

Prof. Dr. Dr. h.c. Carl Baudenbacher
Partner Baudenbacher Kvernberg, lawyers and advisors
Visiting Professor LSE
Präsident des EFTA-Gerichtshofs 2003-2017
o. Prof. em. Universität St. Gallen
Bahnhofstrasse 100
CH-8001 Zürich

Regierungsrätin Dr. Graziella Marok-Wachter
Ministerium für Infrastruktur und Justiz des Fürstentums Liechtenstein
FL-9490 Vaduz
justiz@regierung.li

24. April 2023

Sehr geehrte Frau Regierungsrätin, liebe Frau Marok-Wachter,

ich lasse Ihnen nachstehende meine

**Stellungnahme zur geplanten Abschaffung («Auflassung») des
Fürstlichen Obersten Gerichtshofs von Liechtenstein**

zugehen.

I. Zur aktuellen Liechtensteiner Justizverfassung

Liechtenstein, der mit Abstand kleinste Vertragsstaat des aus der EU und ihren 27 Mitgliedstaaten einerseits und den drei EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen andererseits bestehenden Europäischen Wirtschaftsraums, verfügt über eine eindruckliche Justizverfassung. Die Gerichtsbarkeit in Zivil- und Strafsachen (die so genannte ordentliche Gerichtsbarkeit) wird in erster Instanz durch das Landgericht, in zweiter durch das Obergericht und in dritter durch den Obersten Gerichtshof ausgeübt. Gerichte des öffentlichen Rechts sind der Verwaltungsgerichtshof und der Staatsgerichtshof. Vor allem die Existenz eines Staatsgerichtshofs sticht ins Auge. Auf seiner Website weist dieses Organ darauf hin, dass es bei seiner Schaffung im Jahr 1921 das erste europäische Verfassungsgericht mit umfassenden Prüfungskompetenzen hinsichtlich der Verfassungsmässigkeit sowohl letztinstanzlicher Gerichtsentscheidungen als auch von Gesetzen und Verordnungen war.

Mit dem Obersten Gerichtshof (OGH) und dem Staatsgerichtshof (StGH) hat Liechtenstein eine ähnliche Höchstgerichtsstruktur wie Deutschland und Österreich. Dieses «Trennungsmodell» hat nach dem Zweiten Weltkrieg in Europa Verbreitung gefunden. Es wurde neben den drei genannten deutschsprachigen Staaten in Belgien, Frankreich, Griechenland, Italien, Spanien, Polen, Portugal, der Türkei, Ungarn, und Tschechien verwirklicht.

Daneben gibt es aber ein zweites Konzept, bei dem die Verfassungsgerichtsbarkeit eine Funktion und nicht ein eigenständiges Organ ist, die vom obersten Gerichtshof ausgeübt wird. Dieses «Einheitsmodell» besteht in den USA, im Vereinigten Königreich, in den meisten Staaten des Commonwealth, in Irland, der Schweiz und Skandinavien (Norwegen, Island, Schweden, Dänemark, Finnland).

II. Vorgeschlagene Abschaffung des OGH

Die Regierung des Fürstentums Liechtenstein hat eine Justizreform in die Wege geleitet, die nach eigenem Bekunden die weitere Professionalisierung sowie die Verbesserung und langfristige Stärkung der Effizienz und Qualität der Gerichte zum Ziel hat. Anstelle des bisherigen, eigenständigen Verwaltungsgerichtshofes soll ein zusätzlicher Senat für Verwaltungsrechtssachen beim Obergericht angesiedelt werden. Der Verwaltungsgerichtshof und das Obergericht sollen also verschmolzen werden zu einer Instanz, die neu den Namen «Obergerichtshof» tragen soll.

Die auffallendste Neuerung wird auf Seite 49 des Vernehmlassungsbericht beschrieben: Die Möglichkeit eines Rechtsmittelzuges an den Obersten Gerichtshof soll zur Gänze aufgehoben werden. Da bereits heute in vielen Fällen Rechtsmittelbeschränkung beständen, wird dieser Schritt als vertretbar angesehen. Der Bericht zieht dann den Schluss:

«Da aufgrund dessen keine Rechtsmittel an den Obersten Gerichtshof mehr möglich sind, verliert dieser seine Funktion und kann aufgelassen werden. Aus Sicht der Regierung bewirkt dies bei einer Gesamtbetrachtung keine Verschlechterung des Rechtsschutzes der Verfahrensparteien.»

Die höchste Instanz der ordentlichen Gerichtsbarkeit wäre also der neue «Obergerichtshof». Gewissermassen als Trost wird sodann festgestellt,

«dass die Überprüfung einer letztinstanzlich und enderledigenden Entscheidung durch den Staatsgerichtshof im Rahmen des Individualbeschwerdeverfahrens stets vorbehalten bleibt».

