

Ist der Staatsgerichtshof ein positiver Gesetzgeber?

Anna Gamper*

I. Die Unterscheidung zwischen positivem und negativem Gesetzgeber

Auf *Hans Kelsens* Staatsrechtslehrerreferat im Jahr 1928 geht die Unterscheidung zwischen «positivem» und «negativem» Gesetzgeber zurück: Der positive Gesetzgeber sei «das Parlament, evtl. in Verbindung mit der Regierung, [... und] nur hinsichtlich seines Verfahrens durch die Verfassung gebunden, hinsichtlich des Inhalts der von ihm zu erlassenden Gesetze nur ausnahmsweise, und nur durch allgemeine Grundsätze, Richtlinien usw.»¹ Der negative Gesetzgeber hingegen sei «das Verfassungsgericht, [... das] bei seiner Funktion wesentlich durch die Verfassung bestimmt» ist; diese Funktion sei «überwiegend Rechtsanwendung und daher in diesem Sinne echte Gerichtsbarkeit».² Denn die «Aufhebung eines Gesetzes aus dem Grunde seiner Verfassungswidrigkeit erfolgt wesentlich in Anwendung der Verfassungsnormen. Hier überwiegt das Moment der Bindung, hier tritt das für die Gesetzgebung charakteristische Moment der freien Schöpfung sehr zurück».³

Bei all ihrer Überzeugungskraft ist diese Dichotomie doch differenzierungsbedürftig:⁴ Denn der positive (einfache) Gesetzgeber ist ebenso an die Verfassung gebunden wie das Verfassungsgericht und alle übrigen Staatsorgane. Und auch wenn das Verfassungsgericht zwar typischerweise ein negativer und kein positiver Gesetzgeber ist, hindert dies den positiven Gesetzgeber – der überdies im Regelfall auch noch aus anderen Teilgesetz-

* Anna Gamper ist Universitätsprofessorin am Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre der Universität Innsbruck. Sie ist Ersatzrichterin des Staatsgerichtshofes. Herzlicher Dank ergeht an Frau Dr. Miriam Klema, BA, sowie an Frau Univ.-Ass. Mag. Julia Oberdanner für die redaktionelle Unterstützung. Der Beitrag wurde Anfang 2025 abgeschlossen.

1 *Kelsen, Hans*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929), S. 30–88 (S. 56).

2 *Kelsen*, Fn. 1, S. 56.

3 *Kelsen*, Fn. 1, S. 55 f.

4 Vgl. auch schon *Gamper, Anna*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenverbindung, Wien 2016, S. 15 ff.

gebungsorganen als Parlament oder Regierung besteht –⁵ nicht daran, bei Bedarf *auch* negativer Gesetzgeber zu sein.⁶ Der von *Kelsen* so bezeichnete «positive» Gesetzgeber ist nämlich grundsätzlich verfassungsrechtlich frei, Gesetze zu schaffen, wie auch, sie selbst wieder aufzuheben; es ist also nicht nur keine Prerogative des Verfassungsgerichts, ein Gesetz aufzuheben, es ist dessen Funktion als negativer Gesetzgeber vielmehr sogar bescheidener als die des «eigentlichen» Gesetzgebers, der grundsätzlich ein Gesetz, in vollem Ausmass oder in Teilen, aus beliebigen Gründen aufheben darf, während es dem Verfassungsgericht nur gestattet ist, jene Gesetze oder Teile davon aufzuheben, die verfassungswidrig sind.

In den fast einhundert Jahren, die seit *Kelsens* grundlegender Einteilung verstrichen sind, verfeinerte sich die Unterscheidung zwischen positivem und negativem Gesetzgeber nicht nur auf Grund der Vielzahl an weltweit geschaffenen Regelungen über die Funktionen spezialisierter Verfassungsgerichte, sondern auch auf Grund der Rechtsprechung dieser Verfassungsgerichte. In vielen Fällen eröffneten sich zumindest Grauzonen, in denen diese Verfassungsgerichte aus der Sphäre des negativen Gesetzgebers heraus- und in diejenige des positiven Gesetzgebers eintraten.

Im etwa selben Zeitraum ist der liechtensteinische Staatsgerichtshof, der nach seiner Einrichtung durch die LV⁷ von 1921 seine Funktionen 1926 aufnahm,⁸ tätig. Unbestreitbar ist er als negativer Gesetzgeber tätig, wenn er verfassungswidrige Gesetze aufhebt; auf seine kassatorische Funktion soll im Folgenden jedoch ebenso wenig näher eingegangen werden wie auf andere seiner Kompetenzen als die Gesetzesprüfung.⁹ Fraglich ist hin-

5 Nach der liechtensteinischen Verfassung gehören neben dem Landtag, dem Landesfürsten und dem Regierungschef je nach Art des Verfahrens auch die Regierung als Kollegialorgan, Gemeinden oder wahlberechtigte Landesbürger (unmittelbar) zu den funktionalen Teilgesetzgebungsorganen.

6 Verfahrensrechtlich durchläuft auch ein Gesetz, dessen einziger Inhalt in der Aufhebung eines anderen Gesetzes besteht, dasselbe rechtsschöpfende Gesetzgebungsverfahren wie jedes «positive», d.h. zumindest auch mit einem anderen als nur aufhebenden Inhalt versehene Gesetz.

7 Verfassung des Fürstentums Liechtenstein vom 5. Oktober 1921 (LV), LGBI. 1921 Nr. 15 LR 101.

8 Damit ist der StGH das am längsten aktiv tätige spezialisierte Verfassungsgericht der Welt (dazu schon *Hoch, Hilmar*, Verfassungsgerichtsbarkeit im Kleinstaat – das Beispiel Liechtenstein, ZÖR 76 [2021], S. 1219–1240 [S. 1229]).

9 Vgl. jedoch zu verschiedenen Fallkonstellationen der Kassation in Liechtenstein *Wille, Herbert*, Probleme des gesetzgeberischen Unterlassens in der Verfassungsrechtswissenschaft, EuGRZ 2009, S. 441–454 (S. 443 ff. und 452 f.); *ders.*, Die Normenkontrolle im liechtensteinischen Recht auf der Grundlage der Rechtsprechung des Staatsgerichts-

gegen, ob und gegebenenfalls welche Funktion eines positiven Gesetzgebers er ausübt, was im vorliegenden Beitrag nach einer kurzen Darstellung des theoretischen Spektrums solcher Funktionen untersucht werden soll.

II. Formen positiver Gesetzgebung durch Verfassungsgerichte

Das Spektrum an Möglichkeiten, wie Verfassungsgerichte die Funktion eines positiven Gesetzgebers ausüben, ist mittlerweile durchaus breit:¹⁰ Die radikalste Form der positiven Gesetzgebung ist die selbständige Erlassung eines Gesetzes durch ein Verfassungsgericht. Soweit ersichtlich, ist dies nur in seltenen Fällen und auch nur – als «Ersatzgesetzgebung» – auf Grund vorherigen gesetzgeberischen Unterlassens geschehen.¹¹

Um eine nicht mit einer Lückenfüllungsfunktion verknüpfte, ebenfalls seltene Form der Mitwirkung an positiver Gesetzgebung handelt es sich, wenn ein Verfassungsgericht über Initiativrechte für alle oder bestimmte Arten von Gesetzen verfügt.¹² In diesen Fällen könnten Verfassungsgerichte tatsächlich wie alle Gesetzesinitiativberechtigten rechtspolitischen Gestaltungsspielraum nützen und Gesetzesvorschläge einbringen – ob diese das weitere Verfahren erfolgreich passieren, ist allerdings anderen Organen überlassen.

hofes, LPS 27, Vaduz 1999, S. 294 und S. 329 ff.; Wille, Tobias Michael, Liechtensteinisches Verfassungsprozessrecht, LPS 43, Vaduz 2007, S. 758 ff.

10 Vgl. dazu mit internationalen Vergleichsstudien Brewer-Carías, Allan R. (Hrsg.), *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge 2011; klassifizierend auch Gamper, Anna, *Constitutional Courts and Judicial Law-Making: Why Democratic Legitimacy Matters*, Cambridge International Law Journal 4 (2015), S. 423–440 (S. 426 ff.) sowie dies., Fn. 4, S. 17 f. und 114 ff.

11 Vgl. AIR 1997 Supreme Court 3011 und dazu Deva, Surya, *India: Constitutional Courts as Positive Legislators: The Indian Experience*, in: Brewer-Carías (Hrsg.), *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge 2011, S. 587–601 (S. 596 ff.), Chang, Wen-Chen/Thio, Li-ann/Tan, Kevin YL/Yeah, Jiunn-rong, *Constitutionalism in Asia*, Oxford 2014, S. 459 ff. sowie Gamper, Fn. 4, S. 133 f.

12 Vgl. Art. 134 Z. 4 Verfassung von Ecuador, Art. 156 Verfassung von Kolumbien, Art. 68 Abs. 1 Verfassung der Mongolei, Art. 104 Abs. 1 Verfassung von Russland; ein Gesetzesinitiativrecht für allgemeine Höchstgerichte sehen vor: Art. 184 Z. 6 Verfassung von Bolivien, Art. 174 Verfassung von Guatemala, Art. 213 Verfassung von Honduras, Art. 164 lit. g Verfassung von Kuba, Art. 59 Abs. 5 Verfassung von Laos, Art. 140 Z. 3 Verfassung von Nicaragua, Art. 203 Verfassung von Paraguay, Art. 204 Z. 4 Verfassung von Venezuela. Vgl. auch Ginsburg, Tom/Elkins, Zachary, *Ancillary Powers of Constitutional Courts*, Texas Law Review 87 (2009), S. 1431–1561 (S. 1432, 1444 f.) sowie Gamper, Fn. 4, S. 43 ff.

Als komplexer erweisen sich verfassungsgerichtliche Befugnisse der präventiven Normenkontrolle, die ebenfalls im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens ausgeübt werden.¹³ Anders als Initiativrechte stellen sie jedoch keine proaktiven und mit rechtspolitischem Gestaltungsspielraum versehenen Mitwirkungsbefugnisse dar, sondern dienen, wie im Fall der klassischen repressiven Normenkontrolle, lediglich der Beurteilung der Verfassungskonformität des geplanten Gesetzes: Ein Verfassungsgericht, das einem Gesetzesvorschlag oder Gesetzesbeschluss Unbedenklichkeit bestätigt, könnte insofern als «positives» Teilgesetzgebungsorgan verstanden werden, als es an der Schaffung des Gesetzes teilhat, während es im Fall der Blockade des weiteren Gesetzgebungsverfahrens eine Art von «Negation» während des laufenden positiven Gesetzgebungsverfahrens ausübt.

