf die gewonnenen Parlamentswahlen ändert hieran nichts, denn nach den umfangreichen Gesetzesänderungen waren die Chancen für die einzelnen Parteien ungleich verteilt. Das betrifft Wahlwerbung in Medien und auf Versammlungen sowie das Wahlrecht. Dieses wurde in Ungarn gezielt so modifiziert, dass der regierenden Fidesz-Partei dauerhaft ein beträchtlicher struktureller Vorteil verschafft wurde. Aus einer einfachen Mehrheit bei den abgegebenen Stimmen wurde eine Zweidrittelmehrheit im Parlament, welche auch Verfassungsänderungen bzw. Verfassungsneuschöpfungen gestattet. Kurz vor den Wahlen wurde das Wahlrecht teilweise mehrfach geändert und auch die Wahlkreiseinteilung „angepasst“. Damit wird deutlich, dass es um mehr als lediglich die unterschiedliche Beurteilung einzelner Sachfragen geht. Vielmehr sind die Grundlagen des demokratischen Prozesses betroffen. Demokratie bedeutet Herrschaft auf Zeit; die Minderheit muss die Chance haben, die Mehrheit zu erlangen, und die Mehrheit muss fürchten, zur Minderheit zu werden.¹⁶⁸ Diese Gegebenheit anzuerkennen und sich entsprechend zu verhalten, verlangt das demokratische Ethos.¹⁶⁹ Hiermit ist die „vorbehaltlose Anerkennung der demokratischen Spielregeln, insbesondere der gleichen Chance politischer Machtgewinnung“ gemeint.¹⁷⁰ *Ernst-Wolfgang Böckenförde* formuliert mit

¹⁶⁶ *Bieback*, Verfassungsrechtlicher Schutz gegen Abbau und Umstrukturierung von Sozialleistungen, 1997; *Schlenker*, Soziales Rückschrittsverbot und Grundgesetz, 1986.

¹⁶⁷ *Heyers*, Möglichkeiten und Grenzen einer Ökonomisierung des Sozialrechts am Beispiel der Priorisierung in der Gesetzlichen Krankenversicherung, *MedR* 2016, 857 (860); *Schmidt-Aßmann*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, 2001, S. 31–33 m. w. N.; *Schmidt-Aßmann*, Verfassungsfragen der Gesundheitsreform, *NJW* 2004, 1689 (1690).

¹⁶⁸ So zur deutschen Verfassungslage *BVerfGE* 44, 125 (139); 144, 20 (196 f.), siehe hierzu unten B. II. 1.

¹⁶⁹ Zum Begriff *E.-W. Böckenförde*, Vom Ethos der Juristen, 2. Aufl. 2011, S. 11–13; speziell zum demokratischen Ethos *E.-W. Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR*, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 74–80. In diese Richtung tendieren auch *Fox/Nolte*, Intolerant Democracies, *Harvard International Law Journal* 36 (1995), 1 (12, 14); *Harbarth*, Der Auftrag des Staates zur Verwirklichung seiner Voraussetzungen als produktives Dilemma, *AöR* 148 (2023), 1 (9–11). Siehe ausführlicher unten A. II. 1. d) bb).

¹⁷⁰ *E.-W. Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR*, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 74–80, insbes. 76.

Blick auf Wahlrechtsmanipulationen: „Solche Manipulationen treffen die Demokratie im Kern.“¹⁷¹ Dies legt nahe, dass es sich nicht lediglich um den politischen Wettbewerb zwischen Mehrheit und Minderheit, sondern vielmehr den Versuch handelt, gerade diesen Wettbewerb auszuschalten und den Verlust der Mehrheit so zuverlässig wie möglich zu verhindern.¹⁷² Für die Demokratie ist der friedliche Wechsel der Macht jedoch charakteristisch.¹⁷³ *Adam Przeworski* hat lakonisch formuliert, dass die Demokratie ein System sei, in welchem Parteien Wahlen *verlieren*.¹⁷⁴ Eine Partei, die immer nur Wahlen *gewinnt*, erringt die Siege möglicherweise nicht in einem demokratischen System. Die Verhinderung des friedlichen Machtwechsels wird durch zahlreiche Maßnahmen für diverse Lebensbereiche (Medien, Vereinigungen, Universitäten, Wahlen, Gerichtsbarkeit) angestrebt. Indem der demokratische Konsens aufgekündigt wird, wird eine faktische Verfassungsänderung durch eine Vielzahl an gesetzlichen Maßnahmen vorgenommen.