III. Kritik

1. Vorbemerkungen

Ich habe in einem kurzen Papier, das ich dem «Liechtensteiner Vaterland» zur Verfügung gestellt habe, Bedenken gegen die Abschaffung des OGH geäußert. Meine Überlegungen sind vom «Vaterland» am 19. April 2023 in einem redaktionellen Beitrag aufgenommen worden. Diesen Beitrag habe ich auf LinkedIn und auf Twitter gestellt, wo er auf grosses Interesse gestossen ist. Namhafte Juristen aus EU und EFTA haben meiner Kritik zugestimmt.

Im Einzelnen führe ich Folgendes aus:

2. Rückbau des Rechtsstaates

Die Abschaffung des Obersten Gerichtshofs zöge eine Verschlechterung des Rechtsschutzes der Verfahrensparteien nach sich. Eine zweistufige Gerichtsbarkeit (sog. «Sachgerichtsbarkeit») ist im Strafrecht von der EMRK zwingend vorgegeben. Die Italiener sprechen von «*giurisdizione di merito*». Darüber braucht es aber eine Höchstgerichtsbarkeit, die nur noch Rechtsfragen behandelt. Die Kognition des Höchstgerichts soll zwar auf Rechtsfragen beschränkt bleiben, sich aber auf das gesamte Landes- und Völkerrecht beziehen. Nach der italienischen Terminologie ist das eine «*giurisdizione di legittimità*» (die Hinweise auf den italienischen Sprachgebrauch verdanke ich dem Schweizer Bundesrichter *Christoph Hurni*). Drei Stufen sind daher rechtsstaatlich zwingend.

3. Verschlechterung des Zugangs zum EFTA-Gerichtshof

Aus einer EWR-rechtlichen Perspektive ist sodann daraufhinzuweisen, dass mit dem Wegfall einer Instanz das Vorabentscheidungsverfahren im EFTA-Pfeiler geschwächt würde. Das wäre für Bürger und Wirtschaftsunternehmen eine Schlechterstellung. Ich kann nicht erkennen, dass das von den Initiatoren der in Rede stehenden Änderung gesehen worden ist. Unter Gesichtspunkten des Zugangs zum Recht und eines fairen Verfahrens ist das relevant.

4. Reputationsverlust

In den sozialen Medien haben sich einflussreiche Persönlichkeiten aus den anderen EFTA-Staaten und der EU zu Wort gemeldet, welche die geplante Abschaffung des OGH nicht nachvollziehen können. Warnende Stimmen kommen auch aus dem OGH selbst. Es ist bereits heute klar, dass ein solcher Schritt international zu einem erheblichen Reputationsverlust für Liechtenstein führen würde.

Der einzige Vertragsstaat des EWR, der in der Vergangenheit nur ein zweistufiges Gerichtssystem mit Bezirksgerichten und einem Obersten Gerichtshof (ohne separates Verfassungsgericht) hatte, war Island. Das wurde zu Recht als rechtsstaatliches Manko angesehen. Im Jahr 2016 wurde deshalb ein Appellationsgericht geschaffen, das seine Tätigkeit am 1. Januar 2018 aufnahm. Damit wurde in Island ein dreistufiges Gerichtsmodell mit Bezirksgerichten, Appellationsgericht und Oberstem Gerichtshof eingeführt. Drei Stufen sind europäischer Standard.

5. Gefahr, in die «Rule of Law»-Kontroverse hineingezogen zu werden

Es gibt in Europa seit Jahren eine breit geführte «Rule of Law»-Debatte, die sich vor allem mit Eingriffen in die Rechtsstaatlichkeit in Ländern wie Polen, Rumänien und Ungarn befasst. In den sozialen Medien haben prominente Kommentatoren aus den nordischen EWR/EFTA-Staaten auf die Gefahr hingewiesen, dass Liechtenstein, sollte es den Plan der Abschaffung des OGH umsetzen, in diese Kontroverse hineingezogen werden könnte. Das gilt es m.E. zu vermeiden.

6. Fehlen einer überzeugenden Begründung

Der Vernehmlassungsbericht fusst auf der Annahme, dass das Verschwinden einer Instanz durch eine «Professionalisierung» der verbleibenden Gerichte wettgemacht werden kann. Mit «Professionalisierung» meint die Regierung die Schaffung von möglichst vielen Vollzeitstellen. Damit will man Empfehlungen von «GRECO» nachkommen. Diese Vorschläge gehen freilich nicht so weit, dass sie die Abschaffung des OGH fordern.

