

Teresa Weber (Hrsg.)

Strategische Prozessführung in Österreich



Nomos

<https://doi.org/10.5771/9783748920182>, am 13.09.2024, 16:05:06

Open Access –  – <https://www.nomos-elibrary.de/agb>

Strategic Litigation

herausgegeben von

Gesine Fuchs

Alexander Graser

Christian Helmrich

Wolfgang Kaleck

Heribert Prantl

Adam Weiss

Band 3

Teresa Weber (Hrsg.)

Strategische Prozessführung in Österreich



Nomos

Drucklegung unterstützt durch die Arbeiterkammer



Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Auflage 2024

© Die Autor:innen

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-1482-8

ISBN (ePDF): 978-3-7489-2018-2

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748920182>



Onlineversion
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort 7

Teil I: Theorie, Begriff, Vergleichendes

Teresa Weber

Zum Begriff der Strategischen Prozessführung 11

Marlies Meyer

Zivilgesellschaftliche Prozessführung: Wenn Bürger:innen vor Gericht Rechte geltend machen und an der Gesetzgebung teilhaben 21

Carlotta Garofalo and Oliver C. Ruppel

Strategic climate change litigation in the Global South: Selected reflections from Brazil and South Africa 59

Teil II: Rechtsfragen der Strategischen Prozessführung in Österreich

Nadja Polzer und Daniel Ennöckl

Entwicklung von Verbandsklagerechten im Umweltbereich 99

Rainer Palmstorfer

Strategische Prozessführung und Datenschutzrecht 127

Maximilian Blaßnig

Einschüchterungsklagen und ihr *chilling effect* 141

Maria Bertel

Verfahrenshilfe und Verbandsklage – die grundrechtliche
Perspektive 169

**Teil III: Akteure und Akteurinnen und Aktionsgebiete
(Erfahrungsberichte)**

Theresa Hammer

Der Klagsverband zur Durchsetzung der Rechte von
Diskriminierungsopfern 183

Interview mit Mag. Thomas Alge (ÖKOBÜRO) 193

Claudia Schmidt und Petra Limberger

Netzwerk AsylAnwält*innen 207

Fritz Kroiss

Erfahrungsbericht Grün-Alternativer Verein zur Unterstützung von
BürgerInneninitiativen (BIV) 229

Cornelia Amon-Konrath und Sandra Konstatzky

Die Nutzung von Klagerechten im Gleichbehandlungsrecht
– Praxiserfahrungen und strategische Überlegungen der
Gleichbehandlungsanwaltschaft 237

Interview mit Dr. Helmut Graupner (Rechtskomitee Lambda) 255

Autor:innenverzeichnis 283

Vorwort

Liebe*r Leser*in,

Inspiziert durch den ersten Band dieser Schriftenreihe ist es das Anliegen des vorliegenden Sammelbandes, das Phänomen der strategischen Prozessführung in und für Österreich zu beleuchten. Das ist vor allem deswegen reizvoll, weil es in Österreich eine vielfältige Szenerie an Akteur:innen und unterschiedliche Formen der strategischen Prozessführung gibt. Gleichzeitig bestehen aber zahlreiche Hürden für den Zugang zu Gerichten und die Mobilisierung des Rechts vor diesen.

Die „Landschaft“ strategischer Prozessführung in Österreich zu skizzieren, ist also Ziel des Bandes. Zu diesem Zweck wurden Expert:innen aus der prozessführenden Praxis und aus der Rechtswissenschaft angefragt. Ein großer Dank richtet sich an alle Autoren und Autorinnen, die sich vor dem Hintergrund ihrer ohnehin knappen zeitlichen Ressourcen auf dieses Vorhaben eingelassen und einen Beitrag verfasst haben.

Der Band ist in drei Teile gegliedert.

In Teil I finden sich theoretische und begriffliche Überlegungen zu strategischer Prozessführung, ihrer Verortung im demokratischen Prozess und vergleichende Überlegungen zu strategischer Prozessführung im Bereich Klimaschutz in Brasilien und Südafrika.

Teil II widmet sich spezifischen Rechtsfragen, die sich im Zusammenhang mit strategischer Prozessführung (auch) in Österreich stellen: So etwa nach der Entwicklung von Verbandsklagerechten im Umweltbereich, strategischer Prozessführung im Datenschutzrecht, der Frage nach den grundrechtlichen Anforderungen an Verfahrenshilfe und dem ebenfalls menschenrechtlich determinierten Rahmen von sogenannten SLAPPs (Einschüchterungsklagen).

Teil III versucht dann, einen Überblick über wichtige Akteure und Akteurinnen im Bereich der strategischen Prozessführung in Österreich zu geben. Dankenswerterweise haben sich zahlreichen Organisationen, Interessensvertretungen und Vereine bereit erklärt, ihre Tätigkeit in diesem Bereich in diesem Band zu beschreiben, dazu zählen: Der Klagsverband, das Netzwerk Asylanwäl*innen, die Gleichbehandlungsanwaltschaft, der BIV (Verein zur Förderung von Bürgerinitiativen), sowie – in Form von in

diesem Band abgedruckten Interviews – das ÖKOBÜRO und das Rechtskomitee Lambda.

Strategische Prozessführung ist ein aktuelles und dynamisches Phänomen. Schon deswegen kann ein Sammelband nicht alle Fragen, die sich im Zusammenhang damit stellen, vorwegnehmen und beantworten. Dennoch leistet der vorliegende Band hoffentlich einen Beitrag dazu, die internationale Diskussion auch nach Österreich zu holen und liefert wertvolle Einsichten und Anhaltspunkte für weitere Forschungsvorhaben zum Thema strategische Prozessführung.

Eine spannende Lektüre wünscht

Teresa Weber

Wien, im Juli 2023

Teil I:
Theorie, Begriff, Vergleichendes

Zum Begriff der Strategischen Prozessführung

Teresa Weber

1. Strategische Prozessführung: Aktuelles Phänomen, diffuser Begriff

Der Begriff strategische Prozessführung ruft Assoziationen hervor, auch bei zahlreichen Nicht-Jurist:innen. Neben den inzwischen omnipräsenten Klimaklagen¹ finden sich Beispiele für strategische Prozessführung etwa auch im Bereich Anti-Diskriminierung und Gleichstellung.² Strategische Prozessführung wird dabei oft wie der Kampf von David gegen Goliath wahrgenommen – oder auch inszeniert. Die Gerichte werden also genutzt, um den „Schwächeren“ zum Recht zu verhelfen. In den letzten Jahren finden sich aber auch wieder vermehrt Beispiele für die Nutzung von Gerichtsverfahren zur Einschüchterung von Aktivist:innen oder Journalist:innen – das verfolgte Ziel ist hier ein ganz anderes, die eingesetzten Mittel aber teilweise ähnlich.³

Was ist es nun, was strategische Prozessführung ausmacht? Wie lässt sich dieses aktuelle, aber diffuse Phänomen beschreiben oder gar definieren? Muss eine solche Definition überhaupt vorgenommen werden, und welchen Zweck kann sie haben?

Es entspricht wissenschaftlichen Konventionen, sich zu Beginn der Untersuchung spezifischer Themen der Abgrenzung des Untersuchungsgegenstands zu widmen oder sich dem Untersuchungsgegenstand zumindest vorläufig anzunähern. Diese Konventionen sind sinnvoll, weil nur die Of-

1 Die sogenannte „Kinder-Klimaklage“ wurde erst im Juni 2023 vom VfGH zurückgewiesen, VfGH 27.06.2023, G123/2023. Zahlreiche weitere Verfahren waren oder sind anhängig. Aus der österreichischen rechtswissenschaftlichen Literatur zB *Ennöckl*, *Recht der Umwelt* 2022, 137 ff; einen spannenden Vergleich zwischen den Perspektiven auf Klimaklagen vor den Verfassungsgerichten Österreichs und Deutschlands liefern *Sußner/Westphal/Pentz*, Interview mit *Verena Madner* und *Susanne Baer*, *juridikum* 2022, 68–82; rechtsvergleichende Perspektiven finden sich im Beitrag von *Carlotta Garofalo* und *Oliver Ruppel* in diesem Band.

2 Siehe dazu die zahlreichen Beispiele in den Beiträgen in diesem Band.

3 ZB orf.at: Fluglinien prüfen Klagen gegen „Letzte Generation“, <https://orf.at/stories/3325593/> (29.07.2023). Siehe zur Thematik der Einschüchterungsklagen den Beitrag von *Maximilian Blafnig* in diesem Band.

fenlegung der verwendeten Begriffe es ermöglicht, die eigenen Gedanken anschlussfähig für einen breiteren Diskurs erscheinen zu lassen. Gleichzeitig sollte aber wissenschaftliche Begriffsbildung nicht zum seitenfüllenden Selbstzweck werden.

Der nachfolgenden Annäherung an den Begriff „strategischer Prozessführung“ ist daher voranzustellen, dass der Begriff der „strategischen Prozessführung“ umstritten ist und im wissenschaftlichen und praktischen Diskurs mit unterschiedlichen Bedeutungsgehalten und Konnotationen verwendet wird. Diese unterschiedlichen Bedeutungsgehalte und Konnotationen sollen im Folgenden vorgestellt und einer kritischen Analyse unterzogen werden. Ziel des Beitrags ist es nicht, ein einheitliches Begriffsverständnis zu propagieren, oder gar ein solches für die nachfolgenden Beiträge vorzugeben. Die Reflexion über die Bedeutungsvielfalt des Begriffs soll vielmehr den/die Leser:in dabei unterstützen, die nachfolgenden Beiträge vor dem bestehenden Hintergrund und im Kontext des reichhaltigen Diskurses zu lesen.

Der Beitrag ist dabei wie folgt gegliedert: Zunächst werden einige Beispiele für die Vielfalt der Begriffsdefinitionen gegeben. Den Beispielen folgt eine Analyse dessen, wie in ihnen jeweils an die Definition des Begriffs herangegangen wird und welche Zwecke damit jeweils verfolgt werden. Gleichzeitig wird dabei der Begriff „strategische Prozessführung“ in Beziehung zu ähnlichen Phänomenen gesetzt.

2. Begriffsvielfalt: Wurzeln und Beispiele

2.1 Strategic Litigation

Der Begriff „strategische Prozessführung“ wird mit unterschiedlichen Bedeutungsgehalten und Konnotationen verwendet. Dies wird im Folgenden anhand einiger exemplarisch aufgegriffener Definitionsversuche gezeigt. Ursächlich für den Facettenreichtum – oder anders formuliert: die Unklarheit – der Begriffsverwendung ist auch, dass der Begriff vor allem als Äquivalent zum englischen „*strategic litigation*“ verwendet wird.⁴ Auch dieser Begriff wird allerdings nicht einheitlich verwendet. Es ist selten, dass überhaupt versucht wird, den Begriff näher zu definieren.

4 Die Reihe, in der das vorliegende Buch erscheint, trägt zB den Titel „Strategic Litigation“. Der von *Alexander Graser* und *Christian Helmrich* herausgegebene erste Band der Reihe trägt den Titel „Strategic Litigation – Begriff und Praxis“, und ein Blick

Einen umfassenden Versuch einer Definition nehmen *Ramsden/Geldhill* vor:⁵ Dabei streben die beiden Autoren nicht an, auf Basis theoretischer Überlegungen zu einer Begriffsbildung zu kommen, sondern analysieren die Begriffsverwendung in den ersten 100 Google-Treffern. Basierend darauf ermitteln *Ramsden/Gledhill* vier Charakteristika, die ihrer Ansicht nach kennzeichnend für „*strategic litigation*“ sind:

- das Anstreben längerfristiger, über das individuelle Verfahren hinausreichender Auswirkungen;
- die instrumentelle Betrachtung von „*strategic litigation*“ und damit einhergehend vielfältige verfolgte Zwecke („*causes*“);
- vielfältige Zielsetzungen, die über das Gerichtssystem selbst und oft auch über das Rechtssystem hinausgehen sollen und
- ein weites Verständnis von „*litigation*“, das auch internationale Mechanismen inkludiert.

Diese vier Charakteristika überschneiden sich zum Teil, sollen aber den Autoren zufolge hilfreich dabei sein, „*strategic litigation*“ von anderen Formen des sogenannten „*cause lawyering*“⁶ abzugrenzen. Die Autoren weisen auch darauf hin, dass der Trend zur Verwendung des Begriffs „*strategic litigation*“ zu einem Zeitpunkt eingesetzt hat, als andere verwandte Begriffe bereits mit Wertungen angereichert waren, von denen sich die Verwendenden lösen wollten, und zwar einerseits um wieder „neutrales“ Gebiet zu betreten und andererseits um das Instrumentarium und die Begrifflichkeiten auch transnational nutzbar zu machen.⁷ Dabei nehmen die Autoren vor allem auf den Begriff der „*public interest litigation*“ Bezug. „*Public interest litigation*“ diene ihrem Ursprung nach vor allem dazu, benachteiligte Gruppen bei der Durchsetzung ihrer Interessen zu unterstützen. Allein die Unterstützung bei der Rechtsdurchsetzung kann schon als im „*public interest*“ gelegen gesehen werden; dazu kommt, dass auch die eingesetzten rechtlichen Instrumente oft die Geltendmachung von öffentlichen Interessen ermöglichten oder die behauptete Geltendmachung öffentlicher Interessen für das Bestehen einer Klagslegitimation fordern.⁸ Der Begriff der

in das Inhaltsverzeichnis zeigt bereits, dass einige Autor:innen den Begriff „*strategic litigation*“ im deutschen mit „strategischer Prozessführung“ gleichsetzen.

5 *Ramsden/Gledhill*, Civil Justice Quarterly 2019, 407 ff.

6 *Ramsden/Gledhill*, Civil Justice Quarterly 2019, 422 ff.

7 *Ramsden/Gledhill*, Civil Justice Quarterly 2019, 425.

8 *Ramsden/Gledhill*, Civil Justice Quarterly 2019, 418 ff.

„*public interest litigation*“ ist zunächst sehr stark im US-amerikanischen Rechtsraum verankert gewesen.⁹ Der Begriff „*strategic litigation*“ ist dann als Versuch zu sehen, sich von bestehenden Narrativen zu lösen und einen neuen Diskurs zu etablieren, der über den nationalen (US-amerikanischen) Rechtsraum hinweg stattfindet.¹⁰

Auch andere Definitionsversuche in der englischsprachigen Literatur orientieren sich vor allem an den Auswirkungen von „*strategic litigation*“.¹¹ So wird etwa in einem Bericht der Open Society Justice Initiative für den Bereich der „*strategic litigation*“ im Menschenrechtsbereich ausgeführt, dass es sich dabei um „*legal action in a court that is consciously aimed at achieving rights-related changes in law, policy, practice, and/or public awareness above and beyond relief for the named plaintiff(s)*“¹² handle. Dabei wird gleichzeitig aber das prozesshafte an „*strategic litigation*“ betont, wenn ausgeführt wird: „*One of the clearest insights from the Strategic Litigation Impacts Reports is that strategic litigation is best understood as a process, rather than as a single legal intervention.*“¹³

2.2 Strategische Prozessführung

Im Lichte der Entwicklung im englischen Sprachraum ist es nicht überraschend, dass „*strategic litigation*“ inzwischen auch im deutschsprachigen Raum ein Thema ist, zum Teil eben auch unter Verwendung des deutschen Äquivalents „strategische Prozessführung“. Den besten Beweis für die Verdichtung des Diskurses bietet die vorliegende Schriftenreihe, deren Band 1 sich bereits ausführlich und facettenreich der Frage nach der Bedeutung des Begriffs „strategischer Prozessführung“ gewidmet hat.¹⁴

Auch in vielen der dort gemachten Definitionsversuche wird strategische Prozessführung vor allem mit Blick auf die Effekte und Auswirkungen, die

9 Siehe aber auch die Beispiele aus Südafrika und Brasilien im Beitrag von *Carlotta Garofalo* und *Oliver Ruppel* in diesem Band.

10 *Ramsden/Gledhill*, *Civil Justice Quarterly* 2019, 425.

11 *ZB Duffy*, *Strategic Human Rights Litigation* (2018).

12 *Open Society Justice Initiative*, *Global Experience* (2018) 25.

13 *Open Society Justice Initiative*, *Global Experience* (2018) 74.

14 Siehe außerdem auch: *Boulanger/Krebs*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 39:1 (2019) 1–4 und die Beiträge in dem dortigen Schwerpunktheft; sowie *Egidy*, *Strategische Prozessführung. Eine interaktionale Analyse von Prozessverhalten* (Habilitationsschrift, Veröffentlichung in Vorbereitung).

erzielt werden sollen, definiert. So führt etwa Weiss aus: „*Strategic litigation refers to cases that have changed the behaviour of defendants (and others like them) in ways those defendants, and often the judges and many others, would not have imagined possible before the case was brought.*“¹⁵

In eine etwas andere Richtung gehen Definitionsversuche, die versuchen strategische Prozessführung unter Bezugnahme auf die Art und Weise, wie Argumente vorgebracht werden, zu definieren. Kaleck führt zB aus, dass es bei strategischer Prozessführung darum gehe, „im juristischen Diskurs ernsthafte und ernstzunehmende juristische Argumente vorzubringen, ohne davor zurückzusehen, gesellschaftliche Zusammenhänge oder außerhalb des geschriebenen Gesetzes liegende Wertungen, wie des Rechtssatzes ‚der Schutz des Eigentums ist heilig‘, infrage zu stellen. Strategische Prozessführung (oder Klageführung) bewegt sich gleichermaßen innerhalb und außerhalb des Rechtssystems. Sie beinhaltet das Einfordern von Rechten ebenso wie die Utopie von Gerechtigkeit.“¹⁶ In eine ähnliche Richtung geht auch Graser mit seiner prägnanten Definition, wonach es sich bei strategischer Prozessführung „um inszenierte Narrative normativen Protests“¹⁷ handle.¹⁸

Hahn sieht die relevanten Kriterien für die Definition strategischer Prozessführung weniger auf der normativen Ebene, sondern eher akteurs- und prozessorientiert; sie vertritt ein „prozessuales Konzept strategischer Prozessführung als Modus der Mobilisierung von Recht durch Klagekollektive, das die bisherigen Ansätze jenseits normativer Kriterien verbindet. Nach einem solchen Verständnis besteht die strategische Dimension dieser Rechtspraxis darin, dass Klagekollektive Prozessführung als Methode des kontinuierlichen Monitorings einsetzen.“¹⁹

3. Allgemein zu Schwierigkeiten einer Begriffsdefinition

Die Schwierigkeiten, einen einheitlichen Begriff der „strategischen Prozessführung“ zu definieren sind auch vor dem Hintergrund der Schwierigkeit rechts- und sozialwissenschaftlicher Begriffsbildung zu sehen: Während

15 Weiss, in Graser/Helmrich (Hrsg) *Strategic Litigation* (2019) 26.

16 Kaleck, in Graser/Helmrich (Hrsg) *Strategic Litigation* (2019) 25.

17 Graser, in Graser/Helmrich (Hrsg) *Strategic Litigation* (2019) 37.

18 Ebenfalls ausführlich zum Begriff: Guerrero, *Zeitschrift für Menschenrechte* 2020, 26–51 mit zahlreichen Nachweisen aus der Literatur.

19 Hahn, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 39:1 (2019) 27.

Rechtsbegriffe (im Optimalfall) durch den Rechtssetzer klar definiert werden und an sie konkrete Rechtsfolgen anknüpfen, sind rechtswissenschaftliche Begriffe durch die Rechtswissenschaft selbst zu prägen und „nur“ am Maßstab der Zweckmäßigkeit der Begriffsverwendung zu messen.

Die Beurteilung der Zweckmäßigkeit einer Begriffsdefinition setzt aber voraus, dass Klarheit darüber besteht, was Zweck der Begriffsbildung ist. Im Zusammenhang mit dem Begriff „strategische Prozessführung“ geht es in der Regel darum, ein wahrgenommenes Phänomen unter einem Begriff zu vereinen, also einen gemeinsamen Begriff für die Beschreibung als ähnlich eingeordneter Vorgänge zu finden. Auf Basis dieser Begriffsbildung können dann verschiedene Fragestellungen analysiert werden, etwa danach, was „Erfolge“ strategischer Prozessführung sind oder welche rechtlichen Hürden in einer konkreten Rechtsordnung für strategische Prozessführung bestehen. Schon der genannte Zweck der Begriffsbildung legt aber nahe, dass diese Begriffsbildung in gewissem Ausmaß selbstreferentiell bleiben muss: Denn nur das, was man bereits anhand eines vorgefassten Begriffsverständnisses als „ähnliche“ Phänomene wahrnimmt, ist die Basis der Herausarbeitung bestimmter Charakteristika.

4. Zu Vorverständnis und Begriff

Insofern ist es aber besonders relevant, im Auge zu behalten, wer mit welchem Zweck welche Begriffsdefinition prägt. Soll es darum gehen, einen Rahmen für die Beschreibung bestehender Praxis zu finden, dann scheint es am Zweckmäßigsten, auf die Selbstbeschreibung der Akteur:innen Bezug zu nehmen, wie dies etwa *Ramsden* und *Gledhill* tun, aber etwa auch Band 2 der Schriftenreihe *Strategic Litigation*. Die relevanten Akteur:innen zu identifizieren setzt freilich wiederum ein Vorverständnis dessen voraus, was als strategische Prozessführung bezeichnet wird. Im Lichte dessen wurden auch für den vorliegenden Sammelband Akteur:innen angefragt, die strategische Prozessführung im Sinne des (standpunktgeprägten) Vorverständnisses der Herausgeberin betreiben. Dieses Vorverständnis wurde durch die Befassung mit der entsprechenden Praxis und der rechtswissenschaftlichen Literatur ebenso geprägt wie durch die Diskussion mit Student:innen und Praktiker:innen im Rahmen einer Lehrveranstaltung zum Thema „Strategische Prozessführung“, die ich im Wintersemester 2021/22 an der LMU München gehalten habe. Es besteht aus den folgenden Elementen:

- Strategische Prozessführung findet auf Basis des geltenden Rechts vor Gerichten und gerichtsähnlichen Instanzen statt. – Dies unterscheidet strategische Prozessführung von anderen Instrumenten zur Herbeiführung gesellschaftlichen Wandels, insbesondere also von klassischer politischer Arbeit und Lobbying („advocacy“), aber auch von sonstigen Formen der Rechtsmobilisierung.²⁰
- Strategische Prozessführung dient der Erreichung von über ein einzelnes Verfahren hinausgehenden gesellschaftlichen Ziele. – Dieser Zweck strategischer Prozessführung kann entweder aus Sicht der Beteiligten (subjektiv) oder aus Perspektive einer unbeteiligten Beobachterin („objektiv“) beurteilt werden. Außerdem kann die Beurteilung *ex ante* oder *ex post* stattfinden. Hinzuweisen ist auch darauf, dass die Absicht, bestimmte Ziele zu erreichen, noch nicht mit der Erreichung ebendieser Ziele gleichzusetzen ist. Es kann auch der Fall eintreten, dass ein Verfahren „unbeabsichtigt“ zur Erreichung bestimmter übergeordneter Ziele beiträgt – und dann vielleicht erst *ex post* und in einer Gesamtschau als Beispiel für strategische Prozessführung dient.²¹ In normativer Hinsicht wird hier keine Einschränkung dahingehend vorgenommen, welche gesellschaftlichen Ziele durch die Prozessführung verfolgt werden – neben Zielen wie verbessertem Umweltschutz oder der Gleichstellung der Geschlechter kann etwa auch das Ziel verfolgt werden, Medienberichterstattung zu verhindern oder die Zivilgesellschaft einzuschüchtern, wie dies bei SLAPPs häufig der Fall ist.
- Strategische Prozessführung findet häufig unter Beteiligung von Interessenvertretungen, NGOs etc statt. – Die „Beteiligung“ kann dabei einerseits durch Unterstützung der eigentlichen Kläger:innen erfolgen – etwa durch finanzielle und zeitliche Ressourcen, oder durch die Verfassung unterstützender Schriftsätze („*amicus curiae briefs*“). Andererseits können die genannten Organisationen auch selbst prozessführend tätig werden, soweit das jeweilige Verfahrensrecht das erlaubt. Wichtig ist, dass die Akteure durch ihre wiederkehrende Beteiligung als *repeat player*²² auftreten, oder zumindest ihr Wissen an andere weitergeben und diese

20 Zum Begriff „*legal mobilization*“ Zeman, *The American Political Science Review* 77:3 (1983) 690–703; mit zahlreichen Beispielen zB auch Cichowski, *European Court* (2007).

21 Vgl dazu zB NeJaime, *Iowa Law Review* 96 (2011) 941–1012

22 Der Begriff wurde geprägt von Galanter, *Law & Society Review* 9:1 (1974) 95–160.

so von ihrem Status als wiederkehrende Akteure profitieren lassen.²³ Die Beteiligung dieser Akteure ermöglicht damit die kontinuierliche Verfolgung bestimmter übergeordneter Ziele.²⁴

Von diesem Vorverständnis ausgehend wurden verschiedene Organisationen und Akteur:innen in Österreich angefragt, ihr Selbstverständnis und ihre Praxis mit Blick auf strategische Prozessführung näher zu erörtern. Insofern strebt der vorliegende Sammelband an, die in Österreich bestehende Praxis und den entsprechenden Diskurs mit den in der Literatur bestehenden Konzepten in Verbindung zu bringen oder auch – je nach Ergebnis der Berichte – zu kontrastieren.

Ebenfalls ausgehend von diesem Vorverständnis können außerdem rechtsdogmatische Fragestellungen identifiziert werden, die in engem Zusammenhang mit strategischer Prozessführung stehen. Diese betreffen bei Zugrundelegung der oben dargestellten Definition vor allem die Rechtsstellung von Interessensvertretungen in Gerichtsverfahren und die Durchsetzung „öffentlicher“ Interessen im Sinne der im österreichischen öffentlichen Recht traditionellen Zweiteilung in „öffentliche“ und „private“ Interessen.²⁵

Um die unterschiedlichen Zuschreibungen an und Funktionen von Strategischer Prozessführung zu illustrieren, wird der vorliegende Band durch theoretisch fundierte und rechtsvergleichende Beiträge eingeleitet, die sich auf konkrete und sehr unterschiedliche Anschauungsbeispiele stützen.

Wie auch im Vorwort ausgeführt, sind dies bei Weitem nicht alle Fragen, die sich aus rechtswissenschaftlicher Perspektive mit Blick auf das Phäno-

23 Insofern unterscheidet sich strategische Prozessführung perspektivisch vom sog. „Cause Lawyering“, bei dem der Fokus eher auf die beteiligten Rechtsvertreter:innen, Anwält:innen etc. und der Frage liegt, inwieweit das Entstehen „für eine Sache“ mit dem beruflichen Ethos dieses Standes vereinbar ist. Vgl zu „Cause Lawyering“ zB Sarat/Scheingold (eds), *Cause Lawyering* (2001). Guerrero weist auf die oft bestehenden Verflechtungen zwischen sozialen Bewegungen und „aktivistischen“ Anwält:innen hin, Guerrero, *Zeitschrift für Menschenrechte* 2020, 38. ZT wird der Begriff „Cause Lawyering“ auch nicht für für Anwält:innen im engeren Sinn verwendet, sondern etwa Menschenrechtsorganisationen einbezogen, zB Dezalay/Garth, in Sarat/Scheingold (eds), *Cause Lawyering* (2001) 354–381.

24 Die Einordnung von SLAPPs unter das hier offengelegte Vorverständnis von strategischer Prozessführung ist möglich – auch derartige Einschüchterungsklagen finden auf Basis geltender Gesetze vor Gerichten statt, es werden über das einzelne Verfahren hinausgehende Ziele verfolgt und die Kläger:innen treten häufig als *repeat player* auf, auch wenn es sich typischerweise um Unternehmen handelt.

25 ZB Raschauer, *Verwaltungsrecht* (2021) 392 ff.

men „strategischer Prozessführung“ diskutieren lassen.²⁶ Ich hoffe aber, durch die Offenlegung des von mir verwendeten Begriffs einen Beitrag zum Diskurs geleistet zu haben, der auch für rechtsdogmatische Überlegungen anschlussfähig ist. Gleichzeitig soll damit nicht verkannt werden, dass zur adäquaten Diskussion über strategische Prozessführung in der (österreichischen) Rechtswissenschaft vielerorts ein Perspektivenwechsel notwendig ist – weg von einer alleinigen Ausrichtung auf das Ergebnis von gerichtlichen Verfahren hin zum Kontext dieser Verfahren, ihren Entstehungsbedingungen und den handelnden Akteur:innen.²⁷ Für Anschauungsmaterial und Diskussionsstoff wird mit Sicherheit auch in den nächsten Jahren gesorgt sein.

Literaturverzeichnis

- Anzenberger/Klauser/Nunner-Krautgasser (Hrsg) Kollektiver Rechtsschutz im Europäischen Rechtsraum (2022).
- Bader/Saage-Maaß/Terwindt, Strategic Litigation against the Misconduct of Multinational Enterprises: An anatomy of *Jabir and Others v KiK*, *Verfassung und Recht in Übersee* 2019, 156–171.
- Boulanger/Krebs, Strategische Prozessführung. Einleitung in den Themenschwerpunkt, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2019, 39:1, 1–4.
- Cichowski, *The European Court and Civil Society. Litigation, Mobilization and Governance* (2007).
- Dezalay/Garth, Constructing Law Out of Power, in Sarat/Scheingold (eds), *Cause Lawyering and the State in a Global Era* (2001) 354–381.
- Duffy, *Strategic Human Rights Litigation. Understanding and Maximising Impact* (2018).
- Egidy, *Strategische Prozessführung. Eine interaktionelle Analyse von Prozessverhalten* (Habilitationsschrift, Veröffentlichung in Vorbereitung).
- Ennöckl, Klimaklagen – Strukturen gerichtlicher Kontrolle im Klimaschutzrecht (Teil 1), *Recht der Umwelt* 2022, 137–146.

26 Im Zivilverfahrensrecht ist gerade die Umsetzung der „Verbandsklage-Richtlinie“ (Richtlinie [EU] 2020/1828) ein Thema, das auch in Zusammenhang mit strategischer Prozessführung untersucht werden kann. Zu Fragen der Umsetzung der Richtlinie zB Anzenberger/Klauser/Nunner-Krautgasser (Hrsg) *Kollektiver Rechtsschutz im Europäischen Rechtsraum* (2022).

27 So auch Guerrero, *Zeitschrift für Menschenrechte* 2020, 46. In dieser Hinsicht exemplarische Studien finden sich zB bei Cichowski, *European Court* (2007); Vanhala, *Law & Society Review* 46:3 (2012) 523–556; Fuchs, *Canadian Journal of Law & Society* 2013, 189–208; Bader/Saage-Maaß/Terwindt, *Verfassung und Recht in Übersee* 2019, 156–171.

- Fuchs*, Strategic Litigation for Gender Equality in the Workplace and Legal Opportunity Structures in Four European Countries, *Canadian Journal of Law & Society* 2013, 189–208.
- Galanter*, Why the “Haves” Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change, *Law & Society Review* 9:1 (1974) 95–160.
- Graser*, Strategic Litigation: Ein Verstehensversuch, in Graser/Helmrich (Hrsg) *Strategic Litigation* (2019) 37–41.
- Graser*, Vermeintliche Fesseln der Demokratie: Warum die Klimaklagen ein vielversprechender Weg sind, *ZUR* 2019, 271–278.
- Graser/Helmrich* (Hrsg) *Strategic Litigation. Begriff und Praxis* (2019).
- Guerrero*, Strategische Prozessführung – eine Annäherung, *Zeitschrift für Menschenrechte* 2020, 26–51.
- Hahn*, Strategische Prozessführung. Ein Beitrag zur Begriffsklärung, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 39:1 (2019) 5–32.
- Kaleck*, Mit Recht gegen die Macht, in Graser/Helmrich (Hrsg) *Strategic Litigation* (2019) 21–25.
- Müller*, Begriffe, Ansprüche und deren Wirklichkeiten. Ein Systematisierungsvorschlag für sogenannte strategische Prozessführung, cause lawyering und andere Formen intentional gesellschaftsgestaltender Rechtspraxen, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 39:1 (2019) 33–63.
- NeJaime*, *Winning Through Losing*, *Iowa Law Review* 2011, Vol 96, 941–1012.
- Open Society Justice Initiative, *Strategic Litigation Impacts: Indigenous Peoples’ Land Rights* (2017).
- Open Society Justice Initiative, *Strategic Litigation Impacts: Insights from Global Experience* (2018).
- Open Society Justice Initiative, *Strategic Litigation Impacts: Torture in Custody* (2017).
- Ramsden/Gledhill*, Defining Strategic Litigation, *Civil Justice Quarterly* 2019:4, 407–426.
- Raschauer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*⁶ (2021).
- Sarat/Scheingold (eds), *Cause Lawyering and the State in a Global Era* (2001).
- Sußner/Westphal/Pentz*, „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, 68–82.
- Vanhala*, Legal Opportunity Structures and the Paradox of Legal Mobilization by the Environmental Movement in the UK, *Law & Society Review* 46:3 (2012) 523–556.
- Weiss*, The Essence of Strategic Litigation, in Graser/Helmrich (Hrsg) *Strategic Litigation* (2019) 26–30.
- Zeman*, Legal mobilization: The Neglected Role of the Law in the Political System, *The American Political Science Review* 77:3 (1983) 690–703.

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.vfg.h.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 VwGH 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 VwGH 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 VwGH zur Überprüfung der BMVIT-Entscheidungen angerufen werden konnte.

24 Die Trassen-VO wurde auch von der Wiener Umwelthanwaltschaft 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_OT0035/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 Südrandumfahrung: 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_OTS0075/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 Parlementsdirection, 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 einfürend *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](https://www.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 Zivildienstklärung, 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 Parlementsdirektion, *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/Somerek/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.

Strategic climate change litigation in the Global South: Selected reflections from Brazil and South Africa

Carlotta Garofalo¹ and Oliver C. Ruppel

However beautiful the strategy, you should occasionally look at the results.
Winston Churchill

Abstract

Born as a US phenomenon, strategic climate litigation has evolved into a global form of legal mobilization during the last decade. Civil society groups, political parties, public prosecutors, and local authorities have turned to courts to hold governments and high-emitting companies accountable for their carbon footprint in every region of the world. Furthermore, despite an early north-centric bias, recent academic initiatives have devoted increasing attention to the analysis of climate cases in the global south.

The chapter aims to contribute to the academic debate through a comparative reflection of the climate litigation landscape in Brazil and South Africa. As global emerging economies, both countries have a high carbon footprint, and are, as such, promising and challenging territories for the implementation of climate and energy policies, and a conducive legal environment for the rise of climate litigation.

Firstly, given their economic weight, Brazil and South Africa's commitment to a sustainable transition is essential to achieve the Paris Agreement objectives. Nonetheless, it needs to be noted that recently, the respective governments have adopted or authorised unsustainable policies, in the name of national economic development, and ultimately in favour of the agri-business and extractive industries' expansion. Secondly, both Brazil

1 The author is particularly grateful to professor Danielle Andrade Moreira and Carolina de Figuereido Garrido for their support and guidance in her research on climate litigation in Brazil, and wishes to acknowledge the Austrian Science Fund (FWF), that funded this research under the Research Grant W1256 (Doctoral Programme Climate Change: Uncertainties, Thresholds and Coping Strategies).

and South Africa provide favourable legal conditions to climate litigation, which have led to a considerable increase of cases in the last few years. Besides favourable access to justice requirements, and a rich environmental and climate regulation, the respective judiciaries have been prominent in the promotion of environmental and socio-economic rights, also through the domestication and implementation of international law treaties. Against this background, the chapter analyses the most recent developments concerning climate litigation in the two countries, and their prospects to influence transnational litigation, and more broadly, legal innovation.

The brief comparative analysis is structured into three parts: Sections 1.1. and 1.2. provide an overview of the main types of cases brought in Brazil and South Africa. Following the typology proposed by *Jacqueline Peel* and *Jolene Lin*, the Sections classify the rising number of lawsuits based on the cases' legal bases, the importance of climate-related arguments in the claim, and the identity of the litigants. In this way, they assess whether climate litigation in the two countries fall in the aforementioned typology.

Sections 2.1. and 2.2. describe the conditions that make Brazil and South Africa promising jurisdictions for strategic climate litigation. They do so by focusing on selected social, procedural, substantive, and judicial variables.

Sections 3.1., 3.2. and 3.3. highlight the main innovations advanced by the climate decisions recently taken in the two countries. They show the ways in which Brazilian and South African courts creatively used international and constitutional law provisions to stop deregulatory and unsustainable practices by governments and companies. Finally, Section 4 provides a brief conclusion from a comparative perspective.

1. Brazilian and South African climate litigation in the Global South: Analytical framework

Despite its novel character, strategic climate litigation is growing all over the world, and it does not seem close to an arrest. Thus, the urge for scholars exists to keep analysing and classifying new cases, questioning, and when necessary, updating previous typologies and classifications. The section uses the analytical framework proposed by *Jacqueline Peel* and *Jolene Lin* as a reference to assess whether the climate lawsuits emerged in the two countries represent a typical or atypical case of climate litigation in the global south. In 2019, the two renowned scholars conducted the first

comprehensive comparative study of climate litigation in the global south.² Guided by the results of their analysis, they hypothesised that the “southern docket” is characterised by the following elements:

- 1) Climate change law and science are at the periphery, rather than at the centre of the claim;
- 2) fundamental rights, environmental impact assessment (EIA) laws, and the public trust doctrine, form the main legal basis;
- 3) climate claims aim to enforce climate legislation and the Paris Agreement, and;
- 4) they receive support from local NGOs, and partially, from non-local NGOs and funders.

Hence, the following sections refer to the four variables above to test whether climate litigation aligns with Peel and Lin’s typology, or else, can offer some insight on the development of strategic climate litigation in the global south.

1.1. Brazil: Breaking away from expectations?

In Brazil, the number of climate cases has steeply increased during the Bolsonaro government, turning the country into a hotspot for strategic climate litigation.³ Compared to the nine legal actions filed until 2019, according to the Sabin Centre Climate Change Litigation Database, the total number of cases has risen to 40 between 2020 and today.⁴ Furthermore, following the Brazilian Climate Litigation Platform created by the JUMA Research Centre, the total number of climate lawsuits in Brazil would amount to 78.⁵ The boom of climate cases in the country is not entirely surprising, given the former government’s outspoken determination to “pass

2 Jacqueline Peel and Jolene Lin, ‘Transnational Climate Litigation: The Contribution of the Global South’ (2019) 113 *American Journal of International Law* 679. Pp. 687-710.

3 Joana Setzer, Caio Borges and Guilherme Leal, ‘Public Prosecutors, Political Parties, and NGOs Are Paving the Way for Vital Climate Change Litigation in Brazil’ (LSE Blog, 25 November 2020) <<https://blogs.lse.ac.uk/latamcaribbean/2020/11/25/public-prosecutors-political-parties-and-ngos-are-paving-the-way-for-vital-climate-change-litigation-in-brazil/>>.

4 Cf. <http://climatecasechart.com/non-us-jurisdiction/brazil/>.

5 Cf. <https://www.juma.nima.puc-rio.br/base-dados-litigancia-climatica-no-brasil>.

the herd”, i.e., change and simplify environmental laws in the country, to inter alia incentivise land-grabbing, deforestation and illegal logging.⁶

The section identifies the distinctive elements of strategic climate litigation in Brazil, looking at the type of litigants, the main legal bases used, and their aims. Hence, it investigates whether Brazil can still be considered a “typical” case of climate litigation in the global south following the analytical framework proposed by Jacqueline Peel and Jolene Lin illustrated above.

Regarding the role played by climate change in the legal claim, multiple contributions have distinguished direct and indirect climate cases, depending on the central or marginal role of climate-related arguments. Cases where climate change is at the centre of the argumentation are deemed as direct, differently from cases where climate lies at the case’s periphery, defined as indirect. In their respective analyses, *Setzer et al.*,⁷ and *Mello and Mantelli*⁸ concluded that most climate cases in Brazil have so far been indirect, addressing the causes and consequences of climate change, rather than climate change directly.

Nonetheless, neither of the two analyses precede, at least partially, the most recent boom of climate cases in the country. Only between 2021 and 2022, eight further cases have put climate change concerns at the centre of the claim, with the result that direct cases now amount to the (slight) majority of the overall picture in Brazil. Besides central, the most recent cases have also been described as “structural”, insofar as they “tend to challenge complex public policies with a wide territorial scope”.⁹ Recently, two lawsuits requested the government to upgrade its nationally determined contributions (NDCs), similarly to the *Urgenda*-like cases in Europe.¹⁰ Two

6 Gil Alessi, ‘Salles vê “Oportunidade” Com Coronavírus Para “Passar de Boiada” Desregulação Da Proteção Ao Meio Ambiente’ (*El País*, 22 May 2020) <<https://brasil.elpais.com/brasil/2020-05-22/salles-ve-oportunidade-com-coronavirus-para-passar-de-boiada-desregulacao-da-protecao-ao-meio-ambiente.html>>.

7 Joana Setzer, Guilherme JS Leal and Caio Borges, ‘Climate Change Litigation in Brazil: Will Green Courts Become Greener?’ in Ivano Alogna, Christine Bakker and Jean-Pierre Gauçi (eds), *Climate Change Litigation: Global Perspectives* (Brill Nijhoff 2021) <<https://brill.com/view/book/edcoll/9789004447615/BP000008.xml>>.

8 Julia Mello Neiva and Gabriel Mantelli, ‘Is There a Brazilian Approach to Climate Litigation? The Climate Crisis, Political Instability, and Litigation Possibilities in Brazil’, *Litigating the Climate Emergency: Human Rights and Climate Litigation around the World* (Cambridge University Press 2022).

9 Mello Neiva and Mantelli (n 8). P. 254.

10 *Six Youths v. Minister of Environment and Others* [2021] 14th Federal Civil Court of São Paulo 5008035-37.2021.4.03.6100; *Laboratorio do Observatorio do Clima v.*

further cases requested to reorient the national energy and bank policies in a more sustainable direction,¹¹ whereas four cases asked for the enforcement of the national deforestation policies (i.e., Plan for the Control and Prevention of Deforestation of the Amazon, also: PPCDAm).¹² Furthermore, a few lawsuits were filed directly before the Supreme Court of Brazil, aiming to request the full application of crucial climate mechanisms, namely, the Amazon Fund, Climate Fund.¹³

In that sense, *Peel* and *Lin's* forecast that the enforcement of climate legislation will be a main objective in southern climate cases seem to hold true for Brazil. Starting from 2020, most Brazilian cases have aimed to halt climate and environmental deregulation and reactivate policies and institutions created under the previous governments. On the other hand, climate litigation in Brazil cannot be reduced to enforcement cases, as part of the lawsuits also aimed to change current climate policies. Regarding their legal bases, the Brazilian case study also appears to be partly in line with the two authors' prophecy. Again, with some interesting peculiarities. The number of rights-based lawsuits, partly inspired by similar cases in Latin America, grew also in Brazil. Seventeen out of the twenty-seven analysed cases have been based on constitutional rights, among other grounds, and most of them on the right to a balanced environment (art. 225 of the Brazilian Constitution). What also needs to be noted is that, given the wide variety of public interest procedures (section II), Brazilian litigators do not need to allege the personal violation of a constitutional right, even in a rights-based claim. Differently from the European wave of rights-based cases, and even

Minister of Environment and Brazil [2021] 7th Federal Environmental and Agrarian Court of the Judiciary Section of Amazonas 1027282-96.2021.4.01.3200.

- 11 *Conectas Direitos Humanos v. BNDES and BNDESPAR* [2022] 9th Federal Civil Court of the Federal District 1038657-42.2022.4.01.3400; *Rede Sustentabilidade et al. v. Brazilian Congress (Complexo Termoeletrico Jorge Lacerde)* [2022] Federal Supreme Court ADI 7095/2022.
- 12 *PSB et al. v. Brazil (on Amazon Fund)* Federal Supreme Court (pending) ADO 59/DF; *PSB et al. v. Brazil (on Climate Fund)* [2022] Federal Supreme Court ADPF no. 708, Luís Roberto Barroso; *Instituto de Estudios Amazonicos (IEA) v. Federal Government of Brasil* [2021] Federal Regional Tribunal of the 4th Region, ACP no. 5033746-81.2021.4.04.0000/PR, Vania Hack de Almeida; *PSB et al. v. Brazil (on deforestation and human rights)* [2022] Federal Supreme Court ADPF no. 760, Carmen Lucia.
- 13 *PSB et al. v. Brazil (on Amazon Fund)* (n 12); *PSB et al. v. Brazil (on Climate Fund)* [2022] Federal Supreme Court ADPF no. 708 (n 12); *ABRAMPA v. Brazilian Minister of Environment Federal* [2021], Supreme Court. ADPF no. 814.

from other jurisdictions in Latin America, only a minority of rights cases alleged a concrete human rights violation.

Finally, an analysis of the identity of the litigators in Brazil, and of their further partnerships reveals a quite original and complex picture. On the one hand, cases alleging a concrete human rights violation, e.g. at the expenses of young people or indigenous groups, tended to be filed by local movements with the support of public prosecutors or larger NGOs operating on the national scale. On the other hand, cases tackling structural actions or omissions on the government side, and alleging a rather abstract rights violation, tended to be filed and funded by political parties, urban-based NGOs, or public prosecutors.¹⁴ As an example of the former case, in *AGAPAN et al. v. COPELMI*¹⁵, a group of local NGOs challenged the authorisation of a large mining project in Rio Grande do Sul, alleging that the latter had violated the right to participation of the affected rural communities. Secondly, in structural cases aiming at the enforcement of climate-related policies, national NGOs or movements specialised in the protection of the Amazon territory, indigenous people, and human rights, such as *Instituto Socio-Ambiental*, *Conectas* and *APIB*, i.e., the Brazilian Articulation of Indigenous Peoples, worked in coalition with other national actors, such as Greenpeace and the Brazilian Association of Public Prosecutors on the Environment (ABRAMPA). Furthermore, most of the cases filed after 2020 received financial support from both domestic and transnational organisations. The Institute for Climate and Society, i.e., a Brazilian philanthropic organisation aiming to strengthen the national economy and reduce inequalities through climate action, provided financial and non-fin-

14 For example, the three cases challenging extractive projects in the state of Rio Grande do Sul, were filed by NGOs and movements active in the affected territory. *Arayara Association of Education and Culture and the Poty Guarani Indigenous Association v. FUNAI, Copelmi Mineração Ltda and FEPAM (Mina Guaíba Project and affected indigenous communities)*, [2022] 9th Federal Court of Rio Grande do Sul, ACP no. 5069057-47.2019.4.04.7100/RS; *Arayara Association of Education and Culture v. Copelmi Mineração Ltda and FEPAM (Guaíba Mine Project and hydrological risks)*, [2020] Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul, ACP no. 5049921-30.2020.4.04.7100/RS; *AGAPAN, INGÁ, COONATERRA-BIONATUR, CEPPA v. Copelmi Mineração Ltda and IBAMA* [2021], 9th Federal Court of Rio Grande do Sul, TCA no. 5030786- 95.2021.4.04.7100/RS.

15 *AGAPAN, INGÁ, COONATERRA-BIONATUR, CEPPA v. Copelmi Mineração Ltda and IBAMA* (9th Federal Court of Rio Grande do Sul) (n 14).

ancial support in both central and peripheral cases, thanks to the funding provided by foreign organisations.¹⁶

An overview of the Brazilian climate litigation wave offers some interesting insights about the present and potential developments of climate litigation in the global south. First, climate litigation appears to be increasingly direct, and as a result, more and more often based on national climate change law and the Paris Agreement. Furthermore, environmental and climate legislation and the constitutional environmental provisions have been the main legal basis of all the strategic environmental lawsuits filed so far in the country. This is because climate litigation in the country happened in continuity with the previous environmental litigation wave.¹⁷ Finally, the community of climate litigators in Brazil seems to have gained complexity and diversity over the last few years. Especially after the beginning of the former President's mandate, in 2020, the Brazilian climate litigation community has come to include a wide variety of interconnected actors often acting in alliance or coordination, namely, environmental and youth movements, national and international funding organisations, prosecutors, politicians, lawyers, and scientists. It would seem that the previous government's openly anti-environmental policy, also causing the international media to focus on its effects in the Amazon, played an important role for the rise of strategic cases in the country and the strengthening of the climate litigation movement.

1.2. South Africa: Typical strategic climate litigation in the Global South?

In this section we briefly assess whether climate cases in South Africa align with the global south typology constructed by *Peel* and *Lin*. We do so by looking at the role of climate change arguments in the claim, the legal bases used, their final aim, and the type of litigants. According to the Sabin Centre Database, the total number of climate cases filed in South Africa to this day amounts to nine, a considerable number, even though relatively low when compared to the recent boom of cases in Brazil. Furthermore, and differently from the Brazilian example, these lawsuits present a higher

16 'Institute for Climate and Society (Annual Report)' (ICS, 2021). <https://climaesociadade.org/wp-content/uploads/2022/06/Projeto-RA2022-FINAL_ING-1.pdf>.

17 Setzer, Leal and Borges (n 7); Danielle de Andrade Moreira and Stella Luz Andreatta Herschmann, 'The Awakening of Climate Litigation in Brazil: Strategies Based on the Existing Legal Toolkit' (2021) 59 172; Mello Neiva and Mantelli (n 8).

degree of homogeneity. Quite surprisingly, seven out of the nine lawsuits can be considered direct climate cases, as climate arguments are at the centre of the claim. Furthermore, with two exceptions, all of them are project-based, meaning that they challenge extractive projects deeming them excessively carbon-intensive and thus in contrast with the country's national and international commitments.

As for the legal bases, given their focus on carbon-intensive projects, the National Environmental Management Act 107 of 1998 (NEMA), and particularly provisions on Environmental Impact Assessment (EIA) (section 24 (4)) have formed the main legal bases of South African climate lawsuits. In the so-called *Thabametsi* case,¹⁸ Earthlife Africa, a national environmental NGO, argued that the approval of the coal fired *Thabametsi* project was invalid because it failed to consider, broadly speaking, the project's climate change impacts. Following their reasoning, the EIA of a new coal-fired plant should include the extent to which the latter will contribute to climate change, by increasing GHG emissions, its resilience to the impacts of climate change, including rising temperature, diminishing water, and extreme weather events, and how these impacts may be avoided, mitigated and/or remedied.¹⁹

The High Court of South Africa Gauteng Division, Pretoria upheld these considerations, thus striking down the project's authorisation. The same argument has been replicated in other cases since then. Inspired by the *Thabametsi* decision, Groundwork, a national NGO focused on environmental and climate justice, filed cases to oppose new coal-fired plants in the Mpumalanga Highveld, and a gas-fired plant.²⁰

EIA provisions also formed the legal basis of the so-called *Philippi* case, a lawsuit regarding urban development in a horticultural area, and three

18 *EarthLife Africa Johannesburg v. Minister of Environmental Affairs (Thabametsi Power Project)*, [2017] High Court (Gauteng Division) 65662/16.

19 *ibid.*, P. 6.

20 *Trustees for the Time Being of GroundWork Trust v. Minister of Environmental Affairs, ACWA Power Khanyisa Thermal Power Station Ltd and Others*, [2017] High Court (Gauteng Division) 61561/17; *Trustees for the Time Being of the Groundwork Trust v. Minister of Environmental Affairs, KiPower Ltd, and Others*, [2017] High Court (Gauteng Division) 54087/17.; *Trustees for the Time Being of GroundWork Trust and Another v. Minister of Environmental Affairs and Others*, [2023] High Court (Gauteng Division) 39724/19.

further lawsuits, challenging oil and gas exploration projects and the governmental plan to raise the coal production²¹.

In addition to environmental law, and in accordance with Peel and Lin's prediction, complainants and courts have supported their arguments relying on constitutional rights and the Paris Agreement. Despite the lack of an explicit referral to human rights in the complaint, in the *Thabametsi* case, the High Court interpreted the EIA provisions (section 24 NEMA) in light of the constitutional right to a healthy environment (section 24 of the 1996 South African Constitution), and the international climate framework, notably the Paris Agreement.

Thus, in the following *Khanyisa*²² and *Ki Power*²³ cases, the complainants explicitly relied on the same legal sources as interpretative guidance of section 24 of NEMA. Similarly, in the *Philippi* case,²⁴ the Western Cape High Court struck down a development project in the horticultural area of Philippi based on its impacts on water scarcity, and thus, on the environmental rights set out in section 24 of the South African Constitution. Environmental and socio-economic rights also formed the legal bases of two successive high-profile cases: *#Cancelcoal* and *Sustaining the Wild Coast et al.*²⁵

In the *#Cancelcoal* case, given its nature as a direct constitutional challenge,²⁶ rights-based arguments represented a central part of the claim. The case presents the characteristics of a structural case, as it challenges the government's plan to further extend the coal-fired power supply in the

-
- 21 *Philippi Horticultural Area Food & Farming Campaign and Another v. MEC for Local Government, Environmental Affairs and Development Planning: Western Cape and Others.*, [2020] High Court (Western Cape Division) 16779/17. *South Durban Community Environmental Alliance v. Minister of Environment and Others*, [2021] High Court (Gauteng Division) 17554/2021, *South Durban Community Environmental Alliance & GroundWork v. Minister of Forestry, Fisheries, and the Environment*, [2021] High Court (Gauteng Division).
 - 22 *Trustees for the Time Being of GroundWork v. Minister of Environmental Affairs, ACWA Power Khanyisa Thermal Power Station Ltd and Others* (n 20). Par. 27 and 39.
 - 23 *Trustees for the Time Being of the Groundwork Trust v. Minister of Environmental Affairs, KiPower Ltd, and Others* (n 20). Par. 139.
 - 24 *Philippi Horticultural Area Food & Farming Campaign and Another v. MEC for Local Government, Environmental Affairs and Development Planning: Western Cape and Others.*(n 21).
 - 25 *Sustaining the Wild Coast NPC and Others v. Minister of Mineral Resources and Energy and Others*, [2022] High Court (Eastern Cape Division) 3491/21.
 - 26 *Africa Climate Alliance and Others v. Minister of Mineral Resources and Energy and Others (#CancelCoal case)* [2022] High Court (Gauteng Division) 56907/21. P. 323.

country, rather than an individual project. The involved NGOs referred to the impacts of climate change driven extreme weather patterns, such as droughts and water scarcity, among others, on the young applicants' and the South African citizens' environmental rights, their rights to life and human dignity, equality, water, health care and food.²⁷ In the aforementioned cases, the rights framework was also used to translate climate justice concerns into legal language. As the applicants point out, new coal-fired plants threaten the rights to equality and fair discrimination: This is because poor, previously disadvantaged South Africans, and particularly women and children, are the primary victims of ecological degradation and air pollution caused by coal-fired power.²⁸

Sustaining the Wild Coast et al. had to do with the validity of an authorisation for a seismic survey, given its scientifically proven impacts on marine ecosystems in the Eastern Cape Coast, as well as on the economic, cultural, and spiritual practices of its inhabitants. Particularly, the affected coastal communities, represented by four human rights organisations, alleged that the offshore oil exploration activities risked violating "their constitutionally and customarily held rights, including customary fishing rights",²⁹ and for that very reason, they ought to be consulted. The court ruled that the exploration right which was awarded without regard to the applicants' right to meaningful consultation constituted a *prima facie* violation of their right. The granting of the exploration right was set aside. The Paris Agreement and national climate policies also played a role in national climate cases. Among other domestic legal sources, the South Africa's Low Emission Development Strategy and the National Climate Change Response White Paper were particularly relevant.³⁰

As in Brazil, the climate litigation movement in South Africa presents some degree of heterogeneity. On one end of the spectrum, most of the "central" climate cases have *inter alia* been filed by Earthlife Africa, the Centre for Environmental Rights, Groundwork and the South Durban Environmental Alliance, i.e., established, large and urban NGOs with a pre-existing litigation agenda. On the other hand, two recent and potentially

27 *ibid.*, Par. 115-149.

28 *ibid.* Par. 358.

29 *Sustaining the Wild Coast NPC and Others v. Minister of Mineral Resources and Energy and Others* (n 25). Par. 3.

30 *Sustaining the Wild Coast NPC and Others v. Minister of Mineral Resources and Energy and Others* (n 25). Par. 56.

influential cases have been filed by small and rural organisations aiming to defend the socio-economic and cultural rights of specific areas and communities. The *Philippi Horticultural Area Food and Farming Campaign* was a grassroots movement formed by local activists worried about the impacts of urban development policies on their land, economy and water security. Most of the cases received support predominantly from local NGOs and related movements. Interestingly, in the *#CancelCoal* case, i.e., the domestic lawsuit most similar to European litigation typology, the evidence was provided by the Centre on Environmental Rights, a South African NGO which receives funding from foreign and philanthropic organisations.³¹

In conclusion, the South African example might seem to predominantly represent a typical case of climate litigation in the global south, according to *Peel* and *Lin's* typology. Indeed, with the two exceptions of the cases filed by the smaller local organisations, climate cases in South Africa had at their centre a climate-related argument. In that sense, they contrast with *Peel* and *Lin's* prediction that global south cases would be mostly indirect. Furthermore, the *#CancelCoal* case also presents a structural type of litigation, as it aims to challenge a governmental plan, rather than an individual project. To that extent, the latter case resembles the *Urgenda-like* climate cases filed in Europe. Besides these aspects, the climate cases filed in South Africa adhere to the hypothesis found in *Peel* and *Lin's* framework, insofar as they rely on EIA laws, constitutional rights, and the Paris Agreement, aiming at enforcement of existing climate and environmental standards, and they mostly counted on the support of local NGOs.

2. Brazil and South Africa: A conducive legal environment for climate litigation?

2.1. Brazil

The Brazilian climate litigation wave, sketched above, was born in a conducive environment : social, legal (i.e., procedural and substantive), and judicial factors laid strong foundations for the legal mobilisation of climate change in the country. Firstly, strategic litigation is not a novel phenomenon in the country. In all Latin American countries, including Brazil, stra-

31 Cf: <https://cer.org.za/about/funders>.

tegic litigation spread already in the 1980s, thanks to the influence of the public interest litigation movement in the US, the funding provided by international foundations, and the expertise of transnational legal elites.³²

Furthermore, Brazilian litigators could count with a wide and interconnected “support structure” to climate litigation, namely, a wide community of agents willing and able to support the litigation process.³³ Although the first climate cases were filed already in the 2010s, the beginning of the 2020s, marked as they were by environmental and climate deregulation at the federal level and the affirmation of the global climate movement, gave the Brazilian “climate epistemic community” a particularly strong momentum. Such community, including “lawyers, judges, scientists, business entities, politicians, prosecutors, academics, NGOs and subnational governments”,³⁴ united forces with the aim of resisting the governmental rollbacks during Bolsonaro’s presidency. It is not surprising that most climate cases until 2022 were filed against government authorities, and to a significant extent, by political parties, often in coordination with non-governmental organisations.

Secondly, as noted by *Setzer et al.*, climate change litigation in Brazil “does not take place in a regulatory vacuum.”³⁵ Quite on the contrary, the Brazilian legal system counts with a progressive and rather comprehensive environmental and climate legislation, and even enshrines environmental duties and rights in its constitutional context. Quite ahead of its time, the National Environmental Policy Act defined the environment as an autonomous legal good and established a strict civil liability regime for environmental harms. Following the latter and its interpretation by the Brazilian judiciary, even potential polluters must compensate environmental harms, independently from their fault, when arising directly and indirectly from their activities.³⁶ As noted in the literature, however, Brazilian

32 Mariana Prandini Assis, ‘Strategic Litigation in Brazil: Exploring the Translocalisation of a Legal Practice’ (2021) 12 *Transnational Legal Theory* 360. P. 8.

33 Joana Setzer and Lisa C Vanhala, ‘Climate Change Litigation: A Review of Research on Courts and Litigants in Climate Governance’ (2019) 10 *Wiley Interdisciplinary Reviews: Climate Change* e580. P. 6.

34 Alessandra Lehmen, ‘Advancing Strategic Climate Litigation in Brazil’ (2021) 22 *German Law Journal* 1471. P. 1472

35 Setzer, Leal and Borges (n 7). P. 144.

36 Danielle De Andrade Moreira, Letícia Maria Rêgo Teixeira Lima and Izabel Freire Moreira, ‘O Princípio Do Poluidor-Pagador Na Jurisprudência Do STF y Del STJ: Uma Análisis Crítica’ (2019) 16 *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável* 367.

Courts have yet to decide on the application of the civil liability regime to climate harms.³⁷

Regarding climate legislation, the National Policy on Climate Change (PNMC)³⁸ sets a comprehensive framework, establishing principles and directives to climate action, i.e., the principles of prevention, precaution, and sustainable development, institutional arrangements and mitigation targets.³⁹ Importantly, art. 5 of the PNMC establishes that the international commitments taken by Brazil, in the context of the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) Conference of Parties (COPs), shall be observed as directives of national policies, and count as normative parameters for judicial review, independently of their internal ratification.⁴⁰ Finally, art. 225 of the Brazilian Constitution enshrines an intergenerational right to a balanced environment and a public and collective duty to environmental protection. Given its double nature as a right and duty and its intergenerational scope, the provision has been praised as a rather strong and comprehensive provision.⁴¹ Moreover, its judicial use has been successful in most cases, triggering some important policy impacts.⁴² Namely, it led to the adoption of a comprehensive policy attributing to all citizens a core minimum of environmental services, namely, access to clean water, sanitation, and proper waste management.⁴³

Thirdly, Brazilian law provides a vast repertoire of legal actions for environmental and climate protection. In a recent contribution, a Brazilian justice and scholar listed seven legal procedures that might be relevant to that purpose.⁴⁴ Quite interestingly, all of them are public interest actions,

37 Setzer, Leal and Borges (n 7).

38 Law no. 12.185, 29 December 2009, (*Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC)*).

39 Setzer, Leal and Borges (n 7). P. 148.

40 Gabriel Wedy, *Litígios Climáticos de Acordo Com o Direito Brasileiro, Norte-Americano e Alemão* (Editora Jus Podium 2019). P. 72.

41 *ibid*; Paulo Alfonso Leme Machado, *Direito Ambiental Brasileiro* (Malheiros 2005). P. 116.

42 David R Boyd, 'The Constitutional Right to a Healthy Environment' (2012) 54 *Environment: Science and Policy for Sustainable Development* 3. P. 9.

43 *ibid*, p. 9. Supreme Court of Justice of Minas Gerais, *Appeal no. 575998*; Supreme Court of Justice of Rio Grande do Sul, *Appeal no 70011759842*.

44 Wedy (n 40). P. 81 and ss. Five of those have already been experimented, namely, the public civil action, the action for the violation of a fundamental precept, the direct action for unconstitutional omission, the popular action, and the direct action for unconstitutionality.

thus, they do not require the proof of violation of an individual legal position, often a significant hurdle in climate cases.⁴⁵ Secondly, three of those are direct constitutional complaints, with the peculiarity that they can also be filed by political parties, thus, by the opposition to the government in power. Moreover, public civil actions and actions for unconstitutional omission can be directed against both acts and omissions. Thus, when deciding on the two actions, judges can order to perform an action to put an end to the situation of illegality or unconstitutionality (“obrigação pra fazer”).⁴⁶ The latter remedy is quite relevant in the context of climate litigation, where litigators often request that governments adopt new laws or policies to comply with their international commitments or with scientific recommendations.⁴⁷

Finally, after the 1988 adoption of the Constitution, Brazilian Courts have developed an environmentally oriented case law,⁴⁸ as well as an “activist” attitude towards other state’s functions. As noted by *Luis Barroso*, one of the Brazilian Supreme Court judges, starting from the 1990s, the judiciary has actively interfered with policy matters in different ways, for instance,

45 Pau De Vilchez Moragues, *Climate in Court: Defining State Obligations on Global Warming through Domestic Climate Litigation* (Edward Elgar Publishing 2022); Joana Setzer et al., ‘Climate Litigation in Europe. A Summary Report for the European Union Forum of Judges for the Environment’ (Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment, London School of Economics and Political Science and the European Union Forum of Judges for the Environment 2022); Ian Curry, ‘Establishing Climate Change Standing: A New Approach’ (2019) 36; Orla Kelleher, ‘Systemic Climate Change Litigation, Standing Rules and the Aarhus Convention: A Purposive Approach’ (2022) 34 *Journal of Environmental Law* 107.

46 Art. 3, Law no. 7347/1985, 24 July 1985, (*Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências*); Art. 12 a, Law no. 9868/1999, 10 November 1999 (*Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*).

47 The fact that judges lack a clear-cut power to impose an obligation to do upon the state has been considered a legal barrier in some European climate cases, including in Belgium, Spain, Italy. See, among others, Marien Liselot and Leonie Reins, ‘Local Liability for Global Consequences? Climate Change Litigation in Belgium’, *Comparative climate change litigation: beyond the usual suspects* (Springer 2021); Rosa Fernández Egea, Sofia Simou and Albert Ruda, ‘Climate Change Litigation in Spain’, *Comparative climate change litigation: beyond the usual suspects* (Springer); Ines Bruno, ‘La Causa «Giudizio Universale». Quattro Testcostituzionali Sui Poteri Del Giudice Adito’ (2022) 2 *Federalismi.it* 27.

48 Nicholas S Bryner, ‘Brazil’s Green Court: Environmental Law in the Superior Tribunal de Justiça (High Court of Brazil)’, (2012) 29 *Pace Envtl. L. Rev.* 470.

by imposing to undertake specific activities, when deeming public policies insufficient to protect social rights effectively.⁴⁹ Furthermore, it is important to note that, far from consisting in isolated positions, the Supreme Court's activism is associated to the adhesion, by several judges, to neo-constitutionalism, i.e., a stream of thought promoting the use of moral principles in legal argumentation and a strong judicial role in the implementation of the Constitution's values.⁵⁰ This ideological and methodological toolkit might prompt the judiciary to take courageous decisions in a disruptive and morally loaded field such as climate litigation.⁵¹

In the environmental field, more specifically, the Supreme Court recognised that guaranteeing a minimum threshold of ecological integrity is essential to a dignified life,⁵² and international environmental treaties enjoy a supra-legal status in the legal hierarchy due to their function to protect fundamental rights.⁵³ Moreover, already in the 2010s, the High Court of Justice recognised climate protection as an implicit objective of Brazilian environmental legislation. In an influential precedent, Justice *Antonio Benjamin*, one of the main precursors of judicial environmentalism in Brazil, considered climate change as an issue raising the urgency of protecting threatened ecosystems, and a reason to interpret restrictively any exception to environmental laws.⁵⁴

2.2. South Africa

Just like Brazil, South Africa offers an increasingly conducive legal environment for climate change litigation as it presents favourable conditions from a social, legal, and judicial standpoint. From the perspective of the actors initiating and supporting strategic litigation in the country, the envir-

49 Luis Roberto Barroso, 'Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política No Brasil Contemporâneo', *As novas faces do ativismo judicial* (Jus Podium 2011). P. 233.

50 Daniel Sarmamento, 'O Neoconstitucionalismo No Brasil: Riscos e Possibilidades', *As novas faces do ativismo judicial* (Jus Podium 2011). P. 87-88.

51 Elizabeth Fisher, Eloise Scotford and Emily Barritt, 'The Legally Disruptive Nature of Climate Change: Climate Change and Legal Disruption' (2017) 80 *The Modern Law Review* 173.

52 *ADI 4903/DF* [2018] Ricardo Lewandowski (Supremo Tribunal Federal).

53 *ADI 4066/DF* [2017] Rosa Weber (Supremo Tribunal Federal).

54 High Court of Justice, [2009], *Resp n 1000731-RO*, Antonio Herman Benjamin. Wedy (n 40). PP. 107-108.

onmental movement in South Africa seems to have turned to courts to a minor extent when compared to Brazil. On the one hand, only few NGOs have predominantly brought environmental and climate-related disputes to South African courts. The relative minor engagement might have to do with the fact that there is only a limited number of public interest organisations in the country, and their expansion is hindered by severe resource and knowledge constraints as well as by the politico-legal environment.⁵⁵ On the other hand, public interest organisations have joined efforts with legal advocacy networks, research institutes and social movements since the late 1980s in the attempt to remedy the structural inequalities in the country through strategic litigation. In some cases, with far-reaching impacts, such as “the massive expansion of access to HIV/AIDs medicine, the dramatic drop in large-scale urban evictions, and the expansion of the system of social grants to marginalised groups.”⁵⁶ Hence, one could hope that the climate and environmental litigation movement will be able to harness the lessons learnt by previous social movements that, during the past decades, successfully engaged in public interest cases.

From a procedural perspective, section 38 of the South African Constitution provides the legal basis for public interest litigation and class actions, allowing to file a case “in the public interest” and to associations to act in the interest of their members.⁵⁷ Although public interest litigation is not yet common in the African continental context, section 38 of the South African Constitution provides legal standing (*locus standi*) for class action and public interest litigation.

Additionally, the South African jurisdiction also provides legal avenues to file private cases to different legal entities, including individuals and associations, notably based on tort (*delict*) law.⁵⁸ No doubt, other robust legislative frameworks that develop or amend laws to mainstream climate change into their empowerment and planning provisions could further

55 David Cote and Jacob Van Garderen, ‘Challenges to Public Interest Litigation in South Africa: External and Internal Challenges to Determining the Public Interest’ (2011) 27 *South African Journal on Human Rights* 167.

56 Malcolm Langford et al. (eds), *Socio-Economic Rights in South Africa: Symbols or Substance?* (Cambridge University Press 2014). P. 454.

57 Cote and Van Garderen (n 55).

58 Oliver C Ruppel, ‘South Africa: Climate Change, Responsibility and Liability - the Legal System, Public and Private Law Considerations’, *Climate Change, Responsibility and Liability* (Nomos 2022).

facilitate effective design and implementation of climate change response options.

Regarding substantive law, South Africa's constitution and national legislation lay relevant grounds for holding the state accountable over climate change action and/or inaction. Due to space constraints, we will limit ourselves to mention a few of them. Section 24 of the South African Constitution includes an environmental right into the Bill of Rights, providing that 'everyone has the right to an environment that is not harmful to their health or wellbeing and to have the environment protected through reasonable legislative measures.' Section 24 further provides that the environment should be protected for current and future generations through reasonable legislative measures and additional measures that prevent pollution and ecological degradation, promote conservation and secure ecologically sustainable development and use of natural resources, while promoting justifiable economic and social development. Although not explicitly mentioned, section 24 indirectly relates to climate change, as the latter is harmful to the environment and can detrimentally implicate citizens' health and wellbeing. Further, climate change is a result of pollution and leads to ecological degradation, suggesting that there is a need for legislation that relates to climate change specifically. Hence, section 24 implicitly requires the South African government to also address climate change and its corresponding impacts.

This is of particular importance regarding natural resources is section 24(b)(iii), according to which measures need to be taken to prevent pollution and ecological degradation, promote conservation and secure ecologically sustainable development and use of natural resources while promoting justifiable economic and social development. Such measures include legislative measures in the form of statutory law, but also other measures implemented by the executive branch, such as policies and programmes.⁵⁹

Secondly, the National Environmental Management Act 107 of 1998 (NEMA)⁶⁰ contains the general principles which should orient the government and administrative decision-making on environmental matters. As such, it has been defined as the "the backbone of South African environmental law", and it provides an important basis for climate lawsuits. Importantly, the Act adopts a people-centred approach to environmental

59 *ibid.*

60 Chapter 1 of the Act.

action and affirms that the latter shall be pursued in a way compatible with environmental justice to avoid worsening the living conditions of already vulnerable and disadvantaged persons. Such principles shall be interpreted in conjunction with the state's responsibility to promote, respect and fulfil socio-economic rights.⁶¹

Moreover, in terms of administrative law, section 6 of the Promotion of Administrative Justice Act 3 of 2000 (PAJA) gives effect to the right to review administrative action, which must be lawful, reasonable and procedurally fair as per section 33 of the Constitution. Such administrative action is supported by section 31 of NEMA, which provides for access to environmental information and the protection of whistle-blowers.

Additionally, chapter 5 of NEMA provides for integrated environmental management and enshrines the environmental impact assessment regime, i.e., the key regulatory instrument to manage the impacts on new developments and activities on the environment. As noted in the literature,⁶² environmental movements have proven already well acquainted in the use of such instruments, as they have used it to for instance prevent the expansion of the nuclear industry.

Ultimately, South Africa's Climate Change Bill B9B—2022 was finally approved by the National Assembly in October 2023 and is currently under consideration by the National Council of Provinces. The Bill heralds an effective climate change response and a long-term, just transition to a low-carbon and climate-resilient economy through an effective national climate change response, including mitigation and adaptation actions.

Clause 21 of the Bill empowers the Minister, in consultation with Cabinet, to determine, by notice in the Gazette, a national greenhouse gas emissions trajectory for the Republic. Until such time as the Minister publishes a national greenhouse gas emissions trajectory, the latest updated Nationally Determined Contribution serves as the trajectory. Among other provisions, clause 21 might turn into a relevant basis for (*Urgenda*-style) climate lawsuits. The clause provides for the mandatory review of the trajectory every five years as well as for a review at any other time should the circumstances require.

Finally, several characteristics of the South African judiciary might encourage movements to turn to courts and help them succeed in climate-re-

61 Ruppel (n 58). P. 219

62 Langford et al. (n 56). P. 427.

lated claims. To begin with, the South African judiciary has been praised for its independence and internal diversity, especially in comparison to other post-transitional states.⁶³ Further, the South African courts have been open and supportive of the use of strategic litigation as a tool for democratic accountability. In *Mazibuko v. City of Johannesburg*, Justice Kate O'Regan affirmed that, by providing citizens with tools to review public policies, "(socio-economic rights) enable citizens to hold the government accountable not only through the ballot box, but also, in a different way, through litigation."⁶⁴

Finally, both international and comparative law occupy a role in domestic judicial review. Such provides section 39(1)(b) of the Constitution that international law must be considered when a court interprets the Bill of Rights. On one hand, the international climate framework, embedding global targets and general principles for climate action, represents a necessary baseline for the judicial review of any national climate policy. On the other hand, a court's openness to comparative references might be transformative in climate cases, given the relative novelty of the field and the existence of ground-breaking precedents at the transnational level.

Finally, the South African judiciary is known for having developed an extensive case law on socio-economic rights and, as a result, an "intellectually robust" methodology for their review.⁶⁵ Despite the existence of contrasting views on the transformative impact of such jurisprudence,⁶⁶ it has been argued that the socio-economic rights jurisprudence might provide a solid basis for cases brought on behalf of the most marginalised groups, whose vulnerabilities risk to be amplified by climate change.⁶⁷ Among others, the engagement remedy, if well developed, might provide an interesting basis to "assist adverse parties", such as environmental movements, the fossil fuel industries and relatively inert administrations, to find "mutually acceptable

63 Cote and Van Garderen (n 55). P. 172.

64 Brian Ray, 'Proceduralisation's Triumph and Engagement's Promise in Socio-Economic Rights Litigation' (2011) 27 South African Journal on Human Rights 107.

65 *ibid.*

66 Marius Pieterse, 'Possibilities and Pitfalls in the Domestic Enforcement of Social Rights: Contemplating the South African Experience' (2004) 26 Human Rights Quarterly 882; Langford and others (n 56); Daniel Bonilla Maldonado (ed), *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia* (Cambridge University Press 2013).

67 César Rodríguez-Garavito, 'Human rights: The global south's route to climate litigation' (2020), 114 AJIL Unbound 40, P. 40.

solutions.”⁶⁸ This requires the engagement of the involved parties, including affected and marginalised populations, and civil society groups, in the implementation of the judicial order.⁶⁹

3. Legal innovation in climate judgements

3.1. Brazil

Over the last few years, the Brazilian judiciary, particularly the Supreme Court, worked towards setting constitutional boundaries to environmental and climate deregulation. The most recent stream of climate activism has taken place in the context of a dramatic regression in the country's environmental policy.⁷⁰ As noted, during Bolsonaro's mandate, Brazil's environmental agenda, which in the past had stood out for its protective and markedly ecological character, was marked by an ommissive and permissive attitude, openly anti-environmental conducts, including the diversion of environmental funds and the permission of illegal extractive activities in conservation areas and indigenous territories, especially in the Amazon Forest.⁷¹ The results of such policies have recently become more vivid than ever, as the images of the humanitarian crisis hitting the Yanomami people in the Amazon have become of public dominion, showing the effects of years of illegal gold mining in indigenous reserves.⁷²

It is in this context that, in two direct constitutional lawsuits, namely the Action for the Violation of a Fundamental Precept (ADPF) no. 708 and 760, Supreme Court Justices *Carmen Lucia* and *Luis Roberto Barroso*, recognised as unconstitutional the government's failure to combat climate change and protect climate vulnerable groups. In the ADPF no.760

68 Ray (n 64). P. 125.

69 *ibid.*, p. 111, Lilian Chenwi and Kate Tissington, *Engaging Meaningfully with Government on Socio-Economic Rights: A Focus on the Right of Housing* (Trident Press 2010).

70 Mello Neiva and Mantelli (n 8). PP. 349- 351.

71 Ingo Wolfgang Sarlet and Thiago Fensterseifer, 'Direito Fundamental Ao Clima Estável, Litigância Climática e ADPF n. 708/DF', *STF e as mudanças climáticas: contribuições para o debate sobre o Fundo Clima (ADPF 708)* (Telha 2021). PP. 333-334.