b) Veränderung des Verfassungscharakters

Durch die demokratische Dekonsolidierung wird der Charakter der Verfassungsordnung insgesamt verändert.¹⁷⁵ Ungarn hat sich von einer liberalen Demokratie zu einer „illiberalen“ Staatsform entwickelt, was einen fundamentalen Wandel darstellt. Die polnische Entwicklung ist indes noch aufschlussreicher, da dort keine verfassungsändernde, sondern „bloß“ eine absolute Mehrheit agiert. Gleichwohl kommen die Auswirkungen der verschiedenen Maßnahmen einer grundlegenden Verfassungsänderung zumindest nahe (*De-facto*-Verfassungsänderung). Dies gilt insbesondere dann, wenn festgestellte Verfassungsverstöße – wie in Polen – ohne Sanktionen bleiben oder – wie in Ungarn – verfassungswidrige Gesetze in die Verfassung aufgenommen werden. Dass die im Verfassungsprozess unterlegene Regierung ihre Niederlage dadurch ungeschehen machen kann, das Urteil nicht zu publizieren, spricht rechtsstaatlichen Prinzipien und dem Vorrang der Verfassung Hohn.

c) Veränderung des Verfassungscharakters durch Maßnahmenkumulation

Der Verfassungscharakter wird nicht auf einen Schlag verändert. Die Verfassungsordnung wird vielmehr *etappenweise* durch Maßnahmenbündel, welche

¹⁷¹ E.-W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 76.

¹⁷² So auch Lübbe-Wolff, Das europäische Frankensteinproblem, in: F.A.Z. v. 13.1.2022, Nr. 10, S. 14.

¹⁷³ Popper, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Bd. I, 7. Aufl. 1992, S. 149 f.

¹⁷⁴ Przeworski, Democracy and the Market, 1991, S. 10.

¹⁷⁵ Siehe ausführlich zur deutschen Rechtslage unten A. III. 1.

unterschiedliche Rechtsgebiete und Gesellschaftsbereiche betreffen und sich wechselseitig verstärken,¹⁷⁶ verändert.¹⁷⁷ Das ist gerade das Charakteristische der demokratischen Dekonsolidierung und deckt sich mit den Erkenntnissen der Politikwissenschaft.¹⁷⁸ Nicht der überraschende Staatsstreich mit Gewalt ist das Mittel der Wahl, sondern die scheinbar legale Machterringung durch Wahlen, gefolgt von einer anhaltenden Umgestaltung der Rechtsordnung durch zahlreiche Einzelmaßnahmen. Fehlen eine freie und unbeeinflusste Presse, unabhängige Gerichte mit rechtsstaatlichen Maßstäben und ein gerechtes Wahlsystem, welches nicht *a priori* eine Partei bevorzugt, wird es schwer für die Minderheit, zur Mehrheit zu werden. Damit wird eine Aufhebung der ergriffenen Maßnahmen erheblich erschwert und der illiberale Charakter der neuen Verfassungsordnung zementiert. Die Ausschaltung der Verfassungsgerichte lässt auch unverhältnismäßige, nicht rechtsstaatliche und undemokratische Maßnahmen unsanktioniert. Die Verfassungslage ist nach diesen Maßnahmen eine gänzlich andere als zuvor.¹⁷⁹

d) Versagen des Gewaltenteilungsgrundsatzes

Die zuvor geschilderten Entwicklungen sind möglich, weil der Grundsatz der Gewaltenteilung¹⁸⁰ erst nicht zur Anwendung gelangen konnte und dann gezielt ausgehebelt wurde. Parteien gewannen in Polen und Ungarn auf legale Weise Wahlen und konnten die Schlüsselpositionen der verschiedenen Gewalten besetzen. Die Judikative als die Gewalt, die sie nicht durch Wahlen gewinnen konnten, wurde dann mit teilweise verfassungswidrigen gesetzgeberischen Maßnahmen „auf Linie“ gebracht.

¹⁷⁶ So auch *Sadurski*, Poland's Constitutional Breakdown, 2019, S. 124, passim. Hervorgehoben auch von *Daly*, Between Fear and Hope: Poland's Democratic Lessons for Europe (and Beyond); *European Constitutional Law Review* 15 (2019), 752 (756).

¹⁷⁷ *Huq/Ginsburg*, How to Lose a Constitutional Democracy, *UCLA Law Review* 65 (2018), 78 (97); *Volkemann*, Krise der konstitutionellen Demokratie?, *Der Staat* 58 (2019), 643 (654) spricht von „inkrementell und schleichend“. Siehe hierzu ausführlicher unten A. III. 2. und B. II. 2.