Die Regierung verweist auf die hohe Qualität der Urteile des Obergerichts und stellt die Frage,

«ob die Entscheidungen von vollamtlichen Richterinnen und Richtern auf Stufe des Obergerichts von Kolleginnen und Kollegen 'kontrolliert' werden sollen, die neben ihrer Funktion als Richterin oder Richter des Obersten Gerichtshofes hauptsächlich eine andere berufliche Tätigkeit ausüben» (S. 49).

Im Ergebnis verneint die Regierung das. Die Frage liegt allerdings neben der Sache, und die Regierung belegt ihre Anspielung einer angeblich minderen Qualität der Urteile des OGH nicht.

Die Regierung führt weiter aus, der OGH tage während acht bis zehn Tagen pro Jahr in Vaduz. Sie erachte

«es als suboptimal, dass ein Höchstgericht im Inland nicht dauernd präsent ist. Die liechtensteinischen Mitglieder des Obersten

Gerichtshofes erstellen in der Regel keine Entscheidungsentwürfe (Referate). Die Vorbereitung der Entscheidungsentwürfe erfolgt nicht in Vaduz, sondern beim jeweiligen Referenten im Ausland» (S. 32).

Auch das ist kein Grund, den OGH aufzulassen. Wenn das Probleme schafft, so gibt es mildere Mittel. Dasselbe gilt für die Notwendigkeit der Vermeidung möglicher Interessenkonflikte.

Zur Rechtsfortbildung führt der Vernehmlassungsbericht aus, sie erfolge «durch die Rechtsprechung eines Höchstgerichts».

«Hierbei ist aber zu berücksichtigen, dass gerade im Bereich des Zivil- und Strafrechts, und damit im Kernbereich der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, die entsprechend anzuwendenden Rechtsvorschriften weitgehend aus Österreich (ABGB, ZPO, AussStrG, StGB und StPO) und der Schweiz (SR, Einzelarbeitsvertrag, PGR teilweise) rezipiert wurden; gleiches gilt auch für die SV-Sachen (AHV/IV/FAK, KVG). Die entsprechende Rechtsfortbildung in diesen Rechtsgebieten findet prima vista in den beiden Rezeptionsländern statt. Liechtenstein ist dabei gehalten, auch die im jeweiligen Rezeptionsland ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung zu beachten und nur davon abzuweichen, sofern dafür triftige Gründe vorliegen. Dies bedeutet, dass der liechtensteinische Oberste Gerichtshof nur eingeschränkt Rechtsfortbildung in den von ihm zu behandelnden Rechtsgebieten betreibt.» (S. 26 f.)

Insoweit verweist der Bericht in Fussnote 47 auf die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs und auf die einschlägige Literatur. Tatsächlich urteilt der Staatsgerichtshof nach den Worten seines gegenwärtigen Präsidenten in ständiger Rechtsprechung,

«dass reduzierte Anforderungen an die Begründung einer Verfügung oder Entscheidung gelten, solange rezipiertes Recht im Einklang mit Lehre und Rechtsprechung des Herkunftslandes ausgelegt wird. Umgekehrt bedarf es einer eingehenden Begründung und triftiger Argumente, wenn bei einer rezipierten Norm von der einschlägigen ausländischen Rechtsprechung abgewichen werden soll.» (*Hilmar Hoch*, Verfassungsgerichtsbarkeit im Kleinstaat – Das Beispiel Liechtenstein, ZöR 2021, 1219, 1230).

Das heisst aber nicht, dass der OGH nicht zur Rechtsfortbildung befugt und je nach Situation verpflichtet ist. Zum einen kann er unter den genannten Voraussetzungen von der relevanten ausländischen Rechtsprechung abweichen. Und zum anderen können sich neue Rechtsfragen stellen, für die es keine Antwort der ausländischen Höchstgerichte gibt. Das Argument die wichtige Aufgabe der Rechtsfortbildung sei auf die Höchstgerichte der Herkunftsländer

auszulagern, verrät einen Mangel an Selbstbewusstsein. Auch unter diesem Gesichtspunkt schießt die Abschaffung des OGH über das Ziel hinaus.

Was die zitierte Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs angeht, so erlaube ich mir folgende Bemerkungen:

Art. 1 Schweizer ZGB bestimmt:

«1 Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.

2 Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.

3 Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.»

Die Vorschrift wurde in das liechtensteinische Sachenrecht (SR) und das Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR) übernommen, nicht aber in das liechtensteinische Zivilgesetzbuch («ABGB»), das auf österreichischem Recht beruht.