72 Sanya Mansoor, 'Why Lula Accused Bolsonaro of "Genocide" Against Brazil's Yanomami People' (Time, 23 January 2023) <<https://time.com/6249369/lula-accuses-bolsonaro-genocide-yanomami/>>.

and 708,⁷³ also known as *PSB et al v. Brazil (Deforestation and Human rights case)* and *PSB et al v. Brazil (Climate Fund case)*, the Federal Supreme Court noted that the government's failure to, respectively, control deforestation and protect human rights and use public funds for climate policies constituted an "unconstitutional state of affairs". Using a legal instrument originally found in the Colombian case-law, Justice *Carmen Lucia* described Bolsonaro's policies as "a reiterated omission [...] triggering a continuous and serious offense to fundamental rights."⁷⁴ Moreover, in the *Climate Fund case*, even recognising the government's discretion on matters of public finance, the court stressed the importance of judicial intervention in a context of "worrying and persistent" degradation of the rights to life, health, and food security, as a result of climate inaction.⁷⁵ Thus, in the two actions, the Supreme Court expressly recognised the judiciary's duty to act in the context of a systematic violation of constitutional duties and rights. Furthermore, the two judicial decisions requested to give full material implementation to the climate and environmental laws and standards set by previous governments.

3.1.1. Substantive law: Direct and indirect effects

Besides their direct outcome, the two cases are worth analysing for their indirect effects, namely, for their potential to break new legal ground, both in the Brazilian legal system and abroad. To start with, the two judicial decisions were quite original to the extent that they applied doctrines and mechanisms which had previously been used only in a handful of environmental cases. In the *Deforestation and Human Right case*, *Carmen Lucia* interpreted the governments' duties in light of the principle of non-regression in environmental law. The principle prohibits the adoption of legislative or administrative measures whose objective is to downgrade consolidated environmental standards.⁷⁶ Furthermore, the Supreme Court interpreted the principle of non-regression as implying that environmentally regressive policies are to be submitted to a rigorous constitutional review. Hence,

73 *PSB et al. v. Brazil (on Climate Fund)* (n 12); *PSB et al. v. Brazil (on deforestation and human rights)* (n 11).

74 *PSB et al. v. Brazil (on deforestation and human rights)* (n 12). P. 142, par. 80; P. 152, par. 84.

75 *PSB et al. v. Brazil (on Climate Fund)* (n 12). P. 7, par. 15.

76 *PSB et al. v. Brazil (on deforestation and human rights)* (n 12). PP. 50-51; par. 30.

public authorities responsible for regressive policies will have to justify them according to the principle of proportionality.

Despite having been previously applied to environmental cases and largely debated in the literature,⁷⁷ the principle had never been used in the climate context before. Nonetheless, its application in a climate case might have important legal consequences both on national and transnational climate litigation and policy. Concerning domestic litigation, the principle has already been used in *Laboratorio do Observatorio do Clima v. Minister of the Environment*, where the claimants requested to change the government's last NDCs due to its regressive character. If applied in this context, the principle might provide a constitutional argument for the application of the principle of progression of the NDCs enshrined in the Paris Agreement (art. 4 (3)). More generally, the principle of non-regression in environmental law might constitute a tool against political majorities willing to backslide on climate protective standards. In this way, the principle might turn out to be a constitutional limit to the "tyranny of the contemporary", in the context of a super-wicked problem as climate change, where least affected political and economic elites have the power to irreversibly impact the living conditions of large segments of vulnerable populations, future generations, and not-human beings.⁷⁸

In the *Climate Fund* case, on the other hand, Justice *Barroso* found that the state has a constitutional duty to use the public funds allocated to climate policies. To put it in the words of *Araujo Suely*, director of the Brazilian Climate Observatory, "the government does not have the right to opt for a non-public policy in this field."⁷⁹

Justice *Barroso* found that this obligation derives from the state's duty to protect climate stability (art. 225 of the Brazilian Constitution), and to respect the international commitments arising from human rights treaties,

77 Ingo Wolfgang Sarlet and Thiago Fensterseifer, *Direito Constitucional Ambiental* (Revista dos Tribunais). P. 302. According to the authors, the principle finds its foundation in the welfare state, the principle of human dignity, the principle of legal certainty, and finally, in the international law principle of progression of the economic, social and cultural rights. P. 302.

78 Stephen Mark Gardiner, *A Perfect Moral Storm the Ethical Tragedy of Climate Change* (Oxford University Press 2011); Richard Lazarus, 'Super Wicked Problems and Climate Change: Restraining the Present t Liberate the Future' (2009) 194 Cornell L. Rev.1153.

79 'STF Decides That the Paris Agreement Is a Treaty of Human Rights in Brazil' (*Instituto Clima e Sociedade*, 3 February 2023).

provided at art. 5.2 of the Constitution. According to the latter, national laws can be submitted to constitutional review when in conflict with human rights treaties. *Barroso's* argument was just relatively original, as he applied an interpretative mechanism which had previously been used in a Supreme Court decision regarding workers' exposure to asbestos. In the *Asbestos* case, Judge *Rosa Weber* noted for the first time that, falling into the category of human rights treaties, environmental treaties also enjoy supra-legal character.⁸⁰ Expanding on that argument, Justice *Barroso* noted that, given its role in protecting human rights, Paris Agreement is to be deemed as a human rights treaty, having supra-legal character in the Brazilian legal system.⁸¹ In this way, the Supreme Court transformed the Paris Agreement into a constitutional parameter for the review of laws and administrative omissions, with the implication that any new climate act or law, including NDCs, could now be invalidated when found to be in contrast with the Paris Agreement.⁸² In that sense, the decision might have important effects on pending cases both in Brazil and elsewhere, if other litigators pursue the same argument.⁸³ This would be particularly influential in Latin American jurisdictions, where international human rights treaties are mostly recognised as directly applicable to the domestic legal systems.⁸⁴ Furthermore, the decision also tackled the way in which funds are allocated, indicating that they should be preferentially used to address the most important sources of GHG, i.e., deforestation and land use change.⁸⁵ This implies that the Supreme Court in the future might be able to interfere not only with failure to use public funds, but also with their mismanagement, if they are found to be used for irrelevant projects.

80 *ADI 4066/DF (Asbestos case)* [2017] Rosa Weber (Federal Supreme Court). Notably, the Supreme Court recognized the Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal as a human rights treaty. P. 41.

81 *PSB et al. v. Brazil (on Climate Fund)* (n 12). Par. 17.

82 Maria Antonia Tigre, 'Advancements in Climate Rights in Courts around the World' (*Climate Law Blog of the Sabin Center for Climate Change Law*, 1 July 2022) <<https://blogs.law.columbia.edu/climatechange/2022/07/01/advancements-in-climate-rights-in-courts-around-the-world/>>.

83 Isabella Kaminski, 'Brazilian Court World's First to Recognise Paris Agreement as Human Rights Treaty' (*Climate Home News*, 7 July 2022) <<https://www.climatechange.news.com/2022/07/07/brazilian-court-worlds-first-to-recognise-paris-agreement-as-human-rights-treaty/>>.

84 Juan Auz, 'Human Rights-Based Climate Litigation: A Latin American Cartography' (2022), 13 *Journal of Human Rights and the Environment* 114, 122-125.

85 *PSB et al. v. Brazil (on Climate Fund)* (n 12). Par. 35.

3.1.2. Procedural law: Direct and indirect effects

On a procedural level, in the two aforementioned decisions the Supreme Court seemed animated by an intent to make the decision-making process as plural and democratic as possible. In an unprecedented way in climate litigation, in the *Climate Fund* case, the Supreme Court held a public hearing calling interested parties to provide their perspectives and expertise on climate change in Brazil. In the hearing, described by some as a crucial moment in the context of the country's increasing polarisation,⁸⁶ sixty-six experts including scientists, activists, politicians, indigenous people, representatives of the agri-business and financial sector presented their views for their consideration in the case.⁸⁷

Furthermore, the remedies requested in both decisions presented a marked dialogic character. According to a distinction made by *Rodríguez-Garavito*, when imposing dialogic remedies, Courts tend to “set broad goals and specific implementation paths, through e.g. deadlines and progress reports, while leaving substantive decisions and detailed outcomes to government agencies”.⁸⁸ By interfering with policy matters to a limited extent, while submitting them to review and monitoring, dialogic remedies have been praised for their institutional legitimacy⁸⁹ and higher effectiveness.⁹⁰ In the *Deforestation and Human Rights* case, Justice *Carmen Lucia* ordered to adopt two plans aiming to, respectively, implement the existing deforestation policies and provide adequate resources to monitor and control deforestation. The Supreme Court Justice also indicated an implementation path, including standards, targets, and time frames to adopt the two plans. Moreover, she requested an online publication of the new plans to allow the

86 Joana Setzer, ‘First Climate Case Reaches Brazil’s Supreme Court’ (LSE, 30 September 2020) <<https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/news/first-climate-case-reaches-brazils-supreme-court/>>.

87 Caio Borges and Pedro Henrique Vasques, *STF e as Mudanças Climáticas: Contribuições Para o Debate Sobre o Fundo Clima (ADPF 708)* (Telha 2021). The book contains a collection and the elaboration of the experts’ views presented in the public hearing.

88 César Rodríguez-Garavito, ‘Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America’ (2011), 89 *Texas Law Review* 1669.1676.

89 Roberto Gargarella, ‘Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?’, *Deliberative democracy and its discontents* (Routledge 2006). Rodríguez-Garavito, ‘Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America’ (n 89). P. 1687.

90 Rodríguez-Garavito, ‘Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America’ (n 89). P. 1676.

monitoring of their implementation. On the other hand, in a concurring opinion in the *Climate Fund* case, Minister *Edson Fachin* considered that the government should be obliged to publish a report on its use of the climate funds, including its distribution in different policy sectors.

3.2. Assessing the impacts of climate litigation in Brazil: Comparative and critical remarks

When looked at in the transnational litigation context, the two proceedings seem to bring one step forward the legal conversation about the state's duties to climate protection. Compared to the *Neubauer* decision in Germany, the Brazilian Supreme Court provided that the state has a duty to justify its own policies, when allegedly in contrast with the Paris Agreement or regressive. In the German decision, conversely, the Federal Constitutional Court denied the existence of an independent duty to justify its policies, while admitting the state's duty to take into account the interference with the citizens' constitutional rights in the future.⁹¹ Moreover, while the German Constitutional Court attributed constitutional relevance to the temperature targets set in the Paris Agreement,⁹² the Supreme Court in Brazil constitutionalised the climate treaty as a whole.

A second peculiarity in Brazilian litigation has to do with the involvement of civil society actors during the proceedings of direct constitutional complaints. In the two analysed cases, political and non-governmental representatives, as well as experts and business actors, participated in the trial, either as plaintiffs, *amici curiae* or external experts. Differently from European cases, where climate lawsuits were seldom filed by coalitions of different organisations or involved public hearings, in the Brazilian case the involvement of different actors in the framing of the cases might have led to a more holistic diagnosis of the climate problem in the courtrooms. While European lawsuits, referred to the governments' failure to tackle climate

91 *ibid.*

92 *Neubauer et al v. Germany* [2021], Federal Constitutional Court, Order I BvR 2656/18, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20. Cf. par. 196-197, "However, the legislator does remain obliged to limit the temperature increase to preferably 1.5°C – a target that it formulated when specifying Art. 20a GG (a). [...] Art. 20a GG is a justiciable legal provision designed to commit the political process to a favouring of ecological interests, partly with a view to future generations who will be particularly affected". Cf. also Matthias Goldmann, 'Judges for Future' (Verfassungsblog: On Matters Constitutional, 30 April 2021).

change as a matter of non-compliance with national and international emission targets, the two Brazilian cases indicated the systematic ways and sectors in which the government had failed its duty to tackle deforestation.

Finally, the *Deforestation and Human Rights* case, by imposing strict transparency requirements, laid the conditions for a wide public participation in monitoring the decision's implementation. By doing so, the Brazilian Court joined a transnational procedural trend, possibly adding a more democratic note to it. Besides Brazil, Courts have been setting dialogic remedies, imposing standards, targets, and time frames for the adoption of effective climate policies, in leading cases in Pakistan, Colombia, France, Germany, Ireland.⁹³ In that sense, the Brazilian decision brings a quite innovative trend to the climate litigation landscape in the country, which will potentially be strengthening the domestic climate movement.

To conclude, the two decisions have the potential to trigger some significant legal innovation at the transnational level. The transformation of the Paris Agreement into a constitutional parameter, the application of the principle of non-regression to climate policies, and the wide public participation in the proceedings, observed in the two cases, might encourage global litigators and courts to use similar strategies and arguments. On the other hand, on the national level, the political effects of the two decisions are hard to predict, as they were soon followed by the re-election of Lula, i.e., the leader of the political party that had adopted the Climate Fund and the Plan for the Prevention and Control of the Deforestation in the Amazon. Just a few days after his re-election, Lula already restored the authority of IBAMA, revoked a decree allowing mining in indigenous reserves, and unfroze another important finance mechanism, i.e., the Amazon Fund. However, as noted by many, the full adoption of Lula's ambitious climate policies is likely to be hampered by the Congress, as Bolsonaro's allies obtained control of half of the chambers.⁹⁴ A law recently passed by the Congress against a ruling of the Supreme Court and the presidential veto, and denying indigenous peoples their claims to the

93 *Leghari v. Federation of Pakistan* (Lahore District Court) 2550115; *Castilla Salazar and Others v. the State of Colombia* (Supreme Court of Colombia) C-035/16; *Notre Affaire à Tous v. France* [2021] Tribunal Administratif de Paris N°1904967, 1904968, 1904972 1904976/4-1; *Neubauer et al v. Germany* (n 93); *Friends of the Irish Environment v Ireland* [2019] High Court of Ireland 793/17.

94 Meghie Rodrigues, 'Will Brazil's President Lula Keep His Climate Promises?' (2023) 613 *Nature* 420.

ancestral lands occupied before 1988, would seem to give reason to those warnings.⁹⁵

3.3. South African climate litigation: Between continuity and innovation

Climate cases in South Africa can be described as a successful experiment: among the nine cases filed until today, several positive judicial decisions can be recorded. In several cases, the judiciary decided in favour of climate protection, leading to the halt of carbon-intensive projects, and establishing legal precedents at the internal and transnational level. In the *Thabametsi* case, Earthlife Africa, a local environmental NGO, sought to invalidate the authorisation of a coal-fired power plant, given the governmental authorities' failure to consider its contribution to the global GHG emissions, and thus, to climate change. The South African High Court Gauteng Division, Pretoria considered the EIA process as invalid, having interpreted relevant National Environmental Management Act provisions in conjunction with the constitutional environmental rights and the international commitments taken under the Paris Agreement. The decision is the first climate case in which a South African Court recognised climate change as a relevant issue to take in consideration in (all) developmental decisions.⁹⁶

Besides its immediate effects, the judgement triggered similar cases against other coal projects, gas-powered plants, exploration activities and development plans, which mostly followed a similar legal reasoning and mainly relied on EIA as a legal basis. Such tendency is not surprising, as EIA laws have been a dominant legal basis in projects-based litigation, and in many jurisdictions where such cases have been filed. In such cases climate change has been considered as a relevant matter to be considered during the authorisation process. As noted by *Medici-Colombo*, “[...] in most of the jurisdictions where the issue has been raised (United States, Australia, South Africa, Kenya, India, Mexico) courts have recognised that, even in the absence of express normative requirement, climate change must

95 See Constance Malleret, ‘Controversial Brazil Law curbing indigenous rights comes into force’, (The Guardian, 28 December 2023), <<https://www.theguardian.com/world/2023/dec/28/brazil-law-indigenous-land-rights-claim-time-marker>>.

96 Ruppel (n 58) with further references.

be part of authorities' considerations about projects, specifically through the EIA processes."⁹⁷

Section 24(a) and (b) of the South African Constitution recognises the right to an environment that is not harmful to health or wellbeing and to have the environment protected, for the benefit of present and future generations, through measures that secure ecologically sustainable development and use of natural resources. Section 24(4) of NEMA requires that the potential consequences of proposed listed activities be assessed, and that any application must, in terms of section 24(4)(b), include *inter alia* the investigation of the potential consequences on the environment. Section 24O NEMA provides the criteria to be taken into account by authorities when considering environmental approvals. These include all relevant factors, which may comprise pollution, environmental impacts or environmental degradation likely to be caused if the application is approved and measures that may be taken to protect the environment.⁹⁸

Furthermore, in South Africa, the environment for climate litigation is conducive where the legal system follows the rule of precedent, which is established by previous court decisions providing that such decisions are seen as authoritative rather than merely persuasive.⁹⁹ Moreover, when it comes to the interpretation of Bill of Rights in terms of section 39(1) of the Constitution, South African courts must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; must consider international law; and may consider foreign law. In addition, in terms of section 39(2) of the Constitution, South African courts when interpreting any legislation, and when developing the common law or customary law (...) must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights.

Such for example in the *Thabametsi* case, it was made clear that NEMA must be interpreted consistently with international law, arising from the obligation contained in section 233 of the Constitution, which enjoined the court to confer an interpretation of legislation consistent with international law. The court, therefore, considered that international agreements to which South Africa was a party, such as the United Nations Framework

97 Gastón Medici-Colombo, 'You Cannot Be Serious! Crisis Climática, Autorización de Proyectos Carbono-Intensivos y Su Control Judicial' (Tesis Doctoral, Universitat Rovira i Virgili, 2021). P. 400.

98 Ruppel (n 58).

99 *ibid.*

Convention on Climate Change (UNFCCC) and its Paris Agreement.¹⁰⁰ So far, the *Thabametsi* judgment is the most prominent precedent for climate litigation in South Africa.

Following *Thabametsi*, in the *Philippi case*, the Western Cape High Court invalidated the authorisation for a development project in finding that the scoping and environmental impact assessment process was non-compliant with sections 24(4) and 24O of NEMA, read with the relevant regulations, and that relevant considerations were not taken into account in granting such authorisation.

The application was brought under the Promotion of Administrative Justice Act 3 of 2000 (PAJA) for the review of the environmental authorisation granted for the proposed development and the subsequent refusal of an appeal. PAJA is aimed at establishing the right to legitimate, fair and procedurally just administrative action in terms of section 33 of the Constitution. Although the development was not itself an activity that would contribute to climate change, the court addressed the potential impact of climate change, and consequent water shortage, on the aquifer if the proposed development (with an associated effect on water run-off and absorption) were allowed. In that respect, the *Philippi case* was groundbreaking, insofar as climate change was again recognised as a relevant factor, even though the activity did not itself bear upon or contribute to climate change.¹⁰¹ The court made reference to the rights set out in section 24 of the Constitution and the provisions of NEMA and its regulations, requiring consideration of the impact in relation to the aquifer as a large underground natural resource, its state, future and impact on issues related to water scarcity and climate change.¹⁰²

In the *Philippi case*, the court further concluded that section 36 of the Land Use Planning Ordinance required the decision-makers to take into account all relevant considerations in connection with the preservation of the natural environment making the *Philippi case* a potential model for future legal challenges, where development activities are assessed in the wider context of environment, development and socio-economic vulnerabilities.

100 *Earthlife Africa Johannesburg v. Minister of Environmental Affairs (Thabametsi Power Project)*, [2017] High Court (Gauteng Division) (n 18) par. 35, 87.

101 *Philippi Horticultural Area Food & Farming Campaign and Another v. MEC for Local Government, Environmental Affairs and Development Planning: Western Cape and Others* (n 21) par. 56.

102 *ibid*, par. 130.

This is especially important in South Africa, where competing socio-economic demands continue to outweigh the need for urgent climate change response. Although South Africa's Just Transition Framework aims to ensure that the shift to a low-carbon economy does not leave any communities or workers behind and considers the social and economic impacts of the transition towards a more sustainable and inclusive economy,¹⁰³ it is still one of the unequal societies in world.¹⁰⁴

As pointed out by *Birsha Ohdedar*, when recognising climate vulnerability as a factor dependent on socio-economic conditions and power relations, climate cases might have wider transformative effects.¹⁰⁵ For example, adaptation cases regarding droughts and water scarcity, might not only focus on climate related measures, but also on their socio-economic context, and thus, for example, tackle poverty alleviation and welfare-mechanisms.¹⁰⁶

Following an argument by *Rodríguez-Garavito*, the climatisation of human rights "entails addressing the impacts of global warming on environmental and social rights (ESR) and ensuring that climate action follows ESR norms regarding substantive and procedural equity."¹⁰⁷ The framework elaborated by *Rodríguez Garavito*,¹⁰⁸ the symbolic impacts of a strategic case might include defining a known problem as a human rights violation and shifting visions about its urgency and gravity. In this case, the Court might contribute to reframe the problem of seismic survey in a vulnerable territory as a human rights violation, while at the same time providing a holistic understanding of it as an economic, environmental, spiritual and cultural issue.

In *Sustaining the Wild Coast*, environmental NGOs and affected coastal communities succeeded in blocking Shell from conducting seismic exploration for oil and gas in a sensitive coastal region. The High Court set aside

103 Presidential Climate Commission 'A framework for a just transition in South Africa' (2022).

104 Cf. World Bank, 'The World Bank in South Africa' <www.worldbank.org/en/country/southafrica/overview> accessed 24 June 2023.

105 Birsha Ohdedar, 'Climate Adaptation, Vulnerability and Rights-Based Litigation: Broadening the Scope of Climate Litigation Using Political Ecology' (2022) 13 *Journal of Human Rights and the Environment* 138. P. 145.

106 *ibid.*

107 César Rodríguez-Garavito, 'Climatizing Human Rights: Economic and Social Rights for the Anthropocene' in Malcolm Langford, and Katharine G. Young (eds) *The Oxford Handbook of Economic and Social Rights* (Oxford, 2022).

108 Rodríguez-Garavito (n 89).

Shell's exploration rights on multiple grounds, both procedural and substantive, including the absence of any climate change impact assessment. The court held that this assessment was required to determine the need or desirability for further gas and oil exploration. The part of the decision in which the court reiterates the role of communities' and particularly Mr *Zukulu's* statements are particularly remarkable:

“The applicant communities contend that they bear duties and obligations relating to the sea and other common resources like our land and forests; it is incumbent on them to protect natural resources, including the ocean, for present and future generations; the ocean is the sacred site where their ancestors live and so have a duty to ensure that their ancestors are not unnecessarily disturbed and that they are content. If there is a potential for disturbance, they contend, they must be given the opportunity to follow their customary practices for dealing with the anticipated disturbance. In his affidavit, [...] Mr *Zukulu* has also averred that, even as lay persons, they are already seeing signs of climate change in his area: their agriculture is becoming more challenging as they experience much more unpredictable weather patterns and more extreme weather events such as more droughts and heavier downpours of rain. Their livestock is sick more often. As a coastal community, they are very concerned about the prospect of rising sea levels.”¹⁰⁹ The court granted an interim order to block the exploration, followed by a final order setting aside the grant of exploration rights, which is under appeal.¹¹⁰

Ultimately, the sample of South African cases is still too small to draw firm conclusions, but litigants seem to benefit from and implemented the lessons of public interest lawyering in South Africa, including the need for strong client organisation, movement building, long-term strategy, and information-sharing. On the one hand climate litigation in South Africa has demonstrated the power of a rights-based approach, where litigants tend to have greater success when climate concerns are (also) connected to human rights obligations.¹¹¹ On the other hand, South Africa's contemporary econ-

109 *Sustaining the Wild Coast NPC and Others v. Minister of Mineral Resources and Energy and Others* (n 25).

110 Chris McConnachie, 'Why Climate Litigation in South Africa Matters', available at <<https://blogs.law.columbia.edu/climatechange/2023/06/21/why-climate-litigation-in-south-africa-matters/>> accessed 15 January 2024.

111 *ibid.*

omy, viewed through the lenses of climate justice, still projects the injustices of the past onto future generations because the burdens of mining and coal are still disproportionately borne by the poor, exacerbating the unjust legacies left behind by apartheid.¹¹²

4. Conclusion and final comparative remarks

In Brazil as well as South Africa, at least to some extent, climate litigation rose and grew over the past recent years. Both jurisdictions provide a solid environmental legal framework, constitutional environmental rights, and accessible procedures for litigating environmental and climate conflicts. Moreover, since their transition towards democracy, the respective judiciaries have been receptive to the legal mobilisation of human rights by civil society organisations.

Nonetheless, it must be recognised that in the two countries, but especially in Brazil, climate litigation occurred through an unprecedented mobilisation. Due to resource and legal constraints, environmental movements had previously seldom resorted to litigation. Against that background, the extensive deregulation under the Bolsonaro government seemed to incentivise diverse social movements to join their efforts, and the Supreme Court to treat the climate matter with special urgency and thoroughness.

When looked at within the framework of *Peel* and *Lin's* analysis, Brazil and South Africa seem to be only partially “typical cases” of climate litigation in the global south. In the two countries, climate-related arguments increasingly appear to be at the centre, rather than at the periphery of the case, a peculiarity that had been associated to cases filed in the global north. Moreover, while South African lawsuits are by a large majority project-based, many Brazilian cases filed under Bolsonaro presented a “structural” nature, targeting the government’s systemic inaction on deforestation and climate change. Additionally, climate litigation was by its largest part supported by a coalition of domestic movements, universities, and funding organisations, and only to a minor extent by north-south partnerships. On the other hand, according to general trends in the global south, most of such lawsuits are based on environmental and climate laws (i.e., EIA),

112 Cf. Ramin Pejan, ‘South Africa’s Youth Take on Coal and the Climate Crisis’ (*Earth Justice*, 9 December 2021) <<https://earthjustice.org/from-the-experts/2021-december/south-africas-youth-take-on-coal-and-the-climate-crisis>> accessed 23 December 2023.

human rights, and the Paris Agreement, and aim to enforce existing laws or standards. Hence, while partially consistent with academic predictions, the development of climate litigation in Brazil and South Africa offers innovative insights to the transnational litigation movement and its observers. In fact, as one manifestation of strategic litigation, climate cases can produce effects on legal, political, but also immaterial and symbolic dimensions.

Regarding Brazil, the Supreme Court's application of the principle of non-regression to the state's duty to mitigate climate change, and the affirmation of the supra-legal status of the Paris Agreement may provide authoritative guidance in further climate cases. Similarly, the mainstreaming of climate change considerations into developmental policies, consistently affirmed in South African climate cases, may have significant impacts in both global south and north countries. Furthermore, the analysed cases may trigger less visible but similarly impactful effects on a procedural and symbolic level.

From a procedural perspective, the Brazilian Supreme Court's use of public hearings and dialogic remedies has been deemed particularly strategic to legitimise judicial intervention in a context of increasing political polarisation. On a symbolic level, both the Brazilian and South African cases have also been able to re-frame climate change as a systemic and complex issue, by relying on the human rights frame, as well as referencing indigenous and local epistemologies around nature and climate change. These climate litigation efforts have the potential to also increase the levels of legal certainty and general awareness while at the same time promoting social justice. South Africa's as well as Brazil's contemporary economy, viewed through the lenses of climate justice, still projects many injustices of the past onto present and future generations.¹¹³

Hence, the present comparative analysis warns us against placing a blind trust into general typologies. Abrupt political changes, economic crises, and sometimes individual actors are able to change the course of an otherwise predictable history. It remains to be seen how new political scenarios and legal developments will affect climate litigation and its impacts in the two countries and abroad in the future. For the time being, our analysis has shown that in Brazil and South Africa, strategic climate litigation has successfully established itself in the global south as an instrument to fight environmental and climate backsliding with adverse impacts on the living conditions of most vulnerable populations.

113 With further references Ruppel (n 58).

Bibliography

Literature:

- Alessi G, 'Salles vê "Oportunidade" Com Coronavírus Para "Passar de Boiada" Desregulação Da Proteção Ao Meio Ambiente' (*El Pais*, 22 May 2020) <<https://brasil.elpais.com/brasil/2020-05-22/salles-ve-oportunidade-com-coronavirus-para-passar-de-boiada-desregulacao-da-protecao-ao-meio-ambiente.html>>
- Assis MP, 'Strategic Litigation in Brazil: Exploring the Translocalisation of a Legal Practice' (2021) 12 *Transnational Legal Theory* 360
- Auz J, 'Human Rights-Based Climate Litigation: A Latin American Cartography' (2022) 13(1) *Journal of Human Rights and the Environment* 114
- Barroso LR, 'Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política No Brasil Contemporâneo', *As novas faces do ativismo judicial* (Jus Podium 2011)
- Bonilla Maldonado D (ed), *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia* (Cambridge University Press 2013)
- Borges C and Henrique Vasques P, *STF e as Mudanças Climáticas: Contribuições Para o Debate Sobre o Fundo Clima (ADPF 708)* (Telha 2021)
- Boyd DR, 'The Constitutional Right to a Healthy Environment' (2012) 54 *Environment: Science and Policy for Sustainable Development* 3
- Bruno I, 'La Causa «Giudizio Universale». Quattro Test Costituzionali Sui Poteri Del Giudice Adito' (2022), 2 *Federalismi.it*, 27 <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=47479&content=&content_author=>
- Bryner SN, 'Brazil's Green Court: Environmental Law in the Superior Tribunal de Justiça (High Court of Brazil)' (2012) *Pace Environmental Law Review* 29(2) 470
- Cote D, Van Garderen J, 'Challenges to Public Interest Litigation in South Africa: External and Internal Challenges to Determining the Public Interest' (2011) 27 *South African Journal on Human Rights* 167
- Curry I, 'Establishing Climate Change Standing: A New Approach' (2019) *Pace Environmental Law Review* 36(2) 297
- De Andrade Moreira D, Andreatta Herschmann SL, 'The Awakening of Climate Litigation in Brazil: Strategies Based on the Existing Legal Toolkit' (2021) *Direito, Estado e Sociedade* 59 172
- De Andrade Moreira D, Lima LMRT, Moreira IF, 'O Princípio Do Poluidor-Pagador Na Jurisprudência Do STF y Del STJ: Uma Análisis Crítica' (2019) 16 *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável* 367
- De Vilchez Moragues P, *Climate in Court: Defining State Obligations on Global Warming through Domestic Climate Litigation* (Edward Elgar Publishing 2022)
- Eckes C, 'Separation of Powers in Climate Cases: Comparing cases in Germany and the Netherlands' [2021] *Verfassungsblog: On Matters Constitutional* <<https://verfassungsblog.de/judges-for-future/>>
- Ekardt F, 'Climate Revolution with Weaknesses' [2021] *Verfassungsblog: On Matters Constitutional* <<https://verfassungsblog.de/climate-revolution-with-weaknesses/>>

- Fernández Egea R, Simou S, Ruda A, 'Climate Change Litigation in Spain', in Sindico F, Moïse Mbengue M (eds.), *Comparative climate change litigation: beyond the usual suspects* (Springer 2021)
- Fisher E, Scotford E, Barritt E, 'The Legally Disruptive Nature of Climate Change: Climate Change and Legal Disruption' (2017) 80(2) *The Modern Law Review* 173
- Gardiner SM, *A Perfect Moral Storm: The Ethical Tragedy of Climate Change* (Oxford University Press 2011)
- Gargarella R, 'Should Deliberative Democrats Defend the Judicial Enforcement of Social Rights?' in Marti J, Besson M, *Deliberative democracy and its discontents* (Routledge 2006)
- Kaminski I, 'Brazilian Court World's First to Recognise Paris Agreement as Human Rights Treaty' (*Climate Home News*, 7 July 2022) <<https://www.climatechangenews.com/2022/07/07/brazilian-court-worlds-first-to-recognise-paris-agreement-as-human-rights-treaty/>>
- Kelleher OF, 'Systemic Climate Change Litigation, Standing Rules and the Aarhus Convention: A Purposive Approach' (2022) 34(1) *Journal of Environmental Law* 107
- Langford M, Cousins B, Dugard J, Madlingozi T (eds.), *Socio-Economic Rights in South Africa: Symbols or Substance?* (Cambridge University Press 2013)
- Lazarus RJ, 'Super Wicked Problems and Climate Change: Restraining the Present to Liberate the Future' (2009) 94 *Cornell L. Rev.* 1153
- Lehmen A, 'Advancing Strategic Climate Litigation in Brazil' (2021) 22 *German Law Journal* 1471
- Liselot M, Reins L, 'Local Liability for Global Consequences? Climate Change Litigation in Belgium', in in Sindico F, Moïse Mbengue M (eds.), *Comparative climate change litigation: beyond the usual suspects* (Springer 2021)
- Machado PAL, *Direito Ambiental Brasileiro* (Malheiros 2005)
- Mansoor S, 'Why Lula Accused Bolsonaro of "Genocide" Against Brazil's Yanomami People' *Time* (Time, 23 January 2023) <<https://time.com/6249369/lula-accuses-bolsonaro-genocide-yanomami/>>
- McConnachie C, 'Why Climate Litigation in South Africa Matters', available at <<https://blogs.law.columbia.edu/climatechange/2023/06/21/why-climate-litigation-in-south-africa-matters/>>
- Medici-Colombo G, 'You Cannot Be Serious! Crisis Climática, Autorización de Proyectos Carbono-Intensivos y Su Control Judicial' (Doctoral Thesis, Universitat Rovira i Virgili 2021)
- Mello Neiva J, Mantelli G, 'Is There a Brazilian Approach to Climate Litigation? The Climate Crisis, Political Instability, and Litigation Possibilities in Brazil', in Rodriguez Garavito C (ed.), *Litigating the Climate Emergency: Human Rights and Climate Litigation around the World* (Cambridge University Press 2022)
- Ohdedar B, 'Climate Adaptation, Vulnerability and Rights-Based Litigation: Broadening the Scope of Climate Litigation Using Political Ecology' (2022) 13 *Journal of Human Rights and the Environment* 137.
- Peel J and Lin J, 'Transnational Climate Litigation: The Contribution of the Global South' (2019) 113 *American Journal of International Law* 679

- Pejan R, 'South Africa's Youth Take on Coal and the Climate Crisis' (*Earth Justice*, 9 December 2021) <<https://earthjustice.org/from-the-experts/2021-december/south-af-ricas-youth-take-on-coal-and-the-climate-crisis>>
- Pieterse M, 'Possibilities and Pitfalls in the Domestic Enforcement of Social Rights: Contemplating the South African Experience' *Human Rights Quarterly* (2004) 26(4) 882
- Ray B, 'Proceduralization Triumph and Engagement's Promise in Socio-Economic Rights Litigation' (2011) 27 *South African Journal on Human Rights* 107
- Republic of South Africa, 'A framework for a just transition in South Africa' (2022) Presidential Climate Commission
- Rodrigues M, 'Will Brazil's President Lula Keep His Climate Promises?' (2023) 613(7944) *Nature* 420
- Rodríguez-Garavito C, 'Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America' (2011) *Texas Law Review* 89(7)
- , 'Human Rights: The Global South's Route to Climate Litigation' (2020) 114 *AJIL Unbound* 40
- 'Climatizing Human Rights: Economic and Social Rights for the Anthropocene' [2022] in Malcolm Langford, and Katharine G. Young (eds), *The Oxford Handbook of Economic and Social Rights* (Oxford, 2022).
- Ruppel OC, 'South Africa: Climate Change, Responsibility and Liability - the Legal System, Public and Private Law Considerations', in Schulev-Steindl E, Hinteregger M, Kirchengast G, Meyer L, Ruppel OC, Schnedl G, Steininger K (eds) *Climate Change, Responsibility and Liability* (Nomos 2022) 201
- Sarlet IW, Fensterseifer T, 'Direito Fundamental Ao Clima Estável, Litigância Climática e ADPF n. 708/DF', *STF e as mudanças climáticas: contribuições para o debate sobre o Fundo Clima (ADPF 708)* (Telha 2021)
- , *Direito Constitucional Ambiental* (Revista dos Tribunais 2017)
- Sarmamento D, 'O Neoconstitucionalismo No Brasil: Riscos e Possibilidades', *As novas faces do ativismo judicial* (Jus Podium 2011)
- Setzer J, 'First Climate Case Reaches Brazil's Supreme Court' (LSE Blog, 30 September 2020) <<https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/news/first-climate-case-reaches-brazils-supreme-court/>>
- Setzer J, Borges C, Leal G, 'Public Prosecutors, Political Parties, and NGOs Are Paving the Way for Vital Climate Change Litigation in Brazil' (LSE Blog, 25 November 2020) <<https://blogs.lse.ac.uk/latamcaribbean/2020/11/25/public-prosecutors-political-parties-and-ngos-are-paving-the-way-for-vital-climate-change-litigation-in-brazil/>>
- Setzer J, Leal GJ, Borges C, 'Climate Change Litigation in Brazil: Will Green Courts Become Greener?' in Alogna I, Bakker C, Gauci J-P (eds), *Climate Change Litigation: Global Perspectives* (Brill Nijhoff 2021) <<https://brill.com/view/book/edcoll/9789004447615/BP000008.xml>>

- Setzer J, Narulla H, Higham C, Bradeen E, 'Climate Litigation in Europe. A Summary Report for the European Union Forum of Judges for the Environment' (Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment, London School of Economics and Political Science and the European Union Forum of Judges for the Environment 2022)
- Setzer J, Vanhala LC, 'Climate Change Litigation: A Review of Research on Courts and Litigants in Climate Governance' (2019) 10 Wiley Interdisciplinary Reviews: Climate Change e580
- Climaesociedade, 'STF Decides That the Paris Agreement Is a Trey of Human Rights in Brazil' (*Instituto Clima e Sociedade*, 4 July 2022) <<https://climaesociedade.org/en/stf-orders-the-government-to-resume-the-release-of-funds-to-the-climate-fund/>>
- Tigre MA, 'Advancements in Climate Rights in Courts around the World' (*Sabin Center for Climate Change Law*), 1 July 2022) <<https://blogs.law.columbia.edu/climatechange/2022/07/01/advancements-in-climate-rights-in-courts-around-the-world/>>
- Wedy G, *Litígios Climáticos de Acordo Com o Direito Brasileiro, Norte-Americano e Alemão* (Editora Jus Podium 2019)

Cases:

- Africa Climate Alliance et al., v. Minister of Mineral Resources & Energy et al. (#Cancel-Coal case)* [2021] High Court (Gauteng Division) 56907/21
- AGAPAN, INGÁ, COONATERRA-BIONATUR, CEPPA v. Copelmi Mineração Ltda and IBAMA* [2021], 9th Federal Court of Rio Grande do Sul, TCA no. 5030786-95.2021.4.04.7100/RS.
- Arayara Association of Education and Culture and the Poty Guarani Indigenous Association V FUNAI, Copelmi Mineração Ltda and FEPAM (Mina Guaíba Project and affected indigenous communities)*, [2022] 9th Federal Court of Rio Grande do Sul, ACP no. 5069057-47.2019.4.04.7100/RS
- Arayara Association of Education and Culture vs Copelmi Mineração Ltda and FEPAM (Guaíba Mine Project and hydrological risks)*, [2020] Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul, ACP no. 5049921-30.2020.4.04.7100/RS
- Castilla Salazar y otros v. Colombia* [2018], Supreme Court of Colombia C-035/16
- Conectas Direitos Humanos v. BNDES and BNDESPAR* [2022] 9th Federal Civil Court of the Federal District, ACP no. 1038657-42.2022.4.01.3400
- Earthlife Africa Johannesburg v. Minister of Environmental Affairs and Others (Thabametsi Power Project)*, [2017] High Court (Gauteng Division) 65662/16
- Earthlife Africa Johannesburg and Others v. Minister of Environmental Affairs and Others* [2020] High Court (Gauteng Division) 21559/18
- Friends of the Irish Environment v. Ireland* [2019] High Court of Ireland 793/17
- High Court of Justice*, [2009], *Resp n 1000731-RO*, Antonio Herman Benjamin
- Instituto de Estudios Amazonicos (IEA) v. Federal Government of Brazil* [2021] Federal Regional Tribunal of the 4th Region, ACP no. 5033746-81.2021.4.04.0000/PR, Vania Hack de Almeida

- Laboratorio do Observatorio do Clima v. Minister of Environment and Brazil* [2021] 7th Federal Environmental and Agrarian Court of the Judiciary Section of Amazonas, ACP no. 1027282-96.2021.4.01.3200
- Leghari v. Federation of Pakistan*, [2015], Lahore High Court, 25501/201
- Neubauer et al v. Germany* [2021], Federal Constitutional Court, Order 1 BvR 2656/18, 1 BvR 288/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 78/20
- Notre Affaire à Tous v. France* [2021] Tribunal Administratif de Paris, N°1904967, 1904968, 1904972 1904976/4-1
- Philippi Horticultural Area Food & Framing Campaign and Another v. MEC for Local Government, Environmental Affairs and Development Planning: Western Cape and Others*, [2020] High Court (Western Cape Division) 16779/17
- PSB et al. v. Brazil (on Amazon Fund)* [2023], Federal Supreme Court (pending) ADF 59/DF
- PSB et al. v. Brazil (on Climate Fund)* [2022] Federal Supreme Court ADPF no. 708, Luís Roberto Barroso
- PSB et al. v. Brazil (on deforestation and human rights)* [2022] Federal Supreme Court ADPF no. 760, Carmen Lucia
- Rede Sustentabilidade et al. v. Brazilian Congress (Complexo Termoelectrico Jorge Lacerde)* [2022] Federal Supreme Court, ADI 7095/2022
- Six Youths v. Minister of Environment and Others* [2021] 14th Federal Civil Court of São Paulo, AP no. 5008035-37.2021.4.03.6100
- Supreme Court of Brazil [2017], ADI 4066/DF, Rosa Weber
- Supreme Court of Brazil, [2018], ADI 4903/DF, Ricardo Lewandowski
- Supreme Court of Justice of Minas Gerais, *Appeal no 575998*
- Supreme Court of Justice of Rio Grande do Sul, *Appeal no 70011759842*
- Sustaining the Wild Coast NPC and Others v. Minister of Mineral Resources and Energy and Others* [2021] High Court (Eastern Cape Division) 3491/21
- Trustees for the Time Being of GroundWork v. Minister of Environmental Affairs, ACWA Power Khanyisa Thermal Power Station Ltd and Others*, [2017] High Court (Gauteng Division) 61561/17
- Trustees for the Time Being of the Groundwork Trust v. Minister of Environmental Affairs, KiPower Ltd, and Others*, [2017] High Court (Gauteng Division) 54087/17

Teil II:
Rechtsfragen der Strategischen Prozessführung in Österreich

Entwicklung von Verbandsklagerechten im Umweltbereich

Nadja Polzer und Daniel Ennöckl

1. Einleitung

Möchte man die Entwicklung von Verbandsklagen im Umweltrecht darstellen, führt vom nationalen, über das europäische bis zum internationalen Recht kein Weg an der Aarhus Konvention¹ (idF kurz „AarhK“) vorbei. Die AarhK gilt dabei als Fundament für die Einbindung der Zivilgesellschaft in Umweltverfahren und umfasst drei Säulen, nämlich den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung in bestimmten umweltbezogenen Entscheidungen und den Zugang zu Gerichten.

Da die Anforderungen der Konvention in Österreich aber insbesondere im Hinblick auf die zweite und dritte Säule vom Gesetzgeber regelmäßig (wenn überhaupt) nur in ihrer Minimalvariante umgesetzt wurden und dem auch die Sanktionsmechanismen der EU in Form von Vertragsverletzungsverfahren² keine Abhilfe verschaffen konnten, wurden die Gerichte angerufen. In diesem Zusammenhang wird zwar gerne der Ausdruck „bahnbrechendes Urteil“ überstrapaziert, nichts anderes wird dem jedoch gerecht, wenn man die Rolle des VfGH und des EuGH unter dem Blickwinkel betrachtet, der AarhK zu ihrem Durchbruch zu verhelfen. Vor allem Letzterer spielt „als Motor der in der [Aarhus-Konvention] vorgesehenen Öffentlichkeitsbeteiligungsrechte“³ bei der Umsetzung der Vorgaben der AarhK eine Schlüsselrolle.

Resultat dieser kasuistischen Entwicklungen sind nunmehr diverse „Graustufen“ der Partizipation im Anwendungsbereich der AarhK, die, je nach Verfahrensart und den jeweils Beteiligten, im Umfang der eingeräum-

-
- 1 Übereinkommen von Aarhus über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten, BGBl III 2005/88; ABl L 2005/124, 4.
 - 2 Bspw Aufforderungsschreiben der Europäischen Kommission, KOM (2014) 4883 endg vom 10. 7. 2014, 1.
 - 3 Altenburger, Die Aarhus Konvention, in Ennöckl/N. Raschauer/Wessely (Hrsg), Handbuch Umweltrecht³ (2019) 379 (380).

ten Rechte variieren. Die gesetzliche Ausprägung pendelt dabei zwischen „voller Parteistellung“ und überhaupt keiner Verfahrensbeteiligung.⁴

Unabhängig vom Umweltrecht finden sich Verbandsklagerechte im nationalen Recht vereinzelt im Konsumentenschutz, Kartellrecht und Wettbewerbsrecht wieder. Unterm Strich ist ihnen gemein, dass sie die Wahrung kollektiver Interessen zum Gegenstand haben. Im weitesten Sinne wird im Rahmen des nachstehenden Beitrags unter Verbandsklagerechten das Recht von Interessensvereinigungen verstanden, die Verletzung umweltbezogener Rechtsvorschriften gerichtlich zu bekämpfen.

Die Bestimmungen der AarhK und die damit verbundenen Mitwirkungsrechte für Umweltverbände wurden von den Höchstgerichten vergleichsweise großzügig ausgelegt und stetig weiterentwickelt. Der Weg zu den Beteiligungsmöglichkeiten, wie wir sie heute kennen, war aber ein langer und ihn zu erörtern bildet den Gegenstand dieses Beitrags.

2. Begriffsbestimmung

Eingangs ist das Verständnis des Begriffs von „Verbandsklagerechten“ näher zu erörtern. Die Parteistellung in Umweltverfahren hat grundsätzlich eine mannigfaltige Bedeutung. Einerseits sichert sie subjektive Rechte der Einzelnen und andererseits soll sie die Einhaltung objektiven Rechts gewährleisten. Bevor es insb mit der AarhK und den daraus resultierenden Verpflichtungen für die Vertragsparteien, zu einer massiven Ausweitung von Beteiligungsrechten von Umweltverbänden in Umweltverfahren kam, stand vor allem der Schutz von Partikularinteressen – die mit dem Schutz der Umwelt nicht zwangsläufig in Verbindung standen – im Mittelpunkt. Während also die individuellen Interessen von Nachbar*innen den Interessen der Projektwerber*innen gegenüberstanden, wurde jeglicher darüberhinausgehender Umweltschutz im Verwaltungsverfahren (bestenfalls) amtsweilig von den Behörden wahrgenommen.⁵

Da Umweltorganisationen (idF kurz „UO“) und Bürgerinitiativen (idF kurz „BI“) in der Vergangenheit entweder grundsätzlich keine Rechtsper-

4 Dazu ausführlich *N. Handig*, Zwischen Parteistellung und Nichtbeteiligung: Umweltorganisationen und die Schattierungen ihrer Partizipation, in *Domig et al* (Hrsg), *Weder schwarz noch weiß: Grauzonen im Öffentlichen Recht* (im Erscheinen).

5 *Weber/Schmid*, Die Rechtsmittelbefugnis von Umweltorganisationen in Umweltverfahren, in *FS Stolzlechner* (2013) 705 (706).

sönlichkeit oder eben keine subjektiven Rechte in Umweltverfahren eingeräumt wurden, waren ihre Beteiligungsmöglichkeiten gelinde gesagt dürftig. Als Reaktion auf die daraus entstandenen Proteste der Zivilbevölkerung führten die Landesgesetzgeber eine neue Form der Formalpartei durch die Schaffung von Landesumweltschutzanwaltschaften ein, denen es im Sinne einer Ombudsstelle seither obliegt, Verletzungen des objektiven Umweltrechts als subjektive Rechte geltend zu machen.⁶

Für die Definition von „Klagerechten“ im Sinne einer Parteistellung ist zunächst auf § 8 AVG im österreichischen Verwaltungs- bzw Umweltrecht zu verweisen, der darauf verweist, dass als „Partei“ Personen zu verstehen sind, die *„an der Sache vermöge eines Rechtsanspruches oder eines rechtlichen Interesses beteiligt sind“*. Damit ist allerdings noch nichts gewonnen, vielmehr beginnt an dieser Stelle die Krux mit der Suche nach materiell-rechtlich vorgesehenen subjektiven Rechten, die einen konkreten Rechtsanspruch einräumen, da nur diese Personen auch einen Anspruch auf ein bestimmtes Verhalten gegenüber dem Staat gewähren.⁷

Als Paradebeispiel für ein Materiengesetz im Umweltrecht und insb für die Partizipationsmöglichkeiten von UO und BI, wird hier das UVP-G herangezogen. Mit dessen Einführung wurde die Grundlage für Mitwirkungsrechte von Umweltverbänden (zunächst nur von BI) geschaffen und UO und BI damit eine Rechtsposition vergleichbar mit einer Popularklage eingeräumt. Die im UVP-G vorgesehenen Handlungsmöglichkeiten sollen die Einhaltung von objektiv-rechtlichen Umweltschutzvorschriften anhand von Beteiligungs- und Anfechtungsrechten ermöglichen und somit ein öffentliches Interesse durchsetzen.⁸ *Schulev-Steindl* bestimmt die wesentlichen Züge einer „Popularklage“ derart, dass *„ein Einzelner Pflichten, die der Gesamtheit der Bürger, und damit aber auch ihm, geschuldet sind, genauso geltend machen kann, wie (so der Normalfall) Ansprüche, bei denen die zugrunde liegende Pflicht nur ihm gegenüber besteht.“*⁹

Eine Verbandsklage wird für die nachstehende Arbeit im Sinne einer „Popularklage“ verstanden, vorauszuschicken ist dem aber, dass Populark-

6 *Weber/Schmid* in FS Stolzlechner 707.

7 *Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte - Eine rechtstheoretische und dogmatische Analyse am Beispiel des Verwaltungsrechts (2008) S 56.

8 *Schulev-Steindl*, Vom Wesen und Wert der Parteistellung in FS Mayer (2011) 683 (698).

9 *Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte S 63; weiters vergleicht sie darin die Popularklage mit der „Gesamtgläubigerschaft“ des Zivilrechts, bei der *„jeder Einzelne die Erfüllung des allen Gläubigern Geschuldeten verlangen kann“*.

lagen im österreichischen Recht jedenfalls eine Ausnahmerecheinung darstellen.

3. Partizipationsrechte nach der Aarhus Konvention

Als das wohl wichtigste Dokument zur Sicherstellung von Öffentlichkeitsrechten in Umweltverfahren gilt die 1998 in Aarhus in Dänemark unterzeichnete und im Wesentlichen im Jahr 2001 in Kraft getretene AarhK. Bei dieser handelt es sich um einen völkerrechtlichen Vertrag, dem sowohl Österreich als auch die Europäische Union als Vertragsparteien beigetreten sind. Die AarhK ist in Österreich als ein gemischtes Abkommen doppelt verbindlich und unterliegt im Bereich von Auslegungsfragen der Entscheidungskompetenz des EuGH.¹⁰

Bereits der Titel verweist auf die Bedeutung dieses Rechtstextes, wenn er vom „Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten“ spricht. In diesem Sinn ist hier kursorisch auf die drei genannten Säulen der AarhK einzugehen, deren Unterteilung und Abgrenzung das Herzstück der Bürgerbeteiligung im europäischen Umweltrecht darstellt:

- 1) den Zugang zu Informationen (Art 4 und 5 AarhK),
- 2) die Beteiligung der Öffentlichkeit an Entscheidungsverfahren (Art 9 Abs 2 iVm Art 6 AarhK) und
- 3) den Zugang zu Gerichten (Art 9 Abs 3 AarhK).

Der wesentliche Gedanke hinter der Struktur der AarhK ist, dass eine zweckmäßige Partizipation in umweltrelevanten Entscheidungsverfahren sowohl iSd der zweiten Säule als auch der dritten Säule zunächst den Zugang zu umweltrelevanten Informationen, also die erste Säule, erfordert.¹¹ Gemäß Art 4 bzw Art 5 AarhK hat die Öffentlichkeit unabhängig vom Nachweis eines besonderen Interesses, Zugang zu bestimmten umweltbezogenen Informationen gegenüber staatlichen Akteuren.

10 Alge/Kroiss/Schmidhuber, Strategische Umweltprüfung (SUP), in Ennöckl/N. Raschauer/Wessely, Handbuch Umweltrecht³ (2019) 666 (670); Schmalenbach in Calliess/Ruffert (Hrsg), EUV/AEUV⁵ (2016) Art 216 AEUV Rz 5; J. Lukan, Die Auslegungshoheit über gemischte Abkommen im Wandel, in Bajlicz et al (Hrsg), Recht im Umbruch – Umbruch im Recht (2022) 161 (229 ff); EuGH 8. 3. 2011, C-240/09, Lesoochranárske zoskupenie VLK I („Braunbär I“) Rz 30 mwN.

11 Altenburger in Ennöckl/N. Raschauer/Wessely, Handbuch Umweltrecht³ 379 (382) ff.

Im System der Beteiligungs- und Rechtsschutzmöglichkeiten des Art 9 AarhK ist die Auslegung des Begriffes der „Öffentlichkeit“ von wesentlicher Bedeutung, da diese die Trägerin der Rechte nach der AarhK ist. Dabei muss zwischen der „Öffentlichkeit“ im Sinne des Art 2 Z 4 AarhK und der „betroffenen Öffentlichkeit“ nach Art 2 Z 5 AarhK (worunter auch UO fallen) differenziert werden.

Der Begriff der „Öffentlichkeit“ als solche wird insbesondere im Zusammenhang mit Umweltinformationen gemäß Art 4 und Art 5 AarhK und dem allgemeineren Rechtsschutz gemäß Art 9 Abs 3 AarhK verwendet, während die mit dem Begriff der „betroffenen Öffentlichkeit“ verbundenen Rechte wesentlich weiter reichen. So knüpft der persönliche Anwendungsbereich des Art 9 Abs 2 iVm Art 6 AarhK an das Tatbestandsmerkmal der „betroffenen Öffentlichkeit“ und umfasst sowohl ein Beteiligungsrecht im Genehmigungsverfahren als auch ein damit verbundenes gerichtliches Überprüfungsrecht. Art 9 Abs 3 AarhK sieht demgegenüber ausschließlich das Überprüfungsrecht, ohne einer vorangegangenen Verfahrensbeteiligung, vor.

Art 9 Abs 2 AarhK regelt konkret, dass der „betroffenen Öffentlichkeit“ in bestimmten umweltbezogenen Entscheidungen Beteiligungs-, Stellungnahme- und Anhörungsrechte zuerkannt werden (müssen). Damit nicht zu vergleichen sind aber umfassende Parteienrechte.¹² Als relevante Tätigkeiten im Lichte des Art 9 Abs 2 AarhK gelten Tätigkeiten, die in Anhang I AarhK angeführt sind (Art 6 Abs 1 lit a AarhK¹³), oder Tätigkeiten, die eine erhebliche Auswirkung auf die Umwelt haben können (Art 6 Abs 1 lit b AarhK).¹⁴

Art 9 Abs 3 AarhK verpflichtet die Vertragsstaaten als dritte Säule der AarhK, ein allgemeines Zugangsrecht für Mitglieder der Öffentlichkeit zu verwaltungsbehördlichen und gerichtlichen Verfahren, in denen umweltbezogene Bestimmungen anzuwenden sind, einzuräumen. Laut der Europäischen Kommission ist die Bestimmung dahingehend zu verstehen, dass sie den Zugang zu jenen Verfahren regelt, die weder unter Art 9 Abs 1 oder Art 9 Abs 2 AarhK fallen.¹⁵ Der Zugang zu Gerichten gewährleistet also

12 *Altenburger in Ennöckl/N. Raschauer/Wessely*, Handbuch Umweltrecht³ 379 (384) ff.

13 Der Katalog des Anhang I AarhK ist weitestgehend ident mit den in der UVP-RL und der IE-RL gelisteten Vorhaben.

14 *Altenburger in Ennöckl/N. Raschauer/Wessely*, Handbuch Umweltrecht³ 379 (386).

15 Mitteilung der Kommission über den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten C (2017) 2616 endgültig, Rz 118.

nicht nur ausschließlich individuellen Rechtsschutz, sondern normiert eine allgemeine Kontrolle darüber, ob sowohl Privatpersonen als auch Behörden umweltbezogene Bestimmungen des nationalen Rechts ordnungsgemäß beachtet und korrekt angewendet haben.¹⁶ Allerdings ist im Gegensatz zu Art 9 Abs 2 AarhK, lediglich ein Überprüfungsrecht vorzusehen.

Die Abgrenzung zwischen den Sachverhalten gemäß Art 9 Abs 2 AarhK und dem Auffangtatbestand gemäß Art 9 Abs 3 AarhK zum Recht auf Zugang zu Gerichten kann man zusammengefasst damit erklären, „*dass Art 9 Abs 2 AarhK für jene Entscheidungen, Handlungen oder Unterlassungen einschlägig ist, die zu einer Zulassung spezifischer Aktivitäten die Beteiligung der Öffentlichkeit erfordern und so in den Anwendungsbereich des Art 6 AarhK fallen.*“¹⁷

3.1. Umsetzung im Unionsrecht

Mit dem Beitritt zur AarhK war auch die EU verpflichtet, die darin vorgesehenen Garantien umzusetzen und kam dem bereits im Jahr 2003 mit der Öffentlichkeitsbeteiligungs-Richtlinie (idF kurz „*ÖB-RL*“)¹⁸ nach. Diese diente auf Unionsebene der Umsetzung der zweiten und dritten Säule der AarhK¹⁹ und hatte durch die dadurch notwendig gewordenen Änderungen

16 Müller/Kahl, Rechtsgutachten zum Umsetzungsbedarf und Umsetzungsmodus für den Tiroler Landesgesetzgeber im Zusammenhang mit eigenständigen völkerrechtlichen Verpflichtungen aus Art 9 Abs 3 Aarhus-Konvention (2020) Rz 59.

17 Müller/Kahl, Rechtsgutachten Rz 61.

18 RL 2003/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.5.2003 über die Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Ausarbeitung bestimmter umweltbezogener Pläne und Programme und zur Änderung der RL 85/337/EWG und 96/61/EG des Rates in Bezug auf die Öffentlichkeitsbeteiligung und den Zugang zu Gerichten, ABl L 2003/156, 17.

19 Die erste Säule wurde auf Unionsebene va durch die UmweltinformationsRL umgesetzt und in Österreich auf Bundesebene im Umweltinformationsgesetz (dazu korrespondierend 9 Umweltinformationsgesetze auf der Landesebene).

in der UVP-RL²⁰, der IPPC-RL²¹, der Seveso-RL²² sowie der IE-RL²³ insbesondere für Verfahren iSd Art 6 Abs 1 lit a AarhK auch direkte Implikationen auf die österreichische Rechtslage.

So wurde UO auch aufgrund der genannten unionsrechtlichen Vorgaben bereits im Jahr 2004 Beteiligungsrechte in UVP²⁴- und IPPC-Verfahren in diversen Betriebsanlagenverfahren nach den Materiengesetzen auf Bundesebene eingeräumt.

Auf Landesebene wurde sie in den neun entsprechenden landesgesetzlichen Gesetzestexten²⁵ umgesetzt.

In Bezug auf die dazu ergangene Judikatur des EuGH, wird darauf näher unter 3.2 eingegangen.

Mit der ÖB-RL wurde auf Unionsebene sowohl in Art 3 Z 1 als auch in Art 4 Z 1 ÖB-RL, der Status von NGO²⁶ als „betroffene Öffentlichkeit“ verankert. Des Weiteren haben die MS sicherzustellen, dass UO *„Zugang zu einem Überprüfungsverfahren vor einem Gericht oder einer anderen auf gesetzlicher Grundlage geschaffenen unabhängigen und unparteiischen Stelle haben, um die materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Rechtmäßigkeit von Entscheidungen, Handlungen oder Unterlassungen anzufechten, für die*

-
- 20 Damals RL 85/337/EWG des Rates vom 27. 6. 1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, ABl L 1985/175, 40; heute gültig in kodifizierter Fassung der RL 2011/92/EU, ABl L 2012/26, 1 idF RL 2014/52/EU, ABl L 2014/124, 1.
- 21 RL 96/61/EG des Rates vom 24. 9. 1996 über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung, ABl L 1996/257, 26 (IPPC-RL), die mehrfach abgeändert wurde und mittlerweile in der RL 2010/75/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. 11. 2010 über Industrieemissionen (integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung), ABl L 2010/334, 17 (Industrieemissions-RL) aufgegangen ist.
- 22 RL 2012/18/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. 7. 2012 zur Beherrschung der Gefahren schwerer Unfälle mit gefährlichen Stoffen, zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinie 96/82/EG des Rates, ABl L 2012/197, 1.
- 23 RL 2010/75/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. 11. 2010 über Industrieemissionen (integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung), ABl L 2010/334, 17.
- 24 Im UVP-G aufgrund der UVP-G-Novelle 2004 (BGBl 2004/153).
- 25 So bspw im NÖ Auskunfts-gesetz, StF: LGBl 0020-0.
- 26 Nach dem genauen Gesetzeswortlaut wären dies *„Nichtregierungsorganisationen, die sich für den Umweltschutz einsetzen und alle nach innerstaatlichem Recht geltenden Voraussetzungen erfüllen“*.

die Bestimmungen dieser Richtlinie über die Öffentlichkeitsbeteiligung gelten.“²⁷

3.2. Rechtsprechung EuGH

Bei der AarhK handelt es sich um ein gemischtes Abkommen, das hinsichtlich Auslegungsfragen nach der Rspr des EuGH im Fall „Braunbär I“²⁸ dessen Deutungsweite unterliegt. Die Rechtslandschaft im Umweltrecht kann im Hinblick auf die Verfahrensbeteiligung von UO jedenfalls auf eine Zeit vor und eine Zeit nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Protect*²⁹ gegliedert werden. Obwohl die Entwicklung der Partizipationsrechte von UO einen Aufschwung mit der genannten Entscheidung erhielt, war in Österreich auch schon davor eine gesetzliche Parteistellung für UO in UVP-Verfahren, Verfahren nach der GewO betreffend IPPC-Anlagen und in Umwelthaftungsverfahren in der nationalen Rechtsordnung vorgesehen (Näheres dazu siehe unter Pkt 6).

In der ersten Hälfte dieser neuen Ära der Beteiligungsrechte, also nach dem Beitritt zur AarhK aber vor dem *Protect*-Urteil, wurden Partizipationsmöglichkeiten von UO auf Unionsebene insbesondere unter dem Stichwort (Slowakischer) „*Braunbär*“ – sei es nun als Braunbär I³⁰ oder Braunbär II³¹ – behandelt.

Den Ausgangspunkt der gegenständlichen Untersuchung bildet die Entscheidung in der Rs EuGH 8. 3. 2011, C-240/09, „*Braunbär I*“, in der sich der EuGH zum ersten Mal mit der AarhK, genauer Art 9 Abs 3 AarhK, auseinandersetzte. Verfahrensgegenständlich war ua die Parteistellung von UO in Verwaltungsverfahren betreffend die Genehmigung von Ausnahmen von der Schutzregelung für Arten wie den Braunbären. Der EuGH beanspruchte die Entscheidungskompetenz über die Auslegung der AarhK sowie des Art 9 Abs 3 AarhK und verneinte in einem weiteren Schritt dessen unmittelbare Anwendbarkeit. Das anzuwendende innerstaatliche Verfahrensrecht ist des Weiteren von den nationalen Gerichten so auszulegen, dass der Rich-

27 Art 3 Z 7 ÖB-RL bzw Art 11 Abs 1 UVP-RL idgF; Art 4 Z 4 ÖB-RL bzw mit geringen sprachlichen Abweichungen Art 25 Abs 1 IndustrieemissionsRL.

28 EuGH 8. 3. 2011, C-240/09, *Braunbär I* Rz 30 mwN.

29 EuGH 20. 12. 2017, C-664/15, *Protect*.

30 EuGH 8. 3. 2011, C-240/09, *Braunbär I*.

31 EuGH 8. 11. 2016, C-243/15, *Braunbär I*.

ter „sein nationales Recht im Hinblick auf die Gewährung eines **effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes** in den vom Umweltrecht der Union erfassten Bereichen so auszulegen hat, dass es **so weit wie möglich im Einklang mit den in Art. 9 Abs. 3 des Übereinkommens von Aarhus festgelegten Zielen steht**“³². Dies soll einer UO ermöglichen, „eine Entscheidung, die am Ende eines Verwaltungsverfahrens ergangen ist, das möglicherweise im Widerspruch zum Umweltrecht der Union steht, vor einem Gericht anzufechten“³³. Einer UO steht daher bei der Wahrnehmung ihrer Rechte nach der Konvention auch ein Recht auf die Erhebung von Rechtsmitteln bei potenziellen Verstößen gegen das Umweltrecht der Union zu.³⁴

In den darauffolgenden Entscheidungen EuGH 16. 4. 2015, C-570/13, „*Karoline Gruber*“, und EuGH 15. 10. 2015, C-137/14, „*Kommission/Deutschland*“ befasste sich der EuGH mit der Frage, inwieweit Nachprüfungsrechte insbesondere der „betroffenen“ Öffentlichkeit beschränkt werden können, wenn ihr im vorangegangenen Verfahren keine Beteiligungsrechte zugekommen bzw diese (etwa aufgrund von Präklusion) untergegangen sind.

In der Rs „*Karoline Gruber*“ hielt der EuGH zunächst fest, dass Feststellungsbescheide nach dem UVP-G gegenüber zuvor im Verfahren nicht beteiligten Nachbarn rechtlich nicht verbindlich sind. Im sg „Präklusionsurteil“ *Kommission/Deutschland* sprach der EuGH im Wesentlichen aus, dass der Umfang der gerichtlichen Überprüfungsrechte von UO nicht auf Einwendungen beschränkt werden darf, die bereits innerhalb des Verwaltungsverfahrens eingebracht wurden.³⁵ Nach dem Urteil war die Präklusion in verwaltungsbehördlichen Verfahren zwar noch grundsätzlich zulässig, allerdings führte es dazu, dass präkludierten Parteien im vom Urteil betroffenen Verfahren und soweit ihr Zugang zu Gericht unionsrechtlich oder völkerrechtlich vorgesehen ist, eine Beschwerdelegitimation zukommt.

Während sich der Gerichtshof im Fall „*Braunbär I*“ noch mit der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art 9 Abs 3 AarhK iZm der FFH-RL³⁶, nicht jedoch mit Art 9 Abs 2 AarhK oder deren Verhältnis zueinander auseinandersetzte, konzentrierte er sich im Jahr 2016 in der Entscheidung „*Braunbär II*“ hauptsächlich auf Art 9 Abs 2 AarhK.³⁷ Darin urteilte der EuGH im

32 EuGH 8. 3. 2011, C-240/09, *Braunbär I*, Rz 50, Hervorhebungen nicht im Original.

33 EuGH 8. 3. 2011, C-240/09, *Braunbär I*, Rz 52.

34 *Altenburger in Ennöckl/N. Raschauer/Wessely*, Handbuch Umweltrecht³ 379 (392).

35 EuGH 15. 10. 2015, C-137/14, *Kommission/Deutschland*, Rz 76.

36 IdF RL 92/43/EWG des Rates vom 21. 5. 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, ABl 1992 L 206/7.

37 *Altenburger in Ennöckl/N. Raschauer/Wessely*, Handbuch Umweltrecht³ 379 (397).

Hinblick auf Art 6 Abs 1 lit b iVm Art 9 Abs 2 AarhK, dass UO in Verfahren zwingend an Naturverträglichkeitsprüfungen (idF kurz „NVP“) gemäß Art 6 Abs 3 FFH-RL betreffend Vorhaben mit potenziell erheblichen Auswirkungen, zu beteiligen sind. Diese Entscheidung war insofern relevant, als NVP nunmehr dem Beteiligungs- als auch dem Rechtsschutzsystem des Art 9 Abs 2 AarhK unterstellt wurden und die zuvor noch offene Frage danach, ob für Verfahren mit erheblichen Umweltauswirkungen zwingend eine Öffentlichkeitsbeteiligung vorzusehen ist, vom GH eindeutig bejaht wurde. Mit anderen Worten wird das Fehlen einer sekundärrechtlichen Klagebefugnis durch ein Ineinandergreifen von AarhK, Unionsumweltrecht und Art 47 GRC ersetzt.³⁸

Auf die zitierten Entscheidungen folgte also die bahnbrechende Entscheidung in der Rechtssache *Protect*³⁹. Darin erörterte der EuGH zur Abgrenzung des Art 9 Abs 2 AarhK von seinem Bruder Art 9 Abs 3 AarhK im Detail die Prüfungsschritte zum Grad und Umfang der Verfahrensbeteiligung in Umweltverfahren im Rahmen der AarhK. Eine Abgrenzung der beiden Absätze war aufgrund des unterschiedlichen Umfangs der eingeräumten Rechte von Nöten: Während Art 9 Abs 2 AarhK der betroffenen Öffentlichkeit sowohl ein Beteiligungsrecht im vorangehenden (behördlichen) Verfahren als auch ein gerichtliches Überprüfungsrecht einräumt, verbietet Art 9 Abs 3 AarhK ausschließlich ein nachträgliches Überprüfungsverfahren.

Verfahrensgegenständlich war eine österreichische Entscheidung nach dem WRG, in dem eine Skiliftbetreiberin die Wiederverleihung von Wasserrechten für eine Beschneigungsanlage beantragte. Dagegen erhob die namensgebende UO gemäß § 19 Abs 7 UVP-G 2000, „*Protect – Natur-, Arten- und Landschaftsschutz*“ Einwendungen und forderte die Zuerkennung der Parteistellung auf der Grundlage von Art 9 Abs 3 AarhK und Art 6 Abs 3 FFH-RL⁴⁰. Gegen den in der Sache letztlich ergangenen Bescheid erhob die

38 Müller, Der EuGH als Gestalter – Durchsetzung der Aarhus-Konvention durch richterliche Rechtsfortbildung?, SPWR 2020, 401 (402); EuGH 8. II. 2016, C-243/15, *Braunbär II*

39 EuGH 20. 12. 2017, C-664/15, *Protect*.

40 RL 92/43/EWG des Rates vom 21. 5. 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, ABl L 1992/206, 7 idF RL 2013/17/EU, ABl L 2013/158, 193.

UO in der Folge Beschwerde an das LVwG und stützte dies auf Verstöße gegen Art 9 Abs 3 AarhK sowie die Bestimmungen der Wasserrahmen-RL.⁴¹

Im Verfahrensgang wiederholte der EuGH die in der Rs *Braunbär II* getätigten Aussagen, wonach nach nationalem Recht der betroffenen Öffentlichkeit nicht nur in Genehmigungsverfahren für Tätigkeiten gemäß Art 6 Abs 1 lit a AarhK bzw Großvorhaben nach Anlage I AarhK Beteiligungsrechte einzuräumen sind, sondern auch in jenen Fällen, in denen geplante Tätigkeiten erhebliche Umweltauswirkungen nach sich ziehen könnten. Maßgeblich war dies dabei insofern, als Vorhaben mit erheblichen Umweltauswirkungen im unionsrechtlich determinierten Bereich Art 9 Abs 2 AarhK und damit sowohl einem Beteiligungsrecht als auch einem Überprüfungsrecht zugänglich sein müssen. Bemerkenswert war darüber hinaus der Verweis des GH, dass die MS im Lichte des Art 9 Abs 3 AarhK iVm Art 47 GRC verpflichtet sind, die Durchsetzung des unionsrechtlich determinierten Umweltrechts mittels wirksamen gerichtlichen Rechtsschutzes zu gewährleisten. Im Anlassfall hielt der EuGH daher fest, dass in Fällen, in denen das nationale Recht eine Verknüpfung zwischen der Parteistellung und dem Beschwerderecht herstellt, die Stellung als Partei nicht verwehrt werden kann. Umgekehrt bedeutet dies, dass eine Partei zwar nicht zwingend am behördlichen Verfahren zu beteiligen ist, die Parteistellung aber anzuerkennen ist, wenn die Rechtsmittellegitimation an diese geknüpft ist.⁴²

Neben dem Umfang der eingeräumten Rechte ist die Frage nach der Definition von umweltbezogenen Vorschriften regelmäßig von grundlegender Bedeutung, da nur diese die Privilegien der AarhK nach sich ziehen. Mit dieser Frage setzte sich der EuGH zuletzt im November 2022 in der Entscheidung „*Thermofenster*“⁴³ im Rahmen des VW-Dieselskandals auseinander. Unter dem sg „*Thermofenster*“ versteht sich ein Fahrbetriebsmodus, der nur bei Temperaturen zwischen 15°C und 33°C aktiv war. In dem Urteil kam der Gerichtshof ua unter Berufung auf das Ziel der Gewährleistung eines hohen Umweltschutzniveaus, Art 2 Abs 1 lit f AarhVO⁴⁴ und

41 RL 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 10. 2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik, ABl L 2000/327, 1 idF RL 2014/101/EU, ABl L 2014/311, 32.

42 EuGH 20. 12. 2017, C-664/15, *Protect*, Rz 68 ff.

43 EuGH 8. 11. 2022, C-873/19, „*Thermofenster*“.

44 VO (EG) 1367/2006 v 6. 9. 2006 über die Anwendung der Bestimmungen des Übereinkommens von Århus über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangele-

dem Implementation Guide zur Durchführung der AarhK der UNECE⁴⁵ zusammengefasst zum Schluss, dass auch technische Vorschriften für die Typengenehmigung von KfZ als Umweltrecht zu verstehen sind, auf die sich UO in Verfahren in der Folge stützen können.⁴⁶

4. Bürgerinitiativen und Umweltorganisationen nach dem UVP-G

Im nationalen Recht regelt in Umweltverfahren die wesentlichen Beteiligten das UVP-G, nicht zuletzt da die Materiengesetze sowohl auf Landes- als auch auf Bundesebene regelmäßig auf die Definition von „Umweltorganisationen“ in § 19 Abs 7 UVP-G 2000 verweisen. Als weitere Akteure findet man in dem Zusammenhang BI, die ebenso wie UO Parteistellung in Verfahren nach dem UVP-G, idR aber nicht nach sonstigen Materiengesetzen haben. Nachstehend wird ihre Bedeutung und nähere Ausgestaltung erörtert.

4.1. Bürgerinitiativen

Im österreichischen Umweltrecht wurde mit der Einführung des UVP-G im Jahr 1993⁴⁷ in Umweltverfahren eine mit Verbandsklagerechten in Grundzügen vergleichbare Parteistellung für BI⁴⁸ neu in das Gesetz aufgenommen. Mit diesem Instrument wurde in Österreich erstmals „*verwaltungsfremden Personen*“ ein Klagerecht eingeräumt, das sich auf die Einhaltung von objektivem Umweltrecht bezog.⁴⁹

Seit jeher regelt der Katalog des § 19 UVP-G die Partei- und Beteiligtenstellung von Akteuren im UVP-Verfahren. Was unter BI zu verstehen

genheiten auf Organe und Einrichtungen der Union, ABl L 2006/264, 13 idF ABl L 2021/356, 1.

45 UNECE, The Aarhus Convention. An Implementation Guide² (2014), in englischer Sprache abrufbar unter <unece.org/DAM/env/pp/Publications/Aarhus_Implementation_Guide_interactive_eng.pdf>.

46 EuGH 8. II. 2022, C-873/19, *Thermofenster*, Rn 81.

47 Bundesgesetz über die Prüfung der Umweltverträglichkeit und die Bürgerbeteiligung, BGBl 697/1993.

48 Die Aufnahme von UO in den Katalog der Verfahrensbeteiligten des UVP-G erfolgte erst im Zuge UVP-G Novelle 2004 (BGBl I 2004/153) in Umsetzung des Art 3 Z 1 und 7 ÖB-RL

49 *Kroiss*, Die Verbandsbeschwerde im Umweltrecht - neue Impulse für Österreich durch die Aarhus-Konvention, RdU 2001, 87.

ist und wie eine solche entsteht, legt Abs 4 leg cit fest. B. Raschauer nennt BI auch „Bürgerpartei“ und bezeichnet sie als „vereinsähnliche“ juristische Personen des Privatrechts. Ihre Konstituierung knüpfte an vergleichbare Voraussetzungen, wie für BI nach der aktuellen Rechtslage an, mit dem Unterschied, dass BI damals noch keine Beteiligtenrechte gemäß § 19 Abs 2 UVP-G 2000 (Beteiligtenstellung in Bezug auf Akteneinsicht im vereinfachten Verfahren) zustanden.

BI waren gemäß § 11 Abs 1 UVP-G 1993 vor der Bestellung eines Sachverständigen anzuhören sowie persönlich zur öffentlichen Erörterung und mündlichen Verhandlung zu laden. Ebenso kam ihnen Parteistellung im Rahmen der Abnahmeprüfung zu.⁵⁰

Der Umfang der Parteistellung bezog sich nach dem Gesetzeswortlaut damals wie heute auf die Einhaltung von Umweltschutzvorschriften als subjektives Recht. Diese Formulierung war ausschlaggebend für eine „damit verbundene [...] strukturelle [...] Akzentverschiebung vom ‚subjektiven Recht‘ zur Geltendmachung des ‚objektiven Rechts‘.“⁵¹

Die rechtswirksame Konstituierung einer BI gemäß §§ 19 Abs 4 iVm 9 Abs 5 UVP-G 2000 erfordert auch nach der aktuellen Rechtslage eine Stellungnahme während der Auflagefrist gemäß § 9 Abs 1 UVP-G 2000, die durch ihre Eintragung in eine Unterschriftenliste von mindestens 200 Personen unterstützt wird. Als Voraussetzung für die wirksame Unterstützung der BI sieht das Gesetz vor, dass die Unterstützer*innen zum Zeitpunkt der Unterstützung in der Standortgemeinde oder in einer an diese unmittelbar angrenzende Gemeinde für Gemeinderatswahlen wahlberechtigt waren. Die Unterschriftenliste ist gleichzeitig mit der Stellungnahme einzubringen.

