

Zivilgesellschaftliche Prozessführung: Wenn Bürger:innen vor Gericht Rechte geltend machen und an der Gesetzgebung teilhaben

Marlies Meyer

1. Einleitung¹

Gäbe es in Kärnten heute zweisprachige Ortstafeln in dieser Zahl, ohne dass Rechtsanwalt *Rudi Vouk* 1994 Auto fahrend bewusst die im Ortsgebiet von St. Kanzian geltende Geschwindigkeitsbeschränkung überschritten hätte? Sein Ziel war es, über die Bekämpfung des zu erwartenden Strafbescheids an den Verfassungsgerichtshof (VfGH) herantreten zu können und so die fehlende Zweisprachigkeit der Ortstafel zu thematisieren. Sein Vorbringen: Die Ortstafel sei – entgegen Art 7 Abs 3 Staatsvertrag von Wien – nicht zweisprachig und daher die Geschwindigkeitsbeschränkung nicht ordnungsgemäß kundgemacht. Der VfGH nahm diese Beschwerde gegen den Bescheid schließlich zum Anlass, die Ortstafelregelung im Volksgruppenengesetz in Prüfung zu ziehen – mit weitreichenden Konsequenzen.²

In zahlreichen Fällen geht die Rechtslage in Österreich auf Gerichtsentscheidungen zurück, die von Bürger:innen ausgelöst wurden. Die Rechtswissenschaft fokussiert auf den Spruch und die rechtliche Begründung einer Entscheidung. Die in den Entscheidungen (gekürzt) wiedergegebenen Vorbringen der Bürger:innen als Kläger:innen oder Beschwerdeführer:innen sind nur selten eine eigene Betrachtung wert. Dies obwohl deren Klagen und Beschwerden unabdingbare Voraussetzungen für das Tätigwer-

1 Ich danke *Christoph Clar* und *Christoph Konrath* für die wertvollen Anregungen zu früheren Fassungen dieses Beitrags. Sofern der Beitrag Wertungen enthält, geben sie meine persönliche Meinung wieder.

2 VfGH 13.12.2001, G 213/01, V 62/01 ua. Zu den grundlegenden Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes zu den zweisprachigen Ortstafeln in Kärnten und dem politischen Umfeld siehe auf der Homepage des Verfassungsgerichtshofs, Rechtsprechung im Wandel, auf der Zeitleiste den Eintrag „2001: Kärntner Ortstafeln“, <https://www.vfgh.gv.at/verfassungsgerichtshof/geschichte/zeitleiste.de.html> (abgerufen am 31.12.2022).

den der Gerichte sind.³ Die Hintergründe der Verfahren, die handelnden Personen und Motive bleiben unausgeleuchtet. Für diese Ausleuchtung bedarf es auch weiteren Materials und anderer Methoden.⁴ Es ist ein Verdienst der jüngsten Forschungen zur „strategischen Prozessführung“, dass die Personen und Organisationen, die Gerichtsentscheidungen von allgemeiner Bedeutung auslösen und damit zur Fortbildung bzw. Erzeugung von Recht beitragen, ans Licht geholt werden, dass ihre Fälle „erzählt werden“⁵.

Wie der Titel des Beitrags zeigt, hinterfrage ich den Begriff der „strategischen Prozessführung“ und trete zudem für einen erweiterten Untersuchungsansatz ein. Unter anderem stellt sich die Frage, ob der Begriff nicht zu wertend ist oder zu kurz greift. Zum einen, weil er der Haltung, es handle sich bei derartigen Verfahren um eine missbräuchliche Inanspruchnahme von Gerichten für allein politische Zwecke, Vorschub leistet. Zum anderen, weil dergestalt nicht alle von Bürger:innen erzielten Gerichtsurteile, die von Einfluss auf die Gesetzgebung oder Rechtslage sind, in den Blick kommen können. Dies wäre aber angesichts der demokratischen Funktion solcher Gerichtsverfahren wünschenswert. Meine Auseinandersetzung mit dem Begriff schließt insbesondere an den zweiten Band der NOMOS-Reihe *Strategic Litigation* von *Alexander Graser* und *Christian Helmrich* sowie an weitere grundlegende Beiträge zur Begriffsklärung von *Ulrike A. C. Müller*, *Lisa Hahn*, *Lisa Hahn/Myriam von Fromberg* und *Alexander Gra-*

3 Sountersucht *Berka* in seinem Vortrag „Lebendiges Verfassungsrecht: Verfassungsrechtsprechung im Diskurs“ den Diskurs des Verfassungsgerichtshofs mit lediglich drei Akteur:innen, nämlich der Rechtswissenschaft, der demokratischen Öffentlichkeit und dem Gesetzgeber, nicht aber mit den Beschwerdeführer:innen selbst. Repräsentant:innen der „Öffentlichkeit“ sind für *Berka* die Medien, auch „Akteure der Zivilgesellschaft“, die „durch öffentliche Stellungnahmen oder durch die Unterstützung von Beschwerden an das Gericht“ Einfluss nehmen. Gemessen an der Sprache der Entscheidungen sei die Öffentlichkeit aber „nur passiver Adressat“. Ein Wertewandel resp. Befindlichkeiten der Gesellschaft würden vom VfGH zwar wahrgenommen, es handle sich dabei aber nur um einen „gedachte(n), kein(en) reale(n) Dialog“ (*Berka*, *Lebendiges Verfassungsrecht*, 17 [25, 33 und 58]). Man könnte aber – anders als *Berka* – die Beschwerdeführer:innen selbst als Repräsentant:innen der demokratischen Öffentlichkeit bzw. der (Zivil-)Gesellschaft sehen.

4 Erschwerend ist dabei, dass die Entscheidungen der österreichischen Höchstgerichte – anders als die des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte oder des Gerichtshofs der Europäischen Union – die Namen der Kläger:innen oder Beschwerdeführer:innen (im Regelfall) nicht angeben.

5 *Graser/Helmrich* (Hrsg), *Litigation*; *Müller*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2019, 33; *Hahn*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2019, 5; *Graser*, *Zeitschrift für Rechtswissenschaft* 2019, 317 und *Hahn/Von Fromberg*, *Zeitschrift für Politikwissenschaft* 2021, 217.

ser an. Die Skepsis gegenüber dem Begriff bzw. einem verengten Untersuchungsansatz nährt sich aus dem Rechtsstaatlichkeitsprinzip (siehe unten bei 3.1), aus dem Demokratieprinzip (siehe unten bei 3.2) sowie aus der Wortbedeutung von „strategisch“ und führt mich dazu, den Begriff bzw. den Untersuchungsansatz der zivilgesellschaftlichen Prozessführung vorzuschlagen (unten bei 3.3). Die Betrachtungen beziehen sich in erster Linie auf öffentlich-rechtliche Verfahren, schließen also strafrechtliche Anzeigen oder Klagen gegen Privatpersonen oder Unternehmen nicht mit ein.

Ausgangspunkt der theoretischen Überlegungen waren ausgewählte Fälle aus der österreichischen Praxis, die hier zunächst dargestellt werden sollen (bei 2). Es handelt sich um Beschwerden gegen behördliche Entscheidungen, die (letztlich) an die österreichischen Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts herangetragen wurden.

2. Beispiele aus Österreich

In den folgenden vier Beispielen aus Österreich (2.1 bis 2.4) werden jeweils die rechtliche Ausgangslage, das Problem und die durch Gerichtsentscheidungen erwirkten Änderungen dargestellt sowie die zivilgesellschaftlichen Akteur:innen, dh die „Kläger:innen“ und ihre Unterstützer:innen, ausgewiesen. Die Auswahl erfolgte so, dass unterschiedliche Arten von Akteur:innen, Gerichten, Prüfungsmaßstäben und formal-rechtlichen Wirkungen der Gerichtsentscheidungen erfasst werden. Die Beschwerdeführer:innen sind Privatpersonen, unterstützt von Beratungsstellen (NGO und Parlamentsklub) oder eingebettet in zivilgesellschaftliche Organisationen (Bürgerinitiative und NGO). Nur in einem Fall (2.4) ist der Beschwerdeführer selbst eine juristische Person (Kammer). In Bezug auf die Gerichte heißt das: Im ersten Fall (2.1) geht es um Entscheidungen des VfGH, in den restlichen drei Fällen um Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs (VwGH). Die rechtliche Wirkung wird formal auf zwei unterschiedliche Arten erzielt: Es werden Gesetzesbestimmungen aufgehoben oder neu interpretiert. In den meisten Fällen reagiert anschließend der Gesetzgeber. Gerichtliche Prüfungsmaßstäbe sind verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte, das Unionsrecht oder die Europäische Menschenrechtskonvention.

In den ersten drei Beispielen sind die Beschwerdeführer:innen persönlich in hohem Maße betroffen. Sie dürfen keinen Zivildienst machen, sondern müssen Grundwehrdiener werden (2.1), sie werden enteignet (2.2) oder atmen gesundheitsgefährdende Luft ein (2.3). Da erscheint das vierte

Beispiel in persönlicher Hinsicht nicht sehr eingriffsintensiv. Bei diesen Beschwerdeführern steht am Spiel, ob sie staatliche Informationen erhalten oder nicht (2.4). Alle erzielten höchstgerichtlichen Entscheidungen gehen in ihrer Wirkung jedoch weit über die einzelnen Grundrechtsverletzungen hinaus. Im Fall des Zivildienstes handelt es sich um zahlreiche – über die Jahrzehnte ausgelöste – Gerichtsentscheidungen.

2.1 Zivildienst

In Österreich gilt die allgemeine Wehrpflicht. Bis 1975 konnte ein Wehrpflichtiger, der den Dienst mit der Waffe aus religiösen Gründen oder Gewissensgründen ablehnte, von diesem auf begründeten Antrag freigestellt werden.⁶ Der Dienst ohne Waffe war innerhalb des Bundesheeres zu leisten. 1975 wurde der Zivildienst, ein Wehrersatzdienst aus Gewissensgründen, eingeführt. „Wehrdienstverweigerer“ mussten ihre Gewissensgründe vor einer Kommission glaubhaft machen.⁷ Wurde der Antragsteller von der Wehrpflicht befreit, so war er zur Dienstleistung zum „allgemeinen Besten“ einer Einrichtung aus dem Bereich des Krankenhauswesens, des Rettungswesens, des Katastrophenschutzes ua zuzuweisen, und zwar für acht Monate. Die Gewissensprüfung wurde schließlich 1991, befristet auf zwei Jahre abgeschafft. Eine Zivildienst-Erklärung des Antragstellers sollte genügen.⁸ Die Dauer des ordentlichen Zivildienstes betrug nun – sofern nicht eine besondere physische, psychische und arbeitszeitliche Belastung gegeben war – zehn Monate und überstieg somit die des ordentlichen Präsenzdienstes um zwei Monate. Diese längere Dauer des ordentlichen Zivildienstes war als Ausgleich für den nunmehr vorgesehenen einfacheren Zugang zum Zivildienst gedacht⁹. Eine dauerhafte Abschaffung der Gewissensprüfung sollte erst mit der Novelle 1994 erfolgen, welche im März 1994 kundgemacht wurde¹⁰.

6 EBRV 603 BlgNR XIII. GP, 13.

7 Zivildienstgesetz 1974, BGBl Nr 187/1974, wiederverlautbart mit BGBl Nr 679/1986.

8 Die neue Rechtslage gemäß ZDG-Novelle BGBl Nr 675/1991 galt befristet vom 01.01.1992 bis 31.12.1993 (siehe Art II Z 2 § 76a Abs 2 ZDG).

9 Siehe näher zum Lastenausgleich zwischen Präsenz- und Zivildienst die EBRV 249 BlgNR XVIII. GP, 21.

10 BGBl Nr 187/1994. Diese Novelle wurde erst am 10.03.1994 kundgemacht. Für die Zeit vom 01.01. bis 09.03.1994 galt das alte System der Gewissensprüfung, was zu besonderen Übergangsregelungen führte.

Der VfGH folgte 1977 dem Vorbringen eines (von der Zivildienstkommission abgewiesenen) Zivildienstwilligen, aus der Verfassungsbestimmung des Zivildienstgesetzes 1974 (ZDG) ein verfassungsgesetzlich gewährleitetes (subjektives) Recht auf Zivildienst abzuleiten (VfSlg 8033/1977). Weitere abgewiesene Zivildienstwillige wandten sich nun mit zahlreichen Beschwerden gegen grundrechtswidrige Gesetzesbestimmungen wie auch die restriktive und verfassungswidrige Auslegung des Zivildienstgesetzes durch die Praxis. In der Sache ging es zunächst vor allem um zu kurze Zeiträume für die Antragstellung¹¹, die Beweiswürdigung der vorgebrachten Gewissensgründe durch die zuständige Kommission¹² und ab 1992 um den notwendigen Inhalt der Zivildiensterklärung und die anzufügenden Unterlagen¹³. Mit der ZDG-Novelle 2001 setzte die Auseinandersetzung um die Vergütung des Zivildienstes und die Verpflegung des Zivildieners ein. Der VfGH stellte u.a. klar, dass der Zivildienner ein Recht auf Versorgung habe¹⁴, woraus z.B. abgeleitet wurde, dass ein täglicher Essensbeitrag von rund € 6,- nicht angemessen sei. Vielmehr habe sich der Verordnungsgeber am Betrag von € 13,60, wie er für Präsenzdienner vorgesehen sei, zu orientieren¹⁵. Korrekturen durch den Gesetzgeber und die Verwaltung folgten.

Die Zivildienstwilligen – bzw. die Zivildienner – haben von ihrem Grundrecht derart zahlreich Gebrauch gemacht, dass die Rechtslage zum Zivildienst und in weiterer Folge die Inanspruchnahme dieses Rechts von ihnen wesentlich mitbestimmt wurde. Unterstützung fanden sie dabei durch Beratungsstellen diverser Institutionen wie zB der Österreichischen Hochschüler:innenschaft, der Gewerkschaftsjugend und der auf dieses Thema spezialisierten *Arbeitsgemeinschaft Wehrdienstverweigerung und Gewaltfreiheit*, die Rechtsberatung anbot und auch die Kommunikation mit den Anwält:innen organisierte¹⁶. Ohne die von den Betroffenen initiierten Ge-

11 Siehe die Gesetzesaufhebungen mit VfSlg 8027/1977, 8171/1977 und 8710/1980, die in der ZDG-Novelle 1980 berücksichtigt wurden (so EBRV 275 BlgNR XV. GP, II). Weiters auch Bescheidenaufhebungen durch den VfGH wegen Bescheidung des Antragsrechts durch die Übergangsbestimmungen der ZDG-Novelle 1994, BGBl Nr. 187/1994, wie VfGH 05.10.1994, B 1211/94 ua (nicht veröffentlicht).

