

September 2019 | Heft 3

# RECHTS WISSENSCHAFT

Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung

## Herausgegeben von

Prof. Dr. Marietta Auer | Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb  
Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit | Prof. Dr. Thomas Gutmann  
Prof. Dr. Tatjana Hörnle | Prof. Dr. Stefan Huster |  
Prof. Dr. Jens Kersten | Prof. Dr. Hans Kudlich |  
Prof. Dr. Susanne Lepsius | Prof. Dr. Frank Neubacher  
Prof. Dr. Anne Peters | Prof. Dr. Thomas Pfeiffer  
Prof. Dr. Helmut Satzger | Prof. Dr. Ewald Wiederin  
Prof. Dr. Joachim Wieland

## Aus dem Inhalt

***Mandated Choice: der Zwang zur Entscheidung auf dem Prüfstand von Privacy by Default (Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO)***

Mario Martini/Quirin Weinzierl

**Strategic Litigation – oder: Was man mit der Dritten Gewalt sonst noch so anfangen kann**

Alexander Graser

**Auf der Suche nach dem „genetische Code“: römisches Recht, rechtskulturelle Differenzen und der Europäische Gerichtshof**

Constantin Willems

**Rechtsdurchsetzung durch Informationstechnik**

Anna K. Bernzen/Roman F. Kehrberger



Nomos

[www.rechtswissenschaft.nomos.de](http://www.rechtswissenschaft.nomos.de)

# RECHTS WISSENSCHAFT

September 2019 | Heft 3  
10. Jahrgang

Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung

Herausgegeben von Prof. Dr. Marietta Auer M.A., LL.M., S.J.D. (Harvard), Giessen | Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb, Köln | Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit, München (LMU) | Prof. Dr. Thomas Gutmann, Münster | Prof. Dr. Tatjana Hörnle M.A. (Rutgers), Berlin (HU) | Prof. Dr. Stefan Huster, Bochum | Prof. Dr. Jens Kersten, München (LMU) | Prof. Dr. Hans Kudlich, Erlangen | Prof. Dr. Susanne Lepsius, M.A. (Chicago), München | Prof. Dr. Frank Neubacher M.A., Köln | Prof. Dr. Anne Peters LL.M. (Harvard), Heidelberg/Basel | Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Pfeiffer, Heidelberg | Prof. Dr. Helmut Satzger, München (LMU) | Prof. Dr. Ewald Wiederin, Wien | Prof. Dr. Joachim Wieland LL.M., Speyer

Schriftleitung: Prof. Dr. Johannes Rux, Tübingen/Baden-Baden

## Inhaltsverzeichnis

### Abhandlungen

Mario Martini/Quirin Weinzierl

*Mandated Choice*: der Zwang zur Entscheidung auf dem Prüfstand von *Privacy by Default* (Art. 25 Abs. 2 S. 1 DSGVO) ..... 287

Alexander Graser

Strategic Litigation – oder: Was man mit der Dritten Gewalt sonst noch so anfangen kann..... 317

Constantin Willems

Auf der Suche nach dem „genetischen Code“: römisches Recht, rechtskulturelle Differenzen und der Europäische Gerichtshof..... 354

Anna K. Bernzen/Roman F. Kehrberger

Rechtsdurchsetzung durch Informationstechnik ..... 374

### Tagungen und ihre Folgen

Johannes Klug/Christian Dietze

Die Wortlautauslegung im Spiegel der empirischen Linguistik..... 408

Carmen Freyler

Arbeitsrecht im Zeitalter der Digitalisierung..... 416

<i>Constantin Rechenberg</i> Kommunikation, Kreation und Innovation – Recht im Umbruch? .....	420
<i>Lea Katharina Kumkar/Julian Rapp</i> Der Blick in die Kristallkugel ... ..	429

**Schriftleitung:**

Prof. Dr. Johannes Rux (V.i.S.d.P.) | Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG | Waldseestrasse 3–5 | D 76530 Baden-Baden | Tel.: + 497221/210425 | Fax: + 497221/210427 | Mail: rux@nomos.de

**Erscheinungsweise:** 4 Ausgaben pro Jahr

**Bezugspreise 2019:** Jahresabonnement inkl. einem Onlinezugang Privatbezieher 184,- €, Institutionen (Mehrfachnutzung, unbegrenzte Anzahl an Online-Nutzern) 339,- €, Einzelheft 46,- €. Alle Preise verstehen sich incl. MWSt, zzgl. Vertriebskostenanteil.

**Bestellmöglichkeit:** Bestellungen beim örtlichen Buchhandel oder direkt bei der Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden

**Kündigungsfrist:** jeweils drei Monate vor Kalenderjahresende

**Bankverbindung generell:** Zahlungen jeweils im Voraus an Nomos Verlagsgesellschaft, Postbank Karlsruhe: DE07 6601 0075 0073 6367 51 (IBAN), PBNKDEFF (BIC) oder Sparkasse Baden-Baden Gaggenau: DE05 6625 0030 0005 0022 66 (IBAN), SOLADE51BAD (BIC)

**Druck und Verlag:** Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG | Waldseestrasse 3–5 | D-76530 Baden-Baden | Telefon (07221) 2104-0 | Fax (07221) 2104-27 | E-Mail: nomos@nomos.de

**Anzeigen:** Sales friendly Verlagsdienstleistungen | Pfaffenweg 15 | 53227 Bonn | Telefon (0228) 978980 | Fax (0228) 9789820 | E-Mail: roos@sales-friendly.de

**Urheber- und Verlagsrechte:** Die Zeitschrift sowie alle in ihr enthaltenen einzelnen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen sind insbesondere auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen und zur Einspeicherung in Datenbanken sowie das Recht zu deren Vervielfältigung und Verbreitung online oder offline ohne zusätzliche Vergütung. Nach Ablauf eines Jahres kann der Autor anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung erteilen; das Recht an der elektronischen Version verbleibt beim Verlag. Namentlich gekennzeichnete Beiträge geben nicht in jedem Fall die Meinung der Herausgeber/Redaktion oder des Verlages wieder. Unverlangt eingesendete Manuskripte – für die keine Haftung übernommen wird – gelten als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen des Verlages. Die Redaktion behält sich eine längere Prüfungsfrist vor. Eine Haftung bei Beschädigung oder Verlust wird nicht übernommen. Bei unverlangt zugesandten Rezensionen keine Garantie für Besprechung oder Rückgabe. Es werden nur unveröffentlichte Originalarbeiten angenommen. Die Verfasser erklären sich mit einer nicht sinnentstellenden redaktionellen Bearbeitung einverstanden.

Der Nomos Verlag beachtet die Regeln des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels e.V. zur Verwendung von Buchrezensionen.

ISSN 1868-8098



**Nomos**

www.rechtswissenschaft.nomos.de

## Strategic Litigation – oder: Was man mit der Dritten Gewalt sonst noch so anfangen kann

Alexander Graser\*

<p>A. Strategic Litigation: The New Kid on the Block? ..... 317</p> <p>B. Eine erste Begriffsannäherung..... 319</p> <p>C. Eine phänomenologische Umschau.... 320</p> <p style="padding-left: 20px;">I. Worüber? ..... 320</p> <p style="padding-left: 20px;">II. Wie?..... 323</p> <p style="padding-left: 20px;">III. Von wem? ..... 324</p> <p>D. Zwecke und Verständnishorizonte .... 328</p> <p style="padding-left: 20px;">I. Rechtsfortbildung..... 329</p> <p style="padding-left: 20px;">II. Rechtsmobilisierung ..... 329</p> <p style="padding-left: 20px;">III. Sozialer Aktivismus..... 330</p> <p style="padding-left: 20px;">IV. Protestnarrative ..... 331</p> <p>E. Und was genau ist nun (das Neue an) Strategic Litigation?..... 332</p> <p>F. Der zunehmend geführte Wirksamkeitsdiskurs ..... 335</p>	<p>G. Der weitgehend noch zu führende Legitimitätsdiskurs ..... 339</p> <p style="padding-left: 20px;">I. Missbrauch der Partei? ..... 339</p> <p style="padding-left: 20px;">II. Missbrauch des Forums? ..... 341</p> <p>H. Rechtliche Stellschrauben ..... 343</p> <p>I. Lehren?..... 346</p> <p style="padding-left: 20px;">I. Entwicklungspotenziale der Litigatortors ..... 346</p> <p style="padding-left: 20px;">II. Herausforderungen für die Judikative ..... 348</p> <p style="padding-left: 20px;">III. Anpassungen im Gewaltenteilungsverständnis ..... 351</p> <p>J. Integrating the „New Kid on the Block“ ..... 353</p>
--	--

*Ausgehend von dem zwar unpräzisen, aber etablierten Begriff der Strategic Litigation beschreibt und reflektiert der Beitrag das entsprechende Phänomen und seine aktuelle Entwicklung in Deutschland aus einer die juristischen Teildisziplinen übergreifenden Perspektive. Er rezipiert dafür aus der internationalen Literatur, fokussiert aber auf die hiesige Praxis der Strategic Litigation, der er eine zunehmende Verbreitung, Bündelung und Professionalisierung attestiert. Zugleich werden Zielsetzungen, Deutungen und soziale Kontexte dieser Praxis behandelt, frühe und verwandte Erscheinungsformen identifiziert und auf diese Weise auch das Begriffsverständnis konturiert. Der Beitrag geht auf die noch wenig durchdrungenen Fragen der praktischen Wirksamkeit und Legitimität von Strategic Litigation ein und skizziert im Anschluss daran, wie sich diese Praxis rechtlich beeinflussen lässt. Nach einem Blick auf künftige Herausforderungen und mögliche Entwicklungslinien schließt der Beitrag mit einem Appell zu einer breiteren rechtswissenschaftlichen Befassung mit dem Thema.*

### A. Strategic Litigation: The New Kid on the Block?

Im Jahr 2016 fand sich eine Gruppe älterer Damen zusammen und klagte gegen die Schweiz mit dem Ziel, dass diese eine wirksamere Klimapolitik verfolge.<sup>1</sup> Kurz

\* Prof. Dr. Alexander Graser lehrt Öffentliches Recht und Politik an der Universität Regensburg. Der vorliegende Beitrag beruht auf einem Vortrag, der Anfang 2019 im Rahmen des Fakultätskolloquiums der dortigen Fakultät für Rechtswissenschaft stattgefunden hat.

1 Verfahrensgegner ist das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation. Aktualisierte Details zum Verfahren sind erhältlich unter <https://klimasenioren.ch/dokumente/> (dieser und alle weiteren Links zuletzt eingesehen am 20.4.19).

zuvor hatte in Deutschland eine Gruppe Pflegebedürftiger versucht, die Bundesrepublik auf dem Rechtsweg zu zwingen, mehr für die stationäre Pflege zu tun.<sup>2</sup> Etwa zeitgleich wurde der deutsche Textildiscounter KiK in Dortmund auf Schadenersatz verklagt, und zwar von den Opfern eines Fabrikbrands in seinem pakistanischen Zulieferbetrieb.<sup>3</sup> Noch etwas jünger ist das Verfahren englischer Aktivisten, die ihre Regierung im Hinblick auf den Krieg im Jemen durch Urteil zum Stopp der Waffenexporte dorthin verpflichten lassen wollen.<sup>4</sup>

Diese Beispiele von Gerichtsverfahren aus den letzten Jahren weisen auf den ersten Blick nicht allzu viele Gemeinsamkeiten auf, außer vielleicht, dass es keine alltäglichen Prozesse sind – weder in Hinblick auf die Parteien, noch auf den Gegenstand –, und dass sie entsprechend viel Medieninteresse auf sich gezogen haben. Ansonsten scheint sie zunächst einmal nur das Etikett zu verbinden: Sie alle gelten als Beispiele von „Strategic Litigation“.

Den Begriff hört man dieser Tage immer öfter. International ist er schon lange etabliert. Aber auch in Deutschland begegnet man ihm inzwischen allenthalben, in den allgemeinen Medien, wenn über die entsprechenden Verfahren berichtet wird, und zunehmend auch in der juristischen Fachwelt: Tagungen<sup>5</sup> und Forschungsprojekte<sup>6</sup> tragen ihn im Titel, und auch die Publikationen zu diesem Thema mehren sich.<sup>7</sup> Sogar ein Strategic-Litigation-Hype wurde schon diagnostiziert.<sup>8</sup>

Wirklich neu ist vielleicht nicht alles, was unter dem in hiesigen Augen wohl besonders frisch wirkenden Label der „Strategic Litigation“ daher kommt. Aber es

2 Für eine Dokumentation von Klageschrift und Nichtannahmebeschluss sowie weitere Reflektionen vgl. Helmrich (Hrsg.), *Die Verfassungsbeschwerden gegen den Pflegenotstand*, 2017.

3 Eine umfangreiche Dokumentation dieses bei Abschluss des Manuskripts noch laufenden Verfahrens ist unter <https://www.ecchr.eu/fall/kik-der-preis-der-arbeitsbedingungen-in-der-textilindustrie-suedais-ns/> erhältlich.

4 Anfang April 2019 fand die mündliche Verhandlung in der zweiten Instanz statt; nähere Informationen unter <https://www.caat.org.uk/campaigns/stop-arming-saudi/judicial-review>.

5 Gerade in flüchtlingsrechtlichen Kontexten gibt es wiederholt einschlägige Veranstaltungen: Allein im Mai 2019 fanden zwei solcher Workshops statt, einer an der Humboldt-Universität und einer an der Vrije Universiteit Amsterdam. Für breiter angelegte Veranstaltungen sei auf die ebenfalls an der Humboldt-Universität ausgerichtete Tagung aus dem Jahr 2016 (<http://www.hlci.de/strategic-litigation-tag-ung-der-humboldt-law-clinics/>) sowie den einschlägigen Track (Rechtsmobilisierung) bei der Tagung der deutschsprachigen rechtssoziologischen Vereinigungen im Jahr 2018 in Basel ([https://easychair.org/smart-program/basel2018/track5\\_.pdf](https://easychair.org/smart-program/basel2018/track5_.pdf)) verwiesen.

6 Neben einigen laufenden Dissertationsprojekten verdient besondere Hervorhebung das – soweit ersichtlich – erste einschlägige DFG-Projekt, geleitet von Jessberger; Näheres dazu unter <https://www.jura.uni-hamburg.de/die-fakultaet/professuren/professur-jessberger/forschungsprojekt-strategic-litigation-networks.html>; erwähnenswert in diesem Kontext ist ferner auch ein bereits vor dem Abschluss stehendes belgisches Projekt, das sich mit der kontinentaleuropäischen Rezeption von Strategic Litigation befasst, vgl. <http://arc-strategic-litigation.ulb.ac.be/en/>.

7 Mit durchaus unterschiedlichen Schwerpunkten und Einschätzungen einerseits Althammer/Roth (Hrsg.), *Instrumentalisierung von Zivilprozessen*, 2018, andererseits *Kaleck*, *Mit Recht gegen die Macht*, 2015. Bei Nomos gibt es eine neue Schriftenreihe „Strategic Litigation“ mit inzwischen zwei Bänden.

8 So Helmrich, *Pyrrhusniederlage*, S. 237 ff. (238) in: ders., Fn. 2.

gibt doch Indizien dafür, dass die damit bezeichnete Praxis sich hierzulande nicht nur zusehends ausbreitet, sondern auch durchaus dynamisch fortentwickelt, und so darf man vermuten, dass das breite Interesse hieran mehr als bloß ein Strohhalm ist. Anlass genug also, dieses Phänomen näher zu beschreiben und einer kritischen Betrachtung zu unterziehen.

## B. Eine erste Begriffsannäherung

„Strategic Litigation“ ist kein klar definierter Begriff, sondern zunächst einmal bloß die Selbstbeschreibung einer überaus heterogenen Praxis.<sup>9</sup> Entsprechend schwer lässt sich fassen, was genau damit gemeint ist. Dabei dürfte die Unklarheit kaum mit etwaigen Schwierigkeiten im Umgang mit diesem Anglizismus zusammenhängen. Denn im englischen Sprachraum fiele der Befund kaum anders aus. Auch dort sind eine Reihe zumindest partiell deckungsgleicher Begriffe im Umlauf: impact litigation, cause lawyering, public interest litigation – das klingt zum Teil sehr ähnlich und wird auch tatsächlich mal synonym, mal in Abgrenzung zum wohl insgesamt gebräuchlichsten Begriff „Strategic Litigation“ verwendet.

Unklar ist aber – im Deutschen wie im Englischen – nicht nur, wie man die Praxis bezeichnen, sondern vor allem auch, was alles dazu gehören soll. Überlegungen hierzu werden uns weiter unten noch beschäftigen. Für den Einstieg mag es genügen, einige allgemeine Kennzeichen anzusprechen und verbreitete Missverständnisse auszuräumen.

Um mit dem nächstliegenden Missverständnis zu beginnen: Strategic Litigation soll nicht allgemein für „planvolles Agieren im Prozess“ stehen. Gemeint ist vielmehr der strategische Einsatz von Gerichtsverfahren als Mittel der Interessenverfolgung. Das Strategische liegt also darin, dass überhaupt ein Prozess geführt wird.

Dieses Verständnis mag insofern kontraintuitiv sein, als der Entscheidung, ein Gerichtsverfahren anzustrengen, oft wenig Strategisches innewohnt. Diese Verfahren sind ja gerade dafür gedacht, die im materiellen Recht gewährten, regelmäßig individuellen Rechtspositionen im Konfliktfall durchzusetzen.<sup>10</sup> Ein Prozess stellt sich

9 Alles, was man habe, seien „(u)nzählige Gerichtsverfahren, (...) deren größte Gemeinsamkeit ist, dass diejenigen, die das Verfahren betreiben, behaupten, es sei ein strategisches“; so *Helmrich*, *Wir wissen eigentlich gar nicht, was strategische Prozessführung ist*, in: Graser/ders. (Hrsg.), *Strategic Litigation – Begriff und Praxis*, S. 31 ff. (31). Hinzu kommt, dass manche Akteure für die Selbstbeschreibung auch eine andere Terminologie bevorzugen; vgl. zum Begriff der juristischen Intervention etwa *Keller/Theurer*, *Menschenrechte mit rechtlichen Mitteln durchsetzen: Die Arbeit des ECCHR*, ebda., S. 53 ff.