Alle drei bisher geschilderten Formen positiver Gesetzgebung scheiden jedoch für den StGH aus, da die LV keinerlei derartige Befugnis vorsieht. Lediglich aus der explizit in Art. 70b Abs. 3 VRG¹⁴ – nicht jedoch in der LV – verankerten Möglichkeit der Beschwerde gegen eine Nichtigklärung eines Initiativbegehrens durch den Landtag, der dieses für mit der Verfassung oder Staatsverträgen nicht übereinstimmend erklärt, lässt sich eine ansatzweise Befugnis zur präventiven Normenkontrolle ableiten. Dem StGH kommt im Rahmen der Vorprüfung des Initiativbegehrens jedoch weniger die Rolle eines Teilgesetzgebungsorgans – die jedenfalls einer verfassungsrechtlichen Verankerung bedürfte – als vielmehr eines Hüters des direkt-demokratischen Rechts von Bürgern auf Gesetzesinitiative¹⁵ zu, auch wenn dies immanently eine Prüfung der geplanten Gesetzgebung erfordert. Wendet man den Begriff der präventiven Normenkontrolle auf dieses frühe Stadium einer «Volksgesetzgebung» an, ist der «primäre» präventive Normenkontrollleur freilich der Landtag, wogegen der StGH als «sekundärer» Normenkontrollleur nur dann ins Spiel kommt, wenn eine Beschwerde

13 Vgl. zur präventiven Normenkontrolle auch schon *Ginsburg/Elkins*, Fn. 12, S. 1445; *Sonntag, Niklas*, Präventive Normenkontrolle in Österreich, Wien 2011, S. 186 ff.; *Gamper*, Fn. 4, S. 47 ff.; *dies.*, Fn. 10, S. 428; jüngst für Österreich *Bussjäger, Peter*, Präventive Normenkontrolle in Österreich, in: *Lienbacher/Pürgy* (Hrsg.), Verfassungsrechtliche Sicherung des Gesetzgebungsverfahrens, Wien 2025, S. 21–40.

14 Gesetz vom 17. Juli 1973 über die Ausübung der politischen Volksrechte in Landesangelegenheiten (Volksrechtegesetz, VRG), LGBl. 1973 Nr. 50 LR 161.

15 Ähnlich *Bussjäger, Peter*, Präventive Normenkontrolle zur Lösung des Spannungsverhältnisses zwischen direkter Demokratie und Volkssouveränität: das Beispiel Liechtenstein, in: *Balthasar/Bussjäger/Poier* (Hrsg.), Herausforderung Demokratie. Themenfelder: Direkte Demokratie, e-Democracy und übergeordnetes Recht, Wien 2014, S. 35–48 (S. 41).

gegen die Nichtigerklärung an ihn erfolgt. In StGH 2013/183 wurde daher die Rechtssache unter Bindung an die Rechtsansicht des Staatsgerichtshofes zur neuerlichen Entscheidung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein zurückverwiesen, da das Initiativbegehren nach Ansicht des StGH nicht verfassungswidrig war. Im Folgenden soll auf diese in ihrer verfassungsrechtlichen Grundlegung umstrittene¹⁶ und jedenfalls ungewöhnliche Form der präventiven Normenkontrolle nicht näher eingegangen werden.

Auch für den StGH erörtert werden können jedoch noch andere Ansätze positiver Gesetzgebung durch Verfassungsgerichte: Ein Beispiel dafür ist die auf Grund der Verfassung oder eines Gesetzes über das Verfassungsgericht an letzteres delegierte Zuständigkeit zur Erlassung seiner Geschäftsordnung, die zwar kein formales Gesetz darstellt, jedoch üblicherweise sowohl gesetzesausführende als auch -ergänzende Regelungen enthält.¹⁷

Darüber hinaus fallen verfassungsgerichtliche Befugnisse darunter, die eigentlich im Zuge der Tätigkeit des Verfassungsgerichts als negativer Gesetzgeber ausgeübt werden: So stellt sich die Frage, ob ein Gesetz, das durch ein vom Verfassungsgericht aufgehobenes Gesetz ausser Kraft gesetzt wurde, direkt durch die Aufhebung wieder in Kraft tritt oder ob dem Verfassungsgericht die Befugnis eingeräumt ist, über diese Rechtsfolge selbst zu entscheiden.¹⁸ Auch wenn man eine – *ipso iure* oder durch das Verfassungsgericht verfügte – Wiederinkraftsetzung als positive Gesetzgebung verstehen kann, ist diese freilich insoweit beschränkt, als das Verfassungsgericht keinen beliebigen Rechtsinhalt in Kraft setzen darf und als es dem Gesetzgeber unbenommen ist, das wieder in Kraft gesetzte Gesetz ein weiteres Mal ausser Kraft zu setzen. Aber auch wenn nach der Aufhebung durch das Verfassungsgericht keine zuvor existente Norm wieder in Kraft tritt, könnte sich die Frage stellen, ob bei Aufhebung bloss eines Teils eines Gesetzes der verbleibende Rest eine Bedeutungsänderung erfährt, die vom positiven Gesetzgeber ursprünglich nicht gewollt war.¹⁹

Dagegen stellt die Möglichkeit, die Aufhebung eines Gesetzes mit einer aufschiebenden Frist zu versehen,²⁰ keine positive Gesetzgebungsbefugnis dar: Es wird dadurch lediglich der Zeitpunkt der negativen Gesetzgebung

16 Für die Annahme der Verfassungskonformität des Art. 70b VRG *Bussjäger*, Fn. 15, S. 41, dagegen *H. Wille*, Normenkontrolle, Fn. 9, S. 239 f., skeptisch *T. Wille*, Fn. 9, S. 73.

17 Dazu schon *Gamper*, Fn. 4, S. 135 f.

18 *Gamper*, Fn. 10, S. 426 f. sowie *dies.*, Fn. 4, S. 66 ff.

19 Vgl. zur einschlägigen Judikatur des VfGH schon *Gamper*, Fn. 4, S. 78 ff.

20 Dazu auch schon *Brewer-Carías*, Fn. 10, S. 95 ff.

nach hinten verschoben, um eine Legiſvakanz zu verhindern; dem Geſetzgeber ſteht es aber mit und ohne Friſt frei, ein neues Geſetz zu erlaſſen oder nicht.²¹ Auch eine Aufforderung an den Geſetzgeber, binnen beſtimmter Friſt tätig zu werden, ſtellt keine poſitive Geſetzgebungsbefugnis dar: Zu unterſcheiden iſt dabei der Fall, den Geſetzgeber zu warnen, daſſ eine Aufhebung einer bereits erlaſſenen Regelung nach Ablauf der Friſt erfolgen könnte – was den Geſetzgeber gleichwohl zu keinem Tätigwerden zwingt –, von einem verbindlichen Appell an den Geſetzgeber, eine Lücke zu füllen, da geſetzgeberiſches Unterlaſſen²² vorliegt. In beiden Fällen iſt daſſ Verfaſſungsgericht jedoch kein unmittelbarer poſitiver Geſetzgeber, ſondern wirkt beſtenfalls darauf hin, daſſ der Geſetzgeber überhaupt tätig wird.

Der am ſchwierigſten zu beurteilende Fall poſitiver Geſetzgebung durch Verfaſſungsgerichte liegt dann vor, wenn deren Auslegung von Geſetzen, einſchlieſſlich der Verfaſſung ſelbſt, in einer Art und Weiſe erfolgt, die man inhaltlich als Geſetzeserganzung oder ſogar Geſetzesanderung qualifizieren könnte. Geſetze werden in dieſen Fällen jedoch nicht förmlich geändert oder ergänzt, und es behaupten die jeweiligen Verfaſſungsgerichte auch nicht, zu förmlicher Geſetzesanderung oder -ergänzung befugt zu ſein. Vielmehr deklarieren ſie daſſ jeweilige Vorgehen als – auch rechtſchopferiſche Züge tragende –²³ Rechtsanwendung, der unterſchiedliche Rechtfertigungsſtrategien zugrunde liegen können: Während im einen Fall der Schutz von Grundrechten und die Berückſichtigung faktiſcher Entwicklungen als Grundlage für eine dynamisch-evolutive Interpretation herangezogen werden,²⁴ kann im anderen Fall ſogar argumentiert wer-

21 Vgl. dazu aus osterreichiſcher Sicht ſchon *Gamper*, Fn. 4, S. 73 ff.

22 Zur Lückenfüllung im Fall geſetzgeberiſchen Unterlaſſens ſchon *Brewer-Caras*, Fn. 10, S. 125 ff.; *Gamper*, Fn. 4, S. 114 ff.; für Liechtenſtein ausführlich *H. Wille*, EuGRZ 2009, Fn. 9, S. 441 ff. ſowie *ders.*, Normenkontrolle, Fn. 9, S. 271 ff.

23 Dazu ſchon *Merkl, Adolf Julius*, Das doppelte Rechtsantlitz, JBl 1918, S. 425–427, 444–447, 463–465.

24 Typiſch dafür etwa die Auslegung der EMRK (Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menſchenrechte und Grundfreiheiten, LGBl. 1982 Nr. 60/1 LR 0.101) durch den EGMR als «living instrument» (zuletzte etwa wieder in EGMR *Ver-ein KlimaSeniorinnen Schweiz u.a. v. Schweiz*, Nr. 53600/20, 09.04.2024, Rn. 434); vgl. aus der neueren Literatur nur *Gamper, Anna*, EGMR: Evolution oder Revolution?, AJP 2025, S. 109–115; *Holoubek, Michael*, Vom Wert der «evolutiven» oder «dynamischen» Interpretation der EMRK, in Fremuth (Hrsg.), 70 Jahre Europäische Menschenrechtskonvention, Wien 2022, S. 119–134; *Boſnjak, Marko/Zajac, Kacper*, Judicial Activism and Judge-Made Law at the ECtHR, Human Rights Law Review 23 (2023), S. 1–15 (S. 4 f.).

den, eine Aufhebung gerade vermeiden und dem Gesetzgeber mit einer verfassungskonformen Auslegung²⁵ entgegenkommen zu wollen; im Fall der Analogie²⁶ wiederum kann mit einem originalistischen Willen des Gesetzgebers argumentiert werden, der bei voller Kenntnis einer bloss übersehenen Regelungslücke oder einer künftigen Entwicklung eine bestimmte Regelung geradeso getroffen hätte.