12 Zu den VfGH-Entscheidungen zur Beweiswürdigung siehe *Merli*, Zivildienst, 23 und dessen Kritik an der Gewissensprüfung aus rechtsstaatlicher Sicht ebd. 24f.

13 VfSlg 13.496/1993, 13.499/1993, 13.904/1994, 13.907/1994.

14 VfSlg 16.389/2001.

15 VfSlg 17.685/2005.

16 Die *Arbeitsgemeinschaft Wehrdienstverweigerung und Zivildienst* wurde 1977 als Verein eingetragen. Nach Schätzung des langjährigen ehrenamtlichen Mitarbeiters des Vereins, *Christian Mokricky*, wurde ein wesentlicher Teil der VfGH-Beschwerden

richtsverfahren hätten bedeutend weniger Männer Zugang zum Zivildienst gehabt und wäre die Versorgung so unattraktiv geblieben, dass damit die Ableistung des Zivildienstes faktisch erheblich erschwert worden wäre¹⁷.

Die Grundrechtsberechtigten und der VfGH trugen damit zu einer weitreichenden Entwicklung bei, die wie folgt kurz skizziert werden kann: Einem internationalen Trend folgend wurde zwar 1975 der Wehrersatzdienst eingeführt. Skeptisch angemerkt wurde aber in der Regierungsvorlage noch, dass „(d)ieser Zivildienst (...) keinesfalls ein Fluchtweg für Personen werden (sollte), die sich den Belastungen entziehen wollen, wie sie der Präsenzdienst mit sich bringt“¹⁸. Die nach ausführlichen Beratungen gefundene „Kompromisslösung“ erhielt die Zustimmung aller Fraktionen (SPÖ, ÖVP und FPÖ)¹⁹. Mittlerweile ist aus Skepsis gegenüber den „Drückebergern“²⁰ Wertschätzung geworden: „Der Zivildienst ist unverzichtbar. Zivildienstleistende erbringen Leistungen für gemeinnützige Einrichtungen und stärken damit unser Sozial- und Gesundheitssystem. Sie unterstützen Menschen, die sich in Notlagen befinden oder auf fremde Hilfe angewiesen sind, ...“, heißt es in der Broschüre des (zu diesem Zeitpunkt auch für den Zivildienst zuständigen) BMLRT 2021²¹. Machte die Zahl der Zivildienstleistenden im Jahre 1975 nur 344 aus²², so beläuft sich diese Zahl in den letzten Jahren auf ca. 14.000 im Jahr²³.

zum Zivildienst mit Unterstützung des Vereins eingebracht (Gespräch am 30.11.2022). Die Homepage des Vereins enthält derzeit nur wenige Informationen: <https://verweiert.at/> (abgerufen am 02.12.2022). Stellungnahmen der Arbeitsgemeinschaft zu den Ministerialentwürfen für ZDG-Novellen können auf der Homepage des Parlaments aufgerufen werden.

17 VfSlg 16.389/2001.

18 EBRV 603 BlgNR XIII. GP, 13.

19 Der vom Verfassungsausschuss eingesetzte Unterausschuss hielt 12 Sitzungen ab. Siehe die Debatte zur „Kompromisslösung“, StenProt zur 102. Sitzung NR, XIII. GP, 10018-10037. Der NR setzte sich wie folgt zusammen: 93 SPÖ; 80 ÖVP; 10 FPÖ (siehe <https://www.parlament.gv.at/recherchieren/statistiken/personen-statistiken/zusammensetzung-nr/index.html>, abgerufen am 07.01.2024).

20 Siehe Bundesrat *Strohmayr-Dangl* zur Geschichte des Zivildienstes in der BR-Debatte vom 07.10.2010, BRStenProt zur 788. Sitzung, 51-55 (53).

21 Bundesministerium für Landwirtschaft, Regionen und Tourismus, Zahlen und Fakten 2021 (2021) 158.

22 <https://www.zivildienst.gv.at/service/geschichte.html> (abgerufen am 07.01.2024).

23 „Im Jahre 2020 betrug das Verhältnis Zivildienst zu Wehrdienst schon 48,6% für den Zivildienst und 51,4% für den Wehrdienst.“ Siehe Bundesministerium für Landwirtschaft, Regionen und Tourismus, Zahlen und Fakten 2021 (2021) 159.

2.2 Umweltverträglichkeitsprüfung für Straßen

Das Parlament musste schon mehrfach das Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz 1993 (UVP-G 1993) aufgrund von Gerichtsentscheidungen ändern. Hier ist von einer Änderung die Rede, die durch eine Entscheidung des VfGH veranlasst wurde. Dieser war von einem Grundeigentümer angerufen worden, weil er sich gegen eine Enteignung von letztlich rd. 16 ha Grund wandte, die sich bloß auf eine Trassen-Verordnung stützte (Verordnung des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie [BMVIT] zur Festlegung des Trassenverlaufs der Südumfahrung von Wien B 301 Vösendorf-Schwechat). Damit seien, so der Beschwerdeführer, nicht alle gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt. Insbesondere verstoße dies gegen die UVP-Richtlinie, die vorschreibe, dass – in dem Fall – das konkrete Straßenprojekt einer Umweltverträglichkeitsprüfung unterzogen und auch entsprechende Auflagen zum Schutz der Umwelt erteilt werden müssten. Im Verfahren zur Trassen-Verordnung sei dies aber nicht möglich, wie auch der VfGH – nach Anrufung durch Bürgerinitiativen – im konkreten Fall befunden habe (VfGH 2.6.2002, V 53/01)²⁴. Daher sei die Enteignung nicht rechtmäßig solange nicht eine UVP zum konkreten Straßenprojekt stattgefunden habe. Der VfGH folgte dem Vorbringen und hob den Enteignungsbescheid auf (VwGH 21.10.2003, 2003/06/0078). Die Detail-UVP musste daher im Enteignungsverfahren nachgeholt werden. Um Rechtssicherheit und eine europarechtskonforme Lösung herbeizuführen, wurde in weiterer Folge mit der Novelle 2004 unter Verweis auf die erwähnten höchstgerichtlichen Entscheidungen²⁵, auch für Straßen – wie bereits für andere umweltbeeinträchtigende Anlagen – ein UVP-Beschiedverfahren eingeführt²⁶. Dies verbesserte die Mitwirkungsrechte der Nachbar:innen wie auch der Umweltorganisationen und die gerichtliche Prüftiefe, da nun auch der VfGH zur Überprüfung der BMVIT-Entscheidungen angerufen werden konnte.

24 Die Trassen-VO wurde auch von der Wiener Umweltschutzorganisation angefochten. Sie machte geltend, dass die im erstellten Umweltverträglichkeitsgutachten als zum Schutz der Umwelt „zwingend“ bezeichnete Maßnahmen mit der Verordnung nicht umgesetzt würden. Siehe die Presseaussendung vom 17.01.2001: https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20010817_OTS0035/b-301-umweltschutzmassnahmen-muessen-gewaehrleistet-sein (abgerufen am 05.11.2022) und die Entscheidung des VfGH 26.06.2002, V 73/01.

25 EBRV 648 BlgNR XXII. GP, 4 (zur UVP-G-Novelle 2004).

26 UVP-G-Novelle 2004, BGBl I Nr 153/2004; *Ennöckl/Raschauer* in *Ennöckl/Raschauer/Wessely*, Handbuch Umweltrecht, 296 (356).

Besonders schlagend wurde der Umstieg vom Ordnungsverfahren zum Bescheidverfahren mit der Einführung der Verwaltungsgerichte ab 2014. Das nun zunächst zur Überprüfung des BMVIT-Bescheids zuständige Bundesverwaltungsgericht kann ergänzende Ermittlungsverfahren durchführen und – anders als der VfGH oder der VwGH – die behördliche Entscheidung nicht nur aufheben, sondern regelmäßig in der Sache selbst entscheiden²⁷.

Im ggst. Verfahren zur Trassen-Verordnung hatten sich insgesamt zehn Bürgerinitiativen (gegründet nach den Vorschriften des UVP-G) sowie Eigentümer:innen von Grundstücken, die für den Straßenbau benötigt wurden, mit Einwänden eingebracht. Das Projekt wurde wegen der gesundheitlichen Auswirkungen des Verkehrslärms und der Luftschadstoffe, wegen des hohen Flächenverbrauchs und der funktionellen Barrierewirkung der über 16 km langen Schnellstraße abgelehnt. Das Projekt wurde 1996 eingereicht, Ende 1999 fand die öffentliche Erörterung statt²⁸. Zu diesem Zeitpunkt war der Fokus sicherlich auf die Verhinderung des Projekts, d.h. den Erhalt der landwirtschaftlichen Fläche und die Vermeidung von Lärm und Luftschadstoffen gerichtet. Alle möglichen rechtlichen Argumente gegen das Projekt wurden vorgebracht. Erst am Ende des Verfahrens wurde sichtbar, welchen Einwänden Erfolg beschieden war. Wie in gleichgelagerten Fällen auch, erwies sich auch hier, dass aufgrund des Grundrechts auf Eigentum die Position der Enteignungsgegner:innen die rechtlich stärkste war. Eine Zusammenarbeit potentieller Nachbar:innen eines Projekts (der Bürgerinitiative) mit den Eigentümer:innen von Grundstücken, die für das Projekt in Anspruch genommen werden müssen, ist daher übliche Praxis. So auch hier im Fall des *Bürgerforums gegen Transit B 301/S1*, welche mit dem betreffenden Grundstückseigentümer kooperierte²⁹. Die Straße wurde in weiterer Folge – mit zusätzlichen Auflagen – realisiert und 2006 in

27 Meyer, *juridikum* 2019, 96 (100).

28 Siehe Vorhaben „S1 (urspr. B301) Wiener Südrand Schnellstraße, Vösendorf – Schwechat“ in der UVP-Datenbank des Umweltbundesamtes: <https://www.umweltbundesamt.at/umwelthemen/uvpsup/uvpoesterreich1/uvp-dokumentation> (abgerufen am 31.12.2022).

29 Die Bürgerinitiative und der Enteignungsgegner kooperierten und wurden von einem Anwalt vertreten. Siehe Die Presse vom 21.11.2003, Urteil – Probleme für Wiener Südrand Schnellstraße: https://sl-bim.at/PDF/medien_bis_2005/2003-11-21_Die%20Presse.pdf (abgerufen am 30.12.2022).

Betrieb genommen³⁰. Die Anrufung des VwGH führte jedoch zu einer Änderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen für zukünftige UVP-pflichtige Straßenprojekte wie zB der geplanten Wiener Außenring-Schnellstraße von Schwechat nach Süßenbrunn, besser bekannt unter der Bezeichnung „Lobautunnel“³¹. Das Bürgerforum und der Enteignungsgegner wurden finanziell vom Grün-Alternativen Verein zur Unterstützung von Bürgerinitiativen unterstützt³².

2.3 Recht auf saubere Luft

Gemäß der Luftqualitäts-Richtlinie der EU sollten die Mitgliedstaaten zum Schutz der Gesundheit durch entsprechende Maßnahmen die Einhaltung eines festgelegten Immissionsgrenzwerts für Feinstaub ab 1.1.2005 gewährleisten. Österreich musste 2008 die EU-Kommission um eine sogenannte Fristerstreckung ersuchen, die für das durch Feinstaub belastete Gebiet Großraum Graz erst 2010 gewährt wurde, nicht zuletzt weil nun konkrete Maßnahmen zur Verkehrsbeschränkung zugesagt worden waren³³. Diese wurden jedoch nicht erlassen. Die Feinstaubgrenzwerte wurden weiterhin an sehr vielen Tagen im Jahr überschritten. 2013 beantragte schließlich eine in Graz wohnhafte Familie von der zuständigen Behörde unter Berufung auf das Judikat des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) *Janecek* (EuGH 25.07.2008, C-237/07) weitere Maßnahmen zur Einhaltung der Immissionsgrenzwerte für Feinstaub, insbesondere die Verordnung dauerhafter Fahrbeschränkungen für abgasintensive Fahrzeuge in Graz. Die zuständige Behörde wies diesen Antrag mit der Begründung zurück, dass gemäß der österreichischen Rechtsordnung einzelne Bürger:innen kein Recht auf Erlassung einer Verordnung hätten³⁴. Der in letzter Instanz ange-

30 https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20060516_OT0075/asfinag-s-1-wiener-aussenring-schnellstrasse-seit-heute-tempo-100-im-freiland-zwischen-voesendorf-und-schwechat (abgerufen am 31.12.2022).

31 Zu diesem Projekt und dem Verfahrensstand siehe <https://www.asfinag.at/bauen-erhalten/bauprojekte/s-1-wiener-aussenring-schnellstrasse-schwechat-bis-sussenbrunn/> (abgerufen am 31.12.2022) und in der UVP-Datenbank <https://www.umweltbundesamt.at/umweltthemen/uvpsup/uvpoesterreich1/uvp-dokumentation> (abgerufen am 31.12.2022).

32 Siehe Jahresberichte des Vereins 2001/2002 (S. 7) und 2003 (S. 5) auf <https://www.buengerinitiativen.at/wie-man-zu-geld-kommt.html> (abgerufen am 2.12.2022).