Des Weiteren fordert der VwGH eine „Interessenhomogenität“ der Mitglieder in der Sache.⁵² Dies beruht auf der Überlegung, dass sich Unterstützer*innen der BI auch tatsächlich mit dem Vorhaben auseinandersetzen sollen. Dem folgt auch der VfGH, soweit er das Vorliegen einer gleichgerichteten Interessensstruktur der BI fordert.⁵³

Es ergeht kein Feststellungsbescheid über die Konstituierung der BI, vielmehr werden darüber der/die Vertreter*in der BI, die anderen Verfah-

50 B. Raschauer, UVP-G Kommentar zum Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz (1995) § 19 Rz 13.

51 B. Raschauer, UVP-G § 19 Rz 13.

52 VwGH 21.10.2014, 2012/03/0112.

53 Lampert, Kommentar zum Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz (2020) § 19 Rz 54 ff.

rensparteien und die mitwirkenden Behörden idR in Form einer schlichten Mitteilung in Kenntnis gesetzt.⁵⁴ Die Behörde hat die Unterschriftenliste anhand der Wählerevidenz der Gemeinden auf ihre Richtigkeit zu kontrollieren.⁵⁵

Als Konsequenz des wirksamen Zustandekommens räumt das Gesetz der BI im Anlassverfahren Parteirechte ein, die sich auf die Geltendmachung der Einhaltung von Umweltschutzvorschriften als subjektives Recht beziehen. Darin liegt auch schon der wesentliche Unterschied zu UO. Während BI anlassfallbezogen für ein konkretes Vorhaben gegründet werden, bestehen UO auch unabhängig von geplanten Vorhaben.

Da sich im UVP-G 2000 selbst keine Legaldefinition dazu findet, ergibt sich in der Regel aus der Rspr des VwGH, was genau unter „Umweltschutzvorschriften“ zu verstehen ist. Grundsätzlich gelten als solche einzelne Bestimmungen, die „*direkt oder indirekt dem Schutz des Menschen und der Umwelt vor schädlichen Aus- oder Einwirkungen dienen*“⁵⁶, wie etwa das UVP-G, das Betriebsanlagenrecht der GewO, bestimmte Regelungen des Wasserrechts, des Naturschutzrechts, des Luftreinhalterechts, des Bergrechts, des Luftfahrtrechts, des Rohrleitungsrechts und andere Normen.⁵⁷

Nach der Judikatur des VwGH ist die BI sowohl im Sinne des Art 1 Abs 2 lit e UVP-RL als auch des Art 2 Z 5 AarhK als Teil der „betroffenen Öffentlichkeit“ zu verstehen.⁵⁸

Auf Grundlage der AarhK erkannte der VwGH unter Verweis auf die Rechtssache *Protect*⁵⁹ zu Art 9 Abs 2 iVm Art 6 AarhK, dass BI sowohl in vereinfachten als auch in „ordentlichen“ UVP-Verfahren Parteistellung zukommt.⁶⁰ Außerdem verfügt die BI über ein Beschwerderecht an das BVwG, ein Revisionsrecht an den VwGH und ein Beschwerderecht an den VfGH.

54 *Schmelz/Schwarzer*, UVP-G 2000-ON 1.00 (Stand 1.7.2011, rdb.at) § 19 UVP-G 2000 Rz 156.

55 VfGH 22. 6. 2002, V 53/01- V 73/01.

56 VwSlg 16588 A/2005.

57 *N. Raschauer in Ennöckl/N. Raschauer/Bergthaler*, UVP-G³ § 19 Rz 50 mwN.

58 VwGH 30. 1. 2019, Ro 2017/06/0025; 27.9.2018, Ro 2015/06/0008.

59 EuGH 20. 12. 2017, C-664/15, *Protect*.

60 VwGH 27. 9. 2018, Ro 2015/06/0008.

4.2. Umweltorganisationen

Partizipationsrechte von UO sind auch auf nationaler Ebene auf eine Ära pre-Protect und eine Ära post-Protect aufzuteilen, wenn man sich mit ihren Rechten vor diesem richtungsweisenden Urteil auseinandersetzt. So waren UO zwar auch vor dieser Entscheidung Parteien in UVP-Verfahren, IPPC-Anlagen-Verfahren nach der GewO oder Umwelthaftungsverfahren, im Wesentlichen waren ihre Parteienrechte mit den genannten Rechtsgrundlagen aber auch schon wieder erschöpft.

Soweit von UO die Rede ist, versteht man diese regelmäßig iSd § 19 Abs 7 UVP-G 2000. Der Einordnung als anerkannte UO gemäß UVP-G 2000 kommt aber auch darüberhinausgehende Bedeutung zu, da regelmäßig die bundesrechtlichen Materiengesetze⁶¹ zur Definition von UO auf die Vorgaben des UVP-G 2000 verweisen. Derartige Verweise finden sich aber nicht nur in Bundesgesetzen wieder, sondern auch in den Landesgesetzen, wie bspw in der Wiener Bauordnung⁶², den Jagd⁶³- und Fischereigesetzen⁶⁴ oder den Naturschutzgesetzen⁶⁵.

Die persönlichen Voraussetzungen für die Anerkennung von Umweltorganisationen finden sich in § 19 Abs 6 UVP-G 2000, wonach es sich dabei stets um juristische Personen in Form eines Vereins im Sinne des VereinsG⁶⁶ oder eine Stiftung im Sinne des Bundes-Stiftungs- und Fondsgesetzes⁶⁷ handelt. Des Weiteren muss die juristische Person den Schutz der Umwelt als vorrangigen Zweck in den Vereinsstatuten oder der Stiftungserklärung festgelegt haben sowie gemeinnützige Ziele im Sinn der §§ 35 und 36 BAO⁶⁸ verfolgen. Weiters muss die Organisation vor der Antragstellung mindestens drei Jahre mit dem angeführten Zweck bestanden haben. Als quantitative Schwelle für einen Verein sieht das Gesetz außerdem mindestens 100 Mitglieder vor.

61 Vgl §§ 42 Abs 1 Z 13 AWG, 356b Abs 7 Z 1 GewO, § 102 Abs 2, 3 und 5 WRG 1959.

62 Vgl § 134 Abs 6a Wr BauO.

63 Vgl § 150a Sbg JagdG, § 91a OÖ JagdG.

64 Vgl § 49a Sbg FischereiG 2002; § 35c Ktn FischereiG.

65 Vgl § 55a Sbg NSchG; § 54a Ktn NSchG.

66 Bundesgesetz über Vereine, BGBl I 2002/66.

67 Bundesgesetz über die Regelung des Bundes-Stiftungs- und Fondswesens, BGBl I 2015/160.

68 Bundesgesetz über allgemeine Bestimmungen und das Verfahren für die von den Abgabenbehörden des Bundes, der Länder und Gemeinden verwalteten Abgaben, BGBl. Nr. 194/1961.

Im Anerkennungsverfahren hat die BMK⁶⁹ im Einvernehmen mit dem BMAW⁷⁰ auf Antrag per Bescheid festzustellen, ob die genannten Voraussetzungen vorliegen. Die UO kann aufgrund seiner konstitutiven Wirkung, ab der Erlassung des Bescheids von ihren Rechten Gebrauch machen.

Der Umfang der Parteienrechte wird in § 19 Abs 10 UVP-G 2000 geregelt, wonach die Parteistellung von UO diese nach dem Gesetzeswortlaut dazu berechtigt *„die Einhaltung von Vorschriften über öffentliche Interessen, die für die Verwirklichung des Vorhabens sprechen, geltend zu machen und zur Einhaltung dieser Vorschriften Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht sowie Revision an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben.“*

Sowohl in Bezug auf BI gemäß § 19 Abs 4 UVP-G 2000 als auch gemäß Abs 10 leg cit ist von „Umweltschutzvorschriften“ die Rede, weshalb angenommen werden kann, dass vom gleichen Wortsinn auszugehen ist.

5. VwGH

Maßgeblich für die Entwicklung der Beteiligungs- und Überprüfungsrechte von Umweltverbänden war neben der Judikatur des EuGH auf nationaler Ebene die Rspr des VwGH. Nachstehend werden die relevantesten Erkenntnisse in chronologischer Reihenfolge näher dargestellt.

5.1. Bürgerinitiativen

Im Zusammenhang mit BI stellte sich vor dem VwGH zunächst die Frage danach, welche Bestimmungen nun als „Umweltschutzvorschriften“ iSd § 19 Abs 4 UVP-G 2000 zu verstehen sind, da eine BI nur diese als subjektive öffentliche Rechte im Verfahren geltend machen kann. So erkannte der GH unter Verweis auf ein Erkenntnis vom 18. 10. 2001, 2000/07/0229, dass § 17 Abs 2 ForstG 1975 als eine Umweltschutzvorschrift zu verstehen ist.⁷¹ Im gleichen Erk hob er hervor, dass der Begriff von „Umweltschutzvorschriften“ weit auszulegen und nicht ausschließlich auf solche Bestim-

69 Bundesministerin für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie;

§ 19 Abs 7 UVP-G 2000 idF BGBl I 2018/80 führt noch den „Bundesminister/die Bundesministerin für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft“ an.

70 Bundesminister*in für Arbeit und Wirtschaft.

71 VwGH 22. 11. 2011, 2008/04/0212, mwN.

mungen beschränkt ist, die einen unmittelbaren Bezug zum Umweltschutz aufweisen. Vielmehr seien diese (einzelnen Bestimmungen, nicht jedoch ganze Rechtsbereiche) in jenen Fällen als „Umweltschutzvorschrift“ zu qualifizieren, wenn sie auf die Hintanhaltung von Gefahren für die menschliche Gesundheit oder die Natur abzielen.

Die unter Pkt 3.2. zitierte Entscheidung *Protect*⁷² zog nicht nur hinsichtlich UO relevante Änderungen nach sich. So hob der VwGH unter Verweis auf *Protect* im Jahr 2018 hervor, vor dem unionsrechtlichen Hintergrund, dass einzelne Passagen des UVP-G 2000 im unionsrechtlich determinierten Umweltrecht unangewendet gelassen werden müssen, soweit Beteiligungsrechte der BI dadurch eingeschränkt werden.⁷³

5.2. Umweltorganisationen

Wie unter 3.2 näher erörtert, entschied der EuGH in der Rs *Protect* unter Heranziehung der GRC, dass die MS UO die Durchsetzung von unionsrechtlich determiniertem Umweltrecht mittels wirksamen Rechtsschutzes gewährleisten müssen. Die Feststellung, die Parteistellung einer UO im Verwaltungsverfahren ist für die Gewährung einer Rechtsmittelbefugnis nicht Voraussetzung⁷⁴, zog einen Rattenschwanz an Fragen zur konkreten Ausgestaltung durch die nationalen Gesetzgeber nach sich. Jedenfalls können die Nachwirkungen von *Protect* als Paradebeispiel für die Divergenz zwischen österreichischem Gesetzesrecht einerseits und dem (hier einschlägigen europäischen) Richterrecht andererseits, gesehen werden.

Die Entscheidung führte zu einer massiven Ausweitung der Beteiligungs- und Überprüfungsrechte von UO. Mit der zwei Jahre später ergangenen Entscheidung in der Rs *Wasserleitungsverband Nördliches Burgenland*⁷⁵ er-

72 EuGH 20. 12. 2017, C-664/15, *Protect*.

73 VwGH 27. 9. 2018, Ro 2015/06/0008, Der VwGH dazu im Einzelnen: „Daraus ergibt sich, dass die Formulierung in § 19 Abs. 1 Z 6 UVPG 2000 ‚ausgenommen im vereinfachten Verfahren (Abs. 2); § 19 Abs. 2 leg. cit. als Ganzes und die Formulierung in § 19 Abs. 4 ‚oder als Beteiligte (Abs. 2)‘ unangewendet zu bleiben haben.“

74 EuGH 20. 12. 2017, C-664/15, *Protect*, Rz 68.

75 EuGH 3. 10. 2019, C-197/18, *Wasserleitungsverband Nördliches Burgenland*.

streckte der EuGH seine bisherige Judikatur zu Mitwirkungsrechten von UO auch auf natürliche und juristische Personen⁷⁶.

Unterm Strich bedeutet dies für die post-Protect-Ära, dass die nationalen Gerichte in Verfahren, in denen Unionsumweltrecht anzuwenden ist, UO regelmäßig (wenn auch im Wege einer unionsrechtskonformen Interpretation) eine Parteistellung einräumen müssen.

Da die Aktualität der Rspr (insbesondere von VwGH-Erkenntnissen vor der Einführung der Aarhus-Beteiligungsgesetze) vor dem Protect-Urteil nunmehr regelmäßig hinterfragt werden sollte, sind an dieser Stelle die Folgen durch diesen Paradigmenwechsel auf die nationale Rechtslage und Rspr hervorzuheben.⁷⁷

Im Lichte der EuGH-Rspr in den Rs *Braunbär I* und *Protect* sprach der VwGH anerkannten UO eine Antragslegitimation auf Erlassung geeigneter Maßnahmen zur Einhaltung der Immissionsgrenzwerte nach § 10 Immissionsschutzgesetz-Luft (idF kurz „IG-L“)⁷⁸ zu.⁷⁹ Im IG-L findet sich nach dem Gesetzeswortlaut keine Rechtsgrundlage für die Parteistellung einer UO, jedoch ist eine solche dann anzunehmen, wenn UO gewisse Voraussetzungen erfüllen, etwa im Falle von UO jene gemäß § 19 Abs 7 UVP-G 2000.⁸⁰

Besonders wurde die Lücke zwischen dem österreichischen (Wasser-) Recht und dem Richterrecht des EuGH in einem weiteren Erk des VwGH drei Monate nach *Protect*⁸¹ veranschaulicht. Darin betonte der GH, dass UO nach dem WRG grundsätzlich keine Parteistellung zukommt. Dieser Aussage folgte unmittelbar ein Verweis auf die Rs *Protect*, wonach die Parteistellung also auf Grundlage einer unionsrechtskonformen Interpretation von § 8 AVG zuzuerkennen und entgegenstehendes innerstaatliches Recht unangewendet zu lassen ist. Die Verweigerung der Parteistellung für UO im

76 Und wie im Anlassfall im Falle der mangelhaften Umsetzung einer Verordnung, bei der bis dato kaum unmittelbare Beteiligungs- oder Überprüfungsrechte vorgesehen waren.

77 N. Handig, Chamäleon Umweltorganisation: Spektrum ihrer Rechtsstellung in Umweltverfahren, RdU 2023 (im Erscheinen).

78 Bundesgesetz zum Schutz vor Immissionen durch Luftschadstoffe, StF: BGBl I 115/1997.

79 VwGH 19. 2. 2018, Ra 2015/07/0074.

80 Mit einem weiteren Verweis auf VwGH 28. 5. 2015, Ro 2014/07/0096.

81 Das Erkenntnis erging am selben Tag, wie das Erkenntnis des VwGH im Ausgangsverfahren in der Rs *Protect*, Ra 2015/07/0055.

wasserrechtlichen Bewilligungsverfahren war daher rechtswidrig und das zugrundeliegende Erkenntnis aufzuheben.⁸²

Wieder im Zusammenhang mit dem WRG, erklärte der VwGH in Bezug auf das Verschlechterungsverbot in § 104a WRG, dass UO aufgrund der unionsrechtlichen Prägung dieser Bestimmung, bereits dann eine Parteistellung in Verfahren nach dem WRG zukommt, wenn ein solcher Verstoß denkmöglich ist.⁸³

Genauso wie das WRG, lässt auch das ForstG 1975 eine explizite Parteistellung für UO vermissen. Und auch in diesem Zusammenhang verweist der VwGH im Lichte der EuGH-Rspr darauf, dass das Forstrecht dann in den unionsrechtlich determinierten Bereich und damit in den Anwendungsbereich der Art 9 Abs 2 AarhK bzw Art 9 Abs 3 AarhK fällt, wenn Bestimmungen nach der FFH-RL bspw in Bezug auf Natura-2000-Gebiete, anzuwenden sind.⁸⁴ Im zitierten Erkenntnis ging es konkret um die Prüfung der Vereinbarkeit von beantragten Fällungen mit den Zielen der Europaschutzgebiete nach der FFH-RL. Im Lichte der AarhK war UO aufgrund der Verknüpfung des Rechts auf Verfahrensteilnahme und der Rechtsmittelbefugnis ein Beschwerderecht bzw eine Parteistellung bereits im verwaltungsbehördlichen Verfahren einzuräumen. Der UO kam somit eine unmittelbare Parteistellung auf Grundlage der AarhK und der FFH-RL zu.⁸⁵

Im Rahmen eines naturschutzrechtlichen Verfahrens in der Steiermark zur Uferumgestaltung der Mur erkannte der VwGH im Jahr 2020, dass UO eine Beschwerdelegitimation im Rahmen eines Verfahrens über die artenschutzrechtliche Prüfung gemäß §§ 17, 18 und 19 StNSchG 2017 zukommt. Dies begründete er damit, dass im Zuge dieses Verfahrens die inzidente Anwendung von Unionsumweltrecht zum Tragen kommt. Damit stellte er klar, dass Landesregelungen, die die FFH-RL oder die Vogelschutz-RL umsetzen als unionsrechtlich determiniertes Umweltrecht zu verstehen sind.⁸⁶

In Bezug auf das Rechtsschutzinteresse von UO hat der VwGH nunmehr klargestellt, dass diese *„unabhängig von der Frage einer Verletzung in subjektiven Rechten befugt [sind], Verstöße gegen das Unionsumweltrecht zu*

82 VwGH 28. 3. 2018, Ra 2015/07/0152.

83 VwGH 25. 4. 2019, Ra 2018/07/0380; später auch in VwGH 14. 9. 2021, Ra 2020/07/0056 (*„Schwarze Sulm“*).

84 VwGH 20. 12. 2019, Ro 2018/10/0010.

85 Eine entsprechende Anpassung im ForstG ist bis dato allerdings noch immer nicht erfolgt.

86 VwGH 18. 12. 2020, Ra 2019/10/0081, 0082.

beanstanden.“ Weiters betonte er ohne in der Folge näher darauf einzugehen, dass sich die Rechtsstellung von UO von „sonstigen Formalparteien“ unterscheidet, „deren Beschwerdelegitimation nicht an subjektive Rechte geknüpft ist“ und bei denen nach der hg Rechtsprechung dennoch ein Wegfall des Rechtsschutzinteresses in Betracht kommt. Nach diesem Erk verlieren UO also ihr Rechtsschutzinteresse auch dann nicht, wenn der Klärung der in der Beschwerde aufgeworfenen Rechtsfragen nur (mehr) theoretische Bedeutung zukommt. Nach der Lit ist darin ein Rechtsschutzinteresse sui generis für UO zu erkennen.⁸⁷

In einer jüngeren Entscheidung zum WRG schränkte der VwGH den Anwendungsbereich für ein Beschwerderecht gemäß § 102 Abs 5 WRG iVm § 104a WRG im Gegensatz zu jener vom April 2019⁸⁸ wiederum ein.⁸⁹ Er strich darin explizit hervor, dass sich die Rechtsmittelbefugnis von UO auf unionsrechtlich determiniertes Umweltrecht beschränkt, nicht jedoch Verstöße gegen sonstige Bestimmungen des WRG, wie im vorliegenden Fall ein Verstoß gegen die Pflicht zur Einholung eines GA der Staubeckenkommission gemäß § 104 Abs 3 WRG, da diese in keinem inhaltlichen Bezug zur Umsetzung der unionsrechtlichen Rechtsgrundlage des § 104a WRG in der Wasserrahmen-RL steht.

Ebenso zur Frage des Rechtsschutzinteresses erkannte ein anderer Senat ein paar Monate nach der zuvor zitierten Entscheidung⁹⁰ in einem Verfahren zur Frage der Rechtmäßigkeit einer Abschussfreigabe für das abgelaufene Jagdjahr, dass das Rechtsschutzinteresse weggefallen sei, mit der Begründung, dass dieser Rechtsfrage „nur mehr theoretische Bedeutung“ zukäme.⁹¹ Insofern ist *Handig* zu folgen, wenn er auf eine uneinheitliche Rspr des GH verweist.⁹²

87 VwGH 28. 3. 2022, Ra 2020/10/0101; *Weinberger*, VwGH verbietet Einschränkung der Beschwerdelegitimation einer Umweltorganisation in Ableitung von subjektiven Rechten (Anm zu VwGH 28. 3. 2022, Ra 2020/10/0101), RdU 2022, 209 (209).

88 VwGH 25. 4. 2019, Ra 2018/07/0380.

89 VwGH 30. 6. 2022, Ra 2019/07/0112.

90 VwGH 28. 3. 2022, Ra 2020/10/010; *Weinberger*, VwGH verbietet Einschränkung der Beschwerdelegitimation einer Umweltorganisation in Ableitung von subjektiven Rechten (Anm zu VwGH 28. 3. 2022, Ra 2020/10/0101), RdU 2022, 209 (209).

91 VwGH 4. 11. 2022, Ra 2021/03/0132.

92 *N. Handig*, Chamäleon Umweltorganisation (im Erscheinen).

6. Parteistellung von UO in sonstigen Gesetzen

Protect führte, wie bereits erörtert zu tiefen Gräben zwischen dem geltenden Gesetzesrecht und den Ergebnissen der Rspr des EuGH⁹³ zum Einen, als auch zur Rspr des VwGH zum Anderen und erforderte umfassende legislative Nachholarbeiten. Auf Bundesebene wurde dem 2018 mit dem Aarhus-Beteiligungsgesetz 2018⁹⁴ in Form einer Sammelnovelle begegnet, die die nunmehr geforderten unionsrechtlichen Vorgaben im WRG, IG-L und dem AWG umsetzte und Ungetüme, wie die „Beteiligtenstellung plus“ im WRG hervorbrachte.

Auf Landesebene wurden jeweils eigene Ausführungsgesetze erlassen, auf die im Rahmen dieser Arbeit in Kapitel 7 lediglich cursorisch eingegangen werden kann. Soviel jedoch vorweg, auch die jeweils einschlägigen Landesgesetze orientieren sich bei der Ausgestaltung der Rechte der UO weitestgehend an der Beteiligtenstellung plus.

6.1. WRG

In der historischen Entwicklung der Beteiligungs- und Überprüfungsrechte im Umweltrecht stand das WRG regelmäßig im Mittelpunkt, da es letztendlich ein wasserrechtliches Genehmigungsverfahren war, das die Blütezeit der „*Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts*“⁹⁵ nach sich zog.

So stellte auch der VwGH im Jahr 2018, also nach dem *Protect*-Urteil, noch fest, dass einer UO vor dem Hintergrund der innerstaatlichen Rechtslage keine Parteistellung nach dem WRG zukommt.⁹⁶ Als Reaktion darauf wurde mit dem AarhBetG 2018 also eine neue und vielfach diskutierte

93 Nicht zuletzt führten diese Diskrepanzen zu Diskussionen um die Frage, ob es sich bei der Rspr des EuGH zur AarhK und deren Verhältnis zum Unionsrecht um eine zulässige Auslegungsfrage handelt oder ob der EuGH im Sinne einer unzulässigen Rechtsfortbildung seine Kompetenzen überschreitet; vgl dazu Müller, SPWR 2020, 404.

94 Bundesgesetz, mit dem das Abfallwirtschaftsgesetz 2002, das Immissionsschutzgesetz – Luft und das Wasserrechtsgesetz 1959 geändert werden (Aarhus-Beteiligungsgesetz 2018), BGBl I 2018/73.

95 Müller, SPWR 2020, 402.

96 VwGH 28. 3. 2018, Ra 2015/07/0152.

Form der Beteiligtenstellung plus, oder mit anderen Worten ein neuer Typus „des Beteiligten bzw eine Parteistellung zweiter Klasse“, eingeführt.⁹⁷

Im Mittelpunkt dieser dogmatischen Auseinandersetzung stehen § 102 Abs 2 und Abs 3 WRG, die die Rechtsgrundlage für die Beteiligtenstellung plus bilden. Demnach gelten UO als Beteiligte gemäß § 8 AVG, um einen Verstoß gegen das in § 104a WRG normierte Verschlechterungsverbot „zu verhindern“.⁹⁸ Vom Umfang dieser Beteiligungsrechte ist die Erhebung von Einwendungen zwar explizit ausgenommen, Stellungnahmen und sonstiges Informationsmaterial⁹⁹ dürfen gemäß § 102 Abs 3 WRG bei der Behörde aber trotzdem vorgelegt bzw in der mündlichen Verhandlung oder Untersuchung vorgetragen werden. Dies ist bei der Entscheidung von der Behörde angemessen zu berücksichtigen Bescheide iZm § 104a WRG werden UO auf einer elektronischen Plattform sechs Wochen lang bereitgestellt und gelten diesen gegenüber mit Ablauf von zwei Wochen nach der Bereitstellung als zugestellt.¹⁰⁰

§ 102 Abs 5 WRG normiert ein Beschwerderecht, demgegenüber findet sich aber im Gesetz keine explizit genannte Revisionslegitimation. Diese kann jedoch aufgrund der Rspr des VwGH angenommen werden, nachdem er im Jahr 2021 UO in einem Erk eine der Parteilegitimation korrespondierende Revisionsbefugnis zuerkannt hatte.¹⁰¹

97 Schulev-Steindl, Das Aarhus-Beteiligungsgesetz – Ende gut, alles gut? ÖZW 2019, 14 (23).

98 Anhand des Verweises auf § 104a WRG erkennt man auch den geforderten unionsrechtlichen Konnex, da dieser seine Wurzeln in Art 4 der europäischen Wasserrahmen-RL hat.

99 Nach dem Wortlaut in Abs 3 leg cit sind das im Einzelnen: „für das geplante Vorhaben als relevant erachteten Stellungnahmen, Informationen, Analysen oder Meinungen [...]“

100 § 107 Abs 3 WRG.

101 VwGH 11. 5. 2021, Ra 2020/07/0058: „Nach dem auch durch das Aarhus-Beteiligungsgesetz 2018 neu geschaffenen § 102 Abs. 5 WRG 1959 kommt ihnen aber ein (auf die Geltendmachung eines Verstoßes gegen die Verpflichtung des § 104a WRG 1959 beschränktes) Beschwerderecht - das im vorliegenden Revisionsfall nicht in Zweifel gezogen wurde - zu. In einem solchen Fall sind Umweltorganisationen als Parteien des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht anzusehen und daher gemäß Art. 133 Abs. 6 Z 1 B-VG revisionslegitimiert[...]“

6.2. GewO

Eine der wenigen Rechtsgrundlagen für eine „volle“ Parteistellung für UO von Gesetzes wegen bietet das Betriebsanlagenverfahren der GewO, genauer für Genehmigungsverfahren für IPPC-Anlagen gemäß § 356b Abs 7 Z 1 GewO. Die Bestimmung gleicht im Wesentlichen der Parteistellung von UO in Verfahren nach dem UVP-G 2000, da UO auch nach der GewO die Einhaltung von Umweltschutzvorschriften als Partei geltend machen und ein Rechtsmittel ergreifen können. Eine Revisionslegitimation ist nach der GewO nicht explizit vorgesehen und wird von der Lit auch nicht angenommen.¹⁰²

6.3. AWG

Wie in der GewO ist auch im AWG eine Parteistellung für UO in Genehmigungsverfahren betreffend IPPC-Anlagen, jedoch beschränkt auf den Rahmen ihrer örtlichen Anerkennung, vorgesehen. Für das Genehmigungsverfahren sieht § 42 Abs 1 AWG die Geltendmachung der Einhaltung von Umweltschutzvorschriften sowie eine Rechtsmittellegitimation vor. Gegen abfallrechtliche Bescheide sind UO gemäß § 42 Abs 3 AWG berechtigt „Rechtsmittel aufgrund von Rechtswidrigkeit wegen der Verletzung von unionsrechtlich bedingten Umweltschutzvorschriften zu ergreifen“.

Eine explizit normierte Revisionsbefugnis findet sich im Gesetzestext allerdings auch im AWG nicht.

7. Umsetzung durch die Landesgesetzgeber

Während das AarhBetG 2018 die Einbeziehung von UO in umweltrechtlichen Verfahren und den Zugang zu Gericht im unionsrechtlich determinierten Bereich auf Bundesebene umsetzte, passten auch die Länder in den darauffolgenden Jahren das Naturschutzrecht an. Mit dem AarhBetG wurde 2018 das Konstrukt der „Beteiligtenstellung plus“ kreiert und in der Folge von den Landesgesetzgebern regelmäßig kopiert. Die Beteiligtenstellung plus wurde auf Bundesebene zwar vor allem im WRG verankert, besondere

102 Ennöckl/Erlacher in Ennöckl/N. Raschauer/Wessely, Kommentar zur Gewerbeordnung § 356b Rz 38 (Stand 1. 1. 2015, rdb.at); Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher (Hrsg), Kommentar zur Gewerbeordnung⁴ (2020) § 356b Rz 49.

Bedeutung erlangt sie darüber hinaus aber in den einzelnen Landesgesetzen.

Zwar orientieren sich die Landesgesetzgeber an der bundesrechtlichen Gestaltung der Beteiligtenstellung plus, letztendlich handelt es sich dabei aber um heterogene Bündel an Rechten der Länder, die die Modalitäten für die Öffentlichkeitsbeteiligung von UO einerseits und die Überprüfungsbefugnis andererseits regeln.¹⁰³ Allen untersuchten Landesgesetzen ist dabei gemein, dass sie einem restriktiven Ansatz bei der Umsetzung der Anforderungen der AarhK folgen und sich die Beteiligungs- und Rechtsmittelrechte für UO im Wesentlichen auf Umweltverfahren mit Unionsrechtsbezug beschränken. In weiterer Folge ist darüber hinaus eine Beschränkung der Partizipationsmöglichkeiten auf bestimmte in den Gesetzen normierte Vorbringen vorgesehen, wodurch die Beteiligtenstellung gleich einer zweifachen Einschränkung unterliegt.

Eine volle Parteistellung wurde nach derzeitigem Stand in keinem einzigen Naturschutzgesetz eingeführt. In Bezug auf Verfahren, die sich gemäß Art 6 Abs 1 lit b AarhK potenziell erheblich auf die Umwelt auswirken können, ist eine Beteiligung im Grunde nur für Naturverträglichkeitsprüfungsverfahren gemäß Art 6 Abs 3 FFH-RL und für Vogelschutz- und FFH-RL bezogenen Artenschutz vorgesehen.¹⁰⁴ Ebenso vergeblich sucht man gesetzlich verankerte Anfechtungsmöglichkeiten für Verordnungen, die in jüngster Zeit besondere Relevanz iZm dem Jagdrecht und in dem Zusammenhang mit dem Abschuss (oder zynischer mit der „Entnahme“) von geschützten Tierarten, bekommen.

Abweichungen finden sich vor allem in der Ausgestaltung der Einzelheiten, wie etwa den Fristen, der Umsetzung von Präklusionsregelungen und der Rückwirkung von Anfechtungsrechten. Des Weiteren finden sich für die Kundmachung und für die Zustellung offizieller Dokumente jeweils verschiedene elektronische Rechtsinformationssysteme.

Schließlich gilt noch festzuhalten, dass außer Vorarlberg in keinem der Landesgesetze eine Revisionslegitimation ex lege vorgesehen ist.

103 Eine einheitliche Regelung wie in Deutschland das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz (vom 23. 8. 2017, dBGBl I S 3290 idF BGBl I S 306) wäre zwar auch für Österreich wünschenswert, allerdings in naher Zukunft unwahrscheinlich.

104 Buss/Müller, Die „Aarhus-Umsetzung“ in den Landesnaturschutzgesetzen auf dem unionsrechtlichen Prüfstand, ALJ 2022, 93-107 (<http://alj.uni-graz.at/index.php/alj/article/view/172>), S 93 (97).

8. Schlussbetrachtung

Die im Rahmen dieser Arbeit veranschaulichten Entwicklungen führen einmal mehr die Konsequenzen einer inkonsequenten Rechtsetzung vor Augen. Man könnte bereits von der Ratifikation ohne Erfüllungsvorbehalt oder den Materialien¹⁰⁵ ableiten, dass die Umsetzung der Vorgaben der AarhK vom österreichischen Gesetzgeber zumindest im nationalen Zuständigkeitsbereich zunächst nicht in dem Umfang ernst genommen wurde, wie es in Retrospektive, im Sinne einer effizienten und vor allem Rechtssicherheit gewährleistenden Umsetzung, geboten gewesen wäre.

Zwar verpflichtete die ÖB-RL die MS zu einer vergleichsweise zügigen Umsetzung von Partizipationsmöglichkeiten im Rahmen von Großverfahren, durch die restriktive Auslegung der übrigen Bestimmungen und der daraus resultierenden rudimentären Implementierung blieben aber im nationalen Umweltschutz massive Lücken im Rechtsschutz.¹⁰⁶ Im Sinne von „Und bist du nicht willig, so brauch ich (die Dritte) Gewalt...“ verhalten schlussendlich der EuGH und in weiterer Folge der VwGH den Prinzipien der AarhK trotz auffälliger Schwerfälligkeit der Gesetzgeber weitestgehend zum Durchbruch. Die unscharfen Formulierungen der Konvention, vor allem im Hinblick auf die Auslegung von „Umweltschutzvorschriften“, sind dabei Fluch (insb in Anbetracht der Auswirkungen auf die Rechtssicherheit für Projektwerber*innen) und Segen (aus dem Blickwinkel der UO und BI, denen dadurch im Sinne einer Demokratisierung von Verwaltungsverfahren mehr Gestaltungsspielraum zukommt), und verbleiben in ihrer letztendlichen Ausprägung aber hinsichtlich der Beteiligungsmöglichkeiten volatil.

Dass die Verbindung der Partizipationsrechte von Umweltverbänden mit der Verletzung von subjektiv-öffentlichen Rechten naturgemäß in einem Spannungsverhältnis zur Geltendmachung von überindividuellen Interessen steht, liegt in der Natur der Sache. Die Rspr führte allerdings, zumindest im unionsrechtlich determinierten Bereich, zu einer Lockerung der Knüpfung von eingeräumten Partei- und Rechtsschutzmöglichkeiten an die Verletzung von subjektiv-öffentlichen Rechten.

Zusammengefasst kann jedenfalls festgehalten werden, dass der Titel des EuGH als „Motor der Beteiligungsrechte“ begründet ist und sowohl diesen

105 ErläutRV 654 BlgNR 22. GP 2.

106 Jenseits der UVP- und IPPC-Anlagenverfahren.

als auch den VwGH die Umsetzung der AarhK und insb des vergleichsweise wenig behandelten Art 9 Abs 3 AarhK, noch länger beschäftigen wird.

(Stand März 2023)

Literaturverzeichnis

- Alge/Kroiss/Schmidhuber, Strategische Umweltprüfung (SUP), in Ennöckl/N. Raschauer/Wessely, Handbuch Umweltrecht³ (2019) 666.
- Altenburger, Die Aarhus Konvention, in Ennöckl/N. Raschauer/Wessely (Hrsg), Handbuch Umweltrecht³ (2019) 379.
- Buss/Müller, Die „Aarhus-Umsetzung“ in den Landesnaturschutzgesetzen auf dem unionsrechtlichen Prüfstand, ALJ 2022, 93. -
- Ennöckl/Erlacher in Ennöckl/N. Raschauer/Wessely, Kommentar zur Gewerbeordnung (Stand 1.1.2015) § 356b.
- Handig, N., Chamäleon Umweltorganisation: Spektrum ihrer Rechtsstellung in Umweltverfahren, RdU 2023 (im Erscheinen).
- Handig, N., Zwischen Parteistellung und Nichtbeteiligung: Umweltorganisationen und die Schattierungen ihrer Partizipation, in Domig et al (Hrsg), Weder schwarz noch weiß: Grauzonen im Öffentlichen Recht (im Erscheinen).
- Kroiss, Die Verbandsbeschwerde im Umweltrecht - neue Impulse für Österreich durch die Aarhus-Konvention, RdU 2001, 87.
- Lampert, Kommentar zum Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz (2020).
- Lukan, J., Die Auslegungshoheit über gemischte Abkommen im Wandel, in Bajlicz et al (Hrsg), Recht im Umbruch – Umbruch im Recht (2022) 161.
- Müller, Der EuGH als Gestalter – Durchsetzung der Aarhus-Konvention durch richterliche Rechtsfortbildung?, SPWR 2020, 401.
- Müller/Kahl, Rechtsgutachten zum Umsetzungsbedarf und Umsetzungsmodus für den Tiroler Landesgesetzgeber im Zusammenhang mit eigenständigen völkerrechtlichen Verpflichtungen aus Art 9 Abs 3 Aarhus-Konvention (2020).
- Raschauer, B., UVP-G Kommentar zum Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz (1995).
- Raschauer, N., in Ennöckl/N. Raschauer/Bergthaler, UVP-G³ § 19.
- Schmalenbach in Calliess/Ruffert (Hrsg), EUV/AEUV⁵ (2016) Art 216 AEUV.
- Schmelz/Schwarzer, UVP-G 2000-ON 1.00 (Stand 1.7.2011, rdb.at).
- Schulev-Steindl, Das Aarhus-Beteiligungsgesetz – Ende gut, alles gut? ÖZW 2019, 14.
- Schulev-Steindl, Subjektive Rechte - Eine rechtstheoretische und dogmatische Analyse am Beispiel des Verwaltungsrechts (2008).
- Schulev-Steindl, Vom Wesen und Wert der Parteistellung, FS Mayer (2011) 683.
- Stolzlechner/Müller/Seider/Vogelsang/Höllbacher (Hrsg), Kommentar zur Gewerbeordnung⁴ (2020).
- UNECE, The Aarhus Convention. An Implementation Guide² (2014).

Weber, K./Schmid, Die Rechtsmittelbefugnis von Umweltorganisationen in Umweltverfahren, in FS Stolzlechner (2013) 705.

Strategische Prozessführung und Datenschutzrecht

Rainer Palmstorfer

1. Einleitung

Um das Datenschutzrecht aus der Perspektive strategischer Prozessführung darzustellen, müssen zunächst ein paar Worte zu letztgenannter Perspektive gesagt werden.¹ Während der Gegenstand des Datenschutzrechts wohl einigermaßen klar umschrieben werden kann, ist das beim Begriff der strategischen Prozessführung nicht der Fall. Ein Blick in die vorliegende Literatur zeigt auf, dass es hierzu wohl noch kein gefestigtes Begriffsbild gibt.² Am Beginn des Beitrags sollen daher zum Zwecke der Diskussion einige Anmerkungen zum Begriff gemacht werden. Hierbei wird zu zeigen sein, dass strategische Prozessführung maßgeblich von der einschlägigen Rechtsmaterie, über deren Auslegung/Anwendung prozessiert wird, abhängt. Anschließend soll das hier maßgebliche Rechtsgebiet – das Datenschutzrecht – unter dem Blickwinkel strategischer Prozessführung abrisshaft dargestellt werden. Den Schluss bildet ein konkretes Anwendungsbeispiel strategischer Prozessführung im Datenschutzrecht – die „Schrems-Saga“.

2. Anmerkungen zum Begriff „Strategische Prozessführung“

Trotz der noch geführten Diskussion zur Frage, was denn überhaupt unter „strategischer Prozessführung“ verstanden werden soll, lässt sich doch bereits ein Begriffskern festmachen. Nach Graser umfasst dieser „(a) juristisch substantiierte Klagen, die (b) über den individuellen Prozesserverfolg hinaus weitere Ziele verfolgen und (c) dabei Themen von erheblicher politischer Dimension adressieren“³.

Über diese Kernelemente hinaus sind aber wohl wenige Gemeinsamkeiten in der Begriffsverwendung auszumachen. Das ist bei einem schillern-

1 Der vorliegende Beitrag wurde im Dezember 2022 abgeschlossen.

2 Helmrich in Graser/Helmrich (Hrsg.), *Litigation* 31 (35).

3 Graser in Graser/Helmrich (Hrsg.), *Litigation* 9 (14).

den Begriff wie „strategische Prozessführung“ auch durchaus naheliegend. Dies liegt wohl auch daran, dass der Begriff aus dem US-amerikanischen Rechtsraum stammt bzw dort jedenfalls länger etabliert ist als in anderen Rechtsräumen.⁴ Diese Unbestimmtheit ist Fluch und Segen zugleich: Fluch, da ob seiner Unbestimmtheit der Begriff Gefäß für unterschiedliche Inhalte sein kann, was dessen Bestimmtheit nicht gerade zuträglich ist; Segen, da der Begriff gerade wegen seiner Unbestimmtheit noch nicht gefestigt ist, im Diskurs noch formbar ist und von Autor:innenseite noch eigene Konzeptionen des Begriffs vorgeschlagen werden.⁵ Dies gilt auch für diesen Beitrag, wo der Versuch gemacht wird, anknüpfend an obige Kernelemente weitere Aspekte des Begriffs näher auszuleuchten und hierdurch zur Begriffsbildung beizutragen.

Der Zugang zu einer solchen Begriffsbildung muss hierbei ein rechtswissenschaftlicher sein. Ein rechtswissenschaftlicher Begriff muss dazu geeignet sein, ein bestimmtes rechtliches Phänomen möglichst präzise zu beschreiben. Er muss ein Analysebegriff sein, der aber nicht nur das Recht, sondern auch dessen Geltendmachung und Nutzbarmachung im Rahmen eines gerichtlichen Prozesses mitumschließt.

Je mehr Definitionsmerkmale ein solcher Analysebegriff aufweist, desto weniger Phänomene dürften hiervon erfasst sein. Hierbei besteht Gefahr, dass das zu beschreibende rechtliche Phänomen den zu erarbeitenden Analysebegriff zu sehr prägt, ihn also zu eng macht. Der vorliegende Beitrag ist sich dieser Gefahr bewusst: Strategische Prozessführung soll hier nicht ihrem Untersuchungsgegenstand – dem Datenschutzrecht – auf den Leib geschneidert werden. Die Gefahr, dass dieses Kleidungsstück dem Datenschutzrecht zwar gut stünde, für andere Rechtsgebiete aber zu weit oder zu eng geraten würde, soll dadurch vermieden werden, dass der hier zu erarbeitende Begriff typische, aber eben keine kumulativen Begriffsmerkmale aufweisen wird. Da der Begriff „strategische Prozessführung“ nun nicht nur Rechtsvorschriften, sondern vielmehr ihre Nutzbarmachung im Rahmen der Prozessführung und sohin ein empirisches Phänomen beschreibt, kann man diesen Begriff durchaus als Idealtypus konstruieren. Er umfasst somit

4 Graser in Graser/Helmrich (Hrsg), *Litigation* 9 (11).

5 Wenig verwunderlich wird im Schrifttum daher auch ein subjektives Begriffsverständnis konstatiert und auch befürwortet, siehe etwa *Helmrich* in Graser/Helmrich (Hrsg), *Litigation* 31 (31): „Ob ein bestimmtes Verfahren als strategisch gelten kann, ‚strategisch‘ ist (was auch immer das bedeuten mag), lässt sich kaum objektiv feststellen. Das Begriffsverständnis ist vielmehr subjektiv und beeinflusst von zahlreichen Prägungen – unter anderem durch das institutionelle Umfeld, die Ausbildung, das Rechtssystem.“

mehrere Merkmale, die von realen Phänomenen im Regelfall nicht gänzlich erfüllt werden. Dies dient auch dazu, den Begriff ausreichend flexibel zu gestalten, um für die Analyse unterschiedlicher Rechtsgebiete operationalisierbar zu bleiben.

Welche Elemente sollen – nach dem hier vertretenen Verständnis – vom Begriffsbild erfasst sein? Hier ist auf obige Kernelemente zurückzukommen: Wie der Begriff „Prozessführung“ bereits andeutet, drückt der Begriff gerichtliche Verfahren (Prozesse) aus, die von privaten Akteur:innen (Individuen, aber auch Verbände uÄ) angestrengt werden. Solche Prozesse sind nur möglich, wenn dies die jeweilige Rechtsordnung bzw Rechtswirklichkeit überhaupt zulässt. Es muss daher überhaupt rechtlich/faktisch möglich sein, dass ein:e private:r Akteur:in ein Gericht anruft. Ohne Zugang zum Recht (in Europa sichergestellt durch: Art 6 EMRK bzw Art 47 GRC) ist strategische Prozessführung nicht möglich. Hierbei darf der Blick aber nicht nur auf rein rechtliche Zulässigkeitsschranken gelegt werden, miteinzubeziehen sind auch Schranken finanzieller Art (dh Gerichtsgebühren, Anwaltskosten, Prozesskosten). Bedenkt man, dass strategische Prozessführung Themen von erheblicher politischer – man mag ergänzen –, gesellschaftlicher oder wirtschaftlicher Dimension anspricht, ist auch klar, dass sich die Gegenpartei der Relevanz des Rechtsstreits bewusst ist und bereit ist, für ihren Prozesssieg große finanzielle Mittel zu mobilisieren.

Strategische Prozessführung setzt voraus, dass die einschlägigen materiellen Rechtsvorschriften auch von dem:der Prozessführer:in geltend gemacht werden können. Im Regelfall ist hierfür die Grundlage, dass diese Rechtsvorschriften auf ihn:sie zur Anwendung kommen, somit Rechte und Pflichten des Individuums begründen. Dies kann Rechte/Pflichten im vertikalen Verhältnis (Individuum und Staat) oder im horizontalen Verhältnis (Individuum und Individuum) zum Inhalt haben. Denkbar ist freilich, dass es um die Einhaltung von Rechtsvorschriften geht, die keine natürlichen/juristischen Personen berechtigen, sondern dem Staat Verhaltenspflichten gegenüber nicht rechtsfähigen Gebilden (zB Natur, Tiere) auferlegen, Vorschriften, die dann etwa von Umweltorganisationen geltend gemacht werden können. Sihin muss ein Band zwischen geltend gemachten Rechtspositionen und privatem:er Akteur:in bestehen. Das stärkste Band ist wohl dann gegeben, wenn es sich bei den maßgeblichen Rechtsvorschriften um Grundrechte handelt, begründen diese doch klar subjek-

tive Rechtspositionen, denen in der jeweiligen Rechtsordnung ein hoher Rechtsrang eingeräumt wird.⁶

Das Besondere an strategischer Prozessführung ist nun, dass der:die Prozessführer:in mittels „seines“ bzw „ihres“ Prozesses eine Rechtsfrage gerichtlich klären lässt, die eben nicht nur ihn:sie, sondern einen weiteren Personenkreis bzw ein Allgemeingut betrifft. Weiters ist – und hier kommt eine subjektive Komponente ins Spiel – sich der:die Prozessführer:in dessen auch bewusst. Die kollektive Ausrichtung des Prozesses kann wohl leichter dadurch erreicht werden, wenn das maßgebliche Recht Verbandsklagen zulässt. Hierdurch kann das Risiko eines negativen Prozessausgangs auf mehrere Schultern verteilt werden, auch verfügen Verbände tendenziell über mehr Ressourcen und mehr juristische aber auch andere Kenntnisse, um den Prozess erfolgreich zu betreiben.

Strategische Prozessführung impliziert, dass der Prozess gezielt gesucht wird, etwa indem der:die Prozessführer:in das prozessauslösende Moment gezielt provoziert. Hintergrund ist der, dass in Rechtsordnungen im Regelfall eine *Actio popularis* nicht vorgesehen ist. Um die maßgebliche Rechtsfrage zu klären, ist es sohin erforderlich, eine Situation zu schaffen, in der die zu klärenden Rechtsvorschriften konkret zur Anwendung kommen.

Strategische Prozessführung lässt demnach auch an den in der deutschen Rechtssprache bekannten Begriff des Musterprozesses denken. Es verwundert daher auch nicht, dass im deutschsprachigen Schrifttum idZ Musterklagen angesprochen werden.⁷ Angesichts dessen stellt sich für den Autor dieses Beitrags auch die Frage nach dem analytischen Mehrwert des Begriffs „strategische Prozessführung“. ME kann ein solcher Mehrwert nur darin bestehen, die Instrumente und Bedingungen dieses Phänomens, das Umfeld des Prozesses miteinzubeziehen. Hierzu bedarf es eines Zugangs, der nicht nur die Rechts-, sondern auch die darauf bezogene Handlungsebene (dh die optimale Geltendmachung des Rechts im Rahmen eines Prozesses) miteinbezieht, ein Zugang, der auch diesen Sammelband kennzeichnet. Überdies bedarf es auch der Heranziehung anderer Disziplinen,⁸ wie insb der Kommunikationswissenschaft und der Politologie.

Die Kommunikationswissenschaft ist angesprochen, da das Prozessergebnis ob seiner Relevanz auch von dem:der privaten Akteur:in kommuni-

6 Für die Unionsrechtsordnung ist hier etwa an die Grundfreiheiten des Binnenmarkts, die Unionsbürgerschaft oder die Unionsgrundrechte zu denken, allesamt Bestimmungen, die primärrechtlich verankert sind.

7 Graser in Graser/Helmrich (Hrsg), *Litigation* 37 (40).

8 Graser in Graser/Helmrich (Hrsg), *Litigation* 9 (12).

ziert und von Medien rezipiert wird. Gerade den Medien kann hier eine große Rolle zukommen, kann die mediale Rezeption des anstehenden oder auch schon laufenden Prozesses dazu beitragen, Unterstützung für den:die Prozessführer:in zu mobilisieren. Diese Unterstützung kann in finanzieller, personeller, politischer oder bloß moralischer Form bestehen. ME ist es vor allem die Rezeption in den Medien aber auch in sozialen Netzwerken, die mit strategischer Prozessführung häufig einhergeht, signalisiert dieses Echo doch auch die große Relevanz der Frage, über die prozessiert wird. Der medialen Aufmerksamkeit besonders zuträglich sind dabei prozessuale David-gegen-Goliath-Konstellationen, in denen zwischen den Prozessparteien eine große Ungleichheit besteht. Diese Ungleichheit tritt dabei insb im horizontalen Verhältnis bei Rechtsstreitigkeiten zwischen einem Einzelnen und einem großen Unternehmen zutage. Dem:der namentlich bekannten „Einzelkämpfer:in“ steht hierbei ein anonym, finanziell bestens ausgestatteter Konzern gegenüber – ein beliebtes Sujet der Populärkultur. Strategische Prozessführung ist daher nicht nur der Prozess an sich, denn dieser ist nur Teil einer größeren Geschichte rund um den Prozess. Typisch scheint es demnach auch, dass der:die obsiegende private Akteur:in ein eigenes Narrativ zum Prozess entwirft. Damit einher geht auch, dass Rechtsfragen ein Gesicht bekommen und akteurspezifische Deutungen (welche Positionen vertreten die Parteien, Behörden und Gerichte?) an Bedeutung gewinnen. Alles in allem führt dies dazu, dass der eigentliche Rechtsprozess bzw das Urteil nur ein Teil eines weiteren Interaktionsprozesses sind, in dem nicht nur die im Verfahren getätigten Handlungen, Unterlassungen oder Äußerungen eine Rolle spielen, sondern auch jene, die in anderen Konstellationen (zB Interviews) getätigt wurden. Dies gilt nicht nur für den:die Prozessführer:in, sondern auch für andere Beteiligte.

Je weiter nunmehr die Wirkungen eines Prozessausgangs in Wirtschaft, Gesellschaft und Politik ausstrahlen, je mehr Menschen hierdurch beeinflusst werden,⁹ desto mehr wird aus diesem Phänomen auch ein politisches. Damit ist aber auch die Politologie angesprochen, da strategische Prozessführung häufig ein Mittel ist, um Rechtsfragen mit großer Relevanz für Politik, Wirtschaft und Gesellschaft zu klären oder genauer: im Sinne des:der privaten Akteur:in in einem bestimmten Sinne klären zu lassen. Der Pro-

9 Eine solche Beeinflussung kann viele Formen annehmen. So kann die Bevölkerung auf die Bedeutung der Prozessfrage erst durch den besagten Prozess aufmerksam gemacht und hierzu ein Meinungsbildungsprozess in der Bevölkerung eingeleitet werden, mit der Folge, dass in der Bevölkerung den von dem:der Prozessführer:in angestrebten Prozessausgang befürwortende und ablehnende Stimmen mobilisiert werden.

zess dient als juristisches Instrument, als Hebel, um ein politisches Ziel zu erreichen. Dies impliziert auch, dass sich der:die Prozessführer:in der großen Relevanz, die mit einem erfolgreichen Prozessausgang verbunden ist, bewusst ist. Strategische Prozessführung bringt daher keine „Zufallsergebnisse“ hervor, sondern die möglichen Auswirkungen des Urteils über den Anlassfall hinaus sind von vornherein mitintendiert. Dies legt nahe, dass der:die private Akteur:in allenfalls sekundär durch eigene Interessen angetrieben wird, vielmehr sieht er:sie sich im Dienste einer größeren Sache bzw Personengruppe stehend an. Rechtlich spielt Letzteres, sofern die Prozessvoraussetzungen gegeben sind, keine Rolle.

Dem Prozessergebnis wohnt etwas Neues inne. Strategische Prozessführung setzt daher ungeklärte Rechtsfragen voraus. Solche können sich zum einen dadurch ergeben, dass die einschlägige Rechtsmaterie relativ neu und noch nicht ausjudiziert ist. Eine solche Neuheit kann ihren Grund in der Neuheit des rechtlich geregelten Gegenstands haben. Zum anderen können ungeklärte Rechtsfragen auch darauf zurückzuführen sein, dass neue Auslegungsfragen an bereits zeitlich längere existierende Rechtsvorschriften herangetragen werden, die ob ihrer Formulierung deutungs offen sind. Zu denken ist hier insb an Grundrechte, finden sich diese doch in meist knapp gefassten Rechtstexten verankert, die nur schwer abänderbar sind und – für strategische Prozessführung wohl am bedeutsamsten – individuelle Rechtspositionen vorsehen, deren Einhaltung im Regelfall auch gerichtlich geltend gemacht werden kann. Gerade Grundrechte sind ein maßgebliches Instrument, kann doch eine einmal gerichtlich getroffene Auslegung nur sehr schwer im Nachhinein revidiert werden. Zwar ist eine Änderung des Grundrechtstextes durch das maßgebliche Rechtsetzungsorgan denkbar, in der Praxis ist dies aber kaum möglich. Wie kaum andere Rechtstexte sind Grundrechtsvorschriften einer textlichen Abänderung entzogen. Und auch eine Änderung der gerichtlichen Auslegungspraxis ist in der Praxis eher selten und geschieht wohl erst nach einem längeren Zeitablauf. Wird daher eine höchstgerichtliche Entscheidung getroffen, ist der Auslegungsprozess damit „versiegelt“.¹⁰ All diese Fälle setzen seitens des:der Prozessführer:in

10 Dies erklärt auch, warum in der Praxis politisch unliebsame höchstgerichtliche Auslegungen von Grundrechtstexten nicht durch eine Änderung letzterer bewerkstelligt werden, da eine solche Änderung angesichts des rechtlichen Stellenwerts einen breiten politischen Konsens im Rechtsetzungsorgan voraussetzen, der sehr schwer herzustellen ist. Der einfachere Weg besteht darin, die Zusammensetzung des Höchstgerichts zu ändern und hierdurch eine andere Auslegungsvariante zu verankern. Für die Gegner der bisherigen vorherrschenden Auslegungsvariante würde strategische

eine gut begründete, innovative juristische Argumentation voraus, gilt es doch, das Gericht von der propagierten Auslegungsvariante zu überzeugen.

3. Das Datenschutzrecht

Misst man das unionale Datenschutzrecht an obigen Aspekten strategischer Prozessführung, so bietet dieses Rechtsmaterie einige Ansatzpunkte, die es zum Gegenstand strategischer Prozessführung machen. Ein erster Punkt ist darin zu sehen, dass es sich beim unionsrechtlichen Datenschutzrecht um eine Materie handelt, die individuelle Rechtspositionen verleiht.¹¹ Es geht um den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten.¹² Hier geht es aber nicht nur um subjektive Rechtspositionen, die im Sekundärrecht verankert sind, sondern letztlich um Unionsgrundrechte.¹³ Dies zeigt sich daran, dass auch die mit Mai 2018 in Geltung getretene DSGVO¹⁴ letztlich als sekundärrechtliche Ausgestaltung von Art 16 AEUV bzw Art 8 GRC und damit eines Unionsgrundrechts anzusehen ist.¹⁵ Datenschutzrechtliche Thematiken fallen überdies in den Schutzbereich von Art 7 GRC. Weniger deutlich fällt dieser unionsgrundrechtliche Konnex bei der Datenschutz-RL¹⁶, der Vorgängerregelung der DSGVO, auf, stützte sich diese doch auf Art 100a EGV (idF Maastricht) und damit auf eine Kompetenz zur Verwirklichung des Binnenmarktes. Nichtsdestotrotz diente dieser Rechtsakt dem Grundrechtsschutz (insb dem Schutz der Privatsphäre natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener

Prozessführung idZ bedeuten, die Gunst der Stunde auszunutzen, einen Prozess beim Höchstgericht anhängig zu machen und auf eine andere Auslegungsvariante des gleichbleibenden Grundrechtstextes argumentativ hinzuwirken.

- 11 Zur Bedeutung von Rechten im digitalen Kontext siehe etwa *McDonald*, Impact-Orienting Digital Strategic Litigation (1. Jänner 2020), abrufbar unter <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3805834> (abgefragt am 20.12.2022).
- 12 Siehe insb VO (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl L 2016/119, 1, Art 1.
- 13 Vgl *Eberhard* in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), *Datenschutzrecht* 303 (306).
- 14 DSGVO EU/2016/679, ABl L 2016/119, 1.
- 15 Deutlich *ErwGr 1* DSGVO EU/2016/679.
- 16 Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl L 1995/281, 31.

ner Daten)¹⁷ und war unbestrittenermaßen iSd Unionsgrundrechte auszulegen.¹⁸ Verstöße gegen das unionale Datenschutzrecht sind daher letztlich als Eingriffe in unions(grund)rechtlich geschützte Freiheitsräume aufzufassen. Hinzu kommt, dass der Unionsrechtsordnung das Postulat der Rechtsunion innewohnt, wonach alle (abgeleiteten) Unionshandlungen im Einklang mit den Unionsgrundrechten stehen müssen.¹⁹

Als zweiter Punkt ist zu nennen, dass auch der Zugang des betroffenen Individuums zu einem Gericht und ein entsprechender gerichtlicher Rechtsschutz gewährleistet wird. Da es sich beim Datenschutzrecht somit um Rechte eines Individuums handelt, sei es in Gestalt der DSGVO²⁰ bzw der dahinterstehenden Unionsgrundrechte, wird zugleich die Anwendung der unionsrechtlich zentralsten Rechtsschutzgarantie – Art 47 GRC – eröffnet und damit das Merkmal der Rechtsstaatlichkeit angesprochen.²¹ Diesbezüglich ist hervorzuheben, dass die Durchsetzung des Datenschutzrechts im System der DSGVO nicht zwingend im Rahmen eines gerichtlichen Rechtsstreits zwischen betroffener Person und Verantwortlichen/Auftragsverarbeiter:innen (private enforcement) erfolgt. So stellt die DSGVO ein Durchsetzungsregime in Gestalt des durch eine Aufsichtsbehörde zu führenden Verwaltungsverfahren bereit, wofür die DSGVO auch ein Beschwerderecht der betroffenen Person vorsieht.²² Alternativ hierzu räumt die DSGVO der betroffenen Person das Recht auf wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf gegen Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter ein.²³ Wird das administrative Verfahren zwar durch eine Beschwerde der betroffenen Person eingeleitet, so wird es doch durch die Datenschutzbehörde und eben nicht durch den Betroffenen geführt. Erst im Falle eines nicht im Sinne des Betroffenen verlaufenden Verfahrensausgangs ist hier – in einem zweiten Schritt – eine Anrufung eines Gerichts denkbar. Größere Gestaltungsmöglichkeiten aber auch ein größeres finanzielles Risiko hat der:die Betroffene, wenn er:sie es gleich auf einen gerichtlichen Prozess gegen

17 Siehe insb Art 1 Datenschutz-RL 95/46/EG.

18 Siehe die Nachweise in EuGH 6. 10. 2015, C-362/14, *Schrems/Digital Rights Ireland (Schrems I)*, ECLI:EU:C:2015:650, Rz 38 f mwN.

19 EuGH 6. 10. 2015, C-362/14, *Schrems/Digital Rights Ireland (Schrems I)*, Rz 60 mwN.

20 Freilich kann nicht pauschal davon ausgegangen werden, dass sämtliche Bestimmungen der DSGVO Rechte iSv Art 47 Abs 1 GRC verleihen. Diese Frage soll hier nicht näher vertieft werden.

21 EuGH 6. 10. 2015, C-362/14, *Schrems/Digital Rights Ireland (Schrems I)*, Rz 95 mwN.

22 Art 77 DSGVO EU/2016/679.

23 Art 79 DSGVO EU/2016/679.

den:die Verantwortlichen oder den:die Auftragsverarbeiter:in ankommen lässt. Als gangbare Alternative kommen hier auch Verbandsklagen nach Art 80 DSGVO in Frage.²⁴ Freilich handelt es sich hierbei um eine der DSGVO innewohnende Öffnungsklausel, von welcher Österreich bislang nicht Gebrauch gemacht hat.²⁵ Mit der neuen Verbandsklagen-RL²⁶ wird nunmehr jedoch zwingend die Möglichkeit einer Verbandsklage vorgesehen.²⁷

Drittens ist zu betonen, dass das Datenschutzrecht einen sehr weiten Anwendungsbereich hat. So knüpft die DSGVO tatbestandlich an die Verarbeitung personenbezogener Daten natürlicher Personen²⁸, einem weit zu verstehenden Tatbestandsmerkmal, an.²⁹ Neben dem weiten sachlichen Anwendungsbereich ist auch der weite persönliche Anwendungsbereich hervorzuheben, so verpflichtet die DSGVO auch Private. Kernverpflichtete:r ist hierbei der:die Verantwortliche^{30,31}. Dem Datenschutzrecht kommt damit eine große praktische Relevanz zu.

Viertens trotz – oder gerade wegen – des großen Umfangs des Datenschutzrechts, das sich neben den primärrechtlichen Unionsgrundrechten, der sekundärrechtlichen DSGVO (samt dazugehöriger Durchführungsrechtsakte) auch im mitgliedstaatlichen Recht – in Österreich: DSG³² – geregelt findet, bietet dieser komplexe Rechtskorpus doch noch immer zahlreiche offene Fragen, die sich zwar oft vor dem Hintergrund des nationalen Datenschutzgesetzes (in Österreich das besagte DSG) stellen, die oftmals aber auf die dahinterstehende unionale Rechtsebene abstellen. Diese unionale Dimension ist beim Datenschutzrecht immer mitzubedenken. Diese Fragen beziehen sich nun nicht auf Details, sondern auf zentrale Bestandteile des Datenschutzrechts und verlangen letztlich nach einer Klärung durch den EuGH.

24 Einlässlich hierzu *Leupold/Schrems* in *Knyrim*, *DatKomm* Art 80 DSGVO (Stand 1.6.2021, rdb.at) Rz 20 ff.

25 *Eberhard* in *Holoubek/Potacs* (Hrsg.), *Datenschutzrecht* 303 (352).

26 RL (EU) 2020/1828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 11. 2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG, ABl L 2020/409, 1.

27 Siehe hierzu *Leupold* in *Reiffenstein/Blaschek* (Hrsg.), *Die neue Verbandsklagen-Richtlinie* 71 (77).

28 Art 1 DSGVO EU/2016/679. So versteht man unter „personenbezogenen Daten“ laut Art 4 Nr 1 leg cit „alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person (im Folgenden „betroffene Person“) beziehen“.

29 *Eberhard* in *Holoubek/Potacs* (Hrsg.), *Datenschutzrecht* 303 (328).

30 Art 1 DSGVO EU/2016/679.

31 *Eberhard* in *Holoubek/Potacs* (Hrsg.), *Datenschutzrecht* 303 (330).

32 DSG BGBl I 165/1999 idF BGBl I 148/2021.

4. Die „Schrems-Saga“: Vom „Zufallstreffer“ zur Institutionalisierung

Was häufig als „Schrems-Saga“³³ bezeichnet wird,³⁴ hat viele Zutaten, die oben als Merkmale der strategischen Prozessführung zugeschrieben werden konnten. Hierbei werden im Allgemeinen zwei vom EuGH entschiedene datenschutzrechtliche Vorabentscheidungsverfahren³⁵ verstanden, die nach der im mitgliedstaatlichen Ausgangsverfahren klagenden Partei, *Max Schrems*, benannt sind. Diese beiden Causen decken freilich nicht das ganze Spektrum der Causen ab, in denen Herr Schrems involviert war.³⁶ Wohl noch wichtiger: Dieser Prozess führte schließlich zur Gründung einer NGO, dem Europäischen Zentrum für digitale Rechte (None of your business – NOYB), die sich insb dem Datenschutz verschrieben hat.³⁷

Die „Schrems-Saga“ fand ihren Ausgang darin,³⁸ dass am 25. 6. 2013 Herr Schrems – vor dem Hintergrund der damals noch in Kraft stehenden Datenschutz-RL 95/46/EG – eine Beschwerde beim irischen Data Protection Commissioner (als nationale Kontrollstelle iSv Art 28 leg cit) einlegte, in der er diesen dazu aufforderte, in Ausübung der ihm übertragenen Befugnisse Facebook Ireland die Übermittlung seiner personenbezogenen Daten in die USA zu untersagen. Dies wurde damit begründet, dass die USA keinen ausreichenden Schutz für die in diesem Land gespeicherten personenbezogenen Daten vor den Überwachungstätigkeiten der dortigen Behörden bieten würden, wobei idZ auf die damals von Herrn Edward Snowden enthüllten Tätigkeiten der Nachrichtendienste der Vereinigten Staaten, insbesondere der National Security Agency (NSA), verwiesen wur-

33 Vgl etwa die Terminologie bei *Granmar*, A Reality Check of the Schrems Saga, *Nordic Journal of European Law* 2021, 48 (51).

34 Siehe hierzu den Überblick *Kshirsagar/Teixeira*, XRDS: Crossroads, *The ACM Magazine for Students* 2/2020, 20, abrufbar unter <<https://dl.acm.org/doi/10.1145/3437113>> (abgefragt am 20.12.2022).

35 EuGH 6. 10. 2015, C-362/14, *Schrems/Digital Rights Ireland* (*Schrems I*), ECLI:EU:C:2015:650; 16. 7. 2020, C-311/18, *Data Protection Commissioner/Facebook Ireland Ltd, Maximilian Schrems* (*Schrems II*), ECLI:EU:C:2020:559.

36 Zu nennen sind hier insb auch EuGH 25. 1. 2018, C-498/16, *Maximilian Schrems/Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37; OGH 23. 6. 2021, 6 Ob 56/21k sowie das damit in Zusammenhang stehende Vorabentscheidungsersuchen in Rs C-446/21, *Maximilian Schrems/Facebook Ireland Limited*.

37 Siehe die Website des Vereins, abrufbar unter <<https://noyb.eu/de>> (abgefragt am 20.12.2022).

38 Zu *Schrems I* siehe auch *Schrems*, *Dako* 2015/60.

de.³⁹ Diese Beschwerde wurde vom Data Protection Commissioner auch vor dem Hintergrund der Safe-Harbour-Entscheidung der Kommission⁴⁰ als unbegründet zurückgewiesen, wogegen Herr Schrems eine Klage beim irischen High Court einbrachte.⁴¹ Dieses wollte vom EuGH wissen, ob bzw. inwiefern die Safe-Harbour-Entscheidung nationale Kontrollstellen bindet, womit deren Prüfungsbefugnis hinsichtlich der Einhaltung des Datenschutzrechts im Ergebnis negiert worden wäre. Der EuGH bejahte die Prüfungsbefugnis der nationalen Kontrollstelle und hob die Safe-Harbour-Entscheidung als ungültig auf.⁴²

Es gibt nun keine Hinweise dafür, dass diese Beschwerde Teil einer geplanten Prozessstrategie war, vielmehr scheint es so, dass diese Beschwerde eine gewisse Eigendynamik zur Folge hatte. Man kann hier durchaus von einem „Zufallstreffer“ sprechen, da die großen Implikationen des Verfahrens zu Beginn wohl noch nicht absehbar waren. Laut Angaben von Herrn Schrems⁴³ stieß dieses Verfahren auf großes mediales Echo, das sich aus den damals gerade gemachten Snowden-Enthüllungen und der prozessualen David-gegen-Goliath-Situation ergab. Weiters fällt auf, dass der Kläger gar nicht intendierte, den EuGH mit einem Vorabentscheidungsersuchen zu befassen. Vielmehr war es der zuständige Richter am irischen High Court, der die Dimension des Falles begriff und das Vorabentscheidungsersuchen einreichte. Bei *Schrems I* fällt auf, dass auf Klägerseite ein Prozess der Mobilisierung juristischer Expertise zu konstatieren ist. So wurde die irische anwaltliche Vertretung im Prozess ausgetauscht und im Kontext der Vorabentscheidungsverfahren etwa auch Universitätsprofessoren ein-

39 EuGH 6. 10. 2015, C-362/14, *Schrems/Digital Rights Ireland (Schrems I)*, ECLI:EU:C:2015:650, Rz 28.

40 Entscheidung 2000/520/EG der Kommission vom 26.7.2000 gemäß der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Angemessenheit des von den Grundsätzen des „sicheren Hafens“ und der diesbezüglichen „häufig gestellten Fragen“ (FAQ) gewährleisteten Schutzes, vorgelegt vom Handelsministerium der USA, ABl L 2000/215, 7.

41 EuGH 6. 10. 2015, C-362/14, *Schrems/Digital Rights Ireland (Schrems I)*, ECLI:EU:C:2015:650, Rz 29 f.

42 EuGH 6. 10. 2015, C-362/14, *Schrems/Digital Rights Ireland (Schrems I)*, ECLI:EU:C:2015:650, Tenor 1 und 2.

43 Siehe hierzu ein rezentes Interview (3.12.2021) mit Herrn Schrems, das im Rahmen der Lehrveranstaltung „Juristische Recherche“ an der Universität Wien von Univ.-Prof. Dr. Nikolaus Forgó durchgeführt wurde. Das Video (Ars Boni 221: Spezialausgabe Mag. Max Schrems) ist am YouTube-Kanal des Department of Innovation und Digitalisation in Law verfügbar unter <<https://www.youtube.com/watch?v=IjzqMhUSdBU>> (abgefragt am 20.12.2022).

gebunden, weiters war es erforderlich, die am EuGH vorherrschende Gerichtskultur bei der Prozessführung als Faktor miteinzubeziehen. Deutlich fällt auch auf, dass die Frage der Prozesskosten nach irischem Recht als große finanzielle Hürde anzusehen war, die mittels eines Rückgriffs auf irisches Prozessrecht, was zu einer Vorab-Begrenzung der Kosten führte, genommen werden konnte. ME verdeutlicht dies einmal mehr die Besonderheit des Datenschutzrechts: Der/die betroffene Einzelne hat durch einen Datenschutzrechtsverstoß im Regelfall keinen großen Schaden. Das Verhältnis eines geringen Schadens zu einem mit großen Kosten verbundenen Prozessrisiko (ganz zu schweigen vom sonstigen zeitlichen Aufwand uÄ) führt dazu, dass Datenschutzverstöße tendenziell selten vom betroffenen Individuum gerichtlich durchgefochten werden.⁴⁴ Dies zeigt aber auch, wie wichtig es ist, in diesem Bereich Verbandsklagen vorzusehen. Deutlich sieht man bei *Schrems I* aber auch, dass Herr Schrems einen eigenen Narrativ zu diesem Prozess bietet, der nicht nur die eigentlichen Rechtsfragen (dh den Prozess an sich), sondern auch die Organisation des Prozesses und die darin tätigen Akteur:innen umfasst.

Schrems I war nicht nur der Auftakt zu zahlreichen weiteren datenschutzrechtlichen Verfahren, die an dieser Stelle nicht näher ausgeleuchtet werden sollen. Für die gegenständliche Abhandlung wichtiger ist wohl, dass das Urteil in weiterer Folge zur Gründung des Europäischen Zentrums für digitale Rechte (None of your business – NOYB), einer in Wien ansässigen NGO,⁴⁵ führte. Der Prozesserfolg in *Schrems I* führte daher im Ergebnis zu einer Institutionalisierung und Professionalisierung. Ziel der NGO ist es, die Lücke zwischen dem rechtlichen Schutz der Privatsphäre und ihrem tatsächlichen Schutz zu schließen. Das Detailkonzept der NYOB führt klar vor Augen, dass strategic litigation eine zentrale Rolle im Konzept der NGO spielt.⁴⁶ Dabei fällt auf, dass die NGO mit anderen Akteur:innen (in den Bereichen Datenschutz, IT-Sicherheit und Verbraucherschutz) kooperiert, einer möglichen Befassung der Behörden bzw Gerichte eine umfassende

44 Bedenkt man, dass Facebook zur Jahresmitte 2013 rund 182 Mio Nutzer:innen in Europa hatte, zeigt dies auch, wie gering die Bereitschaft war, die Frage der Unionsrechtskonformität der Datenübermittlung in die USA aufzugreifen. Siehe Dixon, Facebook: quarterly DAU in Europe 2012-2022, <<https://www.statista.com/statistics/745383/facebook-europe-dau-by-quarter>> (abgefragt am 20.12.2022).

45 Siehe die Website des Vereins, abrufbar unter <<https://noyb.eu/de>> (abgefragt am 20.12.2022).

46 NYOB, Making Privacy a Reality: Public Project Summary, abrufbar unter <<https://noyb.eu/de/unser-detailkonzept>> (abgefragt am 20.12.2022).

Recherche vorangeht⁴⁷ und Themen projekthaft abgearbeitet und auch gegenüber der Öffentlichkeit kommuniziert werden.⁴⁸ Hierbei scheint die Beschwerde an die jeweiligen Aufsichtsbehörden das zentrale rechtliche Instrument zu sein,⁴⁹ was freilich auch voraussetzt, dass entsprechendes Wissen über die einschlägigen mitgliedstaatlichen Verfahrensvorschriften vorhanden ist.⁵⁰ Bedenkt man, dass NOYB erst 2017 gegründet wurde, weist sie bereits sehr umfangreiche Tätigkeiten auf. Dies erklärt sich va aus dem weiten Anwendungsbereich der DSGVO und der kaum zu unterschätzenden Bedeutung, die die Verarbeitung personenbezogener Daten hat. Diese große Bedeutung geht einher mit einem gesteigerten Problembewusstsein in der Bevölkerung, was den Schutz ihrer personenbezogenen Daten betrifft, ein Bewusstsein, das zur Mobilisierung finanzieller Mittel für NYOB führt.

5. Fazit

Im vorliegenden Beitrag konnte aufgezeigt werden, dass sich das Datenschutzrecht aufgrund verschiedener Elemente als lohnende Materie für strategische Prozessführung eignet. Das Kernelement hierfür bildet wohl der Umstand, dass diese Materie individuelle Rechtspositionen absichern soll und ihr weiter sachlicher Anwendungsbereich unterschiedlichste Lebenssachverhalte umfasst. Dass noch bei weitem nicht alle Fragen zu diesem praxisrelevanten Rechtsgebiet geklärt sind, lässt darauf schließen, dass es auch in Zukunft ein lohnendes Unterfangen sein wird, sich mit dem Datenschutzrecht aus der Forschungsperspektive strategischer Prozessführung zu befassen.

47 Siehe etwa die Kooperation mit dem norwegischen Verbraucherrat (*Norwegian Consumer Council*) mit Blick auf Dating apps unter NYOB, NCC & noyb GDPR complaint: „Grindr“ fined € 6.3 Mio over illegal data sharing, abrufbar unter <<https://noyb.eu/en/ncc-noyb-gdpr-complaint-grindr-fined-eu-63-mio-over-illegal-data-sharing>> (abgefragt am 20.12.2022).

48 Siehe etwa den Überblick auf <<https://noyb.eu/de/projekte>> (abgefragt am 20.12.2022).

49 Siehe etwa NYOB, *noyb* reicht 422 formelle DSGVO-Beschwerden gegen Cookie-Banner-Wahnsinn ein, abrufbar unter <<https://noyb.eu/de/noyb-reicht-422-formelle-dsgvo-beschwerden-gegen-cookie-banner-wahnsinn-ein>> (abgefragt am 20.12.2022).

50 Siehe hierzu auch die Aussagen von Herrn Schrems im erwähnten Interview, <<https://www.youtube.com/watch?v=IjqzMhUSdBU>> (abgefragt am 20.12.2022).

Literaturverzeichnis

- Eberhard*, Datenschutzrecht, in Holoubek/Potacs (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht I⁴ (2019) 303-355.
- Graser*, Einführung: Was es über Strategic Litigation zu schreiben gälte, in Graser/Helmrich (Hrsg), Strategic Litigation. Begriff und Praxis (2019) 9-19.
- Graser*, Strategic Litigation: Ein Verstehensversuch, in Graser/Helmrich (Hrsg), Strategic Litigation. Begriff und Praxis (2019) 37-41.
- Granmar*, A Reality Check of the Schrems Saga, Nordic Journal of European Law 2021, 48-67.
- Helmrich*, Wir wissen eigentlich gar nicht, was strategische Prozessführung ist, in Graser/Helmrich (Hrsg), Strategic Litigation. Begriff und Praxis (2019) 31-35.
- Leupold*, Die neue Verbandsklagen-Richtlinie – ausgewählte Auslegungs- und Umsetzungsfragen, in Reiffenstein/Blaschek (Hrsg), Konsumentenpolitisches Jahrbuch 2021 (2021) 71-134.
- Leupold/Schrems* in *Knyrim*, DatKomm Art 80 DSGVO (Stand 1.6.2021, rdb.at).
- McDonald*, Impact-Orienting Digital Strategic Litigation (1. Jänner 2020), abrufbar unter <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3805834> (abgefragt am 20.12.2022).
- Schrems*, Die Safe-Harbor-Entscheidung des EuGH, Dako 2015/60.