III. Ansätze positiver Gesetzgebung durch den StGH

A. Generelle Zurückhaltung

Grundsätzlich misst der StGH Demokratie und Gewaltenteilung grosse Bedeutung zu und erachtet sich nicht als zuständig, rechtspolitische Fragen zu lösen.²⁷ Für ihn ist es daher «nicht relevant, ob eine gesetzliche Regelung besonders zweckmässig ist und ob allenfalls eine bessere Regelung politisch wünschbar wäre. Die Entscheidung hierüber ist Sache des Gesetzgebers, und der Staatsgerichtshof hat sich nicht an dessen Stelle zu setzen».²⁸

25 Ein internationaler Vergleich der Anwendung der verfassungskonformen Auslegungsmethode findet sich bei *Klatt, Matthias* (Hrsg.), *Constitutionally Conforming Interpretation – Comparative Perspectives*, Vol. 1: National Reports, Oxford 2023. Vgl. auch schon *Gamper, Anna*, *Regeln der Verfassungsinterpretation*, Wien/New York 2012, S. 217 ff.; *dies.*, Fn. 4, S. 150 ff.

26 Vgl. auch *Gamper*, Fn. 4, S. 94 ff.

27 Typisch etwa StGH 1993/003, Erw. 2.1 (= LES 1994, 37 ff. [38]): «Allerdings ist zu beachten, dass sich das Verfassungsgericht gegenüber dem Gesetzgeber stärker als bei der Überprüfung von Einzelakten Zurückhaltung auferlegen muss. Dem Landtag kommt aufgrund der direkten Volkswahl seiner Mitglieder höchste demokratische Legitimation zu. Er muss deshalb einen grossen Spielraum bei der Ausgestaltung der Gesetzesvorlagen beanspruchen können. Der StGH darf deshalb nicht ohne Not in die Gesetzgebungsbefugnis des Landtages eingreifen. Andernfalls würde das Verfassungsgericht Gefahr laufen, sich als politische Instanz zu betätigen und damit gegen das Gewaltenteilungsprinzip zu verstossen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass ein Verfassungsgericht von vornherein eine eingeschränkte funktionelle Eignung zur Korrektur allfälliger gesetzgeberischer Fehlleistungen hat, da es nur kassatorisch und damit punktuell in die Gesetzgebung eingreifen kann»; vgl. weiters StGH 2020/097, Erw. 2.7, sowie StGH 2000/028, Erw. 2.1; zusammenfassend auch *H. Wille*, *Normenkontrolle*, Fn. 9, S. 66; *ders.*, *EuGRZ* 2009, Fn. 9, S. 453; *Vogt, Hugo*, *Das Willkürverbot und der Gleichheitsgrundsatz in der Rechtsprechung des liechtensteinischen Staatsgerichtshofes*, LPS 44, Schaan 2008, S.109.

28 Vgl. z.B. StGH 2017/147, Erw. 3; StGH 2017/093, Erw. 3; StGH 2013/036, Erw. 5.3; ähnlich StGH 1998/002, Erw. 4.3 (= LES 1999, 158 ff. [163]).

In StGH 2004/011 hielt der StGH fest, die Funktion eines «negativen Gesetzgebers», nicht aber diejenige als «positiver Gesetzgeber innezuhaben.²⁹ Andernfalls «würde der Staatsgerichtshof die Funktion des Gesetzgebers für sich in Anspruch nehmen, was schon unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung – einem zentralen Grundsatz des Rechtsstaats [...] – nicht zulässig ist.»³⁰ Generell erlege sich der StGH «bei der Überprüfung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen aus Gründen der Demokratie und der Gewaltenteilung [...] Zurückhaltung» auf.³¹ In spezieller Weise gelte dies «in besonders dynamischen Rechtssetzungsbereichen [...], wo europaweit eine intensive und kontroverse Wertediskussion im Gange ist», oder wenn über das geprüfte Gesetz eine Volksabstimmung durchgeführt wurde.³² Als sogenannter «negativer Gesetzgeber» habe der Staatsgerichtshof gemäss Art. 19 Abs. 1 StGHG³³ keine andere Möglichkeit zur Beseitigung einer verfassungswidrigen Norm als deren Aufhebung; jegliche Änderung des Wortlauts sei ihm verwehrt.³⁴

B. Die Geschäftsordnung des StGH

Gemäss Art. 14 StGHG beschliesst der StGH eine Geschäftsordnung, die Angelegenheiten der Organisation, des Verfahrens, der Geschäftsführung, der Geschäftseinteilung, der Vertretung durch Ersatzrichter und der Publikation von Entscheidungen des Gerichtshofes zum Gegenstand hat. Die Geschäftsordnung ist im Landesgesetzblatt kundzumachen.³⁵ Daraus ist selbstverständlich nicht ableitbar, dass die Geschäftsordnung selbst den

29 Vgl. dazu auch *T. Wille*, Fn. 9, S. 448.

30 StGH 2004/011, Erw. 1.2 (nicht veröffentlicht).

31 StGH 2020/045, Erw. 2.3; StGH 2018/154, Erw. 4.3; ähnlich StGH 2014/142, Erw. 4.1.2; StGH 2013/082, Erw. 3.6.1; StGH 2013/017, Erw. 2.4.1. Vgl. auch *Wille, Herbert*, Die liechtensteinische Staatsordnung. Verfassungsgeschichtliche Grundlagen und oberste Organe, LPS 57, Schaan 2015, S. 607.

32 StGH 2018/154, Erw. 4.3; ähnlich StGH 2020/097, Erw. 2.6.

33 Gesetz vom 27. November 2003 über den Staatsgerichtshof (StGHG), LGBL. 2004 Nr. 32 LR 173.10.

34 StGH 2020/097, Erw. 4.1 mit Bezug auf *H. Wille*, Fn. 31, S. 607 m.w.N.

35 Während nach der ursprünglichen Regierungsvorlage der StGHG-Novelle LGBL. 2018 Nr. 471 LR 173.10 (BuA Nr. 51/2018 vom 12. Juni 2018 betreffend die Abänderung der Verfassung und des Gesetzes über den Staatsgerichtshof [Abschaffung des Rotationsprinzips bezüglich der Ersatzrichter], S. 26) noch eine gelockerte Kundmachungsvorschrift geplant war, wurde schlussendlich an der Publikation im Landesgesetzblatt festgehalten.

Rang eines Gesetzes hätte, doch betonte auch die Regierungsvorlage zur StGHG-Novelle LGBL. 2018 Nr. 471,³⁶ dass die Geschäftsordnung «generell-abstrakte Regelungen» beinhalte. In ihr sollten nach den Intentionen der Regierungsvorlage zum StGHG von 2003³⁷ «ergänzend erforderliche Verfahrensregeln festgelegt werden können»³⁸ bzw. sollte der StGH «die Verfahrens- und Beratungsvorschriften im nötigen Ausmass [...] ergänzen».³⁹ Auf Grund «des grundsätzlicheren Charakters von Geschäftsordnungen gegenüber Geschäftsverteilungen und deren Qualifikation als Rechtsnormen mit Aussenwirkung»⁴⁰ und des Umstands, dass die Geschäftsordnung die allgemeinen Kriterien beinhalte, nach welchen der Einsatz der Ersatzrichter zu erfolgen habe, sollte sie weiterhin im Landesgesetzblatt kundgemacht werden. Dadurch, dass Art. 14 StGHG aber wenigstens allgemein die Regelungsgegenstände der Geschäftsordnung bestimmt, wird man letztere doch eher als gesetzesausführende denn als gesetzesergänzende generelle Norm zu qualifizieren haben. Ein positiver Gesetzgeber ist der StGH in Bezug auf die Beschlussfassung über die Geschäftsordnung zwar nicht, allerdings ein genereller Normsetzer – ob man die Geschäftsordnung nun als Verordnung oder als generelle Norm *sui generis* qualifiziert.

C. Die Fristsetzung für die Aufhebung eines Gesetzes

Gemäss Art. 19 Abs. 3 StGHG wird die Aufhebung eines Gesetzes mit der Kundmachung rechtswirksam, wenn der StGH hierfür nicht eine Frist von längstens 18 Monaten bestimmt; der Anlassfall ist davon ausgenommen.⁴¹ Diese Möglichkeit macht den StGH allerdings nicht zu einem positiven

36 BuA Nr. 51/2018 vom 12. Juni 2018, S. 17.

37 LGBL. 2004 Nr. 32 LR 173.10.

38 BuA Nr. 45/2003 vom 12. August 2003 betreffend die Schaffung eines Gesetzes über die Bestellung der Richter, die Neufassung des Staatsgerichtshofgesetzes sowie die Anpassung verschiedener Gesetze an die anlässlich der Volksabstimmung vom 14./16. März 2003 angenommene Abänderung der Verfassung, S. 38.

39 BuA Nr. 45/2003 vom 12. August 2003, S. 38.

40 BuA Nr. 88/2018 vom 9. Oktober 2018 betreffend die Abänderung der Verfassung und des Gesetzes über den Staatsgerichtshof aufgeworfenen Fragen (Abschaffung des Rotationsprinzips bezüglich der Ersatzrichter), S. 8.

41 Vgl. dazu näher *H. Wille*, EuGRZ 2009, Fn. 9, S. 447. Durch die ab 1.1.2026 in Kraft tretende StGHG-Novelle LGBL. 2025 Nr. 19 wurde die Frist nach österreichischem Vorbild (Art. 140 Abs. 5 B-VG) von einem Jahr auf 18 Monate erstreckt (vgl. zur Kürze der bisherigen Frist auch StGH 2024/031, Erw. II [nicht veröffentlicht]).

Gesetzgeber: Die Fristsetzung kann weder verhindern, dass der Gesetzgeber kein neues Gesetz erlässt, noch wird dem Gesetzgeber dadurch eine Befugnis eingeräumt, die er sonst nicht hätte.⁴² Es wird lediglich das Ausserkrafttreten des Gesetzes verzögert und möglicherweise – abhängig von der Bereitschaft des Gesetzgebers, überhaupt eine neue Regelung zu erlassen – eine unerwünschte Legislavakanz verhindert.

D. Keine Wiederinkraftsetzung früherer Gesetze

Dagegen fehlt dem StGH eine Befugnis, wie sie dem österreichischen VfGH gemäss Art. 140 Abs. 6 B-VG⁴³ zukommt: Nach dieser Bestimmung treten mit dem Tag des Inkrafttretens der Aufhebung, falls das Erkenntnis des VfGH nicht anderes ausspricht, die gesetzlichen Bestimmungen wieder in Kraft, die durch das vom VfGH als verfassungswidrig erkannte Gesetz aufgehoben worden waren. Der StGH hielt sich vielmehr nicht nur für nicht befugt, das Wiederinkrafttreten der früheren Bestimmungen durch einen entgegenstehenden Ausspruch zu verhindern, sondern nicht einmal für befugt, in einem solchen Fall die Aufhebung eines aufhebenden Gesetzes durchzuführen. In diesem Fall wäre er zwar formal nur ein «negativer Gesetzgeber», doch würde die «vom Gesetzgeber aufgehobene Bestimmung [...] wieder in den Rechtsbestand durch das aufhebende Urteil des Staatsgerichtshofes eingefügt».⁴⁴

Während Art. 140 Abs. 6 B-VG dem VfGH Wahlfreiheit belässt, ob er die frühere Bestimmung wiederaufleben lässt oder nicht, und dessen Befugnis zur Aufhebung des von ihm als verfassungswidrig erachteten Gesetzes in keiner Weise begrenzt, erachtete sich der StGH in einer solchen Konstellation mithin nicht einmal als berechtigt, von seiner Befugnis als negativer Gesetzgeber gemäss Art. 104 Abs. 2 LV i.V.m. Art. 19 Abs. 1 StGHG

42 Überzogen erscheint daher die bei *H. Wille*, Normenkontrolle, Fn. 9, S. 346 zustimmend wiedergegebene Ansicht von *Spanner*, wonach die Möglichkeit der Fristsetzung das Verfassungsgericht «in eine <sehr bedenkliche Nähe positiver Gesetzgebung>» rücke.