33 Meyer in *Schulev-Steindl/Schnedl/Meyer* (Hrsg), Saubere Luft, 91 (93).

34 Meyer in *Schulev-Steindl/Schnedl/Meyer* (Hrsg), Saubere Luft, 91 (98).

rufene VwGH befand jedoch, dass sich aus dem Grundsatz der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts (*effet utile*) hier ein subjektives Recht auf Erlassung einer Verordnung oder, wenn diese versagt würde, auf Erlassung eines abweisenden Bescheids bestehe (VwGH 28.5.2015, Ro 2014/07/0096). Damit war klargestellt, dass die Frage, ob die zuständige Behörde ausreichende Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit (gemäß der Luftqualitäts-RL) erlassen habe, auch in Österreich einer gerichtlichen Prüfung zugänglich ist, die von den Betroffenen initiiert werden kann. Diese in unmittelbarer Anwendung von EU-Recht geschaffene Rechtslage wurde vom österreichischen Gesetzgeber 2018 im Gesetzestext dargestellt bzw. weiter konkretisiert. Mit einer Novelle zum Immissionsschutzgesetz-Luft wurden entsprechende (Verfahrens-)Rechte betroffener Einzeller (wie auch von Umweltorganisationen) auf Erlassung bzw. Überprüfung von (regionalen) Luftqualitätsplänen bzw. Maßnahmenverordnungen im Detail festgeschrieben³⁵. Die Novellierung erfolgte im Rahmen des sogenannten Aarhus-Beteiligungsgesetzes³⁶, das auch Änderungen des Wasserrechtsgesetzes und des Abfallwirtschaftsgesetzes enthielt, ebenso ausgelöst durch Entscheidungen des EuGH und des VwGH. Wie *Eva Schulev-Steindl* anlässlich des Aarhus-Beteiligungsgesetzes zur Umsetzung der dritten Säule der Aarhus-Konvention³⁷, die von Österreich und von der Europäischen Union bereits 1998 unterzeichnet und 2005 ratifiziert worden war³⁸, resümierte: „Ohne die Hilfe der Gerichte wäre es hier nicht gelungen, den Zugang zum Recht bzw. ‘Access to justice’ in Umweltsachen (...) wenigstens ein Stück weit zu öffnen.“³⁹ Dies gilt auch für die vom EuGH statuierten Individualrechte und kann wie folgt ergänzt werden: „Ohne die Rechtswahrnehmung von Bürger:innen und zivilgesellschaftlichen Organisationen (...) wäre es hier nicht gelungen“, denn jede Gerichtsentscheidung setzt entsprechende Beschwerden/Klagen voraus. Im Grazer Fall wurden *Helmut Hoffmann* und seine Frau rechtlich und finanziell vom Grün-Alternativen Verein zur

35 Die EBRV 270 BlgNR XXVI. GP, 5 und 6 (zum Aarhus-Beteiligungsgesetz), verweisen mehrmals auf das VwGH-Judikat von 2015.

36 BGBl I Nr 73/2018.

37 Der offizielle Titel des im dänischen Ort Aarhus abgeschlossenen UNECE-Übereinkommens lautet: Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten.

38 Siehe https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXVII-13&chapter=27&clang=_en (abgerufen am 06.11.2022).

39 *Schulev-Steindl*, Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2019, 14 (14).

Unterstützung von Bürgerinitiativen und vom Grünen Parlamentsklub unterstützt⁴⁰.

2.4 Informationsfreiheit

Die wesentlichen Regelungen zur Auskunftspflicht der Verwaltung gehen in Österreich auf das Jahr 1987 zurück. Sie werden seit geraumer Zeit als nicht mehr zeitgemäß erachtet. Trotz entsprechender Gesetzesinitiativen seitens der Regierungen und der Abgeordneten ab dem Jahre 2013 kam es bisher jedoch nicht zur Beschlussfassung eines Informationsfreiheitsgesetzes⁴¹. Bedeutsame Neuerungen erfolgten allerdings 2018 durch Entscheidungen des VwGH.⁴² Die zwei grundlegenden Entscheidungen gehen auf Rechtsmittel der *Wirtschaftskammer Österreich* und eines Vorstandsmitglieds des *Forum Informationsfreiheit* zurück.

Bis zum Mai 2018 war gegen eine Behörde, die weder die beantragte Information mitteilte noch einen Bescheid über die Auskunftsverweigerung erließ, kein effektiver Rechtsschutz gegeben. Auch die ab 2014 tätigen Verwaltungsgerichte wiesen Säumnisbeschwerden mit der Begründung zurück, dass ein Gericht nicht für die Auskunftserteilung zuständig sein könne. In seiner Entscheidung von 2018 stellte der VwGH allerdings klar, dass im konkreten Fall vom Verwaltungsgericht die Feststellung begehrt wurde, dass die Erteilung der beantragten Auskunft gemäß Auskunftspflichtgesetz zu Unrecht verweigert wurde. Das Verwaltungsgericht habe daher im Zuge des Säumnisbeschwerdeverfahrens in der Sache zu entscheiden. Es habe also entweder auszusprechen, dass die Auskunft verweigert wird, oder

40 Hoffmann in Schulev-Steindl/Schnedl/Meyer (Hrsg), Saubere Luft, 185-186; zum Ablauf des Verfahrens (samt Dokumenten) siehe auch <https://www.buergerinitiative.n.at/antrag-auf-feinstaubmassnahmen-ii-aarhus.html> (abgerufen am 07.11.2022). Zur Säumnigkeit der Behörden siehe auch Rechnungshof, Luftverschmutzung durch Verkehr, Reihe Bund 2021/7.

41 Zu den Regierungsiniciativen siehe etwa RV 395 BlgNR XXV. GP (eingebracht 02.12.2014) und dazu § 27 GOG-NR-Antrag für ein Informationsfreiheitsgesetz im Verfassungsausschuss I/A-VF (nicht zugänglich) sowie in der XXVII. GP RV 2238 BlgNR, im NR beschlossen am 31.01.2024 (892/BNR). Dieser Beschluss sieht ein Inkrafttreten der Reform mit 01.09.2025 vor.

42 Siehe auch Rechts-, Legislativ- und Wissenschaftlicher Dienst der Parladmentsdirektion, Wie hat die Rechtsprechung die Auskunftspflicht der Verwaltung weiterentwickelt?, Fachdossier vom 12.12.2019: <https://www.parlament.gv.at/fachinfos/rlw/Entwicklung-der-Auskunftspflicht-der-Verwaltung> (abgerufen am 07.01.2024).

festzustellen, dass die Auskunft zu erteilen ist. Dem hat die zuständige Behörde nachzukommen. Im Hinblick auf den Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes müsse sich die auskunftswerbende Person gegen die Verweigerung der Entscheidung durch Untätigkeit der Behörde genauso wie gegen einen rechtswidrigen Bescheid (über die Auskunftsverweigerung) wehren können (VwGH 24.5.2018, Ro 2017/07/0026)⁴³. Im ggst. Verfahren wollte die *Wirtschaftskammer Österreich* von der mit Gesetz eingerichteten Umweltbundesamt GmbH wissen, welche Umsätze im Jahr 2014 gemacht worden waren sowie für wen im Jahr 2014 Leistungen erbracht worden seien.

In seiner vier Tage später ergangenen Entscheidung griff der VwGH auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zur Informationsfreiheit gemäß Art. 10 EMRK, der in Österreich in Verfassungsrang steht, zurück. Das österreichische Auskunftspflichtgesetz sei im Lichte der EGMR-Judikatur zu lesen. „Social watchdogs“ oder NGO, deren Aktivitäten auf Angelegenheiten des öffentlichen Interesses bezogen sind, hätten ein Recht auf Auskunft, wenn die sonstigen Voraussetzungen erfüllt seien. Die im Gesetz vorgesehenen Gründe für eine Verweigerung seien „insbesondere dann eng auszulegen, wenn ein Auskunftersuchen als relevanter Vorbereitungsschritt für journalistische oder andere Aktivitäten, mit denen ein Forum für eine öffentliche Debatte geschaffen werden soll, zu sehen ist, die begehrten Informationen im öffentlichen Interesse liegen und dem Auskunftswerber eine Rolle als ‚watchdog‘ im Sinne der Rechtsprechung des EGMR zukomm(e)“ (VwGH 29.5.2018, Ra 2017/03/0083). Damit steht noch nicht „jedermann“ ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht auf Information zu, wie es die oben erwähnten Gesetzesvorschläge vorsehen, aber zumindest einem sehr wichtigen Kreis Informationssuchender, nämlich allen Journalist:innen und allen Initiativen, die öffentliche Angelegenheiten in (sozialen) Medien thematisieren. Im ggst. Fall begehrte *Markus Hametner*, Vorstandsmitglied des *Forum Informationsfreiheit*⁴⁴ von der Stadt Wien Auskünfte über die in den Medien kommunizierten Vorschläge der Bediensteten zur Effizienzsteigerung der Verwaltung. Das Forum schreibt auf seiner Website: „Neben unserer politischen Arbeit versuchen wir auch auf anderen Wegen, die Informationsfreiheit in Österreich

43 Zur weitreichenden Bedeutung des Erkenntnisses siehe auch *Holzer/Jirak*, *ecolex* 2019, 183-186.

44 Zur Funktion des Beschwerdeführers in der NGO siehe <https://www.informationsfreiheit.at/wer-wir-sind/> (abgerufen am 2.12.2022).

zu stärken. Das Vorgehen gegen Informationsverweigerung vor Gericht ist eine der Möglichkeiten.“⁴⁵ Der VfGH hielt 2021 ebenfalls fest, dass für „gesellschaftliche Wachhunde“ ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht auf Informationszugang aufgrund von Art. 10 Abs. 1 EMRK bestehe (VfGH 4.3.2021, E 4037/2020). Nach *Georg Miernicki* sind mit der Rezeption der EGMR-Judikatur in Österreich „bereits einige Problemstellungen“ des aktuellen Gesetzesvorhabens „gelöst“⁴⁶.

3. Strategische und zivilgesellschaftliche Prozessführung

Mit welchem Begriff wären nun die oben dargestellten Fälle und ähnliche Gerichtsverfahren, die eine neue Rechtslage schaffen, zu erfassen? Braucht es überhaupt einen eigenen Begriff? Ist ein derartiger Verlauf nicht typisch für den demokratischen Rechts- und Grundrechtsstaat und für das Rechtssystem der Europäischen Union? Was tun Bürger:innen, wenn sie Rechte geltend machen? Was machen Gerichte, wenn sie Recht sprechen? Und was hat das alles mit Demokratie zu tun? In den folgenden Kap. 3.1 und 3.2 erfolgt eine Zusammenschau von Antworten auf diese Fragen, welche sich in aktuellen Debatten identifizieren lassen. Darüber hinaus werden weiterführende Ergänzungen hinzugefügt, welche nicht nur bestehende Debatten vertiefen, sondern auch Anregung für weiterführende Debatten sein sollen. Im Kap. 3.3 wird der Begriff und Untersuchungsansatz der „strategischen Prozessführung“ vor diesem Hintergrund und weiteren Überlegungen hinterfragt und der Begriff der „zivilgesellschaftlichen Prozessführung“ zur Diskussion gestellt.

45 <https://www.informationsfreiheit.at/die-verfahren/> (abgerufen am 7.11.2022). Zum Verfahren gegen die Stadt Wien und dem weiteren Verlauf siehe <https://www.informationsfreiheit.at/2022/06/08/wie-die-stadt-wien-eine-auskunftserteilung-zur-farce-werden-laesst/> (abgerufen am 7.11.2022). Dem Forum wurde der Demokratiepreis 2014 der *Margarethe Lupac Stiftung* zugesprochen. Siehe https://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2015/PK0066/index.shtml (abgerufen am 31.12.2022).

46 *Miernicki*, Journal für Rechtspolitik 2022, 85 (86). Siehe auch *Lehofer*, Gerichte preschen bei Informationsfreiheit vor, Die Presse, 05.02.2023, der sich auch auf OGH 05.12.2022, 5 Ob 178/22w bezieht.

3.1 Rechtswahrnehmung – Klage und richterliche Rechtserzeugung

Recht kann nur Relevanz entfalten, wenn es beachtet wird oder im Fall der Nichtbeachtung vor Gericht durchgesetzt werden kann und durchgesetzt wird, auch von Privaten gegen andere Private oder gegen den Staat. So verweist Müller in ihrer Hinterfragung des Begriffs der „strategischen Prozessführung“ auf die Schriften von *Rudolf von Jhering*, der 1872 in Bezug auf das Privatrecht schon hervorstrich, dass jede Klage die objektive Rechtslage beeinflusse. Recht sei „unausgesetzte Arbeit und zwar nicht bloß der Staatsgewalt, sondern des ganzen Volkes“.⁴⁷ „(Der) Berechtigte verteidigt, in seinem Rechte zugleich das Gesetz und im Gesetz zugleich die unerlässliche Ordnung des Gemeinwesens.“⁴⁸ Und *Gerald Stourzh* verweist in diesem Zusammenhang auf *Georg Jellinek*⁴⁹: „Rechtssubjekt jedoch ist derjenige, der in seinem Interesse die Rechtsordnung in Bewegung setzen kann“ bzw. „den Richter in eigenem Interesse in Bewegung (setzen kann)“.⁵⁰

Der Gesetzgeber, der Gerichte vorsieht, nimmt in Kauf, dass unabhängige Richter:innen bei Anwendung der generellen Normen ebenfalls Recht erzeugen, da sich aus der Norm nicht immer zwangsläufig nur eine richtige Auslegung ergibt. An dieser von *Hans Kelsen* in der Reinen Rechtslehre entwickelten Auffassung knüpft auch *Tatjana Sheplyakova* an und hebt hervor, dass „Subjekte die Möglichkeit erhalten, im Modus der Klage an der ‚staatlichen Willensbildung‘ mittelbar zu partizipieren“.⁵¹ Für *Kelsen* ist nämlich die Klage (des geschädigten Privatrechtssubjekts) ein so wesentlicher Bestandteil des Verfahrens, dass mit der Einräumung des subjektiven Klagerechts auch eine Teilhabe an der richterlichen Rechtserzeugung gewährt wird.⁵² Dies gilt umso mehr, wenn der/die Einzelne Grund- und Freiheitsrechte geltend machen kann und Zugang zu einem Verfassungsgericht hat, das verfassungswidrige Gesetze aufheben kann. Um wieder mit *Kelsen* zu sprechen: „Da der Sinn des Aktes, durch den eine Norm aufgehoben wird, selbst eine Norm ist, besteht das Freiheitsrecht in der

47 Müller, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2019, 33 (53) zitierend aus: *Jhering*, *Der Kampf ums Recht* (1872), 9.

48 Müller, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2019, 33 (53) zitierend aus: *Jhering*, *Der Kampf ums Recht* (1872), 56.

49 *Stourzh*, *Isonomie*, 79.

50 *Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*, 418 und 420.

51 *Sheplyakova*, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 2016, 45 (57).

52 *Jestaedt* (Hrsg.), *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*. Studienausgabe der 1. Auflage 1934, 61.

Rechtsmacht, an der Erzeugung dieser Normen mitzuwirken.“⁵³ Auf *Kelsen* berufen sich auch *Armin von Bogdandy/Ingo Venzke*, wenn sie richterliche Rechtserzeugung für unvermeidlich halten. Richterliche Spruchstätigkeit für bloße Rechtsanwendung zu halten, sei unhaltbar⁵⁴. Dieselben Überlegungen sind auch für *Manuela Niehaus* relevant, die neben *Kelsen* auch noch *Adolf Julius Merkl* und *Christoph Möllers* anführt⁵⁵.