Einschüchterungsklagen und ihr *chilling effect**

Maximilian Blafßnig

1. Einleitung

Auf den ersten Blick mag ein Text zu *Strategic Lawsuits Against Public Participation* (SLAPPs)¹ – oder auf Deutsch: Einschüchterungsklagen² – in einem Sammelband zu „Strategischer Prozessführung“ ein wenig aus der Reihe tanzen, wird doch strategische Prozessführung gemeinhin als äußerst positives Phänomen aufgefasst,³ wohingegen SLAPPs durchwegs als Problem verstanden werden, das zur Beeinträchtigung des demokratischen Diskurses führt.⁴ Die idealtypischen Akteur*innen der strategischen Prozessführung sind „die Schwachen und Marginalisierten“⁵ und in ihrer

* Für die gemeinsamen Vorarbeiten zu diesem Beitrag und hilfreiche Verbesserungsvorschläge danke ich *Paul Hahnenkamp*. Für wertvolle Anmerkungen und gute Ratschläge bedanke ich mich bei *Franz Merli*. Ebenso danke ich *Lukas Tschernernjak*, *Laura Widerhofer* und *Lukas Winkler* für ihre Unterstützung. Die Arbeiten zu diesem Text wurden im Wesentlichen im Jänner 2023 abgeschlossen.

- 1 Geprägt wurde die Bezeichnung von *Pring* und *Canan* in den USA in den 1980er- und 1990er-Jahren. Vgl *Pring*, *Pace Environmental Law Review* 1989, 3; *Canan*, *Pace Environmental Law Review* 1989, 23.
- 2 Zur Beschäftigung mit Einschüchterungsklagen in Österreich vgl *Blafßnig/Hahnenkamp*, *juridikum* 2021, 417; *Lachmayer*, *NetV* 2022, 26; *Deppner*, *juridikum* 2022, 124; *Hess*, *ecolex* 2022, 704; *Wilfinger*, *ÖJZ* 2022, 1069; *Blafßnig/Hahnenkamp*, *juridikum* 2022, 413; *Strobl*, *JRP* 2022, 419; *Windhager*, *JRP* 2022, 424; *Koller/von der Thannen*, *JRP* 2022, 430; *Lehofer*, *JRP* 2022, 439; *Wilfinger*, *ÖJA* 2023, 1. Beachte auch die Konferenz des Presseclubs Concordia im Juni 2022, in deren Rahmen aus wissenschaftlicher und praktischer Perspektive sowie unter Beteiligung von Betroffenen über das Phänomen diskutiert wurde: *Presseclub Concordia*, Konferenz: „Mit Recht gegen SLAPP“, concordia.at/mit-recht-gegen-slapps/ (abgerufen am 19.12.2022), sowie die an der Wirtschaftsuniversität Wien veranstaltete Konferenz „Environmental Defenders“, die sich rechtlichen Reaktionen auf die Einschüchterung von Klima- und Umweltaktivist*innen widmete, *WU – Institute for Law and Governance*, *Environmental Defenders*, www.wu.ac.at/en/lawgov/events/environmental-defenders/ (abgerufen am 28.1.2022).
- 3 Vgl *Fuchs* in *Graser/Helmrich* (Hrsg), *Litigation* 43 passim.
- 4 So zB *Lachmayer*, *NetV* 2022, 26 (27), der von einer „Beschränkung der demokratischen Öffentlichkeit“ spricht.
- 5 *Fuchs* in *Graser/Helmrich* (Hrsg), *Litigation* 43 (52).

Vertretung vor allem NGOs und aktivistische Anwält*innen,⁶ die bestimmte soziale Anliegen zu artikulieren versuchen.⁷ Demgegenüber sind die typischen SLAPP-Kläger*innen mächtige Private, staatliche oder staatsnahe Stellen.⁸ Ihre Klagen, meist wegen behaupteter Verletzungen von Persönlichkeitsrechten, richten sich gegen öffentliche Partizipation, also gegen Journalist*innen, unabhängige Medien, Wissenschaftler*innen oder gerade jene Aktivist*innen und NGOs, die im Rahmen der strategischen Prozessführung die aktive Rolle übernehmen.⁹ Strategische Prozessführung wird positiv als „Form politischer Partizipation“ dargestellt,¹⁰ während SLAPPs darauf abzielen, kritischen Stimmen ebendiese Partizipation zu erschweren.¹¹

Bei allen Unterschieden in Rollenverteilung und Zielsetzung lässt sich bei näherem Hinsehen doch eine Gemeinsamkeit ausmachen: Da wie dort geht es um eine Verfahrensführung, die nicht primär eine bestimmte Entscheidung in der Sache herbeiführen will. Im Vordergrund steht nicht das Bedürfnis nach Rechtsschutz. Das Recht wird genutzt, um politische, wirtschaftliche oder soziale Ziele zu erreichen.¹² Im Fall der strategischen Prozessführung geht es um Agenda-Setting und den Anstoß sozialer Veränderungen.¹³ Die in dieser Hinsicht strukturell ähnlichen Einschüchterungsklagen sollen dagegen bestimmte Themen von der öffentlichen Agenda fernhalten. Beide Phänomene haben einen gemeinsamen Kern, doch werden sie oft für diametral gegensätzliche Ziele genutzt.

In den vergangenen Jahren wurde der „Ruf nach einer Anti-SLAPP-Gesetzgebung“ lauter.¹⁴ Dieser Beitrag will aus einer grundrechtlichen Perspektive den Spielraum im Umgang mit dieser speziellen Form der stra-

6 Vgl. *Guerrero*, zfmR 2020, 26 (37 ff).

7 Vgl. *Graser* in *Graser/Helmrich* (Hrsg.), *Litigation* 37 (37 f), wonach sich die Zielsetzung „typischerweise doch gegen die im jeweiligen Bereich [...] herrschenden Verhältnisse“ richtet.

8 *Canan*, *Pace Environmental Law Review* 1989, 23 (26); *Hess*, *ecolex* 2022, 704 (704).

9 *Pring*, *Pace Environmental Law Review* 1989, 3 (8); *Wilfinger*, *ÖJZ* 2022, 1069 (1069); *Hess*, *ecolex* 2022, 704 (704).

10 *Fuchs* in *Graser/Helmrich* (Hrsg.), *Litigation* 43 (43).

11 *Pring*, *Pace Environmental Law Review* 1989, 3 (5 f).

12 Für strategische Prozessführung vgl. *Graser* in *Graser/Helmrich* (Hrsg.), *Litigation* 37 (37); *Fuchs* in *Graser/Helmrich* (Hrsg.), *Litigation* 43 (43); *Guerrero*, zfmR 2020, 26 (35 f); *Boulanger/Krebs*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2019, 1 (1). Für SLAPPs vgl. *Canan*, *Pace Environmental Law Review* 1989, 23 (23); *Wilfinger*, *ÖJZ* 2022, 1069 (1069); *Hess*, *ecolex* 2022, 704 (704).

13 *Fuchs* in *Graser/Helmrich* (Hrsg.), *Litigation* 43 (48); *Guerrero*, zfmR 2020, 26 (36).

14 *Wilfinger*, *ÖJA* 2023, 1 (4).

tegischen Prozessführung abstecken: Ich werde danach fragen, wie viel gesetzlich dagegen unternommen werden *muss* (3., 4. und 5.), aber auch, wie viel und was dagegen unternommen werden *kann* (6.)? Um diese Fragen zu beantworten, müssen wir uns aber in einem ersten Schritt näher mit der Wirkweise von Einschüchterungsklagen beschäftigen, deren Grundlage der sogenannte *chilling effect* von Rechtsnormen bildet (2).

2. Der *chilling effect*

Einschüchterungsklagen verfolgen das strategische Ziel, die Beklagten an der Partizipation am öffentlichen Diskurs zu hindern. Zur Erreichung dieses Ziels machen sie sich eine spezifische Wirkung des Rechts¹⁵ zunutze: den sogenannten *chilling effect*.¹⁶ Dabei handelt es sich um einen staatlicherseits nicht gewollten Abschreckungseffekt als Folge genereller oder individueller Normen, der dazu führt, dass Grundrechtsberechtigte von der Ausübung grundrechtlich geschützten Verhaltens absehen – also eine Art unerwünschte Nebenwirkung oder Kollateralschaden des Rechts.¹⁷

-
- 15 Gemeint ist eine „rechtsexterne Wirkung“ im Sinne der rechtssoziologischen Wirkungsforschung, vgl dazu *Gusy* in *Hof/Lübbe-Wolff* (Hrsg), Wirkungsforschung I 289 (290). Dabei geht es um jene Wirkungsdimensionen, die als *impact* („über die Schaffung des Rechtsaktes als solche [hinausgehende] Mikro-Wirkungen“) und *outcome* („langfristige Wirkungen in dem betroffenen gesellschaftlichen Bereich insgesamt“) bezeichnet werden, s dazu *Hoffmann-Riem*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2018, 20 (28). Grundlegend zu Wirkungen von Gesetzen vgl *Hof/Lübbe-Wolff* (Hrsg), Wirkungsforschung I; zu jenen von Gerichtsentscheidungen *Hof/Schulte* (Hrsg), Wirkungsforschung III. Diese Wirkung muss von der „engeren dogmatischen Frage nach ‚Rechtswirkung‘“ unterschieden werden, dazu *Baer* in FS Rottleuthner (2011) 245 (250).
- 16 Zum Zusammenhang zwischen Einschüchterungsklagen und dem *chilling effect* vgl bereits *Stein*, Pace Environmental Law Review 1989, 45 (49 ff). Zum *chilling effect* grundlegend *Schauer*, Boston University Law Review 1978, 685; eine frühe deutschsprachige Beschäftigung mit diesem Phänomen findet sich bei *Frowein*, AöR 1980, 169 (186 f); und umfassend dazu *Staben*, Abschreckungseffekt 1 ff.
- 17 Vgl *Staben*, Abschreckungseffekt 4, der von „mittelbaren und nicht finalen, überindividuellen Auswirkungen vornehmlich staatlichen Handelns auf die tatsächliche Grundrechtsausübung“ spricht, sowie *Schauer*, Boston University Law Review 1978, 685 (693): “A chilling effect occurs when individuals seeking to engage in activity protected by the first amendment are deterred from so doing by governmental regulation not specifically directed at that protected activity.” An anderer Stelle (686, FN 10) räumt *Schauer* ein, dass sich ein *chilling effect* auch auf die Ausübung anderer Grundrechte auswirken kann.

Um einen solchen *chilling effect* zu identifizieren, muss zwischen gewollter und ungewollter Abschreckung differenziert werden. Ein Beispiel: § 54 Abs 5 SPG¹⁸ ermächtigt zur Videoüberwachung bei Großveranstaltungen, etwa bei Fußballspielen. Die Bestimmung verfolgt einen primär präventiven Zweck: Die Überwachungsmaßnahme ist im Vorfeld anzukündigen und soll dadurch „abschrecken“.¹⁹ Nimmt sich also der Hooligan im Wissen um die stattfindende Überwachung beim nächsten Sonntagsspiel an der eigenen Nase und sieht von gewalttätigen Übergriffen ab, so zeitigt die Bestimmung ihre intendierte Wirkung. Wenn dadurch aber auch andere Fans von einer zwar kontroversen, aber grundrechtlich geschützten Meinungskundgabe im Stadion Abstand nehmen, handelt es sich um jene überschießende Wirkung, die wir *chilling effect* nennen.

Im Kontext von Einschüchterungsklagen interessieren vor allem die Wirkungen des Ehrschutzes: § 1330 ABGB²⁰ sanktioniert zivilrechtlich die Schadenszufügung durch Ehrbeleidigung, die §§ 111 und 115 StGB²¹ stellen – als Privatanklagedelikte – üble Nachrede und Beleidigung unter Strafe und § 6 MedienG²² begründet eine Verantwortlichkeit des Medieninhabers für üble Nachrede, Beschimpfung, Verspottung oder Verleumdung in seinem Medium. Diese Normen führen zweifelsohne zu einer Verhaltensabschreckung: Die schadenersatzrechtlichen Bestimmungen und die strafrechtlichen Privatanklagedelikte sollen nicht zuletzt auch präventiv Verletzungen der (Persönlichkeits-)Rechte anderer verhindern.²³ Wenn die Journalistin einer reichweitenstarken Zeitung die Veröffentlichung einer packenden und wahrscheinlich aufsehenerregenden, aber noch nicht ausreichend recherchierten Geschichte über einen erfolgreichen Unternehmer oder Politiker vorerst zurückhält, dann erfüllen die Regelungen ihren Zweck. Diese Ab-

18 Sicherheitspolizeigesetz BGBl 1991/566 idF BGBl I 2022/147.

19 So ausdrücklich die Erläuterung 148 BlgNR 18. GP 45. Vgl auch M. Mayer, Sicherheit 224 f.

20 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 1811/946 idF BGBl I 2022/145.

21 Strafgesetzbuch BGBl 1974/60 idF BGBl I 2021/242.

22 Mediengesetz BGBl 1981/314 idF BGBl I 2022/125.

23 Zum Strafzweck der negativen Generalprävention und dem Stand der empirischen Forschung vgl Hirtenlehner, JSt 2017, 144 (144 ff); zur „generalpräventiven Nebenwirkung“ des Schadenersatzrechts vgl Koziol in Gamauf (Hrsg), Symposium 109 (117); ebenso für die §§ 6 ff MedienG Berka in Berka/Heindl/Höhne/Kroukal, MedienG⁴ (2019) Vorb §§ 6–8a Rz 23 („auch eine präventive Wirkung“).

schreckung ist gewollt und entspricht daher nicht der Definition des *chilling effect*.²⁴

Die §§ 111 und 115 StGB, § 1330 ABGB und § 6 MedienG können aber auch grundrechtlich geschützte Verhaltensweisen unterdrücken. Es ist vorstellbar, dass Grundrechtsberechtigte aus Angst vor Sanktionen das eigentlich erlaubte und geschützte Verhalten unterlassen.²⁵ Womöglich hält unsere Journalistin ihren Artikel auch dann noch zurück, wenn sie ihre Recherchen sorgfältig zu Ende gebracht, sie also alle Gespräche geführt und Beweise zusammengetragen hat und die erhobenen Vorwürfe gründlich belegen könnte. Diese Wirkung ist nicht intendiert.²⁶ Die Gründe für diesen *chilling effect* haben mit Unsicherheit zu tun: *Ex ante* lässt sich oft nicht mit letzter Gewissheit voraussagen, ob ein Vorhaben erlaubt ist oder nicht. Zunächst einmal kann die Rechtslage so komplex sein, dass die Journalistin selbst nicht einschätzen kann, ob die in ihrem Beitrag erhobenen Vorwürfe noch diesseits oder bereits jenseits der Grenze zur Verletzung von Persönlichkeitsrechten zu liegen kommen.²⁷ Denn gerade im Bereich des Ehrschutzes lässt sich der Grenzverlauf zwischen Rechtswidrigkeit und Rechtmäßigkeit nicht ohne Weiteres aus dem Gesetz ablesen.²⁸ Noch

24 Die Veröffentlichung der Anschuldigungen fällt zwar in den Schutzbereich der Kommunikationsfreiheit, kollidiert aber zugleich mit (insb aus Art 8 EMRK abgeleiteten) Rechten anderer. Hat die Journalistin vor Erhebung der Anschuldigung keine angemessene Recherche durchgeführt, tritt ihre Kommunikationsfreiheit in der Auflösung der Grundrechtskollision hinter die gegenläufigen Interessen zurück. Das unterdrückte Verhalten ist daher nur *prima facie*, nicht aber im Ergebnis der grundrechtlichen Interessenabwägung geschützt. Vgl EGMR 26.4.1995, 15974/90, *Prager und Oberschlick/Österreich* Rz 37. Dazu auch *Heißl*, Grundrechtskollisionen 170 ff (insb 172–178).

25 *Schauer*, Boston University Law Review 1978, 685 (694).

26 Die Tatsachenbehauptung der gutgläubigen, die gebotene Sorgfalt an den Tag legenden Journalistin ist grundrechtlich geschützt und dürfte schon deswegen weder bestraft noch mit schadenersatzrechtlichen Konsequenzen bedacht werden, dazu *Berka* in FS Karl 77 (79).

27 *Schauer*, Boston University Law Review 1978, 685 (695 f). Das gilt im Besonderen für investigativ arbeitende Journalist*innen, deren Aufgabe voraussetzt, „an juristische Grenzen zu gehen“, so *Heißl*, Grundrechtskollisionen 157. Allgemein zu komplexen Normen vgl *Towfigh*, Der Staat 2009, 29 (31 ff).

28 So bereits *Berka*, Medienfreiheit 216: „Die Abgrenzung der konfligierenden Interessensphären ist vor allem im Privatrecht Tatbeständen von generalklauselartiger Offenheit [...] übertragen; ihre Anwendung, aber auch die Interpretation der einschlägigen Strafrechtstatbestände, fordern vom Richter wertende Entscheidung in einem Bereich, in dem die Gesellschaft eindeutige Wertungsmaßstäbe nur noch in Grenzen zur Verfügung stellt.“

stärker als in anderen Rechtsgebieten geben hier Gerichte den Ton an: Sie haben inzwischen zahlreiche Abwägungskriterien zur Auflösung von Konflikten zwischen Kommunikationsfreiheit und Persönlichkeitsschutz entwickelt.²⁹ Wer diese Judikatur nicht kennt, kann Entscheidungen weniger gut vorhersehen. Das verunsichert und führt zur beschriebenen Angst vor Sanktionen.³⁰ Aber auch dann, wenn die Journalistin davon überzeugt ist, ausschließlich im Rahmen ihrer Kommunikationsfreiheit zu handeln, dürfte ihr jene Redensart geläufig sein, wonach man sich vor Gericht und auf hoher See in Gottes Hand befinde. Es besteht stets das Restrisiko, dass das Gericht am Ende einen Fehler machen und eine Sanktion verhängen wird.³¹ Darüber hinaus mag für eine wirksame Abschreckung schon die bloße Aussicht auf ein gerichtliches Verfahren genügen. Unabhängig von der abschließenden Entscheidung empfinden viele Beklagte bereits dieses als großes Übel.³² Es bindet zahlreiche Ressourcen, führt zu psychischem Stress und verlagert die Aufmerksamkeit – weg von den journalistischen Tätigkeiten oder dem zivilgesellschaftlichen Engagement, hin zum anhängigen Prozess.³³

Wir sehen: Den Bestimmungen des Ehrschutzes ist ein *chilling effect* inhärent, und durch Einschüchterungsklagen wird dieser aktiviert.³⁴ Die Risiken der Beklagten fallen auf Seite der Kläger*innen kaum ins Gewicht. Das Obsiegen im Verfahren ist nebensächlich, ist ihr Ziel doch schon dann erreicht, wenn die öffentliche Kritik verstummt. Damit stehen Gefährdungen der Kommunikationsfreiheit im Raum.³⁵ Der weitere Beitrag widmet sich daher der grundrechtlichen Einordnung des *chilling effect*, bei dem

29 Zu diesen Kriterien in der Rsp des OGH *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte 153 ff. Wie stark sich der OGH dabei an der Rsp des EGMR orientiert, zeigt *Schoditsch*, Grundrechte 155 f, 163.

30 Das Bestimmtheits- bzw Determinierungsgebot hat daher (auch) eine freiheitssichernde Funktion, vgl dazu *Beaucamp*, Rechtstheorie 2011, 21 (40).

31 *Schauer*, Boston University Law Review 1978, 685 (694).

32 Vgl bereits *Frowein*, AÖR 1980, 169 (186): „Wenn Menschen befürchten müssen, daß ihnen aus ihrer Meinungsäußerung Nachteile erwachsen können, selbst wenn es sich nur um die Notwendigkeit der Rechtfertigung handelt, dann werden sie die Äußerung häufig unterlassen.“

33 *Stein*, Pace Environmental Law Review 1989, 45 (53).

34 Vgl *Staben*, Abschreckungseffekt 126, wonach es „für den Eintritt eines Abschreckungseffekts durch die zivilrechtlichen Ansprüche des wahrscheinlichen Tätigwerdens Privater [bedarf].“

35 Art 13 StGG; Art 10 EMRK; Art 11 GRC. Darüber hinaus können freilich auch andere Grundrechte – etwa die Versammlungsfreiheit (Art 12 StGG; Art 11 EMRK; Art 12 GRC) – betroffen sein.

es sich gerade nicht um eine dogmatische Kategorie, sondern um ein faktisches Phänomen handelt.³⁶ Dazu werde ich eine Judikaturanalyse mit Fokus auf die Rechtsprechung des EGMR durchführen.³⁷

3. Verschreckte Beklagte

Einschüchterungsklagen bleiben aus juristischer Perspektive meist ohne Erfolg. Das heißt: Im Gerichtssaal obsiegen mehrheitlich die beklagten Journalist*innen, Aktivist*innen, Medien und NGOs.³⁸ In der gerichtlichen Abwägung der grundrechtlichen Positionen wird ihrer Kommunikationsfreiheit entsprechend Rechnung getragen.³⁹ Man könnte geneigt sein zu sagen: Ende gut, alles gut. Doch dieser Schluss ließe den beschriebenen, schon durch das Verfahren provozierten *chilling effect* außer Betracht.⁴⁰ Es ist früher anzusetzen und zu überlegen, ob bereits dadurch ein Grundrechtseingriff bewirkt wird.

36 *Staben*, Abschreckungseffekt 3.

37 Für die dogmatische Einordnung des *chilling effect* in der Rsp anderer Gerichte vgl *Staben*, Abschreckungseffekt 14 ff (dt BVerfG), 42 ff (US Supreme Court). Für eine Einordnung der EGMR-Rsp im schweizerischen Kontext vgl *Schweizer*, medialex.ch. In der Rsp des EuGH spielt der *chilling effect* keine Rolle; beim VfGH tauchte er bis zu einer rezenten Entscheidung vom 15.3.2023 (G 297/2022) nur in der wörtlichen Wiedergabe des Parteivorbringens (VfSlg 20.213/2017; 20.433/2020) oder sonstiger Dokumente (VfGH 16.12.2021, G 224/2021 ua) auf. Der OGH hingegen bezieht sich regelmäßig auf den *chilling effect* (zB jüngst OGH 23.2.2022, 4 Ob 141/21w). Inwiefern er sich dabei an den EGMR anlehnt, bedürfte einer eigenen Untersuchung. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf die Rsp des EGMR, die bereits seit den 1990er-Jahren auf den *chilling effect* Bezug nimmt, vgl EGMR 27.3.1996 (GK), 17488/90, *Goodwin/Vereinigtes Königreich*.

38 So schon *Pring*, *Pace Environmental Law Review* 1989, 3 (12); *Canan*, *Pace Environmental Law Review* 1989, 23 (26). Vgl auch *Ghio/Nasreddin*, *Criticism* 28 ff, die in einer Untersuchung zu Einschüchterungsklagen in zehn europäischen Staaten zwischen 2010 und 2021 zu vergleichbaren Ergebnissen kommen.

39 Zu dieser Abwägung grundlegend *Berka*, *Medienfreiheit* 199 ff; ferner *Khakzadeh-Leiler*, *Grundrechte* 153 ff; *Schoditsch*, *Grundrechte* 155 f.

40 Dazu *Post*, *Washington Law Review* 2012, 549 (550). Vgl auch *Lehofer*, *JRP* 2022, 439 (443), der zur Qualifikation einer Klage als Einschüchterungsklage darauf abstellt, dass „[...] die Prozessführung selbst – nicht allenfalls erst ein Urteil – [...] einen chilling effect (eher noch: einen freezing effect) auf die Ausübung der journalistischen Tätigkeit [hat].“

Mit der Figur des Eingriffs wird die „Reduktion des Freiheitsbereichs durch den Staat“ dogmatisch verarbeitet.⁴¹ Klassischerweise ist ein solcher Eingriff normativ, weist eine staatliche Urheberschaft auf und erfolgt intentional.⁴² Formal betrachtet wird mittels gerichtlicher bzw behördlicher Entscheidung oder durch die unmittelbare Anwendung von Befehl und Zwang in einen grundrechtlichen Schutzbereich eingegriffen.⁴³ Orientieren wir uns an diesem „klassischen Eingriffsbegriff“, muss der *chilling effect* außen vor bleiben: Die Beeinträchtigung grundrechtlicher Freiheit erfolgt hier nicht durch die verfahrensbeendende Entscheidung. Sie wird auch nicht unmittelbar durch den Staat bewirkt, sondern erfordert eine „interne Reaktion“ der Grundrechtsberechtigten.⁴⁴ Vor allem aber fehlt es bei unserer Qualifizierung des *chilling effect* als unerwünschte Nebenwirkung am Kriterium der Intentionalität.

Es ist allerdings keine neue Erkenntnis (mehr), dass der „klassische Eingriffsbegriff“ in einigen Situationen zu kurz greift.⁴⁵ Daher kennen wir heute einen „modernen“,⁴⁶ „weiten“⁴⁷ beziehungsweise „erweiterten“⁴⁸ Eingriffsbegriff. Der Grundrechtseingriff wird nicht mehr streng an bestimmte Rechtsformen geknüpft.⁴⁹ Die Intentionalität hat als Kriterium für die Eingriffsbegrenzung an Bedeutung verloren.⁵⁰ Der Fokus wird vermehrt darauf gerichtet, welche Auswirkungen eine staatliche Handlung auf die Grundrechtsberechtigten hat,⁵¹ und es ist längst fraglos akzeptiert, dass

41 *Bethge*, VVDStRL 57 (1998) 7 (10).

42 Zum „klassischen Eingriffsbegriff“ vgl *Weber-Dürler*, VVDStRL 57 (1998) 57 (60 f); *Berka/Binder/Kneihs*, Grundrechte 182. Zum Eingriff durch Akte der Rechtsprechung s *Bethge*, VVDStRL 57 (1998) 13, 18 f.

43 Vgl *Feik*, Verwaltungskommunikation 39.

44 *Oermann/Staben*, Der Staat 2014, 630 (641).

45 So etwa *Berka*, Medienfreiheit 162; *Bethge*, VVDStRL 57 (1998) 39; *Weber-Dürler*, VVDStRL 57 (1998) 74–76; *Berka/Binder/Kneihs*, Grundrechte 182 f.

46 *Marauhn/Mengeler* in *Dörr/Grote/Marauhn*, EMRK/GG³ (2022) Kap 7 Rz 14.

47 *Bethge*, VVDStRL 57 (1998) 40.

48 *Weber-Dürler*, VVDStRL 57 (1998) 74.

49 Zu diesem materiellen Eingriffsbegriff (in Abgrenzung zu einem formellen Eingriffsbegriff, nach dem in der österr Rechtsordnung Eingriffe nur in den Formen eines Gesetzes, einer Verordnung, eines Bescheids oder eines AuvBZ erfolgen könnten) s *B. Davy*, Gefahrenabwehr 206 ff. Vgl auch *Holoubek*, Rundfunkfreiheit 65 f.

50 *Pöschl/Kahl*, ÖJZ 2001, 41 (42–48).

51 *B. Davy*, Gefahrenabwehr 211 ff; *Bethge*, VVDStRL 57 (1998) 40; *Pöschl/Kahl*, ÖJZ 2001, 41 (48); *Berka/Binder/Kneihs*, Grundrechte 183. Vgl auch *Weber-Dürler*, VVDStRL 57 (1998) 76, die dafür begründend anführt, dass „[aus] der Perspektive des Grundrechtsträgers [...] schließlich nur der Effekt der Grundrechtsbeeinträchtigung wichtig [ist] und nicht die Eingriffsmodalität.“

Eingriffe nicht zwingend normativ sein müssen, sondern rein faktisch erfolgen können.⁵² Zur Eingrenzung des „erweiterten Eingriffsbegriffs“ werden verschiedene Kriterien – vom Schutzzweck des Grundrechts, über die Länge der Kausalkette, bis zur Vorhersehbarkeit und Intensität der Beeinträchtigung – vorgeschlagen.⁵³ Das Kriterium des Schutzzwecks legt nahe, dass die Qualifizierung als Eingriff nur vor dem Hintergrund des konkret betroffenen Grundrechts vorgenommen werden kann.⁵⁴ Daher soll es hier spezifisch um die Kommunikationsfreiheit gehen und gefragt werden, inwiefern der *chilling effect* vom EGMR zur Identifizierung von Eingriffen in ihren Schutzbereich herangezogen wird.

Der Gerichtshof orientiert sich seit jeher an einem erweiterten Eingriffsbegriff.⁵⁵ In Hinblick auf die Kommunikationsfreiheit werden auch faktische Beeinträchtigungen als Eingriffe verstanden.⁵⁶ Das ist einleuchtend, schützt doch das Grundrecht die Ausübung von Tätigkeiten wie etwa die journalistische Recherche, den Druck eines Flugblattes oder das Online-Stellen eines Blog-Posts.⁵⁷ Ein Eingriff kann eine Vielzahl unterschiedlicher Erscheinungsformen annehmen,⁵⁸ so muss es sich jedenfalls nicht um ein vollständiges Verbot handeln.⁵⁹ Auch der EGMR fokussiert auf die Wirkung staatlicher Maßnahmen und hält ausdrücklich fest, dass diese auch wegen

52 Dazu bereits Schäffer, Verfassungsinterpretation 157: „Manche Grundrechte sind begrifflich so gefasst, daß sie auch faktische Eingriffe ausschließen wollen, [...]“ Vgl auch B. Davy, Gefahrenabwehr 214; Merli, ZfV 1993, 251 (insb 253 f); Merli, JBl 1994, 233 (235 f, 240–242), 309 (311, 317).

53 Holoubek, Rundfunkfreiheit 69; Pöschl/Kahl, ÖJZ 2001, 41 (48).

54 Zur „Eingriffsbestimmung“ als „Schutzbereichskonkretisierung“ vgl Holoubek in Merlen/Papier (Hrsg), Grundfragen 17 (26).

55 S dazu Marauhn/Mengeler in Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG³ (2022) Kap 7 Rz 10, 14, die den weiten Eingriffsbegriff des EGMR als pragmatische Antwort auf die sehr unterschiedlichen Handlungs- bzw Rechtsformen in den Mitgliedsstaaten verstehen. Vgl auch Grabenwarter/Pabel, EMRK § 18 Rz 6, wonach der EGMR „[bei] der Annahme von Eingriffen [...] gelegentlich recht großzügig [ist].“

56 Grote/Wenzel in Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG³ (2022) Kap 18 Rz 64; Feik, Verwaltungskommunikation 38.

57 Zum Schutzzweck des Art 10 EMRK grundlegend Berka, Medienfreiheit 164 ff.

58 EGMR 11.5.2021, 44561/11, RID Novaya Gazeta und ZAP Novaya Gazeta/Russland Rz 58.

59 EGMR 26.4.2016, 25501/07, Novikova ua/Russland Rz 106.

des von ihnen hervorgerufenen *chilling effect* einen Eingriff darstellen können.⁶⁰ Wiederholt führt er aus

*“that certain circumstances which have a chilling effect on freedom of expression do in fact confer on those concerned – persons who have not been finally convicted – the status of victim of interference in the exercise of their right to that freedom [...]”*⁶¹

Gerichtliche Verfahren können also auch dann, wenn sie letztlich nicht in eine Sanktion münden, einen *chilling effect* hervorrufen und so einen Eingriff bewirken.⁶² Bereits die Möglichkeit einer Sanktion mag hinreichend Druck auf Grundrechtsberechtigte ausüben, sodass diese von der Ausübung ihrer grundrechtlichen Freiheit absehen.⁶³ Die abschreckende Wirkung ist dann offensichtlich, wenn Aktivist*innen oder Medienschaffende in Untersuchungshaft genommen werden.⁶⁴ Der EGMR bejaht Eingriffe regelmäßig bei mehrjährigen, gegen Journalist*innen geführten Strafverfahren.⁶⁵ Aber auch zivilrechtliche Verfahren wegen behaupteter Verletzungen von Persönlichkeitsrechten können in den Schutzbereich der Kommunikationsfreiheit eingreifen.⁶⁶ In der Entscheidung *Steel und Morris/Vereinigtes Königreich* thematisiert der EGMR den Grundrechtseingriff zwar nicht näher, hält aber fest

*“that the defamation proceedings and their outcome amounted to an interference, for which the State had responsibility, with the applicants’ rights to freedom of expression.”*⁶⁷

60 EGMR 6.10.2020, 16435/10, *Karastelev ua/Russland* Rz 71. Zum Grundrechtseingriff durch einen *chilling effect* s auch *Bezemek*, ZÖR 2012, 557 (559 f); *Schweizer*, medialex.ch, Rz 7, 21, 39; *Grote/Wenzel* in *Dörr/Grote/Marauhn*, EMRK/GG³ (2022) Kap 18 Rz 63 f.

61 EGMR 15.9.2015, 29680/05, *Dilipak/Türkei* Rz 44; und auch jüngst wortgleich in seiner Entscheidung vom 8.11.2022, 74729/17, *Ayuso Torres/Spanien* Rz 41.

62 EGMR 8.11.2022, 74729/17, *Ayuso Torres/Spanien* Rz 42; 7.12.2021, 12385/15 und 51619/15, *Yefimov und Youth Human Rights Group/Russland* Rz 34; 15.9.2015, 29680/05, *Dilipak/Türkei* Rz 44.

63 EGMR 8.11.2022, 74729/17, *Ayuso Torres/Spanien* Rz 41.

64 EGMR 13.4.2021, 13252/17, *Ahmet Hüsrev Altan/Türkei* Rz 218–221.

65 ZB EGMR 7.12.2021, 12385/15 und 51619/15, *Yefimov und Youth Human Rights Group/Russland*; 12.3.2019, 52497/08, *Ali Gürbüç*; 24.4.2018, 45281/08, *Fatih Taş/Türkei* (Nr. 3); 15.9.2015, 29680/05, *Dilipak/Türkei*.

66 EGMR 8.10.2019, 15449/09, *Margulev/Russland* Rz 42; 15.2.2005, 68416/01, *Steel und Morris/Vereinigtes Königreich* Rz 85.

67 EGMR 15.2.2005, 68416/01, *Steel und Morris/Vereinigtes Königreich* Rz 85.

Bei der Prüfung, ob ein Grundrechtseingriff vorliegt, würdigt der EGMR die rechtlichen Grundlagen eines Verfahrens, seine Dauer und die Frage, ob parallel mehrere Verfahren gegen dieselbe Person geführt werden.⁶⁸ Die Judikatur stützt sich also primär auf das Kriterium der Intensität, um den Eingriff durch ein Verfahren einzugrenzen. In einer funktionalen Betrachtungsweise betont der EGMR außerdem die zentrale Bedeutung der Kommunikationsfreiheit für die Demokratie, weshalb auch bei der Prüfung des Grundrechtseingriffs berücksichtigt werden muss, ob die Presse oder andere Nachrichtenmedien in den Fall involviert sind.⁶⁹ Diesfalls dürfte schon eine geringere Eingriffsintensität einen Rechtfertigungsbedarf auslösen. Da nach der Rsp auch NGOs, Aktivist*innen oder freie Journalist*innen eine *public watchdog*-Funktion einnehmen, wäre dieser strengere Prüfungsmaßstab auch bei einer Beeinträchtigung deren Rechte anzuwenden.⁷⁰ Das liegt insofern nahe, als sich ein *chilling effect* bei „nicht professionell organisierten Medienmachern“⁷¹ besonders stark auswirkt. Anders als großen Medienhäusern fehlt ihnen in der Regel eine institutionalisierte Risikoabschätzung, zB durch eine interne Rechtsabteilung, was die Unsicherheit hinsichtlich möglicher Sanktionen entsprechend verstärkt.⁷²

Gewisse Gerichtsverfahren können also in grundrechtliche Schutzbereiche eingreifen. Die Konsequenz daraus beschränkt sich zunächst darauf, dass eine Rechtfertigung vorzunehmen ist, die sich auf das Verfahren als solches bezieht.⁷³ Das sollte grundsätzlich auch kein größeres Problem darstellen. Art 10 Abs 2 EMRK verlangt für Eingriffe in die Kommunikationsfreiheit eine gesetzliche Grundlage, und sie müssen eines der taxativ aufgezählten, legitimen Eingriffsziele verfolgen sowie „in einer demokratischen Gesellschaft unentbehrlich“ – das heißt: verhältnismäßig – sein.⁷⁴ Als gesetzliche Grundlage kommen die verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Verbindung mit den einschlägigen Normen zum Schutz von Persönlichkeitsrechten in Betracht, die auch ein legitimes Ziel, nämlich den Schutz

68 EGMR 12.3.2019, 52497/08, *Ali Gürbüz/Türkei* Rz 64.

69 EGMR 8.10.2019, 15449/09, *Margulev/Russland* Rz 41 ff.

70 Zur Rsp des EGMR zu sog *social watchdogs* vgl *Holoubek in Berka/Holoubek/Leitl-Staudinger* (Hrsg), BürgerInnen 1 (insb 6 ff).

71 *Holoubek in Berka/Holoubek/Leitl-Staudinger* (Hrsg), BürgerInnen 1.

72 Vgl *Staben*, Abschreckungseffekt 166 f.

73 Zur Funktion des Eingriffs, rechtfertigungsbedürftige Grundrechtsbeschränkungen von schlichten „Grundrechtsberührungen“ abzugrenzen, s *Holoubek*, DVBl 1997, 1035.

74 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK § 18 Rz 12 ff (zu den legitimen Eingriffszielen), 14 ff (zur Verhältnismäßigkeit von Eingriffen).

des guten Rufes anderer, verfolgen.⁷⁵ Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen durch gerichtliche Verfahren berücksichtigt der EGMR neben anderen Kriterien auch, ob ein Mindestmaß an Verfahrensgerechtigkeit und materieller Waffengleichheit gegeben ist.⁷⁶ Er sieht hier eine verzahnte Wirkung von Art 6 und Art 10 EMRK. Der Staat ist zwar nicht dazu verpflichtet, mit öffentlichen Geldern vollständige Waffengleichheit zu gewähren, doch müssen beide Seiten die Möglichkeit haben, ihren Fall unter Umständen vorzubringen, die für sie nicht einen erheblichen Nachteil im Vergleich zu ihrem Gegenüber bedeuten.⁷⁷ Konkret verlangt der EGMR eine effektive Verfahrenshilfe, um so die Verhältnismäßigkeit des durch das Verfahren bewirkten Grundrechtseingriffs zu wahren.⁷⁸ Zwischenfazit: Bei Grundrechtseingriffen durch Verfahren sind den betroffenen Freiheitsrechten akzessorische Verfahrensrechte zu entnehmen.⁷⁹

4. Verschreckte Öffentlichkeit

Neben den einzelnen Beklagten kann aber auch eine breitere Öffentlichkeit verschreckt zurückgelassen werden: Der EGMR spricht von einem *chilling effect* “on other persons”,⁸⁰ “on public speech”,⁸¹ “on the political debate”,⁸² “on the media in the performance of their task of purveyor of information and public watchdog”,⁸³ zum Teil unter Verweis auf den konkreten Mitgliedsstaat – etwa “on the Irish Media”,⁸⁴ “on the exercise of

75 Vgl. Grote/Wenzel in Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG³ (2022) Kap 18 Rz 90. Aus Art 8 EMRK ergibt sich auch eine staatliche Verpflichtung zum Schutz der Persönlichkeitsrechte, vgl. zB EGMR 11.2.2020, 4493/11, *Atamanchuk/Russland* Rz 66.

76 EGMR 15.2.2005, 68416/01, *Steel und Morris/Vereinigtes Königreich* Rz 95. Zum umstrittenen materiellen Verständnis der Waffengleichheit vgl. Friedrich, Waffengleichheit 51–55.

77 EGMR 15.2.2005, 68416/01, *Steel und Morris/Vereinigtes Königreich* Rz 62.

78 EGMR 15.2.2005, 68416/01, *Steel und Morris/Vereinigtes Königreich* Rz 95.

79 Vgl. auch Grote/Wenzel in Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG³ (2022) Kap 18 Rz 140, denen zufolge „[die] Ableitung von verfahrensrechtlichen Standards aus Art. 10 EMRK [...] in der Rechtsprechung des Gerichtshofs zunehmend an Bedeutung [gewinnt].“

80 EGMR 15.1.2019, 69714/16 und 71685/16, *Mătăsaru/Republik Moldau* Rz 35.

81 EGMR 3.5.2022, 18079/15, *Bumbeş/Rumänien* Rz 101; 12.6.2012, 26005/08 und 26160/08, *Tatár and Fáber/Ungarn* Rz 41.

82 EGMR 8.10.2020, 28032/12, *Gelevski/Nordmazedonien* Rz 30.

83 EGMR 15.3.2022, 2840/10, *OOO Memo/Russland* Rz 45.

84 EGMR 15.6.2017, 28199/15, *Independent Newspapers (Ireland) Limited/Irland* Rz 104.

*freedom of expression in Azerbaijan*⁸⁵ oder *“in Russia”*⁸⁶ – oder schlicht unter Bezugnahme auf einen *“broader chilling effect”*.⁸⁷ Wer geltend machen will, dass durch ein Verfahren in sein oder ihr Grundrecht eingegriffen wurde, muss aber grundsätzlich Parteistellung im konkreten Verfahren haben.⁸⁸ Von einem faktischen Eingriff in subjektive Rechte Dritter wird man nicht ausgehen können, da die Intensität der Beeinträchtigung Außenstehender durch die einzelne Einschüchterungsklage zu gering ist. Erst gehäufte Klagen erzeugen jene Wirkung auf die öffentliche Debatte, die auch Dritte zur Selbstbeschränkung bewegt. Entsprechend fehlt für die Zulässigkeit einer Individualbeschwerde durch Dritte die vorausgesetzte Opfereigenschaft.⁸⁹ Der Gerichtshof hat zwar schon Eingriffe in Rechte von Drittparteien bejaht,⁹⁰ sowie in Rechte eines Journalisten, obwohl sich die Klage nicht gegen diesen, sondern seine Zeitung richtete.⁹¹ Bei gänzlich am Verfahren Unbeteiligten ist die Opfereigenschaft aber nicht mehr gegeben.⁹² Die Abschreckung der breiteren Öffentlichkeit muss daher bei der inhaltlichen Prüfung zulässiger Individualbeschwerden „mitbehandelt“ werden, also vor allem bei der Behandlung solcher Beschwerden, die von Be- und Angeklagten oder Verurteilten erhoben werden. In der Judikatur finden sich dafür zwei Ansätze: In seltenen Fällen problematisiert der EGMR die mangelnde Bestimmtheit jener Normen, auf deren Grundlage das Verfahren angestrengt wurde (4.1.). Sehr viel häufiger aber wird die Abschreckung Dritter bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung aufgegriffen (4.2.).

85 EGMR 5.12.2019, 13274/08, *Tagiyev and Huseynov/Aserbaidshan* Rz 49.

86 EGMR 3.10.2017, 42168/06, *Dmitriyevskiy/Russland* Rz 117.

87 EGMR 10.3.2009, 3002/03 und 23676/03, *Times Newspapers Ltd (Nr. 1 und 2)/Vereinigtes Königreich* Rz 48.

88 EGMR 8.10.2019, 15449/09, *Margulev/Russland* Rz 35.

89 EGMR 7.6.2012 (GK), 38433/09, *Centro Europa 7 S.r.l. und Di Stefano/Italien* Rz 92: “[...] a person cannot complain of a violation of his or her rights in proceedings to which he or she was not a party [...]” Zur Opfereigenschaft vgl auch *Kadelbach in Dörr/Grote/Marauhn*, EMRK/GG³ (2022) Kap 30 Rz 30 ff.

90 EGMR 8.10.2019, 15449/09, *Margulev/Russland* Rz 36 ff.

91 EGMR 23.10.2008, 14888/03, *Godlevskiy/Russland* Rz 34 ff.

92 Zu den recht strengen Voraussetzungen der mittelbaren Betroffenheit vgl *Grabenwarter/Pabel*, EMRK § 13 Rz 20: „Eine eigene Beschwerdeberechtigung besteht, wenn eine ausreichend enge Beziehung zum unmittelbar Betroffenen und zur gerügten Handlung oder Unterlassung besteht.“

4.1. Einschüchterung als Folge einer unklaren Rechtslage

Einschüchterungsklagen funktionieren deshalb, weil Grundrechtsberechtigte aus Angst vor Sanktionen verunsichert werden und deswegen von der Ausübung ihrer Kommunikationsfreiheit absehen. Je weniger die Folgen des eigenen Handelns vorhersehbar sind – das heißt meist: je unbestimmter die Normen, auf die sich die Einschüchterungsklagen berufen – umso größer ist diese Unsicherheit.⁹³ Das Vorhandensein eines *chilling effect*, der den öffentlichen Diskurs lähmt, könnte also als Hinweis auf die mangelnde Bestimmtheit einer Bestimmung gedeutet werden. Allerdings fehlt dem EGMR die Befugnis zur abstrakten Normenkontrolle. Er kann generelle Normen grundsätzlich nicht auf ihre Grundrechtskonformität hin überprüfen, sondern hat sich auf die konkrete Normenkontrolle, also die „Kontrolle des *Einzelfalles*“ zu beschränken.⁹⁴ Manchmal aber greift er die mangelnde Bestimmtheit einer generellen Norm bei der Prüfung des Vorliegens der von Art 10 Abs 2 EMRK geforderten gesetzlichen Grundlage eines Grundrechtseingriffs auf.⁹⁵ Ein Gesetz im Sinne der EMRK muss den Betroffenen nicht nur zugänglich, es muss hinsichtlich seiner Anwendung auch vorhersehbar sein. Es bedarf einer hinreichend genauen Formulierung, die es den Grundrechtsberechtigten ermöglicht, die Folgen einer beabsichtigten Handlung abzuschätzen.⁹⁶ In der Entscheidung *Karastelev ua/Russland* argumentierte der EGMR in diesem Zusammenhang mit dem *chilling effect*: Es ging um eine Aktivistin, einen Aktivist und deren NGO, die eine Abmahnung erhalten hatten, weil ihr Protest potentiell zu extremistischen Aktivitäten führen könnte. Jener Bestimmung, die als Grundlage dafür herangezogen wurde, ließ sich nicht hinreichend genau entnehmen, welche öffentlichen Äußerungen zu einer solchen Verwarnung

93 *Schauer*, Boston University Law Review 1978, 685 (699). Vgl auch *Berka*, Medienfreiheit 217, der von „Gefahren der Selbstzensur und der ängstlichen Lähmung einer ihrer rechtlichen Grenzen nicht mehr gewissen öffentlichen Diskussion“ spricht und deren Ursachen in „unvorhersehbaren Rechtsentwicklungen und einzelfallbezogenen Abwägungen“ erkennt.

94 *Villiger*, Handbuch 136 f (Hervorhebung im Original). Beachte aber zu ausnahmsweise zulässigen Beschwerden gegen ein Gesetz *Meyer-Ladewig/Kulick in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2017) Art 34 Rz 28.

95 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK § 18 Rz 11; *Marauhn/Mengeler in Dörr/Grote/Marauhn*, EMRK/GG³ (2022) Kap 7 Rz 30.

96 EGMR 28.9.1999 (GK), 22479/93, *Öztürk/Türkei* Rz 54; 6.10.2020, 16435/10, *Karastelev ua/Russland* Rz 78.

führen und welche als unbedenklich gelten. Das führe zu Unsicherheit, woraus ein Abschreckungseffekt auf die freie Meinungsäußerung resultiere.⁹⁷ Im Ergebnis konnte der Eingriff mangels (hinreichend bestimmter) gesetzlicher Grundlage nicht gerechtfertigt werden.⁹⁸ Der Fall bleibt aber eine Ausnahme. In der Regel handhabt der EGMR das Bestimmtheitserfordernis „durchaus flexibel“⁹⁹ ohne „allzu strenge [...] Maßstäbe“ heranzuziehen, sodass unbestimmte Normen oft schon akzeptiert werden, wenn sie durch die Rsp geklärt sind.¹⁰⁰

4.2. Unverhältnismäßige Einschüchterung

Sehr viel öfter berücksichtigt der EGMR die Abschreckung Dritter bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Eingriffen.¹⁰¹ Sein Fokus liegt auf der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn.¹⁰² Zur Beantwortung der Frage, ob ein Eingriff in die Kommunikationsfreiheit mit Blick auf das verfolgte Ziel angemessen war, zieht die Judikatur eine Vielzahl von Kriterien heran.¹⁰³ Der EGMR variiert seine Kontrolldichte je nach Eingriffsziel,¹⁰⁴ gewichtet Äußerungen zu öffentlichen Angelegenheiten anders als solche zu privaten Werbezwecken,¹⁰⁵ bezieht mit ein, in welcher Funktion eine Äußerung getätigt wurde und gegen wen sie sich richtet,¹⁰⁶ ob es sich um Tatsachenbehauptungen oder Werturteile handelt¹⁰⁷ bzw welches Medium zur Kommunikation herangezogen wurde.¹⁰⁸ Entscheidend ist auch die

97 EGMR 6.10.2020, 16435/10, *Karastelev ua/Russland* Rz 90.

98 EGMR 6.10.2020, 16435/10, *Karastelev ua/Russland* Rz 108.

99 *Marauhn/Mengeler* in *Dörr/Grote/Marauhn*, EMRK/GG³ (2022) Kap 7 Rz 31.

100 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK § 18 Rz 11.

101 Vgl auch *Schweizer*, medialex.ch, Rz 39.

102 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK § 18 Rz 15; *Marauhn/Mengeler* in *Dörr/Grote/Marauhn*, EMRK/GG³ (2022) Kap 7 Rz 49 ff.

103 *Grote/Wenzel* in *Dörr/Grote/Marauhn*, EMRK/GG³ (2022) Kap 18 Rz 95 ff.

104 *Grote/Wenzel* in *Dörr/Grote/Marauhn*, EMRK/GG³ (2022) Kap 18 Rz 100 ff.

105 EGMR 13.7.2012 (GK), 16354/06, *Mouvement raélien suisse/Schweiz* Rz 61. Zur „preferred position“ von Freiheitsrechten iS einer demokratisch-funktionalen Grundrechtstheorie vgl *Berka* in *Pöschl/Wiederin* (Hrsg), *Demokratie* 1 (10).

106 EGMR 25.11.1999 (GK), 23118/93, *Nilsen und Johnsen/Norwegen* Rz 44 (Äußerungen von Vertreter*innen einer Berufsgruppe); 24.4.2007, 7333/06, *Lombardo ua/Malta* Rz 53 (Kritik an bestimmten Politiker*innen).

107 EGMR 8.7.1986, 9815/82, *Lingens/Österreich* Rz 46.

108 EGMR 25.6.1992, 13778/88, *Thorgeir Thorgeirson/Island* Rz 63 (zur Veröffentlichung in einer Zeitung).

Schwere des erfolgten Eingriffs. Bisweilen stellt der Gerichtshof dabei auch auf seine Auswirkungen auf Dritte ab:

*“The chilling effect that the fear of such sanctions has on the exercise of journalistic freedom of expression works to the detriment of society as a whole, is likewise a factor which goes to the proportionality, and thus the justification, of the sanctions imposed on an applicant, who was entitled to bring to the attention of the public an important matter of general interest.”*¹⁰⁹

Dabei spielen sowohl die Art der Strafe als auch die Strafhöhe eine Rolle.¹¹⁰ In einer Nachprüfung berücksichtigt der EGMR, ob die nationalen Gerichte bei der Verhängung von Sanktionen die Möglichkeit von ungewollten Abschreckungseffekten auf Dritte berücksichtigt haben.¹¹¹ Bei (auch sehr milden) Sanktionen gegen Formen der politischen Rede ist von einer stärkeren Abschreckungswirkung auszugehen.¹¹² Dasselbe gilt für den *chilling effect* durch Verfahren, die von staatlichen Akteuren angestrengt werden.¹¹³ Auch die bloß symbolische Wirkung einer sehr moderat bemessenen Sanktion kann einschüchtern und wurde schon im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung gewürdigt.¹¹⁴ Verurteilungen von Journalist*innen ziehen besonders schädliche Folgen nach sich.¹¹⁵ Strafrechtliche Sanktionen im Bereich des Ehrschutzes sind zwar nicht per se unverhältnismäßig,

109 EGMR 11.2.2020, 4493/11, *Atamanchuk/Russland* Rz 66; nahezu wortgleich auch EGMR 23.6.2016 (GK), 20261/12, *Baka/Ungarn* Rz 167; 13.1.2015, 44230/06, *Petro-pavlovskis/Lettland* Rz 68; 3.4.2012, 43206/07, *Kaperzyński/Polen* Rz 70; 5.7.2011, 18990/05, *Wizerkaniuk/Polen* Rz 68; 26.2.2009, 29492/05, *Kudeshkina/Russland* Rz 99; 24.4.2007, 7333/06, *Lombardo ua/Malta* Rz 61. Ähnlich auch die Literatur, vgl etwa *Berka*, Medienfreiheit 216 f, wonach die den öffentlichen Diskurs möglicherweise lähmende Unbestimmtheit von Normen zur „Erhöhung der Eingriffsintensität“ führt; ebenso *Staben*, Abschreckungseffekt 147, nach dem es „für die Schwere eines Mittels [spricht], wenn von diesem überindividuelle Abschreckungseffekte ausgehen, [...]“.

110 Jüngst EGMR 15.9.2022, 22287/08, *Anatoliy Yeremenko/Ukraine* Rz 89: “[...] the nature and severity of the sanctions imposed are also factors to be taken into account.”

111 EGMR 30.6.2022, 20755/08, *Azadliq und Zayidov/Aserbaidtschan* Rz 49.

112 EGMR 3.5.2022, 18079/15, *Bumbeş/Rumänien* Rz 101; 12.6.2012, 26005/08 und 2610/08, *Tatár und Fáber/Ungarn* Rz 41.

113 EGMR 15.3.2022, 2840/10, *OOO Memo/Russland* Rz 45.

114 EGMR 2.6.2016, 61561/08, *Instytut Ekonomichnykh Reform, TOV/Ukraine* Rz 65.

115 EGMR 3.4.2012, 43206/07, *Kaperzyński/Polen* Rz 74; 22.4.2010, 40984/07, *Fatul-layev/Aserbaidtschan* Rz 102.

der durch sie hervorgerufene *chilling effect* wiegt aber deutlich schwerer als jener zivilrechtlicher Rechtsfolgen.¹¹⁶ Die Androhung von Freiheitsstrafen lässt sich nur bei Formen der Hassrede, bei Gewaltaufrufen oder in Fällen der ernsthaften Störung anderer Grundrechte rechtfertigen.¹¹⁷ Auch verwaltungsstrafrechtliche Sanktionen können abschreckende Wirkungen auf Dritte haben.¹¹⁸ Grundsätzlich sind zivilrechtliche Sanktionen zu bevorzugen.¹¹⁹ Allerdings können auch diese – vor allem mit Blick auf die Höhe von Ersatzpflichten und deren Vorhersehbarkeit – eine die Meinungsfreiheit hemmende Wirkung haben und unverhältnismäßig sein.¹²⁰ Das gilt unter Umständen auch für die Verpflichtung zum nachträglichen Widerruf einer Äußerung.¹²¹ Für die Beurteilung des *chilling effect* spielt es grundsätzlich keine Rolle, ob eine Sanktion nur bedingt verhängt wurde oder am Ende nicht durchsetzbar war.¹²² Selbst das Verfahren als solches kann eine abschreckende Wirkung auf Dritte zeitigen.¹²³ Dabei sind die mediale Aufmerksamkeit, die dieses auf sich zieht,¹²⁴ sowie Kosten und Verzöge-

116 EGMR 5.11.2020, 73087/17, *Balaskas/Griechenland* Rz 61.

117 EGMR 17.7.2018, 38004/12, *Mariya Alekhina ua/Russland* Rz 227: “[...] in principle, peaceful and non-violent forms of expression should not be made subject to the threat of imposition of a custodial sentence, [...]” Ähnlich EGMR 28.6.2018, 64184/11, *Paraskevopoulos/Griechenland* Rz 42.

118 EGMR 3.5.2022, 18079/15, *Bumbeş/Rumänien* Rz 101; 12.6.2012, 26005/08 und 2610/08, *Tatár und Fáber/Ungarn* Rz 41.

119 EGMR 5.12.2017, 19657/12, *Frisk und Jensen/Dänemark* Rz 77.

120 EGMR 15.6.2017, 28199/15, *Independent Newspapers (Ireland) Limited/Irland* Rz 104: “[...] unpredictably high damages in libel cases are considered capable of having a chilling effect and they therefore require the most careful scrutiny and very strong justification.” Vgl auch EGMR 18.1.2011, 39401/04, *MGN Limited/Vereinigtes Königreich* Rz 201; 16.6.2005, 55120/00, *Independent News and Media and Independent Newspapers Ireland Limited/Irland* Rz 114: “Accordingly, and even if, as the Government argued, the assessment of damages in libel cases is inherently complex and uncertain, any such uncertainty must be kept to a minimum.”

121 EGMR 1.12.2009, 5380/07, *Karsai/Ungarn* Rz 36.

122 EGMR 25.3.2021, 1864/18, *Matalas/Griechenland* Rz 60; 5.11.2020, 73087/17, *Balaskas/Griechenland* Rz 61; 19.7.2018, 64659/11 und 24133/13, *Makraduli/Ehemalige jugoslawische Republik Mazedonien* Rz 83; 28.6.2018, 64184/11, *Paraskevopoulos/Griechenland* Rz 42; 6.7.2010, 37751/07, *Mariapori/Finnland* Rz 68.

123 EGMR 1.3.2007, 510/04, *Tønsergs Blad AS und Haukom/Norwegen* Rz 102: “[...] the proceedings resulted in an excessive and disproportionate burden being placed on the applicants, which was capable of having a chilling effect on press freedom in the respondent State.”

124 EGMR 30.1.2018, 4966/13 und 5550/15, *Barabanov/Russland* Rz 76: “The chilling effect of the sanction imposed on him was further amplified by the large-scale proceedings in the case, which attracted widespread media coverage.”

rungen durch mögliche Rechtsmittelverfahren zu berücksichtigen.¹²⁵ Zwischenfazit: Auch die Einschüchterung Dritter wird zum grundrechtlichen Problem. Als Gegenmittel verlangt der EGMR hinreichend zugängliche und bestimmte Normen, verhältnismäßige Sanktionen, aber auch die schon erwähnten verfahrensrechtlichen Standards.

5. Staatliche oder private Abschreckung

Einschüchterungsklagen könnten als eine Form staatlich-privater „Koope-ration“ beschrieben werden. Damit die staatlichen Normen des Ehrschutzes einen *chilling effect* entfalten, müssen erst Private tätig werden und gerichtliche Verfahren anstrengen.¹²⁶ Aus staatlicher Sicht ist die abschreckende Wirkung ein unerwünschter Kollateralschaden, aus Sicht der (meist) privaten Kläger*innen ist sie das bewusst eingesetzte Mittel zur Erreichung ihres strategischen Ziels. Ihre Strategie geht aber nur deswegen auf, weil es gerade staatliche Normen und Gerichte sind, die von ihnen geschickt genutzt und in Bewegung gesetzt werden. Erst so wird ein ernstzunehmendes Übel in Aussicht gestellt. Dieses (teils unfreiwillige) Zusammenwirken von Staat und Privaten wirft die Frage der Zurechnung des *chilling effect* zum Staat auf. *Staben* zufolge gelingt diese stets dann, „wenn sich Private den (sic!) Formen des Rechts bedienen und daher – etwa in Form eines Gerichtsurteils – ein hypothetischer Grundrechtseingriff unproblematisch vorläge.“¹²⁷ Wir haben schon gesehen, dass auch der EGMR keine größeren Schwierigkeiten mit dieser Zurechnung hat, allerdings argumentiert er nicht mit einem hypothetischen Eingriff durch ein Gerichtsurteil, sondern wertet bereits das Verfahren als faktischen Grundrechtseingriff.

Neue Fragen werden bei bloßen Klagsdrohungen aufgeworfen.¹²⁸ Hier bedienen sich die Privaten (vorerst) nicht der Formen des Rechts und der Staat – konkret: seine Gerichtsbarkeit – dient zwar auch in diesen Fällen als Drohkulisse, ist aber selbst noch nicht aktiv in Erscheinung getreten. In dieser Konstellation lässt sich eine Zurechnung über einen

125 EGMR 15.6.2017, 28199/15, *Independent Newspapers (Ireland) Limited/Irland* Rz 104.

126 *Staben*, Abschreckungseffekt 126.

127 *Staben*, Abschreckungseffekt 127.

128 Vgl. *Lachmayer*, NetV 2022, 26 (27) mit Verweis auf prominente österreichische Beispiele, in denen alleine durch Klagsdrohungen Druck auf die Adressat*innen aufgebaut wurde.

Grundrechtseingriff nur schwer argumentieren. Worüber aber zumindest nachgedacht werden sollte, ist eine Zurechnung im Wege grundrechtlicher Schutzpflichten.¹²⁹ Der EGMR betont die zentrale Rolle der Kommunikationsfreiheit für das Funktionieren der Demokratie. Ihre Ausübung hängt nicht nur von der Verpflichtung des Staates ab, Einmischungen zu unterlassen, sondern auch von seinem aktiven Tätigwerden zum Schutz vor privaten Grundrechtsstörungen.¹³⁰ Der Staat hat demnach für ein Umfeld zu sorgen, in dem eine möglichst angstfreie Teilnahme am öffentlichen Diskurs möglich ist.¹³¹ Der Gerichtshof betont ausdrücklich, dass private Einschüchterungshandlungen einen *chilling effect* hervorrufen können.¹³² Wenn diese Einschüchterungen in Reaktion auf die journalistischen Tätigkeiten der Bedrohten erfolgen und staatliche Stellen davon wissen, dann ruft die rein privat bewirkte Abschreckung staatliche Schutzpflichten hervor.¹³³ Ein Umfeld der Angst, das staatliche Interventionen verlangt, wurde aber erst bei einer Häufung krimineller Handlungen gegen Journalist*innen, insbesondere bei körperlichen Angriffen gesehen.¹³⁴ Als Zwischenfazit können wir hier also festhalten: Zu bloßen Klagsdrohungen müssten weitere private Grundrechtsstörungen hinzutreten, damit insgesamt eine derart düstere und damit staatliches Handeln gebietende Situation entsteht.¹³⁵

129 Vgl. dahingehend *Staben*, Abschreckungseffekt 127 f.

130 EGMR 29.2.2000, 39293/98, *Fuentes Bobo/Spain* Rz 38; 16.3.2000, 23144/93, *Özgür Gündem/Türkei* Rz 42 f.

131 EGMR 14.9.2010, 2668/07 ua, *Dink/Türkei* Rz 137.

132 EGMR 10.1.2019, 65286/13 und 57270/14, *Ismayilova/Aserbaidschan* Rz 161. Zu beachten ist die Abweichung, die sich dadurch von der einleitenden Definition des *chilling effect* als Folge staatlichen Handelns ergibt (vgl. oben, S. 141) Nach der Rsp des EGMR kann der *chilling effect* auch Folge staatlicher Untätigkeit sein. Vgl. auch *Lehofer*, JRP 2022, 439 (444, FN 34), wonach „bloße Klagsandrohungen“ zumindest „faktisch einen chilling effect bewirken“.

133 EGMR 10.1.2019, 65286/13 und 57270/14, *Ismayilova/Aserbaidschan* Rz 162–164.

134 EGMR 10.1.2019, 65286/13 und 57270/14, *Ismayilova/Aserbaidschan* Rz 161.

135 Es muss auch mitbedacht werden, dass sich die zitierte Entscheidung des EGMR auf Aserbaidschan bezieht. Das Land belegt im Pressefreiheitsindex 2022 den 154. Platz und seine Situation wird als „sehr ernst“ beschrieben. Vor diesem Hintergrund sieht der EGMR eine aus Art 10 EMRK abgeleitete Schutzpflicht des Staates. Dieses Ergebnis lässt sich nicht ohne weiteres auf hierzulande übertragen, belegt Österreich auf derselben Rangliste doch den 31. Platz und seine Situation gilt zumindest als „befriedigend“. Zugleich soll das aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich auch in Österreich die Rahmenbedingungen verschlechtern haben. In der Auswertung macht sich das durch ein Abrutschen um vierzehn Plätze bemerkbar. Dazu *Reporter ohne Grenzen Österreich*, Rangliste der Pressefreiheit, www.rog.at/press-freedom-in-dex-2022/ (abgerufen am 31.1.2023).

6. Zum Abschluss: Verschreckte Kläger*innen

Der Erfolg von Einschüchterungsklagen verweist auf rechtsstaatliche Probleme – auf zu unbestimmte oder schwer zugängliche Gesetze, ein Defizit beim Vertrauen in die Justiz, zu lange Verfahrensdauern, ein hohes Kostenrisiko und möglicherweise auch die Aussicht auf unverhältnismäßige Sanktionen. Eine Folge der Zunahme von Einschüchterungsklagen sind Beschädigungen der Demokratie.¹³⁶ Der Staat ist gefordert, Lösungen für dieses Problem zu finden. Dabei muss er aber auch die grundrechtlichen Positionen der Kläger*innen beachten. Überschießende gesetzliche Regelungen zur Bekämpfung von Einschüchterungsklagen könnten eine Art entgegengesetzten *chilling effect* auslösen.¹³⁷ Um die hemmende Wirkung auf die Kommunikationsfreiheit zu minimieren, sind hinreichend klar formulierte Tatbestände, Entkriminalisierungen und ein Absenken von Sanktionen bzw Sanktionsdrohungen im Ehrschutz gefordert.¹³⁸ Zugleich muss aber die aus Art 8 EMRK fließende Pflicht zum Schutz von Persönlichkeitsrechten erfüllt werden.¹³⁹ Auch verfahrensrechtlich sollte angesetzt werden: Eine Verpflichtung der klagenden Partei zur Hinterlegung einer Sicherheit für die Verfahrenskosten, eine umfassende Pflicht zur Kostenerstattung für den Fall der erfolglosen Klagsführung oder Sanktionen bei missbräuchlichen Klagen – alle diese Mittel können dazu beitragen, dass das gerichtliche

136 Zur Bedeutung der Kommunikationsfreiheit für die Demokratie s *Frowein*, EuGRZ 2008, 117 (117): „Ohne Meinungsfreiheit gibt es keine Demokratie.“ Vgl auch *Pabel in Pöschl/Wiederin* (Hrsg), Demokratie 15 (24 ff).

137 Vgl EGMR 19.10.2017, 60873/09, *Vanchev/Bulgarien* Rz 47, wo vom Beschwerdeführer vorgebracht wird, dass Regelungen über Gerichtsgebühren bzw Verfahrenskosten einen *chilling effect* auf Rechtssuchende bewirken können.

138 Vgl die Empfehlung (EU) 2022/758 der Kommission v 27.4.2022 zum Schutz von Journalisten und Menschenrechtsverteidigern, die sich öffentlich beteiligen, vor offenkundig unbegründeten oder missbräuchlichen Gerichtsverfahren („Strategische Klagen gegen öffentliche Beteiligung“), ABl L 2022/138, 30, Pkt 6 f, wonach die Mitgliedsstaaten „[...] dafür Sorge tragen [sollten], dass ihre auf den Tatbestand der Verleumdung anwendbaren Vorschriften, einschließlich ihrer Begriffe, hinreichend klar sind [...]“ und dass „[...] die Sanktionen gegen Verleumdung nicht übermäßig und unverhältnismäßig sind. [...] In diesem Zusammenhang werden die Mitgliedsstaaten aufgefordert, Haftstrafen wegen Verleumdung aus ihrem Rechtsrahmen zu beseitigen. Den Mitgliedstaaten wird nahegelegt, in Verleumdungsfällen bevorzugt auf das Verwaltungs- oder Zivilrecht zurückzugreifen, [...]“

139 Grundlegend EGMR 15.11.2007, 12556/03, *Pfeifer/Österreich*. Beachte auch EGMR 25.11.2008, 36919/02, *Armoniene/Litauen* Rz 47, wonach die medienrechtlichen Ersatzpflichten bei schweren Beeinträchtigungen von Persönlichkeitsrechten ein gewisses Mindestmaß nicht unterschreiten dürfen.

Verfahren als weniger großes Übel empfunden wird.¹⁴⁰ Da sie aber potentielle Kläger*innen abschrecken,¹⁴¹ stehen sie in Konflikt mit dem aus Art 6 EMRK abgeleiteten Recht der klagenden Partei auf Zugang zu einem Gericht.¹⁴² Zugangsbeschränkungen sind denkbar, sofern sie das Recht nicht in seinem Wesensgehalt berühren, ein legitimes Ziel verfolgen und die Verhältnismäßigkeit gewahrt bleibt.¹⁴³ Die Hintanhaltung missbräuchlicher Klagen¹⁴⁴ und der Schutz der Rechte Dritter (etwa vor dem Risiko, um den Ersatz der Kosten umzufallen)¹⁴⁵ sind legitime Ziele von Zugangsbeschränkungen.¹⁴⁶ Insgesamt gesteht der EGMR den Mitgliedsstaaten einen weiten *margin of appreciation* bei Eingriffen zu.¹⁴⁷ In der Vergangenheit hat er Besicherungen,¹⁴⁸ unterschiedlichste Kostenregelungen,¹⁴⁹ aber auch Sanktionen im Fall missbräuchlicher Klagsführung¹⁵⁰ für grundsätzlich zulässig befunden. Vor diesem Hintergrund scheinen die aufgezählten Zugangsbeschränkungen unproblematisch.¹⁵¹

-
- 140 Vgl. *Europäische Kommission* (EK), Vorschlag für eine Richtlinie (RL) des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz von Personen, die sich öffentlich beteiligen, vor offenkundig unbegründeten oder missbräuchlichen Gerichtsverfahren („strategische Klagen gegen öffentliche Beteiligung“), COM/2022/177 final (RL-Entwurf). Der Entwurf wurde im Frühjahr 2022 veröffentlicht und sieht alle hier aufgezählten Instrumente vor (Art 8, Art 14 und Art 16). Für eine ausführlichere Analyse des Entwurfs, die in diesem abschließenden Abschnitt verkürzt wiedergegeben wird, vgl. *Blaßnig/Hahnenkamp*, *juridikum* 2022, 413; ferner *Wiepen*, *ZRP* 2022, 149; *Hess*, *ecolex* 2022, 704; *Wilfinger*, *ÖJZ* 2022, 1069; *Domej*, *ZEuP* 2022, 754; *Koller/von der Thannen*, *JRP* 2022, 430; *Wilfinger*, *ÖJA* 2023, 1.
- 141 Zur Abschreckungsfunktion von Kostenersatzregeln und darüberhinausgehender Verantwortlichkeiten für prozessuales Verhalten s. *Geroldinger*, *Rechtsstreit* 53–55.
- 142 Ausgehend von EGMR 21.2.1975, 4451/70, *Golder/Vereinigtes Königreich*, insb. Rz 26 ff., wird das Recht auf Zugang zu einem Gericht als ein Art 6 EMRK inhärentes Recht angesehen.
- 143 EGMR 15.3.2022 (GK), 43572/18, *Grzęda/Polen* Rz 343.
- 144 EGMR 12.7.2007, 68490/01, *Stankov/Bulgarien* Rz 57; EGMR 28.5.1985, 8225/78, *Ashingdane/Vereinigtes Königreich* Rz 58.
- 145 EGMR 13.7.1995, 18139/91, *Tolstoy Miloslavsky/Vereinigtes Königreich* Rz 61.
- 146 Vgl. *Diggelmann/Altwicker*, *DÖV* 2012, 781 (783 f.).
- 147 EGMR 19.6.2001, 28249/95, *Kreuz/Polen* Rz 53.
- 148 EGMR 13.7.1995, 18139/91, *Tolstoy Miloslavski/Vereinigtes Königreich* Rz 61 ff.; 19.6.2001, 28249/95, *Kreuz/Polen* Rz 54.
- 149 EGMR 26.7.2005, 39199/98, *Podbielski und PPU Polpure* Rz 64.
- 150 EGMR 22.10.2013, 20577/05, *Sace Elektrik Ticaret ve Sanayi A.Ş./Türkei* Rz 27.
- 151 Zu den vom EGMR herangezogenen Kriterien bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Eingriffen in das Recht auf Zugang zu einem Gericht vgl. *Diggelmann/Altwicker*, *DÖV* 2012, 784; *Bezemek*, *JRP* 2018, 240 (247 f.).

Das wirksamste Mittel gegen die Einschüchterung von Journalist*innen, Aktivist*innen oder NGOs wäre aber die vorzeitige Beendigung missbräuchlicher Verfahren.¹⁵² Nur so würde unmittelbar der Angst entgegen gewirkt, jahrelang in gerichtliche Prozesse verwickelt zu sein. Durch die vorzeitige Verfahrensbeendigung entstehen jedoch Probleme in Hinblick auf den „Kern der Verfahrensgarantien“ des Art 6 Abs 1 EMRK, der ein „fair hearing“ verspricht und sich aus mehreren Teilgewährleistungen zusammensetzt, die allesamt auf den Verfahrensablauf selbst gerichtet sind. Es ist keine einfach zu lösende Aufgabe, diesen Anforderungen trotz vorzeitiger Beendigung zu entsprechen.¹⁵³

Weniger Schwierigkeiten bereiten die Instrumente und Maßnahmen zur Abmilderung der Ungleichheit im Verfahren. Naheliegender wäre eine Reform der Verfahrenshilfe.¹⁵⁴ Interessant klingen auch Vorschläge zur Schaffung repräsentativer Verbände, die zur „Geltendmachung der Beklagtenrechte im Sinne einer echten Prozessstandschaft“ legitimiert werden, oder die Einrichtung eigener (möglicherweise staatlich geförderter) Versicherungssysteme für jene, die typischerweise von Einschüchterungsklagen betroffen sind.¹⁵⁵ Ergänzend sind sanfte Maßnahmen sinnvoll: zB Schulungen und Sensibilisierungsmaßnahmen für Angehörige von Rechtsberufen sowie für Betroffene oder die Schaffung unabhängiger Unterstützungs-

152 Vgl Art 9 RL-Entwurf (FN 140).

153 *Grabenwarter/Pabel* in *Dörr/Grote/Marauhn*, EMRK/GG³ (2022) Kap 14 Rz 93. Kritisch zur Vereinbarkeit des Art 9 RL-Entwurf (FN 140) mit den Verfahrensgrundrechten *Wiepen*, ZRP 2022, 149 (150); *Wilfinger*, ÖJA 2023, 1 (6, 9 f, 20); deutlich gelassener hingegen *Hess*, *ecolex* 2022, 704 (707). Vgl auch *Domej*, ZEuP 2022, 754 (765 f), der zufolge im Regelfall – dh: abgesehen von Fällen unschlüssiger Klagen – der vorzeitigen Verfahrensbeendigung zumindest eine mündliche Verhandlung voranzugehen hätte.

154 Zu den Schwächen des bestehenden Systems und damit auch den Ansatzpunkten für eine solche Reform vgl *Pöschl*, JRP 2016, 121 (131); *Stern*, JRP 2016, 144 (150); *Kriebernegg*, *juridikum* 2021, 268 (273); *Oberhammer*, *ecolex* 2022, 952 (954): keine direkte bzw unangemessene Entlohnung der Verfahrenshelfer*innen; *Sautner*, JRP 2014, 135 (137 f); Heranziehen „fachfremder“ Verfahrenshelfer*innen; *Oberhammer*, ÖJT Festveranstaltung 2013, 24 (25); *Drexel*, Zugang 228 ff; *Geroldinger*, 21. ÖJT Band II/1, 101 (218): unzureichende „soziale Treffsicherheit“ bzw Ausschluss der sog Mittelschicht. Beachte hingegen *Domej*, ZEuP 2022, 754 (771 f), die darauf hinweist, dass sowohl der RL-Entwurf als auch die Empfehlung der Kommission die Verfahrenshilfe als Lösungsansatz vernachlässigen.

155 Ausführlich zu diesen rechtspolitischen Überlegungen *Koller/von der Thannen*, JRP 2022, 430 (437 f). Vgl dahingehend auch die Überlegungen bei *Domej*, ZEuP 2022, 754 (778).

einrichtungen.¹⁵⁶ Die letztgenannten Ansätze berücksichtigen mangelndes Rechtswissen als einen der Faktoren, die den *chilling effect* verstärken.

Die Beschäftigung mit Einschüchterungsklagen als besonderer Form der strategischen Prozessführung offenbart ein Spannungsfeld unterschiedlicher grundrechtlicher Positionen. Wir haben gesehen, dass der Staat dazu verpflichtet ist, Regeln für den Umgang zwischen Privaten vorzusehen und ein diskursförderndes Umfeld zu schaffen. Einzelne Klagsdrohungen vermögen für sich allein aber noch keine grundrechtlichen Schutzpflichten zu begründen. Ein staatliches Tätigwerden ist unter bestimmten Umständen aber unabhängig von Schutzpflichten geboten: Da bereits ein gerichtliches Verfahren als solches in den Schutzbereich der Kommunikationsfreiheit eingreifen kann, müssen zur Eingriffsrechtfertigung verfahrensrechtliche Mindeststandards gewährleistet sein. Darüber hinaus muss durch hinreichend bestimmte Normen und verhältnismäßige Sanktionen einer Abschreckung Dritter vorgebeugt werden. Bei alledem darf die Pflicht zum Schutz von Persönlichkeitsrechten nicht vernachlässigt werden und die Verfahrensgrundrechte der Kläger*innen müssen gewahrt bleiben. Im Umgang mit Einschüchterungsklagen sind also kluge und kreative Lösungen gefordert, um am Ende möglichst weder Beklagte noch Rechtsschutzsuchende oder gar größere Teile der demokratischen Öffentlichkeit verschreckt zurückzulassen.

Literatur

Baer, Komplizierte Effekte. Zur Wirkung von Recht, in FS Rottleuthner (2011) 245–261.
Beaucamp, Verständlichkeit und Bestimmtheit – Zwei Welten, Rechtstheorie 2011, 21–62.

