

## Anleihenkauf und Nullzinspolitik als »ultra-vires«-Akt der EZB?

Anmerkungen zu einem Aufsehen erregenden Urteil des BVerfG, das den Anfang vom Ende des **unbedingten** Vorranges des Unionsrechts (und damit sogar der EU?) bedeuten könnte\*

ALFRED GROF

1. Ausgangspunkt für die hier zu erörternde Entscheidung des BVerfG vom 5.5.2020, 2 BvR 859/15<sup>1</sup>, war – vergrößernd dargestellt bzw auf den Punkt gebracht – ein richtungsweisender Beschluss der EZB aus dem Jahr 2015, der im Wege eines nahezu schrankenlosen Ankaufer von Staatsanleihen iVm einer Niedrig- bzw Nullzinspolitik sowie einer Stabilisierung der Inflationsrate bei ca 2 % lukrative Kredite für Unternehmer und Private generieren und so eine Ankurbelung der Investitionen und des Konsums im gesamten Euro-(bzw vor allem im EU-)Raum bewirken sollte<sup>2</sup>. Da vornehmlich in der BRD – dem ökonomisch potentesten Partizipanten an diesen wirtschaftspolitischen Maßnahmen – befürchtet wurde, dass eine solche Maßnahme nicht nur weitgehend ineffektiv bleiben, sondern im Endeffekt auch eine massive Umschuldung von wirtschaftlich schwachen auf starke Euro-(EU-)Länder nach sich ziehen würde, war vor dem BVerfG insbesondere geltend gemacht worden, dass diese über Jahre hinweg praktizierte Handlungsweise der EZB nicht nur einen nachhaltigen Eingriff in die deutsche Haushaltssouveränität, sondern auch eine Quasi-Enteignung der Sparer bewirke und damit die private Altersvorsorge erschwere. Vor diesem Hintergrund hatte das BVerfG zunächst ein Ersuchen auf Vorabentscheidung gemäß Art 267 AEUV eingebracht. Dazu hielt die Große Kammer des EuGH mit Urteil vom 11.12.2018, C-439/17<sup>3</sup>, im Wesentlichen fest, dass keine Hinweise für eine Ungültigkeit des Beschlusses der EZB erkennbar seien. Im fortgesetzten Verfahren kam das BVerfG jedoch seinerseits zu dem Ergebnis, dass die EZB im Zuge ihrer Beschlussfassung nicht überzeugend hätte darten

können, dass ihre Vorgehensweise dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht. Vielmehr verkörpere dieser Beschluss ebenso wie die diesen bestätigende EuGH-Weiss-E sogar eine qualifizierte Kompetenzüberschreitung. Und als insoweit schlechterdings nicht mehr nachvollziehbarer »ultra-vires«-Akt würde sich Letztere als nicht bindend erweisen; deshalb dürften beide Unionsrechtsakte wegen ihres zugleich bewirkten Eingriffs in die Verfassungsidentität der BRD von sämtlichen deutschen Vollzugsorganen – und insbesondere auch von der Deutschen Bundesbank – nicht beachtet werden.

Zugleich hält damit im rechtspolitischen, bereits mit den sog »Solange«-Beschlüssen<sup>4</sup> eingeleiteten und in folgenden Urteilen<sup>5</sup> näher ausdifferenzierten Tauziehen um das finale Machtwort bezüglich des Letzt-Vorranges von Unionsrecht einerseits oder nationalem Verfassungsrecht andererseits nunmehr wieder das BVerfG das Heft in der Hand: Denn nachdem quasi unmittelbar zuvor eine in maßgeblichen Bereichen analoge Rechtsache – nämlich das sog »OMT«<sup>6</sup>-Verfahren – vom BVerfG noch mit der Feststellung beendet worden war, dass das in dessen Zuge ergangene Vorabentscheidungs-Urteil vom 16.6.2015, C-62/14 (Gauweiler), zwar »gewichtigen Einwänden« begegne, jedoch im Ergebnis zu einer

\* Für eine Kurzversion dieser Abhandlung vgl Grof, BVerfG widerspricht EuGH: EZB-Anleihekäufe in der BRD ohne Rechtswirkung, *ecolx* 2020, 656; s.a. Storr, Von der Kooperation zur Konfrontation: Das PSPP-Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 5. Mai 2020, *JRP* 2020, 65.