Der rechtssetzende Charakter einer gerichtlichen Entscheidung tritt mittlerweile (seit Erscheinen der Reinen Rechtslehre in den Fassungen von 1934 und 1960) weitaus stärker hervor⁵⁶. Erstens ist der Wandel des Grundrechtsverständnisses in Rechnung zu stellen. So werden die Grundrechte zB nicht mehr als bloße Abwehrrechte verstanden, sondern werden aus ihnen auch Schutzpflichten des Gesetzgebers abgeleitet⁵⁷. Zweitens ist mit dem seit 1998 ermöglichten direkten Zugang Einzelner zum EGMR dessen Wirksamkeit enorm gestiegen. Das trifft vor allem in Österreich zu, wo die EMRK in Verfassungsrang steht und sich alle drei Höchstgerichte (VfGH, VwGH, Oberster Gerichtshof) bei Auslegung der EMRK an die Entscheidungen des EGMR gebunden erachten und damit zusätzliche Perspektiven ins Spiel kommen.⁵⁸ Der EGMR wiederum versteht die EMRK als „living instrument“, d.h. sie ist gemäß dem steten Wandel der jeweiligen politischen, wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung sowie der europäischen und internationalen Entwicklung der Menschenrechtsdiskussion auszulegen. Drittens erweitert der Vorrang des Unionsrechts vor gegenläufigem nationalen Recht den richterlichen Entscheidungsspielraum beträchtlich. Für Österreich beschreibt *Ewald Wiederin* die daraus resultierende „Nor-

53 *Jestaedt* (Hrsg), *Kelsen*, Reine Rechtslehre, Studienausgabe der 2. Auflage 1960, 148. Zur Debatte, ob sich aus einer generellen Norm „mit den Mitteln der Interpretation logisch zwingend für einen konkreten Fall nur *eine* Entscheidung ableiten lasse“ und daher vom Gesetzesvollzug die Rede sein müsse oder, wie es *Kelsen* in der Reinen Rechtslehre vertreten hat, verschiedene Auslegungsergebnisse möglich sind und die gerichtliche Entscheidung ein *rechtsetzender* Akt sei, siehe einführend *Koja* in *Koja* (Hrsg), *Kelsen*, 7 (54f).

54 *Von Bogdandy/Venzke*, In wessen Namen?, 139 und 141.

55 *Niehaus* in *Huggins/Herrlein/Wespers et al* (Hrsg), Zugang, 241 (252-254).

56 Auf *Kelsen's* kritische Haltung gegenüber der Anwendung von Grund- und Freiheitsrechten in der Verfassungsrechtsprechung braucht hier nicht eingegangen zu werden. Wie auch *Berka* festhält, hat *Kelsen* „in seiner praktischen Tätigkeit im Gerichtshof die rechtsschöpferische Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit akzeptiert, ja so sogar als gewissenmaßen vorausgesetzt bezeichnet“ (*Berka*, Lebendiges Verfassungsrecht, 22).

57 *Von Bogdandy/Venzke*, In wessen Namen?, 142.

58 *Holoubek* in *Lepsius et al* (Hrsg) Jahrbuch, 89 (95).

merzeugungsfunktion“ der Gerichte, die neben dem Unionsrecht bzw. dem EuGH auch die österreichischen Gesetze und die Verfassung zu beachten haben, wie folgt: „Das Gericht setzt sich seine Entscheidungsnorm also aus nationalem Gesetz, Unionsregelung und nationaler Verfassungsnorm zusammen, soweit von einer Entscheidungsnorm überhaupt noch die Rede sein kann: Letztlich wird die Falllösung vom Gericht im Dreieck interpoliert.“⁵⁹ Man kann den Effekt dieser Entwicklung auf das allgemeine Rechtsverständnis der Zivilgesellschaft und ihrer Akteur:innen nicht überschätzen. Die Vielzahl der Gerichte (nationale Höchstgerichte, EGMR und EuGH) demonstriert laufend, wie unterschiedlich Grundrechte und Gesetzestexte gedeutet werden können.

Kommt es im Zuge eines von Bürger:innen angestrebten Gerichtsverfahrens zur Aufhebung eines Gesetzes durch den VfGH, so ist die generelle Wirkung dieser Entscheidung evident, da die Norm aus dem Rechtsbestand ausscheidet. Wird eine Rechtsfrage durch ein angerufenes letztinstanzliches Gericht – etwa durch unmittelbare Anwendung von Europarecht oder in Auslegung eines nationalen Gesetzes im Lichte der EMRK, des Europarechts oder der nationalen Grund- und Menschenrechte – neu gelöst, so wird die Präjudizwirkung schlagend. Das einzelne Urteil wirkt über sich hinaus, weil es von allen anderen gerichtlichen Instanzen und staatlichen Behörden (zumindest indirekt) zu beachten ist und auch für künftige gleichgelagerte Fälle des entscheidenden Gerichts bestimmend ist (präjudiziell wirkt). Nationale Gesetze sind demgemäß außer Acht zu lassen oder ihnen wird ein neuer/veränderter Inhalt zuerkannt⁶⁰. Gerichte, die Präzedenzfälle schaffen können, treten nach *Kelsen* in Konkurrenz zum Gesetzgebungsorgan, das bedeute eine „Dezentralisierung der Gesetzgebungsfunktion“⁶¹.

Wie *Von Bogdandy/Venzke* (in Zusammenhang mit internationalen Gerichten) klarstellen, „darf die rechtserzeugende Rolle (von Gerichten) nicht als funktions- und kompetenzwidrige Machtanmaßung politisierter Spruchkörper begriffen werden. Sie ist in der Sache angelegt und oft rechtlich vorausgesetzt.“⁶² Den Gerichten ist – wie schon gesagt – im Laufe der Zeit mehr Macht zugewachsen bzw. haben insbesondere internationale

59 *Wiederin* in *Griller et al* (Hrsg), EU-Mitgliedschaft, 179 (198).

60 Siehe dazu ausführlich für Österreich *Holoubek* in *Lepsius et al* (Hrsg), Jahrbuch 89 und für internationale Gerichte (wie dem EGMR) im allgemeinen *Von Bogdandy/Venzke*, In wessen Namen?, 155f.

61 *Jestaedt* (Hrsg), *Kelsen*, Reine Rechtslehre, Studienausgabe der 2. Auflage 1960, 447.

62 *Von Bogdandy/Venzke*, In wessen Namen?, 145.

Gerichte wie der EGMR und der EuGH – in Kompensation der schwierigen Konsensfindung unter den Vertrags- und Mitgliedsstaaten – ihren Aktionsradius selbst ausgebaut. *Alec Stone Sweet* konstatiert nach einem Vergleich der Verfassungsgerichte nüchtern eine „Erosion der traditionellen Gewaltenteilung“⁶³. Für Österreich hält *Anna Gamper* fest: „Betrachtet man die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der österreichischen Gewaltenteilung, erweist sich diese mithin als ein von absoluten Trennungsidealen abgehobenes, vielmehr stark verschränktes System.“⁶⁴ Für *Harald Eberhard* war die Feintektonik des Gewaltengefüges in Österreich schon immer von Dynamik geprägt, seit 1995 auch wegen der „massiven Einwirkungen des Unionsrechts“, welches eine „Aufwertung der Gerichte“ mit sich gebracht hat.⁶⁵ *Von Bogdandy/Venzke* machen folgerichtig Vorschläge, wie die demokratische Legitimation von Gerichten gestärkt werden könnte.

Im europäischen Kontext nicht unerwähnt bleiben darf, dass der EuGH selbst die Bürger:innen auf den Plan gerufen hat, vor den nationalen Gerichten europäischem Recht zum Durchbruch zu verhelfen. Angesprochen ist damit insbesondere die in den 1990er Jahren einsetzende Judikatur des EuGH, wonach Einzelne Grenzwerte, die zum Schutz ihrer Gesundheit in Richtlinien verankert sind, vor nationalen Gerichten geltend machen können müssen (sog. EU-Individualrechte).⁶⁶ Darüber hinaus hat die Europäische Kommission Programme zur Förderung dieser Prozesse aufgesetzt. Die EU-Kommission unterstützte etwa in den Jahren 2016 bis 2019 im Wege des LIFE Legal Actions Projekt mit über 500.000,- € die Umsetzung der Luftqualitäts-Richtlinie im Klagswege⁶⁷. Ähnliche Aktivitäten zum europä-

63 *Stone Sweet* in *Rosenfeld/Sajó*, Comparative Constitutional Law. Siehe ebenso *Stone Sweet*, *Governing with Judges*, 131.

64 *Gamper*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenverbindung, 225.

65 *Eberhard* in *Grabenwarter/Holoubek/Madner/Pauser* (Hrsg), Verfassungsgerichtsbarkeit, 225 (226, 234 [mit Verweis auf *Öhlinger*] und 243).

66 *Giera* in *Schulev-Steindl/Schnedl/Meyer* (Hrsg), Saubere Luft 57 (59).

67 Finanziert von der EU und durchgeführt von der Deutschen Umwelthilfe e.V. und der Frank Bold Gesellschaft wurden in den Mitgliedsstaaten NGO und andere Interessierte u.a. über die Klagsmöglichkeiten unterrichtet und der Informationsaustausch zu entsprechenden Verfahren auch über die Website „Clean Air litigation“ gefördert. Siehe den technischen Endbericht vom Feber 2020 in Englisch: https://www.right-to-clean-air.eu/fileadmin/Redaktion/Downloads/LIFE15-GIE-DE-795_Final_Report_2020-03-06.pdf (abgerufen am 31.12.2022) und den allgemein gehaltenen Bericht in Deutsch: https://www.right-to-clean-air.eu/fileadmin/Redaktion/Downloads/Laymans_report_DE_Right_to_clean_Air.pdf (abgerufen am 07.01.2024) und die Homepage Right to Clean Air auf Deutsch mit weiteren Informationen: Home – Right to Clean Air (right-to-clean-air.eu) (abgerufen am 7.10.2022).

weiten Kompetenzaufbau wurden bereits in den Jahren 2012 bis 2015 mit Unterstützung der EU-Kommission im Rahmen von LIFE+ gesetzt⁶⁸. Dies zeigt, dass es in diesen Fällen der Prozessführung nicht nur um die Wahrnehmung von Rechten der höherrangigen Ebene geht, sondern dass diese Ebene die Bürger:innen dazu auch noch handfest ermutigte, ihre durch Unionsrecht eingeräumten subjektiven Rechte vor nationalen Instanzen durchzusetzen. *Johannes Masing* spricht schon 1997 von der „Mobilisierung des Bürgers für die Umsetzung des Gemeinschaftsrechts“ und meint weiter pointiert: „Durch Verleihung individueller Befugnisse werden danach die Bürger befähigt, vor den staatlichen Behörden und Gerichten unmittelbar auf die Beachtung des europäischen Rechts zu pochen, um so dessen Umsetzungsschwächen und Vollzugsdefizite zu mindern. Sie werden dabei weniger als eines Rechtsschutzes bedürftige Privatpersonen verstanden, denn als wirkmächtige Anwälte und Vollstrecker der gemeinschaftlichen Interessen bei der Durchsetzung des Rechts: Die Effektivierung des unter Umsetzungsmängeln leidenden Gemeinschaftsrechts, nicht der Schutz individueller Belange des jeweiligen einzelnen, bestimmt vorrangig die Herleitung und Zielrichtung solcher Befugnisse und ist Motor der Entwicklung.“⁶⁹

Rechtlich in einem völlig anderen Rahmen, doch bemerkenswert, sind die Aktivitäten des Umweltprogramms der Vereinten Nationen (UNEP) in Zusammenhang mit der Umsetzung des Pariser Übereinkommens zum Klimaschutz, einem völkerrechtlicher Vertrag mit wenigen verbindlichen Zielvorgaben und einem eher schwach ausgebildeten Compliance-Mechanismus⁷⁰. Im Rahmen dieses Beitrags kann nur auf die zwei UNEP-Analysen zu Klimaklagen aus 2017 und 2020 hingewiesen werden⁷¹.

68 Siehe unter anderem *Verkehrsklub Deutschland*, Projektvorstellung Clean Air (2012) - [VCD_Projektvorstellung_CleanAir_2012.pdf](#) (abgerufen am 31.12.2022); ders. Abschlussbericht (2016) - [Clean_Air_Abschlussbroschuere_2016.pdf](#) (vcd.org) (abgerufen am 31.12.2022) und *Andrews*, *The Clean Air Handbook. A practical guide to EU air quality law (Version 2.0)* (2015): [CleanAirHandbook_Vol_2_final_2015_EN.pdf](#) (right-to-clean-air.eu) (abgerufen am 7.10.2022).

69 *Masing*, *Mobilisierung*, 13.

70 *Holoubek*, *Grundrechtsschutz*, 97 und *Hollaus* in *Schulev-Steindl et al* (Hrsg), *Climate Change*, 499-525.

71 UN-Umweltprogramm, *Klimawandel vor Gericht. Ein Überblick* (2017) und *Global Climate Litigation Report: Status Review 2020* (2020).

3.2 Demokratische Teilhabe

Das demokratische Prinzip ist ein großes Versprechen, wird doch jeder Person das gleiche Recht zugesprochen, an der Erzeugung der Gesetze, die sie zu befolgen hat, mitzuwirken. Dieses Versprechen ist nicht nur relativiert, was den Kreis der Mitwirkungsberechtigten anbelangt (wie die Einschränkung auf Staatsbürger:innen, Erwachsene etc.) sondern auch *wie* die Mitwirkung an der Gesetzgebung erfolgt, nämlich im Regelfall durch die Wahl eines Gesetzgebungsorgans, das noch dazu nach der Mehrheitsregel (qualifizierte oder einfache Mehrheit) entscheidet. Diese Relativierungen sind nur vertretbar, wenn dem Individuum bestimmte Rechte zuerkannt werden, die jedenfalls vom Gesetzgeber (und der Exekutive) zu wahren sind. Zu diesen Grundrechten zählte von Anbeginn das Grundrecht auf Gleichheit, d.h. der Schutz vor Diskriminierungen der Wenigen durch die Mehrheit. Das bedeutet also vor allem auch den Schutz von Personen, die einer Minderheit angehören. Erst die Grundrechte und das Recht, diese auch gegenüber dem Gesetzgeber geltend machen zu können, verwirklichen also das demokratische Prinzip⁷². „Der einzelnen Rechtsperson steht also – je nach Maßgabe der nationalen Verfassungsbestimmungen und der Inkorporierung internationaler Menschenrechtsinstrumente – (möglicher) Einfluss auf die Gesetzgebung nicht nur als Stimmberechtigter, sondern auch als Beschwerdeführer zur Verfügung.“⁷³ Unter Berufung auf Möllers hält Niehaus fest, dass das demokratische Selbstbestimmungsrecht (über die Legislative) und das individuelle Selbstbestimmungsrecht (über die Klage) gleichrangig sind⁷⁴.