43 Dazu schon *Gamper*, Fn. 4, S. 66 ff. Vgl. auch *Rohregger, Michael*, Art 140 B-VG, in: *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Zellenberg* (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Wien 2003, Rz. 351 ff.; *Schäffer, Heinz/Kneihls, Benjamin*, Art 140 B-VG, in: *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg.), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht*, Wien 2022, Rz. 80 ff.

44 StGH 2004/011, Erw. 1.2 (nicht veröffentlicht).

Gebrauch zu machen. Gleichwohl ist der StGH zur Aufhebung eines verfassungswidrigen Gesetzes berechtigt und verpflichtet;⁴⁵ dass nach Aufhebung eines aufhebenden Gesetzes die frühere Bestimmung wiederauflebt, wäre gegebenenfalls nur die Reflexwirkung seiner Aufhebung.

Die Verweigerung der Aufhebung in einem solchen Fall eröffnet zwei Probleme: Zum einen wird der StGH damit seiner Rolle als negativer Gesetzgeber – die ihm durch die Verfassung zweifellos zugewiesen ist – nicht gerecht; der Preis für diese Zurückhaltung, nämlich ein verfassungswidriges Gesetz nicht aufzuheben, obwohl es dem Gesetzgeber andernfalls ohnehin freistünde, das wieder in Kraft getretene Gesetz unverzüglich durch ein anderes Gesetz zu ersetzen, erscheint dafür allzu hoch. Zum anderen stellt sich die Frage, ob der StGH in der Konsequenz dieser Judikatur dann nicht auch in sämtlichen Fällen, in denen der Gesetzgeber ein Gesetz durch ein anderes *ersetzte* – es also nicht, wie im hier geschilderten Fall,⁴⁶ ersatzlos aufhob –, ebenso vorzugehen hätte. Auch der Ersetzung eines Regelungsinhalts durch einen neuen ist ja eine Aufhebung des alten immanent.⁴⁷ Im Fall der Aufhebung einer Ersatzregelung würde der alte Regelungsinhalt geradeso wiederaufleben wie im Fall der Aufhebung einer Aufhebung. In der Folge würde dies bedeuten, dass der StGH immer nur dann Gesetze aufzuheben berechtigt wäre, wenn diese keinerlei Vorgängerregelung hätten. Eine solche Vorgangsweise entspräche zwar nicht seiner gepflogenen tatsächlichen Praxis, wäre aber schon in rechtsstaatlicher Hinsicht überaus bedenklich, weil der StGH dann seiner Funktion als negativer Gesetzgeber in immer mehr Bereichen der Rechtsordnung nicht mehr entsprechen könnte.

Darüber hinaus bestünde bei einer derart restriktiven Auslegung seiner Aufhebungsbefugnis Unsicherheit hinsichtlich möglicher Rechtsfolgen der je nach Art der Derogation angewendeten Rechtstechnik: Im Fall einer formellen Derogation dergestalt, dass in einer eigenen Bestimmung

45 Vgl. auch *T. Wille*, Fn. 9, S. 758 ff.

46 StGH 2004/011 (nicht veröffentlicht).

47 Das im geschilderten Fall StGH 2004/011 (nicht veröffentlicht) zur Aufhebung beantragte Gesetz vom 12. Juni 2003 betreffend die Abänderung des Gesetzes über die Patentanwälte (LGBL. 2003 Nr. 178 LR 173.530) lautete in Punkt I («Abänderung bisherigen Rechts»): «Das Gesetz vom 9. Dezember 1992 über die Patentanwälte, LGBL. 1993 Nr. 43, wird wie folgt abgeändert: Art. 50 aufgehoben». Die Aufhebung dieser einen Bestimmung wurde also rechtstechnisch als Abänderung des Gesetzes bezeichnet, wogegen der Rest des Gesetzes weder aufgehoben noch abgeändert wurde.

das Ausserkrafttreten des früheren Gesetzes geregelt wäre, könnte der StGH diese Ausserkrafttretenbestimmung in Geltung belassen und nur den «neuen» verfassungswidrigen Inhalt aufheben. Das frühere Gesetz träte dank der Nichtaufhebung der Ausserkrafttretenbestimmung trotzdem nicht mehr in Kraft, sodass der StGH auch nicht Gefahr liefe, durch die Aufhebung zum positiven Gesetzgeber zu werden. Würde hingegen die Ersetzung des früheren Gesetzes zwar mittels förmlicher Derogation (z.B. mit dem Wortlaut «Das Gesetz [...] wird wie folgt abgeändert: [...]»⁴⁸), jedoch ohne eigene Ausserkrafttretenbestimmung angeordnet, führte die Aufhebung des neuen Gesetzes tatsächlich das Wiederinkrafttreten des früheren Gesetzes herbei, da es keinen Rechtsgrund für dessen Ausserkraftsetzung mehr gäbe.

Hätte hingegen der Gesetzgeber einem früheren Gesetz durch ein neues Gesetz nicht formell, sondern nur materiell derogiert, stellte sich im Fall der Aufhebung des neuen Gesetzes die Frage, ob das frühere Gesetz, dem nur materiell derogiert worden wäre, wiederaufleben würde. Denn eine Bestimmung, die die Aufhebung des früheren Gesetzes ausdrücklich angeordnet hätte, gäbe es nicht, der «verdrängende» neue Inhalt wäre aber durch den StGH aufgehoben worden. Anzunehmen wäre wohl auch hier ein materielles «Wiederaufleben» des früheren Gesetzes.

Dass aber die blosse Wahl der gesetzgeberischen Derogationstechnik über die grundsätzliche Frage entscheiden soll, ob der StGH ein verfassungswidriges Gesetz bzw. eine verfassungswidrige gesetzliche Bestimmung, das oder die einen Vorgänger hatte, aufhebt oder nicht, schiene aleatorisch und wäre sowohl aus rechtsstaatlichen als auch gleichheitsrechtlichen Gründen abzulehnen.

Insofern erscheint es rechtsstaatlich konsequenter, dass der StGH verfassungswidrige Bestimmungen – wie es, vom geschilderten Judikat abgesehen, auch seiner Praxis entspricht – unabhängig davon aufhebt, ob sie eine Vorgängerregelung hatten und diese lediglich ersatzlos aufhoben oder vielmehr durch eine neue Regelung ersetzen. Wollte der Gesetzgeber der Gefahr, dass dann eine von ihm nicht gewünschte Altregelung gleichsam automatisch wieder in Kraft träte, entgegenwirken bzw. zumindest die Entscheidung darüber dem StGH überlassen, käme wohl nur die Ergänzung des StGHG um eine Regelung, wonach ein Wiederinkrafttreten des Gesetzes, das durch das seitens des StGH aufgehobene Gesetz aufgehoben wor-

48 So auch im Fall des zur Aufhebung beantragten Gesetzes LGBl. 2003 Nr. 178 LR 173.530 in StGH 2004/011 (nicht veröffentlicht).

den war, generell ausgeschlossen wird, oder um eine Art. 140 Abs. 6 B-VG vergleichbare Regelung in Betracht.

Darüber hinaus liegt es in der Natur einer Aufhebung, dass die Rechtsordnung nach Aufhebung eines Gesetzes oder einzelner gesetzlicher Bestimmungen nicht mehr dieselbe ist und verbleibende Bestimmungen daher eine gewisse Bedeutungsänderung erfahren können; von dieser zwangsläufigen Rechtsfolge ist auch die Aufhebungspraxis des StGH nicht ausgenommen. Verfassungsgerichte sind dabei üblicherweise bestrebt, durch eine entsprechende Begrenzung des Aufhebungsumfangs die Bedeutungsänderung so gering wie möglich zu halten, ohne zu einem «materiellen» positiven Gesetzgeber zu werden, was letztlich eine Abwägung zwischen einer möglichst minimierten Aufhebung und dem durch die Aufhebung verursachten Wandel der Bedeutung des umgebenden Normbestandes erfordert;⁴⁹ unter Umständen kann die Aufhebung selbst eines grösseren Teils eines Gesetzes gerade dadurch gerechtfertigt werden, dass dafür der verbleibende Normenbestand keine oder eine geringere Bedeutungsänderung erfährt. Art. 18 Abs. 1 lit. c und Art. 19 Abs. 1 StGHG ermöglichen dem StGH, seinen Prüfungs- bzw. Aufhebungsgegenstand unter den dort festgelegten Bedingungen zu erweitern, was ihm in dieser Situation hilfreich sein kann. Möglich ist ihm auch, eine verfassungskonforme Deutung des verbleibenden Normenbestandes in das Erkenntnis aufzunehmen und gleichzeitig dem Gesetzgeber (unverbindlich) zu signalisieren, dass er allfällige Präzisierungen vornehmen möge.⁵⁰

E. Appellentscheidungen

Dem StGH kommt keine formale Befugnis zu, dem Gesetzgeber in Form von Appellentscheidungen⁵¹ verbindliche Mahnungen vorzugeben, binnen bestimmter Frist eine gesetzgeberische Lücke füllen oder ein verfassungswidriges Gesetz aufheben bzw. durch ein verfassungskonformes Gesetz ersetzen zu müssen. Allerdings ist es dem StGH unbenommen, einer Entscheidung, mit der er ein Gesetz (unter Umständen: gerade noch)

49 Zur einschlägigen Judikatur des VfGH *Gamper*, Fn. 4, S. 78 ff.

50 Vgl. dazu noch beispielhaft unten S. 139.

51 Dazu *T. Wille*, Fn. 9, S. 74 f., *H. Wille*, EuGRZ 2009, Fn. 9, S. 449 ff. sowie *ders.*, Normenkontrolle, Fn. 9, S. 314 ff. Allgemein zu Appellentscheidungen auch *Gamper*, Fn. 4, S. 116 ff.

nicht aufhebt,⁵² den mahnenden Hinweis anzufügen, dass er das Gesetz zu einem späteren Zeitpunkt aufheben könnte:⁵³ Beispielsweise könnten sich faktische Entwicklungen ergeben, die keinen vertretbaren Grund mehr dafür darstellten, bestimmte Sachverhalte bzw. Personengruppen je nachdem gleich oder ungleich zu behandeln;⁵⁴ nicht zuletzt könnte auch die Rechtsprechung europäischer Gerichte dabei eine Rolle spielen.⁵⁵ Ebenso ist es dem StGH unbenommen, unverbindliche Hinweise in eine ein Gesetz aufhebende Entscheidung aufzunehmen, wie eine neue verfassungskonforme Regelung gestaltet werden könnte.⁵⁶

Im blossen Hinweis, dass eine spätere Aufhebung des Gesetzes nicht ausgeschlossen ist, masst sich der StGH nicht die Rolle eines positiven Gesetzgebers an:⁵⁷ Er kann dem Gesetzgeber weder verbindlich vorgeben, «sicherheitshalber» ein neues Gesetz zu erlassen, noch im Fall des Unterlassens Sanktionen aussprechen, die über die Aufhebung des Gesetzes in einem weiteren Verfahren hinausgingen. Dass sich der StGH vorbehält, ein Gesetz zu einem späteren Zeitpunkt aufzuheben, ist im Grunde eine Selbstverständlichkeit, da er dies – mit und ohne Hinweis – immer tun könnte, wenn die Voraussetzungen einer Verfassungswidrigkeit vorliegen.