1 Im Folgenden auch kurz: BVerfG-Weiss-E.

2 Beschluss 2015/774/EU v 4.3.2015 – sog »PSPP« als Teil des »EAPP«-Rahmenprogrammes; bis Ende 2019 wurden im Zuge dieser Programme seitens der EZB und der nationalen Zentralbanken Anleihen im Wert von mehr als 2,5 Billionen Euro erworben.

3 Im Folgenden auch kurz: EuGH-Weiss-E.

4 BVerfG v 29.5.1974, 2 BvL 52/71 (»Solange I«): Letztprüfungsvorbehalt des BVerfG in Bezug auf (sekundäres) Unionsrecht am Maßstab deutscher Grundrechte; BVerfG v 22.10.1986, 2 BvR 197/83 (»Solange II«): Verzicht auf Ausübung dieses Vorbehalts aufgrund des Inkrafttretens der EGRC; BVerfG v 15.12.2015, 2 BvR 2735/14 (»Solange III«): Keine Begrenzung des Anwendungsvorranges des Unionsrechts; vgl näher Naujoks, Das Verhältnis zwischen BVerfG und EuGH – Ultra-vires-Überprüfung des umstrittenen OMT-Beschlusses (2016), 26 ff; Sauer, Der novellierte Kontrollzugriff des Bundesverfassungsgerichts auf das Unionsrecht, *EuR* 2017, 186 ff; Topal-Gökceli/Balthasar-Wach, Grundrechte, in Hafner/Kumin/Weiss, *Recht der Europäischen Union*<sup>2</sup> (2019), 35; Klamert, *EU-Recht*<sup>2</sup> (2018), 110; Leidenmühler, *Europarecht*<sup>3</sup> (2017), 123 ff.

5 BVerfG v 31.3.1998, 2 BvR 1877/97 (zum Vertrag von Maastricht); v 30.6.2009, 2 BvR 2728/13 (zum Vertrag von Lissabon); v 6.7.2010, 2 BvR 2661/06 (Honeywell); vgl dazu Naujoks (FN 3), 28 ff; Callies, in Callies/Ruffert, *EUV/AEUV*<sup>5</sup> (2016), Rz 11 f zu Art 5 EUV.

6 »Outright Monetary Transactions«-Programm der EZB vom 6.9.2012.

noch »hinreichenden Begrenzung der Reichweite« des OMT-Beschlusses führe und daher zu befolgen sei<sup>7</sup>, war angesichts dieser deutlichen Vorbehalte ohnehin schon unschwer abzusehen, dass das BVerfG seine Drohung wahr machen würde, sobald der EuGH eine wirtschaftspolitische Maßnahme eines EU-Organes von vergleichbarer finanzieller Tragweite neuerlich nur gleichsam »pflichtschuldig« – dh ohne inhaltlich überzeugende Begründung – »absegnen« würde.

2. Den Angelpunkt für die Argumentation der nunmehrigen BVerfG-Weiss-E bildet der – nota bene: **unionsrechtliche!** – Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (in Form einer sowohl objektiven Handlungsdirektive für Staats- und EU-Organe als auch einer subjektiven Gewährleistung zugunsten des Einzelnen) bzw im Besonderen die Klärung der Problematik, ob der PSPP-Beschluss der EZB einen unverhältnismäßigen Grundrechtseingriff bewirkt. Da es sich systematisch besehen um einen Rechtsakt eines Unionsorganes handelt, ist dessen Verhältnismäßigkeit anhand des EU-Rechts zu beurteilen. Dem entsprechend hatte (nicht nur der EuGH, sondern) auch das BVerfG eine entsprechende Auslegung des Unionsrechts (unter Heranziehung von fachlichem Expertenwissen, vor allem zur Abgrenzung zwischen in den Kompetenzbereich der EZB fallender »Währungspolitik« und gegebenenfalls als »ultra vires« geltender »Wirtschaftspolitik«) vorzunehmen, um zunächst die Frage der Geeignetheit der Maßnahme beurteilen zu können. Hierfür ist das BVerfG allerdings (in gleichsam letztverbindlicher Form) nur insoweit kompetent, als das Unionsrecht »klar« ist (sog »Acte-clair-Doktrin«<sup>8</sup>). Ansonsten bedarf es hingegen – wie vom BVerfG ja auch praktiziert – eines Vorgehens gemäß Art 267 AEUV, wobei eine solche Vorabentscheidung die Wirkung einer umfassenden Bindung an die Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH nach sich zieht<sup>9</sup>.