10 Ganz in diesem Sinne konstatiert auch *Koch*, *Grenzüberschreitende strategische Zivilprozesse: Ein Weg zu mehr Recht?*, *Anwaltsblatt* 2015, S. 454 ff. (456), „dass das herkömmliche Funktionsverständnis, das dem Prozess und besonders dem deutschen Zivilprozess zugrunde liegt, vom Konzept des Individualrechtsschutzes ausgeht“. Bezogen speziell auf den Zivilprozess artikuliert *Roth*, *Gewissheitsverluste in der Lehre vom Prozesszweck?*, *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft* 2017, S. 129 ff., dasselbe Verständnis und tritt dezidiert für dessen Erhalt ein.

in dieser Perspektive nicht als besonderer Schachzug dar, sondern als der eigens hierfür vorgesehene Regelfall.

Aber Strategic Litigation betrifft solche Konstellationen auch gerade nicht. Es geht – und damit sind wir beim ersten Charakteristikum angelangt – bei den so bezeichneten Prozessen nicht (allein) um die Durchsetzung der konkret eingeklagten Rechtsposition. Vielmehr werden mit solchen Verfahren (auch) andere, über das prozessrechtlich definierte Ziel hinausreichende Zwecke verfolgt. Und es sind auch nicht (allein) die partikularen Interessen des Klagenden, die mit solchen Prozessen gefördert werden sollen. So gehören also auch Verfahren, die vor allem dazu dienen, die Gegenseite zu zermürben oder deren Rechtsdurchsetzung zu verzögern, nicht zu dem, was gemeinhin mit „Strategic Litigation“ bezeichnet wird.<sup>11</sup> Kennzeichnend ist vielmehr, dass die Handelnden ein Ziel verfolgen, das – jedenfalls in ihrer Wahrnehmung – im öffentlichen Interesse liegt. In diesem – engen – Sinne ist es zu verstehen, wenn Strategic Litigation immer wieder auch als „politics by other means“<sup>12</sup> bezeichnet wird.

### C. Eine phänomenologische Umschau

Prozesse also, die nicht allein um der eingeklagten Rechtsposition Willen geführt werden, sondern zur Verfolgung eines wie auch immer verstandenen öffentlichen Interesses – zugegebenermaßen ist das noch ziemlich abstrakt. Ob sich Strategic Litigation konkreter definieren lässt, muss sich noch zeigen. Jedenfalls aber lässt es sich plastischer beschreiben, nämlich indem man näher betrachtet, worüber, wie und von wem da in der Praxis tatsächlich gestritten wird.

#### I. Worüber?

Fragt man sich zunächst, welche Themen denn Gegenstände von Strategic Litigation sind, so trifft man auf eine schier unerschöpfliche Vielfalt: Klimaschutz, Pflege- und Genesungsstand, die Arbeitsbedingungen am anderen Ende globaler Lieferketten und Waffenexporte in Krisenregionen – schon die eingangs genannten Beispiele waren breit gefächert. Und doch waren es nur Schlaglichter auf ein tatsächlich noch viel

11 Anders ist der – wie gesagt: uneinheitliche – Sprachgebrauch aber bei der so genannten „Strategic Litigation Against Public Participation“, kurz: SLAPP. Damit sind Verfahren gemeint, die von einem wirtschaftlich potenten Akteur, meist einem Unternehmen, zwar ohne sachliche Erfolgsaussichten, aber dennoch mit dem Ziel der Einschüchterung gegen einzelne Personen angestrengt werden, die sich öffentlich gegen dessen Aktivitäten eingesetzt haben; grundlegend dazu bereits *Pring*, *SLAPPs: Strategic Lawsuits against Public Participation*, *Pace Environmental Law Review* 7 (1989), S. 3 ff. Aus der hier behandelten Perspektive ist dies zwar ein Randphänomen, aber die praktische Bedeutung in manchen Ländern ist dennoch nicht zu unterschätzen. In mehr als der Hälfte der US-amerikanischen Gliedstaaten gibt es Anti-SLAPP-Gesetze; vgl. <http://www.medialaw.org/topics-page/anti-slapp?tmpl=component&print=1>.

12 Die wohl primäre Referenz hierfür ist *Abel*, *Politics By Other Means: Law in the Struggle Against Apartheid, 1980-1994*, 1995; in neuerer Zeit hat sich beispielsweise *Duffy*, *Strategic Human Rights Litigation: Understanding and Maximising Impact*, 2018, S. 37, 244, auf ihn bezogen.

bunteres Spektrum: Gegen Rassentrennung,<sup>13</sup> für den Datenschutz,<sup>14</sup> gegen Droheneinsätze,<sup>15</sup> für Tierrechte,<sup>16</sup> gegen Altersdiskriminierung,<sup>17</sup> für die Homo-Ehe,<sup>18</sup> gegen Folter,<sup>19</sup> für Lohngleichheit,<sup>20</sup> gegen Pushbacks,<sup>21</sup> für das Recht auf Wohnung<sup>22</sup> – es gibt kaum ein Anliegen, das man nicht mit dem Instrument der Strategic Litigation verfolgen könnte.

Wenn sich in all dieser Vielfalt eine thematische Festlegung also nicht abzeichnet, so gibt die nunmehr verlängerte Liste von Beispielen aber doch immerhin Anlass, nochmals nach einer gemeinsamen Tendenz zu fragen. Mit public interest, dem Gemeinwohl als Oberbegriff wäre insofern wenig gewonnen. Ohnehin ist das sehr unspezifisch, und auch wenn diese Zielrichtung dem Selbstverständnis der Strategic Litigators regelmäßig entsprechen mag, so liegt es bekanntlich doch im Auge des Betrachters, was nun genau in diesem Interesse geboten sein soll. Besonders deutlich ist dies, wenn es in strategischen Verfahren um Ziele geht, hinsichtlich derer die betreffende Gesellschaft nachhaltig gespalten bleibt, etwa die Frage der Abtreibung in der amerikanischen Gesellschaft.<sup>23</sup>

Plausibel wäre es demgegenüber schon eher, einen roten Faden darin zu suchen, dass die Verfahren der Strategic Litigation typischerweise eine progressive, emanzipatorische und – vielleicht kann man sogar sagen: – subversive Agenda verfolgen. Aber auch da ist Vorsicht geboten. Wer den status quo erhalten will, wird kaum der Strategic Litigation bedürfen. Schon deswegen dürfte dieses Instrument vor allem von jenen eingesetzt werden, die sich auflehnen gegen die bestehenden Verhältnisse. In diesem begrenzten Sinne dürften die genannten Attribute meist zutreffen, damit zugleich aber noch kaum ein Plus an inhaltlicher Festlegung bringen. Und

13 Klassisch insoweit *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

14 In Deutschland ist auf diesem Gebiet vor allem die Gesellschaft für Freiheitsrechte aktiv; einen Überblick zu deren laufenden Verfahren gibt <https://freiheitsrechte.org/>.

15 Für ein Beispiel vgl. sogleich Fn. 26.

16 Vgl. dazu beispielsweise das auch in den hiesigen Medien vielbeachtete Verfahren *Naruto et al. v. Slater et al.*, no. 16-15469 (9th Cir. April 23, 2018). Naruto ist ein Makake, für den die Tierrechtsorganisation PETA Bildrechte gegen den Tierfotographen Slater geltend machen wollte.

17 Den bekanntesten Fall im hiesigen Kontext hat der EuGH am 22.11.05 in C-144/04 (*Mangold*) entschieden.

18 Am prominentesten ist dazu wohl die unter dem Namen *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015), bekannte Entscheidung des US Supreme Court in einer Reihe verbundener Verfahren.

19 Für ein Beispiel vgl. sogleich Fn. 25.

20 Hier sind es für sich genommen oft weniger Aufsehen erregende, dafür aber zahlreiche Verfahren. Einen vergleichenden Überblick samt instruktiver Analyse bietet *Fuchs*, *Strategic Litigation for Gender Equality in the Workplace and Legal Opportunity Structures in Four European Countries*, in: *Canadian Journal of Law and Society* 28 (2013), S. 189 ff.

21 Aktuell erregt insoweit wohl am meisten Aufsehen der vom ECCHR vor dem EGMR betriebene Fall *N.D. and N.T. v. Spain* (Applications nos. 8675/15 and 8697/15).

22 Klassisch dazu *Government of the Republic of South Africa et al. v Grootboom et al.*, 2000 (11) BCLR 1169. (CC).

23 Das bekannte Grundsatzurteil hierzu in *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), erging in einem strategischen Verfahren.



weiter reicht es wohl nicht. Denn auch revisionistische und also dezidiert nicht progressive Projekte können mit dem Mittel der Strategic Litigation verfolgt werden.<sup>24</sup>

Die konstatierte Vielfalt ist ferner nicht zu verwechseln mit Beliebigkeit. Unweigerlich beeinflusst der soziale Kontext, worum gestritten wird: Nur in (partiell noch) segregierten Gesellschaften kann Rassentrennung ein Thema werden, in digitalisierten (und liberalen) der Datenschutz; um Wohnung oder Wasser wird gekämpft, wo extreme Armut herrscht, in reicheren Staaten geht es eher um den Zugang zu Gesundheits- oder Pflegeleistungen; staatliches Verschwindenlassen steht im Zentrum, wo es um die Aufarbeitung von Diktaturen geht, Folter ebenso – wenngleich nicht ausschließlich dort. Der „war on terror“ hat diesem Thema eine größere Reichweite beschert<sup>25</sup> und zudem auch neue gebracht, Drohneneinsätze zum Beispiel.<sup>26</sup>

Es gibt noch eine Reihe weiterer Kontextfaktoren, deren Relevanz für das Auftreten strategischer Verfahren man vermuten kann. Dazu gehört zum einen die Verfügbarkeit einschlägiger zivilgesellschaftlicher Ressourcen. Denn meist betreiben die Kläger solche Verfahren nicht allein, sondern erfahren eine mehr oder weniger intensive, planvolle, mitunter auch ans Vereinnahmende grenzende Unterstützung. Darauf wird sogleich noch einzugehen sein.<sup>27</sup> Zum anderen dürfte auch die Rechts- und Streitkultur einer Gesellschaft maßgeblich sein. Wo soziale Konflikte selten bis zum Prozess eskalieren und die Niederlage einem Gesichtverlust gleichkäme,<sup>28</sup> wird man auch weniger strategische Gerichtsverfahren antreffen als in Gesellschaften, in denen forensische Auseinandersetzungen ohnehin zum Alltag gehören. Auch die genaue Rolle, welche der Judikative im Zusammenspiel der Gewalten in einer Gesellschaft traditionell zugeordnet ist, wird von Bedeutung sein. Und last not least gehört selbstverständlich auch das positive Recht zu den Determinanten. Nicht nur das Prozessrecht, auch das materielle kann mehr oder weniger emp-

24 Ein Beispiel für diese seltene, aber mögliche Konstellation schildern *Peñas Defago/Morán Faúndes*, *Conservative Litigation against Sexual and Reproductive Health Policies in Argentina*, *Reproductive Health Matters* 2014, S. 82 ff.

25 Ein speziell im hiesigen Kontext prominenter Beleg sind die weiter unten (Fn. 99 und zugehöriger Text) kurz angesprochenen Strafanzeigen nach dem deutschen Völkerstrafgesetzbuch gegen Donald Rumsfeld.

26 Vgl. dazu das vom ECCHR betriebene, jüngst in zweiter Instanz teilweise erfolgreiche Verfahren jemenitischer Kläger gegen die Bundesrepublik wegen der über Rammstein gesteuerten US-Drohneneinsätze; näher dazu die Pressemitteilung des OVG Münster [http://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilungen/11\\_190319/index.php](http://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilungen/11_190319/index.php).

27 Näher dazu unter III.3.

28 Dieses Stereotyp ist hinsichtlich einiger asiatischer Rechtsordnungen und namentlich der Japans verbreitet. Für eine Darstellung unterschiedlicher Erklärungen für die allenthalben konstatierte geringere Prozessdichte dort *Baum*, *Recht in Japan – ein einführender Überblick*, S. 23 ff. in: *Kaspar/Schön*, *Einführung in das japanische Recht*; differenzierend auch schon *Tidten*, *Inter Pares: Gleichheitsorientierte Politiken in Japan*, 2012, insb. S. 16, 149 ff.

fänglich für strategische Verfahren sein. Auch darauf kommen wir später noch zurück.<sup>29</sup>

## II. Wie?

Tatsächlich sind die Unterschiede bei den positivrechtlichen Rahmenbedingungen so ausgeprägt, dass die Litigators ihre Strategien nicht selten gezielt danach ausrichten, wo sie besonders günstige – oder oft auch bloß: überhaupt gangbare – Möglichkeiten vorfinden. Gegenüber dem klassischen Forum Shopping sind die Gestaltungsmöglichkeiten hier potenziell sogar noch größer. Schließlich spielen in strategischen Verfahren die konkret geltend gemachte Rechtsposition und ihre Durchsetzung oft nur eine sekundäre Rolle, sodass auch der Verfahrensgegenstand den strategischen Zielen angepasst werden kann. Das kann so weit reichen, dass am Anfang das abstrakte Anliegen steht und erst danach das passende Verfahren samt Partei gesucht wird.

Möglich sind Verfahren in allen Rechtsgebieten. Unter den eingangs genannten Beispielen entstammte die Mehrzahl dem Öffentlichen Recht, aber zivilrechtliche sind ebenso gängig. Auch strafrechtliche Verfahren kommen vor. Vor allem wenn es um schwere Verbrechen hoher staatlicher Funktionsträger geht, ist das Bestreben, Strafbarkeitslücken zu schließen, sogar eines der Kernthemen der Strategic Litigation.<sup>30</sup> Wo die Strafbarkeit von Unternehmen anerkannt ist, erlangen auch solche Verfahren zunehmend Bedeutung.<sup>31</sup>

In solchen strafrechtlichen Verfahren kann die Rolle der Litigators auch weniger prominent sein und sich im Erstellen entsprechender Anzeigen erschöpfen. Auch bei anderen Verfahren wird der Begriff „Litigation“ nicht immer wörtlich genommen. So wird mitunter auch von anderen als im engen Sinne judikativen Verfah-

29 Näher dazu unter VIII.

30 Für ein Beispiel einer allein hierauf konzentrierten international operierenden Organisation vgl. <https://trialinternational.org/>; für eine rein national tätige vgl. <https://www.cristosal.org/>; ferner instruktiv am Beispiel der Aufarbeitung der Verbrechen der argentinischen Militärdiktatur *Kaleck*, Kampf gegen die Straflosigkeit, 2010. Ein eindrucksvolles Einzelbeispiel schließlich sind die langjährigen und erst in jüngerer Zeit abgeschlossenen Bemühungen, den früheren Diktator des Tschad, Hissène Habré, zur Verantwortung zu ziehen; vgl. dazu *Brody*, Victims Bring a Dictator to Justice, 2. aktualisierte Fassung, Berlin 2017, verfügbar unter [https://www.brot-fuer-die-welt.de/fileadmin/m ediapool/2\\_Downloads/Fachinformationen/Analyse/Analysis70-The\\_Habre\\_Case.pdf](https://www.brot-fuer-die-welt.de/fileadmin/m ediapool/2_Downloads/Fachinformationen/Analyse/Analysis70-The_Habre_Case.pdf).