¹⁷⁸ Vgl. *Albertazzi/Mueller*, Government and Opposition 48 (2013), 343 (346, 350); *Daly*, Democratic Decay: Conceptualising an Emerging Research Field, *Hague Journal on the Rule of Law* 11 (2019), 9 (17); *Rummens*, Populism as a Threat to Liberal Democracy, in: *Rovira Kaltwasser et al.* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Populism*, 2017, S. 554 (565 f.); *Sadurski*, Poland's Constitutional Breakdown, 2019, S. 123 f., passim; so wohl auch *Volkemann*, Krise der konstitutionellen Demokratie?, *Der Staat* 58 (2019), 643 (654).

¹⁷⁹ *Albert*, Constitutional Amendments, 2019, S. 76–92, passim, spricht in diesem Zusammenhang von „constitutional dismemberment“, also von „Verfassungszerstückelung“.

¹⁸⁰ Es wird der klassische Begriff der Gewaltenteilung beibehalten. Er bringt klarer als der Begriff „Gewaltengliederung“ – hierzu *C. Möllers*, Gewaltengliederung, 2005, S. 25 – zum Ausdruck, dass staatliche Gewalt nicht nur in Legislative, Exekutive und Judikative gegliedert ist, sondern dass die Aufgabenwahrnehmung zwischen ihnen auch (auf-)geteilt ist. Siehe aber auch *Horst*, Transnationale Gewaltenteilung und Gewaltengliederung, *DÖV* 2020, 313 (313), der zwischen Gewaltengliederung und Gewaltenteilung unterscheidet.

Der Grundsatz der Gewaltenteilung, der in der Bundesrepublik Deutschland in Art. 20 II 2 GG anklingt, aus Art. 20 III GG hergeleitet wird und in zahlreichen Einzelbestimmungen des Grundgesetzes seine konkreteren Ausprägungen erfahren hat, dient allgemein der Verhinderung von Machtkonzentration und Machtmissbrauch.¹⁸¹ In der westlichen Verfassungstradition ist die Trennung und Aufteilung von Macht auf verschiedene Akteure seit der Aufklärung das verfassungsrechtliche Desiderat.¹⁸² Die Ausübung der Staatsmacht (Legislative, Exekutive, Judikative) wird auf unterschiedliche Organe aufgeteilt, und über eine gegenseitige Verschränkung und Begrenzung der Macht soll verhindert werden, dass ein übermächtiger Herrscher seine Macht missbraucht.¹⁸³ Die Gewaltenteilung lässt sich in der Bundesrepublik Deutschland in horizontaler (Bundestag, Bundesrat, Bundesregierung, Bundespräsident, BVerfG) und vertikaler Hinsicht (Bund, Länder und in geringerem Maße die kommunalen Selbstverwaltungsebenen¹⁸⁴) weiter strukturieren.¹⁸⁵ Gewaltenteilung ist unabhängig von bestimmten Ereignissen, sie ist eine dauerhafte Strukturvorgabe des Grundgesetzes. Allerdings kann es in äußersten Krisensituationen¹⁸⁶ zu Modifikationen des grundgesetzlichen „Normalfalls“ der Gewaltenteilung kommen. So greifen z.B. in den Fällen des äußeren Notstands die Notstandsregelungen der Art. 115a bis 115l GG.¹⁸⁷ Diese Regelungen für

¹⁸¹ Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Losebl. (Stand: Januar 2022), Art. 20 V Rn. 29. Das BVerfG spricht zumeist von „gegenseitige[r] Kontrolle und Begrenzung mit der Folge der Mäßigung der Staatsgewalt“, so in BVerfGE 139, 321 (362) m.w.N. So auch die Deutung von C. Möllers, Gewaltengliederung, 2005, S. 16 (m.w.N. in Fn. 87), 68; Publ, Gewaltenteilung, in: FS P. Kirchhof, 2013, § 23 Rn. 5.

¹⁸² Montesquieu, De L'Esprit des Loix. 2^{ème} Partie, Livre XI, 1758, Chapitre 6, http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de_esprit_des_loix/partie_2/esprit_des_loix_Livre_2.pdf (Stand: 10.8.2023). Venter, Economic Freedom Fighters and Others v. Speaker of the National Assembly and Others Cases (S Afr), MPECCoL (Stand: Juli 2017), Rn. 36 m.w.N. weist darauf hin, dass die Verfassung von Taiwan eine fünfteilige Gewaltenteilung kenne und dass dieser Gedanke auf eine jahrtausendelange Historie zurückblicken könne.

¹⁸³ BVerfGE 9, 268 (279 f.); 67, 100 (130); 95, 1 (15); 137, 185 (231); 139, 321 (361 f.); Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Losebl. (Stand: Januar 2022), Art. 20 V Rn. 29; Sachs, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 81; Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 68.