3. Vor diesem Hintergrund reicht daher die Zuständigkeit des BVerfG rechtsdogmatisch besehen lediglich für die Feststellung, dass nicht das Unionsrecht (insbes in Gestalt der EuGH-Weiss-E), sondern das (deutsche) Zustimmungsgesetz zum EU-Beitritt und die Beteiligung der Deutschen Bundesbank am PSPP dem GG widersprechen bzw alternativ: Wenn das Unionsrecht in der Weise, wie es durch die EuGH-Weiss-Vorabentscheidung fixiert wurde, auszulegen ist, dann widerspricht es insoweit den Grundprinzipien des deutschen Verfassungsrechts. Dem gegenüber ist das BVerfG nicht kompetent,

(gleichsam aus völkerrechtlicher Sicht) die Unwirksamkeit des Unionsrechts (weder für die BRD und erst recht nicht für die übrigen EU-Mitgliedstaaten) sowie festzustellen, dass die deutschen Vollzugsorgane nicht an das Unionsrecht, im Besonderen an den EZB-Beschluss, gebunden wären, im Gegenteil: Diese Organe (und damit auch das BVerfG selbst) müssen dem Vorrang des Unionsrechts dennoch faktische Geltung verschaffen – gegebenenfalls mit einem (rechtlich irrelevanten, möglicherweise jedoch eine politische Reaktion bis hin zu einer Änderung der EU-Verträge auslösenden) Beisatz, dass dadurch (fortlaufend) deutsches Verfassungsrecht verletzt wird<sup>10</sup>. Im Ergebnis erscheint somit die Feststellung, dass der EZB-Beschluss in der BRD nicht gilt bzw keine Wirkungen entfaltet, mangels entsprechender Kompetenz des BVerfG für einen derartigen Ausspruch als ultra-vires-Akt und damit absolut nichtig.

4. Es liegt auf der Hand, dass die vom BVerfG (nach dem bisher Ausgeführten im Grunde **kompetenzwidrig**) vorgenommene Auslegung des – (nicht national-verfassungsrechtlichen, sondern) **unionsrechtlichen!** – Verhältnismäßigkeitsprinzips ebenso von einer entsprechenden rechtspolitischen Motivation geleitet und deshalb auch in gleicher Weise argumentativ angreifbar ist wie jene des EuGH. Mangels empirischer Verifikationsmöglichkeit soll allerdings dieser Aspekt hier nicht weiter verfolgt, sondern stattdessen die rechtsdogmatische Dimension der vorliegenden Entscheidung in den Fokus gerückt werden. Unterstellt man demgemäß die Wertung des BVerfG, dass die EuGH-Weiss-E punktuell »schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar und insoweit ultra vires ergangen« sei, als tatsächlich zutreffend, so ergeben sich daraus als zentrale Fragen, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen sich ein solches Ergebnis mit einem Grundsatz des Vorranges des Unionsrechts in Einklang bringen lässt (4.1.) sowie, welche Folgewirkungen wiederum daraus resultieren, insbesondere, falls die BVerfG-Weiss-E selbst als ultra-vires-Akt zu qualifizieren ist (4.2.).

4.1. Auf völkerrechtlicher Ebene ist die BRD dazu verpflichtet, die aus ihrer Mitgliedschaft zur EU resultierenden vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen. Zu diesen zählt – allseits unbestritten – vor allem, dem Unionsrecht

7 Vgl BVerfG vom 21.6.2016, 2 BvR 2728/13, insbes Rz 181 u 190.

8 Vgl zB schon EuGH vom 6.10.1982, C-283/81.

9 Dies im Übrigen jeweils unter der Voraussetzung, dass sowohl der EuGH als auch das BVerfG jeweils als »Gericht« iSd Art 6 EMRK bzw Art 47 EGRC agiert haben – siehe dazu FN 13.