52 Als – hier nicht zu erörternde – Frage wurde die «Ersetzung» der Kassation einer verfassungswidrigen Norm durch einen Appell kritisch diskutiert (vgl. etwa *T. Wille*, Fn. 9, S. 74 f.). Damit erweist sich der StGH jedoch nicht als positiver Gesetzgeber, sondern begründet vielmehr die Nichtdurchführung oder Verschiebung negativer Gesetzgebung, wobei die Appelle über Warnungen nicht hinausgehen (zu verschiedenen Formen verfassungsgerichtlicher Appelle auch *H. Wille*, Normenkontrolle, Fn. 9, S. 315 ff.; zu «Unvereinbarerklärungen» *H. Wille*, EuGRZ 2009, Fn. 9, S. 451 f.; vgl. jüngst auch *Hoch, Hilmar*, Der Begründungsstil des liechtensteinischen Staatsgerichtshofes, ZÖR 79 (2024), S. 489–508 [S. 502]). Ein Appell darf eine Kassation keinesfalls beliebig, sondern nur dann ersetzen, wenn die Kassation unausweichlich in eine weitere Verfassungswidrigkeit führen würde.

53 Vgl. etwa StGH 1993/003, Erw. 2.5 (= LES 1994, 37 ff. [39]): «Diese verfassungsgerichtliche Zurückhaltung wäre allenfalls erst dann aufzugeben, wenn der Gesetzgeber trotz der aus grundrechtlicher Sicht nicht unbedenklichen Gesetzeslage längere Zeit nicht tätig würde. Der StGH ist aber zuversichtlich, dass Landtag und Regierung der Revision der Art 48–51 KO nunmehr besonderes Augenmerk schenken werden.»

54 Vgl. auch *H. Wille*, EuGRZ 2009, Fn. 9, S. 443 f.

55 Vgl. dazu auch die Hinweise in StGH 2024/031, Erw. 14 (nicht veröffentlicht); StGH 2020/097, Erw. 2.6; StGH 2018/154, Erw. 3.2.

56 Zu dieser Möglichkeit einer kassierenden «Appellentscheidung» *H. Wille*, EuGRZ 2009, Fn. 9, S. 449 ff. Zur Möglichkeit des VfGH, unverbindliche Anregungen an den Gesetzgeber in seine Entscheidungen aufzunehmen, *Gamper, Anna*, Das Argument der letzten Instanz, Wien 2023, S. 340 und 367.

57 Anders *H. Wille*, EuGRZ 2009, Fn. 9, S. 454.

Ein ausdrücklicher Hinweis («noch nicht verfassungswidrig») soll dem Gesetzgeber einerseits gerade die Zurückhaltung des StGH im Lichte von Demokratie und Gewaltenteilung aufzeigen, (noch) nicht eindeutig verfassungswidrige Gesetze im Normenbestand zu belassen, andererseits klarmachen, dass diese Zurückhaltung womöglich nicht immer aufrechterhalten werden kann; insofern birgt ein solcher Hinweis die durchaus nützliche Information für den Gesetzgeber, rechtzeitig eine Gesetzesreform anzugehen; ein «Vertrauensschutz» auf eine einheitliche Judikatur, in deren Verlauf das geprüfte Gesetz auch weiterhin nicht aufgehoben wird, kann diesfalls schon gar nicht entstehen.

Ein jüngeres Beispiel dafür stellt etwa der Hinweis des StGH in seiner Entscheidung zur Stiefkindadoption durch gleichgeschlechtliche Paare dar, in der er durch eine Fristsetzung «dem Gesetzgeber genügend Zeit» geben wollte, um die aufgehobene Gesetzesbestimmung «unter Berücksichtigung der hier gemachten Erwägungen des Staatsgerichtshofes neu zu formulieren und auch eine aktualisierte Gesamtanalyse der Rechtsstellung der eingetragenen Partnerschaft vorzunehmen».⁵⁸ Zwar sah sich der StGH trotzdem in der Lage, die Bestimmung, wonach bei der Stiefkindadoption die Verwandtschaft zum leiblichen Elternteil gleichen Geschlechts (wie der adoptierende Elternteil) erlöscht, im Fall eines gleichgeschlechtlichen Paares einer verfassungskonformen Auslegung im Sinne des Erlöschens der Verwandtschaft zum leiblichen Elternteil anderen Geschlechts (wie der adoptierende Elternteil) zu unterziehen; er wies aber darauf hin, dass der Gesetzgeber «bei der Revision von Art. 25 PartG auch bei dieser Bestimmung die angezeigten textlichen Präzisierungen vornehmen» sollte.⁵⁹ Der StGH ging also nicht nur davon aus, dass der Gesetzgeber die Frist nützen würde, um eine verfassungskonforme neue Bestimmung statt der aufgehobenen zu erlassen, sondern schlug ihm vor, auch noch jene Bestimmung zu präzisieren, die der StGH zwar nicht aufgehoben, jedoch, entgegen dem Wortlaut, verfassungskonform interpretiert hatte. In beiden Fällen konnte der StGH freilich nicht erzwingen, dass der Gesetzgeber tatsächlich so vorgehen würde. Tatsächlich erfolgte eine entsprechende Anpassung, über ein halbes Jahr nach Ablauf der Frist, durch die Novelle LGBL. 2023 Nr. 164 LR

58 StGH 2020/097, Erw. 4.1.

59 StGH 2020/097, Erw. 4.2.

212.41, die eine «sinngemäss[e] Anwendung»⁶⁰ der einschlägigen ehe- und kindschaftsrechtlichen Bestimmungen anordnete. Hingegen kam der Gesetzgeber in dieser Novelle der Anregung, «eine aktualisierte Gesamtanalyse der Rechtsstellung der eingetragenen Partnerschaft vorzunehmen»,⁶¹ nicht nach.

In dieser Anregung zeigte sich ausserdem ein Bezug zur zuvor ergangenen Entscheidung StGH 2018/154, in welcher der StGH sich mit dem Verbot der Ehe gleichgeschlechtlicher Paare auseinanderzusetzen hatte. Auch wenn er darin die Verfassungskonformität dieses Verbots bestätigt hatte, hatte er zum Verbot der Stiefkindadoption durch gleichgeschlechtliche Paare Folgendes festgehalten: «Ob die Verbote des Art. 25 PartG und die damit verbundene Verweigerung der Begründung familiärer Beziehungen in ihrer konkreten Ausgestaltung weiterhin gerechtfertigt werden können oder auf eine unzulässige Diskriminierung hinauslaufen, ist somit an dieser Stelle vom Staatsgerichtshof nicht zu entscheiden. *Im gewaltenteilenden demokratischen Rechtsstaat ist in erster Linie die Gesetzgebung dazu aufgerufen*, für eine diskriminierungsfreie Ausgestaltung der familiären Beziehungen zu sorgen. Dass jedenfalls das Verbot der Stiefkindadoption nach Auffassung des EGMR gegen Art. 8 EMRK i. V. m. Art. 14 EMRK verstösst, wenn bzw. weil eine solche Stiefkindadoption durch einen heterosexuellen Partner möglich ist, *sollte dabei nicht unbeachtet bleiben [...]*». ⁶² «Und auch wenn die neue österreichische Regelung zur Stiefkindadoption vom Gesetzgeber nachzuvollziehen sein werden sollte, sind die Rahmenbedingungen in Liechtenstein insgesamt doch wesentlich andere als in Österreich. Während der österreichische Verfassungsgerichtshof in seiner erwähnten Entscheidung nur noch einen kleinen Schritt hin zum verfassungsrechtlichen Anspruch auf Ehe für gleichgeschlechtliche Paare tun musste, wäre eine solche Entscheidung für den Staatsgerichtshof *mit der angebrachten Zurückhaltung gegenüber dem Gesetzgeber* und dem gesamtgesellschaftlichen Diskurs jedenfalls derzeit nicht zu vereinbaren.»⁶³

Kontextualisiert man die beiden Entscheidungen, so zeigt sich im zitierten *obiter dictum* der Entscheidung StGH 2018/154, wonach der Gesetzge-

60 Vgl. nunmehr Art. 24a PartG (Gesetz vom 16. März 2011 über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare [Partnerschaftsgesetz], LGBI. 2011 Nr. 350 LR 212.41).

61 StGH 2020/097, Erw. 4.1.

62 StGH 2018/154, Erw. 4.3 (Hervorhebungen der Verfasserin).

63 StGH 2018/154, Erw. 4.5 (Hervorhebungen der Verfasserin).

ber die – hier nicht direkt Entscheidungsgegenstand bildende – Frage der Stiefkindadoption im Lichte der EMRK und deren Auslegung durch den EGMR überdenken möge, eine versteckte Anregung, die vom Gesetzgeber jedoch zunächst nicht aufgegriffen wurde, was schliesslich aus Anlass eines weiteren Verfahrens in die Aufhebung durch die Entscheidung aus 2021⁶⁴ mündete.