§ 6 ABGB bestimmt:

«Einem Gesetze darf in der Anwendung kein anderer Verstand beygelegt werden, als welcher aus der eigenthümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet.»

§ 7 ABGB bestimmt:

«Lässt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muss auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft; so muss solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden.»

Auch wenn sich das Verständnis der §§ 6 und 7 ABGB seit ihrem Inkrafttreten im Jahr 1811 geändert hat, ist die Position des Richters nach dem Schweizer Ansatz offensichtlich die stärkere.

In der Praxis stellt sich die Frage, wie sich ein Richter des Fürstentums im Lichte der Artikel 1 SR und 1 PGR einerseits und der §§ 6 und 7 ABGB andererseits verhalten soll. Die Auffassung, dass im Falle der Übernahme von

schweizerischem Recht die schweizerische Methodenlehre gelten soll, während im Falle der Übernahme aus Österreich die österreichische Methodenlehre massgebend sein soll, ist abzulehnen. Der ehemalige stellvertretende EFTA-Generalsekretär *Georges Baur* hat überzeugend dargelegt, dass in allen Fällen das schweizerische Verständnis massgebend sein muss (Normenvielfalt bei der richterlichen Rechtsfindung im liechtensteinischen Privatrecht?, LJZ 1/98, 12, 20 ff.; vgl. auch ders., Konsistente Auslegung im Liechtensteinischen Recht, LJZ 1/23, 2 ff.).

Schliesslich geht die These, bei rezipiertem Recht könne man in Liechtenstein einfach auf die Rechtsprechung der Herkunftsländer abstellen, an der Realität vorbei. «Law in action» ist etwas anderes als «law on the books». Gelebtes Recht in Zürich oder in Wien ist etwas anderes als gelebtes Recht in Balzers oder in Schaan, auch wenn die relevanten Vorschriften inhaltsgleich sind. Auch von daher überzeugt die Position des Vernehmlassungsberichts zur Rechtsfortbildung nicht.

Selbst wenn man das Ziel der «Professionalisierung» im Sinne der Schaffung von Vollzeitstellen für erstrebenswert hält, so ist die Abschaffung des OGH der falsche Weg. Richten ist keine exakte Wissenschaft. Wenn eine ganze Instanz aufgehoben wird, so fällt die entsprechende Kontrolle weg, auch wenn sie ohnedies eingeschränkt ist. Niemand hat, soweit ich sehen kann, behauptet, dass es den (bisher nebenamtlich tätigen) Richtern des OGH an Sachkunde fehlt.

IV. Zur «Re-Extraterritorialisierung» des OGH

In Liechtensteiner Juristenkreisen ist der Eindruck verbreitet, dass der OGH zu sehr unter dem Einfluss von Innsbrucker Richtern und Innsbrucker Rechtswissenschaftlern steht. Bekanntlich war der OGH bis 1922 beim Oberlandesgericht Innsbruck eingerichtet, er war also ein extraterritoriales Gericht.

Seit 1945 waren alle Präsidenten Österreicher, seit 1981 alle Innsbrucker. Weitere Mitglieder kommen aus der Innsbrucker Justiz. Die Feststellung des Vernehmlassungsberichts, die Vorbereitung der Entscheidungsentwürfe erfolge nicht in Vaduz, sondern beim jeweiligen Referenten im Ausland (oben, III. 6.), ist vor allem vor diesem Hintergrund zu sehen. Sie enthält im Grunde genommen den Vorwurf der faktischen Re-Extraterritorialisierung des OGH. Für einen souveränen Staat ist das eine ungute Entwicklung.

Hinzu kommt, dass auch die Universität Innsbruck enormen Einfluss auf das Verständnis des Liechtensteinischen Rechts nimmt. An der Universität gibt es ein Forschungszentrum Liechtensteinisches Recht, dem der Präsident des OGH in Personalunion vorsteht.

Auf der Website wird zwar erwähnt, dass Liechtenstein sowohl österreichisches als auch schweizerisches Recht rezipiert hat. Vor allem aber wird der «enge Bezug zwischen der österreichischen und der liechtensteinischen Rechtsordnung» betont, der rund 200 Jahre zurückreicht: «Liechtenstein ist ein sog ‘Rezeptionsland’, es hat im Zuge des 19. Jahrhunderts ganze Gesetzeswerke en bloc aus Österreich übernommen.» Es ist sogar die Rede vom «Selbstverständnis unserer Universität als ‘Landesuniversität’ ua für das Fürstentum Liechtenstein». Zu Letzterem merke ich an, dass es in Liechtenstein zwei Universitäten und das Liechtenstein Institut gibt.