31 Vgl. dazu allein die beiden vom ECCHR betriebenen Strafverfahren erstens gegen Nestlé in der Schweiz – für eine Darstellung dieses inzwischen abgeschlossenen Verfahrens vgl. *Müller-Hoff/Schmidt*, Strafanzeige gegen Nestlé: Ein Präzedenzfall für menschenrechtliche Haftung von Unternehmen? in: *Juridikum* 2012, S. 261 ff. – und gegen den Zementhersteller Lafarge in Frankreich – nähere Informationen zu diesem noch laufenden Verfahren sind abrufbar unter [https://www.ecchr.eu/fileadmin/Fallbeschreibungen/Case\\_Report\\_Lafarge\\_Syria\\_ECCHR.pdf](https://www.ecchr.eu/fileadmin/Fallbeschreibungen/Case_Report_Lafarge_Syria_ECCHR.pdf).

rensformen Gebrauch gemacht, etwa von Beschwerdemöglichkeiten, wie sie gerade das internationale Recht häufig vorsieht.<sup>32</sup>

Überhaupt hat „Strategic Litigation“ gerade in Deutschland oft eine internationale Dimension, was freilich weniger mit dem Instrument als solchem zu tun haben dürfte als vielmehr mit der spezifischen Orientierung einiger prägender Akteure hiezulande. Dessen ungeachtet nehmen auch strategische Verfahren ihren Ausgangspunkt in aller Regel in nationalen Gerichten, und obschon sie definitionsgemäß auf Wirkungen über den konkreten Prozess hinaus zielen, impliziert das auch nicht unbedingt eine solch große Tragweite, wie sie viele der zuvor exemplarisch erwähnten Verfahren entwickelt haben: Um Strategic Litigation kann es sich auch handeln, wenn in erstinstanzlichen Gerichten der Regelschulzugang für Kinder von Asylbewerbern in bayerischen Gemeinschaftsunterkünften eingeklagt wird<sup>33</sup> oder das Recht auf Kenntnis einer Telefonnummer des Sachbearbeiters für Hartz-IV-Empfänger.<sup>34</sup> Nichtsdestotrotz liegt es bei strategischen Verfahren aber nahe, dass man den Weg zu den höchsten Instanzen sucht, um mehr Wirkung zu erzielen, oder auch zu internationalen Gerichten, gerade wenn man sich gegen im nationalen Recht etablierte Strukturen wendet. Immer häufiger weisen strategische Verfahren auch von vornherein eine internationale Dimension insofern auf, als sie von transnational vernetzten Akteuren betrieben werden oder transnationale Gegenstände betreffen<sup>35</sup> – die Haftung entlang besagter globaler Lieferketten zum Beispiel<sup>36</sup> oder die Fernwirkungen hiesiger CO<sub>2</sub>-Emissionen.<sup>37</sup>

### III. Von wem?

Damit sind wir beim letzten Aspekt dieser Umschau angelangt: Wer betreibt strategische Verfahren? Die Antwort, dass dies die Kläger seien, ist zwar ebenso korrekt wie offensichtlich, greift aber fast immer zu kurz. Denn dass solche Verfahren tat-

- 32 Beispiele sind etwa der UN-Sonderberichterstatter über Folter oder die in Deutschland beim Bundeswirtschaftsministerium angesiedelte Nationale Kontaktstelle für die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen.
- 33 Dabei handelte es sich um drei Eilverfahren vor dem VG München (Az.: M 3 E 17.5029, 17.4737 und 17.4801), die von RA Heinhold in Kooperation mit der Refugee Law Clinic Regensburg geführt und zwar gewonnen wurden, in der Umsetzung freilich erheblichen Schwierigkeiten begegneten; vgl. dazu den Bericht von *Glas/Günther*, Recht auf Schule, in: *Süddeutsche Zeitung* vom 26.1.18, R 13.
- 34 Dazu hat es in den letzten Jahren zahllose Verfahren gegeben, die zwischenzeitlich teilweise gewonnen wurden, auf der mittlerweile erreichten höchstinstanzlichen Ebene allerdings im Wesentlichen erfolglos geblieben sind; zu den Verfahren und der maßgeblichen Beteiligung von RA Feiertag vgl. die Recherche von *Sachse*, Mehr Transparenz für Jobcenter, verfügbar unter <https://correctiv.org/recherchen/arbeit/artikel/2016/10/19/mehr-transparenz-fuer-jobcenter/>; zur Linie des Bundesverwaltungsgerichts die in NJW 2017, 1256 ff. mitgeteilten Entscheidungen.
- 35 Für eine Auseinandersetzung mit Zivilprozessen speziell dieser Form einschließlich weiterer Beispielsfälle vgl. *Koch*, Fn. 10.
- 36 So im eingangs erwähnten KiK-Fall, vgl. oben Fn. 3.
- 37 So im sogenannten „Fall Huaraz“ alias „Lliuya gegen RWE“; näher dazu unten Fn. 75 und zugehöriger Text.

sächlich einmal allein in den Händen der – im Sinne des jeweiligen Prozessrechts – Beteiligten sowie der eventuell von ihnen beauftragten Vertreter liegen, kommt nur in Ausnahmefällen vor. In aller Regel treten schon vor Beginn des Verfahrens oder jedenfalls noch in seinem Verlauf andere hinzu, mehr oder weniger zahlreich, sichtbar und bestimmend. Auch was diese anderen Akteure der Strategic Litigation betrifft, tut sich ein breites Spektrum auf.

In der deutschen Szenerie scheint in dieser Hinsicht eine Professionalisierung eingesetzt zu haben, wie man sie aus anderen Ländern insbesondere der common-law-Tradition bereits seit langem kennt.<sup>38</sup> Auffälligstes Kennzeichen dieser Entwicklung ist, dass es inzwischen auch hierzulande (Non-Profit-)Organisationen gibt, die sich auf Strategic Litigation spezialisiert haben. Als Pionier kann das European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR)<sup>39</sup> gelten, das schon seit mehr als zehn Jahren besteht und beachtliche Wirkung erzielt hat – durch die von ihm selbst betriebenen „juristischen Interventionen“, aber auch darüber hinaus als Orientierungspunkt für andere Akteure mit ähnlichen Ambitionen. Während das ECCHR zwar auch in Deutschland Verfahren führt, sich aber auf Gegenstände mit Auslandsbezug konzentriert, widmet sich die im Jahr 2015 gegründete Gesellschaft für Freiheitsrechte (GFF)<sup>40</sup> durchweg inländischen Gegenständen und hat auch schon eine Reihe von Verfahren auf den Weg gebracht, vornehmlich aus den Bereichen Datensicherheit, Diskriminierung und Polizeibefugnisse. Noch jünger und auch deutlich kleiner ist Jumen.<sup>41</sup> Das Akronym steht für juristische Menschenrechtsarbeit, wobei der Verein bislang vor allem durch seine Prozesse zur Ermöglichung des Familiennachzugs für Geflüchtete Aufmerksamkeit erlangt hat. Auch wenn diese Institutionen sehr unterschiedlich sind – namentlich in Bezug nicht nur auf Alter, Größe und Tätigkeitsfelder, sondern auch auf ihre Organisations- und Finanzierungsstruktur sowie Arbeitsweise –, so ist ihnen doch gemein, dass sie sich im Kern über das Instrument der Strategic Litigation definieren.<sup>42</sup>

Auf dem Vormarsch befindet sich diese Praxis aber nicht allein wegen dieser Spezialisten, sondern auch, weil zunehmend auch andere Akteure dieses Instrument für sich entdecken. Illustrativ sind insofern die aktuellen Klimaklagen. Neben dem

38 Neben den USA bieten sich als Beispiele etwa das Vereinigte Königreich und Australien, aber auch Indien und (das zumindest auch common-law-geprägte) Südafrika an. Freilich gibt es lange Traditionen auch in Lateinamerika. Einen kurzen und insofern unweigerlich kursorischen Überblick bietet *Helmrich*, *Strategic Litigation rund um die Welt*, S. 115 ff., in *Graser/ders.*, Fn. 9.

39 Für eine Beschreibung aus Binnenperspektive vgl. *Keller/Theurer*, Fn. 9.

40 Für eine Beschreibung aus Binnenperspektive vgl. *Burghardt/Thömmes*, *Die Gesellschaft für Freiheitsrechte*, S. 65 ff. in: *Graser/Helmrich*, Fn. 9.

41 Für eine Beschreibung aus Binnenperspektive vgl. *Kessler/Borkamp*, *JUMEN e.V. – mit juristischen Mitteln für die praktische Umsetzung der Grund- und Menschenrechte in Deutschland*, S. 73 ff. in: *Graser/Helmrich*, Fn. 9.

42 Obschon mit der erwähnten terminologischen Einschränkung im Fall des ECCHR; vgl. *Keller/Theurer*, Fn. 9.

eingangs erwähnten schweizerischen Verfahren gibt es davon weltweit eine ganze Reihe.<sup>43</sup> Darunter sind inzwischen auch mehrere deutsche, die – obwohl zwischen ihnen ein zumindest loser Zusammenhang besteht – jeweils von unterschiedlichen Akteursbündnissen getragen werden. Gemeinsam ist ihnen allen aber, dass stets auch starke (Non-Profit-)Organisationen maßgeblich beteiligt sind, die sich zur Verfolgung ihrer Ziele neben anderen Instrumenten auch der Strategic Litigation bedienen.<sup>44</sup> Eine ähnliche Entwicklung zeichnet sich allmählich auch bei anderen sozial wirksamen Interessenverbänden ab. Mit jeweils unterschiedlichem Tempo und wirtschaftlicher Potenz beteiligen sich zunehmend auch Gewerkschaften<sup>45</sup> und Sozialverbände,<sup>46</sup> aber auch Verbände der Flüchtlingshilfe und andere weniger schlagkräftige Organisationen an strategischen Verfahren.<sup>47</sup>

Wenn hier die Merkmale einer allmählichen Professionalisierung beschrieben werden, sollte aber zugleich betont sein, dass diese Entwicklung in Deutschland noch in den Kinderschuhen steckt. Gemessen an der Größe des Landes sind es insgesamt vergleichsweise wenige institutionalisierte Akteure, die dieses Instrument einsetzen. Zudem sind deren Aktivitäten noch merklich geprägt von einzelnen Personen – im Fall der spezialisierten Organisationen vor allem von den jeweiligen „Frauen und Männern der ersten Stunde“, die oft schon zuvor über einschlägige Erfahrungen verfügten und sich zu ihrem Engagement passende Organisationen aufgebaut haben. Auch im Fall der anderen Organisationen und Verbände spielt der persönliche Faktor, wenn es denn zu strategischen Aktivitäten kommt, meist noch eine erkennbar starke Rolle.

Diesem Befund entspricht es, dass ein beträchtlicher Anteil der strategischen Verfahren außerhalb solchermaßen institutionalisierter Kontexte entsteht. Den agierenden Personen kommt dann noch mehr Gewicht zu. Ein ergiebiger Nährboden

43 Eine laufend aktualisierte und geordnete Liste unterhält das Sabin Center for Climate Change Law an der Columbia Law School unter <http://climatecasechart.com/>.

44 Vgl. näher dazu Graser, Vermeintliche Fesseln der Demokratie: Warum die Klimaklagen ein vielversprechender Weg sind, ZUR 2019, S. 271 ff. (275 f.).

45 Für eine Binnenperspektive hierauf vgl. Brackelmann, Strategisch geführte Gerichtsverfahren des Gewerkschaftlichen Centrums für Revision und Europäisches Recht, S. 81 ff. in: Graser/Helmrich, Fn. 9.

46 Das Beispiel mit der größten Öffentlichkeitswirkung bisher dürften insofern die vom VdK unterstützten Pflegeverfassungsbeschwerden sein; vgl. dazu oben Fn. 2.

47 In diesem Bereich gibt es noch keine „high profile“-Beispiele. Illustrativ ist aber etwa die Zusammenarbeit von ProAsyl und Refugee Support Aegean, über die beide Akteure berichten; vgl. [https://www.proasyl.de/wp-content/uploads/2017/10/RSA\\_PRO-ASYL\\_STELLUNGNAHME\\_Anerkannte\\_2017.pdf](https://www.proasyl.de/wp-content/uploads/2017/10/RSA_PRO-ASYL_STELLUNGNAHME_Anerkannte_2017.pdf) und <https://rsaegean.org/en/co-operations-and-network/>. Erwähnenswert ist in diesem Kontext auch das Bemühen solcher Verbände, aber auch kirchlicher Organisationen darum, die hohe Zahl unzutreffender Einstufungen von Asylsuchenden als bloß subsidiär Schutzberechtigte einer gerichtlichen Korrektur zuzuführen. Kontrovers diskutiert wurde dabei insbesondere das Verbreiten von Musterklagetexten, wie sie sich beispielsweise hier finden: <https://www.caritas-nah-am-naechste.n.de/cms-media/media-1349520.pdf>; sowie <https://www.fluechtlingsrat-lsa.de/antragshilfen-musterklagen/>.

für strategische Verfahren ist die Anwaltschaft, auch in Deutschland,<sup>48</sup> wobei die hiesigen Bedingungen dafür aber wohl weniger günstig sind als in anderen Ländern. Denn jedenfalls wenn die strategischen Aktivitäten sich nicht auf einzelne Verfahren beschränken, sondern dauerhafter Natur sein sollen, wird regelmäßig die Ressourcenfrage virulent. Es bedarf dann eines gangbaren Finanzierungsmodells – konkret: noch einer anderweitigen Spezialisierung der betreffenden Kanzlei, die sich einerseits inhaltlich mit den strategischen Verfahren verträgt und andererseits hinreichend einträglich ist, um letztere querzusubventionieren. Gerade wo Erfolgshonorare verbreiteter und Schadensersatzsummen höher sind, scheint dies leichter realisierbar zu sein.<sup>49</sup>

Auch im universitären Umfeld können strategische Verfahren ihren Ausgang nehmen. Wieder gilt dies auch für Deutschland,<sup>50</sup> wenngleich in geringerem Umfang als für andere Länder. Gerade in den USA, wo die clinical education fest in der akademischen Juristenausbildung verankert ist, sind die Verbindungen zur Praxis auch der Strategic Litigation eng und stabil in der Universitätslandschaft verwurzelt<sup>51</sup> – wohingegen es in Deutschland auch in diesem Bereich bislang eher einzelne Personen sind, welche die Szenerie prägen. Aber auch hier zeichnet sich eine Tendenz zur stärkeren Verankerung dieser Praxis an den Universitäten ab,<sup>52</sup> nicht zuletzt wohl infolge der Entstehung zahlreicher law clinics gerade im Flüchtlingsrecht.<sup>53</sup>

Die bisherige Darstellung zu den Akteuren der Strategic Litigation könnte in ihrer Gegliedertheit den Eindruck erwecken, dass es nur entweder Anwälte oder Verbände sein könnten, nur entweder die mehr oder weniger spezialisierte (Non-Profit-)Organisation oder eben doch eine universitäre Initiative, die hinter einem konkreten Verfahren stehen. Aber das wäre irreführend. Zwischen den hier in separaten Kategorien beschriebenen Akteuren bestehen tatsächlich vielfältige Verbindungen, und nicht selten sind in einem Verfahren mehrere von ihnen involviert. In

48 Für knappe Darstellungen zweier Beispielsfälle, jeweils von den Anwälten selbst, vgl. *Adam*, Strategic Litigation und die Anwaltschaft, S. 87 ff., sowie *Lindner*, Strategic Litigation zwischen Wissenschaft, Lehre und anwaltlicher Praxis, S. 91 ff., beide in: Graser/Helmrich, Fn. 9.

49 Als Musterbeispiel mag Leigh Day gelten, eine englische Kanzlei, die neben Aufsehen erregenden Menschenrechtsverfahren einen Schwerpunkt im Bereich personal injury unterhält; ausführliche Informationen zu deren Geschichte, Selbstverständnis und Ausrichtung finden sich unter <https://www.leighday.co.uk/>.

50 Beispielsweise basierten die eingangs erwähnten Pflegeverfassungsbeschwerden auf der vorangegangenen Dissertation von *Moritz*, Staatliche Schutzpflichten gegenüber pflegebedürftigen Menschen, 2013. Näher dazu und zu weiteren Konstellationen *Lindner*, Fn. 48.

51 Eindrucksvoll insoweit die freilich eher belletristische Schilderung in *Goldstein*, Storming the Court: How a Band of Law Students Fought the President – and Won, New York 2005.

52 Vgl. dazu bereits die Nachweise oben in Fn. 5, 5.

53 Zu dieser Entwicklung vgl. *Markard*, The Refugee Rights Movement and the Birth of Clinical Legal Education in Germany, S. 145 ff. in: Alemanno/Khadar (Hrsg.), Reinventing Legal Education, Cambridge 2018.

Deutschland ergibt sich dies schon daraus, dass der Kreis derer, die sich mit Strategic Litigation beschäftigen, klein ist und entsprechend eng vernetzt. Es ist aber auch eine Folge der hohen Ressourcenanforderungen solcher Verfahren, denen die genannten Akteure allein oft nicht gewachsen sind. Umso mehr gilt dies bei transnationalen Verfahren, für die ohnehin die Arbeit in Netzwerken kennzeichnend ist.

Dass eine breite Vernetzung meist Not tate, um Strategic Litigation effektiv zu betreiben, heißt allerdings nicht, dass dies auch tatsächlich stets umgesetzt würde. So weit ist die Professionalisierung – zumal in Deutschland – nicht gediehen. Ressourcenknappheit und auch Erfahrungsmangel kennzeichnen auch aktuell noch so manches Verfahren. Dessen ungeachtet „stecken“ hinter vielen Klägern aber auch jetzt schon deutlich mehr Akteure, als gemeinhin wahrgenommen wird.

Eine gezielte Verschleierung sollte man insofern allerdings nicht unterstellen. Oft wäre sie gar nicht interessengerecht. Vielmehr hat dies vor allem wohl zu tun mit den allgemeinen Gepflogenheiten, wie juristische Fälle „erzählt“ werden. Knapp und verdichtet reduziert man den Bericht üblicherweise auf die Partei und ihr Begehren. Entsprechend selten finden die hier behandelten Akteurskonstellationen Eingang in die einschlägigen Texte. Das trifft zu auf Entscheidungsbegründungen samt deren Rezeption in der juristischen Lehre (durchaus übrigens auch in case-law-Kulturen), aber es gilt ebenso in anderen Kontexten: Auch in Medienberichten stehen die Parteien in aller Regel im Vordergrund, und selbst bei den zu Beginn dieses Beitrags geschilderten Beispielen wurde ausgeblendet, dass an den genannten Verfahren unter anderem Greenpeace, der VdK und das ECCHR maßgeblich beteiligt waren.

#### **D. Zwecke und Verständnishorizonte**

Nachdem nunmehr einiges über Themen, Modalitäten und Akteure gesagt wurde, ist es an der Zeit, erneut die Frage nach dem Wozu der Strategic Litigation aufzugreifen. Oben hieß es dazu, dass es bei den so bezeichneten Prozessen nicht (allein) um die Durchsetzung der konkret eingeklagten Rechtsposition gehe, sondern dass mit solchen Verfahren (auch) andere, über das prozessrechtlich definierte Ziel hinausreichende Zwecke verfolgt würden. Nicht umsonst war dieser Aspekt bereits Teil unserer ersten begrifflichen Annäherung. Denn die Antwort auf das Wozu beeinflusst maßgeblich, wie man die gesamte Praxis begreift.

Worin also können die über das prozessrechtlich definierte Ziel hinausreichenden Zwecke bestehen? Die kurze Antwort mit der wohl größten Verbreitung lautet „social transformation“. Aber damit ist noch wenig gesagt, und insbesondere nicht, wie die angezielte Veränderung vonstattgehen soll.