10 Auch in den maßgeblichen Medien der BRD, in denen die BVerfG-Weiss-E überwiegend negativ kommentiert wurde, wurde dies intuitiv erkannt; vgl zB »Entscheidung gesucht, Konflikt gefunden« (Tagesspiegel vom 15.5.2020); »Ein Erdbeben, ausgelöst in Karlsruhe« (Deutschlandfunk vom 15.5.2020); »Die Rechthaber« (Die Zeit vom 6.5.2020); »Konfus, euroskeptisch, ökonomisch fragwürdig« (Die Zeit vom 6.5.2020); »Perfider Quatsch – Das BVerfG beschädigt mutwillig den Ruf der EZB, allein um sich selbst mit Bedeutung zu umwehen« (TAZ vom 5.5.2020).

den Vorrang vor nationalem Recht einzuräumen. Insgesamt ist eine effektive Beachtung dieses Grundsatzes jedoch nur schwach sichergestellt, weil die Frage, »was im **Detail** jeweils EU-Recht ist«, idR nicht vorweg und allgemeinverbindlich in genereller Rechtsatzform, sondern vom EuGH jeweils nur punktuell, nämlich bezogen auf eine konkrete Verordnungsbestimmung, auf eine spezifische Maßnahme eines EU-Organes etc geklärt wird – und dies zudem nicht als Konsequenz einer Rechtsmittellegitimation von betroffenen Verfahrensparteien, sondern bloß in Abhängigkeit von einer entsprechenden Initiative nationaler Gerichte. Allerdings kann diese faktische Ineffizienz kein grundlegendes rechtssystematisches Argument dafür bilden, dass der Vorrang des Unionsrechts nicht absolut, sondern a priori lediglich eingeschränkt gelten würde. Daher hat das BVerfG unter Hinweis auf die bloße Staatenbund-Struktur der EU gleichsam schon seit jeher versucht, entsprechende Bedingungen zu entwickeln, indem es die Notwendigkeit der Beachtung von EU-Rechtsakten – darunter insbesondere von Entscheidungen des EuGH – für die BRD etwa dann verneint hat, wenn diese ultra vires ergangen sind oder souveränitätsstiftende Grundsätze der nationalen Verfassung beeinträchtigen. Lässt man die (durchaus nicht unwesentliche) Detailfrage beiseite, ob es sich in solchen Fällen um Nichtakte, um (ex tunc) absolute nichtige oder bloß um (ex nunc) vernichtbare Rechtsakte handelt, so besteht das Ergebnis jedenfalls stets darin, dass diesen keine Bindungswirkung zukommt. Selbst wenn man aber auch diese Sichtweise des BVerfG noch als vorbehaltlos zutreffend erachtet, kann sie freilich – mangels entsprechender Kompetenz – keine über das nationale Verfassungsrecht hinausreichende, insbesondere nicht auch die völkerrechtliche Ebene erfassende Verbindlichkeit aufweisen. Folgen daher die Gerichte anderer Mitgliedstaaten dem BVerfG in dessen Einschätzung nicht, hätte dies zur Konsequenz, dass eine konkrete EuGH-Entscheidung zwar nicht in der BRD, jedoch im übrigen EU-Raum jedenfalls so lange gilt, bis diese entweder vom EU-intern hierfür vorgesehenen Organ (also vom EuGH selbst) oder vom IGH<sup>11</sup> (als einem allgemein – nämlich von der UNO – zur Entscheidung von Völkervertragsrechtsstreitigkeiten eingerichteten Spruchkörper) in rechtsverbindlich-kompetenter Weise als ultra-vires-Akt festgestellt wird. Insgesamt resultiert somit letztlich gerade das **Gegenteil** eines **Vorranges** des Unionsrechts: Ist jedem Mitgliedstaat der Weg eröffnet, einen Rechtsakt eines EU-Organes als ultra vires ergangen und damit für seinen Jurisdiktionsbereich als unwirksam zu qualifizieren, existiert so im Ergebnis de facto bloß **partikuläres Unionsrecht**.

4.2. Konsequenterweise drängt sich zugleich die Frage auf, welche Auswirkungen es nach sich zieht, wenn man die vom BVerfG für die EuGH-Weiss-E gesetzten Maßstäbe auch an dessen eigenes Urteil anlegt, bzw konkret: Wenn man dieses – etwa mit dem Argument, dass dem BVerfG keine (Originär-)Kompetenz zur Auslegung des **unionsrechtlichen** Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, mangels umfassender Kognitionsbefugnis schon von vornherein keine Gerichtsqualität iSd Art 6 EMRK<sup>12</sup> oÄ zukommt – seinerseits als ultra-vires-Akt qualifiziert. In diesem Fall käme der dahin lautenden Entscheidung, dass die EuGH-Weiss-E der BRD keine Rechtsverbindlichkeit entfaltet, selbst keine Bindungswirkung zu. Davon ausgehend müsste – rechtssystematisch besehen – stattdessen von den deutschen Vollzugsorganen entweder neuerlich ein Vorabentscheidungsersuchen eingebracht (was in einen infiniten Kreislauf führen würde) oder die EuGH-Weiss-E jedenfalls so lange umgesetzt werden, bis das BVerfG (eine andere Institution kommt hierfür ja nicht in Betracht) seine eigene Entscheidung derart bestätigt, dass dieser Akt eben keinen ultra-vires-Charakter (mehr) aufweist (wenngleich auch diese Feststellung von den übrigen Vollzugsorganen in der Folge neuerlich angezweifelt werden könnte). Auf diese Weise entstünde gleichsam ein bloß »**blockweiser Vorrang**« des Unionsrechts, dem Phasen des Vorranges des nationalen Rechts gegenüberstehen.