Hervorzuheben ist auch, dass viele Grundrechte als „Jedermanns“-Rechte, d.h. als Menschenrechte definiert sind. Sie können also auch von Personen geltend gemacht werden, die mangels Staatsbürgerschaft nicht an der Erzeugung von nationalen Gesetzen mittels Wahlen mitwirken können (vorausgesetzt sie sind von der nationalen Norm im rechtlichen Sinne betroffen).

Die Grund- und Menschenrechte können entweder zur Interpretation von Gesetzen herangezogen werden und so den Inhalt von Gesetzen verändern oder im Konfliktfall zur Verfassungswidrigkeit des Gesetzes führen.

72 Zur gegenseitigen Bedingtheit von Demokratie und Grund- und Menschenrechten siehe Stourzh, Isonomie und ausführlich – ebenfalls unter Bezugnahme auf Habermas – Niehaus in Huggins/Herrlein/Wespers et al (Hrsg), Zugang 241 (254-256).

73 Stourzh, Isonomie, 140.

74 Niehaus in Huggins/Herrlein/Wespers et al (Hrsg), Zugang 241 (254).

Je nach Ausgestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit kann das die Nichtanwendung des Gesetzes im Einzelfall oder die Aufhebung des Gesetzes überhaupt zur Folge haben.

Die besondere Bedeutung der Verfassungsgerichtsbarkeit für eine Demokratie streicht zB auch *Cristina Lafont* hervor. Ausgehend vom Ideal der demokratischen Selbstregierung stellt sie den Anspruch auf, dass jede Person jene Gesetze, die sie befolgen soll, nach reiflicher Überlegung wenigstens als vernünftig akzeptieren kann.⁷⁵ „Nur ein inklusiver und andauernder Prozess der politischen Meinungs- und Willensbildung, in dem die Beteiligten die Ansichten der jeweils anderen über die Vernünftigkeit der zwingenden Regelungen, (...) in Frage stellen können und Rechtfertigungen in Form von Gründen und Erwägungen erhalten, die für sie annehmbar sind, ermöglicht es Bürgerinnen, sich als gleiche Teilnehmer an einem demokratischen Projekt der Selbstregierung zu begreifen.“⁷⁶ Fähigkeiten, Zeit und Phantasie der Bürger:innen seien jedoch begrenzt. Daher müssten zumindest „Institutionen existieren, die Bürgern die Möglichkeit geben, alle Gesetze und Regelungen anzufechten, die ihnen unvernünftig erscheinen. Die Bürger müssten einfordern können, dass man ihnen angemessene Gründe für fragwürdige Gesetze und Regelungen vorlegt (...) selbst wenn sie gerade nicht die Mehrheit auf ihrer Seite haben.“⁷⁷ Nach *Lafont* erfüllt die Normenkontrolle durch Verfassungsgerichte (am Maßstab der Grund- und Menschenrechte) in dieser Hinsicht eine wichtige demokratische Funktion. Es seien nämlich „die *Bürgerinnen und Bürger*, die Fälle vor Gericht bringen, den Prozess initiieren“ würden⁷⁸. Sie könnten damit die Gründe für die behauptete Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes vorbringen und damit über das Gericht den Gesetzgeber zu einer Antwort herausfordern. „Was der politische Prozess beim besten Willen nicht *garantieren kann*, garantiert bezeichnenderweise der Rechtsweg: das individuelle Recht auf rechtliches Gehör, bei dem ausdrückliche, sachliche Rechtfertigungen für und gegen ein umstrittenes Gesetz öffentlich in die politische Deliberation eingebracht werden.“⁷⁹ *Lafont* rekurriert hier auf die zunehmende Tendenz von Verfassungsrichter:innen, sich nicht selbst als die alleinigen Verfassungsexpert:innen zu sehen, sondern auch als Garant dafür, dass „alle Seiten gehört

75 *Lafont*, Demokratie, 39.

76 *Lafont*, Demokratie, 293.

77 *Lafont*, Demokratie, 323 und 324.

78 *Lafont*, Demokratie, 393.

79 *Lafont*, Demokratie, 401.

werden“.⁸⁰ Aus demokratietheoretischer Sicht entscheidend ist für *Lafont* auch, dass alle Bürger:innen gleichermaßen eine Normenkontrolle initiieren können. Das ist zwar vom Konzept her ein zutreffendes Argument, doch gemessen an den konkret gewährten Grund- und Menschenrechten bzw. höherrangigem Unionsrecht und den hohen prozeduralen Voraussetzungen, gerade in Österreich und Deutschland, kann es nur bedingt schlagend werden. Die erwähnten Rechte bieten zwar mittlerweile eine sehr breite Schablone, vor deren Hintergrund sehr viele Anliegen und Interessen (insbesondere nicht nur klassische Minderheitsanliegen) vorgebracht werden können; gleichwohl weisen viele nationale Grundrechtskataloge, auch die EMRK und die Europäische Grundrechtecharta gewisse Asymmetrien inhaltlicher und prozeduraler Natur auf. Beispielhaft sei für Österreich erwähnt, dass dem Grundrecht auf Eigentum und auf Erwerbsfreiheit kein Grundrecht auf Gesundheit gegenübersteht und auch soziale Grundrechte fehlen⁸¹. In prozeduraler Hinsicht können meist Regelungen vor Gericht nur von jenen hinterfragt werden, in deren individuelle Rechtssphäre sie eingreifen⁸². Ist der Gesetzgeber in einem bestimmten Regelungsbereich

80 *Susanne Baer*, Richterin am deutschen Bundesverfassungsgericht zur Vorgangsweise in einem Verfahren zur Corona-bedingten „Triage“ in Krankenhäusern: “Our task is to respond in a procedure where everybody is heard: the medical people, the minority, the majority, etc. Therefore, we have sent out requests to all of those concerned to state their perspective, to get as much information as possible. Certainly, we have also asked Parliament to respond.“ Und *Christoph Grabenwarter*, Präsident des österreichischen Verfassungsgerichtshofs, zum verfassungsgerichtlichen Verfahren: “Both a minority in Parliament and an individual applicant have equal standing, with the government defending the legislation in question. In our Court, we have sometimes found that there had been a lack of political debate in Parliament because something had been fast-tracked through Parliament without the proper procedure for government bills. It was only before the Constitutional Court that arguments were heard properly for the first time.” *Grabenwarter/Baer*, *Constitutional Courts and Parliaments – a Conversation*, in *Austrian Parliamentary Administration, Parliaments and Constitutional Courts*, 264 (*Baer*) und 262 (*Grabenwarter*).

81 Zu einem Grundrecht auf Gesundheit siehe schon *Merli* in *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), *Rechtspolitik* 353 (371) mit weiteren Nachweisen. Zu den sozialen Grundrechten in Österreich siehe *Holoubek*, in *Hammer/Somek/Stelzer/Weichselbaum* (Hrsg) FS Öhlinger 507-528 und *Thienel*, in *Hammer/Somek/Stelzer/Weichselbaum* (Hrsg), FS Öhlinger 859-898.

82 So wies der österreichische VfGH eine Anfechtung von Steuerbefreiungen für Luftfahrtunternehmen (Umsatzsteuer und Mineralölsteuer) im Herbst 2021 mangels Eingriffs in die Rechtssphäre der (klimaschutzbewegten) Antragsteller:innen zurück. Die bekämpften steuerrechtlichen Regelungen seien an die Luftfahrtunternehmen adressiert und könnten wenn überhaupt nur die Rechtssphäre von Flugreisenden berühren (VfGH 30.9.2020, G 144-145/2020, V 332/2020).

zur Gänze untätig geblieben, so kann dagegen meist nicht vorgegangen werden⁸³. Diese Unvollkommenheit sollte jedoch nicht dazu führen, die demokratische Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit zu verwerfen, sondern vielmehr nach Wegen suchen lassen, diese Unvollkommenheiten zu beseitigen.

Zurückzukommen ist hier auch wieder auf die von *Von Bogdandy/Venzke* ins Spiel gebrachten demokratischen Anforderungen an Gerichte, und zwar iZm der Bestellung von Richter:innen und deren Anforderungsprofil, dem Gerichtsverfahren und der Entscheidung des Gerichts und ihrer Begründung⁸⁴. So gehe es darum, dass Gerichtsverfahren als rechtlich konstruierte Räume verstanden werden, in denen die Verfahrensparteien und andere relevante Akteur:innen ihre Interessen und Überzeugungen einbringen und – vielseitig gehegt – einer Entscheidung zuführen. „In diesen Räumen sind die Machtasymmetrien gemildert, was dem demokratischen Ideal bürgerschaftlicher Gleichheit dient.“⁸⁵ „Die offene Diskussion von Interessen und Positionen belebt die Demokratie, da sie die demokratische Öffentlichkeit und die soziale Integration speist. Daran kann eine gerichtliche Entscheidung teilnehmen und sich Legitimation erarbeiten, soweit sie in einem öffentlichen Diskurs eingebunden ist. Dies verlangt allerdings, dass die Gerichte diese Diskurse als relevant erachten und in ihre Willensbildung einfließen lassen.“⁸⁶

3.3 Diskussion des Begriffs „strategische Prozessführung“

Für den Begriff der „strategischen Prozessführung“ gibt es keine einheitliche Definition, auch nicht innerhalb einer wissenschaftlichen Disziplin. Er wird sowohl von Autor:innen verwendet, die dieser Art Prozessführung kritisch gegenüberstehen als auch von solchen, die sie aus rechtstaatlichen wie auch aus demokratiepolitischen Gründen begrüßen. Insbesondere wird der Begriff auch von NGO selbst zur Beschreibung ihrer Tätigkeit verwendet.

83 Zum fehlenden Rechtsschutz gegen den gänzlich untätigen Gesetzgeber in Österreich siehe *Egger*, Untätigkeit, 147.

84 *Von Bogdandy/Venzke*, In wessen Namen?, 210 f.

85 *Von Bogdandy/Venzke*, In wessen Namen?, 213.

86 *Von Bogdandy/Venzke*, In wessen Namen?, 212.

3.3.1 Definitionen und Kritik in der Fachliteratur

Wie schon gesagt, gibt es keine einheitliche Begriffsdefinition zur „strategischen Prozessführung“. Gemeinsam ist allen Beschreibungen aber doch, dass das Ziel derartiger Prozessführungen gesellschaftliche Veränderungen seien. *Hahn* geht in ihrer Umschreibung zunächst auch auf die inhaltlichen Ziele ein, stellt dann aber gemeinsam mit *Von Fromberg* ganz auf die Vorgangsweise ab. Nach *Hahn* könne strategische Prozessführung „idealtypisch als eine Methode der Initiierung, Unterstützung oder Nutzung von Gerichtsverfahren zur Förderung einer über den Einzelfall hinausgehenden Agenda“ definiert werden. In dieser sei „der einzelne Prozess Anlass und Instrument zur Durchsetzung rechtlicher und/oder (sozial-/kultur-/umwelt-/wirtschafts-) politischer Ziele (Strategie).“⁸⁷ *Hahn/Von Fromberg* definieren die strategische Prozessführung nur mehr hinsichtlich der Vorgangsweise, und zwar „über die drei Merkmale Strategie, Taktik und Klagekollektiv“. „Das Kriterium Strategie beschreibt, dass der einzelne Prozess nur ein Baustein in einer langfristigen Agenda ist. Mit dem Kriterium Taktik lässt sich greifen, dass systematisch juristische Mittel und insbesondere Prozessführung als Methode gewählt werden, um die Agenda zu fördern.“ In einem Klagekollektiv würden Individuen und Organisationen unterschiedlicher Erfahrungsschätze und komplementärer Expertise zusammenwirken⁸⁸. Nach *Graser* verfolgen die Handelnden „ein Ziel (...), das – jedenfalls in ihrer Wahrnehmung – im öffentlichen Interesse liegt. In diesem – engen – Sinne (sei) es zu verstehen, wenn Strategic Litigation immer wieder auch als ‚politics by other means‘ bezeichnet (werde).“⁸⁹ Viele Elemente der strategischen Prozessführung seien aber nicht neu und etwa auch beim „traditionellen“ Vorgehen der Gewerkschaften anzutreffen. Es werde jedoch weitaus professioneller vorgegangen und der Kommunikation der Anliegen und der Verfahren an die Öffentlichkeit große Aufmerksamkeit geschenkt⁹⁰. Für *Susanne Baer* wiederum kommt es offensichtlich darauf an, dass „Kläger:innen und Fälle strategisch ausgewählt (werden), um einen Präzedenzfall (...) zu schaffen“⁹¹.

87 *Hahn*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2019, 5 (23).

88 *Hahn/Von Fromberg*, Zeitschrift für Politikwissenschaft 2021, 217 (221).

89 *Graser*, Zeitschrift für Rechtswissenschaft 2019, 317 (320).

90 *Graser*, Zeitschrift für Rechtswissenschaft 2019, 317 (339 und 347).

91 *Baer*, Rechtssoziologie 246 und *Baer et al*, Juridikum 2022/1, 68 (78).

Die Begriffswahl „strategische Prozessführung“ an sich wird kaum in Frage gestellt, obwohl etliche Autor:innen einräumen, dass nicht jedem Gerichtsurteil mit gesellschaftlicher Breiten- oder Tiefenwirkung ein langfristiger Plan vorausgehe – vieles also auch zufällig entstehe⁹². Ja, es in der Natur innovativer Verfahren liege, dass ihr Ausgang nicht absehbar sei⁹³. Auch würden viele Prozessführer:innen ihre Strategie nicht offenlegen. Ein solches verdecktes Beispiel aus dem kommerziellen Bereich stellt *Christoph Lindner* dar und stellt zur Diskussion, ob der Begriff „strategische Prozessführung“ nicht auf gemeinwohlorientierte Bestrebungen beschränkt sein sollte⁹⁴. Soweit ersichtlich, geht jedoch nur *Müller* soweit, den Begriff der „strategischen Prozessführung“, und zwar aus der sozialwissenschaftlichen Forschungsperspektive, zu verwerfen⁹⁵. Sie stellt nicht nur auf jüngste Entwicklungen ab sondern schließt auch die (vorwiegend deutsche) Rechtspraxis ab 1970 mit ein. „Das Motiv, gesellschaftliche Veränderungen jenseits des einzelnen Verfahrens bewirken zu wollen, findet sich nicht nur bei herausgehobenen Verfahren mit medialer Aufmerksamkeit.“ Vielmehr seien „derartige Intentionen und Wirkungen auch bei kommerziell motivierter Präzedenzfallarbeit ohne Öffentlichkeitsarbeit“ sowie bei der tagtäglichen und systematischen Vertretung von Personen aus benachteiligten Bevölkerungsgruppen zu verzeichnen. Mit der bisherigen Fokussierung auf „politisch links verortete Anliegen“, so *Müller*, und dem „Ausblenden verdeckter Strategien“ würden nämlich „insbesondere ökonomische Dynamiken von Rechtsmobilisierung unterbewertet“⁹⁶.