Anders verhielt es sich beim Verbot der gleichgeschlechtlichen Ehe, deren Verfassungswidrigkeit selbst der VfGH nicht auf Art. 8 EMRK, sondern – wenngleich entgegen seiner bisherigen Judikatur –⁶⁵ auf den österreichischen Gleichheitssatz gestützt hatte,⁶⁶ während der EGMR⁶⁷ ein solches Verbot bislang nicht als EMRK-widrig erkannte. Insofern war die Zurückhaltung des StGH sicherlich angebracht, die er sich, wie er in der Entscheidung StGH 2018/154 ausführte, «aus Gründen der Demokratie und der Gewaltenteilung generell»⁶⁸ auferlegte. Dies müsse «gerade auch in besonders dynamischen Rechtssetzungsbereichen wie hier gelten, wo europaweit eine intensive und kontroverse Wertediskussion im Gange ist. In Bezug auf das Partnerschaftsgesetz ist für den Staatsgerichtshof auch deshalb Zurückhaltung angezeigt, weil über diesen Erlass nach Ergreifung des Referendums im Jahre 2011 eine Volksabstimmung durchgeführt wurde.»⁶⁹

Der bei Fragen von gesellschaftspolitischer Tragweite stets inhärenten Gefahr, persönliche politisch-ideologische Vorstellungen von Richtern in die Rechtsprechung zu tragen, wick der StGH daher – anders als der VfGH – aus. Die in beiden Entscheidungen dem Gesetzgeber übermittelten Hinweise stellten daher auch keine verbindlichen Aufträge an diesen, sondern lediglich Anregungen dar, eine Entwicklung – gerade auch im Hinblick auf mögliche Änderungen der EGMR-Judikatur – im Blick zu behalten.

64 StGH 2020/097.

65 VfSlg 19.942/2014; 19.865/2014; 19.824/2013; 19.758/2013; 19.492/2011; 18.214/2007; 17.337/2004; 17.098/2003. Vgl. zur Abweichung von dieser Judikatur auch *Gamper*, Fn. 25, S. 293 ff.

66 VfSlg 20.225/2017.

67 Vgl. EGMR *Schalk und Kopf v. Österreich*, Nr. 30141/04, 22.11.2010; zur rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Paare EGMR *Orlandi u.a. v. Italien*, Nr. 26431/12; 26742/12; 44057/12 und 60088/12, 14.03.2018; EGMR *Oliari u.a. v. Italien*, Nr. 18766/11 und 36030/11, 21.10.2015.

68 StGH 2018/154, Erw. 4.3.

69 StGH 2018/154, Erw. 4.3; ähnlich StGH 2020/097, Erw. 2.6.

F. Auslegung

1. Grundsätzliches zur Auslegungsmethodik des StGH

Die LV enthält – sieht man von der in Art. 112 Abs. 2 LV erwähnten authentischen Interpretation der Verfassung («allgemein verbindliche Erläuterungen dieses Grundgesetzes») ab –⁷⁰ keine explizite Vorschrift über die Auslegung einfacher Gesetze oder der Verfassung. Dagegen finden sich, unbeschadet einzelner Rechtsanwendungsregeln in anderen privatrechtlichen Rechtsvorschriften wie etwa Art. 1 PGR⁷¹ oder Art. 1 SR⁷², in § 6 ABGB⁷³ allgemeine Vorschriften über die grammatikalische, systematische, historische und teleologische Auslegung. Ähnlich wie der VfGH, der diese vier klassischen Interpretationsregeln in sein methodisches Repertoire der Auslegung der österreichischen Bundesverfassung übernahm,⁷⁴ tut dies auch der StGH, wenngleich mit dem grundlegenden Unterschied, die Auslegungsmethoden untereinander nicht zu priorisieren und im Übrigen auch andere Methoden einzubeziehen:⁷⁵ Dies gilt insbesondere für die vom StGH stark herangezogene – letztlich eine besondere Variante der systematischen In-

70 Dazu näher *Schiess Rütimann, Patricia M.*, Art. 112 LV, Stand: 1. Juli 2020, in: Liechtenstein-Institut (Hrsg.): Online-Kommentar zur liechtensteinischen Verfassung, https://verfassung.li/Art_112, Rz. 10 ff., 64 ff.

71 Personen- und Gesellschaftsrecht vom 20. Januar 1926 (PGR), LGBl. 1926 Nr. 4 LR 216.0.

72 Sachenrecht vom 31. Dezember 1922 (SR), LGBl. 1923 Nr. 4 LR 214.0.

73 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch vom 1. Juni 1811 (ABGB), LGBl. 1811 Nr. 1003.001 LR 210.0.

74 Vgl. zur Rechtsprechung näher *Gamper*, Fn. 25, S. 120 ff. m.w.N.

75 Vgl. zu seiner ständigen Rechtsprechung etwa StGH 2020/108, Erw. 4.3.2: «Darüber hinaus weist der Staatsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung darauf hin, dass heute anerkanntermassen keine allgemein gültige Hierarchie der Auslegungsmethoden mehr besteht. Die Wortauslegung stellt zwar zwangsläufig den Ausgangspunkt der Auslegungstätigkeit dar. Hiervon abgesehen hat die Wortauslegung gegenüber der Auslegung nach der systematischen Stellung der Norm, nach der historischen und schliesslich nach der teleologischen Bedeutung der Norm (allenfalls ergänzt durch die rechtsvergleichende und verfassungskonforme Auslegung) keinen Vorrang; dies allein schon deshalb, weil die Entscheidung, ob der Wortlaut einer Bestimmung für den jeweiligen Anwendungsfall einen klaren Sinn ergibt, sich grundsätzlich erst aus dem Kontext, das heisst unter Berücksichtigung einer oder mehrerer weiterer Auslegungsmethoden beurteilen lässt. Es sind im Sinne eines «Methodenpluralismus» alle für den jeweiligen Einzelfall relevanten Auslegungsmethoden zu berücksichtigen und deren einander allenfalls widersprechende Ergebnisse im Rahmen einer umsichtigen Güterabwägung zu gewichten (StGH 2006/024, Erw. 3.1 [www.gerichtsentscheide.li]).»

terpretation darstellende –⁷⁶ rechtsvergleichende Auslegung,⁷⁷ welche der VfGH, sofern es ausländisches Recht betrifft,⁷⁸ hingegen kaum praktiziert.

Wie der VfGH ist auch der StGH sehr um einen europäischen Gleichklang in der Grundrechteinterpretation und damit um eine Bedachtnahme auf die Judikatur des EGMR zur EMRK bemüht;⁷⁹ dies gilt auch für die Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofs oder, wo anwendbar, des EuGH.⁸⁰ Eine «dynamische» Auslegung von Grundrechten durch europäische Gerichte übt daher zwangsläufig auch auf den StGH einen gewissen Einfluss aus. Dieser Einfluss ist jedoch nicht grenzenlos, da der StGH den Rahmen der gesamten Verfassung – und damit auch grundlegende Schranken der Demokratie und der Gewaltenteilung – zu beachten hat und zumindest bei förmlicher Betrachtung sowohl die EMRK als auch EWR-Recht in Liechtenstein eine schwächere Geltungskraft haben als beispielsweise in Österreich als EU-Mitgliedstaat, in dem überdies die EMRK und fast alle ihrer Zusatzprotokolle im förmlichen Bundesverfassungsrang stehen.⁸¹

Das Bekenntnis des StGH zu methodischem Pluralismus bringt daher keine allgemein «dynamische», sondern vielmehr eine differenzierte Auslegung der Verfassung mit sich. Auch wenn sich der StGH wohl bei seiner Grundrechteauslegung am meisten von einer Wortlautauslegung der Verfassung entfernt, ist dies nicht der Fall, weil er sich als positiver Gesetzgeber verstünde, sondern weil er die von Liechtenstein ja ratifizierte

76 Zu allen Varianten «rechtskonformer» Auslegung *Gamper*, Fn. 25, S. 203 ff.

77 Vgl. dazu *Hoch, Hilmar*, Der Begründungsstil des liechtensteinischen Staatsgerichtshofes, ZöR 79 (2024), S. 489–508 (S. 502 f.); *ders.*, Verfassungsgerichtsbarkeit im Kleinstaat – das Beispiel Liechtenstein, in: *Bussjäger/Gamper* (Hrsg.), 100 Jahre Liechtensteinische Verfassung, Wien 2022, S. 63–86 (S. 77 f.); *Bussjäger, Peter*, Einführende Bemerkungen zur liechtensteinischen Verfassung, Stand: 22. Februar 2016, in: Liechtenstein-Institut (Hrsg.): Online-Kommentar zur liechtensteinischen Verfassung, https://verfassung.li/Einfuehrende_Bemerkungen_zur_liechtensteinischen_Verfassung, Rz. 61; *Gamper, Anna*, Die liechtensteinische Verfassung im globalen und europäischen Verfassungsvergleich, ZöR 76 (2021), S. 1167–1194.

78 Vgl. dazu zuletzt *Gamper, Anna*, The Use of Foreign Precedents in Austria: Continuing the Use of Non-Use, in: *Groppi/Ponthoreau/Spigno* (Hrsg.), *Judicial Bricolage: The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges in the 21st Century*, London 2025, S. 421–434.

79 Dazu etwa *Hoch, Hilmar*, Die EMRK in der Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs, LJZ 2018, S. 111–114; *ders.*, ZöR 79 (2024), Fn. 77, S. 503. Vgl. zur EMRK als Prüfmasstab des StGH auch Art. 15 Abs. 2 lit. a StGHG.

80 *Hoch*, ZöR 79 (2024), Fn. 77, S. 503.

81 Zur gleichwohl grossen Ausstrahlungswirkung der EMRK *Hoch*, Fn. 79, S. 112.

EMRK anzuwenden hat.⁸² Der StGH drückte dies wie folgt aus: «Gerade wenn die EMRK-Widrigkeit einer zu prüfenden Entscheidung oder Rechtsnorm aufgrund der Strassburger Rechtsprechung wie im vorliegenden Fall offensichtlich ist, kommt dem Staatsgerichtshof eine wichtige «Filterfunktion» zu, um unnötige Verurteilungen Liechtensteins durch den EGMR zu vermeiden [...] Deshalb kann hinsichtlich der hier relevanten Ungleichbehandlung [...] auch die grundsätzlich vom Staatsgerichtshof praktizierte [...] Zurückhaltung gegenüber dem Gesetzgeber – bzw. aufgrund der im Jahre 2011 erfolgten Volksabstimmung sogar direkt gegenüber dem Stimmvolk – nicht spielen.»⁸³

2. Verfassungskonforme Auslegung

Ob selbst ein Überschreiten der Wortlautschränke, sei es durch eine Ergänzung oder Durchbrechung des Wortlauts, aus verfassungsrechtlichen Gründen gerechtfertigt oder sogar geboten erscheint, ist von Fall zu Fall zu prüfen: Wenn der StGH etwa im zuvor geschilderten Fall⁸⁴ zur Stiefkindadoption zuließ, das Geschlecht des leiblichen Elternteils, zu dem die Verwandtschaft erlöscht, im Fall gleichgeschlechtlicher Paare in das jeweils andere Geschlecht umzudeuten, erfolgte dies sichtlich mit der Überlegung, den Wortlaut des § 182 Abs. 2 ABGB zwar um ausnahmhaf gelagerte Fälle zu ergänzen, dafür jedoch diese – zwar nicht zur Prüfung beantragte, jedoch gemäss Art. 18 Abs. 1 lit. c StGHG amtswegig prüfbar – Regelung nicht aufheben zu müssen;⁸⁵ gleichzeitig legte der StGH dieses Vorgehen offen und regte beim Gesetzgeber an, selbst die erforderlichen «Präzisierungen» vorzunehmen. Hintergrund dieser Erweiterung des Wortlauts war also das Bemühen um eine verfassungskonforme Auslegung,⁸⁶ wie sie bei vielen Verfassungsgerichten üblich ist. Im klassischen Fall einer verfassungskonformen Auslegung wird aus einer Mehrzahl möglicher (verfassungswidriger und verfassungskonformer) Deutungsvarianten eines Wortlauts im Zweifel,

82 Hoch, Fn. 79, S. 111 ff. Zur Einbettung der LV in das europäische Mehrebenensystem auch Bussjäger, Fn. 77, Rz. 132 ff.