Die Jubiläumstagung «25 Jahre EWR» wurde am 4. und 5. April 2019 bezeichnenderweise nicht in Liechtenstein durchgeführt, sondern in Innsbruck, im Nicht-EWR/EFTA-Staat Österreich, dessen Regierung dem EWR bestenfalls gleichgültig gegenübersteht. Nach Artikel 34 Absatz 3 Überwachungs- und Gerichtshofsabkommen kann ein EFTA-Staat durch seine interne Gesetzgebung das Recht zur Einholung eines Gutachtens des EFTA-Gerichtshofs auf Gerichte beschränken, deren Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können. Österreich war der einzige Staat in der Geschichte des EWR, der die unteren Gerichte vom Vorabentscheidungsverfahren ausschloss. Artikel 6 des österreichischen EWR-Bundesverfassungsgesetzes bestimmte, dass nur der Verfassungsgerichtshof, der Verwaltungsgerichtshof, der Oberste Gerichtshof und andere letztinstanzliche Gerichte berechtigt waren, den EFTA-Gerichtshof um ein Gutachten zu ersuchen. Es wurden keine Gründe für diese Einschränkung genannt, aber wie der österreichische Richter am EFTA-Gerichtshof einige Jahre später schrieb, war das Ziel, die Anrufung des EFTA-Gerichtshofs durch österreichische Gerichte zu verzögern, zu erschweren und vielleicht sogar zu verhindern (*Kurt Herndl, Der EFTA-Gerichtshof und Österreich – ein Beispiel für nützliche Zusammenarbeit?, Afmælisrit [“Festschrift”] Thór Vilhjálmsson, Reykjavík 2000, 247 ff., 252 f.*) Im Grundsatzfall der Liechtensteinerin *Margarethe Ospelt (C-452/01)* plädierte die Wiener Regierung, mit dem Beitritt zur EU am 1. Januar 1995 sei Österreich aus dem EWR ausgetreten. Die österreichische Regierung hat sich, soweit ersichtlich, im Gegensatz zu den Regierungen weitaus wichtigerer EU-Staaten, auch nie herabgelassen, sich an einem Fall des EFTA-Gerichtshofes zu beteiligen.

Auch die Festschrift «100 Jahre Fürstlicher Oberster Gerichtshof» und die Feier zu ihrer Übergabe sind weitgehend als Innsbrucker Veranstaltungen wahrgenommen worden.

Die Stärke der Liechtensteiner Justiz besteht darin, dass die Richter und Richterinnen aus Liechtenstein, Österreich und der Schweiz rekrutiert werden. Das garantiert Sachkunde und Unabhängigkeit. Damit hier ein Gleichgewicht erreicht werden kann, müssen möglicherweise neue Anreizstrukturen geschaffen werden. Auf jeden Fall ist das aber kein Grund, das Kind durch Abschaffung des OGH mit dem Bad auszuschütten.

IV. Ein «Supreme Court» für Liechtenstein?

Mit der Abschaffung des OGH würde sich Liechtenstein ein weltweit einzigartiges System verpassen, in dem es kein ordentliches Höchstgericht, wohl aber ein Verfassungsgericht gäbe.

Wenn das Bedürfnis nach einer Verschlankung der Justiz besteht, so ist die Zusammenlegung von Obergericht und Verwaltungsgerichtshof meines Erachtens eine Option. Vor allem aber stellt sich die Frage, ob sich ein Staat mit 40'000 Einwohnern auf oberster Ebene den «Luxus» eines separaten Verfassungsgerichts leisten soll. Dabei übersehe ich nicht, dass der StGH eines der ältesten Verfassungsgerichte der Welt ist.

Die Möglichkeit, OGH und StGH zu verschmelzen und die Verfassungsgerichtsbarkeit als Funktion beim Obersten Gerichtshof festzumachen, sollte zumindest diskutiert werden. Wenn eine Fusion intelligent durchgeführt würde, so wäre der Rechtsschutz nicht vermindert.

Damit würde Liechtenstein von der Gruppe der Staaten mit Trennungsmodell in die der Staaten mit Einheitsmodell wechseln und befände sich grundsätzlich im gleichen Boot wie die USA, aber auch wie der Zollvertragspartner Schweiz, das Vereinigte Königreich und die skandinavischen Staaten.

Ich habe, sehr geehrte Frau Regierungsrätin, bei dieser Reform weder etwas zu gewinnen noch zu verlieren. Ich praktiziere aber in der EFTA und der EU und habe vor allem die möglichen internationalen Implikationen im Blick. Wenn Sie es wünschen, so bin ich jederzeit zu weiteren mündlichen Ausführungen bereit.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Niklaus', with a small mark above the first letter.