Berka, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz. Die Freiheit der Medien und ihre Verantwortung im System der Grundrechte (1982).

Berka, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz in der digitalen Ära: Neue Signale aus Straßburg, in FS Karl (2012) 77–86.

Berka in Berka/Heindl/Höhne/Kroukal, Mediengesetz Praxiskommentar⁴ (2019) Vorb §§ 6–8a.

Berka, Die EMRK – ein Menschenrechtskatalog aus dem Geiste der Demokratie, in Pöschl/Wiederin (Hrsg), Demokratie und Europäische Menschenrechtskonvention (2020) 1–14.

Berka/Binder/Kneihls, Die Grundrechte. Grund- und Menschenrechte in Österreich² (2019).

156 Vgl die Pkt 10 ff, 19 ff, 24 ff, Empfehlung (EU) 2022/758 (FN 138).

- Bethge*, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 (1998) 7–52.
- Bezemek*, Freie Meinungsäußerung – Fragen des Grundrechtseingriffs, Fragen der Grundrechtsausübung, ZÖR 2012, 557–571.
- Bezemek*, Gerichtsgebühren in grundrechtlicher Betrachtung, JRP 2018, 240–251.
- Blasfnig/Hahnenkamp*, SLAPPs und SLAPP-Back. Einschüchterungsklagen im grundrechtlichen Spannungsfeld, *juridikum* 2021, 417–421.
- Blasfnig/Hahnenkamp*, Einschüchterungsklagen, Verfahrensgrundrechte und die Zuständigkeit der EU. Anmerkungen zur Initiative der Europäischen Kommission gegen SLAPPs, *juridikum* 2022, 413–419.
- Boulanger/Krebs*, Strategische Prozessführung. Einleitung in den Themenschwerpunkt, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2019, 1–4.
- Canan*, The SLAPP from a Sociological Perspective, *Pace Environmental Law Review* 1989, 23–32.
- Davy, B.*, Gefahrenabwehr im Anlagenrecht (1990).
- Deppner*, Getting SLAPPed – Strategische Prozessführung gegen die Klimabewegung. Ein Schlaglicht aus der anwaltlichen Praxis, *juridikum* 2022, 124–127.
- Diggelmann/Altwicker*, Finanzielle Gerichtszugangsschranken in Zivilprozessen im Licht von Art. 6 Abs. 1 EMRK, *DÖV* 2012, 781–788.
- Domej*, The proposed EU anti-SLAPP directive: a square peg in a round hole, *ZEuP* 2022, 754–781.
- Drexel*, Der Zugang zum Recht. Eine Untersuchung ausgewählter Regelungen der Zivilgerichtsbarkeit am Maßstab von Art 6 EMRK und Art 47 GRCh (2016).
- Feik*, Öffentliche Verwaltungskommunikation (2007).
- Friedrich*, Das Gebot der zivilprozessualen Waffengleichheit. Grundrechtsgleiches Recht, Prozessmaxime, Allzweckwaffe? (2021).
- Frowein*, Reform durch Meinungsfreiheit, *AÖR* 1980, 169–187.
- Frowein*, Meinungsfreiheit und Demokratie, *EuGRZ* 2008, 117–121.
- Fuchs*, Was ist strategische Prozessführung? in *Graser/Helmrich* (Hrsg), *Strategic Litigation. Begriff und Praxis* (2019) 43–52.
- Geroldinger*, Der mutwillige Rechtsstreit. Schadenersatzansprüche der Parteien wegen materiell rechtswidriger Prozessführung (2017).
- Geroldinger*, Rechtsdurchsetzung im Verbraucherrecht – prozessuale Aspekte, 21. ÖJT Band II/1 (2022) 101–226.
- Ghio/Nasreddin*, Shutting Out Criticism: How SLAPPs Threaten European Democracy. A report by The Coalition Against SLAPPs in Europe (2022), <https://static1.squarespace.com/static/5f2901e7c623033e2122f326/t/623897f6f5eb056c82fe2681/1647876093121/CASE+report+SLAPPs+Europe.pdf> (abgerufen am 19.12.2022).
- Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁷ (2021).
- Grabenwarter/Pabel* in *Dörr/Grote/Marauhn*, *EMRK/GG*³ (2022) Kap 14 (Der Grundsatz des fairen Verfahrens).
- Graser*, Strategic Litigation: Ein Verstehensversuch, in *Graser/Helmrich* (Hrsg), *Strategic Litigation. Begriff und Praxis* (2019) 37–41.

- Grote/Wenzel in *Dörr/Grote/Marauhn*, EMRK/GG³ (2022) Kap 18 (Die Meinungsfreiheit).
- Guerrero, Strategische Prozessführung – eine Annäherung, *zfmr* 2020, 26–51.
- Gusy, Was bewirken Gesetze? Zusammenfassende Thesen, in *Hof/Lübbe-Wolff* (Hrsg), Wirkungsforschung zum Recht I. Wirkungen und Erfolgsbedingungen von Gesetzen (1999) 289–292.
- Heißl, Grundrechtskollisionen am Beispiel von Persönlichkeitseingriffen sowie Überwachungen und Ermittlungen im Internet (2017).
- Hess, Der Richtlinien-Vorschlag der EU-Kommission zur Bekämpfung von SLAPPs, COM(2022) 177 final, *ecolex* 2022, 704–708.
- Hirtenlehner, Differentielle Abschreckbarkeit – über den Stand der modernen Abschreckungsforschung, *JSt* 2017, 144–154.
- Hof/Lübbe-Wolff (Hrsg), Wirkungsforschung zum Recht I. Wirkungen und Erfolgsbedingungen von Gesetzen (1999).
- Hof/Schulte (Hrsg), Wirkungsforschung zum Recht III. Folgen von Gerichtsentscheidungen (2001).
- Hoffmann-Riem, Wirkungsorientierte Rechtswissenschaft, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2018, 20–41.
- Holoubek, Rundfunkfreiheit und Rundfunkmonopol (1990).
- Holoubek, Der Grundrechtseingriff. Österreichische und konventionsrechtliche Aspekte, *DVB1* 1997, 1031–1039.
- Holoubek, Der Grundrechtseingriff – Überlegungen zu einer grundrechtsdogmatischen Figur im Wandel, in *Merten/Papier* (Hrsg), Grundfragen der Grundrechtsdogmatik (2007) 17–34.
- Holoubek, “social watchdogs”: nicht professionell organisierte Medienmacher im Lichte der Medienfreiheit, in *Berka/Holoubek/Leitl-Staudinger* (Hrsg), BürgerInnen im Web (2016) 1–16.
- Kadelbach in *Dörr/Grote/Marauhn*, EMRK/GG³ (2022) Kap 30 (Internationale Durchsetzung).
- Khakzadeh-Leiler, Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs (2011).
- Koller/von der Thannen, Time to SLAPP-Back: Der Richtlinienvorschlag zur Bekämpfung von Einschüchterungsklagen und seine Konsequenzen für das österreichische Zivil(prozess)recht, *JRP* 2022, 430–438.
- Koziol, Abschreckung als primäres Ziel des Schadenersatzrechts? in *Gamauf* (Hrsg), Symposium 80. Geburtstag Herbert Hausmaninger (2017) 109–127.
- Kriebner, Verfahrenshilfe als Garant für den Rechtsstaat? Kritische Betrachtung eines alt bewährten Instituts, *juridikum* 2021, 268–275.
- Lachmayer, Überlegungen zur Unabhängigkeit der Gerichtsbarkeit in Österreich, *NetV* 2022, 26–28.
- Lehofer, Grundrechte und SLAPPs, *JRP* 2022, 439–448.
- Marauhn/Mengeler in *Dörr/Grote/Marauhn*, EMRK/GG³ (2022) Kap 7 (Grundrechtseingriff und –schränken).
- Mayer, M., Öffentliche Sicherheit und Ordnung in Sportstadien (2009).

- Merli, „Normativität“ und Begriff der Maßnahme nach Art 129a Abs 1 Z 2 B-VG, ZfV 1993, 251–256.
- Merli, Die allgemeine Handlungsfreiheit, JBl 1994, 233–242, 309–318.
- Meyer-Ladewig/Kulick in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2017) Art 34.
- Oberhammer, Zugang zum Recht – aus zivilrechtlicher Sicht, ÖJT Festveranstaltung 2013 – Zugang zum Recht, 24–28.
- Oberhammer, Ziviljustiz und Gesellschaft: Erwartungen und Orientierungen, ecoloex 2022, 952–956.
- Oermann/Staben, Mittelbare Grundrechtseingriffe durch Abschreckung, Der Staat 2014, 630–661.
- Pabel, Die Konventionsrechte als Fundamente der Demokratie, in Pöschl/Wiederin (Hrsg), Demokratie und Europäische Menschenrechtskonvention (2020) 15–21.
- Pöschl, Armut und Gleichheit, JRP 2016, 121–134.
- Pöschl/Kahl, Die Intentionalität – ihre Bedeutung und Berechtigung in der Grundrechtsjudikatur, ÖJZ 2001, 41–53.
- Post, Understanding the First Amendment, Washington Law Review 2012, 549–564.
- Pring, SLAPPs: Strategic Lawsuits against Public Participation, Pace Environmental Law Review 1989, 3–21.
- Sautner, Wie Armut den Zugang zum Recht beeinflusst. Die strafrechtliche Perspektive, JRP 2016, 135–143.
- Schäffer, Verfassungsinterpretation in Österreich. Eine kritische Bestandsaufnahme (1971).
- Schauer, Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect, Boston University Law Review 1978, 685–732.
- Schoditsch, Grundrechte und Privatrecht (2019).
- Schweizer, Chilling effect im Schweizer Medienkontext, medialex.ch 3.12.2020, <https://medialex.ch/2020/12/03/chilling-effect-im-schweizer-medienkontext/> (abgerufen am 31.1.2023).
- Staben, Der Abschreckungseffekt auf die Grundrechtsausübung (2016).
- Stein, SLAPP Suits: A Slap at the First Amendment, Pace Environmental Law Review 1989, 45–59.
- Stern, Zugang zum Recht: Das Verwaltungsgerichtsverfahren, JRP 2016, 144–151.
- Strobl, SLAPPs: Bedrohung der Freien Berichterstattung durch Einschüchterungsklagen, JRP 2022, 419–423.
- Towfigh, Komplexität und Normenklarheit – Oder: Gesetze sind für Juristen gemacht, Der Staat 2009, 29–74.
- Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)³ (2020).
- Weber-Dürler, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 (1998) 57–99.
- Wiepen, Anti-SLAPP-Richtlinie und deutscher Umsetzungsbedarf, ZRP 2022, 149–152.
- Wilfinger, Schlaglichter auf den Entwurf einer Anti-SLAPP-Richtlinie, ÖJZ 2022, 1069–1071.

Wilfinger, Einschüchterungsklagen – Nationale Grundsätze und europäische Perspektiven, ÖJA 2023, 1–20.

Windhager, SLAPP-Klagen in Österreich – Erfahrungen aus der Praxis, JRP 2022, 424–429.

Verfahrenshilfe und Verbandsklage – die grundrechtliche Perspektive¹

Maria Bertel

1. Ausgangspunkt: Strategische Prozessführung

Um Verfahrenshilfe und Verbandsklage aus grundrechtlicher Perspektive im Hinblick auf eine Verbindung, insbesondere auf Möglichkeiten aus Sicht einer strategischen Prozessführung zu untersuchen, ist es zunächst notwendig, offen zu legen, welcher Begriff der strategischen Prozessführung den Überlegungen zugrunde liegt. Wie *Helmrich* ausführt, ist dieser Begriff gar nicht leicht zu fassen und „subjektiv und beeinflusst von zahlreichen Prägungen“.² Denn „[o]b ein bestimmtes Verfahren als strategisch gelten kann, ‚strategisch‘ ist (was auch immer das bedeuten mag), [... lasse] sich kaum objektiv feststellen.“³ In dieselbe Richtung argumentiert auch *Weiss*: „What makes a case strategic can only be seen in retrospect: it has produced an unpredictable outcome. If the case’s outcome could be predicted, it would not be strategic; everyone would see it coming.“⁴

Hahn zufolge bedeutet strategische Prozessführung, dass „[d]er Rechtsstreit [...] nicht allein dem prozessualen Zweck, den Konflikt zwischen zwei Parteien zu entscheiden und Rechtsfrieden herzustellen“⁵ dient, sondern darüber hinaus „auch politische, soziale oder wirtschaftliche Ziele verfolgt werden“⁶. *Kaleck* geht noch einen Schritt weiter: Strategische Prozessführung beinhalte „das Einfordern von Rechten ebenso wie die Utopie von Gerechtigkeit.“⁷ Dies deckt sich mit der Herangehensweise, die *Weiss* Ak-

1 Herzlicher Dank für die Unterstützung bei der Bearbeitung der Fußnoten gilt Stud.-Ass.ⁱⁿ Marlene Mlekusch.

2 *Helmrich* in *Graser/Helmrich* (Hrsg), *Strategic Litigation* 31 (31).

3 *Helmrich* in *Graser/Helmrich* 31.

4 *Weiss* in *Graser/Helmrich* (Hrsg), *Strategic Litigation* 27 (29).

5 *Hahn*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2019, 5 (8).

6 *Hahn*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2019, 5 (6). Ähnlich auch *Graser* in *Graser/Helmrich* (Hrsg), *Strategic Litigation* 9 (13 f); *Ramsden/Gledhill*, *Civil Justice Quarterly* 2019, 407 (425).

7 *Kaleck* in *Graser/Helmrich* (Hrsg), *Strategic Litigation* 21 (25).

teur:innen der strategischen Prozessführung nahe legt: „A strategic litigator needs to work with a movement to formulate goals that are not themselves bound by law.“⁸

Die Trennlinie zwischen „strategischer“ und „nicht-strategischer“ Prozessführung scheint somit entweder gar nicht feststellbar, oder in der Verfolgung von nicht-rechtlich geregelten Zielsetzungen zu liegen: Werden nach dieser Lesart „nur“ rechtlich festgelegte Ziele verfolgt, kann somit gar nicht mehr von strategischer Prozessführung gesprochen werden.

2. Verfahrenshilfe und Verbandsklage als „Türöffner“ für die strategische Prozessführung – ein Widerspruch?

Wird die strategische Prozessführung so verstanden, dass es um außerrechtliche Ziele geht, dann könnten die Verfahrenshilfe bzw Verbandsklage in einem gewissen Spannungsfeld zur strategischen Prozessführung stehen, wie sogleich zu zeigen ist. Dieser Gedanke ist deshalb von Bedeutung, weil – auch die Aufnahme des Themas in ein Werk zur Strategischen Prozessführung legt dies nahe – davon auszugehen ist, dass eine strategische Prozessführung von Verfahrenshilfe und Verbandsklage profitieren kann. Das Spannungsfeld zeigt sich, wenn die Ratio der jeweiligen Einrichtungen näher betrachtet wird.

Das Ziel der Verfahrenshilfe im österreichischen Recht besteht darin, bestimmte, wirtschaftlich schwächere, Parteien in einem konkreten Verfahren der Rechtsverfolgung bzw Rechtsverteidigung zu unterstützen.⁹ Bezugspunkt ist damit die Verfolgung und/oder Verteidigung von (subjektiven) Rechten bzw Ansprüchen.¹⁰ Sowohl § 63 Abs 1 ZPO als auch § 8a Abs 1 VwGVG¹¹ verweisen auf die „Rechtsverfolgung“ und die „Rechtsverteidigung“. § 40 VwGVG und § 61 Abs 2 StPO¹² sehen die verpflichtende Beigabe eines Verfahrenshilfeverteidigers in Verwaltungsstrafsachen bzw Strafsachen vor, damit sich Beschuldigte verteidigen können. Die jeweiligen, unterschiedlichen, Prozessmaximen der Verfahren bestimmen darüber

8 Weiss in Graser/Helmrich 29.

9 § 63 Abs 1 ZPO RGBl 1895/113; § 8a Abs 1 und 2 VwGVG BGBl I 2013/33.

10 Für das Zivilrecht Markowetz, Journal für Rechtspolitik 2021, 295 (295).

11 Zu erwähnen gilt es darüber hinaus § 292 BAO BGBl 1961/194, s dazu Lachmayer, Journal für Rechtspolitik 2021, 334 (334 ff). Zu § 8a VwGVG s Neusiedler, Journal für Rechtspolitik 2021, 356 (356).

12 Hofer, Effektive Verfahrenshilfeverteidigung 157 f.

hinaus die Zielsetzungen der Verfahrenshilfe mit: Während etwa in strafrechtlichen sowie zivilrechtlichen Angelegenheiten die Waffengleichheit¹³ aufgrund des im Strafverfahren herrschenden Anklageprinzips¹⁴ bzw des Verhandlungsgrundsatzes im Zivilprozessrecht¹⁵ eine Rolle spielt, gelten für das verwaltungsgerichtliche Verfahren vermittelt über § 17 VwGVG die Officialmaxime und das Prinzip der materiellen Wahrheit des § 37 iVm § 39 Abs 2 AVG.¹⁶ Demnach haben die Verwaltungsbehörde bzw das Verwaltungsgericht von Amts wegen Ermittlungstätigkeiten durchzuführen, ohne dass die Parteien eine Möglichkeit hätten, Tatsachen außer Streit zu stellen, wie dies aufgrund der zivilprozessualen Verhandlungsmaxime möglich ist.¹⁷ Deutlich wird dabei, dass – vor dem Hintergrund der Maximen des § 37 iVm § 39 Abs 2 AVG¹⁸, aber auch der in § 13 Abs 3 AVG normierten Manuduktionspflicht¹⁹ im verwaltungsbehördlichen Verfahren – im verwaltungsgerichtlichen Verfahren von vornherein nicht nur der Behörde, sondern eben auch dem Verwaltungsgericht eine größere Verantwortung bei der Unterstützung der Verfahrensparteien zukommt.²⁰ Wenngleich (bislang) weder für das verwaltungsbehördliche (allgemeine) Verfahren noch für das verwaltungsstrafrechtliche Verfahren (vor der Behörde) Verfahrenshilfe vorgesehen ist, so ist *Vašek* dahingehend zuzustimmen, dass vor dem Hintergrund der Entscheidung VfSlg 19.989, wonach im Einzelfall Verfahrenshilfe vor den Verwaltungsgerichten (auch außerhalb des Verwaltungsstrafrechtes) zu gewährleisten ist, dies auch für das verwaltungsbehördliche (allgemeine) Verfahren gelten könnte.²¹ Gestützt wird dies dadurch, dass im verwaltungsgerichtlichen wie auch im verwaltungsbehördlichen Verfahren im Wesentlichen dieselben Verfahrensgrundsätze zur Anwendung gelangen,

13 In diese Richtung ist wohl *Autengruber* in *Kahl/Khakzadeh/Schmid* (Hrsg), Art 6 EMRK Rz 46 zu verstehen.

14 Art 90 Abs 2 B-VG BGBl 1930/1 und dazu *Lukan* in *Kahl/Khakzadeh/Schmid* (Hrsg), Art 90 B-VG. Zur „Verfahrenshilfe als Mittel zur Sicherung des Zugangs zum Recht und der Waffengleichheit“ s *Drexel*, Zugang zum Recht 201 ff.

15 OGH 18.12.2014, 3 Ob 178/14v. *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts Rz 458 zufolge gilt im zivilgerichtlichen Verfahren ein „abgeschwächter Untersuchungsgrundsatz“.

16 S dazu *Holoubek* in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz 127 (130).

17 OGH 18.12.2014, 3 Ob 178/14v.

18 *Hengstschläger/Leeb*, Verwaltungsverfahrenrecht Rz 302, Rz 368.

19 *Hengstschläger/Leeb*, Verwaltungsverfahrenrecht Rz 128.

20 So VwGH 22.2.2022, Ra 2021/11/0071.

21 *Vašek*, Zeitschrift für Verwaltung 2016, 28 (34 f).

wobei im verwaltungsbehördlichen Verfahren sogar der Zugang zu einem Gericht iSd EMRK am Spiel steht, sodass nicht ausgeschlossen scheint, dass die Verfahrenshilfe auf einzelne Fallkonstellationen im verwaltungsbehördlichen Verfahren ausgeweitet werden könnte.²²

Unabhängig von der konkreten Ausprägung der Verfahrenshilfe, die von der Verfahrensart abhängt, dient sie dazu diese Verfahren effektiv werden zu lassen, und dadurch ihre Zielsetzungen zu erreichen, welche einerseits in der Durchsetzung von subjektiven privaten Rechten bestehen, andererseits in der Möglichkeit, sich in strafrechtlichen Angelegenheiten zu verteidigen.

Dies erhellt, dass die Verfahrenshilfe nicht primär darauf abzielt, dass es Verfahrensparteien ermöglicht werden soll, Ziele verfolgen bzw durchsetzen zu können, die – wie die oben angeführten Definitionen der strategischen Prozessführung deutlich gemacht haben – außerhalb des Rechts liegen. Die Verfolgung solcher Ziele im Rahmen einer strategischen Prozessführung kann allerdings ein Nebeneffekt sein.

Das Ziel von Verbandsklagen ist ähnlich einzuordnen, was an zwei Beispielen gezeigt werden soll.²³ Die RV zum Aarhus-Beteiligungsgesetzes 2018²⁴ weist zur geplanten Änderung des Immissionsschutzgesetzes Luft aus, dass die Aarhus Konvention²⁵ „hinsichtlich des Zugangs zu Gerichten [bestimmt], dass Mitglieder der Öffentlichkeit – sofern sie etwaige im innerstaatlichen Recht festgelegte Kriterien erfüllen – berechtigt sind, Verstöße gegen das Umweltrecht geltend zu machen (vgl. Art. 9 Abs. 3 leg. cit.). In Verbindung mit Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ist der Öffentlichkeit insbesondere der Zugang zu einem gerichtlichen Überprüfungsverfahren von Handlungen und Unterlassungen, die gegen umweltbezogene Bestimmungen verstoßen, zu ermöglichen“.²⁶ Dabei bezieht sich die RV explizit auf die Rs *Protect*²⁷. Es geht also darum, Verstöße gegen rechtlich verankerte Vorgaben durchsetzen zu können.

22 Vašek, Zeitschrift für Verwaltung 2016, 28 (34 f).

23 Die österreichische Rechtsordnung sieht darüber hinaus in weiteren Gesetzen Verbandsklagen vor, zB in § 13 Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz BGBl I 2005/82 oder § 178g Versicherungsvertragsgesetz BGBl 1959/2.

24 ErläutRV 270 BlgNR 26. GP.

25 BGBl III 2005/88.

26 ErläutRV 270 BlgNR 26. GP 5.

27 EuGH C-664/15, *Protect Natur-, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation*, ECLI:EU:C:2017:987, Rn 45.

Auch die Verbandsklagen-Richtlinie²⁸ bezweckt die Durchsetzung von Recht, konkret des Unionsrechts. Nach Erwägungsgrund 7 soll „sicher gestellt werden, dass den Verbrauchern in allen Mitgliedstaaten mindestens ein wirksames und effizientes Verbandsklageverfahren auf Unterlassungsentscheidungen und ein wirksames Verbandsklageverfahren auf Abhilfeentscheidungen auf nationaler Ebene und auf Unionsebene zur Verfügung steht“. Dies „würde das Vertrauen der Verbraucher stärken, sie in der Wahrnehmung ihrer Rechte bestärken, einen Beitrag zu einem faireren Wettbewerb leisten und gleiche Ausgangsbedingungen für die auf dem Binnenmarkt tätigen Unternehmer schaffen.“ Erwägungsgrund 9 zufolge sollte „[e]ine Verbandsklage [...] eine wirksame und effiziente Möglichkeit bieten, die Kollektivinteressen der Verbraucher zu schützen.“ Die Verbandsklage solle „es qualifizierten Einrichtungen ermöglichen, ihr Handeln auf die Gewährleistung der Einhaltung der einschlägigen Bestimmungen des Unionsrechts durch Unternehmer auszurichten und die Hindernisse zu überwinden, auf die Verbraucher bei Einzelklagen stoßen, beispielsweise solche der Unsicherheit über ihre Rechte und die zur Verfügung stehenden Verfahrensmechanismen, das psychologische Zögern, tätig zu werden, und das ungünstige Verhältnis zwischen den erwarteten Kosten und dem Nutzen der Einzelklage.“

Der RL geht es damit um die Durchsetzung des Unionsrechts einerseits, andererseits um weitere, sich insbesondere aus dem Primärrecht ergebende unionale Zielsetzungen, insbesondere das Funktionieren des Binnenmarktes.²⁹

Beide Beispiele zeigen, dass es darum geht, in der Rechtsordnung festgelegte Zielsetzungen (teils individuelle, teils solche des öffentlichen Interesses) durchzusetzen, wozu bei den sog Verbandsklagen eben (auch) Verbände anstelle von Einzelpersonen befugt sind.³⁰

Es geht damit auch bei der Einräumung von Verbandsklagebefugnissen nicht darum, Zielsetzungen, die außerhalb der Rechtsordnung liegen,

28 Richtlinie 2020/1828/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 11. 2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG (Text von Bedeutung für den EWR), ABl L 2014/409, 1–27. Zur rechtsvergleichenden Umsetzung in den Mitgliedstaaten vgl die Beiträge in *Anzenberger/Klausner/Nunner-Krautgasser* (Hrsg), *Kollektiver Rechtsschutz im Europäischen Rechtsraum*.

29 Art 3 Abs 3 EUV BGBl III 1999/85.

30 S dazu insb den Beitrag von *Nadja Polzer* und *Daniel Ennöckl* in diesem Band.

durchzusetzen. Gleichwohl können mit Verbandsklagen auch strategische Zielsetzungen verfolgt werden.

Für beide Einrichtungen, Verbandsklagen wie auch die Verfahrenshilfe gilt damit: Sie dienen primär den in der Rechtsordnung verankerten Zielsetzungen. Dass – gewissermaßen als Nebeneffekt – weitere Zielsetzungen damit verfolgt werden können, ist aus der Sicht der Rechtsordnung unproblematisch, spiegelt sich aber nicht darin wider, ob und inwieweit die Einrichtung dieser Instrumente geboten ist. Insofern steht eine Verbindung der Themenbereiche „Strategische Prozessführung“ und dem Gebot der Einrichtung bzw Gewährleistung von Verfahrenshilfe sowie der Einrichtung von Möglichkeiten der Verbandsklage aus rechtswissenschaftlicher bzw rechtsdogmatischer Sicht in einem gewissen Spannungsfeld.

Dies stützt eine weitere Beobachtung: Nicht verwunderlich ist, dass die Verbandsklage in den letzten Jahren insbesondere in zwei Bereichen, Umweltschutz³¹ und Konsument:innenschutz³², einen besonderen Aufschwung erlebt hat. Diese beiden Bereiche stehen nämlich paradigmatisch dafür, dass (vormals gesellschaftliche) Zielsetzungen nunmehr eine rechtliche Verankerung erfahren haben. Damit sind sie – sofern die strategische Prozessführung wie eingangs definiert wird – dem Bereich der strategischen Prozessführung gewissermaßen entzogen.³³

3. „Legal opportunity structures“ statt „strategischer Prozessführung“

In diesem Beitrag geht es auch um die Frage, inwiefern aus grundrechtlicher Perspektive die Einrichtung von Instrumenten, die der strategischen Prozessführung förderlich sein *können*, grundrechtlich geboten ist. Dies bedeutet, dass Ausgangspunkt der Überlegungen nicht ist, inwiefern bei einer konkreten strategischen Prozessführung von Verfahrenshilfe und Verbandsklage Gebrauch gemacht werden kann, sondern es wird dargelegt, inwiefern Verfahrenshilfe und Verbandsklage rechtliche Möglichkeiten – nicht nur für Akteur:innen, die strategische Ziele bezwecken – Interessen zu verfolgen, eröffnen, und inwiefern dies grundrechtlich geboten ist.

31 S das Bsp oben.

32 Vgl die – in Österreich noch nicht umgesetzte – VerbandsklagenRL 2020/1828 ABl L 2014/409, I–27.

33 Im Bereich Klimaklagen kann jedoch – mangels klar durchsetzbarer Rechtspositionen – nach wie vor von „strategischer Prozessführung“ ausgegangen werden. Vgl weiterführend den Beitrag von *Carlotta Garofalo* and *Oliver C. Ruppel* in diesem Band.

Während die Verfahrenshilfe den Kostenaspekt abdeckt, zielt der Begriff der Verbandsklage darauf ab, wer tatsächlich befugt ist, eine entsprechende Klage zu erheben. Verbunden sind die Verfahrenshilfe und die Verbandsklage dadurch, dass beide den Zugang zu Gericht, in einem weiten Sinne verstanden, in bestimmten Konstellationen ermöglichen.³⁴

Der gewählte Zugang ist damit einer, der auf rechtliche Möglichkeiten, oder sog „legal opportunity structures“³⁵ abstellt: Verfahrenshilfe wie auch Verbandsklage können als Teil von sog „legal opportunity structures“³⁶ angesehen werden, wobei Untersuchungen im Hinblick darauf, nicht nur den Zugang zu Gerichten in einem weiten Sinne, sondern auch das Verfahrensrecht und das materielle Recht umfassen.³⁷ Je nach Ausgestaltung der Rechtsordnung bestehen nach dieser Sichtweise mehr oder weniger rechtliche Möglichkeiten, bestimmte Zielsetzungen zu verfolgen.

Eine Analyse aus dem Blickwinkel der „legal opportunity structures“ vermeidet damit Probleme, die in Zusammenhang mit verschiedenen Definitionen von strategischer Prozessführung einhergehen. Denn, ob neben dem „eigentlichen“ Zweck andere Zwecke „mitverfolgt“ werden, ist unerheblich. Je mehr Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung den Adressat:innen von Normen zur Verfügung stehen, desto mehr Möglichkeiten der Verfolgung strategischer Zielsetzungen dürften existieren.

Im Folgenden soll nun untersucht werden, inwieweit Verfahrenshilfe und Verbandsklage grundrechtlich geboten sind.

4. Grundrechtlicher Rahmen für die Verfahrenshilfe

Schon angeklungen ist, dass die Gewährleistung von Verfahrenshilfe in bestimmten Fällen angesichts eines effektiven Zugangs zu Gericht aufgrund des Art 6 Abs 1 EMRK sowie Art 47 GRC für Angelegenheiten, die nicht strafrechtlicher Natur sind, und Art 6 Abs 3 EMRK sowie Art 48 Abs 2 GRC, für den (verwaltungs-)strafrechtlichen Bereich für Parteien, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, geboten sein kann.³⁸ Art 6 Abs 1 EMRK

34 So bedeutet „legal access“ nach *Fuchs*, *Canadian Journal of Law and Society* 2013, 189 (192) die Frage „Who is eligible to sue“.

35 *Fuchs*, *Canadian Journal of Law and Society* 2013, 189 (192) mwN auf die Literatur.

36 *Fuchs*, *Canadian Journal of Law and Society* 2013, 189 (192).

37 *Fuchs*, *Canadian Journal of Law and Society* 2013, 189 (192).

38 Für einen Überblick *European Union Agency for Fundamental Rights/Council of Europe*, Handbook.

normiert zwar nicht ausdrücklich ein Recht auf Verfahrenshilfe, wie dies Art 6 Abs 3 EMRK tut. Allerdings hat der EGMR entschieden, dass auch auf der Grundlage des Art 6 Abs 1 EMRK für einen effektiven Zugang zu einem Gericht Verfahrenshilfe (die unterschiedliche Formen annehmen kann) im Einzelfall zu gewähren sein kann.³⁹ Eine jedes Verfahren umfassende Pflicht leitet der EGMR weder aus Art 6 Abs 1 EMRK noch aus Art 6 Abs 3 lit c EMRK ab.⁴⁰

Abhängig ist die Gewährleistung von Verfahrenshilfe gem Art 6 Abs 1 EMRK von der finanziellen Leistungsfähigkeit einer Partei, von den konkreten Umständen eines Falles, etwa von der Bedeutung des Falles für das Individuum iVm der Vulnerabilität der betroffenen Person⁴¹, der Komplexität des Falles⁴² sowie der Fähigkeit des Individuums, sich selbst zu vertreten^{43, 44}.

Für strafrechtliche Anklagen sieht Art 6 Abs 3 EMRK explizit ein Recht auf Verfahrenshilfe vor: Lit c zufolge haben Angeklagte das Recht, „sich selbst zu verteidigen oder den Beistand eines Verteidigers [... ihrer] Wahl zu erhalten und, falls [... sie] nicht über die Mittel zur Bezahlung eines Verteidigers verfüg[en], unentgeltlich den Beistand eines Pflichtverteidigers zu erhalten, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist“. Damit hängt die Verfahrenshilfe wiederum von nicht vorhandenen Mitteln seitens der Angeklagten sowie dem öffentlichen Interesse der Rechtspflege ab. Es obliegt den Angeklagten zu beweisen, dass unzureichende Mittel vorliegen.⁴⁵ Das öffentliche Interesse an der Rechtspflege hängt ua von der Schwere der Tat sowie der drohenden Strafe, der Komplexität des Falles sowie der persönlichen und sozialen Situation der Angeklagten ab.⁴⁶

Art 47 Abs 3 GRC hingegen sieht explizit – und innerhalb seines Schutzbereiches ohne Einschränkung – ein Recht auf Verfahrenshilfe („Prozess-

39 EGMR 9.10.1979, 6289/73, *Airey/Irland*.

40 *Kröll in Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), Art 47 GRC Rz 77 mwN auf die Judikatur des EGMR.

41 EGMR 16.7.2009, 33738/02, *Nenoy/Bulgarien*, Rn 69; EGMR 15.2.2005, 68416/01, *Steel and Morris/Vereinigtes Königreich*, Rn 52.

42 EGMR 15.2.2005, 68416/01, *Steel and Morris/Vereinigtes Königreich*, Rn 69.

43 EGMR 7.5.2002, 46311/99, *McVicar/Vereinigtes Königreich*, Rn 48.

44 *European Union Agency for Fundamental Rights/Council of Europe*, Handbook 64.

45 EGMR 25.9.1992, 13611/88, *Croissant/Deutschland*, Rn 37.

46 EGMR 6.11.2012, 32238/04, *Zdravko Stanev/Bulgarien*, Rn 40. Für einen Überblick vgl *European Union Agency for Fundamental Rights/Council of Europe*, Handbook 69.

kostenhilfe“) vor,⁴⁷ Art 48 GRC die Beigabe eines Verfahrenshilfeverteidigers in Strafsachen.⁴⁸ In der Formulierung des Art 47 Abs 3 GRC kommt die Verbindung zur Idee des Zugangs zu Gericht deutlich zum Ausdruck, verweist Art 47 Abs 3 GRC⁴⁹ doch darauf, dass „Personen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, [...] Prozesskostenhilfe bewilligt [wird], soweit diese Hilfe erforderlich ist, um den Zugang zu den Gerichten wirksam zu gewährleisten.“ Wiederum zeigt sich, dass der Zugang zu Gericht mit der Durchsetzung von Rechten zusammenhängt. Dies legt eine systematische Auslegung von Art 47 Abs 3 iVm Art 47 Abs 1 GRC nahe. Art 47 Abs 1 GRC verweist nämlich darauf, dass „[j]ede Person, deren durch das Unionsrecht garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, [...] das Recht [hat], nach Maßgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen.“

Sowohl Art 47 Abs 3 GRC als auch die Art 6 Abs 1 und Abs 3 lit c EMRK erfassen auch juristische Personen,⁵⁰ was aus Sicht von Akteur:innen der strategischen Prozessführung, die nicht nur als Individuen, sondern vielfach als juristische Person strategische Ziele mit der Führung von Verfahren verfolgen, relevant sein kann.

Ob also Verfahrenshilfe im Rahmen strategischer Prozessführung – als „legal opportunity“ – das Führen eines bestimmten Verfahrens fördern kann, ist von einer Bewertung des Einzelfalls abseits des strategischen Ziels des Prozesses zu beurteilen.

Vor dem Hintergrund des oben gezeichneten Spannungsfeldes zwischen Verfahrenshilfe und strategischer Prozessführung ist nunmehr danach zu fragen, ob die Verfolgung eines Falles aus strategischen Zielen zu einer Ablehnung der Verfahrenshilfe führen könnte. Am Beispiel des § 8a VwGVG zeigt sich, dass dies zumindest denkbar ist. Dies könnte dann argumentiert werden, wenn eine strategische Prozessführung als Rechtsmissbrauch⁵¹) ein-

47 Berka/Binder/Kneihs, Die Grundrechte 846 f; T. Weber, Umweltschutz durch Rechtsschutz? 106.

48 Kröll in Holoubek/Lienbacher (Hrsg), Art 48 GRC Rz 30.

49 Kröll in Holoubek/Lienbacher (Hrsg), Art 47 GRC Rz 75 ff.

50 Für Art 47 Abs 3 GRC Kröll in Holoubek/Lienbacher (Hrsg), Art 47 GRC Rz 81; für Art 6 EMRK European Union Agency for Fundamental Rights/Council of Europe, Handbook 60 f. S außerdem Neumayr/Wilfing, Journal für Rechtspolitik 2021; Fister, Journal für Rechtspolitik 2021; Schumann, Journal für Rechtspolitik 2021.

51 Neusiedler, Journal für Rechtspolitik 2021, 356 (370) mwN auf die Judikatur und Literatur. Als missbräuchliches Verhalten hat der VwGH etwa bewusst herbeigeführte Mängel oder die missbräuchliche Wiederholung von Verfahrenshilfeanträgen qualifiziert, vgl dazu VwGH 16.6.2016, Ra 2016/11/0021 mwN auf die Vorjudikatur.

geordnet würde. Darüber hinaus könnte die Aussichtslosigkeit zu einer Ablehnung führen. Von „eine[r] offenbar mutwillige[n] Verfahrensführung (Antragstellung) [kann mit Neusiedler wohl] nur bei entsprechendem Bewusstsein des*der Antragstellers*Antragstellerin (bzw seiner*ihrer Freude an der Behelligung des VwG)“⁵² ausgegangen werden. Sofern strategische Prozessführung gerade darauf abzielt, die Grenzen der Rechtsprechung auszuloten und Fälle vor Gericht zu bringen, die bislang als aussichtslos erscheinen, wird wiederum das oben dargelegte Spannungsfeld zwischen Verfahrenshilfe und strategischer Prozessführung deutlich. Jedenfalls zeigt sich an der Ausgestaltung des § 8a VwGVG, dass strategische Zielsetzungen dem primären Zweck der Verfahrenshilfe (die Durchsetzung von Rechten in einem Verfahren zu ermöglichen) untergeordnet sind. Auch aus dem grundrechtlichen Hintergrund kann daher nicht darauf geschlossen werden, dass für Verfahren, die (alleine) strategischen Zielsetzungen dienen, Verfahrenshilfe zu gewährleisten ist.

5. Grundrechtlicher Rahmen für die Verbandsklage

Anders als für die Verfahrenshilfe, bei der es um die Frage geht, ob es die Möglichkeit gibt, eine Prozesskosten- oder Verfahrenshilfe für ein konkretes Verfahren zu erhalten, geht es bei der Verbandsklage bzw den Klagerchten für Verbände um die Möglichkeit, überhaupt ein Klagerecht zu erhalten. Dabei handelt es sich um die Geltendmachung nicht individueller, sondern öffentlicher Interessen⁵³ bzw solcher Interessen, die eine Vielzahl von Personen betreffen, die jedoch in der Rechtsordnung verankert sind.⁵⁴ Auch Verbandsklagen können grundrechtlich geboten sein, was sich insbesondere im Umweltbereich gezeigt hat, wonach grundsätzlich Umweltorganisationen auf der Grundlage des Art 9 Abs 3 Aarhus-Konvention iVm Art 47 Abs 3 GRC der Zugang zu Gericht zu eröffnen ist.⁵⁵ Dabei ergibt eine Wortlautinterpretation des Art 9 Abs 2 Aarhus-Konvention wiederum, dass es um die Durchsetzung von Rechten geht.⁵⁶ Ähnlich wie für die Ver-

52 *Neusiedler*, Journal für Rechtspolitik 2021, 356 (370).

53 ZB Umweltinteressen, vgl dazu den Beitrag von *Nadja Polzer* und *Daniel Ennöckl* in diesem Band.

54 *Gelbmann*, Verbandsklage.

55 Vgl dazu ausführlich *T. Weber*, Umweltschutz durch Rechtsschutz? 142 f.

56 Arg „die gegen umweltbezogene Bestimmungen ihres innerstaatlichen Rechts verstoßen“.

fahrenshilfe zeigt auch dieses Beispiel, dass primärer (und grundrechtlich geschützter) Zweck von Verbandsklagen, die Durchsetzung von Rechten ist. Allerdings gilt auch für die Verbandsklagen, dass damit nicht nur der primäre, sondern auch sekundäre Zwecke verfolgt werden können. Damit stellt auch die Verbandsklage eine für eine strategische Prozessführung potentiell relevante „legal opportunity“ dar.

6. Schluss

Zum Schluss ist wieder darauf zurückzukommen, was schon eingangs dargelegt wurde: Was „strategische Prozessführung“ bedeutet, ist unsicher.⁵⁷ Auch die Verfolgung rechtlich verankerter Ziele und Verfahrensausgänge, die vielleicht gar nicht so überraschend sind⁵⁸, können – insbes sekundär – strategischen (zB gesellschaftlichen oder wirtschaftlichen⁵⁹) Zielen dienen, die ggf sogar näher an die „Verwirklichung der Utopie von Gerechtigkeit“⁶⁰ heranführen. Die „legal opportunity structures“ könnten sich vor diesem Hintergrund als wertvolles Analysetool erweisen, mit dem einerseits aus der Makroperspektive eine für strategische Prozessführung freundlichere oder weniger freundliche Grundstimmung einer Rechtsordnung identifiziert, andererseits in einer Mikroperspektive einzelne Instrumente, wie etwa die Verfahrenshilfe und die Verbandsklage, auf ihre konkrete Praxistauglichkeit für die strategische Prozessführung untersucht werden können. Vor diesem Hintergrund bietet die strategische Prozessführung auch zukünftig noch ein großes Potential für die rechtswissenschaftliche Forschung.

Literaturverzeichnis

Anzenberger/Klauser/Nunner-Krautgasser (Hrsg), Kollektiver Rechtsschutz im Europäischen Rechtsraum (2022).

Autengruber in Kahl/Khakzadeh/Schmid (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (2021) Art 6 EMRK.

Berka/Binder/Kneihls, Die Grundrechte² (2019).

Drexel, Der Zugang zum Recht (2016).

57 Helmrich in Graser/Helmrich 31.

58 Weiss in Graser/Helmrich 29.

59 Hahn, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2019, 5 (6).

60 Kaleck in Graser/Helmrich (Hrsg), Strategic Litigation 21 (25).

- European Union Agency for Fundamental Rights/Council of Europe*, Handbook on European law relating to access to justice (2016).
- Fister*, Verfahrensgrundrechte für juristische Personen – Aus der Perspektive des Verwaltungsstrafrechts, *Journal für Rechtspolitik* 2021, 387-394.
- Fuchs*, Strategic Litigation for Gender Equality in the Workplace and Legal Opportunity Structures in Four European Countries, *Canadian Journal of Law and Society* 2013, 189-208.
- Gelbmann*, Verbandsklage (Stand 30.3.2023, Lexis Briefings in lexis360.at).
- Graser*, Einführung. Was es über Strategic Litigation zu schreiben gälte, in *Graser/Helmrich* (Hrsg), *Strategic Litigation* (2019) 9-19.
- Hahn*, Strategische Prozessführung, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2019, 5-32.
- Helmrich*, Wir wissen eigentlich gar nicht, was strategische Prozessführung ist, in *Graser/Helmrich* (Hrsg), *Strategic Litigation* (2019) 31-35.
- Hengstschläger/Leeb*, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁶ (2018).
- Hofer*, Effektive Verfahrenshilfeverteidigung im österreichischen Strafverfahren (2022).
- Holoubek*, Kognitionsbefugnis, Beschwerdelegitimation und Beschwerdegegenstand der Verwaltungsgerichte, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz* (2013) 127-144.
- Kaleck*, Mit Recht gegen die Macht, in *Graser/Helmrich* (Hrsg), *Strategic Litigation* (2019) 21-25.
- Kröll* in *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg), *GRC-Kommentar*² (2019) Art 47 GRC.
- Lachmayer*, Verfahrenshilfe in der BAO, *Journal für Rechtspolitik* 2021, 334-338.
- Lukan* in *Kahl/Khakzadeh/Schmid* (Hrsg), *Bundesverfassungsrecht* (2021) Art 90 B-VG.
- Markowetz*, Ausgewählte Themenkomplexe der Verfahrenshilfe nach der ZPO, *Journal für Rechtspolitik* 2021, 295-303.
- Neumayr/Wilfinger*, Verfahrensgrundrechte juristischer Personen im Zivilprozess, *Journal für Rechtspolitik* 2021, 395-405.
- Neusiedler*, Verfahrenshilfe im (allgemeinen) verwaltungsgerichtlichen Verfahren, *Journal für Rechtspolitik* 2021, 356-378.
- Ramsden/Gledhill*, Defining Strategic Litigation, *Civil Justice Quarterly* 2019, 407-438.
- Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁹ (2017).
- Schumann*, Verfahrensgrundrechte für juristische Personen – die strafprozessuale Perspektive, *Journal für Rechtspolitik* 2021, 379-386.
- Vašek*, Verfahrenshilfe vor den Verwaltungsgerichten, *Zeitschrift für Verwaltung* 2016, 28-35.
- T. Weber*, *Umweltschutz durch Rechtsschutz?* (2015).
- Weiss*, The Essence of Strategic Litigation, in *Graser/Helmrich* (Hrsg), *Strategic Litigation* (2019), 27-30.

Teil III:
Akteure und Akteurinnen und Aktionsgebiete
(Erfahrungsberichte)

Der Klagsverband zur Durchsetzung der Rechte von Diskriminierungsopfern

Theresa Hammer

1. Einleitung

Der Klagsverband ist eine Nicht-Regierungsorganisation (NGO), die Betroffene von Diskriminierung unterstützt, zu ihrem Recht zu kommen. 2004 wurde er als Dachverband von zunächst drei Vereinen gegründet: der Selbstbestimmt-Leben-Organisation *BIZEPS*, dem LGBTIQ*-Verein *Homosexuelleninitiative HOSI Wien* und der Anti-Rassismus-Stelle *Zara - Zivilcourage & Anti-Rassismus-Arbeit*. Diese leisteten schon damals maßgebliche Antidiskriminierungs- und Gleichstellungsarbeit betreffend jeweils einer jener Diskriminierungsdimensionen, für die es in Umsetzung der entsprechenden EU-Antidiskriminierungsrichtlinien ab 2004 „neue“ gesetzliche Diskriminierungsverbote in Österreich gab.¹ Seitdem gilt im Bereich der Arbeitswelt ein umfassendes Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts, der ethnischen Zugehörigkeit, der Behinderung, der Religion oder Weltanschauung, des Alters und der sexuellen Orientierung. Zusätzlich wurden einige Diskriminierungsverbote beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen (und teilweise darüber hinaus auch im Sozialschutz und der Bildung) normiert.² Ziel des Klagsverbands war und ist es, in diesem – damals neuen – Rechtsgebiet Praxis zu schaffen. Die (solidarische) Ver-

1 In Umsetzung der Richtlinien 2000/78/EG (Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie) und 2000/43/EG (Antirassismusrichtlinie) wurde das Gleichbehandlungsgesetz (GIBG), das Behinderteneinstellungsgesetz (BEinstG), das Bundes-Gleichbehandlungsgesetz (B-GIBG) und die Landes-Gleichbehandlungs- bzw -Antidiskriminierungsgesetze erweitert bzw. neu erlassen, davor gab es im Wesentlichen nur ein Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis.

2 In diesen Bereichen ist der Diskriminierungsschutz nach wie vor äußerst ungleich und lückenhaft. Im (für die Praxis am relevantesten) Kompetenzbereich des Bundes gibt es außerhalb der Arbeitswelt derzeit nur ein Diskriminierungsverbot aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit, des Geschlechts (im Gleichbehandlungsgesetz -GIBG) und der Behinderung (Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz - BGStG). In den Antidiskriminierungs- und Gleichbehandlungsgesetzen der Bundesländer wurden schrittweise alle sieben Diskriminierungsmerkmale erfasst. Der Klagsverband fordert seit jeher den Ausbau und die Angleichung des Diskriminierungsschutzes, das sog. „Levelling Up“.

netzung der verschiedenen Akteur*innen im Antidiskriminierungs- und Gleichstellungsbereich war dabei von Beginn an zentral.

Damit wurde der Grundstein für einen bis heute einzigartigen Zusammenschluss einer mittlerweile sehr breiten Vielfalt an Organisationen gelegt. Die derzeit rund 70 Mitgliedsorganisationen des Klagsverbands umfassen NGOs, Antidiskriminierungs- und Gleichbehandlungsstellen der Länder und Dachverbände³, die in ihrer Arbeit (unter anderem) Fälle von Diskriminierung beraten und begleiten und/oder sich – zum Teil sehr umfassend, zum Teil sehr spezifisch für eine Community oder bestimmte Lebensbereiche – auf anderen Ebenen für Gleichstellung und Antidiskriminierung einsetzen.

Das österreichische Antidiskriminierungsrecht ist von großer Uneinheitlichkeit und Zersplitterung geprägt. Der Klagsverband ist die einzige Organisation, die vor diesem rechtlichen Hintergrund in allen Fällen von Diskriminierung Beratung anbietet und diese vor Gericht bringt. Als Dachverband stellt der Klagsverband dafür seine Rechtsexpertise seinen Mitgliedsorganisationen zur Verfügung. Ein umfassendes Informations- und Workshopangebot soll sie zusätzlich darin unterstützen, Fälle von Diskriminierung zu erkennen, kompetent zu beraten und allenfalls außergerichtlich begleiten zu können. Dadurch wird bereits ein wesentlicher Beitrag zur praktischen Rechtsdurchsetzung für Diskriminierungsbetroffene geleistet. Von den Mitgliedsvereinen werden zudem ausgewählte Fälle an den Klagsverband zur gerichtlichen Rechtsdurchsetzung herangetragen: durch das Schaffen von Judikatur in Fällen, die über den Einzelfall hinaus Bedeutung haben, soll der Rechtszugang für Diskriminierungsbetroffene insgesamt verbessert und darüber hinaus ein Beitrag zur Rechtsfortbildung und Rechtsveränderung geleistet werden. Dieser Kernbereich der vielfältigen Tätigkeiten des Klagsverbands⁴ wird von uns als strategische Prozessführung verstanden.

Im Folgenden soll näher darauf eingegangen werden, welche Überlegungen der Definition von „strategischer Prozessführung“ für den Klagsverband zugrunde liegen⁵, sowie welche Kriterien, praktische Erwägungen und Bedingungen die Fallauswahl prägen und dies mit ein paar Beispielen aus der Rechtsdurchsetzungsarbeit des Klagsverbands veranschaulicht werden.

3 <https://www.klagsverband.at/ueber-uns/mitglieder> (Aufruf 23.12.2023).

4 Siehe zu den weiteren Tätigkeitsfeldern <https://www.klagsverband.at/ueber-uns> (Aufruf 23.12.2023).

5 Danke an Marion Guerreo, Vorstandsmitglied des Klagsverbands, für die kritische Durchsicht dieses Beitrags.

2. Rechtsdurchsetzung und Rechtsveränderung

2.1 Strategische Prozessführung im Antidiskriminierungs- und Gleichstellungsrecht

Der Klagsverband unterstützt die gerichtliche Rechtsdurchsetzung⁶ in Fällen, die sich zunächst einmal dadurch charakterisieren lassen, dass die Verfahren bzw. die dabei erzielten gerichtlichen Entscheidungen eine über den Einzelfall hinausragende Bedeutung haben sollen. Dabei werden (antidiskriminierungs-)rechtliche und (gleichstellungs-) politische Ziele, die über die Einzelinteressen der konkreten Kläger*innen hinausgehen, verfolgt. Zudem soll diese Prozessführung auch zu rechtlichem wie gesellschaftlichem Wandel – im Sinne eines möglichst breiten und effektiven Antidiskriminierungsschutzes und damit mehr Gleichstellung – beitragen. Wesentliche Kriterien der existierenden vielfältigen Definitionsversuche von strategischer Prozessführung⁷ finden sich somit in diesem Zugang.

Wie eingangs angeführt, ging es bei der Gründung des Klagsverbands insbesondere darum, in einem damals neuen Rechtsgebiet überhaupt erste Schritte zu setzen, um diesem zu einer praktischen Wirksamkeit zu verhelfen. Jedes Gerichtsurteil hatte somit einen Neuwert und damit potentiell eine über den Einzelfall hinausreichende Bedeutung. Probleme im Rechtszugang der Betroffenen prägen das Antidiskriminierungs- und Gleichstellungsrecht jedoch nach wie vor, da sich Diskriminierung und Marginalisierung nicht nur in den von den Gesetzen geschützten Lebensbereichen, also zum Beispiel am Arbeitsplatz, manifestieren, sondern sich auch auf jene Ressourcen auswirken, die wesentlich sind, den eigenen Rechten Gehör zu verschaffen und diese (gerichtlich) durchsetzen zu können.⁸ Ohne Anspruch auf Vollständigkeit ist hier unter anderem auf fehlendes Wissen über das Recht, nicht diskriminiert zu werden, auf finanzielle, sprachliche oder andere soziale Zugangsbarrieren zum Recht oder auch auf mangelnde Sensibilisierung der rechtsprechenden Organe zu verweisen, die inhärente Charakteristika und Herausforderungen der Rechtsdurchsetzung im Be-

6 Die Vertretung wird dabei je nach Fall von den Mitarbeiter*innen des Klagsverbands oder Rechtsanwält*innen übernommen. Gemäß § 62 GIBG kann der Klagsverband Diskriminierungsverfahren zudem als Nebenintervenient beitreten.

7 Vgl *Guerrero*, zfmr, 26 (34ff) mit weiteren Nachweisen, *Equinet*, Handbook strategic litigation, 9 f.

8 Vgl z.B *Guerrero*, zfmr, 26 (33).

reich des Gleichstellungs- und Antidiskriminierungsrechts bilden. Gleichzeitig hat die (versuchte) Rechtsdurchsetzung aus unserer Erfahrung jedoch für viele Diskriminierungs Betroffene eine „empowernde“ Wirkung⁹ und entfaltet bereits darüber ein gewisses emanzipatorisches Potential. Nach wie vor geht es jedenfalls auch heute oft darum, in einem bestimmten Lebensbereich oder betreffend eines bestimmten Diskriminierungsmerkmals überhaupt erstmals rechtskräftige Judikatur zu erzielen. In diesem Sinn schafft der Klagsverband auch schwerpunktmäßig Zugang zum Recht für Diskriminierungs Betroffene in jenen Bereichen, in denen andere Institutionen (insbesondere die Arbeiterkammern und Gewerkschaften) nicht klagen oder wo dem erfahrungsgemäß diverse praktische Hürden entgegenstehen können: bei Diskriminierungsfällen außerhalb der Arbeitswelt, also insbesondere beim Zugang zu Dienstleistungen, für Menschen mit Behinderungen und für von Rassismus betroffene Menschen.

Strategische Prozessführung basiert auf der Anerkennung, dass das Recht durch seine Interpretation und Anwendung konkret ausgeformt wird.¹⁰ Neben der Frage, ob die, deren Rechte das Gesetz zu schützen beabsichtigt, diese Rechte auch durchsetzen können, geht es hier meines Erachtens auch um den konkreten Bedeutungsgehalt von Normen. Gerade für das Antidiskriminierungsrecht ist das von großer Relevanz: Gesellschaftspolitische Entwicklungen, Veränderungen im Recht und sich wandelnde Diskurse rund um Diskriminierung und Benachteiligung auf kollektiven und individuellen Ebenen machen dieses Rechtsgebiet zu einem äußerst dynamischen. Die konkrete Auslegung von Begriffen und des Schutzbereichs einer Norm ist daher essentiell¹¹.

So konnte der Klagsverband in einem Verfahren beispielsweise den Umfang des Schutzes vor so genannter „Diskriminierung durch Assoziierung“ als weit feststellen lassen: auch Personen, deren Freund*innen beim gemeinsamen Ausgehen Opfer einer rassistischen Einlassverweigerung in einen Club werden, sind aufgrund ihres Naheverhältnisses von dieser Diskriminierung betroffen, auch wenn sie keine familiäre oder gesetzliche

9 Vgl. z.B. Helmrich in Graser/Helmrich (Hrsg.), *Strategic Litigation* 115 (137) und *Naguib* in Krenn/Morawek (Hrsg.), *Diskriminierungsfreiheit*, 349 (355).

10 Vgl. Vezke 2011, 116, zit. nach Guerrero, *zfmR* 26 (28).

11 Vgl. u.a. zahlreiche Beispiele aus dem Bereich Geschlechterdiskriminierung in *EC/Guerrero*, *Strategic litigation in Eu gender equality law*, 2020.

„Beistandspflicht“ haben, sondern eine – wie das Gericht sagt – sonstige soziale oder moralische.¹²

2.2 Kriterien der Fallauswahl

Zusätzlich zum Anliegen, im Sinne aller Diskriminierungsbetroffenen überhaupt Judikatur zu schaffen, haben sich die Zielsetzungen und damit die Kriterien für die Auswahl jener Fälle, die der Klagsverband zu Gericht bringt, über die Zeit verfeinert. Unser Verständnis von strategischer Prozessführung orientiert sich aktuell insbesondere an folgenden Kriterien:¹³

- Schaffung erster Judikatur betreffend eines Lebensbereiches, eines geschützten Diskriminierungsmerkmals oder einer bestimmten Diskriminierungskonstellation/-handlung. Betroffene von gleichartigen Konstellationen sollen darauf in der Folge aufbauen können.
- Gerichtliche Klärung einer wesentlichen, ungelösten Rechtsfrage. Das kann ebenfalls wieder einen bestimmten Bereich betreffen (siehe oben) oder Themen- und „Community“-übergreifende Bedeutung für das gesamte Antidiskriminierungsrecht haben.
- Sichtbarmachen struktureller Diskriminierungen und von Mehrfach- und intersektionaler Diskriminierung.
- Nützlichkeit einer Entscheidung für Bewusstseinsarbeit.
- Bedeutung einer Entscheidung für die Unterstützung rechtspolitischer Forderungen.
- andere Quantitäts- und Qualitätsüberlegungen, wie z.B. dass es viele gleichartige Betroffene, eine regionale Wichtigkeit eines Themas oder eine besondere Bedeutung für die Öffentlichkeits- und Beratungsarbeit unserer Mitgliedsorganisationen gibt.

Diese Zielsetzungen betreffen daher in erster Linie sehr unmittelbar wahrnehmbare Auswirkungen strategischer Prozessführung¹⁴: Den Umfang und die Anwendungsmöglichkeiten des Antidiskriminierungsrechts. Dabei steht oft die rechtliche Sphäre im engeren Sinn, z.B. die Klärung rechtlicher Begriffe, im Fokus. Insbesondere wenn zudem (oder hauptsächlich) so

12 LG ZRS Wien 10.12.2015, 36 R 292/15f.

13 Vgl etliche davon auch in *Equinet*, Handbook strategic litigation, 9 f und 17.

14 Vgl *Guerrero*, zfmR 2020, 26 (42).

genannte extralegale Ziele¹⁵ verfolgt werden (z.B. öffentliche Bewusstseins-schaffung oder Mobilisierung für ein Thema¹⁶), wird offenkundig, dass es letztlich auch um sozialen Wandel geht – etwa in Form eines veränderten Selbstverständnisses und Selbstbewusstseins von Diskriminierungsbetroffenen, einer politischen Lösung für ein bestimmtes drängendes Gleichstellungsdefizit¹⁷ oder der Veränderung von gesellschaftspolitischen Diskursen.

2.3 Beispiele aus der Arbeit des Klagsverbands

Ein Thema, mit dem sich der Klagsverband schon lange auseinandersetzt, ist die von zahlreichen Bundesländern praktizierte Benachteiligung von Drittstaatsangehörigen bei diversen Sozialleistungen. Die große sozialpolitische Dimension und strukturelle Bedeutung derart diskriminierender Regelungen ist unschwer zu erkennen. Über gewonnene Klagen von Diskriminierungsbetroffenen konnten in den letzten Jahren positive Veränderungen in gesetzlichen Regelungen erzielt werden.¹⁸ Gegen die letzten massiven Verschärfungen für den Bezug der oberösterreichischen Wohnbeihilfe, von der mindestens 3.000 Haushalte mit Drittstaatsangehörigen betroffen sind¹⁹ und die leider auch beispielgebend für Benachteiligungen in anderen Bundesländern sind, führen wir jedoch aktuell (wieder)²⁰ ein Verfahren.

Urteile und Schlichtungen zu fehlender Barrierefreiheit sind häufig über den konkreten Einzelfall hinaus bedeutsam, da viele Menschen durch Barrieren an einer gleichberechtigten gesellschaftlichen Teilhabe gehindert werden und jedes Urteil damit ein Exempel statuieren und als Vorbild für weitere Verfahren dienen kann. Führt ein gewonnenes Verfahren zudem zu einer veränderten Praxis in der Zukunft – werden also Barrieren entfernt

15 Vgl. *Guerrero*, zfmR 2020, 26 (26, 40, 43f) und *Equinet*, Handbook strategic litigation, 9.

16 Vgl. z.B. *Markard*, djbZ, 2022, 20 (20).

17 Vgl. *Markard*, djbZ 2022, 20 (22).

18 Z.B. betreffend der s.g. Schulstarthilfe in Tirol (BG Innsbruck 7.1.2014, 26 C 263/13y), der Pendlerhilfe in Niederösterreich (LG St. Pölten 31.1.2013, 21 R16/13f) und der oberösterreichischen Wohnbeihilfe idF 2016/2017 (LG Linz 24.3.2017, 14 R 181/16k und 9.11.2018, 14 R 201/18d).

19 *Frank/Hammer/Reschauer*, juridikum 3/2021, 320 (322).

20 Im vorangegangenen Verfahren kam es auch zu einer Vorabentscheidung, siehe EuGH 10.6.2021, C-94/20, *Land Oberösterreich*.

oder Inklusionsmaßnahmen getroffen – profitieren viele Menschen mit (und ohne) Behinderungen auch unmittelbar davon²¹.

Im Fall eines Arbeitnehmers, den der Klagsverband vertreten hat, wurde festgehalten, dass auch eine einmalige Beschimpfung durchaus den Tatbestand einer rassistischen Belästigung erfüllen kann.²² Dieses Urteil dient seither als Grundlage dafür, um auch bei einmaligen Belästigungshandlungen, wenn sie eine gewisse Intensität erreichen, einen Verstoß gegen die Antidiskriminierungs- und Gleichbehandlungsgesetze geltend machen zu können. In einem anderen Verfahren wurde bereits relativ kurze Zeit nach Inkrafttreten der „neuen“ Diskriminierungsverbote klargestellt, dass der Schutz am Arbeitsplatz vor Belästigung aufgrund der sexuellen Orientierung und sexueller Belästigung weit gesehen werden muss: auch Belästigungen, die von Arbeitnehmer*innen eines anderen Unternehmens ausgehen, sind umfasst und können homofeindliche und sexistische Äußerungen nicht als „rauer Umgangston“ unter Arbeiter*innen durchgehen.²³

Als Dachverband, der Antidiskriminierungsarbeit zu allen sieben geschützten Merkmalen macht, legt der Klagsverband auch ein besonderes Augenmerk auf Intersektionalität und Mehrfachdiskriminierungen. In mehreren Fällen hat der Klagsverband zum Beispiel muslimische Bewerberinnen, die aufgrund ihres Kopftuchs abgelehnt worden waren, erfolgreich unterstützt und dabei – auch durch enge Zusammenarbeit mit Antirassismus-Organisationen – immer die Verschränkungen von Religionszugehörigkeit und Rassismus und „Fremdzuschreibung“ sowie auch eine intersektionale Geschlechterdiskriminierung thematisiert.²⁴

2.4 Praktische Überlegungen

Neben einem an diesen Kriterien und aktuellen gleichstellungspolitischen Diskursen orientierten „Ausschauhalten“ nach geeigneten Fällen, ist die Fallauswahl in der Praxis wesentlich von der eingangs beschriebenen Ar-

21 Z.B. Diskriminierung nach dem BGStG von gehörlosen Menschen durch fehlende Untertitel, HG Wien, 8.9.2011, 60 R 93/10x; Diskriminierung aufgrund der Behinderung nach dem BGStG wenn für barrierefreie Dienstleistungen ein höherer Preis verlangt wird (Anlassfall: Hotelzimmer), HG Wien 25.5.2022, 1 R 50/22g.

22 OLG Innsbruck, 14.3.2017, 15 Ra 13/17z.

23 LG Salzburg, 14.07.2006, 18Cgal20/05t.

24 Siehe z.B. <https://www.klagsverband.at/archives/9654> (Aufruf 20.12.2022). und rK Urteil zu unmittelbarer Religions- und Geschlechterdiskriminierung LGZ Wien, 6.3.2023, 34R19/23f, <https://www.klagsverband.at/archives/19224> (Aufruf 23.12.2023).

beitsweise des Klagsverbands als Dachverband geprägt, nämlich davon welche Fälle unsere Mitgliedsorganisationen aktuell in ihrer Beratung haben und ob sie diese dann zur Prüfung an den Klagsverband herantragen.

Weitere praktische Umstände und Überlegungen entscheiden schließlich über die Eignung eines Falles für die strategische Prozessführung. Diese betreffen insbesondere die – nicht immer einfache – Abschätzung der Erfolgsaussichten eines Falls. Dabei spielen, wie letztlich in jedem Fall der Klagsführung, unter anderem finanzielle und zeitliche Ressourcen, mögliche Beweisprobleme oder die persönliche Eignung der betroffenen Person als Kläger*in eine Rolle²⁵. Im Rahmen der strategischen Prozessführung müssen mögliche Auswirkungen einer gerichtlichen Entscheidung, die nicht dem gewünschten Ergebnis entspricht, jedoch noch gewissenhafter abgewogen werden – es kann für ein Thema besser sein, keine Entscheidung zu haben, als eine falsche.²⁶ Dabei setzt strategische Prozessführung jedoch nicht notwendigerweise immer nur positive, also klagsstattgebende, Entscheidungen voraus. Auch eine Klagsabweisung kann kalkuliert eingesetzt oder zumindest nutzbar gemacht werden, um anschließend (politisch) auf ein Thema und/oder eine Rechtsschutzlücke aufmerksam zu machen.²⁷ So hat der Klagsverband einen blinden Kläger wegen fehlender Barrierefreiheit in einer neu errichteten Linzer Straßenbahnlinie vertreten. Nachdem die Klage innerösterreichisch in allen Instanzen abgewiesen worden war, hat der Klagsverband für den Betroffenen eines der ersten Individualbeschwerdeverfahren nach der UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) geführt – und gewonnen²⁸: Dass die österreichischen Gerichte hier keine Diskriminierung wegen fehlender Barrierefreiheit erkannten, wurde als Verstoß gegen die UN-BRK gewertet, und hat, neben der beispielgebenden praktischen Nutzung dieses Rechtsinstruments eines völkerrechtlichen Vertrags, schließlich auch zu einer Novellierung der entsprechenden Verordnung für den öffentlichen Verkehr geführt.²⁹

25 Vgl *Equinet*, Handbook strategic litigation, 18 ff.

26 Vgl *Equinet*, Handbook strategic litigation, 31; in diesem Sinn auch *Guerrero*, zfmr, 26 (37).

27 Vgl *Equinet*, Handbook strategic litigation, 39 und *Guerrero*, zfmr, 26 (44).

28 United Nations, 9.9.2015, CRPD/C/14/D/21/2014.

29 Verordnung des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie, mit der die Straßenbahnverordnung 1999 geändert wird (1. StrabVO-Novelle), BGBl II Nr 127/2018. Vgl dazu auch die Stellungnahme des Klagsverbands zum Novellen-Entwurf, <https://www.klagsverband.at/dev/wp-content/uploads/2016/11/Stellungnahme-StrabVO-KlaV.pdf> (Aufruf 06.06.2023)

3. *Conclusio und Aktuelles*

Insgesamt hat der Klagsverband mittlerweile in beinahe 60 Fällen Gerichtsverfahren geführt und zusätzlich in zahlreichen Schlichtungsverfahren unterstützt. Er ist damit einer der wesentlichsten Akteur*innen im Gleichstellungs- und Antidiskriminierungsrecht und hat mit seiner Arbeit – wie ausgeführt – nicht nur konkret Betroffene bei der Durchsetzung ihre Rechte unterstützt, sondern zu etlichen antidiskriminierungsrechtlichen Fragen erstmals Judikatur geschaffen. Die Arbeit im Bereich aller gesetzlich geschützten Diskriminierungsmerkmale und mit der Perspektive eines Dachverbands für eine sehr breite Vielfalt an Organisationen sind nicht nur Alleinstellungsmerkmale des Klagsverbands, sondern ermöglichen es auch besonders gut, aktuelle Entwicklungen in diesem so dynamischen Rechtsgebiet, wie zum Beispiel ein verstärkter Fokus auf Intersektionalität, aufzugreifen.

Seit 2020 arbeitete der Klagsverband an der ersten Verbandsklage Österreichs nach dem Behindertengleichstellungsgesetz zu einem bestehenden Inklusionsdefizit in der Schulbildung. Das Bildungsministerium finanzierte nämlich grundsätzlich nur Schüler*innen mit einer körperlichen Behinderung und ab einer bestimmten Pflegegeldstufe, die für ihren Besuch einer Bundesschule (z.B. eine AHS oder BHS) auf Unterstützung angewiesen sind, eine Persönliche Assistenz. Schüler*innen mit einer anderen Beeinträchtigung, etwa aus dem Autismus-Spektrum oder mit Down-Syndrom, können jedoch auch auf die Unterstützung einer geeigneten Assistenz angewiesen sein, erhalten diese aber nicht und sind deshalb gezwungen, auf andere Schulen, z.B. eine Mittelschule oder Sonderschule, auszuweichen. Das stellt unseres Erachtens eine Diskriminierung aufgrund der Behinderung beim Zugang zu (höherer) Schulbildung und einen Verstoß gegen zahlreiche Bestimmungen der UN-BRK dar. Ziel des Klagsverbands war es, über diese Prozessführung einen Rechtsanspruch auf bedarfsgerechte Persönliche Assistenz für den Besuch einer Bundesschule für alle Schüler*innen mit Behinderung, zu erreichen. Rechtlich handelt es sich um eine Feststellungsklage. Bestimmte Organisationen, unter anderem der Klagsverband, können in Fällen, in denen die allgemeinen Interessen von Menschen mit Behinderungen wesentlich und dauerhaft beeinträchtigt werden, eine vom Einzelfall losgelöste so genannte Verbandsklage auf Feststellung einer Diskriminierung einbringen (§ 13 BGStG). Bereits die Voraussetzungen einer derartigen Verbandsklage überschneiden sich daher mit etlichen der

oben angestellten Überlegungen betreffend der Auswahl eines für eine strategische Prozessführung geeigneten Falles. Praktisch setzt ein derartiges Verfahren zudem ein hohes Maß an inhaltlicher Konzeptions- und Organisationsarbeit voraus und benötigt die Einbindung und Unterstützung zahlreicher Akteur*innen. Ein breites, solidarisches Netzwerk, wie es den Klagsverband auszeichnet, ist dafür die beste Basis. Gleichzeitig ist ein derartiges Vorhaben ein großartiges Beispiel kollektiver Ermächtigung.³⁰ Wo zuvor einzelne Schüler*innen und ihre Familien mit ihren Diskriminierungserfahrungen letztlich immer alleine gelassen wurden, wurde der Blick auf das übergreifende Thema gelenkt und die Politik zum Handeln aufgefordert. Und dieser Weg hat sich schließlich bewährt: Mit rechtskräftigem Urteil stellte das Handelsgericht Wien 2023 eine Diskriminierung in allen geltend gemachten Punkten fest³¹ – der Bildungsminister hat mittlerweile den Zugang zu Persönlicher Assistenz mit einer neuen, verbesserten Regelung geöffnet³².

Literatur:

Equinet – European Network of Equality Bodies, Strategic Litigation, An Equinet Handbook, 2017.

European Commission/Guerrero, Strategic litigation in EU gender equality law, 2020.

Frank/Hammer/Reschauer, Diskriminierung beim Zugang zur oberösterreichischen Wohnbeihilfe. 17 Klagen anhängig – Entscheidung des EuGH liegt vor, *juridikum* 2021, 320–330.

Guerrero, Strategische Prozessführung – eine Annäherung, *zfmr* 2/2020, 26–51.

Helmrich, Strategic Litigation rund um die Welt, in *Graser/Helmrich* (Hrsg), *Strategic Litigation* 115–140.

Markard, Strategische Prozessführung als Mittel zur Öffnung von Räumen, *djvZ* 1/2022, 20–22

Naguib, Das Recht auf Diskriminierungsfreiheit, *Strategische Prozessführung als kollektive Ermächtigung*, in *Krenn/Morawek* (Hrsg), *Urban Citizenship*, 2017, 349–364.

30 *Naguib* in *Krenn/Morawek* (Hrsg), *Diskriminierungsfreiheit*, 349 (357).

31 HG Wien, 31.03.2023, 19Cg73/21p, <https://www.klagsverband.at/archives/19287> (Aufruf 23.12.2023).

32 <https://www.klagsverband.at/archives/19808> (Aufruf 23.12.2023).

Interview mit Mag. Thomas Alge (ÖKOBÜRO)

Mag. *Thomas Alge*, Jurist, ist Geschäftsführer von ÖKOBÜRO – Allianz der Umweltbewegung. ÖKOBÜRO hat derzeit 21 Mitgliedsorganisationen und setzt sich für einen zukunftsfähigen Umgang mit der Umwelt, eine starke Zivilgesellschaft und einen demokratischen Rechtsstaat ein.

Das Gespräch wurde von Teresa Weber am 19.07.2023 geführt.

Teresa Weber (TW): Zunächst einmal Danke, dass du dir heute Zeit nimmst! Ich beginne gleich mit der ersten Frage. Welche Rolle spielt strategische Prozessführung für die Tätigkeit von Ökobüro?

Thomas Alge (TA): Eine wichtigere Rolle als ursprünglich geplant. Vor allem weil der Gesetzgeber in Österreich säumig ist mit der Umsetzung von EU-Recht und internationalem Recht im Umweltschutzbereich. Es laufen ja auffallend viele Vertragsverletzungsverfahren in Österreich im Umweltbereich, da sind wir sicher in den Top 10 was die Umsetzungsdefizite angeht. Das hat dazu geführt, dass wir vermehrt rechtliche Instrumente verwenden, um in Österreich Umweltschutz zu verbessern.

Angefangen hat das mit der Aarhus-Konvention, die einfach weitgehend nicht umgesetzt worden ist, vor allem die dritte Säule mit dem Rechtsschutz in Umweltangelegenheiten. Wir haben jahrelang Stellungnahmen in Gesetzgebungsprozessen abgegeben, zahlreiche Studien über Umsetzungsdefizite veröffentlicht, und das hat nicht zur Veränderung geführt. Dann sind wir eben im Jahr 2010 zum Aarhus Convention Compliance Committee gegangen.¹ Das war quasi die erste strategische Beschwerde. Wir sind dort reingegangen mit einer rechtlichen Analyse des Rechtssystems, um darzulegen dass Rechtsschutz in Österreich für Umweltorganisationen im Sinne der Aarhus-Konvention weitgehend nicht möglich ist, dass das österreichische System im Umweltrecht rein auf die Nachbarn zentriert ist und Umweltschutzorganisationen weitgehend keinen Rechtsschutz haben.

1 Anm: ACCC/C/2010/48 Austria.

Da ist dann im Jahr 2012 die Entscheidung gekommen,² die dann auch in der Vertragsstaatenkonferenz angenommen worden ist. Das hat dann eine Dynamik und Diskussion in Österreich ausgelöst.

Die Strategische Prozessführung ist insofern erstens ein Teil der „normalen“ Umweltschütztätigkeit im Ökobüro, mit dem Ziel, den Umweltschutz in Österreich und der EU zu verbessern. Das zweite ist, dass wir uns als Verband dafür einsetzen, dass die Umweltbewegung gute Rechte hat um sich in Verfahren einzubringen. Wir arbeiten nicht nur im eingeschränkten Organisationsinteresse, sondern im Verbandsinteresse erkämpfen wir Rechte für die Mitgliedsorganisationen, oder auch andere Organisationen, dann in Verfahren für sich nutzen können.

TW: Also das strategische daran wäre jetzt, dass ihr versucht Rechte zu erkämpfen, die in weiterer Folge als Multiplikatoren eingesetzt werden können für die Durchsetzung des Umweltrechts?

TA: Genau, das ist das Strategische daran. Der erste Schritt ist einmal, dass man diese Rechte erkämpft, und dann geht's darum, wie wird das Umweltrecht angewendet, wie setzt man das in den einzelnen Fachgebieten um. Da war ganz am Anfang der Artenschutz auffallend. Nachdem es dann endlich diese Umsetzungen der Aarhus-Konvention in den Landesgesetzen gegeben hat,³ im Artenschutzbereich, gab es Abschussbescheide für den Wolf in Alpentsteig. Das war ein 3-seitiger Bescheid; ohne dass da irgendeine Prüfung stattgefunden hat ist die Abschussgenehmigung erteilt worden. Dagegen sind wir zum Landesverwaltungsgericht gegangen und haben sofort Recht bekommen. Wir haben dann eigentlich alle artenschutzrechtlichen Fälle gewonnen, weil die Rechtslage dahingehend was passieren muss, bevor man Entnahmen macht, einfach eindeutig ist. Die Praxis hat das aber einfach nicht gemacht, und darum waren wir gerichtlich stets erfolgreich.⁴

2 Anm: Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2010/48 concerning compliance by Austria, ECE/MP.PP/C.1/2012/4.