¹⁸⁴ Zu den Gemeinden und Kreisen Peters, Die Gewaltentrennung in moderner Sicht, 1954, S. 26.

¹⁸⁵ Vgl. Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Losebl. (Stand: Januar 2022), Art. 20 V Rn. 13–88.

¹⁸⁶ Zum Begriff der Krise siehe A. Schwerdtfeger, Krisengesetzgebung, 2018, S. 6–11. Es handelt sich nicht um einen Begriff, den das Grundgesetz ausdrücklich verwendet, vielmehr regelt es „Krisen“ spezifischer, vgl. Heintzen, Bundeskompetenzen in Krisensituationen, ZRP 2016, 66 (66). Kritisch zur Dichotomie von Normalität und Ausnahme Finke, Krisen, 2020, S. 2, 4.

¹⁸⁷ Siehe hierzu unten C. IV. 2.–C. IV. 2. b).

den Verteidigungsfall¹⁸⁸ begrenzen die Gesetzgebungsbefugnisse des Gemeinsamen Ausschusses nach Art. 53a GG. So darf durch ein Gesetz des Gemeinsamen Ausschusses das Grundgesetz „weder geändert noch ganz oder teilweise außer Kraft oder außer Anwendung gesetzt werden“ (Art. 115e II 1 GG). Zum Erlass von Gesetzen nach Art. 23 I 2, Art. 24 I oder Art. 29 GG ist er ebenfalls nicht befugt (Art. 115e II 2 GG). Darüber hinaus wird über Art. 115g GG auch das BVerfGG besonders vor Änderungen durch den Gemeinsamen Ausschuss geschützt: „Die verfassungsmäßige Stellung und die Erfüllung der verfassungsmäßigen Aufgaben des Bundesverfassungsgerichtes und seiner Richter dürfen nicht beeinträchtigt werden“ und das „Gesetz über das Bundesverfassungsgericht darf durch ein Gesetz des Gemeinsamen Ausschusses nur insoweit geändert werden, als dies auch nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichtes zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Gerichtes erforderlich ist“ (Art. 115g Satz 1 und 2 GG). „Bis zum Erlaß eines solchen Gesetzes kann das Bundesverfassungsgericht die zur Erhaltung der Arbeitsfähigkeit des Gerichtes erforderlichen Maßnahmen treffen“ (Art. 115g Satz 3 GG).¹⁸⁹ Somit sieht das Grundgesetz die Gefahren, die im Verteidigungsfall drohen, und versucht, hiergegen Vorsorge zu treffen. Allerdings gelten diese Regelungen nur für den Verteidigungsfall, also einen Angriff von „außen“, der nicht zum hiesigen Forschungsgegenstand gehört.¹⁹⁰

Darüber hinausgehende Sonderregelungen enthält das Grundgesetz nicht, allenfalls Art. 20 IV GG¹⁹¹ kann – je nach Sachverhaltsgestaltung – als Korrektiv angesehen werden. Hierbei muss jedoch seine zweifelhafte Praxistauglichkeit bedacht werden.

Vergleicht man die deutsche Verfassungslage unter dem Grundgesetz mit der Rechtslage in Polen und Ungarn, zeigt sich, dass im Grundsatz dieselben Strukturen (Gewaltenteilung) mit der gleichen Zielsetzung (Verhinderung der Machtkonzentration und des Machtmissbrauchs) gelten. In der Ausgestaltung im Detail bestehen allerdings Unterschiede, die einen demokratischen Rückschritt mehr oder weniger hemmen. So hat Ungarn ein Parlament mit nur einer Kam-

¹⁸⁸ Hierzu Gläß, Das Bundesverfassungsgericht als „Hüter der Verfassung“, in: Donath et al. (Hrsg.), *Verfassungen – ihre Rolle im Wandel der Zeit*, 2019, S. 263 (279–281) sowie Gläß, Das Bundesverfassungsgericht als „Hüter der Verfassung“ in Krisenzeiten, *DÖV* 2020, 263 ff.

¹⁸⁹ Die Beschlüsse nach Art. 115g Satz 2 und Satz 3 GG fasst das BVerfG mit der Mehrheit der anwesenden Richter, Art. 115g Satz 4 GG. Da kein Quorum besteht, kann nach Auffassungen in der Literatur auch bei Anwesenheit von nur drei Richtern ein wirksamer Zustimmungsbeschluss gefasst werden, so Grote, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 115g Rn. 8; Fremuth, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 2, 7. Aufl. 2021, Art. 115g Rn. 20.

¹⁹⁰ Siehe unten B. II. 2.

¹⁹¹ Siehe hierzu unten C. III. 6. f).