3.3.2 Verwendung des Begriffs durch NGO

Michael Ramsden/Kris Gledhill haben 2017 eine weltweite Internet-Recherche durchgeführt, wer den Begriff „strategic litigation“ verwendet und wie er in diesem Zusammenhang beschrieben wird. Am häufigsten wird der

92 ZB *Graser* in *Graser/Helmrich* (Hrsg), *Litigation* 9 (16); *Helmrich* in *Graser/Helmrich* (Hrsg), *Litigation* 31 (33).

93 „Anyone who tells you he is litigating a strategic case right now is wrong: it is impossible to know in advance if a case will prove to have been strategic or not, because unpredictability is a key element.“, *Weiss* in *Graser/Helmrich* (Hrsg), *Litigation* 27 (30).

94 *Lindner* in *Graser/Helmrich* (Hrsg), *Litigation* 91 (98).

95 *Müller*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2019, 33 (58).

96 *Müller*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2019, 33 (57 und 59).

Begriff demnach von NGO verwendet⁹⁷. Laut den Autoren wird der Begriff intensiv nach 2003 durch international agierende NGO zur Durchsetzung von Menschenrechten verwendet⁹⁸. Mit ihm soll, so wird teilweise angenommen, die Tätigkeit der jeweiligen NGO neutraler als mit dem bisher in den USA gebräuchlichen Begriff der „public interest litigation“ bezeichnet werden. Dieser Begriff sei teilweise zu stark mit politischer Tätigkeit in Verbindung gebracht worden⁹⁹.

Die Komplexität der Tätigkeit international agierender NGO kommt in der folgenden Beschreibung der *Justice Initiative* der *Open Society Foundations* gut zum Ausdruck: “In addition to vindicating individual claims, we've tried to use our cases to establish and strengthen the law's protection for everyone. By using decisions from one tribunal to argue a case in front of another, we've tried to replicate successes and share lessons across borders. We also submit third-party interventions in cases involving issues that lie within our expertise, and provide expert advice and support to lawyers engaged in litigation and case-building within national court systems.”¹⁰⁰

3.3.3 Eigene Betrachtungen

Im Folgenden soll der Begriff „strategisch“ näher betrachtet und in den Kontext der Auseinandersetzung um die Rolle der Gerichte gestellt werden sowie weiteren Fragen nachgegangen werden: Warum verwenden NGO trotz negativer Anklänge den Begriff? Sind die österreichischen Beispiele zur „strategischen Prozessführung“ zu zählen? Welcher Begriff könnte besser zum Ausdruck bringen, dass die gerichtliche Geltendmachung von höherrangigem Recht durch Bürger:innen ein Bürger:innenrecht wie das Wahlrecht ist? Positiv festzuhalten ist auch in diesem Zusammenhang freilich, dass die als Menschenrechte definierten Grundrechte nicht die Staatsbürgerschaft voraussetzen, wie es weitgehend beim Wahlrecht der Fall ist.

97 Ramsden/Gledhill, *Civil Justice Quarterly* 2019, 407 (410).

98 Ramsden/Gledhill, *Civil Justice Quarterly* 2019, 407 (418 und 424).

99 Ramsden/Gledhill, *Civil Justice Quarterly* 2019, 407 (409). Interessant ist, dass laut Ramsden/Gledhill der Begriff der „public interest litigation“ mit der Gründung der Ford-Stiftung, die den Zweck hatte, mit finanzieller Unterstützung den Zugang zum Recht für Unterrepräsentierte(s) wie Arme oder Interessen des Konsumenten- oder des Umweltschutzes zu gewährleisten, verstärkt in Verwendung gekommen.

100 <https://www.justiceinitiative.org/how-we-work> (abgerufen am 07.01.2024).

3.3.3.1 Wortbedeutung und Kontext von „strategischer“ Prozessführung

Laut dem Wörterbuch für die deutsche Sprache ist eine Strategie „ein detaillierter Plan für das (künftige) Vorgehen, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen“. Historisch meinte man mit dem Wort Strategie die „Kunst, Wissenschaft von der Heerführung, Vorbereitung, Planung und Durchführung der Feldzüge“, auch unter Einsatz von Kriegslist (stratagem). Absichtsvoll, langfristig planend, taktisch, wohldurchdacht sind demnach Synonyme für die Bezeichnung „strategisch“¹⁰¹. Gemäß dem Duden ist die Strategie ein genauer Plan des eigenen Vorgehens, der dazu dient, ein militärisches, politisches, psychologisches, wirtschaftliches o.ä. Ziel zu erreichen, und in dem man diejenigen Faktoren, die in die eigene Aktion hineinspielen könnten, von vornherein einzukalkulieren versucht¹⁰². Diese Auflistung will zeigen, dass die Bezeichnung „strategisch“ eher einer kritischen Beurteilung von Prozessführung Vorschub leistet. Sie evokiert auch die Vorstellung eines – gegen einen Gegner – listigen Vorgehens. Unter „Benützung“ von Kläger:innen und Gerichten wird eigentlich der Gesetzgeber adressiert. Die Klage oder Beschwerde diene nicht der legitimen Rechtswahrnehmung und -durchsetzung, sondern sei nur ein Vehikel, um ein Anliegen öffentlich zu machen und damit auf die politische Agenda zu hieven. Oder das Gericht würde missbraucht, indem es mit Anliegen und Konflikten befasst wird, die eigentlich exklusiv vom Gesetzgeber zu entscheiden wären.

In der Begriffsbildung ist aber mE zu beachten, dass heftige Kontroversen geführt werden, was Rechtsprechung ist bzw. sein darf. Von der „Instrumentalisierung der dritten Gewalt für politische Zwecke“ ist die Rede¹⁰³ oder im Zusammenhang mit dem EGMR – von „illegitimen judicial law-making“¹⁰⁴. Nichts kann die oft negative Konnotation des Begriffs „strategische Prozessführung“ besser illustrieren, als die Einrede einer Regierung gegen eine LGBT-Beschwerde vor dem EGMR, dass es sich hier

101 Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache, <https://www.dwds.de/wb/Strategie>, <https://www.dwds.de/wb/strategisch>, sowie für die englische Sprache Collins Dictionary, <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/strategy> (alle abgerufen am 06.10.2022).

102 Duden, <https://www.duden.de/rechtschreibung/Strategie> (abgerufen am 06.10.2022).

103 Friedrich in Huggins/Herrlein/Wespers et al (Hrsg), Zugang zu Recht 219 (222).

104 Walther in Huggins/Herrlein/Wespers et al (Hrsg), Zugang zu Recht 195 (199).

bloß um strategische Prozessführung handle¹⁰⁵. Ebenso kommt dies zB in der Tatsache zum Ausdruck, dass den Herausgebern des zweiten Bands zu Strategic Litigation eine Anwältin absagte, da sie fürchtete, „eine weitere Exposition ihrer Aktivitäten im Bereich der Strategic Litigation (könne) ihr bei künftigen Auftritten vor deutschen Gerichten Nachteile bringen“¹⁰⁶. Weiters ist die begriffliche Nähe zu den „Strategic Lawsuits Against Public Participation (SLAPP)“ ins Treffen zu führen. Hier geht es aber jedenfalls in destruktiver Weise darum, Personen, die kritisch über den Kläger/die Klägerin berichten, mittels Klagen gezielt einzuschüchtern und mundtot zu machen¹⁰⁷.

3.3.3.2 Noch einmal zu den NGO

Diesen vorhin dargestellten Bedenken könnte entgegnet werden, dass NGO selbst den Begriff der strategischen Prozessführung verwenden. Zwei Momente mögen dafür maßgeblich sein. Einerseits erfolgte im 21. Jahrhundert eine Spezialisierung von NGO auf Rechtsverfahren mit mitunter komplexer, sehr geplanter Vorgangsweise, und andererseits nehmen NGO teilweise gegenüber dem Rechtssystem eine ambivalente Haltung ein.

Zum ersten: Waren es im 20. Jahrhundert allein noch spezialisierte Rechtsanwaltskanzleien, die *pro bono* oder zu vergünstigten Tarifen für und mit Einzelnen und zivilgesellschaftlichen Beratungsstellen arbeiteten, so eigneten sich im 21. Jahrhundert NGO selbst juristisches Wissen und die juristische Perspektive an, um Missstände zu beheben. Zu diesem Perspektivenwechsel hat – in Europa zumindest – sicher die Aarhus-Konvention und deren Umsetzung durch die Europäische Union beigetragen. Diese ermächtigt, neben betroffenen Einzelnen, auch NGO zur Durchsetzung

105 Siehe „(80) Ungeachtet des Vorbringens der Regierung, der vorliegende Fall sei von der LGBT-Vereinigung im Wege einer strategischen Prozessführung an ihn herangetragen worden, gibt der GH zu bedenken, dass dies auch gesetzt den Fall, dass ein derartiges Element bei der Erstattung der Strafanzeige im Auftrag der Bf. existiert haben mag, im Hinblick auf die Zulässigkeit der Beschwerde der Bf. irrelevant ist. Es muss die Feststellung ausreichen, dass es sich bei den rechtlichen Schritten der LGBT-Vereinigung um keine *actio popularis* handelte (...).“; aus NLMR 2020, 47: EGMR 14.1.2020, Bsw 41.288/15 (Zweite Kammer) Keine Einleitung eines Strafverfahrens wegen Hasskommentaren über gleichgeschlechtlichen Kuss auf Facebook.

106 Graser, Einführung, in Graser/Helmrich, Litigation 9 (16).

107 Zu jüngsten Beispielen und der Rechtslage in Österreich siehe Hess, Der Richtlinien-Vorschlag der EU-Kommission zur Bekämpfung von SLAPPS, COM(2022) 177 final, ecolx 2022, 704-708.

von (europäischem) Umweltrecht vor den Instanzen der Mitgliedsstaaten. Die Bildung von europäischen Netzwerken war die Folge. Schließlich wurden auch NGO gegründet, die ausschließlich über Rechtsverfahren wirken wollten und dies auch international (siehe oben Kap. 3.3.2). Hinter derartigen juristischen Schritten steckt also viel Expertise und Vernetzungsaufwand, den man auch darstellen will, nicht zuletzt weil – im Unterschied zu kommerziellen Akteur:innen – dafür die notwendigen Geldmittel durch Spenden gewonnen werden müssen und die Verwendung dieser von der Allgemeinheit oder einigen Großspender:innen erhaltenen Gelder so transparent wie möglich sein soll. Und es sind auch die beschränkt zur Verfügung stehenden Mittel, die eine ausgewählte und planvolle Vorgangsweise erzwingen, ein distanziertes Abwägen, mit welchen Kläger:innen bzw. Fallkonstellationen die Gerichte befasst werden. Im Unterschied dazu, ist der Einzelne oder die Ad hoc-Bürgerinitiative stärker vom Leidensdruck getrieben, entscheidet also spontaner bzw. beschreitet auf jeden Fall den Rechtsweg, auch wenn die Erfolgsaussichten sehr schlecht sind.

Zum zweiten: Der Begriff „strategische Prozessführung“ bringt aber nicht nur eine stärkere Distanz zum Klagsanlass, sondern auch oft Distanz gegenüber dem Rechtssystem des liberalen Rechtsstaats zum Ausdruck. Dieser diene – so die Auffassung – wenn auch verschleiert, nur den Besitzenden und einem kapitalistischem Wirtschaftssystem¹⁰⁸. Das mag nicht für alle NGO, die Prozesse führen oder unterstützen, gelten, aber jedenfalls für einen Teil von ihnen. Die aus Skepsis und Nutzung resultierende Ambivalenz fassen Keller/Theurer für das *European Center for Constitutional Rights* wie folgt zusammen: „Das Recht ist ein Ausdruck jeweils herrschender Machtverhältnisse. Es reproduziert Ungleichheit, verschleiert Herrschaft und dient dem Machterhalt. Und doch liegt im Recht auch emanzipatorisches Potential. Es lässt sich in bestimmten Kontexten nutzen, um Unrecht zu entlarven, um rechtliche Sanktionen einzuklagen oder um die Veränderung konkreter Rechtspraxen oder Rechtsnormen einzufordern.“¹⁰⁹ Man steht dem Rechtsstaat kritisch gegenüber, nützt ihn aber in wohlüberlegten Fällen doch, also in diesem Sinne strategisch, distanziert.

108 Pistor, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality* (2019).

109 Keller/Theurer in Graser/Helmrich (Hrsg), *Strategic Litigation* 53 (53).

3.3.3.3 Einordnung der österreichischen Beispiele

Nicht alle Akteur:innen haben dieses ambivalente Rechtsverständnis und/oder gehen so komplex und absichtsvoll vor. Mit dem Begriff der „strategischen Prozessführung“ greift man also mitunter zu kurz.