3 Anm: Siehe dazu auch den Beitrag von *Nadja Polzer/Daniel Ennöckl* in diesem Band.

4 Anm: Siehe zB LVwG OÖ 12.11.2018, LVwG-551386/2/KLe – 551387/2 (betreffend die Vergrämung eines Wolfes); LVwG Salzburg 10.12.2020, 405-1/549/1/61-2020 (betreffend die Entnahme eines Wolfes); LVwG Tirol 01.12.2021, LVwG-2021/18/2929-11 (betreffend die Entnahme eines Wolfes); LVwG Tirol 22.08.2022, LVwG-2022/18/2109-3 (betreffend die Entnahme zweier Wölfe); LVwG Tirol 22.08.2022, LVwG-2022/49/2088-1 (Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung iZm mit der Entnahmegenehmigung für einen Wolf); LVwG Tirol 27.09.2022, LVwG-2022/44/2468-4 (Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung iZm mit der Entnahmegenehmigung für zwei Wölfe);

Dann sind eben die Landesrechtssetzer dazu übergegangen, Verordnungen zu erlassen und Entnahmen im Rahmen von Verordnungen zu machen. Das hat für uns eine weitere Schleife bedeutet, dass wir uns das Recht erkämpfen mussten, dass wir Verordnungen bekämpfen können. Das ist jetzt vor Kurzem durchgegangen beim Verwaltungsgerichtshof,⁵ mit der Fischotter-Entscheidung für Niederösterreich. Da war im Juni 2023 die Entscheidung, aber der Fall ist aus 2019. Da sieht man also wie lange es dauert, bis das durch ist.

TW: Was genau an eurer Tätigkeit ist „das Strategische“? Wie geht ihr an diesen strategischen Aspekt heran? Setzt ihr euch wirklich hin und sagt „Wir werden jetzt alle Entnahmebescheide bekämpfen“? Ist das in Zusammenarbeit mit den Mitgliedsorganisationen? Wie genau kann man sich das vorstellen?

TA: Wenn es um die Materiengesetze geht, dann arbeiten wir eng mit den Mitgliedsorganisationen zusammen, beispielsweise dem WWF, Birdlife, GLOBAL 2000 oder dem Naturschutzbund, die haben beispielsweise ein großes Interesse am Naturschutz. Wir setzen uns dann zusammen und überlegen, wie können wir den Naturschutz in Österreich verbessern, welche Möglichkeiten gibt es. Wir machen dann oft auch rechtliche Analysen, Studien mit Verbesserungsvorschlägen. Wenn rechtliche Defizite festgestellt werden, dann bringen wir das politisch ein und versuchen zu erwirken, dass sich die Rechtslage entsprechend verbessert. Wenn das nicht funktioniert, dann gehen wir den Rechtsweg. Der ist aber teuer und aufwändig, und wirklich nur das letzte Mittel. Wir machen das nicht zum Spaß, sondern nur dann, wenn es wirklich eklatante Auswirkungen hat, wie eben beim Artenschutz: Wenn man beginnt, die großen Raubtiere systematisch zu töten, dann geht viel im Artenschutz einfach kaputt. Das ist einfach auch ein eklatanter Bruch von Europarecht.

LVwG Tirol 27.09.2022, LVwG-2022/46/2469-1 (Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung iZm mit der Entnahmegenehmigung für zwei Wölfe); LVwG OÖ 28.09.2021, LVwG-552060/9/KLe/HK sowie LVwG-552081/2/KLe/HK-552083/2 (betreffend die Entnahme zweier Fischotter); VwGH 13.06.2023, Ra 2021/10/0162, 0163-7 (Überprüfungsantrag betreffend die NÖ Fischotter Verordnung 2019); LVwG NÖ 09.04.2018, LVwG-AV-751/001-2017 (Zuerkennung der Parteistellung für anerkannte Umweltschutzorganisationen in einem Entnahmeverfahren betreffend Fischotter); LVwG NÖ v 25.06.2018, LVwG-AV-564/001-2018 und LVwG-AV-624/001-2017 (betreffend Genehmigung eines Eingriffs in die Fischotterpopulation).

5 Anm: VwGH 13.06.2023, Ra 2021/10/0162, 0163-7.

Bei Wasserkraft ist es ähnlich. Da gibt es gerade in Tirol viele Ausbaupläne gibt, und Projekte die überschießend sind, weil die Wasserqualität gerade in Tirol schon sehr schlecht ist, dann aber nur auf eine Energiequelle, nämlich die Wasserkraft, gesetzt wird. Und dort haben wir uns eben auch angeschaut: In welchen Verfahren können wir wahrscheinlich eine Verbesserung bewirken, wo ist mit erheblichen Umweltauswirkungen zu rechnen? Und auch dort haben wir uns zuerst den Rechtsschutz erkämpfen müssen, bevor wir dann sachlich in die Verfahren hineingehen konnten. Das war bspw beim Kraftwerk Tumpen-Habichen oder beim Kraftwerk Schwarze Sulm so.

Die fachliche Expertise im Verfahren holen wir uns dann oft von den Mitgliedsorganisationen, und gehen dann auch gemeinsam mit den Mitgliedsorganisationen in die Verfahren hinein. Unsere Mitglieder sind was den naturwissenschaftlichen Hintergrund angeht stärker aufgestellt, und haben da viel Expertise *in-house*.

TW: Was sind aus deiner Sicht die größten Hürden bei der gerichtlichen Umsetzung des Umweltrechts? Was ich schon recht deutlich heraushöre ist, dass es schon schwierig war und ist, sich in einem ersten Schritt den Zugang zu Rechtsschutz zu erkämpfen. Dann weiter, was siehst du da als Hürden?

TA: Generell wird das Europarecht sehr einschränkend interpretiert auf nationaler Ebene, und man oft trotz Existenz der Landesverwaltungsgerichte bis zum Höchstgericht gehen muss, damit EU-Recht entsprechend durchgesetzt wird. Selbst wenn es Rechtsprechung vom EuGH gibt, die recht eindeutig ist für einen anderen Mitgliedstaat, ist damit noch nicht gesagt, dass das in Österreich auch so angewendet und umgesetzt wird. Das macht es echt schwierig, und auch teuer und langwierig, diese Rechte zu erkämpfen. Das ist sicher auch die Strategie der Gegenseite – die wollen nicht, dass das umgesetzt wird, und nehmen es auch in Kauf, dass man das bis zum Äußersten ausreizt, um die Umsetzung von EU-Umweltrecht zu verhindern und auch hinauszuzögern. Das ist ganz klar eine Strategie.

Bei den Landesverwaltungsgerichten ist auffallend, dass diese sehr unterschiedlich sind. Es hängt sehr stark von der RichterIn ab, wie offen sie für Europarecht und europarechtliche Argumente sind. Mit der unmittelbaren Anwendung tun sich alle sehr schwer, mit der europarechtskonformen Interpretation auch. Beim Artenschutz war die Rechtslage so eindeutig in den Verfahren, dass wir da immer sofort gewonnen haben. Wenn es aber

um strukturelle Geschichten geht wie die Frage, ob Umweltorganisationen auch gegen eine Verordnung vorgehen können, dann sind die Landesverwaltungsgerichte vorsichtiger. Das verstehe ich auch bis zu einem bestimmten Grad – da geht die Klärung nur über die Höchstgerichte.

Was in den Verfahren aufwändig ist sind natürlich die enormen Kosten die anfallen, wenn du auf fachlicher Ebene entgegenhalten musst. Da steigen die Anforderungen, du brauchst Gegengutachten und das macht es einfach aufwändig und je größer das Verfahren ist, desto mehr. Das ist beim Artenschutzverfahren noch relativ leicht, weil der Sachverhalt nicht so komplex ist. Bei einem großen Wasserkraftwerk ist das eine Herausforderung.

Ein weiterer Aspekt ist, dass auch bei Erfolgen *backlash*-Reaktionen gibt. Wir haben das zum Beispiel beim Flughafen Wien gehabt – da waren wir nicht Partei, aber Mitgliedsorganisationen von uns schon, wir waren beim erstinstanzlichen Verfahren dabei, sind aber nicht den Rechtsweg gegangen. Das war ja eine sehr weitgehende Entscheidung vom Bundesverwaltungsgericht, das den Bau der dritten Piste untersagt hatte.⁶ Und das hat zu einem *backlash* geführt: Man hat versucht, in anderen Bereichen den Umweltschutz zu schwächen; das Standortentwicklungsgesetz⁷ ist dann gekommen, mit dem Versuch Parteienrechte und Umweltschutzstandards nach unten zu drücken. Das heißt, wenn wir zu erfolgreich sind, sehen wir oft so eine Reaktion.

Ähnlich war das im Artenschutz: Da waren wir gerichtlich sehr erfolgreich, weil es einfach klar war, dass es nicht geht diese Tiere ohne andere Maßnahmen zu töten oder töten zu lassen. Das hat aber zu zwei Reaktionen geführt: Nämlich erstens dass man zur Rechtsform der Verordnung ausgewichen ist – und da ist rechtlich ganz klar dass das eigentlich nicht geht wenn da kein Parteiverfahren, kein Ermittlungsverfahren vorab erfolgt. Und das zweitens wird als Reaktion darauf versucht, auf politischem Weg den Artenschutz auf EU-Ebene auszuhöhlen, und zwar mit einer Initiative aus Österreich. Hier wird versucht, in Richtung Parlament und Kommission einzuwirken damit der Artenschutz aufgemacht und aufgeweicht wird, dass die Rechtslage verändert wird.

6 Anm: BVwG 02.02.2017, W109 2000179-1.

7 Anm: Bundesgesetz über die Entwicklung und Weiterentwicklung des Wirtschaftsstandortes Österreich (Standort-Entwicklungsgesetz – StEntG), BGBl I 110/2018.

Es ist also manchmal so: Wenn wir zu erfolgreich sind und wirklich das umgesetzt wird, was in Gesetzen und was im EU-Recht steht, wenn das gemacht werden soll und der Vollzug verbessert werden soll, dann erhöht das den politischen Druck derart, dass möglicherweise dann auch die entsprechenden Rechtsnormen abgeschwächt werden, aufgrund der politischen Arbeit Anderer – auch wenn das sachlich nicht gerechtfertigt ist, ist das dann eben eine politische Entscheidung.

TW: Wie geht ihr mit solchen Situationen um? Also gibt es dann die Überlegung zu sagen „Wir führen dieses Verfahren nicht, weil der backlash könnte so stark sein“ oder versucht ihr dann nach dem gerichtlichen Erfolg den Erfolg „runterzuspielen“ oder aktiv noch mehr politische Arbeit zu machen?

TA: Wir schauen uns bei der Prüfung von Verfahren natürlich an, was die auslösen könnten. Wir suchen Fälle, wo es wirklich auch im konkreten Fall einen Unterschied macht ob der gewonnen wird oder nicht. Wir suchen uns also nicht ein möglichst leichtes Verfahren, wo es um nichts geht, aber wir mit hoher Wahrscheinlichkeit gewinnen. Sondern wir wollen auch, dass sich in dem konkreten Fall was verändert, dass da auch Substanz dahinter ist. Das ist uns sehr wichtig.

Dass wir jetzt zurückstecken wegen des erwarteten *backlash* – nein, das tun wir nicht. Wir orientieren uns am Recht. Im naturwissenschaftlichen Bereich eben an der Wissenschaft und an der wissenschaftlichen Evidenz die da ist, und wir lassen uns da nicht zurückdrängen.

Der backlash den wir gerade gegen Artenschützer:innen erleben, das ist jedoch wirklich ein Spezifikum des Artenschutzes – weil es da um Bauern, und Tiere und Mythen geht – gerade beim Wolf. Das ist also ein Sonderfall. Aber, es gibt nicht ohne Grund den Mechanismus in der Aarhus-Konvention.⁸ Es kann durchaus sein, dass du als Organisation oder als Individuum unter Druck gesetzt wirst – je erfolgreicher du bist, umso mehr wirst du politisch und persönlich unter Druck gesetzt. Wir haben das bei Bürgerinitiativen immer wieder, am Land, in kleineren Orten: Dass die Leute dann ausgegrenzt werden; dass sie Aufträge vom Land oder von Gemeinden nicht mehr kriegen; dass die Kinder von Eltern, die sich in

8 Anm: Art 3 Abs 8 Aarhus-Konvention und der darauf basierende Rapid Response Mechanism; siehe dazu <https://unece.org/env/pp/aarhus-convention/special-rapporteur> (19.07.2023).

Verfahren einbringen, in Schulen angefeindet werden – also das ist schon ein Thema. Je mehr Erfolg, desto mehr solche Dinge kommen auch.

Schließlich – ich habe vorher gesagt die Kosten für Gutachten sind eine Hürde; was außerdem noch anfällt sind die Kosten für die Rechtsvertretung bei den Höchstgerichten. Die sind auch enorm, und das kann man eigentlich auch nur machen, mit schlagkräftigen und großen Organisationen, die auch ausreichend Substanz haben um das zu stemmen.

TW: Du hast jetzt Fälle angesprochen, in denen ihr gerichtlich Erfolg hattet, aber wo dieser Erfolg dann letztlich neue Hürden nach sich gezogen hat. Aus eurer Tätigkeit, gibt es auch Beispiele dafür, dass ihr gerichtlich nicht erfolgreich wart, aber in der Sache trotzdem Erfolge bewirkt wurden im Zusammenhang mit diesem Verfahren, vielleicht auch durch ein sozusagen verlorenes Verfahren?

Hier fällt mir zum Beispiel unser aktueller *request for internal review* nach der Aarhus-Verordnung ein, den wir gemeinsam mit Bankwatch CEE eingebracht haben.⁹ Das Rechtsmittel gegen die Antwort des Rates richtet sich nach herrschender Meinung nicht unmittelbar gegen die Verordnung selbst. Aber: wir argumentieren, dass der Rat hier Umweltrechte verletzt und somit das EuG zur inhaltlichen Prüfung der Verordnung selbst berechtigt oder gar verpflichtet ist. Und selbst wenn das EuG dem nicht folgt, ist es ein wichtiges politisches Zeichen für aktuelle Verhandlungen von RePower-EU, RED III+IV, und weitere geplante Notfallmaßnahmen-VO innerhalb der EU.

Wofür es außerdem Evidenz gibt – wir haben letztes Jahr auch die Studie zur Qualität von Umweltverfahren gemacht, wo Daniel Ennöckl von der BOKU sich konkrete Bescheide angesehen hat:¹⁰ Verfahren mit Beteiligung der Öffentlichkeit sind qualitativ hochwertiger als solche ohne. Und allein das ist ein Erfolg für den Umweltschutz und für das Umweltrecht in Österreich.

9 Anm: Dazu zB <https://www.oekobuero.at/de/news/2023/07/anfechtung-der-eu-notfallma%C3%9Fnahmen-verordnung/> (10.11.2023).

10 Anm: *Ennöckl/Handig/Schmidhuber*, Umweltverfahren wirksam gestalten: Nutzen und Erfolgsfaktoren (2022) https://www.oekobuero.at/files/746/ob_boku_studie_nutzen_von_umweltverfahren_2022_fin.pdf (19.07.2023).

Durch den rechtlichen Rechtfertigungsdruck und durch die potentielle Beteiligung von Parteien wird die Qualität von Verfahren besser, rechtlich und sachlich und zwar unabhängig davon, wie das Verfahren endet.

TW: Also sogar bevor man zu Gericht geht – schon die Beteiligung am Verwaltungsverfahren kann einen Erfolg bewirken?

TA: Genau. Und es ist natürlich auch immer die Frage – was heißt „verloren“. Es ist ja idR nicht das Ziel von Parteien, Projekte gänzlich zu verhindern. Im Einzelfall vielleicht schon, aber grundsätzlich geht es darum, das Projekt zu verbessern. Gerade bei großen UVP-Verfahren geht es darum, das Projekt zu verbessern, auf die Umweltverträglichkeit hinzuwirken. Und je mehr dann rechtskräftig entschieden wird, umso mehr wirkt das dann auch auf andere Verfahren durch. Allein die Beteiligung, sogar die potentielle Beteiligung, hat einen Mehrwert. In jedem Verfahren lernt man voneinander – die Behörde, die anderen Parteien, die Betreiber. Das Wissen und die Erfahrung kann man dann auch ins nächste Verfahren mitnehmen.¹¹

TW: Betreibt Ökobüro aktiv politische Arbeit und Medienarbeit um Prozesse und Verfahren herum?

TA: Eigentlich zu wenig. Wir machen das nicht so wie es zum Beispiel bei Klimaklagen ist, dass da mehr kommuniziert wird, als da an Erfolgchance da ist. Auch das ist natürlich manchmal wichtig, dass medial alles ausgereizt wird, gerade bei den Klimaklagen. Wir haben auch bei der ersten Klimaklage mitgewirkt und die Anwältin dabei unterstützt und setzen uns auf vielen Ebenen für Klimaklagen ein; aber wir kommunizieren anders

Es ist also wichtig, aber es ist nicht unsere Kernstrategie das offensiv zu kommunizieren. Also wir kommunizieren nicht, wenn wir Bescheide anfechten oder es eine Verhandlung gibt. Wir kommunizieren, wenn eine höchstgerichtliche Entscheidung vorliegt, und zwar, dass es die Entschei-

11 Anm: Beispiele dafür sind die APG-Weinviertelleitung in NÖ (Ersatzneubau, zweisystemige 380 kV-Leitungsverbindung, Leitungslänge von rd. 46,6 km, 148 Masten); Erweiterung Windpark KG Potzneusiedl im Burgenland (Erweiterung um 2 Windkraftanlagen mit 12 MW Gesamtleistung); S10 Mühlviertler Schnellstraße Nord in OÖ (Neuerrichtung eines Teilabschnitts von ca. 14,5 km zwischen Freistadt Nord und der Staatsgrenze bei Wullowitz); nähere Infos dazu in *Weinberger, Erfolgsfaktoren für Umweltverfahren: Beispiele aus der Praxis* (2023) abrufbar unter https://www.oekobuero.at/files/954/ob_studie_nutzen_von_umweltverfahren_20_mai_2023.pdf (10.11.2023).

dung jetzt gibt. Wir kommunizieren aber nicht aktiv über Prozesse in Verfahren. Denn wir wollen die Justiz, die Gerichte nicht unter Druck setzen – und auch nicht die Behörden. Die sollen basierend auf den rechtlichen Vorgaben entscheiden, und nicht durch öffentlichen Druck beeinflusst werden. Das war also bisher nicht Strategie.

Ich sehe das bei den Klimaklagen anders – da geht es ja auch um die öffentliche Debatte, wo sich auch höchstgerichtlich sehr viel ändern muss, weil es auch um gesellschaftliche Wertungen geht. Bei den klassischen Umweltverfahren kommunizieren wir jedoch nur auf der fachlichen Ebene.

TW: Das heißt dann auch an die rechtswissenschaftliche Community gerichtet?

TA: Ja genau. Mit Studien, mit Analysen, mit Aufsätzen, durch unsere Schriftsätze natürlich, die wir einbringen. Aber wir kommunizieren nicht gerichtliche Verhandlungen, oder Prozessschritte. Das machen wir nicht.

TW: Du hast schon erwähnt, dass ihr eine Risikoanalyse macht, wenn ein Verfahren ansteht. Welche Kompetenzen, aus deiner Sicht, bräuchten denn Jurist:innen um sowas machen zu können?

TA: Das ist eine schwierige Frage. Natürlich, an der Uni lernst du die Dinge sehr theoretisch, in der Praxis sind viele Dinge anders. Und man braucht schon einiges an Erfahrung, um abschätzen zu können, was geht und was nicht geht. Wir entscheiden das im Team, gemeinsam, auch mit den Mitgliedsorganisationen, und es geht eben darum: Was verändert das „on the ground“. Also es muss wirklich im Projekt erhebliche Umweltauswirkungen geben, die wir verändern wollen und das soll auch Präcedenzwirkung für andere ähnlich gelagerte Fälle haben

Die rechtliche Wahrscheinlichkeit, dass etwas durchgeht oder eben nicht – das ist einfach eine laufende Gratwanderung. Wir versuchen zum Beispiel seit Längerem den Bereich Tierschutz mehr in den Rechtsschutz zu bringen, weil da ua bei den Tiertransporten so viel schief läuft, und zwar rechtswidriger Weise, entgegen der entsprechenden EU-Verordnung. Hier besteht rechtlich nur eine geringe Wahrscheinlichkeit, dass das erfolgreich ist, weil noch sehr viel an Boden aufbereitet werden muss. Wir machen es aber trotzdem, weil es einfach für unsere Mitgliedsorganisationen so wichtig ist. Ich möchte nicht pathetisch klingen, aber da ist einfach auch

so viel tierisches Leid damit verbunden, mit diesen Tiertransporten wo evidenter Weise das Recht systematisch gebrochen wird.

Also es gibt schon Fälle, wo die Chancen aus rechtlicher Sicht nicht so hoch sind, aber der Rechtsbruch sachlich so eklatant ist, die negativen Auswirkungen auf die Umwelt oder hier auf die Tiere so intensiv sind, dass man trotzdem versucht dagegen vorzugehen.

Letztlich ist es auch beim Klimaschutz so: Da ist es rechtlich sehr schwierig, aber die Sache brennt so sehr, dass man auch bei geringen Chancen versucht, Wege zu finden. Und oft geht es ja eh auf. Man braucht viele Anläufe und einen langen Atem, aber irgendwann bewegt es sich dann. Das haben wir ja auch bei den Tabakklagen in den USA gesehen, das hat ja auch Jahrzehnte gebraucht bis es durch war, aber irgendwann zieht es dann an.

TW: Was sind denn aus deiner Sicht die größten Erfolge die ihr erzielt habt, gerade auch mit strategischer Prozessführung?

TA: Was ich schon erwähnt habe ist das erste Verfahren vor dem Aarhus Convention Compliance Committee, gegen Österreich. Was hier interessant war, ich habe mir damals gedacht: Wow, das haben wir gewonnen, jetzt wird das Alles umgesetzt in Österreich. Und es hat dann wieder viele Jahre gedauert, bis irgendein Gesetzgeber irgendetwas gemacht hat. Das war überraschend, diese Ignoranz des Gesetzgebers, dass es hier kein Tätigwerden gab, trotz einer klaren Entscheidung vom Compliance Committee. Die Dynamik ist dann im Wesentlichen erst entstanden, als der EuGH entsprechend entschieden hat, aufgrund unseres Anlassfalles in Österreich beim Kraftwerk Tumpen-Habichen. Als wir dann diese Argumentation vom Compliance Committee in die Verfahren eingebracht haben, und damit dann wieder bis zum Höchstgericht, im *Protect-Fall*¹² eben bis zum EuGH gehen mussten. Da waren wir auch bei der Verhandlung beim EuGH – das war ursprünglich ein Doppelfall, *Protect* und *Tumpen* – Wasserkraftwerk Tumpen in Tirol. Der Verwaltungsgerichtshof hat kurz bevor der EuGH entschieden hat plötzlich die Vorlage im *Tumpen*-Verfahren zurückgezogen, dann war nur noch *Protect* übrig – das war total überraschend. Da war wahrscheinlich auch irgendein Fehler im Gerichtshof, darum war die Entscheidung dann auch nur zu *Protect*. Aber bei

12 Anm: EuGH 20.12.2017, Rs C-664/15, *Protect Natur-, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation* („Protect“).

der Verhandlung vor dem EuGH haben wir unsere Argumentation zum *Tumpen*-Fall auch vorgebracht.

Die Legistik ist erst dann in die Gänge gekommen, als *Protect* in Österreich entschieden wurde, und dann auch in unserem Salzburger Luftreinhaltingsfall entschieden wurde.¹³ Bei unserem Salzburger Luftreinhaltingsfall ging es im Übrigen auch um eine Verordnung, die Sache ist vier Jahre beim VwGH gelegen, und ist dann, nachdem *Protect* entschieden wurde, auch entschieden worden in dem Sinn, dass Umweltorganisationen auch das Recht haben, die Verbesserung von Verordnungen rechtlich durchzusetzen. Und dann kam eben auch der Gesetzgeber. Das zeigt, wie lange das dauert. Dann war es auch wieder so: Eigentlich war es ja eindeutig, im Salzburger Luftreinhalte-Fall ging es um eine Verordnung – und unsere Erwartung war, dass dann klar ist, dass das für sämtliche Verordnungen gilt. Der österreichische Gesetzgeber hat das dann aber nur im IG-L umgesetzt, also nur für die Luftreinigung.¹⁴ Später auch bei der Nitratverordnung. Das heißt wir mussten dann bei der Niederösterreichischen Fischotter-Verordnung wieder den Rechtsweg gehen, das hat dann wieder einige Jahre gedauert, bis eben vor Kurzem auch hier entschieden wurde, dass der Rechtsweg für uns auch bei Verordnungen offen steht. Und damit ist wieder nicht gesagt, dass andere Bundesländer das umsetzen – Landesräte haben schon öffentlich gesprochen im Sinne von: Niederösterreich ist nicht Tirol, der Fischotter ist nicht der Wolf, der niederösterreichische Fischotter hat nichts mit dem Tiroler Wolf zu tun. Also es kann gut sein, dass das jetzt ein weiteres Jahrzehnt braucht, und dass man mit jedem Bundesland einzelnen zum VwGH gehen muss.

Im Artenschutz, wie gesagt, waren wir sehr erfolgreich.

Die Schwarze Sulm ist dann noch so ein Verfahren. Hier ist es zunächst darum gegangen, als übergangene Partei in das Verfahren hineinzukommen... Also das Verfahren ist wirklich interessant, mittlerweile kann man da wohl eine Dissertation dazu schreiben... Wir sind da jetzt wieder in der Revision – das dritte Mal.¹⁵ Ja. Da haben wir immer wieder gerichtliche Erfolge, aber immer nur höchstgerichtlich, und dann geht es wieder zurück

13 Anm: VwGH 19.02.2018, Ra 2015/07/0074.

14 Anm: Bundesgesetz zum Schutz vor Immissionen durch Luftschadstoffe (Immissionsschutzgesetz – Luft, IG-L), insb § 9a (Abs 12) idF BGBl I 73/2018.

15 Anm: Relevante Verfahren waren unter anderem im Bereich des Wasserrechts: VwGH 30.06.2016, Ro 2014/07/0028 (Abweisung des Antrags auf Erlassung einer

an Behörde oder Verwaltungsgericht, und da sind die Entscheidungen dann oft so schlecht, dass wir wieder zum Höchstgericht müssen.

Einen letzten Fall möchte ich nennen, und zwar den *Hinkley*-Fall beim Compliance Committee.¹⁶ Da haben wir vor zwei Jahren gewonnen.¹⁷ Hier geht es darum, ob Förderungen im Umweltschutzbereich der rechtlichen Kontrolle unterliegen müssen. Das Compliance Committee hat gesagt: Ja. Auf EU-Ebene hat das die Konsequenz, dass die EU-Verordnung¹⁸ rechtswidrig ist. Das hat zu einer Dynamik geführt, und zwar wird jetzt auf europäischer Ebene geprüft wie man das rechtlich umsetzen kann, was natürlich wieder massive Folgewirkungen für das gesamte Umweltrecht in Europa hat. Dasselbe gilt ja bei *Protect* – mit einer EuGH Entscheidung prägst du ja nicht nur das nationale Umweltrecht, sondern auch das Umweltrecht in anderen EU-Mitgliedstaaten. Bei *Hinkley Point* war das vor allem aus dem Nuklearthema heraus – das man eben nicht einfach sagen kann, dass man mit derartigen Förderungen, die das System komplett verzerren und dann auch zu erheblichen Umweltauswirkungen führen, den gesamten Umwelt-Acquis aushebeln darf. Die Entscheidung hier war also sehr weitreichend, weitreichender als wir es erwartet haben, weil das für Österreich auch potentiell Auswirkungen hat, nämlich wenn es um Förderungen von Projekten geht.

Das waren also aus meiner Sicht ein paar wesentliche Fälle – einer der ersten war der *Wolfs-Bescheid* in Allentsteig, den ich schon vorher erwähnt habe. Interessant da zu erwähnen istm dass der erste Bescheid nur eine

einstweiligen Anordnung); VwGH 30.10.2018, Ra 2018/07/0380 (zur Fragen der aufschiebenden Wirkung) und VwGH 25.04.2019, Ra 2018/07/0380 bis 0382 (Parteistellung Trassenänderung); VwGH 25.04.2019, Ra 2018/07/0410 (Parteistellung ursprüngliches Verfahren); VwGH 14.09.2021, Ra 2020/07/0056 bis 0057 (Trassenänderung als aliud); neuerliche Revision dazu im Juli 2023 anhängig. Aus naturschutzrechtlicher Perspektive ist VwGH 21.03.2013, 2012/10/0076 (Abweisung Antrag LUA) zu erwähnen; zum UVP-Recht VwGH 08.10.2020, Ra 2018/07/0447 (keine UVP-Pflicht).

16 Anm: ACCC/C/2015/128 European Union.

17 Anm: Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2015/128 concerning compliance by the European Union, ECE/MP.PP/C.1/2021/21.

18 Anm: Verordnung (EG) Nr 1367/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 06.09.2006 über die Anwendung der Bestimmungen des Übereinkommens von Århus über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten auf Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft, idF Verordnung (EU) 2021/1767 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 06.10.2021, ABl L 356 vom 08.10.2021, 1.

Handvoll Seiten gehabt, das war einfach schlecht und ohne Substanz. Und dann gab es den zweiten Bescheid, wo mehr geprüft worden ist, und der hat dann schon über 100 Seiten gehabt. Da sieht man was die Beteiligung, der Rechtsschutz an der Qualität des Verfahrens verändern kann.

TW: Ich habe auch herausgehört, dass die vielen Ebenen, Völkerrecht, EU-Recht, Verwaltungsgerichte, Höchstgerichte – die geben sehr viel her für Prozessführung, aber machen das Ganze auch komplex und langwierig.

TA: Genau. Man braucht auf jeden Fall einen langen Atem. Das ist auf Projektebene, wenn man also nur mit einem Projekt konfrontiert ist, einmal und sonst nie wieder, dann ist das sehr frustrierend. Wir sind da mehr auf einer Meta-Ebene unterwegs, und haben daher ausreichenden langen Atem. Wir wissen einfach, dass es dauert. Auch im politischen Prozess dauert es oft Jahre, Jahrzehnte bis Dinge implementiert sind. Es ist bekannt, dass sich Rechtsprechung auch nur sehr langsam bewegt – das sind von der Dynamik her sehr konservative Systeme, das dauert gerne mal ein bis zwei Jahrzehnte bis hier grundlegende Änderungen erwirkt werden. Und in solchen Zyklen muss man eben auch denken – in Zyklen von fünf bis 10 Jahren, vielleicht sogar noch länger.

TW: Gibt es sonst noch etwas, was du zum Thema strategische Prozessführung mitgeben möchtest?

TA: Eine gute anwaltliche Vertretung ist sehr wichtig. Wir haben da eine sehr gute Anwältin, mit der wir zusammenarbeiten. Wir haben von Anfang an darauf geachtet dass wir wirklich nur sehr gute, ausgewiesene Umweltschutzkanzleien verwenden, weil man sonst mit schlechter rechtlicher Vertretung auch sehr viel kaputt machen kann.

Wenn schlecht argumentierte Rechtsmittel sich Richtung Höchstgericht bewegen – das kann viel kaputt machen. Und zwar in der Rechtsprechung selbst, das dann durch ungeschickte Argumentation Ergebnisse rauskommen, die der Sache schaden.

TW: Danke für das Gespräch!

Netzwerk AsylAnwält*innen

Claudia Schmidt und Petra Limberger

1. Geschichte und Entwicklung des Netzwerk AsylAnwält*innen

Das *Netzwerk AsylAnwält*innen* (NWAA) wurde Anfang der 1990er Jahre von UNHCR Wien und Caritas Österreich mit der Intention gegründet, den Erfahrungs- und Wissensaustausch in der asylrechtlichen Beratung und Vertretung zu fördern und mittellosen Asylsuchenden eine spezialisierte und qualifizierte anwaltliche Vertretung im Verfahren zur Verfügung zu stellen.¹ Seitdem entwickelte sich das NWAA zu einer beständigen und intensiven Kooperation zwischen mehreren im Asylbereich tätigen Hilfsorganisationen und auf Asyl- und Fremdenrecht spezialisierten Rechtsanwält*innen.²

Die sich seit der Gründung des NWAA über die Jahre teils rasant und gravierend ändernde Rechtslage sowie mehrere erfolgte strukturelle Änderungen in den Verfahren erforderten es, dass sich auch die Kooperation im Rahmen des NWAA immer wieder neuen Rahmenbedingungen anzupassen hatte, was dazu führte, dass sich das NWAA stetig weiterentwickelte. Genannt seien hier neben den regelmäßigen Novellierungen der asyl- und fremdenrechtlichen Bestimmungen und vollständigen Neukodifikationen 1997 und 2005, die Einführung eines Zulassungsverfahrens mit einer Rechtsberatung 2003, die Errichtung des Asylgerichtshofes (AsylGH) und damit Kappung der Beschwerdemöglichkeit an den Verwaltungsgerichtshof (VwGH) 2008, die Einführung der amtswegigen Rechtsberatung im Asyl-Beschwerdeverfahren 2011, die Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle 2012, mit der die Errichtung des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl (BFA) – inklusive erweiterter Zuständigkeiten –, sowie die Errichtung des Bundesverwaltungsgerichtes (BVwG) einhergingen, was Asylsuchenden den Rechtszug an den VwGH wieder eröffnet hat, und auch dem BFA die Möglichkeit der Erhebung von Revisionen ermöglicht hat.

1 Damals unter dem Namen „Rechtsberater-Projekt“.

2 Die Mitgliedsorganisationen und Projektanwält*innen können der Homepage www.asylanwalt.at entnommen werden.

Während in den Anfängen der Fokus darauf lag, mittellosen Asylsuchenden – wenn auch in ausgesuchten Fällen – überhaupt eine (kostenlose) spezialisierte Rechtsvertretung im Verfahren zur Verfügung zu stellen, so entwickelten sich die Ziele der Kooperationspartner des NWAA stetig weiter, sodass nunmehr die Erwirkung von Grundsatzjudikatur der österreichischen Höchstgerichte im Vordergrund steht; also Entscheidungen zu erwirken, die nicht nur für den Einzelfall relevant sind, sondern einem größeren Kreis von Betroffenen zugutekommen, indem grundsätzliche Fragen das Asylrecht/-verfahren betreffend durch die Höchstgerichte – allenfalls mittels Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) – geklärt werden. Dadurch soll das Ziel erreicht werden, den Rechtsschutz von Asylsuchenden in Österreich generell zu verbessern.

2013 erhielt das NWAA den *European Pro Bono Award for exemplary Partnership in the public Interest*.³ Der Preis würdigte laut dem Verleiher PILnet⁴ die gemeinsamen Bemühungen der Mitglieder des Netzwerks zur Unterstützung von Menschenrechtsarbeit in Österreich – im Besonderen die erfolgreiche Verfahrensführung vor den österreichischen Höchstgerichten und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte im Interesse von Asylwerber*innen und Flüchtlingen. Das NWAA demonstrierte außergewöhnliches Engagement und eine Führungsrolle in der Pro Bono Arbeit.

2. Warum braucht es ein Netzwerk AsylAnwält*innen?

Für die Einbringung von Revisionen oder Beschwerden bei den österreichischen Höchstgerichten gilt Anwaltpflicht. Aufgrund der hohen Komplexität des Asylverfahrens benötigt es nach Ansicht der Projektpartner eine Vertretung durch Rechtsanwält*innen mit asylrechtlicher Expertise und Erfahrung, die die Rechtslage und Praxis umfassend kennen. Das ist im Speziellen in Verfahren von Bedeutung, in denen es um grundsätzliche rechtliche Fragestellungen geht; also jene Verfahren, in denen die endgültige Entscheidung eine weitreichende Wirkung über den Einzelfall hinaus hat, und die daher aus strategischer Sicht bedeutsam sind. Denn wenn ein Rechtsmittel rechtlich nicht gut argumentiert ist, wesentliche Argumentati-

3 <https://www.facebook.com/login/?next=https%3A%2F%2Fwww.facebook.com%2FPILnet%2Fphotos%2Fdr-helmut-blum-accepted-the-partnership-award-on-behalf-of-the-nine-other-indivi%2F701228589889392%2F> und [https://www.asylanwalt.at/staticPage.php?page=pro_bono_award_\(beide_abgerufen_am_25.07.2023\)](https://www.asylanwalt.at/staticPage.php?page=pro_bono_award_(beide_abgerufen_am_25.07.2023)).

4 The Global Network for Public Interest Law.

onslinien fehlen oder Zulässigkeitsvoraussetzungen von Revisionen nicht entsprechend der höchstgerichtlichen Judikatur dargelegt werden kann das fatale Auswirkungen haben: einerseits auf die betroffenen Menschen, weil ihre individuellen Verfahren negativ entschieden werden – was für sie die Abschiebung bedeuten kann; andererseits auf das Asylsystem an sich, weil sich ein und dieselbe Rechtsfrage oft in mehreren Verfahren stellt oder es um die Auslegung einer gesetzlichen Bestimmung geht, und diese eine höchstgerichtliche Entscheidung daher Auswirkungen auf sämtliche künftige Verfahren hat, in denen dieselbe Bestimmung anzuwenden ist oder sich die gleich Frage stellt.

Asylsuchende können sich eine gewillkürte anwaltliche Vertretung durch (spezialisierte) Rechtsanwält*innen aber selten leisten. Sie sind daher auf das Institut der gerichtlichen Verfahrenshilfe angewiesen. Bei der Bestellung von Verfahrenshelfer*innen wird jedoch keine Rücksicht auf die jeweilige Spezialisierung des*der Rechtsanwält*in genommen.

3. Strategische Prozessführung im Rahmen des Netzwerk AsylAnwält*innen

Strategische Prozessführung hat zum Ziel, in ausgesuchten Einzelfällen Judikatur zu schaffen, die über den Anlassfall hinaus relevant ist; also sog. Grundsatzjudikatur zu erzeugen. Eine solche sorgt für eine Klärung offener Rechtsfragen und schafft Rechtssicherheit für alle Betroffenen. Im Asylbereich sind das:

- Asylsuchende
- Asyl- und subsidiär Schutzberechtigte und deren Familienangehörige
- Beratungsorganisationen/NGOs
- Rechtsanwält*innen
- Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl
- Bundesverwaltungsgericht

Wie erwähnt, hat sich das NWAA zum Ziel gesetzt, in Zusammenarbeit mit Rechtsanwält*innen asylrechtliche Grundsatzentscheidungen herbeizuführen und damit einen Beitrag zu einem verbesserten österreichischen Asylverfahren im Einklang mit dem internationalen Flüchtlingsrecht, insbesondere der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK), sowie den Menschenrechten zu leisten. Im Rahmen der mittlerweile fast 30-jährigen Erfahrung des NWAA haben sich zur Zielerreichung mehrere Faktoren als entscheidend herausgestellt: eine gemeinsame Identifizierung von potentiell rechts-

widrigen Praktiken und bedenklichen Gesetzesbestimmungen, eine gute Aufbereitung der Fälle bereits in den Unterinstanzen, ein qualitativvolles Vorscreening und eine gezielte Auswahl der Fälle für die weitere Vertretung vor den Höchstgerichten.

Strategische Prozessführung hängt also wesentlich davon ab, dass relevante Einzelfälle (frühzeitig) identifiziert und durchgehend bis vor die Höchstgerichte rechtlich qualifiziert vertreten werden.

*4. Ausgesuchte im Rahmen des Netzwerk AsylAnwält*innen erwirkte Judikatur*

4.1 Überblick

Über die Jahre hinweg konnte im Rahmen des NWAA eine Vielzahl von Entscheidungen erwirkt werden, die oftmals einerseits in den jeweiligen Einzelfällen sachgerechtere Ergebnisse herbeiführten, andererseits auch eine Klärung offener Rechtsfragen durch die Schaffung von höchstgerichtlicher Rechtsprechung bewirkten. Gerade im Bereich des Asylrechts, das wie kaum ein anderes Rechtsgebiet immer wieder politisch motivierten Änderungen unterworfen ist, konnte so Klarheit in Bezug auf sich regelmäßig auftuende offene Fragen gewonnen werden, was mehr Rechtssicherheit für die Rechtsunterworfenen mit sich brachte. Nicht jedes im Rahmen des NWAA unterstützte Verfahren endete dabei mit einem Erfolg im Einzelfall, in der Regel war aber auch den verlorenen Verfahren zumindest die Klärung von offenen Rechtsfragen innewohnend. Sämtliche geführte Verfahren darzustellen, wäre aufgrund der schieren Anzahl der Fälle nicht möglich. Zudem waren einige erwirkte Entscheidungen zwar im Zeitpunkt ihrer Erlassung von großer Bedeutung, sind aber aufgrund Änderungen der Rechtslage oder der Situation in den Herkunftsländern mittlerweile überholt. Bestimmte Themen(komplexe) wurden schwerpunktmäßig immer wieder aufgegriffen. Anhand dieser soll hier ein Überblick über die unterstützten Verfahren gegeben werden.

4.2 Sozialleistungen

Ein Thema, das das NWAA seit Jahren beschäftigt, sind soziale Leistungen für Geflüchtete – sei es während oder nach Abschluss des Asylverfahrens.

Anfang der 2000er Jahre war die fehlende Bundesbetreuung für den überwiegenden Teil aller Asylwerber*innen in Österreich Thema. Im Rahmen des NWAA wurden Anträge auf Aufnahme in die Bundesbetreuung gestellt und versucht, den Anspruch auf dem Zivilrechtsweg durchzusetzen. Das NWAA unterstützte einen Projektpartner bei der Erlangung einer Rückerstattung für Kosten, die diesem für die Unterbringung einer Familie entstanden waren.⁵ Nach Inkrafttreten der die Unterbringung von Asylsuchenden regelnden Grundversorgungsvereinbarung zwischen Bund und Ländern 2004⁶ kam es zu einer grundlegenden Verbesserung der Situation im Hinblick auf die Aufnahmebedingungen. Vor dem Hintergrund stark angestiegener Asylantragszahlen 2015 und der dadurch aufgetretenen Missstände bei der Unterbringung Asylsuchender unterstützte das NWAA die Einbringung von sog. Verhaltensbeschwerden beim BVwG (da die Asylsuchenden durch das Verhalten des BFA – keine adäquate Unterbringung – in ihren Rechten verletzt worden seien), und wurden u.a. Anträge auf Gewährung einer einstweiligen Anordnung nach dem Unionsrecht gestellt.

Der VwGH stellte idZ klar, dass eine Verhaltensbeschwerde und ein damit zusammenhängender Antrag auf einstweilige Anordnung nach Unionsrecht beim BFA einzubringen seien.⁷ In einem weiteren Verfahren klärte der VwGH, dass die Möglichkeit bestehe, im Falle einer unzureichenden Gewährung/Verweigerung der Grundversorgung eine bescheidmäßige Erledigung des BFA zu beantragen, die gegebenenfalls angefochten werden könne. Über den Antrag habe die Behörde ohne unnötigen Aufschub zu entscheiden. Auch komme in Betracht, einen auf das Unionsrecht gestützten Antrag auf einstweilige Anordnung beim BFA zu stellen mit der Behauptung, die unzureichende Gewährung von Grundversorgung widerspreche der Aufnahmerichtlinie. Über einen solchen Antrag habe das BFA unverzüglich zu entscheiden.⁸

Im Hinblick auf Sozialleistungen für Geflüchtete wurde eine Präzedenzentscheidung des OGH erwirkt, wonach subsidiär Schutzberechtigte Anspruch auf Pflegegeld haben. Dieser ergibt sich aus dem Recht der Europä-

5 OGH, 24.2.03, 1 Ob 272/02k [ECLI:AT:OGH0002:2003:0010OB00272.02K.0224.000].

6 Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern gemäß Art. 15a B-VG über gemeinsame Maßnahmen zur vorübergehenden Grundversorgung für hilfs- und schutzbedürftige Fremde (Asylwerber, Asylberechtigte, Vertriebene und andere aus rechtlichen oder faktischen Gründen nicht abschiebbare Menschen) in Österreich (Grundversorgungsvereinbarung - Art. 15a B-VG), BGBl. I Nr. 80/2004.

7 VwGH, 23.10.2015, Fr 2015/21/0012 [ECLI:AT:VWGH:2015:FR2015210012.F00].

8 VwGH, 14.4.2016, Ra 2015/21/0190 [ECLI:AT:VWGH:2016:RA2015210190.L00].

ischen Union.⁹ 2017 konnte eine Entscheidung erwirkt werden, wonach die oberösterreichische Regelung über die Einschränkung der Mindestsicherung bei „Asyl auf Zeit“ unionsrechtswidrig ist. Der im Zuge eines Vorabentscheidungsverfahrens angerufene EuGH entschied, dass das Unionsrecht einer nationalen Regelung entgegenstehe, die vorsieht, dass Flüchtlinge, denen ein befristetes Aufenthaltsrecht zukommt, geringere Sozialhilfe erhalten als die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaates und Flüchtlinge, denen ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht zuerkannt wurde.¹⁰

4.3 Schubhaft

Gegen Asylwerber*innen verhängte Schubhaft war ein Thema, das im Rahmen des NWAA immer wieder aufgegriffen wurde. So stellte der VwGH klar, dass auch in Fällen iZm der sog. Dublin- Verordnung¹¹ Schubhaft keinesfalls zu einer „Standard-Maßnahme“ werden darf und jedenfalls eine verfassungskonforme Einzelfallprüfung hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit der Haft stattzufinden hat.¹² Weiters erkannte der VwGH auch darüber, wann Schubhaft im zugelassenen Asylverfahren rechtswidrig ist, und stellte unmissverständlich klar, dass für die Frage der Erforderlichkeit der Schubhaft eine allfällige Gefährdung öffentlicher Interessen an einem geordneten Fremdenwesen, einem geordneten Arbeitsmarkt und am wirtschaftlichen Wohl des Landes nicht von Relevanz sind. Maßgeblich innerhalb der Interessensabwägung sind lediglich Fragen wie die der Verfahrenssicherung oder der Sicherung einer Abschiebung.¹³

Aus Anlass einer über das NWAA erhobenen Beschwerde hat der VfGH Teile des mit der Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle 2012 neu formulierten

9 OGH, 17.12.2013, 10ObSl61/13v [ECLI:AT:OGH0002:2013:010OB-S00161.13V.1217.000].

10 EuGH, 21.11.2018, C-713/17 [ECLI:EU:C:2018:929].

11 Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (Neufassung) bzw. entsprechende vorangehende Rechtsakte.

12 VwGH, 28.02.2008, 2007/21/0391 [ECLI:AT:VWGH:2008:2007210391.X00].

13 VwGH, 19.06.2008, 2008/21/0075 [ECLI:AT:VWGH:2008:2008210075.X00].

§ 22a Abs 1 und 2 BFA-VG¹⁴ als verfassungswidrig aufgehoben.¹⁵ Begründet wurde dies damit, dass das Fehlen ausdrücklicher einheitlicher Verfahrensregelungen im Hinblick auf die damit unmittelbar verbundenen zentralen Fragen des Rechtsschutzes dem Gebot der präzisen Regelung nicht Genüge tue.

Der VfGH hielt in einem Fall, in dem das BVwG aufgrund von Amtsstunden-freien Tagen (Gründonnerstag, Karfreitag) nicht innerhalb der dafür vorgesehenen Frist von einer Woche über die Schubhaftbeschwerde entschieden hatte, fest, dass der Verfassungsgesetzgeber unabhängig von behördeninternen Vorgängen eine einwöchige Frist als Obergrenze festgelegt hat. Selbst dann, wenn besondere zusätzliche organisatorische Voraussetzungen zu treffen gewesen wären, hätte das BVwG die Entscheidung über die Schubhaftbeschwerde jedenfalls innerhalb einer Woche zu treffen gehabt.¹⁶

2015 konnte eine weitreichende Entscheidung betreffend Prozesskostenhilfe gem. Art 47 Grundrechtecharta (GRC)¹⁷ in Schubhaftverfahren erwirkt werden: Das BVwG hatte den Antrag eines Schubhäftlings auf Gewährung von Verfahrenshilfe (Beigabe eines*r Vertreter*in) mit der Begründung abgewiesen, dass Verfahrenshilfe in diesen Fällen nicht vorgesehen sei. Der VfGH führte jedoch aus, dass die Schubhaft im gegenständlichen Fall als Maßnahme iSd Rückführungsrichtlinie¹⁸ zu sehen ist, weshalb der Anwendungsbereich der GRC eröffnet ist. Wenn keine geeignete innerstaatliche Rechtsgrundlage für entsprechende Verfahrenshilfe existiert, ist der Anspruch auf Verfahrenshilfe direkt auf Basis der GRC zu gewähren. Der Staat könne auch entsprechende Komplementärmechanismen schaf-

14 Bundesgesetz, mit dem die allgemeinen Bestimmungen über das Verfahren vor dem Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl zur Gewährung von internationalem Schutz, Erteilung von Aufenthaltstiteln aus berücksichtigungswürdigen Gründen, Abschiebung, Duldung und zur Erlassung von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen sowie zur Ausstellung von österreichischen Dokumenten für Fremde geregelt werden (BFA-Verfahrensgesetz – BFA-VG).

15 VfGH, 10.04.2015, G 151/2014 ua [ECLI:AT:VFGH:2015:G151.2014]; siehe auch VfGH, 12.3.2015, E 453/2015 [ECLI:AT:VFGH:2015:E453.2015], 1.7.2015, E 475/2015 [ECLI:AT:VFGH:2015:E475.2015] und 30.6.2015, E 1629/14 [ECLI:AT:VFGH:2015:E1629.2014].

16 VfGH, 12.12.2016, E 931/2016, ECLI:AT:VFGH:2016:E931.2016].

17 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2012/C 326/02.

18 Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger.

fen, welche innerstaatlich aber nicht vorlägen. Unentgeltliche Rechtsberatung und -vertretung ist vorzusehen, und zwar so, dass zumindest die Vorbereitung der erforderlichen Verfahrensdokumente und die Teilnahme an der Verhandlung vor den Justizbehörden zu erfolgen hat.¹⁹

In einer weiteren Entscheidung des VwGH betreffend die Rechtsvertretung in Schubhaftverfahren konnte die Klarstellung erreicht werden, dass der*die (schon bei der Schubhaftanordnung beigegebene) Rechtsberater*in die sich in Schubhaft befindende Person auch in dem Verfahren vor dem BVwG zur (amtswegig vorzunehmenden) periodischen Überprüfung der weiteren Anhaltung in Schubhaft zu unterstützen und zu beraten sowie auf ihr Ersuchen auch – „einschließlich einer mündlichen Verhandlung“ – zu vertreten hat.²⁰

Gemäß den Bestimmungen der Dublin-III-VO darf im Falle der geplanten Überstellung in einen anderen EU-Mitgliedstaat aufgrund dessen Zuständigkeit zur Führung des Asylverfahrens Schubhaft nur dann verhängt werden, wenn erhebliche Fluchtgefahr vorliegt. Außerdem ergibt sich aus Art 2 lit n Dublin-III-Verordnung, dass innerstaatlich objektive Kriterien gesetzlich festgelegt sein müssen, die determinieren, wann von Fluchtgefahr auszugehen ist. Der VwGH hat in einem „Netzwerkfall“ die Bestimmung des § 76 Abs 1 Fremdenpolizeigesetz²¹ (keine Typisierung von Fluchtgefahr begründenden Umständen) für unionsrechtswidrig erachtet.²² Auch in weiteren Netzwerkfällen wurde ausgesprochen, dass die jeweils anzuwendenden Schubhaftbestimmungen nicht den Vorgaben der Dublin-III-Verordnung entsprechen.²³

19 VwGH, 3.9.2015, Ro 2015/21/0032 [ECLI:AT:VWGH:2015:RO2015210032.J00].

20 VwGH, 24.2.2022, Ra 2020/21/0492 [ECLI:AT:VWGH:2022:RA2020210492.L00].

21 Bundesgesetz über die Ausübung der Fremdenpolizei, die Ausstellung von Dokumenten für Fremde und die Erteilung von Einreiseteil (Fremdenpolizeigesetz 2005 – FPG), hier idF BGBl. I Nr. 100/2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 87/2012

22 VwGH, 24.03.2015, Ro 2014/21/0080 [ECLI:AT:VWGH:2015:RO2014210080.J00].

23 VwGH, Ro 2015/21/0028, 3.9.2015 [ECLI:AT:VWGH:2015:RO2015210028.J00] und Ra 2015/21/0141, 15.10.2015 [ECLI:AT:VWGH:2015:RA2015210141.L00], beide betreffend § 76 Abs 1 FPG; VwGH, Ro 2015/21/0036, 12.11.2015 [ECLI:AT:VWGH:2015:RO2015210036.J00] betreffend § 76 Abs 2a Z 1 FPG.

4.4 Zugang zum Asylverfahren

Die Einreise über sichere Dritt- oder sogenannte „Dublin-Staaten“ verhindert idR den Zugang zum inhaltlichen Asylverfahren in Österreich. Dass Asylwerber*innen auch in Staaten, in denen unzureichende Aufnahme- oder Verfahrensbedingungen vorherrschen, zurückkehren sollen, war im NWAA immer wieder Thema, zB iZm der Slowakei, Tschechien, Ungarn, Slowenien, Polen, Griechenland, Malta, Bulgarien und Kroatien. In einem Fall, in dem der UBAS den Asylantrag eines Asylwerbers als unzulässig zurückwies, weil dieser bereits in die Slowakei ausgewiesen worden war und damit die Prozessvoraussetzung des Aufenthalts in Österreich fehlte, entschied der VfGH, dass auch bei einer bereits erfolgten Ausweisung ein Rechtsschutz gegeben sein muss und eine Berufung gegen den „Dublin-Bescheid“ daher zulässig ist.²⁴ Erfolgreich vertreten wurde auch der Fall eines kenianischen Asylwerbers, dessen Asylantrag aufgrund eines Studentenvisums für die Russische Föderation wegen Drittstaatsicherheit zurückgewiesen wurde. Der VfGH kritisierte, dass der AsylGH lediglich auf die Gesetzeslage in der Russischen Föderation (Mitgliedschaft zur GFK sowie der Europäischen Menschenrechtskonvention²⁵ [EMRK]) abgestellt, nicht aber die faktische Umsetzung und das Vorbringen des Beschwerdeführers berücksichtigt hatte.²⁶ Der VfGH hob eine Entscheidung des AsylGH auf, da dieser nicht geprüft hatte, ob die mögliche Abschiebung einer Tschetschenin und deren minderjähriger Tochter nach Polen einen ungerechtfertigten Eingriff in das Familienleben mit dem in Österreich aufhaltigen volljährigen Sohn darstelle, und ob ein Abhängigkeitsverhältnis bzw. ein Familienleben vorliege.²⁷ Im Falle eines Vaters zweier minderjähriger, in Österreich zum Aufenthalt berechtigter Kinder, welcher nach Polen abgeschoben werden sollte, hielt der VfGH entsprechend der Rspr des EGMR fest, dass das familiäre Band zwischen Eltern und Kindern nur unter exzeptionellen Umständen reißen könne und derartige Umstände im Fall nicht vorgelegen seien bzw. das BVwG die notwendigen Ermittlungen unterlassen habe.²⁸

24 VfGH 15.12.2004, B1019/04 ua [ECLI:AT:VFGH:2004:B1019.2004], B276/05 ua [ECLI:AT:VFGH:2005:B276.2005].

25 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten.

26 VfGH, 02.10.2008, U 5/08 [ECLI:AT:VFGH:2008:U5.2008].

27 VfGH, 20.2.2014, U 2689-2690/2013 [ECLI:AT:VFGH:2014:U2689.2013].

28 VfGH, 24.11.2014, E 35-36/2014 [ECLI:AT:VFGH:2014:E35.2014].

In mehreren Fällen, in denen Asylsuchenden im Frühjahr 2016 an der steirisch-slowenischen Grenze in Spielfeld die Einreise nach Österreich nicht erlaubt worden war, gab das angerufene Landesverwaltungsgericht (LVwG) den Beschwerden statt²⁹, erkannte die Zurückschiebung für rechtswidrig und stellte Mängel in der Entscheidung der Grenzkontrollorgane fest (rudimentäre Begründung, Feststellungen, die von einer Asylbehörde zu treffen gewesen wären, präjudizielle Beurteilung von Dolmetscher*innen sowie mangelnde Überprüfung/Einweisung von Dolmetscher*innen). Damit wurde ein grundlegender verfahrensrechtlicher Maßstab für Grenzverfahren geschaffen. In einem Fall behob der VwGH die abweisende Entscheidung des LVwG, weil der Grenzschutzbeamte sich nicht darüber vergewissert habe, ob ein Antrag auf internationalen Schutz gestellt wurde und die Angaben der Einreisewilligen nicht zumindest stichwortartig protokolliert habe.³⁰

Der VfGH³¹ stellte in zwei erwirkten Entscheidungen fest, dass ein allgemein gehaltenes, als Rundschreiben bezeichnetes und an alle Dublin-Einheiten gerichtetes Schreiben der italienischen Behörden keine individuelle Zusicherung über die Unterbringung im Sinne der Rspr des EGMR³² (Zusicherung der Unterbringung besonders Schutzbedürftiger in Einrichtungen und unter Bedingungen, welche dem Alter der Kinder entsprechen, keine Trennung der Familienmitglieder) darstelle.

In einem weiteren Verfahren tätigte der VwGH klärende Ausführungen zum Beginn des Fristenlaufs für ein Aufnahmeersuchen gem. Dublin-III-VO an den für zuständig erachteten EU-Mitgliedstaat. Ein Geflüchteter hatte einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt, war aber erst Monate später von der Polizei dazu befragt worden. Der VwGH hielt fest, dass entscheidend ist, ob und wann das BFA zuverlässig über die Antragstellung informiert wurde. Denn gem. Dublin III sei Voraussetzung, dass dem BFA ein Schriftstück zugegangen ist, das von einer Behörde erstellt wurde und bescheinigt, dass ein Drittstaatsangehöriger um internationalen Schutz an-

29 LVwG, 9.9.2016, 20.3-870/2016, 20.3-873/2016 [ECLI:AT:LVWGST:2016:LVwG.20.3.873.2016], 20.3-912/2016 [ECLI:AT:LVWGST:2016:LVwG.20.3.912.2016], 20.3-915/2016 [ECLI:AT:LVWGST:2016:LVwG.20.3.915.2016] und 20.3-918/2016 [ECLI:AT:LVWGST:2016:LVwG.20.3.918.2016].

30 VwGH, 14.11.2017, Ra 2017/21/0018 bis 0019 [ECLI:AT:VWGH:2017:RA2017210018.L00].

31 VfGH, 23.9.2016, E 1200/2016 [ECLI:AT:VFGH:2016:E1200.2016]. und 30.6.2016, E 449-450/2016 [ECLI:AT:VFGH:2016:E449.2016].

32 EGMR, 4.11.2014, Appl. No. 29217/12, Tarakhel v. Switzerland.

gesucht hat. Daher gilt idR mit dem Einlangen einer Übermittlung gem. § 42 Abs 2 BFA-VG (Protokoll Erstbefragung, Ergebnis ED-Behandlung und Untersuchung, Ort und Umstände der Antragstellung usw.) beim BFA der Antrag iS von Dublin III als gestellt und beginnt somit in der Regel die Frist zur Stellung eines Aufnahmegesuchs zu laufen.³³

2017 präziserte der VwGH nach Erhebung einer Revision im Rahmen des NWAA im Hinblick auf die Möglichkeit einer Verlängerung der in Art 29 Abs 1 und Abs 2 Dublin III-VO festgelegten sechsmonatigen Frist für die Überstellung in den zuständigen Mitgliedstaat die Anforderungen an die Entscheidung des BVwG (nachvollziehbare Feststellungen zu den für die allfällige Verlängerung der Überstellungsfrist maßgeblichen Umständen, welche anschließend einer entsprechenden rechtlichen Beurteilung zu unterziehen gewesen wären).³⁴

4.5 Familienverfahren

Immer wieder unterstützte das NWAA Verfahren zur Zusammenführung von im Ausland befindlichen Familienangehörigen mit in Österreich asyl- oder subsidiär schutzberechtigten Menschen.

Diesbezüglich wurden in langwierigen Verfahren wichtige Entscheidungen betreffend den Rechtsschutz und die -stellung der Familienangehörigen in diesen Verfahren erwirkt; deren Darstellung erscheint aber aufgrund der Komplexität der jeweiligen Rechtslage und der höchstgerichtlichen Ausführungen nicht sinnvoll.³⁵

Darüber hinaus unterstützte das NWAA ein Familienzusammenführungsverfahren, in dem lediglich den vier Kindern eines in Österreich subsidiär schutzberechtigten Vaters die Einreise nach Österreich gestattet worden war, nicht aber dessen Ehefrau, weil die Ehe nicht – wie vom Gesetz gefordert – bereits im Herkunftsland bestanden hatte. Der VfGH hielt in seiner Entscheidung erstmals fest, dass es in einem derartigen Fall nach Art 8 EMRK geboten sein könne, dass die Frau das Familienleben mit ihrem Ehemann und ihren Kindern in Österreich fortsetzt. Eine die

33 VwGH, Ra 2016/01/0274 vom 17.10.2017 [ECLI:AT:VWGH:2017:RA2016010274.L00].

34 VwGH, 13.12.2017, Ra 2017/19/0187 [ECLI:AT:VWGH:2017:RA2017190187.L00.1].

35 VwGH, 19.06.2008, 2007/21/0423 [ECLI:AT:VWGH:2008:2007210423.X00], VfGH, 27.09.2013, U 1233/2013 [ECLI:AT:VFGH:2013:U1233.2013], VwGH, 22.11.2017, Ra 2017/19/0218 [ECLI:AT:VWGH:2017:RA2017190218.L00].

Einreise verweigernde Entscheidung hätte die Gründe dafür entsprechend darzulegen gehabt.³⁶

2017 konnte eine wichtige Klarstellung zur Beurteilung der Familienangehörigeneigenschaft von Eheleuten aus Herkunftsstaaten, in denen eine Eheschließung primär bzw. ausschließlich religiös erfolgt, erwirkt werden. Im Fall eines (traditionell verheirateten) Ehepaares aus Somalia war das Asylverfahren des Mannes in Österreich zugelassen worden, die Frau sollte aufgrund der Dublin-III-VO nach Italien abgeschoben werden, ua weil die Ehe mangels Registrierung in Somalia nicht offiziell gültig sei und daher keine Familienangehörigeneigenschaft iSd Dublin-III-VO vorliege. Der VfGH³⁷ hielt dazu fest, dass das BVwG nicht auf das Vorbringen eingegangen sei, dass eine traditionelle Ehe die übliche Art der Eheschließung in Somalia sei und keine Feststellungen zum somalischen Recht getroffen bzw. sich nicht damit auseinandergesetzt habe, welche Folgen die unterbliebene Registrierung einer nach traditionellem Ritus geschlossenen Ehe habe und wie eine solche von den somalischen Behörden behandelt wird. Das BVwG habe daher nicht ohne weiteres den Schluss ziehen dürfen, dass die Ehe staatlich nicht gültig ist.

Aus Anlass eines im Rahmen des NWAA anhängig gemachten Beschwerdeverfahrens beschloss der VfGH die Bestimmung des § 2 Abs 1 Z 22 Asylgesetz³⁸ (AsylG) – welche den Begriff des „Familienangehörigen“ für das Asylverfahren definiert – als verfassungswidrig aufzuheben.³⁹ Einem volljährigen afghanischen Mädchen war die Obsorge über ihre vier minderjährigen Geschwister übertragen worden. Sie selbst hatte Asyl erhalten, die vier Geschwister subsidiären Schutz. Die unterschiedlichen Entscheidungen beruhten auf der aufgehobenen Gesetzesbestimmung, nach welcher – anders als zwischen leiblichen Eltern und deren Kindern – zwar ein Schutzstatus von einem*r Minderjährigen auf die gesetzliche Vertretung abgeleitet werden konnte, aber nicht umgekehrt von der gesetzlichen Vertretung auf den*die Minderjährige*n. Der VfGH erachtete das als eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung. In der Folge wurde die Bestimmung entsprechend novelliert.⁴⁰

36 VfGH, 6.6.2014, B 369/2013 [ECLI:AT:VFGH:2014:B369.2013].

37 VfGH, 27.6.2017, Ra 2016/18/0277 [ECLI:AT:VWGH:2017:RA2016180277.L00].

38 Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 2005 - AsylG 2005; hier idF BGBl I Nr 100/2005 idF BGBl I Nr 56/2018).

39 VfGH, 26.6.2020, G 298/2019 ua. [ECLI:AT:VFGH:2020:G298.2019].

40 BGBl I Nr 145/2020.

4.6 Kinderrechte

Ein langjähriger Schwerpunkt des NWAA liegt in der Schaffung von Judikatur zum Thema Kindeswohl. Besonderes Augenmerk gilt auch der Unterstützung der besonders schutzbedürftigen unbegleiteten minderjährigen Flüchtlinge (UMF). So konnten unter Mitwirkung des NWAA Fragen in Zusammenhang mit der rechtlichen Vertretung von UMF höchstgerichtlich geklärt werden (z.B. zu der Frage, wann die Zuständigkeit zur gesetzlichen Vertretung von UMFs von den Rechtsberater*innen in den Erstaufnahmestelle an den zuständigen Jugendwohlfahrtsträger [nunmehr Kinder- und Jugendhilfeträger] übergeht – in dieser Frage kam es zu einer Klarstellung durch VfGH bzw. VwGH).⁴¹ In der Folge kam es zu einer Konkretisierung der gesetzlichen Regelungen.⁴²

Das Alter von Geflüchteten ist sowohl in Schubhaft- als auch Asylverfahren ein wesentlicher Aspekt, da Minderjährige in manchen Belangen aufgrund ihrer Vulnerabilität rechtlich privilegiert sind. In einem unterstützten Fall entschied der VwGH, dass bei nach Durchführung eines Ermittlungsverfahrens verbleibenden Zweifeln am Alter eines Schubhäftlings von dessen Angaben auszugehen sei.⁴³

Ermittelt bzw. überprüft wird das Alter oft in umstrittenen „Altersfeststellungsverfahren“. Im Rahmen des NWAA wurden mehrere auch höchstgerichtliche Verfahren iZm der Frage geführt, ob eine – den Angaben des*der Asylsuchenden widerstreitende – Feststellung der Volljährigkeit im Asylverfahren aus Rechtsschutzgründen nicht als Bescheid ergehen müsste statt in der vorgesehenen Form einer Verfahrensordnung; dies aufgrund von Kritik an der Ergebnisrichtigkeit von medizinischen Altersuntersuchungen und wegen der mannigfachen Auswirkungen einer Volljährigkeitserklärung auf die Rechtspositionen der betroffenen Person. Die rechtlichen Bedenken wurden von den Gerichten jedoch nicht geteilt.⁴⁴ 2017 konnte aber eine Entscheidung des Landesgerichts Klagenfurt erwirkt werden, wonach eine durch das BFA erfolgte Volljährigkeitserklärung das Zivilgericht im Außer-

41 VfGH, 9.3.2005, B 1290/04 [ECLI:AT:VFGH:2005:B1290.2004] bzw. VwGH, 12.4.2005, 2004/01/0460 [ECLI:AT:VWGH:2005:2004010460.X00] und 14.12.2006, 2006/01/0123 [ECLI:AT:VWGH:2006:2006010123.X00].

42 § 16 Abs 3 AsylG idF BGBl I Nr. 100/2005; vgl. im Besonderen auch die Materialien zur Regierungsvorlage <https://www.parlament.gv.at/gegenstand/XXII/I/120>.

43 VwGH, 24.10.2007, 2007/21/0370 [ECLI:AT:VWGH:2007:2007210370.X00].

44 Vgl. insb VfGH, 3.3.2014, U 2416/2013 [ECLI:AT:VFGH:2014:U2416.2013] und VwGH, 25.02.2016, Ra 2016/19/0007 [ECLI:AT:VWGH:2016:RA2016190007.L00].

streitverfahren nicht von seiner Verpflichtung entbindet, selbst zu prüfen und festzustellen, wann der*die Antragsteller*in geboren ist.⁴⁵

Ein weiterer Schwerpunkt im NWAA ist die Forderung nach angemessener bzw. vorrangiger Berücksichtigung des Kindeswohls im Ausweisungs- bzw. (nunmehr) Rückkehrentscheidungsverfahren, da die Interessen von Kindern und Fragen des Kindeswohles lange im Rahmen der in diesen Entscheidungen geforderten Interessenabwägung weitgehend ausgeklammert wurden. So behob der VfGH Erkenntnisse des AsylGH im Fall zweier Kleinkinder einer tschetschenischen Familie, die acht Jahre zuvor in Österreich eingereist war, mit der Begründung, dass der AsylGH hinreichende Ermittlungen zur konkreten Situation der beiden Kinder unterlassen und sich nicht mit der sehr langen Verfahrensdauer befasst habe, welche nicht von den Kindern zu verantworten sei.⁴⁶ Im Fall einer armenischen Familie sah es der VfGH fallspezifisch als wesentlich an, dass die gute Integration der Kinder während eines einzigen Asylverfahrens in Österreich entstanden war und es Aufgabe des Staates sei effiziente Verfahren zu führen, weshalb die lange Verfahrensdauer nicht den Beschwerdeführer*innen angelastet werden könne. Auch wurde den Kindern die Tatsache, dass der Aufenthalt im Bundesgebiet nur aufgrund der Stellung eines Asylantrages möglich gewesen sei, damals nicht in demselben Maße wie den Eltern zugerechnet⁴⁷.

Das NWAA unterstützte die Erhebung einer VfGH-Beschwerde gegen eine Ausweisungsentscheidung betreffend eine Frau, deren Lebensgefährte und knapp fünf Monate altes Kind in Österreich asylberechtigt waren. Das BVwG war davon ausgegangen, dass das Familienleben auch durch briefliche, telefonische, elektronische Kontakte oder gegenseitige Besuche aufrechterhalten werden könne. Der VfGH hob das Erkenntnis wegen Verletzung des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens auf. Er verwies dabei u.a. auf seine Judikatur, wonach es lebensfremd ist, dass der Kontakt zwischen einem Kleinkind und einem Elternteil über Telekommunikation und elektronische Medien aufrechterhalten werden kann.⁴⁸

Im Fall eines pakistanischen Staatsangehörigen, der durch eine die gegen ihn erlassene Rückkehrentscheidung bestätigende Entscheidung des BVwG von seinem einjährigen, bei Pflegeeltern lebenden Kind getrennt werden sollte, erklärte der VfGH die Ermittlung und Berücksichtigung der

45 LG Klagenfurt, 30.1.2018, 2 R 18/18a und 2 R 19/18y.

46 VfGH, 27.9.2013, U 2234-2239/2012 [ECLI:AT:VFGH:2013:U2234.2012].

47 VfGH, 15.12.2011, U 760-764/11[ECLI:AT:VFGH:2011:U760.2011].

48 VfGH, 19.6.2015, E 426/2015 [ECLI:AT:VFGH:2015:E426.2015].

Auswirkungen einer Aufenthaltsbeendigung auf das Kindeswohl auch bei fehlender Obsorge für notwendig. Auch habe das BVwG mit dem formelhaften Verweis auf moderne Kommunikationsmittel in der vorliegenden Konstellation – Tochter im Kleinkindalter – der Verpflichtung, die konkreten Auswirkungen der Aufenthaltsbeendigung des Beschwerdeführers insbesondere auf das Wohl des Kindes zu ermitteln, nicht entsprochen.⁴⁹

Gleich zwei wegweisende Entscheidungen wurden im Fall einer Frau erwirkt, welche durch eine zurückweisende Entscheidung von ihrem in Österreich lebenden asylberechtigten Kind und Mann getrennt werden sollte (das Ehepaar hatte erst geheiratet, nachdem die in Deutschland schutzberechtigte Frau in Österreich einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hatte, das Kind wurde in weiterer Folge geboren). Der VwGH erkannte im ersten Verfahrensgang⁵⁰, dass der Rspr von VfGH/VwGH zufolge in den ersten Lebensphasen eines Kindes der ständige Kontakt mit der Mutter nicht nur wünschenswert, sondern notwendig sein kann. Es lässt sich nicht allgemein formulieren, dass ein Alter des Kindes von neun Monaten (wie es hier im Entscheidungszeitpunkt vorlag) eine Trennung des Kindes von der Mutter unter dem Blickwinkel des Kindeswohls rechtfertigen würde. Erforderlich ist vielmehr, unter Bedachtnahme auf die gesamte Familiensituation die konkreten Auswirkungen der Trennung auf das Kindeswohl festzustellen und zu berücksichtigen. Diesbezügliche Erörterungen würden im angefochtenen Erkenntnis vollständig fehlen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass das BVwG Besuche des Kindes bei der Mutter in Deutschland für möglich hält, weil allein dadurch nicht klar wird, ob die besonderen Bedürfnisse des Kleinkindes durch solche Besuche hinreichend gesichert werden können.