5. Um solche unerwünschte Erscheinungsformen hintanzuhalten, muss also mit einem Vorrang des Unionsrechts zugleich als systemlogisch untrennbar verbunden angesehen werden, dass parallel dazu ein mitgliedstaatlich-integrationsfestes Verfassungsrecht nicht existieren kann: Das Primär- und Sekundärrecht wird (aus völkervertragsrechtlicher Sicht bzw. aus dem Blickwinkel der EU) mit dem Beitritt eines Staates zur Union im Wege genereller Transformation zum unmittelbaren Bestandteil von dessen nationalem Verfassungsrecht. Dies konzidiert jedes Mitglied, das der EU (der EMRK oder einem sonstigen, mit einem durch supranationale Gerichtsbarkeit gesicherten Vorrang verbundenen völkerrechtlichen Vertrag) beitrifft, ausdrücklich oder zumindest implizit; unter einem ist ein solcher Staat völkervertraglich dazu verpflichtet, diesen Vorrangsaufwandsnational-verfassungsrechtlich effektiv umzusetzen. Anderes kann aus rechtssystematischer Sicht nur dann gelten, wenn der Vorrang des Unionsrechts zweifelsfrei keinen unbedingt-absoluten Charakter aufweisen würde: Nur unter dieser Voraussetzung bestünde daher überhaupt Raum für eine Diskussion, wie weit

11 Vgl zB *Wittich* in Reinisch, Österreichisches Handbuch des Völkerrechts<sup>5</sup> (2013), Rz 1851.

12 Vgl FN 13.

die Bindungswirkung eines EuGH-Urteils in concreto reicht<sup>13</sup>.

6. Dem gegenüber lässt sich eine Gleichsetzung zwischen der Erscheinungsform des »Vorranges des Unionsrechts« und jener der »begrenzten Einzelermächtigung« für die EU und deren Organe systematisch nicht (und auch eine entsprechende Koppelung nur schwer) begründen. Bei Letzterer geht es um die Frage der Reichweite der Kompetenz des Rechtsgebildes »EU«, das derzeit nur einen Staatenbund, nicht jedoch einen Oberstaat verkörpert: Nur dann, wenn ein ultra-vires-Akt zugleich zu dessen absoluter Nichtigkeit führt, kommt diesem keine Bindungswirkung zu. Kompetenzwidrigkeit bzw. Zuständigkeitsüberschreitung bedeutet aber nicht automatisch absolute Nichtigkeit (ex tunc bzw. fehlende Bindungswirkung ex nunc), sondern regelmäßig nur bloße Rechtswidrigkeit. Im Normalfall entfaltet daher eine im Hinblick auf eine behauptete Kompetenzwidrigkeit (bzw. Kompetenzüberschreitung) inhaltlich falsche EuGH-Entscheidung dennoch eine Verdrängungswirkung im konkreten Anlassfall, und zwar selbst in Bezug auf verfassungsrechtliche Grundprinzipien. Dass die EuGH-Weiss-E derart fehlerhaft ist, dass sie ausnahmsweise als absolut nichtig qualifiziert werden müsste, hat aber das BVerfG nicht schon dadurch nachgewiesen, dass es bloß eine mangelhafte Interessenabwägung festgestellt hat (dies wiederum ganz abgesehen davon, dass dem BVerfG auch nicht die Kompetenz zukommt, diesbezüglich eine unionsrechtlich – dh sämtliche Mitgliedstaaten bindende – rechtskräftige Entscheidung zu treffen).