## I. Rechtsfortbildung

Besonders naheliegend, jedenfalls aus juristischer Perspektive, ist die Deutung, dass es bei strategischen Prozessen im Kern um Rechtsfortbildung geht.<sup>54</sup> Damit kann Unterschiedliches gemeint sein. Am einen Ende der Skala steht das Grundsatzurteil – oder mit der markanteren englischen Metapher: the landmark – und also die Hoffnung, neues (Richter-)Recht in die Welt zu bringen. Die angestrebte soziale Transformation kann dann ohne Umwege bewirkt werden, einfach mithilfe der Implementationsmaschinerie des Rechtsstaats.

Diese Zielsetzung ist auch mit einem traditionellen Verständnis der Judikative leicht vereinbar. Dass die Rechtsprechung jedenfalls de facto das Recht über den Einzelfall hinaus fortentwickelt, ist schwerlich bestreitbar, und mit dieser Absicht initiierte Prozesse sind auch insofern ganz gewöhnlich, als ihr außerprozessuales Ziel zwangsläufig nur über das innerprozessuale des individuellen Prozessenerfolgs erreichbar ist.

Hierin liegt allerdings zugleich auch das Problem bei diesem Verständnis strategischer Verfahren. Denn meist sind deren Aussichten auf einen solchen Erfolg so gering, dass sich allein mit dieser Zielsetzung nicht erklären ließe, warum ein Verfahren überhaupt betrieben wird. Dementsprechend sind die Ambitionen deswegen selbst in puncto Rechtsfortbildung oft moderater. Als Erfolg kann auch schon gelten, wenn man für künftige Verfahren „einen Fuß in die Tür gekriegt hat“, durch eine günstige Zulässigkeitsentscheidung, einen Beweisbeschluss<sup>55</sup> oder – dies wohl das andere Ende der Skala – auch nur durch ein bestärkendes Minderheitsvotum.<sup>56</sup>

## II. Rechtsmobilisierung

Eine andere Deutung stellt Strategic Litigation in den Kontext der Rechtsmobilisierung.<sup>57</sup> Im Zentrum steht dann das Anliegen, jenen zu ihrem Recht zu verhelfen, denen der Zugang zu dessen judikativer Durchsetzung regelmäßig versperrt ist, sei es, weil sie sich übermächtigen Gegnern gegenübersehen, sei es, weil ihnen die – intellektuellen, sozialen oder schlicht finanziellen – Ressourcen zur Rechtsdurchsetzung fehlen. Auch nach diesem Verständnis kann es sich bei Strategic Litigation

54 Dieser Aspekt steht im Vordergrund bei Weiss, *The Essence of Strategic Litigation*, S. 27 ff. in: Graser/Helmrich Fn. 9.

55 Etwa in dem zuvor bereits zitierten (Fn. 37) und später noch zu behandelnden (Fn. 75 und zugehöriger Text) Klimaverfahren gegen RWE wertete die RAin Verheyen einen solchen Beschluss als „ein Stück Rechtsgeschichte“, vgl. <https://germanwatch.org/de/14794>.

56 Der besonders dezidiert formulierte Dissent von Justice Harlan in *Plessy v. Ferguson* (vgl. unten Fn. 77 und zugehöriger Text) mag als ein solches Beispiel dienen – auch deswegen, weil das Verfahren seiner Entstehungsgeschichte nach bemerkenswerter Weise eindeutig als strategisch zu klassifizieren ist.

57 Eingehend aus dieser Perspektive Fuchs, *Rechtsmobilisierung – Rechte kennen, Rechte nutzen und Recht bekommen*, in: Boulanger/Rosenstock/Singelstein (Hrsg.), *Interdisziplinäre Rechtsforschung*, 2019, S. 243 ff., insb. 248 ff.



um ein einzelnes Verfahren handeln, das ein solches – ansonsten „schwaches“ – Interesse exemplarisch geltend macht, um die Rechtsverfolgung für künftige Fälle zu erleichtern und andere dazu zu ermutigen. Ein Obsiegen im Prozess ist dafür offensichtlich förderlich, aber nicht zwingend erforderlich. Schon wenn ein solches Verfahren den Klagenden die Gelegenheit bietet, ihr Anliegen zu artikulieren, im Forum des Gerichts gehört zu werden und ihnen in diesem Sinne eine Stimme verleiht, kann dies ein Erfolg sein.

Der Unterschied zur vorigen Deutung ist nicht groß und eine Abgrenzung nicht immer möglich. Stand dort die richterliche Fortentwicklung des Rechts im Vordergrund, ist es hier die Stärkung durchsetzungsschwacher Gruppen. Allerdings lässt sich ein solches Empowerment nicht allein mittels des einen, aufsehenerregenden Verfahrens erreichen. Entsprechende Wirkungen hat auch die organisierte Verfolgung vieler ähnlicher Fälle, entweder durch dieselben Akteure, durch die Verbreitung vorgefertigter Klagemuster<sup>58</sup> oder auch andere Hilfen zur Überwindung der Hürden beim Zugang zum Recht. Ob man auch bei einer solchen koordinierten Kumulation ähnlicher Verfahren noch von Strategic Litigation sprechen sollte, ist eine rein terminologische Frage. In der Praxis sind die Grenzen fließend.

### III. Sozialer Aktivismus

Die Justiz als ein Forum – das ist ein Verständnis, das bei einer weiteren Deutung von Strategic Litigation noch mehr ins Zentrum rückt. Der Verständnishorizont ist hier kein genuin rechtswissenschaftlicher mehr. Vielmehr geht es um die Organisation und Wirksamkeit sozialen Aktivismus'.<sup>59</sup> In dieser Perspektive sind strategische Prozesse ein Instrument der gesellschaftlichen Interessenverfolgung – nur eines von vielen, aber durchaus ein besonderes, mit eigenen Regeln, Grenzen und Potenzialen.<sup>60</sup> Gerichtsverfahren eröffnen Möglichkeiten der Tatsachenfeststellung, wie sie im politischen Meinungskampf nicht zur Verfügung stehen. Zwar sind die Modalitäten zulässiger Kommunikation vor Gericht beschränkt, aber man erhält auch zusätzliche Möglichkeiten, etwa um die Gegenseite zur Einlassung zu bringen. Und vor allem erregen Prozesse Medieninteresse, zwar nur punktuell und in schwer zu planender Taktung, aber doch in einem Maße, wie es für zivilgesellschaftliche Akteure sonst nicht immer leicht zu generieren ist – getreu der Faustregel, dass erst die Aktion aus der politischen Forderung auch eine berichtenswerte Meldung macht.

58 Vgl. dazu bereits oben den Nachweis Fn. 47.

59 In den USA ist die Wechselbezüglichkeit von sozialen Bewegungen und (Wandel im oder durch) Recht seit langem ein breit diskutiertes Thema, auch über den Aspekt strategischer Verfahren hinaus. Einen – auch selbst engagierten – Überblick zum Diskussionsstand bietet *Cummings, The Social Movement Turn in Law, Law and Social Inquiry* 43 (2018), S. 360 ff.

60 Eingehend zu diesem Verständnis *Helmrich*, Fn. 9.

Wieder sind die Grenzen zur vorigen Deutung fließend. Hier wie dort unternimmt man den Gang zur Justiz, um bestimmten Interessen Gehör zu verschaffen. Aber der individuelle Prozessserfolg tritt hier weiter in den Hintergrund. Nicht speziell der Zugang zum Recht soll gestärkt werden, und es braucht auch nicht um das Empowerment strukturell durchsetzungsschwacher Gruppen zu gehen. Vielmehr kann es jedes politische Ziel sein, und auch dessen Umsetzung kann im Wesentlichen außergerichtlichen Bahnen folgen, insbesondere indem die per Gerichtsverfahren geschaffene Öffentlichkeit politischen Handlungsdruck erzeugt.

Hier wird die Judikative also generell zur Arena für die Verfolgung sozialtransformatorischer Anliegen. Insofern passt die Bezeichnung von Strategic Litigation als „politics by others means“ auf dieses Verständnis am besten. Allerdings gilt dies nicht nur, weil es eine politische Deutung dieser Praxis ist. Charakteristisch ist ebenso, dass es andere Mittel sind als die im politischen Meinungskampf üblichen. Agiert wird nach den Regeln des Prozessrechts, und argumentiert nicht mit politischer Opportunität, sondern rechtlicher Gebotenheit. Die Justiz und ihre Regeln werden mithin ernst genommen. Man begibt sich in dieses Forum zwar unter Ausnutzung, aber damit eben auch unter Anerkennung von dessen Eigengesetzlichkeit. Und natürlich möchte man auch nach dessen Spielregeln gewinnen, selbst wenn dieses Ziel, mehr noch als zuvor, hinter die anderen zurücktreten kann.

#### IV. Protestnarrative

War es beim soeben skizzierten Verständnis von Strategic Litigation die öffentliche Aufmerksamkeit – zugespitzt: der Eklat der forensischen Auseinandersetzung samt der dadurch geschlagenen Wellen –, so steht bei einer weiteren Deutung die mit dem Konflikt geschaffene Erzählung im Vordergrund.<sup>61</sup> Durch den Prozess können allgemeine – und oft auch diffuse – soziale Anliegen exemplarisch verdichtet werden zu einer konturierten Geschichte: Kläger bekommen Gesichter, aus potenziellen Gefahren werden reale Verletzungen. Selbst wenn man verliert, muss im Zuge dessen die als unzulänglich angegriffene Rechtslage geklärt und begründet werden, sodass die Fronten fortan klarer sind. So entsteht, als bleibendes Sediment des Konflikts und eingekleidet in die spezifische Sprache des Rechts, ein konkretes Narrativ, das verschriftlicht und in unterschiedlichen Kontexten referenziert werden kann – in der öffentlichen Debatte, in Fachdiskursen und natürlich auch in künftigen Verfahren innerhalb des Rechtssystems.

Solche Bezugnahmen können, obwohl bei dieser Deutung die Verstetigung des Narrativs zentral ist, auch zeitgleich erfolgen, insbesondere in Form von Medienberichten über das laufende Verfahren. Die Überschneidung mit dem zuvor darge-

61 Näher zu dieser Deutung bereits Graser, *Strategic Litigation: Ein Verstehensversuch*, S. 37 ff. in: ders./Helmrich, Fn. 9.

stellten Verständnis von Strategic Litigation als einer Art sozialen Aktivismus' sind dann besonders deutlich. Und auch Rechtsfortbildung und -mobilisierung sind Zwecke, die mit dem zuletzt vorgestellten Verständnis ohne Weiteres kompatibel sind.

Überhaupt schließen die aufgezählten Verständnisse von Strategic Litigation einander nicht aus. Konkrete Verfahren können allen genannten Zwecken dienen, in unterschiedlicher Kombination und Dosierung. Die Differenzierung ist dennoch sinnvoll. Denn erstens erklärt die konkrete Strategie sich regelmäßig daraus, welcher Zweck im Vordergrund steht. Wenn man tatsächlich glaubt, dass ein zusprechendes Grundsatzurteil in Reichweite ist, verfährt man anders, als wenn die einzige realistische Erfolgshoffnung ist, dass der Prozess eine öffentliche Debatte und diese wiederum eine Gesetzesänderung herbeiführen werde. Zweitens hilft die Differenzierung auch nachzuvollziehen, wie vielfältig die Praxis der Strategic Litigation ist und welche unterschiedlichen Leitbilder den divergierenden Begriffsverständnissen zugrunde liegen.

### **E. Und was genau ist nun (das Neue an) Strategic Litigation?**

Strategic Litigation erfreut sich keiner ungeteilten Beliebtheit – nicht als Begriff, und auch als Praxis nicht. Einwände gegen die Legitimität strategischer Prozesse werden später noch eingehend behandelt. In diesem Abschnitt geht es zunächst nochmals um den Begriff. Oben wurde bereits angedeutet, dass es auf den ersten Blick vor allem dessen Unschärfe ist, die Kritik provoziert. Ist allerdings die Praxis erst einmal näher beschrieben, öffnet sich zugleich noch eine weitere Flanke: Was eigentlich ist neu daran?

Die vorangegangenen Schilderungen aus der Praxis der Strategic Litigation enthielten tatsächlich kaum unbekannte Aspekte. Dass auch in der Judikative das Recht kontinuierlich fortentwickelt wird, ist allenthalben bekannt. Ebenso klar sollte sein, dass wichtige Verfahren nicht immer nur von einzelnen Rechtssuchenden betrieben werden. Nur wird dieser Umstand, wie gesagt, im berichteten und gelehrteten Recht gern ausgeblendet.

Auch dass es bei Prozessen ausdrücklich um mehr als bloß partikulare Individualinteressen gehen kann, ist alles andere als revolutionär. International wird zur Illustration dessen vornehmlich auf das Institut der Public Interest Litigation in Indien<sup>62</sup> verwiesen, welches in der Tat eine sehr weitgehende Abkehr vom Erfordernis individueller Betroffenheit darstellt. Im Prinzip jedoch kennt man derlei auch im hiesigen Prozessrecht, für Akteure des Verfassungslebens als besonders privilegierte Antragsberechtigte ohnehin, aber mitunter auch für mehr oder weniger formali-

62 Für eine Darstellung auf Deutsch vgl. *Dohrmann/Fischer*, Public Interest Litigation in Indien, in: Draguhn (Hrsg.) Indien 2001, Hamburg 2001, S. 145 ff.

sierte Zusammenschlüsse von Personen und manchmal sogar für einzelne Individuen.

Vor diesem Hintergrund drängt sich die Frage auf, ob es sich demnach bei allen abstrakten Normenkontroll-, Verbands- und Popularklagen automatisch auch um Fälle der Strategic Litigation handelt. Für eine Antwort kommt es auf den genauen Zuschnitt der Definition an. Fordert man lediglich die gerichtliche Verfolgung kollektiver Belange, wären diese Verfahren erfasst; verlangt man dagegen – wie oben – ein Hinausreichen der Zwecke über „das prozessrechtlich definierte Ziel“, wären sie es nicht. Wie man das entscheidet, ist eine Frage allein der terminologischen Zweckmäßigkeit. Ein enges Verständnis hat den analytischen Vorzug, dass die differenzierende Beschreibung erleichtert wird – daher die Verwendung der entsprechenden Formulierung im vorliegenden Beitrag. Dessen ungeachtet sollte aber nicht aus dem Blick geraten, dass die genannten Verfahrensarten genau das regularisieren, was Strategic Litigation ansonsten auf anderen Wegen zu erreichen sucht, und dass deren Akteure, wo immer das Prozessrecht ihnen derlei anbietet, davon auch regen Gebrauch machen.

Ähnliche Abgrenzungsfragen wirft ferner auch der Zweck der Rechtsmobilisierung auf. Wiederum ist es nichts Neues, dass ein Rechtsproblem eine Vielzahl von Personen mit begrenzten Durchsetzungskapazitäten betreffen kann. Dementsprechend haben sich auch seit geraumer Zeit schon Lösungsmöglichkeiten hierfür entwickelt. Viel Aufmerksamkeit wurde kürzlich im Kontext des VW-Skandals der Einführung der Musterfeststellungsklage<sup>63</sup> zuteil, einer verbandsgebundenen Variante der Sammelklage. Allerdings wusste und weiß sich die Praxis auch ohne spezielle gesetzliche Regelung in solchen Fällen einigermaßen zu helfen. So ist die Bezeichnung „Musterklage“ schon lange geläufig und wird insbesondere auch dann verwendet, wenn Einzelne mit Unterstützung etwa der Gewerkschaften oder anderer Verbände in Konstellationen ihr Recht suchen, von denen viele gleichermaßen betroffen sind. Nicht selten „spielen“ dabei auch die Gerichte und an anderen Verfahren beteiligte Akteure mit, nämlich wenn man sich darauf verständigt, auf den Abschluss des Musterverfahrens zu warten und andere unterdessen auszusetzen. Ob man in solchen Fällen von strategischen Verfahren im oben näher beschriebenen Sinn sprechen kann, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Dessen ungeachtet lässt sich aber konstatieren, dass die Anliegen und Formen der Strategic Litigation der Praxis auch in dieser Hinsicht durchaus nicht fremd sind.

Ungewöhnlicher wohl, aber ebenfalls nicht neu ist es ferner, wenn sich Kommunikationen innerhalb eines Prozesses nicht (nur) an das Gericht wenden, sondern (auch) eine wie auch immer geartete Öffentlichkeit adressieren. Auch das ist immer

63 Gesetz vom 12.7.2018, BGBl. I S. 1151.

wieder schon einmal vorgekommen. Auf der Suche nach historischen Beispielen kann man bis zu Sokrates' Apologie<sup>64</sup> zurückgehen, die das Prozessziel „Freispruch“ anderen, höheren Zwecken untergeordnet haben soll. Nicht ganz so klassisch, dafür aber historisch verlässlicher erschlossen ist das Beispiel von Brechts Dreigroschenprozess.<sup>65</sup> Der Dramatiker hatte die Filmrechte an seiner Dreigroschenoper verkauft, war aber mit den Produzenten in Streit über die Umsetzung geraten. Den Zivilprozess, den er daraufhin anstrebte, mag er zunächst vielleicht noch zur Durchsetzung seiner Rechtsposition begonnen haben. Jedenfalls im Verlauf der Auseinandersetzung rückten dann aber schon andere Motive in den Vordergrund: Brecht wollte, wie er nachher selbst ausführlich beschrieben hat,<sup>66</sup> öffentlichkeitswirksam exponieren, wie inkompatibel mit den Bedürfnissen einer kritischen Kunst die Justiz und ihre marktwirtschaftlich geprägte Funktionslogik seien.