83 StGH 2020/097, Erw. 2.6.

84 StGH 2020/097.

85 Vgl. ganz ähnlich auch schon die durch den VfGH durchgeführte, als «geboten» erachtete verfassungskonforme Auslegung im Erk. VfSlg 20.277/2018.

86 Näher H. Wille, Normenkontrolle, Fn. 8, S. 307 ff. sowie ders., EuGRZ 2009, Fn. 9, S. 448. Vgl. auch schon oben Fn. 25.

d.h. wenn der Einsatz klassischer Auslegungsmethoden zu keiner eindeutigen Deutungsvariante führt, jene ausgewählt, die verfassungskonform ist.⁸⁷

Immer wieder neigen Verfassungsgerichte allerdings dazu, nicht nur aus innerhalb der Wortlautschränke möglichen Deutungsvarianten eines Wortlauts die verfassungskonforme auszuwählen, sondern letztlich einen Wortlaut – wie auch im geschilderten Fall – verfassungskonform zu ergänzen.⁸⁸ Dies kann aus gewaltenteilender und demokratischer Perspektive insofern gerechtfertigt sein, als das Verfassungsgericht dadurch gerade vermeidet, als negativer Gesetzgeber aufzutreten. Im zugrunde liegenden Fall hätte dies etwa für den StGH bedeutet, nicht nur Art. 25 PartG, sondern auch noch eine – gar nicht zur Prüfung beantragte, jedoch gegebenenfalls amtswegig einzubeziehende – Regelung wie § 182 Abs. 2 ABGB aufheben zu müssen, was schon aus Rücksicht auf die bisher schon zulässigen Adoptionen durch verschiedengeschlechtliche Paare tunlichst zu vermeiden war. In der Abwägung der Nachteile, die aus einem grösseren Prüfungs- und Aufhebungsumfang hätten resultieren können, erschien die Variante einer minimierten Aufhebung gemeinsam mit einer verfassungskonformen Ergänzung des Wortlauts sowie einer Anregung an den Gesetzgeber, selbst entsprechende Ergänzungen («Präzisierungen») vorzunehmen, wohl als die gelindere Lösung. Das Beispiel zeigt also auf, dass gerade Gewaltenteilung und Demokratie dafür sprechen können, einen Wortlaut nicht nur weit auszulegen, sondern sogar – insoweit es um Adoptionen durch gleichgeschlechtliche Paare ginge – zu ergänzen, wenn andernfalls eine Art der Aufhebung drohte, welche die Spannung zum Gesetzgeber noch erhöht hätte.

Es handelte sich in diesem Fall jedoch nicht um eine verfassungskonforme Lückenfüllung im Fall qualifizierten Schweigens des Gesetzgebers,⁸⁹ sondern um einen abschliessenden Wortlaut, der mit dem expliziten Verbot der Stiefkindadoption kontextualisiert war; erst durch die Aufhebung dieses Verbots stellte sich überhaupt das Erfordernis einer – für den Fall der Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare erforderlichen – ergänzenden Deutung der nicht aufgehobenen Rechtsvorschrift. Dieser Fall illustriert

87 Zur Problematik der Auswahl zwischen mehreren verfassungskonformen Varianten *H. Wille*, Normenkontrolle, Fn. 9, S. 311.

88 Dazu auch schon *Gamper*, Fn. 4, S. 94 ff.

89 Vgl. dazu noch unten S. 147 ff.

auch den möglichen Bedeutungswandel, die der verbleibende Normbestand durch eine Aufhebung erfahren kann.⁹⁰

Weder handelte es sich ausserdem um eine planwidrige Regelungslücke, die durch Analogie ergänzt wurde, noch um eine klassische Ergänzung: Vielmehr sollten die Begriffe «Vater» und «Mutter» durch den jeweils anderen Begriff, jedoch nur im Fall der Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare, *ersetzt* werden; gleichwohl sollte die Regelung für die Adoption durch heterosexuelle Paare unangetastet weiterbestehen.⁹¹

Ein anderes Beispiel für eine ergänzende Auslegung des StGH stellt Art. 104 Abs. 2 LV dar, wonach der StGH u.a. die Gesetzmässigkeit von «Regierungsverordnungen» prüft. In ständiger Judikatur versteht der StGH darunter allerdings nicht nur Verordnungen der Regierung, sondern auch andere Verordnungen, zu deren Prüfung er sich als berechtigt erachtet.⁹² Auch wenn der – durch das StGHG mittlerweile auf (alle) «Verordnungen» erweiterte –⁹³ Wortlaut des Begriffs «Regierungsverordnungen»⁹⁴ dies auszuschliessen scheint, sieht der StGH – in Anwendung vor allem einer systematisch-teleologischen Auslegung sowie eines Grössenschlusses – die Einbeziehung aller Verordnungen unter diesen extensiv interpretierten Begriff im Lichte der Einheit der Verfassung, des Legalitätsprinzips und des Gleichheitssatzes als rechtsstaatlich geboten an.⁹⁵ Anders als im zuvor erwähnten Fall, in dem der Gesetzgeber ja eine Stiefkindadoption durch gleichgeschlechtliche Paare zunächst bewusst ausgeschlossen hatte, könnte sich hier womöglich auch mit einer (gesamt)verfassungskonformen Analogie argumentieren lassen, da es sich offenkundig um eine planwidrige Rechtslücke handelt, die vom StGH gewissermassen systemkonform geschlossen wird.

90 Vgl. dazu schon oben S. 129.

91 Es lag daher auch nicht der von *H. Wille*, EuGRZ 2009, Fn. 9, S. 447 zitierte Fall einer sich einer verfassungskonformen Auslegung entziehenden «eindeutig verfassungswidrigen]» Regelung in StGH 1996/036 Erw. 8 (= LES 1997, 211 ff. [215]) vor.

92 StGH 2023/025, Erw. 1.3; StGH 2022/030, Erw. 1.3; StGH 2020/044, Erw. 1.2; StGH 1997/028, Erw. 2 (= LES 1999, 148 ff. [152]) m.w.N. auf die Vorjudikatur; vgl. zu dieser Praxis auch *T. Wille*, Fn. 9, S. 196 f.

93 Vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. b, Art. 20 und Art. 21 StGHG.

94 Zunächst hatte allerdings auch der StGH angenommen, dass der Begriff «Regierungsverordnungen» ohnehin alle Arten von Verordnungen umfasse, da nur die Regierung Verordnungen erlassen dürfe (vgl. dazu *T. Wille*, Fn. 9, S. 197); zur Entwicklung der Rechtsprechung auch *H. Wille*, Normenkontrolle, Fn. 9, S. 246 ff.

95 StGH 2023/025, Erw. 1.3.7; StGH 2022/030, Erw. 1.3.7 ff.

Sofern es sich um planwidrige Rechtslücken handelt,⁹⁶ sind Analogien gemäss § 7 ABGB zulässig,⁹⁷ wenn sich «ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden [lässt]». Daraus geht allerdings hervor, dass die Unergiebigkeit einer Wortlautinterpretation allein zu wenig ist, um sogleich eine Analogie durchzuführen, sondern zunächst noch andere Auslegungsmethoden heranzuziehen sind. Sowohl die extensive Interpretation als auch die Analogie sind jedoch nur in engen Schranken zulässig: Es geht mithin darum, den Willen des (Verfassungs)Gesetzgebers⁹⁸ objektiv zu (re-)konstruieren und nicht, ihm beliebige Inhalte zu unterstellen.

3. Verfassungskonforme Lückenfüllung

Zu erwähnen ist schliesslich die vom StGH so bezeichnete Methode der «verfassungskonforme[n] Lückenfüllung» im Falle eines «qualifizierten Schweigens des Gesetzgebers».⁹⁹ Darunter ist im Sinne der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts¹⁰⁰ der Fall zu verstehen, dass der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – mitentschieden hat. In derartigen Fällen vertritt der StGH in ständiger Judikatur die Ansicht, dass ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers die übrigen Gerichte binde, die dann keine Lückenfüllung vornehmen dürften.¹⁰¹ Dagegen habe der StGH die Befugnis, ein von ihm als verfassungswidrig erachtetes qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers zu missachten und eine verfassungskonforme Lückenfüllung vorzunehmen,

96 Zu dieser Konstellation auch *H. Wille*, EuGRZ 2009, Fn. 9, S. 448 f. Einen solchen Fall stellt wohl auch die verfassungskonforme Analogie in StGH 2024/031, Erw. 12.3–12.4 (= LES 2025, 4 ff. [10 f.]), dar, die deutlich von Verständnis für den Gesetzgeber getragen ist, der «nicht ohne Not [... zu einer Novelle unter Zeitdruck] gezwungen werden» soll (Erw. 11).

97 Vgl. zur Zulässigkeit von Analogien auch Art. 1 Abs. 3 PGR und Art. 1 Abs. 2 SR.

98 Auch wenn «dem Gesetzgeber mit dem Mittel der verfassungskonformen Auslegung [...] ein Ergebnis aufgezwungen [...] wird], das er nicht gewollt hat» (kritisch dazu *H. Wille*, Normenkontrolle, Fn. 9, S. 310), ist zu bedenken, dass damit immerhin dem Willen des Verfassungsgesetzgebers entsprochen wird, der über im Vergleich zum einfachen Gesetzgeber noch erhöhte demokratische Legitimation verfügt. Vgl. dazu noch unten S. 149.