7. In Bezug auf rechtspolitische Implikationen ist schließlich hervorzuheben, dass eine solche Entscheidung keinerlei Aufsehen erregt hätte, wenn sie – überspitzt formuliert – bloß von einem deutschen Landgericht oder von einem letztinstanzlichen Gericht eines minder bedeutenden Unionsmitglieds<sup>14</sup> getroffen worden

wäre. So aber stammt sie (nicht bloß von einem, sondern) von *dem* Höchstgericht des wirtschaftlich und politisch zweifellos wichtigsten EU-Mitgliedstaates; zudem zwingt sie im Ergebnis die Deutsche Bundesbank dazu, den Beschluss der EZB nicht mit zu vollziehen und damit zu einem erheblichen Teil faktisch-ökonomisch leerlaufen zu lassen. Die Politik kann dies freilich unschwer dadurch verhindern, dass sie die vermisste Verhältnismäßigkeit entsprechend substituiert – vor allem die EZB selbst, zum anderen auch die deutschen Vollzugsorgane (Bundestag, Bundesregierung, Bundesbank). Dazu hätte es aber eigentlich des Umweges, das EuGH-Urteil zu einem »ultra-vires«-Akt zu erklären, gar nicht bedurft – vielmehr wäre die Feststellung hinreichend gewesen, dass dessen Vollzug zur Verfassungswidrigkeit führt und deshalb eine entsprechende Änderung des GG und/oder des EUV bedingt. So ist jedoch ein letztlich unlösbarer Konflikt entstanden: Wird nämlich der Vorrang des Unionsrechts weiterhin als unbedingt angesehen, dann stellt die Entscheidung des BVerfG eine offenkundige Vertragsverletzung dar, die von der EU-Kommission – und letztlich vom EuGH – entsprechend geahndet werden muss. Erfolgt keine Reaktion bzw. begnügt sich der EuGH bloß mit einer mageren Presseaussendung<sup>15</sup>, dann wird dessen Autorität weiter untergraben und die Umsetzung des Unionsrechts in den einzelnen Mitgliedstaaten mehr oder weniger (entsprechend der wirtschaftlichen Potentialität) deren freiem Willen in die Hand gegeben. Dies wäre aber neben anderen diesbezüglichen Signalen<sup>16</sup> wohl unweigerlich der Beginn vom Anfang des politischen Endes der EU (was das BVerfG – selbst wenn dessen Entscheidung bloß als ein Warnschuss gegen die gelegentliche Selbstherrlichkeit des EuGH gedacht gewesen sein sollte – wohl auch mitbedacht haben muss und wird) ...

8. Metaphorisch betrachtet ergibt sich zusammenfassend, dass ein Angriff auf ein bestehendes Subordinationsverhältnis letztlich dazu führt, dass die eingesetzten Waffen stets auch gegen den Angreifer selbst verwendet werden können, wobei eine derartige Strategie vorhersehbar letztlich in einen unentrinnbaren Fehlerzyklus mündet. Zu dem Zweck, Aufmerksamkeit erzielen, sich als scheidender Gerichtspräsident ein Denkmal zu setzen, Einfluss zu behaupten und/oder Unterordnung

13 Von all dem abgesehen ist schließlich auch zu beachten, dass schon voraussetzungsgemäß weder der EuGH noch das BVerfG wegen deren jeweils (auf Unionsrecht bzw. nationales Verfassungsrecht) eingeschränkter Kognitionsbefugnis eine in allen Belangen gerichtsförmige – und damit allumfassend grundrechtskonforme – Entscheidung iSd Art 6 EMRK bzw Art 47 EGRC treffen können – so die st Rsp des EGMR zu Art 6 EMRK (vgl schon EGMR v 26. 4. 1995, 16922/90, in Bezug auf den VfGH).

14 Vgl zB »Tschechische Höchststrichter düpieren den EuGH – Das Verfassungsgericht in Tschechien hat ein EuGH-Urteil, mit dem es nicht übereinstimmt, für unanwendbar erklärt« (Der Standard v 18. 9. 2012); in gleicher Weise entschied auch einmal der Oberste Gerichtshof Dänemarks (6. 12. 2016, 15/2014; siehe dazu <<https://verfassungsblog.de/legal-disintegration-the-ruling-of-the-danish-supreme-court-in-ajos/>>). Ebenso kümmert es die EU-Instanzen auch wenig, dass etwa das Glücksspielmonopol und der Gebietsschutz für Apotheken trotz jeweils offensichtlichen Widerspruchs zum Unionsrecht von den österreichischen Höchstgerichten weiterhin nicht angetastet werden.