Im zweiten Verfahrensgang ging das BVwG davon aus, dass eine vorübergehende Trennung der Familie während des Verfahrens zur Erlangung eines Aufenthaltstitels der Mutter in Österreich wegen des nunmehr „fortgeschrittenen Alters“ des Kindes von fast zwei Jahren und der Möglichkeit der zwischenzeitlichen Betreuung durch den Kindesvater keine Verletzung des Kindeswohls darstelle. Der VwGH verwies erneut auf die Rspr, wonach der ständige Kontakt mit der Mutter in den ersten Lebensphasen eines Kindes notwendig sein kann. Es kann vor diesem Hintergrund nicht gesagt werden, dass bei einem Kindesalter von zwei Jahren eine (wenn

49 VfGH, 12.10.2016, E 1349/2016 [ECLI:AT:VFGH:2016:E1349.2016].

50 VwGH, 29.2.2020, Ra 2019/18/0456 [ECLI:AT:VWGH:2020:RA2019180456.L01].

auch nur vorübergehende) Trennung von der Mutter generell zumutbar wäre. Die Trennung eines Kleinkindes von seiner Mutter kann nur unter außergewöhnlichen Umständen unter dem Gesichtspunkt des Art 8 EMRK zulässig sein (zB weil das Kind ausschließlich andere enge Bezugspersonen hat oder auf Seiten der Mutter besonders gravierende öffentliche Interessen eine Aufenthaltsbeendigung erfordern). An der Unverhältnismäßigkeit der Trennung ändern auch grundsätzlich vorhandene wechselseitige Besuchsmöglichkeiten nichts. Ist die Trennung aber, wie das BVwG annimmt, nur vorübergehend, ist umso weniger ein öffentliches Interesse daran zu sehen, dass die Mutter für die Dauer eines Niederlassungsverfahrens Österreich verlassen muss und so in einer entscheidenden Entwicklungsphase von ihrem Kind getrennt wird.⁵¹

4.7 Flüchtlingsbegriff

Immer wieder konnte im Rahmen des Netzwerks Judikatur geschaffen werden, durch welche der Flüchtlingsbegriff näher konkretisiert werden konnte. Durch das NWAA unterstützte Verfahren trugen zur Entwicklung der höchstgerichtlichen Judikatur zu den bei der Prüfung der Asylrelevanz von Wehrdienstverweigerung zu berücksichtigenden Kriterien bei (Geltung verschärfter Strafdrohungen bei Wehrdienstverweigerung, dadurch erhöhter Druck auf Einberufene zur Teilnahme an Handlungen, die sich gegen die Ziele und Prinzipien der Vereinten Nationen richten, zumindest eine gegen den Staat gerichtete politische Gesinnung unterstellt⁵²). Die Weigerung eines albanischen Asylwerbers, die UCK zu unterstützen, kommt einer Wehrdienstverweigerung gleich, die asylrelevant sein kann, wenn die KFOR-Truppen keinen umfassenden Schutz bieten.⁵³ In einem später erwirkten Erkenntnis äußerte sich der VwGH nochmals zur Frage der Asylrelevanz einer Wehrdienstverweigerung.⁵⁴ Das Vorbringen einer Asylwerberin aus Ghana, dass ihr religiöse Verfolgung drohe, weil sie sich weigerte, Priesterin zu werden, kann nicht als offensichtlich unglaubwürdig gewertet werden.⁵⁵ Betreffend den Iran konnte bereits früh durch das

51 VwGH, 7.10.2021, Ra 2020/21/0299 [ECLI:AT:VWGH:2021:RA2020210299.L00].

52 VwGH, 21.12.2000, 2000/01/0072 [ECLI:AT:VWGH:2000:2000010072.X00].

53 VwGH, 6.3.01, 2000/01/0056 [ECLI:AT:VWGH:2001:2000010056.X00].

54 VwGH, 25.3.2015, Ra 2014/20/0085 [ECLI:AT:VWGH:2015:RA2014200085.L00].

55 VwGH, 31.5.01, 2000/20/0496 [ECLI:AT:VWGH:2001:2000200496.X00].

NWAA die Entscheidung erreicht werden, dass ein Verhalten entgegen die religiösen Vorstellungen des Islam einen Gesetzesverstoß darstellt, der auch strafrechtlich geahndet wird. Es besteht somit eine religiös und politisch motivierte Verfolgung.⁵⁶ In einem weiteren Fall: Konversion ist auch dann asylrelevant, wenn der Asylwerber seinen neuen Glauben – ohne missionarisch tätig zu sein – nur in seiner Heimat ausüben will, ihm dies aber verunmöglicht wird. Ein Mindestmaß an freier Religionsausübung muss somit gegeben sein.⁵⁷ Über das NWAA konnte auch Judikatur zur sozialen Gruppe erwirkt werden.⁵⁸ Im Zusammenhang mit dem Problem der „Sippenhaftung“ konkretisierte der VwGH (im Fall einer wegen der Schleppertätigkeit des Ehemannes verfolgten Frau und ihre Tochter aus Bangladesch), dass hier nicht entscheidend ist, ob die Verfolgung des Mannes aus Konventionsgründen erfolgt ist.⁵⁹

Im Fall eines Asylwerbers aus Bosnien, der wegen seiner Tätigkeit für die jugoslawische Armee während des Bürgerkriegs im ehemaligen Jugoslawien als Verräter angesehen und der Gefahr der Ermordung ausgesetzt war, entschied der VwGH, dass der Hinweis, dass es sich bei Bosnien um einen „sicheren Herkunftsstaat“ handelt, nicht genüge, um davon auszugehen, dass der Revisionswerber wirksamen staatlichen Schutz gegen private Verfolgung erhalten könne, sondern eine Auseinandersetzung mit den realen Gegebenheiten vor Ort notwendig sei.⁶⁰ 2015 konnte ein Erkenntnis des VwGH betreffend eine mögliche Gruppenverfolgung der Glaubensminderheit der Mandäer/Sabäer im Irak erwirkt werden: Die früher ergangene Rspr zu den Kriterien für das Vorliegen einer Gruppenverfolgung sei auch auf die neue Rechtslage zu übertragen, und die Überlegungen des BVwG zum Nichtvorliegen einer Gruppenverfolgung gingen nicht auf konkrete Beweisergebnisse ein und fänden auch in den Länderberichten keine Deckung.⁶¹ Im Fall eines weiteren irakischen Asylsuchenden bemängelte der VfGH⁶², dass der AsylGH dessen Vorbringen, er sei als ehemaliger General der irakischen Luftwaffe und als Dolmetscher für die US-Streitkräfte als Kollaborateur verfolgt worden, nicht unter dem Aspekt der politischen Verfolgung gewürdigt, sondern bloß ausgeführt hatte, dass eine Verfolgung

56 VwGH, 27.9.01, 99/20/0409 [ECLI:AT:VWGH:2001:1999200409.X00].

57 VwGH, 31.5.01, 2001/20/0054 [ECLI:AT:VWGH:2001:2001200054.X00].

58 VwGH 14.1.03, 2001/01/0508 [ECLI:AT:VWGH:2003:2001010508.X00].

59 VwGH, 16.12.2010 2007/20/1490, 1491 [ECLI:AT:VWGH:2010:2007201490.X00].

60 VwGH, 24.2.2015, Ra 2014/18/0063 [ECLI:AT:VWGH:2015:RA2014180063.L00].

61 VwGH, 29.4.2015, Ra 2014/20/0151 [ECLI:AT:VWGH:2015:RA2014200151.L00].

62 VfGH, 7.10.2015, U 528/2013 [ECLI:AT:VFGH:2015:U528.2013].

aufgrund einer gewissen beruflichen Tätigkeit nicht in der GFK angeführt sei. 2020 wies der VfGH das BVwG ua an, sich damit auseinanderzusetzen, ob die Zugehörigkeit zur Volksgruppe der Rohingya in Bangladesch für sich genommen Asylrelevanz hat.⁶³

Im Fall eines minderjährigen afghanischen Mädchens behob der VfGH die Entscheidung des BVwG wegen Verletzung im Recht auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander. Das BVwG sei davon ausgegangen, dass die Beschwerdeführerin keine „westliche Orientierung“ aufgewiesen bzw. keine Verfolgungssituation behauptet hätte, hatte aber das Vorbringen hinsichtlich ihrer mangelnden Bildungsmöglichkeiten in Afghanistan außer Acht gelassen und weder die Aussagen in den Länderberichten, wonach es in Afghanistan "wiederholte Gasangriffe auf Mädchenschulen" gegeben habe und "Schulbildung für Mädchen immer noch von einem Teil der Bevölkerung abgelehnt" werde, noch die entsprechende Rspr dazu berücksichtigt.⁶⁴

Im Fall einer aufgrund einer Erkrankung besonders vulnerablen afghanischen Frau, welche ua aus Furcht vor Zwangsheirat/Gewalt in der Familie geflüchtet war, behob der VfGH das abweisende Erkenntnis des BVwG mit der Begründung, es fehle an Feststellungen, welche Lebenssituation die Revisionswerberin bei Rückkehr nach Afghanistan vorfinden würde, insbesondere, ob der dort noch bestehende Familienverband in der Lage und willens wäre, sie unter Wahrung ihrer grundlegenden Menschenrechte aufzunehmen.⁶⁵

Nach der neuerlichen Machtübernahme der Taliban in Afghanistan im Sommer 2021 und der damit einhergehenden Einschränkung der Menschen-/Frauenrechte hat der VfGH in zwei bei ihm anhängigen Verfahren, die afghanische Frauen betreffen, Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gerichtet. Vereinfacht gesagt geht es darum, ob die Kumulierung von unterschiedlichen Maßnahmen, die Frauen in ihren Rechten einschränken, eine schwerwiegende Verletzung der grundlegenden Menschenrechte darstellt, und ob diesfalls alleine aufgrund des Geschlechts der Status der Asylberechtigten zu gewähren ist.⁶⁶ Beide Fälle wurden schon bei Revisionserhebung im Rahmen des NWAA unterstützt.

63 VfGH, 25.6.2021, E 3260/2020 [ECLI:AT:VFGH:2021:E3260.2020].

64 VfGH, 11.6.2015, E 602-603/2015 [ECLI:AT:VFGH:2015:E602.2015].

65 VwGH, 30.5.2018, Ra 2017/18/0521 [ECLI:AT:VWGH:2018:RA2017180521.L00].

66 Vorabentscheidungsersuchen des Verwaltungsgerichtshofs (Österreich) eingereicht am 22.9.2022 — AH (Rechtssachen C-608/22 und 609/22).

In einem weiteren mit Hilfe des NWAA geführten Verfahren, in dem es um die Frage der Asylgewährung im Falle von selbst geschaffenen „Nachfluchtgründen“ (zB exilpolitische Betätigung oder Konversion zum Christentum) geht, ist ebenfalls ein Vorabentscheidungsersuchen vor dem EuGH anhängig.⁶⁷

Die Entscheidungen des EuGH werden nicht nur auf nationaler Ebene, sondern europaweit richtungsweisend sein.

4.8 Kriegsvertriebene – vorübergehender Schutz

Anlässlich der hohen Fluchtbewegungen aus der Ukraine aufgrund des russischen Angriffs am 24. Februar 2022 wurde erstmals der Notfallmechanismus der sog. „EU-Massenzustrom-Richtlinie“⁶⁸ aktiviert. Am 4. März 2023 stellte der Europäische Rat das Bestehen eines Massenzustroms von Vertriebenen aus der Ukraine fest, womit die Richtlinie anwendbar und zugleich festgelegt wurde, welchen Personengruppen der in der Richtlinie vorgesehene vorübergehende Schutz gewährt wird.⁶⁹ In der Folge wurde in Österreich die sog. „Vertriebenen-Verordnung“⁷⁰ erlassen, in der das vorübergehende Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet für Vertriebene aus der Ukraine festgelegt wurde. Gemäß § 1 Z 1 der Vertriebenen-Verordnung haben u.a. Staatsangehörige der Ukraine mit Wohnsitz in der Ukraine, die aus dieser aufgrund des bewaffneten Konfliktes ab dem 24. Februar 2022 vertrieben wurden, ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet. Diese Bestimmung wurde seitens des BFA und überwiegend auch vom

67 Rechtssache C-222/22 Vorabentscheidungsersuchen des Verwaltungsgerichtshofs (Österreich) eingereicht am 29.3.2022 - Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (Rechtssache C-222/22).

68 Richtlinie 2001/55/EG des Rates vom 20. Juli 2001 über Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen und Maßnahmen zur Förderung einer ausgewogenen Verteilung der Belastungen, die mit der Aufnahme dieser Personen und den Folgen dieser Aufnahme verbunden sind, auf die Mitgliedstaaten.

69 Durchführungsbeschluss (EU) 2022/382 des Rates vom 4. März 2022 zur Feststellung des Bestehens eines Massenzustroms von Vertriebenen aus der Ukraine im Sinne des Artikels 5 der Richtlinie 2001/55/EG und zur Einführung eines vorübergehenden Schutzes.

70 Verordnung der Bundesregierung über ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht für aus der Ukraine Vertriebene (Vertriebenen-Verordnung – VertriebenenVO), BGBl. II Nr. 92/2022.

BVwG so ausgelegt, dass Ukrainer*innen, die sich am 24. Februar – zB aufgrund eines Urlaubes – außerhalb der Ukraine aufhielten, und nicht in diese zurückkehren konnten, das vorübergehende Aufenthaltsrecht nicht erhalten können, weil sie nicht „ab dem 24. Februar 2022“ vertrieben worden seien. Diese Auslegung wurde von den Mitgliedern des Netzwerk Asyl-Anwält*innen für verfassungswidrig erachtet und wurden daher mehrere Fälle zwecks Klärung dieser neuen und aktuellen Rechtsfrage an den VfGH herangetragen. Im März folgte die Grundsatzentscheidung. Der VfGH hielt darin fest, dass das BFA und das BVwG die Rechtslage grob verkannt hatten; die Voraussetzungen der Vertriebenenverordnung liegen auch dann vor, wenn ein*e ukrainische*r Staatsangehörige*r den Wohnsitz in der Ukraine kurze Zeit vor dem Ausbruch des Konfliktes verlassen hat, um zB einen Urlaub im Ausland zu verbringen. Der Wohnsitz in der Ukraine wurde durch einen solchen Urlaubsaufenthalt nicht aufgehoben.⁷¹

4.9 Verfahrensrecht

Im Rahmen des NWAA konnten auch wichtige Entscheidungen im Bereich des Verfahrensrechts erwirkt werden.

In einem Verfahren judizierte der VwGH, dass die Behauptung des Dolmetschers, der Beschwerdeführer verfüge nicht über eine bestimmte Aussprache, nicht ausreicht, um ihm die behauptete Herkunft abzusprechen. Fehlt es der Behörde an den entsprechenden Fachkenntnissen, ist ein Sachverständiger hinzuzuziehen.⁷² Der VwGH sprach in einer weiteren Entscheidung aus, dass fremdsprachige Textpassagen ohne Übersetzung nicht als Bestandteil des jeweiligen Bescheides zu behandeln sind⁷³. Ein Erkenntnis des VfGH wurde erwirkt iZm der Senatszusammensetzung beim AsylGH im Falle von Vorbringen in die sexuelle Selbstbestimmung. Der VfGH hielt fest, dass einem derartigen Vorbringen zuständigkeitsbegründende Wirkung zukomme und das Verfahren von Beginn an einem Senat desselben Geschlechts wie des*der Asylwerber*in zuzuweisen sein.⁷⁴

71 VfGH, 15.3.2023, E3249/2022 [ECLI:AT:VFGH:2023:E3249.2022]. Zeitgleich gab der VfGH auch den anderen beiden Beschwerden statt, die im Rahmen des Netzwerk Asyl-Anwält*innen erhoben worden waren (E 3434/2022 [ECLI:AT:VFGH:2023:E3434.2022] und E 238/2023 vom 15.3.2023 [ECLI:AT:VFGH:2023:E238.2023]).

72 VwGH, 8.6.2000, 99/20/0398 [ECLI:AT:VWGH:2000:1999200398.X00].

73 VwGH, 03.12.2008, 2008/19/0990 [ECLI:AT:VWGH:2008:2008190990.X00].

74 VfGH, 27.9.2012, U688/12 ua [ECLI:AT:VFGH:2012:U688.2012].

Bald nach Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle 2012 und der damit einhergehenden Errichtung des BVwG konnte eine Grundsatzentscheidung bezüglich der zu beachtenden Kriterien für die Frage der Zulässigkeit der Nichtdurchführung einer mündlichen Beschwerdeverhandlung in Asylverfahren vor dem BVwG erwirkt werden. Eine mündliche Verhandlung vor dem BVwG in asyl- und fremdenrechtlichen Angelegenheiten kann ua dann unterbleiben, „wenn der Sachverhalt aus der Aktenlage in Verbindung mit der Beschwerde geklärt erscheint“. Der VwGH stellte klar, dass die Annahme eines solcherart geklärten Sachverhalts nur unter sehr engen Voraussetzungen zulässig ist.⁷⁵

In einem nach Nicht-Teilnahme der zugewiesenen Rechtsberatung an der mündlichen Verhandlung geführten Beschwerdeverfahren führte der VwGH nach Erhebung einer Revision aus, dass bei Ersuchen um Teilnahme seitens eines*r Beschwerdeführer*in die Teilnahme des*der Rechtsberater*in gesetzlich geboten sei und es nicht in dessen*deren Belieben liegt, die Teilnahme an der Verhandlung abzulehnen. Damit einhergehend hat das BVwG dafür Sorge zu tragen, dass das Recht auf eine*n Rechtsberater*in tatsächlich in Anspruch genommen werden kann und unter Umständen durch Ladung das Erscheinen des*der Rechtsberaters*in zu bewirken.⁷⁶

In einer weiteren Entscheidung stellte der VwGH, klar, dass in Fällen, in denen das BFA der Beschwerde gegen einen Bescheid die aufschiebende Wirkung aberkannt hat, ein Antrag auf aufschiebende Wirkung nicht zulässig ist, sondern die Aberkennung mit Beschwerde gegen den Bescheid zu bekämpfen ist. Über eine solche hat das BVwG binnen einer Woche zu entscheiden.⁷⁷

75 VwGH, 28.5.2014, Ra 2014/20/0017 und 0018 [ECLI:AT:VWGH:2014:RA2014200017.L00].

76 VwGH, 3.5.2016, Ro 2016/18/0001[ECLI:AT:VWGH:2016:RO2016180001.J00].

77 VwGH, 13.9.2016, Fr 2016/01/0014 [ECLI:AT:VWGH:2016:FR2016010014.F00].

Erfahrungsbericht Grün-Alternativer Verein zur Unterstützung von BürgerInneninitiativen (BIV)

Fritz Kroiss

1. Entstehungsgeschichte

Der Grün-Alternative Verein zur Unterstützung von BürgerInneninitiativen (BIV) wurde

1991 eingerichtet und mit Beiträgen der grünen Abgeordneten dotiert.¹ Er besteht seit über 30 Jahren und hat insgesamt über eine Million Euro an Einzelpersonen, Bürgerinitiativen und Umweltorganisationen zum Schutz der Umwelt und der Grund- und Menschenrechte ausgeschüttet, in erster Linie, damit diese ihre durch Unionsrecht, Verfassung und Gesetz garantierten Rechte in Verfahren wahrnehmen können.² Mit den finanziellen Mitteln und zum Teil parlamentarischen Kontrollinstrumenten konnten nicht nur konkrete Erfolge bzw. Verbesserungen im Einzelfall erreicht, sondern auch Gesetzesänderungen bewirkt werden. Diese Fälle können als Erfolgsbeispiele für „strategic litigation“ bezeichnet werden, auch wenn dieser Begriff erst viel später in Gebrauch kam.

Am 15. Oktober 2017 wurden die Grünen nicht mehr in den Nationalrat gewählt. Damit verlor die Zivilgesellschaft auch die bisherige finanzielle Unterstützung durch den grünen „Bürgerinitiativenfonds“. Der BIV wurde weitergeführt, konnte aber mangels neuer Mittel auch keine neuen Unterstützungsfälle mehr annehmen. Mit dem Wiedereinzug ins Parlament konnte der BIV auf neue Beine gestellt werden und der Mittelzufluss aus Beiträgen der grünen Abgeordneten war wieder gegeben.

1 <https://www.buergerinitiativen.at/wer-wir-sind.html> (6.9.2022).

2 Unter <https://www.buergerinitiativen.at/wie-man-zu-geld-kommt.html> (6.9.2022) können sämtliche Jahresberichte des BIV abgerufen werden.

2. Ziele und Arbeitsweise des BIV

Der BIV unterstützt in erster Linie Betroffene, Bürgerinitiativen oder Umweltorganisationen in Rechtsverfahren und beteiligt sich an den Kosten für RechtsanwältInnen oder Sachverständige.³

Als Rechtsverfahren werden alle gerichtlichen und verwaltungsbehördlichen Verfahren angesehen. Gefördert werden nur konkrete Maßnahmen bzw. Rechtsschritte, nicht aber die laufende Infrastruktur von Bürgerinitiativen oder anderen Organisationen. Das Anliegen muss zudem von österreichweiter Bedeutung und die geplanten Schritte müssen Erfolg versprechend sein.

Die unterstützten rechtlichen Schritte sollen die Erhaltung oder Verbesserung der natürlichen Umwelt oder die Beseitigung bzw. Verhinderung von direkten Gefährdungen und Belästigungen des Lebens und der Gesundheit des Menschen, der Tiere und Pflanzen zum Gegenstand haben oder – und das ist der zweite ganz zentrale Tätigkeitsbereich des BIV – rechtliche Schritte betreffen, die den Schutz und die Durchsetzung der Menschenrechte zum Ziel haben. In beiden Themenfeldern muss eine gesamtösterreichische Bedeutung gegeben sein. Das wird z.B. bei Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung angenommen.

Nicht unterstützt werden insbesondere Einzelschicksale bzw Verfahren, die keine Bedeutung über den Einzelfall hinaus haben, Schadenersatzverfahren – außer sie könnten durch Präjudizwirkung grundlegendere Relevanz erlangen – und Strafverfahren.

Die genannten Kriterien werden durch interne Vergaberichtlinien näher konkretisiert.

Voraussetzung für die Unterstützung einer Initiative in einem rechtlichen Verfahren ist, dass das Ziel der rechtlichen Schritte dem Vereinszweck des BIV entspricht, das Verfahren „nicht aussichtslos“ ist und die Kosten des Verfahrens nicht selbst getragen werden können. Außerdem muss der/die Unterstützungswerber:in seinen ordentlichen Wohnsitz in Österreich haben und er/sie muss damit einverstanden sein, dass der Umstand der Unterstützung durch den BIV der Öffentlichkeit bekannt gegeben wird (im Wege der Webpage des BIV, in Tageszeitungen und in anderer Weise je nach Einzelfall).

Die wesentlichen Kriterien, die der BIV bei der Unterstützungsentscheidung berücksichtigt, sind der mögliche Beitrag des Verfahrens zur Rechts-

3 <https://www.buergerinitiativen.at/foerderinhalte.html> (6.9.2022).

fortbildung und Rechtsdurchsetzung und die Frage ob es sich (inhaltlich) um ein „Leuchtturmprojekt“ handelt. Als Leuchtturmprojekte werden hier Verfahren verstanden, die Signalwirkung für Folgevorhaben entfalten können, etwa in dem Sinne, dass sie Betroffene ermutigen können, ebenfalls Schritte zur Durchsetzung ihrer Rechte zu unternehmen oder indem sie Defizite auf der Ebene der Gesetzgebung durch Sichtbarmachung praktischer Anwendungsfälle (Problemfälle) greifbar machen.

3. Themen und Erfolge des BIV

Die Themen der Unterstützungsfälle des BIV waren äußerst vielfältig. Im Umweltbereich waren und sind natürlich Großanlagen ein Thema. Den Fragestellungen der Zeit entsprechend waren in den Neunzigerjahren z.B. Müllverbrennungsanlagen ein besonderes Konfliktthema, ebenso wie kalorische Kraftwerke⁴ oder industrielle Anlagen⁵, etwa im Bereich Materialrohstoffgewinnung/ Bergbau⁶. Bis heute sind Straßenbauprojekte eines der Top-Themen unter den Unterstützungszusagen.⁷

An den Straßenbau-Fällen lässt sich auch die Weiterentwicklung des Umweltrechts im Laufe der Zeit des Bestehens des BIV und damit die Veränderung der Fälle gut zeigen. Konnten anfangs überwiegend „nur“ vom Vorhaben betroffene Wasserrechte von Anrainer:innen und nur durch diese selbst thematisiert werden⁸, so konnten mit Einführung des UVP-Gesetzes Bürgerinitiativen in den Genehmigungsverfahren mit Parteistellung ausgestattet auftreten und Beschwerden beim Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshof (über Rechtsanwält:innen) einbringen.⁹ – Das war ein gewaltiger Meilenstein. Einen neuerlichen Sprung nach vorne in Sachen Beteiligung

4 Siehe Eintrag „Dreifacher Erfolg für Initiativen gegen Kohlekraftwerk Voitsberg“ unter <https://www.buergerinitiativen.at/erfolge.html> (6.9.2022).

5 Siehe Eintrag „Funder Max/St. Veit (Kärnten)“ unter <https://www.buergerinitiativen.at/erfolge.html> (6.9.2022).

6 Siehe aber auch ganz aktuellen Erfolg „Bürgerinitiative erwirkt strengere Umweltauflagen für Kiesabbauprojekt“ unter <https://www.buergerinitiativen.at/erfolge.html> (6.9.2022).

7 Siehe z.B. den aktuelleren Fall „Bürgerinitiativen: Jetzt auch Parteistellung im vereinfachten UVP-Verfahren“, bei dem es um das Straßenprojekt „Stadttunnel Feldkirch“ geht unter <https://www.buergerinitiativen.at/erfolge.html> (6.9.2022).

8 Z.B. Straßenprojekt „Ennsnahe Trasse“, VwGH 25.4.1996, 93/07/0082.

9 § 19 Abs 1 Z 6 UVP-G 2000.

brachte die Aarhus-Konvention¹⁰ und deren Umsetzung im EU-Umweltrecht.¹¹ Dadurch konnten nun auch Umwelt-NGOs selbst in Verfahren auftreten¹².

Und so nehmen Rechtsfragen in Zusammenhang mit dem Beteiligungsrecht von NGOs aktuell einen hohen Stellenwert unter den Unterstützungsfällen des BIV ein. Die Aarhus-Konvention und Ihre Umsetzung im EU-Recht¹³ und in Österreich wurde stark durch Gerichtsentscheidungen vorangetrieben, welche von NGOs angestrengt werden. Diese Verfahren könnten nur geführt werden, wenn den NGOs ausreichende finanzielle Mittel zur Verfügung stehen und der BIV ist hier ein wichtiger „Unterstützer“. Ein aktuelles Beispiel ist das Projekt Wasserkraftwerk Schwarze Sulm¹⁴. Hier hat der VwGH eine nähere Prüfung verlangt, ob das Projekt durch diverse Abänderungen zum „aliud“ wurde und daher eine NGO-Beteiligung, wie sie die aktuelle Rechtslage verlangt, in vollem Umfang zu gewähren ist.¹⁵ Der VwGH ist somit der Rechtsauffassung der NGO weitgehend gefolgt und es ist nun klargestellt, dass sich der Rechtsschutz, der sich aus der Aarhus Konvention ergibt, auch auf Verfahren über Projektänderungen erstreckt. Dies stellt eine unionsrechtlich begründete Ausweitung gegenüber dem Gesetzestext des Wasserrechtsgesetzes (WRG) dar.

Mit der Unterstützung von Verfahren wie diesem trägt der BIV zur Weiterentwicklung des Umweltrechts und zur Stärkung der Möglichkeit der zivilgesellschaftlichen Teilhabe ganz wesentlich bei.

In den letzten Jahren sind im Umweltbereich zahlreiche neuere Themen zu den genannten „Großprojekten“ hinzugekommen. Der BIV unterstützt so etwa Verfahren im Bereich Informationsfreiheit, konkret zur Herausgabe von Umweltinformationen auf Basis der Umweltinformationsgesetze des

10 Übereinkommen von Aarhus über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten, BGBl. III Nr. 88/2005

11 Zur Aarhus Konvention siehe z.B. Kroiss, RdU 2001, 87.

12 § 19 Abs 1 Z 7 UVP-G 2000.

13 U.a. umgesetzt mit RL 2003/35/ vom 26. Mai 2003 über die Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Ausarbeitung bestimmter umweltbezogener Pläne und Programme und zur Änderung der Richtlinien 85/337/EWG und 96/61/EG des Rates in Bezug auf die Öffentlichkeitsbeteiligung und den Zugang zu Gerichten.

14 Z.B. „Wasserkraftwerk im Natura 2000-Gebiet Schwarze Sulm/Stmk“ unter <https://www.buergerinitiativen.at/erfolge.html> (6.9.2022).

15 VwGH 14.9.2021, Ra 2020/07/0056.

Bundes und der Länder¹⁶, aber auch in Bereichen außerhalb des Anwendungsbereichs der Umweltinformationsgesetze.¹⁷

Ein weiteres wichtiges Thema ist die Untätigkeit des Staates und seiner Behörden in Hinblick auf Umweltbeeinträchtigungen. Der BIV unterstützt aktuell wieder einen Fall, bei dem die Behörden zu ehrgeizigeren Luftreinhalteplänen und -maßnahmen gezwungen werden sollen.¹⁸ Bereits 2015 und 2017 hat der VwGH in einem vom BIV unterstützten Fall der Familie H in Graz das Recht auf Feinstaubmaßnahmen zugesprochen¹⁹ und eine bezughabende Entscheidung des LVwG Steiermark mit folgender Begründung aufgehoben: Die Luftqualitäts-RL der EU sehe Handlungspflichten bei Überschreitung bestimmter Grenzwerte vor. Daraus habe der EuGH ein Recht „betroffener“ Personen auf Verbesserung des Luftqualitätsplans samt Maßnahmen durch die Behörde abgeleitet was somit auch für Österreich gelte. „Betroffen“ seien Personen, die sich in einem Gebiet mit Grenzwertüberschreitungen dauerhaft aufhalten. Diese Entscheidung des VwGH vom Mai 2015 war ein rechtlicher Meilenstein. Wie schon das deutsche Bundesverwaltungsgericht im September 2013²⁰ „kompensiert“ er mit seiner Entscheidung die Untätigkeit des Gesetzgebers, Betroffenen einen Klagsweg gegen die Untätigkeit der Verwaltungsbehörde zu eröffnen.²¹

In Zusammenhang mit „Untätigkeit“ von Behörden sind natürlich auch die „Klimaklagen“ zu erwähnen²², die aller Voraussicht nach ein künftiges Thema der Unterstützung sein werden, auch wenn sich hier noch ganz andere Rechtsfragen stellen werden.

Neu ist auch, dass Fragen des Naturschutzrechts und der Umsetzung von „Natura 2000“ in Österreich durch die Beteiligungsmöglichkeiten von NGOs in einem Ausmaß thematisiert werden können, wie es vor 30 Jahren

16 Aktueller vom BIV unterstützter Fall „Baumurteil wird Auskunftspflicht der Ämter verändern“, https://www.meinbezirk.at/hernals/c-lokales/baumurteil-wird-auskunftspflicht-der-aemter-veraendern_a5369578 (6.9.2022).

17 Informationsfreiheit für JournalistInnen und NGOs als „social watchdogs“ unter <https://www.buergerinitiativen.at/erfolge.html> (6.9.2022).

18 <https://www.buergerinitiativen.at/luft-massnahmenprogramm-und-n02-messstation-wiedner-guertel-w.html> (6.9.2022).

19 VwGH 28.5.2015, Ro 2014/07/0096 und VwGH 25.10.2017, Ro 2017/07/0020 bis 0021.

20 Deutsches BVerwG 5.9.2013, 7 C 21.12, ECLI:DE:BVerwG:2013:050913U7C21.12.0.

21 „Feinstaubmaßnahmen Graz: VwGH hebt negative Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts auf“ unter <https://www.buergerinitiativen.at/erfolge.html> (6.9.2022).

22 Z.B. <https://www.derstandard.at/story/2000120845954/verfassungsgerichtshof-wies-greenpeace-klimaklage-zurueck> (6.9.2022).

undenkbar gewesen wäre.²³ Heute kann von Bürgerinitiativen und NGOs „objektives Umweltrecht“ in den Verfahren geltend gemacht werden. Dies ist immens wichtig, da naturschutzrechtliche Bestimmungen immer „lediglich“ objektives Umweltrecht darstellen.

Ein aktuelles Beispiel für einen wichtigen Fall mit Naturschutzbezug ist das Wasserkraftwerk Tumpen - Habichen²⁴. Die Ötztaler Wasserkraft GmbH plant die Errichtung eines Wasserkraftwerks zwischen Tumpen und Habichen an der Ötztaler Ache in Tirol. Der BIV unterstützt hier eine NGO, die sich im Verfahren beteiligt. Insbesondere sollte die Rechtsfrage geklärt werden, inwieweit Umweltorganisationen außerhalb der Stichtagsregelungen der Aarhus-Beteiligungsgesetze und somit des § 48 Abs 12 Tiroler Naturschutzgesetzes Beschwerden gegen rechtskräftige Bescheide erheben können. Immerhin hat der Verwaltungsgerichtshof im ebenfalls vom BIV unterstützten Verfahren betreffend das Wasserkraftwerk Schwarze Sulm (s.o.) bereits festgestellt, dass die sich aus der EuGH -Entscheidung Protect ergebenden Beteiligungsrechte rückwirkend bis zum Inkrafttreten der EU-Grundrechtecharta am 1.1.2009 anwendbar sein kann.²⁵

Nur in seltenen Fällen kam es zur Unterstützung in zivilrechtlichen Fällen, da diese in Österreich im Umweltbereich nur eine untergeordnete Rolle spielen. Als Erfolgsbeispiel kann aber die geplante Hotelanlage am Tiroler Obernbergsee erwähnt werden. An die Stelle eines ehemaligen traditionell gebauten Ausflugsgasthofs mit Matratzenlager war ein 17 m hoher Turm und drei Terrassen für 10 Apartment-Tunnel mit massiven Erdaufschüttungen geplant. Die Hotelanlage sollte in dreifach geschütztem Gebiet auf 1600m Höhe gebaut werden. Die Realisierbarkeit des Vorhabens war von Möglichkeit zur Benützung einer von einer forstlichen Bringungsgemeinschaft betriebenen Straße abhängig. Die Bringungsgemeinschaft wehrte sich vor Gericht gegen diese erweiterte Benützung. Das Gericht gab den Beschwerdeführern recht: Das Oberlandesgericht Innsbruck stellte fest, dass die Errichtung und der Betrieb der Hotelanlage über die bisherige Nutzung des landwirtschaftlichen Zufahrtswegs, der von einer Bringungs-

23 Z.B. auch im Forstrecht, sieh den BIV-Fall „Forstrecht: Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie und Aarhus-Konvention sind anzuwenden“ unter <https://www.buengerinitiativen.at/erfolge.html> (6.9.2022).

24 BIV Fall „WWF-Stellungnahme EuGH-Durchsetzung WRRL“ unter <https://www.buengerinitiativen.at/erfolge.html> (6.9.2022).

25 VwGH 25.4.2019, Ra 2018/07/0410.

gemeinschaft errichtet worden war, hinausgehen.²⁶ Die Hotelanlage konnte mangels Zufahrt nicht gebaut bzw. nicht in Betrieb genommen werden.

Auch die Themen der Unterstützungsfälle im Menschenrechtsbereich waren und sind äußerst vielfältig:

Unterstützt wurde häufig in Verfahren gegen Polizeiübergriﬀe (Maßnahmenbeschwerden).²⁷

Viele Verfahren betrafen sehr spezifische Themen (Unterstützung gegen Bescheide des BMI im Zusammenhang mit dem Wehrdienst, Radiolizenz für „das Freie Radio Wien“, Unterstützung von gleichgeschlechtlichen Paaren im Zusammenhang mit Diskriminierungen), wie schon in einem Rückblick 2017 dargestellt wurde.²⁸

Gender-Themen bleiben ein wichtiges Feld der Unterstützung. Ein aktuelles Verfahren betrifft die Möglichkeit zur Personenstandsänderung ohne körperliche Intersexualität. Worum geht es? Bereits 2020 konnte das Verfahren zur Anerkennung des dritten Geschlechts von Rechtsanwalt Dr. Graupner vom Rechtskomitee LAMBDA erfolgreich abgeschlossen werden. Mittlerweile wurden die ersten Pässe und Geburtsurkunden mit dem gewünschten Geschlechtseintrag „inter“ ausgestellt.

Der BIV unterstützt nun einen auf diesen Erfolg aufbauenden Fall: Es soll durchgesetzt werden, dass „körperliche Intersexualität“ nicht mehr Voraussetzung für die Personenstandsänderung ist und damit eine Gleichstellung intersexueller Personen mit Transpersonen erreicht werden.²⁹

Aktueller Verfahrensstand: Auf Basis eines medizinischen Gutachtens (das sich mit der „Gender-Dimension“, aber nicht mit Fragen der körperlichen Intersexualität) auseinandersetzt, wurde ein Antrag bei der Personenstandsbehörde auf Eintrag „divers“ gestellt. Es wird eine ablehnende Entscheidung des Magistrats erwartet. Dagegen soll Beschwerde ans LVwG und in der Folge an den VfGH erhoben werden.

Sollte das Verfahren erfolgreich sein, wird mit Unterstützung des BIV eine Verbesserung für alle intersexuellen Menschen erreicht.

Dem BIV ist natürlich auch die Kommunikation seiner Erfolge ein Anliegen. Über viele der Erfolge wurde in Tageszeitungen und anderen Medien

26 OLG Innsbruck 21.1.2019, 2 R 164/18m-22.

27 Z.B. <https://www.buergerinitiativen.at/massnahmenbeschwerde-demo-gegen-wkr-ba11.html> (6.9.2022).

28 Meyer in *Khol/Ofner/Karner/Halper* (Hrsg.) Österreichisches Jahrbuch für Politik 2017 (2018) 315 f.

29 <https://www.buergerinitiativen.at/gleichstellung-intersexueller-menschen-mit-transpersonen.html> (6.9.2022).

berichtet und auf der Website des BIV kann die Medienberichterstattung nachgelesen werden.³⁰ Auf der BIV Website finden sich auch ausführlichere Darstellungen der erfolgreichen Unterstützungsfälle³¹ und der unterstützten Initiativen³². Eine Gesamtübersicht für das jeweilige Kalenderjahr findet sich in den Jahresberichten, welche ebenfalls auf der BIV Website abrufbar sind.³³

4. Resümee

Der Grün-Alternative Verein zur Unterstützung von BürgerInneninitiativen (BIV) ist seit seiner Entstehung im Jahr 1991 ein zentraler Unterstützungsfaktor zivilgesellschaftlichen Engagements und ein Motor der Weiterentwicklung im Bereich von Umwelt- und Menschenrechtsthemen. Die Rechtsentwicklung in diesen Bereichen kommt nicht zum Stillstand. Im Gegenteil, sie ist dynamischer denn je und es braucht weiterhin finanzielle Unterstützung für Initiativen, die von konkreten Defiziten in der Rechtsordnung betroffen sind und bereit sind, diese im Rahmen von Gerichtsverfahren aufzuzeigen und für Verbesserung zu kämpfen.

Literaturverzeichnis:

- Meyer, Der „Bürgerinitiativenfonds“ der Grünen im Parlament, in *Khol/Ofner/Karner/Halper* (Hrsg), Österreichisches Jahrbuch für Politik 2017 (2018), 309–325
- Kroiss, Die Verbandsbeschwerde im Umweltrecht - neue Impulse für Österreich durch die Aarhus-Konvention, *Recht der Umwelt* 2001, 87–94.

30 <https://www.buergerinitiativen.at/artikel.html> (6.9.2022).

31 <https://www.buergerinitiativen.at/erfolge.html> (6.9.2022).

32 <https://www.buergerinitiativen.at/initiativen.html> (6.9.2022).

33 <https://www.buergerinitiativen.at/wie-man-zu-geld-kommt.html> (6.9.2022).

Die Nutzung von Klagerechten im Gleichbehandlungsrecht – Praxiserfahrungen und strategische Überlegungen der Gleichbehandlungsanwaltschaft

Cornelia Amon-Konrath und Sandra Konstatzky

1. Einleitung

Eine der Kernaufgaben der Gleichbehandlungsanwaltschaft (GAW) ist die Beratung und Unterstützung von Diskriminierungsopfern. Die Anfragen erfolgen zwar von den Personen an die Institution, dennoch geht die GAW hier auch aktiv strategisch vor, um zwei wesentliche Wirkungsziele zu erfüllen: das erste hat den „Ausgleich für Diskriminierung und damit die verbesserte Situation für Individuen mit Diskriminierungserfahrung¹“ im Fokus. Das bedeutet, dass die Beratung und Unterstützung in Einzelfällen klient:innenzentriert, aber mit Rücksicht auf die konkreten Rahmenbedingungen erfolgt. Gemäß der Beweislage, der rechtlichen Einschätzung und den individuellen Ressourcen der Person werden unterschiedliche Handlungsmöglichkeiten der GAW wie Interventionsschreiben, Auskunftersuchen und Anträge an die Gleichbehandlungskommission strategisch eingesetzt. Mit dem zweiten Wirkungsziel soll „mehr Rechtsklarheit und -sicherheit im Umgang mit dem Gleichbehandlungsgesetz (GlBG)²“ hergestellt werden. Im GlBG stellen sich immer wieder Rechtsfragen, die unabhängig vom Einzelfall einer Klärung bedürfen. Dabei ist zu beachten, dass sich gerade im Antidiskriminierungsrecht ein großer Spannungsbogen zeigt: jener des Zusammentreffens struktureller, gesellschaftlich bedingter Benachteiligung im Zusammenhang mit verschiedenen, sich teils überschneidenden Merkmalen (z.B. Geschlecht und ethnische Zugehörigkeit) mit der gesetzlichen Regelung individueller Ansprüche.

Unter „strategischer Klageführung“ muss hinsichtlich der GAW außerdem beachtet werden, dass es neben der noch sehr eingeschränkten und

1 Die Gleichbehandlungsanwaltschaft arbeitet seit 2020 auf der Grundlage einer eigenen Wirkungslogik, die auf der Website unter dem Titel „Vision und Arbeitsweise“ abrufbar ist, <https://www.gleichbehandlungsanwaltschaft.gv.at/wir-ueber-uns/vision.html> (25.07.2023).

2 Siehe FN 1.

auszubauenden Möglichkeit, Prozesse zu führen, auch jenes Verfahren beachtet werden muss, das die GAW vor der Gleichbehandlungskommission (GBK) führen kann. Der Artikel befasst sich daher mit gerichtlichem Vorgehen durch die GAW und bezieht das Verfahren vor der GBK mit ein.

2. Rechtliche Rahmenbedingungen des GBK/GAW-Gesetzes

Aus ihrer Entstehungsgeschichte heraus und im Rahmen des europarechtlichen Kontextes, in dem sich die Landschaft der Gleichbehandlungsstellen mittlerweile bewegt, sieht sich die GAW als Brücke zwischen dem GIBG und der Durchsetzung der darin geregelten Ansprüche. Ihre Kernaufgabe ist die Beratung und Unterstützung von Personen, die sich im Rahmen des GIBG als benachteiligt erachten (§ 5 Abs 1 GBK/GAW-G). Zu diesem Zweck können Gleichbehandlungsanwält:innen, wenn sie ein Vorbringen als glaubhaft erachten, Anträge an den jeweiligen Senat der GBK richten (§ 12 Abs 1 GBK/GAW-G). Diese Anträge sind Einzelfallprüfungen, das Ergebnis der Prüfung durch die Senate der GBK stellt ein rechtlich unverbindliches Prüfungsergebnis dar. Gelangt der jeweilige Senat zur Auffassung, dass eine Diskriminierung vorliegt, hat er außerdem einen schriftlichen „Vorschlag zur Verwirklichung“ der Gleichbehandlung zu übermitteln, der sich an den:die Antragsgegner:in richtet und mit einer Frist zu versehen ist (§ 12 Abs 3 GBK/GAW-G). Die Leistung eines angemessenen Schadenersatzes wird grundsätzlich vorgeschlagen, weitere bisher von der GBK gemachte Vorschläge betrafen beispielsweise die Schulung von Besetzungskommissionen in Hinblick auf Gleichstellung und Diversität (in Fällen im Zusammenhang mit Diskriminierung beim beruflichen Aufstieg)³ oder z.B. den Auftrag, eine Struktur im Unternehmen zu implementieren, um wirksame Abhilfemaßnahmen bei (sexueller) Belästigung zu schaffen.

Für die GAW besteht derzeit in nur zwei Fällen die Möglichkeit, nach Abschluss eines Verfahrens vor der GBK in einem Einzelfallprüfungsverfahren einen weiteren gerichtlichen Verfahrensschritt zu setzen:

- wenn einem Auftrag nach § 12 Abs 3 GBK/GAW-G nicht entsprochen wird (§ 12 Abs 5 GBK/GAW-G), der Antrag von der GAW eingebracht

3 Einzelfallprüfungsergebnisse aus GBK Senat I, Diskriminierungsgrund Geschlecht: Beruflicher Aufstieg - Bundeskanzleramt Österreich, GBK I/916/19 (download vom 11.4.2023).

wurde und die Zustimmung der betroffenen Person vorliegt. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen.

- wenn sich die Entscheidung des Senates der GBK in einem vom: von der Gleichbehandlungsanwält:in vorgelegten Fall nicht mit dessen: deren Auffassung deckt (§ 5 Abs 6 GBK/GAW-G). Auch hier ist die Zustimmung der betroffenen Person notwendig und alle Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen.

In jedem Fall hat die GAW ein rechtliches Interesse an der Führung eines solchen, auf Feststellung der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes gerichteten Verfahrens, zu begründen⁴. Die Vertretung der GAW vor Gericht erfolgt durch die Finanzprokurator, da die GAW eine (unabhängige) Dienststelle des Bundeskanzleramtes ist. Gerichtsstand und Streitwert ergeben sich aus der Jurisdiktionsnorm (JN), der Zivilprozessordnung (ZPO), dem Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz (ASGG) und der jeweiligen Anspruchsgrundlage im GIBG.

3. Bisher geführte Verfahren

Bislang wurden von der GAW ausschließlich Klagen gemäß § 5 Abs 6 GBK/GAW-G eingebracht, also dann, wenn die GBK abweichend von der Rechtsmeinung der GAW entschied. Insgesamt wurden bereits vier Verfahren durchgeführt, wobei zwei mit einem Vergleich endeten. Sämtliche, den Klagen zu Grunde liegende Entscheidungen, wurden ursprünglich von Senat I getroffen.

3.1 Erstes Verfahren mit Klarstellungen zum rechtlichen Interesse

Das erste, von der GAW geführte Verfahren war mit vielen Unsicherheiten behaftet, da sowohl die Gerichte als auch die GAW, das Bundesministerium, dem die GAW zu jenem Zeitpunkt zugeordnet war, und die Finanzprokurator erstmalig mit diesem Verfahren beschäftigt waren. So stellte die Klärung der Kostentragung eine wesentliche praktische Vorfrage dar, und nahm viel Zeit in Anspruch. Das Verfahren endete schlussendlich nicht mit einer Entscheidung in der Sache selbst, sondern die Revision wurde vom

4 RS0122143, OGH 9.5.2007, 9 ObA 44/06w.

Obersten Gerichtshof (OGH) zwar als berechtigt, aber nicht als erfolgreich befunden, weil der zu Grunde liegende Anspruch der betroffenen Person bereits verjährt war. Geklärt wurde vom OGH, dass der GAW kein eigenes Feststellungsinteresse zukomme, welches ein Klagerecht losgelöst vom ursprünglichen Anspruch begründen würde, weshalb die Verjährung der Ansprüche von der beklagten Partei berechtigterweise eingewendet worden war.⁵ Der OGH hatte im Jahr 2007 eher die vorbereitende Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung der Ansprüche der Betroffenen durch diese Klage im Blick als ein etwaiges davon losgelöstes Feststellungsinteresse der GAW.

3.2 Vergleichsweise Beendigung in erster Instanz

In jenen Verfahren, in denen bereits in erster Instanz ein Vergleich geschlossen wurde, bedeutete das aus der Perspektive der betroffenen Person, kein langwieriges Verfahren führen zu müssen und die Ansprüche zumindest zum Teil erfüllt zu bekommen, obwohl die Klage lediglich auf Feststellung gerichtet war. Aus Sicht der GAW gibt es freilich das Bestreben, mit einem Feststellungsverfahren Rechtsfragen zu klären, die über die Bedeutung des Einzelfalls hinausgehen. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) misst dem Interesse an der Feststellung einer Diskriminierung mittlerweile ebenfalls große Bedeutung bei.⁶

3.3 Verfahren in erster Instanz negativ entschieden

In einem weiteren Verfahren wurde eine Feststellungsklage gemäß § 5 Abs 6 GBK/GAW-G eingebracht und eine negative Entscheidung von Senat I bekämpft. Es handelte sich um die Prüfung einer geschlechtsbezogenen Diskriminierung bei der Festsetzung des Entgelts, welches in erster Instanz vor dem Arbeits- und Sozialgericht (ASG) verloren wurde. Es konnte nicht glaubhaft gemacht werden, dass Gehaltsunterschiede auf das Geschlecht zurückzuführen waren. Auf Grund mangelnder Erfolgsaussichten bei der Bekämpfung der Beweiswürdigung im weiteren Instanzenzug verfolgte die GAW die Klage nicht weiter. Im Rahmen dieser Klage wurde klar, dass sich Verfahren, die auf die Beweiswürdigung fokussiert sind, nicht für

5 OGH 9.5.2007, 9 ObA 44/06w.

6 EuGH 15.4.2021, C-30/19 (Diskriminierungsombudsmannen gegen Braathens Regional Aviation AB) ECLI:EU:C:2021:269.

diese Art der Feststellungsverfahren eignen. Die Verfahrensdauer vor Senat I betrug zum damaligen Zeitpunkt ca. zwei Jahre, sodass die Befragung der Zeug:innen vor Gericht rund drei Jahre nach den eigentlichen Vorfällen stattfand. Das Erinnerungsvermögen der Zeug:innen war zu diesem Zeitpunkt verständlicherweise gering, was sich dementsprechend auf die Beweiswürdigung vor Gericht auswirkte und die Erfolgchancen einer derartigen Klage insgesamt erheblich mindert.

4. Erkenntnisse aus bereits geführten Verfahren

In weiterer Folge stellte die GAW auf Grund der bisher gesammelten Erfahrungen interne Überlegungen an, um Feststellungsverfahren, die derzeit die einzige Möglichkeit bieten, den ordentlichen Gerichtsweg zu beschreiten und so strategische Klagen zu führen, zukünftig effektiv nutzen zu können. Zu bedenken ist außerdem, dass die Klage nur zwischen den Verfahrensparteien Bindungswirkung erlangt und die betroffene Person zur Durchsetzung ihrer tatsächlichen Ansprüche anschließend eventuell noch ein Leistungsverfahren führen muss, bei dem die GAW finanziell nicht unterstützen kann. Umso mehr soll ein Feststellungsverfahren vor allem das Ziel haben, zur Klärung rechtlicher Fragen beizutragen und damit über den Einzelfall hinausgehende Wirkung erlangen. Das hohe Prozesskostenrisiko in Diskriminierungsfällen zeigt zudem, dass es notwendig ist, dass Einrichtungen wie die GAW solche Verfahren ermöglichen.

In jedem Fall ist immer mit zu bedenken, dass zunächst ein Verfahren vor der GBK geführt werden muss, die ursprünglichen Ereignisse, die eine mögliche Diskriminierung begründen, dadurch mitunter schon einige Zeit zurückliegen und dass das Verfahren vor der GBK auch als „Probelauf“ für beide Seiten gewertet werden kann. Es gibt dadurch eine gewisse Erfahrung der Auskunftspersonen damit, ob ihre Aussagen für die Glaubhaftmachung des Falles verwertet werden können. Dies beeinflusst auch künftige Aussagen vor Gericht.

5. Internes Procedere zur Prüfung der Eignung für die Führung einer Feststellungsklage

Bei den folgenden Ausführungen handelt es sich um interne Überlegungen zur effizienten Nutzung der Ressourcen und der (öffentlichen) Mittel, die

der GAW zur Verfügung stehen und der Strategien, die zu einem effektiven Ergebnisführen. Es muss auch die etwaige Belastung der betroffenen Person mitbedacht werden. Die derzeit mögliche strategische Prozessführung der GAW hängt wie oben dargelegt von einem Einzelfall ab, der zunächst vor der GBK geführt werden muss und danach erst mit Zustimmung der betroffenen Person vor Gericht gebracht werden kann.

5.1 Identifikation von Rechtsfragen – GAW wird eigeninitiativ tätig

Aus Sicht der GAW bestehen zwei Möglichkeiten, das Instrument der Feststellungsklage zur Klärung von Rechtsfragen zu nützen. Zum einen aktiv suchend, wenn Rechtsfragen im Zuge von Anfragen, Fällen oder der Analyse der Judikatur des EuGH identifiziert werden. Ein Beispiel für ein solches Vorgehen auf internationaler Ebene sind die Verfahren, die von der nationalen belgischen Gleichbehandlungsstelle geführt wurden, um Fragen im Zusammenhang mit Diskriminierung an den EuGH zu richten, teilweise sogar ohne konkreten Einzelfall.⁷ Gerade im Zusammenhang mit dem GIBG, welches als Grundlage die EU-Richtlinien im Bereich Anti-Diskriminierung und Gleichbehandlung hat, hat der EuGH Auslegungshoheit, weswegen es aus Sicht der erwünschten Rechtssicherheit unumgänglich ist, den EuGH mit entsprechenden Fragen zu befassen. Ein praktisches Beispiel dafür ist etwa die Frage der Anwendbarkeit des GIBG im Zusammenhang mit Rassismus, denen Menschen durch Nachbar:innen ausgesetzt sind und dadurch ihr Zugang zu Wohnraum eingeschränkt wird.

Wird eine solche Frage identifiziert, gilt es, nach einem „geeigneten Fall“ zu suchen. Dafür bedarf es wiederum mehrerer Kriterien:

- a) Der **Sachverhalt**, der zu Grunde liegt, muss die Möglichkeit bieten, die Rechtsfrage aufzugreifen, also **geeignet** sein.
- b) Die von Diskriminierung betroffene Person muss darüber aufgeklärt werden, dass „ihr“ Verfahren dazu dienen kann, eine Fragestellung zu klären, die in anderen, ähnlich gelagerten Sachverhalten, helfen könnte. Die Aufklärung muss dabei auch ansprechen, dass die **Dauer des Verfahrens** mitunter lang sein kann, da, um überhaupt vor Gericht zu kommen, **zunächst ein Verfahren vor der GBK** geführt werden muss und dieses entweder **verloren** wird **oder** der **Vorschlag, der vom**

7 Zunächst EuGH 10.7.2008, C-54/07 (Feryn) ECLI:EU:2008:397; EuGH 14.3.2017, C-157/15 (G4S Secure Solutions) ECLI:EU:C:2017:203.

Senat gemacht wird, nicht erfüllt wird. Dabei kommt eine weitere Unsicherheit hinzu, welche die Qualität des Vorschlags betrifft. So kann die GAW zwar in ihrem Antrag bereits einen bestimmten Vorschlag anregen und in weiterer Folge auch dem Senat darlegen, letztendlich bleibt es aber in der Entscheidungsbefugnis des Senates, den Vorschlag zu erteilen und entsprechend zu formulieren.

- c) Besteht eine grundsätzliche Bereitschaft der betroffenen Person, so sind zunächst – so es die Fristen erlauben – vor dem Verfahren bei der GBK die Elemente des Sachverhalts durch **Einholung von Stellungnahmen** (§ 5 Abs 4 GBK/GAW-G) möglichst umfassend zu erheben. Dann ist in einem Antrag durch die GAW (§ 12 Abs 1 GBK/GAW-G) **ausführlich darzustellen, welche Rechtsfragen sich stellen**. Zu bedenken ist hier, dass von den Senaten der GBK versucht wird, im Zuge der Einleitung des Verfahrens einen Vergleich zu ermöglichen und schlichtend einzugreifen. Über diesen Aspekt ist die betroffene Person ebenfalls aufzuklären und das **Interesse der GAW am Vermeiden einer vergleichswisen Lösung zu Gunsten der Klärung einer Rechtsfrage offenzulegen**.

5.2 Rechtsfrage ergibt sich im Zusammenhang mit bereits aktuellem Verfahren vor der GBK

Diese Konstellation ist die weitaus häufigere, sie ist aber auch wenig planbar. Sie ergibt sich dann, wenn in einem auf Antrag der GAW (§ 12 Abs 1 GBK/GAW-G) durchgeführten Verfahren die Meinung des Senates von jener der GAW abweicht und die GAW überlegen muss, ob die Führung eines Feststellungsverfahrens strategisch geboten ist.

Dazu stellen sich, vor allem hinsichtlich der betroffenen Person die gleichen Fragen, wie oben unter 5.1 ausgeführt, wobei gerade der Aspekt, dass eine Institution wie die GBK bereits negativ entschieden hat, Eindruck auf die betroffenen Personen macht und hier besonders gute **Erklärungsarbeit** seitens der GAW geleistet werden muss, dass ein weiteres Verfahren wichtig ist und Sinn macht.

In weiterer Folge sind relevante Fristen gemäß § 15 GIBG zu beachten, das rechtliche Interesse zu argumentieren, eine Kostenschätzung und Klärungen zu Streitwert, Gerichtsort und Instanzenzug anzustellen. In den darauffolgenden Gesprächen mit der Finanzprokuratorat wirft auch diese einen kritischen Blick auf die Prozesschancen und das rechtliche Interesse der GAW. Erweist sich dieser Blick als zustimmend, muss bei der Bud-

geteiltung des Bundeskanzleramtes die budgetäre Deckung eines Feststellungsverfahrens beantragt werden. Im Sinne der Unabhängigkeit der GAW kann hier allerdings lediglich eine formale, nicht eine inhaltliche Prüfung vorgenommen werden. Es geht dabei um Fragen zu verfahrensrechtlichen Schritten insbesondere auch bezüglich Fristen, Prüfung des Sachverhaltes und der Unterlagen, etc. Sodann wird im Zusammenwirken mit der Finanzprokuratur die Klage verfasst, welche einerseits den zu Grunde liegenden Sachverhalt und das Feststellungsbegehren, die rechtliche Fragestellung und Ansicht der GAW sowie das rechtliche Interesse enthalten muss. Ebenfalls beizulegen ist die Zustimmungserklärung der betroffenen Person.

5.3. Aktuelle Klage

Im aktuellen, seit Herbst 2021 laufenden und nunmehr fünften Feststellungsverfahren vor dem LG Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht stellt sich die **Frage der Verschuldens(un)abhängigkeit als Tatbestandsvoraussetzung bei sexueller Belästigung (§ 6 GIBG) im Zusammenhang mit dem Vorliegen einer möglichen Geschäftsunfähigkeit der Person**, die sexuell belästigt hat. Die Belästigungshandlungen stehen dabei außer Streit, die **Frage ist aber die Haftung des Belästigers, und ob eine Abhilfepflichtung der Arbeitgeberin gegeben** ist. Dies wurde von der GBK verneint, da ihrer Meinung nach eine Abhilfe nur dann zu leisten sei, wenn ein Fall von sexueller Belästigung vorliege. Die GBK geht davon aus, dass aufgrund der Zurechnungsunfähigkeit trotz der belästigenden Handlung keine sexuelle Belästigung vorliegt und daran scheitert ihrer Meinung nach auch die Frage der Abhilfe im Sinne des § 6 Abs 1 Z 2 GIBG.

Wesentlich ist bei dieser Feststellungsklage, dass auf die Rechtsfrage fokussiert werden kann, da Beweisfragen außer Streit stehen. Die GAW ist der Meinung, dass die Verschuldensunabhängigkeit dazu führen muss, dass eine belästigende Handlung einer demenzkranken Person als sexuelle Belästigung nach § 6 GIBG zu werten ist und eine Abhilfepflichtung seitens des:der Arbeitgeber:in vorliegt.

Die Klärung dieser Rechtsfragen ist für die GAW deswegen von großer Bedeutung, weil es gerade im Bereich der Pflege und Betreuung älterer, oftmals demenzkranker Menschen zu sexuellen Übergriffen kommt und dies nach Ansicht der GAW kein „Berufsrisiko“ darstellen darf, sondern Maßnahmen der Fürsorgepflicht auch aus dem GIBG erfordert, unabhän-

gig von der Zurechnungsfähigkeit der Person, von der die Belästigung ausgeht.

Bislang hat seit Einbringung der Klage die vorbereitende Tagsatzung stattgefunden und wurde ein Sachverständigengutachten zur Geschäftsfähigkeit der erstbeklagten Person beauftragt. Die Erstellung des Gutachtens nahm ein Jahr in Anspruch und wurde dieses erst vor kurzem vorgelegt.

Diese lange Verfahrensdauer ist einerseits für die betroffene Person eine große Belastung, hat aber andererseits zur Folge, dass weitere Verfahren mit vergleichbarem Sachverhalt bereits negativ von der GBK entschieden wurden. Zudem kommt, dass die GAW nun im Rahmen der Beratung und bei Anfragen bspw. von Arbeitgeber:innen zu diesem Thema dem Auffassungsunterschied zur GBK Beachtung schenken muss.

Im Zuge des Verfahrens nahm die GAW Kontakt zu unterschiedlichen Organisationen auf, die im Bereich Pflege und Betreuung tätig sind, um ein möglichst umfassendes Bild der Praxis zu erhalten. Die Organisationen haben sich dabei sehr interessiert gezeigt am Verfahren, da es in ihrem Arbeitsalltag eine große Rolle spielt.

In Hinblick auf die brisante Thematik, dass es sich bei einer der beklagten Parteien um einen älteren demenzkranken Menschen handelt, bedarf es eines umsichtigen Vorgehens und dem Werben um Verständnis für die Perspektive der belästigten Person – gerade, wenn zu befürchten ist, dass ein solches Verfahren auch hohe mediale Aufmerksamkeit erlangen kann. Die GAW hat dazu auch begleitend bereits einen Blog veröffentlicht, welcher sich der prekären Arbeitssituation von 24h-Betreuer:innen widmet.⁸ Letztlich bedarf es für die Führung von strategischen Klagen daher Ressourcen aus der gesamten GAW, insbesondere im Zusammenhang mit der juristischen Argumentation, der Begleitung der betroffenen Person sowie der Öffentlichkeitsarbeit. Daran zeigt sich auch das Bemühen der GAW um die höchstmögliche Effektivität, die die Klärung einer derartigen Rechtsfrage nach sich zieht: das Thema betrifft eine gesamte Berufsgruppe strukturell, geklärte Rechtsfragen im Sinne der Auffassung der GAW können mit einem Schlag eine große Verbesserung bringen, die GAW kann dies mit Hilfe von Informations- und Öffentlichkeitsarbeit an die Pflichtenträger:innen herantragen und damit zukünftige Diskriminierungen vermeiden. Ein negativer Ausgang zeigt auf, wo es Problemlagen und Verbesserungsbedarf

8 <https://www.gleichbehandlungsanwaltschaft.gv.at/aktuelles-und-services/gleichbehandlungsblog/Schuetzt-das-Gleichbehandlungsrecht-24h-Betreuerinnen.html> (abgerufen am 05.05.2023).

gibt und schafft die Möglichkeit, öffentlichkeitswirksam und mit Storytelling legislative Verbesserungen für diskriminierungsgefährdete Beschäftigte zu fordern.

Im weiteren Verfahrensgang ergab sich nun doch ein Vergleichsangebot, welches für die Betroffene einen guten Ausgleich geschaffen hat. Gleichzeitig ergaben die Diskussionen während der Gerichtsverhandlung, dass eine gesetzliche Änderung notwendig ist, um hier einen effektiven Schutz vor sexueller Belästigung zu schaffen. Da die Situation der unmittelbar Betroffenen ein wesentlicher Handlungsmaßstab für die GAW ist wurde letztlich einer vergleichweisen Lösung der Vorzug vor der Weiterführung des Gerichtsverfahrens gegeben.

6. Verbesserte Standards für Gleichbehandlungsstellen zur strategischen Klagsführung

6.1 Standards für Gleichbehandlungsstellen – die Bestrebungen auf europäischer Ebene

Mit der Antirassismusrichtlinie⁹ wurden Mitgliedsstaaten erstmals beauftragt, Gleichbehandlungsstellen zu benennen, die die Gleichbehandlung durch folgende Aufgaben fördern sollen:

- Die Opfer von Diskriminierung auf unabhängige Weise dabei zu unterstützen, ihrer Beschwerde wegen Diskriminierung nachzugehen
- unabhängige Erhebungen zum Thema Diskriminierung vorzunehmen,
- unabhängige Berichte zu veröffentlichen und Empfehlungen zu allen Aspekten vorzulegen, die mit diesen Diskriminierungen in Zusammenhang stehen,
- mit entsprechenden europäischen Einrichtungen verfügbare Informationen auszutauschen

In Österreich war die Gleichbehandlungsanwaltschaft mit dem Mandat, Diskriminierung auf Grund des Geschlechts im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis zu bekämpfen, bereits vorhanden. Die Grundlage dazu war das GIBG, das als Umsetzung der damals bestehenden Geschlechter-

9 Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (ABL. L 180 vom 19.7.2000, S. 22).

gleichbehandlungsrichtlinien¹⁰ zu sehen war. Die GAW wurde somit 2004 um das Mandat der AntirassismusRL sowie der RahmenRL für Antidiskriminierung in Beschäftigung und Beruf¹¹ erweitert und ist seither eine wesentliche Gleichbehandlungsstelle zur Umsetzung der Gleichbehandlungsrichtlinien.¹²

-
- 10 Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. L 39 vom 14.2.1976, S. 40), Richtlinie 75/117/EWG des Rates vom 10. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen (ABl. L 45 vom 19.2.1975, S. 19), Richtlinie 86/378/EWG des Rates vom 24. Juli 1986 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit (ABl. L 225 vom 12.8.1986, S. 40), Richtlinie 96/97/EG des Rates vom 20. Dezember 1996 zur Änderung der Richtlinie 86/378/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit (ABl. L 46 vom 17.2.1997, S. 20), Richtlinie 97/80/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts (ABl. L 14 vom 20.1.1998, S. 6), Richtlinie 98/52/EG des Rates vom 13. Juli 1998 zur Ausdehnung der Richtlinie 97/80/EG zur Beweislast in Fällen geschlechtsbedingter Diskriminierung auf das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland (ABl. L 205 vom 22.7.1998, S. 66) sowie die Richtlinie 76/207/EWG und ihre späteren Änderungen. Heute sind alle diese Richtlinien in der Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (ABl. L 204 vom 26.7.2006, S. 23.) zusammengefasst.
 - 11 Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. L 303 vom 2.12.2000, S. 16): diese sieht zwar explizit nicht vor, dass Gleichbehandlungsstellen zu benennen wären, Österreich ist aber über den Rahmen hinausgegangen und hat die GAW zu einem Großteil auch mit diesem Mandat betraut. Die GAW ist daher neben Diskriminierung auf Grund des Geschlechts und der ethnischen Zugehörigkeit auch für jene auf Grund der Religion und Weltanschauung, des Alters und der sexuellen Orientierung in der Arbeitswelt zuständig. Für die Bekämpfung von Diskriminierungen auf Grund der Behinderung wurde der Behindertenanwalt betraut.
 - 12 Neben den bereits erwähnten Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG, 2006/54/EG sind das noch die Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (ABl. L 373 vom 21.12.2004, S. 37) sowie die Richtlinie 2010/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Juli 2010 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausüben, und zur Aufhebung der Richtlinie 86/613/EWG des Rates (ABl. L 180 vom 15.7.2010, S. 1).

Die Europäischen Union misst den Gleichbehandlungsstellen vor allem auch in den letzten Jahren eine immer größere Rolle für die tatsächliche Umsetzung der europäischen Gleichbehandlungsrichtlinien in den Mitgliedsstaaten bei und möchte deren Standards verbessern. Die Europäische Kommission hat zunächst 2018 eine Empfehlung zu Standards für Gleichbehandlungsstellen¹³ abgegeben. Seit 7.12.2022 liegen nun Richtlinienvorschläge¹⁴ der Europäischen Kommission vor.

Die Empfehlung fordert die Mitgliedsstaaten auf zu „... prüfen, ob bei der unabhängigen Unterstützung von Opfern Gleichstellungsstellen auch die Möglichkeit eingeräumt werden kann, Prozesse zu führen oder bei Prozessen Unterstützung zu leisten, um in Fällen, die von den Stellen aufgrund ihrer großen Häufigkeit, ihrer Schwere oder der Notwendigkeit einer rechtlichen Klarstellung selbst ausgewählt werden, struktureller und systematischer Diskriminierung entgegenzuwirken.“¹⁵ Diese könnten dann, so die Empfehlung weiter, im eigenen Namen oder im Namen der Opfer, oder von Organisationen, welche die Opfer vertreten, geführt werden.

Die Richtlinienvorschläge vom 7.12.2022 werden noch konkreter und verlangen nach Art 9 (Rechtsstreitigkeiten) in Abs 1, „... dass Gleichstellungsstellen das Recht haben sollen, in Gerichtsverfahren in Verwaltungs- und Zivilsachen ... tätig zu werden“. Dabei sollen Gleichstellungsstellen nach Art 2, das Recht haben im Namen oder zur Unterstützung eines oder mehrerer Opfer eine Verfahren einzuleiten oder daran teilzunehmen (mit Zustimmung des Opfers) oder in Art 3 Gerichtsverfahren im eignen Namen einleiten können, um gegen strukturelle und systematische Diskriminierung vorzugehen. Hier ist wohl eine Verbandsklage gemeint.

6.2 Forderungen der GAW in Bezug auf die praktische Wirksamkeit strategischer Klagen und notwendige gesetzliche Änderungen

Die Erfahrungen der letzten Jahre haben uns aufgezeigt, wo es Änderungsbedarf gibt, um das Ziel zu erreichen, Rechtsfragen zu klären und dadurch

13 Empfehlung (EU) 2018/951 DER KOMMISSION vom 22. Juni zu Standards für Gleichstellungsstellen (ABl. L 167 vom 4.7.2018, S.28).

14 COM(2022) 688 final sowie COM(2022) 689 final, da die Gleichbehandlungsrichtlinien unterschiedliche Rechtsgrundlagen in den Verträgen haben, liegen zwei Richtlinienvorschläge vor.

15 Empfehlung (EU) 2018/951 DER KOMMISSION vom 22. Juni zu Standards für Gleichstellungsstellen (ABl. L 167 vom 4.7.2018, S.28), in Kapitel II (Empfohlene Maßnahmen) unter 1.1.2 Abs 2, S 5.

dem GIBG zu mehr Wirkung zu verhelfen. Hier ist auch besonders Teil III des GIBG hervorzuheben, wo es generell um Diskriminierungen beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, Wohnraum, und in eingeschränktem Ausmaß den Bereich Sozialschutz und Bildung geht. Hier zeigt sich die Problematik des Aufeinandertreffens individueller Ansprüche mit struktureller und systematischer Diskriminierung in besonderer Weise.

6.3 Erweiterung der Möglichkeit, Feststellungsklagen zu führen

Wie unter 2 erläutert, kann die GAW nur im Falle eines von ihr eingebrachten Antrages, in welchem sich die Auffassungen des jeweiligen Senates von jener der GAW unterscheiden (§ 5 Abs 6 GBK/GAW-G), bzw. wenn einem Vorschlag eines Senates nicht entsprochen wurde (§ 12 Abs 5 GBK/GAW-G), eine Feststellungsklage führen.

Diese Einschränkung führt dazu, dass

- bei Unzuständigkeitsbeschlüssen oder Zurückweisungen, und
- in Fällen, in welchen die GAW nicht Antragstellerin war,

keine Möglichkeit für die GAW besteht, mögliche Diskriminierungen aufzugreifen.

Durch diese gesetzliche Einschränkung geht aber ein nicht unbedeutender Anteil an Vorbringen, die an die Senate der GBK gerichtet werden, für das Potential strategischer Klagen verloren. Dass die GAW nicht alle Anträge selbst stellt, hat dabei mehrere Gründe. Einerseits sind Fristen teilweise kurz, wie jene der 14 Tage im Zusammenhang mit Beendigungen von Arbeitsverhältnissen, sodass die GAW zwar bei der Fristwahrung unterstützt, aus zeitlichen Gründen aber eine umfangreiche Antragstellung unterbleibt. Andererseits wird aus sonstigen Ressourcengründen zwar die Antragstellung argumentativ unterstützt, jedoch nicht selbst vorgenommen. Zuletzt gibt es auch eine nicht unerhebliche Anzahl von Antragstellungen, die von der betroffenen Person selbst oder durch rechtsfreundliche Vertretungen oder andere Institutionen eingebracht werden.

Vor allem, wenn es sich um Unzuständigkeitsbeschlüsse, und damit um Fragen des Anwendungsbereiches des GIBG handelt, wäre eine Überprüfungsmöglichkeit der Entscheidungen der Senate dringend geboten, da sich gerade hier Rechtsfragen stellen.

Nicht zuletzt ist auch das Feststellungsverfahren nach § 54 ASGG eine interessante Möglichkeit für die GAW, gerade bei Sachverhalten in Arbeits-

verhältnissen, wo es mehrere Betroffene in einem Unternehmen gibt, Betroffene zu unterstützen und das individuelle Prozesskostenrisiko bei systematischer Diskriminierung als Institution auf sich zu nehmen. Anwendungsfälle kämen vor allem im Bereich Equal Pay, bei Sozialplänen oder im Zusammenhang mit Vereinbarkeitsfragen bzw. Arbeitsbedingungen, die Frauen systematisch benachteiligen, in Betracht.

6.4 Verbandsklagen bei der Diskriminierung im Zusammenhang mit Gütern, Dienstleistungen, Bildung, Sozialschutz und Wohnraum

Wenn es um den Teil III des GIBG geht, so ergeben sich wiederum gesonderte Problem- und Fragestellungen, die sich einerseits aus der Höhe des Streitwerts ergeben. Bei einem besonders geringen Streitwert ist es deutlich schwieriger, eine höchstgerichtliche Entscheidung zu erreichen.

Andererseits betreffen die Lebensbereiche, die in Teil III geregelt sind unter anderem die Themen Bildung und Sozialschutz. Anspruchsgegner ist dabei nicht selten selbst ein Bundesministerium oder eine andere Bundeseinrichtung, womit eine Vertretung durch die Finanzprokuratur als „Anwältin der Republik“ nicht möglich ist.

6.5 Erweiterte Verbandsklagemöglichkeiten

6.5.1 Reformvorschläge

Auf Grund der Themenstellungen des III. Teils des Gleichbehandlungsgesetzes, bspw. bei Preisgestaltungen, Kreditbedingungen usw. wären jedoch vor allem Verbandsklagen eine aus Sicht der GAW sinnvolle Möglichkeit, um Rechtssicherheit für die Betroffenen von Diskriminierung, aber auch für Anbieter:innen von Gütern und Dienstleistungen zu bieten. Nicht zuletzt weil große Institutionen wie die Arbeiterkammer, die über Rechtsschutzmöglichkeiten verfügen, im Bereich Konsument:innenschutz, Bildung und Sozialschutz kein Mandat haben, sind Klagen im Bereich Teil III von den finanziellen Möglichkeiten Einzelner abhängig. Dementsprechend gibt es kaum Judikatur betreffend Teil III des GIBG, was wiederum zu Rechtsunsicherheiten und höherem Prozesskostenrisiko führt.

Bereits 2016 wurde, mit dem Vorbild des Konsument:innenschutzrechtes, daher folgender Vorschlag für eine Novelle des GIBG und des GBK/GAW-Gesetzes von der GAW eingebracht:

GlBG:

„§ 38a. (1) Werden bei Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des § 31 die allgemeinen Interessen eines durch dieses Gesetz geschützten Personenkreises beeinträchtigt, kann die Anwaltschaft für Gleichbehandlung unbeschadet des § 38 Abs. 1 eine Klage auf Unterlassung des diskriminierenden Verhaltens einbringen.

(2) Die Gefahr einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes besteht nicht weiter, wenn der Beklagte nach Abmahnung durch die Anwaltschaft für Gleichbehandlung binnen angemessener Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe (§ 1336 ABGB) besicherte Unterlassungserklärung abgibt.“

Im Weiteren bräuchte es eine Änderung des **GBK/GAW-G**:

„§ 5. (8) Unbeschadet der Rechte der/des Betroffenen nach § 38 Gleichbehandlungsgesetz steht bei Diskriminierungen im Sinne des III. Teiles des Gleichbehandlungsgesetzes der Anwaltschaft für Gleichbehandlung das Klagerecht auf Unterlassung zu, wenn die allgemeinen Interessen eines durch dieses Gesetz geschützten Personenkreises beeinträchtigt sind. Das Klagerecht wird abgewendet, wenn die/der Beklagte nach Abmahnung durch die Anwaltschaft für Gleichbehandlung binnen angemessener Frist eine mit angemessener Konventionalstrafe (§ 1336 ABGB) besicherte Unterlassungserklärung abgibt.“

6.5.2 Argumente für Verbandsklagen

Verbandsklagerechte sollen die Waffengleichheit bestimmter Personengruppen in einem Rechtsstreit mit einem stärkeren Gegner – einem oder mehreren Unternehmen - herstellen. Sowohl im Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb (UWG) als auch im Konsumentenschutzgesetz (KSchG) sind Verbandsklagen als Unterlassungsklagen (im §14 UWG gegen unlautere Geschäftspraktiken, im §28 KSchG gegen Verwendung verbotener AGB) ausgestaltet. Bestimmten Verbänden werden dabei eigene – vom Gesetz verliehene – materielle Berechtigungen zugesprochen, die **bei rein objektiver Rechtswidrigkeit erhoben werden dürfen, ohne dass ein konkreter Rechtsanspruch eines Individuums vorliegen muss**.

Dieses Wesenselement der Verbandsklage könnte demnach zu einer wesentlichen Erleichterung im Anwendungsrahmen des Teil III des GlBG führen. Der Nachweis individueller Betroffenheit ist oft nicht durchführbar und ein gerichtlicher Prozess und das damit verbundene Kostenrisiko von

den Betroffenen auch nicht immer gewünscht. Nach bisheriger Rechtslage ist es in solchen Fällen faktisch nicht möglich, die Beendigung der benachteiligenden Situation herbeizuführen.

Den Verbandsklagen könnte zudem – wie auch im KSchG vorgesehen – ein außergerichtliches Abmahnverfahren vorgelagert werden: bei wiederholtem Verstoß gegen das GIBG könnte die GAW das Unternehmen zur Abgabe einer mit Vertragsstrafe besicherten Unterlassungserklärung auffordern. Gäbe der oder die Aufgeforderte diese Unterlassungserklärung binnen angemessener Frist nicht ab, würde die Verbandsklage eingebracht werden. Bei Klageführung durch die GAW würde **der Einzelne seinen individuellen Klageanspruch nicht verlieren**, und das Urteil verpflichtet lediglich den Beklagten.

Es würden nach Einschätzung der GAW durch die Möglichkeit einer Verbandsklage **folgende erwünschte Effekte** eintreten:

- durch das vorgelagerte Abmahnverfahren würden eindeutige Diskriminierungen schnell behoben werden können
- durch die Möglichkeit der Klageeinbringung könnte die GAW Entscheidungen durch die Gerichte erwirken, was gerade im Teil III des GIBGs mangels vorliegender Judikatur sehr wichtig wäre.
- es käme zu keiner Klagehäufung gegen einzelne Unternehmen und damit zu keiner weiteren Überlastung der Gerichte.

7. Fazit

Wie die Beratungspraxis der GAW zeigt, ist insbesondere das hohe Prozesskostenrisiko eines der Gründe, warum Betroffene nicht die Möglichkeit haben, ihre Ansprüche vor Gericht zu bringen. Als die Institution, die die gesellschaftliche Veränderung hin zu Gleichberechtigung und Chancengleichheit in ihrer Verantwortung hat, ist es geradezu geboten, nach allen rechtlichen Möglichkeiten zu suchen, die sich in diesem Zusammenhang bieten können.

In diesem Artikel wurde daher einerseits kritische Bilanz über die derzeit vorhandenen Möglichkeiten gezogen, andererseits aufgezeigt, welchen Weg die Europäische Kommission gehen will. Es bleibt abzuwarten, ob es zu verbindlichen Richtlinien zu Standards für Gleichbehandlungsstellen kommt, die auch starke Klagerechte vorsehen. Nichtsdestotrotz könnte Österreich auch vorangehen, und die GAW mit Verbandsklagerechten aus-

statten, um den sozialen Wandel in eine inklusive, gleichstellungsorientierte Gesellschaft voranzutreiben.

Interview mit Dr. Helmut Graupner (Rechtskomitee Lambda)

Helmut Graupner ist selbstständiger Rechtsanwalt und seit 1991 Präsident des Rechtskomitee Lambda. Das Rechtskomitee Lambda setzt sich für die Beendigung jeglicher Diskriminierung gleichgeschlechtlich l(i)ebender, transidenter und intergeschlechtlicher Menschen in allen Rechtsbereichen ein.

Das Interview wurde am 20.12.2022 von Teresa Weber geführt.

Teresa Weber (TW): Herr Dr. Graupner, zunächst einmal Danke dafür, dass Sie sich Zeit nehmen! Es würde mich zuallererst interessieren, wenn Sie Ihre Tätigkeit und die Tätigkeit des Rechtskomitee Lambda beschreiben, ob sie das auch als strategische Prozessführung einordnen – und warum, oder warum nicht?

Helmut Graupner (HG): Also unsere Arbeit hat immer aus zwei Säulen bestanden: Rechtsberatung für Menschen die von Diskriminierung betroffen sind, und weil das begrenzt ist solange Gesetze auch selbst diskriminierend sind, auch auf zweiter Ebene die Arbeit für eine Änderung von Gesetzen die diskriminierend und daher zu ändern sind. Auf zwei Weisen: Einerseits durch politische Überzeugungsarbeit aktiv beim Gesetzgeber und in zweiter Linie genauso auch auf Gerichtsweg, was sich im Verlauf der Geschichte dann überwiegend als der erfolgreichere Weg erwiesen hat.