Auch an gegenwärtigen Beispielen mangelt es nicht. Besonders eindrucksvoll ist, was unter dem Banner der „kreativen Prozessführung“<sup>67</sup> betrieben wird. Kennzeichnend ist die ostentative, oft in humoristischer Weise inszenierte Missachtung prozessualer Vorschriften oder auch nur Konventionen. Das Ziel ist die bewusste Irritation der Justizpraxis, um deren Funktionieren zu stören und den von ihr verkörperten Machtanspruch infrage zu stellen.

Wie oben kann man auch bei diesen Beispielen die Frage aufwerfen, inwiefern sie als Strategic Litigation im zuvor umrissenen Sinne gelten können. Und wieder handelt es sich um Grenzfälle, wobei Brechts Dreigroschenprozess, jedenfalls wenn man nach seiner eigenen Beschreibung urteilt, klar diesseits des Begriffsrandes liegen dürfte; die kreative Prozessführung in aller Regel dagegen jenseits, eben weil sie auf Regelübertretung setzt; Sokrates' Apologie schließlich würde auch wohl eher herausfallen, weil allenfalls die Verteidigungsrede, gewiss aber nicht der Prozess selbst als strategischer Zug des Angeklagten gedeutet werden kann.<sup>68</sup>

64 Vgl. Platon, Des Sokrates Verteidigung, im Internet verfügbar etwa in der Übersetzung von Schleiermacher von 1805 unter <https://www.textlog.de/platon-apologie.html>.

65 Zum Kontext *Krabiel*, Die Beule – Ein Dreigroschenfilm, S. 122 ff. in: Knopf (Hrsg.), Brecht-Handbuch, Band 3, 2002; im Jahr 2018 hat Joachim A. Lang unter dem Titel „Mackie Messer – Brechts Dreigroschenfilm“ eine filmische Aufarbeitung vorgelegt, die auch den Prozess eingehend behandelt, aber nicht primär dokumentarisch angelegt ist.

66 Brecht, Der Dreigroschenprozess – ein soziologisches Experiment, S. 81 ff. in: Unseld (Hrsg.), Bertold Brechts Dreigroschenbuch, 1960.

67 Für einen ersten Eindruck vgl. die Reportage von Gross, Das Gericht als Bühne, in: TAZ vom 10.11.17, <http://www.taz.de/15458992/>; einen tieferen Einblick gibt der „Antirepressions-Reader“, erhältlich unter [https://www.projektwerkstatt.de/media/text/antirepression\\_download\\_antirep\\_reader.pdf](https://www.projektwerkstatt.de/media/text/antirepression_download_antirep_reader.pdf); zum empfohlenen Verhalten im Prozess vgl. dort insb. S. 34 ff.

68 Ähnlichkeiten zu den hier behandelten Beispielen weist auch die so genannte Konfliktverteidigung im Strafprozess auf; einen Einblick in die Geschichte und Erscheinungsformen des Phänomens sowie unterschiedliche Ansichten dazu bieten etwa die Beiträge von Fischer und Thomas, beide unter dem Titel „Konfliktverteidigung“, Missbrauch von Verteidigungsrechten und das Beweisantragsrecht“ (wobei nur letzterer die Anführungszeichen gesetzt hat), in: Strafverteidiger 2010, S. 423 ff.

Wichtiger als derlei erquickliche Subsumtionsübungen ist aber auch hier die Erkenntnis, dass auch diese Dimension der Strategic Litigation nicht vollends neu ist. Man hat das alles schon früher einmal gesehen. Bemerkenswert an der aktuellen Entwicklung sind deswegen allenfalls die Bündelung, Verbreitung und Professionalisierung dieser Praxis.

## F. Der zunehmend geführte Wirksamkeitsdiskurs

Inzwischen ist schon wiederholt angeklungen, wie aufwändig Strategic Litigation sein kann. Die Prozesse können lange dauern, neben der juristischen ist meist auch Öffentlichkeitsarbeit zu leisten, oft bedarf es in diesen Verfahren einer besonderen Betreuung für die Kläger und gegebenenfalls auch noch der Koordination mit zusätzlichen Beteiligten, namentlich den einschlägigen sozialen Bewegungen. Das erfordert viel Zeit, Expertise und Erfahrung. Entsprechend voraussetzungsreich sind solche Verfahren. Immer wieder kommen sie dennoch zustande – und häufig nur deshalb, weil die handelnden Akteure die erforderlichen Ressourcen selbst aufbringen oder auch versuchen, mit weniger zurechtzukommen. Auf Dauer jedoch, also wenn Strategic-Litigation-Aktivitäten verstetigt werden sollen, werden eine geordnete Ressourcenplanung und regelmäßig auch das Einwerben finanzieller Mittel nötig.<sup>69</sup> Spätestens an diesem Punkt stehen die Akteure vor der Herausforderung, ihre Ziele nicht nur klar zu definieren, sondern auch deren Erreichung überprüfbar zu machen. Zwar ist das eigentlich eine betriebswirtschaftliche Selbstverständlichkeit und auch für Non-Profit-Organisationen nichts Besonderes. Wenn aber die Ziele so wenig fixiert sind wie in weiten Bereichen der Strategic Litigation, kann dies zum Problem werden. Der Diskurs um die Wirksamkeit von Strategic Litigation ist gerade auch vor diesem Hintergrund zu sehen.

Den Ausgangspunkt von Auseinandersetzungen mit diesem Thema bildet fast immer die Einsicht, dass – mit Lobels griffiger Formel – auch „success without victory“<sup>70</sup> möglich ist, dass also Fortschritte erzielt werden können, selbst wenn man den Prozess verliert. Manchmal wird noch die Warnung hinterhergeschoben, dass umgekehrt auch ein Sieg den Erfolg nicht garantiert.<sup>71</sup> Neu ist das an dieser Stelle nicht mehr, sondern bloß eine konzise Formulierung der zuvor ausgebreiteten Be-

und 428 ff. Die Konfliktverteidigung hat mit der Apologie gemein, dass es regelmäßig um nicht von den Angeklagten selbst veranlasste Prozesse geht; mit der „kreativen Prozessführung“, dass sie manchmal auch die Legitimität von Verfahren, Gericht oder staatlichem Strafanspruch insgesamt in Frage stellt; und mit anderen strategischen Verfahren, dass das Vorgehen mitunter auch darauf zielt, vor Gericht Gegenstände mit dem Ziel zu erörtern, eine politische Debatte außerhalb zu befördern.

69 Auch Koch, (oben Fn. 10), S. 460, weist darauf hin, dass die Finanzierung der Prozesskosten oft die „Schlüsselfrage“ für Strategic Litigation sei.

70 Lobel, *Success Without Victory: Lost Legal Battles and the Long Road to Justice in America*, New York 2003; für eine besonders elaborierte unter den zahlreichen Variationen auf das Thema vgl. NeJaime, *Winning Through Losing*, Iowa Law Review 96 (2011), S. 941 ff.

71 So Duffly, Fn. 12, S. 37, 44 f.; ein häufiges Beispiel in der Literatur ist der oben zitierte Grootboom-Fall (Fn. 22), in dem zwar das Recht auf Wohnung anerkannt wurde, dessen namensgebende Kläge-

obachtung, dass es bei Strategic Litigation eben nicht (primär) um das Obsiegen im Prozess geht.

Genau das jedoch macht es schwierig, weil nur bei diesem innerprozessualen Ziel eine Erfolgskontrolle problemlos möglich ist. Wenn man dagegen eine Wirksamkeit von Strategic Litigation in anderen Dimensionen belegen will (oder muss), so steht man vor der Herausforderung, die oben noch recht pauschal benannten Zwecke auf konkrete Ziele herunter zu brechen und zumindest idealiter auch gleich mit messbaren Indikatoren aufzuwarten – für deren Erreichung oder, auch keineswegs fernliegend, für mögliche Rückschläge.<sup>72</sup> Und über die Erfolgskontrolle hinaus sollte es auf lange Sicht zudem auch darum gehen, den Erfahrungsschatz für künftige Fälle zu systematisieren und Faktoren zu ermitteln, anhand derer sich erfolgversprechende Fälle, Konstellationen und Strategien identifizieren lassen.

Dabei wäre entlang der zuvor angedeuteten Linien<sup>73</sup> zu differenzieren, insbesondere danach, ob man es mit rein innerstaatlichen Fällen zu tun hat, ob man in einem internationalen Forum streitet oder ob es sich um eine transnationale Konstellation handelt. Davon freilich ist man noch ein gutes Stück entfernt. Allenfalls werden diese Konstellationen bislang separat reflektiert, und auch das meist nur schlaglichtartig.<sup>74</sup>

rin aber trotzdem noch viele Jahre und bis zu ihrem Lebensende obdachlos blieb; näher dazu und einem weiteren Beispielsfall *Helmrich* (Fn. 38), S. 131 f. und 135 ff.

72 Zur Möglichkeit, dass strategische Verfahren nicht nur scheitern können, sondern womöglich sogar Schaden anrichten, und zwar auch aus Sicht ihrer Betreiber, finden sich in der Literatur zahlreiche Stellungnahmen. Meist wird dieser Aspekt unter dem Stichwort „backlash“ diskutiert, womit – weitergehend als „Rückschlag“ – eher „Gegenreaktionen“ gemeint sind. Dazu soll es sowohl dadurch kommen können, dass – womöglich sogar mit denselben Mitteln operierende – zivilgesellschaftliche Gegenbewegungen provoziert werden, als auch dadurch, dass der Gesetzgeber in einer dem verfolgten Anliegen konträren Richtung interveniert. Einen Einblick in die Diskussion samt instruktiver Auseinandersetzung am Beispiel der LGBT-Litigation in den USA bietet *Keck*, *Beyond Backlash: Assessing the Impact of Judicial Decisions on LGBT Rights*, *Law & Society Review* 43 (2009), S. 151 ff. Ein prominentes Beispiel aus dem europäischen Kontext für einen möglichen legislativen backlash sind die Korrekturen, welche die Gesetzgeber in Spanien und Belgien an ihrer ursprünglich weitergehenden Umsetzung des Weltrechtsprinzips im Strafrecht vorgenommen haben; näher dazu unten Fn. 100-102 und zugehöriger Text. Neben solchen backlashes werden noch weitere kontra-produktive Wirkungen für möglich gehalten: Dabei geht es teils um die Frage, ob die öffentliche Debatte dadurch juridifiziert und also depolitisiert werde; näher dazu *Fuchs*, *Was ist strategische Prozessführung?*, S. 43 ff., insb. 49 ff., in Graser/Helmrich, Fn. 9. Teils geht es aber auch darum, ob das Anliegen einer sozialen Bewegung durch den Einsatz von Strategic Litigation anders formuliert, die Bewegung von anderen Aktionsformen abgehalten, ihre Zielrichtung damit vielleicht insgesamt verändert und sie selbst womöglich auch gezähmt werde; instruktiv zu verschiedenen denkbaren Facetten solcher Wirkungen *Albiston*, *The Dark Side of Litigation as a Social Movement Strategy*, *Iowa Law Review* 96 (2011), S. 61 ff.

73 Vgl. dazu oben C.II.

74 Für den nationalen Kontext in den USA bietet *Albiston*, Fn. 72, eine knappe, aber sehr systematische Übersicht über den Wissenstand einschließlich der Formulierung von Forschungsbedarfen. Allerdings bezieht sich ihr Beitrag auf die USA und ist nicht ohne weiteres übertragbar. Im Übrigen kann wieder auf *Duffy*, Fn. 12, verwiesen werden, die nationale Konstellationen freilich eher am Rande behandelt.

Selbst in puncto Erfolgskontrolle ist man noch nicht weit gediehen. Zwar liegen inzwischen höchst differenzierte Formulierungen möglicher Ziele vor – ein nicht gering zu schätzender Fortschritt. Aber deren Operationalisierung zum Zweck einer empirischen Überprüfung erscheint in vielen Fällen zu schwierig, aufwändig, und in der Tat vielleicht manchmal auch unmöglich.

Bei manchen der möglichen Zielsetzungen ist das besonders deutlich. Wer etwa mit seinem strategischen Verfahren einen Wandel der öffentlichen Meinung erreichen will, wird es selbst im Erfolgsfalle bereits schwer haben, überhaupt einen solchen Wandel zu belegen, geschweige denn seine genaue Richtung festzustellen. Und dann gälte es ja auch noch, einen Kausalitätsbeweis zu führen.

Nehmen wir das Beispiel der Klimaklage gegen RWE.<sup>75</sup> Ein Peruaner muss sein Haus wegen der Klimaerwärmung gegen die drohende Überflutung durch einen steigenden Gletschersee schützen und sieht den Energiekonzern in der Pflicht, die Kosten dafür entsprechend dessen Anteil an den weltweiten CO<sub>2</sub>-Emissionen zu tragen.<sup>76</sup> Das Verfahren ist von großem Medieninteresse begleitet, und wahrscheinlich steigt zurzeit auch die allgemeine Sensibilität der Bevölkerung für Klimafragen. Aber lässt sich – bei den vielen anderen Klimathemen zurzeit – ein ursächlicher Zusammenhang zu diesem einen Prozess belegen? Und wenn ja, welche konkrete Botschaft kommt an: Ganz allgemein, dass der Klimawandel ein globales Problem ist? Sehr konkret, dass RWE schuld ist – oder vielleicht auch etwas pauschaler: die Industrie? Wohlgedenkt: Hier soll nicht behauptet werden, dass die Klage in dieser Hinsicht wirkungslos oder gar kontraproduktiv sei. Aber das Beispiel zeigt, wie schwierig entsprechende Nachweise sind.

Nun gilt dies zugegebenermaßen besonders, wenn es um schwer Ermittelbares geht wie eben das öffentliche Bewusstsein. Aber auch bei den anderen möglichen Zielsetzungen von strategischen Verfahren stößt man auf ähnliche Probleme. Insbesondere Kausalitäten sind auch dann oft nur schwer festzustellen.

Ein buchstäblich klassischer Referenzfall hierfür ist *Plessy vs. Ferguson*,<sup>77</sup> das Vorgänger-Urteil des US Supreme Court zum legendären *Brown vs. Board of Education*.<sup>78</sup> Während *Brown* im Jahr 1954 die Rassentrennung für verfassungswidrig erklärte, hatte *Plessy* sie rund sechs Jahrzehnte vorher noch gebilligt – zwar mit deutlicher Mehrheit im Supreme Court, aber doch auch damals schon gegen ein sehr entschiedenes und später viel zitiertes Minderheitsvotum von Justice Harlan.

75 Das noch laufende Verfahren wird dokumentiert unter <https://germanwatch.org/de/14198>.

76 NB: Auch bei dieser Wiedergabe des Verfahrensgegenstandes figuriert der Kläger als einziger Akteur; zu dieser gängigen, aber verkürzenden Darstellungspraxis vgl. bereits oben C.II. am Ende.

77 163 U.S. 537 (1896).

78 Vgl. oben Fn. 13.



Hat das Verfahren in Plessy insofern den Weg für Brown geebnet? Oder wäre Brown ohne Plessy womöglich schon viel früher gekommen?

Schwierigkeiten wie die hier illustrierten sollten jedoch nicht dazu verleiten, die Frage nach der Wirksamkeit strategischer Verfahren als ganze abzutun. Erkenntnisfortschritte sind möglich, und sie sind auch tatsächlich zu verzeichnen. So kann man zum einen auch dann aus Fällen lernen, wenn eine eindeutige Ursachenzuschreibung nicht möglich ist. Immerhin lässt sich regelmäßig bilanzieren, was man beim nächsten Mal wieder so oder doch eher anders machen würde. Jedenfalls insoweit sind gründliche Reflektionen abgeschlossener (und entsprechend dokumentierter) Verfahren potenziell lehrreich.<sup>79</sup> Mit der aktuellen, andernorts auch schon weiter fortgeschrittenen Professionalisierung der Strategic-Litigation-Praxis geht einher, dass hierfür mehr Kapazitäten aufgewandt werden.<sup>80</sup> Zu den Erträgen solcher Fall-Analysen zählt im Übrigen auch, dass der Katalog möglicher Wirkungen – und damit auch: plausibler Zielsetzungen – inzwischen deutlich differenzierter geworden ist.<sup>81</sup>

Zum anderen ist es auch nicht so, dass sich gar keine aussagekräftigen Wirkungsindikatoren bestimmen ließen.<sup>82</sup> Vielleicht ist ein öffentlicher Bewusstseinswandel schwer greifbar. Aber es lässt sich doch – eine Stufe näher – das Medienecho erfassen, quantitativ wie qualitativ. Ähnlich verhält es sich mit Fachdiskussionen, deren Echo etwa über die Zitationen der betreffenden Entscheidungen nachgehalten werden kann, und jedenfalls anhand konkreter Bezugnahmen lassen sich auch Folgeverfahren identifizieren. Immerhin näherungsweise sind auf diese Weise auch über anekdotische Einzelfallstudien hinaus Wirkungsanalysen möglich.

Insgesamt kann der aufkommende Wirksamkeitsdiskurs der Strategic-Litigation-Praxis nur guttun. Welche Fälle verfolgt werden sollten und welche eher nicht, welche Materien, Verfahrensarten und Foren sich besonders eignen, wie Parteien, Prozessvertreter und weitere Akteure am besten interagieren, welche Vorkehrungen zu treffen und wie die vorhandenen Ressourcen zu verteilen sind – es gibt viele Entscheidungen, bei denen sich Strategic Litigators an systematisch aufbereiteten

79 Eindrucksvoll vorgeführt wird dies von der Monographie von *Duffy*, Fn. 12, die sich nicht nur aus dem allgemeinen Erfahrungsschatz der Autorin speist, sondern daraus auch fünf gründliche und instruktive Fallstudien präsentiert; eine Fallstudie mit ähnlicher Zielrichtung stellt auch *Helmrichs* Analyse der Pflegeverfassungsbeschwerden dar, vgl. oben Fn. 8, insb. 261 ff.