15 Vgl dessen »Pressemitteilung im Nachgang zum Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 5. Mai 2020«, abrufbar unter: <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-05/cp200058de.pdf>>.

16 Stichworte: Brexit (der nicht zuletzt auf einen permanent schwelenden Konflikt des Vereinigten Königreiches mit der EuGH-Judikatur zurückzuführen ist), Paralyse während der CoViD-Pandemie, Rechtsstaatsverfahren gegen Polen und Ungarn, Planlosigkeit der Flüchtlingspolitik etc.

demonstrativ zu negieren<sup>17</sup>, erscheint ein derartiges Resultat aber nicht nur aus rechtspolitischem Blickwinkel als inadäquat<sup>18</sup> (dies ganz abgesehen von der Gefahr eines drohenden Vertragsverletzungsverfahrens); vielmehr stellt sich – wie gezeigt – eben auch aus rechtsdogmatischer Sicht (**abgesehen vom Extremfall eines ex tunc absolut nichtigen Aktes<sup>19</sup>**) die **Annahme eines bloß bedingten Vorranges des Unionsrechts** im Grunde als **systemwidrig** dar. Wie lassen sich angesichts dessen aber generell Fälle lösen, in denen bindende Entscheidungen übergeordneter Organe eine maßgebliche Breitenwirkung aufweisen, jedoch erkennbar fehlerhaft – weil offensichtlich intentional partikularistisch oder patrimonial motiviert – sind?<sup>20</sup> Solange der Gesetzgeber nicht korrigierend eingreift und insbesondere die kompetenzrechtliche Subordination weiterbesteht, bleibt einem untergeordneten Organ in systematischer Hinsicht letztlich nur der Weg, durch eine vergleichsweise **überzeugendere inhaltliche Argumentation** – und diese zudem permanent wiederholend – die übergeordnete Institution zu einer Änderung ihrer Sichtweise zu bewegen<sup>21</sup>.

17 Vgl zB *Schwennike*, Voßkuhles vergiftetes Vermächtnis, Cicero Online vom 18.5.2020; *Janisch*, Wie es zum großen Knall kommen konnte, SZ vom 15.5.2020.

18 Vgl zB statt vieler *Schieritz*, Konfus, euroskeptisch, ökonomisch fragwürdig, Die Zeit v 5.5.2020.

19 Angesichts dessen, dass insoweit ein Fehlerkalkül, dh ein Verfahren zur (verbindlich-rechtskräftigen) Feststellung, dass ein solcher vorliegt, nicht existiert, muss die Annahme eines absolut nichtigen Aktes (bzw Nichtaktes) wohl auf einen zugleich evidenten und gravierenden Verstoß gegen einen der in Art 2 EUV explizit positivierten Werte – wozu der (unionsrechtliche) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht zählt – beschränkt bleiben.

20 Wobei besonders zu beachten ist, dass die BVerfG-Weiss-E in erkenntnistheoretischer Hinsicht zwar bloß eine Meinungsäußerung, formaljuristisch jedoch einen letztlich mit den Mitteln des staatlichen Zwangsmonopols vollstreckbaren Akt verkörpert.

21 In Österreich führte bspw der anhaltende Widerstand gegen die Weigerung der Höchstgerichte, der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit gegenüber der Apothekenkonzessionsregulierung und dem Glücksspielmonopol zum Durchbruch zu verhelfen, nicht nur zu entsprechenden Gesetzesänderungen (vgl etwa BGBl I 103/2016 [§ 10 Abs 6a ApG] sowie die Novellen BGBl I 118/2015, 117/2016 und 118/2016 zum GSpG), sondern immerhin auch zu einem progressiv anspruchsvolleren Begründungsniveau (vgl noch VwGH v 16.3.2016, Ro 2015/17/0022, und VfGH v 14.3.2017, E 3282/2016, zum GSpG gegenüber VwGH v 11.7.2018, Ra 2018/17/0048, v 6.5.2020, Ra 2020/17/0001, und v 27.4.2020, EU/2020/0002 [Vorabentscheidungsersuchen], einerseits und zB VwGH v 8.8.2018, Ra 2017/10/0103, und VfGH v 28.9.2017, E 2666/2016, zum ApG andererseits).