TW: Da haben Sie jetzt schon einige sehr spannende Punkte angesprochen. Das eine ist die Verbindung von dem politischen Weg und Gerichtsverfahren. Nach Ansicht vieler Menschen die sich literarisch zum Thema Strategische Prozessführung äußern ist genau das eines der Kriterien, das strategische Prozessführung ausmacht. Wie funktioniert denn die Koordinierung zwischen Gerichtsverfahren und der politischen Arbeit bei Ihnen und im Rahmen des Rechtskomitee Lambda?

HG: Also wir haben nie Fälle konstruiert, und in den seltensten Fällen gezielt nach Fällen gesucht, sondern die Fälle haben sich aus der täglichen Arbeit schlicht und einfach ergeben: Dadurch dass wir Rechtsberatung anbieten. Menschen kommen mit ihren Problemen, und dadurch ergeben sich auch tatsächliche, reale, wirkliche Fälle, die nicht irgendwie „produziert“

sind. Und auch durch meine Tätigkeit als Rechtsanwalt seit mittlerweile 22 Jahren, wo auch Menschen, Betroffene zu mir kommen in die Kanzlei. Aus diesen beiden Pools haben sich die Fälle von selbst ergeben, aufgedrängt geradezu. Dann hat man die Gelegenheit ergriffen und diese Verfahren geführt, die die betroffenen Menschen ja führen wollten. Wir mussten niemanden suchen oder überreden, sondern wir mussten praktisch nur die Menschen unterstützen die sich Hilfe suchend an uns gewandt haben.

Wenn man gleichzeitig politische Arbeit und Prozessführung macht, was in unserem Fall gut war, weil ich als Präsident des Rechtskomitees Lambda und seit 2000 auch selbstständiger Rechtsanwalt bin und die Fälle daher auch selbst vertreten kann, und wir dafür keinen Anwalt mehr beschäftigen mussten, dann ist das alles viel, viel einfacher gegangen. Das heißt wir als Organisation, bzw ich als Person habe sowohl die Menschen vertreten vor Gericht, in den ganz konkreten Fällen die nur diese Person betroffen hat, aber auch in Fällen, die dann weitere Auswirkungen gehabt haben, wie zB Gesetzesanfechtungen beim VfGH. Und gleichzeitig gab es aber auch die Ebene der politischen Arbeit. Und wenn man beide Aspekte im Blick hat, dann ist das sicher ideal, das ist gar keine Frage.

TW: Ich nehme an Sie würden nicht alle Fälle die Sie in Ihrer anwaltlichen Praxis behandeln als Beispiele für strategische Prozessführung nennen. Was sind denn Fälle, die Ihnen als Leuchtturm-Beispiele einfallen? An welchen Kriterien würden Sie das messen ob das jetzt ein gutes Beispiel für strategische Prozessführung ist oder nicht? Am Erfolg des Verfahrens oder an anderen Kriterien?

HG: An den Auswirkungen, die ein Verfahren, wenn man es erfolgreich führt, hat. Begonnen haben wir im Strafrecht, § 209 StGB,¹ diese diskriminierende Sonderaltersgrenze von 18 Jahren für schwule Kontakte im Gegensatz zu 14 Jahren für heterosexuelle und lesbische Kontakte. Auch nach dieser historischen Abstimmung im Parlament 1996² war das als letztes homophobes Sonderstrafgesetz übriggeblieben. Das heißt, hier war der politische Weg nicht erfolgreich, der politische Weg war erschöpft.

Die anderen drei Sonderstrafgesetze die nach Aufhebung des Totalverbots eingeführt wurden sind auf politischem Weg beseitigt worden. Das Pro-

1 Anm: § 209 StGB idF BGBl 60/1974, aufgehoben durch BGBl I 134/2002.

2 Anm: Abstimmung über das Strafrechtsänderungsgesetz 1996, RV 33 BlgNR XX. GP.

stitutionsverbot nur für schwule Männer,³ und dann das Vereins-⁴ und sogenannte Werbeverbot,⁵ das dann für Lesben und Schwule gegolten hat. Da war die Politik noch fähig, das aus Eigenem zu beseitigen, wenn auch natürlich erst nach entsprechender Überzeugungsarbeit von uns, und entsprechenden Besuchen, jahrelangen, bei Politikern um Bewusstseinsbildung zu machen. Aber das hat dann letzten Endes funktioniert, wenn auch beim Werbeverbot zum Beispiel nur mit einer einzigen Stimme Mehrheit im Parlament.⁶ Es hat dann aber auch nachher kein Hahn mehr danach gekräht, obwohl es nur eine so knappe Stimmenmehrheit gab.

Bei § 209 StGB⁷ war es eben Stimmengleichstand, 91 zu 91.⁸ Die Bestimmung blieb also. Und ab diesem Zeitpunkt ist auf politischem Weg nichts mehr weitergegangen. Das war schlicht und einfach eine Pattsituation zwischen den Parteien, die diese Diskriminierung verteidigt haben und weiter haben wollten und den Parteien, die im Einklang mit der überwältigenden Mehrheit der öffentlichen Meinung, also sowohl der veröffentlichten Meinung, der Medien, als auch der Meinung der Bevölkerung in allen entsprechenden Umfragen, diese Diskriminierung beseitigen und im Strafrecht eine Gleichstellung herbeiführen wollten, damit man zumindest im Strafrecht – damals, 1996 – nicht mehr unterscheidet nach Geschlecht und sexueller Orientierung, sondern dass man dort, wo Unrecht stattfindet und sozialschädliches Verhalten stattfindet, das man anders als mit Strafrecht nicht bekämpfen kann, eben auch Strafnormen und Strafdrohungen vorsieht, aber eben nicht unterschiedlich nach sexueller Orientierung oder Geschlecht.

Das war also auf politischem Weg einfach nicht mehr möglich, und dann wurde der Gerichtsweg beschritten. Vier Jahre später bin ich dann selbst Rechtsanwalt geworden, davor war ich in Ausbildung und habe für andere Rechtsanwälte gearbeitet. Und ich hab' dann gemerkt, dass ab dem Zeitpunkt wo ich selbst selbstständiger Rechtsanwalt war, die Menschen auch zu mir gekommen sind: Die kannten mich ja schon – ich war ja

3 Anm: § 210 StGB, BGBl 60/1974, aufgehoben durch BGBl 243/1989.

4 Anm: § 221 StGB, BGBl 60/1974, aufgehoben durch BGBl 762/1996.

5 Anm: § 220 StGB, BGBl 60/1974, aufgehoben durch BGBl 762/1996.

6 Anm: 27.II.1996, 47. Sitzung des Nationalrats, Abänderungsantrag AA-94 zu RV 33 BgNR XX. GP.

7 Anm: 27.II.1996, 47. Sitzung des Nationalrats, Abänderungsantrag AA-96 zu RV 33 BgNR XX. GP

8 Anm: Siehe dazu StenPrNR, 47. Sitzung, XX. GP, 27.II.1996, 96.

damals schon seit 15 Jahren in der Bewegung aktiv und bekannt, jetzt eben auch noch selbstständiger Rechtsanwalt. Das heißt es sind sehr viele dieser § 209-Fälle zu mir gekommen, und die konnte ich dann vor Gericht vertreten.

Wir haben dann dort, wo die Mandanten das wollten, und das wollten fast alle, die Fälle den Medien mitgeteilt – nach dem Motto: Wieder eine Verhandlung nach § 209 StGB, schon wieder steht einer vor Gericht, und so weiter. Die Mandanten waren damit einverstanden und die Einladung an die Medien hat auch immer so gelautet: nur, wenn die Anonymität gewahrt wird, also kein Name genannt wird. Und es haben sich ausnahmslos alle daran gehalten, es wurden niemals Namen genannt, keine Details die zur Identifizierung führten. Keiner meiner Mandanten hatte irgendein Problem nachher. Es haben sich praktisch alle Medien, inklusive beispielsweise der KronenZeitung – das war sogar eine, die sich da am meisten eingesetzt hat – erheblich und massiv dafür eingesetzt in der Berichterstattung, dafür dass § 209 endlich beseitigt wird.

Und damit hatten wir ab dem Jahr 2000 die Fälle in den Medien. Also nicht nur theoretische Forderungen, politische Forderungen – jetzt fordern die Homosexuellen-Verbände halt wieder einmal die Abschaffung des § 209 StGB, das hätte ja dann keinen News-Wert und steht als Randnotiz irgendwo, das bewegt aber niemand. Wenn man konkrete Schicksale, aktuelle Fälle hat, „jetzt steht schon wieder einer vor Gericht“, derartige Medienberichte, praktisch in allen Medien gleichzeitig, ist das anders. Die KronenZeitung hat in einem sehr extremen Fall sogar eine halbe Seite Berichterstattung gemacht. Das hat schon wesentlich mehr Druck gemacht als vorher die rein politischen Forderungen, weil das die Schwulenbewegung die Aufhebung des Gesetzes fordert – jo eh, das wussten eh alle, das hat jetzt keinen Hund mehr hinter dem Ofen hervorge lockt. Aber wenn tatsächlich Leute vor Gericht stehen, tatsächlich verurteilt werden, und das nur dafür, dass sie einvernehmliche sexuelle Kontakte hatten, bis hin zu Liebesbeziehungen, mit mündigen Staatsbürgern, und Beziehungen und sexuelle Kontakte die für lesbische Frauen und für heterosexuelle Männer und Frauen völlig legal waren, dann hat das die Leserinnen und Leser auch bewogen und bewegt gemacht. Und die Politiker eben auch immer mehr unter Druck gebracht. Die mussten sich dann immer rechtfertigen – insbesondere die ÖVP, die da ja als letzte Partei dagegen gehalten hat.

Und das ist sehr exemplarisch: rein theoretische Forderungen, da wird man keinen wirklichen politischen Druck erzeugen. Auch bei den Politikerinnen und Politikern muss man wirklich das Bewusstsein dafür schaffen, dass eine Dringlichkeit besteht, diese Gesetze zu ändern. Um auch denen, die weiter blockieren, es immer schwieriger zu machen, weil sie letztlich ja keine Argumente haben, außer „moralische“, die ja in einer auf den Menschenrechten basierenden Verfassungsordnung kein ausreichender Grund sind um Leute ins Gefängnis zu sperren.

Das heißt einmal, diese Berichterstattung über konkrete Gerichtsfälle ist was ganz anderes, qualitativ als eine Pressekonferenz wo zum hundertsten Mal gesagt wird – die Bestimmung gehört weg. Selbst wenn man das mit den namhaftesten Experten macht – es ist immer eine theoretische Sache. Aber die Fälle, das sind eben menschliche Schicksale. Auch wenn sich die Menschen dann anonym interviewen haben lassen, kaum einer musste da mit Namen und Foto an die Öffentlichkeit gehen – aber das hat schon gereicht, weil die Medien das dann auch so getitelt haben: „Schon wieder steht einer für schwule Liebe vor Gericht.“ Hat aber trotzdem immer noch nicht gereicht, um... also die ÖVP ist schlicht und einfach, man kann's ja beim Namen nennen, hart geblieben und hat sich nicht bewegt. Und ich sag ÖVP deswegen, weil die Freiheitlichen damals zumindest, unter der Zeit von *Jörg Haider*, waren da durchaus flexibler und waren auch mehr bereit, da einen Schritt zu gehen als die ÖVP. Die ÖVP war da wie im Schützengraben einbetoniert, „das muss bleiben“ – 18 für Schwule und 14 für Lesben und Heterosexuelle. Also die hätten wahrscheinlich noch lieber für alle auf 18 angehoben, den Jugendlichen überhaupt Sex verboten. Das wäre durchaus was für die ÖVP, damals zumindest.

Wie haben wir es dann trotzdem geschafft? Eben durch den Gang zum Verfassungsgerichtshof. Man konnte damals ja im Bereich der ordentlichen Justiz, also der Straf- und Zivilgerichtsbarkeit, nicht selbst zum Verfassungsgerichtshof um ein verfassungswidriges Gesetz überprüfen zu lassen und im besten Fall zu Fall bringen. Das geht heute,⁹ wenn auch in einer etwas eigenartigen Konstruktion. Wenn Sie nämlich im Strafrecht beispielsweise in der ersten Instanz freigesprochen werden, und der Staatsanwalt dagegen ein Rechtsmittel erhebt, und die Instanz das Urteil dann umdreht,

9 Anm: Mit BGBl U 114/2013 wurde das entsprechende Rechtsmittel („Gesetzesbeschwerde“ bzw „Subsidiarantrag“) eingeführt, das heute in Art 139 Abs 1 Z 4 B-VG (für Verordnungen) bzw in Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG verankert ist.

dann können Sie nicht mehr zum VfGH, weil Sie können nur nach der ersten Instanz – das ist vollkommen uneinsichtig und unlogisch, aber das ist halt so, besser als nix, besser als es vorher war, aber es ist eine sehr verquere Regelung.

Damals, es ist heute noch so, bei solchen Delikten die mit nicht mehr als fünf Jahren Haft bedroht sind, ist es ein Einzelrichter-Verfahren am Landesgericht, und der Instanzenzug geht dann ans Oberlandesgericht. Auch die erstinstanzlichen Gerichte hatten damals noch keine Möglichkeit, den Fall dem VfGH vorzulegen und zu sagen, wir sind der Meinung dieses Gesetz ist verfassungswidrig, bitte überprüfe und heb das Gesetz auf. Das konnten damals erst die Gerichte der zweiten Instanz und der OGH machen. Der Rechtszug ist bei § 209 StGB nicht an den OGH gegangen, sondern nur an die Oberlandesgerichte. Es gibt vier Oberlandesgerichte in Österreich. OLG Wien, Graz und Linz haben das immer abgelehnt – ich habe immer die Anregung gemacht, bitte dem VfGH vorlegen, das beruht auf einem verfassungswidrigen Gesetz, auf der Anklagebank sollte nicht mein Mandant sitzen, sondern die Politiker die das nach wie vor verteidigen, aber da war nix zu machen.

Bis schließlich dann im Jahr 2002 das OLG Innsbruck als letztes OLG wo es möglich war tatsächlich den Antrag an den VfGH gestellt hat.¹⁰ Also, schon vorher, 2001, ist ein Antrag aus formellen Gründen zurückgewiesen worden,¹¹ dann haben sie das verbessert, den Antrag noch einmal eingebracht und dann war es erfolgreich.

Es war letzten Endes eine „ganz normale Strafverteidigung“, die eben dadurch, dass die Sache bis an den VfGH zur Gesetzesprüfung gegangen ist letzten Endes dazu geführt hat, dass das Gesetz beseitigt war und der gleiche Effekt eingetreten ist wie wenn das Gesetz im Parlament abgeschafft worden wäre. Beziehungsweise sogar mehr, weil der VfGH das Gesetz ja nur dann aufhebt, wenn er es für verfassungswidrig hält. Umgekehrt heißt das, dass das Gesetz auch nicht mehr eingeführt werden darf. Wenn das nur auf politischem Weg beseitigt wird, weil halt jetzt eine parlamentarische Mehrheit meint das brauchen wir nicht mehr, steht ja grundsätzlich nichts dem entgegen, dass eine andere parlamentarische Mehrheit das Gesetz wieder einführt – solange eben nicht der VfGH sagt

10 Anm: Der Antrag mündete in VfSlg 16.565/2002.

11 Anm: VfSlg 16.374/2001.

eine solche Regelung ist verfassungswidrig, in dem Fall als Verstoß gegen die Menschenrechte. Dadurch war die Beseitigung des § 209 StGB in dem Fall durch die VfGH Entscheidung noch besser abgesichert als durch einen einfachen Parlamentsbeschluss.

Interessant ist: Der VfGH hatte ja schon einmal diese Frage entschieden, nämlich 1989 und zwar negativ.¹² Er hat in einem sehr schnöden Erkenntnis gesagt dass das im Ermessensspielraum des Gesetzgebers liegt, und wenn dieser meint dass es notwendig ist nur männliche Jugendliche gegen homosexuelle Kontakte zu schützen, nicht aber die weiblichen Jugendlichen, dann liegt das in seinem Ermessensspielraum, und hat da teilweise Argumente wiederholt, wie sie 1971 schon bei der Gesetzeswerdung vorgebracht worden sind, die damals schon lächerlich waren, wie zum Beispiel dass man im Strafprozess bei Frauen ohnehin nicht unterscheiden könne ob sie einander waschen oder ob sie Sex haben, also wörtlich hieß es, man könne bei Frauen ohnehin nicht mit der in einem Strafprozess notwendigen Sicherheit unterscheiden zwischen Freundschaftsbezeugungen und Hilfeleistungen im Zuge der Körperpflege einerseits und echten gleichgeschlechtlichen Akten andererseits Da lacht man heute drüber, weniger lustig ist es, wenn man bedenkt wo dieses Argument herkommt: Es wurde das erste Mal 1935 in der amtlichen Strafrechtskommission des Deutschen Reichs verwendet, und das hat der österreichischen Gesetzgeber sich 1971 nicht entblödet zu verwenden, und der VfGH hat es wieder zitiert 1989.

Also wie kommt es dazu, dass der VfGH dann in historisch sehr kurzer Zeit – innerhalb von 13 Jahren – zu einem völlig gegenteiligen Ergebnis kommt? Jetzt kann man sagen – ja, war ich ein guter Anwalt, hab' ich gut argumentiert (lacht). Das ist aber auch nur die halbe Wahrheit. Auch die zweite Hälfte der Wahrheit ist aber letztlich auf uns zurückzuführen, weil wir schon 1997 die Fälle, die dann letzten Endes zum Erfolg geführt haben, an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte geschickt haben.

Die allerersten Fälle waren nach der Entscheidung des VfGH 1989. Auch der Fall aus 1989 ist damals noch zur Europäischen Menschenrechtskommission gegangen, damals konnte man noch nicht direkt zum Gerichtshof, und war dort nicht erfolgreich. Da gab es 1992 eine negative Entscheidung, und damit war die Sache erledigt. Weil wenn man dann auch in Straßburg

12 Anm: VfSlg 12.182/1989.

abblitzt lachen alle in Österreich und sagen – na dann dürfen wir ja eh weiter diskriminieren. 1997 haben wir dann, nachdem die Entscheidung der Europäischen Menschenrechtskommission im Fall *Sutherland v. Großbritannien*¹³ ergangen ist, wo die dortige unterschiedliche Altersgrenze für konventionswidrig erachtet wurde, also nur fünf Jahre nach unserem österreichischen Fall, haben wir gesagt jetzt bringen wir wieder österreichische Fälle. Wir haben dann 1997 zwei Fälle von nach § 209 StGB Verurteilten an den Europäischen Menschenrechtsgerichtshof herangetragen, nach Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs. Ein dritter Fall war noch, wo ich einen Jugendlichen, einen 17-Jährigen vertreten habe, der sich selbst darüber beschwert hat, dass seine Partner von Strafverfolgung bedroht sind, weil ihn interessieren nur Erwachsene und keine Gleichaltrigen, und die sind alle mit Strafe bedroht und damit traut sich keiner mit ihm, und damit ist auch er in seinem Privat- und Sexualleben eingeschränkt, auch wenn er selbst nicht mit Strafe bedroht ist. Außerdem muss er dann im Strafverfahren gegen die Partner aussagen, über sein eigenes Intimleben, da er selbst nicht mit Strafe bedroht ist. Er muss dann wahrheitsgemäß aussagen und wird vom Staat gezwungen an der Kriminalisierung seiner Partner mitzuwirken. Das war insofern ein Unterschied zu der britischen Rechtslage, nach der britischen Rechtslage waren beide strafbar, sowohl der Erwachsene als auch der Jugendliche, nach österreichischem Recht waren nur die Erwachsenen strafbar. Damit hat die österreichische Regierung dann auch herumargumentiert – das ist ja ganz anders als in Großbritannien, und deswegen wäre es in Österreich zulässig.

Diese drei Fälle waren damals anhängig, als sich das OLG Innsbruck auf unsere Initiative hin an den VfGH gewendet hat, und der VfGH die Sache beraten hat. Die Fälle sind damals schon fünf Jahre beim EGMR gelegen und man hat gewusst, es kommt jederzeit etwas, und es war irgendwie klar, dass Österreich verurteilt werden wird. Das hat der VfGH schon gewusst, und hätte er jetzt noch einmal negativ entschieden hätte er sich total blamiert. Österreich war ja eines der letzten Länder, wo es diese Diskriminierung bei der Strafverfolgung noch gab. Deswegen hat der VfGH dann die Flucht nach vorne angetreten, würde ich meinen, und hat dann das Gesetz aufgehoben und ein halbes Jahr später ist dann Österreich in diesen drei Fällen verurteilt worden, und dann noch in sieben weiteren, also in insgesamt zehn Fällen, die wir alle nach Straßburg gebracht haben.

13 Anm: *Sutherland v. United Kingdom*, 25186/94.

Der VfGH hat das Gesetz aber immer noch nicht aufgrund Diskriminierung von Homosexuellen aufgehoben, also nicht aufgrund von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts oder der sexuellen Orientierung, sondern er hat ein anderes Argument gefunden:

Es gab damals eine doppelte Altersgrenze: Die allgemeine von 14 Jahren, die für alle galt, für Heterosexuelle seit 1803 und für die Lesben seit 1971, die hat auch für die schwulen Kontakte gegolten. Und zusätzlich gab es für schwule Kontakte noch die Grenze von 18 Jahren. Also gab es nur für schwule Kontakte zwei Altersgrenzen. Das konnte zu Konstellationen führen, bei so zwei, drei Jahren Altersunterschied, dass die Beziehung zuerst illegal war, dann wieder legal, und dann wieder illegal, zwischen denselben Personen. Und da hat der VfGH den Kunstgriff angewendet und hat gesagt – „ok, ohne dass ich jetzt entscheiden muss, dass das aufgrund sexueller Orientierung diskriminierend ist, das heiße Eisen will ich nicht anfassen, außerdem hab' ich schon einmal gesagt Nein, aber, jetzt haben sie ja ein völlig neues Argument gebracht, mit dem haben wir uns bis jetzt nicht beschäftigt, weil das ist ja 1989 nicht am Tisch gewesen, und das ist aber wirklich grob unsachlich und damit gleichheits- und verfassungswidrig, und aus diesem Grund heben wir das Gesetz auf“. Also nicht wegen Diskriminierung Homosexueller, sondern wegen dieser wechselnden Strafbarkeit. Ein halbes Jahr später hat der EGMR Österreich verurteilt,¹⁴ mit der klaren Begründung, dass es eine Diskriminierung aufgrund Geschlecht und sexueller Orientierung ist.

Das hat sogar Folgewirkungen außerhalb Österreichs gehabt, beim ungarischen Verfassungsgericht sind diese Fälle acht Jahre lang gelegen, das wollte die heiße Kartoffel nicht entscheiden – dann hat der sterreichische VfGH entschieden, eineinhalb Monate später hat das ungarische Verfassungsgericht auch das Gesetz aufgehoben,¹⁵ genau das gleiche, mit 14/18, wobei es in Ungarn auch für Lesben gegolten hat. In Ungarn wurde das Gesetz aber mit der klaren Begründung aufgehoben, es war eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und der sexuellen Orientierung, und mit der Anordnung – es sind sofort alle aus dem Gefängnis zu entlassen. Das hat der VfGH nicht gemacht, fairerweise muss man sagen, weil er dafür keine Kompetenz hat. Die sterreichische Verfassung gibt ihm diese Kompetenz

14 Anm: ECtHR 9.1.2003, L and V v. Austria, 39392/98 und 39829/98, S.L. v Austria, 45330/99.

15 Anm: Decision 37/2002 (IX.4.) AB.

nicht. Die Leute die verurteilt waren, sind verurteilt geblieben; die Leute, die im Strafregister waren, sind im Strafregister geblieben; und die Leute, die im Gefängnis waren, sind im Gefängnis geblieben. Da gab es auch keine allgemeine Amnestie. Die Politik hätte das machen können, wenn es schon dem VfGH nicht möglich war, der Justizminister hätte sagen können, ich schlage jetzt dem Bundespräsidenten eine Begnadigung vor und der begnadigt dann alle, die Sache ist erledigt und alle kommen aus dem Gefängnis – nix. Es hat wieder weiter Prozessführung gebraucht.

Also es war nicht so wie in anderen Fällen strategischer Prozessführung, dass wir uns hingestellt haben und überlegt haben, wo finden wir die Leute zum klagen, das mussten wir gar nicht, das hat sich von selbst ergeben. Weil wenn man die Verurteilungen bekämpfen wollte, dann war klar was man tun muss. Ich hab's vielleicht dadurch gefördert dass ich es bei Leuten die es sich nicht leisten konnten gratis gemacht hab.

TW: Sie haben jetzt wirklich viele sehr spannende Punkte angesprochen. Wie ging es denn dann weiter?

HG: Ja dann musste man zum Beispiel die Polizeidaten löschen. Auch da ist von selbst nichts weitergegangen. Von selbst hat uns in der Geschichte niemand etwas freiwillig gegeben. Jedenfalls nach der Aufhebung des Totalverbots 1971 wurde alles gegen die Politik durchgesetzt, jeder Millimeter musste abgerungen werden.

Politik so pauschal ist vielleicht unfair, es gibt einfach einen einzigen Namen dafür, das ist ÖVP. Das ist geschichtliche Wahrheit, die jetzt nichts mit parteipolitischen Animositäten und Vorlieben zu tun, das war einfach so. Die ÖVP wollte schon das Totalverbot gar nicht abschaffen. Es gab Entwürfe, eine große Strafrechtskommission in den 1950ern, die empfohlen hat das Totalverbot aufzuheben und dafür drei der späteren vier Sonderparagrafen einzuführen, der vierte, das Vereinsverbot ist später dazu erfunden worden. Und so ist es 1971 dann auch gemacht worden. Aber in der großen Koalition ist die Abschaffung des Totalverbots nie gekommen, weil die ÖVP immer nein gesagt hat. Da gab es dann so wie auch Jahrzehnte später immer diese Diskussion, politische Debatten, ja, man muss schauen... - aber letzten Endes haben sie es immer verhindert. Und als dann eine ÖVP-Alleinregierung war, 1966 bis 1970, haben sie dann ganz ausdrücklich gesagt – also, in jeder Regierung gab's einen neuen Gesetzesentwurf auf Basis dieser Strafrechtskommission, aber es ist nie etwas

geworden, erst 1970 – also, es gab einen neuen Entwurf 1968, und der hat ausdrücklich festgehalten an der Strafbarkeit, anders als alle vorher und nachher. Wir möchten an der Strafbarkeit festhalten, mit der Begründung in der Regierungsvorlage – die Ärzte möchten dass es aufgehoben wird, die Juristen möchten – zur Schande meines Berufsstandes, damals jedenfalls in den 60er Jahren – das Totalverbot, wir reden vom Totalverbot, nicht von einer völligen Gleichstellung im Strafrecht, es geht um Erwachsene, die miteinander einverständlich Sex haben, selbst daran wollte die ÖVP festhalten, mit Gefängnis, mit Kriminalisierung, mit strafrechtlicher Verfolgung. Und die damalige Regierung hat eben schwarz auf weiß gemeint, wir entscheiden uns für die Sichtweise der Juristen, weil die Ärzte haben es bis jetzt nicht geschafft Homosexuelle von ihrer Krankheit zu heilen, und daher muss man sie einsperren. Weil entweder heilen – oder einsperren; akzeptieren kann man es nicht. So war die Geisteshaltung damals. Und wenige Jahre später dann, unter der sozialdemokratischen Alleinregierung – zuerst noch die Minderheitsregierung, ist das Totalverbot während der Minderheitsregierung aufgehoben worden, und zwar weil die FPÖ damals auch schon jahrelang die Aufhebung des Totalverbotes gefordert hat, und deswegen kann man wirklich als historische Wahrheit festhalten – es war die ÖVP. Und man musste sich dann auch später, bis zur vollständigen Gleichstellung im Familienrecht jeden Millimeter erkämpfen.

Das nächste war also die Polizeidatenlöschung, da bin ich jetzt etwas abgekommen. Das mussten wir uns erkämpfen, weil wir mussten dann wieder pilgern, zum Generaldirektor für die öffentliche Sicherheit, zum obersten Polizeibeamten. Da hat uns Amnesty sehr unterstützt, der Generalsekretär ist bei dem Termin mitgegangen, und hat dann auch vorgetragen, dass das wichtig wäre, dass die Betroffenen jetzt auch aus der Datenbank rausgenommen werden. Die einzelnen Menschen, die noch im Gefängnis gesessen sind, da hat man im jedem einzelnen Fall Entlassungsanträge oder Begnadigungsansuchen stellen müssen. Da gab es keine allgemeinen Anordnungen zur Haftentlassung, oder einen Erlass vom Justizminister die Fälle zu prüfen. Nichts. Es gab ja auch keine Gesetzesgrundlage dafür – man hätte aber ja auch ein Amnestiegesetz erlassen können. Nichts. Es gibt ja auch bis heute keine Bedauernserklärung. Im deutschen Bundestag gab es das vor 22 Jahren, einstimmig. Das ist bis heute nicht möglich, dass man einfach bekennt – das war eine Menschenrechtsverletzung und wir hoffen, das kommt nie wieder vor. Das ist in Österreich bis heute nicht möglich. Die Urteile sind alle aufrecht.

Und das hat die Polizei dann gemacht: Die Computerdaten gelöscht, aber bei den Papierdaten war schon Ende. Da waren wieder die Gerichte notwendig. VfGH,¹⁶ VwGH.¹⁷ Das ist in Österreich erledigt gewesen, das haben die beiden Gerichtshöfe gemacht: Auch die Papierdaten sind zu vernichten. Heute fragt man sich, was das ist, aber das waren damals Karteikarten, Protokollbücher wo wirklich alles mit der Hand oder mit der Schreibmaschine eingetragen war, und die dann wirklich ewig überleben – weil es liegt halt am Amt. Und das musste anonymisiert und vernichtet werden – aber erst, nachdem man zu den Höchstgerichten gegangen ist.

Und dann kam es zum Strafregister – Vorstrafeneintragungen. Und da war in Österreich überhaupt nichts mehr möglich. Da haben sich alle Gerichte – VfGH,¹⁸ VwGH, OGH – geweigert: Sie sind nicht dafür zuständig, das ist nicht vorgesehen im Gesetz, und so weiter. Das heißt wir mussten ein zweites Mal zum EGMR, und im Jahr 2013 – also 10 Jahre nach der Verurteilung Österreichs dafür, dass § 209 StGB eine Diskriminierung ist – mussten wir ein zweites Mal ein Urteil des EGMR erwirken,¹⁹ darüber dass die Menschen natürlich auch aus dem Strafregister zu löschen sind, dass sie nicht diesen schwarzen Punkt ewig mit sich schleppen müssen. Da haben wir vorher noch mit großem Entsetzen festgestellt, durch eine parlamentarische Anfrage, dass immer noch 1.500 Personen im Strafregister vorgemerkt waren, im Jahr 2005 – drei Jahre nach der Abschaffung des § 209 StGB. Da waren 500 dabei die noch nach dem Totalverbot, vor 1971, bestraft und im Strafregister vermerkt waren. Da waren alle entsetzt. Das war dann wieder die politische Seite der Tätigkeit – da haben wir erreicht, dass die damalige Justizministerin *Gastinger* dem Bundespräsidenten *Fischer* vorgeschlagen hat, einen Großteil dieser Betroffenen zu begnadigen, also ihre Verurteilungen tilgen zu lassen. Das war die politische Seite: Wir haben eine Pressekonferenz gehabt, zum Beispiel. Aber im Justizministerium gab es auf der Beamtenebene einen großen Widerstand dagegen, alle aus dem Strafregister zu löschen, warum auch immer, die haben gesagt der – ja, der – nein. Es sind dann einige übriggeblieben, weil die Justizministerin hat gesagt: gegen die Beamten mach ich das nicht. Und eben diese, die nach wie vor im Strafregister eingetragen waren, mit vier Betroffenen davon bin ich dann zum EGMR gegangen, wir haben 2013 gewonnen.

16 Anm: VfSlg 17.745/2005, 17.746/2006, 18.091/2006.

17 Anm: ZB VwGH 19.12.2005, 2005/06/0140.

18 Anm: VfSlg 17.948/2006.

19 Anm: ECtHR 7.11.2013, E.B. et al v. Austria, 31913/07 et al.

Dann war das erste zu Partnerschaften die Mitversicherung in der Krankenversicherung: 2005 hat der VfGH²⁰ die Bestimmung über Mitversicherung von Lebensgefährten – also nicht von Ehepaaren – geprüft, weil die verschiedengeschlechtlichen Lebensgefährten waren mitversichert, die gleichgeschlechtlichen nicht. Das war das erste Erkenntnis wo der VfGH wirklich gesagt hat – es liegt eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung vor und es deswegen aufgehoben hat; es hat aber den Betroffenen nichts genutzt, weil es ist für alle aufgehoben worden. Der Gesetzgeber hat es dann aber nicht für alle wiedereingeführt, sondern gesagt – naja, dann hat es halt kein Lebensgefährte. Beziehungsweise haben sie es so geregelt, wie es heute noch ist, Lebensgefährte, anders als bei Ehepartnern, nur wenn Kinder vorhanden sind.

Und dann ging es weiter, sukzessive, dann kam das Eingetragene Partnerschafts-Gesetz,²¹ das ist auf politischem Weg entschieden worden. Jetzt könnte man sagen, das war ein Erfolg der Politik, aber auch nicht wirklich – weil so wie damals in den 1960ern bei der großen Koalition, war das dann in den 1990ern genauso, die SPÖ wollte, die ÖVP wollte nicht. Es ist dann nie etwas geworden, obwohl viel diskutiert wurde. Dann ist es Oktober 2009 geworden, und dann kam plötzlich eine Ladung vom EGMR zu einer Verhandlung im Jänner 2010, wo es um die Frage ging dass es keine rechtliche Absicherung für gleichgeschlechtliche Paare gab, eine Ehe oder eben ein Ersatzinstitut. Und – wie durch ein Wunder – war drei Wochen später die Regierungsvorlage da, die dann innerhalb weniger Wochen verabschiedet wurde am 10. Dezember und mit 1. Jänner in Kraft getreten ist. Vor dem EGMR ist die österreichische Regierung dann aufgetreten und hat gesagt – jetzt kann man das Verfahren einstellen, weil jetzt haben wir es ja eh.

Das hat der EGMR dann zwar nicht gemacht. Aber es hatte trotzdem eine Wirkung, weil der EGMR keine Verletzung erkannt hat. Hätte Österreich das nicht gemacht, hätte es wahrscheinlich damals schon in der Rechtsprechung geheißen, dass ein Staat zumindest die Möglichkeit einer eingetragenen Partnerschaft bereitstellen muss. Es war nur eine knappe Mehrheit, eine Stimme, für die Ansicht, dass es keine Verletzung war, aber mit der Begründung es ist *gerade noch* keine Verletzung. Österreich war noch nicht

20 Anm: VfSlg 17.659-17.680/2005.

21 Anm: Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft, BGBl I 135/2009.

zu spät, es ist sich noch knapp ausgegangen – aber demnächst könnte es anders sein. Und 2015 ist dann Italien deswegen verurteilt worden,²² weil es keine Eingetragene Partnerschaft gab, und jetzt vor Kurzem auch Russland.²³ Jetzt ist also beim EGMR der aus der EMRK ableitbare Standard, dass es zumindest eine eingetragene Partnerschaft geben muss, wenn schon nicht die Ehe. Die Ehe ist nach wie vor noch keine Pflicht für die Staaten.

Wir haben trotzdem weiter gemacht mit entsprechenden Prozessführungen, also Gesetzesprüfungsanträgen. Dieses Eingetragene Partnerschafts-Gesetz ist dann nämlich gekommen, aber: mit hundert Nadelstichen, und zwar wirklich hundert. Das war die Voraussetzung dafür, dass die ÖVP überhaupt zugestimmt hat. Das Gesetz hatte in der Regierungsvorlage hundert Unterschiede zwischen Ehe und eingetragener Partnerschaft. Die eingetragene Partnerschaft war nur für gleichgeschlechtliche Paare offen. Das Wort Familie durfte nicht verwendet werden. Das Stiefkind durfte nicht Stiefkind heißen, sondern Kind des eingetragene Partners, lauter solche Absurditäten. Man durfte keinen Familiennamen haben, sondern einen Nachnamen. Und das haben wir dann scheinchenweise durchjudiziert.

Letzten Endes kann man sagen wir haben alle diese Unterschiede weggekragt; oder nicht alle, aber alles wo sich Fälle aus der Beratungspraxis ergeben haben, bei den gravierendsten Sachen, bis hin zum Standesamt. Das allerdings wieder erst beim EGMR. Zunächst hat der VfGH²⁴ nämlich gesagt das ist keine Verfassungsverletzung, das die einen am Standesamt heiraten und die anderen ihre eingetragene Partnerschaft bei der Bezirkshauptmannschaft machen müssen, wo man die Prostitutionslizenzen kriegt und die Abfallverwertungsbewilligungen kriegt und Gewerbeberechtigungen und Führerscheine – die Bezirksverwaltungsbehörden, die diese Angelegenheit auch nie haben wollten. Wo man in den meisten Fällen nicht einmal Musik spielen durfte, keine Zeremonie, sondern nur unterschreiben und wieder gehen.

Alles andere hat der VfGH aufgehoben, und auch festgestellt, dass es eine gleiche Zeremonie geben muss, aber beim Standesamt war er der Ansicht das ist eine rein formelle Geschichte, das ist ja egal ob man das da oder dort macht. Was es natürlich nicht ist, das ist eine hoch symbolische Sache,

22 Anm: ECtHR 21.7.2015, Oliari et al. v. Italy, 18766/11 et al.

23 Anm: ECtHR 17.1.2023, Fedotova v. Russia, 40792/10.

24 Anm: VfSlg 19.682/2012.

ansonsten wäre es ja auch der ÖVP nicht so wichtig gewesen. Natürlich ist das diskriminierend. Es gibt ja auch nicht ein Standesamt für Menschen mit schwarzer Hautfarbe und ein Standesamt für Menschen mit weißer Hautfarbe; da würde man ja sofort sehen, dass das diskriminierend ist, selbst wenn das Standesamt genauso schön ist, selbst wenn sie genau die gleichen Formulare haben, die gleiche Prozedur und die gleiche schöne Zeremonie, aber das ist Segregation, das ist Apartheid. Und das war so, das war sexuelle Apartheid.

In dem Standesamt-Fall mussten wir zum EGMR. Da ist es dann aber nicht mehr zur Entscheidung gekommen, weil während des Verfahrens hat der Gesetzgeber die Eingetragene Partnerschaft schon auf die Standesämter verlagert, 2017.²⁵ Der EGMR hat dann das Verfahren wegen Klaglosstellung eingestellt, aber hat etwas gemacht was er sonst in solchen Fällen nie macht: Er hat gesagt es wird aus der Liste gestrichen, die Sache ist erledigt, aber er hat uns trotzdem Kosten zugesprochen, die Republik musste uns Anwaltskosten ersetzen, womit der EGMR ganz deutlich gemacht hat dass das für ihn eine Menschenrechtsverletzung war, sonst hätte er keine Kosten zugesprochen. Die Sache mit dem Standesamt war also im Jahr 2017, und bereits ein paar Jahre davor haben wir schon ganz andere Dinge erreicht, nämlich: Fortpflanzungsmedizin.²⁶ Da waren ja lesbische Frauen ausgeschlossen von der Samenspende; und auch die Stiefkindadoption über den EGMR.²⁷ Und auch da war der Gesetzgeber wieder superschnell und hat innerhalb von wenigen Monaten das Gesetz geändert, und dann war auch die gemeinsam Adoption von Kindern Thema.²⁸ Das waren alles Riesenerfolge. Das heißt erst nachdem Fortpflanzungsmedizin gleichgestellt wurde, die Adoption – Stief- und Fremdkindadoption – erst dann hat man die Paare auch am Standesamt ihre eingetragene Partnerschaft schließen lassen. Was für ein absurder Widerstand!

Letzter großer Höhepunkt im Familienrecht war dann die Ehe für Alle.²⁹ Und da hat der VfGH noch wenige Jahre zuvor entschieden, dass das Eheverbot für gleichgeschlechtliche Paare sachlich gerechtfertigt ist.³⁰ Aber wir haben dann den VfGH davon überzeugt, dass sich seit diesem letzten

25 Anm: Durch eine Novellierung des Personenstandsgesetzes 2013 mit BGBl I 120/2016.

26 Anm: VfSlg 19.824/2013.

27 Anm: ECtHR 19.2.2023, X et al. v. Austria, 19010/07.

28 Anm: VfSlg 19.941/2014.

29 Anm: VfSlg 20.225/2017.

30 Anm: ZB VfSlg 19.682/2012.

Erkenntnis die Situation völlig geändert hat. Weil der VfGH hatte letzten Endes nur ein einziges Argument vertreten hatte: Die sachliche Rechtfertigung für das Eheverbot liege darin, dass die verschiedengeschlechtliche Partnerschaft, die Ehe, auf die gemeinsame Elternschaft ausgerichtet wäre, und das gleichgeschlechtlichen Paaren eine gemeinsame Elternschaft nicht möglich war. Damit sei der Ausschluss von der Ehe nicht diskriminierend gewesen. Und als die früheren Entscheidungen des VfGH gefällt wurden gab es noch keine gemeinsame Elternschaft von gleichgeschlechtlichen Paaren.

Dann haben wir die Stiefkindadoption erreicht, dann haben wir in der Fortpflanzungsmedizin die Samenspende für lesbische Frauen erreicht, und dann die gemeinsame Adoption. Und jetzt hatten wir plötzlich Familien, mit Kindern mit zwei rechtlichen Müttern und zwei rechtlichen Vätern, die sich jetzt in nichts mehr davon unterscheiden, auch rechtlich nicht, von verschiedengeschlechtlichen Familien, also Kindern mit einem rechtlichen Vater und einer rechtlichen Mutter. Und das war dann das entscheidende Argument, dem sich der VfGH auch angeschlossen hat: Die Situation hat sich grundlegend geändert, mittlerweile waren auch gleichgeschlechtliche Paare – zum Beispiel eingetragene Paare, Lebensgefährten – die gemeinsame Eltern eines Kindes sind in der gleichen Situation wie verschiedengeschlechtliche Eltern, mit dem einzigen Unterschied: Die einen Eltern dürfen heiraten, und die Eltern der anderen Kinder nicht. Damit sind die anderen Kinder zwangsläufig diskriminiert. Und so haben wir das dann erreicht. Wir waren und sind bis heute das einzige Land Europas, dass die Ehe für Alle als Menschenrecht etabliert hat, und damit auch als verfassungsgesetzliches Recht. Das kann vom Parlament auch nicht mehr zurückgenommen werden.

Im restlichen Europa gab es die gleichgeschlechtliche Ehe zum Teil schon viel früher, vor allem in Westeuropa. Dort wurde das auf dem politischen Weg eingeführt. Nur in Österreich ist es jetzt durch eine verfassungsgerichtliche Entscheidung als Menschenrecht anerkannt, dass die Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare offen sein muss. Das gleiche ist bei der Fortpflanzungsmedizin – dort sogar weltweit einzigartig – und bei der gemeinsamen Adoption. Also nicht nur politische Entscheidungen, sondern wirklich auch anerkannt als Grundrecht, das nicht wieder rückgängig gemacht werden darf.

Und das alles, ja, strategische Prozessführung in dem Sinn, dass man den Prozess führt im Bewusstsein dessen, was es für eine politische Bedeutung hat. Das zum Beispiel ich als Anwalt den Fall unterstütze. Die meisten dieser Fälle habe ich gratis vertreten, pro bono, und das macht man natürlich nur aus dem Grund, dass es ein gesellschaftliches Anliegen gibt, das man vertritt.

Und das Wissen um die politische und die gerichtliche Seite, beides Parallel zu machen, das ist sicherlich die größte Hilfe. Also bei uns war das sehr produktiv, weil die politische Seite hat gewusst – da gibt es Gerichtsfälle, wenn wir es nicht machen, machen es die; und die Gerichte leben ja auch nicht in einem Elfenbeinturm und wollen nichts sehen und nichts hören und wissen nicht von der gesellschaftlichen Realität. Richterinnen und Richter sind ja auch Teil der Gesellschaft, lesen die Medien, schauen fern, verfolgen die politischen Entwicklungen, und die haben das natürlich auch seit Jahren und Jahrzehnten mitgekriegt das hier ein Stillstand ist und dass das Menschenrechtsverletzungen sind, die nicht wegzukriegen sind und dass es an ihnen liegt das entweder zu bestätigen, damit auch für lange Zeit, oder jetzt das zu tun wofür sie da sind, nämlich den Menschenrechten zum Durchbruch zu verhelfen. Und da muss man sagen – haben wir großes Glück mit dem VfGH, der ja an sich ein Gerichtshof ist der überwiegend konservativ besetzt ist; die meisten der Richterinnen und Richter sind von der ÖVP bestellt, damals noch mehr als heute. Die Richter und Richterinnen haben sich dann aber so davon gelöst, dass sie von einer bestimmten Partei bestellt sind, vor allem auch weil sie ja bis zum 70. Lebensjahr bestellt sind, und dann völlig unabhängig sind. Deshalb emanzipieren sie sich sehr stark.

TW: Danke! Sie haben die meisten Fragen, die ich stellen wollte, schon vorweggenommen und beantwortet. Welche Hürden würden Sie denn jetzt als die größten Hürden für Ihre Tätigkeit im Bereich der Strategischen Prozessführung identifizieren? Sie haben jetzt verschiedene Dinge schon genannt, die komplizierte Kompetenzstruktur, dass es gewisse Verfahrensmöglichkeiten früher auch nicht gab, also Gesetzesbeschwerde, Subsidiarantrag, andererseits auch das Ressourcenproblem, dass Sie sehr viel pro bono gemacht haben. Wo würden Sie da die Stellschrauben sehen um solche Tätigkeit, wenn sie weiterhin notwendig ist, zu erleichtern, und noch mehr zu unterstützen?

HG: Also wenn die Rechtsordnung keine entsprechenden Instrumente dafür zur Verfügung stellt, dann geht es eh nicht. Aber in westlichen Demo-

kratien gibt es ja meist einen Rechtsweg in irgendeiner Form, weil sonst könnten wir mit Menschenrechten ja wirklich gleich aufhören, dann sind die nur dekorativ.

Das finanzielle Problem ist eines der Hauptprobleme in den meisten Fällen, weil es müssen ja Anwälte engagiert werden, die das auch können und machen. Man wird vielleicht immer wieder jemand finden, der es *pro bono* macht, aber auch das ist nicht gesichert, auch Anwälte müssen von etwas leben. Und auch wenn es dann *pro bono* und völlig gratis ist: ob man dann auch die Leistung bringt die dafür notwendig ist, ist fraglich. Da ist niemandem was vorzuwerfen, aber alles was man gratis macht, macht man oft nebenbei. Das heißt, man braucht die besten Leute, die qualifiziertesten und spezialisiertesten Leute – und die am besten gratis, und das ist ein Ding der Unmöglichkeit. In meinem Fall war es vielleicht ein Glücksfall, wenn ich das jetzt so sagen darf, weil ich ja schon vorher 15 Jahre in der Bewegung aktiv war und genau das gemacht habe und das als Anwalt dann umsetzen konnte.

Aber natürlich war es auch nicht so lustig dafür kein Geld zu kriegen. Vor allem wenn man als Anwalt neu anfängt, dann muss man eben mit anderen Dingen Geld verdienen. Und wenn man dafür auch ein bisschen was gekriegt hätte, oder ein bisschen mehr, also jedenfalls das zumindest was Tarif ist, hätt' man sich auch gefreut. Man muss das halt so machen, aber wie viele machen das schon? Und, ich will jetzt nicht das Wort strategische Prozessführung vermeiden, aber es ist ja nichts Anderes als gerichtliche Durchsetzung von Menschenrechten, und das sollte nicht davon abhängig sein ob die Leute Geld haben, oder entsprechend erfolgreich *fund raising* machen können – weil das muss man auch können. Sondern es wäre eigentlich gut wenn es dafür in irgendeiner Form Möglichkeiten gäbe, so dass man sich um die finanzielle Seite weniger kümmern muss.

Entweder hat man das Problem Geld aufzutreiben zu müssen das man nicht hat, oder irgendjemand arbeitet in Selbstaussbeutung. Das sind die zwei Möglichkeiten. Und oft scheitert es auch daran. In unserem Fall ist es gegangen, ich habe viele dieser Dinge gratis gemacht. Aber oft geht es halt nicht. Das ist in dem Fall wirklich eine geglückte Konstellation gewesen, auch in einer zweiten Hinsicht: Weil man muss eben die politische Arbeit und die Gerichtsarbeit auch in irgendeiner Weise koordinieren, und das Ideal ist wenn die politische Seite ein juristisch-anwaltliches Verständnis hat und voll informiert ist und weiß und versteht, was auf der Gerichtsseite

passiert, und umgekehrt. Das war für uns der Glücksfall, dass ich das in einer Person gemacht habe, und damit auch immer wusste welches Register zu ziehen ist. Das ist die Idealsituation, aber das kann man nicht immer in einer Person machen. Wichtig ist, dass es gut koordiniert ist.

TW: Das heißt sie sehen die Haupthürden auf der faktischen Seite, auf der Ressourcenseite. Sie würden nicht sagen es braucht so etwas wie eine Verbandsklagebefugnis, für Menschenrechtsvereine wie das Rechtskomitee Lambda zum Beispiel, das würde dann aus Ihrer Sicht wahrscheinlich wenig Unterschied machen?

HG: Da gibt es jetzt eine Initiative, einen Vorschlag, dass man die Verfassung ändert damit es so etwas auch beim VfGH gibt, das haben wir auch befürwortet. Dadurch wäre die Prozessführung erleichtert, insofern als man nicht – damals zumindest – noch bei den OLG bitten und betteln hätte müssen, sondern man hätte dann gleich einen Antrag beim VfGH stellen können. Ob der jetzt vom gleichen Gewicht gewesen wäre, wie wenn ein OLG den Antrag stellt, ist halt auch die Frage. Verfassungsrichter und Verfassungsrichterin sind auch Menschen, und auch die sind vielleicht eher beeindruckt, wenn ein OLG den Antrag stellt als wenn jetzt ein Interessenverband den Antrag stellt – ja no na finden die das verfassungswidrig. Auch da, vom Gesetz her gibt es natürlich keinen Unterschied, wenn es diese Möglichkeit gibt, aber die Richter sind dann vielleicht eher beeindruckt wenn Richterkollegen etwas als verfassungswidrig erachten als wenn Betroffene das tun.

Der Vorteil wäre: man muss nicht immer konkret Betroffene haben, die dazu bereit sind zu Gericht zu gehen. Aber wir hatten das Problem nie das wir die Betroffenen nicht hätten die bereit waren zu Gericht zu gehen, weil die Leute bei uns nicht mit den Kosten belastet waren in den meisten Fällen. Das war halt dadurch gewährleistet, dass ich mich selbst ausgebeutet hab'. Ich fahr halt keinen Porsche und keinen Jaguar, sondern ein kleines Auto – jetzt nur als Beispiel, und geh nicht Golf spielen... Aber dazu muss jemand mal bereit sein..

Und man muss sagen – das klingt jetzt wie Selbstlob – aber das Rechtskomitee Lambda gibt es seit 1991, es ist jetzt 31 Jahre alt, und als wir uns gegründet haben hat es noch drei homophobe Sonderstrafgesetze gegeben, da sind pro Jahr immer noch dutzende Menschen wegen ihrer sexuellen Orientierung ins Gefängnis gesteckt worden. Wenn wir uns anschauen was

wir in den 30 Jahren erreicht haben ist das Lichtgeschwindigkeit. Heute kann man gleichberechtigt heiraten, gleichberechtigt Familien gründen, und im Familienrecht ist man mittlerweile wirklich auf Punkt und Beistrich gleichgestellt. Dann haben wir das dritte Geschlecht auch noch erkämpft, und auch noch viele, viele andere Dinge.

Ein wesentlicher Punkt ist aber schon auch nicht nur das jetzt einfach auf politischem Weg zu machen, mit politischer Arbeit, Medienarbeit und auf der anderen Seite die Gerichtsfälle zu bringen, sondern man muss die Fälle ja auch so bringen, dass man wirklich respektiert und auch ernst genommen wird. Und wir haben erstens einmal immer strikt überparteilich gearbeitet – manche Parteien waren uns näher als andere, aber wir haben immer strikt überparteilich agiert. Wenn ein ÖVP-Politiker uns unterstützt hat waren wir sehr froh darüber und haben das genauso entgegengenommen wie bei jemand von einer anderen Partei, wenn auch die Partei selbst die historische Schuld hat, dass sie einfach jeden Millimeter Fortschritt blockiert hat. Was man zugutehalten muss der ÖVP: Wenn es einmal auf Gerichtsweg entschieden war, oder auch mit parlamentarischer Mehrheit, dann hat sie sich darangehalten und es hat kein Hahn mehr danach gekräht. Und auch die, die das über Jahre blockiert haben, die haben ja schon gewusst und wissen es heute erst recht, dass sie damit in der breiten Bevölkerung keinen Widerhall haben, das ist ja gegen die Bevölkerung aufrechterhalten worden – gleichzeitig war es der Bevölkerungsmehrheit auch nicht so wichtig, dass sie daran ihre Wahlentscheidungen geknüpft haben, ansonsten wäre es ja schon viel früher abgeschafft worden. Aber wenn man die Leute gefragt hat ist durch die Bank gesagt worden, dass das nicht einsichtig ist, bis hinauf zur Ehe, warum sollen gleichgeschlechtliche Paare nicht auch heiraten. Die Mehrheit der Wählerschaft von allen Parteien, inklusive der ÖVP, wobei da sogar die Freiheitlichen Wähler früher dran waren. Aber ganz zum Schluss, ein halbes Jahr bevor es dann der VfGH tatsächlich aufgehoben hat, haben sich dann auch bei der ÖVP-Wählerschaft 51% dafür ausgesprochen, aber halt so, dass es ihnen nicht wichtig genug war ihre Wahlentscheidung danach zu richten, und damit interessiert das dann einen Politiker nicht.

Aber ich glaube es ist wichtig, dass wir immer die Fakten korrekt gebracht haben, also nie irgendwo irgendwie geflunkert haben, dass wir nie uns einer bestimmten Partei verschrieben haben oder irgendwie unfair gewesen wären zu Parteien – also immer freundlich im Ton, aber hart in der Sache. Das heißt, nie jemand persönlich runtermachen, sondern sachliche Kritik

üben, die auch durchaus hart, durchaus auch darstellen, wenn jemand diskriminiert oder Diskriminierung befürwortet, dann auch diese Person entsprechend herausstellen, das schon, aber nie untergriffig. Und auch von den Fakten, haben wir es uns immer zum Prinzip gemacht da nicht irgendetwas zu manipulieren, Statistiken zu verfälschen oder irgendwie falsche Fakten zu bringen – das bringt nix, Lügen haben kurze Beine, und dann wird man irgendwann nicht mehr ernst genommen. Wir haben uns das so erarbeitet, glauben wir zumindest, und das ist uns auch immer wieder bestätigt worden, auch von denen die uns kritisch gegenübergestanden sind, wie insbesondere die ÖVP, aber auch große Teile der FPÖ, dass sie uns aber respektieren und dafür schätzen, dass das was wir sagen Hand und Fuß hat. Und ich glaube dass das schon sehr wichtig ist. Nicht dass man dann sagt – ja, die, die kennen wir eh schon. Also sowohl vor Gericht als auch im politischen Prozess – bei den Politikern, dass sie nicht schon wieder die Augen verdrehen, wenn man kommt, und auf gerichtlicher Ebene genauso, dass man nicht einfach nur Verfahren führt um Verfahren zu führen, sondern die müssen Hand und Fuß haben, das muss fundiert sein, das muss Spitzenqualität haben, sonst kann das auch sehr daneben gehen. Weil auch vor Gericht ist wichtig, dass man ernst genommen wird, und nicht Dinge macht die einen vor Gericht vielleicht der Lächerlichkeit preisgeben. Ich glaub wir haben das gut geschafft.

Ich weiß nicht ob ich anderen Bereichen, in denen das noch nicht so funktioniert hat Tipps geben kann? Ich weiß nicht ob man unsere Situation jetzt übertragen kann auf andere Bereiche. Ich kann nur schildern, wie es bei uns gelaufen ist. Heute ist die Situation anders, es gibt mehr Bewusstsein dafür, als ich angefangen hab hat's ja den Begriff strategische Prozessführung noch nicht einmal gegeben. Wir haben das aus anderen Ländern übernommen, *strategic litigation*, in anderen Ländern, in den USA vor allem haben das andere schon gemacht, aber wir haben den Begriff anfangs nicht einmal gekannt. Wir sind da hineingestolpert, in dem wir einfach überlegt haben was können wir noch tun – genauso hat sich letzten Endes das Rechtskomitee Lambda gegründet. Wir, die das Rechtskomitee Lambda gegründet haben, haben alle vorher in der HOSI Wien gearbeitet. Die HOSI Wien hat dieses erste Verfahren vor dem VfGH betreut, das Verfahren das 1989 negativ ausgegangen ist. Da habe ich damals noch als Jus-Student mitgearbeitet, im Rahmen der HOSI Wien. Und die HOSI Wien hat dann gesagt, nachdem der VfGH entschieden hat – so, die Sache ist für uns erledigt und aus. Wir wollten aber weitergehen zur Menschen-

rechtskommission. Das war dann letzten Endes nicht erfolgreich, aber wir haben gesagt wir geben nicht auf bis alle Schritte gesetzt sind und alle Instanzen durchschritten sind. Das war der Grund dafür, dass das Rechtskomitee Lambda als eigene Organisation gegründet wurde, und wir uns eben genau diesen Schwerpunkt der Rechtspolitik gesetzt haben. Das war die erste Prozessführung, eben dieser Fall an die Menschenrechtskommission. Da haben wir Geld gesammelt dafür, damals mussten noch andere Anwälte beauftragt werden, dafür musste man Geld aufreiben. Das haben wir gemacht und dann den Fall an die Menschenrechtskommission gebracht und das war der Gründungsmoment für das Rechtskomitee Lambda.

Letzen Endes haben wir genau das dann weitergemacht, neben der politischen Arbeit, die wir auch weitergemacht haben. Und ich glaube die Kombination ist eben das, was den Erfolg ausmacht. Wenn man nur knöcherner Jurist ist und nur die Gerichtsverfahren macht, das ist nur die halbe Geschichte. Und wenn man nur auf politischer Ebene arbeitet, ist das auch nur die halbe Geschichte.

Es war natürlich auch die Zeit reif dafür, muss man sagen. Also nicht nur, weil wir so supertoll waren hat es funktioniert, sondern es war auch die Zeit für das Thema und auch für die Erfolge beim VfGH. Weil hätte der VfGH nicht seine Judikatur generell verschärft, dahingehend Gesetze genauer zu prüfen ob sie wirklich menschenrechtswidrig sind oder nicht, und nicht mehr so allgemein zu sagen – „das liegt eh alles im Ermessensspielraum des Gesetzgebers, das ist eh alles gerechtfertigt“ – dann hätten wir auch auf Granit gebissen. Da hat sich beim VfGH unabhängig von uns entwickelt, dass der VfGH Gesetze strenger prüft als noch in den 1980er Jahren. Das hat angefangen mit den Erkenntnissen zu den Ladenöffnungen, Pensionsalter Männer und Frauen, und dann ein paar andere Entscheidungen und da kamen wir auch. Aber hätte der VfGH diesen Schritt hin zu einer strengeren Prüfung nicht gemacht, dann hätten wir genauso Schiffbruch erlitten vor den Gerichten. Beim Menschenrechtsgerichtshof hätten wir dann vielleicht doch etwas realisieren können, aber das wäre dann wieder eine andere Geschichte gewesen...

TW: Wahrscheinlich dann auch mit Auswirkungen auf Österreich und den Verfassungsgerichtshof.

HG: Der erste Erfolg beim VfGH war ja letzten Endes noch keiner aufgrund der Sexualität. Ich bin überzeugt, bei dieser Entscheidung aus 1989,

hat sich die Mehrheit nur deswegen ergeben, weil sie so diplomatisch auf ein anderes Argument ausweichen konnten, eine Exitstrategie. Wenn Sie ein Pferd stoppen wollen das auf sie losrennt dann dürfen Sie sich nicht entgegenstellen, weil dann werden Sie überrannt, sondern Sie müssen es am Halfter packen und eine große Runde rennen, bis es schließlich in die richtige Richtung geht. Und so ähnlich ist es hier auch: Der VfGH hätte damals sicher nicht einfach gesagt ein früheres Erkenntnis war falsch. Sicher nicht. Also da muss man Hölzchen legen, und es liegt dann ohnehin am Gericht das aufzugreifen. Und letztlich war es bei der Ehe für alle auch nicht anders. Hätten wir nur darauf bestanden, ganz stupide einfach darauf gepocht – „nein, es ist aber eine Menschenrechtsverletzung und ihr müsst jetzt anders entscheiden als noch vor ein paar Jahren“, wären wir nicht so erfolgreich gewesen. Aber das erfordert natürlich auch entsprechende Kreativität und Fingerspitzengefühl, die feine Klinge, dass man eben mit dem Pferd eine Runde rennt, und nicht einfach nur sagt – was ihr gesagt habt, das geht nicht.

TW: Also den Gerichtshof auch als politischen Akteur verstehen, in einem gewissen Rahmen.

HG: Der VfGH ist ein politischer Gerichtshof, ganz klar. Der lebt nicht im politischen Vakuum, er ist klar politisch bestellt – nicht parteipolitisch, das ist kein parteipolitischer Gerichtshof, das möchte ich nicht sagen. Natürlich ist es aber ein politischer Gerichtshof und ist auch als solcher konzipiert. Gesetze sind in verbindliche Form gegossene Politik. Jedem Gesetz geht ein politischer Akt voraus, die gehen alle durchs Parlament mit den entsprechenden Kontroversen und politischen Diskussionen; und Verfassungsgesetze ganz besonders. Und wenn ich diese Verfassungsgesetze, die ja nicht jedes Detail regeln können, und wenn doch dann wäre es furchtbar, wenn also diese Verfassungsgesetze und –begriffe ausgelegt werden und mit Leben erfüllt werden, dann ist das Letzen Endes eine Wertungsaufgabe, die zunächst der der Gesetzgeber übernimmt. Die Wertung der Verfassung dann letzten Endes mit Leben zu füllen – das ist die Aufgabe des VfGH. Da hat er mehr als andere Gerichte auch eine gesellschaftspolitische Funktion, weil ob jetzt der A dem B etwas aus einem Kaufvertrag schuldet oder nicht, ob er zu viel bezahlt hat oder nicht, oder ob jemand der etwas gestohlen hat drei oder sechs Monate kriegt – das sind keine großen gesellschaftspolitischen Wertungen, da wird einfach ein Gesetz vollzogen. Eine gewisse Wertung ist immer dabei. Aber die großen gesellschaftspolitischen Wertungen nimmt der VfGH vor. Manchmal auch

die anderen Gerichte, wenn sie unbestimmte Gesetzesbegriffe auslegen und da auch Rechtsgeschichte schreiben können in gewissem Maße. Aber das passiert nicht oft.

TW: Gibt's noch etwas was Sie abschließend loswerden möchten, zum Thema strategische Prozessführung? Liegt Ihnen noch etwas auf der Zunge?

HG: Grundsätzlich – wie beim politischen Weg auch: Nie aufgeben, immer seriös bleiben und verbindlich und freundlich im Ton, aber hart und kompromisslos in der Sache. Manchmal, und das ist ganz blöd, ist es wenn es umgekehrt ist. Das gibt es auch immer wieder. Es gibt Akteure, die sind extrem im Ton, aggressiv, fahren den Leuten ins Gesicht und werden beleidigend – verständlich, oft – und sind dann gleichzeitig aber sehr konziliant in der Sache, oft weniger weit in den Forderungen oder in den Zielen als die anderen. Also wir haben das oft erlebt. Wir waren immer die, die mit allen gesprochen haben. Wir haben gesagt wir reden mit jeder politischen Partei, das war auch nicht gern gesehen, also insbesondere, wenn man sich mit Freiheitlichen getroffen hat. Aber wenn ich etwas erreichen kann, für unsere Bevölkerungsgruppe insbesondere, als Interessensvertreter, aber auch allgemein für die Menschenrechte, es gibt natürlich Grenzen, aber im Großen und Ganzen red' ich auch mit dem Teufel – wenn ich was erreichen kann. Es war aber kein Teufel dabei, so schlimm war es nicht. Aber eben sinnbildlich. Immer wieder probieren, auch wenn's nicht erfolgreich ist, irgendwann kommt einmal der Moment, wo es erfolgreich ist. Wobei wir natürlich leicht reden können, weil wir erfolgreich waren. Das hätte auch anders laufen können, also ich weiß nicht ob ich wirklich Tipps geben kann. Ich kann nur sagen – glücklicherweise waren wir sehr erfolgreich. Ich bin sehr froh darüber.

Was wahrscheinlich wirklich das Wichtigste ist – und jetzt in unserem Fall der Erfolgsfaktor war – was man auch wahrscheinlich nicht so 1:1 kopieren kann, das allerwichtigste und wichtiger als alles andere war letzten Endes die öffentliche Meinung. Also sowohl in der breiten Bevölkerung, eine gesellschaftliche Stimmung, eine Entwicklung, die einfach auch da war und ist: „Das gehört sich einfach nicht, aufgrund sexueller Orientierung zu diskriminieren, und aufgrund des Geschlechts“. Und dann auch als Resultat davon eine einhellige mediale Unterstützung. Es waren vielleicht manche stiller als andere und haben weniger geschrieben, aber jetzt wirklich eine Gegnerschaft aus der medialen Landschaft haben wir nie gehabt.

Da haben es andere Länder viel schwieriger, auch heute, wenn man in den Osten schaut. In dem Sinn waren wir in einer glücklichen Situation. Und davon ist weder die Politik unbeeindruckt noch die Gerichte, weil sowohl die Politiker, Politikerinnen als auch die Richter, Richterinnen sind Teil der Gesellschaft, die gehen in Lokale, haben Freunde, haben Bekannte mit denen sie reden, und wenn das einfach eine gesellschaftliche Entwicklung ist, dann kriegen die das auch mit, und die mediale Berichterstattung natürlich auch. Das ist eine völlig andere Situation, wenn es eine grundsätzlich negative gesellschaftliche Entwicklung gibt, ablehnend, und auch medial die Sache nicht so klar ist oder auch überwiegend negativ, weil dann kann man zwar einen Gerichtsfall gewinnen, aber dann kommt der Gesetzgeber, populistischer Weise, und hebt das wieder auf, ändert das Gesetz. Dann ist auch wieder nichts gewonnen, oder nur wenig.

Also in dem Bereich ist es zumindest bis jetzt – das ist nichts, was unumkehrbar ist, sag ich immer, man muss immer sehr vorsichtig sein, da kann es auch wieder in die Gegenrichtung gehen – bis jetzt ist es so, dass es zumindest in Mittel- und Westeuropa allgemeiner Konsens ist, dass Diskriminierung aufgrund sexueller Orientierung nicht sein soll. Und die die noch dafür sind, die müssen sich rechtfertigen, so wie es auch mit der Gleichstellung der Frau ist, letzten Endes. Und ich glaube ja dass das eine die Folge des anderen ist. Also die Gleichstellung der Frau, die Frauenrechte, waren die Voraussetzung dafür, dass auch die homosexuellen Männer befreit werden können. Zumindest in unserer Kultur, das muss nicht notwendigerweise einhergehen. Aber in unserer Kultur ist Homosexualität ja abgelehnt worden und diskriminiert worden, in einer patriarchalen Gesellschaft, weil sie als unmännlich galt. Es gab auch Kulturen wo sie als besonders männlich galt, das ist dann etwas Anderes, da kann man dann Frauen diskriminieren aber gleichzeitig Homosexualität nicht. Aber in unserer Gesellschaft hat man die schwulen Männer ja hauptsächlich deswegen diskriminiert und verachtet, weil sie sexuell freiwillig die Rolle der Frau annehmen, und die passiven homosexuellen Männer noch mehr diskriminiert als die aktiven, weil die sind „eh nicht so richtig schwul“. Und die lesbischen Frauen, weil sie eben als Frau sich anmaßen, die Rolle des Mannes oder sogar ohne Mann zu leben. Jedenfalls in unseren Breiten war das sicherlich eine Voraussetzung. Ohne Frauen-Befreiung hätte es keine Homosexuellenbefreiung gegeben.

Ich möchte das damit ein bisschen relativieren, damit man das nicht so darstellt – wir waren so toll, wir haben das alles geschafft, und das müssen

jetzt alle anderen gleich machen. Für unsere Themen, also sexuelle Orientierung, Trans-Identität – das haben wir jetzt nicht besprochen, aber da haben wir auch viele Erfolge erzielt – sind wir natürlich auf einer Welle geritten die eine allgemein-gesellschaftliche war, die aber auch nicht von irgendwoher kommt. Das heißt, grundsätzlich sind sowohl der politische als auch der Gerichtsweg durch eine allgemeine gesellschaftliche Entwicklung begleitet, idealerweise – es muss nicht so sein, man kann natürlich auch in einer homophoben Gesellschaft durch Gerichtsurteile eine Aufhebung der Strafverfolgung bewirken, auch das ist grundsätzlich möglich, und auch gut wenn man dann nicht mehr polizeilich verfolgt und eingesperrt wird, aber es ist trotzdem noch nicht das Ideale. Idealerweise, um wirklich ein menschenwürdiges Leben zu ermöglichen, muss man schon auch die gesellschaftliche Entwicklung vorantreiben, und das Bewusstsein entsprechend gestalten, dass das Menschenrechte sind und dass das gleichwertige Ausdrucksformen der menschlichen Sexualität sind.

TW: Also die Gleichstellung am Papier und die Gerichtsurteile an sich, sind schön und gut aber nicht ausreichend?

HG: Das sowieso. Das sieht man in der Frauenbewegung, weil die rechtliche Gleichstellung gibt's seit den 1970er Jahren, aber... (lacht). Aber bis wir uns auflösen – also wir sind ja eine Bewegung die darauf hinarbeitet, dass sie nicht mehr notwendig ist. Aber das werde ich nicht mehr erleben, fürchte ich. Weil eine völlige rechtliche Gleichstellung; im Familienrecht haben wir es, aber sonst nicht unbedingt. Weitgehend zwar, wir sind jetzt mittlerweile, das ist unser Erfolg, an der Weltspitze der Rechtsentwicklung in dem Bereich. Das halte ich uns schon zugute, dass – Selbstlob stinkt, aber ich denke doch mit der guten Arbeit, auf gerichtlicher und politischer Ebene, haben wir das sehr schnell vorangetrieben und umgesetzt. Man hätte auch, wenn man anders agiert hätte oder die Verfahren nicht so oder nicht so schnell geführt hätte, anders oder blöder oder was auch immer, dann hätte das auch danebengehen können, und dann hätten wir halt einen langsameren Fortschritt.

Ich glaub wir haben es ganz gut gemacht, aber wir hatten grundsätzlich auch gute Voraussetzungen. Also man kann das jetzt sicher nicht 1:1 auf Russland oder Polen übertragen. Schon grundsätzlich, ja, aber mit Modifikationen. Weil grundsätzlich haben wir begonnen, in einer Gesellschaft und in einer medialen Landschaft, die so eingestellt war das Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung nicht sein soll, dass das gegen

die Menschenrechte verstößt. In Details hat sich das natürlich entwickelt, weil in den 1980er Jahren hat kein Mensch an Ehe gedacht, nicht einmal an eingetragene Partnerschaft, aber so die Grundstimmung, das sollte nicht ungleich behandelt werden – im Strafrecht, damals ging es noch ums Strafrecht, Leute ins Gefängnis stecken. In anderen Ländern arbeiten wir auf einer ganz anderen Basis, da muss man den Leuten erst einmal vermitteln, dass das gleiche Liebe ist und Benachteiligung auf dieser Basis eine Menschenrechtsverletzung.

TW: Ja, auch wenn die Voraussetzungen vielleicht nicht die allerschlechtesten waren, ist es trotzdem sehr, sehr beachtlich was Sie da geleistet haben, und was das Rechtskomitee Lambda da geleistet hat.

HG: Dankeschön.

TW: Ich bin Ihnen sehr dankbar für das Gespräch!

Autor:innenverzeichnis

Mag. *Thomas Alge*, Jurist, ist Geschäftsführer von ÖKOBÜRO – Allianz der Umweltbewegung. ÖKOBÜRO hat derzeit 21 Mitgliedsorganisationen und setzt sich für einen zukunftsfähigen Umgang mit der Umwelt, eine starke Zivilgesellschaft und einen demokratischen Rechtsstaat ein.

Mag.^a *Cornelia Amon-Konrath* ist stellvertretende Leiterin und Bereichsleiterin für Beratungsstrategien und-Standards in der Gleichbehandlungsanwaltschaft.

Univ.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ *Maria Bertel* forscht und lehrt am Institut für Öffentliches Recht und Politikwissenschaft der Universität Graz.

Mag. *Maximilian Bläßnig*, BA ist Universitätsassistent am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien.

Univ.-Prof. Dr. *Daniel Ennöckl*, LL.M., forscht und lehrt am Institut für Rechtswissenschaften an der Universität für Bodenkultur Wien.

Carlotta Garofalo ist Doktorandin am Institut für Öffentliches Recht und Politikwissenschaften an der Universität Graz, wo sie ihre Dissertation über rechtsvergleichende Klimaprozesse verfasst. Sie ist seit 2022 affilierte wissenschaftliche Mitarbeiterin am Forschungszentrum für Klimaschutzrecht (ClimLaw: Graz).

Dr. *Helmut Graupner* ist selbstständiger Rechtsanwalt und seit 1991 Präsident des Rechtskomitee Lambda. Das Rechtskomitee Lambda setzt sich für die Beendigung jeglicher Diskriminierung gleichgeschlechtlich l(i)ebender, transidenter und intergeschlechtlicher Menschen in allen Rechtsbereichen ein.

Mag.^a *Theresa Hammer* ist auf Gleichstellungs- und Antidiskriminierungsrecht spezialisierte Juristin. Sie ist Co-Geschäftsführerin und Leiterin der Rechtsdurchsetzung des Klagsverbands. Der Klagsverband zur Durchsetzung der Rechte von Diskriminierungsopfern ist ein Dachverband von derzeit rund 70 Mitgliedsorganisationen, die Arbeit mit und für diskriminierungsbetroffene Menschen machen und denen Gleichstellung ein Anliegen ist. Unter anderem mit Musterverfahren trägt der Klagsverband zu einer

Weiterentwicklung des Antidiskriminierungsrechts bei:
www.klagsverband.at und <https://www.instagram.com/klagsverband/>.

Mag.^a *Sandra Konstatzky* ist Leiterin der Gleichbehandlungsanwaltschaft und im europäischen Netzwerk für Gleichbehandlungsstellen (Equinet) im Projekt Standards aktiv.

Dr. *Fritz Kroiss* ist Jurist und Geschäftsführer von BIV – Grün-Alternativer Verein zur Unterstützung von BürgerInneninitiativen.

MMag.^a *Petra Limberger* ist Kultur- und Sozialanthropologin und ausgebildete Rechtsanwältin mit Schwerpunkt Asylrecht, Grund- und Menschenrechte. Sie ist als Mitarbeiterin der Caritas Österreich im Netzwerk Asyl-Anwält*innen tätig und als Leiterin des Caritas-BVwG-Projekts für die Vertretung besonders vulnerabler Asylsuchender zuständig.

Dr.ⁱⁿ *Marlies Meyer* ist seit Herbst 2017 Juristin im Rechts-, Legislativ- und Wissenschaftlichen Dienst der Parlamentsdirektion (1017 Wien-Parlament). Sie war u.a. von 1991 – 2017 Vorstandsmitglied und Geschäftsführerin im Grün-Alternativen Verein zur Unterstützung von BürgerInneninitiativen.

Univ.-Prof. MMMag. Dr. *Rainer Palmstorfer*, LL.M. (Sacramento), ist seit 2021 Professor für Europarecht an der Universität Linz. Zuvor war er an der Universität Salzburg als Assoziierter Professor am Fachbereich Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht sowie am Salzburg Centre of European Union Studies (SCEUS) tätig.

Mag.^a *Nadja Polzer* ist Universitätsassistentin am Institut für Rechtswissenschaften an der Universität für Bodenkultur Wien.

Prof. Dr. *Oliver C. Ruppel*, LL.M. leitet seit 2022 das Forschungszentrum für Klimaschutzrecht (ClimLaw: Graz) an der Universität Graz. Er ist seit 2011 Professor für Öffentliches und Internationales Recht an der Universität Stellenbosch, Südafrika und bekleidet mehrere Honorarprofessuren weltweit. Er war Mitglied im Weltklimarat (IPCC) für den 5. Sachstandsbericht, welcher die wissenschaftliche Grundlage des Pariser Übereinkommens darstellt..

Mag.^a *Claudia Schmidt* ist Juristin mit langjähriger Erfahrung im Asyl- und Fremdenrecht. Für die Caritas Österreich hatte sie bereits mehrere Funktionen im Bereich Asyl und Migration inne, u.a. Leitung verschiede-

ner Projekte und Advocacy-Tätigkeit. Sie koordiniert das Netzwerk Asyl-Anwält*innen und ist Mitarbeiterin in der Stabstelle Recht und Qualität.

PD.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ *Teresa Weber*, MSc (Leiden), forscht im Öffentlichen Recht und Europarecht am Institut für Recht und Governance und am Forschungsinstitut für Urban Management und Governance, beide Wirtschaftsuniversität Wien.