Die Konstellationen können sehr vielfältig sein, wie allein die eingangs dargestellten vier Beispiele zeigen: Der einzelne Zivildienstwillige will nicht vornehmlich das Gesetz ändern, sondern zum Zivildienst zugelassen werden (siehe Kap. 2.1). Die beratenden Organisationen wollen ihn dabei unterstützen. Da VfGH-Beschwerden nur von Rechtsanwält:innen eingebracht werden können, bedarf es finanzieller Mittel, über die Stellungspflichtige aufgrund ihres geringen Alters, meist noch nicht verfügen. Also müssen auch finanzielle Mittel aufgetrieben werden. Erst in der langjährigen Rückschau wird ersichtlich, dass mit diesen Verfahren halbherzige „Ja, aber“-Lösungen des Gesetzgebers bzw. einer skeptischen Exekutive, die zu Lasten des einzelnen Zivildienstwilligen gingen, vom VfGH korrigiert wurden: Es gibt die Möglichkeit der Zivildiensterklärung, aber die Fristen sind zu eng gesetzt. Es gibt die Alternative Zivildienst, aber er ist nicht leistbar, weil die Verpflegung – anders als beim Grundwehrdienst – zu einem hohen Teil vom Zivildienstler selbst zu tragen ist. Der zweite österreichische Fall (Kap. 2.2) zeigt wiederum, wie sehr ursprüngliche Absicht und Ergebnis divergieren können. Bezweckt war die Verhinderung der Straße bzw. der Enteignung. Am Ende stand eine Novellierung des UVP-G und eine verbesserte gerichtliche Überprüfung der behördlichen Genehmigung von Straßen. Wie im dritten Fall (Kap. 2.3, Recht auf saubere Luft) auch, verhalten die Bürger:innen und der VwGH dem Unionsrecht (den Richtlinien und einschlägiger EuGH-Judikatur) zur Durchsetzung. Dies entspricht den Intentionen des EuGH (siehe Judikatur zum Vorrang des Unionsrechts und zum Individualrechtsschutz) und der Europäischen Kommission. Im vierten Beispiel (Kap. 2.4) sind eine gesetzliche Interessensvertretung und eine NGO bzw. deren Vorstandsmitglied aktiv. Im ersten Verfahren dürfte die Informationsbeschaffung im Vordergrund gestanden haben, im zweiten Verfahren war sicherlich sehr bald eine präjudizielle Gerichtsentscheidung intendiert. Das *Forum Informationsfreiheit* versucht auf politischen Weg wie auch durch Gerichtsverfahren das Recht auf Informationsfreiheit zu verbessern. Es zielt systematisch auf eine Änderung der Rechtslage ab. Nur dieses letzte Verfahren dürfte dem – nach Graser etablierten – Begriff der „strategischen Prozessführung“ zuzurechnen sein. Wiewohl auch hier anzu-

merken ist, dass die gerichtliche Weiterentwicklung des österreichischen Auskunftspflichtgesetzes¹¹⁰ in ein „Informationsfreiheitsgesetz“ letztlich das Ergebnis verschiedener zivilgesellschaftlicher Initiativen war.

Abgesehen von der gesetzlichen Interessensvertretung im vierten Themenkomplex, gehen die Verfahren zwar auf „ein Zusammenwirken unterschiedlicher Individuen und Organisationen unterschiedlicher Erfahrungsschätze und komplementärer Expertise“¹¹¹ zurück. Die Betroffenen haben nicht die finanziellen Mittel, um sich Rechtsvertretung und sonstige Expertise zukaufen zu können. Darüber hinaus ist es für Privatpersonen nicht selbstverständlich, den Rechtsweg zu beschreiten. Da bedarf es eines breiteren Umfelds, das die Einzelnen in ihrem Anliegen bestärkt. Dieses Zusammenwirken kann lose oder in rechtlich organisierter Form erfolgen. Aber wäre es nicht eine Überzeichnung, die Betroffenen, Expert:innen, Financiers und Unterstützer:innen der ersten drei genannten Themenkomplexe mit *Hahn/Von Fromberg* als „Klagekollektive“ zu verstehen?

3.3.3.4 Akteur:innen- und ergebnisorientierter Ansatz: Zivilgesellschaftliche Prozessführung

Viele Gerichtsverfahren, die mit einer direkten oder indirekten Änderung der Rechtslage enden, beginnen nicht mit einer auf dieses Ergebnis ausgerichteten ausgeklügelten Strategie. Viele Optionen ergeben sich erst im Laufe des Verfahrens. Oft sind es viele kleine Änderungen, die erst in Summe von Gewicht sind. Es ist zudem das gute demokratische Recht (und keine List) aller Bürger:innen bzw. Rechtssubjekten, sei es einzeln oder unterstützt durch andere, den Gesetzgeber vor Gericht zur Rechtfertigung der Gesetze herausfordern zu dürfen bzw. eine Interpretation und Anwendung der Gesetze im Sinne der Grund- und Menschenrechte und des Unionsrechts geltend machen zu dürfen. Im Sinne des hier dargelegten demokratiethoretischen Ansatzes von *Lafont* wäre also von Interesse, in welchem Ausmaß und in welcher Weise Bürger:innen Gerichtsentscheidungen auslösten, die im Ergebnis die Rechtslage veränderten oder den Bürger:innen zumindest gute Argumente für die bestehende Rechtslage

110 Rechts- und Legislativ- und Wissenschaftlicher Dienst der österreichischen Parlementsdirection, Wie hat die Rechtsprechung die Auskunftspflicht der Verwaltung weiterentwickelt? (2019), siehe FN 42.

111 Siehe FN 87.

lieferten. Wie sehr sind Bürger:innen über die Gerichte in Dialog mit der Gesetzgebung getreten? In welchem Ausmaß wurden einzelne Rechtsmaterien unter Berufung auf höherrangiges Recht von Bürger:innen solcherart mitgeformt? Für ein so verstandenes Erkenntnisinteresse bietet sich der Begriff „zivilgesellschaftliche Prozessführung“ an. Allerdings sollte hier „Zivilgesellschaft“ eher im Sinne der Trias Staat-Wirtschaft-Zivilgesellschaft verstanden werden, da der kommerzielle Sektor schon im Gesetzgebungsprozess bessere Möglichkeiten der Mitwirkung hat (zB im Wege gesetzlicher Interessensvertretungen) und Prozessführungen, die auf präjudizielle Gerichtsentscheidungen oder Gesetzesaufhebungen abzielen, nicht offen kommunizieren muss, um eine finanzielle Unterstützung von dritter Seite sicherzustellen. Außerdem ist der Rechtszugang für wirtschaftliche Interessen gut geeignet. Naturgemäß treten auch hier Abgrenzungsfragen auf, die weiterer Untersuchungen bedürfen. So gibt es auch staatlich beeinflusste Vereine (zB der Verein für Konsumenteninformation in Österreich¹¹²) oder per Gesetz eingerichtete öffentliche Anwaltschaften (zB Gleichbehandlungsanwaltschaft), welche auch Rechte und Anliegen von Bürger:innen vertreten. Weiters gibt es auch Prozessführungen von Wirtschaftstreibenden oder ihren Interessensvertretungen, die in der Sache typisch zivilgesellschaftliche Anliegen verfolgen (siehe etwa das Beispiel zur Informationsfreiheit in diesem Beitrag oder der Landwirt/die Landwirt:in, die ihr Eigentum gegen umweltschädigende Einflüsse verteidigen). Unter dem Begriff der zivilgesellschaftlichen Prozessführung würden nicht nur gekonnt kommunizierte Klagsführungen untersucht werden, sondern möglichst viele Fälle der Bürger:innen-Teilhabe an der richterlichen Rechtserzeugung. Wie die dargestellten österreichischen Beispiele zeigen, greift es entschieden zu kurz, dabei nur Verfahren vor den Verfassungsgerichten (oder dem EGMR bzw. dem EuGH) im Blick zu haben. Es geht auch um Präzedenzfälle an anderen Höchstgerichten. In diesem Beitrag konnte die Rechtserzeugung durch den VwGH beispielhaft aufgezeigt werden. In zivil- und strafrechtlicher Hinsicht wären aber auch die Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes von nicht geringerem Interesse.

112 Siehe online-Informationen des Vereins für Konsumenteninformation: <https://vki.at/wer-wir-sind> und <https://vki.at/unsere-statuten/5177> (beides abgerufen am 15.11.2022).

4. Klimaklagen und Schlussbetrachtung

Auch Klimaklagen sind zivilgesellschaftliche Prozessführungen. Im Sinne der einleitend vorgenommenen Einschränkungen geht es in diesem Beitrag nur um Klimaklagen gegen den Staat, also nicht um privatrechtliche Klagen gegen Unternehmen. Ein Blick auf vier ausgewählte höchstgerichtliche Entscheidungen in Europa zeigt, dass die Gerichte in der Sache sehr zurückhaltend entscheiden. Die Rede ist von den Entscheidungen des niederländischen Höchstgerichts¹¹³ und des irischen Obersten Gerichtshofs¹¹⁴ von 2019 sowie des deutschen Bundesverfassungsgerichts¹¹⁵ und des französischen Staatsrats¹¹⁶ (dem höchsten Verwaltungsgericht) von 2021. Die niederländische Regierung wurde im Fall *Urgenda* zu einem ambitionierteren Reduktionsziel verpflichtet. Dem irischen Gericht waren die im Klimaschutzplan gelisteten Vorhaben zur Reduktion der Treibhausgase zu unbestimmt. Das deutsche Klimaschutzgesetz wurde für verfassungswidrig erklärt, weil der Zielhorizont mit 2030 zu kurz gesetzt sei und der Reduktionspfad bis 2050 festgelegt sein müsste. In Frankreich wurden die bisher von der Regierung gesetzten und geplanten Maßnahmen für unzureichend befunden. „Mit den ausgewählten Gerichtsentscheidungen ist also im Wesentlichen noch nicht mehr gesagt, als dass die bisherigen staatlichen Zielsetzungen und Pläne ungenügend waren. Es werden in den Urteilen insbesondere keine konkreten Maßnahmen (wie zB eine CO₂-Besteuerung) vorgezeichnet. Diese zu bestimmen und in Geltung zu setzen bleibt jedenfalls der Politik überlassen.“¹¹⁷ Mit Ausnahme des niederländischen Verfahrens, in dem sich

113 Hoge Raad, 20.12.2019, 19/00135.

114 Supreme Court, 31.7.2020, 205/19.

115 Bundesverfassungsgericht, 24.03.2021, BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20.

116 Conseil d'État, 1.7.2021, 427301.

117 Rechts-, Legislativ- und Wissenschaftlichen Dienst der österreichischen Parlamentsdirektion, Was bewirken Klimaklagen? (2022): https://www.parlament.gv.at/fac_hinfos/rlw/Was-bewirken-Klimaklagen/ (abgerufen 07.01.2024). Gemäß *Franzius* „respektiert“ das deutsche BVerfG damit „den Primat der Politik“; *Franzius* in *Rodi* (Hrsg), Klimaschutzrecht, 139 (142).

die Klägerin direkt auf das Pariser Übereinkommen¹¹⁸ stützte, erfolgt die gerichtliche Prüfung anhand der vom Unionsrecht und den nationalstaatlichen Gesetzgebern festgelegten Ziele zur Reduktion der Treibhausgase. Insofern geht es in erster Linie darum, wie konsistent und nachvollziehbar das erlassene Regelwerk ist. Es ist daher *Claudio Franzius* jedenfalls zuzustimmen, wenn er die Rolle der Gerichte in Zusammenhang mit dem Klimaschutz vor allem darin sieht, „ein weiteres Auseinanderfallen von Anspruch und Wirklichkeit aufzuhalten, indem das politische Handeln auf die Einhaltung der selbst gesteckten Ziele oder die Ziele selbst einer Kontrolle unterworfen wird“¹¹⁹. Nach *Felix Lange/Matthias Lippold* ist durch die Entscheidungen des BVerfG, des französischen Staatsrats und des irischen Obersten Gerichtshofs „sichergestellt, dass die sich durch den Klimawandel stellenden Aufgaben funktionsadäquat zwischen den Gewalten verteilt werden und dass deren Wirken aufeinander bezogen bleibt“¹²⁰. *Niehaus* hebt richtig hervor, „dass Gerichte Klimaverpflichtungen nicht aus der Luft greifen, sondern auf nationale und internationale Verpflichtungen verweisen, die die Staaten freiwillig eingegangen sind“. Die Berichte des wissenschaftlich besetzten Weltklimarats würden den Gerichten helfen, die Gefahren des Klimawandels einzuordnen und den Schutzbereich von Grund- und Menschenrechten bzw. deren Verletzung zu bestimmen¹²¹.

Steht ein Gesetz auf dem verfassungsgerichtlichen Prüfstand, so muss der Gesetzgeber mehr oder weniger die getroffenen Regelungen nachvollziehbar begründen. Je fundierter die Beschwerden in rechtlicher und fachlicher Hinsicht sind, desto mehr wird der Gesetzgeber herausgefordert. In Abwägungsfragen hören Gerichte auch Betroffene an, um sich in sensiblen Fragen ein direktes Bild zu machen. Die Gründe für eine gesetzliche Regelung nachvollziehbar machen, ihre Übereinstimmung mit höherrangigen Normen darlegen und Betroffene einbinden – das alles könnten Parlamente

118 Nach *Holoubek* weist das Pariser Übereinkommen eine „hybride Verbindlichkeitsstruktur“ auf; dazu zitiert er aus dem deutschen Klimabeschluss: „In Art. 2 Abs. 1 lit. a PA haben sich die Vertragsstaaten auf ein Klimaschutzziel [...] verständigt, ohne sich aber zu konkreten Reduktionsmaßnahmen zu verpflichten. Das Pariser Übereinkommen installiert insoweit einen freiwilligen Mechanismus, nach dem die Vertragsstaaten ihre Maßnahmen zur Erreichung des vertraglichen Temperaturziels selbst festsetzen, aber transparent machen müssen.“ *Holoubek*, Grundrechtsschutz, 97. Siehe deswegen kritisch zum niederländischen Urteil, *Lange/Lippold*, Juristen-Zeitung 2022, 685-694 (694).

119 *Franzius* in *Rodi* (Hrsg), Klimaschutzrecht, 139 (142).

120 *Lange/Lippold*, JuristenZeitung 2022, 685 (694).