80 Besonders hervorstechend die breit angelegte Studie der Open Society Justice Initiative, *Strategic Litigation Impacts: Insights from Global Experience*, New York 2018, verfügbar unter <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/strategic-litigation-impacts-insights-20181023.pdf>.

81 Einen wesentlichen Beitrag gerade in dieser Hinsicht leistet die Arbeit von *Duffy*, Fn. 12, die übrigens auch an der soeben zitierten Studie beteiligt war.

82 Für eine differenzierende Auseinandersetzung mit den Möglichkeiten und (vor allem praktischen) Grenzen einer Operationalisierung vgl. *Barber*, *Tackling the Evaluation Challenge in Human Rights: Assessing the Impact of Strategic Litigation Organisations*, in: *International Journal of Human Rights* 16 (2012), S. 411.

Wirksamkeitsanalysen orientieren könnten. Sie werden wohl auch zunehmend mit der Erwartung einer solchen Rationalisierung ihres Tuns konfrontiert werden. Dafür sorgen potenzielle Sponsoren, aber auch die Peers innerhalb ihrer Organisationen und allmählich vielleicht auch eine sie begleitende Fachöffentlichkeit.

Und doch sollte man das Potenzial des Wirksamkeitsdiskurses auch nicht überschätzen. Nicht selten bleibt bei solchen Analysen der Eindruck zurück, dass sich mit dem utilitaristischen Programm betriebswirtschaftlich operationalisierter Effizienzüberlegungen die eigentlichen Beweggründe der Handelnden nicht adäquat abbilden lassen. Auch und vielleicht primär wollen die Akteure, wie es scheint, Ungerechtigkeiten exponieren, und nicht immer, wenn Menschen moralische Ablehnung empfinden und kommunizieren, stehen die eingesetzten Ressourcen dabei in einem günstigen Verhältnis zum greifbaren Nutzen.<sup>83</sup> Ob man diese Disposition für einen Eckpfeiler unserer normgetragenen Zivilisation oder ein entbehrlich gewordenes Überbleibsel der Evolution halten sollte, mag andernorts verhandelt werden.

### G. Der weitgehend noch zu führende Legitimitätsdiskurs

Auf Vorbehalte stoßen strategische Verfahren immer wieder. Dabei geht es teils um das Verhältnis zwischen der eigentlichen Prozesspartei und den übrigen Akteuren, teils um die Inanspruchnahme der Justiz als solcher. Eine prononcierte Artikulation erfahren diese Bedenken allerdings bislang kaum einmal – ein Symptom vermutlich der generell geringen akademischen Durchdringung dieses Themenfeldes. Die Auseinandersetzung mit den möglichen Einwänden wird dadurch nicht erleichtert. Vielleicht kann hier aber immerhin ein Anfang gemacht werden.

#### I. Missbrauch der Partei?

Weil Strategic Litigation auch noch anderen Zwecken als dem individuellen Prozesserfolg dient, kann es zu Zielkonflikten kommen. Das ist der Struktur dieser Verfahren immanent. Allerdings handelt es sich dabei auch bloß um eine Möglichkeit, die sich in der Mehrzahl der Fälle wohl nicht aktualisiert.

Am augenfälligsten wird der Interessengegensatz, wenn ein Prozessvergleich im Raum steht.<sup>84</sup> Jedenfalls bei günstigen Konditionen wird diese Form der Verfahrensbeendigung für die klagende Prozesspartei oft attraktiv sein, weil ihre individu-

83 Für eine frühe, in Folgestudien inzwischen breit ausdifferenzierte Arbeit vgl. *Fehr/Fischbacher*, Third-Party Punishment and Social Norms, *Evolution and Human Behavior* 25 (2004), S. 63 ff.

84 Der „Klassiker“, anhand dessen diese Problematik in der Regel diskutiert wird, ist der Fall *Wiwa et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, in dem vor US-amerikanischen Bundesgerichten um Kompensation für behauptete Verbrechen der beklagten Konzerne an der einheimischen Bevölkerung der Ogoni in Nigeria gestritten wurde. Das Verfahren endete nach fast 13 Jahren vor Abschluss der zweiten Instanz mit einer Vergleichszahlung von 15,5 Mio. US\$; für Details vgl. <https://ccrjustice.org/home/what-we-do/our-cases/wiwa-et-al-v-royal-dutch-petroleum-et-al>.

elle Rechtsposition so zumindest partiell verwirklicht wird. Für die anderen möglichen Zielsetzungen strategischer Verfahren – und für die ihretwegen involvierten Akteure – ist ein Vergleich dagegen häufig wertlos: Das Verfahren endet jedenfalls vor- und womöglich auch sehr frühzeitig, und mit ihm in aller Regel auch die öffentliche Aufmerksamkeit; man bekommt kein Grundsatzurteil, nicht einmal die krachende Niederlage, mit der sich eine als ungerecht empfundene Rechtslage exponieren ließe; und auch das Protestnarrativ dürfte im Falle eines Vergleichs viel von seiner potenziellen Wirkung einbüßen.

Gewiss ist der Interessengegensatz hier typisiert dargestellt und dabei überzeichnet. Je nach Prozessverlauf kann es auch für die strategischen Zwecke einmal günstiger sein abzubrechen – etwa um eine sichere und womöglich nutzlose Niederlage abzuwenden und sich den Weg für einen neuen Anlauf offen zu halten. Und vielleicht noch öfter wird es auch schon deswegen einen Gleichlauf der Interessen geben, weil auch die Partei des strategisch geführten Verfahrens selbst mehr an den außerprozessualen Zielen interessiert ist als an der individuellen Rechtsverfolgung.

Was für den Vergleich gilt und hier besonders deutlich hervortritt, trifft im Kleinen auch für viele andere Verfahrensschritte zu: Förderlich für den individuellen Prozesserverfolg kann abträglich für die außerprozessualen Ziele bedeuten – und umgekehrt. Und auch wenn solche Konflikte nur möglich sind und keineswegs zwangsläufig virulent werden, so ist es doch zentral, diese Gefahr offenzulegen.

Idealerter sollten die strategisch Prozessierenden sich von Anfang an darüber bewusst sein und auf eine gemeinsame Linie verständigen. Im Zweifel wird es beim prozessrechtlich angelegten Primat der Partei bleiben. Das heißt aber nicht, dass deren Rechtsdurchsetzung stets den Vorrang erhält. Je nach Motivation kann die Partei auch selbst andere Ziele in den Vordergrund stellen oder sich auch schlicht dazu entscheiden, die anderen Akteure gewähren zu lassen. Das alles kratzt nicht an der Legitimität der Verfahrensführung. Diese Grenze ist erst überschritten, wenn etwas gegen oder auch bloß ohne den Willen der Prozesspartei geschieht.<sup>85</sup>

Von der Hand zu weisen ist diese Gefahr dennoch nicht. Dafür spricht nicht nur der strukturell angelegte Interessengegensatz. Problematisch ist auch das Gefälle, das häufig im Hinblick auf Kompetenz und Ressourcen zwischen der eigentlichen Partei und den sie umgebenden Akteuren besteht. Gerade wenn es „Schwache“ sind, deren Interessen verfolgt werden, und dies überdies von Personen, welche die Fähigkeit und freien Ressourcen dafür haben, dann liegt die Befürchtung nicht fern, dass es zu – wenngleich wohlmeinender – Bevormundung kommen kann, in Ausnahmefällen auch dazu, dass die Partei be- und ausgenutzt wird.<sup>86</sup>

85 Ähnlich die Bewertung bei Koch, Fn. 10, S. 460.

86 Helmrich (Fn. 38), S. 121, schildert, dass etwa der US-amerikanische landmark case zur Abtreibung, Roe v. Wade, ein Beispiel für eine solche Behandlung der Klägerin darstellt.

Die mögliche Missachtung von Parteiinteressen kann im Übrigen auch andere als rein innerprozessuale Aspekte betreffen. Gerade unerfahrene Parteien sehen womöglich nicht ab, was mit einem strategisch geführten Prozess auf sie zukommt. Das öffentliche Interesse allein kann bereits zu einer erheblichen Belastung werden, gerade wenn die Medien dadurch in das Privatleben der Partei eindringen. Umso mehr gilt dies, wenn mit der Prozessgeschichte auch die konkrete Person ins Zentrum der inhaltlichen Kontroverse rückt und zum Ziel öffentlicher Kritik wird.

All diese Erwägungen unterstreichen die gesteigerten Anforderungen, die an den Umgang mit der Prozesspartei im Hinblick auf die anwaltliche Berufsethik gelten – und entsprechend auch für andere Akteure, die in solche Verfahren involviert sind. Auch um ein entsprechendes Bewusstsein zu gewährleisten, ist es wichtig, dass die sich ausbreitende Praxis der Strategic Litigation begleitet wird von einer Reflektion ihrer ethischen Dimension. Hier soll aber keineswegs der Gestus des einsamen Mahners eingenommen werden: Manche Aspekte dieser Problematik werden bereits eingehend diskutiert.<sup>87</sup> Der Diskurs könnte freilich noch facettenreicher werden und bedürfte jedenfalls größerer Verbreitung.

## II. Missbrauch des Forums?

Potenziell kontroverser ist die Frage, ob Strategic Litigation einen Missbrauch der Dritten Gewalt durch die Kläger und ihre Unterstützer darstellen könnte. Soweit ersichtlich, ist diese Position bislang eher angedeutet denn ausgearbeitet worden.<sup>88</sup> Entsprechend schwer ist sie zu greifen. Immerhin ein möglicher Ausgangspunkt ist auf den ersten Blick aber naheliegend – nämlich dass hier Politik vor und mit den Gerichten gemacht werde, obwohl in der gewaltenteiligen Demokratie dafür doch andere Foren vorgesehen seien.

Bei näherem Hinsehen jedoch fällt es schwer, etwas Substantielles hinter diesem Einwand auszumachen.<sup>89</sup> Das Problem ist – kurz gesagt –, dass es kein Verständnis von Politik gibt, das die Praxis der Strategic Litigation umfassen würde und zu-

87 Für eine auch insoweit sehr differenzierte Darstellung vgl. *Duffy* (Fn. 12), S. 256 ff. Vergleichsweise viel Aufmerksamkeit erhält in der Praxis insbesondere die Gefahr einer paternalistischen Bevormundung im Verhältnis zwischen einerseits jenen, die vom „Globalen Norden“ aus Verfahren initiieren, und andererseits jenen, um deren Rechtsverwirklichung im „Globalen Süden“ es dabei geht. Die besondere Sensibilität ist durchaus nachvollziehbar. Denn hier verbinden sich die speziellen Gefahren der individuellen Verfahrenskonstellationen, wie sie oben geschildert wurde, mit der allgemeineren Befürchtung einer kulturell unsensiblen und insofern hegemonialen Proliferation eines westlich-liberal geprägten Wertekonzepts. Pointiert zur letztgenannten Perspektive *Mutua, Savages, Victims, and Saviors: The Metaphor of Human Rights*, *Harvard International Law Journal* 42 (2001), S. 201 ff..

88 Vergleichsweise ausführlich kundgetan hat seine Ablehnung speziell für den Fall grundrechtsgestützter Klimaklagen *Wegener, Urgenda – Weltrettung per Gerichtsbeschluss?*, *ZUR* 2019, S. 3 ff. Einzelne Bedenken gegen die Instrumentalisierung speziell von Zivilprozessen wurden artikuliert im Rahmen der Diskussion, welche *Althammer/Roth* in ihrem Tagungsband, Fn. 7, ab S. 113 dokumentieren.

89 Näher dazu *Graser*, Fn. 44, S. 274 f.

gleich die These tragen, dass solche Verfahren nicht vor Gericht gelangen dürften. So ist es zunächst nichts Ungewöhnliches, dass in der Judikative Fragen verhandelt werden, die auch von „politischer“ Bedeutung sind – in dem Sinne, dass gleichzeitig in der Öffentlichkeit oder den rechtsetzenden Institutionen eine Änderung der vor Gericht anzuwendenden oder auch neue, den verhandelten Sachverhalt betreffende Normen diskutiert werden. Ebenso kommt es regelmäßig vor, dass die Gerichte und zumal die höheren Instanzen über Rechtsfragen zu befinden haben, die bis dahin ungeklärt, daher noch unterschiedlichen Entscheidungen zugänglich und in diesem speziellen Sinne vielleicht als „politische“ zu bezeichnen sind. In beiden Fällen „politischer“ Gerichtsverfahren würde jedoch niemand auf den Gedanken anzuweifeln. Dass dies anders zu beurteilen sein sollte, nur weil auf Klägerseite zumindest auch Akteure involviert sind, die eine oder beide dieser politischen Dimensionen bewusst einkalkulieren, leuchtet nicht ein. Solange nur nach den Regeln der Judikative gehandelt – das heißt konkret: unter Beachtung der prozessualen Regeln einschließlich der Wahrheitspflicht die Anwendung geltender Normen eingefordert – wird, kann keine Rolle spielen, ob der Gegenstand auch politische Bedeutung hat.

Ferner kann es auch nicht darauf ankommen, wie aussichtsreich die rechtliche Argumentation erscheint. Schon weil auch etablierte Rechtsprechungen – selten, aber mitunter eben doch – geändert werden, muss es möglich sein, andere Auffassungen als die herrschende vor Gericht zu bringen. Und das muss, solange es nur *Rechts*auffassungen sind, selbst dann gelten, wenn die Ansichten vollends abwegig erscheinen. Denn auf wessen Urteil sollte es dafür ankommen, wenn nicht auf das der Gerichte? Allein sie sind dazu berufen, und sie verfügen regelmäßig auch über die geeigneten Mittel, sich für aussichtslos erachteter Begehren zügig zu entledigen.

Allenfalls könnte man zur Bedingung für die Legitimität eines strategischen Verfahrens noch machen, dass der beantragte innerprozessuale Erfolg auch wirklich gewollt ist – die Authentizität des geltend gemachten Begehrs also. Ob eine solche Voraussetzung praktisch handhabbar wäre, ist zumindest zweifelhaft, braucht hier aber nicht näher verfolgt zu werden. Denn mangelnde Authentizität ist kein typisches Merkmal der Strategic Litigation. Höchstens an den Rändern – oder nach dem hier vorgeschlagenen Verständnis eher jenseits davon –, namentlich bei Formen der „kreativen Prozessführung“, wüchse dem Kriterium womöglich öfter einmal Bedeutung zu. Nötig ist es freilich auch dort nicht, weil ja in aller Regel auch die prozessualen Regeln schon nicht beachtet werden.

Eine andere Frage ist, ob man die Entscheidungen, die in strategisch initiierten Verfahren ergehen, im konkreten Fall gutheißt oder nicht.<sup>90</sup> Dass die Gerichte hier in der Sache fehlgehen oder ihre Rolle überdehnen, kann vorkommen. Aber das gilt für alle Verfahren, strategische und andere, und auch wenn bei ersteren das Risiko wohl höher ist, weil sie oft kühner argumentieren, so bleibt die Verantwortung doch bei den Gerichten. Die strategische Verfahrensführung wird dadurch nicht illegitim.

Ähnlich verhält es sich mit der Frage, ob man wirklich alle Verfahren, die nach den geltenden prozessrechtlichen Regelungen vor die Gerichte gebracht werden können, auch wirklich dort verhandelt sehen möchte.<sup>91</sup> Wer bei der gewaltenteiligen Steuerung des Gemeinwesens der Judikative eine eher beschränkte Rolle zuweisen will, mag so manche Rechtsschutzmöglichkeit, zumal solche im Fremdinteresse, für überzogen halten. Aber auch hier ist es nicht an den Strategic Litigators, auf die Wahrnehmung der ihnen eingeräumten Rechte zu verzichten. Die Verantwortung für das geltende Prozessrecht trägt der Gesetzgeber, und für die Ausfüllung etwaiger Auslegungsspielräume auch hier die Judikative.

Aus alledem scheint zu folgen, dass man die Justiz legitimer Weise auch mit strategischen Verfahren befassen darf,<sup>92</sup> solange man nur juristisch argumentiert, wahrheitsgemäß vorträgt und das erklärte Ziel ernsthaft verfolgt. Die Suche nach tragfähigen Einwänden gegen die Legitimität von Strategic Litigation hat sich demnach – jedenfalls hier – als wenig ergiebig erwiesen. Umso mehr würde man sich wünschen, dass die offenbar bestehenden Vorbehalte einmal näher begründet würden.

## H. Rechtliche Stellschrauben

Gerade hieß es, es sei am Gesetzgeber und in zweiter Linie der Rechtsprechung zu bestimmen, in welchem Maße strategische Verfahren stattfinden können. Das mag zunächst vielleicht befremden. Denn Strategic Litigation wird ja nicht eingeführt oder verboten, sondern stellt sich einfach ein, indem das jeweils geltende Prozess-

90 Zur Notwendigkeit einer Differenzierung in der Bewertung zwischen einerseits der strategischen Klageführung und andererseits einem eventuell zusprechendem Urteil Graser, Fn. 44, insb. S. 272 f. Ferner zur Herausforderung, welche strategische Klagen für die Gerichte bedeuten können, vgl. unten I.II.

91 So hat beispielsweise Althammer in der Diskussion, die im oben zitierten Tagungsband dokumentiert ist (Fn. 7), die Frage aufgeworfen, ob für die deutschen Gerichte ein prozessuales Mittel geschaffen werden sollte, um allzu sehr durch öffentliche Interessen aufgeladene Klagen abzulehnen (S. 151). Schumann hat in derselben Diskussion bezogen auf den Zivilprozess eingewandt, dass das öffentliche Interesse dort nicht angemessen repräsentiert sei, sondern nur die partikularen Interessen der Parteien (S. 130), obschon das Prozessrecht das Institut des „Vertreters des öffentlichen Interesses“ ja durchaus kenne; vgl. näher zu diesem Institut auch Schumann, Der Sympathieschwund für Vertreter öffentlicher Interessen im deutschen Prozessrecht; in: Brinkmann et al. (Hrsg.), Festschrift für Prütting, 2018, S. 541 ff.