99 Vgl. zuletzt StGH 2020/046, Erw. 3.2 mit Nachweisen auf die Vorjudikatur.

100 Vgl. etwa BGE 135 V 279 E. 5.1, S. 284; BGE 135 III 385 E. 2.1, S. 386.

101 StGH 2020/046, Erw. 3.2.

da er eine Lücke ja nicht aufheben könne.¹⁰² Aus Gründen der Gewaltenteilung sei jedoch bei der Prüfung der Verfassungsmässigkeit eines qualifizierten Schweigens des Gesetzgebers die gleiche Zurückhaltung zu üben wie bei der eigentlichen Gesetzesprüfung.¹⁰³

Der Fall des qualifizierten Schweigens ist von den zuvor geschilderten Fällen wie folgt zu differenzieren: Im Fall der Aufhebung des Art. 25 PartG hatte der Gesetzgeber die Möglichkeit der Stiefkindadoption durch gleichgeschlechtliche Paare nicht übersehen, sondern diese ausdrücklich verboten; die verfassungskonforme Ergänzung des § 182 Abs. 2 ABGB war vom StGH ja nur deshalb vorgenommen worden, weil das Verbot des Art. 25 PartG mit dessen Aufhebung weggefallen war. Die vom StGH praktizierte weite Auslegung seiner Verordnungsprüfungsbefugnis wiederum beruht nicht auf der Überlegung, einer durch den Verfassungsgesetzgeber bewusst geplanten Rechtsschutzlücke entgegenzutreten, sondern vielmehr, die Befugnis zur Prüfung von Regierungsverordnungen, kohärent zur Ausweitung der Verordnungserlassung auf Organe ausserhalb der Regierung, in eine Richtung auszuweiten, die als dem Gesamtsystem der Verfassung und ihrem Rechtsstaatskonzept angemessen erachtet wird.

Eine verfassungskonforme Lückenfüllung wird vom StGH ausserdem nicht in Bezug auf Lücken der Verfassung, sondern nur in Bezug auf Lücken einfacher Gesetze durchgeführt, die am Massstab der Verfassung beurteilt werden. Tatsächlich ist die Aufhebung einer Lücke unmöglich; lediglich im Fall «partieller» Lücken wäre zu prüfen, ob die Aufhebung einer umgebenden Vorschrift etwa aus Gründen der Gleichheitswidrigkeit dazu führen könnte, dass die daraus resultierende Gesamtlücke nicht mehr verfassungswidrig wäre.¹⁰⁴ Sieht man von diesem Fall ab, hat der StGH also nur die Wahl, die verfassungswidrige Lücke hinzunehmen, oder aber, die

102 Vgl. etwa StGH 2020/046, Erw. 3.2; StGH 2013/002, Erw. 2.3; StGH 2010/069, Erw. 3.2; StGH 2009/168, Erw. 2.3.2; vgl. auch StGH 1996/036, Erw. 8 (= LES 1997, 211 ff. [215]). Restriktiv noch *H. Wille*, EuGRZ 2009, Fn. 9, S. 449.

103 StGH 2020/046, Erw. 3.4; StGH 2016/005 (= LES 2017, 45 ff. [48]); StGH 2013/183, Erw. 8.4.5; StGH 2012/209, Erw. 3.6.2; StGH 2011/070, Erw. 3.2; StGH 2010/154, Erw. 2.4.

104 So auch *H. Wille*, EuGRZ 2009, Fn. 9, S. 444. Letztlich scheint dies auch eine mögliche Lösung für den Fall einer von *H. Wille*, EuGRZ 2009, Fn. 9, S. 449 als «unechte (rechtspolitische) Lücke» bezeichneten – also einer sachlich unzureichenden und insofern lückenhaften – Regelung, zu sein. Freilich könnte dann gewissermassen jede Rechtswidrigkeit als ein partielles Unterlassen des Gesetzgebers gedeutet werden, da eine Regelung eben jener Elemente entbehrt, deren Vorhandensein für Rechtskonformität sorgen würde.

Lücke durch eine Auslegung aufzufüllen, die nicht dem Willen des Gesetzgebers, jedoch immerhin dem des Verfassungsgesetzgebers entspricht.

Eine positive Gesetzgebung im engen Sinn stellt dies dennoch nicht dar, da es sich «nur» um eine Auslegung handelt, die den Gesetzeswortlaut nicht formal ergänzt,¹⁰⁵ wenngleich sie für den zu entscheidenden Fall denselben Effekt hat wie die formale Ergänzung.¹⁰⁶ Die Legitimation für diese Vorgehensweise liegt letztlich in der Grundüberlegung, in der das Konzept der Normenkontrolle wurzelt: Die Kontrolle eines Gesetzes am Massstab der Verfassung soll die Verfassung schützen, die eine höhere demokratische Legitimation aufweist als ein einfaches Gesetz.¹⁰⁷ Wenn ein Verfassungsgericht ein Gesetz als verfassungswidrig erklärt, tut es dies zum Schutz der Verfassung und somit auch zum Schutz des in der Verfassung zum Ausdruck kommenden demokratischen Willens. Wählt ein Verfassungsgericht daher den Weg einer verfassungskonformen Lückenfüllung entgegen dem verfassungswidrigen Willen des einfachen Gesetzgebers, schützt es ebenfalls die Verfassung und den durch sie repräsentierten Volkswillen.¹⁰⁸ Damit lässt sich das Vorgehen in demokratischer Hinsicht legitimieren, auch wenn die Verfassungsrichter selbst aus organisationsrechtlicher Sicht nur über eine mittelbare demokratische Legitimation¹⁰⁹ verfügen. Obwohl eine verfassungskonforme Lückenfüllung zur Gewaltenteilung insofern in Spannung steht, als der StGH eine Auslegung vornimmt, die vom einfachen Gesetzgeber gerade nicht intendiert war, liegt die Legitimation dafür darin, dass der StGH die im Unterlassen des einfachen Gesetzgebers liegende Verfassungswidrigkeit zu Gunsten des Verfassungsgesetzgebers «saniert»: Die Spannung, welche die verfassungskonforme Lückenfüllung gegenüber der «äusseren» Gewaltenteilung erzeugt, dient daher der Beseitigung der Spannung, welche die «innere» Gewaltenteilung zwischen einfachem Ge-

105 Vgl. dazu bereits oben S. 130.

106 Um eine authentische Interpretation handelt es sich nicht, da diese gemäss Art. 112 Abs. 2 LV dem Verfassungsgesetzgeber vorbehalten ist.

107 Grundlegend *Hamilton, Alexander*, *Federalist Papers* Nr. 78; vgl. dazu schon *Gamper*, Fn. 4, S. 33 ff.

108 Auf Grund der gemäss Art. 2 LV zwischen dem Landesfürsten und dem Landesvolk geteilten Staatsgewalt ist der Wille des liechtensteinischen Verfassungsgesetzgebers allerdings ein letztlich zwischen dem Willen des Landesfürsten und dem des Landesvolks geteilter Wille.

109 Dazu *Gamper, Anna*, *Die Mitwirkung der Judikative an der Bestellung von Höchst-richtern*, in: *Konecny/Musger/Neumayr/Spitzer* (Hrsg.), *FS Lovrek*, Wien 2024, S. 197–216 (S. 203 und 215 f).

setzgeber und Verfassungsgesetzgeber belastet.¹¹⁰ Auch bleibt es dem Gesetzgeber selbstverständlich völlig unbenommen, einer unerwünschten Auslegung des StGH durch die Erlassung einer positiven Rechtsvorschrift entgegenzuwirken – die, falls verfassungswidrig, allerdings vom StGH im Rahmen der klassischen Normenkontrolle aufgehoben werden könnte.

IV. Schlussfolgerungen

Überblickt man die Bandbreite an Möglichkeiten, wie Verfassungsgerichte – zumindest ansatzweise – als positive Gesetzgeber tätig sein können, kommen dem StGH diesbezüglich nur geringe Befugnisse zu, die er grundsätzlich zurückhaltend wahrnimmt. Sieht man von der Erlassung seiner Geschäftsordnung – die aber kein Gesetz im formalen Sinn ist – ab, bleibt letztlich nur die von ihm praktizierte verfassungskonforme Lückenfüllung als bescheidener Ansatz einer positiven Gesetzgebung übrig. Während planwidrige Lücken, wie durch jedes andere Gericht, im Analogieschluss gemäss § 7 ABGB geschlossen werden können,¹¹¹ ist die Schliessung einer (wenngleich undeklariert) geplanten Lücke, d.h. eines qualifizierten Schweigens des Gesetzgebers, durch den StGH überhaupt nur dann rechtfertigbar, wenn die Lücke eine vom StGH sonst nicht sanktionierbare Verfassungswidrigkeit herbeiführt. Die strategische Abwägung des StGH, durch die Lückenschliessung eine verfassungskonforme Lösung zu erzielen, wenngleich er dem Gesetzgeber damit eine von diesem nicht gewollte Lösung unterstellt, erscheint insofern vertretbar, als der StGH vom Willen des Verfassungsgesetzgebers geleitet und zum Schutze dieses Willens vorgeht, die Lückenschliessung zumindest kein förmliches positives Gesetz darstellt und sie durch den Gesetzgeber jederzeit revidiert werden kann.

Weder die klassische verfassungskonforme Auslegung noch die befristete Aufhebung eines Gesetzes oder die unverbindlichen Appelle des StGH an den Gesetzgeber, selbst eine verfassungskonforme Lösung herbeizuführen, lassen den StGH als positiven Gesetzgeber erscheinen. Letztere bedürfen

110 Zu den verschiedenen Formen der Gewaltenteilung schon *Gamper*, Fn. 56, S. 179 f.; *dies.*, Staat und Verfassung, 5. Aufl., Wien 2021, S. 183; *Haller, Walter/Közl, Alfred/Gächter, Thomas*, Allgemeines Staatsrecht, 6. Aufl., Zürich/Baden-Baden 2020, S. 213 ff.

111 Vgl. StGH 2020/046, Erw. 3.2: «Im Übrigen schafft nicht nur der Staatsgerichtshof, sondern jedes Gericht mit Lückenfüllung neues Recht, ohne dadurch gegen die Gewaltenteilung zu verstossen.» Ähnlich StGH 2023/056, Erw. 1.3.5.

auch keiner formalen Grundlage, da es sich ja um keine verbindlichen Aufträge, sondern lediglich Anregungen handelt, die der Gesetzgeber aufgreifen kann, aber nicht muss. In der Wahl seiner Auslegungsmethoden wiederum ist der StGH zwar pluralistisch, jedoch nicht auffällig aktivistisch. Seiner Selbsteinschätzung, kein positiver Gesetzgeber zu sein – vor allem auch: nicht sein zu wollen –, kann daher auch nach einem Jahrhundert seiner Tätigkeit gefolgt werden.