121 *Niehaus* in *Huggins/Herrlein/Wespers et al* (Hrsg), Zugang, 241 (259).

verstärkt leisten. Doch offensichtlich fällt ihnen dies in Zeiten komplexer Mehrebenensysteme, tiefer politischer Gegensätze und knapper Mehrheiten, die zudem meist von Koalitionen getragen werden, immer schwerer. Groß sind zudem die Verlockungen, den raschlebigen Mediengesetzlichkeiten zu folgen und konkurrenzorientiert nur bis zur nächsten Wahl zu denken. Im Unterschied zum parlamentarischen/politischen Forum erscheint da der Gerichtssaal wie ein geschützter Raum, in dem die Richter:innen kraft Verfassung und Verfahrensrecht der Ratio verpflichtet sind und dieser Verpflichtung aufgrund der Unkündbarkeit auch nachkommen können. Man sollte daher Gerichte, insbesondere Verfassungsgerichte, nicht als Konkurrenz zu Parlamenten sehen, sondern als deren Unterstützung, den Raum und die Zeit für das gute Argument, für den gepflegten Austausch und das maßvolle Abwägen unterschiedlicher Interessen wieder zurückzugewinnen zu können¹²². Und zivilgesellschaftliche Kläger:innen, die sich den hohen Anforderungen von Gerichtsverfahren unterwerfen, um an dieser Form der Rechtserzeugung mitzuwirken, tragen doch konstruktiv zu dieser demokratischen Auseinandersetzung bei. Außerdem ist es auch ihr gutes demokratisches Recht, damit öffentliche Debatten zur Rechtslage und zur Gesetzgebung anzustoßen. Mit ihren Klagsvorbringen tragen sie zu einem lebendigen Verfassungsrecht ebenso bei wie die von *Walter Berka* hervorgehobenen „Verfassungsinterpreten“, mit denen der VfGH im Diskurs steht: die Staatsrechtslehre, die Öffentlichkeit und der Gesetzgeber.¹²³ Um wieder auf die zweisprachigen Ortstafeln in Kärnten zurückzukommen: Eine absichtsvoll rasante Autofahrt eines Bürgers im Ortsgebiet bringt Bewegung in eine festgefahrene Situation. Der VfGH hebt 2001 die gesetzliche Bestimmung, die erst ab einem slowenischsprachigen Bevölkerungsanteil von 25% zweisprachige Ortstafeln vorschreibt, als verfassungswidrig auf. Schon ab einem Minderheitenprozentsatz von 10% seien laut VfGH zweisprachige Ortstafeln vorzusehen. Letztlich legte der Verfassungsgesetzgeber 2011 nach einer politischen Einigung zwischen Land, Bund und Minderheit die zweisprachigen Ortstafeln namentlich fest. „Das Ergebnis sind 164 zweisprachige Tafeln, die sich aus den Erkenntnissen des VfGH und einer nunmehr bei 17,5 Prozent liegenden Grenze für den Anteil der slowenischsprachigen

122 An die Gerichte gewendet, meint *Franzius*: „In der Ermöglichungsfunktion von demokratischer Politik werden sich Gerichte der strategischen Prozessführung öffnen müssen.“; *Franzius in Rodi* (Hrsg.), Handbuch Klimaschutzrecht, 139 (143).

123 *Berka*, Lebendiges Verfassungsrecht, 25 und schon FN 2.

Bevölkerung ergeben.“¹²⁴ Die nach wie vor geltende Regelung ist also das Ergebnis eines sehr vielstimmigen Diskurses.¹²⁵

Literaturverzeichnis:

Austrian Parliamentary Administration (Ed), Parliaments and Constitutional Courts. A Comparative Report through the Lens of Parliamentary Practice (2022).

Baer, Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung⁵ (2022).

Baer, Madner, Pentz, Sufßner, Westphal, „Klimaklagen liefern strukturell perfekte Fragen für Verfassungsgerichte“, Interview mit *Verena Madner* (Vizepräsidentin des österreichischen Verfassungsgerichtshofs) und *Susanne Baer* (Richterin des deutschen Bundesverfassungsgerichts) zur Rolle der Gerichte in der Klimakrise, *juridikum* 2022, 68-81.

Berka, Lebendiges Verfassungsrecht: Verfassungsrechtsprechung im Diskurs. *Living Constitutional Law: Constitutional Jurisprudence in Discourse* (2021).

Eberhard, Braucht es eine neue Funktionenordnung der Staatsgewalten? in *Grabenwarter/Holoubek/Madner/Pauser* (Hrsg), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Zukunft – Zukunft der Verfassungsgerichtsbarkeit (2021) 225-243.

Egger, Untätigkeit im Öffentlichen Recht. Problemstellungen – Rechtsschutz – Perspektiven (2020).

Ennöckl/Raschauer, Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP), in *Ennöckl/Raschauer/Wessely*, Handbuch Umweltrecht (2019), 296 – 364.

Franzius, Die Rolle von Gerichten im Klimaschutzrecht, in *Rodi* (Hrsg), Handbuch Klimaschutzrecht (2022) 139-146.

Friedrich, Politischer Druck durch Rechtsschutz – Auf dem Weg zur öffentlich-rechtlichen „Public Interest Litigation“?, in *Huggins/Herrlein/Wespers et al* (Hrsg), Zugang zu Recht (2021) 219-240.

Fuchs, „Strategische Prozessführung“ als Partizipationskanal, in *De Nève/Olteanu* (Hrsg), Politische Partizipation jenseits der Konventionen (2013) 51-74.

Gamper, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenverbindung (2016).

Giera, Individualrechte im EU-Luftreinhalterecht: europäische und nationale Perspektive, in *Schulev-Steindl/Schnedl/Meyer* (Hrsg), Das Recht auf Saubere Luft (2016), 57–73.

Grabenwarter/Baer, Constitutional Courts and Parliaments – a Conversation, in *Austrian Parliamentary Administration*, Parliaments and Constitutional Courts. A Comparative Report through the Lens of Parliamentary Practice (2022) 252-264.

124 Siehe schon FN 1, VfSlg 16.404/2001 und BGBl I Nr 46/2011 sowie RV 1220 BlgNR XXIV. GP.

125 Siehe Kritik des Beschwerdeführers zur politischen Lösung von 2011, *Vouk in grilc vouk škof* (Hrsg), Grenzgänger, 77 (85).

- Graser, Vermeintliche Fesseln der Demokratie, *Zeitschrift für Umweltrecht* 2019, 271-278.
- Graser/Helmrich (Hrsg), *Strategic Litigation. Begriff und Praxis* (2019).
- Graser, *Strategic Litigation: Ein Verstehensversuch*, in Graser/Helmrich (Hrsg), *Strategic Litigation. Begriff und Praxis* (2019) 37-42.
- Hahn, *Strategische Prozessführung. Ein Beitrag zur Begriffsklärung*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2019, 5-32.
- Hess, *Der Richtlinien-Vorschlag der EU-Kommission zur Bekämpfung von SLAPPS*, COM(2022) 177 final, *ecolex* 2022, 704-708.
- Holzer/Jirak, *Säumnis schützt vor Auskunft nicht!*, *ecolex* 2019, 183-186.
- Hahn/Von Fromberg, *Klagekollektive als „Watchdogs“*. Zu Chancen strategischer Prozessführung für den demokratischen Rechtsstaat, *Zeitschrift für Politikwissenschaft* 2021, 217-239.
- Hauer, *Der Ortstafelstreit. Zum Verhältnis von Rechtsstaat und Demokratie* (2006).
- Hoffmann, *Sicht eines Betroffenen*, in Schulev-Steindl/Schnedl/Meyer (Hrsg), *Das Recht auf Saubere Luft. Bürger und Bürgerinnen zwischen Politik und Gerichten* (2016), 185-186.
- Holoubek, *Zur Struktur sozialer Grundrechte*, in Hammer/Somek/Stelzer/Weichselbaum (Hrsg), *Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa*, FS Öhlinger (2004), 507-528.
- Holoubek, *Bedeutung und Funktion von höchstgerichtlichen Präjudizien*, in Lepsius/Nußberger/Schönberger/Waldhoff/Walter (Hrsg), *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge/Band 68* (2020) 89-112.
- Holoubek, *Grundrechte im Mehrebenensystem*, in *Bußjäger/Gamper/Kahl* (Hrsg), *100 Jahre Bundes-Verfassungsgesetz* (2020) 163-189.
- Holoubek, *Grundrechtsschutz vor neuen Herausforderungen* (2022).
- Hollaus, *Fostering responsibility through compliance mechanisms*, in Schulev-Steindl/Hinteregger/Kirchengast/Meyer/Ruppel/Schnedl/Steininger (Ed), *Climate Change, Responsibility and Liability* (2022), 499-525.
- Holzer/Jirak, *Säumnis schützt vor Auskunft nicht!*, *ecolex* 2019, 183-186.
- Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*³ (1913).
- Jhering, *Der Kampf ums Recht* (1872).
- Jestaedt (Hrsg), *Kelsen, Reine Rechtslehre, Studienausgabe der 1. Auflage 1934* (2008).
- Jestaedt (Hrsg), *Kelsen, Reine Rechtslehre, Studienausgabe der 2. Auflage 1960* (2017).
- Keller/Theurer, *Menschenrechte mit rechtlichen Mitteln durchsetzen: Die Arbeit des ECCHR*, in Graser/Helmrich (Hrsg), *Strategic Litigation. Begriff und Praxis* (2019) 53-62.
- Kneip, *Verfassungsgerichte als demokratische Akteure* (2006).
- Koja in *Koja* (Hrsg), *Hans Kelsen oder die Reinheit der Rechtslehre* (1988).
- Lafont, *Unverkürzte Demokratie. Eine Theorie deliberativer Bürgerbeteiligung* (2021).
- Lange/Lippold, *Höchststrichterliche Klimaentscheidungen und Demokratieprinzip. Eine rechtsvergleichende Betrachtung*, *JuristenZeitung* 14/2022, 685-736.

- Lindner*, Litigation zwischen Wissenschaft, Lehre und anwaltlicher Praxis in *Graser/Helmrich* (Hrsg), *Strategic Litigation. Begriff und Praxis* (2019) 91-102.
- Masing*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts (1997).
- Merli*, Zivildienst und Rechtsstaat. Die Befreiung von der Wehrpflicht und die Ausgestaltung des Zivildienstes aus rechtsstaatlicher Sicht (1985).
- Merli*, Rechtspolitik der Zukunft – Umweltrecht, in *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), *Rechtspolitik der Zukunft – Zukunft der Rechtspolitik* (1999), 353-381.
- Meyer*, Ausgewählte Fälle zum Recht auf Saubere Luft, in *Schulev-Steindl/Schnedl/Meyer* (Hrsg), *Das Recht auf Saubere Luft. Bürger und Bürgerinnen zwischen Politik und Gerichten* (2016) 91-103.
- Meyer*, Der grüne „Bürgerinitiativenfonds“ im Parlament, in *Khol/Ofner/Karner/Halper* (Hrsg), *Österreichisches Jahrbuch für Politik 2017* (2018) 309-325.
- Meyer*, Partizipation im Umweltrecht – Aarhus-Pilotfälle und ausgewählte Beobachtungen, in *Schulev-Steindl/Schnedl/Weichsel-Goby* (Hrsg), *Partizipation im Umweltrecht. Gegenwart und Zukunft* (2019), 72-91.
- Meyer*, Bürgerinitiativen und Umweltorganisationen im UVP Verfahren, *juridikum* 2019, 96 – 101.
- Miernicki*, Auswirkungen der Judikatur des EGMR auf das gegenwärtige und zukünftige Informationsfreiheitsrecht, *Journal für Rechtspolitik* 2022, 85-94.
- Müller*, Begriffe, Ansprüche und deren Wirklichkeiten, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2019, 33-63.
- Niehaus*, Gerichte gegen Gesetzgeber? – Der Klimawandel in den Gerichtssälen, in *Huggins/Herrlein/Wespers et al* (Hrsg), *Zugang zu Recht* (2021) 241-260.
- Payandeh*, The role of courts in climate protection and the separation of powers, in *Kahl/Welles* (Ed), *Climate Change Litigation* (2021), 62-80.
- Pistor*, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality* (2019).
- Ramsden/Gledhill*, ‚Defining Strategic Litigation‘, *Civil Justice Quarterly* 2019, 407-426.
- Rechnungshof*, Luftverschmutzung durch Verkehr – ausgewählte Maßnahmen zur Verbesserung der Luftqualität, *Reihe Bund* 2021/7, III–245 dBeil StenProt, XXVII. GP.
- Rechts- und Legislativ- und Wissenschaftlicher Dienst* der österreichischen Parlamtsdirektion, *Wie hat die Rechtsprechung die Auskunftspflicht der Verwaltung weiterentwickelt?* (2019).
- Rechts-, Legislativ- und Wissenschaftlichen Dienst (RLW)* der österreichischen Parlamtsdirektion, *Was bewirken Klimaklagen?* (2022).
- Schulev-Steindl*, Das Aarhus-Beteiligungsgesetz - Ende gut, alles gut?, *Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2019, 14-25.
- Schulev-Steindl*, Zugang zum Recht auf saubere Luft in *Baumgartner* (Hrsg), *Jahrbuch öffentliches Recht* 2016 (2016) 291-304.
- Sheplyakova*, Das Klagerecht aus demokratietheoretischer Perspektive, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 2016, 45-67.
- Stone Sweet*, Constitutional Courts in *Rosenfeld/Sajó* (Hrsg), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (2012) 816-830.
- Stone Sweet*, *Governing with Judges, Constitutional Politics in Europe* (2000).

- Stourzh, Die moderne Isonomie. Menschenrechtsschutz und demokratische Teilhabe als Gleichberechtigungsordnung (2015).
- Thienel, Überlegungen zur Ausgestaltung sozialer Grundrechte, in *Hammer/Somek/Stelzer/Weichselbaum* (Hrsg), Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa, FS Öhlinger (2004), 859-898.
- Von Bogdandy/Venzke, In wessen Namen? Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens (2014).
- Von Bogdandy/Krenn, Zur demokratischen Legitimation von Europas Richtern. Eine vergleichende Rekonstruktion der Richterauswahl zu EGMR und EuGH, *Juristen-Zeitung* 2014, 529–584.
- Vouk, Bitterer Erfolg, in *grilc vouk škof* (Hrsg) Grenzgänger. Malo čez (2019), 77-86; abrufbar unter <https://www.gvs3.at/images/uploads/GER-bittererererfolg.pdf> (abgerufen am 11.01.2023).
- Walther, Zugriff auf das Recht der Europäischen Menschenrechtskonvention: Eine Analyse der Zugangsbedingungen zur judikativen Rechtserzeugung Straßburgs, in *Huggins/Herrlein/Wespers et al* (Hrsg), Zugang zu Recht (2021) 195-216.
- Weiss, The Essence of Strategic Litigation, in *Graser/Helmrich* (Hrsg), Strategic Litigation. Begriff und Praxis (2019), 27–30.
- Wiederin, Der Vorrang des Unionsrechts vor nationalem Recht, in *Griller/Kahl/Kneihs/Obwexer* (Hrsg), 20 Jahre EU-Mitgliedschaft Österreichs. Auswirkungen des Unionsrechts auf die nationale Rechtsordnung aus rechtswissenschaftlicher, politikwissenschaftlicher und wirtschaftswissenschaftlicher Sicht (2015) 179–202.