92 Speziell für den Zivilprozess im Ergebnis ähnlich Kodek, Instrumentalisierung von Zivilprozessen? ‚Strategic Litigation‘ als Herausforderung für das Verfahrensrecht, S. 93 ff. (111) in: Althammer/Roth, Fn. 7.

recht dezentral in einzelnen Verfahren von unterschiedlich motivierten Akteuren entsprechend genutzt wird. Aber das heißt nicht, dass der rechtliche Rahmen gar keine Rolle spielen würde. Ganz im Gegenteil gibt es durchaus Stellschrauben, mit denen sich Strategic Litigation regulieren lässt.

Zum Teil ist das zuvor bereits angeklungen.<sup>93</sup> Wo Muster-, Massen-, Verbands- oder Popularklagen vorgesehen werden, erleichtert man, was ansonsten womöglich per Strategic Litigation versucht würde. Ob es dann nach einer solchen Regularisierung noch so heißen sollte, ist nebensächlich. Jedenfalls öffnet der Gesetzgeber auf diese Weise die Tore der Justiz für die entsprechenden Gegenstände und Verfahren.

Die Judikative selbst kann ebenfalls Einfluss nehmen, namentlich bei der Auslegung der relevanten prozessrechtlichen Vorschriften. Gewiss sind es kleinere Rädchen, die sich hier drehen lassen. Dafür kann dies aber kontinuierlich geschehen, eine laufende Feinjustierung sozusagen, und mit potenziell durchaus weitreichenden Folgen. Das deutlichste Beispiel ist die Antragsbefugnis bei der Verfassungsbeschwerde: „Selbst, gegenwärtig, unmittelbar“ – die Anwendung der notorischen Kriterientrias bestimmt darüber, wie breit der Türspalt sein soll, für jeden konkret zu entscheidenden Fall und bis auf Weiteres dann jeweils auch für die Zukunft.<sup>94</sup>

Ferner finden sich Stellschrauben nicht nur im Prozessrecht. Auch im materiellen Recht lassen sich Strukturen identifizieren, die eine Rechtsordnung empfänglicher machen für Strategic Litigation, und auch insofern sind es wieder sowohl der Gesetzgeber als auch die Rechtsprechung, die jeweils mit den ihnen zu Gebote stehenden Mitteln die Parameter beeinflussen können. Im Bereich der Grundrechte etwa ist von zentraler Bedeutung, inwieweit Schutzpflichten anerkannt werden und ihre Einhaltung gerichtlich durchsetzbar ist.<sup>95</sup> Im Strafrecht würden mit der Einführung einer Unternehmensstrafbarkeit vermutlich mehr Themen vor deutsche Gerichte gebracht werden, die im Moment nur in den Ländern verhandelt werden, wo die Rechtslage dies bereits zulässt.<sup>96</sup>

Im Gegensatz zu den vorigen illustriert dieses letzte Beispiel auch, dass die Frage der Empfänglichkeit einer Rechtsordnung für Strategic Litigation oft eine interna-

93 Vgl. oben E.

94 Vgl. dazu Goos, Die Nichtannahme der Pflegeverfassungsbeschwerde – Eine kritische Analyse aus verfassungsprozessualer Sicht, S. 167 ff., in Helmrich, Fn. 2, der sich am Beispiel dieses Verfahrens eingehend damit auseinandersetzt, wie das Bundesverfassungsgericht sowohl die genannten Kriterien als auch die weiteren prozessrechtlichen Stellschrauben, allen voran das Annahmeverfahren, verwendet.

95 Unter den bisher zitierten Beispielen sind Schutzpflichten insbesondere bei einigen Klimaklagen (vgl. insb. die oben zitierte internationale Übersicht Fn. 43), den Pflegeverfassungsbeschwerden (Fn. 2) und im Drohnenfall (Fn. 26) von zentraler Bedeutung.

96 Für Beispiele entsprechender strategisch betriebener Verfahren in Frankreich und der Schweiz vgl. oben Fn. 31.

tionale Dimension hat. Auf die Bedeutung des Forum Shopping wurde oben schon hingewiesen,<sup>97</sup> und tatsächlich werden strategische Verfahren keineswegs nur dort initiiert, wo sich der zugrunde liegende Sachverhalt zugetragen hat. Im Gegenteil dienen sie nicht selten gerade auch dazu, am Ort des Geschehens fehlende Rechtsschutzmöglichkeiten oder -aussichten durch das Ausweichen auf andere Rechtsordnungen zu kompensieren.

Gezielt ermöglicht wird dies vor allem durch Ausprägungen des Weltrechtsprinzips, wie man sie heute vor allem im Strafrecht in einigen Ländern vorfindet, seit Einführung des Völkerstrafgesetzbuches auch in Deutschland.<sup>98</sup> Jedenfalls im Rückblick erscheint es naheliegend, dass dieses Instrument auch für strategische Verfahren benutzt werden würde. Ob dies auch bei Einführung schon allen Beteiligten klar war, ist dagegen zweifelhaft. In Deutschland schien mancher überrascht, als eine solche Strafanzeige gegen den damals noch im Amt befindlichen US-amerikanischen Verteidigungsminister Rumsfeld gestellt wurde.<sup>99</sup> In Spanien hat der Gesetzgeber sogar eine Kehrtwende vollzogen und nach einigen Jahren die rasante Entwicklung, die das entsprechende Gesetz dort in der Praxis genommen hatte, wieder zurückgedreht.<sup>100</sup> Ähnliches war zuvor bereits in Belgien geschehen, wo maßgeblich offenbar die Erkenntnis gewesen war, dass man als Sitz des Nato-Hauptquartiers mit besonderen diplomatischen Verwicklungen infolge einer solchermaßen ausgeweiteten Strafverfolgungszuständigkeit rechnen müsse.<sup>101, 102</sup>

97 Vgl. oben B.II.

98 Einen kurzen Abriss zum (auch internationalen) Entstehungskontext des deutschen Gesetzes gibt *Kroker*, *Weltrecht in Deutschland? Der Kongo-Kriegsverbrecherprozess: Erstes Verfahren nach dem Völkerstrafgesetzbuch*, Berlin 2016.

99 Eine breite Zusammenstellung der Prozessdokumente sowohl zur ersten Anzeige aus dem Jahr 2004 als auch zur zweiten aus dem Jahr 2006 ist verfügbar unter <https://www.ecchr.eu/en/case/rumsfeld-torture-cases/>.

100 Näher dazu *Genovese/Barral Diego*, *The Slow Death of Universal Jurisdiction: The Case of Spain*, in: *Alibi* 44/2 (2014), S. 32 ff.

101 Näher dazu *Vandermeersch*, *Prosecuting International Crimes in Belgium*, in: *Journal of International Criminal Justice* 3 (2005), S. 400 ff. Konkret sollen die USA gedroht haben, das Nato-Hauptquartier nicht in Belgien zu belassen; speziell dazu dortige Fn. 9.

102 Ob die Fälle Belgiens und Spaniens Musterbeispiele eines „backlash“ infolge strategischer Überbeanspruchung sind, wird unterschiedlich beurteilt; näher dazu *Langer*, *Universal Jurisdiction is Not Disappearing: The Shift from ‘Global Enforcer’ to ‘No Safe Haven’ Universal Jurisdiction*, *Journal of International Criminal Justice* 13 (2015), S. 245 ff. Ungeachtet solcher möglicher backlashes ist in jüngster Zeit ein Bedeutungszuwachs des Weltrechtsprinzips im Strafrecht verzeichnet worden; so namentlich im Jahr 2018 *Jessberger* in einem Briefing für das EU-Parlament, *Towards a ‘complementary preparedness’ approach to universal jurisdiction – recent trends and best practices in the European Union*, verfügbar unter <https://www.jura.uni-hamburg.de/die-fakultaet/professuren/pofessor-jessberger/media-fj/media-forschung-stellungnahmen/briefing-eu-parl-2018.pdf>, insb. S. 3 ff.; *Jessberger* stützt sich dabei u. a. auf die bei Abschluss des Manuskripts noch im Erscheinen befindliche Studie von *Langer/Mackenzie*, *The Quiet Expansion of Universal Jurisdiction*, *European Journal of International Law*; es sind freilich nicht allein und wohl auch nicht primär legislative Maßnahmen, welche den dort konstatierten Trend tragen.



Das Prinzip ist im Übrigen nicht auf das Strafrecht festgelegt, sondern kann etwa im Deliktsrecht ebenso Anwendung finden. Das illustriert das Beispiel des US-amerikanischen Alien Torts Claim Act – eines schon vor Jahrhunderten erlassenen Gesetzes, das allerdings die längste Zeit vergessen in einer Art Dornröschenschlaf lag. In diesem Fall war es die Judikative, die das Gesetz vor knapp vierzig Jahren wachgeküsst und das Tor für strategische Klagen aus aller Welt geöffnet hat, nur um es gut drei Jahrzehnte und eine ganze Reihe Aufsehen erregender Fälle später wieder schlafen zu schicken.<sup>103</sup>

Die Frage, welche Faktoren die Empfänglichkeit einer Rechtsordnung für strategische Verfahren bestimmen, ist mit den hier genannten Beispielen allenfalls angerissen. Auch diesen Aspekt könnte man weiter vertiefen. Im gegebenen Rahmen mag es bei der exemplarischen Illustration bewenden. Immerhin hat man gesehen, dass es durchaus Stellschrauben im Recht gibt, dass sie mal vom Gesetzgeber, mal von der Rechtsprechung bedient werden und dass dabei in beide Richtungen gedreht wird, hin zu mehr Strategic Litigation oder weg davon. Vielleicht lässt sich den hier behandelten Beispielen auch die Tendenz entnehmen, dass Rechtsordnungen sich nicht leicht damit tun, ihre Justiz für Verfahren aus anderen Regionen der Welt zu öffnen. Aber auch das gälte es erst noch auf breiterer Grundlage zu verifizieren.

## I. Lehren?

Bis hierher wurde vor allem zusammengetragen: was vor Gericht gebracht wird und von wem, was darüber gedacht und wie es reguliert wird. Wiederholt wurde betont, dass das Feld noch zu wenig erforscht, geordnet und durchdrungen ist. Viele der aufgeworfenen Fragen müssen daher offenbleiben. Immerhin eine Zwischensumme lässt sich aber ziehen.

## I. Entwicklungspotenziale der Litigators

Oben war von einer Professionalisierung die Rede. Aber es wurde auch gesagt, dass dieser Prozess noch im Gange ist. Hinzu kommt, dass Strategic Litigation seit jeher und gewiss auch weiterhin nicht immer von Profis betrieben wird. Angesichts dessen ist der Befund, dass man es oft wohl noch besser machen könnte, kaum überraschend.

103 Erlassen wurde das Gesetz im Jahr 1789, 28 U.S.C. § 1350; erweckt 1980 mit der Entscheidung eines zweitinstanzlichen Bundesgerichts in *Filártiga v. Peña-Irala*, 630 F.2d 876; wieder schlafen geschickt 2013 vom U.S. Supreme Court in *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. 108; eine gerade in ihrer einseitigen Ablehnung des Gesetzes lesenswerte Auseinandersetzung mit wichtigen Verfahren nach diesem Gesetz bieten *Hufbauer/Mitrokostas*, *Awakening the Monster*, Washington D.C. 2003; davon, dass das „Monster“ bloß schläft und noch immer Schrecken verbreitet, zeugt der Umstand, dass sich die Wissenschaftlichen Dienste des Bundestages kürzlich im Hinblick auf Schadensersatzklagen der Herero und Nama mit der „Zuständigkeit US-amerikanischer Gerichte nach dem Alien Torts Claim Act“ befasst haben, vgl. WD 2 – 3000 – 021/17.

Zugleich ist zuvor aber auch offengelegt worden, wie rudimentär das Wissen um die Wirksamkeit strategischer Verfahren noch ist. Mit detaillierten, empirisch fundierten Handlungsanleitungen für die Praxis kann man deswegen noch kaum aufwarten. Und doch findet, wer ein strategisches Verfahren zu führen erwägt, zu den bevorstehenden Herausforderungen inzwischen immerhin Einiges an verschriftlichtem Erfahrungswissen.<sup>104</sup>

Man muss sich dafür freilich auf die Suche begeben. Das klingt trivial, spricht aber ein grundlegendes und praktisch noch immer bedeutsames Defizit an – nämlich das weithin mangelnde Bewusstsein dafür, dass Strategic Litigation zwar vielleicht kein eigenes Metier zu sein braucht, aber doch besonderen Gesetzmäßigkeiten unterliegt und sich nicht darin erschöpft, dass man, wenn sich die Gelegenheit bietet, eben auch einmal ein weniger aussichtsreiches Verfahren zu einer dafür aber politisch bedeutsamen Frage führt. Gerade wenn Erfolge im Gerichtssaal unwahrscheinlich sind und jene außerhalb desselben daher umso wichtiger werden, unterscheiden sich auch die Anforderungen deutlich vom alltäglichen forensischen Tun der Anwaltschaft. Das betrifft vor allem die Kommunikation: Taktung, Formen, Adressaten und auch die Inhalte dessen, was man äußert, wären dann womöglich anders zu gestalten als bei normalen Prozessen. Gewiss muss man diese Möglichkeiten nicht nutzen. Man kann sie auch ignorieren und die Erzählung samt deren Verschriftlichung sich selbst (und damit letztlich anderen) überlassen. Aber man begibt sich damit eines potenziell wirksamen Instruments, weswegen man sich, um diese Entscheidung zu treffen, der Besonderheit strategischer Verfahren jedenfalls bewusst sein sollte. Ferner kann ein solches Bewusstsein nicht nur nach außen im Umgang mit der Öffentlichkeit förderlich sein, sondern auch nach innen bei der Interaktion mit der Partei, damit man nicht unvorbereitet mit deren gesteigerter Schutzbedürftigkeit in derartigen Verfahren und den möglicherweise aufkommenden besonderen Interessengegensätzen konfrontiert wird.

Was für die „Gelegenheitstäter“ der Strategic Litigation gilt, trifft auch für manche Verbände und Non-Profit-Organisationen zu: Auch hier ist das Bewusstsein dafür, was strategische Verfahren sind, wann sie einzusetzen und wie sie zu führen wären, noch ausbaufähig. Dass es hierzulande noch relativ wenige strategische Verfahren zu rein inländischen Gegenständen gibt, dürfte auch damit zusammenhängen, dass zumal Gewerkschaften und Sozialverbände bei ihren forensischen Aktivitäten bislang noch eher traditionell vorgehen. Würden auch sie so agieren, wie es zurzeit namentlich die Akteure im Umweltschutz vormachen,<sup>105</sup> könnte sich das Bild

104 Näher bereits oben F. Ungeachtet ihrer starken Konzentration speziell auf transnationale Verfahren verdient vor allem die aktuelle Monographie von *Duffy*, Fn. 12, insoweit Hervorhebung.

105 Besonders professionell ist die mediale Begleitung der entsprechenden Verfahren von sowohl *Germanwatch* (oben Fn. 75) als auch *Greenpeace* (vgl. insoweit nur die deutsche Begleitung unter <https://act.greenpeace.de/klimaklage>).

rasch wandeln. Denn das Potenzial für strategische Verfahren wäre gerade in diesem Bereich groß.

Zu lernen gäbe es ferner aber selbst für die Profis noch einiges, und deren fortgesetzte – tatsächlich wohl auch zunehmend intensive – Reflektion ihrer Aktivitäten zeugt von einem entsprechenden Bewusstsein. Im Wesentlichen geht es hier um das Bemühen, den Wirkungsgrad zu optimieren und die Nachhaltigkeit der erzielten Erfolge zu sichern – beides erhebliche Herausforderungen, zumal unter Bedingungen stets knapper und regelmäßig auch befristeter Finanzierung. Eine zunehmende Verbindung von Strategic Litigation und anderen Formen sozialen Aktivismus' – kürzerfristig im Wege der Koordination, längerfristig aber auch der organisatorischen Integration der Akteure – scheint sich zurzeit anzudeuten und wäre auch eine plausible Reaktion auf die genannten Herausforderungen.

## II. Herausforderungen für die Judikative

Auch für die Judikative können strategische Verfahren eine Herausforderung bedeuten. Zwar bedürfen sie insoweit gerade keiner Sonderbehandlung, als sie die Regeln der Dritten Gewalt ja befolgen. Die Justiz kann sie also grundsätzlich genau so abarbeiten, wie sie das mit anderen Verfahren auch tut, und sich dabei schlicht ans Gesetz halten. Aber es ist dennoch nicht zu verkennen, dass strategische Verfahren in mancher Hinsicht mit gesteigerten Anforderungen verbunden sein können.

Das gilt erstens für die größere öffentliche Aufmerksamkeit, die solchen Verfahren regelmäßig zuteil wird. Auch die Justiz ist dann gefordert, das mediale Interesse angemessen zu bedienen. Dem begegnet man mitunter zwar auch bei anderen Prozessen, aber es ist – zumal für untere Instanzen – doch keine Routineangelegenheit. Hinzu kommt, dass man angesichts des strikten Korsetts der Geschäftsverteilung nicht die Flexibilität hat, um die Richterbank speziell in solchen Fällen mit Erfahreneren zu besetzen. Den Ruf nach einer Reform rechtfertigt dieser Befund in der gegenwärtigen Situation zwar eher nicht. Aber vielleicht könnte schon eine weitere Sensibilisierung der Justiz gegenüber dem Phänomen der Strategic Litigation dabei helfen, vorbereitet zu sein, und den Umgang damit künftig erleichtern.

Bedeutsamer dürfte zweitens sein, was zuvor schon kurz angeklungen ist,<sup>106</sup> nämlich dass ein Mehr an strategischen Verfahren auch eine Zunahme richterlicher Gestaltungsmöglichkeiten bedeutet. Denn wie gesehen, testet Strategic Litigation typischerweise die Grenzen des geltenden Rechts, fordert etablierte Deutungen heraus und bringt neue Lesarten ins Spiel. Gewiss sind damit keine neuen Kompetenzen für die Justiz verbunden. Die Gerichte haben auch ohne derlei Vorlagen dieselbe Gestaltungsmacht. Aber sie ist eben doch bedingt. Getreu dem Motto „Wo kein

106 Vgl. dazu oben G.II.

Kläger, da kein Richter“, kann die Dritte Gewalt, gleich wie progressiv sie gestimmt sein mag, ohne passende Fälle nichts bewirken. Strategic Litigation eröffnet der Justiz insofern zusätzliche Möglichkeiten, soziale Transformationen anzustoßen – ein Katalysator für Judicial Activism, wenn man so will.

Ob die Gerichte diese Chance auch wahrnehmen, steht auf einem anderen Blatt. Tatsächlich dürfte dies eher die Ausnahme sein, eine auf Erwartungssicherheit gepolte und in diesem Sinne konservative Justiz also die Regel. Es ist auch nichts Falsches daran, wenn neue Richtungsentscheidungen grundsätzlich den anderen Gewalten überlassen bleiben, deren Rückbindung an den demokratischen Prozess kürzer und weniger mittelbar ist. Und doch ist weithin anerkannt, dass es manchmal auch an der Dritten Gewalt sein kann, bahnbrechende Entscheidungen zu treffen.<sup>107</sup> Das gilt namentlich in Konstellationen, in denen das grundsätzliche Vertrauen in den Prozess der politischen Willensbildung und seine Funktionstüchtigkeit nicht berechtigt ist, sei es wegen punktueller Blockaden dieses Prozesses oder erkennbarer Irrationalitäten seiner Ergebnisse, sei es wegen seiner strukturellen Asymmetrien oder schlicht der jeder Demokratie immanenten Gefahr einer Mehrheitstyrannie. Die praktische Schwierigkeit besteht freilich darin, vorab zu erkennen, wann eine entsprechende Konstellation vorliegt. Hinzu kommt, dass die Verfügbarkeit einer normativen Rechtfertigung für eine konkrete Entscheidung die Aussicht auf deren tatsächliche Akzeptanz zwar vermutlich günstig beeinflusst, jedenfalls aber nicht garantiert. Gerade hierauf muss die Justiz jedoch langfristig bedacht sein. Die Entscheidung für ein im obigen Sinne bahnbrechendes Urteil ist also nie leicht. Konfrontiert wird die Justiz mit dieser Frage zwar ohnehin immer wieder, aber mit einer Zunahme von Strategic Litigation dürfte dies häufiger vorkommen – obgleich je nach genauem Begriffsverständnis auch unter den strategischen Verfahren nicht alle, sondern nur viele eine entsprechende Tendenz aufweisen.

Demnach lässt sich festhalten: Strategic Litigation akzentuiert die Frage nach der Rolle, welche die Dritte Gewalt legitimerweise spielen sollte und mit Rücksicht auf ihre langfristige Akzeptanz in der Bevölkerung spielen kann. Diese allgemeine Beobachtung lässt sich weiter differenzieren. Abhängig vom Kontext werfen strategische Verfahren diese Frage in unterschiedlicher Weise auf. Dabei kann wieder auf

107 Die Frage, wann dies indiziert und legitim sein kann, ist von zentraler Bedeutung dafür, welche Rolle der Judikative im Zusammenspiel der Gewalten zugeschrieben wird. Im gegebenen Rahmen kann das nicht vertieft werden. Stattdessen mag es bei einem Verweis bewenden auf die grundlegende Formulierung dieser Frage durch *Ely*, *Democracy and Distrust – A Theory of Judicial Review*, Cambridge/MA 1980. Im Hinblick auf die misstrauensbegründenden Indizien konnte *Elys* Ansatz freilich von Anfang an als ausbaubedürftig gelten – und kann es trotz seiner breiten Rezeption auch heute noch. Die hier angedeutete Position sieht sich in seiner Tradition.

die oben getroffene Unterscheidung<sup>108</sup> zwischen rein nationalen, inter- oder aber transnationalen Konstellationen rekuriert werden.

Noch vergleichsweise vertraut dürfte die Situation sein, wenn es vor nationalen Gerichten um Inlandssachverhalte geht. Die Akzeptanzchancen zuspreekender Urteile mögen zwar auch hier variieren, sind aber in der Regel höher, als es bei Gerichten im internationalen Raum der Fall ist. Denn wer bis dorthin vordringt, hat sich zuvor typischer Weise nicht nur in der nationalen Politik, sondern auch vor den nationalen Gerichten nicht durchsetzen können. Richterliche Steuerungshandlungen müssen dann gegenüber möglichen Einwänden im Hinblick nicht nur auf die Gewaltenteilung, sondern auch auf die nationale Souveränität bestehen. Entsprechend stärker ist für gewöhnlich bei internationalen Gerichten die Neigung zu richterlicher Zurückhaltung. Es ist daher eine sensiblere Grenze, an die strategische Verfahren internationale Gerichte bringen.

Besonders diffizil ist die Situation bei transnationalen Verfahren, also wenn vor nationalen Gerichten Gegenstände mit Auslandsbezug verhandelt werden. Gibt es dabei zugleich auch einen Inlandsbezug, also namentlich wenn vor deutschen Gerichten deutsche Akteure für im Ausland vorgenommene oder auch nur wirkende Handlungen zur Verantwortung gezogen werden sollen, können sich die Gerichte mit einer Erwartung patriotischen Entscheidens konfrontiert sehen. Das gilt besonders, wenn in entsprechenden Konstellationen in anderen Ländern eine Verantwortlichkeit nicht anerkannt ist und so die Befürchtung aufkommt, die strengeren Maßstäbe könnten zum kompetitiven Nachteil werden.<sup>109</sup> Handelt es sich dagegen um transnationale Verfahren ohne jeden Inlandsbezug – also um Anwendungsfälle des Weltrechtsprinzips –, sind nationale Interessen zwar nicht direkt betroffen. Aber auch hier können die Entscheidungen erhebliche außenpolitische Implikationen haben, und zwar meist handels- oder sicherheitspolitischer Art.<sup>110</sup> Vielleicht stellt dies die Judikative vor die größten Herausforderungen, weil sie auf diesem Terrain am wenigsten versiert ist.

108 Vgl. dazu bereits oben C.II. sowie F.

109 Als Beispiel mag hier die eingangs zitierte Klage gegen den Textildiscounter KiK gelten: Zu dessen öffentlicher Verteidigungsstrategie gehörte offenbar, dass man um der Wettbewerbsgleichheit willen eine einheitliche europäische Regelung befürwortete; vgl. die Äußerung von dessen Geschäftsführer Zahn am 28.11.18 im Deutschlandfunk, vgl. dazu *Dohmen/Küpper*, Von der Schuld einer Firma im globalisierten Textilgeschäft, verfügbar unter [https://www.deutschlandfunk.de/klage-gegen-kik-von-der-schuld-einer-firma-im-724.de.html?dram:article\\_id=434473](https://www.deutschlandfunk.de/klage-gegen-kik-von-der-schuld-einer-firma-im-724.de.html?dram:article_id=434473).

110 So warnt beispielsweise die zuvor zitierte Analyse der Klagen nach dem Alien Torts Claim Act von *Hufbauer/Mitrikostas* (Fn. 103) maximal pointiert (vgl. insb. S. 1 f.: „Nightmare Scenario“) vor deren Implikationen für den Welthandel (und die USA). Für den Bereich der Sicherheitspolitik sei auf das Beispiel des belgischen Völkerstrafrechts verwiesen (dazu oben Fn. 101).

### III. Anpassungen im Gewaltenteilungsverständnis

Die vorangegangenen beiden Abschnitte haben die Perspektive der unmittelbar involvierten Akteure eingenommen. Aber es sind nicht nur sie, die betroffen sind. Weil Strategic Litigation unser Verständnis von Gewaltenteilung und Demokratie berührt, geht diese Praxis buchstäblich alle an.

Im vorigen Abschnitt figurierten strategische Verfahren als potenzielle Katalysatoren von Judicial Activism. Das könnte ihnen mehr Gegner einbringen als Befürworter. Wohl die meisten sehen es nicht gern, wenn Gerichte ihre Gestaltungsmacht nutzen: Die einen mögen solchen Aktivismus nicht, weil ihnen die Politik und ihre aktuelle Richtung gerade zusagt, die anderen, weil sie von der Justiz jedenfalls nichts Besseres erwarten, und aus prinzipiellen Gründen – sprich: demokratischem Idealismus – kann man natürlich auch dagegen sein. Dazwischen mag zwar noch Raum für Befürworter sein, aber eben nicht mehr viel.

Umso wichtiger ist es, sich zu verdeutlichen, dass man Judicial Activism ablehnen und Strategic Litigation dennoch gutheißen kann. Denn es ist ja keineswegs der einzige mögliche Zweck strategischer Verfahren, dass mittels einer zusprechenden Entscheidung das Recht fortgebildet werde. Schon das öffentliche Artikulieren einer Rechtsauffassung in seinen verschiedenen Erscheinungsformen kann ein Grund sein, der diese Praxis trägt. Dementsprechend kann man auch durchaus das Anliegen eines strategischen Verfahrens unterstützen und dennoch dafür sein, dass ihm Erfolg nur außerhalb des Gerichtssaals beschieden sein möge. Man kann sogar gegen das verfolgte Anliegen sein und das entsprechende strategische Verfahren dennoch begrüßen, einfach weil es eine gründliche öffentliche Auseinandersetzung mit einer politisch bedeutsamen Rechtsfrage ermöglicht.

So betrachtet, lädt Strategic Litigation dazu ein, eine vielleicht nicht neue, aber doch ausbaufähige Form der demokratischen Auseinandersetzung anzuerkennen: eine Auseinandersetzung, welche die Verwirklichung und Grenzen des bereits Ge-regelten betrifft, die demgemäß entlang der Bahnen des Rechts stattfindet und deren Arena die Judikative ist; eine Auseinandersetzung, welche die anderen Meinungskämpfe im politischen Prozess ergänzt, aus ihnen hervorgehen und in sie münden kann, ihnen aber jedenfalls eine distinkte Dimension hinzufügt. Keine Neuerung ist nötig, keine Reform des bestehenden Institutionengefüges, damit diese Form des Diskurses praktiziert werden kann – im gegenwärtigen Umfang und bei entsprechender zivilgesellschaftlicher Unterstützung auch noch deutlich darüber hinaus.

Wie gesagt: Ob einem diese Vorstellung zusagt, ist unabhängig davon, wie man eine Ausweitung richterlicher Gestaltungsmöglichkeiten findet – zumindest in der Theorie. In der gegenwärtigen Praxis freilich ist beides verknüpft. Wer die Gerichte

zum Forum machen will, muss auch hinnehmen, dass sie es sind, die am Ende über das dort Verhandelte entscheiden. So zumindest will es unsere aktuelle Konzeption der Gewaltenteilung mitsamt des sie implementierenden Rechts.

De facto klingt das nach „in Stein gemeißelt“. Und doch steht dem Arrangement seine historische Kontingenz ins Gesicht geschrieben. Alternativen wären denkbar. Es bedarf keiner großen Phantasie, um sich gesonderte Verfahren und Institutionen vorzustellen, in denen das, was manchem Beobachter in der Judikative in ihrer gegenwärtigen Form schlecht aufgehoben erscheint,<sup>111</sup> anders und vielleicht besser verhandelt werden könnte:<sup>112</sup> Es könnten Verfahren sein, die den Einbezug weiterer Interessen neben jenen der Parteien zur Regel machen, Verfahren, deren Gestaltungsmöglichkeiten über Zuspruch und Ablehnung des geltend gemachten Rechts hinaus gehen; und es könnten Spruchkörper sein, deren Besetzung auf plurale Repräsentativität achtet und neben juristischer auch andere Expertise einbezieht. Eine solche Ausdifferenzierung der tradierten Formate der Dritten Gewalt könnte im Übrigen auch jenen Tendenzen entgegenkommen, die skeptisch gegenüber der Allzuständigkeitsvermutung zugunsten des politischen Prozesses in seiner gegenwärtigen Gestalt sind und angesichts seiner kurzen Verantwortungshorizonte sowie seiner Manipulierbarkeit unter Bedingungen einer zunehmend digitalisierten öffentlichen Kommunikation nach alternativen Institutionalisierungen für eine vor allem weitsichtigere demokratische Steuerung suchen.<sup>113</sup>

Nun braucht aber gewiss niemand zu fürchten oder hoffen, dass der zuvor beschriebene Trend in Richtung von mehr Strategic Litigation in Deutschland das gewaltenteilige Gefüge öffentlicher Gewalt alsbald durcheinander wirbeln werde. Eine Revolution steht uns nicht bevor. Vielleicht kann dieser Trend jedoch dazu

111 In der Tagespresse finden sich ablehnende Äußerungen zu den meisten größeren strategischen Verfahren; für ein aktuelles Beispiel zu den Klimaklagen vgl. *Widuwilt*, Warum Gerichte jetzt Klimapolitik machen, FAZ.net vom 14.12.18, <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/warum-gerichte-jetzt-t-klimapolitik-machen-15934872.html>. Sofern die Fachliteratur sich damit befasst, findet man derlei aber auch dort; für ein sehr prägnantes Beispiel zum selben Themenkreis vgl. *Wegener*, Fn. 88.

112 Immerhin am Rande behandeln die oben bereits zitierten jüngeren Stellungnahmen zu strategischen Prozessen im Zivilrecht von *Koch* und *Roth* (oben Fn. 10) einzelne mögliche Änderungen der zivilprozessualen Regeln zu diesem Zweck, beurteilen sie aber unterschiedlich: eher offen dafür *Koch*, S. 461, klar ablehnend dagegen *Roth*, S. 147.

113 Solche Zweifel an den Problemlösungskapazitäten des politischen Prozesses werden vor allem im Hinblick auf die Umweltpolitik geäußert, können aber auch andere Felder betreffen, etwa die Fiskal- oder Rentenpolitik. Einen Überblick bietet beispielsweise Gesang (Hrsg.), *Kann Demokratie Nachhaltigkeit?*, 2014. Soweit neue Institutionen vorgeschlagen werden, sollen sie regelmäßig die Rechte künftiger Generationen wahren helfen und irgendwo innerhalb des Gesetzgebungsprozesses angesiedelt sein; für ein besonders gründlich ausgearbeitetes Beispiel vgl. *Rux*, Der ökologische Rat – Ein Vorschlag zur Änderung des Grundgesetzes, in: Stiftung für die Rechte zukünftiger Generationen (Hrsg.; bearb. von Tremmel), *Handbuch Generationengerechtigkeit*, 2003, S. 471 ff. Aber das Spektrum ist breit und umfasst auch Vorschläge, die innerhalb der Judikative ansetzen würden; vgl. dazu etwa *Birnbacher*, Verantwortung für zukünftige Generationen – Reichweite und Grenzen, ebda, S. 81 ff. (100); für eine breite internationale Übersicht bereits existierender derartiger Institutionen vgl. *Rose*, *Zukünftige Generationen in der heutigen Demokratie*, 2018, insb. S. 227 ff.

beitragen, dass Altbekanntes in neuem Licht betrachtet und die Diskussion um die Rolle der Judikative und ihre Steuerungsleistungen sowie -potentiale belebt wird.

### J. Integrating the „New Kid on the Block“

Wer das Recht verstehen will, muss vom Konflikt her denken. Das ist vielleicht verkürzt, ansonsten aber vermutlich konsensfähig. Auch Habermas und Luhmann haben – in seltener Einmütigkeit – im Gerichtsverfahren den „Fluchtpunkt für die Analyse des Rechtssystems“<sup>114</sup> gesehen.

Die Umkehrung scheint auf den ersten Blick noch offensichtlicher: Wer Gerichtsverfahren verstehen will, muss vom Recht her denken. So entspricht es dem gängigen Verständnis, jedenfalls unter Juristen, aber wohl auch dem common sense: Wie anders sollte man Gerichtsverfahren denn deuten, wenn nicht als Mittel zur Durchsetzung materieller Rechtspositionen?<sup>115</sup>

Dass auch diese Perspektive zu kurz greifen kann, sollte der vorliegende Beitrag hervorheben. Gerichtsverfahren können deutlich mehr bewirken als solche Rechtsdurchsetzung. Der Schlüssel zum Verständnis von Strategic Litigation liegt letztlich wohl in dieser simplen Einsicht. Die Judikative ist unweigerlich auch Rechtsfortbilderin und kann überdies zur Arena für die Verfolgung sozialtransformativer Ziele gemacht werden.

Daran zu erinnern, mag primär in die Zuständigkeit von Rechtssoziologen und Politikwissenschaftlern fallen. Nichtsdestotrotz wäre es angesichts der wachsenden Verbreitung von strategischen Verfahren aber an der Zeit, dass sich auch andere zunehmend damit befassen. Allen voran sind auch Staatsrechtler und Prozessualisten gefordert, sich Gedanken zu machen, wie man das (not so) „new kid on the block“ empfangen und in unsere Rechtspraxis integrieren sollte.

114 So Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, S. 241; ihm beipflichtend Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 323.

115 Zu diesem Grundverständnis vom Prozesszweck vgl. bereits oben die Nachweise in Fn. 10.